

WETTBEWERBSRECHT

Liebe Studentinnen,
liebe Studenten,

nach meiner Beobachtung und Einschätzung können sich viele von Ihnen den Schwerpunktvorlesungen nur nebenbei widmen, weil sie parallel auf die Übungen im Pflichtstoffbereich konzentrieren müssen. Der Besuch der Schwerpunktvorlesungen ist typischerweise eine erste Kontaktaufnahme mit dem Fach, das mit vollem Engagement erst gelernt wird, wenn es zu einem späteren Zeitpunkt des Studiums um die Vorbereitung auf die Examensklausur geht. In den mündlichen Vorlesungen zum Schwerpunkt konzentriere ich mich daher auf ausgewählte wichtige oder besonders anschauliche Inhalte und auf Verständniszusammenhänge in der Hoffnung, dass Sie auf diese Weise möglichst viel mitnehmen und verstehen, auch wenn sie sich dem Fach zunächst nicht mit voller Kraft widmen können. Die mündliche Vorlesungsveranstaltung ist deshalb nicht konsequent auf inhaltliche Vollständigkeit gerichtet (wie es notwendig wäre, wenn Sie Semesterabschlussklausuren schreiben würden).

Das Vorlesungsmanuskript strebt dagegen nach inhaltlicher Vollständigkeit und geht folglich in Teilen über die mündliche Veranstaltung hinaus. Es führt zum Beispiel Querbezüge zu den anderen Fächern des Teilschwerpunkts auf. Diese werden in der Vorlesung nicht oder nicht in der gleichen Ausführlichkeit behandelt, weil sich die Vorlesung stets auch an Einsteiger wendet, die das andere Fach noch gar nicht kennen. Das Vorlesungsmanuskript soll den in meiner Verantwortung liegenden Schwerpunktstoff für Sie studierbarer machen, das Rekapitulieren der Vorlesung erleichtern und eine Grundlage für die Vorbereitung auf die spätere Examensklausur liefern. Die Manuskripte werden im Laufe des Semesters, in dem die betreffende Vorlesung gehalten wird, ins Netz gestellt. Ich stelle sie grundsätzlich erst im Nachhinein zur Verfügung. So kann ich Dinge einarbeiten, die mir im Laufe der Vorlesung aufgefallen sind. Die Texte werden im Weiteren nicht aktualisiert, sondern drei Semester später, wenn die Vorlesung turnusgemäß wieder anzubieten ist, durch eine neue Version ersetzt. Wenn Sie sich anhand des Manuskripts auf die Examensklausur vorbereiten, sollten Sie jeweils auf die neuste Version zurückgreifen.

Viel Freude und Erfolg beim Schwerpunktstudium! (Gilt selbstverständlich auch für das Pflichtfachstudium.) Bitte wenden Sie sich an mich, wenn Sie Hinweise oder Anregungen zur Verbesserung der Vorlesung oder des Vorlesungsmanuskripts haben oder Ihnen Unrichtigkeiten auffallen.

I. TEIL: GRUNDLAGEN

§ 1: ÜBERBLICK, WETTBEWERB, RECHTSGESCHICHTE

A. Terminologie

Gegenstand der Vorlesung ist das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb. Es ist im **UWG** (= Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Nomos Nr. 51) geregelt. Zur Vereinfachung wird im Folgenden der Ausdruck „Wettbewerbsrecht“ verwendet, der das Gebiet griffig von den Nachbargebieten (Äußerungsrecht, Medienrecht, Urheberrecht, Markenrecht, Kartellrecht) abgrenzt.

Die Bezeichnung „Recht des unlauteren Wettbewerbs“ ist falsch. Unlauterer Wettbewerb ist nicht rechtens, sondern soll gerade zurückgedrängt werden. Der deutsche Gesetzgeber hat deshalb vom „Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs“ (1896) beziehungsweise vom „Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb“ (1909, 2004) gesprochen. Das österreichische Gesetz trug von Anfang an denselben Titel. Das schweizerische Gesetz hieß dagegen zunächst „Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb“ (UWG 1943) und ist 1986 bewusst in „Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb“ umbenannt worden, denn es soll den lauten und nicht den unlauteren Wettbewerb regeln; *Botschaft zum UWG 1986*, Bundesblatt (BBl.) II 1983, 1058.

Die Bezeichnung „Lauterkeitsrecht“ ist ebenfalls verfehlt, da sie unzutreffende Vorstellungen erweckt. Das UWG regelt allein die Unzulässigkeit des unlauteren, nicht dagegen die Zulässigkeit des lauten Wettbewerbs.

Umgekehrt ist es nicht sinnvoll, in Bezug auf das Kartellrecht von Wettbewerbsrecht zu sprechen. Das Kartellrecht regelt nämlich nicht allgemein den Wettbewerb. Es enthält insbesondere keinen Generaltatbestand, der alle unzulässigen Wettbewerbspraktiken erfassen kann, sondern ist in seiner Grundstruktur eine Ansammlung abschließender Einzeltatbestände.

B. § 1 Abs. 1 UWG

Nach § 1 Abs. 1 UWG schützt das Wettbewerbsrecht die Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen (Satz 1) und die Allgemeinheit vor Verfälschungen des Wettbewerbs (Satz 2).

I. Marktteilnehmer

Für den Schutz vor unlauteren geschäftlichen Handlungen sind vier Akteure zu unterscheiden. Ihnen ist – wenn auch in verschiedener Form – gemeinsam, dass sie marktbezogen tätig sind, also entweder „geschäftliche Handlungen“ vornehmen oder „Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen“ sind oder „geschäftliche Entscheidungen“ treffen.

Der „*Unternehmer*“ ist in § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG definiert. Er ist derjenige, der die unlautere geschäftliche Handlung entweder selbst vornimmt oder zu dessen

Gunsten die Handlung vorgenommen wird. Erforderlich ist eine auf eine gewisse Dauer angelegte, selbstständige wirtschaftliche Betätigung, die darauf angelegt ist, Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt zu vertreiben. Im Deliktsrecht würde man von dem Täter sprechen, vor dessen Handlungen die Marktteilnehmer geschützt werden sollen.

„*Mitbewerber*“ sind Unternehmen, die mit dem handelnden Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis stehen, **§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG** (Einzelheiten später).

„*Verbraucher*“ sind natürliche Personen, die Waren oder Dienstleistungen zu einem Zweck nachfragen oder anbieten, der keiner gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, **§§ 13 BGB, 2 Abs. 2 UWG** (Einzelheiten später).

„*Sonstige Marktteilnehmer*“ sind Personen, die als Anbieter oder Nachfrager tätig, aber weder Mitbewerber noch Verbraucher sind, **§ 1 Abs. 1 Satz 1, 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG**. In Betracht kommen hauptsächlich Unternehmen, die mit dem handelnden Unternehmen (siehe oben) nicht in einem Wettbewerbsverhältnis stehen (Einzelheiten später).

II. Schutz der Mitbewerber, Sonderdeliktsrecht

§ 1 Abs. 1 Satz 1 UWG nennt als erstes den Schutz der Mitbewerber vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Wenn ein Unternehmer geschäftlich unlauter handelt, so erwachsen dem betroffenen Mitbewerber daraus Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung (§ 8 Abs. 1 Satz 1) und Schadensersatz (§ 9 Abs. 1 UWG) gegen den handelnden Unternehmer. Das Wettbewerbsrecht basiert insoweit prinzipiell auf deliktsrechtlichen Regeln.

Wettbewerbsrechtliche Tatbestände zum Schutz des Mitbewerbers sind vor allem in § 4 UWG normiert. Wichtig ist insbesondere das Verbot der gezielten Behinderung, § 4 Nr. 4 UWG. Diese Haftungstatbestände des UWG sind strenger als die §§ 823 ff. BGB. Der Mitbewerberschutz läuft auf ein Sonderdeliktsrecht für Unternehmen hinaus. Ein Unternehmen kann nämlich in besonderer Weise davon profitieren, wenn es den Mitbewerber irgendwie „ausschaltet“. Jeder Käufer, Lieferant und Geschäftspartner, der dem Mitbewerber abspenstig gemacht wird, ist potenziell ein eigener Neukunde. Umgekehrt trifft die Schädigung den Mitbewerber doppelt, wenn seine geschäftliche Einbuße zu einem direkten Vorteil des handelnden Unternehmens führt. Unlautere Geschäftspraktiken gegenüber dem Mitbewerber sind also besonders verlockend. Daher werden beispielsweise Äußerungen über den Mitbewerber nach strengeren Regeln behandelt.

Nach **§ 824 Abs. 1 BGB** kann ein Betroffener gegen kreditgefährdende Tatsachenangaben nur vorgehen, wenn die Äußerung „*der Wahrheit zuwider*“ gemacht wurde. Die Beweislast für die Unwahrheit liegt also beim betroffenen Anspruchsteller.

Demgegenüber verbietet **§ 4 Nr. 2 UWG** das Äußern geschäftsschädigender Tatsachen über den Mitbewerber, die „*nicht erweislich wahr*“ sind. Das ist eine gegenüber dem Äußernden strengere Regelung, da sie die Beweislast für die Richtigkeit der gemachten Tatsachenangaben dem Äußernden auferlegt. Auf diese Weise soll der betroffene Mitbewerber möglichst davor bewahrt bleiben, durch solche Praktiken geschäftliche Nachteile zu erleiden. Derartige Äußerungen sind für ihn besonders gefährlich. Sie können zum direkten Verlust von Kunden führen, lassen sich ohne weiteren Aufwand in die Welt setzen und können nur schwer bekämpft werden.

III. Verbraucher

Der Schutz der Verbraucher vor unlauteren geschäftlichen Handlungen ist in unterschiedlichen Zusammenhängen relevant. Sie werden unter anderem in ihren geschäftlichen Entscheidungen geschützt, insbesondere gegenüber aggressiven (§ 4a Abs. 1 Satz 1 UWG) oder irreführenden (§ 5 Abs. 1 UWG) geschäftlichen Handlungen.

Der Schutz der Verbraucher folgt anderen dogmatischen Regeln als der Mitbewerberschutz. Dem einzelnen Verbraucher stehen gegenüber unlauteren geschäftlichen Handlungen weder Beseitigungs- noch Unterlassungsansprüche zu (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG ist bewusst auf Mitbewerber begrenzt und nennt Verbraucher nicht). Das UWG schützt nämlich primär die Verbraucherschaft, also Kollektivinteressen. Dem allgemeinen Zivil- und Deliktsrecht sind derartige Schutzsubjekte und Schutzgüter fremd. Das Wettbewerbsrecht weicht davon prinzipiell ab. Nach **§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG** sind Verbrauchereinrichtungen gegenüber Wettbewerbsverstößen klagebefugt. Die Interessen der Verbraucherschaft können also durch Verbandsklagen gewahrt werden.

Der einzelne Verbraucher kann aber nach **§ 9 Abs. 2 Satz 1 UWG** unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Schadensersatz haben. Der Gesetzgeber hat damit eine europäische Richtlinie umgesetzt. Er hat dies in einer Art und Weise getan, die die Regelung zu einem Fremdkörper im deutschen Recht macht.

IV. Sonstige Marktteilnehmer

Der Schutz der sonstigen Marktteilnehmer ist nochmals anders. § 1 Satz 1 UWG erkennt sie in materiell-rechtlicher Hinsicht als Schutzsubjekt an. Bestimmte Verbotstatbestände, die Verbraucher sichern sollen, beziehen auch die sonstigen Marktteilnehmer mit ein, §§ 4a. 5 ff. UWG. § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG normiert darüber hinaus einen Sondermaßstab für sonstige Marktteilnehmer.

Der Wortlaut der §§ 8 ff. UWG macht aber keine Angaben über ihre Anspruchsberechtigung, während die Anspruchsberechtigung von Mitbewerbern und Verbraucherverbänden oder einzelnen Verbrauchern explizit geregelt wird.

V. Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb

Das UWG schützt weiterhin das „*Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb*“, **§ 1 Abs. 1 Satz 2 UWG**. Das Wettbewerbsrecht geht insoweit über seine deliktsrechtlichen Ursprungsstrukturen hinaus, die auf

den Schutz von Individuen begrenzt sind. Die Regelung hat eine geringe praktische, wohl aber eine hohe dogmatische Bedeutung.

1. Materieller Verständnis- und Auslegungsmaßstab

Die Vorschrift ist Ausdruck des Umstands, dass Wettbewerb des rechtlichen Schutzes bedarf, um funktionieren zu können. Er entsteht nämlich weder von selbst noch bleibt er automatisch bestehen, wenn er einmal entstanden ist. Wettbewerb hat die Neigung, sich selbst aufzuheben. Der zentrale Grund dafür sind die beteiligten Unternehmen. Sie haben kein Interesse an Wettbewerb und der damit verbundenen Bedrohung ihrer eigenen Existenz. Es liegt auf der Hand, dass sie über Strategien nachsinnen, wie sie dem Wettbewerb ausweichen können.

„Geschäftsleute des gleichen Gewerbes kommen selten, selbst zu Festen und zur Zerstreuung, zusammen, ohne dass das Gespräch in einer Verschwörung gegen die Öffentlichkeit endet oder irgendein Plan ausgeheckt wird, wie man die Preise erhöhen kann“, *Adam Smith*, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1. Auflage, 1776; hier zitiert in Übersetzung durch Recktenwald, *Der Wohlstand der Nationen*, DTV München, 8. Auflage, 1999, S. 112.

Das Kartellrecht, das kein Gegenstand (mehr) des Schwerpunkts ist, verbietet deshalb insbesondere wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Unternehmen (§ 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV), also zum Beispiel Preisabsprachen. Ein solcher Vertrag würde den Wettbewerb zulasten der Allgemeinheit ausschließen und ist deshalb nichtig, § 134 BGB, Art. 101 Abs. 2 AEUV.

Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht formuliert § 1 Abs. 1 Satz 2 UWG zunächst den übergeordneten Gesamtzusammenhang der materiellen Verbotstatbestände (§§ 3 – 6 UWG). Wenn Unternehmen beispielsweise den Geschäftsbetrieb ihrer Mitbewerber sabotieren und sie dadurch vom Markt fernhalten oder wenn sie Verbraucher durch Anwendung körperlicher Gewalt zu ungewollten geschäftlichen Entscheidungen veranlassen, dann verletzen sie nicht nur die Interessen der betroffenen Mitbewerber oder der Verbraucherschaft, sondern verfälschen eben auch den Wettbewerb als solchen. In den beiden Beispielen müssen daher bei der Auslegung und Anwendung der materiellen Verbotstatbestände nicht nur die Interessen der betroffenen Mitbewerber oder der Verbraucherschaft herangezogen werden, sondern auch das allgemeine Interesse an einem unverfälschten Wettbewerb. Das herrschende Verständnis spricht insoweit von einer wettbewerbsfunktionalen Auslegung (dazu später).

2. Sanktionierungsebene

Der Wettbewerb würde ungut zur Disposition einzelner stehen, wenn die gerichtliche Bekämpfung unerlaubter geschäftlichen Handlung allein davon abhängen würde, ob der jeweils Betroffene Klage erhebt oder nicht. Während das allgemeine Zivil- und Deliktsrecht keine Ansprüche der „Allgemeinheit“ kennt, sieht das UWG vor, dass grundsätzlich jeder Wettbewerbsverstoß auch Klagerechte von bestimmten Verbänden und Einrichtungen auslöst. Dahinter steht der Gedanke, dass Wettbewerbsverstöße eben auch das Interesse der

Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb verletzen. Es kommen sowohl Klagen auf Beseitigung und Unterlassung (§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 – 4 UWG) als auch auf Gewinnabschöpfung (§ 10 Abs. 1 UWG) in Betracht.

C. Wettbewerb

§ 1 Abs. 1 Satz 2 UWG liegt die Wertung zugrunde, Wettbewerb sei etwas Gutes.

I. Das Wettbewerbsparadoxon

Die Bewertung, ob Wettbewerb und die durch ihn ausgelösten Marktprozesse etwas Gutes oder etwas Negatives sind, wird durch eine Besonderheit erschwert. Der Markt stellt den ungebremsten Eigennutz als eine besonders starke Triebfeder menschlichen Handelns in den Dienst der Allgemeinheit. Wettbewerb kombiniert also zwei geradezu gegensätzliche Größen miteinander, nämlich das eigenwohlorientierte Verhalten mit dem Gemeinwohl. Dieses Paradoxon, dass sich die strikte Orientierung des Einzelnen an eigensüchtigen Motiven zum Wohl aller auswirken kann, schließt einfache Bewertungen marktwirtschaftlicher Prozesse weitgehend aus.

Zahlreiche abwertende Pauschalurteile über marktwirtschaftliche Systeme erklären sich aus einer Beschränkung des Blickwinkels darauf, dass Marktwirtschaft und Wettbewerb egoistisches Verhalten begünstigen. Die Vorbehalte speisen sich im Einzelnen aus unterschiedlichen Quellen.

- Eine wichtige Komponente ist religiöser Natur. Im Mittelalter wurde das Kaufmannswesen, das nun einmal nicht von der Nächstenliebe, sondern durch das Profitstreben geleitet wird, von der Kirche vielfach bekämpft.
- Ein weiterer Aspekt liegt möglicherweise in historisch-soziologischen Momenten. „Nur wagemutige, abgebrühte Kerle wagten es, im unsicheren Europa des Frühmittelalters mit Waren herumzureisen. Man musste schon abenteuerliches Blut in den Adern gehabt haben, um das Ungemach eines gefährvollen Wanderlebens auf sich zu nehmen und damit Geld zu verdienen. Da zugleich die Kirche das Gewinnstreben verurteilte, musste es sich um gewissenlose Männer handeln,“ die den Kaufmannsstand bildeten.
- Andere setzen an den sozialdarwinistischen Zügen von Wettbewerb an oder kritisieren ganz allgemein die Unmenschlichkeit marktbedingter Ausleseprozesse. In den Augen von *Marx* und *Engels* hat der Wettbewerb „die persönliche Würde in den Tauschwert aufgelöst“ und „kein anderes Band zwischen Mensch und Mensch übrig gelassen als das nackte Interesse, als die gefühllose bare Zahlung“. Auch *do ut des* stößt als menschlicher Handlungsmaßstab auf Vorbehalte.

Es kommt noch ein weiterer Aspekt hinzu, der heute durch die Mediengesellschaft ganz maßgeblich verstärkt wird. Menschen nehmen Steigerungen des persönlichen und des allgemeinen Wohlstands als selbstverständlich hin, während sie Einschränkungen ungleich stärker wahrnehmen. Weil sich „Leid“ medial besser „ausschlachten“ lässt und größeres Interesse auslöst als „Glück“, wird die öffentliche Wahrnehmung der Marktwirtschaft tendenziell dadurch bestimmt, dass in der Marktwirtschaft Menschen ihre Arbeit verlieren oder Unternehmen zusammenbrechen können. Die „Nachteile“ der Wirtschaft sind individuell

sichtbar und dementsprechend gut zeigbar. Die mit der Marktwirtschaft verbundenen Vorteile kommen dagegen allen zu Gute und lassen sich daher nicht plakativ ausschlagen. Sie geraten daher in der öffentlichen Wahrnehmung weitgehend aus dem Blick.

Die klassische Nationalökonomie ist der einseitigen Fixierung auf solche Aspekte bereits frühzeitig entgegengetreten und hat den Blick für die positiven Wirkungen von Wettbewerb geöffnet. Die Nächstenliebe ist in großen und offenen Gesellschaften als Handlungsmaxime überfordert. In den Augen von *Adam Smith* sind es nicht die Nächstenliebe oder die Gutmütigkeit („benevolence“) des Bäckers, die ihn zu nachtschlafender Zeit aufstehen lassen und dazu führen, dass wir unser täglich Brot und frische Brötchen erhalten können. Vielmehr animiere ihn seine Profitorientierung, die Brötchen zu backen und damit Vorteile für die Gesamtgesellschaft zu schaffen. Jeder, der einem anderen irgendeinen Tausch anbiete, schlage vor: Gib mir, was ich möchte, und du bekommst, was du brauchst. Durch solche Angebote erhielten wir alle guten Dienste, auf die wir angewiesen seien. Das, was wir zum Essen brauchen, erwarteten und erhielten wir nicht aufgrund des Wohlwollens des Metzgers, Brauers oder Bäckers, sondern dadurch, dass sie ihre eigenen Interessen wahrnahmen.

Im Anschluss an diesen Zusammenhang berufen sich Befürworter des Marktsystems auf den Gemeinwohlnutzen von Wettbewerb.

„Dadurch soll die Kraft der Nation aufs höchste gesteigert, Produktion und Handel zur höchsten Blüte gebracht werden. Jeder soll seinen Egoismus anspannen, um zu leisten, was er leisten kann; er soll Tag und Nacht auf Verbesserung sinnen, um dadurch sein Geschäft empor zu bringen und den Gegner aus dem Felde zu schlagen“, *Kohler, Der unlautere Wettbewerb*, 1914, S. 17.

In den Augen des früheren EG-Vertrags ermöglicht Wettbewerb unter anderem eine *„harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens“* und *„eine Hebung der Lebenshaltung und der Lebensqualität“*, **Art. 2 EG a.F.**

In den Augen des US-Supreme Court beschert die Marktwirtschaft eine bestmögliche Verteilung von Gütern, niedrigste Preise, die höchste Qualität und den größten Fortschritt, *Black J. in Northern Pacific Railway v. United States*, 356 U.S. 1, 4 (1958).

Der deutsche Gesetzgeber hat das GWB unter anderem damit begründet, dass dieses Gesetz die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen solle, um die dem Wettbewerb „innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung“ und die „bestmögliche Versorgung der Verbraucher“ zu gewährleisten, *Regierungsentwurf und Begründung zum GWB vom 22.1.1955*, BT-Drucks. II/1158, S. 21.

II. Wettbewerbsfunktionen

In der wettbewerbstheoretischen Literatur werden zahlreiche Wettbewerbsfunktionen unterschieden. Im Vordergrund stehen die wirtschaftspolitischen Funktionen.

Diese Funktionen lassen sich aus unterschiedlichen Blickwinkeln beschreiben. Es gibt keine einheitliche Terminologie. Wer mehr lesen möchte: *Beater, Unlauterer Wettbewerb*, 2011, Rdnr. 110 ff.

1. Steuerung von Warenangebot und Preis

Die wichtigste wirtschaftsspolitische Funktion ist die Steuerung des Warenangebots und des Preisniveaus. Wettbewerb führt in der Einschätzung des Gesetzgebers „zur bestmöglichen Versorgung der Verbraucher“, *Regierungsentwurf und Begründung zum GWB* vom 22.1.1955, BT-Drucks. II/1158, S. 21. Wettbewerb basiert auf dem Prinzip von Angebot und Nachfrage und deren Bedeutung für den Preis. Überwiegt zum Beispiel die Nachfrage nach einem Gut das Angebot, so wird der Preis aufgrund des Wettbewerbs der Nachfrager um Abschlüsse mit den Anbietern solange steigen, bis Angebot und Nachfrage wieder ins Gleichgewicht gelangen. Solche steigenden Preise wiederum bieten Gewinnchancen und locken andere Unternehmen an mit der Folge, dass sich das Angebot erweitert und die Preise sinken.

- Diese Steuerung des Angebots erfolgt dezentral. Sie bestimmt sich nicht nach abstrakten Vorgaben, sondern nach den Wünschen der Abnehmer und den Möglichkeiten der Anbieter. Es ist allein die unsichtbare Hand des Marktes, die für eine Ausrichtung des Angebots an den Wünschen der Nachfrager sorgt. Der Markt zwingt die Unternehmen zugleich, sich den immer wieder ändernden Marktdaten (Modeströmungen, Kaufkraft etc.) dauernd anzupassen (Anpassungsflexibilität).

Das Wettbewerbssystem hat damit sämtlichen anderen, denkbaren Systemen den unschätzbaren Vorteil voraus, nicht mit angemäßigem Wissen über die Zukunft arbeiten zu müssen. Jede Planung von Wirtschaftsprozessen oder „optimaler Betriebsgrößen“ setzt Zielprojektionen voraus, die sich als völlig falsch erweisen können. Das Versagen der planwirtschaftlichen Systeme hat hierin eine seiner wichtigen Ursachen.

Marktwirtschaftliche Systeme verzichten bewusst auf konkrete Vorstellungen über die Zukunft. Sie halten damit den wettbewerblichen Prozess für alle im Voraus gar nicht absehbaren Entwicklungen offen und können so flexibel auf die sich unaufhörlich ändernden Daten reagieren.

Beispiel: Altenau

- Fehlt der Wettbewerb, so stehen dem Abnehmer beziehungsweise dem Verbraucher keine Alternativen zu Verfügung. Die Anbieter brauchen sich nicht um die Wünsche ihrer Kunden zu kümmern und können ihre Preise beliebig hoch festsetzen.

2. Verteilungsfunktion

Unter Verteilungsfunktion versteht man, dass Wettbewerb für eine „leistungsgerechte“ Einkommensverteilung sorgt, indem er den Unternehmer mit dem höchsten Gewinn belohnt, der die „beste“, das heißt die am Markt erfolgreichste, Leistung anbietet. Die am Markt erfolgreichste Leistung ist diejenige, die von den Verbrauchern und unternehmerischen Abnehmern am stärksten nachgefragt wird. Ökonomisch wird also derjenige Anbieter belohnt, der den

Nachfragern dasjenige anbietet, wofür sie ihr knappes Geld am ehesten ausgeben.

Die Marktwirtschaft geht davon aus, dass Verbraucher und unternehmerische Nachfrager selbst am besten wissen, was gut für sie ist. Die Verbraucher urteilen durch ihre Kaufentscheidungen („Abstimmung an der Ladentheke“) wie ein Schiedsrichter darüber, welcher Anbieter zum Zug kommt und welcher nicht. Wer Wettbewerb ausschließt, nimmt den Verbrauchern Wahlmöglichkeiten und entmündigt sie.

Ein Maßstab, der darauf abstellt, wofür Verbraucher und sonstige Nachfrager tatsächlich ihr Geld ausgeben, ist der vielleicht härteste Maßstab überhaupt. Solche Entscheidungen sind in meinen Augen „ehrlich“ und „aussagekräftig“, weil der Urteilende (= Verbraucher, unternehmerische Abnehmer) die Konsequenzen eines etwaigen Fehlkaufs selbst zu tragen hat. Dagegen bringen bloße Auskünfte (etwa im Rahmen von Meinungsumfragen), für deren Richtigkeit oder Falschheit der Äußernde nicht einzustehen hat, die Gefahr des „Maulheldentums“ mit sich. So findet etwa ein Großteil der Bevölkerung die Produktion von Eiern in Legebatterien nicht gut, kauft die aus solcher Produktion stammenden Eier aber trotzdem, weil diese – aufgrund ihrer Produktionsweise – eben weniger kosten als aufwändig ökologisch produzierte Eier.

3. Fortschrittsfunktion

Unter Fortschrittsfunktion versteht man, dass der Wettbewerb immer wieder zur Neuerung zwingt und damit sicherstellt, dass gegebenenfalls auch einer sich ändernden Nachfrage Rechnung getragen werden kann. Wettbewerb sorgt auf diese Weise zugleich für technischen Fortschritt.

Besondere Bedeutung hat dies für Innovationen. Wer ein überlegenes Produkt als erster auf den Markt bringt, erzielt einen Vorsprung. Die Konkurrenten sind deshalb gezwungen, die Neuerung entweder nachzuahmen oder die eigenen Produkte so zu verbessern, dass sie wieder wettbewerbsfähig sind.

„...die Buorgeoisie [= die Marktwirtschaft] hat bewiesen, was die Tätigkeit der Menschen zustande bringen kann. Sie hat ganz andere Wunderwerke vollbracht als ägyptische Pyramiden, römische Wasserleitungen und gothische Kathedralen. ... Die Buorgeoisie reißt durch die rasche Verbesserung aller Produktionsinstrumente, durch die unendlich erleichterte Kommunikation alle, auch die barbarischsten Nationen in die Zivilisation“, *Marx/Engels*, Manifest der Kommunistischen Partei, Reclam Stuttgart 1969, S. 26, 28.

4. Gesellschaftspolitische Funktionen

Besonders umstritten sind gesellschaftspolitische Funktionen des Wettbewerbs. Wettbewerb kann zu wirtschaftlicher Macht und Souveränität führen und hat damit auch eine gesellschaftspolitische Dimension. Die Einordnung, welche Funktion und Bedeutung dem Wettbewerb insoweit zukommt, berührt in besonderem Maße politische Überzeugungen und ist dementsprechend kontrovers. Eine „*Nation aus Ladenbesitzern*“, als die Großbritannien häufig charakterisiert worden ist, funktioniert und verhält sich anders als eine „*Gesellschaft der Arbeiter und Bauern*“, **Art. 1 DDR-Verfassung 1974**.

Ein sozialistisches System wird beispielsweise privatwirtschaftliche Vereinigungen wegen ihrer Tendenz zur „*Begründung wirtschaftlicher Macht*“ verbieten, **Art. 14 Abs. 1 DDR-Verfassung 1974**. Die marxistische These, eine Akkumulation privater ökonomischer Macht führe zu einer verhängnisvollen Zusammenballung politischer Macht, gilt nicht weniger für den Staat selbst. Den praktischen Beweis dafür, dass es besser ist, dem Privatmann ökonomische Macht vorzuenthalten und diese Macht stattdessen allein beim Staat selbst zu konzentrieren, hat der Marxismus jedoch schwerlich geliefert. Es gibt in der Geschichte der Industriestaaten bis heute kein Beispiel dafür, dass politische Macht, die eine Verfügung über die Produktionsmittel einschließt, mit der politischen Freiheit der Bürger vereinbar ist.

Verfechter von Wettbewerbssystemen, die auf individuellen Freiheiten basieren, sehen deren Vorteil auch in Demokratie- und Freiheitsaspekten. Wettbewerb und individuelle Freiheiten erlauben jedermann, selbst seines Glückes Schmied zu sein. In ökonomischer Hinsicht folgt daraus, dass aufgrund der dynamischen Komponente des Wettbewerbs prinzipiell jedermann durch Wettbewerb zu Reichtum gelangen und „Macht“ erwerben beziehungsweise Reichtum und „Macht“ verlieren kann. Offene Märkte schließen Standesprivilegien Einzelner aus. Sie lassen es nicht zu, dass die Möglichkeit ökonomischen Wohlergehens wie zu Zeiten der Zünfte das garantierte Vorrecht eines exklusiven Zirkels ist, der sich auf die Mitglieder der Zunft beschränkt. In den Augen des GWB-Gesetzgebers sind „politische Demokratie und Marktwirtschaft ... ohne Dezentralisierung der Macht nicht denkbar“, *Regierungsentwurf und Begründung eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des GWB* vom 18.8.1971, BT-Drucks. VI/2520, S. 16.

a. Entmachtungsargument

Wenn Märkte offen sind, hat prinzipiell jedermann die Möglichkeit, durch Wettbewerb zu Reichtum zu gelangen. Wer arm ist, kann dies ändern. Umgekehrt muss jeder durch Wettbewerb um seine in der Vergangenheit erworbene Position fürchten, wenn er sich zukünftig nicht mehr durchsetzen kann. Die Marktwirtschaft ist ein extremes „Entmachtungsinstrument“. Die wirtschaftliche Macht eines Unternehmens hält nur solange an, wie es den Verbrauchern und Nachfragern dasjenige anbietet, was die Verbraucher und Nachfrager wollen, und solange es dies besser tut als seine Mitbewerber. Sobald das Unternehmen Dinge anbietet, die die Verbraucher und Nachfrager nicht wollen, ist es mit seiner finanziellen „Macht“ vorbei.

Die Einführung des GWB ist vom Gesetzgeber ausdrücklich auch mit der Zielsetzung gerechtfertigt worden, dass ein freier Wettbewerb wirtschaftliche Macht da beseitigt, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt, *Regierungsentwurf und Begründung zum GWB* vom 22.1.1955, BT-Drucks. II/1158, S. 21.

Regierungsentwurf und Begründung eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des GWB vom 18.8.1971, BT-Drucks. VI/2520, S. 16: „In gesellschaftspolitischer Sicht zerstören übermäßige Ballungen wirtschaftlicher Macht die Grundlage unserer freiheitlichen Ordnung.

Politische Demokratie und Marktwirtschaft sind ohne Dezentralisierung der Macht nicht denkbar“.

b. Freiheitsargument

Standesprivilegien oder hohe Marktzutrittsschranken schließen freien Wettbewerb aus und zementieren bestehende gesellschaftliche Verhältnisse. Die gesellschaftspolitische Diskussion zieht daraus unterschiedliche, zum Teil sehr weitgehende Folgerungen. Wettbewerb setzt vielfach Kapital und damit Eigentum voraus, über dessen Einsatz der Unternehmer allein entscheiden können muss. Privatautonomie, Privateigentum und Wettbewerb gehören unmittelbar zusammen.

Von den großen westlichen Ländern am stärksten derart individualistisch und kapitalistisch geprägt sind die Vereinigten Staaten. Im amerikanischen Schrifttum wird Eigentum (*property*) manchmal sogar als die älteste Institution der Menschheit, älter als Verein, Ehe, Vertrag oder Religion vermutet.

Aus diesen Zusammenhängen wird von manchen abgeleitet, ein marktwirtschaftliches System sei in der Lage, ein Höchstmaß an wirtschaftlicher Handlungsfreiheit zu gewährleisten, etwa Vertragsfreiheit, Gewerbefreiheit, Investitionsfreiheit, Eigentumsrecht, Vereinigungsfreiheit (Freiheitsargument).

c. Wohlstandsargument

Nach Zahlen des Stat. Bundesamtes ist das verfügbare Realeinkommen der privaten Haushalte in der Bundesrepublik zwischen 1950 und 1992 um das Vierfache (!) gestiegen, *Nieschlag/Dichtl/Hörschgen*, Marketing, 18. Auflage 1997, S. 50 f. mwN.

D. Rechtsgeschichte

I. Zünfte/Europa

Das Wettbewerbsrecht setzt eine Marktwirtschaft und damit Wettbewerbsfreiheit voraus. Die Wirtschaftsweise im Mittelalter war in Europa jedoch weitgehend von einem System der Gewerbeunfreiheit bestimmt, namentlich von den Zünften.

Die Zünfte kontrollierten als Berufszwangsverbände die Tätigkeit ihrer Mitglieder und konnten Zunftgenossen und Außenstehende auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch nehmen. Insbesondere stand ihnen gegen Nichtmitglieder (Bönnhasen) ein Pfändungsrecht bei handhafter Tat zu und sie machten davon nachhaltig Gebrauch. Das Zunftesystem war ein System der Wettbewerbsunfreiheit, das Wettbewerb und Konkurrenz ausschloss und Märkte völlig abschottete.

Die Zünfte verhinderten jeglichen wirtschaftlichen Fortschritt. Der Arbeitsprozess, das Herstellungsverfahren und damit die Qualität waren streng nach Überlieferung reglementiert. So wurden Verbesserungen und technischer Fortschritt und neue Produktionsverfahren unterdrückt, in Neuerern sah man gefährliche Konkurrenten. Das Schaffen neuer Produkte oder Qualitäten war unerwünscht.

Die nationalen Rechte gegen den unlauteren Wettbewerb sind weitgehend mit dem Aufkommen der Gewerbefreiheit entstanden, die sich in den einzelnen Ländern ganz unterschiedlich durchgesetzt hat.

Die Seefahrernation England hatte wettbewerbsfeindliche Strukturen besonders früh überwunden. Ausgangspunkt ist das „Statute of Monopolies“ von 1623, in dessen Folge England zum eindeutigen industriellen Vorreiter wurde. Im zentralistischen Frankreich konnten sich Zünfte und Zunftwirtschaft länger halten, wurden aber durch die französische Revolution endgültig überwunden.

Durch das Aufkommen von Gewerbefreiheit und Wettbewerb kam es zu neuen geschäftlichen Verhaltensweisen, so dass sich auch für die Gerichte neue Aufgaben stellen. Am Anfang stehen Fälle wie die betrügerische Reklame, das Anschwärzen von Konkurrenten und das Verletzen fremder Betriebsgeheimnisse. Die Richter griffen zur Beurteilung dieser Fälle auf die hergebrachten Deliktstatbestände zurück.

Da sich England und Frankreich zu den führenden Wirtschaftsnationen entwickelten, waren es auch die englischen und französischen Gerichte, die erste wettbewerbsrechtliche Urteile fällten. Die englischen Gerichte blieben dabei jedoch sehr zurückhaltend und beschränkten sich auf das Ausbilden weniger Spezialtatbestände. Dagegen entwickelte die Judikatur zum französischen Deliktsrecht etwa ab Mitte des 19. Jahrhunderts umfangreiche Regeln über die „concurrency déloyale“ (concurrere = lat.: zusammenlaufen, mit etwas zusammentreffen). Das französische Deliktsrecht beschränkte sich damit nicht auf einen abschließenden Katalog wettbewerblich relevanter Einzeltatbestände, sondern schuf im Kern ein eigenständiges Wettbewerbsrecht.

Die Neuerungen des französischen Rechts griffen auf andere Länder über und dienten vielfach als Vorbild. So wurde etwa in der Schweiz und in Italien, deren Deliktsrechte dem französischen wesensverwandt sind, das allgemeine Verbot von concurrence déloyale von den Gerichten Ende des 19. Jahrhunderts übernommen.

Die spätere deutsche Bezeichnung „unlauterer Wettbewerb“ ist ebenfalls eine Übersetzung des französischen Begriffs *concurrency déloyale*. Gleichwohl etablierte sich das Wettbewerbsrecht in Deutschland nur sehr zögerlich.

