

Gliederung

- I. Einführung
 1. Begriff des Lauterkeitsrechts und Stellung im deutschen Rechtssystem
 2. Historische Entwicklung
 3. Unionsrechtlicher Rahmen (Überblick)
- II. Grundlagen
 1. Systematik und Methodik des Lauterkeitsrechts
 2. Schutzzwecke des Lauterkeitsrechts (§ 1)
 3. Grundbegriffe (§ 2)
 4. Die Generalklausel (§ 3)
- III. Unlautere geschäftliche Handlungen
 1. Schutz der Verbraucher und sonstigen Abnehmer
 - a) Unionsrechtlicher Rahmen, insb. die UGP-Richtlinie
 - b) Irreführende Handlungen (§ 5)
 - c) Informationspflichten (§§ 5a, 5b)
 - d) Aggressive Handlungen (§ 4a)
 - e) Unzumutbare Belästigung (§ 7)
 - f) Verbleibende Fälle der Verbrauchergeneralklausel (§ 3 II)?
 2. Schutz der Mitbewerber
 - a) Vergleichende Werbung (§ 6)
 - b) Schutz des Geschäftsrufs (§ 4 Nr. 1, 2)
 - c) Lauterkeitsrechtlicher Nachahmungsschutz (§ 4 Nr. 3)
 - d) Unlautere Behinderung (§ 4 Nr. 4)
 - e) Verbleibende Fälle der „großen“ Generalklausel (§ 3 I)?
 3. Rechtsbruch (§ 3a)
- IV. Rechtsfolgen
 1. Zivilrechtliche Ansprüche
 - a) Unterlassung und Beseitigung (§ 8)
 - b) Schadensersatz (§ 9)
 - c) Gewinnabschöpfung (§ 10)
 - d) Weitere Ansprüche
 2. Strafrechtliche Sanktionen

V. Wettbewerbsverfahrensrecht

1. Überblick
2. Abmahnung und Unterwerfung (§ 13)
3. Gerichtliche Durchsetzung
 - a) Zuständigkeit (§ 14)
 - b) Anträge und Streitgegenstand
 - c) Einstweilige Verfügung (§ 12)
 - d) Hauptsacheverfahren
4. Einigungsstellen (§ 15)

Literaturauswahl

Gesetzestexte

- *Förster/Uhrich/Zech* (Hrsg.), Geistiges Eigentum: Vorschriftensammlung zum gewerblichen Rechtsschutz, Urheberrecht und Wettbewerbsrecht, 7. Aufl. (2022, für Oktober angek.) (Mohr Siebeck)
- Textsammlung „Wettbewerbsrecht, Markenrecht und Kartellrecht“, 44. Aufl. (2022) (Beck-Texte im dtv)
- *Eckardt/Klett/Schwartmann/Jung* (Hrsg.), Textsammlung „Wettbewerbsrecht, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht“, 6. Aufl. (2019) (C.F. Müller)

Lehrbücher

- *Alexander*, Lauterkeitsrecht, 3. Aufl. (2022)
- *Beater*, Unlauterer Wettbewerb (2011)
- *Berlit*, Wettbewerbsrecht, 10. Aufl. (2017, Neuaufl. angek.)
- *Boesche*, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. (2016)
- *Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 11. Aufl. (2021)
- *Ekey*, Grundriss des Wettbewerbs- und Kartellrechts, 5. Aufl. (2016, Neuaufl. angek.)
- *Emmerich/Lange*, Unlauterer Wettbewerb, 12. Aufl. (2022)
- *Jänich*, Lauterkeitsrecht (2019)
- *Köhler/Alexander*, Fälle zum Lauterkeitsrecht, 4. Aufl. (2021)
- *Lettl*, Lauterkeitsrecht, 4. Aufl. (2021)
- *Peifer*, Lauterkeitsrecht, Das UWG in Systematik und Fallbearbeitung, 2. Aufl. (2016)
- *Sosnitza*, Fälle zum Lauterkeitsrecht, 7. Aufl. (2022, für Oktober angek.)

Kommentare und Handbücher (UWG)

- *Büscher*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl. (2021)
- *Fezer/Büscher/Obergfell*, Lauterkeitsrecht, 2 Bde., 3. Aufl. (2016)
- *Gloy/Loschelder/Danckwerts* (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. (2019)
- *Götting/Nordemann* (Hrsg.), UWG, 3. Aufl. (2016)
- *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* (Hrsg.), UWG, 5. Aufl. (2021)
- *Heermann/Schlingloff* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2 Bde., 3. Aufl. (2020/2022)
- *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 40. Aufl. (2022, 41. Aufl. für Dezember 2022 angek.)
- *Ohly/Sosnitza*, UWG, 8. Aufl. (2022, für November angek.)
- *Peifer* (Hrsg.), Großkommentar UWG, 3 Bde., 3. Aufl. (2020/2021)
- *Seichter* (Hrsg.), juris-Praxiskommentar UWG, 5. Aufl. (2021)

Kommentare und Handbücher (Wettbewerbsprozessrecht)

- *Ahrens* (Hrsg.), Der Wettbewerbsprozess, 9. Aufl. (2021)
- *Teplitzky* (Begr.), Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl. (2019)

Zeitschriften

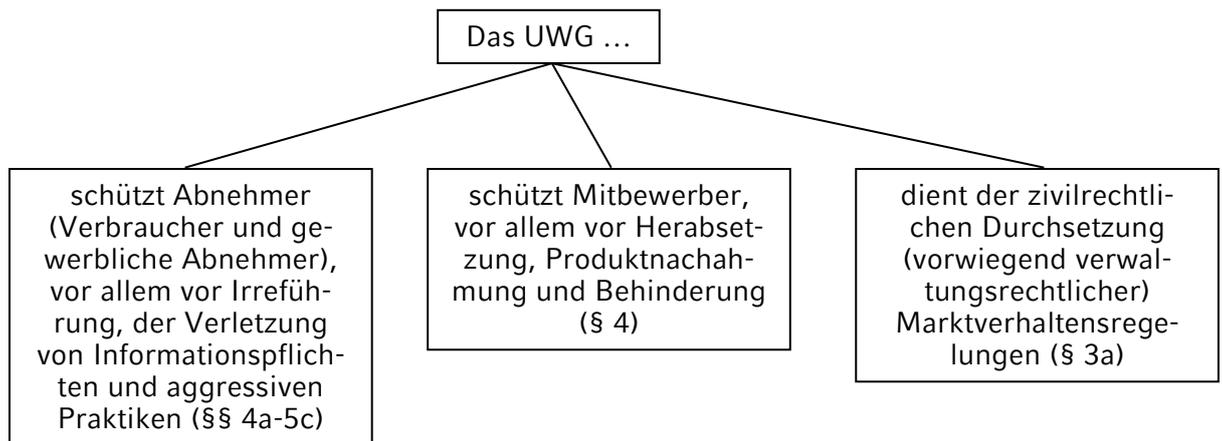
- Computer und Recht (CR), bei juris
- Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), bei BeckOnline
- Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (GRUR Int.), bei BeckOnline
- Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungsreport (GRUR-RR), bei BeckOnline
- Kommunikation und Recht (K & R)
- Multimedia und Recht (MMR), bei BeckOnline
- Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP), bei juris
- Zeitschrift für Geistiges Eigentum (ZGE), bei Mohr Siebeck (via DBIS)
- Zeitschrift für Wettbewerbsrecht (ZWeR)

I. Einführung

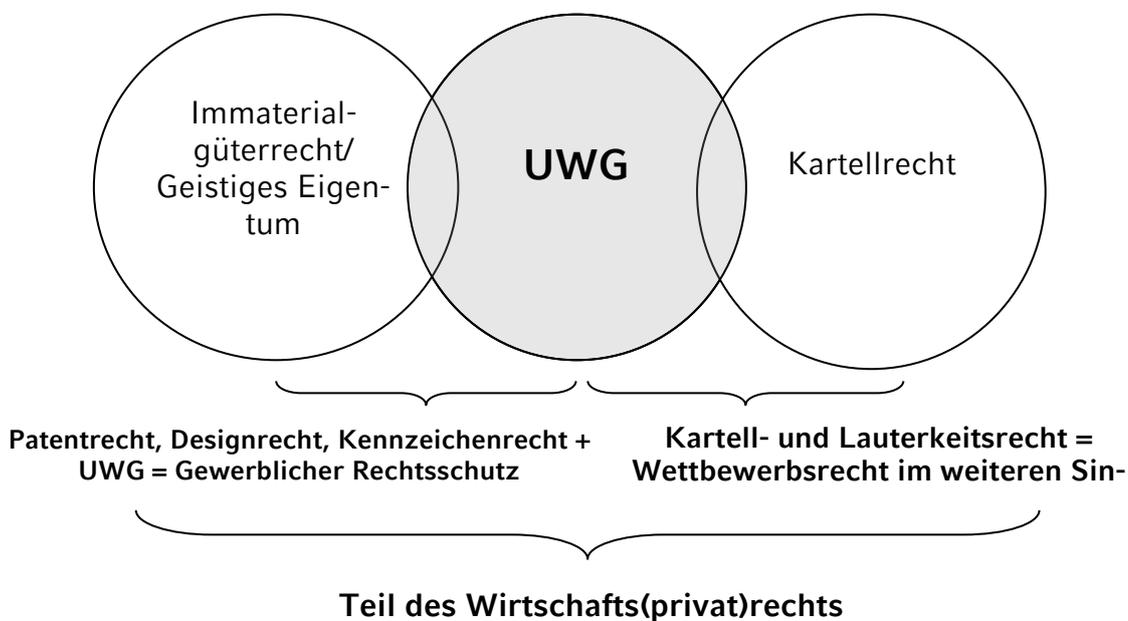
1. Begriff des Lauterkeitsrechts und Stellung im deutschen Rechtssystem

Das Recht gegen unlauteren Wettbewerb (Lauterkeitsrecht) regelt das Marktverhalten im Interesse der Mitbewerber, der Abnehmer und der Allgemeinheit.

- Lauterkeitsrecht ist Marktverhaltensrecht. Es stellt „Spielregeln“ für das Verhalten auf bestehenden Märkten auf.
- Das Lauterkeitsrecht betrifft geschäftliche Handlungen (vgl. § 2 I Nr. 2), also Handlungen zugunsten eines Unternehmens, die mit der Anbahnung, dem Abschluss oder der Abwicklung von Verträgen zusammenhängen.
- Rechtsquellen
 - **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) von 2004** (in wesentlichen Punkten 2008, 2015 und 2021 geändert)
 - Nebengesetze, vor allem zu Irreführungsverboten und Informationspflichten, z.B. in der PreisangabenVO, dem Heilmittelwerbegesetz (HWG) oder dem Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch (LFGB)
 - EU-Recht: Das UWG beruht teilweise auf Richtlinien, außerdem werden zunehmend Verordnungen mit lauterkeitsrechtlichem Bezug erlassen (z.B. der soeben beschlossene Digital Services Act)
- Das Lauterkeitsrecht schützt die Interessen der Abnehmer (Vertikalverhältnis), der Mitbewerber (Horizontalverhältnis) und der Allgemeinheit (Schutzzwecktrias, s. § 1 I UWG) im Gegensatz zum reinen Individualschutz des BGB. Außerdem dient es der zivilrechtlichen Durchsetzung marktverhaltensregelnder Vorschriften des sonstigen Privatrechts, des Verwaltungsrechts und des Berufsrechts → UWG als untypischer Teil des Privatrechts.
 - Typische unlautere Handlungen, die Abnehmerinteressen (= Interessen von Verbrauchern und gewerblichen Abnehmern) verletzen, sind in §§ 4a-5c geregelt: Irreführung (§ 5), Irreführung durch Unterlassen = Verletzung von Informationspflichten (§ 5a), aggressive Praktiken (§ 4a)
 - Typische unlautere Handlungen, die Mitbewerberinteressen verletzen sind in § 4 geregelt: Herabsetzung (§ 4 Nr. 1), Anschwärzung (§ 4 Nr. 2), unlautere Produktnachahmung (§ 4 Nr. 3), Behinderung (§ 4 Nr. 4)
 - Daneben ist gem. § 3a die Verletzung von Marktverhaltensregeln unlauter („§ 823 II BGB des Lauterkeitsrechts“). Sie können sowohl Verbraucher als auch Mitbewerber schützen. Der Unterschied zu §§ 4-7 besteht darin, dass die eigentlichen Verhaltenspflichten außerhalb des UWG aufgestellt werden.



Übersicht:



Begriffe

- **Wettbewerbsrecht**
 - traditionelle deutsche Bezeichnung für das Lauterkeitsrecht
 - im AEUV und in ausländischen Rechtsordnungen aber Bezeichnung des Kartellrechts
 - daher mittlerweile Oberbegriff von Lauterkeits- und Kartellrecht („Wettbewerbsrecht im weiteren Sinne“) – wenn Sie eines der beiden Gebiete meinen, dann verwenden Sie diese Begriffe
- **Gewerblicher Rechtsschutz** (industrial property, propriété industrielle): Schutz des geistigen Schaffens auf gewerblichem Gebiet, umfasst das Patent-, Gebrauchsmuster-, Geschmacksmuster- und Markenrecht. Auch das UWG fällt traditionell unter diesen Begriff (vgl. Art. 10^{bis} PVÜ), obwohl es sich vom Immaterialgüterrecht unterscheidet, weil es keine absoluten, eigentumsartigen Rechte zuweist.
- **Immaterialgüterrechte / Rechte des geistigen Eigentums:** subjektive, wirtschaftlich verwertbare Rechte an immateriellen Gegenständen, umfassen das Patent, das Gebrauchs-

muster, das Design, die Marke und die übrigen Kennzeichenrechte sowie das Urheberrecht unter Ausschluss der Urheberpersönlichkeitsrechte.

Lauterkeitsrecht und Bürgerliches Recht

- Das Lauterkeitsrecht ist Teil des **Privatrechts**.
 - Es geht um die Beziehungen zwischen Marktteilnehmern, die Sanktionen bei Rechtsverletzung bestehen weitgehend in zivilrechtlichen Ansprüchen (vgl. §§ 8 ff.).
 - Allerdings gibt es im UWG auch Straftatbestände und Ordnungswidrigkeiten (§§ 16, 19 f.), die allerdings von untergeordneter praktischer Bedeutung sind.
- Ursprünglich galt das Lauterkeitsrecht als **Sonderdeliktsrecht** zum Schutz der Gewerbetreibenden gegen Konkurrenten.
 - Nach wie vor dient das UWG dem Konkurrentenschutz: Anspruchsberechtigung nicht nur des verletzten Mitbewerbers, sondern jedes Mitbewerbers, der IHK'en und von Verbänden von Gewerbetreibenden (§ 8)
- Seit 1930, verstärkt seit 1965 zunehmende Erkenntnis, dass das UWG auch Verbraucher und die Allgemeinheit schützt („**sozialrechtliches Verständnis**“)
- Mittlerweile: UWG als wesentlicher Teil des **Verbraucherschutzes**.
 - Folge: Möglichkeit der **Verbandsklage** (§ 8 III), seit 28.5.2022 auch eigener Schadensersatzanspruch für Verbraucher (§ 9 II)
 - Integrales Verständnis: Konkurrenten- und Verbraucherschutz lassen sich nicht voneinander trennen.
 - Andere Rechtsordnungen und die EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken unterscheiden zwischen Konkurrenten- und Verbraucherschutz.
- **Verhältnis zu Vorschriften des BGB**
 - Bisherige Grundregel: Das UWG schützt Interessen **kollektiv**, das BGB **individuell**.
 - UWG und BGB sind parallel anwendbar.
 - Auch Ansprüche aus §§ 823 ff. BGB bestehen parallel zum UWG, Ausnahme: das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist gegenüber dem UWG subsidiär.
 - Beispiel 1: Eine Irreführung ist gem. § 5 I unlauter und kann gem. § 123 BGB zur Anfechtung berechtigen SchE'ansprüche aus sic (§§ 280 I, 311 II) auslösen oder einen Mangel begründen (vgl. vor allem § 434 III Nr. 2b BGB)
 - Beispiel 2: Telefonwerbung ohne Zustimmung des Verbrauchers ist unlauter (§ 7 II Nr. 1), kann aber auch deliktsrechtliche Ansprüche auslösen (§§ 1004 I 2 analog, 823 I wegen Verletzung des APR) und den Verbraucher im Fall eines Vertragsschlusses zum Widerruf berechtigen (§§ 312c, g, 355 BGB)
 - Aber seit 28.5.2022 individueller Schadensersatzanspruch der Verbraucher aus § 9 II UWG, dessen Verhältnis zum BGB noch unklar ist, näher hierzu unten, IV 1b

Verhältnis zum Recht des geistigen Eigentums (Immaterialgüterrecht)

- Ebenso wie das UWG ist das Immaterialgüterrecht Marktverhaltensrecht im weitesten Sinne.
- Das UWG schafft allerdings nach h.M. keine absoluten Rechte.
- Trotzdem kann es zu einer Überlagerung von UWG und geistigem Eigentum kommen, z.B. im Bereich des UWG-Nachahmungsschutzes (§ 4 Nr. 3 UWG).

- Sondergesetzlich geregelte Grenzgebiete zwischen dem geistigen Eigentum und dem Lauterkeitsrecht sind:
 - Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen, früher durch §§ 17 ff. UWG, mittlerweile durch das Geschäftsgeheimnisgesetz (GeschGehG) → einerseits sind Geschäftsgeheimnisse übertrag- und lizenzierbare Unternehmenswerte und das GeschGehG verschafft dem Inhaber ein subjektives Recht, andererseits ist dieses Recht nur gegen unlautere Handlungen (§ 4 GeschGehG) geschützt.
 - Der Schutz geographischer Herkunftsangaben (§§ 126 ff. MarkenG und Unionsrecht): einerseits sind gH als Herkunftshinweise und Träger guten Rufs mit Marken vergleichbar dar, andererseits stehen sie nicht nur einem Inhaber zu und sind nur gegen unlautere Handlungen geschützt (§ 127 MarkenG).
- Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht entfalten gegenseitig keine Sperrwirkung, aber die Wertungen des Immaterialgüterrechts dürfen nicht über das Lauterkeitsrecht unterlaufen werden.
 - Regel 1: Die Nachahmung eines Produkts als solche ist nur unter den Voraussetzungen des geistigen Eigentums verboten. Das UWG greift nur ein, wenn besondere unlauterkeitsbegründende Umstände vorliegen, z.B. eine Herkunftstäuschung.
 - Regel 2: Eine Immaterialgüterrechtsverletzung ist keine unlautere Handlung gem. § 3a, weil die Verbandsklagebefugnis des § 8 III unangemessen wäre.
 - Regel 3: Ob in Ausnahmefällen über das UWG Lücken im geistigen Eigentum geschlossen werden können, ist eine schwierige Frage, die wir später erörtern werden.
- Beispiel (BGH GRUR 2012, 58 – Seilzirkus¹): Die Nachahmung eines ästhetisch gestalteten Klettergerüsts könnte das Urheberrecht- und das Designrecht verletzen. § 4 Nr. 3 UWG greift daneben nicht schon deshalb ein, weil überhaupt nachgeahmt wurde. Es muss ein zusätzliches Unlauterkeitselement vorliegen, z.B. eine Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft (§ 4 Nr. 3a UWG).
- Näher hierzu unten, III 2 c, d.

Verhältnis zum Kartellrecht

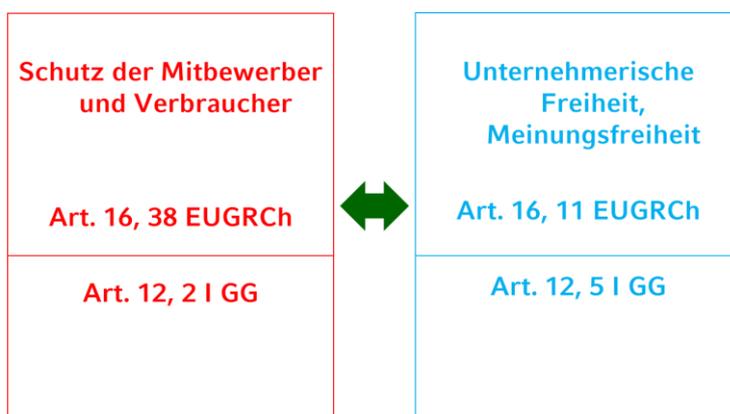
- Lauterkeits- und Kartellrecht regeln den Wettbewerb und dienen im weitesten Sinne beide dem Ziel, einen funktionsfähigen Wettbewerb zu schützen und erhalten. Deshalb gehören beide zum Wettbewerbsrecht im weiteren Sinne.
- Aber sie betreffen unterschiedliche Ebenen:
 - **Lauterkeitsrecht → Mikroebene:** Es geht um das Verhalten der einzelnen Wettbewerbsteilnehmer auf einem bestehenden Markt (**Marktverhaltenskontrolle**).
 - **Kartellrecht → Makroebene:** Sicherung der Freiheit des Wettbewerbs auf dem gesamten deutschen bzw. EU-Markt (**Marktstrukturkontrolle**).
- Dennoch Überschneidungen in einigen Bereichen, Beispiele:
 - Behinderung von Konkurrenten durch marktbeherrschende Unternehmen: § 4 Nr. 4 UWG und §§ 19 f. GWB; Art. 102 AEUV
 - Boykottaufruf: §§ 4 Nr. 4 UWG, § 21 GWB
 - Kopplungsangebote: §§ 5, 5a, 4a und §§ 19, 20 GWB
 - Fallgruppe der „allgemeinen Marktstörung“ im UWG

¹ Die unterstrichenen Entscheidungen werden zur Lektüre empfohlen. Tipp: Kopieren bzw. ausdrucken, durcharbeiten und bei diesen Unterlagen abheften!

- Kartellrecht und Lauterkeitsrecht entfalten gegenseitig keine Sperrwirkung. Nach Möglichkeit sollten beide Gebiete zu gleichen Wertungen gelangen (grundlegend BGH GRUR 2006, 773 – *Probeabonnement*).
 - Regel 1: Ein Kartellverstoß ist nicht per se unlauter, sondern nur, wenn zusätzliche unlauterkeitsbegründende Umstände vorliegen. Daher auch keine Durchsetzung des Kartellrechts (Ausnahme: Vergaberecht) über § 3a UWG, weil § 33 GWB die Aktivlegitimation anders als § 8 UWG regelt
 - Regel 2: Wenn das GWB bestimmte Verhaltensweisen nur bei Marktmacht verbietet (§§ 19, 20 GWB), darf das UWG dasselbe Verhalten unterhalb dieser Schwelle nur untersagen, wenn im Kartellrecht nicht berücksichtigte unlauterkeitsbegründende Umstände vorliegen.
 - Regel 3: Das Lauterkeitsrecht darf keine kartellrechtswidrigen Strukturen verfestigen oder durchsetzen, daher z.B. Ansprüche bei Verletzung selektiver Vertriebssysteme nur, wenn das System nicht kartellrechtswidrig ist.
- Auf EU-Ebene Zunahme spezieller Regelungen, die zwischen Lauterkeits- und Kartellrecht liegen, z.B. Verhaltenspflichten für große Plattformen im Digital Services Act (DAS)

Lauterkeitsrecht und Verfassungsrecht

- Lauterkeitsrecht kann zu Grundrechtsbeschränkungen führen:
 - Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) bzw. unternehmerische Freiheit (Art. 16 EU-Grundrechtecharta)
 - Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 5 I GG; Art. 10 EMRK; Art. 11 EU-Grundrechtecharta)
- Verfassungsrechtliche Rechtfertigung durch Anliegen des Konkurrentenschutzes (Art. 12 GG, Art. 16 EUGRCh), des Verbraucherschutzes (Art. 2 I GG, Art. 38 EUGRCh) oder zum Schutz des Leistungswettbewerbs denkbar.
- Im Bereich vollständig durch EU-Richtlinien harmonisierten Rechts ist nur die EUGRCh anwendbar, nicht das GG (das wird von Studenten gern übersehen!). Gilt im UWG für §§ 4a-5c (näher dazu unten)



- Beispiel: Verbot der Benetton-Schockwerbung durch den BGH wurde vom BVerfG als Verstoß gegen die Meinungsfreiheit beanstandet (BVerfGE 102, 347 = GRUR 2001, 170 – *Benetton I*)
- Nach den Benetton-Fällen sind weitere Entscheidungen des BGH und anderer Zivilgerichte wegen Verstoßes gegen Art. 5 GG aufgehoben worden, Beispiele: BVerfG GRUR

2002, 455 und BGH GRUR 2006, 75 – *Artenschutz*; BVerfG NJW 2003, 277 – *JUVE-Handbuch*; vgl. auch BGH GRUR 2007, 247 – *Regenwald-Projekt I*)

- Seit der UWG-Reform von 2004 bestehen an der Verfassungsmäßigkeit der UWG-Bestimmungen und der wesentlichen Grundsätze der Rechtsprechung kaum noch Zweifel.
- Verbleibende Bedeutung der Grundrechte:
 - Wenn unbestimmte Rechtsbegriffe Interessenabwägungen erfordern, muss der Grundrechtsschutz der jeweiligen Interessen berücksichtigt werden. Beispiel: Bei der Frage, ob Onlinehändler für irreführende Kundenbewertungen haften, ist die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 5 I GG) zu berücksichtigen (BGH GRUR 2020, 543 – *Kundenbewertungen auf Amazon*)
 - Über § 3a dürfen keine verfassungs- oder unionsrechtswidrigen Normen angewandt werden (dabei ist allerdings Art. 100 GG zu beachten). Das kann bei restriktiven marktregelnden Normen, z.B. des anwaltlichen und ärztlichen Berufsrechts oder des Glücksspielrechts problematisch sein. Beispiel: Die Rückkehrpflicht für Mietwagen mit Fahrer und die Unterscheidungspflicht von Taxibetrieben (§ 49 IV 3, 5 PBefG) könnten unionsrechts- oder verfassungswidrig sein und dürften dann nicht über § 3a durchgesetzt werden. Der BGH hält sie aber für mit dem Unionsrecht und dem GG vereinbar: BGH GRUR 2019, 298 – *Über Black II*.

2. Geschichtliche Entwicklung

Lit: *Emmerich/Lange*, § 1 II

1. Phase: Entstehung des Lauterkeitsrechts in Deutschland und Europa (1871 – 1920)

- Ausgangspunkt: Gewerbefreiheit (§ 1 GewO 1869) und zunehmende Industrialisierung führen zur Entstehung einer modernen Marktwirtschaft.
- Frühe Rechtsprechung des RG nach 1871:
 - Kein Schutz gegen unlauteren Wettbewerb (etwa auf der Grundlage des linksrheinisch geltenden Code civil), Begründung: Gegenschluss aus Markengesetz v. 1874.
 - Blick nach Europa: Schutz gegen unlauteren Wettbewerb auf Grundlage der deliktsrechtlichen Generalklausel (Art. 1382 Code civil) in Frankreich, ähnliche Argumentation wie RG durch die englischen Gerichte.
- 1896: erstes UWG
 - Spezialregelungen zur irreführenden Werbung, zur Rufschädigung und zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen
 - Aber keine „große Generalklausel“
- 1909: UWG-Reform, Einführung der „großen Generalklausel“ (§ 1 UWG a.F.: „Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung oder Schadensersatz in Anspruch genommen werden.“), zurückhaltende Anwendung in den ersten Jahren.

2. Phase: Ausbau des Lauterkeitsrechts (1920 – 1990)

- Zunehmende Dichte des Richterrechts unter § 1 UWG a.F.
- „Sozialrechtliches Verständnis“ des UWG (*Ulmer*, GRUR 1937, 772 ff.): UWG geht über sonderdeliktsrechtlichen Konkurrentenschutz hinaus.

- Mittelstandsschutz als ungeschriebener zusätzlicher Schutzzweck
- Folge: Restriktivere Handhabung des § 1 UWG und Erlass von Nebengesetzen
 - Beispiel zur Rechtsprechung: grundsätzliches Verbot der vergleichenden Werbung (RG GRUR 1931, 1299 – *Hellegold*)
 - Zugabeverordnung (1932)
 - Rabattgesetz (1933)
- Generalklausel des UWG als Einfallstor für nationalsozialistische Wertungen nach 1933
- 1965: Einführung der Klagebefugnis für Verbraucherverbände
- 1970er und 1980er Jahre: Verschärfung der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle, dagegen zunehmende Kritik des Schrifttums:
 - Strenge Standards bei Beurteilung der irreführenden Werbung: Irreführung (+), wenn 10-15 % der Verbraucher irregeführt (*Emmerich*: „Schutz des an der Grenze zur Deblilität verharrenden, unmündigen, einer umfassenden Betreuung bedürftigen, hilflosen Verbrauchers“)
 - Regelung zu Sonderveranstaltungen in §§ 6 a, b (1969) und §§ 6 c-e (1986) (*Schricker*: „Horroralphabet der Gefährdungstatbestände“)

3. Phase: Liberalisierung und Europäisierung (seit 1990)

- Zunehmende Kritik an Restriktionen durch Lauterkeitsrecht (Beispiel: *Sosnitza*, Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung (1995))
- Liberalisierende Wirkung der EuGH-Rspr. zu Art. 34 AEUV und durch EU-Richtlinien:
 - Richtlinie vergleichende Werbung (1997) führt zur Aufhebung des grundsätzlichen Verbots der vergleichenden Werbung, Neufassung des § 2 UWG a.F. (= § 6 n.F.)
 - Herkunftslandprinzip der E-Commerce (2000) führt zur Abschaffung von ZugabeVO und Rabattgesetz
 - Übergang zum Leitbild des mündigen, durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers (vgl. GRUR 2000, 619 – *Orient-Teppichmuster*)
 - Liberalisierung der Beurteilung von Kopplungsangeboten (vgl. BGH GRUR 2002, 976 – *Kopplungsangebot I*)
 - Liberalisierung der Rechtsprechung zum Rechtsbruch (vgl. BGH GRUR 2000, 1076 – *Abgasemissionen*)
- Zunehmender Einfluss des Verfassungsrechts (s.o.)
- Abwanderung von Teilgebieten in das geistige Eigentum oder Sondergesetze
 - Schutz bekannter Marken gegen Rufausbeutung und Schädigung durch die MarkenRL und das MarkenG (1988 / 1995), Schutz von geschäftlichen Bezeichnungen durch das MarkenG (1995)
 - Schutz nicht eingetragener Designs durch die GemeinschaftsgeschmacksmusterVO (2002)
 - Schutz von Geschäftsgeheimnissen durch das GeschGehG (2019)
- UWG-Reform (2004): Liberalisierung und größere Transparenz der Rechtsanwendung durch Einführung von Regelbeispielen (§ 4 UWG)
- Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL, 2005): erstmals unionsrechtliche umfassende Regelung des Lauterkeitsrechts im B2C-Bereich, umgesetzt 2008
- Die EU-Kommission hat die Umsetzung der UGP-RL von 2008 als unzureichend gerügt. Daraufhin weitere Anpassung an die Richtlinie durch die Änderungen von 2015 insbeson-

dere Umbau des § 3 und Ausgliederung der verbraucherschützenden Tatbestände und des Rechtsbruchs aus § 4

- Gesetz zur Bekämpfung unseriöser Geschäftspraktiken (2020): Auffächerung des § 8 in §§ 8-8c, Änderung der §§ 13 und 14 mit dem Ziel, den Abmahnmissbrauch zu bekämpfen
- Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht (2021 verabschiedet, seit 28.5.2022 in Kraft): Umsetzung der Änderungen der UGP-Richtlinie von 2019, insbesondere Änderung bei Informationspflichten (§§ 5a, 5b nF) und Ergänzung der „schwarzen Liste“ (Überblick bei *Ohly* GRUR 2022, 763)

3. Unionsrechtlicher Rahmen (Überblick)

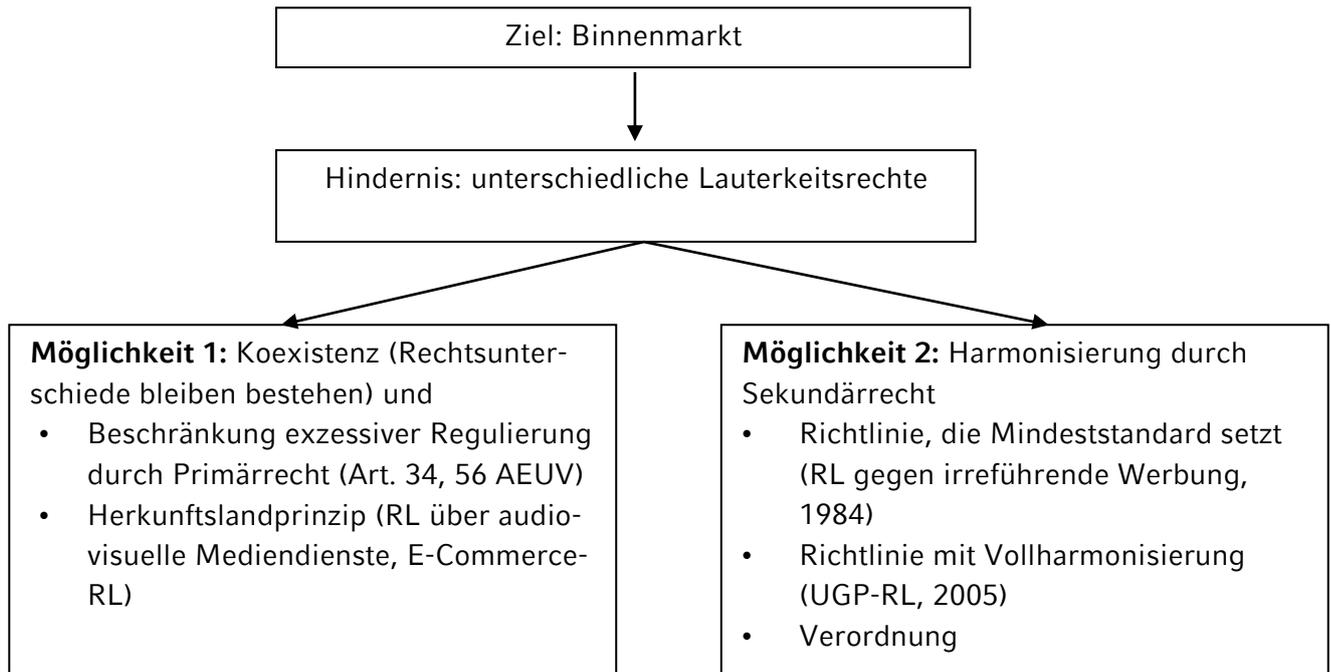
Lit: *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2010, 273; *Köhler*, WRP 2012, 251; *Ohly/Sosnitza*, Einf. C, Rn. 8-61

Ausgangspunkt: unterschiedliche lauterkeitsrechtliche Modelle in Europa

- Im Völkerrecht verpflichtet **Art. 10^{bis} PVÜ** zwar zum Schutz gegen unlauteren Wettbewerb, definiert ihn aber nur sehr allgemein und nennt nur drei Beispiele: Verwechslungsgefahr, Anschwärtzung, Irreführung. Damit bleibt den Mitgliedstaaten ein weiter Gestaltungsspielraum
- Modell 1 (z.B. A, B, D, E, weitgehend PL): monistischer, zivilrechtlicher Ansatz
 - Einheitliches Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
 - Schutz der Mitbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit
 - Ausschließlich (A, D) oder immerhin weitgehend zivilrechtliche Durchsetzung
- Modell 2 (z.B. DK, S): wie 1, aber starke Rolle des Verbraucherombudsmanns, der eigene Aufsichtsbefugnisse hat und bei Gericht Unterlassung verlangen kann
- Modell 3 (z.B. F, I): dualistischer Ansatz
 - Mitbewerberschutz gegen unlauteren Wettbewerb auf Grundlage des allgemeinen Deliktsrechts
 - Verbraucherschutzgesetz, das gesamten Verbraucherschutz vereint und straf- bzw. verwaltungsrechtlich durchgesetzt wird (allerdings Möglichkeit der Adhäsionsklage)
- Modell 4 (z.B. H, LT): dualistischer Ansatz
 - Wettbewerbsgesetz, das Lauterkeits- und Kartellrecht verbindet
 - Aufsichtsbefugnisse der Wettbewerbsbehörde
 - Daneben Verbraucherschutzgesetzgebung
- Modell 5 (UK, IRL)
 - Skepsis gegenüber „unfair competition“: “To draw a line between what is fair and unfair passes the power of the courts”
 - Kein allgemeines Verbot des unlauteren Wettbewerbs
 - Deliktsrechtliche Tatbestände („economic torts“), die Unternehmer gegen bestimmte Formen des unlauteren Wettbewerbs schützen, z.B. passing off: (1) Anspruchsteller ist Inhaber eines guten Rufes (Goodwill), regelmäßig in einem Zeichen verkörpert, (2) Anspruchsgegner führt Abnehmer über Herkunft oder Qualität seiner Produkte irre und (3) schädigt dadurch den Anspruchsteller
 - Verbraucherschutzgesetzgebung, die straf- und verwaltungsrechtliche durchgesetzt wird
 - Starke Rolle der Freiwilligen Selbstkontrolle

Unterschiede in Europa

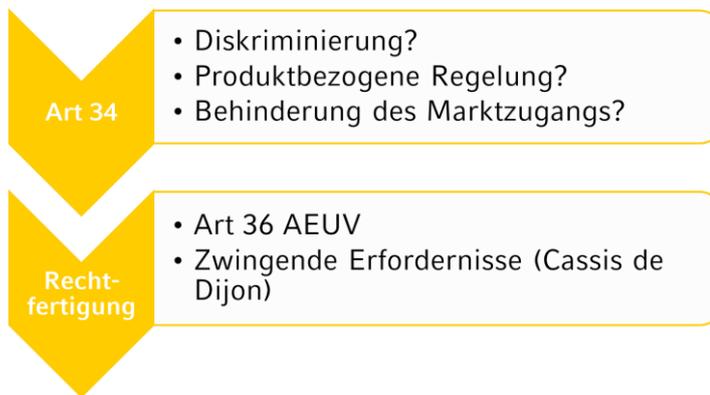
- Systematik: Monismus oder Dualismus?
- Gesetzgebungstechnik: konkrete Verbote oder Generalklauseln?
- Kontrolldichte im Wettbewerb
- Zivil- oder verwaltungsrechtliche Durchsetzung
- Bedeutung der Selbstkontrolle



Primärrechtliche Kontrolle

- Primärrecht = Verträge, insb. EUV und AEUV
- Unterschiede können zu Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 34 AEUV) führen. Bei Fehlen einer Rechtfertigung daher Beschränkung exzessiver nationaler Regelungen durch Art. 34, 56 AEUV (negative Integration).
- Wichtigste Schritte in der Rechtsprechung zu Art. 34 AEUV:
 - EuGH Rs. 8/74, GRUR Int. 1974, 467 – *Dassonville*: Jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, ist als Maßnahme kontingentgleicher Wirkung anzusehen → weite Definition der Warenverkehrsfreiheit, potentiell alle Marktregelungen erfasst.
 - EuGH, Rs. 120/78, GRUR Int. 1979, 468 – *Cassis de Dijon*: mangels Harmonisierung Rechtfertigung durch zwingende Erfordernisse möglich, sofern Verhältnismäßigkeitsprinzip gewahrt. Beispiel zum Lauterkeitsrecht: EuGH, Rs. C-126/91, GRUR 1993, 747 – *Yves Rocher*
 - EuGH, Rs. C-267 u. 268/91, GRUR 1994, 296 – *Keck und Mithouard*: Unterscheidung zwischen produktbezogenen Regelungen und Verkaufsmodalitäten, erstere fallen unter Art. 34 AEUV, letztere nur bei Diskriminierung. Beispiel zum Lauterkeitsrecht: EuGH, Rs. C-315/92, GRUR Int. 1994, 231 – *Clinique*
 - Weiterentwicklung in EuGH, Rs. C-110/05 – *Kommission/Italien*; Rs. C-456/10 – *ANNET*: Art. 34 AEUV enthält die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, der gegenseitigen Anerkennung von Erzeugnissen, die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht wurden, und des freien Zugangs zu nationalen Märkten. Art. 34 AEUV erfasst also Maßnahmen, die Waren aus anderen Mitgliedstaaten diskriminieren, produktbezogene Vorschriften und andere Maßnahmen, die den Zugang von Waren zum Markt eines Mitgliedstaats behindern.

- Also zweistufige Prüfung, s. Schema unten.
- Fallbeispiel (EuGH, C-148/15, GRUR 2016, 1312 – *Deutsche Parkinson Vereinigung eV gegen Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV*): Anspruch der Wettbewerbszentrale gegen die Parkinson-Vereinigung aus §§ 8 I, 3 I, 3a UWG i.V.m. § 78 I 4 AMG wegen Verstoßes gegen die Preisbindung für Versandapotheken. Unlauterkeit gem. § 3a nur, wenn die betreffende gesetzliche Vorschrift nicht gegen das Unionsrecht verstößt. EuGH: (1) Art. 34 AEUV wegen Diskriminierung anwendbar, (2) keine Rechtfertigung wegen Gesundheitsschutz
- Ist das Verbot an Apotheken aus §§ 3a, 7 HWG, 78 AMG, Brötchen-Gutscheine an Kunden auszugeben, deswegen unionsrechtswidrig? Nein, weil reine Inländerdiskriminierung (BGH GRUR 2019, 1071 – *Brötchen-Gutschein*)
- Vor allem in den 1990er Jahren liberalisierender Einfluss der Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit auf das UWG.



Rechtsangleichung durch Sekundärrecht

- Sekundärrecht = auf der Grundlage der Verträge erlassenes Recht = Verordnungen, Richtlinien, Entscheidungen (Art. 288 AEUV)
- Verordnungen gelten unmittelbar, Richtlinien sind nur hinsichtlich ihres Zwecks verbindlich und richten sich an die Mitgliedstaaten
- Gebot der richtlinienkonformen Auslegung:
 - Nationale Gerichte müssen Vorschriften, die zur Umsetzung ergangen sind, im Einklang mit der RL (alle Sprachfassungen verbindlich!) und der Rechtsprechung des EuGH auslegen.
 - Aber nur, soweit es das nationale Recht zulässt: keine richtlinienkonforme Auslegung contra legem
- Weitgehende Rechtsangleichung im Marken-, Design- und Urheberrecht
- Aber Probleme im Lauterkeitsrecht: rechtspolitische, methodische und systematische Unterschiede, Nähe zum BGB
- Daher später Beginn der Harmonisierung, nach wie vor keine vollständige Angleichung
- Zwei grundlegende Richtlinien:
 - Richtlinie 2005/29/EG **über unlautere Geschäftspraktiken** im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern (UGP-RL) (2005, geändert 2019) → umgesetzt in §§ 4a, 5, 5a-c

- Richtlinie 2006/114/EG über **irreführende und vergleichende Werbung** (WerbeRL) (2006) = Kodifizierung der früheren RL über irreführende Werbung (1984) und vergleichende Werbung (1997) → umgesetzt in §§ 5, 6
- Näher zu beiden Richtlinien unten, III 1.
- **Spezielle Regelungen unlauterer Praktiken**
 - **Medienspezifische Vorschriften:** regeln verschiedene Aspekte bestimmter Medien, darunter auch Werbung. Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (2010, geändert 2018) und E-Commerce-Richtlinie (2000)
 - **Produktspezifische Vorschriften:** z.B. TabakwerbeRL (2003) und RL über Tabakerzeugnisse (2014), Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel (2001) und zahlreiche weitere Richtlinien des Lebensmittel- und Arzneimittelrechts (z.B. Health-Claims-VO)
 - **Absatzbezogene Vorschriften:** Preisangabenrichtlinie (1998), E-Datenschutz-Richtlinie (2002, regelt unerwünschte E-Mail-, Fax- und Telefonwerbung, soll demnächst durch eine VO ersetzt werden)
 - Die EU-Verordnungen und die deutschen Vorschriften, die zur Umsetzung der EU-Richtlinien ergangen sind, können über § 3a oder §§ 5a I, 5b IV Bedeutung für das UWG erlangen.
- **Rechtsakte mit Bedeutung für die Rechtsdurchsetzung**
 - RL über Unterlassungsklagen (2009)
 - VO über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz (2017)
 - RL über Verbandsklagen (2020)

II. Grundlagen

1. Systematik und Methodik des Lauterkeitsrechts

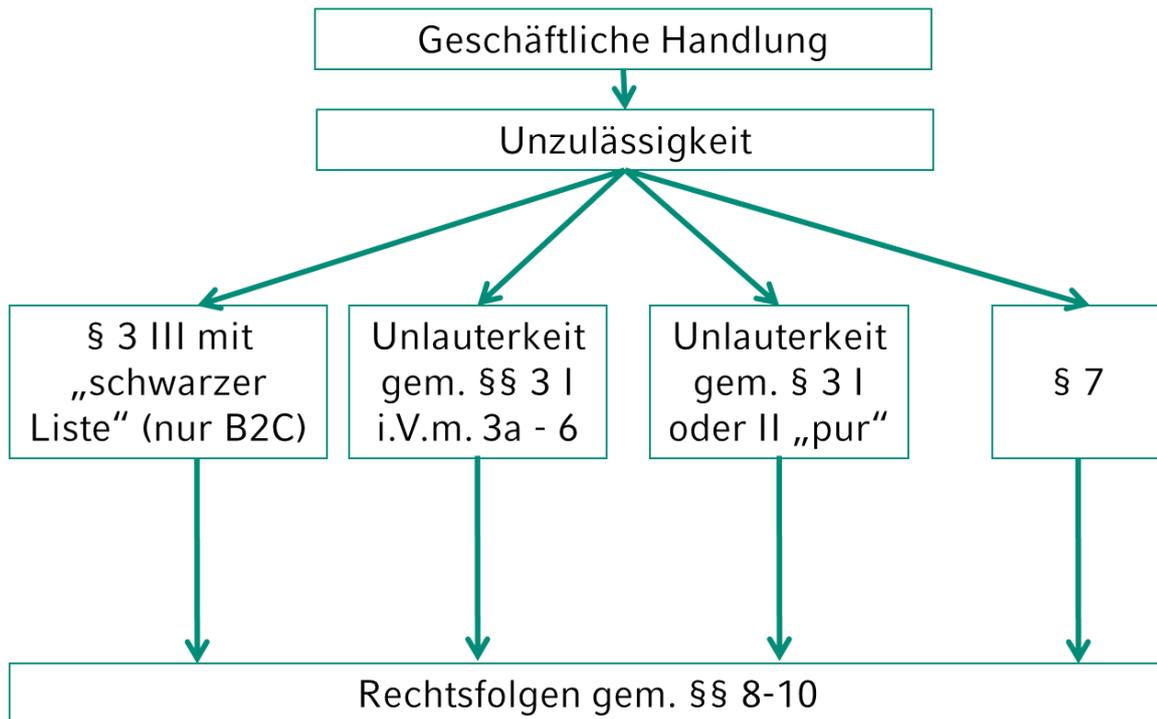
Systematik des UWG im Überblick

- Aufbau:
 - §§ 1, 2: Schutzzwecke und Definitionen
 - §§ 3-7: Tatbestände der Unlauterkeit
 - §§ 8-10: Rechtsfolgen, § 11: Verjährung
 - §§ 12 ff. Besonderheiten des Verfahrens
 - §§ 16, 19 f. Straf- und Bußgeldvorschriften
- Zentrale Vorschrift ist die **Generalklausel des § 3**
 - § 3 I ist Umschaltnorm zwischen §§ 3a-6 und §§ 8 ff.
 - § 3 I (Mitbewerberschutz, B2B) und II (Verbraucherschutz) dienen als Auffangnorm für unvorhergesehene Fälle
 - § 3 III i.V.m. der „Schwarzen Liste“ verbietet (europaweit einheitlich) bestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gegenüber Verbrauchern per se, ohne dass die Unlauterkeit und die Spürbarkeit zu prüfen wäre
 - Nur § 7 (belästigende Werbung) verweist nicht auf § 3
- In aller Regel ergibt sich die Unlauterkeit aus Spezialtatbeständen, daher **Prüfungsreihenfolge vom Speziellen zum Allgemeinen** (vergleiche die Prüfung der §§ 307 ff. im BGB).
 - Schutz von **Verbraucherinteressen**:
 - (1) Verstoß gegen § 3 III i.V.m. Anh. zu § 3 III („schwarze Liste“)?
 - (2) Verstoß gegen §§ 4a-5a oder § 3a i.V.m. Marktverhaltensregel?
 - (3) Unlauterkeit gem. § 3 II ?
 - Schutz von **Mitbewerberinteressen**:
 - (1) Verstoß gegen §§ 4, 6 oder § 3a i.V.m. Marktverhaltensregel
 - (2) Unlauterkeit gem. § 3 I ?
- Die **Anspruchsgrundlage** setzt sich (im „Baukastensystem“) zusammen aus (1) der Norm, die die erstrebte Rechtsfolge begründet (§ 8, 9 oder 10); (2) dem verletzten Spezialtatbestand bzw. Regelbeispiel und (3) der großen Generalklausel. Beispiel: Anspruch auf Unterlassung der weiteren Veröffentlichung einer irreführenden Werbeanzeige ergibt sich aus §§ 8 I; 5 I, 5 I UWG.
- Anders nur bei § 7, der nicht auf § 3 verweist. Hier nur Prüfung der Voraussetzungen des § 7, Anspruchsgrundlage des Unterlassungsanspruchs ist hier §§ 8 I, 7

§§ 3-7: Tatbestand



§§ 8-10: Rechtsfolgen



Prüfungsschema für den Unterlassungsanspruch

(zu weiteren Ansprüchen, zu den Voraussetzungen Nr. 4-8 und zur Rechtsfolge später, vgl. auch *Köhler/Alexander*, S. 1 ff.)

I. Voraussetzungen

1. **Geschäftliche Handlung (§ 2 I Nr. 2)**
2. **Unzulässigkeit (hier kann sich auch eine Gliederung in a) Schutz der Verbraucher und sonstigen Abnehmer und b) Mitbewerberschutz anbieten)**
 - a) gem. § 3 III mit „Schwarzer Liste“ (nur B2C)
 - b) gem. § 3 I i.V.m. §§ 3a-6 (Regelfall!)
 - c) ausnahmsweise gem. § 3 II (Verbraucherschutz im B2C-Verh.) oder § 3 I (Mitbewerberschutz oder B2B) „pur“
 - d) gem. § 7
3. **Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr**
4. **Aktivlegitimation (§ 8 III)**
5. **Passivlegitimation**
 - a) Verletzer
 - b) Teilnehmer (§ 830 II BGB), Zurechnung gem. § 8 II UWG, mittelbarer Verletzer („Störer“)
6. Einwendungen und Einreden (sofern Anhaltspunkte vorliegen), insb. Rechtsmissbrauch oder Verjährung (§ 11)

II. Rechtsfolge

Anspruch auf Unterlassung der konkreten Verletzungsform und „kerngleicher“ Verletzungshandlungen

Methodik des UWG

- Problem: Die Spezialtatbestände enthalten zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe. Der Begriff der „Unlauterkeit“ in § 3 ist nicht der unmittelbaren Subsumtion zugänglich.
- **Richtlinienkonforme Auslegung:** sämtliche Tatbestände, die auf Unionsrecht beruhen (§§ 3 II, III; 4a-6; 7 II, III) sind unionsrechtskonform auszulegen, also
 - im Einklang mit der zugrunde liegenden Richtlinie (dabei sind – zumindest theoretisch – sämtliche Sprachfassungen relevant)
 - im Einklang mit den Entscheidungen des EUGH
- Bedeutung der **Interessenabwägung:** Häufig stehen sich die Interessen des Werbenden und die Interessen der Konkurrenten bzw. der Verbraucher gegenüber. Kriterien:
 - Bedeutung der Grundrechte
 - Bei Interessenkonflikten zwischen Gewerbetreibenden: Schiedsrichterfunktion des Verbrauchers
 - Tipp: gegenläufige Interessen identifizieren und nach brauchbaren Abwägungskriterien suchen.
- Bedeutung des **Richterrechts**
 - Urteile des EUGH sind als verbindliche Auslegungen des vorrangigen Gemeinschaftsrechts zu befolgen
 - Für Urteile des BGH und der OLG gilt eine **Präjudizienvermutung:**
 - (1) Wenn ein einschlägiges Präjudiz existiert, ist es zu zitieren.
 - (2) Wer von einem Präjudiz abweichen will, trägt die Begründungslast
 - Im Laufe der Zeit verfestigen sich Einzelentscheidungen zu richterrechtlichen Normen, denen gesetzesähnliche Bindungswirkung zukommt.
 - Unter § 1 UWG 1909 haben Rechtsprechung und Literatur (Beispiel: die zu § 1 a.F. UWG sehr einflussreiche Fallgruppenbildung von *Hefermehl*: Kundenfang, Behinderung, Ausbeutung, Vorsprung durch Rechtsbruch, Marktstörung) Fallgruppen gebildet, zu deren Beurteilung sich eine allgemeine Fallgruppennorm herausgebildet hat. Viele der von der Rechtsprechung gebildeten Fallgruppen wurden 2004 ins Gesetz geschrieben (inzwischen §§ 3a-7)
 - Tipp: Grundlegende Präzedenzfälle (die in der Vorlesung besprochen werden) lesen und – nach Möglichkeit – behalten. In Seminararbeiten muss auf einschlägige Fälle Bezug genommen werden, auch in der Klausur ist es von Vorteil, wichtige und einschlägige Präzedenzfälle zu nennen.

Verhältnis des UWG zu lauterkeitsrechtlichen Spezialnormen (§ 1 II)

- Es gibt zahlreiche Spezialnormen außerhalb des UWG, die spezielle Informationspflichten (z.B. Energieeffizienz-Kennzeichnungen), Irreführungsverbote (z.B. § 3 HWG) oder weitere Verhaltenspflichten (z.B. Zugabeverbot in § 7 HWG) vorsehen. Wie verhalten sie sich zum UWG?
- Meist werden sie ins UWG über §§ 5a, 5b IV oder § 3a integriert. Beispiel 1: unionsrechtlich vorgeschriebene Informationen über die Energieeffizienz sind gem. § 5b IV wesentlich, ihr Vorenthalten führt gem. § 5a I zur Unlauterkeit. Beispiel 2: Das Angebot einer gem. 7 HWG verbotenen Zugabe ist gem. § 3a als Verstoß gegen eine Marktverhaltensregelung unlauter. Näher hierzu bei den genannten §§.

- Missverständlich der seit Mai 2022 geltende § 1 II: Vorschriften zur Regelung besonderer Aspekte unlauterer Handlungen dem UWG vor. Was bedeutet das?
 - Kein Vorrang der Spezialgesetze, wenn sie über §§ 3a, 5b, b ins das UWG integriert werden, weil dann bereits kein Normenkonflikt vorliegt.
 - Im Übrigen Preisfrage: Wann regelt eine Vorschrift besondere Unlauterkeitsaspekte. Umstritten ist das z.B. für den Geheimnisschutz (GeschGehG) oder markenrechtliche Tatbestände, die auf Unlauterkeit abstellen (z.B. § 14 II 1 Nr. 3 MarkenG).
 - Hier führt § 1 II nicht weiter. Frage ist immer im Einzelfall: Nimmt die Spezialvorschrift eine abschließende Regelung des Sachverhalts vor? Wenn nicht (wie meist), dann ist sie mit dem UWG parallel anwendbar, aber Wertungskonflikte sind zu vermeiden.