II. Deutschland

1. Gewerbefreiheit

Die Situation in den deutschen Einzelstaaten zu Beginn des 19. Jahrhunderts war durch mehrere Faktoren gekennzeichnet. Deutschland war ein wirtschaftlich schwaches Land, das sich sehr um wirtschaftlichen Aufschwung und Anschluss an das Niveau seiner Nachbarn bemühte. Die letzten Formen des Zünftwesens und die damit verbundenen wirtschaftlichen Beschränkungen konnten nur langsam überwunden werden. Wettbewerbs- und Gewerbefreiheit setzten sich in den einzelnen Ländern nur schleppend durch, wenn man von den unter französischem Einfluss stehenden Gebieten einmal absieht. Die Zersplitterung Deutschlands in viele Einzelstaaten war ein weiteres Hindernis auf dem Weg zu wirtschaftlicher Gesundung, insbesondere die notwendige Vereinheitlichung des Patentwesens kam nur unbefriedigend voran. Im Ergebnis konnten erst im Deutschen Reich die Grundlagen für ein modernes Wirtschaftsrecht gelegt und die Rechtszersplitterung überwunden werden.

Wichtig ist vor allem die zunächst für das Gebiet des Norddeutschen Bundes und später reichseinheitlich geltende **Gewerbeordnung vom 21.6.1869**. Nach deren § 4 stand „den Zünften und kaufmännischen Korporationen ... ein Recht, Andere von dem Betriebe eines Gewerbes auszuschließen“, nicht zu. Der Einfluss der Zünfte war mit dieser Regelung de jure endgültig überwunden. Man sah die Gewerbefreiheit als den Weg zu lebensvoller Entwicklung von Wirtschaft und Wohlstand an, so die *Motive zur GewO*, Verhdlg. des Reichstags des norddeutschen Bundes, 1869 Bd. 3, Drucks. Nr. 13, 107.

Die spätere **Reichsverfassung** wies in Art. 4 Nr. 5, Nr. 6 die Gesetzgebungskompetenz für Erfindungspatente und den Schutz des geistigen Eigentums dem Reich zu. Damit stand der Weg für die einheitliche Schutzgesetzgebung offen, die auch bald darauf einsetzte. Den Anfang machte **1874** das **Gesetz über Markenschutz** (dazu *Wadle*, JuS 1974, 761 ff.), aus dem später das Warenzeichengesetz hervorging. **1876** folgten mit den **Gesetzen betreffend das Urheberrecht** an Werken der bildenden Künste und betreffend den Schutz der Photographien gegen unbefugte Nachbildung Vorläufer des heutigen Urhebergesetzes. Zur gleichen Zeit trat ferner das Gesetz betreffend das Urheberrecht an **Mustern und Modellen** in Kraft. Den vorläufigen Abschluss bildete **1877** ein **Patentgesetz**.

2. Apollinaris-Entscheidung

Die genannten Gesetze erwiesen sich schnell als fehlerhaft und unzureichend. Dies ließ schnell Forderungen aufkommen, Fälle unlauteren Wettbewerbs rechtlich auch dann zu erfassen, wenn sie nicht Gegenstand eines gesetzlich speziell normierten Einzeltatbestands sind. Da das Wettbewerbsrecht deliktsrechtliche Bezüge hat, kann unlauteres Geschäftsverhalten unter Umständen auch durch Normen des allgemeinen Zivilrechts erfasst werden. Dementsprechend gab es im 19. Jahrhundert eine Reihe unterschiedlicher Ansätze, unlauteren Wettbewerb über das Deliktsrecht einzufangen.

Der rechtsgeschichtlich bedeutsamste Vorstoß stützte sich auf die **Art. 1382, 1383 Code civil** und die daraus entwickelten Regeln über die concurrence déloyale. Da in Teilen Süddeutschlands französisches Recht galt, hatte die dortige Instanzrechtsprechung die wettbewerbsrechtlichen Regeln tendenziell übernommen und zum Teil auch außerhalb des Anwendungsbereichs des MarkenschutzG von 1874 Schutz gewährt.

RG vom 30.11.1880 (Apollinaris), RGZ 3, 67 ff. lehnte es jedoch ab, über die gesetzlich geregelten Bereiche hinaus wettbewerbsrechtliche Pflichten anzuerkennen. Die höchsten Richter gingen im Wege eines Umkehrschlusses davon aus, dass gegen unlauteren Wettbewerb nur vorgegangen werden könne, wenn die betreffende Handlung gesetzlich verboten sei und dass alles erlaubt sein müsse, was nicht verboten ist. Sie sahen daher das MarkenschutzG und das ADHGB als abschließende Regeln an, die nicht durch das allgemeine Bürgerliche Recht ergänzt werden können. Ein allgemeiner Grundsatz wie die concurrence déloyale sei dem deutschen Recht fremd. Für eine Abhilfe sei allein der Gesetzgeber zuständig.

3. UWG 1896

Die Rechtswissenschaft hatte der Beurteilung unlauteren Wettbewerbs zunächst vielfach abwartend oder hilflos gegenüber gestanden. Die Zahl der Stimmen, die dem RG eine zu enge Linie vorwarfen und sich für Schutz aussprachen, nahm aber allmählich zu. Seine Rechtsprechung wurde zunehmend als Irrweg erkannt. Das erste Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb wurde am 27. Mai 1896 verabschiedet. Es war ein nicht völlig gelungener erster Versuch, das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb zu regeln („Zwitterding mit gewerbepolizeilicher Note“). Zahlreiche wichtige Grundentscheidungen des heutigen Rechts gehen aber auf das UWG 1896 zurück.

a. Die Grundwertung: Verbot unlauteren Wettbewerbs

Die Grundwertung des UWG 1896 deckte sich mit den damaligen wie heutigen wirtschaftspolitischen Auffassungen: Es bekannte sich zur Wettbewerbsfreiheit und verbot lediglich den unlauteren Wettbewerb. Das wichtige Grundprinzip des französischen Rechts, das Generalklauselsystem, übernahm das UWG 1896 jedoch nicht.

Man versprach sich von einer solchen Norm keine effektive Abhilfe, da die Gerichte auch die zuvor existenten Generalklauseln nicht zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs genutzt hatten. Das neue Gesetz sollte im Interesse

der Rechtssicherheit auf eine solche Vorschrift verzichten und sich darauf beschränken, die besonders zu Tage tretenden Auswüchse des missbräuchlichen Wettbewerbs zu verhindern.

§ 1 UWG 1896 enthielt – für die damalige Zeit gewagt und umstritten – eine weitreichende Regel über verbotene Werbung, war aber im Übrigen ganz auf einzelne, eng umrissene Verbotsregeln beschränkt. Die Vorschrift sollte eine Lücke schließen und eingreifen, wenn die strafrechtlichen Betrugsvorschriften mangels einer Vermögensbeschädigung keinen Schutz vor „betrügerischer Reklame“ bieten konnten.

b. Zivil- und strafrechtliches System

Das UWG 1896 enthielt sowohl zivil- wie strafrechtliche Vorschriften, denen ursprünglich eine gleichrangige Bedeutung für die Steuerung des Wettbewerbs zugemessen wurde. Das Gesetz entschied sich für eine Mixtur aus Zivilrechts- und Strafnormen, wollte also eine Steuerung durch die Zivilgerichte und die Strafverfolgungsbehörden. Wettbewerb sollte lediglich äußersten Grenzen, nämlich bestimmten Strafrechtsbestimmungen und ausgewählten zivilrechtlichen Normen unterliegen.

Ende des 19. Jahrhunderts, als man das Wettbewerbsrecht nur als eine äußerste Schranke der Gewerbefreiheit begriff, war die Entscheidung für strafrechtliche Sanktionierungen sachgerecht. Das heutige Wettbewerbsrecht hat die Stufe einer äußersten Schranke jedoch weit überschritten. Im heutigen UWG gibt es kein gleichberechtigtes Nebeneinander von Zivil- und Strafrecht mehr. Es gibt nur noch einzelne UWG-Strafrechtsnormen und diese haben eine geringe Bedeutung. Letztlich hat sich nur das Zivilrecht als wirksames Instrument erwiesen, den Wettbewerb zu steuern.

c. Klagemöglichkeiten

Das UWG 1896 sah scheinbar erstmals Klagemöglichkeiten für gewerbliche Verbände vor. Die Regelungstechnik fand sich bereits im WZG 1894, die eigentlichen Wurzeln gehen jedoch auf das erst 1869 endgültig überwundene Zünftesystem zurück.

- Bei Schaffung der Gewerbeordnung erkannte man zwar, dass Innungen als Institute gewerblicher Selbstverwaltung eine den Beteiligten erwünschte gemeinnützige Wirksamkeit entfalten können, hob aber deren Kontroll- und Disziplinierungsmöglichkeiten vollständig auf. Das erwies sich schon bald als Überreaktion. Die dadurch entstandenen Auswüchse und Missbräuche führten zu wirtschaftspolitischem Umdenken und machten Reparaturen durch den Gesetzgeber notwendig.
- An ihrem Anfang standen die Leistungsschutzgesetze und der Gedanke nach Selbstregulierung der Wirtschaft. Er führte 1881 zum Wiederbeleben der Innungen, an deren Stärkung ein öffentliches Interesse ausgemacht wurde. WZG 1894, UWG 1896 und teilweise sogar das HGB setzten diese Entwicklung fort, die *Otto von Gierke* plastisch beschrieb: „Wir haben ja nicht nur die Gewerbefreiheit, sondern auch eine Gewerbeordnung! Zur Begründung der Gewerbefreiheit genügte ein einziger Gesetzesparagraf. Der gesamte weitere Inhalt der Gewerbeordnung besteht aus Einschränkungen der wirtschaftlichen Freiheit, und alle Novellen, alle Ergänzungsgesetze haben diese Schutzwehren gekräftigt“. Inhaltlich griff der Gesetzgeber dabei

auf Instrumente zur Selbststeuerung der Wirtschaft zurück, die nach wie vor bekannt waren und sich bei den Zünften als effektive Lenkungsmechanismen erwiesen hatten.

- Es ist auch festzuhalten, dass sich das deutsche Recht bewusst gegen eine verwaltungsbehördliche Steuerung entschied, die im Gesetzesberatungsverfahren vereinzelt gefordert wurde. Schon frühzeitig hatte sich die Überzeugung durchgesetzt, dass Gewerbeordnung und Gewerbeverwaltungsrecht nicht der richtige Ort für das Wettbewerbsrecht gewesen wären. Eine Steuerung durch Verwaltungsbehörden hätte möglicherweise zu stark an die überwundene Aufsicht durch die Zünfte erinnert und dem politischen Wunsch nach „Selbstregulierung“ widersprochen. Ende des 19. Jahrhunderts kam noch die praktische Schwierigkeit hinzu, dass eine solche Verwaltung überhaupt erst einmal hätte aufgebaut werden müssen.

4. UWG 1909

Die materiellen Bestimmungen des UWG 1896 erwiesen sich schon bald als zu starr und als ein ungeeignetes Mittel, Auswüchsen des Wirtschaftslebens begegnen zu können. Nach Schaffung des BGB und 13 Jahre nach dem ersten UWG kam es dann zu dem Gesetz vom 7. Juni 1909, das fast 100 Jahre lang galt und an dessen Spitze eine an § 826 BGB angelehnte Generalklausel stand (= § 1 UWG 1909).

„Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden“, § 1 UWG 1909.

Die Generalklausel war eine unglaubliche Neuerung, da sie erstmals eine umfassende rechtliche Steuerung des Wettbewerbs erlaubte, der doch eigentlich „frei“, also im damaligen Sinne unbeschränkt sein sollte.

Über Notwendigkeit und Entbehrlichkeit einer Generalklausel ist bereits vor dem UWG 1896 ausgiebig diskutiert worden. Der Verzicht auf eine solche Vorschrift durch das UWG 1896 erwies sich bald als falsch. Der 1900 in Kraft getretene **§ 826 BGB** schuf kaum Abhilfe. Im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zum UWG 1909 wurde die Notwendigkeit einer Regelung immer unstrittiger. Von der Notwendigkeit überzeugt, bediente man sich des § 826 BGB als Anschauungsobjekt dafür, wie die neue Vorschrift aussehen sollte. § 1 UWG 1909 stellte daher entscheidend darauf ab, ob ein geschäftliches Verhalten „*gegen die guten Sitten*“ verstieß.

a. Kaiserreich, Weimarer Republik, NS-Zeit

Das Wettbewerbsrecht wurde zunächst als das „Sonderrecht einer Berufsklasse“ begriffen und man stellte für die Ausfüllung von § 1 UWG 1909 entscheidend auf die „Anschauung des ehrbaren Kaufmannes im Handelsverkehr“ ab; so die frühe Formulierung von RG vom 11.4.1901 (Dampfschiffsgesellschaft), RGZ 48, 114, 125 zu § 826 BGB. Die Generalklausel wurde als Fremdkörper begriffen und nur sehr zögernd angewendet. Man empfand die Anwendung des § 1 UWG 1909 als Stigmatisierung, da der Betreffende eben gegen die anständigen gewerblichen Gepflogenheiten verstoßen hatte. Das wettbewerbsrechtliche Verständnis war entsprechend auf reine Konkurrentenschutzinteressen

beschränkt und definierte die Wettbewerbswidrigkeit allein danach, ob die fragliche Handlung geeignet war, dem Handelnden „im Erwerbsleben in unlauterer Weise vor den Mitbewerbern geschäftliche Vorteile zu verschaffen“, RG vom 14.3.1911 (Firmenrecht), GRUR 1911, 276. Interessen der Verbraucherschaft blieben bei der Rechtsanwendung außen vor.

Gegen Ende der Weimarer Republik bis etwa zur Mitte der 1930er Jahre setzte in der reichsgerichtlichen Judikatur ein dogmatischer Wandel ein. Das RG wandte sich von der Deutung ab, dass das Wettbewerbsrecht in erster Linie oder sogar ausschließlich als ein individuelles Konkurrentendeliktsrecht zu begreifen sei. Nach RG vom 24.1.1928 (Markenverband), RGZ 120, 47, 49 trete das Wettbewerbsrecht vielmehr „in Wahrheit doch ... den Auswüchsen des Wettbewerbs auch im öffentlichen Interesse entgegen“ und überlasse daher „die Verfolgung der betreffenden Rechtsverletzungen nicht dem Belieben des unmittelbar Verletzten allein“. Zu diesen Ansätzen *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rdnr. 305 ff.

Hitlers Machtergreifung führte zu Veränderungen, die für das Wettbewerbsrecht zum Teil schleichend, zum Teil deutlich und plakativ sichtbar waren. Aus Sicht der nationalsozialistischen Lehren, die wirtschaftspolitisch zwar weitgehend indifferent waren, sich aber mit dem Prinzip unternehmerischer Freiheit und Selbstverantwortlichkeit allesamt nicht vertrugen, lag es nahe, die wettbewerbsrechtlichen Kollektivinteressen stark zu betonen („Gemeinnutz geht vor Eigennutz“). RG vom 7.1.1936 (Sonnenkind), RGZ 150, 55, 56 stellte beispielsweise für die Beurteilung persönlicher Reklame maßgeblich auf die „Belange der deutschen Volkswirtschaft“ ab und nicht mehr auf „anständige Gepflogenheiten“ unter Unternehmern.

Im Anschluss an ein Urteil des Großen Senats für Zivilsachen finden sich ab 1936 Urteilsformulierungen, die sich zur Definition der guten Sitten auf das „gesunde Volksempfinden“ beriefen, zum Beispiel RG vom 27.3.1936 (Diamantine), GRUR 1936, 810, 812. Im Schrifttum wurde bereits früh mit einer Diskussion insbesondere über die Frage begonnen, unter welchen Voraussetzungen ein Unternehmen ausländisch oder „arisch“ sei.

Nimmt man die einschlägige Rechtsprechung zum Maßstab, so dürfte die inhaltliche Zäsur zeitlich in etwa mit der Reichskristallnacht zusammenfallen. RG vom 25.2.1936 (Rechenschaftsbericht I), RGZ 150, 298, 303 sah Werbung, die auf den ausländischen oder jüdischen Charakter von Konkurrenzunternehmen verwies, noch als wettbewerbswidrig an. Es entspreche nicht den guten Sitten, wenn Eigenschaften, die mit dem Gegenstande des Wettbewerbs nichts zu tun hätten, nur zu dem Zwecke erwähnt würden, „um zur Förderung des eigenen Wettbewerbs gegen den Mitbewerber Stimmung zu machen“.

RG vom 4.2.1939 (Dachpappenfabrik II), GRUR 1939, 652, 654 knickte dann ein. Obwohl das Urteil Werbeanspielungen auf persönliche Eigenschaften von Mitbewerbern nach wie vor als wettbewerbswidrig ansah, hielt es den Hinweis auf die Zugehörigkeit eines Mitbewerbers zum Judentum oder auf den jüdischen Charakter eines gewerblichen Unternehmens für zulässig, da es der deutsche Volksgenosse ablehne, mit

einem Juden in geschäftliche Verbindung zu treten oder eine solche aufrechtzuerhalten.

b. DDR und Wende

Das UWG blieb in der DDR erstaunlicherweise in Kraft, obwohl es aus der dortigen Sicht „aus den üblen Erfahrungen des Kapitalismus der freien Konkurrenz erwachsen“ war, „den dringenden Wünschen der Kapitalisten entsprach“, *Freytag* in: *Recht der Außenwirtschaft* 1968, Nr. 7/8, S. 1, 3. In den Augen der DDR erklärte sich das – westdeutsche – Verständnis der guten Sitten aus einem einzigen Anliegen, das „die Erhaltung des kapitalistischen Konkurrenzmechanismus, die Erhaltung der kapitalistischen Produktionsverhältnisse, die Sicherung der Ausbeutung“ bezweckte, so *Woltz*, *Zur Rolle des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb in der sozialistischen Gesellschaftsordnung*, Dissertation (B) Potsdam 1988, S. 195.

Die Gründe für die Nichtaufhebung hingen mit Außenhandelsinteressen der DDR und mit der PVÜ zusammen, der die Sowjetunion 1965 beigetreten und die nach DDR-Recht ab 1956 in Ostdeutschland „wieder anzuwenden“ war. Die praktische Bedeutung des UWG war aus unterschiedlichen Gründen freilich minimal. „Wirtschaftsrechtliche“ Streitigkeiten zwischen sozialistischen Betrieben, zum Teil auch zwischen den Betrieben und den wirtschaftsleitenden Organen, waren 1970 der Zuständigkeit der allgemeinen Gerichtsbarkeit entzogen und dem Staatlichen Vertragsgericht als Organ des Ministerrats zugewiesen worden, das nach anderen Rechtsgrundlagen judizierte.

Es kam insgesamt zu drei Entscheidungen des Obersten Gerichts der DDR zum UWG. In diesen Urteilen findet sich jedoch insbesondere keine Aussage zum Begriff der guten Sitten im Sinne von § 1 UWG 1909, die im Hinblick sowohl auf die unterschiedlichen Definitionen in der Weimarer und der NS-Zeit als auch im Hinblick auf die Systemunterschiede zwischen Markt- und Planwirtschaft sicher interessant gewesen wäre.

Nach *Woltz*, *Zur Rolle des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb*, Potsdam, 1988, 196 waren die guten Sitten für die sozialistische Rechtsordnung mit „neuem sozialistischen Inhalt“ zu füllen. Mit den guten Sitten konform gingen „alle in der DDR im Rahmen des volkswirtschaftlichen Reproduktionsprozesses vorgenommenen Handlungen, die der Festigung der sozialistischen Produktionsverhältnisse dienen, in Übereinstimmung mit den Prinzipien der kameradschaftlichen Zusammenarbeit stehen und sich im Rahmen der Gesetzlichkeit bewegen“.

Die deutsche Einheit hat dazu geführt, dass das Wettbewerbsrecht auf einmal mit völlig unterschiedlichen Geschäftsverhalten beziehungsweise mit Unternehmen und Konsumenten konfrontiert wurde, die ein ganz anderes Wirtschaftssystem gewohnt waren. Dies hat den Gerichten durchaus Probleme bereitet, da ihre Rechtsprechung auf ein Unternehmer- und Verbraucherverhalten zugeschnitten war, wie es sich in Westdeutschland ausgebildet hatte.

Im Streitfall von BGH vom 9.2.1995 (Arbeitsplätze bei uns), GRUR 1995, 742 ff. warb ein ostdeutscher Lebensmittelhändler für Esswaren ostdeutscher Produktion mit der Fußnote: „Dieses Produkt schafft Arbeitsplätze bei UNS!“. Der BGH ließ die Werbung zu und dürfte dabei von der damaligen innenpolitischen Lage nicht unbeeinflusst gewesen sein.

Mit der sonstigen Rechtsprechung des Gerichts zum damaligen Verbot gefühlsbetonter Werbung, an der das Urteil im Übrigen festhielt, lässt sich die Entscheidung schwerlich vereinbaren.

c. Bundesrepublik

Das Entstehen der Bundesrepublik im westlichen Teil Deutschlands hat die Rahmenbedingungen, auf die das Wettbewerbsrecht zugeschnitten ist und die es letztlich voraussetzt, nicht verändert beziehungsweise gegenüber der NS-Zeit wieder hergestellt. Das Gebiet sah sich zwar verfassungsrechtlichen Neuerungen gegenüber, doch betrafen diese im Unterschied zu den Veränderungen in der DDR nicht die Grundlagen, sondern eher Randfragen der Materie.

In wettbewerbsrechtlicher Hinsicht kehrte mit dem Untergang der Hitler-Diktatur das „Anstandsgefühl des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden“ als Maßstab für den Inhalt der guten Sitten zurück, zunächst im Schrifttum und dann auch in der Rechtsprechung.

Mit dieser Rückkehr lebte zugleich die Fixierung auf den Konkurrentenschutz wieder auf, zu deren Überwindung das RG gegen Ende der Weimarer Zeit angesetzt hatte. Diese Entwicklung war eine historische Gegenreaktion auf das Negieren individueller Unternehmensinteressen, das mit der „Gleichschaltung“ der Wirtschaft durch die Nationalsozialisten verbunden war. Eine solche Reaktion lag in den Anfangsjahren der neuen Bundesrepublik nahe, weil die innovativen Ansätze des RG von der NS-Ideologie kräftig missbraucht worden waren, während die ursprüngliche, auf den individuellen Konkurrentenschutz gemünzte, konservative Dogmatik insoweit unverdächtig geblieben war.

Es setzte sich im Weiteren immer stärker die Auffassung durch, dass es zur Bestimmung der guten Sitten beziehungsweise der Unlauterkeit nicht auf ethische oder moralische Anstandsmaßstäbe ankommt, sondern auf wettbewerbsbezogene Wertungen. Die zwischenzeitlichen Änderungen des UWG führten insbesondere 1965 zum Klagerecht für Verbraucherverbände (heute: qualifizierte Verbrauchereinrichtungen, **§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG**), veränderten die Grundstruktur des Gesetzes aber kaum.

Anders liegt es dagegen mit dem materiellen Richterrecht. Die Gerichte hatten das UWG derart ausgedehnt, dass es in geradezu schädlicher Weise ausgewuchert war. Etwa 1995 setzt ein deutlicher Wandel ein, der die Verbotsfreudigkeit früherer Urteile korrigierte. BGH vom 5.2.1998 (Testpreis-Angebot), BGHZ 138, 55, 63 f. ließ – im Vorgriff auf eine Richtlinie der EU – die vergleichende Werbung zu und räumte damit wettbewerblichen Verbraucherinteressen eigenständiges Gewicht ein.

Dieser Wandlungsprozess war mitveranlasst und begleitet durch einen Einfluss des Europarechts, der immer dominanter geworden ist. Es hat den deutschen Gesetzgeber mehrfach und grundlegend tätig werden lassen.

5. UWG 2004

2004 hat der Gesetzgeber das UWG neu gefasst und strukturiert. Die entscheidende Neuerung liegt in der gesetzlichen Verankerung mehrerer

wettbewerbsrechtlicher Schutzzwecke. Das UWG 1909 richtete sich nach traditionellem Verständnis allein an den Schutzinteressen aus, die unter Mitbewerbern bestehen. Das UWG 2004 fußte ansonsten auf denselben Grundprinzipien und zum Teil auch auf denselben Einzelnormen wie das UWG 1909. Seitdem ist das UWG aufgrund von zahlreichen europäischen Vorgaben in vielen Einzelheiten verändert worden und hat begonnen, seinen Charakter zu verändern. So hat etwa die Generalklausel durch die sehr detaillierten neuen Regelungen stark an Bedeutung verloren. Ebenso gibt es jetzt einen wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzanspruch des einzelnen Verbrauchers.

- Das UWG 2004 wurde – aus einem Größenwahndenken heraus – in seiner Strukturierung auf eine EU-Richtlinie zugeschnitten, die es damals noch gar nicht gab. Man deklarierte es als deutschen Versuch, bevorstehende Angleichungsmaßnahmen der EU auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts zu beeinflussen. Irgendeine Auswirkung auf den Inhalt der **RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken** hatte das UWG 2004 erwartungsgemäß nicht.
- Der Gesetzgeber hat das UWG seitdem mehrfach novelliert. In der Regel geschah dies ebenfalls aufgrund von Vorgaben des Europarechts, weil die RL 2005/29/EG entweder noch nicht richtig umgesetzt wurde oder von europäischer Seite aus ergänzt wurde und neue Umsetzungsakte erforderlich machte.

§ 2: ANWENDBARKEIT DES UWG

A. Vorrangige Regelungen

Nach **§ 1 Abs. 2 UWG** betrifft das Verhältnis des Wettbewerbsrechts zu Regelungen, die – wie das UWG – unlautere geschäftliche Handlungen zum Gegenstand haben, aber gegenüber dem UWG spezieller sind. Dieses „Sonderwettbewerbsrecht“ geht den allgemeinen Verbotstatbeständen des UWG vor, schließt also deren Anwendbarkeit aus.

I. Aspekte unlauterer Handlungen

Der Vorrang erfordert zunächst, dass das andere Gesetz „*besondere Aspekte unlauterer geschäftlicher Handlungen*“ regelt, also die in **§ 1 Abs. 1 UWG** aufgeführten wettbewerbsrechtlichen Schutzzwecke zumindest auch verfolgt. Es muss um Konstellationen gehen, die ansonsten aufgrund des UWG beurteilt werden müssten. In Betracht kommen namentlich besondere Bestimmungen zur Erkennbarkeit von Werbung oder Informationspflichten, die den **§§ 5, 5a UWG** vorgehen. Der Gesetzgeber hatte vor allem Vorschriften des MStV und des TMG (heute: DDG) vor Augen, *Regierungsentwurf und Begründung eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes* vom 24.3.2021, BT-Drucks. 19/27873, S. 1, 31. Wenn das andere Gesetz dagegen Fälle betrifft, die gar nicht unter das UWG fallen können, zum Beispiel weil es Äußerungen von Medien und damit keine geschäftlichen Handlungen zum Gegenstand hat, dann stellt sich das Spezialitätsproblem nicht. **§ 1 Abs. 2 UWG** greift dann nicht ein.

II. Abschließender Regelungsgehalt

Das andere Gesetz geht dem UWG „vor“, soweit und sofern es einen abschließenden Regelungsgehalt hat. Ob dies der Fall ist, ist durch die Auslegung des anderen Gesetzes zu bestimmen. Der Vorrang reicht nur so weit, wie der betreffende Aspekt in der spezielleren Vorschrift auch tatsächlich abschließend geregelt wird, *Regierungsentwurf und Begründung eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes* vom 24.3.2021, BT-Drucks. 19/27873, S. 1, 31.

1. Abschließender Regelungsgehalt in materiell-rechtlicher Hinsicht

Die Regelung kann zum einen in materiell-rechtlicher Hinsicht abschließend sein. Dies kann sein, wenn die Regelung eben „besondere“ inhaltliche Maßstäbe vorsieht und diese Festlegungen unterlaufen würden, falls man zugleich nach UWG die allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Maßstäbe anlegen würde.

Die **§ 22 Abs. 1 Satz 1 MStV, 6 Abs. 1 Nr. 1 DDG** regeln „Aspekte unlauterer geschäftlicher Handlungen“, nämlich die Erkennbarkeit von Werbung in journalistisch-redaktionell gestalteten Telemedien beziehungsweise von kommerzieller Kommunikation in digitalen Diensten. Sie sind für ihren Regelungsbereich „besondere“ Vorschriften gegenüber **§ 5a Abs. 4 Satz 1 UWG**. Ihr abschließender Regelungsgehalt schließt die

Anwendung des UWG aus, BGH vom 9.9.2021 (Influencer II), BGHZ 231, 87 ff. Rn. 58 ff.

Die Zulässigkeit von Onlineportalen, auf denen Ärzte von ihren Patienten bewertet werden können, ist allein an den abschließenden datenschutzrechtlichen Anforderungen, insbesondere an **Art. 6 Abs. 1 lit. f. DSGVO** zu messen. Im Rahmen dieser Abwägung ist unter anderem zu berücksichtigen, ob die Gestaltung des Portals Ärzte, die keine Zahlungen an den Portalbetreiber leisten, unzulässig gegenüber Ärzten benachteiligt, die ein kostenpflichtiges Premium-Profil betreiben. Eine solche Benachteiligung kann insbesondere in einem indirekten Umleiten von potenziellen Patienten bestehen. Es geht um „UWG-Fälle in datenschutzrechtlicher Einkleidung“, *Berberich* ZUM-RD 2020, 354, 356. Das UWG ist nicht anwendbar. Zu den einzelnen Anforderungen zum Beispiel BGH vom 15.2.2022 (Ärztebewertung VI), NJW-RR 2022, 693 ff.; *Paal* JZ 2022, 617 ff.

Einander widersprechende materiell-rechtliche Maßstäbe drohen dagegen nicht, soweit es um die Anwendung von **§ 3a UWG** geht. Der Rechtsbruchtatbestand soll gerade Regelungen außerhalb des UWG erfassen und deren materielle Anforderungen in das Wettbewerbsrecht übernehmen. § 1 Abs. 2 UWG ist daher einschränkend dahin auszulegen, dass die Vorschrift die Anwendung von § 3a UWG nicht generell ausschließt. Dasselbe gilt in Bezug auf **§ 5b Abs. 4 UWG**.

2. Abschließender Regelungsgehalt in Bezug auf die Sanktionssystematik

Die Anwendbarkeit von **§ 3a UWG** scheidet jedoch aus, wenn die sanktionsrechtlichen Regeln des anderen Gesetzes abschließend sind. Insbesondere kann das andere Gesetz bestimmen, dass gegen Gesetzesverstöße nur der unmittelbar Betroffene oder eine Behörde vorgehen kann. Eine solche Sanktionssystematik darf nicht über das Wettbewerbsrecht unterlaufen werden. § 1 Abs. 2 UWG macht dann § 3a UWG unanwendbar. Einzelheiten behandelt das Kapitel zum Rechtsbruch.

B. Geschäftliche Handlung

Die §§ 3 ff., 7 UWG setzen eine „*geschäftliche Handlung*“ voraus. Ist ein Vorgehen eine geschäftliche Handlung, dann sind die UWG-Normen anwendbar. Wenn das UWG mangels geschäftlicher Handlung nicht eingreift, können aber andere Vorschriften anwendbar sein, zum Beispiel die §§ 823 ff. BGB.

Das **HGB** greift zu einem subjektiven System und findet auf alle Kaufleute, nicht dagegen auf Handelsgeschäfte Anwendung. Das **UWG** wählt den anderen Weg und entscheidet sich sozusagen für ein objektives System. Es fragt nicht, ob jemand Unternehmer oder Geschäftsmann ist. Das zentrale Anwendbarkeitskriterium ist vielmehr die Art der betreffenden Handlung.

Was unter einer „geschäftlichen Handlung“ zu verstehen ist, definiert **§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG**. Die dort normierten Voraussetzungen wurden zum Teil von der früheren Rechtsprechung entwickelt, zum Teil gehen sie auf Richtlinien der EU zurück. Die regelungstechnische Umsetzung ist dem Gesetzgeber nicht sonderlich gut gelungen. Die Abgrenzung des Wettbewerbsrechts vom Nichtwettbewerbsrecht lässt sich nur zum Teil anhand der gesetzlich genannten

Tatbestandsvoraussetzungen bewerkstelligen, zum Teil verlangt sie ungeschriebene Anforderungen.

In der Klausur verlangt der Umgang mit § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG fallbezogene Bewertungen. Wenn Sie unter alle Tatbestandsmerkmale der Vorschrift subsumieren wollten, bräuchten Sie dafür schätzungsweise fünf Seiten oder mehr, ohne dass damit für die Lösung des Falles viel gewonnen wäre. Sie müssen hier in besonderem Maße gewichten. Ist das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung unproblematisch, so handeln sie § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG kurz ab und listen ganz knapp auf, warum eine geschäftliche Handlung vorliegt (siehe Fall: Das Lakritzprodukt). Wenn dagegen bestimmte Voraussetzungen problematisch sind, müssen diese entsprechend thematisiert werden (siehe Fall: Die Influencerin).

I. Verhalten einer Person

Das UWG erfasst das „Verhalten einer Person“. Erfasst werden sowohl Handlungen als auch Unterlassungen.

„Verhalten“ ist ein menschliches Tun, das der Bewusstseinskontrolle und Willenslenkung unterliegt und somit beherrschbar ist. Juristische Personen, Personengesellschaften, Unternehmen und Organisationen können nicht „als solche“ handeln. Ihnen kann jedoch das Verhalten einer natürlichen Person nach § 31 BGB analog zuzurechnen sein. Werden die Zuwiderhandlungen in einem Unternehmen von einem Mitarbeiter oder Beauftragten begangen, so können sich daraus bestimmte Ansprüche gegen den Inhaber des Unternehmens ergeben, **§ 8 Abs. 2 UWG**.

Unterlassungen sind Verhalten, sofern eine wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht besteht. Wer in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenquelle für Marktteilnehmer schafft oder andauern lässt, muss die ihm zumutbaren Maßnahmen und Vorkehrungen treffen, die zur Abwendung der Dritten daraus drohenden Gefahren notwendig sind, BGH vom 22.7.2021 (Rundfunkhaftung), GRUR 2021, 1534 ff. Rn. 68 mwN.

Nach BGH vom 11.3.2009 (Halzband), GRUR 2009, 597, 598 Rn. 16 muss, wer ein Mitgliedskonto bei eBay hat, die Zugangsdaten dieses Mitgliedskontos hinreichend vor fremdem Zugriff sichern. Wenn der Inhaber keine hinreichende Sicherung bewerkstelligt und deshalb eine andere Person (im Streitfall: die Ehefrau!) das Mitgliedskonto ohne das Wissen des Inhabers zum Verkauf von Gegenständen benutzt, dann muss sich der Inhaber des Mitgliedskontos so behandeln lassen, als ob er selbst gehandelt hätte. Wenn die andere Person einen Wettbewerbsverstoß begeht, so wird dieser dem Inhaber als eigener zugerechnet. Die Entscheidung ist sehr weitreichend, weil sie dazu führen kann, dass eine Privatperson nach UWG haftet.

II. Zugunsten eines Unternehmens

1. Zugunsten

Das Verhalten muss „zugunsten“ eines Unternehmens sein. Ebenso spricht das UWG von der „Förderung“ einer unternehmerischen Tätigkeit.

Handlungen zuungunsten eines fremden Unternehmens, zum Beispiel geschäftsschädigende Äußerungen über ein anderes Unternehmen (§ 4 Nr. 1, Nr. 2 UWG), werden erfasst, wenn sie sich zugleich zugunsten des Äußernden oder der Konkurrenten des Geschädigten auswirken.

Wenn sich Handlungen allein zuungunsten, aber nicht zugunsten irgendeines Unternehmens auswirken, liegt an sich keine geschäftliche Handlung vor. Für den praktischen Fall bestimmter Tätigkeiten der öffentlichen Hand hat die Rechtsprechung Ausnahmen zugelassen (siehe unten). Der – bislang theoretisch gebliebene – Fall, dass sich ein unternehmerischer Abnehmer kritisch über einen Monopollieferanten äußert, würde das Anwendbarkeitsproblem ebenfalls aufwerfen.

Das Verhalten muss sich auf ein Unternehmen auswirken und nicht auf eine Privatperson oder eine private Institution.

BGH vom 16.12.1982 (Spendenbitte), GRUR 1983, 374 ff.: Ein Unternehmer, der Vorsitzender eines Sportvereins war, hatte seine Lieferanten um Spenden für eine Vereinsveranstaltung gebeten. Das UWG war auf diese „Spendenbitte“ des Unternehmers nicht anwendbar. Der Vorsitzende hatte nämlich durch die Spenden keinen Vorteil als Unternehmer erlangt und die wettbewerbliche Position seines Unternehmens wurde ebenfalls nicht berührt. Insbesondere schied ein unternehmerischer Imagegewinn aus. Die Spendenaktion wurde nicht über die unmittelbar beteiligten Kreise hinaus bekannt gemacht. Außerdem war sichergestellt, dass Spenden von Lieferanten nicht als Spenden des Unternehmers angesehen werden konnten. Auch auf der Ebene der Lieferanten entstanden keine wettbewerblichen Vorteile. Es wurde ausdrücklich festgestellt, dass die Aktion weder eine geschäftliche Bevorzugung von Spendern noch eine Diskriminierung von Nichtspendern zur Folge hatte.

2. Eigenes Unternehmen

Handlungen zugunsten „des eigenen Unternehmens“ liegen zum Beispiel vor, wenn ein Unternehmer Werbung für seine eigenen Produkte macht. Ebenso liegt es, wenn ein Unternehmer Werbung für ein anderes Unternehmen macht und dafür von dem anderen Unternehmen bezahlt wird.

3. Fremdes Unternehmen

Das UWG erfasst ebenso Handlungen zugunsten „eines fremden Unternehmens“.

Ein wichtiger Anwendungsfall sind Handlungen (meist Äußerungen) von Personen, die selbst weder ein Unternehmen betreiben noch in dessen Namen oder Auftrag handeln. Sie können nicht zugunsten eines eigenen

Unternehmens, wohl aber zugunsten fremder Unternehmen tätig werden. Das UWG kann zum Beispiel Handlungen von Unternehmensverbänden erfassen, die selbst kein Unternehmen sind und deren satzungsmäßige Aufgabe in der Förderung von wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder liegt. Äußerungen oder Empfehlungen eines solchen Verbands sind am Wettbewerbsrecht zu messen, wenn die Mitglieder als Unternehmen im geschäftlichen Verkehr tätig sind und der Verband im Zusammenhang mit den satzungsmäßigen Aufgaben mit den Mitgliedern oder mit Dritten in Verbindung tritt, BGH vom 25.6.1992 (Erdgassteuer), GRUR 1992, 707, 708 mwN.

Es kann aufgrund von **§ 5a Abs. 4 Satz 2 UWG**, der nur für das Fördern eines fremden Unternehmens gilt, notwendig sein, zwischen der Förderung des eigenen und der eines fremden Unternehmens zu unterscheiden.

4. Sonderfall: Unternehmensschädigende unentgeltliche Angebote durch die öffentliche Hand

Die jüngere Judikatur hat einen umstrittenen Sondermaßstab für geschäftliche Handlungen der öffentlichen Hand geschaffen. Danach kann eine geschäftliche Handlung auch vorliegen, wenn beispielsweise ein Landkreis freiwillig unentgeltliche Leistungen anbietet und damit zulasten von Unternehmen handelt, die dieselben Angebote machen.

Eine Gemeinde betreibt ein kommunales Online-Stadtportal, das auch journalistisch-redaktionelle Inhalte hat und damit in Konkurrenz zu privaten Zeitungen tritt. Das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung ist zweifelhaft, wenn das Stadtportal komplett werbefrei und unentgeltlich, also nicht mit unternehmerischen Zielsetzungen betrieben wird. Die Gemeinde wird dann nicht als Unternehmen tätig und handelt auch nicht zugunsten, sondern lediglich zuungunsten der Zeitungen. Der BGH nimmt in solchen Fällen eine geschäftliche Handlung allgemein auch an, wenn sich die öffentliche Hand mit ihrem Angebot in den Wettbewerb zu privaten Anbietern begibt, ohne selbst geschäftliche Zwecke zu verfolgen, BGH vom 26.9.2024 (Jobbörse), GRUR 2024, 1739, 1740 Rn. 14.

Wenn die Gemeinde dagegen auf ihrem Portal Werbung treibt, dann wird sie zugleich kommerziell und damit zugunsten des eigenen Unternehmens tätig. Sie tritt insoweit auch mit den Zeitungen in Konkurrenz um mögliche Werbekunden.

III. Art der Unternehmensförderung

1. Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen

Die Förderung ist relevant, wenn sie sich auf den „*Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen*“ bezieht. Die Regelung stellt klar, dass sowohl Maßnahmen des Absatzwettbewerbs als auch Maßnahmen des Nachfragewettbewerbs geschäftliche Handlungen sein können, *Regierungsentwurf und Begründung zum UWG* vom 22.8.2003, BT-Drucks. 15/1487, S. 16 ff.

Das Paradebeispiel für Absatzwettbewerb ist eine Werbung, die den Absatz beziehungsweise Verkauf eigener Waren betrifft: „Kauft bei mir“. Der

Nachfragewettbewerb betrifft die umgekehrte Situation beziehungsweise den Einkauf fremder Waren: „Verkauft an mich“.

Das UWG erfasst nicht nur Maßnahmen zur Vergrößerung, sondern auch solche zur Erhaltung des bisherigen Kundenstamms oder zur Vorbereitung unternehmerischer Tätigkeit; BGH vom 13.2.1992 (Beitragsrechnung), GRUR 1992, 450, 452; BGH vom 4.2.1993 (Maschinenbeseitigung), WRP 1993, 396, 397. Die Anwendbarkeit verlangt keine direkte Auswirkung auf die Absatzhöhe. Erfasst werden auch Vorgänge im Zusammenhang mit dem Erscheinungsbild des Unternehmens oder zur Bewahrung des guten fachlichen Rufs eines Produkts, die sich möglicherweise gar nicht oder nur auf lange Sicht auf die Höhe des Absatzes auswirken, BGH vom 14.7.1961 (Betonzusatzmittel), GRUR 1962, 45, 47.

2. Abschluss oder Durchführung eines Vertrags

Eine geschäftliche Handlung liegt auch vor, wenn das Verhalten „den Abschluss oder die Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen“ zum Inhalt hat. So wird erreicht, dass Handlungen im Vertikalverhältnis, also gegenüber sonstigen Marktteilnehmern oder Verbrauchern, in das UWG mit einbezogen werden, ohne dass es auf ein Handeln gegenüber Mitbewerbern ankommt. Dadurch kann das UWG problemlos auch Monopolunternehmen oder Konstellationen erfassen, in denen es möglicherweise keinen Mitbewerber gibt.

IV. Vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss

Das UWG erfasst jedes einschlägige Verhalten „vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss“. Die Voraussetzung soll in Umsetzung der RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken insbesondere klarstellen, dass auch Maßnahmen nach Abschluss beziehungsweise zur Durchführung von Verträgen eine geschäftliche Handlung sind, *Regierungsentwurf und Begründung zum UWG* vom 20.8.2008, BT-Drucks. 16/10145, S. 21. Das Wettbewerbsrecht erstreckt sich seitdem auch auf Geschäftspraktiken gegenüber den bereits vertraglich gewonnenen Kunden (zum Beispiel Rundschreiben an Vertragspartner), während man solche Handlungen früher aus dem Wettbewerbsrecht herausgenommen hatte.

Eine Anwendung des UWG auf Handlungen, die sich auf einzelne Vertragsverhältnisse beziehen und beschränken, bringt die Gefahr mit sich, die Wertungen des Vertragsrechts durch das Wettbewerbsrecht zu stören. Die frühere Rechtsprechung hat eine Anwendung des UWG daher abgelehnt, BGH vom 21.4.1983 (Ausschank unter Eichstrich I), GRUR 1983, 451 f. Heute wird die Anwendbarkeit grundsätzlich bejaht, zum Beispiel *Peukert* in: *Peifer* (Hrsg.), *Großkommentar UWG*, 3. Auflage 2021, § 2 Rn. 279.

In Bezug auf Handlungen gegenüber Verbrauchern und die **RL 2005/29/EG** hat EuGH vom 16.4.2015 (*Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság/UPC Magyarország Kft.*) – Rs. C-388/13, GRUR 2015, 600, 601 Rn. 37 die Anwendbarkeit bejaht. Die Schaffung des Verbraucherschadensersatzanspruchs in **§ 9 Abs. 2 UWG** aufgrund der europarechtlichen Vorgaben basiert auf diesem Verständnis. Für den EuGH ist die effektive Umsetzung der RL 2005/29/EG wichtig und die

systematische Abstimmung zwischen deutschem Vertrags- und Wettbewerbsrecht irrelevant. Das Wettbewerbsrecht ist insoweit auch auf Handlungen gegenüber dem einzelnen Verbraucher anzuwenden und nicht mehr auf einen Schutz von Kollektivinteressen der Verbraucherschaft beschränkt.

V. Unmittelbarer objektiver Zusammenhang

Eine geschäftliche Handlung liegt nur vor, wenn das Verhalten mit der betreffenden Absatz-, Bezugs- oder Vertragstätigkeit „*unmittelbar und objektiv zusammenhängt*“. Der erforderliche Zusammenhang ist zu bejahen, wenn das Verhalten aufgrund seiner Wirkungen und der sonstigen Umstände Marktvorgänge und Interessen von Marktteilnehmern berühren kann. Eine direkte Auswirkung beispielsweise auf den Absatz oder den Bezug von Waren ist nicht erforderlich.

Innerbetriebliche Vorgänge ohne unmittelbare Außenwirkung werden nicht vom UWG erfasst. Wettbewerb braucht Schutzzonen, um sich entfalten zu können. Ein auf die Förderung des eigenen Absatzes gerichtetes Verhalten ist wettbewerbsrechtlich erst relevant, wenn es in der Außenwelt in Erscheinung tritt und sich auf gegenwärtige oder mögliche Mitbewerber auswirken kann, BGH vom 25.9.1970 (Branchenverzeichnis), GRUR 1971, 119 mwN. Die abstrakte Eignung, zukünftig auf die Wettbewerbslage einzuwirken, stellt noch keinen „unmittelbaren“ Zusammenhang her. Für die Beurteilung unternehmensinterner Vorgänge sind andere Maßstäbe angemessen als für Handlungen, die sich beispielsweise direkt an Käufer wenden und sie „umlenken“ oder Mitbewerber behindern.

Das Ausklammern innerbetrieblicher Handlungen ist in der Regel unproblematisch, da spätestens der Folgeakt, der die Außenwirkung herstellt, wettbewerbsrechtlich überprüft werden kann. In Sonderfällen kann auch ein vorbeugender Unterlassungsanspruch gegeben sein.

VI. Geschäftlicher Verkehr, Negativabgrenzungen

Die Anwendbarkeit des UWG hängt über die in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG ausdrücklich genannten Voraussetzungen hinaus auch von der systematischen Abgrenzung des Wettbewerbsrechts von anderen Rechtsgebieten ab. Das UWG kann unanwendbar sein, weil bestimmte Bereiche durch andere Rechtsgebiete geregelt werden.

Es bietet sich an, die Vorschrift um das Erfordernis eines Handelns im „*geschäftlichen Verkehr*“ zu erweitern, das in der Bezeichnung „geschäftliche Handlung“ anklingt und im Wettbewerbsrecht vielfach als ungeschriebene Voraussetzung verstanden wurde, so etwa BGH vom 26.1.2006 (Abschleppkosten-Inkasso), GRUR 2006, 428 f. Es ist ebenso vertretbar, stattdessen auf das – sprachlich wenig aussagekräftige – Erfordernis des unmittelbaren und objektiven Zusammenhangs abzustellen. Dann muss man diese Voraussetzung in besonderer Weise normativ verstehen und darf sie nur in Fällen bejahen, in denen das Wettbewerbsrecht geeignete Maßstäbe zur Beurteilung der entsprechenden Verhaltensweise

bereithält, so *Alexander* in: BeckOK UWG, 14. Edition Stand 1.12.2021, § 2 UWG n.F. Rn. 123.

1. Öffentliches Recht

Die hoheitliche Tätigkeit der öffentlichen Hand liegt außerhalb des geschäftlichen Verkehrs. Ihre Rechtmäßigkeit ist allein nach den einschlägigen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Anforderungen zu beurteilen.

Der systematische Geltungsvorrang des öffentlichen Rechts gilt grundsätzlich nur soweit, wie die öffentliche Hand in Ausfüllung ihrer öffentlichen Stellung und Aufgaben tätig wird beziehungsweise Maßnahmen durchführt, die ihr gesetzlich vorgeschrieben beziehungsweise durch den öffentlich-rechtlichen Sonderstatus geboten sind. Die öffentliche Hand kann sich der Anwendbarkeit des UWG dagegen nicht allein dadurch entziehen, dass sie in Formen des öffentlichen Rechts tätig wird oder das Verhältnis zu ihren Abnehmern öffentlich-rechtlich organisiert. Ein wichtiges Beurteilungskriterium für die Abgrenzung ist, ob die öffentliche Hand bei der fraglichen Tätigkeit unmittelbar an die Grundrechte gebunden ist oder wie ein Privater tätig wird.

Ein Handeln im geschäftlichen Verkehr ist nach BGH vom 22.3.1976 (Studenten-Versicherung), BGHZ 66, 229, 233 ff. anzunehmen, wenn die öffentliche Hand zu privaten Mitbewerbern in einem echten Wettbewerbsverhältnis steht, beide sich also als Anbieter auf dem Boden der Gleichordnung gegenüberstehen und besondere öffentlich-rechtliche Beziehungen zwischen ihnen nicht bestehen.

Die Tätigkeit der Rundfunkanstalten ist öffentlich-rechtlicher Art, soweit sie den öffentlich-rechtlichen Programmauftrag erfüllt und ihre dabei entfalteten Sendetätigkeiten, auch soweit diese das Unterhaltungsprogramm betreffen, öffentlich-rechtlicher Art sind. Mit dieser Sendetätigkeit verbundene Betätigungen wirtschaftlicher Art, zum Beispiel unzulässige Werbepraktiken, unterfallen dagegen dem Wettbewerbsrecht, BGH vom 22.2.1990 (Werbung im Programm), BGHZ 110, 278, 284.

Zum neuen Ansatz der Jobbörse-Entscheidung siehe oben.

2. Deliktsrecht

Eine Privatperson kann, da sie kein Unternehmen (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG) ist, nicht zugunsten des eigenen Unternehmens handeln. Das Handeln der einzelnen Privatperson hat keine Breitenwirkung und kann den Wettbewerb nicht in einem relevanten Umfang verfälschen. Die Privatperson haftet nur nach den §§ 823 ff. BGB.

Es kann schwierig sein zu beurteilen, ob jemand in einem privaten oder einem unternehmerischen Zusammenhang tätig wird. Das UWG enthält insoweit keine Regelung, namentlich kein Gegenstück zu § 344 Abs. 1 HGB.

BGH vom 26.2.1960 (Mampe Halb und Halb), GRUR 1960, 384, 386 hat angenommen, dass Äußerungen, die ein Handelsvertreter im Rahmen eines privaten Gaststättenbesuchs gegenüber dem Kellner über ein Konkurrenzprodukt macht, unter das UWG fallen, wenn der Äußernde der

Unterhaltung „eine geschäftliche Wendung“ gibt. Dies ließ sich im Streitfall ohne Weiteres annehmen, da letztlich eine zielgerichtete Werbung gegenüber Dritten und für das eigene Produkt in Frage stand.

Nach BGH vom 22.4.1993 (Makler-Privatangebot), GRUR 1993, 761, 762 mwN. spricht nach der Lebenserfahrung eine tatsächliche Vermutung für die Annahme, dass ein Kaufmann im geschäftlichen Verkehr handelt, wenn er eine Tätigkeit entfaltet, die – äußerlich betrachtet – sich nicht von seinen sonstigen kaufmännisch-beruflichen Tätigkeiten unterscheidet. Im Streitfall war diese Vermutung freilich widerlegt. Ein Immobilienmakler und Bauunternehmer hatte ein Privatgrundstück, das ihm Jahre zuvor geschenkt wurde, per Annonce zum Verkauf angeboten. Er hatte es also nicht zum Zwecke des Weiterverkaufs erworben und auch später nicht seinem geschäftlichen Bereich zugeschlagen.

Ein Handeln zugunsten eines fremden Unternehmens liegt aber vor, wenn jemand im privaten Rahmen gelegentlich für ein Unternehmen tätig ist und dafür von dem Unternehmen bezahlt wird. Denkbar ist dies namentlich, wenn jemand als Laienwerber tätig ist und für jeden gewonnenen Kunden eine Werbepremie erhält, BGH vom 29.9.1994 (Laienwerbung für Augenoptiker), GRUR 1995, 122, 123.

3. Medienrecht

Medien sind Unternehmen im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG. Sie verlangen aber aufgrund ihrer besonderen Bedeutung und Funktion sowie der Drittwirkung von **Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG** vielfach nach Sondermaßstäben.

Medien werden zu den eigenen Gunsten tätig, wenn ihr Verhalten geschäftlich und nicht redaktionell motiviert ist. Das ist typischerweise der Fall, wenn zum Beispiel das Anzeigengeschäft oder die eigene Kundenwerbung von Medien infrage stehen. Ein Beispiel ist BGH vom 1.10.2009 (Gib mal Zeitung), GRUR 2010, 161 ff.

Äußerungen von Medien sind keine geschäftliche Handlung, wenn sie redaktionell motiviert sind beziehungsweise ein Beitrag zum öffentlichen Meinungskampf und von öffentlichen Informationsinteressen getragen sind. Medienunternehmer verfolgen mit der Veröffentlichung solcher Beiträge durchaus auch das Ziel, die eigene Wettbewerbslage im Verhältnis zu anderen Presseunternehmen zu verbessern. Dieser Umstand führt jedoch im Hinblick auf die besondere Bedeutung der Medien nicht dazu, ein Handeln zugunsten des eigenen Unternehmens anzunehmen. Das Fördern des eigenen Unternehmens ist insoweit nur eine „notwendige Begleiterscheinung funktionsgerechten Pressehandelns“ und damit irrelevant, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff. Rn. 45 mwN. Aus denselben Gründen wird eine redaktionell motivierte Berichterstattung rechtlich auch nicht als ein Handeln zugunsten eines fremden Unternehmens eingeordnet, selbst wenn etwa ein Wirtschaftsartikel Aussagen trifft, die für betroffene Unternehmen günstig sein können. Die redaktionell motivierten Äußerungen sind allein nach Maßstäben des Deliktsrechts zu beurteilen, das äußerungsfreundlicher ist und daher für Medien besser passt.

Das Wettbewerbsrecht ist aber anwendbar, wenn Äußerungen von Medien rein geschäftlich und nicht redaktionell motiviert sind, dazu *Beater*, Die Anwendbarkeit des UWG auf Medien und Journalisten, WRP 2016, 787 ff., 929 ff. In der Regel liegt dann ein Handeln zugunsten eines fremden Unternehmens vor. Für die Abgrenzung zwischen redaktioneller und geschäftlicher Motivation kommt es maßgeblich auf den Inhalt, die Art und die Form der Äußerung sowie unter Umständen auch auf eine etwaige Untermauerung der Äußerung durch Tatsachenangaben an. Die Einordnung hat auch auf die Motive des Äußernden abzustellen.

- Eine Anwendung des Wettbewerbsrechts kommt umso eher in Betracht, je stärker die betreffende Äußerung auf eine übermäßig anpreisende Darstellung hinausläuft, die den Boden sachlicher Information verlässt, BGH vom 9.2.2006 (Rechtsanwalts-Ranglisten), GRUR 2006, 875, 877 Rn. 27. Es spricht zum Beispiel gegen die redaktionelle Motivation, wenn ein Beitrag jegliche kritische Distanz vermissen lässt und ohne sachliche Rechtfertigung ein Produkt oder Unternehmen als positiv bewertet, BGH vom 30.4.1997 (Die Besten I), GRUR 1997, 912, 913. Dasselbe gilt, wenn Produkte oder Dienstleistungen von Inserenten namentlich genannt werden und über das durch eine sachliche Information bedingte Maß hinaus werbend dargestellt werden.
- Weiterhin spricht es gegen eine redaktionelle Zielsetzung, wenn besondere Beziehungen zwischen dem Medienunternehmen beziehungsweise seinem Inhaber oder dem Redakteur einerseits und dem durch die Werbung begünstigten Dritten andererseits bestehen und der Beitrag entsprechende finanzielle Hintergründe hat. Das kommt insbesondere in Betracht, wenn der Begünstigte des Beitrags für die Berichterstattung ein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung gewährt hat.

Typische Konstellationen sind:

- Pressefehden
BGH vom 21.6.1966 (Höllenfeuer), BGHZ 45, 296, 302 nahm an, dass die Pressefehde im Streitfall nicht auf wettbewerblichem Gebiet lag und die Beklage überwiegend aus nichtwettbewerblichen Motiven heraus gehandelt hatte. Einzelheiten behandelt die Vorlesung Äußerungsrecht.
- Äußerungen mit Vergleichscharakter, Warentests in Zeitschriften
Das UWG ist auf Warentests in Zeitschriften nicht anwendbar, wenn die Zeitung um einen objektiven Test bemüht und nicht darüber hinaus involviert ist, BGH vom 18.10.1966 (Warentest I), GRUR 1967, 113 f. Die öffentliche Aufgabe und der verfassungsrechtliche Sonderstatus der Medien umfasst auch eine Wirtschaftsfunktion, die dem Einzelnen bei der Bewältigung von Schwierigkeiten und Streitigkeiten des täglichen Lebens hilft und volkswirtschaftlich sinnvoll ist (siehe Vorlesung Medienrecht). Die Gerichte prüfen aber, ob es der Zeitschrift um eine Aufklärung der Verbraucher oder vorwiegend darum geht, bestimmte Unternehmer zum Nachteil anderer zu unterstützen. Im Ergebnis werden Zeitschriftentests weitestgehend aus dem UWG und dessen strengen Regeln heraus genommen.
- „Mischformen“ zwischen Werbung und redaktioneller Berichterstattung
BGH vom 19.2.1998 (AZUBI 94), GRUR 1998, 947 ff. betraf ein Anzeigenblatt, dem die Beilage „AZUBI 94“ beigelegt war. Im

redaktionellen Text der Beilage wurden einzelne Firmen aus dem Verteilungsgebiet des Anzeigenblatts in der Überschrift namentlich bezeichnet und die in den Betrieben gegebenen Ausbildungsmöglichkeiten durch Zitate von Äußerungen der Repräsentanten der Unternehmen näher beschrieben. Zugleich hatten mehrere der genannten Betriebe in der Beilage Anzeigen geschaltet. Der BGH sah die Veröffentlichungen im Ergebnis als zulässig an. Er ordnete die von der Zeitung selbst verfassten Texte als Handlungen ohne geschäftlichen Charakter und damit inzident als redaktionell und eben nicht finanziell motiviert ein. Die fraglichen Beiträge hätten – auch wegen ihrer Verknüpfung mit Werbeanzeigen der erwähnten Unternehmen – zwar durchaus einen wettbewerbsfördernden Bezug, doch habe dieser wegen des Informationsgebots der Presse und unter Würdigung der Aufmachung und des Inhalts der Berichte insgesamt nur eine untergeordnete Bedeutung.

4. Arbeitsrecht

Für betriebsinterne Vorgänge gibt es weiterhin ein eigenständiges Rechtsgebiet, nämlich das Arbeitsrecht.

Ein eindeutiger Anwendungsfall sind Streiks. Werden sie von der Gewerkschaft oder Belegschaft selbst initiiert, so sind sie am Arbeitsrecht beziehungsweise an § 823 Abs. 1 BGB (Recht am Unternehmen) zu messen, siehe BAG vom 21.6.1988, BAGE 58, 364, 389; BGH vom 16.6.1977 (Fluglotsenstreik), BGHZ 69, 128 ff. Sie sind eine innerbetriebliche Angelegenheit und werden als solche vom Wettbewerbsrecht bewusst nicht erfasst, sondern aus systematischen Gründen dem Arbeitsrecht überlassen. Dagegen greift das Wettbewerbsrecht ein, wenn der Unternehmer einen Mitbewerber durch physischen oder psychischen Zwang ausschaltet und dazu zum Beispiel dessen Produktionsanlagen zerstört, Mitarbeiter vergiftet oder eben zum Streik aufwiegelt. Solche Maßnahmen sind wettbewerbswidrig und das Wettbewerbsrecht kann hier in höchstem Maße gefordert sein.

Das UWG ist auch auf weitere arbeitsrechtliche Vorgänge nicht anwendbar, zum Beispiel auf die Handlungen von Betriebsratsfraktionen, soweit diese im Bereich der politischen Auseinandersetzung bleiben, OGH vom 15.2.2000 (Betriebsrat aktuell), wbl 2000, 289 f.

Fall: Die Influencerin

Die prominente Influencerin I unterhält auf Instagramm ein öffentlich zugängliches Account. Es ist mit einem blauen Haken verifiziert, den Instagramm nur prominenten Personen zugesteht. Die I hat 485.000 Follower und erstellt und veröffentlicht regelmäßig Posts, die Bilder von ihr selbst zeigen und manchmal Begleittexte haben. Darin beschäftigt sich I ausführlich mit Mode, ihrem Leben als Mutter eines Kleinkindes, Yoga, Reisen und ähnlichen Themen. Die I weist in zahlreichen Posts in Form von Tags auf die Hersteller der von ihr getragenen Kleidung oder sonstiger im Bild zu sehender Gegenstände hin. In den Begleittexten lobt die I die abgebildeten Kleidungsstücke und Gegenstände, ist dabei aber nicht völlig distanzlos oder durchweg überschwänglich. Auf dem Account finden sich drei verschiedene Art von Posts.

Für manche Posts (Reklameposts = R-Posts) wird die I von den Herstellern der abgebildeten Produkte bezahlt. Sie kennzeichnet diese Posts mit dem unübersehbaren Werbehinweis „bezahlte Partnerschaft mit ...“.

Die I stellt nach eigener Entscheidung weiterhin auch zahlreiche Posts ein, die Produkte von Herstellern zeigen, von denen sie kein Entgelt erhält. Diese Posts enthalten keinen Werbehinweis. Bei einem Teil dieser Posts erscheint der Name des jeweiligen Herstellerunternehmens, wenn man als Nutzer auf den Tag in diesen Posts klickt (Tagposts = T-Posts). Bei dem anderen Teil dieser Posts wird man außerdem per Link auf die Webseite des Herstellers geleitet, wenn man dessen Namen anklickt (Linkposts = L-Posts).

I bittet um Auskunft, ob ihr Handeln von UWG und § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV erfasst wird und rechtmäßig ist.

Abwandlung: Die R-Posts sind nicht mit dem Werbehinweis „bezahlte Partnerschaft mit ...“ gekennzeichnet.

Hinweis: LG München vom 29.4.2019 (Cathy Hummels), AfP 2019, 363 ff.; OLG München vom 25.5.2020 (Cathy Hummels), AfP 2020, 345 ff.; BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff.; BGH vom 9.9.2021 (Influencer II), BGHZ 231, 87 ff.; *Schaub* GRUR 2021, 1358 ff.

Ausgangsfall:**A. §§ 3 Abs. 1, 3a UWG, 22 Abs. 1 Satz 1 MStV**

Das Handeln der I könnte gegen § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV verstoßen und damit ein Rechtsbruch im Sinne von § 3a UWG sein.

I. § 1 Abs. 2 UWG (+)

§ 1 Abs. 2 UWG steht der Anwendbarkeit von § 3a UWG nicht entgegen. Die Vorschrift ist nämlich einschränkend auszulegen und schließt die Anwendung von § 3a UWG nicht aus, weil der Rechtsbruchtatbestand gerade Regelungen außerhalb des UWG erfassen soll. Die Gefahr, dass die Tatbestände von Sondergesetz und UWG unterschiedliche Maßstäbe vorgeben, besteht in solchen Fällen gerade nicht.

II. Geschäftliche Handlung

Die §§ 3 Abs. 1, 3a UWG setzen eine geschäftliche Handlung voraus, § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG.

1. R-Posts (+)

Für das Öffentlichmachen der R-Posts erhält I von den Werbepartnern ein Entgelt. Sie wird insoweit zugunsten ihres eigenen Unternehmens und

zugunsten der sie bezahlenden Unternehmen tätig, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff. Rn. 50.

- Influencer betreiben ein „Unternehmen“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG), wenn sie das eigene Image vermarkten und durch Werbeeinnahmen kommerzialisieren, insbesondere wenn sie Werbung für fremde Unternehmen gegen Entgelt veröffentlichen, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff. Rn. 36 f. mwN.
- Soweit die I in ihrem Account auch persönliche Dinge anspricht, nimmt dies ihrer Tätigkeit nicht den unternehmerischen Charakter. Zum einen haben ihre Äußerungen insofern keine private Qualität, als sie bewusst auf eine möglichst große öffentliche Wahrnehmung ziehen. Zum anderen macht gerade die Öffnung des privaten Lebensbereichs es für das Publikum attraktiv, Influencern zu folgen, da diese so glaubwürdiger, nahbarer und sympathischer wirken, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff. Rn. 43 mwN.

2. T-Posts (-)

Das Veröffentlichen der T-Posts ist weniger eindeutig einzuordnen, weil die I dafür kein Entgelt der angeführten Unternehmen erhält.

a. Zugunsten des eigenen Unternehmens (-)

aa. Gesetzeswortlaut

BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff. Rn. 42 sieht in unbezahlten Posts grundsätzlich eine Förderung des eigenen Unternehmens. Das Influencer-Account kann durch die Berücksichtigung auch von Produkten, mit deren Herstellern die Influencerin keinen Vertrag hat, „authentischer wirken“ und damit sowohl für Nutzer wie für Unternehmen attraktiver werden, LG München vom 29.4.2019 (Cathy Hummels), AfP 2019, 363, 364. Wenn die Influencerin Follower dadurch besser bindet und für sie interessanter wird, dann wird sie zugleich auch für unternehmerische Werbeinteressen interessanter und kann so von den M-Posts profitieren, BGH (Influencer I) aaO. Rn. 42

bb. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG

Die Post der I haben „Begleittexte“ und beschäftigen sich mit verschiedenen Themen. Begreift man die I als Medienunternehmerin im Sinne von **Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG**, so ist die Anwendbarkeit des UWG zweifelhaft. Die I genießt für ihre Äußerungen wie jeder andere auch Meinungsfreiheit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG. Zugleich kommt in Betracht, das Account als Presse beziehungsweise journalistisch-redaktionell gestaltetes Telemedien anzusehen.

Presseunternehmer verfolgen mit der Veröffentlichung redaktioneller Beiträge ebenfalls das Ziel, die eigene Wettbewerbslage im Verhältnis zu anderen Presseunternehmen zu verbessern. Dieser Umstand führt jedoch im Hinblick auf die besondere Bedeutung der Medien nicht dazu, ein Handeln zugunsten des eigenen Unternehmens anzunehmen. Das Fördern des eigenen Unternehmens ist insoweit nur eine „notwendige Begleiterscheinung funktionsgerechten Pressehandelns“ und damit irrelevant, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff. Rn. 45.

- OLG München vom 25.6.2020 (Cathy Hummels), AfP 2020, 345, 346 hat in Bezug auf die unbezahlten Posts angenommen, die I komme mit diesen Posts dem Informationsinteresse ihrer Follower nach. Ihre Tätigkeit unterscheide sich nicht von redaktionellen Beiträgen beispielsweise in Modezeitschriften, in denen auch Produkte dargestellt und beschrieben werden.

- Der BGH bejaht im Ausgangspunkt ein Informationsinteresse der Follower nicht nur an der privaten Lebensgestaltung der Influencer, sondern auch daran, welche Kleidungsstücke Influencer tragen oder welche anderen Produkte sie verwenden, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff. Rn. 57 mwN. Influencer hätten gegenüber Teilen der Allgemeinheit eine Informations- und Unterhaltungsfunktion, die neben die der klassischen Medien getreten sei, BGH (Influencer I) aaO. Rn. 58.

Damit scheidet ein Handeln zugunsten des eigenen Unternehmens aus.

b. Zugunsten eines fremden Unternehmens (-)

Ein Handeln zugunsten eines fremden Unternehmens setzt nicht zwingend voraus, dass der Handelnde von dem fremden Unternehmen eine Gegenleistung erhält, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff. Rn. 52. Medienunternehmen handeln zugunsten eines fremden Unternehmens, wenn die Veröffentlichung redaktioneller Beiträge vorrangig dem Ziel dient, geschäftliche Entscheidungen von Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern in Bezug auf Produkte des fremden Unternehmens zu beeinflussen. BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff. Rn. 44 ff. Die Entscheidung ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu treffen, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff. Rn. 68.

Eine Influencertätigkeit ist – den Anforderungen für die klassischen Medien entsprechend – geschäftlich, soweit Beiträge dem Gesamteindruck nach übertrieben werblich sind, also einen werblichen Überschuss enthalten, so dass die Förderung fremden Wettbewerbs eine größere als nur eine notwendige begleitende Rolle spielt, BGH (Influencer I) aaO. Rn. 59 f., 64 mwN.

Die Begleittexte der I sind zwar lobend, aber „nicht völlig distanzlos oder durchweg überschwänglich“. Das Versehen der Bilder mit Tags begründet ebenfalls keinen werblichen Überschuss, weil mit dem Hinweis auf den Hersteller weiterführende Informationen zu dem Text- oder Bildbeitrag geliefert werden, BGH (Influencer I), aaO. Rn. 66.

3. L-Posts (+)

Die L-Posts bieten im Unterschied zu den T-Posts über den Link einen direkten Zugang zur Internetseite des Herstellers des abgebildeten Produkts. Diese Verlinkung bewirkt regelmäßig einen werblichen Überschuss, weil der Leser des Instagramm-Beitrags durch das Anwählen der Verlinkung direkt in den werblichen Einflussbereich des Herstellerunternehmens gelangt, BGH (Influencer I) aaO. Rn. 67.

In Bezug auf die L-Posts handelt die I folglich zugunsten fremder Unternehmen.

4. Zwischenergebnis

I handelt in Bezug auf die R-Posts und L-Posts im geschäftlichen Verkehr.

III. Wettbewerbliche Schutzrichtung von § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV (+)

§ 22 Abs. 1 Satz 1 MStV soll mit der Erkennbarkeit von Werbung in journalistisch-redaktionell gestalteten Telemedien sowohl redaktionelle Standards, aber auch Interessen der Marktteilnehmer sichern.

IV. Verstoß gegen § 22 Abs. 1 MStV (-)

1. Telemedium (+)

Das Account der I hat einen gemischten Charakter. Es hat einerseits einen geschäftlichen Charakter (R-Posts), was für die Einordnung als digitaler Dienst und kommerzielle Kommunikation spricht, §§ 1 Abs. 4 Nr. 1, Nr. 7 DDG. Es enthält aber auch eindeutig journalistisch redaktionelle Teile (T-Posts), was für die Einordnung als Telemedium im Sinne von § 22 Abs. 1 MStV spricht.

Ein „gemischtes“ Account fällt unter § 22 Abs. 1 MStV und nicht unter § 6 Abs. 1 Nr. 1 DDG, wenn die meinungsbildende Wirkung ein prägender Bestandteil und nicht nur ein schmückendes Beiwerk ist, siehe BGH vom 23.6.2009 (www.spickmich.de), BGHZ 181, 328, 335 Rn. 21 zu § 41 Abs. 1 BDSG und mwN. Da die Posts, für die I kein Entgelt erhält, „zahlreich“ sind, lässt sich das von I betriebene Instagramm-Account als ein Telemedium im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 3 MStV einordnen.

Man könnte auch dahinstehen lassen, ob das Account als Telemedium oder digitaler Dienst und kommerzielle Kommunikation (§ 1 Abs. 4 Nr. 1, Nr. 7 DDG) anzusehen ist, weil die §§ 22 Abs. 1 Satz 1 MStV, 6 Abs. 1 Nr. 1 DDG im Übrigen dieselben Anforderungen stellen.

2. Werbung

Die Einordnung als „Werbung“ bestimmt sich nach § 2 Abs. 2 Nr. 7 MStV.

- I macht als natürliche Person in Form der Posts Äußerungen und diese hängen mit der Ausübung eines Gewerbes zusammen, da die I durch die Influentertätigkeit Einkünfte erzielt.
- Die weitere Einordnung hängt maßgeblich davon ab, ob die Angabe „gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung“ gemacht wird. Danach sind die R-Posts Werbung.
- Die T- und L-Posts sind mangels Gegenleistung keine Werbung, werden also von § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV nicht erfasst.

3. Erkennbarkeit des Werbecharakters und Trennung der R-Posts (+)

Die R-Posts sind als „bezahlte Partnerschaft mit ...“ und „unübersehbar“ als Werbung erkennbar.

D. Ergebnis

Die R-Posts sind zulässig, weil sie den Erkennbarkeitsanforderungen von § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV genügen. Die T-Posts und L-Posts werden von § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV nicht erfasst.

B. Verstoß gegen § 3 Abs. 3, Nr. 11 Anhang UWG (-)

I. Anwendungsbereich, § 1 Abs. 2 UWG

Die R-Posts fallen als Werbung unter § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV. Ihre Beurteilung bestimmt sich allein nach diesen „besonderen“ Vorschriften. Andere UWG-Tatbestände als der Rechtsbruch sind nach § 1 Abs. 2 UWG nicht anwendbar.

Die T- und die L-Posts sind keine Werbung im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 7 MStV. § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV regelt die rechtliche Beurteilung dieser Posts nicht. Die Anwendung von § 3 Abs. 3, Nr. 11 Anhang UWG ist daher nicht durch vorrangige abschließende Regelungen ausgeschlossen.

II. Geschäftliche Handlung gegenüber Verbrauchern

In Bezug auf die T-Posts liegt keine geschäftliche Handlung der I vor (siehe oben).

In Bezug auf die L-Posts liegt dagegen eine geschäftliche Handlung vor (siehe oben). Sie erfolgt „*gegenüber Verbrauchern*“, wenn sie „unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher“ zusammenhängt“, **Art. 2 lit. d RL 2005/29/EG**. I betreibt Absatzförderung und wendet sich dabei an Verbraucher.

III. Nr. 11 Anhang UWG (-)

Die Vorschrift verlangt den Einsatz „*redaktioneller Inhalte*“, also einen Beitrag, der seiner Gestaltung nach als objektive neutrale Berichterstattung erscheint, BGH vom 6.2.2014 (GOOD NEWS II), GRUR 2014, 879, 882 Rn. 24 mwN. Die Begleittexte der I lassen sich als redaktionelle Inhalte begreifen.

Da die I für die L-Posts keine Gegenleistungen von den Herstellern der angesprochenen Produkte erhält, werden die L-Posts nicht von einem anderen Unternehmer „*finanziert*“.

IV. Ergebnis

Die T-Posts sind zulässig. Sie verstoßen weder gegen spezielle Vorschriften noch unterliegen sie dem UWG.

C. Verstoß der L-Posts gegen § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG (-)

§ 5a Abs. 4 Satz 1 UWG verlangt, dass der „*kommerzielle Zweck einer geschäftlichen Handlung kenntlich*“ gemacht wird. Die Vorschrift ist in Bezug auf die L-Posts nicht aufgrund von § 1 Abs. 2 UWG unanwendbar (siehe oben).

Das Setzen der Links auf den L-Posts ist eine geschäftliche Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens (siehe oben). Nach **§ 5a Abs. 4 Satz 2 UWG** liegt in einer solchen Konstellation kein kommerzieller Zweck vor, wenn der Handelnde keine Gegenleistung von dem fremden Unternehmen bekommt oder sich versprechen lässt. Die L-Posts verstoßen damit nicht gegen § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG.