2. Schutzzwecke des Lauterkeitsrechts (§ 1 I UWG)

Lit.: *Hetmank*, GRUR 2014, 437 ff.

Die Schutzzwecktrias (§ 1 I)

- § 1 I UWG kodifiziert die vor 2004 schon in der Rechtsprechung anerkannte **Schutzzwecktrias**.
- Geschützt werden die Interessen
 - der **Mitbewerber** (Horizontalverhältnis)
 - der **Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer** (§ 2 Nr. 3): alle Anbieter oder Nachfrager, die weder Mitbewerber noch Verbraucher sind, insb. gewerbliche Abnehmer), also der Marktgegenseite (Vertikalverhältnis)
 - der **Allgemeinheit** an einem unverfälschten Wettbewerb.
- „**Integriertes Modell**“ bzw. **Monismus**: keine Trennung von Verbraucher- und Konkurrentenschutz (so der Dualismus, dem einige ausländischen Rechtsordnungen folgen), Sinn des integrierten Modells: Die Interessen sind untrennbar miteinander verwoben; auch bei Konflikten zwischen Mitbewerbern kommt dem Verbraucher eine „Schiedsrichterfunktion“ zu.
- Problem: Die UGP-Richtlinie schützt nur Verbraucher, die WerbeRL schützt nur Unternehmer
 - Da die UGP-RL den Mitgliedstaaten den Mitbewerberschutz erlaubt (s. Egrd. 8), konnte Deutschland bei der Umsetzung das integrierte Modell beibehalten
 - Aber Aufteilung in § 3: § 3 II, III gelten nur im B2C-Geschäftsverkehr
- Diese Interessen sind gleichwertig. Weder ist der Verbraucherschutz bloßer Schutzreflex, noch ist das UWG in erster Linie Verbraucherschutzgesetz.
- § 1 I ist bei der Auslegung des § 3 und der §§ 4-7 zu berücksichtigen.
- Seit 2015 deutlichere Trennung zwischen Mitbewerber- und Abnehmerschutz:
 - § 4 dient nur dem Mitbewerberschutz, auch bei § 6 steht der Mitbewerberschutz im Vordergrund (str., dazu später mehr)
 - §§ 4a-5a dienen nur dem Abnehmerschutz, das gilt weitgehend auch für § 7

Mitbewerber (§ 2 I Nr. 4)

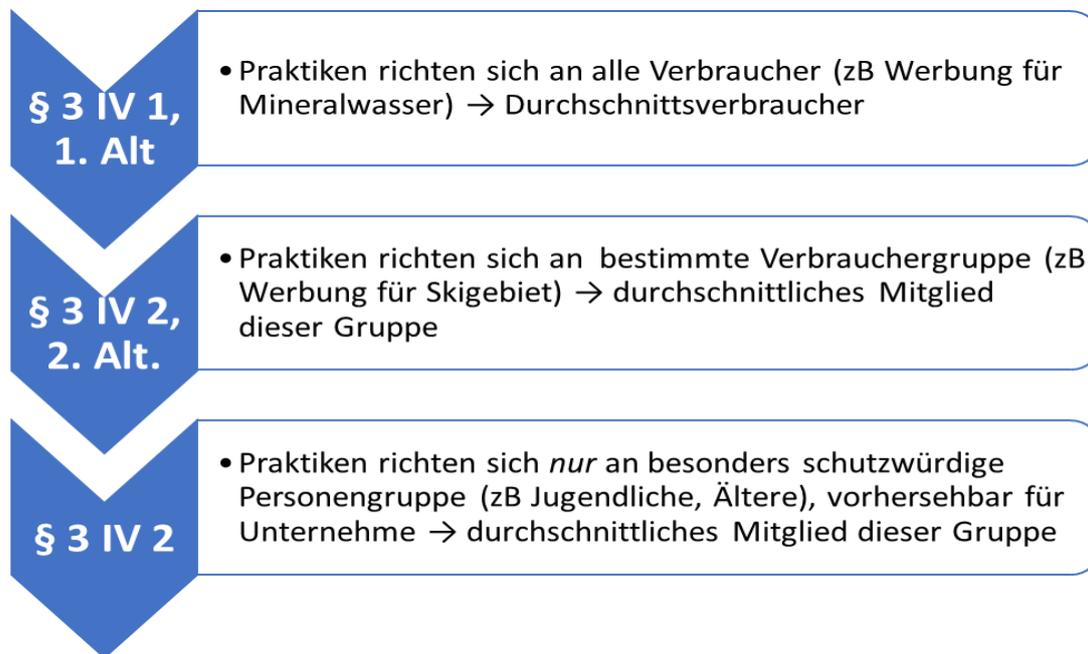
- **Bedeutung des Begriffs:**
 - Die Tatbestände des § 4 setzen Mitbewerberbezug voraus, hier ist § 2 I Nr. 4 innerhalb des Tatbestands zu prüfen.
 - Dem konkret betroffenen Mitbewerber stehen individuelle Abwehr- und Schadensersatzansprüche zu (§§ 8 I, III Nr. 1; 9 I), hier ist § 2 I Nr. 4 im Rahmen der Aktivlegitimation zu prüfen.
- **Legaldefinition in § 2 I Nr. 4:** jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht.
- **Unternehmer (§ 2 I Nr. 8):** Person, die geschäftliche Tätigkeit im Rahmen ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit vornimmt und Personen, die in deren Auftrag handeln
- **Konkretes Wettbewerbsverhältnis**
 - Liegt ohne weiteres (ähnlich wie bei der Bestimmung des relevanten Marktes im Kartellrecht) dann vor, wenn die Produkte aus Verbrauchersicht substituierbar sind.
 - Weil aber § 2 I Nr. 4 im Zusammenhang mit § 8 III Nr. 1 darüber entscheidet, wem überhaupt Ansprüche zustehen, definiert die Rechtsprechung den Begriff sehr weit.
 - Wettbewerbsverhältnis demnach (+), wenn zwischen den Vorteilen, die der eine Unternehmer aus seiner Wettbewerbshandlung zieht, und die Nachteile des anderen eine Wechselbeziehung besteht.
- **Absatzwettbewerb:** Beide Unternehmer wenden sich an denselben Abnehmerkreis. Bedeutung der **Substituierbarkeit:** Sind die Angebote beider Unternehmer aus Abnehmersicht austauschbar?
 - Einfaches Beispiel: Konkurrenten auf demselben Markt, z.B. Anbieter eines Original-Dübels und Anbieter einer Nachahmung (BGH GRUR 2015, 909 – *Exzenterzähne*)
 - Dabei weites Marktverständnis: Wettbewerbsverhältnis zwischen Rolex und Anbieter nachgeahmter Billig-Uhren, obwohl niemand anstelle der Rolex eine Billiguhren kauft.
 - Es kommt auf die konkreten Fallumstände und auf Substitutionsmöglichkeiten an, die der Werbende selbst hervorhebt, Beispiel: BGH GRUR 1972, 553 – *Statt Blumen Onko-Kaffee*.
 - Auch Anbieter unterschiedlicher Wirtschaftsstufen können Mitbewerber sein (mittelbares Wettbewerbsverhältnis), Beispiel: vergleichende Werbung eines Auto-Vertragshändlers betrifft Hersteller des Konkurrenzfahrzeugs.
 - Ebenso ein Lizenzgeber, der die Produkte nicht selbst herstellt, und der Hersteller eines konkurrierenden Produkts (BGH GRUR 2014, 1114 – *nickelfrei*)
- **Nachfragewettbewerb:** Beide Unternehmer wenden sich an denselben Anbieter(kreis), z.B. alter und neuer Arbeitgeber bei Abwerbung eines Arbeitnehmers
- Darüber hinaus aber **jede Wechselbeziehung** zwischen Vorteil des einen und Nachteil des anderen (inoffizieller Merksatz: „Des einen Freud, des anderen Leid“)
 - Wettbewerbsverhältnis daher zwischen Betreiber einer webfinanzierten Website und Anbieter eines Werbeblockers (BGH GRUR 2018, 1251 – *Werbeblocker II*)
 - Ebenso zwischen Hotel und Betreiber eines Hotel-Bewertungsportals (BGH GRUR 2015, 1129 – *Hotelbewertungsportal*)

- Das gilt für das gesamte UWG, also keine Einschränkung auf Substitutionswettbewerb bei Verbraucherschützenden Tatbeständen (BGH GRUR 2021, 497 Rn. 14 ff. – Zweitmarkt für Lebensversicherungen)
- Ausnahme: § 6 (vergleichende Werbung), hier gilt der engere Mitbewerberbegriff des EUGH, dazu später

Verbraucher (§ 2 II iVm § 13 BGB)

- § 2 II verweist auf § 13 BGB
 - Verbraucher = jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können
 - Allerdings greift schon im Vorfeld des Vertragsschlusses ein und schützt Verbraucherinteressen auch noch nach Vertragsschluss. Daher nur sinngemäße Anwendung: Es geht um das Verhalten des Verbrauchers, nicht um einen bestimmten Vertragsschluss.
 - Bei doppeltem Zweck Verbraucher (+), wenn gewerblicher Zweck nicht überwiegt. Problem: Das weiß man in der Werbung meist nicht. Dann muss die Handlung auch den strengeren Voraussetzungen der Verbraucherschützenden UWG-Normen entsprechen.
 - Verbraucher können nur natürliche Personen sein. Juristische Personen ohne Unternehmereigenschaft sind sonstige Marktteilnehmer.
- Das UWG schützt den Verbraucher nicht in jeder Hinsicht, sondern gerade in seiner Eigenschaft als Marktteilnehmer. Zentrales Schutzgut ist die „Fähigkeit des Verbrauchers, sich aufgrund von Informationen zu entscheiden (§§ 3 II, 2 Nr. 11):
 - Schutz der **Entscheidungsgrundlage** → Schutz vor irreführenden Handlungen (§ 5 I), Informationspflichten (§ 5a),
 - Schutz des **Entscheidungsprozesses** → Schutz vor Druck und unsachlichem Einfluss (§ 4a)
- Abweichend aber § 7 und § 3a
 - § 7 schützt vor unzumutbarer Belästigung → Schutz der **Privatsphäre**
 - § 3a schützt nach h.M. sämtliche Verbraucherinteressen (z.B. an Gesundheitsschutz, Jugendschutz, kompetenter Rechtsberatung), näher hierzu unten bei § 3a
- **Verbraucherleitbild**
 - Bedeutung: Wann Werbung irreführend ist (§ 5), wann die Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt ist (§ 4a), wann eine Belästigung unzumutbar ist (§ 7 I), hängt von der Person des Verbrauchers ab. Soll das UWG vom Verständnis eines durchschnittlichen Verbrauchers ausgehen oder auch Minderheiten schützen?
 - Früheres UWG: Schutz auch einer Minderheit von unaufmerksamen oder unerfahrenen Verbrauchern.
 - Änderung hin zum Leitbild des Durchschnittsverbrauchers durch Rechtsprechung des EUGH (grundlegend EUGH, Rs. 210/96 = GRUR Int. 1998, 759 – *Gut Springenheide*)
 - S. auch Egrd. 18 UGP-RL: angemessen gut unterrichteter und angemessen aufmerksamer und kritischer Durchschnittsverbrauchers (Egrd. 18 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken)
- Berücksichtigung der situationsadäquaten Aufmerksamkeit: beim Kauf eines Autos ist man aufmerksamer als beim Wochenendeinkauf im Supermarkt

- Berücksichtigung der angesprochenen Verbraucherkreise: alle oder Mitglied einer bestimmten Gruppe, die mehr / weniger weiß bzw. mehr / weniger aufmerksam ist?



Allgemeininteresse an unverfälschtem Wettbewerb

- Der Schutz der Konkurrenten und der Abnehmer dient mittelbar auch dem Allgemeininteresse an einem funktionierenden Wettbewerb.
- Geschützt ist aber nur das **Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb**, nicht hingegen jedes beliebige Allgemeininteresse (z.B. Umweltschutz, Schutz vor Diskriminierung, Arbeitnehmerschutz, etc.). Insbesondere greift das Lauterkeitsrecht nicht hilfsweise zum Schutz der öffentlichen Ordnung ein. Fallbeispiele zur Diskussion:
 - BGH GRUR 2000, 1076 – Abgasemissionen
 - BGH GRUR 1995, 592 – *Busengrapscher*
 - Werbung mit fremdenfeindlichen oder rechtsextremen Inhalten
- Selbständige Bedeutung des Allgemeininteresses neben Konkurrenten- und Abnehmerschutz? Beispiel: sexistische Werbung

3. Die geschäftliche Handlung (§ 2 I Nr. 2 UWG)

Lit.: Köhler, WRP 2009, 898 ff.; Henning-Bodewig, GRUR 2013, 26 ff.; Scherer, WRP 2014, 517

Übungsfall (nach BGH GRUR 2021, 1400, 2021, 1414, GRUR 2022, 490 – Influencer I-III, dazu Ohly JZ 2022, 204)

Kathi (K) ist Internet-Influencerin. Auf ihrem Instagram-Account postet sie Fotos, die sie in verschiedenen Outfits oder an touristisch interessanten Orten zeigen. Die Kleidungsstücke oder touristischen Attraktionen sind mit „Tap-Tags“ oder ausgeschriebenen Hyperlinks versehen, über die Nutzer auf die Webseiten der Anbieter gelangen. K bekommt von den Anbietern

weder ein Entgelt, noch werden ihr die Kleidungsstücke kostenlos zur Verfügung gestellt. Der Verband Sozialer Wettbewerb, der in die Liste gem. § 4 UKlaG eingetragen ist, verlangt von K, es zu unterlassen, kommerzielle Inhalte vorzustellen, ohne den kommerziellen Zweck der Veröffentlichung zu verdeutlichen. Zu Recht?

Bedeutung

- Der Begriff der geschäftlichen Handlung bestimmt über den **Anwendungsbereich** des UWG
 - § 3 I verbietet unlautere geschäftliche Handlungen (ebenso für den Sonderfall der Belästigung § 7)
 - §§ 4 – 6 verweisen auf diese Voraussetzung des § 3 I.
- Damit wird das Lauterkeitsrecht von §§ 823 ff. BGB abgegrenzt: Es geht um eine **marktbezogene geschäftliche Tätigkeit** im Gegensatz zu privatem Handeln oder um Handeln zu anderen als gewerblichen Zwecken

Legaldefinition (§ 2 I Nr. 2)

- **Verhalten einer Person**
 - insoweit keine Beschränkung auf Verhalten eines Unternehmens, Förderung fremden Wettbewerbs durch Privaten ist also denkbar (dazu *Henning-Bodewig*, s.o.)
 - erfasst Handlungen und Unterlassungen (bei Rechtspflicht zum Handeln, z.B. § 5a)
 - weiter als Begriff der „Werbung“, Beispiele: Boykottaufruf, Herabsetzung eines Konkurrenten
- **zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens (Unternehmensbezug)**
 - Zum Unternehmensbegriff s. oben, 2.
 - **unternehmerische Tätigkeit** = auf Dauer angelegte, selbständige wirtschaftliche Betätigung, die darauf gerichtet ist, Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt zu vertreiben
 - Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich. Unternehmerisch i.S.d. UWG handeln z.B. auch Idealvereine, die Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt anbieten.
 - Regelfall ist das **Handeln zugunsten des eigenen Unternehmens**, Beispiele: Verkauf von Waren, Werbung für eigenes Geschäft
 - Gem. § 2 I Nr. 2 aber auch ein genügt ein **Handeln zugunsten fremder Unternehmer**, Beispiel: Werbung einer Influencerin für ein Produkt, das sie kostenlos zur Verfügung gestellt bekommt.
 - gem. Art. 2 lit. d UGP-RL erfasst die UGP-RL nur das Handeln zugunsten des eigenen Unternehmens oder zugunsten eines Auftraggebers (EUGH, C-391/12, GRUR 2013, 1245 – *RLvS Verlagsgesellschaft*). Auswirkungen auf das deutsche Recht? Nein, weil das deutsche Recht außerhalb des Anwendungsbereichs der RL frei ist.
 - Problem 1: Verkauf zahlreicher Waren von Privatpersonen bei eBay (Beispiel: BGH GRUR 2009, 871 – *Ohrclips*: (+) bei Angebot von 51 Ohrclips „à la Cartier“ innerhalb eines Monats)
 - Problem 2: gesetzliche Krankenkassen, die Mitgliedern fehlerhafte Informationen über Wechsel zu anderen Kassen geben, als „Unternehmer“? EUGH, C-59/12, GRUR 2013, 1159 – *BKK Mobil Oil*: ja

- **Objektiver und unmittelbarer Zusammenhang mit der Förderung des Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen (Marktbezug)**
 - fehlt bei rein betriebsinternen Vorgängen, z.B. interne Anweisungen, Produktion von Waren
 - fehlt bei rein hoheitlichen Handlungen (dazu näher sogleich)
 - fehlt bei rein privatem Verhalten (Beispiel: kein Verstoß gegen § 7 II Nr. 3 durch Weiterempfehlung eines Produkts per individueller E-Mail), sofern es nicht auch wirtschaftlichen Zwecken dient (Beispiele für Letzteres, UWG also anwendbar: Laienwerbung für Tupperware, Weiterempfehlung per E-Mail, für die Provision gezahlt wird)
- **vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss**
 - bis 2008 war UWG auf Handlungen bei Geschäftsanbahnung beschränkt
 - mittlerweile werden auch Handlungen bei Vertragsabwicklung erfasst
 - Beispiel 1: Täuschung über Verbraucherrechte oder Ankündigung eines Haftungsausschlusses, der gem. § 475 oder §§ 307 ff. BGB nichtig ist (BGH GRUR 2010, 1117 – Gewährleistungsausschluss im Internet)
 - Beispiel 2: Versuch, Verbraucher durch systematische Nichtbeantwortung von Anfragen von Rechtsdurchsetzung abzuhalten (vgl. Nr. 27 Anh. zu § 3 III)
 - Beispiel 3: Durchsetzung nicht berechtigter Forderungen durch Androhung des Besuchs eines „Inkasso-Teams“ (OLG München WRP 2010, 295)

Problem 1: Abgrenzung zur reinen Nicht-/Schlechterfüllung

- Auch der Käufer, der eine Ware mit einem verborgenen Mangel erhält, wird über die Vertragsgemäßheit der Erfüllung getäuscht und sieht deshalb von der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen ab.
- Aber das Instrumentarium des § 8 III wäre hier unangemessen: Relativität der Schuldverhältnisse, jede Vertragspartei soll selbst über die Durchsetzung ihrer Rechte entscheiden.
- Außerdem Art. 3 II UGP-RL: Vertragsrecht bleibt unberührt.
- Ansatz 1: Einschränkung der „geschäftlichen Handlung“
 - Reinen Vertragsverletzungen fehlt die objektive Eignung zur Beeinflussung geschäftlicher Handlungen (vgl. Egrd. 7 UGP-RL) (BGH GRUR 2013, 945 – Standardisierte Mandatsbearbeitung; Köhler, WRP 2009, 1175 ff., h.M.)
 - Geschäftliche Handlung nur, wenn die Handlung eine gewisse Breitenwirkung oder Systematik aufweist (Glöckner, WRP 2009, 1175 ff.)
 - Irrtumsprivileg: rein fahrlässige Vertragsverletzungen fallen nicht unter § 2 I Nr. 2
- Ansatz 2: auch die Schlechterfüllung ist „geschäftliche Handlung“, aber Unlauterkeit nur bei weiterer Einwirkung auf das wirtschaftliche Verhalten des Abnehmers, das über bloße Schlechterfüllung hinausgeht, z.B. aktive Täuschung über Vertragsgemäßheit.
- Testfrage: Wie sind die „Ausschank“-Fälle (BGH GRUR 1983, 451 und GRUR 1987, 180 – *Ausschank unter Eichstrich I, II*) nach neuem UWG zu lösen?

Problem 2: Abgrenzung zu nicht kommerziell motivierten Meinungsäußerungen

- Nach § 2 I Nr. 1 UWG 2004 war zusätzlich die subjektive Absicht zur Förderung des Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen (Wettbewerbsabsicht) erforderlich. Sie wurde bei unternehmerischem Handeln vermutet.

- Wichtige Filterfunktion für Handlungen in grundrechtsrelevanten Bereichen, die in erster Linie anderen Zwecken dienen: redaktionelle Tätigkeit der Presse (Art. 5 I 2 GG), wissenschaftliche (Art. 5 III GG) oder religiöse Äußerungen (Art. 4 GG)
- Was tun, nachdem nach § 2 I Nr. 2 UWG 2015 ein objektiver Zusammenhang ausreicht?
 - Möglichkeit 1 (h.M.): Handeln *zugunsten* eines Unternehmens und objektiver Zusammenhang fehlen, wenn die Handlung in erster Linie anderen Zwecken dient
 - Möglichkeit 2: Anwendung des UWG auf die genannten Handlungen, Berücksichtigung der Grundrechte bei der Subsumtion unter §§ 4 ff.
- Daher sind nach h.M. schon bei der Feststellung der geschäftlichen Handlung die Wertungen der Grundrechte (insb. Art. 5 I, 5 III, 4 GG) zu berücksichtigen. **Keine geschäftliche Handlung daher regelmäßig bei**
 - **redaktioneller Berichterstattung in den Medien** (Art. 5 I GG), Beispiele: BGH GRUR 1986, 812 – *Gastrokritiker*, s. auch die Vorinstanz, GRUR 1984, 366 mit Abdruck des beanstandeten Artikels; BGH GRUR 2006, 875 – *Rechtsanwalts-Ranglisten*; (+) aber bei Anzeigenwerbung oder Werbung um Abonnenten; ggf. auch bei übermäßig werbender Herausstellung eines Unternehmens
 - Handeln der **Verbraucherverbände**
 - **Äußerungen politischer Parteien und gesellschaftlicher Organisationen** (Beispiel: Bezeichnung der Müller-Milch als „Gen-Milch“ durch Greenpeace, BGH NJW 2008, 2110)
 - Influencern, die keine Gegenleistung erhalten? Str.
 - **wissenschaftlichen Äußerungen (Art. 5 III GG)**
 - religiösen Handlungen (Art. 4 I GG), Wettbewerbsabsicht aber (+) bei Mitgliederwerbung mit Erwerbszweck (Absatz von Büchern und Kursen) durch Scientology-Kirche (OLG Düsseldorf, WRP 1986, 212)
 - Äußerungen in Gerichtsverfahren
- Wie ist es bei **Influencern** (s. BGH GRUR 2021, 1400, 2021, 1414, GRUR 2022, 490 – *Influencer I-III* = Übungsfall)?
 - Handeln zugunsten des **eigenen Unternehmens** regelmäßig (+), weil Influencer mit kommerzieller Absicht und daher unternehmerisch handeln, aber keine Kennzeichnungspflicht gem. § 5a IV bzw. §§ 5a I, 5b IV iVm § 6 I TMG, weil die angesprochenen Verbraucherkreise das wissen und keinen Hinweis benötigen
 - Handeln zugunsten eines **fremden Unternehmens** (also des Unternehmens, dessen Produkte gezeigt werden)? (+), wenn der Influencer eine Gegenleistung erhält, kostenlose Bereitstellung der Produkte genügt, (+) auch (wie bei den Medien) bei übermäßiger werblicher Herausstellung, dafür soll nach BGH schon das Anbringen von Tap-Tags ausreichen (zweifelhaft), (-) aber in allen übrigen Fällen.

Wettbewerb der öffentlichen Hand

- Problematik: einerseits kann sich öffentliche Hand nicht durch Wahl der Rechtsform dem UWG entziehen, andererseits sollte das UWG nicht die Kompetenz des Verwaltungsrechts usurpieren.
- **Öffentliche Hand** = Bund, Länder, Gemeinden, staatliche Unternehmen oder gemischte Unternehmen, die von der öffentlichen Hand beherrscht werden (= in der Regel (+), wenn Staat über 50 % der Anteile hält, (-) bei der Deutschen Post).

- Frage: Wann nimmt die öffentliche Hand „geschäftliche Handlungen“ vor?
- **Erwerbswirtschaftliche Tätigkeit:** geschäftliche Handlung liegt unabhängig von Rechtsform des Handelnden (Beispiel: Werbung einer Sparkasse) in der Regel vor.
- **Daseinsvorsorge:** geschäftliche Handlung (+) unabhängig von der Rechtsform, wenn die öffentliche Hand Leistungen im Wettbewerb mit Privaten erbringt (Beispiel: Werbung für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt, Stromversorgung), Beispiel: OLG München NJW-E WettbR 2000, 177 – *Münchener Trinkwasser*).
- **Soziale Vorsorge:** geschäftliche Handlung (+), wenn mehrere Versicherungsträger im Wettbewerb stehen und auf Verbraucher eingewirkt wird (EUGH, C-59/12, GRUR 2013, 1159 – *BKK Mobil Oil*), dagegen nicht, wenn zwingendes Sozialrecht ausgeführt wird
- **Hilfsgeschäfte der Verwaltung:** öffentliche Hand handelt regelmäßig als Endabnehmer und damit nicht zur Förderung von Unternehmen.
- **Hoheitliches Handeln:**
 - Keine geschäftliche Handlung bei Handeln in Erfüllung gesetzlicher Aufgaben, in diesem Fall unterliegen auch Hilfspersonen nicht dem UWG (BGH GRUR 2006, 428 - *Ab-schleppkosten-Inkasso*)
 - Schlicht-hoheitliches Handeln, z.B. Rat, Auskunft, Kritik: Wettbewerbsabsicht wird nicht vermutet, kann aber im Einzelfall vorliegen, z.B. wenn öffentliche Hand bewusst ein öffentliches Unternehmen begünstigt (BGH GRUR 2009, 1080 – *Auskunft der IHK*) oder die Zusammenarbeit mit einem von mehreren Unternehmen ohne Grund betont (BGH GRUR 2013, 301 – *Solarinitiative*).
 - Beispiel 1 (BGH GRUR 2018, 196 – *Eigenbetrieb Friedhöfe*): Wenn sich Angehörige nicht um die Bestattung von Angehörigen kümmern, ist die zuständige Behörde dazu gesetzlich verpflichtet. Wenn sie den Auftrag an ihren Eigenbetrieb vergibt, ist das hoheitliches Handeln und kein Fall für das UWG
 - Beispiel 2 (BGH GRUR 2018, 622 – *Verkürzter Versorgungsweg II*): Bundesinnung der Hörgeräteakustiker (= Körperschaft des öffentlichen Rechts) kritisiert „verkürzten Versorgungsweg“, bei dem Patienten nicht mehr zum Hörgeräteakustiker müssen. UWG (+), weil Äußerung zugunsten der Mitglieder, die im Wettbewerb zu Unternehmen stehen, die ohne Akustiker auskommen. Äußerung kann unter das UWG fallen, aber die Innung kann sich trotzdem auf Art. 5 GG berufen, was bei der Auslegung der §§ 3a-6 zu berücksichtigen ist.
 - Beispiel 3 (BGH GRUR 2022, 1336 – *dortmund.de*): Online-Informationsangebot einer Stadt, das auch journalistische Inhalte enthält und damit möglicherweise gegen das Gebot der Staatsferne der Presse (Art. 5 I 2 GG) verstößt, Kritik: die Stadt handelt hier nicht mit kommerziellem Hintergrund – dass sie möglicherweise gar keine Presseerzeugnisse anbieten darf, ist eine Frage des öffentlichen Rechts, nicht des UWG.
- Zur Unlauterkeit des Handelns der öffentlichen Hand später unter III.

4. Die Generalklausel (§ 3 UWG)

Lit.: Köhler, WRP 2015, 275 ff.; Ohly, GRUR 2014, 1137 ff.

a) Bedeutung und Funktion von Generalklauseln

Bedeutung

- **Generalklausel** = Norm, deren Text unbestimmt ist und die daher in ihrem gesamten Anwendungsbereich der Ausfüllung durch zusätzliche Wertungen bedarf.
 - § 1 UWG 1909: keine Definition der „guten Sitten im Wettbewerb“
 - § 3 I UWG 2015: keine Definition der „Unlauterkeit“
 - „große“ Generalklausel: erfasst gesamten Bereich des Wettbewerbsrechts
 - „kleine“ Generalklausel: begrenzt auf bestimmte Form des unlauteren Wettbewerbs (Beispiele: § 5 I; § 7 I)
- Warum gibt es eine lauterkeitsrechtliche Generalklausel?
 - **Flexibilität:** unverzichtbar angesichts der Dynamik des Wettbewerbs
 - **Lückenfüllung:** Der Gesetzgeber hat keine Chance, alle möglichen unlauteren Verhaltensweisen vorherzusehen
 - **Delegation:** Die Gerichte haben weiten Spielraum, um in Einzelfall zu entscheiden. Wenn sich aus Einzelfällen Fallgruppen bilden, kann sich der Gesetzgeber daran später orientieren (so geschehen bei § 4)
 - Köhler, Recht des Markenschutzes (1884): „Die Unredlichkeit ist ein Proteus, der sich in tausend Formen flüchtet und gerade die gesetzlich verpönten Gestalten vermeidet, um in unzähligen Verkleidungen dem loyalen Verkehr die Früchte seiner redlichen Bemühungen abzujagen.“
- Nachteil der Verwendung von Generalklauseln: Unbestimmtheit (Hedemann, 1933: Die Flucht in die Generalklauseln als Gefahr für Recht und Staat), daher zunächst keine „große“ Generalklausel im UWG 1896, Ablehnung einer Generalklausel im englischen Recht

Der Wandel der Generalklausel

- **1909:** § 1 verbot Handlungen zu Wettbewerbszwecken, die gegen „die guten Sitten“ verstoßen. Kein Beispielskatalog (wie heute § 4), damit § 1 als Grundlage erheblicher Teile des UWG („Königsnorm“). Extreme Offenheit, erhebliche Bedeutung des Richterrechts.
- **2004:** aus „Verstoß gegen die guten Sitten“ wird „Unlauterkeit“, neuer Beispielskatalog des § 4 erfasst wesentliche Fallgruppen. Auf § 3 wird verwiesen („**Rahmennorm**“), und § 3 kann als Grundlage für die von § 4 nicht erfassten Fälle dienen („**Auffangnorm**“)
- **2008:** Ergänzung um § 3 II (Umsetzung des Art. 5 II, III UGP-RL) und um § 3 III
- **2015**
 - Weil §§ 3a-6 direkt auf § 3 I verweisen und, soweit erforderlich, eigene Spürbarkeitschwellen enthalten, wird § 3 I weitgehend zur „Scharniernorm“
 - Daneben bleibt § 3 I Auffangnorm, aber nur für nicht durch die UGP-RL erfasste Fälle
 - Ausgliederung der Vorgaben zum Verbraucherleitbild in einen neuen § 3 IV.

b) § 3 I als Scharniernorm

Das Zusammenspiel von §§ 3a-6 und § 3 I

- Das Verhältnis zwischen §§ 4-5a und § 3 I war unter dem UWG 2008 umstritten.
- Inzwischen Klärung: §§ 3a-6 verweisen auf § 3 I, der keine eigenen materiellen Voraussetzungen mehr enthält (insbesondere keine eigene Spürbarkeitsschwelle). Zu prüfen sind also nur noch die VSS der §§ 3a-6, damit Unlauterkeit (+) und § 3 I verweist auf die Rechtsfolgen (§§ 8-10)
- In den Fällen „schwarzen Liste“ kein Verweis auf § 3 I, sondern Verweis durch § 3 III auf die Rechtsfolgen aus §§ 8-10.

c) § 3 I, II als Auffangnorm (§ 3 „pur“)

Zulässigkeit

- Die meisten Fälle werden inzwischen von §§ 3a-7 oder von § 3 III mit Anhang geregelt. Wenn das nicht der Fall ist, kann grundsätzlich auf § 3 zurückgegriffen werden.
- Rückgriff auf § 3 aber gesperrt, wenn dem Spezialtatbestand eine Begrenzung innewohnt. Beispiel: Wenn § 4 Nr. 3 das Angebot nachgeahmter Produkte bei Vorliegen zusätzlicher Unlauterkeitsmerkmale verbietet, kann nicht gem. § 3 I jede Nachahmung unlauter sein.
- Außerdem Indizfunktion der §§ 3a-7: Der Gesetzgeber war der Ansicht, alle wesentlichen Fallgruppen erfasst zu haben, Rückgriff auf § 3 daher nur, wenn die §§ 3a-7 eine Lücke enthalten. Außerdem muss der gem. § 3 verbotene Fall vom Unwertgehalt den speziell geregelten Fällen entsprechen.
- Im B2B-Verhältnis und bei Beeinträchtigung von Mitbewerberinteressen ist nur § 3 I zu prüfen. Der Gesetzgeber der Reform von 2015 hat seinen ursprünglichen Plan, die Auffangfunktion des § 3 I zu streichen, fallengelassen. In welchem Maße eine Spürbarkeit erforderlich ist, ist von Fall zu Fall zu prüfen.
- Im B2C-Verhältnis greift § 3 II, dabei zweistufige Prüfung:
 - Verstoß gegen die unternehmerische Sorgfalt (§ 2 I Nr. 9)
 - Verbraucherrelevanz (§ 2 I Nr. 11)
- Wie wendet man eine Generalklausel an?
 - Interessenabwägung = Benennung der betroffenen Interessen, Gewichtung, Abwägung
 - Dabei Berücksichtigung der Wertungen der Grundrechte
 - Besondere Bedeutung des Richterrechts
- § 3 kommt selten unmittelbar zur Anwendung, weil §§ 4-7 die wesentlichen Fälle der Unlauterkeit regeln. Bedeutung hauptsächlich für neuartige Praktiken, die der Gesetzgeber nicht vorhersehen konnte.
- Beispiele für eine Anwendung des § 3 I und II „pur“ unten unter III.

III. Unlautere geschäftliche Handlungen

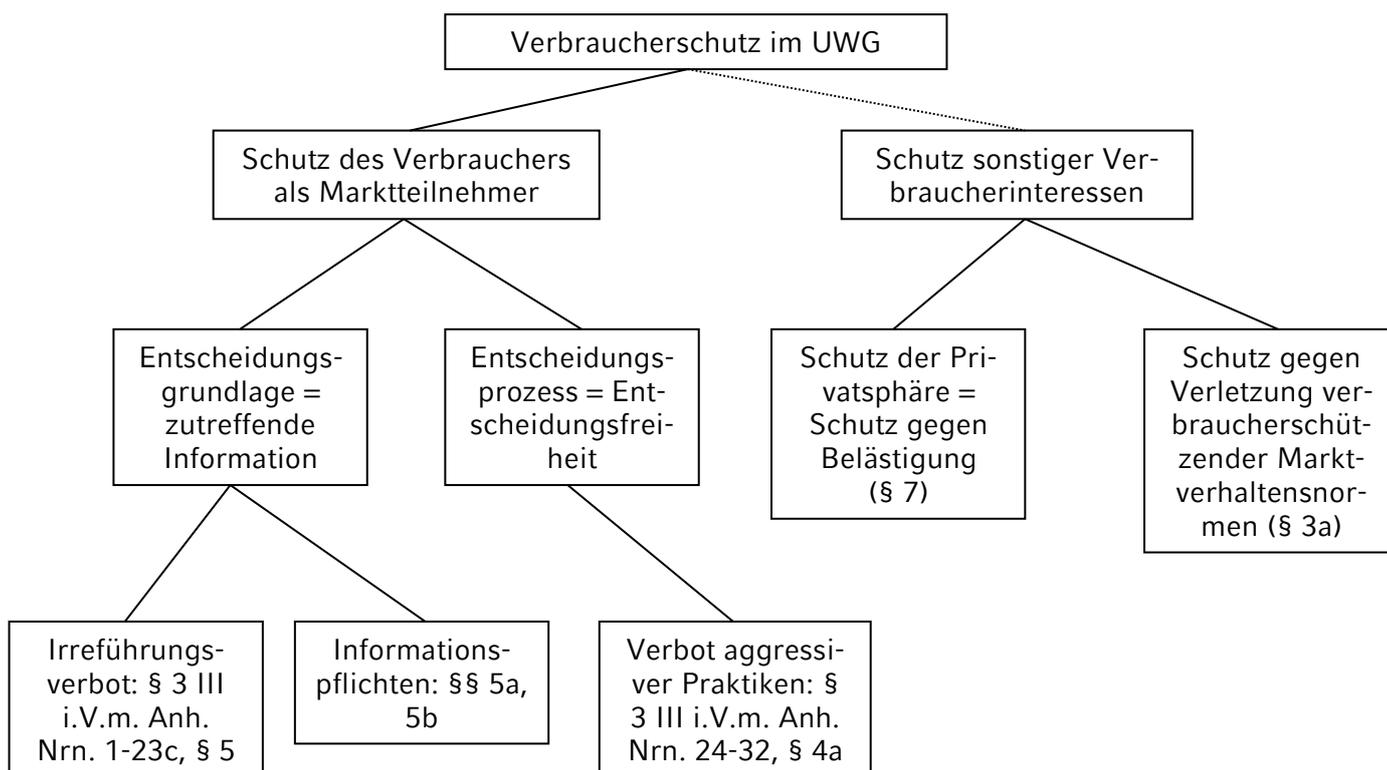
1. Schutz der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer

a) Überblick und unionsrechtlicher Rahmen

aa) Verbraucherschutz

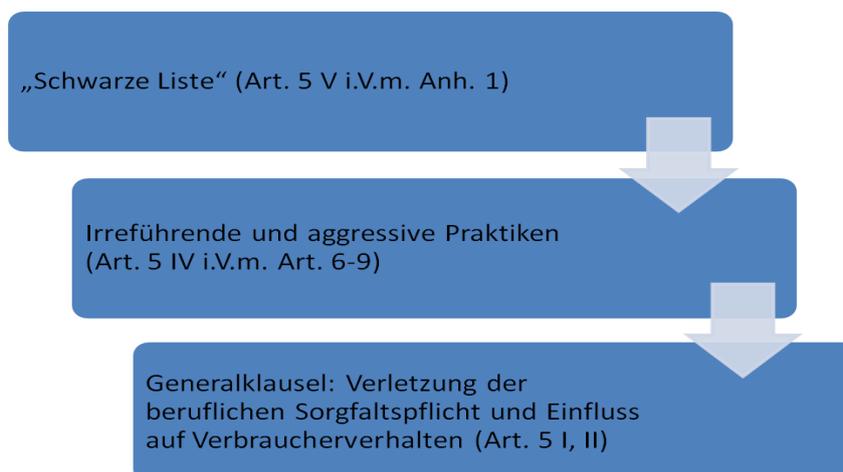
Schutz der Verbraucher gegen unlauteres Marktverhalten

- Kein allgemeiner Verbraucherschutz im UWG (z.B. kein allgemeiner Schutz von Sicherheit und Gesundheit), sondern Schutz gegen unlauteres Marktverhalten
- In erster Linie Schutz der Verbraucher „als Verbraucher“, also als Abnehmer / Nachfrager von Waren und Dienstleistungen
 - Schutz von **Entscheidungsgrundlage (§§ 5, 5a)** und **Entscheidungsprozess (§ 4a)**
 - Dieser Teil des UWG wurde vollständig durch EU-Recht harmonisiert (dazu sogleich)
- „Ausreißer“ = §§ 7 und 3a
 - Schutz vor Belästigungen (§ 7) schützt den Verbraucher nicht als Marktteilnehmer, sondern in seiner Privatsphäre → im Unionsrecht nicht im Lauterkeitsrecht, sondern im Datenschutzrecht (als Teil des Persönlichkeitsrechts) geregelt
 - Schutz gegen die Verletzung von Marktverhaltensnormen = Vorschriften außerhalb der §§ 3-7 UWG, dabei nach h.M. Schutz sämtlicher Verbraucherinteressen, Beispiel: Vertrieb nicht zugelassener Arzneimittel – gefährdet die Gesundheit der Verbraucher, aber jedenfalls dann nicht ihre Rolle als Marktteilnehmer, wenn sie über die fehlende Zulassung informiert werden.
- Auch wenn die §§ 4a-5b, 7 **primär Verbraucher und andere Abnehmer** schützen, schützen sie **mittelbar auch Mitbewerber**, die auch in diesen Fällen anspruchsberechtigt sind (§ 8 III Nr. 1), denn wer unlauter auf Abnehmer einwirkt, verschafft sich einen ungerechtfertigten Vorteil gegenüber seinen Mitbewerbern.



Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL)

- **Schutzzweck: Verbraucherschutz (Art. 1)**
 - Abgrenzung 1: Regelungen, die „lediglich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigen oder sich auf ein Rechtsgeschäft zwischen Gewerbetreibenden beziehen“ nicht erfasst (Egrd. 6) (z.B. Beleidigung eines Mitbewerbers in der Werbung (B2C, aber nur Schädigung von Mitbewerberinteressen), Irreführung beim Verkauf eines Baggers)
 - Abgrenzung 2: Schutz vor Beeinflussung der Verbraucherentscheidung ↔ Praktiken, die Wahlfreiheit des Verbrauchers nicht beeinträchtigen (z.B. reine Belästigung, Angebot schlechter Waren oder DL ohne Irreführung)
- **Anwendungsbereich: unlautere Geschäftspraktiken im B2C-Verhältnis**
 - Geschäftspraktiken = Handlungen vor, während oder nach Vertragsschluss, die unmittelbar mit Absatzförderung, Verkauf oder Lieferung eines Produkts (Art. 2 d) zusammenhängen (umgesetzt in § 2 I Nr. 2, dazu oben, II 3)
 - B2C: von Unternehmern gegenüber Verbrauchern, aber Handlungen sowohl gegenüber Verbrauchern als auch gegenüber Unternehmern ausreichend
- **Vorrang besonderer Regelungen** über unlautere Praktiken (Art. 3 IV UGP-RL)
 - Beispiel 1: Vorrang der Informationspflichten der E-Commerce-RL gegenüber Art. 7 UGP-RL bei Internet-Auftritten von Influencern
 - Beispiel 2 (EUGH, C-632/16, GRUR 2018, 940 – *Dyson/BSH Home Appliances*): Vorrang der Vorgaben in Anhang II der Delegierten VO (EU) Nr. 665/2013 der Kommission vom 3.5.2013 zur Ergänzung der RL 2010/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Energieverbrauchskennzeichnung von Staubsaugern gegenüber Art. 7 → Beispiel für die Unübersichtlichkeit des Unionsrechts mit seinen oft höchst speziellen, aber eben vorrangigen Kennzeichnungspflichten
 - Umsetzung des Art. 3 IV UGP-RL in § 1 II UWG, Hintergrund: Kennzeichnungspflichten der Influencer, Problem: Passt nicht, weil auch andere EU-RL mit dem UWG umgesetzt werden, weitgehende Integration besonderer EU-Vorschriften ins UWG über § 5b IV und § 3a, potentielle „Kollateralschäden“
- Ausgenommen: Vertragsrecht (Art. 3 II), Gesundheits- und Sicherheitsaspekte von Produkten (Art. 3 III), spezifische Regelungen für reglementierte Berufe (Art. 3 VIII)
- „Dreistufentest“ der Unlauterkeit:



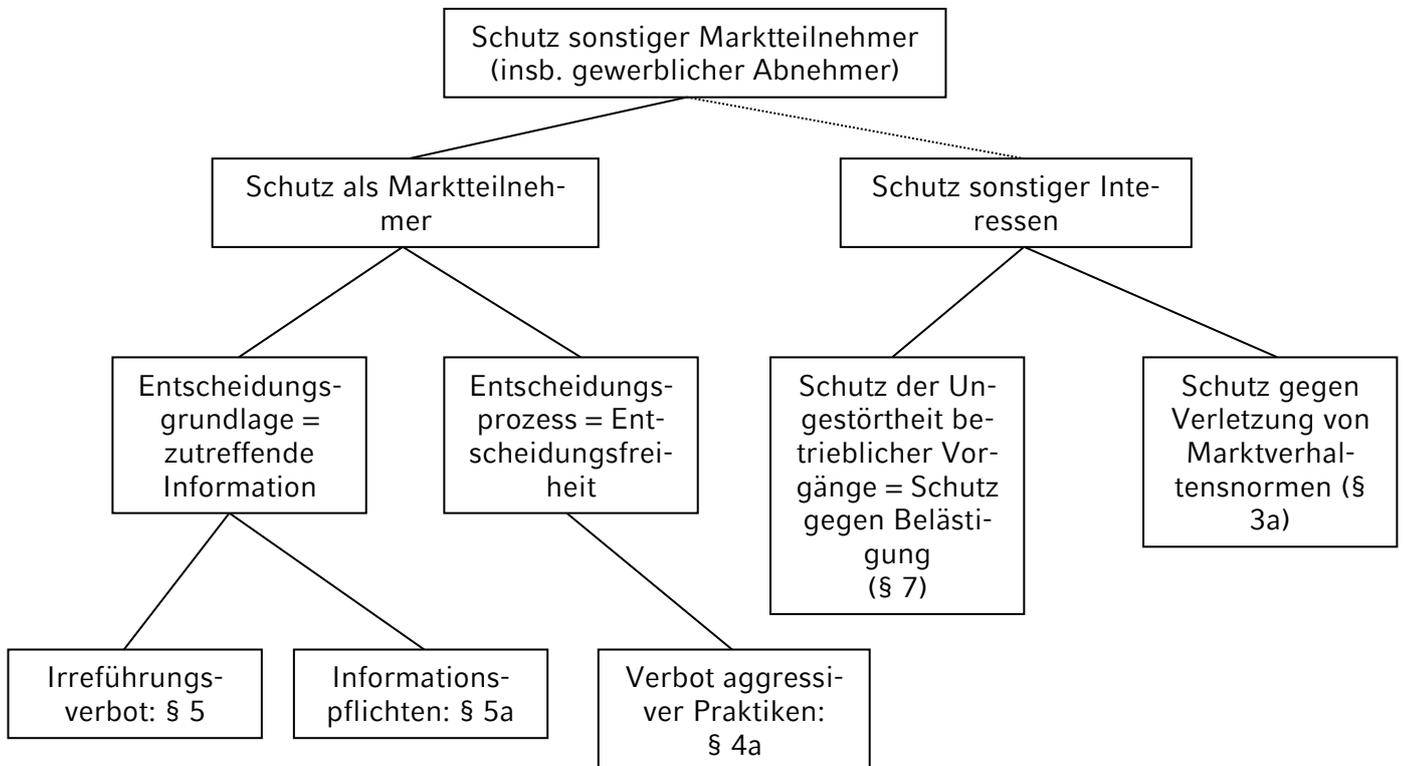
- Grundsatz der **Vollharmonisierung**: Die Mitgliedstaaten dürfen weder mildere noch strengere Regeln vorsehen. Fallbeispiele: Vgl. EuGH, Rs. C-261, C-299/07, GRUR 2009, 599 – VTB-VAB/Total Belgium und Galatea/Sanoma: Unvereinbarkeit des belgischen Kopplungsverbots mit der Richtlinie, weil Kopplung (a) nicht in der „schwarzen Liste“ verboten und (b) im belgischen Recht unabhängig von der konkreten Einwirkung auf den Verbraucher verboten.
- Ebenso zu § 4 Nr. 6 UWG 2004 EuGH, Rs. C-304/08, GRUR 2010, 244 – *Wettbewerbszentrale/ Plus – „Millionen-Chance“*.
- Aber Spielraum der Mitgliedstaaten bei den Rechtsfolgen (Art. 11): Wahl zwischen zivilrechtlicher Durchsetzung und verwaltungsrechtlichem Verfahren. Das schränkt die harmonisierende Wirkung ein.
- Änderungen der UGP-RL durch RL 2019/2161 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union („Omnibus“-RL, weil die RL mehrere verbraucherschutzrechtliche Richtlinien ändert)
 - Ergänzung des Art. 7 und der Schwarzen Liste um Transparenzgebote im Zusammenhang mit Kundenbewertungen auf Verkaufs- und Vergleichsplattformen
 - Individualansprüche für Verbraucher (Art. 11a UGP-RL neu)
 - Verpflichtende Bußgelder (Art. 13 UGP-RL neu)
- Zur Umsetzung Änderungen des UWG (in Kraft seit 28.5.2022):
 - Vorrang von Regelungen besonderer Aspekte unlauterer Handlungen (§ 1 II), s.o.
 - Umstrukturierung des § 5a UWG in allg. VSS (§ 5a) und wesentliche Verbraucherinformation (§ 5b), dazu näher bei § 5a
 - Neue Informationspflichten und Fälle der schwarzen Liste
 - Versuch einer Regelung der Influencer-Werbung (§ 5a IV UWG/RefE), dazu näher unten bei § 5a VI
 - Schadensersatzanspruch für Verbraucher bei Verstoß gegen §§ 3 II, III, 3 I iVm 4a-5a (§ 9 II UWG/RefE), problematisch wegen erheblicher Überschneidung mit BGB-Rechtsbehelfen
 - Bußgeldbewehrung von grenzüberschreitenden Verstößen gegen §§ 3 III, 4a I 1, 5 I, 5a I UWG (§§ 5c, 19 UWG/RefE)
 - Anpassung der „schwarzen Liste“ an die UGP-RL und Streichung des § 7 II Nr. 1 UWG, also künftig wie in der RL 31 Fälle, nicht wie bisher 30 Fälle

b) Schutz sonstiger Abnehmer und Anbieter

Überblick

- Verbraucher sind nur natürliche Personen, die zu privaten Zwecken handeln (§ 2 II i.V.m. § 13 BGB)
- Das UWG schützt aber auch „sonstige Marktteilnehmer“ (§§ 1, 2 Nr. 3) – wer ist das?
 - In erster Linie gewerbliche Abnehmer (z.B. Käufer eines Baggers): sie sind Unternehmer, aber keine Mitbewerber
 - außerdem gewerbliche Anbieter
 - und juristische Personen, die nicht gewerblich handeln (z.B. ein Gesangsverein)
- Die Trennlinie im UWG verläuft nicht zwischen Unternehmern und Verbrauchern oder zwischen verbrauchergerichteten (B2C) und unternehmergerichteten (B2B) Handlungen, sondern zwischen dem Mitbewerberschutz (Horizontalverhältnis) und dem Ab-

nehmer- (bzw. ausnahmsweise Anbieter-)schutz. Beispiel: Käufer eines Computers haben ein Interesse daran, nicht irregeführt zu werden. Insoweit kein Unterschied zwischen privaten und unternehmerischen Abnehmern (nur beim Verbraucherleitbild, vgl. § 3 IV, unternehmerische Abnehmer sind besser informiert und aufmerksamer)



Die Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung (WerbeRL)

- Schützt unternehmerische Interessen (Art. 1 WerbeRL)
- Entstehungsgeschichte
 - RL über irreführende Werbung (1984) = erste Harmonisierungsrichtlinie, enthielt Schutzzwecktrias wie § 1 UWG, setzte nur Mindeststandard
 - RL über vergleichende Werbung (1997), technisch Ergänzung der RL von 1984: Definition und Zulässigkeitsvoraussetzungen der vergleichenden Werbung, insoweit Vollharmonisierung (umgesetzt in § 6 UWG)
 - 2005 Änderung: RL schützt jetzt nur noch Interessen der Mitbewerber, Irreführungsverbot auf B2B-Bereich beschränkt
- Kein umfassender Schutz unternehmerischer Interessen, anders als der Verbraucherschutz ist der Schutz von Mitbewerbern und gewerblichen Abnehmern fragmentarisch geregelt, weite Teile bleiben dem nationalen Recht überlassen
- Schutzrichtung 1: Schutz vor Irreführung im B2B-Bereich (Art. 2b, 3, 5), nur Mindeststandard, erheblich weniger detailliert als Art. 6 UGP-RL
- Schutzrichtung 2: Schutz vor unlauterer vergleichender Werbung (Art. 2c, 4, 5), dazu näher unter III 2
- Damit vermischt die Richtlinie Abnehmerschutz (Art. 3) und Mitbewerberschutz (Art 4)
- Blick in die Zukunft: Kommt eine allgemeine B2B-Richtlinie? Derzeit keine konkreten Pläne der Kommission

b) Irreführende geschäftliche Handlungen (§ 5 UWG und Anh. zu § 3 III)

Lit.: *Alexander*, §§ 8, 9; *Jänich* § 12; *Fritzsche*, WRP 2021, 431 (Garantien und Gütesiegel als aktuelles Beispiel); *Hofmann*, Jura 2014, 926 ff. (Klausurfall)

Übungsfall (BGH GRUR 2015, 698 – *Schlafzimmer komplett*)

Das Möbelhaus Hofer (H) wirbt in einem Prospekt für das folgende Angebot:

Details siehe Seite 02-03

FRUHLAH
125
SOFORT
AB EINEM EINKAUF

FRONT
HOCHGLANZ

KOMPLETT
● DREHTÜRENSCHRANK
● DOPPELBETT
● NACHTKONSOLEN

Schlafzimmer

Ausführung Hochglanz weiß. Best. aus: Drehtürenschränk 6-trg., B/H/T ca. 274x226x60 cm, Doppelbett in Liegefläche ca. 180x200 cm und 2 Nachtkonsolen. Ohne Lattenroste, Matratzen, Bettmöbel und Deko. Z580748 1112201001

1999,- SIE SPAREN 25%

1499,-
Schlafzimmer komplett

Die Zentrale zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, ein Zusammenschluss von ca. 1.200 Unternehmen und ca. 800 Kammern und Wirtschaftsverbänden, hält diese Anzeige für irreführend, weil das Angebot Lattenroste und Matratzen nicht umfasst. Die H verweist auf das „Kleingedruckte“ links unten.

Kann die Wettbewerbszentrale von H Unterlassung verlangen?

aa) Grundlagen

Bedeutung

- Der Schutz vor Irreführung (**Wahrheitsgebot**) gehört zu den Grundanliegen des Lauterkeitsrechts.
 - Verbraucher- bzw. Abnehmerschutz: Der Verbraucher (oder gewerbliche Abnehmer) soll seine Nachfrageentscheidung auf der Grundlage zutreffender Informationen treffen. Fehlinformationen beeinträchtigen seine Entscheidungsgrundlage und erhöhen seine Suchkosten.
 - Mitbewerberschutz (historische Wurzel des § 5!): Wer irreführend wirbt, verschafft sich vor seinen Konkurrenten einen unlauteren Vorsprung.
 - Allgemeinheit: Der Markt funktioniert nur, wenn der Verbraucher seine Schiedsrichterfunktion sachgerecht wahrnehmen kann. Täuschungen führen zur Fehlallokation von Ressourcen. Würde das Recht nicht gegen Irreführungen schützen, dann würden

sich Investitionen in Qualität nicht mehr lohnen, weil der Verbraucher sie nicht mehr zuverlässig erkennen könnte.

- Irreführungsschutz daher als „Pionier“ des Lauterkeitsrechts:
 - Irreführungsverbot bereits im UWG von 1896
 - Richtlinie über irreführende Werbung als erste EG-RL im Lauterkeitsrecht (1984)
- Grundfragen des Irreführungsschutzes:
 - Rechtliches Instrumentarium: Privatrecht oder Strafrecht/Ö-Recht? In D rein privatrechtlicher Ansatz, in vielen anderen europäischen Ländern Kontrolle durch Verwaltungsbehörde (z.B. F, I, H, teilweise GB) oder Selbstkontrolle (GB).
 - Verbindung zwischen Unterlassungsklage im Allgemeininteresse und individuellen Rechtsbehelfen des Verbrauchers: Wie verhält sich der künftige SchE'anspruch des Verbrauchers (§ 9 II) zu den Rechtsbehelfen des BGB?
 - Maßstab: strenger Maßstab mit Minderheitenschutz oder Maßstab des durchschnittlichen Verbrauchers? Strenger Ansatz des früheren deutschen Rechts, anders jetzt das europäische Verbraucherleitbild.
 - Feststellung im Prozess: empirischer Ansatz (Meinungsumfrage) oder normativer Ansatz (richterliche Feststellung)? Praktisch meist richterliche Feststellung (dazu näher unten), ausnahmsweise sind Meinungsumfragen aber möglich.

Systematik der Irreführungstatbestände

- Per-se-Verbote in Ziff. 1-23c der Schwarzen Liste (Anh. zu § 3 III)
- § 5 UWG als zentraler IrreführungstB:
 - I: allgemeiner Grundsatz („kleine Generalklausel“)
 - II: Kriterien für Feststellung der Irreführung (in Anlehnung an UGP-RL), dabei Differenzierung zwischen unwahren und sonstigen zur Täuschung geeigneten Angaben
 - III: Sonderfälle der Verwechslungsgefahr und der „dual quality“
 - IV: Erstreckung auf vergleichende Werbung und bildliche Darstellungen
 - V: Vermutung der Irreführung bei Werbung mit Preissenkungen, wenn der alte Preis nur für eine unangemessen kurze Zeit gefordert wurde
- Irreführung durch Unterlassen wird durch die Sondertatbestände der §§ 5a, 5b geregelt.
- § 5 UWG wird durch zahlreiche Sondervorschriften ergänzt
 - Nationale Ebene: Preisangabenverordnung (PAngV, dazu unten), Vorschriften des Lebensmittelrechts (LFGB) und des Heilmittelwerberechts (HWG) – anwendbar über §§ 5a I, 5b IV oder § 3a
 - Unionsebene: zahlreiche Verordnungen über Produktkennzeichnungen, insb. im Lebensmittel- und Arzneimittelbereich, z.B. die Health-Claims-Verordnung 1294/2006 über gesundheitsbezogene Angaben auf Lebensmitteln.

Prüfungsschema (einzubauen in das allgemeine Prüfungsschema s. oben II 1)

1. Geschäftliche Handlung (§ 2 I Nr. 2)
2. Bei B2C-Handlungen: § 3 III i.V.m. Anh. Nr. 1-23c der Schwarzen Liste
3. Unlauterkeit (§ 3 I) gem. § 5 I
 - a) Angabe
 - b) Irreführung
 - aa) Feststellung der maßgeblichen Verkehrskreise (vgl. § 3 IV)
 - bb) Verständnis des durchschnittlich informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen durchschnittlichen Mitglieds dieser Verkehrskreise
 - cc) Vergleich dieses Verständnisses mit der Realität
 - c) Relevanz
 - d) Interessenabwägung, nur bei besonderen Anhaltspunkten im Sachverhalt

bb) Fälle der „schwarzen Liste“**Bedeutung**

- Geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern (B2C), zu prüfen also:
 - Geschäftliche Handlung (§ 2 I Nr. 2, wird praktisch meist „vor die Klammer gezogen“)
 - §§ 2 II, 13 prüfen!
- Unter allen Umständen unzulässig
 - Unlauterkeit darf nicht gesondert geprüft werden, sie ergibt sich aus Nr. 1-32.
 - Spürbarkeit oder Relevanz (§ 3 II) sind nicht zu prüfen. Lösung extremer Fälle ggf. über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (str.).
- Einige dieser Fälle sind praktisch nicht sehr relevant (vgl. etwa den „schrägen“ in Nr. 8 geregelten Fall), relativ eng begrenzt.
- Tipp 1 (wie immer im Verbraucherrecht): Text genau lesen, jedes Wort zählt!
- Tipp 2: eng auslegen, im Zweifel lieber über die allgemeineren Vorschriften §§ 5-5b (bei Irreführung) und § 4 Nr. 1, 2 (bei aggressiven Praktiken) gehen.

Die Fälle im Einzelnen

- Nr. 1, 3: Falsche Angaben zur Unterzeichnung oder Billigung von **Verhaltenskodices (Definition in § 2 I Nr. 10)**, z.B. Corporate Responsibility Codes, sofern verbindlich vereinbart
- Nr. 2: Verwendung von **Gütezeichen** ohne Genehmigung
- Nr. 4: Vortäuschen einer Billigung oder Genehmigung für Waren oder Dienstleistungen
- Nr. 5: **Lockangebote** = Werbung für ein Produkt ohne Hinweis auf zu niedrigere Vorratsmenge – es geht nur um die Täuschung, nicht um das Vorhalten einer zu geringen Menge selbst
- Nr. 6: Bait-and-switch-Taktik (praktisch eher selten)
- Nr. 7: Fehlerhaftes Hervorrufen von Zeitdruck
- Nr. 8: Kundendienstleistungen in anderer als der Vertragssprache (nicht sehr relevant)
- Nr. 9: **unwahre Angabe oder unzutreffender Eindruck der Verkehrsfähigkeit**, z.B. Werbung für ein nicht zugelassenes Arzneimittel – auch hier geht es nur um die Täuschung,

nicht um den Vertrieb des nicht verkehrsfähigen Produktes selbst. Angebot eines Produkts, dessen Vertrieb Gesetze des geistigen Eigentums verletzt als Fall der Nr. 9? (-), die Vorschrift zielt auf Genehmigungserfordernisse (z.B. bei Arzneimitteln) oder Vertriebsbeschränkungen.

- Nr. 10: **Herausstellen gesetzlicher Rechte** als **Besonderheit** des Angebots
- Nr. 11: **Schleichwerbung**, allerdings eingeschränkt darauf, dass ein Unternehmer redaktionelle Inhalte finanziert. Adressat ist nur der Unternehmer, nicht die Zeitung (EUGH GRUR 2013, 1575 – *GOOD NEWS*)
- Nr. 11a: Anzeige von Suchergebnissen, ohne dass offengelegt wird, dass für die Platzierung bezahlt wurde
- Nr. 12: unwahre Werbung mit bestimmten Fällen der Angst
- Nr. 13: **Absichtliche (!) Täuschung über betriebliche Herkunft** durch Werbung für **Plagiate**
- Nr. 14: Schneeballsysteme
- Nr. 15: unwahre Ankündigung eines Räumungsverkaufs
- Nr. 16: unwahre Angabe, eine Ware oder Dienstleistung könne Gewinnchancen erhöhen
- Nr. 17: falsche Informationen über Heilungschancen bei Medikamenten, daneben greifen Sondervorschriften des Heilmittelwerberechts ein
- Nr. 18: unwahre Angaben über Marktbedingungen oder Bezugsquellen
- Nr. 19: Angebot eines Wettbewerbs oder Preisausschreibens, wenn **gar keine Preise vergeben werden**
- Nr. 20: falsche Behauptung, ein Produkt sei **gratis**
- Nr. 21: Irreführung über Vorliegen einer Bestellung durch **Zahlungsaufforderung** bei **nicht bestellten Waren oder Dienstleistungen**, greift neben § 7 I (der die Zusendung selbst verbietet) und § 241a BGB ein
- Nr. 22: falsche Vorspiegelung **privaten Handelns**
- Nr. 23: Irreführung über Verfügbarkeit von Kundendienst in anderem EU-Staat
- Nr. 23a: Wiederverkauf von Eintrittskarten, wenn beim Kauf Beschränkungen umgangen wurden (unabhängig von einer Irreführung im Einzelfall!)
- 23b: Behauptung, dass **Verbraucherbewertungen** von Kunden stammen, die das Produkt gekauft oder genutzt haben, **ohne dass Prüfmaßnahmen** ergriffen wurden, ob das wirklich der Fall ist
- Nr. 23c: Übermittlung **gefälschter Verbraucherbewertungen** oder **falsche Darstellung von Bewertungen**

cc) Allgemeine Voraussetzungen

§ 5 I: Vorüberlegungen

- Die Prüfung des § 5 steht und fällt mit der genauen Benennung der möglicherweise irreführenden Angabe.
 - Oft enthält der Sachverhalt mehrere irreführende Angaben, dann gilt: differenzieren, differenzieren, differenzieren!
 - Tipp: Schon im Obersatz die Angabe(n) benennen, sie auf die Liste des § 5 II beziehen und ggf. andeuten, worin die Irreführung liegen könnte. Beispiel: Die Angabe „Schlaf-

zimmer komplett“ könnte eine irreführende Angabe über die Merkmale der Ware (§ 5 II Nr. 1) sein, weil das Angebot Matratzen und Lattenroste nicht umfasst.

- § 5 erfasst nicht nur objektiv falsche Angaben (§ 5 II 1. Alt.), sondern auch objektiv wahre, aber missverständliche und daher irreführende Angaben (§ 5 II 2. Alt.)
- § 5 II differenziert zwischen (objektiv) unwahren Angaben (Beispiel: falsche Information über Energieverbrauch eines Geräts) und sonstigen zur Täuschung geeigneten Angaben (Beispiel: Werbung mit Selbstverständlichkeit) über die in einer Liste genannten Umstände. Zwei Aufbaumöglichkeiten:
 - Möglichkeit 1: bei objektiv unwahrer Angabe (zB Falschangabe über den Energieverbrauch eines Geräts) Irreführung bejahen (im Schema oben 3b) und nur noch Relevanz prüfen (im Schema oben 3c)
 - Möglichkeit 2: in allen Fällen das Verbraucherverständnis feststellen (s. unten), also einheitliche Prüfung unabhängig davon, ob Angabe objektiv unwahr oder wahr.
 - Für Letzteres spricht, dass auch objektiv unwahre Angaben zur Täuschung geeignet sein müssen („oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben“). Eine unwahre Angabe, die zutreffend verstanden wird, ist nicht irreführend (Beispiel: BGH GRUR 2012, 286 – *Falsche Suchrubrik*). Daher bietet sich auch bei unwahren Angaben das unten dargestellte dreistufige Schema an.

Angabe

- § 5 I erfasst unwahre oder sonst zur Täuschung geeignete Angaben. Angaben = **Tatsachenbehauptungen**.
- Keine Beschränkung auf Werbung, auch wenn sie den Regelfall darstellt. In Betracht kommen daher alle geschäftlichen Praktiken, neben irreführenden Werbeangaben also Irreführung bei Nachfrage und Irreführung bei oder nach Vertragsschluss (z.B. über Vertragsgemäßheit der Ware oder Verbraucherrechte).
- Klausurtipps: (1) Zu Beginn der Prüfung genau festhalten, worin die Angabe besteht. (2) Wenn fraglos eine faktische Angabe vorliegt, dann nicht lange subsumieren, sondern kurz feststellen.
- Art. 6 UGP-RL verlangt keine Angabe („in irgendeiner Weise, einschließlich sämtlicher Umstände ihrer Präsentation“), Vereinbarkeit mit EU-Recht insoweit fraglich. Jedenfalls ist „Angabe“ im weitesten Sinne zu verstehen, so schon immer die deutsche Rspr. Altes Beispiel: BGH GRUR 1961, 544 – *Hühnergegacker*. S. auch § 5 IV: auch bildliche Angaben und Angaben im Rahmen vergleichender Werbung erfasst.
- **Abgrenzung 1: Werturteile**. Sie können nicht wahr oder unwahr, sondern nur mehr oder weniger überzeugend sein → Beurteilung nur nach § 4 Nr. 1. Soweit Werturteile aber einen Tatsachenkern enthalten, kann er nach § 5 überprüft werden. P! Äußerung einer Rechtsansicht: Erkennbare Äußerung einer möglicherweise umstrittenen Ansicht ist Meinungsäußerung, Feststellung einer angeblich feststehenden Rechtslage kann Angabe sein (BGH GRUR 2019, 754 – *Prämiensparverträge*)
- **Abgrenzung 2: Marktschreierei**. Allgemeine Werbeanpreisungen („Das beste Restaurant in München“, „Warsteiner – das einzig Wahre“) können nicht überprüft werden und sind deshalb erlaubt. Anders, wenn Allein- oder Spitzenstellungswerbung überprüfbare Tatsachenbehauptungen enthält. Beispiel (BGH GRUR 2019, 631 – *Das beste Netz*): Werbung „Bestes Netz“ nicht irreführend, wenn sich der Anbieter erkennbar auf ein Testergebnis bezieht und dort Testsieger wurde.

Prüfung der Irreführungsgefahr in drei Stufen

(1) Wer sind die **maßgeblichen Verkehrskreise**?

- Es kann sich um alle Verbraucher, aber auch um bestimmte Segmente (Internet-User, Sportler, Ärzte, usw.) handeln (§ 3 IV 1).
- Bei besonders schutzwürdigen Gruppen (z.B. Jugendliche) gelten besonders strenge Maßstäbe (§ 3 IV 2)
- Umgekehrt können spezialisierte Fachkreise auch besonders gut informiert sein (z.B. Verkauf von Medizinprodukten an Ärzte oder von Sägen an Schreiner), so dass eine Irreführungsgefahr unwahrscheinlicher wird.

(2) Wie versteht ein **durchschnittlich informiertes, angemessen aufmerksames und verständiges durchschnittliches Mitglied** dieser Verkehrskreise die Werbung?

- Entscheidend ist das Verständnis des **durchschnittlichen Mitglieds**, das situationsbedingt aufmerksam und informiert ist.
- Dieser Durchschnittsverbraucher ist nicht allwissend, sondern situationsbedingt aufmerksam. Dabei kommt es auf die Umstände des Kaufs (holt der Verbraucher vorher Informationen ein oder kauft er flüchtig?) und die Art der Waren an.
- Im Prozess kann das Gericht dieses Verständnis aufgrund eigener Sachkunde feststellen, wenn die Richter den betreffenden Verkehrskreisen angehören (z.B. Werbung für Mineralwasser) oder die Frage aufgrund ihrer richterlichen Sachkunde beurteilen können (z.B. Verwechslungsgefahr bei Ähnlichkeit üblicher Verbrauchsgüter).
- Eine Meinungsumfrage ist aber erforderlich, wenn den Gerichten die eigene Sachkunde fehlt (Beispiel, BGH GRUR 2010, 1125 – *Femur-Teil*: Verwechslungsgefahr durch Nachahmung künstlicher Hüftgelenke)

(3) Stimmt dieses Verständnis mit der **Realität** überein?

- Einfachster Fall: objektiv unzutreffende Äußerungen (§ 5 II 1. Alt.), die Verbraucher für wahr hält, anders in diesem Fall nur, wenn der Verbraucher die Angabe trotz objektiver Unwahrheit richtig versteht oder wenn die Unrichtigkeit aufgeklärt wird.
- Irreführung auch, wenn der Durchschnittsverbraucher die Aussage möglicherweise **missversteht** (§ 5 II 2. Alt.).
- **Objektiv zutreffende, aber gleichwohl irreführende Äußerung** können irreführend sein, Beispiel: unvollständige Angaben oder Werbung mit Selbstverständlichkeiten.
- Die **Darlegungs- und Beweislast** trägt grundsätzlich der Kläger, Ausnahme in § 5 V, außerdem gem. § 242 BGB Beweislastumkehr möglich, wenn der Kläger den maßgeblichen Geschehnissen fernsteht.
- Ist unklar, ob die Angabe stimmt, so besteht der Anspruch nicht, denn nach allgemeinen Regeln trägt der Kläger die Beweislast.
- Aber strenge Beurteilung bei Arzneimitteln, Kosmetika, etc. („Strengprinzip“): Die Behauptung eines Erfolgs kann auch dann irreführend sein, wenn der Erfolg nicht wissenschaftlich nachgewiesen ist und die Werbung das nicht zum Ausdruck bringt.

Relevanz

- Die Irreführung muss geeignet sein, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte (Relevanz der Irreführung).

- Regelmäßig ist die Irreführung geeignet, das Entscheidungsverhalten zu beeinflussen. Daher (+), wenn keine abweichenden Anhaltspunkte. Vor allem ist ein Nachweis tatsächlicher Fehlkäufe nicht erforderlich. Beispiel (BGH GRUR 2016, 961 – *Herstellerpreisempfehlung bei Amazon*): Die Angabe einer nicht mehr bestehenden Herstellerpreisempfehlung ist relevant, weil Verbraucher den angegebenen Preis fälschlich für besonders günstig galten und sich daran orientieren.
- Beispiele für fehlende Relevanz: BGH GRUR 2008, 442 – *Fehlerhafte Preisauszeichnung*: zu hoher Preis am Supermarktregal, aber richtiger Preis an der Kasse
- Fall zur Diskussion (BGH GRUR 2018, 950 – *Namensangabe*): türkischer Mitarbeiter eines Callcenters meldet sich am Telefon mit einem deutschen Namen (aber mit dem richtigen Namen des Unternehmens), vgl. auch §§ 5a I, 5b IV iVm 312a I BGB

Interessenabwägung

- Nach dem Wortlaut des § 5 I ist jede Irreführung unlauter. Es kann aber maßgebliche Gegeninteressen geben, aus denen eine geringfügige Irreführung hinzunehmen ist.
- Der Schutz des § 5 ist in diesen Fällen nicht absolut, vgl. Art. 11 II, 13 UGP-RL
- Leider ist im Wortlaut des § 5 von der Interessenabwägung nicht die Rede, sie ist aber als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal mitzulesen.
- Fall 1: Der Bekl. hat an der irreführenden Bezeichnung einen schutzwürdigen Besitzstand aufgebaut (Beispiel: BGH GRUR 2003, 628 – *Klosterbrauerei*)
- Fall 2: Wertungen des Markenrechts gebieten eine markenrechtskonforme Wertung, dazu unten unter § 5 II und Beispiel: BGH GRUR 2013, 1161 – *Hard Rock Café*.
- Fall 3: Deregulierung. Beispiel: Die Post muss rote Briefkästen von Konkurrenten dulden, auch wenn viele Verbraucher sie der Post zurechnen (BGH GRUR 2011, 166 – *Rote Briefkästen*)
- Klausurtyp: Selten relevant – nur ansprechen bei Anhaltspunkten im Sachverhalt!
- Vertiefend: *Ohly*, Festschrift Bornkamm (2014), S. 507 ff.; *Sack*, GRUR 2014, 609 ff.

dd) Fallgruppen

Die Kasuistik zu § 5 ist kaum überschaubar (Die Kommentierung bei Köhler/Bornkamm umfasst ca. 300 Seiten). Tipp für Seminararbeiten (und die Praxis): Niemals die Irreführung prüfen, ohne dabei einen Blick in die gängigen Kommentare geworfen zu haben!

Produktbezogene Angaben: Fallgruppen des § 5 II Nr. 1

- Stoffliche Substanz: Irreführend sind z.B. falsche Angaben über die Zusammensetzung (BGH GRUR 2013, 631 – *AMARULA/Marulablu*: Likörbezeichnung „Marulablu“ irreführend, wenn der Likör keine Marula-Frucht enthält), Erwecken des Eindrucks, ein künstliches Produkt sei natürlich (BGH GRUR 2016, 738 – *Himbeer-Vanille-Abenteuer II*, allerdings zur EU-LebensmittelinformVO: Bezeichnung eines Tees als „Himbeer-Vanille-Abenteuer“ und Abbildung von Himbeer- und Vanillepflanzen irreführend, wenn künstliche Aromen eingesetzt werden), Verstoß gegen gesetzlich geschützte Stoffbezeichnungen, Verweis auf einen definierten Begriff (z.B. Advocaat, Scotch Whisky, Sacher-Torte), dessen Voraussetzungen nicht vorliegen (selbst wenn der Verbraucher sie nicht kennt).

- Zusammenstellung bei Produktgesamtheiten, z.B. Angebot mit Lattenrost und Matratze bei „Schlafzimmer komplett“ (zur Aufklärung durch Kleingedrucktes s. Übungsfall)
- Zinsstruktur und Risiken bei Kapitalanlage (BGH GRUR 2018, 320 – *Festzins Plus*, dabei, anders als im Schlafzimmer-Fall, Aufklärung durch Kleingedrucktes nicht ausreichend, weil komplexes Produkt und unübersichtlicher Hinweis)
- Menge und Größe, Fall zur Diskussion: Verpackung mit korrekter Angabe der Füllmenge, die aber so groß ist, dass sie eine größere Füllmenge suggeriert, BGH GRUR 2018, 431 – Tiegelgröße
- Neuheit: „neues“ Produkt darf noch nicht lange auf dem Markt sein, fabrikneue Ware muss noch unbenutzt sein.
- Behauptung der Vereinbarkeit mit Industrienormen (entspricht DIN-Norm ...) muss zutreffen.
- Umwelt: „umweltfreundlich“ darf nur ein Produkt genannt werden, das nach derzeitigem Kenntnisstand keine nennenswerten Schäden anrichtet; ökologisch, Öko-Produkt muss Vorgaben der EG-ÖkoVO erfüllen
- Zwecktauglichkeit: strenge Kriterien bei Behauptung therapeutischer Wirkungen, dazu enthält im Übrigen die Health-Claims-Verordnung nähere Angaben
- **geographische Herkunft:** Schutz geographischer Herkunftsbezeichnungen weitgehend durch Sondervorschriften des Gemeinschaftsrechts und des Markenrechts (daher nähere Behandlung in der Vorlesung „Markenrecht“)
 - VO 1151/2012: unionsrechtlicher Schutz der geographischen Herkunftsangaben von Lebensmitteln und Agrarerzeugnissen bei Eintragung in ein von der Kommission geführtes Verzeichnis, dabei Unterscheidung zwischen Ursprungsangabe (Produkt verdankt seine Qualität den geographischen Verhältnissen) und bloßen Herkunftsangaben.
 - Parallel ist der Schutz von Weinbezeichnungen (VO 479/2008) und von Spirituosenbezeichnungen (VO 110/2008) geregelt.
 - Daneben zahlreiche bilaterale Abkommen.
 - Schutz des deutschen Rechts früher nach UWG, mittlerweile nach § 126 ff MarkenG
 - Nach früher h.M. verdrängen §§ 126 MarkenG den § 5 UWG, inzwischen unter Geltung der UGP-RL fraglich, allerdings wenig relevant, weil § 128 MarkenG für die Rechtsfolgen ohnehin auf das UWG verweist.
 - Jedenfalls liegt Beurteilung nach § 5 nahe, wenn es sich nicht um Zeichen („Champagner“), sondern um Informationen im Werbetext handelt, Beispiel: BGH GRUR-RR 2015, 209 – *Kondome made in Germany*
- **betriebliche Herkunft:** Dopplung § 5 II Nr. 1 und § 5 III, dazu unten.

Produktbezogene Angaben: Sonderfälle

- **Umweltwerbung**
 - Problem 1: Zulässigkeit vager, schwer überprüfbarer Formulierungen? Geltung des „Strengprinzips“ (= Beweislastumkehr, anerkannt bei gesundheitsbezogenen Angaben) auch bei umweltbezogenen Angaben?
 - Problem 2: Zulässigkeit der Bezeichnung „klimaneutral“, wenn Klimaneutralität nur durch Ausgleichszahlungen erreicht wird? Wenn ja (so OLG Schleswig GRUR 2022, 1451 – *Klimaneutrale Müllbeutel II*) – welche Anforderungen gelten für das „Aus-

gleichsprojekt“ und welche Informationspflichten darüber bestehen gem. § 5a? Näher hierzu Steuer GRUR 2022, 1408

- Die Kommission plant im Rahmen ihres „Green Deals“ eine Ergänzung der UGP-RL um speziell umweltbezogene Irreführungsverbote und Informationspflichten
- Werbung mit **Testergebnissen** (BGH GRUR 2019, 631 – *Das beste Netz*, guter Übungsfall zu § 5) zulässig, wenn der Test von einer neutralen Institution durchgeführt wurde und repräsentativ ist. Irreführend können sein: Veränderung des Testergebnisses zu eigenen Gunsten, Werbung mit Testergebnis zu einer Vorgängerversion, Werbung mit Ergebnis „gut“, wenn alle anderen getesteten Produkte mit „sehr gut“ bewertet wurden, Werbung mit guter Teileigenschaft bei schlechter Gesamtbewertung.
- **Kundenbewertungen und Suchmaschinen:**
 - Irreführend: Werbung mit gefälschten Bewertungen, Erwecken des Eindrucks, alle Bewertungen würden angegeben, obwohl in Wirklichkeit negative herausgefiltert werden (BGH GRUR 2016, 828 – *Kundenbewertungen im Internet*), Erwecken des Eindrucks, in einem Vergleichsportal würden alle Anbieter erfasst, während in Wirklichkeit nur die gezeigt werden, die eine Provision gezahlt haben (BGH GRUR 2017, 1265 – *Preisportal*), allerdings möglicherweise Schwerpunkt bei der Verletzung von Aufklärungspflichten (§ 5a), s. auch die neuen Fälle 23b und c der Schwarzen Liste
 - Aber nicht ohne weiteres Zurechnung irreführender Angaben in Bewertungen zum Werbenden (BGH GRUR 2020, 543 – *Kundenbewertungen auf Amazon*), dazu näher unten IV 1 a zum Unterlassungsanspruch)

Preisbezogene Angaben (§ 5 II Nr. 2)

- **Gebot der Preiswahrheit:** Preis als zentrales Kriterium für die Nachfrageentscheidung, besondere Bedeutung des Irreführungsschutzes in diesem Bereich
- Sondervorschriften der **PreisangabenVO**, Ziel: Preisklarheit im Geschäftsverkehr mit Endverbrauchern, sanktioniert als OWi'en, Verstoß führt unter dem Gesichtspunkt der §§ 5a I, 5b IV zur Unlauterkeit. Schwierige unionsrechtliche Beurteilung: Die PAngV ist im Einklang mit der PreisangabenRL auszulegen, die die UGP-RL verdrängt (EUGH GRUR 2016, 945 – *Citroen/ZLW*, BGH GRUR 2017, 286 – *Hörgeräteausstellung*, vertiefend Köhler, GRUR 2016, 891). Weil die PAngV teils von der RL abweicht, besondere Bedeutung der richtlinienkonformen Auslegung. Wichtige Bestimmungen:
 - Angabe von Gesamtpreisen (§ 3)
 - Angabe des Grundpreises bei Verkauf von Gattungssachen nach Gewicht, Menge, Fläche, etc. (§ 3)
 - Angabe von Lieferkosten im Fernabsatz (§ 6)
 - Pflicht zur Preisauszeichnung an Regalen und in Schaufenstern (§ 10)
 - Preisauszeichnungspflicht in Gaststätten (§ 13) und Tankstellen (§ 15)
- Spitzenstellungswerbung: Werbung mit „bestem“/„niedrigstem“ Preis muss stimmen (s. oben bei „Angabe“)
- „Ab“-Preise können zulässig sein, wenn angesichts der Art der Ware oder DL Angabe eines festen Preises nicht möglich ist (EUGH, Rs. C-122/10 – *Konsumentenombudsmannen/ Ving Sverige*)

- Angaben über Rabatte müssen stimmen. Bei befristeten Sonderaktionen muss sich Unternehmer an die zeitliche Grenze halten, wenn nicht während der Aktion unerwartete Umstände eintreten (BGH GRUR 2012, 208 – *10% Geburtstags-Rabatt*)
- Irreführung über generelles Preisniveau: Werbung für „Dauer-Tiefstpreise“, „Preisknaller“ etc. nur erlaubt, wenn wirklich zahlreiche Waren zu Discount-Preisen angeboten werden.
- Irreführung über Bedingungen der Leistungserbringung, wenn eine Aufforderung zur Adressüberprüfung für ein Branchenbuch sich bei Lektüre des „Kleingedruckten“ als kostenpflichtiger Auftrag entpuppt (BGH GRUR 2012, 184 – *Branchenbuch Berg*)

Unternehmensbezogene Angaben (§ 5 II Nr. 3)

- **Alleinstellungs-/Spitzenstellungswerbung:** Frage ist, ob eine reine Wertung oder eine Tatsachenbehauptung vorliegt, s.o. Beispiel (BGH GRUR 2012, 1053 – *Marktführer Sport*): Bezeichnung als „Marktführer“ zutreffend, wenn kein einzelnes Unternehmen, sondern nur eine Kette einen größeren Marktanteil hat
- **Art und Größe** des Geschäftsbetriebs: Begriff „Apotheke“ ist gesetzlich definiert, „Fabrik“ setzt eigene industrielle Herstellung voraus, „Zentrum“ muss (anders als „Center“) gewisse Größe und Bedeutung aufweisen, „Fachgeschäft“ muss fachkundige Beratung bieten.
- **Inhaberschaft** Beispiel (BGH GRUR 2012, 1273 – *Stadtwerke Wolfsburg*): „Stadtwerke“ suggeriert, dass Betrieb in kommunaler Hand ist
- Bei einem zahnärztlichen Versorgungszentrum mit dem Namen „Dr. Z“ erwarten potentiell
- **Alter und Tradition:** Hinweis irreführend, wenn Tradition für lange Zeit unterbrochen oder wenn nur andere Betriebe des Gebiets über die Tradition verfügen. Beispiel: GRUR 1992, 66 – *Königlich-Bayerische Weiße*
- **Geographische Angaben:** Frage des Verkehrsverständnisses, ob Abnehmer auf den Firmensitz schließen oder ob es sich nur um eine Phantasiebezeichnung handelt (z.B. Pizzeria Napoli)
- **Geistiges Eigentum:** Schutzrecht muss wirklich vorliegen, ® steht für wirklich bestehende Marke, falsche Angabe des Schutzes für ein bestimmtes Erzeugnis fällt unter Nr. 1

Verwechslungsgefahr und „dual quality“ (§ 5 III)

- Verwechslungsgefahr = Irreführung über die betriebliche Herkunft ist ein Unterfall der Irreführung (§ 5 III Nr. 1, weitgehende Überschneidung mit § 5 II Nr. 1 – „betriebliche Herkunft“)
- Problem: Schutz von Marken und Unternehmenskennzeichen durch das MarkenG. Unterschiede zum UWG:
 - Klagebefugnis nur des Rechtsinhabers
 - Abstraktere Prüfung der Verwechslungsgefahr anhand der Kriterien Zeichennähe, Produktnähe, Kennzeichnungskraft
 - Prioritätsgrundsatz
 - Schranken des Kennzeichenrechts
- Beispiel (BGH GRUR 2013, 1161 – *Hard Rock Café*): Das Hard Rock Café in Heidelberg hat keine Lizenz zur Führung von Namen und Logo, wurde aber schon gegründet, als die Marke in Deutschland noch nicht geschützt war → Nach Markenrecht ist relevant, dass das

Heidelberger Café die älteren Rechte hat – wie geht das UWG damit um, dass sicherlich viele Touristen das Café für „echt“ halten?

- Verhältnis zum UWG str.
 - Früher „Vorrangthese“ der Rechtsprechung und h.M.: Subsidiarität des § 5 UWG, anwendbar nur bei qualifizierten Angaben über die betriebliche Herkunft, die neben der bloßen Herkunftsangabe auch eine besondere Gütevorstellung hervorrufen.
 - Die „Vorrangthese“ ist jedenfalls im Verhältnis zu § 5 mit dem EU-Recht nicht vereinbar und daher insoweit vom BGH aufgegeben worden (BGH GRUR 2013, 1161 Rn. 60 – *Hard Rock Café*).
 - Deshalb sind § 5 III Nr. 1 und das Markenrecht parallel anwendbar, aber unter § 5 sind die Wertungen des Markenrechts zu berücksichtigen (BGH GRUR 2016, 965 – *Baumann II*), zB über das Verbraucherleitbild, über die Interessenabwägung oder durch gleichlaufende Grundsätze der Verwirkung.
- Seit 28.5.2022 verbietet § 5 III Nr. 2 die Vermarktung von Waren unterschiedlicher Qualität („schlechtere Nutella in Osteuropa“) als identisch. Problem: zahlreiche unklare Rechtsbegriffe, Beurteilung nach allgemeinen Regeln wäre sachgerechter gewesen.

Irreführende Preisherabsetzung (§ 5 V)

- Grundsatz: Kläger muss Irreführung darlegen und beweisen.
- Umkehrung durch (widerlegliche) Vermutung in Abs. IV: Wenn Anspruchsteller unangemessen kurze Zeit des ursprünglichen Preises nachweist, wird Irreführung vermutet.
- Relikt des früheren Verbots der Gegenüberstellung von früherem und heutigem Preis. Man könnte § 5 V auch streichen und die Fälle über § 5 II Nr. 2 lösen.
- Hintergrund: Verhinderung von „**Mondpreisen**“ = Preisen, die niemals oder sehr kurz gefordert wurden.

c) Informationspflichten (§§ 5a, 5b UWG)

Lit.: *Lettl* WRP 2022, 802; *Feddersen* WRP 2022, 789

Übungsfall (BGH GRUR 2021, 979 – Testsiegel auf Produktabbildung)

Der Baumarkt OBI bildet in einem Prospekt eine Wandfarbe ab, auf deren Verpackung das Siegel der Stiftung Warentest und das Wort „Testsieger“ zu lesen ist. Tatsächlich hat die Farbe in einem Test der Stiftung Warentest als beste abgeschnitten, aber in der OBI-Werbung fehlt ein Hinweis auf die Fundstelle.

Unlauter? Wäre es anders, wenn unter dem Testsiegel auch die Website der Stiftung Warentest angegeben gewesen wäre?

aa) Grundlagen

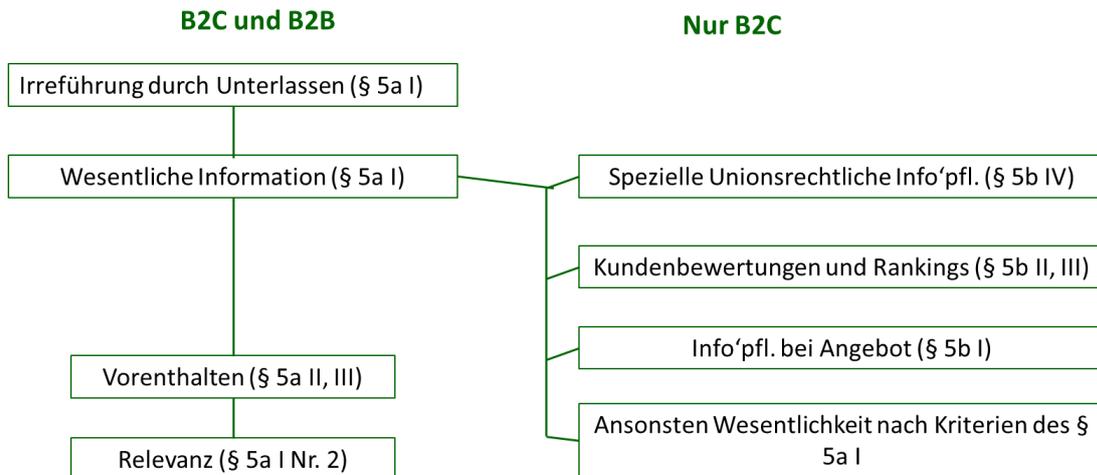
Informationspflichten im UWG

- Verbraucher können durch aktives Tun, aber auch durch Unterlassen irreführt werden. Ein Unterlassen setzt eine Rechtspflicht zum Handeln, also eine Informationspflicht voraus. § 5a, ergänzt durch § 5b, regelt die Irreführung durch Unterlassen
- Überblick:
 - Fälle der Schwarzen Liste (die teils eher auf aktive Irreführung, teils auf das Vorenthalten von Informationen zielen, beides lässt sich nicht immer klar abgrenzen)
 - § 5a = Grundtatbestand
 - § 5b = Konkretisierung des in § 5a vorgesehenen Maßstabs der Wesentlichkeit für das B2C-Verhältnis
 - Daneben Informationspflichten im EU-Recht und in Spezialgesetzen (z.B. PreisangebotsVO), über § 5b IV bzw. § 3a UWG (zur Abgrenzung sogleich) für das Lauterkeitsrecht relevant.
- §§ 5a, 5b beruhen auf Art. 7 UGP-RL → richtlinienkonforme Auslegung. Im Anwendungsbereich der UGP-RL darf es nur noch Informationspflichten geben, die auf Unionsrecht beruhen.
- Bis 28.5.2022 gab es nur § 5a. § 5a I galt nur für das B2B-Verhältnis, § 5a II war der Grundtatbestand B2C, § 5a III, IV regelten die Wesentlichkeit B2C (heute § 5b)
- Die Abgrenzung **§ 5 und § 5a** kann in der Praxis und in der Klausur Schwierigkeiten bereiten, vor allem bei unvollständigen Angaben. Beispiel: „ab“-Preise bei Flugreisen (dazu unten näher) → Irreführung (§ 5), weil Verbraucher daraus auf allgemein niedriges Preisniveau schließen oder Verletzung einer Informationspflicht (§ 5a), weil keine genauen Preise oder Höchstpreise angegeben werden? Tipp: wenn sich Irreführungsgefahr aus dem Fehlen zusätzlicher Angaben ergibt, dann eher auf § 5a abstellen, weil er die Wesentlichkeit der Information genauer regelt.

Die Regelungsstruktur der §§ 5a, 5b

- **§ 5a** regelt die Voraussetzungen der Irreführung durch Unterlassen **allgemein (also für das B2C- und das B2B-Verhältnis)**.
 - § 5a I Nr. 1: Grundtatbestand = Vorenthalten wesentlicher Informationen
 - § 5a I Nr. 2: Relevanz
 - § 5a II, III: Konkretisierung des Begriffs „Vorenthalten“
 - § 5a IV: verdeckte Werbung, in Satz 2, 3 durch Influencer veranlasste Regelung

- § 5b: Konkretisierung der Wesentlichkeit, gilt **nur gegenüber Verbrauchern (B2C)**



Prüfungsschema für §§ 5a, b

1. Geschäftliche Handlung (§ 2 I Nr. 2)
2. Bei B2C-Handlungen: Fall der Nr. 1-23c der „schwarzen Liste“?
3. Unlauterkeit (§ 3 I) gem. § 5a I: Irreführung durch Unterlassen
 - a) wesentliche Information im *B2C-Verhältnis* (§§ 5b, 5a I)
 - aa) unionsrechtliche Informationspflichten (§ 5b IV i.V.m. Spezialnorm, vgl. Anh. II UGP-RL)
 - bb) Internet-Sonderfälle des § 5b II, III
 - cc) Pflichten im Fall eines Angebots (§ 5b I)
 - dd) wesentliche Informationen, die der Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung benötigt (§ 5a I 1 Nr. 1)
 - a') wesentliche Information im *B2B-Verhältnis* (nur) gem. § 5a I 1 Nr. 1
 - b) Vorenthalten einschl. zweideutiger Information bzw. nicht rechtzeitiger Information (§ 5a II, III)
 - c) Relevanz (§ 5a I Nr. 2)

bb) Wesentliche Informationen (§§ 5b, 5a Nr. 1)

Überblick

- Problem: Information ist wie Medizin – in richtiger Dosierung ist beides heilsam, in Überdosierung ist beides Gift (Problem des „information overload“) → Nur das Vorenthalten wesentlicher Informationen ist gem. § 5a I unlauter. Die Abgrenzung zwischen wesentlich und unwesentlich ist oft die zentrale Frage des § 5a.
- **§§ 5b, 5a Nr. 1 konkretisieren die Wesentlichkeit** für Handlungen zwischen Unternehmen und Verbrauchern (**B2C**) durch eine **Stufenleiter**. Man prüft sie am besten vom Speziellen zum Allgemeinen, also **von hinten nach vorne**.
 - § 5b IV i.V.m. Spezialnorm: Wesentlichkeit unionsrechtlicher Informationspflichten für kommerzielle Kommunikation

- § 5b II, III: Sondertatbestände für das Internet
- § 5b I: Informationspflichten bei Angeboten
- § 5a Nr. 1: Generalklausel als Auffangtatbestand
- Im B2B-Verhältnis gelten die Sonderregeln des § 5b nicht. Die Wesentlichkeit ist nur gem. § 5a Nr. 1 zu bestimmen.

Unionsrechtliche Informationspflichten (§ 5b IV i.V.m. Spezialnorm, nur B2C)

- Zahlreiche spezielle Informationspflichten ergeben sich aus EU-Verordnungen (Beispiel: Energieeffizienzangaben für elektronische Geräte aufgrund einschlägiger VO'en) oder aus deutschen Vorschriften, die zur Umsetzung von Richtlinien ergangen sind (Beispiel: medizinrechtliche Informationspflichten gem. § 6 TMG, ergangen zur Umsetzung der E-Commerce-RL)
- § 5b IV übernimmt diese Pflichten ins UWG (ähnlich wie § 3a und § 823 II BGB). Ebenso wie bei § 3a und bei § 823 II BGB sollte § 5b IV in Verbindung mit der Spezialnorm zitiert werden, weil sich erst aus der Spezialnorm die genaue Informationspflicht ergibt. Beispiel: Unlauterkeit gem. §§ 5a I, 5b IV iVm § 6 I Nr. 1 TMG
- Die Informationen gelten per se als wesentlich. Eine zusätzliche Prüfung der Wesentlichkeit ist also nicht erforderlich (und nicht zulässig) – obwohl man praktisch oft an der Wesentlichkeit der vielen unionsrechtlich vorgeschriebenen Informationen zweifeln könnte.
- Verhältnis zu anderen Normen:
 - In seinem Anwendungsbereich ist § 5b IV **gegenüber dem allgemeinen Rechtsbruchtatbestand (§ 3a) vorrangig** (BGH GRUR 2022, 930 – *Knuspermüsli II*, so immer schon die hM, anders früher der BGH, der § 3a in richtlinienkonformer Anwendung heranzog)
 - Wenn eine **spezielle Informationspflicht gem. § 5b IV** besteht, dürfen **nicht aus § 5a I weitergehende Informationen** hergeleitet werden. Beispiel (EUGH GRUR 2018, 940 – *Dyson/BSH*): Wenn eine VO bestimmte Angaben zur Energieeffizienz vorschreibt, sind diese Anforderungen abschließend. Aus § 5a I ergibt sich dann keine Pflicht, auf dem Produktetikett die Testbedingungen anzugeben
- § 5b IV erfasst nur Informationen **in kommerzieller Kommunikation einschließlich Werbung und Marketing**
 - (+) bei Informationen, die der Absatzförderung dienen (vgl. Art. 2 lit. f E-Commerce-RL und die Aufzählung in § 5 II Nr. 1-6 (zu Nr. 7 sogleich)), zB Informationen über Beschaffenheit und Preis eines Produkts, vgl. auch die nicht abschließende Liste in Anh. II der UGP-RL
 - (-) bei Informationen, die nicht in die Entscheidung des Verbrauchers einfließen, sondern der sachgemäßen Verwendung des Produkts dienen (zB Beipackzettel eines Arzneimittels)
 - Informationen im nachvertraglichen Bereich, zB über Verbraucherrechte (vgl. § 5 II Nr. 7)? BGH GRUR 2022, 500 – *Zufriedenheitsgarantie*: (-), weil es hier nicht mehr um die Absatzförderung geht. Dagegen: Das ist unsystematisch, denn die Beeinflussung nachvertraglicher geschäftlicher Entscheidungen (vgl. § 2 I Nr. 1) wird in §§ 4a, 5 I nicht anders behandelt als die Beeinflussung der Kaufentscheidung. Die Trennung ist auch unpraktisch, weil die Kriterien des § 5a auch hier passen → vorzugswürdig ist einer weiter Begriff der kommerziellen Kommunikation

- Beispiele
 - Vorschriften der EU-PreisangabenRL, umgesetzt durch PAngV, daher muss der Preis eines Kfz Überführungskosten enthalten (EUGH GRUR 2016, 945 – *Citroën Commerce*)
 - in der EU-LebensmittelinformationsVO vorgeschriebene Angaben über den Kaloriengehalt eines Lebensmittels (BGH GRUR 2022, 930 – *Knuspermüsli II*)
 - Medienrechtliche Kennzeichnungspflichten des § 6 TMG, insbesondere Erkennbarkeit der kommerziellen Kommunikation (§ 6 I Nr. 1 TMG) (BGH GRUR 2021, 1414 Rn. 46 ff. – *Influencer II*), aus § 5a IV und I können sich in diesem Fall keine weitergehenden Informationspflichten ergeben (s.o.)

Sonderregelungen für Rankings und Kundenbewertungen (§ 5b II, III, nur B2C)

- Rankings (Definition in § 2 I Nr. 7)
 - Nr. 11a Schwarze Liste: fehlende Information über Zahlungen, die das Ranking beeinflussen
 - § 5b II: Hauptparameter und relative Gewichtung (§ 5b II), knapp gehalten und leicht, an gut sichtbarer Stelle und unmittelbar verfügbar
 - Testfrage: Genügen die Angaben, die Sie derzeit auf Amazon finden?
- Kundenbewertungen
 - Nr. 23 b Schwarze Liste: Behauptung, die Bewertung stamme von wirklichen Käufern, ohne dass dies überprüft wird
 - Nr. 23c: Anzeige / Beauftragung gefälschter Bewertungen oder falsche Darstellung von Bewertungen
 - § 5b III: Informationen über Maßnahmen, die Unternehmer trifft, um sicherzustellen, dass die Bewertungen „echt“ sind aber keine Pflicht, solche Maßnahmen zu treffen („Fehlanzeige genügt“)
 - Die eigentliche Musik spielt nicht unter § 5b: Anspruch des Unternehmers gegen die Plattform aus § 4 Nr. 1, 2 oder §§ 823 I, 824 BGB auf Löschung falscher Bewertungen (dazu BGH GRUR 2015, 1129 – *Hotelbewertungsportal I*, zum UWG, und BGH GRUR 2022, 1495 – *Hotelbewertungsportal II*, zu § 823 I BGB)? Anspruch des Unternehmers aus § 4 Nr. 4 oder §§ 823 I, 824 BGB bei Löschung verdächtiger positiver Bewertungen (dazu BGH GRUR 2020, 435 – *www.yelp.de*)?

Pflichten im Fall eines Angebots (§ 5b I, nur B2C)

- Angebot in einer Weise, dass der Verbraucher das Geschäft abschließen kann.
- Dazu EUGH, Rs. C-122/10, GRUR 2011, 930 – *Ving Sverige*: das ist schon der Fall, wenn Werbung hinreichende Information für die geschäftliche Entscheidung gibt, Kaufmöglichkeit an Ort und Stelle nicht erforderlich.
- Beispiel: § 5a III anwendbar, wenn ein Auto in einer Zeitung mit Typenbezeichnung und Preis beworben wird, auch wenn in der Anzeige noch nicht steht, ob es sich um einen Diesel oder einen Benziner handelt (BGH GRUR 2018, 324 – *Kraftfahrzeugwerbung*)
- Die in Nr. 1-6 genannten Informationspflichten erklären sich weitgehend von selbst.
- Information aber nur erforderlich, wenn sie sich nicht aus den Umständen ergibt (zB Adresse eines Ladengeschäfts in einer Einkaufsstraße, wesentliche Merkmale von Milch)

Die „kleine Generalklausel“ (§ 5a I Nr. 1)

- Gilt im B2C- und im B2B-Verhältnis
- Für B2B-Fälle haben die Pflichten des § 5b zumindest Indizwirkung: Die dort genannten Informationen sind auch im B2B-Verhältnis wesentlich, wenn die Besonderheiten des unternehmerischen Verkehrs nicht entgegenstehen. Einiges spricht für eine analoge Anwendung des § 5b IV, wenn die betreffenden unionsrechtlichen Pflichten allgemein gelten und nicht nur Verbraucherschützend sind.
- Wesentliche Informationen, die der Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer) zu einer geschäftlichen Entscheidung benötigt.
- Kriterien (BGH GRUR 2016, 1076 – LGA tested)
 - (1) Kommt der Information für den Durchschnittsverbraucher (vgl. § 3 IV) bzw. durchschnittlichen Abnehmer erhebliches Gewicht zu?
 - (2) Welche Belange des Unternehmers stehen der Informationspflicht entgegen?
 - (3) Überwiegen die Verbraucher- oder die Unternehmerinteressen? (Interessenabwägung)
- Für Verbraucherinteresse kann sprechen: Auswirkungen der Information auf die Preiswürdigkeit des Produkts, außergewöhnliche Umstände, die der Verbraucher nicht erwartet, Unmöglichkeit für den Verbraucher, sich die Information selbst zu verschaffen, besondere Risiken des Produkts
- Für Unternehmerinteresse kann sprechen: zeitlicher und finanzieller Aufwand, mit der Information verbundene Nachteile, Geheimhaltungsinteressen
- Beispiele für wesentliche Informationen: Information darüber, dass in einem Preisportal nur Anbieter berücksichtigt werden, die eine Provision gezahlt haben (BGH GRUR 2017, 1265 – *Preisportal*), Ausnahmen von einer Rabattaktion (BGH GRUR 2018, 199 – *19 % MWSt. GESCHENKT*), Fundstelle eines Testergebnisses, mit dem geworben wird (BGH GRUR 2021, 979 – Testsiegel auf der Produktverpackung = Übungsfall)

cc) Sonstige Voraussetzungen (§ 5a I Nr. 2, II, III)

Vorenthalten (§ 5a II, III)

- Ausgangspunkt: Vergleich der vorgeschriebenen Informationen mit der tatsächlichen Situation. Vor allem im Fall des § 5b IV dabei genaue Subsumtion unter die Informationspflicht.
- Eine Information wird vorenthalten, wenn sie
 - zum Verantwortungsbereich des Unternehmers gehört,
 - er über sie verfügt oder sie sich verschaffen kann (missverständlich die deutsche Fassung – „vorenthalten“ kann man nach § 5a nicht nur das, was man schon hat)
 - wenn der Verbraucher sie nicht oder nicht so erhält, dass er sie bei seiner geschäftlichen Entscheidung berücksichtigen kann.
- Das Vorenthalten umfasst (§ 5a II):
 - Verheimlichen
 - Bereitstellung in unklarer Weise
 - Verspätete Bereitstellung, Beispiel: BGH GRUR 2010, 248 – *Kamerakauf im Internet*: Umsatzsteuer muss angegeben werden, bevor Kunde ein Produkt in den virtuellen Warenkorb legt.

- Beschränktheit des Kommunikationsmediums zu berücksichtigen (§ 5a III), Beispiel: in Printwerbung eines Reisebüros darf mit ab-Preisen geworben werden, bei denen man den genauen Preis erst im Internet erfährt (EUGH, Rs. C-122/10, GRUR 2011, 930 – *Ving Sverige*), Gegenbeispiel: In einem sechsseitigen Werbeprospekt mit direkter Bestellmöglichkeit muss nicht nur auf das Widerrufsrecht des Verbrauchers im Fernabsatz hingewiesen werden, sondern es muss auch das Muster-Widerrufsformular abgedruckt werden (§ 246a § 1 II Nr. 1 EGBGB), selbst wenn es eine ganze Seite in Anspruch nimmt (BGH GRUR 2019, 961 – *Werbung mit Bestellpostkarte II*)

Relevanz (§ 5a I Nr. 2)

- Auch wenn die Information wesentlich ist, sind trotzdem noch die Voraussetzungen des § 5a I Nr. 2 zu prüfen:
 - Der Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer muss die Information je nach den Umständen benötigen, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und
 - das Vorenthalten muss geeignet sein, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.
- Wenn die Wesentlichkeit nach § 5a I bestimmt wird, müssen jedenfalls die Umstände des § 5a I Nr. 2 schon bei der Interessenabwägung im Rahmen der Feststellung der Wesentlichkeit berücksichtigt werden.
- Wichtig aber vor allem bei § 5b IV, weil dort die Wesentlichkeit schon aus dem bloßen Bestehen der Informationspflicht folgt.
- Es genügt, wenn der Verbraucher zum Besuch des Geschäfts veranlasst wird (EUGH C-281/12, GRUR 2014, 196 – *Trento Sviluppo*)
- Früher hat der BGH bei wesentlichen Informationen die Relevanz unwiderleglich vermutet („Was wesentlich ist, ist immer relevant“), hat das aber inzwischen modifiziert: Bei Vorenthalten einer wesentlichen Information ist die Relevanz indiziert, kann aber im Einzelfall bei Vorliegen besonderer Umstände fehlen.
 - Beispiel 1 (BGH GRUR 2013, 1169 Rn. 19 – *Brandneu von der IFA*): Unternehmer gibt bei Werbung für Elektronikgeräte entgegen § 5a III Nr. 2 die Rechtsform („eK“) nicht an. BGH damals: Wesentlichkeit (+), also Relevanz (+). Inzwischen: Einzelfallprüfung, wenn der Kunde Geräte sofort bezahlt und mitnimmt, ist die Rechtsform für ihn weniger wichtig. Gegenbeispiel: Bei Angebot eines finanzierten Kfz-Kaufs kann die Rechtsform zumindest die Entscheidung beeinflussen, ob der Kunde das Kfz ansieht und probefährt (BGH GRUR 2018, 324 – *Kraftfahrzeugwerbung*)
 - Beispiel 2 (OLG Hamm GRUR-RS 2012, 230714): Auf dem Herd einer Musterküche fehlt der nach der Energie-KennzeichnungsVO vorgeschriebene Energieeffizienzaufkleber – relevant? Das BGH hat entschieden, dass bei einem Angebot einer Komplettküche zum Festpreis die Typen der Elektrogeräte anzugeben sind (BGH GRUR 2017, 922 – *Komplettküchen*): Ist das dieselbe Situation oder lassen sich die Fälle unterscheiden?

dd) Verdeckte Werbung (§ 5a IV)

Fortsetzung des Übungsfalls oben, II 3, (nach BGH GRUR 2021, 1414 – *Influencer III*)

Angenommen, man bejaht im Übungsfall eine geschäftliche Handlung unter dem Gesichtspunkt des Handelns zugunsten des eigenen Unternehmens: Muss die Influencerin diesen Umstand durch entsprechende Hinweise (z.B. „Werbung“) kennzeichnen?