Der Gesetzgeber unterscheidet hier also zwischen dem Handeln zugunsten des eigenen Unternehmens (bezahlte Posts; Werbung für Produkte, die der Influencer selbst anbietet) und dem Handeln zugunsten eines fremden Unternehmens (keine Gegenleistung für Posts; keine Werbung für eigene Produkte). § 5a Abs. 4 Satz 2 UWG soll den Influencern einen sicheren Rechtsrahmen für ihre Tätigkeit bieten, Regierungsentwurf und Begründung eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes vom 24.3.2021, BT-Drucks. 19/27873, S. 1, 34. Die Vorschrift soll zugleich dem Umstand Rechnung tragen, dass sich Influencer wie viele Medien regelmäßig über Werbeeinnahmen finanzieren und für ihre Auftraggeber besonders attraktiv sind, wenn sie viele Menschen erreichen, Regierungsentwurf und Begründung eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes vom 24.3.2021, BT-Drucks. 19/27873, S. 1, 35.

D. Gesamtergebnis

Sämtliche Posts der I sind zulässig.

Abwandlung:

Die Abwandlung wirft die Frage auf, ob die R-Posts auch ohne den ausdrücklichen Hinweis auf die bezahlte Partnerschaft als Werbung beziehungsweise kommerzielle Kommunikation „klar erkennbar“ sind, § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV. Die Vorschrift gibt nicht vor, wie die Erkennbarkeit herzustellen ist. Damit stellt sich die Frage, ob sich die Erkennbarkeit auch aus den Umständen ergeben kann.

Ob Erkennbarkeit gegeben ist, hängt vom Einzelfall ab. Die Gerichten haben darüber unter Rückgriff auf die wettbewerbsrechtlichen Maßstäbe beurteilt, BGH vom 6.2.2014 (GOOD NEWS II), GRUR 2014, 879, 882 Rn. 24 mwN.

- Nach BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff. Rn. 80 mwN. [zu § 5a Abs. 6 UWG a.F. = § 5a Abs. 4 UWG und vor Inkrafttreten von § 1 Abs. 2 UWG] muss der kommerzielle Zweck aus der Sicht des durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers auf den ersten Blick zweifelsfrei hervortreten. Danach reicht es nicht aus, wenn sich der werbliche Charakter eines Beitrags dem Verbraucher erst erschließt, wenn er ihn bereits zur Kenntnis genommen hat, denn dann ist er der Anlockwirkung bereits erlegen, die das Kennzeichnungsgebot gerade unterbinden soll, und war der Werbebotschaft unvorbereitet ausgesetzt, BGH vom 9.9.2021 (Influencer I), BGHZ 231, 38 ff. Rn. 89. Danach scheidet insbesondere die Möglichkeit aus, die Erkennbarkeit allgemein mit der Überlegung zu bejahen, dass die Nutzer eines Influencer-Accounts den Beiträgen generell einen kommerziellen Charakter zuschreiben.
- LG München vom 29.4.2019 (Cathy Hummels), AfP 2019, 363, 364 f. und OLG München vom 25.6.2020 (Cathy Hummels), AfP 2020, 345, 347 haben noch anders geurteilt haben. Kritisch dazu *Nadi* WRP 2019, 931 ff.; *Wagner* juristPR-ITR 12/2019 Anm. 5. Sie haben angenommen,
 - die I wende sich mit ihren Themen an junge Mütter und berufstätige Frauen. Es könne davon ausgegangen werden, dass Accounts, die mit einem blauen Haken versehen seien, durchweg zur öffentlichen Imagepflege und damit auch aus kommerziellen Erwägungen betrieben würden. Prominente neigten normalerweise dazu, ihre Privatsphäre zu schützen. Wenn sie dagegen Einblicke in ihr vermeintliches Privatleben gäben, dann seien dahinter kommerzielle Interessen zu vermuten, LG München aaO. 365.
 - es müsse auch einem uninformierten Betrachter klar sein, dass es sich bei den 485.000 Followern nicht um wirkliche Freunde der I handle und dass I die Postings nicht nur schalte, um ihre persönlichen Freunde über ihr Tun zu informieren und sich mit auszutauschen. Wenn sich die I nur mit persönlichen Freunden austauschen wollte, dann hätte sie sich für ein nicht öffentlich zugängliches Profil entschieden, LG München aaO. 365.

§ 3: RECHTSGRUNDLAGEN UND RECHTSANWENDUNG

A. Regelungsgefüge des UWG

Das UWG regelt, wann geschäftliche Handlungen sind „unzulässig“ sind. Das ist vor allem der Fall, wenn Handlungen „*unlauter*“ sind, § 3 Abs. 1 UWG.

I. Unlautere geschäftliche Handlungen, §§ 3 – 6 UWG

Die §§ 3 – 6 UWG regeln, in welchen Fällen eine geschäftliche Handlung „*unlauter*“ ist. Diese Vorschriften sind der Kern des materiellen Wettbewerbsrechts. Für ihre Anwendung und ihr Verhältnis zueinander müssen verschiedene dogmatische Ebenen voneinander getrennt werden.

Für die Prüfungsreihenfolge der materiellen Tatbestände gilt der allgemeine Grundsatz, dass die speziellere Norm ist vor der allgemeineren zu prüfen ist. Zum Beispiel § 3 Abs. 3, Nr. 15 Anhang UWG vor § 5 Abs. 2 Nr. 2 UWG vor § 3 Abs. 2 UWG. Häufig ist auch § 3a UWG an vorderer Stelle zu prüfen, weil die Vorschrift darauf hinauslaufen kann, sich mit einer speziellen Regelung außerhalb des UWG auseinanderzusetzen.

Wenn Vorschriften abschließend sind, dann darf dieser Regelungsgehalt nicht durch eine zu weitgehende Auslegung anderer UWG-Regelungen umgangen wird.

1. *Per se unzulässige geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern*, § 3 Abs. 3, Nr. 1 ff. Anhang UWG

Die speziellsten Vorschriften und damit zuerst zu prüfen sind die **§ 3 Abs. 3, Nr. 1 ff. Anhang UWG**. Die Regelungen gehen auf die RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken zurück und beschränken sich daher auf Verbraucherschutzaspekte. Sie regeln im Interesse der Rechtssicherheit besonders krasse Verletzungen von Verbraucherinteressen. Die Bestimmungen betreffen vielfach Selbstverständlichkeiten und sind völlig unübersichtlich. Ihre kasuistische Regelungsstruktur erklärt sich daraus, dass die EU auch Mitgliedstaaten umfasst, deren Rechtsordnungen keine wettbewerbsrechtliche Tradition haben oder in denen gesetzliche Vorschriften nach anderen Methoden ausgelegt werden, als dies im deutschen Recht der Fall ist.

„*Geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern*“ sind solche, die „unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher“ zusammenhängen“, **Art. 2 lit. d RL 2005/29/EG**. Auf Fälle, in denen Verbraucher als Anbieter tätig werden, ist die Vorschrift also nicht anwendbar.

Die in den **Nr. 1 ff. Anhang UWG** geregelten Handlungen sind „*stets*“ unzulässig. Das bedeutet, dass sie allein an den Anforderungen zu messen sind, die in den Nr. 1 ff. Anhang UWG aufgeführt werden. Der Rechtsanwender braucht sich also nicht mit den allgemeinen Anforderungen von § 3 Abs. 1, Abs. 2 UWG auseinanderzusetzen, weil diese bereits vom Gesetzgeber bei der Fassung der Nr. 1 ff. Anhang UWG berücksichtigt wurden.

2. Unlautere geschäftliche Handlungen nach §§ 3 Abs. 1, 3a – 6 UWG

Die **§§ 3 Abs. 1, 3a – 6 UWG** normieren Einzelfälle unlauterer Handlungen („unlauter handelt“, zum Beispiel § 3a UWG), *Regierungsentwurf und Begründung zum UWG* vom 22.8.2003, BT-Drucks. 15/1487, S. 17. Die §§ 3a ff. UWG sind gemeinsam mit § 3 Abs. 1 UWG zu prüfen, so dass sich bestimmte Prüfungspunkte aus § 3 Abs. 1 UWG und bestimmte andere Prüfungspunkte aus den §§ 3a – 6 UWG ergeben. Prüfungen dieser Art machen den ganz überwiegenden Hauptteil des Wettbewerbsrechts aus. Einige der Regelungen gehen auf die RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken zurück.

3. Unlautere geschäftliche Handlungen nach § 3 Abs. 1, Abs. 2 UWG

§ 3 Abs. 2 UWG geht auf die RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken zurück und normiert dem Gesetzeswortlaut nach einen eigenständigen Unzulässigkeitsstatbestand, sozusagen eine verbraucherbezogene Generalklausel. Ob die Vorschrift gegenüber § 3 Abs. 1 UWG tatsächlich einen eigenständigen Anwendungsbereich hat, lässt sich derzeit nicht sicher beurteilen. Konkrete Anwendungsfälle sind jedenfalls bislang nicht ersichtlich. Die Vorschrift bringt aber gesetzliche Wertungen zum Ausdruck und kann damit bei der Auslegung von Normen des UWG als Argumentationshilfe dienen.

- § 3 Abs. 2 UWG erfasst allein geschäftliche Handlungen, die sich „*an Verbraucher richten oder diese erreichen*“. Sie korrespondiert insoweit mit dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 lit.b RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken. Die Anforderung soll der Regelung einen besonders weiten sachlichen Anwendungsbereich sichern und erfasst alle Geschäftspraktiken, „die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängen“, EuGH vom 9.11.2010 (Mediaprint/„Österreich“-Zeitungsv Verlag) – Rs. C-540/08, GRUR 2011, 76, 77 Rn. 21. Nicht darunter fallen beispielsweise der Verrat eines Betriebsgeheimnisses an den Mitbewerber oder Handlungen, die dem Mitbewerber unzulässig den Marktzugang verbauen.
- Eine entsprechende geschäftliche Handlung ist unlauter, wenn sie der „*unternehmerischen Sorgfalt*“ nicht genügt, also die Erfordernisse von **§ 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG** nicht erfüllt.
- Die Unlauterkeit setzt außerdem voraus, dass die Handlung „*geeignet ... [ist], das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen*“. Was darunter zu verstehen ist, bestimmt sich nach **§ 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG**.

4. Unlautere geschäftliche Handlungen nach § 3 Abs. 1 UWG

Nach der Generalklausel **§ 3 Abs. 1 UWG** sind unlautere geschäftliche Handlungen „*unzulässig*“. Die Vorschrift ist zum einen gemeinsam mit den §§ 3a ff. UWG und gemeinsam mit § 3 Abs. 2 UWG anzuwenden, weil nur sie die Unzulässigkeitsfolge normiert.

§ 3 Abs. 1 UWG ist zum anderen ein eigenständiger materiell-rechtlicher Tatbestand. Die Vorschrift hat eigenständige Bedeutung, wenn weder ein Per-se-Verbot, noch ein Einzeltatbestand (§§ 3a – 6 UWG) oder § 3 Abs. 2 UWG

eingreifen. In diesen Fällen kann eine geschäftliche Handlung gleichwohl unlauter und damit unzulässig sein.

Ein möglicher Anwendungsfall sind geschäftsschädigende Äußerungen eines Lieferanten über sein Abnehmerunternehmen. Die Äußerung stammt dann nicht von einem Mitbewerber des Betroffenen, so dass § 4 Nr. 1, Nr. 2 UWG nicht eingreifen. Für Äußerungen über einen sonstigen Marktteilnehmer sehen die §§ 3a ff. UWG keine Regelung vor. Ist die Äußerung eine geschäftliche Handlung, so beurteilt sich die Äußerung allein nach § 3 Abs. 1 UWG.

II. Belästigende geschäftliche Handlungen, § 7 UWG

Das UWG kennt neben der Unlauterkeit noch einen anderen Verbotsmaßstab. Geschäftliche Handlungen können nach § 7 UWG auch unzulässig sein, weil sie einen Marktteilnehmer (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG = Mitbewerber, Verbraucher, sonstiger Marktteilnehmer) „in unzumutbarer Weise belästigen“.

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die unzumutbare Belästigung nach anderen Beurteilungsmaßstäben verlangt als die §§ 3 ff. UWG, *Regierungsentwurf und Begründung zum UWG* vom 20.8.2008, BT-Drucks. 16/10145, S. 28. Das Belästigungsverbot hat einen Sondercharakter, *Beater* WRP 2012, 6 ff. Es erklärt sich nicht aus wettbewerblichen, sondern aus persönlichkeitsrechtlichen beziehungsweise verfassungsrechtlichen Überlegungen. Einzelheiten werden am Ende der Vorlesung behandelt

B. Anwendung der Unlauterkeitstatbestände (§§ 3 – 6 UWG)

I. Unternehmerische Freiheit und Verbotstatbestände

Das Wettbewerbsrecht basiert auf dem Grundsatz der unternehmerischen Freiheit (auch: Gewerbefreiheit). Unternehmerische Tätigkeit ist „frei“. Sie ist erlaubt und erwünscht, um der Allgemeinheit die Vorteile zugutekommen zu lassen, die unternehmerische Initiative und die wohlfahrtsschaffenden Wirkungen der Marktwirtschaft mit sich bringen. Es spricht von Rechts wegen eine prinzipielle Vermutung für die Zulässigkeit geschäftlichen Handelns. Dementsprechend verbietet das UWG geschäftliche Handlungen nur, wenn sie unlauter sind. Das Gesetz fragt bewusst nicht nach der Zulässigkeit beziehungsweise der Lauterkeit von Wettbewerb. Die inhaltliche Fragestellung und Begründungslast liegt darin, Gründe für die Unlauterkeit beziehungsweise das Verbot von geschäftlichen Handlungen zu finden. Jede Anwendung von Normen des UWG schränkt die unternehmerische Wettbewerbsfreiheit ein. Solche Einschränkungen sind nur gerechtfertigt, wenn sie auf einem sachlich akzeptablen Grund beruhen. Gibt es einen solchen Grund nicht, so muss die unternehmerische Tätigkeit frei bleiben, also von Rechts wegen erlaubt sein.

Ein Beispiel ist die irgendwie „anstößige“ Werbung, die einen schockierenden Charakter hat, aber noch nicht die Schwelle eines Verstoßes gegen die Menschenwürde erreicht. Es wäre verfehlt, dem Werbenden die Rechtfertigung für die Zulässigkeit seiner Werbung aufzuerlegen

beziehungsweise danach zu fragen, welchen legitimen Grund es beispielsweise für sexistische Werbung und entsprechende „Auswüchse“ im Wettbewerb gibt. Moralvorstellungen sind wichtig und Reklameaktionen oft widerlich. Es ist aber nicht die Aufgabe von Richtern, über moralische Standards zu befinden und eine justizielle Zensur zu üben. Die Durchsetzung von „richtigen“ Vorstellungen ist keine Angelegenheit des Wettbewerbsrechts, *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rdnr. 2449 ff.

Das Schicksal solcher Werbung kann und muss allein dem Markt überlassen bleiben. Schockierende Werbung schafft sich auf diese Weise in aller Regel von selbst ab. Sie „funktioniert“ nämlich in den meisten Fällen nicht, weil sich die Werbeadressaten angewidert abwenden und im Extremfall das umworbene Produkt sogar bewusst meiden. Die Benetton-Werbung beispielsweise hat dem Unternehmen keinen geschäftlichen Aufwind verschafft und sogar zu Schadensersatzklagen der vertreibenden Einzelhändler geführt, etwa BGH vom 23.7.1997 (Benetton I), BGHZ 136, 295 ff.

II. „Wettbewerbsfunktionale“ Anwendung

Die §§ 3 – 6 UWG verwenden vielfach unbestimmte Rechtsbegriffe. Das sind Tatbestandsvoraussetzungen, mit denen der Gesetzgeber dem Rechtsanwender keine konkreten Vorgaben macht. Als Beispiele sind Ihnen aus dem Zivilrecht etwa „Treu und Glauben“ (§ 242 BGB) oder die „guten Sitten“ (§§ 138 Abs. 1, 817 Abs. 1, 826 BGB) bekannt. Das Wettbewerbsrecht kennt zum Beispiel das „gezielte Behindern“ (§ 4 Nr. 4 UWG), die „unzulässige Beeinflussung“ (§ 4a Abs. 1 Satz 2 UWG), die „irreführende“ Werbung (§ 5 Abs. 1 UWG) und als zentralen Grundbegriff die „Unlauterkeit“, § 3 Abs. 1 UWG.

Das Vorliegen dieser Tatbestandsvoraussetzungen ist unter Rückgriff auf die Funktionsweisen des Wettbewerbs („unverfälschte[r] Wettbewerb“, § 1 Abs. 1 Satz 2 UWG), die Schutzzwecke des Wettbewerbsrechts („Schutz der Mitbewerber, Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer“, § 1 Abs. 1 Satz 1 UWG) und die Teleologie der jeweiligen Vorschrift zu verstehen. Die betroffenen Interessen der Marktteilnehmer müssen wettbewerbsbezogen bestimmt, in ihrem Gewicht bewertet und in ihrem Verhältnis zueinander gewichtet werden, ähnlich *Regierungsentwurf und Begründung zum UWG* vom 22.8.2003, BT-Drucks. 15/1487, S. 17. Das zentrale inhaltliche Kriterium für die Bestimmung, Gewichtung und Bewertung der beteiligten wettbewerbsbezogenen Schutzinteressen ist die Überlegung, wie Wettbewerb funktioniert (= „wettbewerbsfunktionale“ Rechtsanwendung) und wirkt. Wettbewerb beruht auf zwingenden Funktionszusammenhängen und kann ohne bestimmte Handlungsspielräume und -möglichkeiten nicht bestehen. Das Wettbewerbsrecht hat sich sozusagen an der „Natur der Sache“ zu orientieren.

Die Marktwirtschaft basiert zentral auf dem Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage. Der dahinterstehende Mechanismus operiert mit Freiheiten, insbesondere mit der Wettbewerbs- und Angebotsfreiheit des Unternehmers und der Entscheidungs- und Nachfragefreiheit von Verbrauchern und unternehmerischen Abnehmern. Dadurch werden allen Beteiligten spezielle

Funktionen und gleichermaßen Chancen wie Risiken zugewiesen, ohne die der Wettbewerb nicht funktioniert.

- Der Unternehmer muss beispielsweise allein entscheiden können, welche Produkte er anbietet und welche Preise er verlangt, denn er hat die Folgen dieser Entscheidung im Guten wie im Schlechten zu tragen. Ist seine Entscheidung „falsch“, weil sie an den Wünschen der Nachfrager vorbeigeht, so bleibt er auf seiner Ware sitzen und wird durch den Markt bestraft. Ist seine Entscheidung „richtig“, weil sie eine bestehende Nachfrage befriedigt, so wird er vom Markt belohnt.
- Die Abnehmer und Verbraucher wiederum entscheiden, ob ihnen die vom Unternehmer angebotenen Produkte den verlangten Preis wert sind oder ob sie ihr Geld lieber in einer anderen Weise verwenden. Sie müssen in dieser Entscheidung ebenfalls frei sein, weil auch sie mit den Folgen ihrer Wahl zu leben haben. Ist ihre Entscheidung „richtig“, so haben sie ihre Mittel in einer für sie sinnvollen Weise ausgegeben. Ist sie „falsch“, so haben sie ihr Geld vergeudet. Zugleich „urteilen“ die Nachfrager durch ihre Kaufentscheidung wie eine Art Schiedsrichter darüber, welcher Unternehmer geschäftlichen Erfolg hat und welcher nicht.

Aus dem Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit folgen weitere Bewertungskriterien. Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit (= Einordnung einer geschäftlichen Handlung als unlauter) sind nur zulässig, soweit sie von einem rechtfertigenden Grund getragen werden. Wenn zum Beispiel § 3 Abs. 1 UWG zwei verschiedene Lösungen ermöglicht, die unlauteren Wettbewerbspraktiken im gleichen Ausmaß entgegenwirken, dann ist die Lösung vorzugswürdig, die zu geringeren Beschränkungen der wettbewerblichen Freiheiten führt.

Nach der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit darf das Wettbewerbsrecht beispielsweise Werbung nicht als solche verbieten, weil sie die Gefahr des Missbrauchs mit sich bringt, sondern muss sich grundsätzlich auf die Bekämpfung des Missbrauchs beschränken, EuGH vom 28.1.1999 (Unilever) – Rs. C-77/97, Slg. 1999 I, S. 431 ff. Rn. 33, 35. Ähnlich BGH vom 7.11.2002 (Klosterbrauerei), GRUR 2003, 628, 630.

§ 6 Abs. 2 Nr. 4, Nr. 5 UWG sind ein gesetzliches Beispiel. Danach ist vergleichende Werbung nicht mehr per se verboten, weil sie allgemein die Gefahr der Ausbeutung und Herabsetzung mit sich bringt. Verboten ist vielmehr nur solche vergleichende Werbung, die auch tatsächlich mit solchen Effekten verbunden ist.

III. Schutzzwecke, Mischtatbestände

Die Schutzinteressen der Mitbewerber, Verbraucher ergeben sich aus ihrer jeweiligen funktionalen Stellung im Wettbewerb. Richtet sich beispielsweise eine Werbung an Privatpersonen, so wird sie an den Maßstäben des Verbraucherschutzes gemessen. Wendet sie sich dagegen an Unternehmer, so berührt sie die Interessen dieser Unternehmer (= sonstige Marktteilnehmer). Die Unterscheidung zwischen den beiden Schutzzwecken ist erforderlich, weil die Interessen sowie das Geschäfts- und Entscheidungsverhalten von Verbrauchern und Unternehmern unterschiedlich sind.

Die einzelnen Schutzzwecke sind nach § 1 Abs. 1 UWG grundsätzlich gleichberechtigt, *Regierungsentwurf und Begründung zum UWG* vom 22.8.2003, BT-Drucks. 15/1487 S. 16. Da sie unterschiedliche Inhalte haben, kann es aber sein, dass zum Beispiel die Schutzinteressen der Mitbewerber für ein Verbot und Schutzinteressen der Verbraucher für die Zulässigkeit einer geschäftlichen Handlung sprechen. Dann muss entschieden werden, welches Schutzinteresse in der betreffenden Konstellation gewichtiger ist.

Ein Beispiel für eine gelungene Abwägung ist BGH vom 17.5.2001 (Mitwohnzentrale.de), BGHZ 148, 1 ff. Die Entscheidung wird im Rahmen der Vorlesung später besprochen.

Die Schutzzwecke treten zum Beispiel bei der vergleichenden Werbung (§ 6 UWG) miteinander in Konkurrenz. Solche Werbung war nach der Rechtsprechung von RG und BGH früher grundsätzlich verboten, RG vom 6.10.1931 (Hellegold), GRUR 1931, 1299 ff.

Diese Judikatur nahm Rücksicht auf das berechnigte Interesse der Mitbewerber, vor unsachlichen, unwarhen oder sonst wie rufschädigenden Vergleichen geschützt zu werden. Sie schoss aber zugleich darüber hinaus. Sie sicherte die Mitbewerber nämlich auch vor zutreffenden Vergleichen und damit in Schutzinteressen, deren Berechnigung äußerst zweifelhaft ist. Wieso das Anliegen von Mitbewerbern, zutreffende Vergleichsaussagen zum Beispiel über die Qualität oder den Preis von Waren zu verhindern, rechtliche Anerkennung finden soll, war ein Geheimnis, das die frühere Judikatur niemals gelüftet hat.

Die Informationsinteressen der Werbeadressaten (Verbraucher und unternehmerische Nachfrager = sonstige Marktteilnehmer) gebieten dagegen, solche Werbung zuzulassen, da es um die vielleicht wichtigsten Werbeangaben überhaupt geht. Abnehmer müssen sich in aller Regel zwischen konkurrierenden Angeboten entscheiden und sind daher besonders an vergleichenden Angaben interessiert. Außerdem kann die vergleichende Werbung Informationen bieten, die den Abnehmern sonst nicht zugänglich wären. Die Berechnigung solcher Verbraucherinteressen ist letztlich der Grund, warum es zu einer, durch das europäische Recht mitveranlassten Umkehr im deutschen Recht gekommen ist, siehe BGH vom 5.2.1998 (Testpreis-Angebot), BGHZ 138, 55 ff.

§ 6 UWG zieht daraus die Konsequenz, vergleichende Werbung im Informationsinteresse der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer als solche zuzulassen, ihre Zulässigkeit im Interesse betroffener Mitbewerber aber zu verneinen, wenn sie deren Ruf beeinträchtigt (§ 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG) oder herabsetzend ist, § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG.

IV. Irrelevante Aspekte, Einzelfragen

1. Anstandsgefühl

Das „Anstandsgefühl“ ist kein tauglicher Maßstab für die Beurteilung, ob geschäftliche Handlungen zulässig sind oder nicht. Die Unlauterkeit im Sinne

von § 3 Abs. 1 UWG ist ein Rechtsbegriff. Ihr Inhalt hängt von rechtlichen Kriterien ab und wird durch die Gerichte bestimmt.

Die Vorbildfunktion des § 826 BGB führte dazu, dass die Rechtsprechung zum Bürgerlichen Recht auf das UWG übertragen wurde. Das Reichsgericht hatte bereits 1901 die guten Sitten im Sinne des Deliktsrechts mit der bekannten Formel von „dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ definiert und für Wettbewerbs Sachverhalte auf „die Anschauung des ehrbaren Kaufmannes im Handelsverkehr“ abgestellt, RG vom 11.4.1901 (Dampfschiffsgesellschaft), RGZ 48, 124 f.

Man hat angebliche „sittliche“ Maßstäbe lange Zeit für maßgeblich gehalten. Der Begriff der guten Sitten in § 1 UWG 1909 war eine Kunstformel, die Richterrecht auf Grundentscheidungen des Gesetzgebers zurückzuführen scheint. Die ursprüngliche Standardformel vom „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ war zwar inhaltlich nicht durchweg falsch, lockt letztlich aber auf Irrwege.

§ 3 Abs. 1 UWG ist kein Verweis auf die Sozialmoral, zumal diese rechtlichen Anforderungen entgegenlaufen kann. Zum Beispiel können die verfassungsrechtlichen Garantien Minderheiten sichern und sie unter Umständen gerade vor der „herrschenden Volksanschauung“ schützen. Urteile von Wettbewerbsgerichten, die in der NS-Zeit der Diskriminierung von jüdischen Geschäftsleuten mit der Überlegung Vorschub leisteten, das Publikum habe ein Bedürfnis daran, „über die jüdische Rassenzugehörigkeit eines im geschäftlichen Wettbewerb Auftretenden aufgeklärt zu werden“, RG vom 4.2.1939 (Dachpappenfabrik II), GRUR 1939, 652, 654, wären heute an Art. 3 Abs. 3 GG zu messen und nicht mehr möglich.

2. Subjektive Anforderungen

Ob eine geschäftliche Handlung „unlauter“ oder zum Beispiel „gezielt“ (§ 4 Nr. 4 UWG) ist, hängt nicht davon ab, ob der Unternehmer aus speziellen subjektiven Motiven gehandelt hat. Das UWG hat nicht zur Aufgabe, ein Urteil über die moralische Qualität oder über die Strafwürdigkeit des handelnden Unternehmers oder seiner Tat zu fällen. Das Wettbewerbsrecht ist kein Gesinnungsrecht, das die Gutmenschen und Bösewichte unter den Unternehmern voneinander unterscheiden soll. Ist eine geschäftliche Handlung als solche nicht zu beanstanden, so kann es für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung nicht darauf ankommen, auf welcher Motivation sie beruht, BGH vom 11.1.2007 (Außendienstmitarbeiter), BGHZ 171, 73, 80 f. Rn. 21 ff. Es spielt keine Rolle, ob der Unternehmer beispielsweise bewusst, hartnäckig und planmäßig oder mit dem Willen handelt, einen Konkurrenten zu vernichten (zum Teil str.).

- Das Freiheitsinteresse des Unternehmers gebietet, nicht für Zufall und höhere Gewalt beziehungsweise solche Umstände zu haften, von denen er in keiner Weise wissen oder die er nicht vorhersehen konnte. Der Unternehmer kann daher grundsätzlich nur haften, wenn er die Umstände, die sein Handeln objektiv wettbewerbswidrig machen, entweder kennt oder sich dieser Kenntnis bewusst entzieht, BGH vom 23.5.1991 (Kastanienmuster), GRUR 1991, 914, 917 (heutige h.M. sieht das anders). Letzteres ist nach der früheren Rechtsprechung bereits anzunehmen, wenn er starken Verdachtsmomenten nicht nachgegangen ist. Ein Verhalten, dessen

objektive Wettbewerbswidrigkeit dem handelnden Unternehmer nicht erkennbar ist, kann jedoch in aller Regel jedenfalls für die Zukunft unterbunden werden. Der Unternehmer wird nämlich spätestens mit Erhalt der Abmahnung von den Umständen erfahren, die sein Handeln unzulässig machen. Er handelt daher wettbewerbswidrig, falls er sein Verhalten ab diesem Zeitpunkt unverändert fortsetzt.

- Die Erfordernis „gezielten“ Behinderens in **§ 4 Nr. 4 UWG** umschreibt nach der hier vertretenen Ansicht ansonsten keine subjektive Anforderungen (zum Teil str.). Jedes Unternehmen muss sein Handeln wettbewerbsstrategisch ausrichten können. Dies schließt zwingend die Variante einer bewusst gegen den Mitbewerber gerichteten Angriffspolitik mit ein. Geschäftliches Verhalten kann nicht dadurch wettbewerbswidrig sein, dass es auf einem Plan, auf bewusster Vorgehensweise oder auf Absicht basiert. Umgekehrt müssen die Mitbewerber und der Wettbewerb grundsätzlich auch vor Beeinträchtigungen geschützt werden können, die der handelnde Unternehmer nicht beabsichtigt oder bezweckt hat.

Subjektive Anforderungen können sich aber aus der Art des Anspruchs ergeben, der gegen den Unternehmer geltend gemacht wird. Wettbewerbliche Abwehransprüche sind verschuldensunabhängig, während Schadensersatzansprüche grundsätzlich Verschulden erfordern.

3. Verhaltenskodizes, Selbstregulierungen

Verhaltenskodizes haben keine normative Bindung. Dabei handelt es sich Vereinbarungen oder Vorschriften von Verbänden oder Vereinigungen, die das Verhalten von Unternehmen regeln (**§ 2 Abs. 1 Nr. 10 UWG**), zum Beispiel um Selbstregulierungen oder DIN-Normen. Der BGH lehnt es zu Recht ab, aus dem Verstoß gegen solche Regelungen auf die Unlauterkeit zu schließen, zum Beispiel BGH vom 8.11.1990 (Wettbewerbsrichtlinie der Privatwirtschaft), GRUR 1991, 462 f. Solche Richtlinien können in den Augen der Gerichte jedoch als ein Indiz dafür herangezogen werden, welches Wettbewerbsverhalten nach der Auffassung der beteiligten Verkehrskreise als unlauter anzusehen ist, BGH vom 7.2.2006 (Probeabonnement), GRUR 2006, 773 ff.; BGH vom 9.9.2010 (FSA-Kodex), GRUR 2011, 431, 432 Rn. 13 ff.

Das Wettbewerbsrecht muss gegenüber solchen Regelungen sehr zurückhaltend sein. Private Vereinigungen können den Gerichten nicht sagen, was Recht ist. Es kann der Wirtschaft nicht freistehen, selbst die Regeln zu definieren, an denen sie rechtlich gemessen wird. Solche Regeln bieten grundsätzlich keine Gewähr dafür, dass sie die wettbewerbslichen Interessen sachgerecht berücksichtigen. Es gibt bei Interessenverbänden, Unternehmensinstitutionen und sonstigen Einrichtungen stets eine Tendenz zur Bevorzugung der eigenen Interessen.

Der Verstoß gegen Selbstverwaltungsregeln fällt ebenso nicht unter **§ 3a UWG**, weil sie keine „gesetzliche Vorschriften“ im Sinne dieser Vorschrift sind, BGH vom 9.9.2010 (FSA-Kodex), GRUR 2011, 431, 432 Rn. 11. Die Irreführung über die Einhaltung von Verhaltenskodizes oder ihre Billigung durch öffentliche Stellen kann aber nach **§ 5 Abs. 2 Nr. 6 UWG, Nr. 1, Nr. 3 Anhang UWG** irreführend sein.

4. Lehre vom Leistungswettbewerb

Nach der Lehre vom Leistungswettbewerb möchte einen materiellen Maßstab dafür bieten, wann geschäftliche Handlungen wettbewerbswidrig sind. Danach soll im geschäftlichen Wettbewerb nur derjenige zum Ziel kommen, der am besten für die Menschheit wirke, also die beste Leistung gebe. Leistungswettbewerb sei die natürliche Form des Wettbewerbs. Er schädige Konkurrenten nicht als Mittel, sondern nur als notwendige Folge des Nebeneinanderbestehens mehrerer Gewerbebetriebe. Davon wird der Behinderungswettbewerb unterschieden. Dieser dagegen umfasse geschäftliche Handlungen, die den Mitbewerber behindern, um erst dadurch freie Bahn für den eigenen Absatz zu schaffen. Solches Verhalten sei unzulässig, wenn es den freien Wettbewerb übermäßig beeinträchtige.

Die Lehre vom Leistungswettbewerb ist abzulehnen. § 1 UWG, der die Schutzzwecke des UWG definiert, führt den „Leistungswettbewerb“ nicht an. In der Sache ermöglicht diese Lehre aus sich selbst heraus keine Lösungen, sondern muss erst ihrerseits mit Inhalt gefüllt werden. Das Kernproblem, wie Leistungswettbewerb von unzulässigem Wettbewerbsverhalten getrennt werden kann, beantwortet sie nicht. Sie läuft Gefahr, die Verteilungsfunktion des Wettbewerbs auszuschalten. Durch die Einordnung von geschäftlichen Verhalten als Leistung oder Nichtleistung entscheiden nämlich die Juristen und nicht mehr das Zusammenspiel von Angebot und Nachfragen darüber, welche Handlungsweisen und Produkte sich im Markt durchsetzen.

Die Lehre ist in der wettbewerbsrechtlichen Judikatur des BGH mehr oder weniger überwunden, siehe im Schrifttum aber *Götting/Hetmank* in: *Götting/Kaiser, Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht*, 2. Auflage 2016, § 1 Rn. 20 ff. Einzelne frühere Entscheidungen des BVerfG haben sich allerdings auf den Leistungswettbewerb berufen, zum Beispiel BVerfG vom 7.11.2002 (*Juve-Handbuch*), NJW 2003, 277, 278. Das war problematisch, weil das BVerfG damit die zivilgerichtliche Judikatur und die wettbewerbsrechtliche Fachdiskussion unzutreffend wiedergab. Die einschlägigen Urteile betrafen allerdings das UWG 1909, nicht das UWG 2004. Sie werden deshalb hier nicht weiter thematisiert. Wer mehr lesen möchte: *Beater*, *Unlauterer Wettbewerb*, 2011, Rdnr. 766 ff., 838 ff.

C. EU-Recht, Grundrechte

I. Richtlinien der EU

Das Wettbewerbsrecht ist inzwischen stark vom EU-Recht bestimmt, insbesondere von Richtlinien. Diese Richtlinien sind vor allem relevant, wenn es um UWG-Normen geht, die Verbraucherinteressen schützen.

- Die europäischen Regelungen werden vom europäischen Normgeber durch vorangestellte „Erwägungen“ (= Erw.) begründet, **Art. 296 Satz 2 AEUV**. Diese Erwägungen sollen die wesentlichen Züge der Regelungen begründen und können daher insbesondere Aufschluss über ihren Sinn und Zweck (= teleologische Auslegung) geben.

- Die Regelungen enthalten typischerweise zahlreiche Legaldefinitionen. Die § 2 Abs. 1 Nr. 1 ff. UWG setzen vielfach solche Vorgaben in das deutsche Recht um.

1. Richtlinienkonforme Auslegung

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind die nationalen Gerichte verpflichtet, das zur Durchführung einer Richtlinie erlassene Gesetz „im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie“ auszulegen, zum Beispiel EuGH vom 14.7.1994 (Faccini Dori) – Rs. C-91/92, Slg. 1994 I, S. 3325 ff. Rn. 26.

Beispielsweise ist der Begriff der Werbung im Sinne von **§ 6 Abs. 1 UWG** in Art. 2 lit. a RL 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung definiert. Der BGH greift auf diese Definition zurück, BGH vom 6.12.2007 (Imitationswerbung), GRUR 2008, 628, 630 Rn. 18.

Vorschriften des UWG können einen gespaltenen Charakter haben. **§ 4a Abs. 1 Satz 1 UWG** schützt sowohl Verbraucher als auch sonstige Marktteilnehmer vor aggressiven geschäftlichen Handlungen. Die Vorschrift basiert, soweit sie Verbraucher schützt, auf den Artt. 8, 9 RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken. Sie ist also unter Rückgriff auf diese RL und die einschlägige Rechtsprechung des EuGH anzuwenden. Soweit sie dagegen sonstige Marktteilnehmer sichert, gibt es keine europäischen Vorgaben mit der Folge, dass allein die Maßstäbe des deutschen Rechts gelten.

Die richtlinienkonforme Auslegung ist unter anderem Gegenstand der früheren Examensklausur Der Internet-Werbeblocker. Die Vorlesung Äußerungsrecht behandelt einzelne weitere Aspekte.

2. Regelungsgehalt der Richtlinien

Die Richtlinien unterscheiden sich in ihrem Regelungsgehalt mit der Folge, dass auch ihre Bedeutung für die Anwendung der UWG-Normen unterschiedlich ist. Wenn eine Richtlinie abschließende Regelungen trifft, dann soll sie die Rechte der Mitgliedstaaten in vollem Umfang aneinander angleichen und erlaubt keine nationalen Abweichungen. Die nationalen Rechte müssen inhaltlich exakt mit der Richtlinie übereinstimmen, dürfen also weder strengere noch mildere Maßstäbe vorsehen.