Grundsatz: Verbot der Verschleierung des Werbecharakters

- Schleichwerbung steht zwischen der Irreführung durch aktives Tun (Verschleierung) und der Irreführung durch Unterlassen (fehlende Information über kommerziellen Kontext)
- Durch Art. 7 II UGP-RL und § 5a IV Zuordnung zur Irreführung durch Unterlassen
- Spezialfälle der „Schwarzen Liste“:
 - Nr. 11: als Information getarnte Werbung in den Medien
 - Nr. 21: Zahlungsaufforderung mit unzutreffendem Eindruck, die Ware oder Dienstleistung sei bestellt
 - Nr. 22 unzutreffender Eindruck einer Privathandlung
- Über § 5b IV bzw. § 3a „Import“ unionsrechtlicher Transparenzgebote ins UWG:
 - Art. 6 lit. a E-Commerce-RL, umgesetzt in § 6 I Nr. 1 TMG: Erkennbarkeit der kommerziellen Kommunikation im Internet
 - Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, umgesetzt in § 8 MStV: Erkennbarkeit der Fernsehwerbung, Produktplatzierungen nur in bestimmten Fällen mit Hinweis erlaubt
 - Art. 89 I Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel, umgesetzt in § 3 Nr. 2 c HWG
 - Diese Bestimmungen sind gegenüber § 5a I speziell und sperren daher den Rückgriff auf die allgemeine Bestimmung (s.o.)
- Außerhalb des Anwendungsbereichs der UGP-RL können Transparenzgebote auch aus dem nicht harmonisierten deutschen Recht folgen. Beispiel: Bestimmungen der Pressegesetze über die Kennzeichnung von Werbung (nach EUGH, Rs. C-391/12, GRUR 2013, 1245 – *RLvS Verlagsgesellschaft/Stuttgarter Wochenblatt GmbH* nicht von UGP-RL erfasst, weil es sich nicht um eigene Absatzförderung der Presse, sondern um die Förderung des Absatzes Dritter handelt). Nach m.E. in diesem Fall § 5b IV analog, nach hM § 3a.
- Im Übrigen § 5a IV
 - kommerzieller Zweck einer geschäftlichen Handlung muss kenntlich gemacht werden, sofern er sich nicht aus den Umständen ergibt
 - Maßstab (wie immer): Durchschnittsverbraucher bzw. durchschnittliches Mitglied der angesprochenen Verkehrskreise

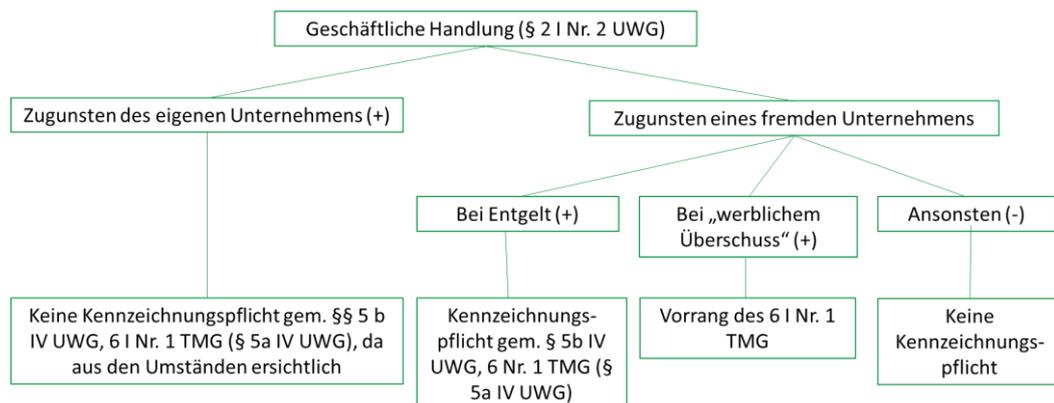
Erscheinungsformen

- Trennung von redaktionellem Teil und Werbung in den Medien: Werbung ist als solche kenntlich zu machen = Verbot der redaktionellen Werbung.
- Klarer Fall: Präsentation einer Werbung als redaktioneller Beitrag, für den der Werbende bezahlt hat (Ziff. 11 der „schwarzen Liste“), allerdings haftet nach Ziff. 11 nur der Inserent (s. EUGH aaO).
- Verlinkung aus redaktionellem Internet-Angebot auf Werbeseite, wenn werbender Charakter nicht aus dem Link deutlich wird (KG GRUR 2007, 254 – *Getarnte Link-Werbung*)
- Vortäuschen einer neutralen Berichterstattung bei Beeinflussung durch einen Anbieter.

- Vortäuschen einer persönlichen Bewertung eines Produkts auf sozialen Netzwerken, wenn der Bewertende in Wirklichkeit eine Provision erhält.
- Unkritische Übernahme von Produktinformationen im redaktionellen Teil
- Tarnung einer Werbung als wissenschaftliche oder gutachtliche Äußerung
- Product Placement in Rundfunk und Fernsehen: früher verboten, mittlerweile grundsätzlich erlaubt mit Hinweis (§ 8 VII 2-5 MStV, beruht auf EU-RL über audiovisuelle Mediendienste), Ausnahme von Hinweispflicht bei Fremdproduktionen (§ 8 VII 6 MStV)

Sonderproblem: Kennzeichnungspflichten für Influencer?

- Problem 1: Liegt überhaupt eine geschäftliche Handlung vor?
- Problem 2: Sperren die Spezialvorschriften des Medienrechts, insb. § 6 I Nr. 1 TMG iVm § 5b IV den Rückgriff auf § 5a? In der Regel ja, daher läuft § 5a IV bei Influencern leer.
- Problem 3: Wann ist der kommerzielle Charakter auch ohne Kennzeichnung erkennbar (§ 6 I Nr. 1 TMG) bzw. ergibt sich gem. § 5a IV aus den Umständen?
- Differenzierung (BGH GRUR 2021, 1400 und 1414 – *Influencer I und II*)
 - Wenn die Influencerin für die Posts eine Gegenleistung erhält oder die Produkte kostenlos bekommt, dann Handeln zugunsten eines fremden Unternehmens und Kennzeichnungspflicht, weil diese Gegenleistung aus den Umständen nicht ohne weiteres ersichtlich ist
 - Wenn sie keine Gegenleistung erhält, dann kein Handeln zugunsten eines fremden Unternehmens. Dass Influencer immer auch die Absicht haben, das eigene Unternehmen zu fördern (z.B. Eigenwerbung für Werbe- oder Model-Verträge) ist für die angesprochenen Verkehrskreise in der Regel aus den Umständen ersichtlich.
 - Vermutungsregel des § 5a IV 3: Gegenleistung wird vermutet, wenn Handelnder nicht glaubhaft macht, dass er keine bekommen hat. P!: Anwendbar auch unter § 6 I TMG?



- Vergleichbarer Fall zur Diskussion: Kennzeichnungspflicht beim Abspielen des Songs „Rolex“ („I just wanna Rolly Rolly Rolly“) von Ayo & Teo?

Informationspflichten bei Maßnahmen der Verkaufsförderung

- Maßnahmen der Verkaufsförderung sind Absatzmethoden, bei denen dem Abnehmer im Vorfeld des Vertragsschlusses oder zusätzlich zum Vertragsgegenstand ein weiteres Vorteil versprochen wird. Unter dem früheren UWG war der Ausdruck „Wertreklame“ üblich,

im Anschluss an den Verordnungsentwurf der Kommission hat sich der Begriff „Verkaufsförderung“ (*sales promotion*) durchgesetzt.

- Unter dem UWG von 1909 und auch noch dem von 2004 war das ein großes Thema, weil diese Praktiken als verdächtig galten und teilweise gesetzlich (RabattG und ZugabeVO) oder durch ständige Rechtsprechung verboten waren.
- Inzwischen sind diese Maßnahmen aber erlaubt, und nur dann unlauter, wenn über Ausmaß und Modalitäten des Vorteils irreführend wird (§ 5), wesentliche Informationen fehlen (§§ 5a, 5b) oder ausnahmsweise eine aggressive Handlung (§ 4a) vorliegt (BGH GRUR 2022, 241 – Kopplungsangebot III).
- **Erscheinungsformen:** Rabatte, Zugaben, Kopplungsangebote, Werbegeschenke, Preisausschreiben
- Einschlägig aus der Schwarzen Liste:
 - Nr. 19: Angebot eines Wettbewerbs oder Preisausschreibens, wenn die Preise nicht vergeben werden
 - Nr. 20: Fälschliche Bezeichnung als „gratis“ etc.
 - Nr. 31: Gewinnversprechen, wenn es den Gewinn nicht gibt oder zusätzliche Kosten anfallen.
- Außerdem über § 5b IV „Import“ von Sonderbestimmungen aus anderen Gesetzen, insb. **§ 6 I Nr. 3, 4 TMG** für den E-Commerce:
 - Angebote zur Verkaufsförderung wie Preisnachlässe, Zugaben und Geschenke müssen klar als solche erkennbar sein, und die Bedingungen für ihre Inanspruchnahme müssen leicht zugänglich sein sowie klar und unzweideutig angegeben werden.
 - Preisausschreiben oder Gewinnspiele mit Werbecharakter müssen klar als solche erkennbar und die Teilnahmebedingungen leicht zugänglich sein sowie klar und unzweideutig angegeben werden.
- Ansonsten § 5b IV Nr. 1 (wesentliche Merkmale der Ware) oder Nr. 4 bzw. Rückgriff auf § 5a I, jeweils gekoppelt an Verbraucherrelevanz
 - Beispiel (BGH GRUR 2011, 934 – *Original Kanchipur*): Bei Angabe von Einführungspreisen, die durchgestrichenen Preisen gegenübergestellt werden, muss deutlich werden, ab wann der Normalpreis verlangt wird.
 - Gegenbeispiel (BGH GRUR 2022, 241 – Kopplungsangebot III): Bei an Unternehmen gerichtetem Kopplungsangebot aus Vermietung eines Wasserspenders und Service (zur Pauschale von 0 oder 1 €) keine Informationspflicht über den Anteil des Service im Hauptmietpreis, weil keine allgemeine Pflicht zur Aufklärung über die genaue Preiskalkulation
- Neben § 5a kann bei unsachlichem Einfluss § 4a eingreifen. Allerdings wird der Durchschnittsverbraucher nicht schon durch jedes gute Angebot so magisch angezogen, dass er die Fähigkeit zur rationalen Entscheidung verliert, deswegen sind diese Fälle eine extreme Ausnahme. Näher dazu bei § 4a.

d) Aggressive Praktiken (§ 4a UWG u. Anh. zu § 3 III)

Lit: Alexander, §§ 12, 13; Jänich § 11; Fritzsche, WRP 2016, 1

Übungsfall (BGH GRUR 2014, 682 – Nordjob-Messe)

Die Nordjob-Messe in Kiel richtet sich vor allem an Schüler ab 15 Jahren, die sich über Ausbildungsplätze und Studienangebote informieren wollen. Die V-Versicherung verteilt auf der Messe Teilnahmekarten für ein Gewinnspiel. Auf der Vorderseite sind fröhliche Jugendliche abgebildet, darunter der Slogan „Mitmachen und tolle Preise gewinnen“. Auf der Rückseite sind Name, Adresse, Handy- und E-Mail-Nummer anzugeben. Davon gesondert ist die gesondert zu unterschreibende Erklärung abgedruckt: „Ich bin damit einverstanden, dass meine Daten gespeichert werden und dazu genutzt werden können, mich telefonisch, schriftlich, per E-Mail oder SMS über die Angebote der V zu informieren. Die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen nimmt die V auf Unterlassung in Anspruch. Mit Aussicht auf Erfolg?

Bearbeiterhinweis: Vorschriften des Datenschutzrechts sind nicht zu prüfen. Die Zulässigkeit einer eventuellen Klage ist zu unterstellen.

aa) Grundlagen

Bedeutung

- Neben dem Wahrheitsgebot (§§ 5, 5a + b) ist der Schutz der Entscheidungsfreiheit der zweite Pfeiler des UWG-Verbraucher- bzw. Abnehmerschutzes.
- Idee: der Abnehmer soll auf der Grundlage zutreffender Information eine möglichst unbeeinflusste Entscheidung treffen. Er soll „die Freiheit haben, sich anders zu entscheiden als vom Unternehmer gewollt“ (ÖOGH ÖBI 2016, 257 – Tankschlösser auf Flüssiggastanks).
- Allerdings ist nicht jede Werbung, die Emotionen weckt, unsachlich. Auch der verständige Durchschnittsverbraucher trifft seine Entscheidung nicht nur auf der Grundlage von Fakten. Insoweit hat seit den späten 1990er Jahren eine Liberalisierung der Rechtsprechung stattgefunden, Vorsicht daher bei der Anwendung älterer Urteile.

Überblick über die Regelungen aggressiver Praktiken

- Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken erfasst neben der irreführenden auch die aggressive Werbung, worunter nicht die reine Belästigung, sondern die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit zu verstehen ist
 - Schwarze Liste Nr. 24-31
 - Art. 8: unlauteres Mittel (Belästigung, Nötigung, unzulässige Beeinflussung) + Relevanz (Veranlassung zu einer geschäftlichen Entscheidung, die Verbraucher andernfalls nicht getroffen hätte) = aggressive Praxis
 - Art. 9: Kriterien
 - Definition der „unzulässigen Beeinflussung“ in Art. 2 lit. j, dabei zwei problematische Voraussetzungen: Ausnutzung einer Machtposition und Bezug auf „informierte Entscheidung“, beides ist problematisch (dazu unten)
- Die TB'e der „schwarzen Liste“ und § 4a sind also richtlinienkonform und in Einklang mit der Rspr. des EUGH auszulegen
- Die bürgerlich-rechtliche Beurteilung gem. §§ 123, 138 BGB bzw. §§ 823 ff. BGB berührt die lauterkeitsrechtliche Beurteilung nicht.

bb) Die Vorschriften im Einzelnen

Fälle der Schwarzen Liste (Nr. 24-32 Anh. zu § 3 III)

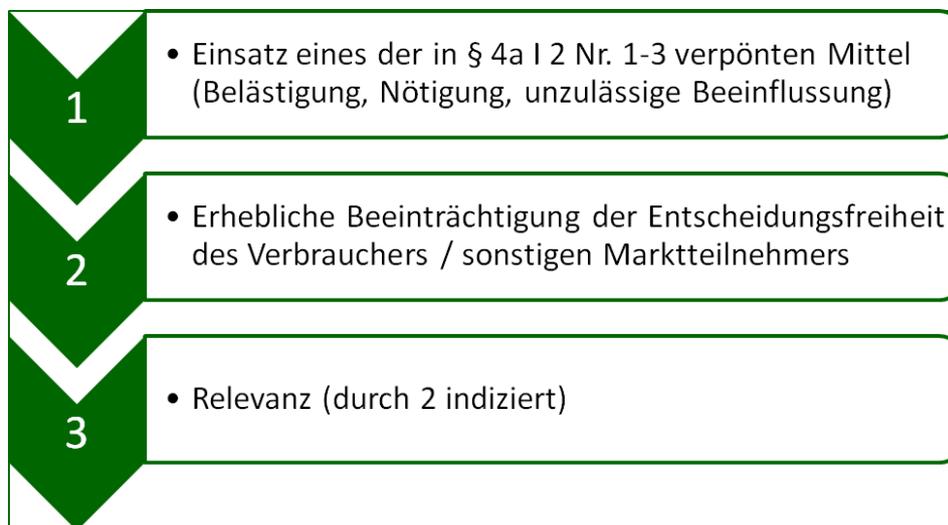
- Praktisch wenig relevant: Nr. 23 („psychologisches Einsperren“), Nr. 25 (Nichtverlassen der Wohnung), Nr. 30 (Ausnutzung des Mitleids bei Hinweis auf Arbeitsplatzverlust), Nr. 32 (Aufforderung zur Zahlung am selben Tag nach unerbetenem Vertreterbesuch in Wohnung – einziger nicht in der UGP-RL vorgesehener Fall, den Deutschland aufgrund von Art. 3 V UGP-RL vorsehen durfte)
- **Nr. 26 (hartnäckiges Ansprechen über Fernabsatzmittel)** ist ein Grenzfall zwischen aggressiver und belästigender Werbung und wurde deswegen früher in § 7 II umgesetzt. Für den Fernabsatz sind nicht nur Telefon, E-Mail und Textnachrichten geeignet, sondern auch Briefe. Was heißt „hartnäckig“? Der Vergleich mit anderen Sprachfassungen zeigt, dass ein wiederholtes bzw. regelmäßiges Ansprechen reicht, es braucht nicht darüber hinaus besonders aufdringlich zu sein. Nach EUGH, C-102/20, GRUR 2022, 87 – *StWL/eprimo* und *BGH GRUR 2022, 995 – Inbox-Werbung II* bei Werbung gegeben, die automatisch im Inbox eines E-Mail-Dienstes angezeigt wird. Merke: Die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit (die hier wohl fehlt) braucht bei den Fällen der Schwarzen Liste nicht geprüft zu werden.
- **Nr. 27 (Vereitelung der Rechtsdurchsetzung bei Versicherungsverträgen)** ist wegen seines engen Anwendungsbereichs nicht sehr relevant, ist aber Ausdruck des allgemeinen Gedankens, dass das systematische „Zeitspiel“ mit dem Ziel, den Verbraucher von der Geltendmachung seiner Rechte abzuhalten, unlauter ist.
 - Neben Nr. 26 weitere Verschärfungen des Verbots der belästigenden Werbung (§ 7):
 - Vertreter verlässt Wohnung des Verbrauchers trotz Aufforderung nicht (Nr. 25)
 - Aufforderung zur Bezahlung oder Rücksendung unbestellter Ware (Nr. 29)
- Umstrittenster Fall: **Kaufaufforderung an Kinder (Nr. 28)**, zu den offenen Fragen s. unten.
- **Nr. 31: Versprechen eines Preises oder Gewinns**, wenn es ihn entweder **nicht gibt** oder wenn er **Kosten verursacht**. Grenzfall zwischen Irreführung und aggressiver Praxis (daher früher vom deutschen Gesetzgeber in den ersten Teil der Schwarzen Liste verschoben). Schwerpunkt ist aber die Ausnutzung der Anziehungskraft des Gewinnspiels. Dazu EuGH GRUR 2012, 1269 – *Purely Creative*: Teilnahme an einem Gewinnspiel verursacht Telefongebühren, die höher sind als der Wert des durchschnittlichen Gewinns)

§ 4a: Überblick

- § 4a schützt Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer (Vertikalverhältnis), nicht aber Mitbewerber
 - Wichtigster Anwendungsfall: Verbraucherschutz
 - Aber auch Schutz sonstiger Abnehmer, Beispiel (vorbehaltlich der anderen Voraussetzungen des § 4a, vor allem der Einschränkung der Fähigkeit zur rationalen Entscheidung): Unternehmen B ist von der Belieferung durch A abhängig. A droht mit Abbruch der Vertragsbeziehung, wenn B nicht ungünstigeren Vertragsbedingungen zustimmt
 - Abgrenzungsproblem zum Kartellrecht, dass derartige Fälle ggf. nur bei Marktmacht verbietet. Allgemeine Regel: UWG-Verstoß ohne Marktmacht nur bei zusätzlichen, im

Kartellrecht nicht berücksichtigten Umständen. §§ 18, 20 I, II GWB gelten nicht für das UWG.

- Vgl. auch BGH GRUR 2018, 1251 – Werbeblocker II: Betrieb eines Adblockers, von dem sich geblockte Unternehmen „freikaufen“ können, verstößt nicht gegen § 4a (so noch OLG Köln als Vorinstanz), weil sich die Maßnahme nicht gegen Websitebetreiber (z.B. Zeitungsverlage), sondern gegen Werbende richtet und weil diese rational alle Optionen abwägen können. Zur kartellrechtlichen Bewertung BGH GRUR 2019, 1305 – *Werbeblocker III*.
- Aggressive Praktiken gegenüber einem Mitbewerber fallen nur unter § 4, vor allem § 4 Nr. 4.
- Die drei Fälle des § 4a I 2 werden ergänzt durch die Kriterien des § 4a II.
- Aus der Struktur des § 4a ergibt sich ein dreistufiges Prüfungsschema:



Prüfungsschema (einzubauen in das allgemeine Prüfungsschema s. oben II 1)

1. Geschäftliche Handlung (§ 2 I Nr. 2)
2. Bei B2C-Handlungen: § 3 III i.V.m. Anh. Nr. 24-32 der „schwarzen Liste“
3. Unlauterkeit (§ 3 I) gem. § 4a I 1
 - a) Einsatz eines der in § 4a I 2 Nr. 1-3 genannten Mittel (unter Berücksichtigung der Kriterien des § 4 II)
 - b) Eignung zur erheblichen Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit (Trennung (a) und (b) kann gerade bei unzulässiger Beeinflussung entbehrlich sein)
 - c) Relevanz (durch (b) indiziert)

Belästigung

- Begriff der Belästigung in der UGP-RL oder dem UWG nicht definiert.
- Vornahme einer geschäftlichen Handlung gegenüber einem Adressaten, der erkennbar nicht an ihr interessiert ist. Gegenüber Verbrauchern regelmäßig Eingriff in deren Privatsphäre.
- Problem: Abgrenzung zum Tatbestand der belästigenden Praktiken (§ 7)

- Anderer Schutzzweck: § 7 schützt die Privatsphäre und die Ungestörtheit betrieblicher Abläufe, § 4a schützt die Entscheidungsfreiheit (BGH GRUR 2016, 831 – *Lebens-Kost*)
- Unter § 7 ist die Belästigung an sich (z.B. durch Anrufe, E-Mail-Spamming, etc.) unzulässig, auf eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit kommt es, anders als unter § 4a (s. aber Nr. 26 der Schwarzen Liste!), nicht an.
- Der Begriff der Belästigung in § 7 entstammt rein dem deutschen Recht, in § 4a I ist er richtlinienkonform auszulegen. Daraus und aus den unterschiedlichen Schutzzwecken können sich Abweichungen ergeben
- S. die Kriterien in § 4a II, z.B. Dauer der Handlung, Verwendung beleidigender Formulierungen, Ausnutzung von Unglückssituationen
- Indiz immerhin Nr. 26 der Schwarzen Liste: hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen über Telefon, Fax-E-Mail → Belästigung muss gewisse Schwere erreichen
- Achtung: Im zweiten Schritt ist die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit zu prüfen. Sie fehlt bei vielen Formen der Belästigung, z.B. dem E-Mail-Spamming.
- Beispiel: Das Ansprechen im öffentlichen Raum kann Belästigung sein, aber eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit wird aber in Anbetracht des Leitbildes des mündigen Verbrauchers nur noch ausnahmsweise vorliegen (BGH GRUR 2004, 699 – *Ansprechen in der Öffentlichkeit I*).

Nötigung

- = Ausübung von Zwang oder Androhung empfindlicher Nachteile. Der strafrechtliche Begriff der Nötigung (§ 240 StGB) ist nicht entscheidend, weil § 4a richtlinienkonform auszulegen ist, er bietet aber immerhin Indizien.
- Kriterien des § 4a II, z.B. Verwendung drohender Formulierungen, Ausnutzung von Unglückssituationen, Drohung mit rechtlich unzulässigen Handlungen
- Ungerechtfertigte Androhung eines empfindlichen Übels,
 - Beispiel (BGH GRUR 2015, 1134 – *Schufa-Hinweis*): Drohung eines Mobilfunkunternehmens mit Schufa-Hinweis, wenn nicht zugleich auf die Grenzen zulässiger Übermittlungen gem. § 28 I 1 Nr. 4 BDSG hingewiesen wird, insbesondere darauf, dass durch Bestreiten der Forderung der Hinweis abgewendet werden kann.
 - Gegenbeispiel (BGH GRUR 2018, 1063 – *Zahlungsaufforderung*): Androhung gerichtlicher Schritte durch Inkassounternehmen keine aggressive Praxis, wenn Möglichkeit des Schuldners, sich im Gerichtsverfahren zu verteidigen, nicht verschleiert wird.
- Insbesondere Ausübung oder Androhung **physischen Zwangs bzw. körperlicher Gewalt** (ausdrücklich in § 4a I 2 genannt)
 - Beispiel: Ankündigung des Besuchs eines Inkasso-Teams (OLG München GRUR-RR 2010, 50)
 - Gegenbeispiel: Anbringen von Schloss an einem Tank, um vertraglich untersagte Be-tankung durch Dritte zu verhindern (ÖOGH ÖBI 2016, 257 – *Tankschlösser auf Flüssig-gastanks*)
- Ausübung **psychischen Zwangs**, insbesondere dadurch, dass sich der Abnehmer zum Geschäft veranlasst sieht, um sich nicht dem Vorwurf mangelnder Hilfsbereitschaft, Höflichkeit, Solidarität oder Dankbarkeit auszusetzen (**psychischer Kaufzwang**). Vorsicht: In der Rechtsprechung zum UWG 1909 wurde der „psych(olog)ische Kaufzwang“ schnell bejaht, nach neuem Recht kommt er nur in Ausnahmefällen in Betracht.

- Moralischer Druck, insb. durch Missbrauch einer Autoritätsstellung (Beispiel: BGH GRUR 1979, 157 – *Kindergarten-Malwettbewerb*) oder Gruppenzwang (BGH GRUR 2008, 183 Rn. 19 – *Tony Taler*)
- Drohung mit einem Übel von einigem Gewicht, etwa mit Kündigung eines bestehenden Vertrags für den Fall, dass kein Zusatzvertrag abgeschlossen wird.
- Gegenbeispiel: Ankündigung einer vertraglich vorgesehenen ordentlichen Kündigung
- § 4a geht über den B2C-Bereich hinaus, kann also auch die Ausübung von Druck gegenüber „sonstigen Marktteilnehmern“, also gewerblichen Abnehmern erfassen (nicht jedoch gegenüber Wettbewerbern, hier ist § 4 Nr. 4 einschlägig).

Unzulässige Beeinflussung

- Definition in Art. 2 lit. j UGP-RL, umgesetzt in § 4a I 3: Ausnutzung einer Machtposition gegenüber dem Verbraucher / sonstigen Marktteilnehmer zur Ausübung von Druck (...) in einer Weise, die die Fähigkeit des Verbrauchers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt
- Die „unzulässige Beeinflussung“ ist der Oberbegriff über alle Varianten des § 4a: auch Belästigung und Drohung sind letztlich Formen der unzulässigen Beeinflussung.
- Leider ist dem EU-Gesetzgeber die Formulierung dieses Tatbestands aus mehreren Gründen gründlich misslungen.
- **Ausnutzung einer Machtposition**
 - sicher (+), wenn die Machtposition schon vor der Handlung besteht, zB Autoritätsmissbrauch, Missbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses
 - Aber das sind eher Ausnahmefälle. Wie im normalen Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher, wenn erst die Werbung selbst Druck aufbaut, zB durch extremen Zeitdruck oder durch Ausnutzung der Unerfahrenheit Minderjähriger? Str., einige Fälle der „schwarzen Liste“ sprechen dafür, dass die Machtposition auch erst durch die Werbung entstehen kann, z.B. Nr. 31 (Gewinnversprechen, obwohl es den Preis nicht gibt).
 - Die bloße Informationsasymmetrie (Unternehmer hat mehr Informationen als der Verbraucher) reicht nicht aus, da hier die §§ 5, 5a genügen. Zweifelhaft daher inzwischen BGH GRUR 2006, 953, Rn. 19 – *Warnhinweis II*: unsachliche Beeinflussung durch Verharmlosung von Gefahren
- **zur Ausübung von Druck**
 - insb. physischer, psychischer oder wirtschaftlicher Zwang
 - nicht aber schon der Entscheidungsdruck, der von einem attraktiven Angebot ausgeht
 - Problem: setzt Ausübung von Druck voraus, dass dem Verbraucher Nachteile in Aussicht gestellt werden, wenn er das Angebot nicht annimmt, oder kann auch das bloße Anbieten von Vorteilen ausreichen? Str. Aber da das Androhen von Nachteilen meist schon Nötigung ist, genügt hier auch ein Vorteil, sofern er überhaupt geeignet ist, den Abnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen
- **Einschränkung der Fähigkeit des Verbrauchers zur informierten Entscheidung**
 - Problem: „informierte Entscheidung“ klingt nach Irreführung, die von § 5 geregelt wird. § 4a soll gerade die Fälle erfassen, in denen der Verbraucher alle Informationen hat, aber nicht frei entscheidet. „Informierte Entscheidung“ heißt also wohl „freie Entscheidung“ Str., nach der Gegenansicht insoweit Anwendung des § 3 II.

- Formel der Rechtsprechung zum Recht vor 2015: (+) erst, wenn auch für einen durchschnittlich empfindsamen Verbraucher die Rationalität der Nachfrageentscheidung völlig in den Hintergrund tritt. Kritik daran: diese Formel findet keine Stütze in der UGP-RL und ist zu eng.
- Besser (*Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 4a Rn. 1.66): **Fähigkeit des Abnehmers wird eingeschränkt, die Vor- und Nachteile seiner Entscheidung zu erkennen und gegeneinander abzuwägen**
- Früher spielte die Fallgruppe bei Maßnahmen der Verkaufsförderung (Rabatte, Koppelungsangebote, Gewinnspiele, etc.) eine wichtige Rolle. Mittlerweile ist schon die unzulässige Beeinflussung fraglich, weil der Druck von einem attraktiven Angebot ausgeht, erst recht aber die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit.
- Vgl. auch den Kriterienkatalog des § 4a II
 - Ausnutzung von Unglückssituationen, zB Werbung am Unfallort
 - Hindernisse nicht-vertraglicher Art, um Geltendmachung vertraglicher Rechte zu vereiteln, dazu BGH GRUR 2018, 1251 – *Werbeblocker II*: Gemeint ist Vertragspartner des aggressiv Handelnden, nicht die Einwirkung auf Verträge zwischen Dritten

Problemfall § 4a II 2

- Relikt des alten § 4 Nr. 2 UWG 2004. Idee des Gesetzgebers: verbraucherpolitisches Signal, Vorschrift mit Appellcharakter.
- Inzwischen Verdopplung des § 3 IV.
- Die Richtlinie verbietet die Ausnutzung der Unerfahrenheit als solche nicht, sondern nur die Irreführung und aggressive Praktiken, bei denen aber gem. § 3 IV auf die besondere Verletzlichkeit der angesprochenen Gruppe zu berücksichtigen ist, daher halten *Köhler* und andere § 4 II 2 für richtlinienwidrig
- Dagegen: Nr. 28 der „schwarzen Liste“ spricht dafür, dass auch die reine Ausnutzung der Unerfahrenheit unlauter sein kann, daher handelt es sich um eine richtlinienkonforme Ausgestaltung des § 4a II Nr. 3 (die aber unter dem Vorbehalt künftiger abweichender EUGH-Urteile steht): unschädliche, aber überflüssige Doppelregelung. Jedenfalls Auslegung im Einklang mit § 3 IV.
- Näher hierzu unten (zur Werbung gegenüber Kindern) und *Scherer*, WRP 2016, 1441

Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit

- Zweiter Prüfungsschritt: Nie vergessen!
- Vor allem in Fällen der Belästigung kann es daran fehlen. Beispiel (BGH GRUR 2016, 831 – *Lebens-Kost*): unerlaubter Werbeanruf, in dessen Verlauf der Angerufene freiwillig einem weiteren Anruf zustimmt → § 7 II Nr. 2 (+), § 4a (-)
- Hier ebenso wie schon oben zu § 4a I 2 Nr. 3: Beeinträchtigung Fähigkeit des Abnehmers wird eingeschränkt, die Vor- und Nachteile seiner Entscheidung zu erkennen und gegeneinander abzuwägen
- In den Fällen der Nr. 2, 3 ist diese Beeinträchtigung eigentlich schon Teil der Nötigung bzw. unzulässigen Beeinflussung. Sie wird daher in diesen Fällen durch den Einsatz des verpönten Mittels indiziert und braucht nicht doppelt geprüft zu werden.

- Nach der Rspr des EUGH kann eine geschäftliche Entscheidung (§ 2 I Nr. 1) schon darin bestehen, ein Geschäft überhaupt zu betreten, Beeinflussung daher (+), wenn Kunde in ein Geschäft „gezerrt“ wird, selbst wenn er dort frei über den Kauf entscheiden kann

Relevanz

- Wie immer muss der den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte.
- Das wird durch die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit indiziert. Mir fällt kein Beispiel ein, in dem die Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt wird, aber die Relevanz fehlt.

cc) Insbesondere: Werbung gegenüber Kindern und Jugendlichen

Nr. 28 Anh. zu § 3 III

- Absolutes Verbot direkter Aufforderungen von Kindern, Produkte zu kaufen oder ihre Eltern zu überreden
- Offene Fragen:
 - Wer ist Kind? (Altersgrenze bei 14 oder 18)? Bisher nicht von EUGH oder BGH entschieden, hM: 14.
 - Muss sich die Werbung gezielt an Kinder richten? Eine Werbung an die Allgemeinheit, die auch Kinder ansprechend finden, genügt nicht (BGH GRUR 2014, 686 – *Goldbärenbarren*), aber bei einer Werbung, die sich speziell an Kinder und Jugendliche richtet und dabei auch Jugendliche über 14 erreicht, soll Nr. 28 anwendbar sein: BGH GRUR 2014, 298 – *Runes of Magic*.
 - Was ist eine direkte Aufforderung? (+) bei der Verwendung von Begriffen wie „Schnapp dir...“, selbst wenn man im Internet zum Kauf noch einen Link anklicken muss (BGH GRUR 2014, 298 – *Runes of Magic*), direkte, persönliche Ansprache nicht erforderlich, (-) wenn nicht ein bestimmtes Produkt, sondern das ganze Warensortiment beworben wird (BGH GRUR 2014, 1117 – *Zeugnisaktion*)
- Für eine enge Auslegung der Ziff. 28 der Schwarzen Liste spricht, dass das UWG ansonsten über das Ziel hinausschießt. Die flexiblen Grundsätze des § 4a ermöglichen eine lebensnähere Beurteilung.
- § 4a kann neben Nr. 28 in Betracht kommen, wenn Nr. 28 (+), dann regelmäßig auch § 4a (+), andererseits geht § 4a über Nr. 28 hinaus und erfasst z.B. auch nicht „direkte Aufforderungen“

Ausnutzung der Unerfahrenheit (§ 4a I 1, II 2)

- Unter dem UWG 2004 eigener Tatbestand (§ 4 Nr. 2 UWG 2004). Inzwischen fällt die Ausnutzung der Unerfahrenheit vor allem Jugendlicher (aber vielleicht auch anderer Bevölkerungsgruppen) je nach Fall unter §§ 5, 5a oder 4a, wobei jeweils der Maßstab des § 3 IV gilt.
- Rspr. zu § 4 Nr. 2 UWG 2004: Werbung muss sich – zumindest auch – gezielt an Kinder und Jugendliche richten (BGH GRUR 2014, 686 – *Goldbärenbarren*), das ist weiter als § 3 IV 2. Bisher unklar, ob das auch für § 4a II 2 gilt, ob also auch außerhalb der Fälle des § 3 IV 2 eine Ausnutzung der Unerfahrenheit vorliegen kann.

- „Unerfahrenheit“ ist nicht abstrakt, sondern im Hinblick auf die beworbenen Produkte zu bestimmen.
 - Beispiele: Unerfahrenheit mit Telefontarifen führt zu strengem Transparenzgebot (§ 5a, b) bei der Angabe der Kosten für das Herunterladen von Klingeltönen (BGH GRUR 2006, 776 – *Werbung für Klingeltöne*), ebenso bei Aufforderung an Jugendliche, vor Teilnahme an einem Gewinnspiel in die Verwendung personenbezogener Daten einzuwilligen (BGH GRUR 2014, 682 – *Nordjob-Messe*)
 - Gegenbeispiele: weibliche Teenager können den Wert einer Zeitschrift mit „Designer-Sonnenbrille“ selbständig einschätzen (BGH GRUR 2006, 161 – *Zeitschrift mit Sonnenbrille*) und Jugendliche können die Vorteile einer Sammelaktion von Aufdrucken auf Schokoriegeln beurteilen, bei der ein Buchgutschein von 5 € winkt (BGH GRUR 2009, 71 – *Sammelaktion für Schoko-Riegel*).
- Indirekter Druck auf Eltern:
 - Durch Ziff. 28 der „schwarzen Liste“ verboten, soweit deren Anwendungsbereich reicht.
 - Im Übrigen ist in diesen Fällen § 4a nur unter dem Aspekt der Nötigung / Beeinflussung der Eltern anzuwenden.
 - Auch dabei abstellen auf „durchschnittliche“ Eltern, die nicht jedem Wunsch ihrer Kinder sofort nachgeben. Es müssen also besondere Umstände vorliegen, z.B. der Gruppenzwang in *Tony Taler*.

Der BGH (GRUR 2008, 183, Rn. 17 – *Tony Taler*) schreibt Eltern zur Erziehung ihrer quengelnden Kinder Folgendes ins Stammbuch:

„Es gehört zu den Grundlagen jeder Erziehung, Kindern verständlich zu machen, dass nicht alle Wünsche erfüllt werden können. Ein vernünftiger Erziehungsberechtigter ist im Allgemeinen in der Lage, Kaufwünsche, die von seinen Kindern an ihn herangebracht werden, auch ablehnend zu begegnen. Dies entspricht dem für das Wettbewerbsrecht maßgeblichen Leitbild des durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers, der mit den Marktgegebenheiten vertraut ist. Die Tatsache allein, dass seine Kinder ihn mehr oder weniger intensiv mit Wünschen bedrängen, steht daher einer rationalen Entscheidung des Erziehungsberechtigten über den Kauf eines Produkts grundsätzlich nicht entgegen.“

e) Unzumutbare Belästigung (§ 7 UWG)

Lit.: Köhler, WRP 2015, 1037 und WRP 2017, 1291

Übungsfall (nach BGH GRUR 2022, 995 – *Inbox-Werbung*)

Die T-Online stellt einen kostenlosen E-Mail-Dienst zur Verfügung. Zwischen den im Inbox listenförmig angeordneten eingegangenen E-Mails werden Werbeanzeigen eingeblendet, die wie E-Mails aussehen, aber im Inbox auf den ersten Blick als Werbung erkennbar sind. Das Regionalwerk Oberland (R), ein lokaler Stromversorger, beauftragt die T-Online damit, seine Werbeanzeigen auf diese Weise zu verbreiten. Die Bayern-Energie (B), ein staatlicher Stromversorger, dessen Anteile mehrheitlich vom Freistaat Bayern gehalten werden, hält diese Praxis für unlauter und mahnt die R ab.

Ist die Abmahnung der B berechtigt?

aa) Grundlagen

Bedeutung

- § 7 regelt die schon früher zu § 1 UWG 1909 anerkannte Fallgruppe der Belästigung.
- Praktisch regelt § 7 in erster Linie die Zulässigkeit des **Direktmarketings**, d.h. der Werbeformen, bei denen ein unmittelbarer, nicht durch Medien vermittelter Kontakt zwischen Werbendem und Beworbenem hergestellt wird, Beispiele: Telefonwerbung, E-Mail-Werbung, Werbung durch persönliches Ansprechen.
- § 7 schützt das Interesse der Verbraucher und Unternehmer an Ungestörtheit:
 - Verbraucher: **Schutz der Privatsphäre**
 - Gewerbetreibende: **Schutz ungestörter Betriebs- und Geschäftsabläufe**
 - § 7 dient nicht dem Schutz der Entscheidungsfreiheit, hier ist § 4a einschlägig (BGH GRUR 2016, 831 – *Lebens-Kost*). Der Tatbestand des § 7 ist bei bloßer Belästigung erfüllt, eine Auswirkung auf das wirtschaftliche Verhalten des Adressaten ist nicht erforderlich. Beide Fallgruppen können sich aber überschneiden und sind dann parallel nebeneinander anwendbar.
 - Folge: Kein SchE gem. §§ 9 I, 7 I, II Nr. 1 wegen Belastung mit einem nach Telefonwerbung abgeschlossenen Vertrag, weil die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit nicht in den Schutzbereich des § 7 fällt (BGH GRUR 2016, 831 – *Lebens-Kost*).
- Gegenläufiges Interesse: Interesse des Werbenden an effektiver Werbung durch Direktkontakt mit dem Kunden, Vorteile:
 - Gezielte Auswahl der Adressaten
 - Möglichkeit, unmittelbar auf individuelle Bedürfnisse einzugehen
 - Möglichkeit, unmittelbar von Werbung zu Vertragsverhandlungen überzugehen
 - Geringe Kosten
- Gegen das Verbot des § 7 wird in der Praxis häufig verstoßen, vor allem ist Telefonwerbung trotz § 7 II Nr. 1 an der Tagesordnung. Versuch der Abhilfe u.a. durch die Bußgeldvorschrift des § 20 und das Verbot der Rufnummernunterdrückung in § 15 TTDSG
- Weiteres Problem: Direktwerbung aus dem Ausland an deutsche Empfänger (vor allem per E-Mail) ist zwar nach deutschem Recht zu beurteilen, aber schwer zu verfolgen.

Unionsrechtlicher Rahmen

- Art. 13 der **Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation** von 2002 (EK-DSRL) verpflichtet die Mitgliedstaaten
 - zum Verbot unaufgeforderter E-Mail-, Fax-, Voice-Mail- und SMS-Werbung
 - lässt Mitgliedstaaten Wahlmöglichkeit bei der Regelung der Telefonwerbung
 - verpflichtet die Mitgliedstaaten aber nur dazu, individuelle Ansprüche der Betroffenen und eine verwaltungsrechtliche Aufsicht vorzusehen.
- **Vorschlag einer Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation** (COM/2017/010 final - 2017/03 (COD), dazu *Köhler*, WRP 2017, 1291)
 - Soll die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) ergänzen und tritt an die Stelle des Art. 13 der EK-DSRL
 - Das Gesetzgebungsverfahren zieht sich hin, aber inzwischen hat der Trilog (zwischen Rat, Parlament und Kommission), Verabschiedung vielleicht 2023
 - Art. 16 I des Vorschlags: Einwilligungserfordernis (→ bestimmt durch Art. 4 Nr. 11 DSGVO) bei Direktwerbung gegenüber natürlichen Personen
 - Art. 16 II: Einwilligung wird vermutet, wenn E-Mail-Adresse im Rahmen eines Geschäfts für ähnliche Produkte erlangt
 - Rechtsfolgen bei Verstoß: individuelle Ansprüche und behördliches Verfahren, keine Verbandsklage
 - **Folge, wenn der Vorschlag in Kraft tritt: § 7 II, III werden unionsrechtswidrig und aufzuheben.**
- Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken:
 - aggressive Werbung ist nicht schon die Belästigung per se (anders als unter § 7 UWG), sondern die Belästigung, die zu einer Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit führt (s. insb. Ziff. 26 der Schwarzen Liste)
 - Idee: Trennung zwischen Schutz der Privatsphäre (nach unionsrechtlicher Konzeption kein wettbewerbsrechtliches Anliegen) und Schutz der Entscheidungsgrundlage des Verbrauchers.
- Rechtspolitische Kritik
 - § 7 ist ein Fremdkörper im UWG, weil er den Verbraucher nicht als Marktteilnehmer, sondern in seiner Privatsphäre schützt. Das ist Aufgabe anderer Rechtsbereiche.
 - Er wäre besser (und unionsrechtsnäher) im Datenschutzrecht aufgehoben. Dazu wird es bei Verabschiedung der Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation möglicherweise kommen.
 - Das Einwilligungserfordernis des § 7 II Nr. 2 ist zu streng geraten (dazu näher unten)

Systematik des § 7

- § 7 I
 - Satz 1 **verbietet unzumutbare Belästigungen im Allgemeinen (= „kleine General Klausel“)**
 - Satz 2 erklärt bei Werbung (also fast immer) die Ablehnung des Beworbenen für maßgeblich. Beispiel: Einwurf von Werbezetteln in Briefkasten ist unzulässig, wenn Aufkleber dies untersagt.

- **Kein Verweis auf § 3 I**, insoweit **große Ausnahme bei den Unlauterkeitstatbeständen**. Anspruchsgrundlage also §§ 8 I, 7 I. § 3 zu zitieren wäre ein Fehler. Das hat historische Gründe, die inzwischen eigentlich nicht mehr gegeben sind.
- § 7 II, III setzen Art. 13 der EK-DSRL um.
 - § 7 II Nr. 1: Sonderregelung für (individuelle) Telefonwerbung
 - § 7 II Nr. 2: Sonderregelung für E-Mail-, Fax-, Voice-Mail- und SMS-Werbung, dazu begrenzte Ausnahme in § 7 III
 - § 7 II Nr. 3: Informationspflichten für die in § 7 II 2 und 3 geregelten Fälle
- Nicht durch § 7 II, III erfasste Werbemethoden (z.B. persönliches Ansprechen, Hausbesuche, Zusendung unbestellter Waren) können unter § 7 I fallen, keine Sperre durch § 7 II („insbesondere“).

Verhältnis zu anderen Vorschriften

- § 7 betrifft die Belästigung, § 4a die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit. Beides kann, muss aber nicht zusammenfallen und ist getrennt zu prüfen. Überlagerungen auch mit § 5 (Irreführung) und § 5a VI (getarnte Werbung) möglich.
- **Nr. 26 der Schwarzen Liste** (hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen) regelt der Sache nach einen Fall der belästigenden Werbung, wird aber vom EU-Gesetzgeber als Fall einer aggressiven Praxis eingestuft (s. oben, 2d, zu § 4a)
- Vorschriften des BGB:
 - **§§ 823, 1004 BGB** begründen **individuelle Ansprüche** von Verbrauchern (die unter §§ 3, 7, 8 UWG nicht bestehen). Werbung, die gegen § 7 verstößt, verletzt zugleich das APR (BGH GRUR 2018, 1178 – *Kundenzufriedenheitsbefragung*)
 - Individuelle Ansprüche von Mitbewerbern unter dem Gesichtspunkt der Störung des Gewerbebetriebs, soll nach BGH GRUR 2009, 980 – *E-Mail-Werbung II* schon bei einmaliger Spam-Mail eingreifen, das lässt sich mit den allgemeinen Voraussetzungen eines Eingriffs in den Gewerbebetrieb allerdings kaum vereinbaren.
 - Widerrufsrechte nach §§ 312 ff. berühren die lauterkeitsrechtliche Beurteilung nicht.
 - Gestattungen des Eigentümers privater Grundstücke (z.B. Flughafen) berühren die wettbewerbsrechtliche Beurteilung insoweit nicht, als Interessen Dritter (= der Verbraucher oder sonstiger Abnehmer) betroffen sind.

bb) Die Fallgruppen des § 7 II

Prüfungsschema zu §§ 7

1. Vorliegen einer geschäftlichen Handlung (§ 2 I Nr. 2)
2. Unzumutbare Belästigung
 - a) Kann sich durch Sondertatbestände des § 7 II Nr. 1 – 3 ergeben, *wenn nicht*:
 - b) Belästigung
 - c) Einwilligung, mutmaßliche Einwilligung oder Widerspruch des Adressaten
 - d) Unzumutbarkeit = Abwägung zwischen Interessen des Adressaten und des Werbenden

Vorüberlegungen

- Die **Fallgruppen des § 7 II** sind **vorrangig** zu prüfen. Liegen sie vor, dann ist eine unzumutbare Belästigung i.S.d. § 7 I 1 gegeben. Die „Unzumutbarkeit“ darf nicht mehr gesondert geprüft werden, auch eine Interessenabwägung findet nicht statt.
- Gemeinsame Voraussetzung: geschäftliche Handlung (§ 7 I) und Werbung (§ 7 II). Doppelprüfung entbehrlich, denn jede Werbung ist geschäftliche Handlung.
- Keine Definition der „Werbung“ in § 2. Aber man kann auf die Definition in **Art. 2 lit a WerbeRL** zurückgreifen, auch wenn sie auf § 7 nicht direkt anwendbar ist, weil § 7 nicht in den Anwendungsbereich der WerbeRL fällt. Demnach ist **Werbung** jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen (...) zu fördern.
- Eine Spürbarkeitsgrenze besteht nicht. Im Gegenteil betont § 7 II, dass schon die einmalige Telefonwerbung, Spam-Mail, etc. unzulässig sind.
- § 7 I schützt alle Marktteilnehmer, also Verbraucher, sonstige Marktteilnehmer (= gewerbliche Abnehmer und Anbieter), aber auch (anders als § 4a) Mitbewerber, wie sich aus § 2 I Nr. 3 ergibt.
 - Praktisch geht es aber in nahezu allen Fällen um den Schutz potenzieller Kunden vor aufgedrängter Direktwerbung, deshalb wird § 7 in der Vorlesung auch im Zusammenhang mit dem Abnehmerschutz besprochen. Vor allem die Kombination mit § 4a ist häufig und auch in der Klausur im Auge zu behalten.
 - Denkbare und von § 7 I erfasster Fall einer Belästigung eines Mitbewerbers: Anruf zum Zweck der Abwerbung von Mitarbeitern.

Telefonwerbung (§ 7 II Nr. 1)

- = Werbung mittels individueller, gezielter Anrufe (↔ Werbung mit automatischen Anrufmaschinen, sie fällt unter § 7 II Nr. 2)
- Zum Begriff der **Werbung** s.o.
 - darunter fällt auch die Nachfragewerbung (Beispiel: BGH GRUR 2008, 925 – *FC Trotschenreuth*, Anfrage, ob Fußballverein einen Werbebanner auf seiner Website platzieren möchte)
 - dabei aber früher besondere Bedeutung der konkludenten Einwilligung (Beispiel: BGH GRUR 2008, 923 – *Faxanfrage im Autohandel*, Angabe einer E-Mail-Adresse im Webauftreten eines Unternehmens ist normalerweise konkludente Einwilligung in E-Mail-Anfrage). Problem: Seit der Änderung 2009 muss die Einwilligung ausdrücklich erfolgen. Für Angebotswerbung ist Angabe einer Kontakt-E-Mail sicherlich keine Einwilligung, aber für Nachfragewerbung vielleicht doch?
- Wesentliche Bedeutung des § 7 II Nr. 1: **Differenzierung zwischen Werbung gegenüber Verbrauchern (§ 13 BGB) und sonstigen Marktteilnehmern.**
- Telefonwerbung gegenüber **Verbrauchern** ist **nur mit Einwilligung** zulässig.
 - Begriff der Einwilligung ist unionsrechtskonform auszulegen: Art. 4 Nr. 11 DSGVO
 - Prinzipien: Die Einwilligung muss **(1) freiwillig, (2) für den bestimmten Fall, (3) in informierter Weise und (4) unmissverständlich** erfolgen

- Nach § 7 II Nr. 1, 2 muss die Einwilligung ausdrücklich erfolgen, praktisch also z.B. gegenüber einem Call-Center oder in AGB abgegeben werden. Außerdem muss der Unternehmer sie dokumentieren (§ 7a)
- Problem 1: Einwilligung in AGB, BGH GRUR 2008, 1010 – *Payback*: wegen Verstoßes gegen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung (§ 307 II Nr. 1) nichtig, anders, wenn offene Wahlmöglichkeit (z.B. Kästchen zum Ankreuzen) gegeben.
- Problem 2: Einwilligung in Werbung durch zahlreiche Partnerunternehmen, die erteilt werden muss, um an Gewinnspiel teilnehmen zu können, ist mangels Bezugs auf den konkreten Fall unwirksam (BGH GRUR 2020, 891 – *Cookie-Einwilligung II*)
- Problem 3: Der Unternehmer muss die Einwilligung nachweisen, die Vorlage seiner eigenen Bestätigungs-E-Mail genügt nicht. Hat aber der Verbraucher daraufhin einen Link aktiviert, muss er beweisen, dass er ursprünglich nicht eingewilligt hat (BGH GRUR 2011, 936 – *Double-opt-in-Verfahren*)
- Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden ist auch mit deren **mutmaßlicher Einwilligung** zulässig.
 - Die „mutmaßliche Einwilligung“ entspricht aus zivilrechtlicher Sicht der Rechtfertigung durch berechtigte GoA (vgl. § 683), Frage daher insbesondere nach objektivem Interesse des Adressaten.
 - Strenge Beurteilung in der Rspr., insbesondere reichen bloße ständige Geschäftsverbindung oder allgemeiner Sachbezug nicht aus, anders bei besonderen Anhaltspunkten
 - Zur Abgrenzung: Werbung für Zusatzeintrag in den „gelben Seiten“ bei Anruf, der zur Datenpflege veranlasst ist, BGH GRUR 2004, 520, 522 – *Telefonwerbung für Zusatzeintrag*, gegen Werbung für Eintrag in eine von vielen Internet-Suchmaschinen, BGH GRUR 2008, 189 – *Suchmaschineneintrag*.

E-Mail-, Fax-, Voice-Mail- und SMS-Werbung (§ 7 II Nr. 2)

- Früher Beurteilung wie Telefonwerbung (eigentlich sinnvoll). Verschärfung des Verbots im UWG 2004: mutmaßliche Einwilligung genügt auch bei Gewerbetreibenden nicht mehr. Kritik: Schießt bei E-Mails, die durch Betreff als Werbung erkennbar sind, über das Ziel hinaus.
- „Elektronische Post“ sind auch SMS, Nachrichten innerhalb sozialer Medien und im Inbox eingeblendete Werbeanzeigen (= Übungsfall)
- „Automatische Anrufmaschinen“ umfassen SMS-Werbung, nicht aber werbefinanzierte Telefongespräche oder Warteschleifen-Werbung.
- **Spezielle Ausnahme für „elektronische Nachrichten“ (= E-Mail und SMS) in § 7 III:** Einwilligung wird vermutet, wenn Unternehmer die E-Mail-Adresse des Kunden im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung erhalten hat und sie zur Direktwerbung für ähnliche Produkte nutzt
- Sonderproblem: vom Unternehmer vorformulierte Weiterempfehlungen von Produkten per E-Mail bzw. Einladung zu sozialen Netzwerken, etc. → Unternehmer formuliert im eigenen Interesse, individueller Nutzer verschickt – Wer ist der Täter?
 - Der individuelle Nutzer handelt meist privat, nimmt also keine geschäftliche Handlung vor, daher auch Anstiftung durch den Unternehmer (-), weil die Anstiftung eine rechtswidrige Haupttat voraussetzt.

- BGH GRUR 2016, 946 – *Freunde finden* für den Facebook-Freundefinder (ähnlich BGH GRUR 2013, 1259 – *Empfehlungs-E-Mail*): werbender Charakter steht im Vordergrund, Nutzer rechnen die Einladung Facebook, nicht ihrem privaten Freund zu, daher eigene Täterschaft von Facebook
- Das kann aber anders sein, wenn nach den Fallumständen der private Charakter im Vordergrund steht oder aus Empfängersicht die Mail als private Nachricht erscheint → wenn Täterschaft (-), dann Möglichkeit der Haftung des Unternehmers wegen Verletzung lauterkeitsrechtlicher Verkehrspflichten, dazu unten. IV

Anonyme Direktwerbung (§ 7 II Nr. 3)

- § 7 II Nr. 3 beruht auf Art. 13 IV der EK-DSRL und soll dem Adressaten die Möglichkeit verschaffen, sich elektronischer Werbung zu widersetzen und Ansprüche gegen den Absender durchzusetzen.
- Oft ist gleichzeitig § 7 II Nr. 2 erfüllt.
- Nachricht: Legaldefinition in § 2 I Nr. 3, also Individualkommunikation mit elektronischen Kommunikationsmitteln
- Pflichten des Werbenden:
 - keine Verschleierung der Identität (Nr. 1)
 - Informationspflichten des § 6 TMG (Nr. 2)
 - Angabe einer Adresse für den Widerspruch gegen weitere Werbung (Nr. 3)

cc) Die verbleibenden Fälle des § 7 I

Allgemeine Voraussetzungen des § 7 (vgl. Schema)

- Geschäftliche Handlung, in § 7 I 1 keine Beschränkung auf Werbung, auch wenn regelmäßig Werbung vorliegt.
- **Belästigung** = Handlung, die dem Empfänger aufgedrängt wird und die bereits wegen ihrer Art und Weise unabhängig von ihrem Inhalt als störend empfunden wird.
- Bedeutung des **Adressatenwillens**
 - Stärkste Form: **Verbot mit Einwilligungsvorbehalt (= Opt-in-Lösung)**, so § 7 II Nr. 2 für Telefonwerbung gegenüber Privaten und Nr. 3, Einwilligung = Willenserklärung, mit der Adressat gegenüber dem Werbenden seine Zustimmung erklärt
 - Mittlere Form: **Möglichkeit der mutmaßlichen Einwilligung (= Soft Opt-in-Lösung)**, deren Kriterien im deutschen Recht der berechtigten GoA (§ 683 BGB) entsprechen
 - Schwächste Form: **Erlaubnis mit Widerspruchsvorbehalt (= Opt-out-Lösung)**, Adressat muss ausdrücklich widersprechen. Der Widerspruch des Adressaten ist immer beachtlich (§ 7 II Nr. 1).
 - Welche Art der Willensäußerung vorausgesetzt ist ergibt sich aus § 7 II oder Richterrecht.
- **Unzumutbarkeit** = Abwägung zwischen Interessen des Adressaten und denjenigen des Werbetreibenden.

Fallgruppen des § 7 I

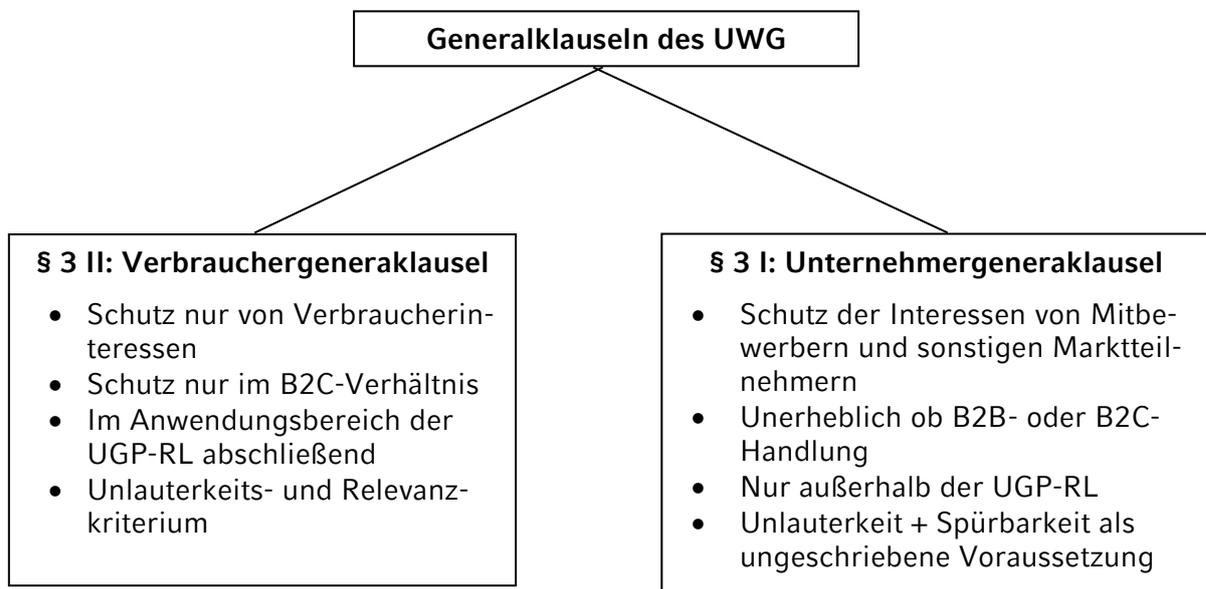
- **Brief- und Briefkastenwerbung**, grundsätzlich zulässig, sofern der Adressat nicht widerspricht
 - **Briefwerbung** = individuell adressierter Werbebrief, Widerspruch durch individuelle Mitteilung oder Eintrag in „Robinson-Liste“ beim Deutschen Direktmarketing-Verband
 - **Briefkastenwerbung** = nicht adressierte Wurfsendungen, Widerspruch durch Aufkleber („Bitte keine Werbung“, soll nach BGH WRP 2012, 938 aber keine Anzeigenblätter erfassen)-
- **Ansprechen in der Öffentlichkeit**: Differenzierung
 - Überempfindungsgefahr ist nur nach § 4a zu beurteilen und angesichts des modernen Verbraucherleitbilds unerheblich.
 - Aber Störung (= Verstoß gegen § 7 I) bleibt, insb. in Anbetracht des Summen- bzw. Nachahmungseffekts.
 - Ausnahme 1: Werbender ist von vornherein als solcher erkennbar und es ist möglich, ihm auszuweichen.
 - Ausnahme 2: Ansprechen bei Jahrmärkten, Messen, innerhalb von Geschäften erlaubt.
 - Gegen Ausnahme: Werbung am Unfallort insgesamt verboten.
- **Haustürwerbung** = unangekündigter Besuch durch Vertreter / Verkäufer, Beurteilung str.
 - Bisherige Rechtsprechung: Grundsätzlich zulässig, sofern Adressat nicht widerspricht
 - Beurteilung in der Lit. str. Die Ungleichbehandlung zur Telefonwerbung ist augenfällig. Fazit der wohl h.L.: grundsätzliches Verbot, da Haustürwerbung ebenso störend, da Widerspruch durch schriftlichen Hinweis („Betteln und Hausieren verboten“) unzumutbar und da mittlerweile diese Absatzmethode nicht mehr üblich ist.
- **Scheibenwischerwerbung**: Beurteilung bisher durch BGH nicht geklärt. Nach einem älteren Urteil des OLG Hamm grundsätzlich erlaubt, nach inzwischen h.M. in der Lit. unlauter.
- **Zusendung unbestellter Waren**
 - Regelung in § 241a BGB in Umsetzung der Fernabsatz-Richtlinie.
 - Aufforderung zur Bezahlung oder Verwahrung ist unlauter gem. Ziff. 29 der Schwarzen Liste
 - Außerdem Verstoß sowohl gegen § 7 I als auch gegen § 4a, Gründe: Störung, da Überlegungen zur Rücksendung bzw. Lagerung angestellt werden, Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit, weil Verbraucher § 241a BGB vielleicht nicht kennt.
- **Belästigungen im Internet und im Zusammenhang mit Telekommunikation**
 - Ungefragte Umstellung eines Telefonanschlusses auf einen neuen Anbieter („Slamming“)
 - Exit-Pop-Up-Fenster, die sich nicht schließen lassen (LG Düsseldorf MMR 2003, 486)
 - Überlange Pre- oder Interstitials?
 - Nicht: Aktivierung eines zweiten WLAN-Signals für Dritte auf durch TK-Unternehmen bereitgestelltem Router, wenn der Kunde widersprechen kann und der Internet-Zugang nicht beeinträchtigt wird (BGH GRUR 2019, 750 – *WifiSpot*)

f) Verbleibende Fälle der Verbrauchergeneralklausel (§ 3 II)?

Lit.: *Alexander*, WRP 2016, 411

Übungsfall (nach EuGH GRUR 2016, 1180 – *Deero-Blanquart/Sony*)

Der Jurastudent Justus (J) benötigt einen neuen Laptop. Nachdem er sich eingehend informiert hat, erscheint ihm das Modell XYZ des japanischen Herstellers Tanaka als am besten geeignet. Als er das Gerät im Elektronikmarkt „Orion“ der O-GmbH kaufen möchte, stellt er fest, dass der Laptop dort zum Preis von 500 Euro mit vorinstalliertem Windows-Betriebssystem angeboten wird. J fragt an, welchen Wert Laptop und Software einzeln haben und ob er den Laptop für 400 Euro ohne das Betriebssystem bekommen kann, doch weder wird ihm die erwünschte Auskunft erteilt noch wird sein Angebot angenommen. Weil sich herausstellt, dass in allen vergleichbaren Geschäften der Laptop ebenfalls nicht ohne die Software erhältlich ist, hält J die Praxis für eine unlautere Beeinträchtigung seiner Entscheidungsfreiheit. Zu Recht?



Die Auffangfunktion der Generalklausel

- Fast alle Fälle der Unlauterkeit fallen entweder unter die „schwarze Liste“ oder unter die Sondertatbestände der §§ 3a-7. Hier liegt auch der Schwerpunkt der Fallbearbeitung
- Aber Erinnerung an oben II, 4: Der Markt ist dynamisch, der Gesetzgeber kann nicht alle Fälle der Unlauterkeit vorhersehen, so dass ein starrer Normenkatalog (nach straf- oder steuerrechtlichem Vorbild) unangemessen wäre
- Tipps für die Fallbearbeitung:
 - Erst die „schwarze Liste“ (bei B2C-Fällen) und die §§ 3a-7 prüfen
 - § 3 II oder I nur dann gesondert prüfen, wenn sich der Unlauterkeitsvorwurf auf Aspekte gründet, die in Anh. zu § 3 III und §§ 3a-7 noch nicht berücksichtigt wurden
 - Praktisch ist in 95 % aller UWG-Fälle eine zusätzliche Prüfung der Generalklausel erforderlich
- Rückgriff auf die Generalklausel nur, wenn die Sondertatbestände keine Sperrwirkung entfalten und wenn der Unlauterkeitsgehalt mit den Spezialtatbeständen vergleichbar ist. Beispiel: keine Unlauterkeit durch Vorenthalten unwesentlicher Informationen gem. § 3 II, weil

§ 5a II mit der Wesentlichkeitsschwelle zugleich regelt, dass bei unwesentlichen Informationen kein Verstoß vorliegt

- Zwei Generalklauseln:
 - **§ 3 II = Verbrauchergeneralklausel**, beruht auf Art. 5 II UGP-RL, schützt nur Verbraucherinteressen, besteht aus einem Unlauterkeitskriterium (Verstoß gegen die unternehmerische Sorgfalt) und einem Relevanzkriterium (Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens)
 - **§ 3 I = Unternehmerngeneralklausel**, schützt die Interessen von Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern
- Abgrenzung
 - § 3 II ist im Anwendungsbereich der UGP-RL abschließend und vorrangig, also für den Schutz von Verbraucherinteressen im B2C-Verhältnis (Anwendung des § 3 I wäre theoretisch in Bereichen denkbar, die von der UGP-RL ausgenommen sind, z.B. Produktsicherheit)
 - § 3 I kann außerhalb des Anwendungsbereichs der UGP-RL eingreifen, also zum Schutz von Mitbewerberinteressen oder zum Schutz gewerblicher Abnehmer und Anbieter (= sonstiger Marktteilnehmer)
 - Auch in B2C-Fällen kann § 3 I anwendbar sein, wenn es nicht um den Schutz der Verbraucher, sondern um den Schutz der Mitbewerber geht (Beispiel: Produktnachahmung ohne Verbrauchertäuschung, dazu unten, III 2 c).

Die Voraussetzungen des § 3 II

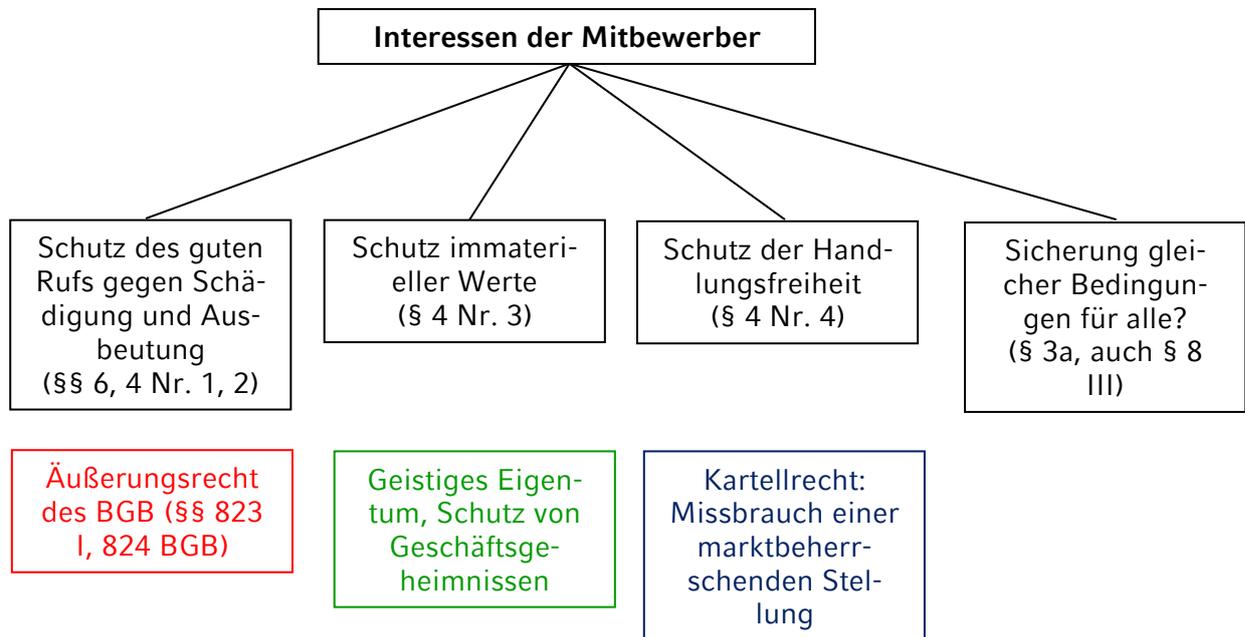
- **Geschäftliche Handlung (§ 2 I Nr. 2) gegenüber Verbrauchern**
- **Verstoß gegen die unternehmerische Sorgfalt** → Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, von dem billigerweise angenommen werden kann, dass ein Unternehmer ihn in seinem Tätigkeitsbereich gegenüber Verbrauchern nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der anständigen Marktgepflogenheiten einhält (§ 2 I Nr. 9)
 - Berücksichtigung dessen, was in der betreffenden Branche üblich ist
 - Aber Vorsicht: übliche Praktiken können auch Unsitten sein, Prüfung also immer, ob die Praxis Treu und Glauben entspricht und anständig ist
 - Dabei erhebliche Bedeutung der Interessenabwägung
- **Eignung zur wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens** → die Vornahme einer geschäftlichen Handlung, um die Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, spürbar zu beeinträchtigen und damit den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte (§ 2 I Nr. 1)
 - Also regelmäßig kein Schutz nicht marktbezogener Interessen unter § 3 II, Beispiel: Verkauf von im Ausland durch Kinderarbeit hergestellten Produkten mag den „anständigen Gepflogenheiten“ widersprechen, beeinflusst aber das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers nicht, wenn er weder irregeführt wurde (§ 5) noch ihm wesentliche Informationen vorenthalten wurden (§ 5a).

Anwendungsfälle des § 3 II?

- Wenn die Entscheidungsgrundlage stimmt (§§ 5, 5a) und keine aggressive Handlung vorliegt (§ 4a) ist schwer zu erkennen, wie das wirtschaftliche Verhalten beeinflusst werden soll.
- Kategorie 1: § 3 II als Auffangtatbestand bei enger Auslegung der Voraussetzungen des § 4a, z.B. des Ausnutzens einer „Machtposition“ oder der „informierten Entscheidung“. M.E. ist eine weitere Auslegung des § 4a vorzuziehen – die Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens muss ohnehin in beiden Fällen geprüft werden.
- Kategorie 2: Ausnutzung der geschäftlichen Unerfahrenheit Minderjähriger, wenn man § 4a II 2 für unionsrechtswidrig hält. Ist er m.E. aber nicht. Die Ausnutzung der Unerfahrenheit geschieht immer durch Irreführung oder unzulässige Beeinflussung. Wenn keins von beiden (unter Berücksichtigung des § 3 IV) vorliegt, ist schwer ersichtlich, woraus sich die Unlauterkeit ergeben soll.
- Kategorie 3: Kopplung von Angeboten ohne Fehlinformation oder Nötigung? Vgl. den Übungsfall
- Kategorie 4: Die Rspr. hat gelegentlich die Haftung der Intermediäre wegen der Verletzung von Verkehrspflichten (z.B. Haftung von eBay für irreführende Angaben eines individuellen Verkäufers) unter § 3 II bzw. I in unmittelbarer Anwendung. Ich halte das für falsch. Näher dazu unter IV 1 a.
- Fazit: Mir fällt es schwer, einen Fall zu finden, in dem § 3 II „pur“ eingreift.

2. Schutz der Mitbewerber

a) Überblick und unionsrechtlicher Rahmen



Mitbewerberinteressen im Überblick

- Während das UWG im Vertikalverhältnis Entscheidungsgrundlage und -freiheit, also die Rationalität des Nachfrageverhaltens schützt, geht es beim Mitbewerberschutz darum, dass die Marktstellung des Unternehmers und seine Handlungsfreiheit auf dem Markt nicht durch unlauteres Verhalten der Mitbewerber beeinträchtigt werden
- Drei zentrale Mitbewerberinteressen:
 - Schutz des guten Rufs gegen Schädigung und Ausbeutung (§§ 6, 4 Nr. 1, 2)
 - Schutz der immateriellen Werte gegen unbefugte Übernahme (§ 4 Nr. 3, GeschGehG)
 - Schutz der Handlungsfreiheit vor Behinderung (§ 4 Nr. 4)
- Dabei allerdings erhebliches Überschneidungspotential mit benachbarten Rechtsgebieten. Die Abgrenzung ist nicht immer leicht, im Zweifel sind beide Gebiete zu prüfen.
 - Schutz des guten Rufs durch das zivilrechtliche Äußerungsrecht: allgemeines Persönlichkeitsrecht (§ 823 I BGB) und Tatbestand der Kreditschädigung → Das UWG schützt gerade das wirtschaftliche Interesse am Erhalt der Marktposition und setzt eine geschäftliche Handlung voraus, das BGB schützt in erster Linie den Geltungsanspruch der Person und setzt keine geschäftliche Handlung voraus
 - Schutz von Immaterialgütern durch das geistige Eigentum und das GeschäftsheimnisG → Das Immaterialgüterrecht verbietet die unbefugte Nutzung (z.B. des Werks, der Erfindung) als solche, das UWG verlangt zusätzliche Unlauterkeitsmerkmale, z.B. eine Herkunftstäuschung (§ 4 Nr. 3a)
 - Schutz der Wettbewerbsfreiheit durch den kartellrechtlichen Missbrauchstatbestand (Art. 102 AEUV, §§ 19, 20 GWB) → das Kartellrecht setzt bei der marktbeherrschenden Stellung an, für den Missbrauch sind die Marktauswirkungen von zentraler Bedeutung
- Näher zur Abgrenzung bei den einzelnen Tatbeständen. Allgemeine Regel: Wertungsgleichklang – Grenzen der Nachbargebiete dürfen nicht durch das UWG unterlaufen werden.

- Schutz des Interesses an gleichen Bedingungen auf dem Markt (par conditio concurrentium), also gegen Rechtsverletzungen durch Mitbewerber?
 - Die Aktivlegitimation des § 8 III Nr. 1 beruht auf dieser Idee: Selbst wenn unmittelbar nur Verbraucherinteressen beeinträchtigt werden, sind mittelbar auch die Mitbewerber betroffen. Daher Anspruchsberechtigung des Mitbewerbers M, wenn Unternehmer U den Verbraucher V irreführt
 - Rechtsbruchtatbestand des § 3a, aber Vorsicht: allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle würde das UWG überdehnen. Beispiel: Steuerhinterziehung fällt nicht unter das UWG, obwohl sie dem Täter einen ungerechtfertigten Vorsprung verschafft. Näher dazu § 3a.

Unionsrechtlicher Rahmen

- Anders als beim Verbraucherschutz keine vollständige Harmonisierung
- Die UGP-RL schützt unmittelbar nur Verbraucherinteressen, auch wenn damit mittelbar auch Mitbewerberinteressen geschützt sein können (Egrd. 8)
- Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung von 1984/2007, inzwischen RL 2006/114/EG (WerbeRL)
 - Verbot der irreführenden Werbung (Art. 3 WerbeRL), setzt nur Mindeststandard und schützt nicht Mitbewerber, sondern gewerbliche Abnehmer
 - Regelung der vergleichenden Werbung (Art. 4 WerbeRL), schützt den guten Ruf gegen Angriffe von Mitbewerbern
- Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen
- Richtlinie (EU) 2019/633 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette betrifft das Grenzgebiet zwischen Vertrags-, Kartell- und Lauterkeitsrecht, wohl nach deutscher Systematik in erster Linie Kartellrecht
- Weitgehende Harmonisierung des Immaterialgüter- und Kartellrechts
- Die zentralen Tatbestände des Mitbewerberschutzes in § 4 beruhen aber nicht auf Unionsrecht.

Verhältnis Mitbewerber- / Verbraucherschutz

- Monistischer Ansatz des deutschen UWG: ein Gesetz zum Schutz der Interessen aller Marktteilnehmer (dagegen Dualismus in vielen anderen EU-Staaten)
- Keine klare Trennung unter § 1 UWG 1909, auch beim Verbraucherschutz stand oft der ungerechtfertigte Vorsprung des unlauteren Mitbewerbers im Vordergrund
- Inzwischen deutlichere Trennung:
 - §§ 4a-5c, 3 II, III dienen unmittelbar nur dem Schutz der Abnehmer
 - § 4 dient nur dem Mitbewerberschutz
 - Einordnung der §§ 6, 7 nicht ganz klar, aber in § 7 geht es in erster Linie um den Abnehmer-, in § 6 in erster Linie um den Mitbewerberschutz.
- Prinzip der Doppelkontrolle: eine Handlung kann Mitbewerber- und Verbraucherinteressen verletzen, daher parallele Prüfung der §§ 4a-5b und des § 4. Beispiel: Verkauf eines nachgeahmten Produkts unter Täuschung über die betriebliche Herkunft: § 4 Nr. 3a und § 5 II Nr. 1, III
- Die Unterscheidung B2B / B2C fällt nicht mit der Unterscheidung Mitbewerber-/ Verbraucherschutz zusammen. Viele Fälle des Mitbewerberschutzes betreffen Handlungen gegenüber Verbrauchern, die aber Mitbewerberinteressen schädigen. Beispiel: Beleidigung (§ 4 Nr.1) eines Mitbewerbers in der Verbraucherwerbung

b) Vergleichende Werbung (§ 6 UWG)

Lit.: *Jänich*, § 13; *Alexander*, § 17; *Köhler*, GRUR 2013, 761; *Ohly*, Trademark Law and Advertising Law in the European Union: Conflicts and Convergence, in Calboli/Ginsburg (Hrsg.), The Cambridge Handbook of International and Comparative Trademark Law (2020), S. 323, 331 ff. (wird bei den Materialien bereitgestellt)

Übungsfall

Die Nordseeinsel S erreicht man als entweder mit dem Zug (über einen Damm) oder mit einer Fähre. Beide transportieren auch Autos. Der Betreiber der Fähre wirbt mit dem Slogan „See-luft statt Zugluft“. Zulässig?

aa) Grundlagen

Interessenlage und Lösungsmöglichkeiten

- Bei der vergleichenden Werbung zeigt sich ein für das Lauterkeitsrecht typisches Interessendreieck.
- Interessenlage:
 - Für den Werbenden kann der Vergleich nützlich sein, um ein weniger bekanntes Produkt zum Marktführer in Beziehung zu setzen. Gefahr aber, dass der Mitbewerber zurückschlägt.
 - Ein Werbevergleich beeinträchtigt regelmäßig die Interessen des Mitbewerbers: Der kritisierende Vergleich schädigt seinen Ruf, der anlehrende Vergleich beutet seinen Ruf aus.
 - Aus Verbrauchersicht ist der zutreffende, informative Vergleich nützlich, der irreführende Vergleich schädlich, der nichtssagende Vergleich neutral.
 - Ähnlich aus Sicht der Allgemeinheit: Der zutreffende, informative Vergleich erhöht die Markttransparenz, der irreführende Vergleich verzerrt den Wettbewerb.
- Lösungsmöglichkeiten:
 - Vergleichende Werbung ist grundsätzlich verboten, denn der Vergleich ist unzuverlässig („Niemand kann Richter in eigener Sache sein“) und benutzt den Mitbewerber als Vorspann für die eigene Werbung (so die deutsche Rechtsprechung vor 1997, grundlegend RG GRUR 1931, 1299 – *Hellegold*)
 - Vergleichende Werbung ist grundsätzlich erlaubt, solange sie nicht irreführt (so das US-Recht)
 - Vergleichende Werbung muss einem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen. Sie ist erlaubt, wenn sie (1) dem Verbraucher nützliche Informationen bietet und (2) nicht stärker in die Interessen des Mitbewerbers eingreift als zur Verbraucherinformation nötig (so die Lösung der EG-Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung 2006/114/EG, die § 6 UWG zugrunde liegt).

Unionsrechtlicher Rahmen

- Richtlinie 97/55/EG, formal als Ergänzung der Richtlinie über irreführende Werbung von 1984, inzwischen kodifiziert als **Richtlinie 2006/114/EG (WerbeRL)**
- § 6 ist zur Umsetzung ergangen und **richtlinienkonform auszulegen**. Probleme:
 - Keine Umsetzung des Art. 4 lit. a WerbeRL (**irreführende vergleichende Werbung**), nur Verweis auf allgemeine Grundsätze in § 5 IV. Beispiel: Vergleich zwischen Flug-

preisen von und nach Frankfurt kann irreführend sein (§§ 5 I, IV), wenn er sich auf einen 120 km entfernten Flughafen bezieht (OLG Hamburg VuR 2003, 106, 107 – *Frankfurt-Hahn*).

- Kein Verweis auf § 5a in § 5 IV, obwohl ein Werbevergleich auch bei Vorenthalten wesentlicher Informationen unlauter sein kann (EUGH GRUR 2017, 280 – *ITM/Carrefour*). Lösung: Auch die „Irreführung durch Unterlassen“ ist Irreführung, daher wird § 5a von § 5 IV bei richtlinienkonformer Auslegung umfasst.
- Doppelte Regelung der Herabsetzung in § 6 II Nr. 4 und 5
- Keine Umsetzung des (ärgerlichen) Art. 4 lit. e („Champagner-Klausel“)
- Wen schützt § 6 eine rein mitbewerberschützende Vorschrift?
 - Gem. Egrd. 8 WerbeRL sowohl Mitbewerber als auch Verbraucher
 - Aber das liegt daran, dass Art. 4 WerbeRL auch irreführende Werbevergleiche regelt, während im deutschen Recht § 5 anwendbar ist. Die übrigen Voraussetzungen des § 6 II entsprechen weitgehend § 4 Nr. 1-3 und sind rein mitbewerberschützend (str.)

bb) Definition der vergleichenden Werbung (§ 6 I UWG)

Werbung, die einen Mitbewerber oder seine Produkte erkennbar macht

- **Werbung** = Äußerung zur Förderung des Absatzes von Waren oder Dienstleistungen (Art. 2 lit. a WerbeRL, enger als Begriff der geschäftlichen Handlung in § 2 I Nr. 2)
 - Äußerungen gegenüber einzelnen Abnehmern (z.B. gegenüber Kunden im Laden) erfasst
 - Neutrale Warenvergleiche (z.B. Stiftung Warentest) sind keine Werbung, fallen aber unter § 6 I, wenn sie vom Testsieger in die eigene Werbung eingebunden werden.
 - Vergleiche in den Medien („Die besten Anwälte“ etc.) sind keine Werbung (BGH GRUR 2006, 875, Rn. 22 f. – *Rechtsanwaltsranglisten*)
- **Mitbewerber**: konkretes Wettbewerbsverhältnis erforderlich
 - Definition des § 2 I Nr. 4 nicht unmittelbar anwendbar, da § 6 I im Gegensatz zu § 2 I Nr. 3 auf Unionsrecht beruht, daher vor allem keine Anwendung der „Wechselwirkungsformel“: Handlung, die dem einen einen Vorteil, dem anderen einen Nachteil bringt
 - EUGH, Rs. C-381/05, GRUR 2007, 511 – *De Landtsheer/CIVC*: erforderlich ist ein gewisser Grad an Substituierbarkeit der angebotenen Waren, dabei sind Merkmale und Image der Ware, der augenblickliche Marktzustand und Entwicklungsmöglichkeiten (älteres Beispiel: BGH GRUR 1972, 553 – *Statt Blumen Onko Kaffee*) zu berücksichtigen
 - Werbung mit **Angaben Dritter**: Wettbewerbsverhältnis (+), wenn Dritter nicht Mitbewerber ist, Werbender sich dessen Äußerungen aber zu eigen macht, Beispiel: Werbung mit Testergebnissen. Gleiche Handelsstufe ist nicht Voraussetzung, Beispiel: BMW-Vertragshändler vergleicht BMW und Mercedes, § 6 I (+).
 - Werbung **durch Dritte**, zB durch eine Verkäuferin, die gegenüber Kunden Produkte verschiedener Hersteller vergleicht, oder durch eine Influencerin (nettes Beispiel, OLG Frankfurt WRP 2021, 1610: Influencerin bezeichnet Produkt als B*****t) ? Mitbewerbereigenschaft (-), wenn unvoreingenommen verglichen wird und der Dritte eine neutrale Position einnimmt, aber (+), wenn der Dritte ein bestimmtes Produkt be-

vorzugt (zB aus Provisionsinteresse). Nach diesen Grundsätzen lässt sich auch beurteilen, ob Internet-Plattformen vergleichende Werbung betreiben.

- Unmittelbare Erkennbarkeit (+), wenn Mitbewerber oder seine Produkte namentlich genannt werden.
- **Mittelbare Erkennbarkeit**, wenn angesprochene Verkehrskreise auf Identität des bzw. der Mitbewerber schließen können
 - Anspielung auf Namen, typisches Erscheinungsbild der Produkte, Werbeslogans (zB „Schraubst du noch oder lebst du schon“)
 - Bezugnahme auf eine Gruppe von Mitbewerbern fällt dann unter § 6 I, wenn darin zugleich Bezugnahme auf bestimmtes Unternehmen liegt (EuGH, *De Landtsheer/CIVC*, s.o.), dabei Bedeutung der **Marktstruktur**: Je kleiner die Zahl der Mitbewerber, desto eher mittelbare Bezugnahme, regelmäßig (+) bei oligopolistischen Märkten. Beispiel: BGH GRUR 1987, 40 – *Cola-Test*. Gegenbeispiel: Vergleich mit allen Gebrauchtwagenhändlern von München.

Weitere Voraussetzungen?

- **Erfordernis eines Vergleichs?**
 - Problem: nach Wortlaut des § 6 I genügt die bloße Identifizierung, z.B. in reiner Kritik ohne Vergleich („Konkurrent B verletzt das Patent von X“) bei Ortsangabe („Unser Geschäft befindet sich gegenüber von Karstadt“) oder sogar bei einem Produktplagiat.
 - Wortlaut des § 6 II („wer vergleichend wirbt“) hat keine Parallele in der Richtlinie.
 - EuGH Rs. C-112/99 = GRUR 2002, 354 – *Toshiba/Katun*: Bezugnahme eines Ersatzteillieferanten auf OEM-Nummern des Originalherstellers ist vergleichende Werbung, unklar ist aber, ob das der Fall ist, weil inzident ein Vergleich enthalten ist („und unsere Produkte sind ebenso tauglich für Toshiba-Geräte wie die Originalersatzteile“)
 - BGH GRUR 2002, 75 – *Coaching-Newsletter* und GRUR 2021, 1207 – Vorsicht Falle: Herabsetzung eines Mitbewerbers ohne erkennbare Gegenüberstellung mit dem eigenen Angebot fällt nicht unter § 6, sondern nur unter § 4 Nr. 1
 - Nach (umstrittener) Ansicht des BGH muss sich der Vergleich direkt aus der Werbung, nicht erst aus den Begleitumständen ergeben.
 - Fall zur Diskussion: Anzeige von Konkurrenzprodukten bei Amazon im Fall der Suche nach Produkten einer bestimmten Marke (BGH GRUR 2018, 924 – *ORTLIEB I*)
- Wird der rein **personen- bzw. unternehmensbezogene Vergleich** erfasst? Dafür spricht § 6 I, dagegen aber § 6 II Nr. 1, da in diesem Falle jede nicht produktbezogene Werbung per se verboten wäre. Lösung: (1) Oft enthält der unternehmensbezogene Vergleich inzident auch einen Produktvergleich (Ein schlechter Bäcker backt schlechte Brötchen). (2) Im Übrigen § 6 I (+), aber teleologische Reduktion des § 6 II Nr. 1, 2: entsprechende Anwendung der Kriterien des § 6 II auf unternehmensbezogene Vergleiche (str.).

cc) Zulässigkeitskriterien (§ 6 II UWG)

Allgemeines

- Die Kriterien des § 6 II sind kumulativ einzuhalten – der Verstoß gegen auch nur eines der Kriterien führt zur Unlauterkeit i.S.d. § 3 I

- § 6 II ist Ausprägung des **Verhältnismäßigkeitsgebots**: Werbevergleiche dürfen im Interesse der Markttransparenz die Interessen der Mitbewerber beeinträchtigen, aber nur soweit sie (a) geeignet, (b) erforderlich und (c) angemessen zur Verbraucherinformation sind.

Ausprägungen des Gebots objektiver und informativer Werbevergleiche

- § 6 beruht auf der Annahme, dass nur der objektive und informative Werbevergleich zulässig sein soll (Idealbild: „Stiftung Warentest“!). Hintergrund: Rein subjektive Vergleiche sind zur Verbraucherinformation nicht geeignet.
- § 6 II Nr. 1: Vergleich muss sich auf Produkte beziehen, die **den gleichen Bedarf decken oder die gleiche Zweckbestimmung aufweisen**. Es muss sich nicht um gleiche Produkte handeln, entscheidend ist die individuell-konkrete Substituierbarkeit aus Verbrauchersicht (EuGH aaO – *De Landtsheer/CIVC*). Problem: Die hat man eigentlich schon unter § 6 I geprüft. Zulässig daher etwa:
 - Vergleich zwischen Markenprodukt und No-name-Produkt (EuGH GRUR 2003, 533 – *Pippig Augenoptik/Hartlauer*)
 - Preisvergleich zweier Warensortimente (EuGH, Rs. C-356/04, GRUR 2007, 69 – *LIDL/Colruyt* und EuGH, Rs. C-159/09, GRUR 2011, 159 – *Lidl/Vierzon*)
 - Vergleich zwischen zwei 120 km auseinander liegenden Flughäfen (OLG Hamburg VuR 2003, 106, 107 – *Frankfurt-Hahn*), sofern der Vergleich nicht irreführt (§ 5)
- § 6 II Nr. 2: Werbung muss **objektiv eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbar und typische Eigenschaften vergleichen**.
 - ausdrückliche Erlaubnis des Preisvergleichs
 - Weites Verständnis des Begriffs „Eigenschaft“: alles, was dem Verbraucher nützliche Informationen vermitteln kann
 - Der Vergleich muss objektiv sein. (+) bei Wiedergabe der Ergebnisse einer Umfragen zur subjektiven Kundenzufriedenheit (OLG Düsseldorf GRUR 2022, 731), (-) bei subjektiven Aussagen des Werbenden oder bei humorvoller Anspielung auf Image des Konkurrenten ohne Tatsachengehalt (wie es in den USA ganz üblich ist).
 - Wesentlichkeit bestimmt sich aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise. Bei Nachfrage durch einen individuellen Verbraucher kann ein objektiv unwesentliches Merkmal wesentlich werden.
 - Nachprüfbarkeit durch den angesprochenen Verbraucher nicht erforderlich, dem Verbraucher muss aber, soweit möglich, die Nachprüfung ermöglicht werden, Beispiel (EuGH, Rs. C-356/04 – *Lidl/Colruyt*): Werbung mit niedrigerem Preisniveau als in Konkurrenzunternehmen ist auch ohne genaue Angabe der verglichenen Produkte zulässig, Preise der verglichenen Produkte müssen aber auf Anfrage zur Verfügung gestellt werden.
- § 6 II Nr. 3: Der Vergleich darf **keine Verwechslungsgefahr** hervorrufen
 - Kann vor allem beim anlehnenden Vergleich („... so gut wie Chanel No. 5“) vorkommen.
 - In diesem Fall liegt zugleich eine Markenverletzung vor (EuGH, Rs. C-533/06, GRUR 2008, 698 – *O2/Hutchison 3G*)
 - Eigentlich bereits durch § 5 III erfasst – ebenso wie beim irreführenden Vergleich hätte der deutsche Gesetzgeber von einer Regelung in § 6 II absehen können.

Ausprägungen des Gebots möglicher Schonung des Mitbewerbers

- (Fast) jeder Werbevergleich beeinträchtigt die Interessen des identifizierten Mitbewerbers. Das hat dieser hinzunehmen, soweit seine Interessen nicht stärker beeinträchtigt werden als zur Verbraucherinformation erforderlich (**Verhältnismäßigkeitsprinzip**).
- § 6 II Nr. 4, 1. Alt.: Verbot der **unlauteren Rufausnutzung = (1) Rufausnutzung, die (2) unlauter ist**
 - Gegenstand = Kennzeichen, nicht nur Kennzeichen i.S.d. MarkenG, sondern jedes Zeichen, das Verbraucher als von einem Unternehmen stammend identifizieren, Beispiel (BGH GRUR 2011, 1158 – *Teddybär*): Teddybären, Badeentchen oder Sonnenschirme, die Tonerpatronen als zu einem bestimmten Drucker gehörig identifizieren
 - Schritt 1: Ausnutzung = **Imagetransfer** (BGH), Übertragung des guten Rufs vom Vergleichsobjekt auf das beworbene Produkt
 - Dagegen verwendet der EuGH dieselbe (m.E. ungenauere) Formel wie unter § 14 II 1 Nr. 3 MarkenG, dort bedeutet Rufausbeutung den Versuch „sich in den Bereich der Sogwirkung dieser Marke zu begeben, um von ihrer Anziehungskraft, ihrem Ruf und ihrem Ansehen zu profitieren, und ohne jede finanzielle Gegenleistung und ohne dafür eigene Anstrengungen machen zu müssen, die wirtschaftlichen Anstrengungen des Markeninhabers zur Schaffung und Aufrechterhaltung des Images dieser Marke auszunutzen“ (EuGH, Rs. C-487/07, GRUR 2009, 756, Rn. 49 – *L’Oréal/Bellure*)
 - Schritt 2: Nicht jede Rufausnutzung ist unlauter, denn jede anlehrende Gegenüberstellung nutzt in gewisser Weise den Ruf eines fremden Kennzeichens aus. Daher zusätzliche Prüfung, ob die Rufausnutzung **unlauter** ist.
 - Nr. 4 ist Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips: unlautere Ausbeutung nur, wenn Anlehnung bzw. Schädigung über das zur Information erforderliche Maß hinausgeht.
 - Beispiel 1 (EuGH, Rs. C-59/05, GRUR 2006, 345 – *Siemens/VIPA*): teilweise Übernahme der OEM-Bestellnummern zulässig, weil sie den Abnehmern die Identifikation passender Teile erleichtert, aber nur, sofern die Übernahme beim OEM-Hersteller nicht zum Verlust eines Kennzeichenrechts führt.
 - Beispiel 2 (BGH GRUR 2011, 1158 – *Teddybär*): Übernahme einer aus Teddybären, Badeentchen oder Sonnenschirmen bestehenden Kennzeichnung ist zulässig, weil die Richtlinie (anders als das Markenrecht) nicht die Verwässerung verbietet und weil die Zeichen als Hinweis auf die Zubehöreigenschaft der Toner verwendet wird.
 - Beispiel 3 (BGH GRUR 2015, 136 – *Staubsaugerbeutel im Internet*): Anzeige vergleichbarer Staubsaugerbeutel mit dem Hinweis „ähnlich wie Swirl“ in der Suchmaschine eines Online-Shops als Ergebnis für Suche nach „Swirl“ ist keine Rufausbeutung
 - Die Richtlinie enthält zusätzlich die Vorgabe, dass Produkte mit Ursprungsangabe nur untereinander verglichen werden dürfen. Diese „Champagner-Klausel“ wurde vom deutschen Gesetzgeber nicht umgesetzt, ist aber bei richtlinienkonformer Auslegung anzuwenden, am ehesten durch entsprechende Auslegung des § 6 II Nr. 4. Restriktive Auslegung in EuGH aaO – *De Landtsheer/CIVC*: Vergleich zwischen Bier und Champagner zulässig, weil das Bier gar keine Ursprungsangabe aufweist.
- § 6 II Nr. 4, 2. Alt.: Verbot der unlauteren Beeinträchtigung des Rufs eines Kennzeichens

- Problem: in der WerbeRL gibt es nur Art. 4 lit. d, der § 6 II Nr. 5 entspricht – Herabsetzung oder Verunglimpfung von Kennzeichen, Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten und Verhältnissen eines Mitbewerbers
- Daher richtlinienkonforme Auslegung des § 6 II Nr. 4, 2. Alt.: erforderlich ist immer eine Herabsetzung oder Verunglimpfung, eine bloße Verwässerung (wie unter § 14 II 1 Nr. 3 MarkenG) reicht nicht (BGH GRUR 2011, 1158, Rn. 21 – *Teddybär*)
- Damit läuft § 6 II Nr. 4, 2. Alt. weitgehend mit Nr. 5 parallel, oft sind beide nebeneinander anwendbar
- Auch hier ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip wichtig, s. unten, § 6 II Nr. 5
- § 6 II Nr. 5: **Herabsetzung oder Verunglimpfung**
 - § 6 II Nr. 5 hat Vorrang vor dem ähnlichen § 4 Nr. 1, weil § 5 auf Unionsrecht beruht.
 - Problem wie unter Nr. 4: Jede Werbung des Typs „Mein Produkt ist besser als deins“ setzt das Konkurrenzprodukt herab. Lösung: Unlauterkeit nur bei Rufschädigung, die über das erforderliche Maß hinausgeht (Verhältnismäßigkeitsprinzip)
 - Humor und Satire sind auch auf Kosten eines Konkurrenten zulässig (Art. 11 EUGRCh), wenn sie auf einem zutreffenden Tatsachenkern beruhen und den Betroffenen nicht unverhältnismäßig verletzen. Beispiel (BGH GRUR 2010, 161 – *Gib mal Zeitung*): humorvoller Spott der TAZ über die Bildzeitung ist hinnehmbar, wenn die Aussagen deutlich als humoristisch überzeichnet erkennbar sind (ebenso zuletzt BGH GRUR 2019, 631 – *Das beste Netz*).
- § 6 II Nr. 6: Verbot der **Imitationswerbung**
 - Problem 1: Muss das nachahmende Produkt ausdrücklich als „Imitation“ bezeichnet werden oder genügt es, wenn der Verbraucher es als Imitation erkennt? EuGH, Rs. C-487/07, GRUR 2009, 756 – *L’Oréal/Bellure*: ausdrücklicher Hinweis auf Nachahmung einer Eigenschaft (z.B. Duft) genügt. BGH GRUR 2011, 1153 – *Creation Lamis*: Umstände außerhalb der Werbung und außerhalb des präsenten Wissens der Werbeadressaten genügen nicht.
 - Problem 2 = rechtspolitisches Problem: Entweder verbieten das geistige Eigentum oder § 4 Nr. 3 UWG die Imitation, oder die Werbung sollte erlaubt sein, vertiefend *Kur/Bently/Ohly, Sweet Smells and a Sour Taste* (im Internet unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492032)

Rechtsfolgen (Überblick)

- Aktivlegitimation wie in § 8 III geregelt oder Beschränkung auf den betroffenen Mitbewerber (teleologische Reduktion des § 8 III)? Für normale Anwendung des § 8 III BGH GRUR 2011, 1153 – *Creation Lamis*. Dagegen: Weil der irreführende Vergleich nach § 5 beurteilt wird, dient § 6 II nur dem Schutz der Mitbewerber. Deshalb sollte wie bei § 4 die Anspruchsberechtigung teleologisch reduziert werden.
- Die Benutzung einer Marke in vergleichender Werbung kann markenmäßige Benutzung sein und die Marke verletzen, wenn der Vergleich gem. § 6 II unzulässig ist. (so inzwischen ausdrücklich § 14 III Nr. 7 MarkenG). Allerdings müssen die normalen Voraussetzungen der Markenverletzung vorliegen. Daraus folgt e contrario, dass die Verwendung in zulässiger vergleichender Werbung keine Verletzung ist.

c) Schutz des Geschäftsrufs (§ 4 Nr. 1, 2 UWG)

Lit.: *Brammsen/Apel*, WRP 2009, 1464 ff.; *Sakowski*, GRUR-Prax 2017, 179 ff.

Übungsfall (Teil der EJS 2022/2, dort waren aber nur Ansprüche nach BGB zu prüfen)

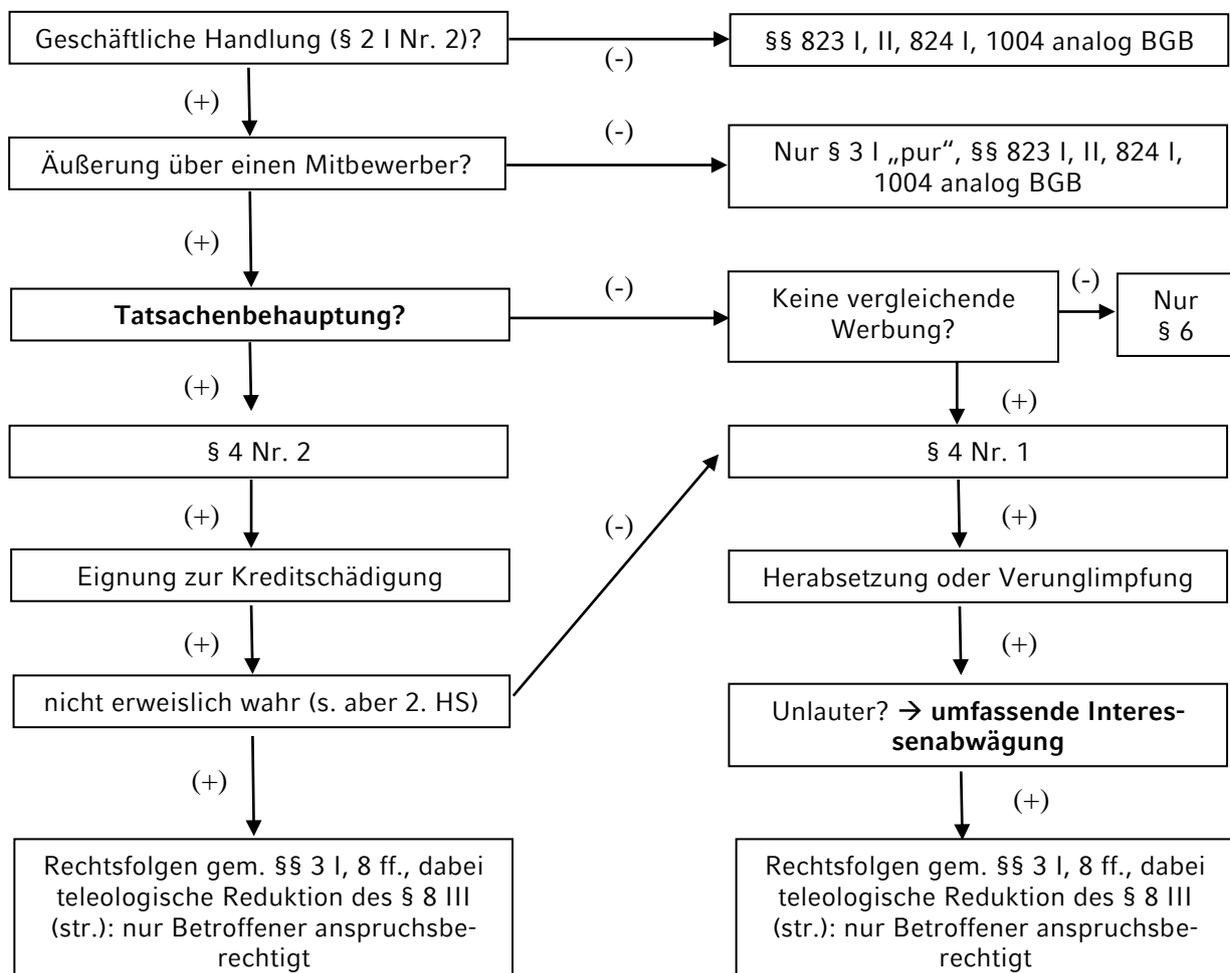
Der 20-jährige Paul lebt im oberbayerischen Hirschbach. Er soll später den Holzbetrieb seiner Eltern übernehmen. Sie haben ihm bereits ein Waldgrundstück übertragen. Paul fällt auf diesem Grundstück (im Fall waren es drei Grundstücke mit unterschiedlichem sachenrechtlichem „Schicksal“) Bäume und legt sie auf seinem Grundstück am Rand eines Forstwegs zum Abtransport bereit.

Kurze Zeit später ist das Holz verschwunden. Nach einem Aufruf auf der Seite „Hirschbach-Crew“, eines sozialen Netzwerks, auf dem die meisten seiner Freundinnen und Freunde aus dem Dorf aktiv sind, klärt sich, dass ein Fahrer des Holzhändlers Hugo den Stapel aufgeladen und mitgenommen hat. Als Paul den Hugo zur Rede stellt, erklärt Hugo, der Fahrer sei noch unerfahren gewesen und habe die Stapel verwechselt. Er, Hugo, habe von dem Irrtum nichts gewusst und das Holz weiterverkauft. Es sei inzwischen von zu Brettern verarbeitet worden.

Daraufhin stellt Paul einen Beitrag auf der Seite „Hirschbach-Crew“ ins Internet, in dem er sich für die Mithilfe bei der Aufklärung bedankt und schreibt „Holzdiebstahl aufgeklärt! Dank Eurer raschen Mithilfe konnte der Holzhändler Hugo überführt werden. Es soll sich um eine Verwechslung gehandelt haben – wer’s glaubt ... 😊.“

Hugo verlangt die Löschung des Posts und Unterlassung entsprechender künftiger Aussagen. Zu Recht?

Flussdiagramm zu § 4 Nr. 1, 2



Ausgangspunkte

- Der Schutz des guten Geschäftsrufs gehört zu den wesentlichen durch das UWG geschützten Mitbewerberinteressen.
- Gemeinsame Voraussetzungen:
 - **Geschäftliche Handlung (§ 2 I Nr. 2):** fehlt bei privaten oder politischen Äußerungen, die daher nur nach §§ 823 I, 1004 analog (wegen Verletzung des APR oder des Rechts am Gewerbebetrieb) zu beurteilen sind. Beispiel für § 2 I Nr. 2 (-): Anti-Genmilch-Kampagne von Greenpeace, Gegenbeispiel: Anti-Genmilch-Kampagne von Biobauern.
 - **Mitbewerberbezug (§ 2 I Nr. 4):** kann z.B. bei Ansprüchen eines Unternehmers gegen eine Bewertungsplattform wegen Herabsetzung fehlen (s.u.) oder bei pauschaler Herabsetzung ohne Bezug auf individuellen Mitbewerber (dann nur Ansprüche aus §§ 8 ff. i.V.m. § 3 I „pur“ oder aus allgemeinem Zivilrecht (str.))
- Verhältnis zum **Äußerungsrecht des BGB**
 - Wenn § 4 Nr. 1, 2 mangels geschäftlicher Handlung oder Mitbewerberbezugs nicht anwendbar, dann greifen möglicherweise § 823 I (allgemeines Persönlichkeitsrecht oder Recht am Gewerbebetrieb), § 823 II iVm den strafrechtlichen Ehrenschutztatbeständen oder § 824 I BGB (Kreditgefährdung) ein.
 - Unter § 824 I BGB aber, anders als unter § 4 Nr. 2, keine Beweislastumkehr
 - Ansonsten ähnliche Beurteilungskriterien.
 - Beispiel: BGH GRUR 2020, 435 – www.yelp.de, dazu *Schaub GRUR 2020, 498*, bei Ansprüchen eines Unternehmers gegen eine Bewertungsplattform, die selbst die betreffenden Dienstleistungen nicht anbietet, nur §§ 823, 824 BGB, dabei darf die Plattform „Fake-Bewertungen“ herausfiltern und bei der Gesamtbewertung ausklammern.
- Abgrenzung § 4 Nr. 1 ↔ Nr. 2
 - § 4 Nr. 2 erfasst unwahre (genauer: nicht erweislich wahre) Tatsachenbehauptungen, z.B. die falsche Behauptung, ein Mitbewerber stehe kurz vor der Insolvenz
 - § 4 Nr. 1 erfasst in erster Linie Werturteile, z.B. ein Konkurrent sei notorisch unzuverlässig, daneben auch die herabsetzende Behauptung wahrer Tatsachen, die allerdings regelmäßig zulässig ist
- Unionsrechtlicher Rahmen:
 - § 6 beruht auf der WerbeRL. Daher ist der (in Deutschland „hausgemachte“) § 4 Nr. 1 gegenüber § 6 subsidiär → wegen des weiten Anwendungsbereichs von § 6 und des auch bei § 4 Nr. 1 erforderlichen Mitbewerberbezugs kommt § 4 Nr. 1 nur selten und dann zur Anwendung, wenn sich bei allgemeiner Kritik kein Bezug zu den Leistungen des Werbenden aufdrängt, sondern sich nur indirekt daraus ergibt, dass die Kritik für den Sprecher nicht zutrifft (BGH GRUR 2021, 1207 – *Vorsicht Falle*).
 - § 4 Nr. 1 schützt ausschließlich Mitbewerberinteressen und wird daher von der UGP-RL als solches nicht erfasst, anders aber, wenn zugleich die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers betroffen ist
 - § 4 Nr. 2 regelt eigentlich einen Sonderfall der Irreführung. Es bleibt dem deutschen Gesetzgeber aber überlassen, speziell konkurrentenschützende Tatbestände zu schaffen (vgl. auch Art. 10bis III Nr. 2 PVÜ). Daher fällt § 4 Nr. 2 UGP-RL nicht in den Anwendungsbereich der UGP-RL (str.). Die Frage ist aber nicht sehr wichtig, weil auch nach rein deutschem Recht unter § 4 Nr. 1, 2 das Verbraucherleitbild des § 3 IV gilt.

Tatsachenbehauptung oder Werturteil?