Für das Wettbewerbsrecht ist vor allem die **RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken** (= Beck WettbR Nr. 9) zu nennen. Sie hat große praktische Bedeutung, weil sie sämtliche Verbrauchertatbestände betrifft (§§ 3 Abs. 2 – 4; 4a; 5; 5a, 5b, 9 Abs. 2 UWG, Nr. 1 ff. Anhang UWG). Sie ist zugleich eine abschließende Regelung, weil sie eine vollständige Harmonisierung erreichen soll, Erw. 5 f. RL 2005/29/EG; EuGH vom 23.4.2009 (VTB-VAB und Galatea) – Rs. C-261/07, C-299/07, Slg. 2009, I-2949 Rn. 51 f. = GRUR 2009, 599 ff. Ihre inhaltlichen Vorgaben sind daher für das deutsche Recht verbindlich.

Die weiteren für das UWG relevanten Richtlinien haben einen unterschiedlichen Charakter

- Die **RL 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung** (= Beck WettbR Nr. 6) ist abschließend, soweit sie die

vergleichende Werbung regelt, Art. 8 Abs. 1 Satz 2 RL 2006/114/EG. **§ 6 UWG**, die deutsche Umsetzungsnorm, ist folglich in exakter Übereinstimmung mit der RL und der einschlägigen Judikatur des EuGH anzuwenden.

Die RL dient darüber hinaus auch zum Schutz der Mitbewerber vor irreführender Werbung, Art. 1 RL 2006/114/EG. Sie hat daher – theoretische – Bedeutung, wenn sich Werbung an sonstige Marktteilnehmer wendet und diese möglicherweise irreführt. Die RL 2005/29/EG greift dann mangels Verbraucherbeteiligung nicht ein. Die RL 2006/114/EG hat insoweit aber keinen abschließenden Charakter, sondern legt nur Mindeststandards fest. Sie erlaubt also mitgliedstaatliche Vorschriften, die einen weiterreichenden Schutz vorsehen, Art. 8 Abs. 1 Satz 1 RL 2006/114/EG.

Die Regelung zur irreführenden Werbung geht auf die RL 84/450/EWG zurück. Deren Effekt auf das deutsche Recht war gleich null, weil sie sich auf eine Harmonisierung auf unterstem Level beschränkte und dem deutschen Recht „strengere“ Regelungen erlaubte.

- Die **RL 2016/943/EU über Geschäftsgeheimnisse** verfolgt ebenfalls unterschiedliche Harmonisierungskonzepte. Sie ist in manchen Teilen abschließend (Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2016/93/EU) und sieht ansonsten Mindeststandards vor. Die RL ist 2019 durch das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG = Beck WettbR Nr. 19) umgesetzt worden und hat die Materie nunmehr außerhalb des UWG geregelt. Die früheren §§ 17 ff. UWG wurden gestrichen.

Soweit Vorschriften des UWG auf abschließenden europarechtlichen Richtlinien basieren, sind sie vor den sonstigen Bestimmungen des UWG zu prüfen. So wird sichergestellt, dass die Vorgaben der Richtlinie nicht dadurch umgangen werden, dass sonstige und scheinbar nicht umsetzungsrelevante Vorschriften in einer Weise ausgelegt werden, die dem Regelungsanliegen der Richtlinie widerspricht.

Die § 6 Abs. 2 Nr. 4, Nr. 5 UWG müssen vor § 4 Nr. 1 UWG untersucht werden. Greifen die Vorschriften ein, so schließen sie eine Anwendung von § 4 Nr. 1 UWG aus, BGH vom 24.1.2019 (Das beste Netz), GRUR 2019, 631, 636 Rn. 55.

II. Grundrechte

Die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften hat die grundrechtlichen Wertungen zu beachten. Das BVerfG versteht seit der berühmten Lüth-Entscheidung die Grundrechte nicht allein als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, sondern zugleich als eine objektive Wertordnung, die „für alle Bereiche des Rechts“ gilt, BVerfG vom 15.1.1958 (Lüth), BVerfGE 7, 198, 205. Die grundrechtlichen Wertungen sind auch im Zivilrecht bei der Auslegung gesetzlicher Anforderungen und der Ausfüllung von Generalklauseln zu beachten, BVerfG vom 26.6.1990 (Zwangsdemokrat), BVerfGE 82, 272, 280 (st. Rechtsprechung). Im Wettbewerbsrecht stellt sich diese Notwendigkeit hauptsächlich im Zusammenhang mit Äußerungen und der Meinungs- und Pressefreiheit.

Der Hauptanwendungsfall ist die Ausfüllung des Begriffs der geschäftlichen Handlung, § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG (siehe oben). Hier führen namentlich

Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 GG dazu, dass das UWG auf Äußerungen von und in Medien meist gar nicht anwendbar ist. Mediale Äußerungen sind dann allein an dem – äußerungsfreundlicheren – deliktsrechtlichen Anforderungen des Rechts am Unternehmen zu messen.

Es gibt aber auch Fälle, in denen eine geschäftliche Handlung bejaht wird und die Drittwirkung dann bei der Anwendung sonstiger UWG-Normen zum Tragen kommt. Siehe BGH vom 1.10.2009 (Gib mal Zeitung), GRUR 2010, 161 ff. zu § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG; LG vom 29.4.2019 (Cathy Hummels), AfP 2019, 363 ff. zu § 5a Abs. 4 UWG. Die Thematik und die genannten Entscheidungen werden an späterer Stelle behandelt.

Soweit Vorschriften europäische Richtlinien in das deutsche Recht umsetzen, ist bei ihrer Anwendung außerdem zwischen den deutschen und den europäischen Grundrechten zu unterscheiden. Nach BVerfG vom 6.11.2019 (Recht auf Vergessen I), NJW 2020, 300 ff. kommt es auf den Regelungsgehalt der jeweiligen Richtlinie an.

Auf die **Art. 1 ff. GG** ist abzustellen, wenn die Richtlinie nicht abschließend, sondern lediglich teilharmonisierend ist. Der europäische Normgeber zielt in diesen Fällen nicht auf eine Einheitlichkeit des Grundrechtsschutzes ab. Er räumt den Mitgliedstaaten vielmehr Gestaltungsspielräume ein und lässt damit Grundrechtsvielfalt zu, BVerfG vom 6.11.2019 (Recht auf Vergessen I), NJW 2020, 300, 302 Rn. 49, 50 ff. mit weiteren Unterscheidungen, die hier beiseite gelassen werden.

Auf die **Art. 1 ff. GR-Charta** ist abzustellen, wenn die Richtlinie vollharmonisierend beziehungsweise abschließend ist, also auf die europaweite Einheitlichkeit des Grundrechtsschutzes zielt, BVerfG vom 6.11.2019 (Recht auf Vergessen I), NJW 2020, 300, 302 Rn. 49.

Fall: Das Lakritzprodukt

H produziert und handelt mit Fruchtgummi und Lakritzartikeln. Zu seinem Sortiment gehört unter anderem „COLOR-RADO“, das neben Lakritz (55%) auch Weingummi und sonstige Zuckerwaren enthält. H inseriert in der Zeitschrift „SG Süßwarenhandel“, die sich ausschließlich an den Süßigkeitenfachhandel richtet. In der Anzeige wirbt er unter anderem mit der Angabe, dass die Umsatz- und Verkaufszahlen seiner Produkte und namentlich von COLOR-RADO in den letzten Jahren überdurchschnittlich gewachsen sind und die vergleichbaren Umsatz- und Verkaufszahlen aller Lakritzprodukte des Anbieters K übertreffen. K hält die Reklame für unzulässig. Sie sei irreführend, weil sie den unrichtigen Eindruck erwecke, COLOR-RADO sei ein Lakritzprodukt. Außerdem handele es sich um eine unzulässige vergleichende Werbung.

Ist die Werbung des H unzulässig?

Hinweis: BGH vom 7.12.2006 (Umsatzzuwachs), GRUR 2007, 605 ff.

Lösung:**A. §§ 3 Abs. 1, 6 Abs. 2 UWG (-)**

§ 6 Abs. 2 UWG konkretisiert für Werbevergleiche das Erfordernis „unlauter“. Sie ergänzt § 3 Abs. 1 UWG und ist damit auch an das Erfordernis der geschäftlichen Handlung gebunden.

I. Geschäftliche Handlung, § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG (+)

Die Werbung des H ist eine geschäftliche Handlung. H wirbt, um den Absatz seiner Süßware COLOR-RADO zugunsten des eigenen Unternehmens zu fördern.

II. Vergleichende Werbung, § 6 Abs. 1 UWG (+)

Es handelt sich um „Werbung“, Art. 2 lit. a RL 2006/114/EG.

K ist ein „Mitbewerber“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG) von H, weil beide gleichartige Waren (nicht erforderlich: identische Waren) anbieten und sich an dieselben Käufer wenden.

Die Werbung macht K auch „erkennbar“, indem sie ihn direkt nennt. Sie hat auch einen „Vergleichscharakter“, weil sie die Produkte von H und K in Bezug auf die Umsatzzahlen miteinander vergleicht.

III. Verbot nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 UWG (-)

Die Vorschrift greift nicht ein. COLOR-RADO und die Lakritzprodukte des K sind Waren „für den gleichen Bedarf“ („naschen“, ebenso müssen die betreffenden Waren „gekauft“ werden).

IV. Verbot nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG (-)

H vergleicht in seiner Werbung die „Umsatz- und Verkaufszahlen“ von COLOR-RADO mit denen der Lakritzprodukte von K.

1. Eigenschaft (+)

Die Umsatz- und Verkaufszahlen müssten „Eigenschaften“ der miteinander verglichenen Süßigkeiten sein. Der Eigenschaftsbegriff ist weit zu verstehen. So werden die vergleichende Werbung in einem weiten Umfang ermöglicht und die Informationsmöglichkeiten der Werbeadressaten gesteigert. Eine „Eigenschaft“ können alle Aspekte sein, die einen Bezug zum Produkt haben und bei der Entscheidung über einen möglichen Erwerb

wichtig sein können, BGH vom 5.2.2004 (Genealogie der Düfte), BGHZ 158, 26, 33 f.

2. Wesentlich, relevant, typisch (+)

Die Umsatz- und Verkaufszahlen müssten als Eigenschaften unter anderem „*wesentlich, relevant und typisch*“ sein. Der Werbende soll keinen verzerrten Gesamteindruck erwecken können, indem er unmaßgebliche Aspekte heranzieht. Zugleich will der Gesetzgeber den Mitbewerbern eine vergleichende Werbung des Konkurrenten nur zumuten, wenn der Vergleich Dinge betrifft, die für die Werbeadressaten „wichtig“ sind.

Für die Beurteilung der einzelnen Anforderungen sind ein produktbezogener Maßstab maßgebend sowie das Entscheidungsverhalten und die Informations- und Geschäftsinteressen des angesprochenen Adressatenkreises, BGH vom 5.2.2004 (Genealogie der Düfte), BGHZ 158, 26, 33; BGH vom 30.9.2004 (Stresstest), GRUR 2005, 172, 174.

- Die Werbung richtet sich nicht an das „allgemeine Publikum“ (= Verbraucher), sondern an Facheinkäufer und Fachverkäufer beziehungsweise allgemein an Händler (= sonstige Marktteilnehmer). Dies ergibt sich zum einen daraus, dass die Anzeige in einer Zeitschrift erscheint, die nur von Händlern und nicht von Privatpersonen (= Verbrauchern) gelesen wird. Zum anderen bezieht sich die Werbung mit den Umsatzsteigerungszahlen auf Größen, die für den unternehmerischen Weiterverkäufer hochgradig interessant sind (er will Waren, die von seinen Kunden verlangt und gekauft werden) und die zugleich für Verbraucher völlig nebensächlich sind.
- Im Streitfall kommt es daher auf die Interessen der angesprochenen Händler (= sonstige Marktteilnehmer) an. Für die Entscheidung der Fachhändler über den Erwerb von COLOR-RADO ist es nützlich, die Umsatzzahlen und Umsatzzuwächse zu kennen. Sie können daraus Schlussfolgerungen für ihr zukünftiges Bestellverhalten ziehen, weil die Umsatzzuwächse eines Produkts in der Vergangenheit Schlüsse über die Marktgängigkeit der Waren und deren zukünftigen Absatz zulassen, BGH vom 7.12.2006 (Umsatzzuwachs), GRUR 2007, 605, 606 Rn. 30 mwN. Die Händler sind nicht daran interessiert zu erfahren, ob COLORADO gut schmeckt oder gesund ist, sondern sie wollen wissen, ob sie mit COLOARO gute Geschäfte machen können.
- *Würde sich die Werbung an Verbraucher wenden, so müsste man bezweifeln, dass die Werbeangaben wesentlich und relevant sind. Verbraucher interessieren sich für die tatsächlichen Eigenschaften von COLORADO (Geschmack, Kalorien, Zuckergehalt, Aussehen, Allergie- und gesundheitliche Verträglichkeit etc.). Die Weiterverkaufbarkeit ist für sie unerheblich, weil sie das Produkt „endverbrauchen“, also selber essen oder verschenken wollen.*

3. Nachprüfbar (+)

„*Nachprüfbar*“ meint die Nachprüfbarkeit der Aussage über die Eigenschaft und nicht unbedingt die Nachprüfbarkeit der Eigenschaft selbst. Die Anforderung soll eine Überprüfbarkeit des Werbevergleichs auf seine sachliche Berechtigung hin ermöglichen, BGH vom 30.9.2004 (Stresstest), GRUR 2005, 172, 175. Sie verlangt, dass die Werbeaussage zumindest einen Tatsachenkern enthält, der einer Überprüfung zugänglich ist, BGH vom 5.2.2004 (Genealogie der Düfte), BGHZ 158, 26, 34 mwN.

Die Angaben über die Umsatz- und Verkaufszahlen von COLOR-RADO und ihr Verhältnis zu den Ergebnissen von K haben einen Tatsachencharakter und sind nachprüfbar.

V. § 6 Abs. 2 Nr. 3 – 6 UWG (-)

Der Sachverhalt liefert keine Anhaltspunkte dafür, dass H mit seiner Werbung gegen die § 6 Abs. 2 Nr. 3 – 6 UWG verstoßen hat.

B. §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 UWG (-)**I. Geschäftliche Handlung des H, § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG (+)**

Siehe oben.

II. Angabe (+)

Die Werbung H enthält eine „*Angabe*“ im Sinne von **§ 5 Abs. 2 UWG**, denn sie ist eine Mitteilung, die einen objektiv nachprüfbaren Tatsachenkern enthält. **§ 5 Abs. 4 Alt. 1 UWG** stellt darüber hinaus klar, dass auch Angaben im Rahmen vergleichender Werbung am Irreführungsverbot zu messen sind. § 6 Abs. 2 UWG ist insoweit also nicht abschließend.

III. Täuschungseignung

Die Angabe wäre „zur *Täuschung geeignet*“, wenn sie durch den Bezug zu den Lakritzprodukten des K die Vorstellung hervorruft, COLOR-RADO sei ebenfalls ein reines Lakritzprodukt. Sie wäre dann eine unwahre Angabe über die „*Zusammensetzung*“ (**§ 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG**) der beworbenen Ware, weil COLOR-RADO kein reines Lakritzprodukt ist.

Welchen Inhalt eine Angabe hat, ist durch Auslegung zu ermitteln. Der Maßstab für diese Auslegung bestimmt sich danach, wie der Personenkreis, an den sich die Werbung richtet, die Angabe versteht, BGH vom 7.12.2006 (Umsatzzuwachs), GRUR 2007, 605, 606 Rn. 15 mwN.

Die Werbung richtet sich an Händler (sonstige Marktteilnehmer) und nicht an Verbraucher (siehe oben). Für die Auslegung ist daher maßgeblich, wie ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Fachhändler die Werbung versteht, BGH vom 7.12.2006 (Umsatzzuwachs), GRUR 2007, 605, 606 Rn. 18 mwN.

Die angesprochenen Händler sehen in der Werbung keine Angabe, dass es sich bei COLOR-RADO um ein reines Lakritzprodukt handelt. Ihnen ist das erfolgreiche Produkt COLOR-RADO bekannt. Sie wissen, dass es sich um ein Mischprodukt handelt, das nicht ausschließlich aus Lakritzstücken besteht. Der Bezug zu den Lakritzprodukten führt die Händler nicht irre.

Die Angabe hat folglich nicht zum Inhalt, dass COLOR-RADO ausschließlich aus Lakritzstücken besteht. Die Angabe ist daher nicht geeignet, die Abnehmer über die Zusammensetzung eines Produkts zu täuschen beziehungsweise ihnen den unzutreffenden Eindruck zu vermitteln, COLOR-RADO sei ein reines Lakritzprodukt.

Fall: Legehennenhaltung

(zur Ergänzung, in der Vorlesung nicht behandelt)

Eierfabrikant E betreibt seine Legehennenhaltung in rücksichtsloser Profitmaximierung. Unter anderem steht den Hennen lediglich die durch die deutsche Hennenhaltungsverordnung vorgesehene absolute Mindestbodenfläche von 450 cm² zur Verfügung. Nach Ansicht von Tierschützern werden die Tiere durch die beengte Haltung aufs Äußerste gequält. Sie führen ferner an, dass 80 bis 90% der Bevölkerung eine solche Form der Massentierhaltung ablehnen. E verweist demgegenüber auf eine Vorschrift des europäischen Rechts, die sogar noch geringere Bodenflächen pro Henne zulässt. Ist das Handeln des E nach Vorschriften des UWG unzulässig?

Hinweis: BGH vom 6.7.1995 (Legehennenhaltung), BGHZ 130, 182 ff.; EuGH vom 19.10.1995 (Hönig) – Rs. C-128/94, Slg. 1995 I, S. 3389 ff.; *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rdnr. 996 ff.

Lösung:

Der Fall dient dazu, die einzelnen Vorschriften ergänzend zu illustrieren. Er eignet sich nicht als Klausur und wird auch nicht strikt klausurtechnisch gelöst. Die kursiv geschriebenen Ausführungen sind ergänzende Erläuterungen, die nicht zur eigentlichen Falllösung gehören. Sie drücken Vorüberlegungen aus, die in die endgültige Klausurniederschrift nicht aufgenommen werden. BGH vom 6.7.1995 (Legehennenhaltung), BGHZ 130, 182 ff. hat die Anwendung von § 1 UWG a.F. (Vorläufer des heutigen § 3 Abs. 1 UWG) abgelehnt.

A. Per-se-Verbote, § 3 Abs. 3, Nr. 1 ff. Anhang UWG (-)

§ 3 Abs. 3, Nr. 1 ff. Anhang UWG sind – wenn sie ernsthaft in Betracht kommen – stets als erstes zu prüfen. Es handelt sich um die speziellsten Vorschriften, die den Gerichten nur sehr geringe Spiel- und Wertungsräume lassen. Die einschlägigen Handlungen sind „stets“ unzulässig, ohne dass es noch auf eine Prüfung ankommt, ob sie die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmer spürbar beeinträchtigen können.

I. Geschäftliche Handlung, § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG (+)

§ 3 Abs. 3 UWG setzt zunächst eine „geschäftliche Handlung“ des E voraus. Was darunter zu verstehen ist, definiert § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG.

1. Halten und Quälen der Legehennen (-)

Ein „Verhalten“ des E liegt zunächst darin, dass er Hennen hält und quält. Dieses Verhalten dient zur Förderung des eigenen Unternehmens. Es handelt sich aber um einen betriebsinternen Vorgang, der mangels Außenwirkung noch keinen Bezug zum Markt hat.

Verhalten ist wettbewerbsrechtlich erst relevant, wenn es in der Außenwelt in Erscheinung tritt und sich auf Marktbeteiligte auswirken kann, BGH vom 25.9.1970 (Branchenverzeichnis), GRUR 1971, 119 mwN. Rein innerbetriebliche Unternehmensvorgänge sind grundsätzlich keine geschäftliche Handlung, RG vom 27.11.1910, RGSt 44, 152, 153 f. Die bloße Eignung interner Geschehnisse, zukünftig auf den Wettbewerb einzuwirken, reicht nicht aus.

2. Anbieten der Eier zum Kauf (+)

E handelt „profitmaximierend“, bietet also die Eier anderen zum Kauf an, um mit den Eiern Geld zu verdienen. Er handelt damit zugunsten seines eigenen Unternehmens und dieses Handeln hängt objektiv damit zusammen, dass E seine Waren absetzen will.

II. Gegenüber Verbrauchern (+)

E müsste weiterhin „*gegenüber Verbrauchern*“ handeln. Wer Verbraucher ist, regeln die **§§ 13 BGB, 2 Abs. 2 UWG**. Danach ist der private Abnehmer Verbraucher. Soweit E also seine Eier direkt an Privatpersonen vertreibt, handelt er gegenüber Verbrauchern. Soweit der E die Eier dagegen an Zwischenhändler (= Unternehmer, § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG) liefert, ist sein Handeln nicht an § 3 Abs. 3 UWG zu messen.

Private Abnehmer (= Verbraucher) und unternehmerische Abnehmer (= sonstige Marktteilnehmer) werden vom UWG unterschiedlich behandelt, weil insoweit unterschiedliche Schutzzwecke betroffen sind, siehe §§ 1 Satz 1, 3 Abs. 1 UWG.

Geschäftliches Handeln gegenüber sonstigen Marktteilnehmern beziehungsweise gegenüber unternehmerischen Abnehmern ist allein an den §§ 3 Abs. 1, 3a ff. UWG zu messen.

III. Nr. 1 ff. Anhang UWG (-)

Die **Nr. 1 – 23c Anhang UWG** betreffen „*Angaben*“ und sonstige geschäftliche Handlungen, die „*unwahr*“ sind oder den Verbraucher irgendwie irreführen. Die Preisgestaltung und unternehmerische Produktionsmethoden betreffen sie nicht.

Die **Nr. 24 – 31 Anhang UWG** betreffen „*aggressive Geschäftspraktiken*“, die den Verbraucher unzulässig unter Druck setzen. Auch sie greifen im Streitfall nicht ein.

B. Irreführen (-)

I. §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 UWG (-)

Eine Irreführung setzt voraus, dass E Angaben macht, die „*unwahr*“ sind oder „*zur Täuschung geeignet*“ sind, § 5 Abs. 2 UWG. Darum geht es im Streitfall nicht. Es ist in keiner Weise ersichtlich, dass E gegenüber Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer irgendwelche Angaben, geschweige denn falsche Angaben über seine Produktionsmethoden gemacht hat.

II. §§ 3 Abs. 1, 5a Abs. 1 UWG (-)

Es ist nicht ersicht, dass E den Verbrauchern wesentliche Informationen vorenthält.

C. §§ 3 Abs. 1, 4a Abs. 1 Satz 1 UWG (-)

§ 4a Abs. 1 Satz 1 UWG ist ein wichtiger Grundtatbestand, der das Interesse der „*Marktgegenseite*“ (Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer beziehungsweise unternehmerische Lieferanten und unternehmerische Abnehmer) daran sichert, die Entscheidung über den Abschluss eines Geschäfts frei zu treffen, ohne einem unzulässigen Druck ausgesetzt zu sein.

E übt keinen Druck (§ 4a Abs. 1 Satz 3 UWG) oder einen sonstigen unzulässigen Einfluss auf die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer aus. Die Vorschrift sichert allein die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher/sonstigen Marktteilnehmer. Dem E wird aber nur vorgeworfen, die Hühner zu quälen und ihre Eier zu verkaufen. Er mag unzulässig produzieren, aber es ist nicht ersichtlich, dass er Verbraucher in deren geschäftlichen Entscheidungsmöglichkeiten beeinträchtigt. Kurz: E quält die Hühner, nicht die Verbraucher.

D. Behindern, §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG (-)

§ 4 Nr. 4 UWG ist ein wichtiger Grund- und Auffangtatbestand für die Interessen von Mitbewerbern.

Das Anbieten zu niedrigeren Preisen ist kein „*gezieltes Behindern der Mitbewerber*“. Es ist geradezu erwünscht, dass ein Unternehmer seine Mitbewerber unter Druck setzt, indem er niedrigere Preise verlangt. (Wird später in der Vorlesung noch ausgeführt).

E. Rechtsbruch, §§ 3 Abs. 1, 3a UWG (-)

Ein Rechtsbruch scheidet aus, weil es an einem „*Zuwiderhandeln*“ fehlt. E hat die betreffenden gesetzlichen Normen gerade nicht verletzt, sondern eingehalten.

F. § 3 Abs. 1, Abs. 2 UWG (-)

Soweit E Eier an private Endabnehmer verkauft, richtet sich seine geschäftliche Handlung an Verbraucher (siehe oben). Es ist – da eine Irreführung nicht in Betracht kommt (siehe oben) – aber nicht ersichtlich, dass die Handlung geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen, § 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG.

G. § 3 Abs. 1 UWG (-)

§ 3 Abs. 1 UWG kann als Generalklausel sämtliche geschäftliche Handlungen erfassen. Die Vorschrift ist als letztes zu prüfen, weil sie den Gerichten besonders weite Spiel- und Wertungsräume verschafft.

Unlauterkeit ist zu bejahen, wenn die geschäftliche Handlung die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern beeinträchtigen kann.

I. Produktionsfreiheit des Unternehmers

Am Anfang steht die Klärung, welches geschäftliche Interesse des Unternehmers durch die Anwendung der Generalklausel betroffen sein würde.

E hat ein unternehmerisches Interesse, so produzieren zu können, wie er es selbst für am wirtschaftlichsten beziehungsweise für erfolgversprechend hält.

Wäre es aber nicht sinnvoll, von ihm eine „ökologische“ Produktionsweise zu verlangen? Nein. Der Unternehmer muss allein entscheiden können, welche Produkte er anbietet und wie er sie herstellt, denn er hat die Folgen dieser Entscheidung im Guten wie im Schlechten zu tragen. Ist seine Entscheidung „falsch“, weil sie an den Wünschen der Nachfrager vorbeigeht, so bleibt er auf seiner Ware sitzen und wird durch den Markt bestraft. Ist seine Entscheidung „richtig“, weil sie eine bestehende Nachfrage befriedigt, so wird er vom Markt belohnt. Für den Erfolg im Geschäftsleben soll allein entscheidend sein, ob der Unternehmer Nachfragebedürfnisse besser befriedigen kann als seine Mitbewerber.

II. Mitbewerberinteressen (-)

Interessen von Mitbewerbern sind nicht berührt. Der E hat nicht in einer Weise gehandelt, die seinen Mitbewerbern nicht möglich gewesen wäre. Er hat sie weder unzulässig unter Druck gesetzt, noch ihnen den Zugang zu Kunden versperrt oder Konkurrenten herabgesetzt oder angeschwärzt.

Die Mitbewerber haben auch alle Möglichkeiten, auf die geschäftliche Handlung des E zu „antworten“. Sie können ebenfalls Eier in Legefabriken produzieren und versuchen, den Verbrauchern besonders preisgünstige Eier anzubieten. Sie können die Eier aber auch irgendwie „aufwändiger“ oder nach irgendwelchen ökologischen oder ethischen Standards produzieren und dem E über die Produktqualität Konkurrenz machen.

III. Interessen unternehmerischer Abnehmer/von Verbrauchern (-)

Haben die Abnehmer oder Verbraucher ein „Recht“ darauf, dass der Unternehmer nur Produkte beziehungsweise Eier zum Beispiel einer bestimmten Güte oder Produktionsweise anbietet? Ein solches „Recht“ würde den Abnehmern und Verbrauchern Auswahlmöglichkeiten und damit Vorteile nehmen, die ihnen durch den Wettbewerb gerade eröffnet werden sollen.

IV. Sonstige Interessen (-)

1. Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden (-)

Die früher h.M. zu § 1 UWG 1909 stellte darauf ab, ob die betreffende Handlung gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ verstieß. Zieht man derartige Kriterien heran, so lässt sich annehmen, dass E unlauter handelt.

Solche Kriterien waren im Rahmen von § 1 UWG 1909, der auf die „guten Sitten“ abstellte, über lange Zeit herrschende Praxis. Sie sind auch heute noch nicht komplett überwunden. Den von § 3 Abs. 1 UWG verlangten Abwägungsanforderungen genügt eine derartige Betrachtung nicht. Die Vorschrift stellt allein auf wettbewerbsbezogene Aspekte ab.

2. Allgemeinheitsinteressen, Tierschutz (-)

Es ist umstritten, ob das UWG auch „Allgemeinheitsinteressen“ erfasst, die über die Interessen von Marktbeteiligten hinausgehen, zum Beispiel den Tierschutz.

§ 1 Abs. 1 Satz 2 UWG beschränkt den Schutz von Allgemeinheitsinteressen durch das UWG auf das „*Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb*“. Andere Allgemeinheitsinteressen (Tierschutz, Umweltschutz, Jugendschutz, Gesundheitsschutz etc.) nennt der Gesetzeswortlaut nicht.

Solche Allgemeinheitsinteressen sind im Rahmen des UWG aus Gründen der Gewaltenteilung unbeachtlich. Die Festlegung und die Begründung, welche Interessen die Allgemeinheit denn hat und welches Gewicht ihnen gegenüber den Interessen von Unternehmern, Verbrauchern und Mitbewerbern zukommt, ist eine Aufgabe des Gesetzgebers. Es überschreitet die Kompetenzen der Wettbewerbsgerichte, wenn sie etwa arbeits-, umwelt-, tier-, gesundheits- oder jugendschutzrechtliche Standards entwickeln und diese Standards in die Anwendung des UWG mit einfließen lassen sollten. Gerichte dürfen keine politisch motivierten Akzente setzen, selbst wenn die betreffenden Ziele noch so billigenswert sein mögen. Das Wettbewerbsrecht erlaubt keine richterliche Wirtschaftsgestaltung oder Geschmackszensur.

V. Sonstiges

Es ist ferner zu beachten, dass sich E an die in der deutschen Rechtsverordnung und in der europäischen Regelung aufgestellten Voraussetzungen hält. Deutscher wie europäischer Normgeber erachten eine unternehmerische Entscheidung für derartige Produktionsmethoden also ausdrücklich für legitim.

- Der Unternehmer muss sich auf gewisse Mindeststandards verlassen können. Dies gilt umso mehr, als die entsprechende Vorschrift des europäischen Rechts gerade dazu dient, einheitliche Wettbewerbsbedingungen festzulegen.
- Es kann nicht Aufgabe des Richters sein, solche Vorgaben des Normgebers unter Rückgriff auf die Blankettformel der Unlauterkeit, also allein aus eigener Kompetenz, beiseite zu fegen.

H. Unzumutbares Belästigen, § 7 Abs. 1 UWG (-)

Es liegt auch keine Belästigung anderer Marktteilnehmer vor.

J. Gesamtergebnis

Das Handeln des E ist nach den Vorschriften des UWG nicht zu beanstanden.

II. TEIL: VERBRAUCHER

§ 4: GRUNDLAGEN

A. Verbraucherbegriff

„*Verbraucher*“ ist jede natürliche Person, die Waren oder Dienstleistungen zu einem Zweck nachfragt oder anbietet, der keiner gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, §§ 13 BGB, 2 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG; Art. 2 lit. a RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken. Der Gegenbegriff zum Verbraucher ist der „*Unternehmer*“, § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG. Die beiden Kategorien schließen sich gegenseitig aus.

Die angeführte Definition weicht in Teilen von den Formulierungen des **§ 13 BGB** ab. Sie erklärt und rechtfertigt sich daraus, dass § 13 BGB Fragen des Bürgerlichen Rechts regelt und für das Wettbewerbsrecht nur „*entsprechend*“ gilt, **§ 2 Abs. 2 UWG**. Bürgerliches Recht und Wettbewerbsrecht verfolgen unterschiedliche Ziele. Kriterien, wie zum Beispiel der „*Abschluss eines Rechtsgeschäfts*“, passen für das allgemeine Zivilrecht, aber nicht für das UWG. Das UWG zielt nicht auf das Beurteilen von Rechtsgeschäften und Verträgen, sondern auf einen „*unverfälschten Wettbewerb*“, § 1 Satz 2 UWG. Die Voraussetzungen von § 13 BGB müssen daher für das Wettbewerbsrecht modifiziert werden.

Im Vordergrund des Verbraucherbegriffs und -verhaltens steht die private Nachfrage nach Produkten auf dem Markt. Die Termini „verbrauchen“ und „konsumieren“ bringen dies sprachlich auf den Punkt. Der Wettbewerb dient zur Versorgung des Einzelnen. Die zentrale Bedeutung der Verbraucher für den Wettbewerb liegt in ihrer Schiedsrichterfunktion, die sie durch ihre Kaufentscheidungen ausüben.

Die auf Verbraucher bezogenen Vorschriften des UWG können auch eingreifen, wenn das private Anbieten von Produkten infrage steht. Solche Fälle sind selten, weil sie eine etwas untypische Interessenlage betreffen. Üblicherweise sind Private primär an dem Erwerb von Produkten interessiert. Dies kann freilich auch einmal anders sein, etwa wenn ein Antiquitätenhändler bei Privatpersonen anruft, um sie zum Verkauf von alten Möbeln zu veranlassen, Köhler in: Köhler/Feddersen, 43. Auflage 2025, § 2 UWG Rn. 12.13; ähnlich BGH vom 17.7.2008 (Faxanfrage im Autohandel), GRUR 2008, 923, 924 Rn. 12 (zu § 7 UWG).

B. Verbraucherleitbild

Wenn das Recht die Interessen von Verbrauchern wahren will, dann muss es entscheiden, mit welchen Vorgängen Verbraucher in eigener Verantwortung umgehen können und von welchen Vorgängen sie überfordert werden. Das ist schwierig, weil die Verbraucherschaft sich aus Individuen mit höchst unterschiedlichen Fähigkeit zusammensetzt. Das Wettbewerbsrecht muss insbesondere festlegen, welchen intellektuellen Verständnishorizont (wichtig im Zusammenhang mit irreführender Werbung, §§ 5, 5a UWG) und welche Widerstandsfähigkeit (wichtig im Zusammenhang mit aggressiven Handlungen, § 4a UWG) es für maßgeblich hält.

Das UWG stellt für die Definition und Bewertung der Verbraucherinteressen auf die Fähigkeiten des „*durchschnittlichen Verbraucher[s]*“ ab, **§ 3 Abs. 4 Satz 1 UWG**. Die Festlegung geht auf die RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken zurück. Sie nimmt „den Durchschnittsverbraucher, der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist, unter Berücksichtigung sozialer, kultureller und sprachlicher Faktoren in der Auslegung des Gerichtshofs zum Maßstab“, Erw. 18 RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken.

Das Leitbild vom durchschnittlichen Verbraucher ist eine abstrakte Umschreibung, vor welchen Beeinflussungen der Verbraucher geschützt werden muss und mit welchen Gefahren er eigenverantwortlich umzugehen hat. Es umreißt mit anderen Worten einen normativen Maßstab, der für das Verständnis, den Inhalt und die Folgerichtigkeit verbraucherschützender Regeln maßgeblich ist. Das Verbraucherleitbild ist dadurch ein wichtiges Hilfsmittel für die Abwägung der wettbewerbslichen Interessen. Es drängt das Wettbewerbsrecht zu einheitlichen Maßstäben und Aussagen darüber, in welchem Maße Verbraucher schutzwürdig sind. Auf diese Weise kann das Wettbewerbsrecht zu homogenen Ergebnissen finden.

Der Terminus „*durchschnittlich*“ und der unionsrechtliche Hintergrund der Regelung machen deutlich, dass die rechtliche Beurteilung eine gewisse Eigenverantwortlichkeit der Verbraucher in Rechnung stellen muss und die Konsumenten nicht von sämtlichen geschäftlichen Risiken entlasten darf. Ein – dem früheren deutschen Recht häufig attestierter – Maßstab, der den Verbrauchern ausschließlich „Sonderschulniveau“ zuspricht und auf den Horizont eines „absolut unmündigen, fast schon pathologisch dummen und fahrlässig unaufmerksamen Durchschnittsverbrauchers“ abstellt, ist mit dem Leitbild vom durchschnittlichen Verbraucher nicht vereinbar.

Das Leitbild des durchschnittlichen Verbrauchers hat nicht zur Folge, dass solche Verbraucher, „deren Eigenschaften sie für unlautere Geschäftspraktiken besonders anfällig machen“ (Erw. 18 RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken), in keiner Weise vor ihrer geschäftlichen Unerfahrenheit gesichert werden. Das Wettbewerbsrecht trägt den Interessen dieser Konsumenten vielmehr in **§ 3 Abs. 4 Satz 2 UWG** Rechnung. Die Vorschrift betrifft den Fall, dass sich eine geschäftliche Handlung allein an eine Gruppe von Verbrauchern wendet, die „*besonders schutzbedürftig*“ sind. Ist dies dem Unternehmer erkennbar, so kommt es für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung auf die Fähigkeiten und die Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds dieser

Gruppe an. Eine besondere Schutzbedürftigkeit von Verbrauchern kann sich namentlich aufgrund von Sprachunkundigkeit, Analphabetismus, geistiger oder körperlicher Gebrechen und des Alters ergeben, aber auch aufgrund von Leichtgläubigkeit, mangelnder Bildung oder geschäftlicher Erfahrung.

C. Interesse der Verbraucher an Wettbewerb

Das Wettbewerbsrecht dient zum Schutz der „*wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher*“, Artt. 169 Abs. 1 AEUV, 1 RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken. Ein zentrales Element dieser Interessen ist das Interesse der Verbraucher an dem Bestehen von Wettbewerb. Er verlangt die Zulässigkeit aller geschäftlichen Handlungen, die den Verbrauchern Auswahl- oder Informationsmöglichkeiten eröffnen. Den Konsumenten müssen die Vorteile und Möglichkeiten gesichert werden, die der Wettbewerb für sie bringt. Wettbewerb gewährleistet insbesondere die „bestmögliche Versorgung der Verbraucher“, Entwurf und Begründung zum GWB vom 22.1.1955, BT-Drucks. II/1158, S. 21.