- Entscheidende Weichenstellung: falsche Tatsachenbehauptung (dann § 4 Nr. 2 mit Beweislastumkehr) oder Wertung (dann § 4 Nr. 1 mit recht äußerungsfreundlicher Abwägung im Lichte des Art. 5 I GG)?
 - Hintergrund: falsche Tatsachenbehauptungen fallen nicht in den Schutzbereich des Art. 5 I GG.
 - Gleiche Weichenstellung im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, unter § 824 I BGB und im Rahmen des Art. 5 I GG.
- **Abgrenzung**
 - Tatsachenbehauptungen sind dem Beweis zugänglich und können richtig oder falsch sein, Wertungen nur vertretbar oder unvertretbar.
 - Entscheidend ist, ob nach dem Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise zumindest ein nachprüfbarer **Tatsachenkern** vorliegt. Bei Mischung aus Tatsache und Wertung ist die Tatsachenbehauptung nach § 4 Nr. 2, die Wertung nach Nr. 1 zu beurteilen, sofern sich beide unterscheiden lassen.
- **Rechtliche Subsumtion** als Tatsachenbehauptung?
 - Regelmäßig ist die rechtliche Einschätzung einer Handlung (z.B. „betrügerisches Verhalten“) eine Bewertung (BGH GRUR 2016, 710 – *Im Immobiliensumpf*).
 - Anders, wenn die Tatsachenbehauptung aus Adressatensicht überwiegt. Beispiel: A hat einen Gegenstand aus einem Supermarkt mitgenommen, ohne zu bezahlen = Tatsachenbehauptung. Also hat A einen Diebstahl begangen = Wertung. Die Behauptung des Diebstahls bezieht sich hier eher auf die Tatsache der Wegnahme ohne Zahlung als auf die juristische Bewertung.
 - Anders nach der Rspr. zu § 5 auch, wenn eine eindeutige Rechtslage behauptet wird (so zu § 5 UWG BGH GRUR 2019, 754 – *Prämiensparverträge*).

Herabsetzung und Verunglimpfung (§ 4 Nr. 1)

- § 4 Nr. 1 erfasst in erster Linie Werturteile, daneben auch wahre Tatsachenbehauptungen (für unwahre oder nicht erweislich wahre ist Nr. 2 einschlägig), die geeignet sind, den Ruf eines Mitbewerbers zu schädigen.
- § 6 ist vorrangig, weil er auf Unionsrecht beruht (s.o.). Daher § 4 Nr. 1 selten anwendbar, weil die Herabsetzung oft in einem Vergleich erfolgt. Aber Beispiele für das Fehlen eines Vergleichs: Bericht darüber, dass Konkurrent Sekten nahesteht (BGH GRUR 2012, 74 – *Coaching-Newsletter*), Veröffentlichung eines Urteils über UWG-Verurteilung eines Konkurrenten wegen unlauterer Werbemethoden (BGH GRUR 2021, 1207 – *Vorsicht Falle*).
- Verhältnis zu §§ 14 II 1 Nr. 3; 15 III MarkenG str., die Schutz vor Herabsetzung nur bekannten Kennzeichen bieten. Problem: § 4 Nr. 1 erwähnt ausdrücklich Kennzeichen, Schutzuntergrenze der §§ 14 II Nr. 3; 15 III MarkenG würde aber unterlaufen, wenn jede Art der Herabsetzung von § 4 Nr. 1 erfasst wird. Da dieser Widerspruch aber im EU-Recht angelegt ist, ist er wohl hinzunehmen.
- Zweistufige Prüfung: (1) Herabsetzung eines Mitbewerbers, die (2) unlauter sein muss.
- **Herabsetzung**
 - = sachlich nicht gerechtfertigte Verringerung der Wertschätzung in den Augen der angesprochenen Verkehrskreise, ausschlaggebend ist die Auffassung der angesproche-

nen Verkehrskreise. Kontextabhängig: Anlass und Situation, ggf. auch humorvolle Überspitzung sind zu berücksichtigen.

- **Verunglimpfung** = Gesteigerte Form der Herabsetzung. Trennscharfe Abgrenzung wherever möglich noch erforderlich.
- **Gegenstand der Herabsetzung:** Kennzeichen (kann wie unter § 6 II Nr. 4 MarkenG über § 1 MarkenG hinausgehen und auch einfache Unterscheidungszeichen erfassen), Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder Verhältnisse.
- **Betroffener** = Mitbewerber (§ 2 Nr. 4), s.o.
- **Unlauterkeit**
 - Kritik an den Leistungen eines Konkurrenten ist dem Wettbewerb immanent, § 4 Nr. 1 muss daher im Licht von Art. 5 I GG eng ausgelegt werden. Ebenso wie § 6 UWG ist § 4 Nr. 1 Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips: Kritik ist erlaubt, soweit sie sich im Rahmen des Erforderlichen hält.
 - Immer gegen § 4 Nr. 1 verstoßen **Schmähkritik**, die einen Konkurrenten ohne hinreichenden sachlichen Grund pauschal abwertet (Beispiel, ÖOGH, ÖBl. 1991, 64 – *Kronenzeitung*: Zeitung des Konkurrenten taugt nur als Toilettenpapier) und **Formalbeleidigungen** (Beispiele, OLG München WRP 1996, 925: Konkurrenzzeugnis als „Scheiß des Monats“; OLG Frankfurt WRP 2021, 1610: Influencerin bezeichnet Produkte, die von anderen Influencern beworben werden, zuerst als „Bullshit“ und nach Abmahnung als „B*****t“)
 - Im Übrigen ist eine umfassende, einzelfallbezogene **Interessenabwägung** erforderlich, in deren Rahmen insbesondere (wie im Rahmen des § 6 II) das Informationsinteresse des Verbrauchers ausschlaggebend ist.
 - Beispiel 1 (BGH GRUR 2012, 74 – *Coaching-Newsletter*): Bericht über schwarze Schafe im Coaching-Gewerbe ist unlauter, wenn die Kritik nur vage und pauschal erfolgt und keine Einzelheiten mitgeteilt werden, aus denen sich die Berechtigung der Kritik ergibt.
 - Beispiel 2 (OLG Karlsruhe GRUR-RR 2020, 429 – *Fakt-Check*): Wenn ein von Facebook beauftragter Faktenprüfer den Beitrag eines Nachrichtenmagazins mit dem Hinweis „Behauptungen teils falsch“, ist das grundsätzlich nicht zu beanstanden, wohl aber dann, wenn die Fehlbehauptung in einem offenen Brief aufgestellt wird, den der betreffende Bericht nur referiert, aber der Eindruck erweckt wird, das Nachrichtenmagazin habe selbst „fake news“ verbreitet.
 - Beispiel 3 (BGH GRUR 2021, 1207 – *Vorsicht Falle*): Warnung vor Machenschaften eines Mitbewerbers, der bei unerlaubten Werbeanrufen als „POLIZEIaktuell“ auftritt, unter Veröffentlichung eines UWG-Urteils gegen den Mitbewerber wegen Gefahr für Verbraucher zulässig

Anschwärzung (§ 4 Nr. 2)

- **Behaupten oder Verbreiten:** Weitergabe an Dritte, bei der sich der Behauptende die Aussage zu eigen macht.
 - Problem: Haftet der Betreiber einer Internet-Bewertungsplattform gem. § 4 Nr. 2, wenn dort ein Nutzer eine falsche Behauptung einstellt?
 - BGH GRUR 2015, 1129 – *Hotelbewertungsportal*: Kein „Behaupten“, wenn sich der Betreiber die Äußerung nicht zu eigen macht, aber „Verbreiten“. Begriff des „Verbrei-

tens“ ist aber im Lichte der §§ 7, 10 TMG auszulegen, so dass der Betreiber nur haftet, wenn er beanstandete Inhalte nicht entfernt.

- Dagegen: täterschaftliches Handeln immer nur bei Verbreiten + Zueigenmachen, ansonsten nur mittelbare Haftung (zu dieser näher unten, IV 1)
- Behauptung **rufschädigender Tatsachen**, zur Abgrenzung Tatsachenbehauptung – Werturteil s.o.
- **Beweislastumkehr**
 - Unlauterkeit schon (+), wenn Aussage nicht erweislich wahr, d.h. der Behauptende trägt das Risiko des Wahrheitsbeweises.
 - Ausnahme: vertrauliche Mitteilungen (§ 4 Nr. 2, 2. HS)

Rechtsfolge

- Unterlassungs- / Beseitigungs- und Schadensersatzanspruch des betroffenen Mitbewerbers
- Str., ob § 8 III Nr. 2-4 für § 4 Nr. 1, 2 teleologisch zu reduzieren sind (so im früheren UWG § 14 a.F. = § 4 Nr. 2). Dafür: Der Unternehmensinhaber sollte selbst entscheiden, ob er eine Rufbeeinträchtigung als erheblich empfindet und sich dem Risiko eines prozessualen Wahrheitsbeweises aussetzen möchte. Irreführungen der Verbraucher lassen sich über § 5 I erfassen. Anders aber inzwischen der BGH zu § 6.

d) UWG-Nachahmungsschutz (§ 4 Nr. 3 UWG)

Lit.: *Quadrvlieg*, WRP 2020, 159; *Dornis*, GRUR 2022, 1103; *Ohly*, GRUR 2010, 487 ff.;

Übungsfall (nach **BGH GRUR 2022, 160 – Flying V**)

Die G ist eine namhafte Herstellerin von E-Gitarren. Eines ihrer legendären Modelle ist ein V-förmiges Instrument namens „Flying V“. Nachdem es in den 1950er Jahren entwickelt wurde, war es zunächst wenig erfolgreich, erlangte aber seit den 1960er Jahren Berühmtheit, als einige Ikonen des Rock, beispielsweise der Gitarrist Jimi Hendrix, begannen, dieses Modell zu spielen. Die verschiedenen Modelle der „Flying V“ (s. unten, Abbildung 1), die deutlich mit der Marke der G auf der Kopfplatte des Instruments gekennzeichnet sind und allesamt ebenso aussehen wie der Prototyp aus den 1950er Jahren, werden für Preise um 5.000 € angeboten und sowohl von professionellen Musikern als auch von Hobby-Rockmusikern gekauft. Im Laufe der Zeit haben auch andere Hersteller damit begonnen, V-förmige Gitarren zu verkaufen. Ihre Formen (s. unten, Abbildung 3) unterscheiden sich aber recht deutlich von der Form der „Flying V“.

Die F ist eine deutsche Gitarrenherstellerin. Auch ihre Instrumente sind für ihre hohe Qualität bekannt. Das Entwicklungsteam der F beginnt ebenfalls, über die Konstruktion einer V-förmigen Gitarre nachzudenken. Es experimentiert mit verschiedenen Modellen, die es zunächst nicht überzeugen. Im Frühjahr 2021 stößt ein Mitglied des Teams bei einer zufälligen Internet-Recherche in einem für alle Internet-Nutzer zugänglichen Gitarristen-Forum auf eine maßstabsgenaue Konstruktionszeichnung der „Flying V“. Ein ehemaliger Mitarbeiter der G, der sich im Streit von diesem Unternehmen getrennt hatte, hatte die seinerzeit von ihm selbst für die G erstellte Zeichnung aus Ärger ins Internet gestellt. Aufgrund dieser Zeichnung ist die F in der Lage, die „Flying V“ in ähnlicher Form nachzubauen (unten, Abbildung 2). F bietet dieses Modell unter der Bezeichnung „F Artist Line“ und gekennzeichnet mit der Marke der F ab Oktober 2021 in ihrem Online-Shop zum Preis von 5.500 € an.



Abb. 1: G's „Flying V“



Abb. 2: F's „Artist Line“



Abb. 3: Modelle anderer Hersteller

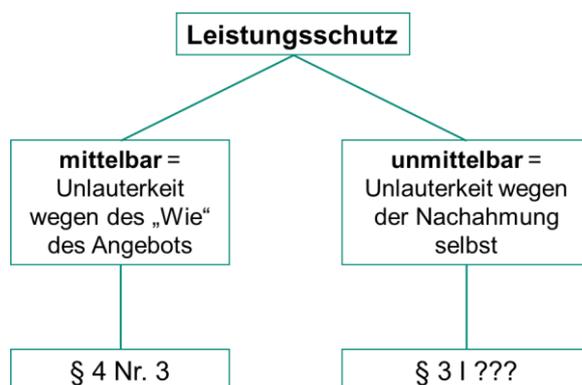
G hält die „F Artist Line“ für ein dreistes Plagiat.

1. Kann die G von F auf der Grundlage des UWG Unterlassung des Vertriebs der „F Artist Line“ verlangen?
2. [Für die Studierenden des SPB 3]: Überlegen Sie, welche Rechte des geistigen Eigentums einschlägig sein könnten, ob G zu deren Entstehen etwas unternehmen müsste und ob sie, ihr Bestehen vorausgesetzt, durch die Herstellung und den Vertrieb der „F Artist Line“ verletzt würden.

aa) Überblick

Die Konzeption des § 4 Nr. 3 UWG

- Grundsätzlich ist der Schutz von Immaterialgütern Aufgabe des Immaterialgüterrechts bzw. Rechts des geistigen Eigentums
 - Schutz technischer Innovation → Patent- und Gebrauchsmusterrecht
 - Schutz von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst, von Computerprogrammen und Datenbanken → Urheberrecht
 - Schutz ästhetischer Gestaltungen → Designrecht
 - Kennzeichenschutz → Markenrecht
- Außerhalb des Schutzbereichs dieser Rechte ist das Nachahmen fremder Leistungen ist grundsätzlich erlaubt (**Grundsatz der Nachahmungsfreiheit**).
- Einschränkung: Die Nachahmung ist unlauter, wenn (a) das nachgeahmte Produkt über **wettbewerbliche Eigenart** verfügt und (b) zusätzliche unlauterkeitsbegründende Faktoren vorliegen. Das UWG schützt also nicht gegen das **Ob**, sondern nur gegen das **Wie** der Nachahmung.



- Unterschied:
 - **Mittelbarer Nachahmungsschutz** = Schutz nicht gegen die Nachahmung als solche, sondern gegen die Umstände des Angebots → § 4 Nr. 3
 - **Unmittelbarer Nachahmungsschutz** = Schutz gegen die Nachahmung selbst ohne die Notwendigkeit unlauterkeitsbegründender Umstände → jedenfalls nicht in § 4 Nr. 3 geregelt (BGH GRUR 2011, 436 – *hartplatzhelden.de*), str., ob auf der Grundlage der Generalklausel (§ 3 I) möglich (dazu unten, cc).
- Unter § 4 Nr. 3 muss neben der Nachahmung und der wettbewerblichen Eigenart zwingend auch mindestens eines der in Nr. 3a-c genannten Unlauterkeitskriterien vorliegen.
- Die Aufzählung der lit. a-c ist abschließend. Der BGH die frühere Rspr. aufgegeben, nach der es noch weitere Fälle der Unlauterkeit gibt, und vor allem folgende Fallgruppen aufgehoben (BGH GRUR 2017, 79 – *Segmentstruktur*):
 - „Einschieben in eine fremde Serie“ bei der Nachahmung von Teilen von Modulsystemen (z.B. Legosteinen: BGH GRUR 1965, 544 – *Klemmbausteine I*, schon stark einschränkend BGH GRUR 2005, 349 – *Klemmbausteine III*)
 - Saisonschutz von Modeerzeugnissen gegen Nachahmung (dazu näher unten)
- Aber neben § 4 Nr. 3 können § 4 Nr. 4 und § 5 eingreifen, außerdem im Ausnahmefall § 3 I (näher unten).

Unionsrechtlicher Rahmen und Verhältnis zu anderen UWG-Bestimmungen

- Der Nachahmungsschutz wurde auf Unionsebene bisher nicht harmonisiert, Frage daher nach dem Verhältnis zum vorrangigen Schutz durch die UGP-RL und die WerbeRL.
- Der Verbraucherschutz gegen Verwechslungsgefahr wird umfassend durch § 5 I 2 Nr. 1, II gewährleistet (vgl. auch den Sonderfall des Nr. 13 der „Schwarzen Liste“).
- Nach h.M. wird § 4 Nr. 3 nicht durch die UGP-RL berührt, weil er die Interessen des Originalherstellers schützt und weil das nationale Recht Unternehmen unabhängig von der RL schützen kann (BGH GRUR 2010, 80, Rn. 17 – LIKEaBIKE) → Mitbewerberschutz über § 4 Nr. 3, Verbraucherschutz gegen Verwechslungsgefahr über § 5 II Nr. 1, III. Beide Normen sind parallel anwendbar, unter § 5 sind die Wertungen des § 4 Nr. 3 zu berücksichtigen (z.B. kein Verbot einer „unvermeidbaren“ Herkunftstäuschung über § 5).
- Die Werbung für nachgeahmte Produkte kann unter § 6 fallen, der auf Unionsrecht beruht und daher vorrangig ist. Das bloße Angebot eines nachgeahmten Produktes fällt aber mangels Vergleichs noch nicht unter § 6 I (s. oben, a).
- Die Nachahmung kann auch eine **Behinderung eines Mitbewerbers (§ 4 Nr. 4)** darstellen, etwa durch systematische Nachahmung seiner Waren (BGH GRUR 2019, 196 – *Industriemähmaschinen*).
 - Vorsicht: Eine Nachahmung stellt nicht schon deshalb eine Behinderung dar, weil der Nachahmer die Preise des Originalherstellers unterbietet oder weil das Angebot der Nachahmung möglicherweise Kunden des Originalherstellers „abfängt“, weil ansonsten der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit ins Gegenteil verkehrt würde (BGH GRUR 2017, 79 – Segmentstruktur, dazu vielleicht interessant die Anm. Ohly, GRUR 2017, 90).
 - Deshalb ist auch die Rspr. zur systematischen Nachahmung zweifelhaft: Warum soll eine legale Nachahmung illegal werden, nur weil sie systematisch erfolgt?

bb) Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 4 Nr. 3

Prüfungsschema:

1. Voraussetzungen der §§ 3, 4 Nr. 3 UWG
 - a) Geschäftliche Handlung (§ 2 I Nr. 2 UWG)
 - b) Unlauterkeit (§ 3 I) gem. § 4 Nr. 3 UWG
 - aa) Angebot nachgeahmter Waren oder Dienstleistungen
 - bb) Originalhersteller = Mitbewerber (§ 2 I Nr. 4)
 - cc) Wettbewerbliche Eigenart des nachgeahmten Produkts
 - dd) Unlauterkeitsgründe gem. § 4 Nr. 3 lit. a-c UWG
2. Aktivlegitimation: nach h.M. Einschränkung auf Mitbewerber (§ 2 Nr. 3 UWG), Ausschluss der Verbandsklage (§ 8 III Nr. 2-4 UWG)
3. Rechtsfolgen: weitgehend denjenigen bei Verletzung von Immaterialgüterrechten angeglichen
 - a) Unterlassungs- bzw. Beseitigungsanspruch (§ 8 UWG)
 - b) Bei Verschulden Schadensersatz (§ 9 UWG), dabei dreifache Schadensberechnung

Nachahmung, Angebot, Mitbewerberbezug

- Es muss sich um eine **Nachahmung** handeln, der Anbieter muss die Vorlage also gekannt haben. Insoweit aber prima-facie-Beweis, wenn große Ähnlichkeit zu einem Produkt mit Eigenart vorliegt.
- Erscheinungsformen der Nachahmung:
 - unmittelbare Leistungsübernahme (= 1:1-Kopie) durch technische Verfahren
 - nahezu identische Nachbildung
 - nachschaffende Übernahme
- **Wechselwirkung**: Je unmittelbarer die Nachahmung, desto geringer die Anforderungen an die übrigen Kriterien und umgekehrt (s. dazu die Grafik nächste S.)
- Die Nachahmung selbst (= Herstellung des nachgeahmten Produkts) ist noch nicht unlauter, das Produkt muss auch **angeboten** werden.
- Originalhersteller bzw. -anbieter und Anbieter des nachgeahmten Produkts müssen **Mitbewerber** (§ 2 I Nr. 4) sein. Mitbewerbereignenschaft (+) zwischen Unternehmen unterschiedlicher Wirtschaftsstufen (Hersteller v. Händler). Grenzfall: BGH GRUR 1983, 247 – *Rolls Royce* – Wettbewerbsverhältnis zwischen RR und Whiskyhersteller, der RR-Kühlergrill in Werbeanzeige nutzt?

Wechselwirkungslehre



Die wettbewerbliche Eigenart

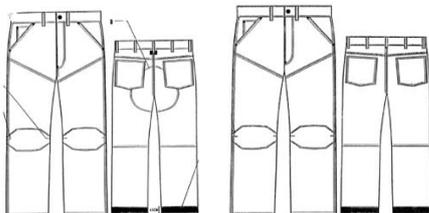
- Nicht jede Durchschnittsware soll gegen Nachahmung geschützt sein, erforderlich ist ein gewisses Maß an Originalität.
- Daher Nachahmungsschutz nur, wenn das Produkt besondere Merkmale aufweist, die geeignet sind, **auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen**.
- Diese Kriterien sind letztlich immaterialgüterrechtlicher Natur:
 - Die Eignung, als Hinweis auf die betriebliche Herkunft zu dienen, wird im Markenrecht als **Unterscheidungskraft** bezeichnet (vgl. §§ 3; 8 MarkenG).

- Die durch Gestaltungselemente begründete **Eigenart** ist die zentrale Schutzvoraussetzung im Designrecht.
- Kritik (vgl. auch *Sambuc*, GRUR 1986, 130: „Die Eigenart der wettbewerblichen Eigenart“): Der Begriff „wettbewerbliche Eigenart“ ist das ungenauere und „weichere“ Gegenstück zu diesen gesetzlich definierten Begriffen und erscheint daher besonders für Juristen attraktiv, die sich mit dem Immaterialgüterrecht nicht so genau auskennen.
- Mögliche Merkmale, die die wettbewerbliche Eigenart begründen:
 - Gestaltung des Produkts, z.B. Schnitt einer Jeans (BGH GRUR 2006, 79 – Jeans I); V-Form einer E-Gitarre (BGH GRUR 2022, 160 – Flying V = Übungsfall)
 - Gestaltung und Zusammensetzung einer Sachgesamtheit (BGH GRUR 2012, 1155 – *Sandmalkasten*)
 - Kennzeichnung (z.B. BGH GRUR 2003, 973 – *Tupperwareparty / Leifheit Top Party*), zweifelhaft: Auch wenn es keinen allgemeinen „Vorrang des Markenrechts“ gibt, erscheint für den Schutz eines Kennzeichens gegen Nachahmung das MarkenG vorrangig. Mögliches Gegenargument: Das Markenrecht erfasst nicht die Benutzung unähnlicher Zeichen, die aber auf die bekannte Marke anspielen und deren Ruf ausnutzen (Beispiel aus der älteren Rspr vor 2004: Benutzung der Bezeichnung „Kräutermeister“ für einen Kräuterlikör – keine Zeichenähnlichkeit mit „Jägermeister“, aber eben doch eine klare Anspielung)
 - **Technische Merkmale** dann nicht, wenn sie **zwingend** übernommen werden müssen, denn insoweit sind die technischen Schutzrechte (Patent- und Gebrauchsmusterrecht) regelmäßig abschließend und der Stand der Technik ist frei. Sie können aber die wettbewerbliche Eigenart begründen, wenn sie **austauschbar** sind, die technische Wirkung also auch anders erzielt werden kann. Beispiele: BGH GRUR 2010, 80 – LIKE aBIKE; BGH GRUR 2012, 58 – Seilzirkus; BGH GRUR 2015, 909 – Exzenterzähne. Dann kann allerdings unter § 4 Nr. 3a die Herkunftstäuschung unvermeidbar sein.
 - Nicht schon reine Produktidee, etwa die Idee, Barbie-Puppen mit bestimmten Ausstattungen (Babysitterin, Krankenschwester, etc.) anzubieten (BGH GRUR 2005, 166 – *Puppenausstattungen*).
- Neuheit im patentrechtlichen Sinne oder Individualität im urheberrechtlichen Sinne sind nicht erforderlich.
- Die wettbewerbliche Eigenart kann entfallen, wenn die betreffenden Merkmale nicht mehr einem Hersteller zugeordnet werden, z.B. weil sie üblich werden oder weil der betreffende Hersteller sie unter einer Zweitkennzeichnung verwendet (BGH GRUR 2021, 1544 – Kaffeebereiter)
- **Wechselwirkung** zwischen Eigenart und Unlauterkeitskriterien: Je höher die Eigenart, desto geringer die Anforderungen an die zusätzlichen Unlauterkeitsmerkmale.

Unlauterkeitskriterien I: Vermeidbare Herkunftstäuschung (§ 4 Nr. 3a)

- **Vermeidbare Herkunftstäuschung = (1) Herkunftstäuschung, die (2) vermeidbar ist.**
- **Herkunftstäuschung:** Produktgestaltung oder -kennzeichnung muss die Gefahr hervorrufen, dass ein durchschnittlich aufmerksames und informiertes Mitglied der angesprochenen Verkehrskreise das Produkt zum Kaufzeitpunkt dem Anspruchsteller zuordnet.

- Das Produkt muss eine gewisse Bekanntheit haben und es müssen gerade die unterscheidungskräftigen Komponenten nachgeahmt worden sein (BGH GRUR 2005, 600, 603 – *Handtuchklemmen*).
- Maßgeblich ist das Leitbild des angemessenen aufmerksamen und informierten Mitglieds der abgesprochenen Verkehrskreise (§ 3 IV). Das können Endverbraucher, aber auch Fachleute sein. Wenn sowohl Händler als auch Käufer angesprochen werden, darf bei keinem der beiden Kreise eine Herkunftstäuschung vorliegen.
- Ebenso wie im Markenrecht wird unterschieden (guter Überblick in BGH GRUR 2021, 1544 – *Kaffeebereiter*) zwischen unmittelbarer und mittelbarer Herkunftstäuschung
 - unmittelbare Herkunftstäuschung: die angesprochenen Verkehrskreise halten das nachgeahmte Produkt für das Original
 - mittelbare Herkunftstäuschung / Herkunftstäuschung im weiteren Sinne (manchmal als Synonym gebraucht, manchmal unterschieden): die angesprochenen Verkehrskreise nehmen wirtschaftliche Beziehungen zwischen beiden Parteien, nehmen z.B. an, dass das nachgeahmte Produkt von einem Lizenznehmer hergestellt wird. Dafür müssen aber besondere Anhaltspunkte vorliegen.
- Die Täuschung muss zum Kaufzeitpunkt vorliegen. Beispiel (BGH GRUR 1985, 876 – *Tchibo/Rolex I*): spätere Täuschung Dritter, wenn Käufer das nachgeahmte Produkt benutzt („post-sale confusion“), fällt allenfalls unter lit. b.
- Problem: Aufgrund des Wechselwirkungsprinzips neigt die Rechtsprechung dazu, bei identischer Übernahme origineller Produkte die Herkunftstäuschung zu vermuten und damit de facto Designschutz zu bieten. Beispiele: BGH GRUR 2006, 79 – *Jeans I*: Nachahmung einer Jeans (links das Original, rechts die Nachahmung).



- Gegenbeispiel: BGH GRUR 2007, 795 – *Handtaschen*, keine Herkunftstäuschung bei Nachahmung einer Luxushandtasche, die sich vom Original sichtbar unterscheidet.
- **Vermeidbarkeit:** Der Nachahmer muss alle Erforderliche unternehmen, um Herkunftstäuschungen auszuschließen. Oft reicht eine hinreichend deutliche abweichende Kennzeichnung (Beispiele: BGH GRUR 2001, 443 – *Viennetta*). Wenn aber Abnehmer trotz der abweichenden Kennzeichnung getäuscht werden können, lässt sich die Herkunftstäuschung möglicherweise nur durch abweichende Produktgestaltung vermeiden (Beispiel: der *Jeans*-Fall).
- Die Übernahme von Merkmalen, die dem **freizuhaltenden Stand der Technik** angehören und der angemessenen Lösung einer technischen Aufgabe dienen, kann nicht ohne weiteres als wettbewerbsrechtlich unlauter angesehen werden. Der Nachahmer muss das Produkt ausreichend kennzeichnen, eine verbleibende Herkunftstäuschung ist hinzunehmen (Beispiel: BGH GRUR 2012, 58 – *Seilzirkus*, BGH GRUR 2017, 1135 – *Leuchtballon*). Allerdings ist die Rspr. bei identischen oder fast identischen Nachahmungen strenger (BGH GRUR 2015, 909 – *Exzenterzähne*, BGH GRUR 2017, 734 – *Bodendübel*). Problematisch, weil so technische Gestaltungen nach Ablauf des Patents monopolisiert werden. Auch hier sollte eine angemessene Kennzeichnung ausreichen.

Unlauterkeitskriterien II: unangemessene Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung (§ 4 Nr. 3b)

- **Unlautere Rufausnutzung / -beeinträchtigung = (1) Ausnutzung / Beeinträchtigung der Wertschätzung des nachgeahmten Produkts, die (2) unlauter ist.**
- Rechtspolitisch fragwürdig und in anderen Rechtsordnungen nicht vorhanden. Die gängigen Begründungen des geistigen Eigentums (Investitionsanreiz, Persönlichkeitsrechte, Markttransparenz) rechtfertigen den Schutz vor Rufausbeutung nicht ohne Weiteres. Daher nicht zu weit auslegen!
- **Ausnutzung der Wertschätzung (§ 4 Nr. 3b, 1. Alt.)**
 - Bestehen eines guten Rufs: Das nachgeahmte Produkt muss bei den angesprochenen Verkehrskreisen bekannt sein und Wertschätzung genießen. Beispiele: Image von Qualität oder Luxus,
 - **Ausnutzung = Imagetransfer:** Transfer des positiven Images auf das nachgeahmte Produkt, etwa indem nach dem Kauf die Allgemeinheit glaubt, das Produkt sei „echt“. Beispiel: Verkauf von Rolex-Nachahmungen bei Tchibo (BGH GRUR 1985, 876 – *Tchibo/Rolex I*).
 - Gegenbeispiel 1: keine Rufausnutzung, wenn sowohl Käufer als auch die Allgemeinheit die Unterschiede zwischen Original und Nachahmung deutlich erkennen (BGH GRUR 2007, 795 – *Handtaschen*).
 - Gegenbeispiel 2: kein Imagetransfer, wenn Originalhersteller und Nachahmer gleichermaßen einen guten Ruf genießen (BGH GRUR 2022, 160 – *Flying V* = Übungsfall)
- **Beeinträchtigung der Wertschätzung (§ 4 Nr. 3b, 2. Alt.)**
 - Gefahr, dass Wertschätzung des Produkts durch die Nachahmung beeinträchtigt wird, etwa durch Imitat schlechterer Qualität, durch geschmacklosen Zusammenhang (BGH GRUR 1994, 808 – *Markenverunglimpfung I*) oder durch Verwässerungsgefahr (= Gefahr, dass exklusives Image auf Dutzendware transferiert wird)
 - Darf aber nicht vorschnell aus dem naturgemäß niedrigeren Preis der Nachahmung gefolgert werden).
- **Unlauterkeit:** gesondert festzustellen!
 - (+), wenn die Anlehnung dem Nachahmer lediglich dazu dient, eigene Entwicklungs- oder Werbekosten zu sparen
 - (-), wenn die Nachahmung erforderlich ist, um auf einem bisher von einem Monopolisten beherrschten Markt tätig zu werden, um eine optimale technische Gestaltung zu übernehmen oder weil die Nachbildung wegen der Art der Produkte erforderlich ist (Beispiel: maßstabsgetreue Nachahmung bei Modellauto)

Unlauterkeitskriterien III: Unredliche Erlangung der Vorlage oder Kenntnisse (§ 4 Nr. 3c)

- Beispiel: Ausspähen von Konstruktionszeichnungen
- Problem: Das **GeschäftsgeheimnisG**, das auf der GeschäftsgeheimnisRL beruht, ist **vorrangig**. Deshalb wäre § 4 Nr. 3c besser gestrichen worden, ist jedenfalls im Einklang mit der GeschäftsgeheimnisRL auszulegen und darf zu keinen anderen Ergebnissen führen als die Anwendung von §§ 2-5 GeschGehG. Methodisch ist es vertretbar, in seinem Anwendungsbereich das GeschGehG als *lex specialis* anzusehen oder § 4 Nr. 3c parallel anzuwenden, aber im Licht des GeschGehG auszulegen.

Schutzdauer und Rechtsfolgen

- Keine klare Begrenzung der Schutzdauer:
 - Grundsätzlich besteht Schutz, solange das Unlauterkeitsmerkmal besteht
 - Nach h.M. keine Auswirkung der immaterialgüterrechtlichen Schutzfristen, dagegen: wenn ein Recht des geistigen Eigentums abgelaufen ist, sollten an die „Vermeidbarkeit“ der Herkunftstäuschung oder die „Unangemessenheit“ der Ausnutzung strengere Anforderungen gestellt werden.
- Nach Rspr. steht hier der Individualrechtsschutz so sehr im Vordergrund, dass § 8 III teleologisch zu reduzieren ist: **Nur der betroffene Mitbewerber und der allein Vertriebsberechtigte sind aktivlegitimiert.**
- Die Rechtsfolgen bei unlauterer Nachahmung sind weitgehend an diejenigen des Immaterialgüterrechts angeglichen:
 - Aktivlegitimation (s.o.)
 - dreifache Schadensberechnung
 - Auskunftsansprüche über § 242 BGB
 - Grundsatz der Erschöpfung

cc) Unmittelbarer Leistungsschutz (§ 3 I)?

Verhältnis zum Immaterialgüterrecht

- Über §§ 4 Nr. 3; 3 I UWG dürfen Wertungen des Immaterialgüterrechts nicht überspielt werden. Beispiel: Kein UWG-Nachahmungsschutz technischer Erzeugnisse nach Ablauf der Schutzdauer eines Patents.
- Die Rechtsprechung beherzigt das aber nur eingeschränkt.
 - Technische Schutzrechte: selbst früherer Patentschutz schließt Anspruch aus § 4 Nr. 3 nicht aus, bei nahezu identischer Nachahmung wird die Herkunftstäuschung vermutet (BGH GRUR 2015, 909 – Exzenterzähne).
 - Markenrecht: Zwar wurde der frühere „Vorrang des Markenrechts“ als allgemeiner Grundsatz aufgegeben, §§ 14 II 1 Nr. 3; 15 III bleiben aber gegenüber dem UWG vorrangig, darüber hinaus unklar, in welchem Maße Kennzeichen, die nicht den Voraussetzungen der §§ 3-5 MarkenG genügen, wettbewerbsrechtlichen Schutz genießen können.
 - Designrecht: trotz Möglichkeit des Schutzes als nicht eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmusters nach Ansicht des BGH keine Subsidiarität (BGH GRUR 2006, 79 – *Jeans I*). Theoretisch richtig, aber die Vermutung der Herkunftstäuschung bei (fast) identischer Nachahmung führt zu „Designschutz durch die Hintertür“.
- Der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit und die Konzeption des § 4 Nr. 3 UWG sind aus verschiedenen Gründen problematisch:
 - Der angebliche Wesensunterschied zwischen UWG-Nachahmungsschutz und Immaterialgüterrecht besteht kaum, da die Rechtsprechung wesentliche Elemente des Immaterialgüterrechts übernommen hat (Klagebefugnis nur des Verletzten, dreifache Schadensberechnung, etc.).
 - Das Dogma, es werde „nur“ UWG-Schutz geboten, birgt die Gefahr, dass die Subsidiarität gegenüber dem Marken- und Designrecht nicht strikt geprüft wird.
 - Bei schutzwürdigen Leistungen hat die Rechtsprechung immer wieder Unlauterkeitsmerkmale vorgeschoben.

Leitlinien für eine sachgerechte Abgrenzung

- Geistiges Eigentum immer zuerst prüfen!
- Wenn Verletzung (+),
 - dann jedenfalls kein UWG-Anspruch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs (§ 3a, dazu näher unten) wegen der bloßen Schutzrechtsverletzung, weil das Immaterialgüterrecht Voraussetzungen und Rechtsfolgen abschließend bestimmt.
 - Bei Vorliegen zusätzlicher Begleitumstände trotzdem § 4 Nr. 3 zusätzlich prüfen.
- Wenn Verletzung (-): Gründe für die Versagung immaterialgüterrechtlichen Schutzes dürfen nicht unterlaufen werden.
 - Kein Schutz der technischen Lehre nach Ablauf des Patents, aber evtl. Schutz des äußeren Erscheinungsbilds, auch wenn technisch veranlasst, dabei aber Prüfung der Vermeidbarkeit in § 4 Nr. 3a und der Unangemessenheit in § 4 Nr. 3b im Lichte der Freiheit des Standes der Technik
 - Kein reiner Schutz des Erscheinungsbilds nach Ende der Design-Schutzfrist → Herkunftstäuschung bzw. Rufausnutzung müssen wirklich vorliegen und dürfen nicht aufgrund der Nachahmung vermutet werden
 - Nicht aus § 2 II UrhG wettbewerbliche Eigenart und aus Vervielfältigung unlautere Nachahmung ableiten.
- Leitlinie für § 4 Nr. 3 UWG (str.): Der Vertrieb des nachgeahmten Produktes muss in lauterer Weise möglich bleiben
 - § 4 Nr. 3a: Etikettierung
 - § 4 Nr. 3b: Vermeidung der Rufausnutzung

Unmittelbarer Leistungsschutz?

- § 4 Nr. 3 gewährt mittelbaren Nachahmungsschutz: kein Schutz gegen die Nachahmung als solche, Anknüpfung an Unlauterkeitsmerkmale
- Frage: Kann auch die Nachahmung als solche auf der Grundlage des § 3 I verboten werden? Spannungsverhältnis zwischen Grundsatz der Nachahmungsfreiheit und intuitivem Gefühl, dass das „Pflügen mit fremdem Kalbe“ (*Lobe*, MuW XVI (1916-17) 129) unlauter ist.
- Rechtsprechung vor 2004: Auf der Grundlage der Generalklausel können Lücken des geistigen Eigentums geschlossen werden. Diese Lückenfüllung hat die Rechtsprechung teilweise offen vorgenommen (Paradebeispiel: BGH GRUR 1973, 478 – *Modeneuheit*), teils mit Unlauterkeitsmerkmalen wie der Herkunftstäuschung kaschiert.
- Meinungsstand zum UWG 2004/2008
 - Ansicht 1: Rspr. (BGH GRUR 2011, 436 – *hartplatzhelden.de*; BGH GRUR 2016, 725 – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm II*) unmittelbarer Leistungsschutz auf der Grundlage des § 3 I kommt in Betracht, aber nur, wenn das geistige Eigentum nicht hinreichenden Schutz bietet und andernfalls ein Marktversagen droht.
 - Ansicht 2 (wohl h.L.): Die Regelung des mittelbaren Nachahmungsschutzes in § 4 Nr. 3 schließt einen unmittelbaren Nachahmungsschutz aus. Doch können die Voraussetzungen des § 4 Nr. 3 großzügig ausgelegt werden.
 - Ansicht 3: Wie 1, aber strenge Auslegung des § 4 Nr. 3, Ausschluss des Nachahmungsschutzes, wenn die Unlauterkeitsmerkmale nicht *wirklich* vorliegen.

- Ansicht 4 (etwa *Fezer* GRUR 2009, 451): Der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit ist ungerechtfertigt, jeder Ausbeutung fremder Leistungen haftet etwas Unlauteres an. UWG und geistiges Eigentum stehen unabhängig nebeneinander.
- Stellungnahme: Der BGH hat Recht, allerdings sollten zusätzlich die Voraussetzungen des § 4 Nr. 3 nicht erweiternd ausgelegt werden. Insbesondere sollte sich die Herkunftstäuschung nach dem unter § 5 geltenden Verbraucherleitbild richten. Außerdem ist eine erlaubte Nachahmung für sich genommen noch keine Behinderung.
- Fall zur Diskussion: BGH GRUR 2016, 725 – Pippi-Langstrumpf-Kostüm II.
- Weiterführend: *Ohly*, GRUR 2010, 487.

e) Unlautere Behinderung (§ 4 Nr. 4 UWG)

Lit.: *Beater*, WRP 2011, 7 ff.

Übungsfall (nach BGH GRUR 2009, 173 m. Anm. *Heermann – bundesligakarten.de*)

Der FC Bayern München verbietet Käufern seiner Bundesligatickets per AGB den Weiterverkauf an gewerbliche Käufer. B betreibt die Website www.bundesligakarten.de. Auf dieser Website sind u.a. Karten für FCB-Heimspiele zu Preisen erhältlich, die weit über den offiziellen Eintrittspreisen liegen. Diese Karten erwirbt B entweder direkt vom FC Bayern, ohne sich als gewerblicher Käufer zu erkennen zu geben, oder von Privatpersonen, die er mit Hilfe von Zeitungsannoncen ermittelt. Ansprüche des FC Bayern?

aa) Allgemeine Grundsätze

Behinderung und freier Wettbewerb

- Ursprung: *Benrather Tankstellenfall* (1930), im Anschluss an *Nipperdey* unterscheidet das RG zwischen Leistungs- und Behinderungswettbewerb. Hintergrund: Erfolg im Wettbewerb soll Ergebnis der eigenen Leistung sein, nicht der Behinderung von Konkurrenten. Sportmetapher: Den Wettlauf soll gewinnen, wer am schnellsten läuft, nicht, wer anderen ein Bein stellt.
- Problem: Eine Beeinträchtigung der Erfolgsaussichten von Mitbewerbern ist dem Wettbewerb immanent. Beispiel: Wer seinem Konkurrenten Kunden abwirbt, behindert ihn (möglicherweise sogar gezielt), tut aber genau das, was er als Unternehmer tun muss und soll. Der Begriff der „Behinderung“ ist also wenig trennscharf und bedarf zusätzlicher Wertungen

Voraussetzungen

Prüfungsschema (einzubauen in das allgemeine Prüfungsschema, s. oben II 1)

1. Voraussetzungen der §§ 3, 4 Nr. 4 UWG
 - a) Geschäftliche Handlung (§ 2 I Nr. 2 UWG)
 - b) Unlauterkeit (§ 3 I) gem. § 4 Nr. 4 UWG
 - aa) Betroffener = Mitbewerber (§ 2 I Nr. 4)
 - bb) Behinderung
 - cc) Unlauterkeit, wenn entweder
 - (1) Behinderungs-/Verdrängungszweck oder
 - (2) Betroffener eigene Leistungen nicht mehr angemessen zur Geltung bringen kann + Interessenabwägung
2. Aktivlegitimation: nach h.M. Einschränkung auf Mitbewerber (§ 2 I Nr. 4 UWG), Ausschluss der Verbandsklage (§ 8 III Nr. 2-4 UWG)

- § 4 Nr. 4 konkretisiert die Unlauterkeit i.S.d. § 3 I, daher muss eine **geschäftliche Handlung** vorliegen. § 4 Nr. 4 erfasst nur die Behinderung, die eine geschäftliche Handlung (§ 2 I Nr. 2) darstellt, nicht hingegen Handlungen zu gesellschaftlichen oder politischen Zwecken, Beispiel: politisch motivierter Boykottaufruf.

- Problem: Der Wortlaut ist äußerst unbestimmt, daher ist hier die Rechtsprechung von besonderer Bedeutung.

Wichtige Ergänzung zum nichtssagenden Wortlaut des § 4 Nr. 4 ist diese **Standardformel des BGH** (BGH GRUR 2021, 497 Rn. 51 – *Zweitmarkt für Lebensversicherungen*, Hervorhebung hinzugefügt)

Nach § 4 Nr. 4 UWG handelt unlauter, wer Mitbewerber gezielt behindert.

Eine **unlautere Behinderung** von Mitbewerbern setzt eine Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten der Mitbewerber voraus, die über die mit jedem Wettbewerb verbundene Beeinträchtigung hinausgeht und bestimmte Unlauterkeitsmerkmale aufweist.

Unlauter ist die Beeinträchtigung im Allgemeinen dann, wenn **gezielt** der **Zweck** verfolgt wird, Mitbewerber an ihrer Entfaltung zu hindern und sie dadurch zu verdrängen, **oder** wenn die Behinderung dazu führt, dass die beeinträchtigten Mitbewerber ihre **Leistung am Markt durch eigene Anstrengung nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen können**. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, lässt sich nur aufgrund einer **Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Interessen** der Mitbewerber, Verbraucher und sonstiger Marktteilnehmer sowie der Allgemeinheit beurteilen.

- **Betroffener = Mitbewerber (§ 2 I Nr. 4)**. Der BGH hat (GRUR 2021, 497 Rn. 51 – *Zweitmarkt für Lebensversicherungen*) klargestellt, dass der Mitbewerberbegriff des § 2 I Nr. 4 überall im UWG gleichermaßen gilt (Ausnahme: § 6 I, der auf der WerbeRL beruht)
- **Behinderung** = Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten der Mitbewerber, die über die mit jedem Wettbewerb verbundene Beeinträchtigung hinausgeht und bestimmte Unlauterkeitsmerkmale aufweist.
- **Unlauterkeit**
 - Abgrenzung über den Begriff „gezielt“? Der Wortlaut scheint dafür zu sprechen, dass Absicht erforderlich ist. Anders aber Rspr. und h.M.: Neben der absichtlichen Behinderung ist auch eine Handlung unlauter, bei der der Betroffene seine Leistungen nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen kann + Interessenabwägung.
 - Begründung: § 4 Nr. 4 sollte bei Einführung des § 4 Nr. 10 UWG 2004 lediglich die frühere Rechtsprechung kodifizieren (historische Auslegung), außerdem wollte der Gesetzgeber alle wesentlichen Fallgruppen des Mitbewerberschutzes in § 4 zu regeln (systematisches Argument).
 - Also **Vorsicht: Der Begriff „gezielt“ ist sehr irreführend**. Der BGH spricht inzwischen **nicht mehr von der „gezielten“, sondern von der „unlauteren“ oder „unangemessenen“ Behinderung**.
 - Daher gilt ein **2-Stufen-Test der Rechtsprechung** (Vorsicht, das verkennen viele Studierende!). Unlauterkeit, wenn
 - (1) Zweck verfolgt wird, Mitbewerber zu behindern oder zu verdrängen, oder
 - (2) Mitbewerber die eigene Leistung nicht mehr angemessen zur Geltung bringen kann und eine Interessenabwägung die Unlauterkeit ergibt.
- Mögliche Kriterien im Rahmen der Interessenabwägung
 - Wertungen der Grundrechte
 - Erheblichkeit der Nachteile

- Wettbewerbskonformität der Praxis
- Möglichkeiten des Betroffenen, sich selbst zu helfen
- § 4 Nr. 4 ist **generalklauselartig formuliert** und damit der abstrakteste Beispielstatbestand in § 4 → erhebliche Bedeutung der Konkretisierung durch Rechtsprechung
 - Schwierigkeit: In der Rechtsprechung wird häufig zunächst betont, dass eine bestimmte Handlung grundsätzlich nicht unlauter ist. Die anschließend geprüften Unlauterkeitskriterien beruhen aber oft auf dem jeweiligen Einzelfall und sind schlecht auf allgemeine Prinzipien zurückzuführen.
 - Keine allgemein anerkannte Fallgruppensystematik. Mögliche Einteilung: Betriebsstörung (greift in den Bestand des Betriebes ein) oder Absatzbehinderung (beeinträchtigt Werbung und Absatz). Die hier aufgeführten Fallgruppen sind nur einige Beispiele von vielen. Tipp für Seminararbeiten und die Praxis: Fallgruppen der Rechtsprechung im Kommentar nachlesen!
- Methodischer Tipp:
 - Wenn es eine einschlägige Fallgruppe gibt: „Fallgruppennorm“, also vom BGH entwickelten Grundsatz anwenden
 - Wenn es keine Fallgruppe, aber verwandte Fälle gibt: Fälle vergleichen und Wertung ggf. übertragen
 - Wenn es keins von beiden gibt (oder Ihnen in der Klausur keins von beiden bekannt ist): Direkt unter den Zweistufentest des BGH subsumieren
 - Fallbezogen argumentieren, dabei alle Umstände des Einzelfalls auswerten, Interessen der Parteien benennen, gewichten und abwägen.
- **Rechtsfolge** über § 3 I: Unterlassung / Beseitigung (§ 8) und Schadensersatz (§ 9). Weil § 4 Nr. 4 nur dem Mitbewerberschutz dient, ist § 8 III nach h.M. teleologisch zu reduzieren: **Aktivlegitimiert ist nur der betroffene Mitbewerber.**

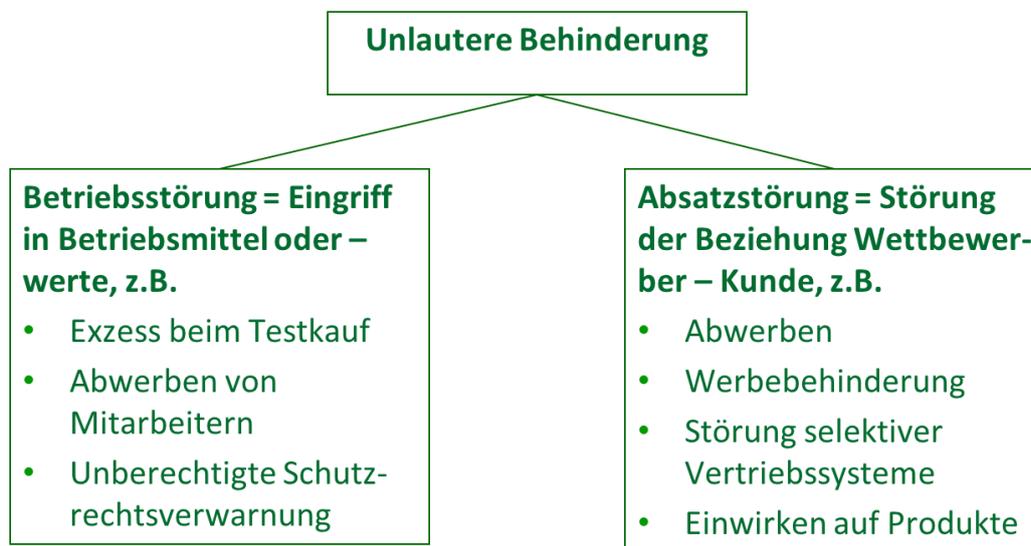
Unionsrechtlicher Rahmen

- Da § 4 Nr. 4 dem Mitbewerberschutz dient, wird er von der UGP-RL nicht unmittelbar berührt.
- Müssen immerhin die Wertungen der UGP-RL so berücksichtigt werden, dass eine Handlung gegenüber Verbrauchern nur dann als Behinderung des Konkurrenten gilt, wenn auch unlauter auf den Verbraucher eingewirkt wird (Beispiel: Verleitung eines Verbrauchers zum Vertragsbruch)?
 - Dagegen (*Ohly/Sosnitza*, § 4 Rn. 4/5, 28a): UGP-RL lässt Mitbewerberschutz unberührt. Viele Schädigungen von Mitbewerberinteressen resultieren aus verbrauchergerichteten Handlungen.
 - Dafür (*Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 4 Rn. 4.36a, *Scherer*, WRP 2009, 518 ff.): Mittelbar geht es doch um Verbraucherschutz, z.B. um den Schutz des Verbrauchers vor Schadensersatzforderungen. Sind die Wertungen der UGP-RL zu berücksichtigen.
- Schwer systematisch einzuordnen ist die Richtlinie (EU) 2019/633 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette, umgesetzt im Gesetz zur Stärkung der Organisation und Lieferketten im Agrarbereich
 - Soll Landwirte und andere kleine Unternehmen in Konflikten mit großen Vertriebsketten schützen.

- Beispiel nach Website des BMEL: Bezahlung für 30 Paletten Salatköpfe lässt auf sich warten und die Bestellung von weiteren 20 Paletten wird über Nacht storniert.
- Nach der Terminologie Lauterkeitsrecht, nach der Systematik des deutschen Rechts eher Kartellrecht.

Verhältnis zum Kartellrecht

- Die Behinderung kann auch einen kartellrechtlich relevanten Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen (§§ 19 II Nr. 1 GWB; Art. 102 I AEUV).
- Grundsätzlich sind GWB und §§ 4 Nr. 4, 3 I UWG parallel anwendbar.
- § 4 Nr. 4 setzt keine marktbeherrschende Stellung voraus, ist aber außerhalb der kartellrechtlichen Tatbestände restriktiv anzuwenden, damit die Wertungen des Kartellrechts nicht unterlaufen werden: Unlauterkeit nur, wenn zusätzliche, im Kartellrecht nicht berücksichtigte Umstände vorliegen.
- Tendenzen, das UWG in kartellrechtsnahen Bereichen fruchtbar zu machen, wenn das Kartellrecht noch nicht eingreift:
 - Lieferketten-RL (s.o.) als Grenzgänger zwischen UWG und Kartellrecht
 - Geplanter Digital Markets Act zur Plattformregulierung, der besondere Pflichten für marktmächtige „Gatekeeper“ (wie Google, Amazon, Meta etc.) vorsieht
 - § 4 Nr. 4 UWG als Grundlage eines Zugangsanspruchs zu vertraulichen und technisch geschützten industriellen Daten?
 - Bisher noch sehr ungeklärt, Gefahr, dass man denselben methodischen Fehler macht wie beim Unterlaufen der Grenzen des Immaterialgüterrechts auf der Basis des § 4 Nr. 3 UWG



bb) Betriebsstörung

Grundsatz

- Zerstörung oder Beschädigung der Betriebsmittel (Gebäude, Waren Daten) eines Konkurrenten ist unlauter.

- Auch der Geschäftsruf genießt den Schutz des UWG, vorrangig sind aber Spezialnormen: gegen Beeinträchtigung §§ 6 II; 4 Nr. 1, 2; gegen Ausbeutung des MarkenG und § 4 Nr. 3.
- Meist ist die Störung eines fremden Betriebs Nebenfolge des Strebens nach eigenem Vorteil. Nach dem „Zweistufentest“ ist daher in diesem Fall eine umfassende Interessenabwägung erforderlich.
- Beispiel: Ein Testkauf ist grundsätzlich erlaubt, Grenze zur Unlauterkeit ist aber überschritten, wenn erhebliche Belästigung (BGH GRUR 2007, 802 – *Testfoto III*), z.B. wenn Kunden abgewimmelt werden oder der Testkäufer als agent provocateur Mitarbeiter hereinlegt.

Abwerben von Mitarbeitern

- Grundsätzlich ist das Abwerben von Mitarbeitern eines Konkurrenten (auch das systematische) erlaubt, ausnahmsweise kann es aber eine unlautere Behinderung darstellen. Der betroffene Mitbewerber kann sich durch die Vereinbarung von Wettbewerbsverboten schützen.
- Mögliche Unlauterkeitskriterien:
 - Abwerben von Beschäftigten, die gar nicht benötigt werden.
 - Abwerbung mit dem Zweck, Betriebsgeheimnisse auszuspähen, dabei aber schwierige Abgrenzung zwischen der erlaubten Nutzung von Erfahrungswissen und dem Ausspähen von Geheimnissen.
 - Gezieltes Verleiten zum Vertragsbruch (nicht jedoch: bloßes Ausnutzen eines Vertragsbruchs, BGH GRUR 2007, 800 – *Außendienstmitarbeiter*), doch ist mittlerweile str., ob diese Fallgruppe noch berechtigt ist (s. zum Meinungsstand *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 4 Rn. 4.36a, *Scherer*, WRP 2009, 518 ff)
 - Darf ein Headhunter einen Arbeitnehmer an seinem Arbeitsplatz anrufen? Differenzierend (Anruf nur zur ersten Kontaktaufnahme zulässig) in BGH GRUR 2004, 696 – *Direktansprache am Arbeitsplatz I*.

Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung

- Die (vorprozessuale, vgl. § 13) Abmahnung von Mitbewerbern oder die Verwarnung von Kunden eines Mitbewerbers wegen der angeblichen Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums (Patente, Kennzeichenrechte, Urheberrechte, etc.) ist einerseits legitime Verfolgung eigener Rechte, setzt aber andererseits den Mitbewerber einem Dilemma aus: Einstellung der Produktion oder Gefahr eines Prozesses mit der Folge von Schadensersatzansprüchen. Daher Verteilung des Risikos: Die berechtigte Schutzrechtsverwarnung ist erlaubt, die unberechtigte kann Schadensersatzansprüche auslösen.
- Erscheinungsformen:
 - Verwarnung des Konkurrenten selbst (Herstellerverwarnung)
 - Verwarnung von dessen Kunden (Abnehmerverwarnung), gefährlicher als die Herstellerverwarnung, weil der Geschäftsruf in der Öffentlichkeit leidet und Abnehmer möglicherweise die Bezugsquelle wechseln.
- Aus historischen Gründen wendet der BGH **§ 823 I BGB** (Verletzung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs) an. Dagegen: Vorrang des UWG bei bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses. Es besteht selbst bei der Abnehmerverwarnung, weil zwischen Unternehmen verschiedener Vertriebsstufen ein Wettbewerbsverhältnis bestehen kann. Deshalb

nach h.L die Herstellerverwarnung Fall des § 4 Nr. 4, die Abnehmerverwarnung fall des § 4 Nr. 1 oder 2.

- Voraussetzungen:
 - **Schutzrechtsverwarnung** (moderner: **Abmahnung wegen Verletzung geistigen Eigentums**) = bestimmte Aufforderung an anderen Unternehmer, behauptete Verletzung eines Immaterialgüterrechts zu unterlassen (Gegenbegriff: Berechtigungsanfrage), dagegen ist die Abmahnung wegen eines UWG-Verstoßes grundsätzlich nicht unlauter
 - **unberechtigt** = Verletzung liegt nicht vor (z.B. Schutzrecht unwirksam, Verletzungstatbestand nicht erfüllt, Schranken greifen ein).
 - Zusätzliche Voraussetzung einer **Interessenabwägung** (wie unter § 4 Nr. 4 oder Nr. 1 UWG und beim Eingriff in den Gewerbebetrieb unter § 823 BGB regelmäßig erforderlich)? Nach der Rechtsprechung (-). Daran Kritik: Die Schutzrechtsverwarnung kann auch berechtigte Rechtsdurchsetzung sein. Während eine unberechtigte Abnehmerverwarnung regelmäßig unzulässig ist, streiten sich bei einer Herstellerverwarnung zwei Parteien auf Augenhöhe – das spricht für eine Interessenabwägung.
 - **Verschulden** (erforderlich für Schadensersatzanspruch): Vorsatz oder Fahrlässigkeit, dabei gehört Einholen fachkundigen Rats zur Sorgfaltspflicht. Unterschiedliche Rechtsprechung des I. Zivilsenats (Marken) und des X. Zivilsenats (Patente) zur Frage, ob man sich auf den Bestand eines geprüften Schutzrechts verlassen darf.
- **Rechtsfolge**
 - Unterlassung (§ 8 I, III Nr. 1), aber nur gegen vorprozessuale Abmahnung, nicht gegen Klageerhebung (Recht zur prozessualen Geltendmachung eigener Rechte darf nicht genommen werden)
 - Schadensersatz (§ 9 I): Kosten der Rechtsverteidigung, aber auch Gewinnausfall, wenn Produktion oder Vertrieb unterbrochen wurden.

Ausbeutung fremder Leistungen als Fallgruppe des § 4 Nr. 4?

- Während unter § 1 UWG 1909 teilweise die Ausbeutung fremder Leistungen als eigene Fallgruppe angesehen wurde, fehlt sie im Katalog des § 4.
- Mögliche Fälle: Nachahmung von Produkten oder Kopie von Werken außerhalb des § 4 Nr. 3, Nutzung fremder Kennzeichen außerhalb des Markenrechts
- „Rettung“ als Fallgruppe des § 4 Nr. 4?
 - Ansicht 1 (tendenziell Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 4 Rn. 4/82): Wer fremde Leistungen ausbeutet, behindert den betroffenen Konkurrenten, weil er dessen Leistungen ohne eigene Anstrengungen übernimmt und daher billiger anbieten kann.
 - Ansicht 2 (z.B. Ohly, GRUR 2010, 487, 494): Die Nutzung fremder Leistungen ist nicht per se unlauter, sondern grundsätzlich wettbewerbskonform, sofern keine Rechte des geistigen Eigentums verletzt werden und keine besonderen Unlauterkeitsmerkmale vorliegen (vgl. § 4 Nr. 3). Vor allem ein Schutz gegen Produktnachahmung auf der Basis des § 4 Nr. 4 droht den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit und die Grenzen des geistigen Eigentums zu unterlaufen.
 - Der BGH hält § 4 Nr. 4 auch in Fällen der Produktnachahmung für anwendbar, lässt aber die reine Ausnutzung fremder Leistungen oder die Nachahmung fremder Produkte auch bei Preisunterbietung nicht ausreichen (BGH GRUR 2017, 79 – Segmentstruktur m. Anm. Ohly). Allerdings soll eine Behinderung beim systematischen

Nachbau von Produkten in Betracht kommen (BGH GRUR 2019, 196, Rn. 32 – *Industrienähmaschinen*). Kritik: Das unterläuft den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit – wenn die Nachahmung erlaubt ist, warum darf sie dann nicht systematisch erfolgen?

cc) Absatzstörung

Abwerben von Kunden

- Klassisches Beispiel des für § 4 Nr. 4 typischen Regel- Ausnahmeverhältnisses: Grundsätzlich ist das Abwerben von Kunden erlaubt (darum geht es im Wettbewerb ja gerade!), ausnahmsweise kann es aber eine Behinderung darstellen.
- Häufig Differenzierung zwischen Abfangen (Werbender drängt sich zwischen Kunden und Mitbewerber, z.B. durch Werbung vor dem Geschäftsbetrieb des Konkurrenten) und Abwerben (Bemühen um vertraglich bereits gebundene Kunden).
- Unlauter ist die Einwirkung auf Kunden, die gegen §§ 4a, 5, 5a, 7 verstößt, str., ob daneben noch § 4 Nr. 4 zur Anwendung kommt, um speziell den Aspekt der Mitbewerberbehinderung zu betonen. Beispiel (BGH GRUR-RR 2012, 312 – *Parkplatzservice*): Betreiber eines Parkplatzservice gibt sich bei Kunden, die im Internet gebucht haben, fälschlich als Konkurrent aus.
- Werbung in **räumlicher Nähe zum Konkurrenten**: Frühere strenge Beurteilung ist liberalerer Haltung gewichen, Beispiel: Verteilung von Handzetteln vor Geschäft des Konkurrenten nicht per se unlauter (BGH GRUR 1986, 547 – *Handzettelwerbung*). Keine wettbewerbsfreie Zone außerhalb des eigenen Geschäftsbetriebs, sofern nicht §§ 4a, 5, 7 (Letzteres etwa beim persönlichen Ansprechen von Kunden, BGH GRUR 2004, 699 - *Ansprechen in der Öffentlichkeit*) eingreifen.
- Verboten ist das **Verleiten zum Vertragsbruch** (inzwischen str., s.o.), nicht hingegen die Hilfe bei erlaubter Kündigung (BGH GRUR 2005, 603, 604 – *Kündigungshilfe*) oder die Ausnutzung eines Vertragsbruchs.
- **Abfangen von Kunden im Internet und im Bereich der Telekommunikation?**
 - Keyword Advertising (z.B. bei Google Adwords) ist nicht gem. § 4 Nr. 4 unlauter, weil die Kunden Anzeigen als solche erkennen und frei entscheiden können, ob sie sie anklicken (BGH GRUR 2011, 828 – *Bananabay II*)
 - Typosquatting (= Nutzung von Tippfehler-Domains) ist unlauter (BGH GRUR 2014, 393 – *wetteronline.de*), wenn der Kunde nicht sogleich und unübersehbar auf den Umstand aufmerksam gemacht, dass er sich nicht auf der Internetseite befindet, die er aufrufen wollte. Daneben kommen markenrechtliche Ansprüche in Betracht.
 - Anmeldung generischer Second-Level-Domains ist kein unlauteres Abfangen von Kunden, sondern nur erlaubte Nutzung eines sich bietenden Wettbewerbsvorteils im Internet, kann aber im Einzelfall als irreführende Alleinstellungsbehauptung gegen § 5 I verstoßen (BGH GRUR 2001, 1036 – *mitwohnzentrale.de*).
 - Ungenehmigte Rufumleitung oder Portierung (Kündigung unter Mitnahme der Nummer) nach Widerruf durch den Kunden ist unlauter (BGH GRUR 2018, 317 – *Portierungsauftrag*)

Werbebehinderung

- Die gezielte Behinderung fremder Werbung ist unlauter, zB Abreißen von Plakaten, Störung des Internet-Auftritts.
- Aber Abwägung mit den Interessen des Handelnden. Beispiel: Die Einlösung von Rabattgutscheinen eines Konkurrenten mag dessen Werbung beeinträchtigen, sie ist aber Folge des legitimen Leistungswettbewerbs (BGH GRUR 2017, 92 – *Fremdcoupon-Einlösung*)
- Beispiel 1: Vertrieb eines Online-Werbeblockers ist keine eine unlautere Behinderung. Interesse der Kunden an Vermeidung aufdringlicher Werbung fällt ins Gewicht, Betroffene können sich im Internet durch technische Mittel wehren (BGH GRUR 2018, 1251 – Werbeblocker II)
- Beispiel 2: Der Betrieb eine Meta-Website (zB Websites, die alle Flugangebote im Internet auswerten) zielt nicht auf eine Behinderung des Wettbewerbers ab, im Rahmen der Interessenabwägung ist das Informationsinteresse des Kunden zu berücksichtigen (BGH GRUR 2014, 785 – Flugvermittlung im Internet m. Anm. Kianfar)

Produktbehinderung

- Die Einwirkung auf Produkte eines Mitbewerbers kann eine unlautere Behinderung darstellen. Die Einordnung unter die Fallgruppen „Betriebs-“ oder „Absatzstörung“ fällt schwer, ist aber auch nicht entscheidend.
- Unmittelbare Einwirkung → regelmäßig unlauter.
 - Beispiel 1: Beschädigung von Waren mit Absicht der Rufschädigung
 - Beispiel 2: Entfernung einer fremden Marke und Anbringung der eigenen (nach bisher hM mangels Benutzung keine Markenverletzung, anders jetzt aber EuGH GRUR 2018, 917 – *Mitsubishi/Duma*)
 - Beispiel 3: Beseitigung von Kontrollnummern (dazu näher unten beim selektiven Vertrieb)
- Bei mittelbaren Eingriffen besondere Bedeutung der Interessenabwägung
 - Beispiel: Unlautere Einwirkung auf ein Produkt des Konkurrenten durch Angebot von Bots, die ein Computerspiel beeinflussen dazu Schutzvorkehrungen unterlaufen, weil sie das Produkt unattraktiver machen (BGH GRUR 2017, 397 – World of Warcraft II)

Behinderung durch Kennzeichenverwendung

- Kennzeichenrecht ist weitgehend im MarkenG geregelt, s. insb. das absolute Schutzhindernis der **bösgläubigen Markenmeldung**, § 8 II Nr. 14 MarkenG
- **Ergänzendes Eingreifen von § 4 Nr. 4** bei Behinderung eines Mitbewerbers durch Markenregistrierung und/oder -benutzung im Ausnahmefall
 - Anmelden von Sperrzeichen, etwa Anmeldung einer im Ausland bekannten Marke, deren Inhaber sie im Inland bisher weder genutzt noch angemeldet hat? Grundsätzlich keine Markenanwartschaft, ausnahmsweise aber Unlauterkeit dann, wenn inländische Nutzung durch den Berechtigten beabsichtigt und der Anmelder das weiß oder wissen muss (BGH GRUR 2008, 621 – *AKADEMIKS*)
 - Anmeldung einer Marke zu Spekulationszwecken, sofern die Anmeldung ohne eigene Benutzungsabsicht und nur zu dem Zweck erfolgt, einen Dritten durch Abwehransprüche zum Kauf der Marke zu bewegen (BGH GRUR 2001, 242 – *Classe E*)

- Domain-Grabbing = Anmelden einer Internet-Domain, die dem Anmelder offensichtlich nicht zu steht, zum Zweck, den Berechtigten zum Kauf der Domain zu bewegen.

Selektive Vertriebssysteme

- **Selektives Vertriebssystem** = Vertrieb nur über ausgewählte Händler, die i.d.R. bestimmte Vorgaben erfüllen müssen. Beispiel: selektiver Vertrieb von Markenparfums durch Parfümerien, die bestimmten Anforderungen an Verkaufsfläche, Präsentation, Beratung, etc. erfüllen.
- Kartellrechtliches Problem: möglicher Verstoß gegen Art. 101 AEUV, §§ 1, 20 GWB
- Lauterkeitsrechtliches Problem: Schutz des Vertriebssystems gegen Verletzungen → Anspruch des Herstellers oder der vertragstreuen Händler gegen „Außenseiter“ = vertraglich nicht gebundene Dritte. Früher weitgehender Schutz bei gedanklicher und praktischer Lückenlosigkeit des Vertriebssystems, mittlerweile Anspruch nur noch bei Vorliegen besonderer Unlauterkeitskriterien.
- Voraussetzungen eines Anspruchs gegen den „Außenseiter“ aus §§ 8 I, 3 I, 4 Nr. 4:
 - (1) **kartellrechtliche Zulässigkeit** des selektiven Vertriebssystems, insbesondere berechtigtes Interesse und diskriminierungsfreie Realisierung und Durchführung
 - (2) **Unlauterkeit des Außenseiterhandelns** wegen
 - **Schleichbezug** = Täuschung der Händler über Kaufberechtigung oder
 - **Verleitung zum Vertragsbruch** oder
 - **Beseitigung von Kontrollnummern**
- Daneben kann die Beseitigung von Kontrollnummern Ansprüche auslösen wegen
 - Verletzung von Aufklärungspflichten (§ 5a)
 - Verstoß gegen gesetzliche Verpflichtung zu Kontrollnummern (z.B. aus Gründen der Produktsicherheit) (§ 3a i.V.m. Spezialnorm)
 - Markenverletzung wegen Weitervertriebs – keine Erschöpfung wegen § 24 II MarkenG!

Preisunterbietung

- Grundsätzlich ist die Preisunterbietung erlaubt (Grundsatz der Preisbildungsfreiheit), ausnahmsweise kann sie aber eine Behinderung darstellen.
- Insbesondere außerhalb des **§ 20 III GWB kein Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis** (= Preis für die Beschaffung der Ware).
- Mögliche Unlauterkeitskriterien:
 - Preisunterbietung in Verdrängungsabsicht (vgl. RGZ 134, 342 – *Benrather Tankstellenfall*)
 - Preisunterbietung durch Einsatz unlauterer Mittel (z.B. Täuschung der Kunden) ist regelmäßig nicht gem. § 4 Nr. 4, sondern nach dem jeweiligen Spezialtatbestand (bei Täuschung z.B. § 5) unlauter
 - Markenschädigung durch Preisunterbietung, hier ist aber meist § 14 II MarkenG vorrangig.

Boykottaufruf

- Konstellation: Der Auffordernde (Verrufer) fordert andere Unternehmen (Ausführer) zum Boykott eines Mitbewerbers (Verrufener/Boykottierter) auf.
- Überschneidung mit § 21 GWB, dabei besteht Anspruchskonkurrenz.

- Erste Frage: Wettbewerbshandlung? Fehlt z.B. bei Boykottaufruf durch Politiker, Gewerkschaften, Kirchen.
- Grundsatz: Boykottaufruf zu Wettbewerbszwecken ist unlauter, sofern nicht rechtfertigenden Umstände vorliegen.
- Rechtfertigung durch Art. 5 I GG bei Boykottaufruf wegen Anliegens von öffentlicher Bedeutung und Verhältnismäßigkeit des Boykottaufrufs, Beispiel: Aufruf einer Konzertagentur an andere Agenturen, eine rechtsradikale Band nicht auftreten zu lassen (LG Köln GRUR 1994, 741)

dd) Anhang: Die allgemeine Marktstörung

Bedeutung

- Die allgemeine Marktstörung war als Fallgruppe unter § 1 UWG 1909 anerkannt.
- Sie fällt nicht unter § 4 Nr. 4 UWG, weil die Zielrichtung auf einen bestimmten Mitbewerber fehlt, soll nach der Gesetzesbegründung aber unter § 3 UWG fortbestehen.
- Trotzdem Parallelen zur gezielten Behinderung: Verdrängung anderer Mitbewerber vom Markt ist nicht per se unlauter. Unlauterkeit nur bei Gefährdung des Wettbewerbsbestandes und aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände feststellbar.
- Wesentliche Fallgruppen:
 - Verschenken von Waren und Dienstleistungen, insbesondere: Verschenken von Presseerzeugnissen, inzwischen stark eingeschränkt durch BGH GRUR 2004, 602 – 20 Minuten Köln
 - systematische Verkäufe unter Einstandspreis, die zur Gefährdung des Wettbewerbs führen (BGH GRUR 1990, 685 – *Preiskampf*, für „Preiskrieg“ auf dem Kölner Schallplattenmarkt, fraglich, ob diese Rechtsprechung fortgilt)
- Problem: Kriterien unklar, angesichts einer Liberalisierung der Rechtsprechung ist schwer zu sagen, inwieweit die früheren Präjudizien noch gelten.
- Daher verbreitete (m.E. zutreffende) Kritik in der Literatur: Die Fallgruppe sollte aufgegeben werden, da frühere wesentliche Anwendungsbereiche mit der Liberalisierung des Lauterkeitsrechts nicht mehr vereinbar sind und da die Fallgruppe zu Zeiten eine Lückenbüßerfunktion erfüllte, als das Kartellrecht noch nicht den heutigen Stand aufwies. Der BGH hält zwar an der Fallgruppe fest (BGH GRUR 2010, 455 – *Stumme Verkäufer II*), hat aus ihr aber seit 2004 keiner Klage mehr stattgegeben.
- Parallele zu §§ 19, 20 GWB. Es herrscht Anspruchskonkurrenz.

f) Die „große“ Generalklausel (§ 3 I UWG)

Lit.: Alexander, WRP 2016, 411; Köhler/Bornkamm, § 3 Rn. 2.7 – 2.39

Grundlagen

- Zur Bedeutung von Generalklauseln im UWG s.o., II 4
- Im Referenten- und Regierungsentwurf zur UWG-Reform 2015 war ursprünglich neben dem § 3 II eine eigene Unternehmerngeneralklausel (§ 3 III) vorgesehen, § 3 I sollte auf die Scharnierfunktion (Verweis auf §§ 8 ff.) reduziert werden.
- Problem: Im Entwurf sollten § 3 II und III nach der Zielrichtung des Handelns (B2C oder B2B, ähnlich wie im Verbraucherrecht des BGB) abgegrenzt werden. Das wäre aber unangemessen gewesen, weil Mitbewerberinteressen auch durch B2C-Handlungen betroffen sein können. Beispiel: eine Beleidigung (§ 4 Nr. 1) oder Rufausbeutung (§ 4 Nr. 3b) geschieht in der Regel gegenüber Verbrauchern (B2C), betrifft aber den Konkurrenten.
- Man hätte trotzdem eine eigene Mitbewerbergeneralklausel verfassen können, die nicht auf die Zielrichtung, sondern auf die geschützten Interessen abstellt (Ohly, WRP 2015, 1443).
- Aber letztlich blieb es bei § 3 I, der neben der Scharnier- auch eine Auffangfunktion hat.
- § 3 II ist im Anwendungsbereich der UGP-RL vorrangig, im Übrigen kann § 3 I verschiedene Interessen schützen:
 - Interessen gewerblicher Abnehmer oder Anbieter
 - Interessen der Mitbewerber
 - Interesse der Allgemeinheit an unverfälschtem Wettbewerb
 - § 3 I ist also auch Mitbewerbergeneralklausel: § 4 Nr. 1-4 sind nicht weit auszulegen, sondern auf ihren Anwendungsfall beschränkt. Beispiel: die Fälle des unmittelbaren Leistungsschutzes sind keine Fälle der Behinderung (§ 4 Nr. 4)

Voraussetzungen

- **Geschäftliche Handlung (§ 2 I Nr. 2)**
- **Kein Vorrang von Spezialregelungen**
 - S. oben, II 4 und III 1 f: § 3 „pur“ kann neben §§ 3a-7 anwendbar sein, aber einige dieser Vorschriften können im Einzelfall eine Sperrwirkung entfalten. Z.B. ist eine vergleichende Werbung, die nicht gem. § 6 II unlauter ist, erlaubt.
 - Auch § 3 II geht im Anwendungsbereich der UGP-RL § 3 I vor (s. oben III 1 f)
- **Unlauterkeit** = Generalklausel. Der Begriff der Unlauterkeit erfordert zusätzliche Wertungen:
 - Grundrechte
 - Systematik des UWG, vor allem Handlung von vergleichbarer Schwere wie die speziell in §§ 3a-7 verbotenen
 - Systematik der Rechtsordnung im Übrigen
 - Interessenabwägung
 - Präjudizien
- **Spürbarkeit:** keine ausdrückliche Spürbarkeitsschwelle, aber die betreffende Handlung muss die Interessen der Mitbewerber, der sonstigen Marktteilnehmer oder der Allgemeinheit (§ 1) spürbar beeinträchtigen – gesonderte Prüfung, wenn nicht schon in der Interessenabwägung berücksichtigt.

Fallgruppen des § 3 I „pur“

- Vergleichende Werbung bzw. pauschale Herabsetzung ohne Vergleich, der sich nicht auf bestimmte Mitbewerber, sondern auf anonyme Gruppen von Mitbewerbern bezieht (vom Mitbewerberbegriff des § 6 I und des §§ 4, 2 I Nr. 3 nicht erfasst). Aber Unlauterkeit fraglich, weil die Interessen der „pauschal Beleidigten“ oft nicht spürbar betroffen sind.
- unmittelbarer Leistungsschutz (s. oben, III 2 d, str.)
- allgemeine Marktstörung (s. oben, III 2 e, str.)
- Wettbewerb der öffentlichen Hand, soweit er nicht durch §§ 4-6 erfasst ist, vor allem schlicht-hoheitliches Handeln
 - einseitige Auskünfte, Kritik, etc., Beispiel: Gemeinde wirbt in amtlichem Mitteilungsblatt für bestimmten Unternehmer (BGH GRUR 2013, 301 – *Solarinitiative*)
 - Verquickung hoheitlicher und privatwirtschaftlicher Tätigkeit, Beispiel: Gemeinde richtet im Gebäude der Kfz-Zulassungsstelle einen eigenen Schilderprägebetrieb (in Konkurrenz zu Privaten) ein (BGH GRUR 2003, 167 – *Kommunaler Schilderprägebetrieb*)
 - Verletzung des Gebots der Staatsferne der Presse (Art. 5 I 2 GG), Beispiel: Gemeinde gibt ein Stadtblatt heraus, das den Kommunalseiten der Zeitungen gleicht (BGH GRUR 2019, 189 – *Crailsheimer Stadtblatt II*)
 - Einige dieser Fallgruppen sind problematisch, weil es eigentlich eher um die öffentlich-rechtliche Frage geht, inwieweit sich der Staat in die Wirtschaft einmischen darf.
- menschenverachtende Werbung (s. oben II 2), z.B. sexistische oder fremdenfeindliche Werbung?
 - Für Anwendung des § 3 I: Wertungen der Grundrechte, UWG als einzige Möglichkeit, ein Mindestmaß an Anstand in der Werbung zu gewährleisten
 - Gegen Anwendung des § 3 I: es geht nicht um das Allgemeininteresse an „unverfälschtem Wettbewerb“, sofern Werbung nicht strafbar ist (dann braucht man das UWG nicht), sollte das Recht geschmacklose Werbung nicht verbieten, sondern dem Urteil der Marktteilnehmer überlassen
- Haftung der Intermediäre wegen der Verletzung lauterkeitsrechtlicher Verkehrspflichten (s. dazu unten, IV)?
 - Der BGH zieht § 3 I „pur“ heran, sofern es nicht um den Verbraucherschutz geht (dann § 3 II)
 - m.E. ist der jeweilige Unlauterkeitstatbestand anzuwenden. Beispiel: Angebot nachgeahmter Ware auf eBay → §§ 4 Nr. 3, 3 I, nicht § 3 I „pur“
- Also kaum praktisch relevante Fälle. Klausurtipp: Vor unmittelbarer Anwendung des § 3 I genau fragen:
 - Habe ich vorrangige Spezialregelungen übersehen?
 - Ist § 3 II vorrangig?
 - Ist ein Verbot wirklich gerechtfertigt, obwohl der Gesetzgeber keinen Bedarf für spezielle Verbote gesehen hat?

3. Rechtsbruch (§ 3a UWG)

Lit.: Ohly/Sosnitzer, § 3a Rn. 1-30g; Glöckner, GRUR 2013, 568 ff.

Übungsfall (nach BGH GRUR 2019, 1071 – *Brötchen-Gutschein*)

Die Adler-Apotheke (A) bietet ihren Kunden bei jedem Kauf eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels einen Semmelgutschein im Wert von 30 Cent an, den sie in einer örtlichen Bäckerei, mit der die A eine Vereinbarung getroffen hat, einlösen können. Die Zentrale zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs hält diese Aktion wegen Verstoßes gegen §§ 7 I 1 Nr. 1 HWG, 78 II, III für unlauter. Die A sieht den Gutschein als erlaubte geringwertige Zuwendung an. Die Ausnahme für preisgebundene Arzneimittel sei nicht anwendbar, weil der EUGH in Rs. C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung e.V./Zentrale zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs* die Festsetzung eines einheitlichen Apothekenabgabepreises für Arzneimittel als Verstoß gegen den Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) angesehen habe.

§ 7 Heilmittelwerbegesetz (HWG) (Auszug)

(1) ¹Es ist unzulässig, Zuwendungen und sonstige Werbegaben (Waren oder Leistungen) anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren oder als Angehöriger der Fachkreise anzunehmen, es sei denn, dass

1. es sich bei den Zuwendungen oder Werbegaben um Gegenstände von geringem Wert, die durch eine dauerhafte und deutlich sichtbare Bezeichnung des Werbenden oder des beworbenen Produktes oder beider gekennzeichnet sind, oder um geringwertige Kleinigkeiten handelt; Zuwendungen oder Werbegaben sind für Arzneimittel unzulässig, soweit sie entgegen den Preisvorschriften gewährt werden, die auf Grund des Arzneimittelgesetzes gelten; ...

§ 78 Arzneimittelgesetz (AMG) (Auszug)

(1) ...

(2) ¹ ... ²Ein einheitlicher Apothekenabgabepreis für Arzneimittel, die vom Verkehr außerhalb der Apotheken ausgeschlossen sind, ist zu gewährleisten. ³ ...

(3) Für Arzneimittel nach Absatz 2 Satz 2, für die durch die Verordnung nach Absatz 1 Preise und Preisspannen bestimmt sind, haben die pharmazeutischen Unternehmer einen einheitlichen Abgabepreis sicherzustellen;

aa) Allgemeines

Bedeutung

- In § 4-6 wird der Unlauterkeitsgehalt der betreffenden Handlungen autonom lauterkeitsrechtlich bestimmt.
- Es gibt aber auch außerlauterkeitsrechtliche Normen, die das Marktverhalten regeln, Beispiele: Ladenschlussgesetze, Heilmittelwerberecht, Verbraucherschützende Auskunftspflichten in §§ 312 d ff. i ff. BGB.
- Der Unrechtsgehalt wird von der außerwettbewerbsrechtlichen Norm bestimmt, das UWG entscheidet lediglich darüber, ob dem Verstoß wettbewerbsrechtliche Relevanz zukommt.
- **§ 3a als „§ 823 II des UWG“** = Blankettnorm, die die Rezeption von außerhalb des Gesetzes liegenden Normen erlaubt. In beiden Fällen sind **zwei Aspekte** zu prüfen:
 - (1) Rezeption in das betreffende Gesetz (in § 823 II BGB Prüfung des Schutzgesetzcharakters, in § 3a UWG Regelung des Marktverhaltens als Zweck) und
 - (2) Voraussetzungen der verletzten Norm

Rezeptionskriterium

- § 823 II BGB: Schutzgesetz
- § 3a UWG: Marktverhaltensregelung

**Tatbestand der rezipierten Norm**

- z.B. § 263 StGB bei § 823 II BGB
- z.B. § 3 LadenschlussG (gilt in Bayern noch!) bei § 3a UWG

Entwicklung

- Rechtsbruch als Fallgruppe des § 1 a.F. UWG anerkannt.
- Rechtsprechung bis 2000: Unterscheidung zwischen wertbezogenen und wertneutralen Normen:
 - Wertbezogene Norm = Norm, die sittlich fundiert ist und/oder dem Schutz wesentlicher Gemeinschaftsgüter (Gesundheit, Umwelt) dient → Verstoß indiziert Unlauterkeit
 - Wertneutrale Norm = Norm, die nur aus ordnender Zweckmäßigkeit erlassen wurde → Verstoß führt nur dann zur Unlauterkeit, wenn der Verstoß dem betreffenden Wettbewerber einen unlauteren Vorsprung verschafft (**Vorsprungsgedanke**), wenn also gegen die „par conditio concurrentium“ verstoßen wird.
- Probleme dieses Ansatzes:
 - Verfolgung zahlreicher Bagatellverstöße
 - Wettbewerbsrichter verfolgte (als „Ersatzpolizist“) unabhängig von der eigentlichen Zuständigkeitsordnung zahlreiche Normverstöße, etwa gegen verwaltungsrechtliche Verbote.
- Gegenmodell = Lehre vom Schutzzweck der Norm (*Schricker*): entscheidend ist nicht, ob die Norm werthaltig ist, sondern ob sie einen wettbewerbsregelnden Zweck verfolgt.
- **Änderung in der Entscheidung *Abgasemissionen*** (BGH GRUR 2000, 1076): Produktion unter Verstoß gegen immissionsrechtliche Vorschriften führt nicht zur Unlauterkeit, da § 1 a.F. UWG „nicht als Grundlage für Klagen herangezogen werden kann, mit denen - vergleichbar einer Popularklage - Verstöße gegen gesetzliche Bestimmungen im Vorfeld des Wettbewerbshandelns verfolgt werden, die zwar in irgendeiner Weise Auswirkungen auf die Wettbewerbschancen der Mitbewerber haben, die aber selbst nicht als Wettbewerbsverhalten zu qualifizieren sind und auch nicht geeignet sind, dem eigentlichen Wettbewerbsverhalten den Charakter eines gerade in wettbewerblicher Hinsicht unlauteren Handelns zu geben.“
- Folge: Aufgabe der Unterscheidung zwischen wertbezogenen und wertneutralen Normen, stattdessen Frage nach dem Schutzzweck der verletzten Norm: Unlauterkeit nur, wenn die Norm zumindest auch den Zweck verfolgt, das Marktverhalten zu regeln.
- Weiterer Schritt in der Entscheidung BGH GRUR 2002, 825 – *Elektroarbeiten*: Verstoß gegen Marktzutrittsregeln (im Fall das Verbot der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit der Ge-

meinden gem. Art. 87 BayGO), die keinen verhaltensregelnden Charakter haben, führt nicht zur Unlauterkeit.

- Trotz teilweiser Kritik in der Lit. Kodifizierung in § 4 Nr. 11, seit 2015 § 3a.

Rechtspolitische Kritik

- In den letzten Jahren wieder weite Auslegung des § 3a durch die Rechtsprechung, die praktisch dazu führt, dass die Verletzung jeder Norm mit Marktbezug zur Unlauterkeit führt.
- Praktisch hat sich § 3a von den Schutzrichtungen der §§ 4-6 weitgehend gelöst, und dient u.a. dem Gesundheitsschutz und dem Schutz vor schlechter Rechtsberatung oder schlechter ärztlicher Behandlung. § 3a dient vor allem im Verbraucherschutz dazu, an Normen jeder Art die lauterkeitsrechtlichen Rechtsfolgen anzuhängen („Verbraucherschutznormendurchsetzungsvorschrift“)
- Deshalb ist § 3a in der Praxis die wahrscheinlich wichtigste Vorschrift des UWG (2020 9 BGH-Urteile zu § 3a, verglichen mit 4 zu § 5 und 3 zu § 4) und gerade bei Rechtsanwälten sehr beliebt.
- Dagegen: nicht in jedem Fall sind Konkurrenten- und Verbandsklagen (§ 8 III) angemessen, es gibt Gründe dafür, dass im Verwaltungsrecht das Opportunitätsprinzip (= Durchsetzung einer Norm nur dann, wenn die Behörde es für zweckmäßig hält) gilt. § 3a führt zu einer erheblichen Behinderung gerade kleiner und mittlerer Unternehmen, die ständig damit rechnen müssen, wegen Kleinigkeiten (z.B. falsche Impressumsangabe im Internet) kostenpflichtig abgemahnt zu werden.
- Radikaler Vorschlag de lege ferenda: Abschaffung des § 3a. Alles, was der Verbraucherinformation dient, sollte unter § 5a fallen, bei anderen Schutzrichtungen (Produktsicherheit, Schutz vor schlechter Rechtsberatung, Jugendschutz, Datenschutz) muss sich der Gesetzgeber die Mühe machen, über die richtigen Rechtsfolgen nachzudenken und sie im jeweiligen Gesetz zu regeln.
- De lege lata bedürfen unter § 3a die Verletzung der Interessen und die Spürbarkeit, die im Tatbestand ausdrücklich geregelt ist, in jedem Einzelfall einer sorgfältigen Prüfung.

Unionsrechtlicher Rahmen

- Die rezipierten Normen müssen mit dem Unionsrecht in Einklang stehen, sonst sind sie nicht unter § 3a anwendbar. Zweifel an der Vereinbarkeit bestehen z.B. (a) bei Werbe- und Vermarktungsbeschränkungen für freie Berufe und Apotheken (s. Übungsfall), (b) beim Glücksspielrecht, das wegen des staatlichen Glücksspielmonopols möglicherweise teilweise gegen die Grundfreiheiten verstößt.
- Soweit die rezipierte Norm dem Verbraucherschutz dient, ist grundsätzlich die **UGP-RL** anwendbar, daher Verstoß nur, wenn die **Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers** betroffen ist. Praktisch also Anwendung des § 3a + § 3 II
- Aber **keine Begrenzung** auf den Schutz der Entscheidungsfreiheit, wenn die **UGP-RL gar nicht eingreift**. Ausnahmen vom Anwendungsbereich der RL:
 - Gesundheits- und Sicherheitsaspekte von Produkten (Art. 3 III)
 - Vorschriften für reglementierte Berufe (z.B. Ärzte und Anwälte) (Art. 3 VIII)
 - Beschränkungen zum Schutz von Sitte und Anstand (Egrd. 7)

- Glücksspielwesen (Egrd. 9)
- Früher Subsumtion zahlreicher **Informationspflichten** unter § 4 Nr. 11 UWG 2004 = § 3a UWG 2015. Unter der RL aber:
 - Eigene Vorschrift für Informationspflichten: Art. 7 = §§ 5a, 5b UWG und Unzulässigkeit nationaler Informationspflichten, die nicht durch Unionsrecht vorgegeben sind (sofern Anwendungsbereich der UGP-RL eröffnet)
 - Lange hat der BGH in diesen Fällen § 3a und § 5a parallel angewandt, während sich die ganz h.L. für einen Vorrang des § 5a aussprach.
 - So inzwischen auch BGH GRUR 2022, 930 – Knuspermüsli II unter dem Eindruck des neuen Schadensersatzanspruchs für Verbraucher (§ 9 II), der nur für Verstöße gegen §§ 5a, 5b, nicht jedoch bei Verstößen gegen § 3a besteht.
 - Unionsrechtliche Informationspflichten (aus EU-Verordnung oder einer deutschen Vorschrift zur Umsetzung einer Richtlinie) im Zusammenhang mit kommerzieller Kommunikation fallen also nur noch unter §§ 5a I, 5b IV. Zur Abgrenzung oben, III 1 c. Beispiele: Information über Kaloriengehalt eines Knuspermüslis, Energieeffizienz-Aufkleber
 - Nach wie vor unter § 3a fallen Informationspflichten, die nichts mit der Beeinflussung des Verbraucherverhaltens (§ 2 I Nr. 11) zu tun haben, z.B. Informationen über Nebenwirkungen im Beipackzettel eines Medikaments.

bb) Voraussetzungen des § 3a UWG

Prüfungsschema (einzubauen in das allgemeine Prüfungsschema s. oben II 1)

1. Geschäftliche Handlung (§ 2 I Nr. 2)
2. Unlauterkeit (§ 3 I) gem. § 3a i.v.m. § ■ (z.B. § 3 LadenschlussG)
 - a) Verstoß gegen die betreffende Norm (a und b sind austauschbar!)
 - b) Marktverhaltensregelung i.S.d. § 3a
 - aa) Gesetzliche Vorschrift
 - bb) Regelung des Marktverhaltens als Schutzzweck
 - cc) Im Interesse der Marktteilnehmer
 - dd) Sanktionen der Norm nicht abschließend
 - c) Spürbarkeit
 - aa) Außerhalb der UGP-RL: nur nach § 3a
 - bb) Im Anwendungsbereich der UGP-RL: § 3a i.V.m. § 3 II

Voraussetzungen des § 3a UWG

- **Zu widerhandlung** gegen die außerlauterkeitsrechtliche Norm = Prüfung der Voraussetzungen der gesetzlichen Vorschrift, der Tatbestand muss vollständig erfüllt sein (auch der subjektive Tatbestand, wenn ein solcher vorausgesetzt wird)
 - Klausurtipp: die Reihenfolge der Schritte „Verletzung der Norm“ und „Marktverhaltensregelung i.S.d. § 3a“ ist nicht zwingend

- **Gesetzliche Vorschrift** = jede inländische Rechtsnorm (Gesetze, Verordnungen, Satzungen), nicht hingegen Verträge, Rechtsprechung, Verwaltungsvorschriften, DIN-Normen, Landesrecht
- **Regelung des Marktverhaltens**
 - Marktverhalten = geschäftliche Handlung (§ 2 I Nr. 2 UWG), Beispiele: Werbung, Maßnahmen der Verkaufsförderung, Verbraucherinformation.
 - Dabei muss es sich nicht um den einzigen oder primären Zweck handeln, eine sekundäre Schutzfunktion genügt.
 - **Abgrenzung 1: Marktverhaltensregelung ↔ Norm, die das Vorfeld des Marktverhaltens betrifft**, z.B. die Entwicklung und Herstellung von Produkten. Keine Marktverhaltensregeln sind: Steuerrecht, Umweltrecht, Arbeitsrecht, Straßenverkehrsrecht
 - **Abgrenzung 2: Marktverhaltensregelung ↔ Marktzutrittsregelung**. Marktverhaltensregeln betreffen das **Wie** der unternehmerischen Tätigkeit, **Marktzutrittsregeln** (Beispiel: Art. 87 BayGO) das **Ob**. Grund: Das UWG regelt die Lauterkeit auf dem Markt, nicht die Frage, wer auf diesem Markt tätig werden darf. Letzteres ist Aufgabe des Kartellrechts oder des öffentlichen Rechts (z.B. Gewerbeamt, Kommunalrecht, Sozialrecht). Allerdings genügt eine sekundäre marktverhaltensregelnde Funktion, daher sind nach h.M. Zugangsregelungen zu reglementierten Berufen (z.B. § 3 RDG = Rechtsberatung nur durch Rechtsanwälte, § 2 BundesärzteO = ärztliche Tätigkeit nur nach Approbation) auch Marktverhaltensregelungen, weil sie auch Verbraucher „vor Quacksalbern“ schützen.
- **Interesse der Marktteilnehmer** = Interessen der Verbraucher, der sonstigen Abnehmer und der Mitbewerber, nicht hingegen Allgemeininteressen, die nicht marktbezogen sind (z.B. Umweltschutz, staatliche Haushaltsinteressen im Fall der Steuerhinterziehung)
 - Geschützte Interessen der Mitbewerber: Schutz des Goodwill, Schutz der unternehmerischen Leistung, Schutz vor Behinderung, nach Rspr. auch Schutz gleicher Verhältnisse auf einem Markt – das ist problematisch, weil man damit letztlich jede Norm unter § 3a subsumieren könnte. Beispiel: LadenschlussG.
 - Geschützte Interessen der Verbraucher: Entscheidungsgrundlage und -prozess (vgl. § 3 II). Beispiele (die aber inzwischen eher unter § 5a fallen): Informationspflichten der §§ 312 ff. BGB, PreisangabeVO
 - Streitfrage: Schützt § 3a jedes Verbraucherinteresse (Schutz des Verbrauchers „als Mensch“, z.B. Gesundheit, Produktsicherheit, ordentliche Rechtsberatung, Diskriminierungsschutz) oder nur marktbezogene Verbraucherinteressen (Schutz des Verbrauchers als Marktteilnehmer, z.B. Schutz der Entscheidungsgrundlage und des Entscheidungsprozesses)? Rspr. und h.M. nehmen ohne klare Begründung Ersteres an (grundlegend BGH GRUR 2010, 754 – Golly Telly), das widerspricht m.E. der Funktion des UWG, das nach §§ 1 und 3 nur marktbezogene Interessen schützt. Beispiele: BGH GRUR 2007, 978 – *Rechtsberatung durch Haftpflichtversicherer* (Verstoß gegen RDG), BGH GRUR 2008, 534 – *ueber18.de* (unzureichende Sicherung einer Porno-Website)
 - Weil nach der Rspr. jedes Verbraucher- und Mitbewerberinteresse geschützt ist, läuft dieser Prüfungspunkt in der Praxis leer
- **Keine Unlauterkeit**, wenn die betreffende **Sanktionenregelung abschließend** ist, Beispiele:

- Verletzung von Rechten des **geistigen Eigentums** und von **Geschäftsgeheimnissen** hier soll der Rechtsinhaber selbst entscheiden, ob er gegen die Verletzung vorgeht
- **Kartellrechtsverstoß** (BGH GRUR 2006, 773, Rn. 13 ff. – *Probeabonnement*), anders nur für das Kartellvergaberecht (vgl. § 104 II GWB)
- **AGB-Kontrolle?** Nach h.M. Anwendbarkeit des § 3a (BGH GRUR 2010, 1117 – *Gewährleistungsausschluss im Internet*, GRUR 2012, 949 – *Missbräuchliche Vertragsstrafe*, Köhler, GRUR 2012, 1475) nach der Gegenansicht (OLG Köln NJW 2007, 3647; Ohly LMK 2011, 312950) ist das UKlaG insoweit anschließend.
- **Datenschutzrecht:** Die Rechtsfolgen der DSGVO (behördliche Aufsicht, individuelle Rechtsbehelfe der Betroffenen) sind abschließend (EUGH GRUR 2022, 920 – *Meta Platforms* m.Anm. Ohly). Art. 80 II DSGVO erlaubt den Mitgliedstaaten Verbandsklagen, aber keine Öffnungsklausel für Mitbewerberklagen. Lösung: keine Anwendung des UWG und Verbandsklage gem. §§ 2 II Nr. 11, 3 UKlaG (m.E. vorzugswürdig) oder Anwendung des UWG und teleologische Reduktion des § 8 III Nr. 1.
- **Spürbarkeit** = Eignung, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen → Filter zum Ausschluss von Trivialverstößen.
Kriterien:
 - Gewicht des betroffenen Rechtsguts
 - Schwere des Verstoßes
 - Im Anwendungsbereich der UGP-RL ergänzende Anwendung des § 3 II (aber kaum Fälle ersichtlich, weil Informationspflichten inzwischen unter §§ 5a I, 5b IV fallen, s.o., ein Beispiel wäre die Information über nachvertragliche Rechte, die nach BGH immer noch unter § 3a fallen, dazu oben III 1 c)
 - Auswirkung auf den Markt (vor allem bei der Beeinträchtigung von Mitbewerberinteressen)

cc) Beispiele

Überblick

- Die Kasuistik zu § 3a ist kaum überschaubar. Tipp für Seminararbeiten und die Praxis: Nie § 3a anwenden, ohne zuvor einen Kommentar konsultiert zu haben!
- Tipp für Klausuren: § 3a kann i.V.m. einer Norm anwendbar sein, die nicht in der Vorlesung besprochen wurde, die aber entweder einfach zu finden ist oder auf die im Sachverhalt hingewiesen wird. Natürlich muss der Aufgabensteller sicherstellen, dass die Norm entweder in den zugelassenen Gesetzessammlungen abgedruckt ist oder sie im SV angegeben wird. Hier kann die Fähigkeit abgeprüft werden, unter den Normtext einer unbekanntens Vorschrift zu subsumieren. In diesem Fall keine Panik: Vorschrift genau lesen und sauber subsumieren!

Berufszugangs- und -ausübungsregeln

- Erhebliche Bedeutung des Rechts der Anwälte und Heilberufe (und anderer Berufsgruppen) unter § 3a
- Keine Anwendbarkeit der UGP-RL (Art. 3 VIII UGP-RL), aber Art. 24 DienstleistungsRL (RL 2006/123/EG): keine absoluten Werbeverbote und Verhältnismäßigkeitsgebot

- **Berufszugangsregeln**, z.B. Erfordernis der Zulassung als Rechtsanwalt nach RDG oder Approbationserfordernis nach BundesärzteO), fallen nach h.M. unter § 3a, weil Interesse der Verbraucher an guter Rechtsberatung / medizinischer Behandlung geschützt, Hilferwägung: Irreführung, weil Verbraucher davon ausgeht, dass entsprechende Zulassung vorliegt. M.E. § 3a (-), da kein Schutz marktbezogener Interessen.
- Werberecht der freien Berufe (Beispiel: § 7 BORA – als Fachanwalt darf sich nur bezeichnen, wer über die entsprechende Qualifikation verfügt), m.E. nur dann von § 3a erfasst, wenn der Verbraucherinformation dienend, weiter die h.M.

Produktspezifische Vorschriften

- Zulassungspflichten, z.B. Verbot des Vertriebs nicht zugelassener Arzneimittel (§ 21 AMG), m.E. zweifelhaft, da Schutz nicht marktbezogener Interessen
- Kennzeichnungs- und Informationspflichten und Irreführungsverbote (z.B. EG-Health Claims-VO, § 7 II EichG = Verbot von „Mogelpackungen“)
 - mittlerweile unter Geltung der UGP-RL unter §§ 5, 5a zu subsumieren
 - daher verbleiben wenige Anwendungsfälle, z.B. nach BGH Informationen über Rechte nach Vertragsschluss (s. III 1 c, ich würde auch hier §§ 5a I, 5b IV anwenden)
 - erhebliche Bedeutung der Spürbarkeitsprüfung, weil es vor allem im EU-Recht eine kaum übersehbare Fülle teils kleinlicher Informationspflichten gibt
 - Beispiel: Registrierungspflicht und Kennzeichnungspflichten für Elektrogerätehersteller in §§ 6, 9 ElektroG, dazu BGH GRUR 2015, 1021 Rn 15 ff – Kopfhörer-Kennzeichnung
- Werberegulungen, z.B. des Heilmittelwerberechts (HWG) oder § 5 GlücksspielstaatsV
- Insbesondere: HeilmittelwerbeG (HWG)
 - Irreführungsverbot (§ 3 HWG)
 - Pflichtangaben (§ 4 HWG)
 - Zugabeverbot (§ 7 HWG, vgl. Übungsfall)
 - Sachliche Beschränkungen der Publikumswerbung (§§ 10, 12 HWG)
 - Inhaltliche Beschränkungen der Publikumswerbung (§§ 10, 12 HWG)

Vertriebsbezogene und sonstige Vorschriften

- Informationspflichten, die nicht unter §§ 5a I, 5b IV fallen
- Verwendung gem. §§ 307 ff. oder 475 BGB unwirksamer AGB (BGH GRUR 2010, 1117 – Gewährleistungsausschluss im Internet), dagegen: die Folgen der Verwendung unwirksamer AGB sind abschließend im BGB und im UKlaG (Verbraucherverbandsklage gegen AGB vor- sieht) geregelt
- LadenschlussG (Länderkompetenz, in Bayern gilt nach wie vor das LadenschlG des Bundes), Beispiel: Das Urteil des BGH zur Frage, ob Backwaren „zubereitete Speisen“ i.S.d. § 7 II Nr. 1 GastG sind (BGH GRUR 2020, 307 – Sonntagsverkauf von Backwaren).
- Jugendschutz? Die Rechtsprechung subsumiert Vorschriften des Jugendschutzes, etwa das Verbot der Prostitutionswerbung (§§ 119, 120 OWiG) oder die Bestimmungen über den Zugang zu Porno-Seiten im Internet unter § 3a (BGH GRUR 2008, 534 - ueber18.de). Kritik: Hier geht es nicht um Verbraucherschutz, sondern um den Schutz der Allgemeinheit. Das UWG sollte nicht eine (vermeintliche) Lücke im Ordnungsrecht schließen.

IV. Rechtsfolgen

Lit.: *Emmerich/Lange*, §§ 21- 24; zur Intermediärhaftung *Hofmann*, JuS 2017, 713 ff.; *Ohly*, GRUR 2017, 441 ff.; zum SchE'anspruch der Verbraucher *Köhler* GRUR 2022, 435 ff.

Übungsfall (nach BGH GRUR 2015, 1129 – Hotelbewertungsportal I (I. ZS.), BGH GRUR 2022, 1459 – Hotelbewertungsportal II (VI. ZS.))

F betreibt das Reisebewertungsportal „ferienratgeber.de“. H ist Inhaberin des Hotels „Zum goldenen Hirschen“ in Waldhaping. Am 20.1.2023 erscheint auf dem Portal eine unter dem Pseudonym „pistensau25“ veröffentlichte Bewertung dieses Hotels unter der Überschrift „7 Tage reinster Horror“. Dort heißt es, das Bad sei verschimmelt und das Essen miserabel gewesen. H, die beides bestreitet, fragt nach ihren Ansprüchen gegen F.

1. Zivilrechtliche Ansprüche

a) Überblick

Allgemeines zum lauterkeitsrechtlichen Sanktionensystem

- Im Vordergrund des deutschen Lauterkeitsrechts stehen zivilrechtliche Ansprüche. Anders einige ausländische Rechtsordnungen, in denen strafrechtliche Verbote (z.B. Frankreich) oder die freiwillige Selbstkontrolle der Werbewirtschaft (z.B. Großbritannien) eine wichtige Rolle spielen.
- Die **Anspruchsgrundlage** setzt sich zusammen aus der Norm, die die erstrebte Rechtsfolge anordnet (§§ 8-10 UWG), § 3 I und dem konkreten Unlauterkeitstatbestand (§§ 4-6 UWG), Ausnahme: § 7 verweist direkt auf §§ 8-10 UWG, hier ist § 3 UWG unanwendbar (und daher nicht zu zitieren).
- Besonderheit der UWG-Ansprüche gegenüber dem Immaterialgüterrecht und dem allgemeinen Zivilrecht ist deren kollektivrechtlicher Einschlag
 - Erweiterte Aktivlegitimation für Unterlassungsansprüche (nicht aber für Schadensersatzansprüche!) in § 8 III
 - Gewinnabschöpfungsanspruch (§ 10) als Anspruchsform sui generis
- **Kurze Verjährung** (§ 11): 6 Monate, Ausnahme: SchE'anspruch der Verbraucher (1 Jahr).
- Prozessuale Besonderheiten (§§ 12 ff.), näher dazu unten, V.

b) Der Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch (§ 8 I UWG)

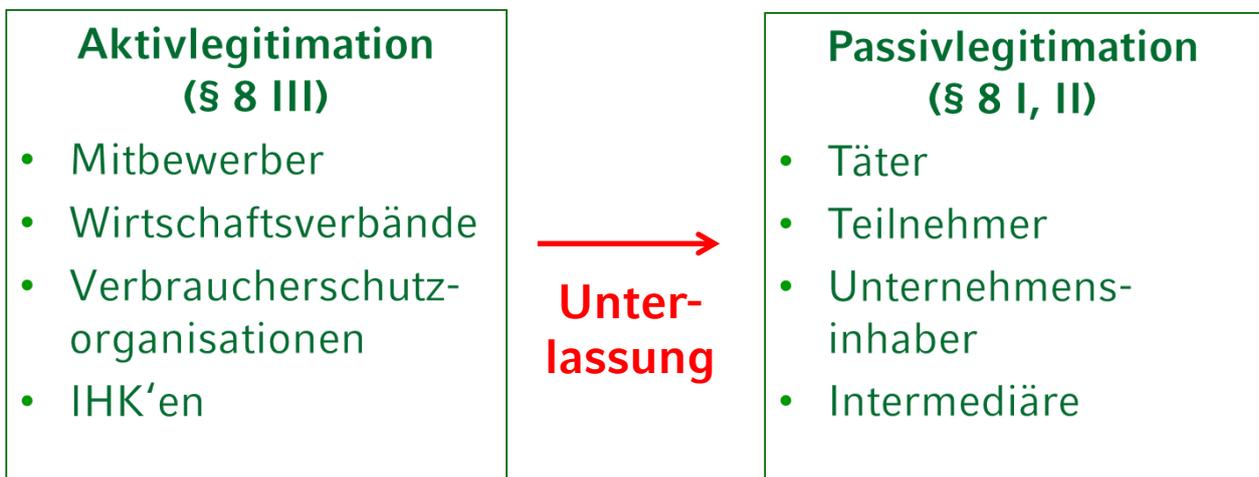
Bedeutung

- Der Unterlassungsanspruch ist mit Abstand der bedeutendste UWG-Anspruch
- Er erlaubt es Konkurrenten und Verbänden, das unlautere Verhalten für die Zukunft zu unterbinden.
- Dagegen können Mitbewerber einen Schaden (§ 9 I) oft nicht nachweisen und machen SchE daher selten geltend. Vielleicht wird der neue VerbraucherschE'anspruch (§ 9 II) relevanter.
- Der Unterlassungsanspruch wird üblicherweise durch vorprozessuale Abmahnung (§ 13 I) geltend gemacht, durch die der Gegner zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung aufgefordert wird. Wenn sie erteilt wird, entfällt die Wiederholungsgefahr. So wird

ein großer Teil aller UWG-Streitigkeiten schnell und unkompliziert beigelegt. Allerdings besteht Missbrauchsgefahr, die soeben zu Änderungen in §§ 8 ff., 13 f. UWG geführt hat.