Ein funktionierender Wettbewerb eröffnet den Konsumenten Auswahl- und Entscheidungsmöglichkeiten, die ihnen nutzen und ohne die eine Marktwirtschaft nicht sachgerecht funktionieren kann. Wettbewerb zwingt die Unternehmen, im eigenen Interesse stets darüber nachzudenken, wie sie die Wünsche von Nachfragern/Verbrauchern besser erfüllen können als in der Vergangenheit, zum Beispiel indem sie ihre Produkte preisgünstiger oder in höherer Qualität anbieten oder indem sie neue Produkte entwickeln, nach denen es eine bisher nicht befriedigte Nachfrage gibt (zum Beispiel einen Impfstoff gegen das Coronavirus). Das verschafft den Verbrauchern Autonomie und ist für sie vorteilhaft. Sie können zum einen besser darüber entscheiden, wofür sie ihr – stets zu knappes – Geld ausgeben. Zum anderen beeinflussen sie durch ihre Kaufentscheidungen, welche Produkte angeboten werden.

Ein Beispiel ist die bereits vorgestellte Legehennen-Entscheidung, BGH vom 6.7.1995 (Legehennenhaltung), BGHZ 130, 182 ff. Das Verbot, Hühnereier in sogenannten Legebatterien zu produzieren, würde den Konsumenten Wahlmöglichkeiten und die Option nehmen, Eier zu erwerben, die zu besonders niedrigen Preisen angeboten werden. Es ist nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts, bestimmte Produktionsmethoden zu ächten.

Die Zünftewirtschaft und staatliche Planwirtschaften kennen diesen Mechanismus nicht und gehen damit an den wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher vorbei. Sie schreiben den Unternehmen vor, was und wie sie produzieren und anbieten sollen. Das Warenangebot richtet sich nicht an den Wünschen der Verbraucher aus, sondern daran, was das die Zunft oder das Planungsgremium für angemessen hält.

Das Verbraucherinteresse an Bestehen von Wettbewerb kann als Verbotsgegend dazu führen, dass Praktiken, die allein aus dem Blickwinkel von Mitbewerberinteressen untersagt werden müssten, im Interesse der Verbraucher doch als zulässig anzusehen sind.

D. Schiedsrichterfunktion der Verbraucher

Wettbewerb ist ein Prozess zwischen Mitbewerbern, die durch ihre Angebote um die Kaufkraft der Abnehmer (= Verbraucher und unternehmerische Abnehmer/sonstige Marktteilnehmer) wetteifern. Die Abnehmer wiederum haben zu entscheiden, welches Angebot sie wahrnehmen. Sie befinden durch ihre Kaufentscheidung darüber, welches Angebot sich durchsetzt und welches nicht. Der Verbraucher beziehungsweise die Abnehmer üben damit eine Schiedsrichterrolle aus, deren korrektes Funktionieren ein unverzichtbares Element des Wettbewerbsprinzips ist. Der Schutz der Schiedsrichterfunktion ist Gegenstand der §§ 5, 6 der Vorlesung.

Das Wettbewerbsrecht muss Handlungen untersagen, die Abnehmer beziehungsweise Verbraucher unzulässig in deren Entscheidung stören. Störungen der Verbraucherentscheidung hebeln die beschriebene Schiedsrichterfunktion aus und stellen damit den Mechanismus wettbewerbskonformer Auswahl in Zweifel. Es droht, dass sich nicht der von den Verbrauchern „an sich“ bevorzugte, sondern der Anbieter durchsetzt, der die Verbraucher am erfolgreichsten unzulässig „beeinflusst“. Das Wettbewerbsrecht kann solche Praktiken aus drei Gesichtspunkten heraus untersagen.

- Die Verbraucher und unternehmerischen Werbeadressaten selbst müssen vor Schädigungen durch unzulässige Geschäftsweisen geschützt werden. Sie laufen Gefahr, durch die unzulässige Beeinflussung zu „nachteiligen Entscheidungen beim Erwerb von Waren“ zu gelangen, Erw. RL 84/450/EWG über irreführende Werbung. Das UWG kennt daher mehrere Normen zum Schutz der geschäftlichen Entscheidungen von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern (§§ 4a, 5, 5a UWG). **§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG** definiert dazu, was eine „*geschäftliche Entscheidung*“ eines Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers ist.
- Es ist ebenso dem korrekt handelnden Unternehmer nicht zuzumuten, deshalb Kunden zu verlieren, weil der Mitbewerber unzulässige Methoden anwendet und ihm auf diese Weise Kunden wegfängt.
- Wenn die Schiedsrichterfunktion beziehungsweise die Entscheidungen der Verbraucher unzulässig gestört werden, dann ist auch das „*Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb*“ beeinträchtigt, § 1 Abs. 1 Satz 2 UWG.

Die Schiedsrichterfunktion der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer führt dazu, dass das Wettbewerbsrecht zwei Dinge schützen muss:

Die Entscheidungsgrundlage. Dieser Schutzaspekt betrifft vor allem die Frage nach der Zulässigkeit von Werbung. Nur wenn der Verbraucher richtig informiert ist, wird er vor nachteiligen Entscheidungen beim Erwerb von Waren geschützt. Ebenso kann der Verbraucher auch nur durch Entscheidungen auf richtiger Entscheidungsgrundlage seiner Schiedsrichterfunktion im Wettbewerb gerecht werden. Für das Wettbewerbsrecht stellt sich deshalb insbesondere die Aufgabe, den Verbraucher vor unrichtigen Angaben zu sichern.

Besonders praxisrelevante Ausprägungen dieses Schutzes sind das Verbot irreführender Werbung (§§ 5, 5a UWG) und unzutreffender vergleichender Werbung, § 6 UWG. Ferner normieren die Nr. 1 ff. Anhang UWG zahlreiche Per-se-Verbote.

Den Entscheidungsprozess. Der Schutz des Entscheidungsprozesses betrifft Zwang, Nötigung und gewaltsame Beeinflussung beziehungsweise „*agressive geschäftliche Handlungen*“, § 4a UWG. Ein funktionierender Wettbewerb setzt nicht nur voraus, dass Abnehmer und Verbraucher ihre Kaufentscheidung auf richtiger Grundlage treffen, sondern auch, dass sie die Entscheidung in einer korrekten Weise treffen können. Es nutzt nichts, wenn der Unternehmer den Verbraucher, nachdem er ihn perfekt über alle Vorzüge und Nachteile informiert hat, ein Messer an den Hals halten dürfte, um ihn nunmehr zum Geschäftsabschluss zu motivieren.

§ 5: SCHUTZ DER ENTSCHEIDUNGSGRUNDLAGE

A. Allgemeines

Der Schutz der Entscheidungsgrundlage hat eine überragende praktische Bedeutung und bildet das Zentrum des wettbewerbsrechtlichen Verbraucherschutzes. Wenn Verbraucher richtig informiert sind, werden sie – im Rahmen ihrer Eigenverantwortlichkeit – vor nachteiligen Entscheidungen beim Erwerb von Waren geschützt. Nur wenn Verbraucher ihre „geschäftliche Entscheidung“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) korrekt treffen, können die Schiedsrichterfunktion und damit der Wettbewerb funktionieren. Die mit Abstand wichtigsten Vorschriften zum Schutz der Entscheidungsgrundlage sind das Verbot der Irreführung (§§ 5, 5a, 5b UWG) und der unzulässigen vergleichenden Werbung, § 6 UWG.

I. Unternehmerische Werbefreiheit

Da Erfolg oder Misserfolg von Werbung vornehmlich auf den werbenden Unternehmer zurückschlagen, muss er in der Wahl seiner Werbestrategie frei sein. Es muss grundsätzlich der Entscheidung des Unternehmers überlassen bleiben, ob, in welcher Weise und mit welchen Angaben er wirbt. Die Werbefreiheit ist bei der Ausgestaltung des Irreführungsschutzes zu bedenken und steht sowohl Werbeverboten als auch der Statuierung von Werbe- oder Informationspflichten des Unternehmers grundsätzlich entgegen.

II. Entscheidungsverhalten der Verbraucher

Ein zentraler Aspekt für den Schutz der Entscheidungsgrundlage ist die Frage, vor welchen „unrichtigen“ Informationen die Verbraucher überhaupt geschützt werden müssen.

§ 3 Abs. 4 Satz 1 UWG verweist dazu allgemein auf die Fähigkeit des „*durchschnittlichen Verbrauchers*“, ohne dass damit jedoch gesagt wird, was unter diesen Fähigkeiten zu verstehen ist. Ebenso kommt es für den Informationsbedarf von Verbraucher beispielsweise auf die „*jeweiligen Umstände*“ und auf die Beschränkungen durch die „*für die geschäftliche Handlung gewählten Kommunikationsmittel*“ an, § 5a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 UWG.

Konkrete Aussagen darüber, ob, in welchem Umfang und in welchen Konstellationen die Verbraucher eines rechtlichen Schutzes bedürfen und wie dieser Schutz ausgestaltet sein muss, lassen sich aus dem Informations- und Kaufverhalten der Verbraucher ableiten. Das Verbraucherverhalten kann sehr unterschiedlich sein und hängt mit einer Vielzahl von Faktoren zusammen, die sich mit dem bislang praktizierten juristischen Verbraucherbegriff schwerlich einfangen lassen.

1. Elemente des Entscheidungsverhaltens

Das Entscheidungsverhalten zerfällt in unterschiedliche Elemente. In Bezug auf Werbung ist zunächst maßgeblich, ob der Verbraucher eine Werbung beziehungsweise Information überhaupt registriert, was insbesondere von der Gestaltung der Werbung und der Motivation („Involvement“) des Umworbenen abhängt. Neutrale, also rein sachlich gehaltene Botschaften haben dabei den geringsten Aufmerksamkeits- und Erinnerungswert, während Werbung, die positive Emotionen anspricht, am besten wahrgenommen und behalten wird.

Eng damit hängt zusammen, ob der Verbraucher die Information auch inhaltlich richtig aufnimmt.

Schließlich ist danach zu fragen, wie die gegebene Werbeinformation verarbeitet wird beziehungsweise welchen Einfluss sie auf die Kaufentscheidung des Verbrauchers hat. Dabei gilt es als gesichert, dass Konsumenten, die aus einem großen Angebot von Produktinformationen beliebig wählen können, zur Produktbeurteilung nur einen relativ kleinen Teil der angebotenen Informationen nutzen und bevorzugt Schlüsselinformationen wie den Markennamen oder Testurteile heranziehen.

2. Typen von Kaufentscheidungen

Hinsichtlich des Auswahlprozesses werden in der Verhaltenswissenschaft unterschiedliche Typen von Kaufentscheidungsprozessen unterschieden. Sie stellen das häufig bevorzugte Leitbild des menschlichen Verhaltens als einen Informationen aufnehmenden, verarbeitenden und speichernden rationalen Vorgang durchaus in Frage. Es wird sogar in Betracht gezogen, dass ein Zuviel an Informationen und zu anspruchsvolle Informationsverarbeitungsprogramme die Entscheidungsleistung des Konsumenten konfus, weniger genau und ineffizient machen.

Bei der intensiven Kaufentscheidung wägt der Konsument gründlich ab, geht weitgehend rational vor und verschafft sich eingehend Klarheit über seine Ziele und die diversen Kaufalternativen. Ein derartiges Kaufverhalten ist insbesondere dann zu finden, wenn der Konsument mit dem Kauf „Neuland“ betritt, zum Beispiel ein unbekanntes Produkt erwirbt, eine Entscheidung von großer persönlicher Bedeutung treffen oder sich erst noch darüber klar werden muss, wozu, aus welchen Gründen und auf welcher Qualitätsstufe er etwas erwerben will.

Bei der limitierten Kaufentscheidung verfügt der Verbraucher bereits über Käuferfahrung, ohne jedoch bereits eine Präferenz für eine bestimmte Marke ausgebildet zu haben. Da er weiß, wonach er sucht und auf welche Kriterien es ihm ankommt, kann er die Auswahlprozedur beenden, sobald ein Produkt seinen Ansprüchen genügt. Die Kaufentscheidung wird weitgehend rational und frei von emotionalen und reaktiv-impulsiven Einflüssen getroffen.

Andere Entscheidungsprozesse sind dagegen dadurch gekennzeichnet, dass ihnen letztlich kein sachliches Abwägen von Vor- und Nachteilen einzelner Kaufalternativen zugrunde liegt. Bei der habitualisierten Kaufentscheidung ist die Produktwahl zur Gewohnheit geworden. Der klassische Fall ist, dass der Konsument aufgrund eigener Gebrauchserfahrungen stets die gleiche Marke beziehungsweise das gleiche Produkt kauft. Markentreue tritt ver-

stärkt auf bei älteren Personen, bei Käufern mit geringem sozialen Status sowie bei Entscheidungen mit hohem Kaufrisiko und bei Gütern mit Prestigewert. Das Gros aller Kaufentscheidungen ist habitualisiert oder limitiert.

Die impulsive Kaufentscheidung wird im verhaltenswissenschaftlichen Schrifttum „oft genannt und wenig untersucht“. Sie ist emotional geladen und eine spontane, nur einer geringen rationalen Steuerung unterliegende Kaufreaktion.

3. Produktspezifisches Informationsverhalten

Das ökonomische Schrifttum beschreibt weiterhin Zusammenhänge zwischen der Intensität des Informationsverhaltens der Verbraucher und dem zu erwerbenden Produkt, knüpft also das Informationsverhalten an produktspezifische Besonderheiten. Dazu hat sich eine Unterscheidung zwischen Erfahrungsgütern, Suchgütern und Vertrauensgütern durchgesetzt.

Erfahrungsgüter sind häufig gekaufte und billige Produkte, etwa Alltagsartikel wie Papiertaschentücher, TV-Programmzeitschriften oder Grundnahrungsmittel. Der Verbraucher informiert sich vor dem Erwerb nicht aufwendig über solche Produkte, sondern probiert sie einfach aus. Seine zukünftige Kaufentscheidung trifft er nach den Erfahrungen, die er mit dem in der Vergangenheit erworbenen Produkt gemacht hat.

Suchgüter dagegen sind selten gekaufte und teure Produkte, über deren Erwerb der Verbraucher eingehend nachdenkt und sich informiert.

Vertrauensgüter schließlich sind solche Produkte, bei deren Einschätzung der Verbraucher in besonderer Weise auf die Angaben des Verkäufers vertrauen muss, weil er die Qualität der Produkte auch nach dem Kauf letztlich nicht sicher oder nur mit unververtretbarem Aufwand oder in nicht akzeptabler Form überprüfen kann. Mögliche Beispiele wären etwa die Umweltverträglichkeit von Waschmaschinen oder die Allergieunbedenklichkeit von Baumaterialien.

B. Per-se-Verbote

Die § 3 Abs. 3 UWG, Nr. 1 – 23c Anhang UWG regeln, welche geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern „*stets unzulässige Irreführungen*“ sind. Erfüllt eine geschäftliche Handlung die in den Nr. 1 ff. Anhang UWG genannten Voraussetzungen, so ist sie unzulässig, ohne dass darüber hinaus noch weitere Voraussetzungen zu prüfen sind. Der Rechtsanwender braucht sich also nicht mit den allgemeinen Anforderungen von § 3 Abs. 1, Abs. 2 UWG auseinanderzusetzen, weil diese bereits vom Gesetzgeber bei der Fassung der Nr. 1 ff. Anhang UWG berücksichtigt wurden. Es ist insbesondere nicht im Einzelfall zu untersuchen, ob die betreffende Handlung geeignet ist, die Interessen des Verbrauchers „spürbar zu beeinträchtigen und ihn damit zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte“.

Die Regelungen des Anhangs sind restriktiv anzuwenden und nicht analogiefähig. Daraus, dass die Anforderungen einer Nr. des Anhangs nur knapp

verfehlt werden, darf nicht schematisch darauf geschlossen werden, dass die betreffende Handlung jedenfalls aufgrund anderer Normen des UWG unzulässig ist. Fälle, die von den Nr. 1 ff. Anhang UWG nicht erfasst werden, sind an den Maßstäben der §§ 3 ff. UWG zu messen.

Die Regelungen des Anhangs sind weitgehend kasuistisch. Sie werden in der mündlichen Vorlesung nicht und hier nur beispielhaft behandelt. Eine umfassende Darstellung würde die Veranstaltung sprengen und zum Einschlafen aller Beteiligten führen.

In einer Klausur sollten Sie beim Anfertigen ihrer Lösungsskizze zur Sicherheit alle Nr. des Anhangs durchsehen. Wenn eine Angabe nach einer Nr. des Anhangs wettbewerbswidrig ist, dann ist sie nicht mehr an § 5 UWG zu prüfen.

I. Irreführung über den Werbecharakter

Die Verbraucher treffen ihre Entscheidung nur dann auf einer richtigen Grundlage, wenn sie wissen, ob Informationen einen Werbecharakter haben oder ob sie von unbeteiligten Dritten stammen.

Nr. 11 Anhang UWG verbietet „*als Information getarnte Werbung*“. Die Vorschrift dient demselben Schutzzweck wie § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG (dazu später). Sie betrifft den besonders krassen Fall der sogenannten redaktionellen Werbung. Gemeint sind Fälle, in denen Angaben von Medien als redaktionell motiviert erscheinen, während es sich in Wirklichkeit um Werbung handelt, weil der Unternehmer die Angabe zum Zweck der Verkaufsförderung finanziert hat. Es ist eine enge Auslegung der Norm geboten. Ein Inhalt ist nur dann „*redaktionell*“, wenn er dem äußeren Eindruck nach auf eine journalistische Unterrichtung der Öffentlichkeit zielt. Ferner muss das Produkt, dessen Verkauf gefördert werden soll, als solches erkennbar sein.

Nr. 11a Anhang UWG verbietet die „*verdeckte Werbung in Suchergebnissen*“, die im Zusammenhang mit Online-Suchanfragen von Verbrauchern dazu dienen soll, ein höheres Ranking (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG) der betreffenden Produkte im Rahmen der Suchergebnisse zu erreichen. Bezahlte Werbung in Rankings oder Zahlungen, die speziell dazu dienen, das Ranking zu beeinflussen, sind unzulässig, wenn sie nicht eindeutig als solche offengelegt werden, *Regierungsentwurf und Begründung eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes* vom 24.3.2021, BT-Drucks. 19/27873, S. 1, 44.

Nr. 21 Anhang UWG betrifft eine verwandte Gefährdung der Entscheidungsgrundlage. Die Vorschrift verbietet, bei der Übermittlung von Werbematerial durch die „*Beifügung einer Zahlungsaufforderung*“ den unzutreffenden Eindruck zu erwecken, die beworbenen Produkte seien bereits bestellt worden.

II. Irreführung über Verbraucherbewertungen

Für die Entscheidung über den Kauf eines Produkts können die Erfahrungen wertvoll sein, die andere Verbraucher mit dem Produkt bereits gemacht haben. Dies gilt freilich nur, wenn solche Verbraucherbewertungen auch „echt“ sind.

Nach **Nr. 23b Anhang UWG** ist die Behauptung, dass Bewertungen von Verbrauchern stammen, die das Produkt tatsächlich erworben oder genutzt haben, irreführend, wenn der behauptende Unternehmer seine Behauptung inhaltlich nicht ausreichend überprüft hat. Unlauter ist nur die Behauptung ohne entsprechende Überprüfung. Unterlässt der Unternehmer die Behauptung, so ist er auch nicht zur Überprüfung der Verbraucherbewertungen verpflichtet, *Regierungsentwurf und Begründung eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes* vom 24.3.2021, BT-Drucks. 19/27873, S. 1, 45.

Nr. 23c Anhang UWG betrifft gefälschte Bewertungen sowie die falsche Darstellung von Bewertungen. Letzteres liegt vor, wenn selektiv nur positive Bewertungen veröffentlicht und negative gelöscht werden, *Regierungsentwurf und Begründung eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes* vom 24.3.2021, BT-Drucks. 19/27873, S. 1, 45.

III. Irreführung über Eigenschaften und Güte von Produkten

Angaben über die Eigenschaften und die Güte von Produkten sind für die geschäftliche Entscheidung der Verbraucher von essenzieller Bedeutung. Der Verbraucher setzt sein Geld nur dann richtig ein, wenn er dafür auch das erhält, was er bekommen möchte beziehungsweise was ihm versprochen wurde.

Die unwahre Angabe, ein Produkt könne „*Krankheiten, Funktionsstörungen oder Missbildungen heilen*“, ist nach **Nr. 17 Anhang UWG** per se unzulässig. Erfasst werden Erkrankungen von Menschen und von Tieren, weil auch im letzteren Fall zentrale Wirkungen des betreffenden Produkts infrage stehen. Es werden jedoch nur Angaben über die „*Heilung*“ erfasst, das heißt über die nicht nur vorübergehende Beseitigung der Erkrankung. Angaben über das Erkennen, Verhüten oder Lindern von Erkrankungen regelt die Vorschrift nicht.

Mehrere Regelungen des Anhangs sichern Qualitätsvorstellungen von Verbrauchern. Sie erfassen dazu Merkmale, Angaben oder Umstände, von denen Verbraucher mittelbar auf die Güte oder die Eigenschaften von Produkten schließen könnten. Die Existenz und die Schutzwürdigkeit solcher Vorstellungen sind nicht im Einzelfall zu prüfen, sondern werden vom Gesetzgeber unterstellt. Siehe **Nr. 2, 4, 13 Anhang UWG**.

IV. Irreführung über die Günstigkeit und den Anlass des Geschäfts

Ein zentrales Kriterium für die Entscheidung von Verbrauchern ist die Frage, ob das betreffende Geschäft „günstig“ ist oder nicht. Die geschäftliche Vorteilhaftigkeit bemisst sich maßgeblich nach der Höhe der Gegenleistung, also in aller Regel nach der Höhe des Preises. Auch ein Verbraucher kann sein Geld nur einmal ausgeben und er schädigt seine wirtschaftlichen Interessen, wenn er zuviel zahlt. Dementsprechend ist die Entscheidungsgrundlage beeinträchtigt, wenn der Unternehmer einen unzutreffenden Preis nennt oder über dessen Höhe irgendwie irreführt.

Nr. 20 Anhang UWG untersagt es, Produkte als „*gratis*“, „*umsonst*“ oder „*kostenlos*“ anzubieten, wenn für den Erwerb gleichwohl Kosten anfallen. Die Vorschrift erfasst nur den Absatzwettbewerb, also das „*Angebot*“ von Produkten. Sie greift beispielsweise ein, wenn eine Werbung „Internet umsonst“ anbietet und für die Nutzung zwar keine Grundgebühr, wohl aber

nutzungsabhängige Gebühren anfallen. Dagegen scheidet die Vorschrift aus, wenn ein Unternehmer anbietet, Waren kostenlos abzunehmen. Ebenso fallen unvermeidbare Kosten nicht unter das Verbot, weil der durchschnittliche Verbraucher mit solchen Kosten ohnehin rechnet und daher nicht speziell auf sie hingewiesen werden muss.

Dasselbe gilt, wenn der Unternehmer unzutreffende Angaben über Umstände macht, von denen die Verbraucher auf eine besondere Preisgünstigkeit des betreffenden Geschäfts schließen. Auch die Existenz und die Schutzwürdigkeit solcher Schlussfolgerungen über die Preiswürdigkeit sind nicht im Einzelfall zu prüfen, sondern werden vom Gesetzgeber in den betreffenden Vorschriften unterstellt.

Mehrere Regelungen betreffen unwahre Angaben über die Umstände des Geschäfts. Aus solchen Umständen können Verbraucher schließen, dass ihr Vertragspartner zu Konditionen abschließen muss oder abschließen wird, die ihnen besonders entgegenkommen. Im Einzelnen betreffen die Regeln die Geschäftsaufgabe oder -verlegung (**Nr. 15 Anhang UWG**), die Marktbedingungen oder Bezugsquellen (**Nr. 18 Anhang UWG**), und das Täuschen über den unternehmerischen Charakter von Handlungen (**Nr. 22 Anhang UWG**).

V. Rationalität der Verbraucherentscheidung

Zahlreiche Regelungen sichern die Rationalität von Verbraucherentscheidungen. Sie beziehen sich auf Praktiken, die bei den Verbrauchern durch unzutreffende Angaben bestimmte Emotionen hervorrufen und sie dadurch von einer rationalen Entscheidung über das Geschäft wegführen wollen. Solche Werbung kann etwa auf das Hervorrufen von Angst oder eines zeitlichen Entscheidungsdrucks setzen. Eine weitere Konstellation ist der Einsatz von aleatorischen Praktiken (alea = lat.: der Würfel), also namentlich von Werbung, die einen Glücks- oder Gewinnspielcharakter hat. Derartige Praktiken beeinträchtigen die Entscheidungsgrundlage, wenn sie beispielsweise unzutreffende Aussagen über die Gewinnchancen machen.

Die Regelungen betreffen aber allein Irreführungsgefahren durch unzutreffende Angaben. Den Schutz des Entscheidungsprozesses beziehungsweise die Frage, ob die Verbraucher auch dann vor Angstwerbung, vor einem zeitlichen Entscheidungsdruck oder vor aleatorischen Praktiken geschützt werden müssen, wenn der Unternehmer mit zutreffenden Angaben arbeitet, betreffen sie nicht.

Zu nennen sind unter anderem Angaben über die persönliche Sicherheit beziehungsweise Angaben, die Angst auslösen (**Nr. 12 Anhang UWG**), zeitlichen Entscheidungsdruck erzeugen (**Nr. 7 Anhang UWG**), „getürkte“ Preisausschreiben (**Nr. 19 Anhang UWG**) sowie unzutreffende Angaben über Gewinnchancen bei Glücksspielen, **Nr. 16 Anhang UWG**.

VI. Scheinangebote

Die Nr. 5, 6 Anhang UWG verbieten bestimmte Scheinangebote. In beiden Fällen geht es darum, dass beworbene Produkte zu einem typischerweise sehr günstigen Preis angeboten werden, aber von den Verbrauchern im Ergebnis nicht

erworben werden können. Die entsprechenden Verbote sichern die Verbraucher davor, vergeblich Zeit und Kosten für ein Geschäft aufzuwenden, das sie von vornherein nicht abschließen können. Es liegt im wirtschaftlichen Interesse der Verbraucher, solche unnötigen Belastungen zu vermeiden. Beide Verbotsnormen sichern also Kosteninteressen. Sie greifen allerdings nur ein, wenn der Unternehmer voraussehen konnte, dass er die Geschäfte nicht in der versprochenen Weise tätigen kann, oder wenn er sogar die Absicht hatte, die beworbenen Produkte nicht abzugeben. Beruht die mangelnde Verfügbarkeit der beworbenen Produkte auf höherer Gewalt, so hat der Unternehmer dafür nicht einzustehen.

Nr. 5 Anhang UWG verbietet „*Lockangebote*“ für Produkte zu einem bestimmten Preis, wenn der anbietende Unternehmer annehmen muss, dass die Produkte gar nicht in ausreichender Menge vorrätig sein werden. Die Vorschrift wendet sich nicht gegen eine unzureichende Bevorratung, sondern allein gegen die mangelnde Aufklärung über den Warenvorrat. Sie greift außerdem nur ein, wenn der Unternehmer ein konkretes Geschäftsangebot im Sinne von § 5b Abs. 1 UWG unterbreitet.

Nr. 6 Anhang UWG betrifft Lockvogelangebote, bei denen der Unternehmer das beworbene Produkt zwar an den Verbraucher veräußern könnte, es aber nicht veräußern will. Insbesondere kann es sein, dass der Unternehmer statt des beworbenen Produkts ein anderes oder ein fehlerhaftes anbietet oder dass er sich weigert, das beworbene Produkt zu zeigen, Bestellungen dafür anzunehmen oder eine beworbene Leistung innerhalb einer bestimmten Zeit zu erbringen. Das Verbot greift dagegen nicht ein, wenn der Unternehmer das Produkt aus legitimen Gründen nicht an einen bestimmten Verbraucher veräußern will, zum Beispiel weil das Geschäft eine Vorleistung des Unternehmers verlangt und der Unternehmer den Verbraucher als nicht kreditwürdig ansehen muss.

C. Irreführungen

I. Schutzzweckfragen

Soweit Irreführungsverbote auf die RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken zurückgehen, dienen sie allein zum Schutz der „*wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher*“, **Art. 1 RL 2005/29/EG**. Das Irreführungsverbot beziehungsweise die §§ 5, 5a f. UWG sind daher in den meisten Fällen allein anhand von Verbraucherschutzüberlegungen anzuwenden. Wenn Verbraucher ihre Entscheidung nicht auf zutreffende Fakten stützen können, sind sie manipulierbar und dem Unternehmer letztlich ausgeliefert. Verbraucher sollen davor bewahrt werden, ihre geschäftliche Entscheidung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) auf einer falschen Grundlage zu treffen, weil die Entscheidung dann typischerweise nicht die richtige ist.

- Die RL 2005/29/EG gilt nicht, soweit sich Angaben an die unternehmerische Marktgegenseite und nicht an Verbraucher wenden. Irreführungen können dann auch zum Schutz von Mitbewerberinteressen untersagt sein. Es ist dem Unternehmer nicht zuzumuten, durch irreführende Werbeangaben des Konkurrenten auch nur einen Millimeter geschäftlichen Boden zu verlieren. Nach **Art. 1 RL 2006/114/EG** dient das Irreführungsverbot dann „*zum Schutz der Gewerbetreibenden*“, womit nach traditionellem Verständnis die Mitbewerber im Sinne von § Abs. 1 Nr. 4 UWG gemeint sind. Da die RL 2006/114/EG insoweit aber nicht abschließend ist (Art. 8 Abs. 1 Satz 1 RL 2006/114/EG), lässt sich das Irreführungsverbot in diesen Fällen auch auf Schutzinteressen der sonstigen Marktteilnehmer stützen.
- Irreführungen bewirken im Übrigen Verfälschungen des Wettbewerbs (§ 1 Abs. 1 Satz 2 UWG), wenn und weil Abnehmer ihre Kaufentscheidung unzutreffend fällen beziehungsweise ihre Schiedsrichterfunktion nicht korrekt wahrnehmen. Es soll nicht der Unternehmer belohnt werden, der die Verbraucher irreführt, sondern der, für den sich Verbraucher ohne sachwidrige Beeinflussung entscheiden.

II. Irreführung durch geschäftliche Handlungen

§ 5 UWG richtet sich gegen irreführende geschäftliche Handlungen. Die Regelung betrifft Informationen, die der Unternehmer den Verbrauchern aus eigenem Entschluss gibt. Nach § 5 Abs. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung unlauter, wenn sie

- „*irreführend*“ ist, das heißt eine „*Angabe*“ macht, die bestimmte „*Umstände*“ (§ 5 Abs. 2 Nr. 1 ff. UWG) betrifft und außerdem „*unwahr*“ oder „*sonst zur Täuschung geeignet*“ ist, **§ 5 Abs. 2 UWG**
- und geeignet ist, den Adressaten zu einer „*geschäftlichen Entscheidung*“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) zu veranlassen, „*die er andernfalls nicht getroffen hätte*“.

1. Angabe

a. Mitteilung

Eine „*Angabe*“ setzt zunächst eine Mitteilung, dass heißt die Übermittlung eines Inhalts voraus. Die Übermittlung kann in jeder Form erfolgen. Sie ist nicht auf das Medium Wort beziehungsweise Text beschränkt, sondern kann zum Beispiel in Form von „*bildlichen Darstellungen oder sonstigen Veranstaltungen*“ geschehen, **§ 5 Abs. 4 UWG**.

BGH vom 27. Juni 1961 (Hühnergegacker), GRUR 1961, 544 f. verbot eine Radioreklame, die mit Hühnergegacker begann und für Eierteigwaren warb, die unter Verwendung von Trockenei hergestellt wurden. Das Gegacker der Henne bringe nämlich die Gedankenverbindung zum soeben gelegten Ei mit sich – die Entscheidung der Vorinstanz enthält dazu erstaunliche Ausführungen über das triumphierende Legegegacker und bloßes Konversationsgegacker – und rufe damit den irreführenden Eindruck hervor, die Teigwaren seien unter Verwendung von Frischei hergestellt.

b. Inhalt der Angabe, Auslegung

Um festzustellen, ob die Angabe unwahr oder zur Täuschung geeignet ist, muss ihr Inhalt bestimmt werden. Er ist durch Auslegung zu ermitteln. Dabei kommt es grundsätzlich nicht auf die objektive Bedeutung, sondern darauf an, wie der angesprochene Verkehrskreis die Angabe versteht. Darüber besteht im Prinzip Einigkeit.

BGH vom 13.7.1962 (Fichtennadelextrakt), GRUR 1963, 36 ff.: Das Unternehmen U vertreibt seit vielen Jahren „Fichtennadelextrakt“, der bei den Käufern bekannt wird und Wertschätzung erlangt. Nach einer gewissen Zeit verbindet die Käuferschaft mit „Fichtennadelextrakt“ Produkte mit Eigenschaften, wie sie den Produkten des U eigen sind. U darf daher mit der Bezeichnung „Fichtennadelextrakt“ werben, auch wenn sein Produkt gar nicht aus Fichtennadeln, sondern in erster Linie aus Fichten-, Tannen- oder Kiefernholz gewonnen wird.

Für die Auslegung einer Angabe, die sich an Verbraucher richtet, haben die Gerichte auf die Wahrnehmung des angesprochenen durchschnittlichen Verbrauchers abzustellen, **§ 3 Abs. 4 Satz 1 UWG**. Die Auslegung von Angaben gegenüber Zwischenhändlern oder gewerblichen Abnehmern bestimmt sich dagegen nach dem Empfängerhorizont solcher Unternehmen, BGH vom 13.7.2000 (Unternehmenskennzeichnung), GRUR 2000, 1084, 1086. Dazu der Fall: Das Lakritzprodukt.

Die Bestimmung, welchen Inhalt die Adressaten der geschäftlichen Angabe entnehmen, geht vornehmlich auf Wertungen und Einschätzungen der Richter, das heißt auf ein entsprechendes „Erfahrungswissen“ zurück, BGH vom 2.10.2003 (Marktführerschaft), BGHZ 156, 250, 254. In den weitaus meisten Fällen beurteilen die Gerichte aus eigener Sachkunde, wie der Verkehr Werbeangaben aufnimmt und versteht beziehungsweise aufnehmen und verstehen wird. Es handelt sich um eine Prognoseentscheidung.

Die Entscheidung aus eigener Sachkunde liegt vor allem nahe, wenn die Richter selbst zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehören und es sich

um Angaben über Gegenstände des allgemeinen Bedarfs handelt, BGH vom 10.8.2000 (Stich den Buben), GRUR 2001, 73, 75. Sie kommt aber – unter bestimmten Voraussetzungen – auch in Betracht, wenn keiner der erkennenden Richter durch die fragliche Werbung angesprochen wird. Insbesondere können Gerichte, die ständig mit Wettbewerbssachen befasst sind, aufgrund ihrer besonderen Erfahrung die erforderliche Sachkunde erworben haben, um eigenständig zu beurteilen, wie Fachkreise eine bestimmte Werbeaussage verstehen, BGH vom 2.10.2003 (Marktführerschaft), BGHZ 156, 250, 255.

c. Objektiv nachprüfbarer Tatsachenkern

Der BGH verlangt außerdem, dass Angabe einen „objektiv nachprüfbaren Tatsachenkern“ enthält. Das Gericht versteht das Erfordernis aber sehr weit und erstreckt es tief in den Bereich bloßer Meinungsäußerungen. Das hat zur Folge, dass nahezu jede Werbung wettbewerbsrechtlich überprüft werden kann.

Die Einordnung einer Mitteilung als reine Anpreisung hat Seltenheitswert. Eines der wenigen Beispiele betraf den Werbespruch „Mutti gibt mir immer nur das Beste“. BGH vom 15.1.1965 (Fertigbrei), GRUR 1965, 363, 364 sah darin keine Angabe, während die Vorinstanz noch anders entschieden hatte.

d. Beispiele

Die Judikatur neigt zu einer zurückhaltenden Interpretation des Angabeninhalts.

BGH vom 23.5.1996 (PVC-frei), GRUR 1996, 985, 986 ff. mwN. hat es beispielsweise abgelehnt, in der zutreffenden Beschreibung von Büro- und Schreibartikeln als „PVC-frei“ zugleich die Angabe zu sehen, die umworbenen Produkte seien auch generell umweltverträglich. Diese – seinerzeit neue – Tendenz kam dem Rechtssicherheitsinteresse des Werbenden entgegen, der nach der früheren Rechtsprechung kaum abschätzen konnte, welchen Inhalt die Gerichte seiner Werbung beimessen würden. Wenn Werbende die Zulässigkeit ihrer Werbung besser absehen können, können sie informative Aussagen wagen und müssen sich nicht in leere Werbephrasen flüchten, um die Wettbewerbswidrigkeit zu vermeiden.

Es gibt freilich auch Entscheidungen, die einen sehr ausgeklügelten Inhalt in die Werbung „hineinlegen“. Vor allem frühere Urteile sind so verfahren.

BGH vom 30.1.1963 (Hollywood Duftschaumbad), GRUR 1963, 482, 484 hat zu der Annahme tendiert, in der fraglichen Bezeichnung die Angabe zu sehen, das Duftschaumbad werde entweder in Hollywood hergestellt oder von Hollywood-Schauspielern benutzt.

2. Täuschungseignung

Ein Irreführen setzt voraus, dass die Angabe die Adressaten täuscht oder täuschen kann. § 5 Abs. 2 UWG verlangt dafür, dass die Angabe „zur Täuschung geeignet“ ist. Das Irreführungsverbot greift ein, wenn die Angabe

- die Verbraucher täuscht, wenn also der Inhalt, den die Adressaten der Angabe entnehmen, der Wirklichkeit nicht entspricht („*unwahr*“).

- die Verbraucher täuschen könnte („zur Täuschung geeignet“). Der Schutz würde vielfach leerlaufen, wenn man ihn auf die Fälle beschränken würde, in denen Angaben die Adressaten nachweislich täuschen. Das Wettbewerbsrecht muss schon Angaben erfassen können, die von den Adressaten möglicherweise falsch verstanden werden. Bereits solche Angaben können den Wettbewerb gefährden. Sie können dazu führen, dass die Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer ihre geschäftlichen Entscheidungen auf einer unzutreffenden Grundlage fällen und ihre Schiedsrichterfunktion nicht korrekt ausüben.