Allgemeine Voraussetzungen

- Aktivlegitimation (§ 8 III, dazu näher sogleich)
- Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch sind **verschuldensunabhängig**.
- **Beseitigungsanspruch** setzt nur Verstoß gegen § 3 oder § 7 UWG voraus. Gerichtet auf Beseitigung einer fortbestehenden Störungsquelle. Beispiele: Widerruf einer rufschädigenden Tatsachenbehauptung, Beseitigung eines irreführenden Werbeplakats, Veröffentlichung einer Richtigstellung. Überschneidung mit dem Unterlassungsanspruch beim Anspruch auf Beseitigung rechtsverletzender Inhalte im Internet.
- Weitere Voraussetzung des **Unterlassungsanspruchs**:
 - **Wiederholungsgefahr** (§ 8 I 1), wird bei Vorliegen eines Verstoßes widerleglich vermutet, Ausschluss aber bei Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungs- (auch: Unterwerfungs-) -erklärung
 - Vorbeugender Unterlassungsanspruch bei **Erstbegehungsgefahr** (§ 8 I 2), für die tatsächliche Anhaltspunkte sprechen müssen, z.B. Vorbereitungshandlungen, Berühmung
- Meinungsstreit derzeit: Geht der Unterlassungsanspruch auch auf Rückruf von Produkten aus der Vertriebskette? Ja, sagen BGH GRUR 2017, 208 – Rescue-Tropfen; GRUR 2018, 292 – Produkte zur Wundversorgung (zum MarkenG) nein, sagt die h.M., dazu lesenswert das Pro und Contra von *Ahrens und Lubberger*, GRUR 2018, 374 ff., 378 ff.



Aktivlegitimation (§ 8 III UWG): Wer ist Anspruchsgläubiger?

- **Mitbewerber** (Nr. 1, s. § 2 I Nr. 4): alle Mitbewerber, nicht lediglich direkt geschädigte, konkretes Wettbewerbsverhältnis erforderlich, aber weiter Mitbewerberbegriff des BGH (s.o., II 3), zur Verhinderung von „Scheinunternehmen“ Einschränkung auf Mitbewerber, die „in nicht unerheblichem Maße ähnliche Waren oder Dienstleistungen vertreiben oder nachfragen“
- **Wirtschaftsverbände** (Nr. 2)
 - z.B. Verbände bestimmter Branchen, Berufsverbände, Kammern, Zentrale zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs

- Eintragung in die beim Bundesamt der Justiz (www.bundesjustizamt.de – Themen – Verbraucherrechte) geführte Liste erforderlich. Eintragung konstitutiv = ohne Eintragung keine Anspruchsberechtigung.
- Voraussetzungen der Eintragung in § 8b
- Die Mitglieder müssen auf demselben Markt tätig sein, ihre Interessen müssen berührt werden
- **Verbraucherverbände** (Nr. 3)
 - z.B. Verbraucherzentrale Bundesverband, Verbraucherzentrale Bayern, Deutscher Mieterbund, Pro Bahn
 - auch hier Listensystem, ergibt sich durch Verweis auf § 4 UKIG)
- IHKen und Handwerkskammern (Nr. 4)
- Allerdings ist bei den **mitbewerberschützenden Tatbeständen des § 4** (nach einer M.M. auch bei § 6 II Nr. 4-6) nur der betroffene Mitbewerber aktivlegitimiert → **teleologische Reduktion des § 8 III**
- Einschränkung bei **missbräuchlicher Geltendmachung (§ 8c)**, Beispiele in § 8c II. In diesem Fall Gegenanspruch des Abgemahnten auf Erstattung der Rechtsverteidigungskosten (§ 8c III).

Passivlegitimation = Wer ist Anspruchsschuldner?

- **Verletzer**, dabei gilt der Einheitstäterbegriff (§ 830 BGB): Verletzer = Täter, Mittäter, Anstifter oder Gehilfe
- Unterlassungsanspruch gegen Unternehmensinhaber besteht auch Zuwiderhandlungen durch **Mitarbeiter und Beauftragte (§ 8 II)**, dabei (anders als unter § 831 BGB) keine Exkulpationsmöglichkeit. Achtung: Gilt (anders als im Markenrecht) nicht für den Schadensersatzanspruch (§ 9), hier bleibt es bei §§ 31; 831 BGB
- Vorstände einer AG bzw. Geschäftsführer einer GmbH haften nicht automatisch nach außen (BGH GRUR 2014, 883 – *Geschäftsführerhaftung*), sondern nur
 - bei Sorgfaltswidrigkeit im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft
 - nach außen, wenn sie die unlautere Handlung selbst begehen
 - oder wenn sie lauterkeitsrechtliche Verkehrspflichten (zB durch Organisationsverschulden oder Ingerenz) verletzen
- Außerdem haften **Intermediäre**, wenn sie lauterkeitsrechtliche Verkehrspflichten verletzen (dazu unten, d)

c) Schadensersatz und Gewinnabschöpfung (§§ 9, 10 UWG)

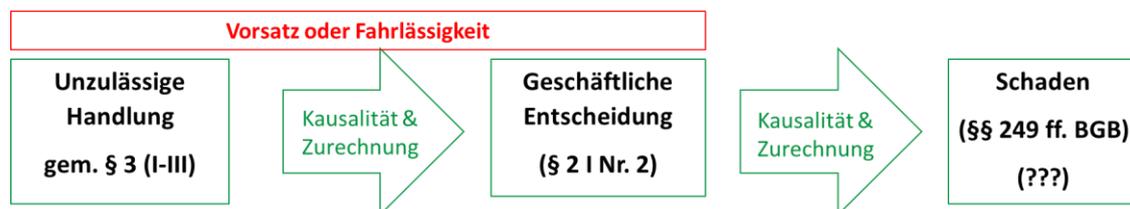
Schadensersatzanspruch der Mitbewerber (§ 9 I UWG)

- Zusätzliche Voraussetzung = Vorsatz oder Fahrlässigkeit, Beschränkung auf Vorsatz im Fall des § 9 III (Presseprivileg)
- Aktivlegitimation: Mitbewerber (§ 9 I), dabei nach BGH keine Beschränkung auf Verletzung mitbewerberschützender Normen
- Anspruchsinhalt: §§ 249 ff. BGB, Problem: Auswirkungen einer unlauteren Handlung sind schwer zu beziffern und nachzuweisen, daher bisher geringe praktische Bedeutung des SchE'anspruchs.

- Anders unter **§ 4 Nr. 3 UWG** weil hier nach Rspr. und h.L. die Möglichkeit der dreifachen Schadensberechnung besteht (näher dazu die Vorlesung „Einführung in das geistige Eigentum“, Teil VIII)
 - konkreter Schaden oder
 - angemessene Lizenzgebühr (Lizenzanalogie) oder
 - Herausgabe des Verletzergewinns
- Das ist aber eine **Ausnahme**, die ihre Rechtfertigung in der Nähe des Nachahmungs- und Geheimnisschutzes zum Immaterialgüterrecht findet. **Grundsätzlich** steht die dreifache Schadensberechnung **im UWG nicht zur Verfügung**.

Schadensersatzanspruch der Verbraucher (§ 9 II UWG)

- 2019 zur Umsetzung der Änderungen der UGP-RL eingeführt, zuvor überwog die Ansicht, dass Verbraucher hinreichend durch die SchE-Ansprüche des BGB (insb. §§ 280 I, 823 I, 826 BGB) geschützt sind.
- Aktivlegitimation: Verbraucher (§ 2 II iVm § 13 UWG)
- Objektive Voraussetzung: Verstoß gegen die Vorschriften des UWG, die auf der UGP-RL beruhen (§§ 3 II, III, I iVm 4a, 5-5b), nicht hingegen: §§ 3a, 4, 7
- Subjektive Voraussetzung: Vorsatz oder Fahrlässigkeit (§ 276 II BGB, vorbehaltlich abweichender Urteile des EUGH)
- Doppelte Kausalitäts- und Zurechnungszusammenhang



- Handlung muss Verbraucher konkret zu geschäftlicher Entscheidung (z.B. Kauf, aber auch bereits Aufsuchen eines Geschäfts) veranlasst haben, allgemeine Eignung genügt nicht.
- Der Schaden muss aufgrund der Entscheidung zurechenbar eingetreten sein (z.B. frustrierte Fahrtkosten, Gegenbeispiel: Autounfall, weil allgemeines Lebensrisiko)
- Schaden: unionsrechtlicher Schadensbegriff, aber vorläufig Anwendung der §§ 249 ff. BGB, solange der EUGH nichts anderes entscheidet
 - Grundsatz: Erstattung nur des negativen Interesses (ähnlich wie bei der cic) = Verbraucher ist so zu stellen, wie wenn er die Handlung nicht vorgenommen hätte
 - Fallgruppe 1: frustrierte Aufwendungen (zB Fahrtkosten)
 - Fallgruppe 2: Belastung mit ungewolltem Vertrag → Anspruch gegen den Vertragspartner auf Lösung vom Vertrag unter dem Gesichtspunkt der Naturalrestitution (§ 249 I BGB), alternativ Differenz zum ansonsten vereinbarten niedrigeren Preis, PI: Überschneidung mit Gewährleistungsrecht, das ggf. die Setzung einer Nachfrist verlangt, sehr str., ob §§ 323, 281 BGB (etc.) in diesem Fall Vorrang haben
 - Fallgruppe 3: Anspruch gegen Dritten (zB Hersteller) auf Freistellung vom Vertrag, Vorbild: Diesel-Rechtsprechung zu § 826 BGB

- Geltendmachung
 - Individuell, dabei abweichend von § 14 I-III Zuständigkeit nach allgemeinen Vorschriften (§ 14 IV mit Verweis auf §§ 12 ff. ZPO)
 - Durch Sammelklage nach Verbraucherrechtgedurchsetzungsgesetz (derzeit im Gesetzgebungsverfahren), mit dem die VerbandsklagenRL 2020/1828 umgesetzt werden soll.

Gewinnabschöpfung (§ 10 UWG)

- Hintergrund: Durchsetzungsdefizite bei Streuschäden
- Lösung in ausländischen Rechtsordnungen: straf- oder ordnungsrechtliche Sanktionen
- § 10 kombiniert zivil- und strafrechtliche Elemente und weist damit Verwandtschaft mit den punitive damages des US-Rechts auf.
- Voraussetzungen:
 - Vorsätzlicher Verstoß gegen § 3
 - Gewinnerzielung zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern
 - Aktivlegitimation: die gem. § 8 III Nr. 2-4 sachbefugten Verbände und Kammern
- Folge: Gewinnherausgabe an den Bundeshaushalt, dabei Anrechnung sonstiger Schadensersatzleistungen und Strafen (§ 10 II), Anspruchsteller kann Erstattung seiner Kosten verlangen (§ 10 IV). Die Einschaltung eines Prozessfinanzierers ist unzulässig (BGH GRUR 2018, 1166 – *Prozessfinanzierer*).
- § 10 läuft wegen des Vorsatzerfordernisses und der Pflicht zur Abführung an den Bundeshaushalt weitgehend leer und hat sich als „bunter Papiertiger“ (*Micklitz*) erwiesen. Daher Forderungen nach einer strengeren Ausgestaltung.

d) Plattform- und Intermediärhaftung

Grundlagen

- Ebenso wie im Recht des geistigen Eigentums gibt es vor allem im Internet viele Mittelspersonen (Foren- und Plattformbetreiber, Zugangsvermittler, Inhaber von Internetanschlüssen), die selbst keine unlautere Handlung begehen, aber eine Ursache setzen, indem sie die Möglichkeit zur Verletzung bereitstellen. Allerdings sind die Tätigkeiten an sich legal und erwünscht, man kann sie daher nicht verbieten.
- Lösung im geistigen Eigentum und früher auch im UWG: **Störerhaftung** (analog § 1004 BGB)
 - abzugrenzen von der täterschaftlichen Handlung,
 - sollte auch eingreifen, wenn der Störer selbst (z.B. wegen Fehlens einer Wettbewerbs-handlung) nicht Normadressat war,
 - nur Unterlassungs- kein Schadensersatzanspruch.
- Dogmatische Neuausrichtung in BGH GRUR 2007, 890 – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*: Grundlage ist nunmehr die täterschaftliche Verletzung lauterkeitsrechtlicher Verkehrspflichten (Parallele zur Haftung des mittelbaren Verursachers unter § 823 I BGB). Damit kann auch ein Schadensersatzanspruch bestehen. Offene Fragen:
 - Muss der Intermediär geschäftlich handeln (§ 2 I Nr. 2)? Ja, denn die Haftung ist täterschaftlich. Unter § 3a muss der Intermediär außerdem die Täterqualifikation aufweisen, die von der verletzten Norm verlangt wird.

- Muss der unmittelbar Handelnde (im Übungsfall der pseudonyme Bewerter) geschäftlich handeln? Nach Rspr nicht, es genügt eine (konkrete) Gefährdung lauterkeitsrechtlich geschützter Interessen, das erscheint zweifelhaft.
- Gilt die Neuausrichtung auch für das geistige Eigentum? Nach der Rspr. (-), nach h.L. (+), inzwischen allerdings durch Einfluss des EU-Rechts Ende der Störerhaftung auch im Urheberrecht
- Rechtsgrundlage? Str.
 - Rspr. früher: § 3 I bzw. im B2C-Verhältnis § 3 II in direkter Anwendung, dabei unklar, ob der vom unmittelbar Handelnden verwirklichte Tatbestand zu prüfen ist.
 - A.A. (m.E. zutreffend): Rechtsgrundlage ist der konkrete Unlauterkeitstatbestand (z.B. § 4 Nr. 1 oder 2 im Übungsfall), der vom unmittelbar Handelnden komplett verwirklicht werden muss. Die Frage, ob der Intermediär wegen Verletzung von Verkehrspflichten haftet, ist Zurechnungsfrage. Daher (ggf. inzident) immer auch Prüfung der unmittelbaren Verletzung, ebenso wie bei der Anstiftung. So möglicherweise jetzt auch BGH GRUR 2020, 543 – Kundenbewertungen auf Amazon
- Trotz der unterschiedlichen Rechtsgrundlagen (täterschaftliche Haftung im UWG, § 1004 BGB analog im geistigen Eigentum) gelten inhaltlich dieselben Grundsätze. Weil die Störerhaftung im Urheberrecht am wichtigsten ist, sollte das Skript „Einführung ins geistige Eigentum“, Teil VIII, ergänzend gelesen werden.
- Daneben Haftung bei unzureichender Sicherung eines eBay-Accounts. Hier soll der Inhaber unabhängig von der Verletzung von Sorgfaltspflichten haften: BGH GRUR 2009, 597 – Halzband.

Privilegierung von Internet-Dienstleistern (§§ 7-10 TMG)

- Internet-Dienstleister wie Zugangsvermittler (z.B. T-Online), Marktplätze (z.B. eBay), Portale (z.B. Tripadvisor) oder soziale Netzwerke können nicht alle Informationen auf Rechtmäßigkeit überprüfen.
- Differenzierung: Zugangsvermittler (z.B. Telekom, W-LAN-Betreiber) können Informationen nicht im Einzelfall prüfen, sondern allenfalls den Zugang sperren, von Plattformbetreibern kann erwartet werden, dass sie auf eine Nachricht hin den rechtswidrigen Inhalt sperren („notice and takedown“) und Vorkehrungen gegen gleichartige Verletzungen treffen
- Daher Art. 12-15 E-Commerce-RL, umgesetzt in § 7-10 TMG, (Details in der Vorlesung „Einführung in das geistige Eigentum“, VIII):
 - Haftung für eigene Informationen nach allgemeinen Gesetzen (§ 7 I TMG)
 - Bei fremden Informationen keine allgemeine Prüf- und Überwachungspflicht (Art. 15 ECRL = § 7 II TMG)
 - Zugangsvermittler (Art. 12 ECRL, § 8 I TMG): keine Prüfpflichten, aber Möglichkeit von Sperranordnungen im Einzelfall (§ 7 IV TMG)
 - Hosts (z.B. Plattformen, Sharehoster): nur „notice and takedown“, aber nach EuGH GRUR 2011, 1025 – *L'Oréal/eBay* muss der Host auch dafür sorgen, dass gleichartige Handlungen nicht mehr vorkommen, praktisch also „notice and action“ bzw. „notice and staydown“
- §§ 7-10 TMG gelten nur für passive, rein technische und automatische Tätigkeiten (EUGH GRUR 2011, 1025 – *L'Oréal/eBay*), das ist bei Portalen mit weitgehendem Service für Nutzer (eBay, YouTube) zweifelhaft

- Verhältnis zu den deutschen Grundsätzen über die Verletzung von Verkehrspflichten?
 - Frühere Rspr: §§ 7-10 TMG sind auf Unterlassungsansprüche nicht anwendbar
 - Inzwischen stellt § 8 I für Zugangsvermittler klar, dass auch Unterlassungsansprüche erfasst sind, ebenso wohl für § 10 TMG
 - Wo baut man §§ 7-10 TMG in die Prüfung ein? Unklar und teilweise str. § 8 TMG schließt die Haftung nach §§ 3 I, 8 UWG völlig aus, es bestehen nur noch Ansprüche gem. § 7 IV TMG → bei Zugangsvermittlern Prüfung gleich am Anfang. Bei Hosts besser bei Bestimmung der Verkehrspflichten prüfen.
- Ab 17.2.2024 werden §§ 7-10 TMG durch Art. 4-8 der VO 2022/2065 (Gesetz über digitale Dienste = Digital Services Act) verdrängt, die aber weitgehend der bisherigen ECRL entsprechen. Außerdem enthält der DSA Detailregelungen zu Abhilfemaßnahmen und Streit-schlichtung

Voraussetzungen

- **Abgrenzung zur unmittelbaren Täterschaft:** wer eigene Inhalte anbietet oder sich fremde Inhalte zu eigen macht, haftet als Täter. Entscheidend ist der Gesamteindruck des Web-Angebots aus Sicht des durchschnittlichen Nutzers (BGH GRUR 2015, 1129 – Hotelbewer-tungsportal; BGH GRUR 2020, 543 – Kundenbewertungen auf Amazon). Täterschaft auch bei Verletzung von Kennzeichnungspflichten, die den Plattformbetreiber treffen (z.B. § 5b III, Nr. 23b der Schwarzen Liste nach dem RegE eines Gesetzes zur Stärkung des Verbrau-cherschutzes).
- **Geschäftliche Handlung (§ 2 I Nr. 2)**, weil der Intermediär sonst nicht zu den Adressaten des UWG gehören würde
- **Unmittelbare Verletzung** durch einen Dritten, er braucht nach Rspr nicht geschäftlich zu handeln, nach a.A. muss der Dritte den kompletten UWG-Tatbestand verwirklichen (s.o.)
- **Kausalität** zwischen dem Verhalten des Intermediärs und der Verletzung und Möglichkeit der Abhilfe
- **Verletzung lauterkeitsrechtlicher Verkehrspflichten**, in der Regel Pflicht zur Beseitigung rechtsverletzender Inhalte nach entsprechendem Hinweis und Vorsorge gegen gleichartige Verletzungen. Reichweite dieser Pflicht unterschiedlich – Kriterien:
 - Wertungen der §§ 7-10 TMG, vor allem des § 10 TMG beim Hosting, m.E. hier einzu-bauen (s.o.)
 - aktiver Störer (der Verletzungen Dritter herausfordert) oder neutraler Störer?
 - Bedeutung der Tätigkeit für das Allgemeininteresse
 - Kosten und Wirksamkeit möglicher Prüfungs- oder Abhilfemaßnahmen
 - Gewicht der gefährdeten Interessen
 - Möglichkeit des Selbstschutzes
 - Möglichkeit, gegen den unmittelbaren Verletzer vorzugehen

Fallgruppen

- Medien: im Anzeigengeschäft wegen Art. 5 I 2 GG Beschränkung auf die Entdeckung un-schwer erkennbarer Verstöße
- Domainnamen: die DENIC ist nur zur Sperrung verpflichtet, wenn ihr ein rechtskräftiger Titel vorliegt oder der Fall ganz eindeutig ist

- Verkaufsplattformen: Pflicht zur Beseitigung rechtswidriger Inhalte nach Hinweis und zur Vorbeugung gegen künftige Verstöße („notice and staydown“), allerdings nur bei unschwer erkennbaren Verletzungen
- Hybride aus Verkäufer und Marktplatz (zB Amazon): vollständige Haftung für Angebote im eigenen Namen und für Informationspflichten, die Amazon als Betreiber treffen, nur „notice and staydown“ für Kundenbewertungen und Angebote von Dritthändlern (teilweise anders für das Markenrecht jetzt aber EUGH, Rs. C-148/21 und C-184/21 – *Louboutin/Amazon*: vollständige Haftung, wenn Verbraucher nicht zwischen Amazons eigenen Angeboten und dem Marktplatz differenzieren können)
- Bewertungsplattformen: Pflicht zur Beseitigung nur nach entsprechendem Hinweis, nach der Rspr. des VI. Zivilsenats (zu §§ 823 ff. BGB, weil es oft an einem Wettbewerbsverhältnis fehlt) Pflicht des Plattformbetreibers, eine Stellungnahme des Bewerter einzuholen und ggf. zu überprüfen
- Access Provider (zB T-Online): gem. § 8 I TMG keine Überwachungspflichten, aber Möglichkeit von Sperranordnungen (§ 7 IV TMG)
- Hyperlinks: Pflicht zur Löschung bei Hinweis auf rechtswidrige Inhalte (Beispiel: irreführender Inhalt entgegen § 5), bisher fraglich was gilt, wenn die Rechtswidrigkeit umstritten ist, näher BGH GRUR 2016, 209 – Haftung für Hyperlink
- Weiterführend: *Ohly*, GRUR 2017, 441 ff.

2. Straftatbestände und Ordnungswidrigkeiten

Überblick

- Geringe Bedeutung des Strafrechts im UWG
- § 16 I UWG: Strafbarkeit bei vorsätzlicher irreführender Werbung, könnte im Dieselskandal von Bedeutung sein
- § 16 II UWG: Strafbarkeit der progressiven Kundenwerbung („Schneeballsystem“)
- §§ 5c, 19: Bußgeld bei grenzüberschreitenden Verstößen in den in § 5c genannten Fällen
 - § 5c: seltsame Vorschrift, weil sie nur besagt, dass ein Verstoß gegen §§ 4a-5a, 3 II und 3 III iVm der Schwarzen Liste verboten ist, wenn es sich um einen weitverbreiteten Verstoß handelt – aber verboten ist der Verstoß gem. § 3 ja ohnehin. Das BMJ glaubte, einen eigenen Tatbestand für die Bußgeldandrohung zu brauchen, daher versteht man § 5c nur in Verbindung mit § 19
 - „Weitverbreiteter Verstoß“ (Art. 3 Nr. 3 VO 2017/2394) = (1) Schädigung der Kollektivinteressen von Verbrauchern, (2) mindestens drei EU-Mitgliedstaaten betroffen, (3) gilt auch für gleichartige Handlungen desselben Unternehmens
 - Geldbuße bis 50.000 €, aber bei Umsatz von > 1,25 Mio. € bis zu 4 % des Jahresumsatzes (!)
- § 20 UWG: Bußgeldtatbestand für unerlaubte Telefonwerbung (aber nicht für die anderen Fälle des § 7!), für Verletzung der Pflicht zur Dokumentation der Einwilligung (§ 7a) und für bestimmte Pflichtverletzungen der gem. § 8 III Nr. 2 anspruchsberechtigten Verbände (§ 8b)

V. Wettbewerbsverfahrensrecht

Lit.: *Emmerich/Lange*, §§ 25- 27; vertiefend (z.B. für Seminararbeiten) *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl. (2019)

1. Überblick

Wettbewerbsverfahren = Verfahren zur Durchsetzung lauterkeitsrechtlicher Ansprüche

- Regelungsgegenstand i.e.S. ist das Verfahren zur Durchsetzung der Ansprüche aus §§ 8 – 10 UWG
- Aber enge Verwandtschaft mit dem immaterialgüterrechtlichen Verletzungsverfahren = Verfahren wegen der Verletzung gewerblicher Schutzrechte (Patent, Gebrauchsmuster, Geschmacksmuster, Kennzeichenrechte) oder des Urheberrechts, viele Grundsätze gelten für beide Gebiete
- Ebenfalls gewisse Verwandtschaft mit dem Verfahren zur zivilrechtlichen Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche (§ 33 GWB), dagegen ist das eigentliche Kartellverfahren ein Verwaltungsverfahren.
- Der Wettbewerbsprozess ist eine Form des Zivilprozesses, es gelten die Vorschriften der ZPO. Kein Verwaltungsverfahren im Verbraucherschutz (anders als in vielen anderen EU-Staaten).
- Aber es gibt verschiedene Besonderheiten, die sich aus der Eigenart des Lauterkeitsrechts ergeben und die häufig richterrechtlich entwickelt wurden.

2. Abmahnung und Unterwerfung

Abmahnung: Begriff

- Mitteilung eines Anspruchsberechtigten an einen Verletzer,
- dass er sich durch eine im Einzelnen bezeichnete Handlung wettbewerbswidrig verhalten habe,
- verbunden mit der Aufforderung, das Verhalten in Zukunft zu unterlassen
- und eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben.
- Synonym (vor allem im Immaterialgüterrecht): Verwarnung.

Bedeutung der Abmahnung

- Soll vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens erfolgen (§ 13 I)
- Vorteil für den Mahnenden:
 - Warnung des Abgemahnten, der Wettbewerbswidrigkeit möglicherweise nicht kennt (Parallele: Mahnung im Rahmen vertraglicher Schuldverhältnisse)
 - Folge: ab Zugang zumindest Fahrlässigkeit bei Fortsetzung des Verhaltens, damit sind Schadensersatzansprüche begründet
 - durch Vertragsstrafe abgesicherte Unterwerfungserklärung ist fast so gut wie ein vollstreckbarer Titel
 - Vermeidung der Kostenfolge des § 93 ZPO
- Vorteil für den Abgemahnten:
 - kann gerichtliches Verfahren abwenden

- kann sich durch Erhebung einer negativen Feststellungsklage oder Einreichung einer Schutzschrift wehren
- Keine Rechtspflicht zur Abmahnung und keine Prozessvoraussetzung, bloße Obliegenheit.
- Doppelnatur: vorprozessuale Verfahrenshandlung und Angebot zum Abschluss eines Unterwerfungsvertrags.
- Praktische Bedeutung: Abmahnung erfolgt regelmäßig, nach Schätzungen erledigen sich 90 – 95 % aller Streitigkeiten nach Abmahnung und Unterwerfungserklärung. Erhebliche Bedeutung auch im Immaterialgüterrecht, insb. im Kennzeichenrecht.

Form und Inhalt der Abmahnung

- Keine vorgeschriebene Form, praktisch aber regelmäßig Schriftform (Fax oder E-Mail genügt), schon wegen der Erfordernisse des § 13 II
- Zugangsbedürftig (str.), Vorlage einer Vollmacht nicht erforderlich: § 174 BGB nicht anwendbar, wenn (wie regelmäßig) zugleich ein Angebot auf Abschluss eines Unterwerfungsvertrags abgegeben wird.
- Inhalt (§ 13 II)
 - Name oder Firma des Abmahnenden und Informationen zur Anspruchsberechtigung (§ 8 III)
 - Bezeichnung des Abgemahnten: Täter, Beteiligter (näher dazu unter III 2)
 - Angaben zum Aufwendungsersatz bzw. Hinweis auf dessen Ausschluss
 - genaue Beschreibung der wettbewerbswidrigen Handlung, Angabe von Beweismitteln nicht erforderlich (strenger die immaterialgüterrechtliche Rechtsprechung)
 - Unterlassungsverlangen mit Setzung einer angemessenen Frist, Länge abhängig von Schwere des Verstoßes und Dringlichkeit (praktisch oft 2-7 Tage), Folge bei zu kurzer Frist: Wenn Verwarner klagt, tritt die Kostenfolge des § 93 ZPO ein.
 - Angabe der Vertragsstrafe (dazu sogleich)
 - Androhung gerichtlicher Schritte bei Verweigerung der Unterwerfung
 - Höhe des geforderten Aufwendungsersatzes
- **Vertragsstrafe (§ 339 BGB)** bei Verstoß
 - Sichert den Anspruchsteller ab, wenn es zu einem erneuten Verstoß kommt
 - Praktisch meist zwischen 2.000 und 10.000 €
 - Problem der missbräuchlich hohen Vertragsstrafenandrohung, gerade gegenüber KMU
 - Lösung seit 2020: Ausschluss- und Begrenzungstatbestände in § 13a II, III, Beschränkung unangemessen hoher Vertragsstrafe auf angemessene Höhe (§ 13a IV, dazu die Bemessungskriterien des § 13a I)

Entbehrlichkeit der Abmahnung

- Hintergrund: Abmahnung soll erfolgen (§ 13 I), ausnahmsweise kann eine Veranlassung des Beklagten zur Klageerhebung (§ 93 ZPO) auch ohne Abmahnung vorliegen.
- Abmahnung voraussichtlich erfolglos
- Abmahnung unzumutbar, z.B. wegen „Gefahr im Verzug“, besonderer Eilbedürftigkeit, wiederholter Verletzung oder Verzögerungstaktik des Abgemahnten
- Problem für Vorgerückte: die Abgabe einer notariellen Unterlassungserklärung reicht nicht (BGH GRUR 2016, 1316).

Rechtsfolgen

- Unterwerfungserklärung (dazu sogleich) schließt Wiederholungs- bzw. Erstbegehungsgefahr aus, damit entfällt der Unterlassungsanspruch.
- **Kostenerstattungsanspruch bei UWG-Abmahnung (§ 13 III)**, Voraussetzungen:
 - **Berechtigung der Abmahnung** = UWG-Verstoß liegt vor, fehlt im Fall des Missbrauchs (§ 8c UWG), insb. bei Abmahnung zum Zweck der Gebührenerzielung, s. im Übrigen die in § 8c II genannten Fallgruppen
 - **Erforderlichkeit der Kosten**, fehlt bei anwaltlicher Abmahnung etwa, wenn Abmahner über eigene Sachkenntnis verfügt (z.B. Verband im Fall des § 8 III UWG, Rechtsabteilung eines Unternehmens)
 - **Ausschluss des Kostenerstattungsanspruchs** bei Verstoß gegen Kennzeichnungspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr (nicht anwendbar, wenn der Verstoß auch außerhalb, zB sowohl im Internet als auch in der Plakatwerbung, erfolgt) und bei Verstößen gegen Datenschutzrecht, insb. die DSGVO (hier aber nach verbreiteter Ansicht schon kein Verstoß gegen § 3a wegen abschließender Regelung der Rechtsfolgen), § 13 IV
- Kostenerstattungsanspruch bei Abmahnung wegen der Verletzung von Immaterialgüterrechten: im Urheberrecht Spezialnorm (§ 97a), ansonsten Schadensersatzanspruch nach dem jeweiligen Schutzgesetz (§ 14 VI MarkenG; § 97 II UrhG; § 139 PatG) oder GoA, dabei ebenfalls nur Ersatz der erforderlichen Kosten
- **Gegenanspruch** des Abgemahnten bei **unberechtigter Abmahnung** (= Anspruch besteht nicht, Abmahnung genügt nicht den Anforderungen des § 13 II oder ist gem. § 13 IV ausgeschlossen) auf **Ersatz der Rechtsverteidigungskosten (§ 13 V)**
- Reaktionsmöglichkeiten des Abgemahnten:
 - Abgabe der Unterwerfungserklärung
 - Ignorieren der Abmahnung (mit Gefahr eines anschließenden Verfahrens und von SchE'ansprüchen, weil nach hM die Abmahnung ein gesetzliches Schuldverhältnis begründet)
 - Einreichung einer Schutzschrift (dazu unten, 3)
 - Erhebung einer negativen Feststellungsklage (nach h.M. ohne Gegenabmahnung)
 - Geltendmachung von Rechtsverteidigungskosten gem. § 13 V
 - Die Grundsätze über die unberechtigte Schutzrechtsverwarnung (s.o. bei § 4 Nr. 4) gelten nach h.M. nicht uneingeschränkt für die Abmahnung wegen unlauterer Handlungen. Unlauterkeit gem. § 4 Nr. 2 oder 4 nur bei falschen Tatsachenbehauptungen oder bei Kenntnis der fehlenden Berechtigung.

Die Unterwerfungserklärung

- **Unterwerfungserklärung** = uneingeschränkte, unwiderrufliche und bedingungslose Erklärung des Verletzers unter Übernahme einer Vertragsstrafe (§ 13a) für den Fall der Zuwiderhandlung künftige Verletzungen zu unterlassen.
- Wirkung:
 - Wiederholungs- bzw. Erstbegehungsgefahr entfällt, Schuldner hat damit die Möglichkeit, auch Inanspruchnahme durch Dritte zu vermeiden
 - Abmahner erhält durch Versprechen der Vertragsstrafe (= vertraglicher Anspruch im Fall der Zuwiderhandlung) Sicherheit

- Notwendigkeit für einen Prozess entfällt.
- Zivilrechtlich handelt es sich um ein abstraktes Schuldanerkenntnis (§§ 780, 781 BGB), das durch Angebot und Annahme geschlossen wird.

Die Schutzschrift

- **Schutzschrift = Schriftsatz, in dem der Angemahnte dem Gericht vorsorglich seine Sicht der Dinge darstellt.**
- Hintergrund:
 - In der Abmahnung droht der Mahnende gerichtliche Schritte an. Die Schutzschrift beruht auf der Befürchtung, dass was angedroht wird auch tatsächlich erfolgt.
 - In dringenden Fällen kann die einstweilige Verfügung ohne mündliche Verhandlung ergehen (§ 937 II ZPO), der Antragsgegner wird also überrascht.
 - richterrechtlich entwickelt, Ausfluss des Rechts auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG)
- keine gesetzliche Formvorschrift, praktisch aber Schriftform (Überschrift „Schutzschrift“ hilfreich)
- Antrag:
 - Zurückweisung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung
 - hilfsweise Entscheidung nach mündlicher Verhandlung
- Problem: Der Abgemahnte weiß oft nicht, bei welchem Gericht die eV beantragt wird. Praxis: Schutzschrift wird bei mehreren Gerichten eingereicht, insb. beim gem. § 14 I UWG (vgl. § 14 II 2!) zuständigen Gericht und einigen LG'en, die üblicherweise in UWG-Sachen angerufen werden.
- Zustellung an den Gegner mit Eingang des Antrags auf Erlass der eV (str.)
- Gericht ist aus Art. 103 I GG verpflichtet, die Schutzschrift zu berücksichtigen.
- Kosten:
 - Wenn der Antrag nicht gestellt wird, dann allenfalls materiell-rechtliche Erstattungsanspruch wegen unberechtigter Schutzrechtsverwarnung
 - Wenn Antrag gestellt und zurückgewiesen oder zurückgenommen wird, Kostenerstattungsanspruch gem. § 91 ZPO (str.)

3. Gerichtliche Durchsetzung

Prüfungsschema zu § 8 UWG: Zulässigkeit

I. Zulässigkeit

1. Zuständigkeit
 - a) sachlich: Landgericht (§ 14 I)
 - b) örtlich: Niederlassung oder Wohnsitz des Beklagten (§ 14 II 1), Begehungsort (§ 14 II 2 UWG, beachte die Ausnahme in § 14 II 3!)
2. Bestimmtheit des Klageantrags (§ 253 II Nr. 2 ZPO)
3. allgemeine Prozessvoraussetzungen

- II. **Begründetheit:** (+), wenn ein Anspruch aus **§§ 3 I, 8 ff. bzw. §§ 7, 8 ff.** besteht, s. dazu oben, II 1.

a) Zuständigkeit

Überblick

- Zuständigkeiten:
 - **sachlich:** ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte für Ansprüche aus UWG (§ 14 I), Markenrecht (§ 140 I MarkenG) und Patentrecht (§ 143 I PatG), im Urheberrecht gelten die allgemeinen Vorschriften (§§ 21, 71 f. GVG: Abhängigkeit vom Streitwert).
 - **örtlich: § 14 II UWG** (dazu gleich mehr), im Immaterialgüterrecht gelten die allgemeinen Vorschriften (§§ 12 ff. ZPO).
- **Konzentrationsermächtigung** = Ermächtigung der Landesregierung, durch VO die Zuständigkeit bei einem oder mehreren LGen zu konzentrieren (§§ 14 III UWG; 105 UrhG; 143 II PatG; 140 II MarkenG). Sinn: Spezialmaterie lässt Streitentscheidung durch spezialisierte Gerichte sinnvoll erscheinen. Wurde im Immaterialgüterrecht und für den Geheimnisschutz weitgehend genutzt (für Bayern: LGe München I und Nürnberg-Fürth), im UWG bisher nur in Sachsen und Mecklenburg-Vorpommern.

Örtliche Zuständigkeit

- Grundsätzlich Wahlmöglichkeit des Klägers zwischen Gericht, in dessen Bezirk der Bkl. seine Niederlassung oder seinen Wohnsitz hat (§ 14 II 1 UWG im Lauterkeitsrecht, § 12 ZPO im geistigen Eigentum) und Gerichtsstand des **Begehungsortes** (§ 14 II 2 UWG bzw. § 32 ZPO)
- Begehungsort ist da, wo zumindest eine Teilhandlung der Verletzungshandlung begangen wurde, also auch dort, wo Werbung oder Verletzungsexemplare bestimmungsgemäß verbreitet werden.
- Besonderheit im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht: unlautere Werbung oder Gegenstände, die ein Immaterialgüterrecht verletzen, werden oft an vielen Orten verbreitet (Beispiele: unlautere Werbung in Presse, Rundfunk oder Internet, Verkauf rechtsverletzender Gegenstände in verschiedenen Filialen einer Handelskette). Daher ist ein **Gerichtsstand gem. §§ 14 II 1 UWG bzw. § 32 ZPO an zahlreichen Orten eröffnet („fliegender Gerichtsstand“)**. Der Kläger hat also eine Wahlmöglichkeit.
- Abschaffung des fliegenden Gerichtsstands im UWG wurde mehrfach diskutiert (so bereits im UrhG für Verfahren gegen Private, § 104a UrhG). Nachteil: Benachteiligung des Beklagten, Möglichkeit des *forum shopping*, Vorteil: Bündelung bei besonders erfahrenen Gerichten (Hamburg, Frankfurt, Köln, München), während bei Abschaffung unerfahrene Gerichte mit komplexen UWG-Fragen zu kämpfen hätten.
- Ausnahmen:
 - Verstöße im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien (§ 14 II 2 Nr. 1), Beispiel: Anspruch aus §§ 5a I, 5b IV, 5 TMG wegen fehlender Impressumsangaben. Meinungsstreit zwischen dem LG und dem OLG Düsseldorf: Geltung der Einschränkung nur für die in § 13 IV Nr. 1 genannten Verstöße gegen Informations- und Kennzeichnungspflichten (so das LG) oder für alle Internethandlungen (so das OLG und die h.M.)
 - Ansprüche der gem. § 8 III Nr. 2-4 Anspruchsberechtigten = Verbände und IHK'en (§ 14 II 2 Nr. 2)
 - Richterrechtliche Einschränkung: Fehlen von wirtschaftlichen Auswirkungen im Bezirk des Gerichts. Beispiel: Kein Gerichtsstand in Hamburg, wenn Münchener Frisör mit loka-

lem Kundenkreis im Internet mit irreführenden Angaben ein markenverletzendes Shampoo ohne Versandmöglichkeit anbietet.

- Medien im Einzelnen:
 - Presse: Gerichtsstand überall dort begründet, wo das Presseerzeugnis bestimmungsgemäß verbreitet wird
 - Rundfunk, Fernsehen: sämtliche Orte, an denen das Programm bestimmungsgemäß zur Kenntnis genommen wird (übliches Sendegebiet, bei Möglichkeit des Online-Radios allerdings wohl auch gesamtes Bundesgebiet), daneben auch der Sendeort
 - Internet: grundsätzlich gesamtes Bundesgebiet, Einschränkung aber im elektronischen Geschäftsverkehr (bisher unklare Frage: gibt es geschäftliche Handlungen im Internet, die nicht im elektronischen Geschäftsverkehr erfolgen?) oder bei rein lokalen Angeboten, s.o.
 - Angebot verletzender Erzeugnisse: überall dort, wo das Angebot tatsächlich erfolgt, bei Werbung auch überall dort, wo Werbung bestimmungsgemäß zur Kenntnis genommen wird.
- § 14 II ist ein **ausschließlicher Gerichtsstand**, daher keine Zuständigkeit kraft rügeloser Verhandlung (§ 39 ZPO), anders im Immaterialgüterrecht. Bei Anspruchskonkurrenz mit kennzeichenrechtlichen Ansprüchen gilt § 14 UWG nicht, s. § 141 MarkenG.

Internationale Zuständigkeit

- Im Immaterialgüter- und Lauterkeitsrecht wegen der ubiquitären Natur der Immaterialgüterrechte und des häufig grenzüberschreitenden Charakters der Werbung von besonderer Bedeutung.
- Regelung durch Europäische Gerichtsstands- und VollstreckungsVO (**EuGVVO oder Brüssel Ia-VO**), im Verhältnis zur Schweiz das Abkommen von Lugano (LugÜ), beide sind weitgehend mit der EuGVVO inhaltsgleich. Wichtigste Gerichtsstände im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht: Geschäfts- bzw. Wohnsitz des Beklagten (Art. 4 I) und Tatort (Art. 7 Nr. 2).
- Wenn EuGVVO nicht einschlägig, gelten die §§ 14 II UWG, 12 ZPO, die in diesem Fall nicht nur die örtliche, sondern auch die internationale Zuständigkeit regeln.
- Die internationale Zuständigkeit ist von Amts wegen zu prüfen.
- Problem bei Handlungen im Internet: Begründet die weltweite **Abrufbarkeit** die internationale (Tatort-) Zuständigkeit jedes beliebigen Gerichts weltweit? Beispiel: BGH GRUR 2005, 431 – Hotel Maritime. Antwort: Erforderlich für die Rechtsverletzung ist eine **wirtschaftliche Auswirkung** auf den deutschen Markt str. ist aber, ob sie bereits im Rahmen der Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen ist.
 - Dafür: Zuständigkeitsinteressen des Beklagten, dem nicht angesonnen werden kann, sich weltweit auf Prozesse einzulassen.
 - Dagegen: Tatsachen, die sich in gleicher Weise auf Zuständigkeit und Begründetheit auswirken („doppelrelevante Tatsachen“) werden erst im Rahmen der Begründetheit geprüft, im Rahmen der Zuständigkeit genügt die schlüssige Behauptung.
 - Lösung: Wenn sich schon aus dem Klägervortrag Fehlen jeglicher Auswirkung ergibt, fehlt es an der internationalen Zuständigkeit. Wenn eine Beweiserhebung oder ausführ-

lichere Erörterung erforderlich ist, genügt die Abrufbarkeit zur Begründung der Zuständigkeit, das Auswirkungsprinzip ist dann im Rahmen der Verletzung zu prüfen.

b) Anträge

Bedeutung

- „Der Unterlassungsantrag ist das Kernstück eines jeden Wettbewerbsprozesses. Seine Formulierung gehört zu den wichtigsten, aber auch schwierigsten Aufgaben des Anwalts und daneben auch des Gerichts.“ (Ahrens/*Jestaedt*, Der Wettbewerbsprozess, Rn. 22/1)
- Ausgangspunkte:
 - prozessuales Bestimmtheitsgebot (§ 253 II 2 ZPO): Der Klageantrag muss bestimmt sein. Ist er es nicht, so ist die Klage unzulässig.
 - materiellrechtliches Konkretisierungsgebot: Der Kläger muss die Rechtsverletzung darlegen und ggf. beweisen. Tut er das nicht, so ist die Klage unbegründet.
- Problem: Abstraktion – wird nur Unterlassung der konkret erfolgten Verletzung verlangt, so kann der Verletzer das Unterlassungsgebot einfach umgehen. Aber: Je abstrakter, desto unbestimmter.
- 3 typische Fehler (Teplitzky/*Schwippert*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Rn. 51/5 ff.):
 - Formulierung zu vage, Klage daher unzulässig.
 - Formulierung zu weit, Klage daher (teilweise) unbegründet (Kostenfolge: § 92 ZPO)
 - Formulierung verfehlt die konkrete Verletzungsform, Klage daher insgesamt unbegründet.

Bestimmtheitsgebot (§ 253 II Nr. 2 ZPO)

- Der Klageantrag muss hinreichend bestimmt sein.
 - Der Antrag legt den Streitgegenstand fest und definiert daher, worüber das Gericht zu entscheiden hat.
 - Der Urteilstenor bildet die Grundlage für das Vollstreckungsverfahren.
- Prüfung von Amts wegen.
- § 139 I ZPO: Das Gericht hat auf die Stellung sachdienlicher Anträge hinzuwirken.
- Folge fehlender Bestimmtheit: Klage ist durch Prozessurteil als unzulässig abzuweisen.
- Verallgemeinerungen sind zulässig, wenn ihre Reichweite bei objektiver Auslegung aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise erfassbar ist.
 - zu unbestimmt beispielsweise: „Anzeigen ähnlich wie die veröffentlichte“, „Beiträge, die inhaltlich Werbung sind“, „üblicher Marktpreis“, „herabsetzende Äußerungen“, „zu einer den privaten Rahmen überschreitenden Veranstaltung einzuladen“. „deutlich hervorgehobener Hinweis“
 - hinreichend bestimmt hingegen: „wörtlich oder sinngemäß“, „Sportartikel“, „Geräte der Unterhaltungselektronik“

Konkretisierungsgebot

- Der Kläger muss formulieren, was genau er am Verhalten des Gegners beanstandet.

- Der Klageantrag darf nur Verhaltensweisen umfassen, die der Kläger beanstanden *kann* und soll nur Verhaltensweisen umfassen, die der Kläger beanstanden *will*.
- Kein prozessuales Erfordernis, aber Gefahr der Klageabweisung wegen Unbegründetheit.
- Ausgangspunkt ist die erfolgte oder befürchtete Verletzungsform. Wenn verallgemeinert wird, muss dennoch das „Charakteristische“ bzw. der „Kern“ der Verletzung zum Ausdruck kommen („Kerntheorie“).
- Beliebt ist der „insbesondere“-Antrag, möglich etwa: Verallgemeinerung, gefolgt von konkreter Verletzungsform, die mit „insbesondere“ eingeführt wird (Beispiel nach BGH GRUR 1984, 593: Unterlassung der Werbung für adidas-Sportartikel, insbesondere den adidas Sportschuh „Rom“)

c) Einstweilige Verfügung

Voraussetzungen:

I. Zulässigkeit

1. Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Gericht der Hauptsache: §§ 937, 919 ZPO)
2. Bestimmtheit des Antrags (§ 253 II Nr. 2 ZPO)
3. Behauptung von Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund
4. Allgemeine Prozessvoraussetzungen, kein Anwaltszwang (§§ 936, 920, 78 V ZPO)
5. Rechtsschutzbedürfnis

II. Begründetheit: Glaubhaftmachung (§ 294 ZPO) von ...

1. Verfügungsanspruch = materiell-rechtlicher Anspruch
2. Verfügungsgrund (§§ 935, 940 ZPO) = Dringlichkeit, wird gem. § 12 I UWG vermutet

Bedeutung der einstweiligen Verfügung in Wettbewerbsachen

- Im Lauterkeitsrecht ist die einstweilige Verfügung der vorrangige Rechtsbehelf, auch im Immaterialgüterrecht ist sie von erheblicher Bedeutung.
- „Durch die Unterlassungsverfügung wird das gewährt, worauf es im Wirtschaftsleben am meisten ankommt: eine den Interessen des Augenblicks angepasste schnelle und durchgreifende Entscheidung, die weitere Verstöße unterbindet. Ein schneller vorläufiger Titel ist in aller Regel mehr wert als das beste Endurteil nach mehreren Jahren.“ (Ahrens/*Jestaedt*, Der Wettbewerbsprozess, Rn. 43/2)
- Oft führt die einstweilige Verfügung, insb. in Verbindung mit einer Abschlusserklärung, zur endgültigen Beilegung des Verfahrens.

Zulässigkeit

- Zur Zuständigkeit und zur Bestimmtheit des Antrags s.o.
- **Rechtsschutzbedürfnis**, entfällt, wenn der Antragsteller bereits über einen vollstreckbaren Titel verfügt, hingegen ist der Missbrauch der Klagebefugnis (§ 8c UWG) eine Frage der

Aktivlegitimation und das Vorliegen einer Unterwerfungserklärung eine Frage der Wiederholungsgefahr.

- Keine Voraussetzung ist die vorherige Abmahnung. Daher kann eine Partei das Kostenrisiko in Kauf nehmen und ohne vorherige Abmahnung eine einstweilige Verfügung erwirken.

Begründetheit: bei Glaubhaftmachung von Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund

- Verfügungsanspruch ist der materiell-rechtliche Anspruch. Würde in einer Klausur nach den Erfolgsaussichten eines Antrags auf Erlass einer eV gefragt, wäre das Bestehen des Anspruchs hier zu prüfen.
- Verfügungsgrund = **Dringlichkeit** (§§ 935, 940 ZPO)
 - wird gem. **§ 12 I UWG in Wettbewerbsachen vermutet.**
 - analoge Anwendbarkeit auf Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums: im Markenrecht fehlt an einer Regelungslücke, denn bei Neuregelung des Markenrechts 1994 war die Vorgängerbestimmung von § 12 I UWG dem Gesetzgeber bekannt, im Patentrecht ist die Interessenlage wegen der Komplexität patentrechtlicher Sachverhalte nicht vergleichbar
 - Widerlegung, wenn Dringlichkeit aufgrund der Fallumstände ausscheidet, z.B. bei periodisch wiederkehrenden Verstößen („jedes Jahr zum Oktoberfest“)
 - Wann ist die Vermutung bei Zuwarten des Antragstellers widerlegt? Unterschiedliche Praxis der OLGs, schwankt zwischen 1 Monat (OLG München, Nürnberg-Fürth) und bis zu 6 Mo (OLG Hamburg)
- Verfügungsanspruch und -grund sind glaubhaft zu machen (§§ 936, 920 II ZPO). Es gilt also ein niedrigeres Beweismaß: Der Richter muss das Vorliegen für wahrscheinlicher halten als das Nichtvorliegen. Mittel der Glaubhaftmachung (§ 294 ZPO): alle präsenten Beweismittel, zudem eidesstattliche Versicherungen.

Verfahren

- Die einstweilige Verfügung ergeht aufgrund mündlicher Verhandlung durch **Urteil** oder – in dringenden Fällen (§ 937 II ZPO) – ohne mündliche Verhandlung durch **Beschluss**. Gründe für besondere Dringlichkeit: Notwendigkeit des Überraschungseffekts, kurze Zeitspanne (z.B. bis zum Erscheinen einer Zeitung), dabei allerdings Beachtung des Grundsatzes der prozessualen Waffengleichheit, dessen Verletzung das BVerfG jüngst mehrfach gerügt hat (z.B. BVerfG GRUR 2020, 1236, dazu *Bornkamm*, GRUR 2020, 715), insb. wenn der Antrag nicht einer unmittelbar zuvor ausgesprochenen Abmahnung entspricht
- Kosten: §§ 91 ff. ZPO, insb. § 93 ZPO, wenn keine vorherige Abmahnung erfolgt ist.
- **Rechtsbehelfe des Antragstellers:**
 - gegen Beschlüsse: Beschwerde (§§ 567 ff ZPO)
 - gegen Urteile: Berufung, nicht jedoch Revision (§ 542 II 1 ZPO)
 - Folge: Verfügungsverfahren enden nicht beim BGH, daher keine höchstrichterliche Klärung bei Divergenzen zwischen der Rechtsprechung mehrerer OLGs
- **Rechtsbehelfe des Antragsgegners:**
 - Schutzschrift (kein eigentlicher Rechtsbehelf, eher Vorbeugung)
 - gegen Beschlüsse: Widerspruch (§§ 936, 924 I ZPO), führt zur mündlichen Verhandlung, auch isolierter Kostenwiderspruch möglich

- gegen Urteile: Berufung, nicht aber Revision
- Antrag auf Fristsetzung zur Klageerhebung (§ 926 I ZPO)
- Antrag auf Aufhebung der eV wegen veränderter Umstände (Wegfall des Verfügungsanspruchs oder -grundes oder bei Vollziehung)
- Die eV ist ein vollstreckbarer Titel.
- Sie ist innerhalb eines Monats zu vollziehen (§§ 936, 929 II ZPO), das bedeutet:
 - Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen bzw.
 - bei Unterlassungsverfügung Parteizustellung (§ 191 ff. ZPO) in vollständiger Form
 - Wegen der Parteizustellung kann der Kläger vorläufig auf die Zustellung verzichten und warten, ob der Anspruchsgegner sich einer Abmahnung unterwirft („Schubladenverfügung“). Unterwirft er sich nicht, so erlaubt die „Schubladenverfügung“ einen Überraschungsangriff (in Anwaltskreisen auch als „Pearl Harbor-Methode“ bezeichnet).

Abschlussverfahren

- Die eV regelt nur vorläufig. Häufig sind die Parteien aber an einem Hauptsacheverfahren nicht mehr interessiert. Durch das Abschlussverfahren wird der Rechtsstreit beendet.
- Vorsicht: nicht mit der Unterwerfungserklärung (= vor- bzw. außerprozessuale Streitbeilegung) verwechseln, die Abschlusserklärung macht einen vorläufigen Titel zum endgültigen
- **Abschluss schreiben** = Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner zur Abgabe einer Abschlusserklärung innerhalb einer angemessenen Frist, bei Ablehnung durch den Schuldner und anschließender Hauptsacheklage Abwendung der Kostenfolge des § 93 ZPO.
- **Abschlusserklärung** = Verzicht auf alle möglichen Rechtsbehelfe gegen die eV, stellt den Gläubiger so als hätte er einen endgültigen Titel

4. Einigungsstellen (§ 15 UWG)

Bedeutung und Verfahren

- dienen der Herbeiführung eines gütlichen Ausgleichs
- keine Schiedsgerichte
- können durch jeden aus UWG-Ansprüchen Aktiv- oder Passivlegitimierten angerufen werden.
- Verfahren weitgehend frei, keine Gebühren, nur Anspruch der IHK auf Auslagenersatz
- Während des Verfahrens sind Leistungs- und Feststellungsklagen unzulässig, ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist jedoch möglich (Arg. § 15 X 2 UWG). Die Verjährung ist gehemmt.
- Verfahren kann durch Vergleich beendet werden.