Die Täuschungseignung beurteilt sich nach dem Informations- und Entscheidungsverhalten der „Durchschnittsverbraucher“. Das Irreführungsverbot verlangt daher weder eine mögliche Täuschung sämtlicher Adressaten, noch orientiert es sich daran, ob einzelne Adressaten die Angabe richtig oder falsch verstehen könnten. Entscheidend ist ein kollektiver und kein individueller Maßstab. In der Sache fällt die Entscheidung über die Täuschungseignung untrennbar mit der Auslegung der Angabe zusammen, weil beide am Verständnishorizont der durchschnittlichen Verbraucher ansetzen. Sie ist damit ebenso wie die Auslegung eine Prognoseentscheidung aufgrund eines richterlichen „Erfahrungswissens“.

3. Relevanz

Die Angabe muss außerdem wettbewerbslich relevant sein, das heißt „*geeignet [sein], den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte*“, § 5 Abs. 1 UWG. Nicht jede unwahre, täuschende oder täuschungsgeeignete Angabe ist auch automatisch wettbewerbswidrig, *Regierungsentwurf und Begründung zum UWG* vom 20.8.2008, BT-Drucks. 16/10145, S. 23.

Die h.M. verlangt freilich nur eine Eignung der Angabe, den Kaufentschluss „irgendwie zu beeinflussen“, zum Beispiel BGH vom 26.2.2009 (Thermoroll), GRUR 2009, 888, 889 Rn. 20. Die Voraussetzung wird damit so weit verstanden, dass sie im Grunde nicht mehr existiert. In der Regel wird die wettbewerbsliche Relevanz aus der Angabe beziehungsweise der Unwahrheit selbst gefolgert.

Diese Linie läuft tendenziell darauf hinaus, alle, das heißt auch irrelevante Werbeangaben auf einen irreführenden Charakter zu untersuchen. Das führt in Verbindung mit einem weiten Verständnis des Angabebegriffs dazu, dass zum Beispiel die Werbung mit der Bezeichnung „Hollywood Duftschaumbad“ unzulässig ist, wenn das Produkt nicht in Los Angeles hergestellt worden ist, BGH vom 30.1.1963 (Hollywood-Duftschaumbad), GRUR 1963, 482 ff. Zur Vertiefung und Kritik (nicht examensrelevant): Beater, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rdnr. 1389 ff.

4. Ergänzende Interessenabwägung

Es gibt grundsätzlich keinen legitimen Grund, zum Beispiel über die Qualität oder die Herkunft eines Produkts zu täuschen. In seltenen Fällen kann gleichwohl eine ergänzende Interessenabwägung erforderlich sein. In diesen Konstellationen geht es darum, ob eine Irreführung im Einzelfall hingenommen

werden muss, weil das wettbewerbliche Interesse am Schutz der Entscheidungsgrundlage gegenüber anderen wettbewerblichen Interessen zurückzutreten hat. Es handelt sich also mit anderen Worten um eine Einschränkung des Irreführungsschutzes aufgrund vorrangiger anderer Interessen der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer. In Sonderfällen kann die ergänzende Interessenabwägung auch im Hinblick auf grundrechtliche Wertungen erforderlich sein.

III. Irreführen durch Unterlassen

Die **§§ 5a, 5b UWG** betreffen das Irreführen durch Unterlassen. Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer treffen ihre geschäftliche Entscheidung auch dann auf einer fehlerhaften Grundlage, wenn ihnen wichtige Informationen nicht bekannt sind.

An die Unzulässigkeit von Irreführungen, die auf ein Unterlassen zurückgehen, müssen freilich höhere Anforderungen gestellt werden als an die Unzulässigkeit eines Irreführens durch aktive Falschangaben. Dem Unternehmer ist eine Gewähr für die Richtigkeit dessen, was er in der Werbung sagt, ohne Weiteres zuzumuten. Dem Unternehmer darf aber eine Gewähr für das, was er in der Werbung nicht anspricht, nicht mit gleicher Selbstverständlichkeit auferlegt werden. Eine solche Gewähr reicht nämlich weiter und belastet ihn stärker. Sie bezieht sich prinzipiell auf alle nur irgendwie denkbaren Aspekte, die mit dem beworbenen Produkt zusammenhängen können und die vorab weder der Unternehmer noch andere Personen sicher absehen können. Eine Pflicht des Werbenden zu einer umfassenden Aufklärung gibt es daher nicht, BGH vom 27.2.2002 (Gesamtpreisangebot), BGHZ 154, 105, 109.

Im Hinblick auf die Informationsinteressen der Verbraucher ist weiterhin zu beachten, dass ein Zuviel an Angaben durchaus zur „Überfrachtung“ der Verbraucher mit Informationen führen und daher kontraproduktiv sein kann. Es gilt als gesichert, dass Konsumenten, die aus einem großen Angebot von Produktinformationen beliebig wählen können, zur Produktbeurteilung nur einen relativ kleinen Teil der angebotenen Informationen nutzen und bevorzugt Schlüsselinformationen heranziehen. Zugleich gibt es aus diesem Grund auch ein berechtigtes Interesse des werbenden Unternehmers daran, einfache und plakative Werbeaussagen zu machen. Aufklärungs- und Hinweispflichten sind deshalb nur dann sinnvoll, wenn sie sich auf entscheidungswichtige Inhalte beschränken und banale Informationen ausklammern.

1. § 5a Abs. 1 UWG

Nach **§ 5a Abs. 1 UWG** handelt der Unternehmer unlauter, wenn er den Verbraucher irreführt, indem er ihm eine wesentliche Information vorenthält.

Dafür, wann eine Information „wesentlich“ ist, kommt es nach **§ 5a Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 UWG** auf die „jeweiligen Umstände“ an, insbesondere also auf den Informationsgehalt der nicht übermittelten Information für die betreffende geschäftliche Entscheidung. Das Vorenthalten der Information muss außerdem geeignet sein, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu

veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. **§ 5b UWG** regelt weitere Einzelheiten und stellt dazu unter anderem auf die wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung, die Identität und Anschrift des Unternehmers, auf bestimmte Formen der Preisberechnung sowie auf Zahlungs- und Lieferungsbedingungen ab.

Nach **§ 5b Abs. 4 UWG** sind weiterhin auch Informationen wesentlich, die durch das EU-Recht vorgeschrieben sind.

Spezielle Anforderungen gelten im Zusammenhang mit Onlineangeboten.

- Werden von Suchmaschinen Produkte in Form eines Rankings (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG) präsentiert, dann müssen die Maßstäbe für die Ermittlung des Rankings zugänglich gemacht werden, **§ 5b Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 UWG**.
- Macht der Unternehmer Verbraucherbewertungen zugänglich, so muss er darlegen, wie er sicherstellt, dass die veröffentlichten Bewertungen authentisch sind, **§ 5b Abs. 3 UWG**.

Wann eine Information „*vorenthalten*“ wird, bestimmt sich nach den **§§ 5a Abs. 2, Abs. 3 UWG**.

2. Erkennbarkeit des Werbecharakters, § 5a Abs. 4 UWG

Nach **§ 5a Abs. 4 Satz 1 UWG** handelt unlauter, „*wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht*“. Der Verbraucher trifft seine Entscheidung nur dann auf korrekter Grundlage, wenn er um die Quelle seiner Information weiß und so die Möglichkeit hat, sich über ihre Seriosität ein Urteil zu bilden. Der Umworbene muss erkennen können, dass es sich um eine Werbemaßnahme handelt, und seine Entscheidung bewusst auf der Grundlage dieses Kenntnis treffen können, BGH vom 6.7.1995 (Feuer, Eis & Dynamit I), GRUR 1995, 747 mwN.

Die Tarnung von Werbung kann aus Sicht der Verhaltenswissenschaft dazu führen, den sogenannten Reaktanzeffekt – eine Art Trotz- oder Abwehrreaktion gegenüber unerwünschten Botschaften – zu verringern. Sie kann zugleich einen kurzfristig werbewirksamen Glaubwürdigkeitseffekt erzielen, der ansonsten nicht oder nicht in gleichem Maße erreichbar wäre.

Die Anwendbarkeit von § 5a Abs. 4 UWG ist aufgrund von § 1 Abs. 2 UWG für wichtige medienrechtlich geregelte Bereiche ausgeschlossen. Die **§§ 9 LPrG, 8 Abs. 3 Satz 1, 22 Abs. 1 Satz 1 MStV** (Fechner/Mayer, Medienrecht Vorschriftensammlung, 19. Auflage 2025/26, Nr. 19, 21) regeln „besondere Aspekte unlauterer geschäftlicher Handlungen“, nämlich die Erkennbarkeit von Anzeigen, und Werbung (für kommerzielle Kommunikation ebenso § 6 Abs. 1 Nr. 1 DDGG). Sie sollen Gefahren für die Unabhängigkeit der redaktionellen Inhalte abwehren, aber auch Adressaten vor unzulässigen Werbeformen schützen, BGH vom 22.2.1990 (Werbung im Programm), BGHZ 110, 278, 286, 289 mwN. Die Vorschriften schließen den Rückgriff auf UWG-Tatbestände aus, fallen aufgrund ihrer Schutzrichtung aber unter **§ 3a UWG**.

D. Vergleichende Werbung, § 6 UWG

§ 6 UWG basiert auf der **RL 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung**. Die RL soll den Wettbewerb vor Verzerrungen sichern und schützt Interessen der Mitbewerber und Verbraucher (Erw. 9 Satz 1 RL 2006/114/EG), darüber hinaus gegebenenfalls auch die der sonstigen Marktteilnehmer, *Köhler* in: Köhler/Feddersen, UWG 43. Auflage 2025, § 6 UWG Rn. 11a. Sie regelt die Zulässigkeit vergleichender Werbung abschließend, Art. 8 Abs 1 Satz 2 RL 2006/114/EG.

Aus der Sicht des werbenden Unternehmers ist die vergleichende Werbung ein riskantes Instrument und will gut überlegt sein. Sie ist ein klassisches Angriffsmittel gegenüber dem Mitbewerber und kommt für Unternehmen nur in vergleichsweise wenigen Konstellationen in Betracht. Sie kann sowohl Gegenmaßnahmen des Konkurrenten als auch Bumerang-Effekte auslösen, die dazu führen, dass Konsumenten, die bislang das kritisierte Konkurrenzprodukt bevorzugten, verstärkt an dem Konkurrenzprodukt festhalten.

I. Begriff, § 6 Abs. 1 UWG

§ 6 Abs. 1 UWG legt fest, welche Werbung nur unter den in § 6 Abs. 2 UWG normierten Voraussetzungen zulässig ist. Werbung, die davon nicht erfasst wird, ist an den §§ 3, 4, 5 f. UWG zu messen.

Die Vorschrift setzt „Werbung“ voraus. Der Begriff der „Werbung“ ist Gegenstand einer Legaldefinition in **Art. 2 lit. a RL 2006/114/EG**, mit der auch die Rechtsprechung arbeitet, BGH vom 6.12.2007 (Imitationswerbung), GRUR 2008, 628, 630 Rn. 18. Wenn man diese Definition sachlich ausfüllt und von ihrer sprachlichen Opulenz befreit, so ist Werbung jede Äußerung, die sich an die Marktgegenseite richtet und zum Abschluss von Geschäften führen soll.

Die Werbung muss weiterhin entweder als unternehmensbezogene Werbung einen „Mitbewerber“ oder als produktbezogene Werbung die von einem Mitbewerber angebotenen Waren oder Dienstleistungen betreffen.

Die Werbung muss schließlich den Mitbewerber für die angesprochenen Verkehrskreise „erkennbar“ machen. Die Anforderung darf nicht leichtfertig bejaht werden. Die teilweise strengen Anforderungen von § 6 Abs. 2 UWG sind bewusst auf die vergleichende Werbung beschränkt und nicht dazu gedacht, jeder Form von Werbung „Fesseln“ anzulegen. Jede Werbung will den Adressaten dazu veranlassen, die Produkte des Werbenden und nicht die seines Konkurrenten zu erwerben. § 6 Abs. 1 UWG verlangt eine darüber klar hinausgehende Erkennbarkeit des Mitbewerbers. Die Vorschrift setzt nach der Rechtsprechung voraus, dass sich die Identität des betreffenden Mitbewerbers beziehungsweise seiner Produkte den Werbeadressaten förmlich aufdrängen muss, BGH vom 25.4.2002 (DIE „STEINZEIT“ IST VORBEI!), GRUR 2002, 982, 983.

Eine vergleichende Werbung liegt nur vor, wenn in der Werbung Waren oder Dienstleistungen gegenübergestellt und miteinander verglichen werden. Sie fällt nach herrschender Ansicht dagegen nicht unter § 6 Abs. 1 UWG, wenn sie so allgemein gehalten ist, dass sie letztlich keinen Bezug zu einem Mitbewerber oder zu Konkurrenzwaren hat, BGH vom 19.5.2011 (Coaching-Newsletter), GRUR 2012, 74, 76 Rn. 19; *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rdnr. 1507 ff.

II. Verbotsvoraussetzungen, § 6 Abs. 2 UWG

Vergleichende Werbung ist unzulässig, wenn sie gegen eines der in § 6 Abs. 2 Nr. 1 – 6 UWG aufgelisteten Verbote verstößt.

1. Vergleichbare Produkte, Nr. 1

Nr. 1 erklärt sich aus dem Interesse des Verbrauchers an richtigen Vergleichen und an dem Schutz wichtiger Informationen. Werbung ist wegen des besonderen Interesses der Verbraucher an wichtigen Informationen unzulässig, wenn die miteinander verglichenen Waren oder Dienstleistungen nicht einen gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung erfüllen. Im konkreten Einzelfall ist für die Zulässigkeit keine völlige Identität, wohl aber erforderlich, dass die Waren oder Dienstleistungen funktionsidentisch sind und aus der Sicht der angesprochenen Verbraucher als Substitutionsprodukte in Betracht kommen.

Da § 6 Abs. 1 UWG auch rein unternehmensbezogene Werbevergleiche erfasst, müssten solche Vergleiche dem Gesetzeswortlaut nach durchweg unzulässig sein, weil sie sich eben nicht auf Eigenschaften von Waren oder Dienstleistungen beziehen. Der Gesetzgeber und das Schrifttum gehen aber von der grundsätzlichen Zulässigkeit unternehmensbezogener Werbevergleiche aus. Sie legen die § 6 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 UWG ihrem Normzweck nach so aus, dass die Vorschriften auf derartige Werbung nicht anwendbar sind. Unternehmensvergleiche sind danach allein an denjenigen Verbotskriterien des § 6 Abs. 2 UWG zu messen, die für solche Vergleiche passen.

2. Vergleichbare Eigenschaften, Nr. 2

Nr. 2 basiert auf demselben Grundanliegen wie Nr. 1. Der Begriff der „*Eigenschaft*“ ist weit zu verstehen, BGH vom 7.12.2006 (Umsatzzuwachs), GRUR 2007, 605, 607 Rn. 30. In Betracht kommen alle Aspekte, die einen Bezug zum Produkt haben und bei der Entscheidung über einen möglichen Erwerb wichtig sein können, BGH vom 5.2.2004 (Genealogie der Düfte), BGHZ 158, 26, 33 f.

Der Werbevergleich muss Eigenschaften oder Preisbestandteile betreffen, die „*wesentlich, relevant und typisch*“ sind. Der Werbende soll keinen verzerrten Gesamteindruck erwecken können, indem er unmaßgebliche Aspekte heranzieht. Zugleich will der Gesetzgeber den Unternehmen eine vergleichende Werbung des Mitbewerbers nur zumuten, wenn der Vergleich Dinge betrifft, die für die Werbeadressaten „wichtig“ sind. Die genannten Anforderungen sind als jeweils eigenständige Voraussetzungen gedacht und daher getrennt voneinander zu

prüfen. Der Gesetzgeber hat nicht den Mut aufgebracht, sich vom Wortlaut der RL 2006/114/EG zu lösen und die verwirrende Ballung von unbestimmten Rechtsbegriffen zu vermeiden. Im Einzelfall kann es zwischen den einzelnen Voraussetzungen Überschneidungen geben. Sie dienen einem gemeinsamen Zweckanliegen und sind eher als einander ergänzende und nicht als sich gegenseitig strikt ausschließende Kriterien zu begreifen.

Eine Eigenschaft ist „*wesentlich*“, wenn sie für die angesprochenen Verkehrskreise im Hinblick auf die vorgesehene Verwendung des Produkts nicht völlig unerheblich ist, BGH vom 5.2.2004 (Genealogie der Düfte), BGHZ 158, 26, 35 mwN.

Eine Eigenschaft ist „*relevant*“, wenn sie den Kaufentschluss einer nicht völlig unerheblichen Zahl von Kunden beeinflussen kann, BGH vom 30.9.2004 (Stresstest), GRUR 2005, 172, 174. Es lässt sich nicht sicher abschätzen, worin der Unterschied zu der Voraussetzung „*wesentlich*“ liegen soll. In aller Regel wird eine wesentliche Eigenschaft auch relevant sein.

Eine Eigenschaft wird als „*typisch*“ angesehen, wenn sie die Eigenart der verglichenen Produkte aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise im Hinblick auf den Bedarf oder die Zweckbestimmung prägt und damit repräsentativ oder aussagekräftig für deren Wert als Ganzes ist, BGH vom 5.2.2004 (Genealogie der Düfte), BGHZ 158, 26, 35 mwN. Im Umgang mit dieser Definition sind jedoch Vorsicht und ein strikt teleologisches Verständnis geboten. Das Abstellen auf „*typische*“ Eigenschaften soll Irreführungen und Vergleichen ohne wirklichen Aussagewert vorbeugen, aber die Verbraucher nicht von wichtigen Produktinformationen abschneiden. Das Tatbestandsmerkmal hat deshalb einen teilweise deklaratorischen Charakter. Es ist schwer vorstellbar, dass ein Vergleich unzulässig ist, weil er sich auf eine Eigenschaft bezieht, die wesentlich und relevant, aber nach der oben genannten Definition eben „*untypisch*“ ist. Eine Information kann auch dann für die Verbraucherschaft wertvoll sein, wenn sie bislang nicht als repräsentativ angesehen wurde.

Der Vergleich muss ferner „*nachprüfbar*“ Angaben über die Eigenschaft machen (Die Gesetzesformulierung ist misslungen, es kommt nicht auf die Nachprüfbarkeit der Eigenschaft selbst an). Die Anforderung soll eine Überprüfbarkeit des Werbevergleichs auf seine sachliche Berechtigung hin ermöglichen. Dazu ist erforderlich, dass die betreffende Werbeaussage zumindest einen Tatsachenkern enthält, der einer Überprüfung zugänglich ist. Die Anforderung ist in gleicher Weise wie bei der irreführenden Werbung großzügig zu verstehen. Insbesondere können auch Aussagen, die sich äußerlich als bloße Werturteile darstellen, einen nachprüfbaren Tatsachenkern enthalten. Ebenso ist es zulässig, wenn der Werbende auf der Basis von Tatsachenäußerungen Werturteile abgibt und zum Beispiel Noten oder Punkte verteilt.

Der Vergleich muss schließlich auch „*objektiv*“ sein. Die Anforderung soll Vergleiche ausschließen, die sich aus einer subjektiven Wertung ihres Urhebers und nicht aus einer objektiven Feststellung ergeben, EuGH vom 19.9.2006 (Lidl/Colruyt) – Rs. C-356/04, GRUR 2007, 69, 73 Rn. 46. Es müssen daher die Art und Weise des Vergleichs und die daraus gewonnen Schlussfolgerungen

„objektiv“ sein. Da Vergleiche und Schlussfolgerungen notwendigerweise auch wertende Elemente enthalten, kann es insoweit allein darauf ankommen, ob die Methoden und sonstigen Einzelheiten des Vergleichs und die daraus abgeleiteten Aussagen über die Vergleichsprodukte als sachlich vertretbar erscheinen, Sack in: Harte/Henning, 5. Auflage 2021, § 6 UWG Rdn. 161 f.

3. Übrige Anforderungen, Nr. 3 – 6

Die weiteren Anforderungen erklären sich weitgehend oder sogar durchweg aus Aspekten des Mitbewerberschutzes. Zugleich bringen alle diese Voraussetzungen die Gefahr mit sich, durch die Hintertür angeblich strenger Schutzstandards, etwa im Zusammenhang mit dem Schutz vor Verunglimpfung, die Zulässigkeit und Möglichkeit von Vergleichen als solchen an überhohe Voraussetzungen zu knüpfen und die grundsätzliche Zulässigkeit von Werbevergleichen auf diese Weise in ihr Gegenteil zu verkehren. Die Verbotsvoraussetzungen müssen im Zweifel eng und in einer Weise ausgelegt werden, die dem Zweck der Regelung, die Werbevergleiche gerade ermöglichen will, gerecht wird.

Systematisch stehen die Anforderungen vielfach in markenrechtlichen Zusammenhängen. Sie sind daher nicht nur mit den wettbewerbsrechtlichen Regeln zum Beispiel über Rufausbeutung oder Herabsetzung, sondern auch mit den entsprechenden markenrechtlichen Maßstäben abzugleichen. Insbesondere verwendet der Gesetzgeber den Begriff „Kennzeichen“ (Nr. 3, Nr. 4, Nr. 6) im Sinne des markenrechtlichen Oberbegriffs (§ 1 MarkenG), der Marken, geschäftliche Bezeichnungen und geografische Herkunftsbezeichnungen erfasst.

- Der Vergleich darf nicht zur Verwechslung von werbendem und konkurrierendem Unternehmer beziehungsweise der miteinander verglichenen Produkte oder der Kennzeichen führen (**Nr. 3**).
- Er darf den Ruf des Kennzeichens des Mitbewerbers nicht in unlauterer Weise ausnutzen oder beeinträchtigen (**Nr. 4**).
- Der Vergleich darf nicht mit einer Herabsetzung der Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers verbunden sein (**Nr. 5**). Da jeder Vergleich, der für den Konkurrenten nachteilig ausfällt, ein gewisses Herabsetzen mit sich bringt, ist das Eingreifen von Nr. 5 an hohe Anforderungen geknüpft. BGH vom 1.10.2009 (Gib mal Zeitung), GRUR 2010, 161, 163 f. Rn. 15 ff. hält beispielsweise auch humorvolle und ironische Anspielungen auf den Mitbewerber oder dessen Produkte für zulässig, wenn die Anspielung von den Adressaten der Werbung nicht ernst genommen wird und den Mitbewerber auch nicht komplett dem Spott oder der Lächerlichkeit preisgibt.
- Der Vergleich darf eine Ware oder Dienstleistung nicht als Imitation oder Nachahmung eines Markenprodukts darstellen (**Nr. 6**). Die Vorschrift verbietet, das eigene Produkt offen als Imitation oder Nachahmung zu bezeichnen, steht aber Vergleichen nicht entgegen, durch die Unterschiede oder Gleichwertigkeiten objektiv herausgestellt werden.

III. Irreführende Vergleiche

§ 5 Abs. 4 UWG unterwirft Angaben, die im Rahmen einer vergleichenden Werbung gemacht werden, dem Irreführungsverbot. So wird erreicht, dass eine mögliche Irreführung der Verbraucher nicht nach einem Sonderrecht für Werbevergleiche, sondern nach den allgemeinen und anerkannten Kriterien des § 5 UWG beurteilt wird. Danach ist der Vergleich unlauter, wenn er Angaben enthält, die „zur Täuschung geeignet“ sind. Vergleiche, die den Anforderungen von § 6 UWG genügen, können gleichwohl in irreführender Weise unvollständig oder einseitig sein.

Eine Irreführung kommt namentlich in Betracht, wenn sich der Vergleich auf bestimmte Eigenschaften beschränkt, aber die Beschränkung irgendwie verdeckt. Beispielsweise ist ein Preisvergleich irreführend, wenn er sich auf unterschiedliche preisrelevante Konditionen (Zahlungsbedingungen, Zugaben etc.) bezieht, aber nicht deutlich und unmissverständlich auf diese Unterschiede hinweist.

Fall: Gib mal Zeitung

Der A-Verlag wirbt mit einem Kino-Werbespot für die TAZ („die tageszeitung“). Der Spot zeigt zunächst vor einer „Trinkhalle“ einen Zeitungsständer, der leer ist und ein Logo der BILD-Zeitung trägt. Ein Kunde, der nur mit einem Unterhemd und einer Jogginghose bekleidet ist, fordert den Inhaber des Kiosks auf: „Kalle, gib mal Zeitung“. Der Inhaber entgegnet: „Is aus“. Auf die Nachfrage des Kunden: „Wie aus?“, schiebt der Inhaber wortlos eine TAZ über den Tresen. Der Kunde fragt daraufhin: „Wat is dat denn? Mach mich nicht fertig, Du“. Er wirft die TAZ nach einem Blick in die Zeitung verärgert zurück auf den Ladentisch. Nun holt „Kalle“ eine unter dem Tresen versteckte BILD-Zeitung hervor und gibt sie dem Kunden. Daraufhin brechen beide in Gelächter aus.

Der nachfolgende Teil des Spots zeigt einen Zeitungsständer, der mit BILD-Zeitungen gefüllt ist. Der Kunde verlangt aber: „Kalle, gib mal taz“. „Kalle“ ist so verblüfft, dass er der Aufforderung nicht nachkommt. Jetzt bricht der Kunde in Gelächter aus, in das „Kalle“ dann einstimmt. Am Ende beider Teile des Werbespots wird der Text eingeblendet: „taz ist nicht für jeden. Das ist OK so.“

Der Werbespot wird regelmäßig vor Kinofilmen gezeigt. B, der Verleger der BILD-Zeitung, möchte wissen, ob er dem A verbieten kann, den Spot weiterhin auszustrahlen.

Hinweis: BGH vom 1.10.2009 (Gib mal Zeitung), GRUR 2010, 161 ff. Ansprüche aufgrund des MarkenG sind nicht zu prüfen.
<https://www.youtube.com/watch?v=skY4nddl5q0>

Lösung:**A. §§ 8 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, 6 Abs. 2 UWG (-)****I. Geschäftliche Handlung, § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG (+)**

Fraglich ist allein, ob A im geschäftlichen Verkehr gehandelt hat. Medien werden im geschäftlichen Verkehr tätig, sofern ihr Verhalten geschäftlich und nicht redaktionell motiviert ist.

Im Streitfall geht es nicht um eine redaktionelle Äußerung im Blatt selbst, sondern um Werbung. Das UWG kann vor allem dann anwendbar sein, wenn das Anzeigengeschäft oder eine eigene Kundenwerbung von Medien infrage stehen, *Beater* WRP 2016, 929 f. mwN. Die Äußerung von A hat einen geschäftlichen Charakter, weil A sozusagen selbst wirtschaftlich beteiligt ist und von den Folgen seiner Werbung selbst profitiert. Der BGH hat die Aktion ohne Weiteres als eine geschäftliche Handlung und vergleichende Werbung im Sinne von § 6 Abs. 1 UWG angesehen, BGH vom 1.10.2009 (Gib mal Zeitung), GRUR 2010, 161, 163 Rn. 10 ff.

II. Vergleichende Werbung, § 6 Abs. 1 UWG (+)

Es müsste sich um eine vergleichende Werbung im Sinne von § 6 Abs. 1 UWG handeln.

1. Werbung, Art. 2 lit. a RL 2006/114/EG (+)

Die Äußerung des A-Verlags in dem Kinospot zielt darauf ab, den Absatz der von ihm verlegten TAZ zu fördern und ist damit Werbung im Sinne dieser Bestimmung.

2. Mitbewerber (+)

Misst man den Streitfall an § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG, so ist die Eigenschaft von A und B als Mitbewerber durchaus zweifelhaft. Die betroffenen

Zeitungen wenden sich an völlig unterschiedliche Käuferschichten. Der Streitfall zeigt dies überdeutlich.

Nach der Rechtsprechung des EuGH setzt die Einordnung als „Mitbewerber“ im Kartellrecht voraus, dass die zum Vergleich stehenden Unternehmen beziehungsweise deren Produkte miteinander substituierbar sind, EuGH vom 19.4.2007 (De Landtsheer Emmanuel) – Rs. C-381/05, Slg. 2007 I, S. 3114 ff. Rn. 28. Eine solche Substituierbarkeit ist anzunehmen, wenn die fraglichen Produkte in etwa gleichen Bedürfnissen dienen und die betreffenden Unternehmen zumindest mit einem Teil ihrer Produktpaletten miteinander in Konkurrenz stehen. § 6 Abs. 1 UWG greift also nur ein, wenn die betreffenden Produkte von gleicher oder verwandter Art sind.

Der BGH versteht den Mitbewerberbegriff im Wettbewerbsrecht weit und hat ihn bejaht.

Stellt man für die Abgrenzung zwischen Mitbewerbern und sonstigen unternehmerischen Marktteilnehmer auf die wettbewerbliche Interessenlage ab, so ist die Mitbewerbereigenschaft ebenfalls zu bejahen. A hat kein geschäftliches Eigeninteresse, B irgendwie zu schonen. Er profitiert weder von einem wirtschaftlichen Erfolg, noch wird er von wirtschaftlichen Verlusten des B berührt.

Wer an dieser Stelle ein Wettbewerbsverhältnis und damit § 6 Abs. 1 UWG ablehnt, muss § 3 Abs. 1 UWG prüfen. A und B sind dann keine Mitbewerber, sondern sonstige Marktteilnehmer. Die Handlung wäre daher auch nicht an den § 4 Nr. 1, Nr. 4 UWG, sondern allein an § 3 Abs. 1 UWG zu messen. Die Sachfragen sind weitgehend identisch.

3. Erkennbarkeit (+)

„Erkennbarkeit“ setzt nach der Rechtsprechung voraus, dass sich die Identität des betreffenden Mitbewerbers beziehungsweise seiner Produkte den Werbeadressaten förmlich aufdrängen muss, BGH vom 25.4.2002 (DIE „STEINZEIT“ IST VORBEI!), GRUR 2002, 982, 983.

4. Vergleichscharakter

Eine vergleichende Werbung liegt nur vor, wenn in der Werbung Waren oder Dienstleistungen gegenübergestellt und miteinander verglichen werden. Sie fällt nach herrschender Ansicht dagegen nicht unter § 6 Abs. 1 UWG, wenn sie so allgemein gehalten ist, dass sie letztlich keinen Bezug zu einem Mitbewerber oder zu Konkurrenzwaren hat, BGH vom 19.5.2011 (Coaching-Newsletter), GRUR 2012, 74, 76 Rn. 19; Beater, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rdnr. 1507 ff. Im Streitfall werden die Zeitungen der Mitbewerber miteinander verglichen.

III. Verstoß gegen § 6 Abs. 2 Nr. 1 UWG (-)

Die Werbung bezieht sich auf Zeitungen und damit auf Waren. Man könnte – im Hinblick auf die unterschiedliche Leserschaft von taz und BILD – freilich Bedenken haben, ob die Waren auch „für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung“ dienen.

Es reicht grundsätzlich aus, dass die miteinander verglichenen Produkte teilweise denselben Zwecken dienen. Die Möglichkeit vergleichender Werbung darf dem Unternehmer nicht zu sehr erschwert werden. Es gibt ferner auch ein Interesse der Verbraucher, Vergleichsaussagen über nur teilweise funktionsidentische Produkte zu bekommen.

IV. Verstoß gegen § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG (-)

Der Begriff „*Eigenschaft*“ weit auszulegen. Er umfasst alle Informationen über eine Ware oder Dienstleistung, die geeignet sein können, die Entscheidung der angesprochenen Verkehrskreise über einen Vertragsabschluss zu beeinflussen, BGH vom 5.2.2004 (Genealogie der Düfte), BGHZ 158, 26, 33 f.

Der BGH hat der Werbung Aussagen darüber entnommen, welche Leserschaft die beiden Zeitungen jeweils haben. Die Tatsache, welche Leser eine bestimmte Zeitung bevorzugen, lasse Rückschlüsse auf den Inhalt und die Ausrichtung der Zeitung zu. Die Struktur der Leserschaft gehört zu den Eigenschaften einer Zeitung.

Die betreffende Eigenschaft ist „*wesentlich, relevant und typisch*“. Der BGH hat auch die „*Nachprüfbarkeit*“ bejaht. Die Anforderung soll eine Überprüfbarkeit des Werbevergleichs auf seine sachliche Berechtigung hin ermöglichen, BGH vom 30.9.2004 (Stresstest), GRUR 2005, 172, 175. Dazu ist erforderlich, dass die betreffende Werbeaussage zumindest einen Tatsachenkern enthält, der einer Überprüfung zugänglich ist, BGH vom 5.2.2004 (Genealogie der Düfte), BGHZ 158, 26, 34 mwN. Im Streitfall sah der BGH die Tatsachenaussage darin, dass die taz eben „*nicht für jeden*“ sei, sondern sich an eine andere Leserschaft als die BILD-Zeitung richte.

Der Vergleich ist auch „*objektiv*“. Die Anforderung soll Vergleiche ausschließen, die sich aus einer subjektiven Wertung ihres Urhebers und nicht aus einer objektiven Feststellung ergeben, EuGH vom 19.9.2006 (Lidl Belgium) – Rs. C-356/04, Slg. 2006 I, S. 8524 ff. Rn. 46. Die Aussage über die Struktur der Leserschaft der Zeitungen basiert nicht nur auf einer subjektiven Einschätzung, sondern auf objektiven Gegebenheiten. Im Streitfall war eine Marktforschung vorgelegt worden, aus der sich die Unterschiede in der Struktur der Leserschaft beider Zeitungen hinsichtlich Geschlecht, Alter, Ausbildung, Beruf, Einkommen usw. ergaben.

A.A. vertretbar.

V. Verstoß gegen § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG (-)

Der Begriff der Verwechslungsgefahr ist für die vergleichende Werbung und für das Markenrecht einheitlich zu verstehen, weil die einschlägigen wettbewerbs- und markenrechtlichen Normen einen verwandten gemeinschaftsrechtlichen Hintergrund haben, EuGH vom 12.6.2008 (O2 Holdings Limited) – Rs. C-533/06, Slg. 2008 I, S. 4231 ff. Rn. 49.

Die Verwechslungsgefahr bestimmt sich nach den Anforderungen von § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG und damit nach einer einzelfallbezogenen Ähnlichkeitsprüfung. Maßgebend sind drei Faktoren: (1) die Kennzeichnungskraft des geschützten Zeichens, (2) der Grad der Produktähnlichkeit und schließlich (3) der Grad der Ähnlichkeit zwischen dem geschützten und dem anderen Zeichen. Die drei Kriterien stehen nach der Rechtsprechung in einer Wechselbeziehung zueinander. So soll zum Beispiel ein geringerer Grad an Produktähnlichkeit durch einen höheren Grad an Zeichenähnlichkeit ausgeglichen werden und umgekehrt. Maßgebend ist eine abschließende Gesamtabwägung.

Die Verwechslungsgefahr ist zu verneinen. Die Kennzeichnungskraft des geschützten Zeichens („BILD“) ist groß. Die Ähnlichkeit der gekennzeichneten Produkte ist aber gering, weil BILD und taz sich an völlig unterschiedliche Adressaten wenden. Das geschützte und das verwendete Zeichen sind einander nicht ähnlich.

VI. Verstoß gegen § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG (-)

1. Unlautere Rufausnutzung (-)

Das Benutzen von Kennzeichen eines Mitbewerbers in vergleichender Werbung ist eine Rufausnutzung, wenn über eine bloße Assoziation hinaus der Ruf auf die Erzeugnisse des Werbenden übertragen wird, 25.10.2001 (Toshiba Europe) – Rs. C-112/99, Slg. 2001 I, S. 7945 ff. Rn. 57. Ein Werbevergleich ist grundsätzlich zulässig, wenn der (sachlich gebotene) Hinweis auf das fremde Kennzeichen ausschließlich dazu dient, Unterschiede beziehungsweise Gemeinsamkeiten anderer Konkurrenzprodukte im Interesse eines wirksamen Wettbewerbs deutlich zu machen. Eine unlautere Rufausnutzung liegt lediglich vor, wenn der Vergleich sachlich nicht notwendig ist, um den Inhalt und die Vorteile des eigenen Angebots gegenüber den konkurrierenden Angeboten ausreichend deutlich zu machen.

In dem Werbespot des A-Verlags ist der Hinweis auf das Logo des B-Verlags („BILD“) hilfreich für eine Unterscheidung der verglichenen Erzeugnisse (taz/BILD). Ein etwaiger guter Ruf des Kennzeichens „BILD“ wird damit nicht ausgebeutet, im Gegenteil: Dem A-Verlag geht es um eine negative Darstellung des Wettbewerbers. Eine Rufausnutzung liegt folglich nicht vor.

2. Unlautere Rufbeeinträchtigung (-)

Eine Rufbeeinträchtigung liegt vor, wenn negative Vorstellungen auf das Kennzeichen übertragen werden. Diese Übertragung kann auf unterschiedlichen Umständen beruhen: beispielsweise auf der Verwendung des Zeichens für qualitativ minderwertige Produkte; auf der Verwendung durch ein zweifelsfrei unseriöses Unternehmen, dessen schlechter Ruf auf das Kennzeichen durchschlagen würde; oder auf der Verwendung in einer herabsetzenden Darstellungsform oder in Verbindung mit herabsetzenden oder obszönen Werbesprüchen.

Die Thematik ist in gleicher Weise wie im Rahmen von § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG zu beurteilen.

VII. Verstoß gegen § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG (-)

„Herabsetzen“ meint die sachlich nicht gerechtfertigte Verringerung der Wertschätzung durch abträgliche Tatsachen oder Werturteile. „Verunglimpfen“ ist eine gesteigerte Form der Herabsetzung durch Verächtlichmachen in Gestalt eines abträglichen Werturteils ohne sachliche Grundlage. Wegen der gebotenen engen Auslegung (siehe oben) setzt eine Herabsetzung mehr voraus, als die jedem kritischen Werbevergleich immanente Gegenüberstellung der Vorteile und Nachteile der verglichenen Produkte. Sie kommt nur in Betracht, wenn besondere Umstände hinzutreten, die den Vergleich in unangemessener Weise abfällig, abwertend oder unsachlich erscheinen lassen, BGH vom 17.1.2002 (Lottoschein), GRUR 2002, 828, 830; BGH vom 25.4.2002 (Die „Steinzeit“ ist vorbei!), GRUR 2002, 982, 983 f. Solange der Werbende mit ironischen Anklängen lediglich Aufmerksamkeit und Schmunzeln erzielt, mit ihnen aber keine Abwertung des Mitbewerbers (durch Spott und Lächerlichkeit) verbunden ist, liegt darin noch keine unzulässige Herabsetzung oder Verunglimpfung. BGH vom 12.7.2001 (Preisgegenüberstellung im Schaufenster), GRUR 2002, 72 ff.

1. OLG Hamburg

OLG Hamburg vom 11.7.2007 (Gib mal Zeitung), ZUM-RD 2008, 350 ff. hat einen Verstoß gegen § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG bejaht.

A-Verlag überschreite mit dem Werbespot, auch wenn dieser durch Witz, Sarkasmus und Ironie geprägt sei, die Grenzen des wettbewerbslich Zulässigen. Er versuche, seine Zeitung werblich herauszustellen, indem er die

Zeitung und die Leserschaft des B-Verlags ohne sachlichen Grund abqualifiziere. Die Werbung des A-Verlags stelle dem Betrachter nämlich einen Leser der BILD-Zeitung stellvertretend für die gesamte Leserschaft vor. Dieser typische BILD-Zeitungsleser sei so undifferenziert und intellektuell anspruchslos, dass er nach kurzem erfolglosem Bemühen die Lektüre der – anspruchsvollen – taz aufgeben müsse, weil er damit inhaltlich oder sprachlich hoffnungslos überfordert sei. Diese Werbebotschaft werde durch die Schrifteinblendung „taz ist nicht für jeden“ herausgestellt. Der A-Verlag stempelte damit die Leserschaft der BILD-Zeitung pauschal als primitiv und dumm ab und zeichne ein vernichtendes Bild von den (fehlenden) intellektuellen Fähigkeiten und der trostlosen Sozialstruktur eines typischen BILD-Zeitungslesers. Dadurch setze er das Produkt des B-Verlags und dessen Ansehen als Verlagshaus in unangemessener und verwerflicher Weise herab.

Eine Rechtfertigung durch Grundrechte/EMRK lehnt das OLG Hamburg ab. Hierbei ist eine Abwägung der Interessen des A-Verlags mit den Interessen des B-Verlags erforderlich. Je weniger eine Äußerung dabei zur Meinungsbildung in einer die Öffentlichkeit berührenden Frage beiträgt, und je mehr sie eigennützigen Interessen dient, desto weniger schutzwürdig ist sie.

Die Grenzen einer zulässigen Auseinandersetzung mit einem unmittelbaren Konkurrenten und dessen Produkt seien im Rahmen einer vergleichenden Werbung nach § 6 Abs. 1 UWG deutlich enger gesteckt als bei Äußerungen über Unternehmen, die kein Konkurrent des Sich-Äußernden seien. Hierbei gehe es allenfalls in zweiter Linie um eine Information der Öffentlichkeit oder um eine inhaltliche Auseinandersetzung. Im Vordergrund stehe vielmehr der Absatz des eigenen Produkts, und zwar zulasten des Konkurrenzprodukts. Zu diesem Zweck seien Vergleiche grundsätzlich zulässig. Sie hätten indes engere Grenzen zu beachten als etwa eine künstlerische Auseinandersetzung mit der BILD-Zeitung, zum Beispiel im Rahmen einer Kabarettaufführung. Denn der Werbende nehme den Vergleich vor, die angesprochene Kundschaft für sein Produkt zu gewinnen, OLG Hamburg vom 11.7.2007 (Gib mal Zeitung), ZUM-RD 2008, 350, 353.

2. BGH

Der BGH hat ein Herabsetzen verneint.

Der Werbespot rücke nicht die gesamte Leserschaft der BILD-Zeitung in ein ungünstiges Licht. Er vermittele dem Betrachter zwar die Vorstellung, bei diesem Zeitungskunden handle es sich um einen typischen Leser der BILD-Zeitung. Die Annahme, der Betrachter des Werbespots gewinne den Eindruck, die gesamte Leserschaft der BILD-Zeitung entspreche diesem Typus, widerspreche jedoch der Lebenserfahrung. Danach sei allgemein bekannt, dass die Leserschaft der BILD-Zeitung tatsächlich nicht nahezu ausschließlich aus der Personengruppe besteht, die der A-Verlag in seinem Werbespot überzeichnend beschrieben hat, sondern die BILD-Zeitung von breiten Teilen der Bevölkerung quer durch alle sozialen Schichten gelesen wird (Zeitung liegt sogar kostenlos im ICE in der 1. Klasse aus).

Der dargestellte BILD-Zeitungsleser werde auch nicht pauschal als primitiv und dumm abgestempelt. Der Werbespot zeige ihn vielmehr durchaus als gewitzt. Als er erkenne, dass der Kioskinhaber ihm einen Streich gespielt habe, sei er diesem nicht böse, sondern stimme in das Lachen ein. Es gelinge ihm, den Kioskinhaber mit seinem Wunsch nach der taz seinerseits „auf den Arm zu nehmen“. Er habe zuletzt die Lacher auf seiner Seite. Das schallende Gelächter, in das der Kunde ausbricht, nachdem er den Kioskinhaber durch seinen überraschenden Wunsch nach der taz verblüfft

hat, solle ersichtlich nicht deutlich machen, wie fernliegend und lächerlich das Verlangen des Kunden nach der taz sei, sondern sei vielmehr lediglich Ausdruck der Freude des Kunden darüber, dass es ihm gelungen sei, seinerseits den Kioskinhaber „zu veräppeln“.

Der Betrachter nehme die Aussage nicht wörtlich und damit auch nicht ernst. Sie rufe in ihm vielmehr nur ein Schmunzeln hervor. Der Werbespot solle lediglich auf humorvolle Weise zum Ausdruck bringen, dass die taz „nicht für jeden“ sei, also nicht den Massengeschmack anspreche und sich nicht an die Leser wende, die zum Typus des dargestellten BILD-Zeitungslesers gehörten.

Der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher erkenne, dass es sich bei der Darstellung um eine humorvolle Überspitzung handle, mit der die Aufmerksamkeit der Werbeadressaten geweckt und nicht die BILD-Zeitung oder deren Leserschaft pauschal abgewertet werden solle. Außerdem habe die taz-Werbung einen wahren Kern: Die Leserschaft beider Zeitungen unterscheide sich hinsichtlich ihres Bildungsgrads und intellektuellen Anspruchs. Diesen Umstand überzeichne der Spot satirisch so stark, dass ihn niemand als repräsentative Aussage über sämtliche Leser der Bild-Zeitung verstehen könne. Außerdem sei nicht jeder Vergleich, der eine herabsetzende Tendenz aufweist, zwangsläufig unlauter.

Die Interessen des Werbenden müssen gegenüber dem Schutzinteresse des betroffenen Mitbewerbers überwiegen. Hier kann sich die taz zusätzlich auf ihre Meinungs- und Pressefreiheit berufen, **Art. 11 der GR-Charta**. Ähnlich wie im Persönlichkeitsrecht müssten sich Personen und Unternehmen, die in der Öffentlichkeit auftreten, eine kritische oder satirische Auseinandersetzung gefallen lassen. Ein striktes Sachlichkeitsgebot bestehe dabei nicht. Der Spot könne daher keine unlautere Herabsetzung sein.

[B. §§ 8 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, 4 Nr. 1 UWG (-)]

Für § 4 Nr. 1 UWG ist kein Raum, weil es sich um vergleichende Werbung handelt, BGH vom 24.1.2019, GRUR 2019, 631, 636 Rn. 55. Deren Zulässigkeit ist ausschließlich an § 6 Abs. 2 UWG und namentlich an § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG zu messen.

Sofern eine vergleichende Werbung abgelehnt wird, sind die §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 1 UWG zu prüfen. Sie stellen sowohl dem Gesetzeswortlaut nach als auch in der Sache grundsätzlich dieselben Anforderungen wie § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG, *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rdnr. 2017.

§ 6: SCHUTZ DES ENTSCHEIDUNGSPROZESSES

A. Allgemeines

Das wirtschaftliche Interesse des Verbrauchers, vor nachteiligen Entscheidungen beim Erwerb von Waren beziehungsweise bei der Inanspruchnahme von Leistungen geschützt zu werden, verlangt auch den Schutz des Entscheidungsprozesses. Die richtige Verteilung von Gütern durch den Wettbewerb setzt voraus, dass die Entscheidung des einzelnen Verbrauchers wettbewerbskonform zustande kommt. Der Verbraucher muss seine Entscheidung in korrekter Weise treffen können und darf sie gerade nicht unter Umständen fällen müssen, die ein eigenverantwortliches Handeln ausschließen. Das Unionsrecht und das deutsche Recht sprechen insoweit von „*aggressiven Geschäftspraktiken*“, Art. 8 RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, § 4a UWG. Die Unzulässigkeit der betreffenden Handlungen ergibt sich aus einer Art Nötigungscharakter. Es ist dagegen durchweg unerheblich, ob Angaben, die der Unternehmer im Rahmen seiner Handlung macht, wahr oder unwahr sind. Auch „wahrheitsgemäße“ Drohungen können unzulässige Nötigungseffekte haben.

B. Per-se-Verbote, Nr. 24 ff. Anhang UWG

Die § 3 Abs. 3, Nr. 24 – 32 Anhang UWG normieren diverse, stets unzulässige geschäftliche Handlungen. Die Regelung listen– ebenso wie die Nr. 1 ff. Anhang UWG – Einzelkonstellationen auf, in denen besonders gravierende Beeinflussungen des Entscheidungsprozesses infrage stehen. Den Vorschriften liegt keine in sich konsistente Gesamtkonzeption zugrunde.

- Die **Nr. 24, 25 Anhang UWG** haben besonders grobe und massive Bedrohungen zum Gegenstand. In vielen dieser Fälle hat die Bedrohung einen handfesten physischen Charakter. Der Gesetzgeber schließt hier völlig zu Recht zwingend auf eine unzulässige Störung des Entscheidungsprozesses.
- Die **Nr. 29, 30 Anhang UWG** wenden sich gegen weitere Formen von „Bedrohungen“. In diesen Fällen droht dem Verbraucher keine physische Sanktion, wohl aber eine Sanktion sozialen Charakters. Verbraucher können sich durch den Besitz unbestellter Produkte verpflichtet fühlen, diese zu bezahlen, zurückzusenden oder aufzubewahren, auch wenn es keine entsprechenden rechtlichen Pflichten gibt (Nr. 29). Nr. 30 wendet sich gegen eine Bedrohung, die für den Verbraucher aufgrund des menschlichen Solidaritätsempfindens entsteht.
- Der Entscheidungsprozess kann auch unzulässig dadurch gestört werden, dass die Durchsetzung von Entscheidungen irgendwie „blockiert“ oder massiv erschwert wird. Der Verbraucher kann seine Entscheidung in solchen Fällen an sich korrekt treffen. Es droht ihm aber, faktisch an eine Entscheidung gebunden zu werden, die er so nicht getroffen hat oder an der er zu Recht nicht festhalten will. Auch dann sind die korrekte Ausübung der Schiedsrichterfunktion gestört und der Verbraucher in seinen wirtschaftlichen Interessen beeinträchtigt. Eine solche Konstellation betrifft **Nr. 27 Anhang UWG**. Die Vorschrift verbietet Versuche, den Verbraucher von einer Durchsetzung seiner vertraglichen Rechte aus einem

Versicherungsverhältnis abzuhalten, indem nicht relevante Unterlagen verlangt werden oder die Schreiben des Verbrauchers, mit denen er seine Ansprüche geltend macht, systematisch nicht beantwortet werden. Die Regelung soll sicherstellen, dass sich die Versicherungsgesellschaft mit dem Anliegen des Verbrauchers ernsthaft auseinandersetzt.

- **Nr. 28 Anhang UWG** betrifft bestimmte Praktiken gegenüber Kindern, trifft also eine Regelung, die sich speziell auf besonders schutzbedürftige Verbraucher bezieht. Die Vorschrift untersagt unmittelbare Werbeaufforderungen an Kinder, ein beworbenes Produkt zu erwerben oder Erwachsene zu dem Erwerb zu veranlassen. Sie wirft durchweg erhebliche Auslegungsfragen auf. Bislang ist der Begriff der „Kinder“ umstritten (h.M.: unter 14 Jahre) und der Begriff der „unmittelbaren Aufforderung“ weitgehend unklar.
- **Nr. 31 Anhang UWG** betrifft zumindest auch die Entscheidungsrationalität und ist deshalb vom Gesetzgeber im Anschluss an eine Entscheidung des EuGH in den Katalog aggressiver Praktiken umplatziert worden. Es ist nicht erlaubt, den Verbraucher durch das Mitteilen eines vermeintlichen Gewinns in Glücks- und Hochstimmung zu versetzen, um diese auf falschen Informationen beruhende Gefühlslage sogleich zu Geschäftszwecken auszunutzen.

C. Aggressive geschäftliche Handlungen, § 4a UWG

§ 4a UWG schützt Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer vor „*aggressiven geschäftlichen Handlungen*“. Was unter einer aggressiven geschäftlichen Handlung zu verstehen ist, regelt das UWG in Anlehnung an die Artt. 8, 9 RL 2005/29/EG sehr detailliert. Es geht um Handlungen,

- die aggressiv, das heißt im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers erheblich zu beeinträchtigen, **§ 4a Abs. 1 Satz 2 UWG**,
- und die für die Entscheidung des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers relevant, das heißt geeignet sind, ihn zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte, **§ 4a Abs. 1 Satz 1 UWG**.

I. Aggressive Handlung

Für die Einordnung, ob eine Handlung die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers erheblich beeinträchtigen kann, (§ 4a Abs. 1 Satz 2 UWG) unterscheidet das Gesetz

- verschiedene Beeinträchtigungsmittel, nämlich Belästigung, Nötigung und unzulässige Beeinflussung, **§ 4a Abs. 1 Nr. 1 – 3 UWG**
- und verlangt eine Beurteilung für den „*konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände*“, **§ 4a Abs. 1 Satz 2 UWG**. Maßgeblich ist eine situationsadäquate Beurteilung, die ein Bündel von unterschiedlichen, im Einzelfall zu gewichtenden Aspekten zu berücksichtigen hat. Die **§ 4a Abs. 2 Nr. 1 – 5 UWG** normieren wichtige Gesichtspunkte, die im Einzelfall relevant sein können.

1. Belästigung, § 4a Abs. 1 Nr. 1 UWG

Eine Belästigung kommt in Betracht, wenn der Unternehmer den Verbraucher fortgesetzt mit seinen kommerziellen Absichten konfrontiert oder Aufforderungen des Verbrauchers ignoriert und den Verbraucher beleidigt, *Alexander, Wettbewerbsrecht, 3. Auflage 2022, Rn. 1138.*

Der praktische Anwendungsbereich von § 4a Abs. 1 Nr. 1 UWG ist gering. Wenn Belästigungen einen Nötigungscharakter haben, dann greift bereits § 4 Abs. 1 Nr. 2 UWG ein. Wenn sie keinen Nötigungscharakter haben, dann wird die Eignung, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers erheblich zu beeinträchtigen, in aller Regel fehlen.

Das Verbot aggressiver Belästigungen (§ 4a Abs. 1 Nr. 1 UWG) muss streng vom Verbot unzumutbarer Belästigungen (§ 7 UWG) unterschieden werden, weil die Vorschriften unterschiedliche Schutzzwecke verfolgen, *Regierungsentwurf und Begründung zum UWG vom 1.4.2015, BT-Drucks. 18/4535, S. 1, 14 f.*

- § 4a Abs. 1 Nr. 1 UWG schützt die Entscheidungsfreiheit und greift nur ein, wenn die Entscheidungsfreiheit tatsächlich beeinträchtigt wird. Die Vorschrift scheidet namentlich aus, wenn sich der Verbraucher problemlos gegen das Geschäft entscheiden beziehungsweise sich der Belästigung entziehen kann.
- § 7 UWG schützt dagegen nicht wie § 4a UWG den Entscheidungsprozess und wirtschaftliche Interessen der Verbraucher, sondern die Privatsphäre und das Recht, in Ruhe gelassen zu werden, *Regierungsentwurf und Begründung zum UWG vom 1.4.2015, BT-Drucks. 18/4535, S. 1, 14 f.; vertiefend Beater, Allgemeinheitsinteressen und UWG, WRP 2012, 6 ff.*

2. Nötigung, § 4a Abs. 1 Nr. 2 UWG

Die Beeinträchtigung kann insbesondere auf eine „Nötigung“ zurückgehen, **§ 4a Abs. 1 Nr. 2 UWG**. Praktiken, die den Verbraucher durch das massive Ausüben von Druck in seiner Entscheidung unzulässig stören, sind unzulässig.

Die ausdrückliche Erwähnung der „Anwendung körperlicher Gewalt“ und das systematische Verhältnis der Regelung zu § 4a Abs. 1 Nr. 3 UWG legen es nahe, den Begriff der Nötigung eng auszulegen. Es sind nur ganz eindeutige und massive Einflussnahmen als Nötigung anzusehen, *Alexander, Wettbewerbsrecht, 3. Auflage 2022, Rn. 1139*. Zu denken ist insbesondere an Fälle, in denen Betroffenen im Grunde keine Alternative bleibt. Der Nötigungstatbestand ist aber insoweit weiter als § 4a Abs. 1 Nr. 3 UWG (dazu unten), als er keine ausdrückliche „Machtposition“ voraussetzt.

Ein möglicher Fall ist der psychologische Kaufzwang. Eine wettbewerbswidrige Beeinflussung des Verbrauchers liegt insbesondere nahe, wenn das Ablehnen des Geschäfts auf einen Verstoß gegen soziale Rücksichts- und Höflichkeitsnormen hinauslaufen würde. Ein Wettbewerbsverstoß scheidet dagegen aus, wenn sich der Verbraucher problemlos gegen das in Frage stehende Geschäft entschließen könnte.

Die Verhaltenswissenschaft geht davon aus, dass soziale Normen einen gewichtigen Einfluss auf das Konsumentenverhalten haben können. Zumeist

werden solche Verhaltens- und Konsumnormen im Zusammenhang mit Gruppen beschrieben, denen der Konsument angehört, weil die jeweiligen Normen maßgeblich durch die entsprechende Gruppe beeinflusst oder gar gebildet werden können. Weichen die individuelle Vorstellung und das durch die soziale Norm gebotene Verhalten voneinander ab, so kann es sein, dass der Konsument der drohenden sozialen Sanktion durch normkonformes Verhalten ausweicht und zum Beispiel aus Gründen der Gruppensolidarität etwas erwirbt, was er eigentlich gar nicht erwerben möchte, siehe etwa die Konstellation in BGH vom 3.11.1978 (Kindergarten-Malwettbewerb), GRUR 1979, 157 ff.

Für die situationsadäquate Beurteilung (§ 4a Abs. 1 Satz 2 UWG) sind wichtige Indizien, ob der Verbraucher seine Entscheidung unter den Augen des Verkäufers fällen muss, unter Zeitdruck gesetzt wird, sich also „hier und jetzt“ entscheiden soll, und keine Gelegenheit hat, sich räumlich zu entziehen, mit Dritten zu beraten, weitere Information einzuholen oder einfach noch abzuwarten. **§ 4a Abs. 2 Nr. 1 UWG** spricht insoweit von „*Zeitpunkt, Ort, Art oder Dauer der Handlung*“.

- Stark ausgeprägt sind Momente psychologischer Zwangswirkung bei sogenannten Verkaufsfahrten, da die Teilnehmer hier typischerweise in besonderem Maße den Werbeeinflüssen des Veranstalters ausgesetzt sind, BGH vom 10.10.1985 (Verkaufsfahrten), GRUR 1986, 318, 320.

Gleiches gilt, wenn der Kunde eine kostenlose Haartönung mit etwa einstündiger Behandlungsdauer in Anspruch nimmt und so dem Erwerb entsprechender Pflegewaren oder einer Bestellung weiterer Friseurleistungen nur schwer ausweichen kann, BGH vom 18.9.1997 (Erstcoloration), GRUR 1998, 475, 476 f. In beiden Konstellationen drohen dem Kunden sogar handfeste Sanktionen, wenn er das Geschäft nicht abschließt. Die Verkaufsfahrt geht möglicherweise ohne ihn weiter und der Frisörbesucher fürchtet vielleicht, den Salon mit einem unfertigen Haarschnitt verlassen zu müssen.

- Umgekehrt kann ein psychologischer Kaufzwang ausscheiden, weil der Kunde seine Entscheidung beispielsweise aufgrund der Besonderheiten des Versandhandels in Ruhe und in räumlicher Distanz zum Verkäufer und ohne weitere Einflussnahme treffen kann. Ebenso scheidet ein psychologischer Kaufzwang aus, wenn der Besucher nicht aus der Anonymität heraustreten muss und kein Gefühl einer persönlichen Verpflichtung gegenüber dem Verkaufspersonal aufkommen kann, BGH vom 17.2.2000 (Space Fidelity Peep-Show), GRUR 2000, 820, 821 f. Schließlich kann aufgrund sonstiger Umstände anzunehmen sein, dass der Verbraucher von dem Angebot nur nach reiflicher Überlegung Gebrauch machen wird, zum Beispiel weil gewährte Gutschriften kein Verfalldatum enthalten und deshalb keinen zeitlichen Entscheidungsdruck auslösen oder weil die Wertverhältnisse von anrechenbarer Gutschrift und Gesamtpreis einen unüberlegten und von sachfremden Erwägungen geleiteten Spontankauf ausschließen, BGH vom 28.1.1999 (Altkleider-Wertgutscheine), GRUR 1999, 755, 756.

3. Unzulässige Beeinflussung, § 4a Abs. 1 Nr. 3 UWG

Die unzulässige Beeinflussung ist in **§ 4a Abs. 1 Satz 3 UWG** detailliert/unübersichtlich definiert und ein speziell geregelter Fall der Nötigung. Sie setzt eine Machtposition voraus, die durch das Erzeugen von Druck

gegenüber dem Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer unzulässig ausgenutzt wird.

Der Begriff der „*Machtposition*“ soll im Interesse eines wirksamen Verbraucherschutzes richtlinienkonform weit auszulegen sein, *Köhler/Alexander* in: Köhler/Fedderson, 43. Auflage 2025, § 4a UWG Rn. 1.57a mwN. Erforderlich ist eine überlegene Stellung des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher oder dem sonstigen Marktteilnehmer, die situativ oder strukturell – etwa durch wirtschaftliche Überlegenheit – begründet sein kann, BGH vom 19.4.2018 (Werbeblocker II), BGHZ 218, 236 ff. Rn. 60. Das zwischen Unternehmer und Verbraucher typischerweise bestehende Gefälle an wirtschaftlichen Möglichkeiten und geschäftlicher Erfahrung reicht für sich aber nicht automatisch aus, um bereits von einer Machtposition des Unternehmers zu sprechen, *Köhle/Alexander* aaO.

Druck ist insbesondere wettbewerbswidrig, wenn er geschäftliche Wahlmöglichkeiten ausschließt und damit den Wettbewerb beschränkt.

Dagegen können Handlungen, die einen wettbewerbskonformen Druck erzeugen, niemals in unzulässiger Weise aggressiv sein, *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rdnr. 1775 ff., 2194. Handlungen, die der Marktgegenseite Auswahlentscheidungen ermöglichen, führen zu einem Mehr an Wettbewerb und müssen grundsätzlich zulässig sein, ähnlich BGH vom 19.4.2018 (Werbeblocker II), BGHZ 218, 236 ff. Rn. 30.

Mangels einer Ausübung von Druck liegt weder eine Nötigung noch eine unzulässige Beeinflussung vor, wenn der Unternehmer lediglich in unsachlicher Weise Einfluss nimmt. Bedeutung hat dies für Suggestivwerbung. Sie wirbt nicht mit den sachlichen Qualitäten oder mit dem Preis des angebotenen Produkts, sondern weitgehend oder gar völlig ohne Sachaussage, zum Beispiel mit Gewissensappellen, Emotionen oder Image. Diese Werbung ist zulässig und kann auf keinen Fall die Entscheidungsfreiheit „erheblich“ beeinträchtigen. Die Werbefreiheit gebietet, dass der Unternehmer in der Entscheidung, wie und mit welchen Angaben er wirbt, grundsätzlich nicht gebunden ist. Er soll nicht von Rechts wegen auf „sachliche“ Werbung beschränkt werden.

4. Aggressivität und Urteilsvermögen von Verbrauchern/sonstigen

Marktteilnehmern, § 4a Abs. 2 Nr. 3 UWG

Für die Beurteilung einer Handlung als unzulässig aggressiv kommt es unter anderem darauf an, ob das Urteilsvermögen des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers beeinträchtigt wird, **§ 4a Abs. 2 Nr. 3 UWG**.

a. Besonders schutzbedürftige Verbraucher

Nach **§ 4a Abs. 2 Satz 2 UWG** kann sich die Aggressivität auch aus einer besonderen Schutzbedürftigkeit von Verbrauchern ergeben. Die Regelung erklärt sich aus der Überlegung, dass es diesen Verbrauchern an geschäftlicher Erfahrung mangelt. Sie können ihrer wettbewerbslichen Schiedsrichterfunktion nur dann gerecht werden, wenn sie durch zusätzliche Schutzmechanismen unterstützt werden.

Das Wettbewerbsrecht gebietet eine Sonderbeurteilung, wenn sich eine Werbeaktion typischerweise oder sogar ganz gezielt an besonders schutzbedürftige Verbraucherkreise, wie etwa Kinder, Bewohner von Altersheimen oder geschäftlich unerfahrene Personen, richtet, BGH vom 10.10.1985 (Verkaufsfahrten), GRUR 1986, 318, 320.

Im Extremfall ist das unternehmerische Handeln bereits allein aus diesem Grund wettbewerbswidrig, BGH vom 7.5.1998 (Verkaufsveranstaltung in Aussiedlerwohnheim), GRUR 1998, 1041 f.

§ 4a Abs. 2 Satz 2 UWG bezieht sich auch auf Kinder und Jugendliche („Alter“). Hier sind Sonderfragen zu beachten. Kinder und Jugendliche sollen ein sicheres Verhalten im Geschäftsbereich lernen und verlangen daher nach Sondermaßstäben.

- Soweit Kinder und Jugendliche selbst über den Kauf entscheiden, ist § 4a Abs. 1 UWG ohne Weiteres anwendbar.
- Soweit Kinder und Jugendliche lediglich Kaufmotivatoren sind und die Kaufentscheidung durch die Eltern getroffen wird, ist § 4a Abs. 1 UWG nicht anwendbar (str.). Die Entscheidungsfindung innerhalb von Familien ist aus Sicht des Wettbewerbsrechts interessant, weil hier – ähnlich wie bei Unternehmen – mehrere Personen beteiligt sein können und nicht nur – wie sonst im Verbraucherbereich typisch – Einzelpersonen.

b. Unglückssituationen, § 4a Abs. 2 Nr. 3 UWG

Der Entscheidungsprozess ist besonders schutzbedürftig, wenn das Geschäftsangebot den Verbraucher erkennbar in einer Ausnahmesituation trifft, die einem verantwortungsvollen Abwägen entgegenwirkt. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn sich der Verbraucher in einer – wie auch immer gelagerten – Notlage befindet und völlig unvorbereitet oder in ungewöhnlicher Situation mit Geschäftsangeboten konfrontiert wird. Ein solcher Fall ist die Werbung am Unfallort. Der BGH sieht diese Werbung zu Recht als wettbewerbswidrig an, BGH vom 22.11.1974 (Werbung am Unfallort I), GRUR 1975, 264 ff., BGH vom 22.11.1974 (Werbung am Unfallort II), GRUR 1975, 266 ff.

A ist Angestellter einer Autoreparaturwerkstatt und wird Zeuge eines Verkehrsunfalls. Er spricht den Unfallbeteiligten U an, überreicht ihm eine Geschäftskarte seines Chefs, die nach Art ihrer Aufmachung auf die Aufnahme von Daten am Unfallort zugeschnitten ist. A erklärt, die Firma werde alles übernehmen, einen Rechtsanwalt besorgen und einen Mietwagen bereitstellen. U brauche nur in das Büro zu kommen und unterschreiben. In einer derartigen Ausnahmesituation ist der angesprochene Unfallgeschädigte in der Regel zu einer ruhigen Überlegung und Abwägung und damit zu einer freien und sachgerechten EntschlieÙung nicht in der Lage.

Sind Kaufentscheidungen dagegen eine Folge von psychischen Ausnahmesituationen, die der Unternehmer weder herbeigeführt hat, noch gezielt zu seinen Gunsten ausnutzt, so liegt die Annahme einer Wettbewerbswidrigkeit fern. Ist dem Unternehmer eine solche Störung des Entscheidungsprozesses nicht zuzurechnen, so muss sie vom Verbraucher in

den Grenzen des allgemeinen Vertragsrechts (§§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 2 Alt. 2 BGB) selbst verantwortet werden.

c. Angst

Nach **§ 4a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, Satz 2 UWG** kann auch die „*bewusste Ausnutzung [von] Angst*“ unzulässige Aggressivität begründen.

Im Schrifttum herrscht insbesondere über die Wettbewerbswidrigkeit von Angstwerbung weitgehend Konsens. Demgegenüber ist jedoch Skepsis geboten. Zum einen muss Werbung die Verbraucher auch auf angstbegründende Umstände, wie zum Beispiel Gesundheits- oder Inflationsgefahren, hinweisen können.

Zum anderen lässt die Verhaltensforschung den Schluss, dass Angstwerbung den Verbraucher fremdbestimmen kann, nicht ohne Weiteres zu: Danach ist zwar die Aufmerksamkeitswirkung umso größer, je intensiver der Furchtappell ist. Zugleich steigt mit der Intensität jedoch auch das Vermeidungsverhalten, das sich etwa in einem „Übersehen“ solcher Werbung beziehungsweise der umworbenen Produkte äußern kann. Stattdessen ist es aber auch möglich, dass der Furchtappell Aggressivität auslöst, die sich gegen den „communicator“, also im Fall von Werbung gegen das werbende Unternehmen richtet. Im Übrigen ist die verhaltensändernde Wirkung von Angstwerbung unterschiedlich. Besonders starke Furchtappelle haben einen ausgeprägten kurzfristigen Effekt, während das langfristige Verhalten umso stärker beeinflusst wird, je geringer der Furchtappell ist.

Wesentlicher Maßstab für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Angstwerbung muss daher insbesondere sein, welche Intensität der Furchtappell hat, ob sich der Umworbene der Werbung ohne Weiteres entziehen kann oder nicht und ob die Umstände und die Art der Werbung sowie die Art des umworbenen Produkts „Spontankäufe“ besonders begünstigen oder langfristige Entscheidungssituationen betreffen. Das bisherige Fall- und Entscheidungsmaterial gibt meines Erachtens keinen Anwendungsfall zu erkennen, der nach wettbewerbsrechtlichem Einschreiten verlangt.

II. Relevanz

Die Handlung muss geeignet sein, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Handlung zu veranlassen, „*die dieser andernfalls nicht getroffen hätte*“, **§ 4a Abs. 1 Satz 1 UWG**. Das Erfordernis ist in gleicher Weise wie in § 5 Abs. 1 UWG zu verstehen, *Regierungsentwurf und Begründung zum UWG* vom 1.4.2015, BT-Drucks. 18/4535, S. 1, 14. Die Voraussetzung wird vom UWG zwar theoretisch von der Voraussetzung der Aggressivität unterschieden, wird aber, wenn die Aggressivität bejaht wird, in der Regel ebenfalls erfüllt sein.

IV. TEIL: MITBEWERBER

§ 7: GRUNDLAGEN

A. Überblick

Das UWG schützt den Unternehmer vor bestimmten Praktiken seiner Mitbewerber, **§ 1 Abs. 1 Satz 1 UWG** („*Schutz der Mitbewerber vor unlauterem Wettbewerb*“). Die Interessen von Mitbewerbern sind eine wichtige Größe für wettbewerbsrechtliche Abwägungen, insbesondere für die Beurteilungen, ob eine geschäftliche Handlung eine gezielte Behinderung (§ 4 Nr. 4 UWG) oder aus sonstigen Gründen unlauter (§ 3 Abs. 1 UWG) ist.

Welchen Schutz ein Unternehmen gegenüber anderen Unternehmen genießt, hängt zentral von der Unterscheidung zwischen Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern ab. Manche Normen sind ausdrücklich nur auf das Handeln von Mitbewerbern anwendbar: **§§ 4, 6, 8 Abs. 3 Nr. 1, 9 Abs. 1 UWG**. Sie finden keine Anwendung, wenn es um das Verhalten von Unternehmen geht, die eben kein Konkurrent, sondern ein bloßer Marktteilnehmer im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG sind. Wird das Unternehmen durch einen Mitbewerber geschädigt, so gelten andere Maßstäbe als für die Schädigung durch Unternehmen, die sonstige Marktteilnehmer sind. Das Handeln von Mitbewerbern muss an einer anderen Elle gemessen werden als das von sonstigen unternehmerischen Marktteilnehmern.

Skizze

Die Versuchung zu unlauteren Methoden und die Gefahr von rechtswidrigen Schädigungen ist im Rahmen von Konkurrenzverhältnissen besonders wahrscheinlich. Wer unter Druck beziehungsweise in Konkurrenz steht, greift eher zu unerlaubten Verhaltensweisen. Das Ziel des Mitbewerbers ist es im Grundsatz stets, den Konkurrenten zu „vernichten“. Es liegt in seinem eigenen wettbewerbliehen Interesse, keinerlei Rücksicht auf den betroffenen Konkurrenten zu nehmen.

Ist das andere Unternehmen kein Mitbewerber, sondern ein sonstiger Marktteilnehmer, so sind andere Maßstäbe sachgerecht. Solche Fälle sind nicht anhand der Normen zu entscheiden, die für das Handeln gegenüber Mitbewerbern gelten (namentlich nicht anhand von § 4 Nr. 4 UWG). Die meisten Sachverhalte sind direkt an § 3 Abs. 1 UWG zu messen. Der Hauptunterschied ergibt sich aus der anderen Interessenlage von sonstigen Marktteilnehmern. Der sonstige Marktteilnehmer hat typischerweise kein Interesse daran, das andere Unternehmen zu zerstören. Oft wird er sogar ausdrücklich daran interessiert sein, das andere Unternehmen wettbewerbsfähig zu halten. In solchen Fällen wird er seine Handlungen von sich aus so dosieren, dass das andere Unternehmen „überleben“ kann. Niemand sägt sich den Ast ab, auf dem er sitzt. Schädigungen durch Unternehmen, die kein Mitbewerber, sondern sonstige Marktteilnehmer sind, sind selten.

Einen konkreten Anwendungsfall betrifft BGH vom 24.6.2004 (Werbeblocker), GRUR 2004, 877 ff. Die Entscheidung wird am Ende der Vorlesung behandelt.

Die unterschiedlichen Interessenlagen gegenüber Mitbewerbern und gegenüber sonstigen unternehmerischen Marktteilnehmern zeigt sich sehr schön im Zusammenhang mit geschäftsschädigenden Äußerungen über ein Unternehmen. Wie die geschäftliche Kritik eines Unternehmen an einem anderen Unternehmen juristisch zu behandeln ist, hängt maßgeblich davon ab, ob die Kritik einen Mitbewerber oder einen sonstigen Marktteilnehmer trifft.

- Der Angriff gegen den Mitbewerber kann dem Angreifer Vorteile verschaffen. Betrifft die Äußerung einen Mitbewerber, so ist der Äußernde stets auch selbst Partei. Er verfolgt typischerweise geschäftliche Eigeninteressen und urteilt mehr oder weniger auch in eigenen Angelegenheiten. Der Äußernde kann durch die Kritik am Mitbewerber möglicherweise dessen Kunden für sich gewinnen. Er hat daher prinzipiell einen Anreiz, Kritik am Mitbewerber zu üben. Solche Äußerungen sind tendenziell „verdächtig“. Sie müssen daher an den speziellen, auf den Mitbewerberschutz gemünzten Maßstäben gemessen werden, § 4 Nr. 1, Nr. 2 UWG.
- Bezieht sich die Kritik dagegen auf einen Nichtkonkurrenten, dann kann ihr Urheber typischerweise nicht selbst davon profitieren. Wenn sich etwa ein Unternehmen kritisch über seinen unternehmerischen Lieferanten oder Abnehmer äußert, dann läuft es sogar Gefahr, sich mit dieser Äußerung zugleich auch „ins eigene Fleisch“ zu schneiden. Wenn etwa der VW-Händler die Produkte der Volkswagen AG „mies“ macht, dann trifft es auch sein Geschäft, falls sich Kunden aufgrund der Äußerung von Volkswagenprodukten abwenden. In diesen Fällen kann also ungleich eher von einer gewissen Neutralität des Äußernden und einem Äußerungsinteresse ausgegangen werden, dem es um die Sache und nicht um den eigenen geschäftlichen Vorteil geht. Hier ist ein großzügigerer Maßstab angemessen und auf die Generalklausel oder das allgemeine Deliktsrecht zurückzugreifen, BGH vom 24.2.1983 (Photokina), GRUR 1983, 467, 468.

B. Begriff des Mitbewerbers

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG ist Mitbewerber jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern „*als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht*“. Die Definition ist freilich nur bedingt aussagekräftig, weil das Kriterium „*Wettbewerbsverhältnis*“ auslegungsbedürftig ist. Im Zweifel muss es auf die betroffene Interessenlage, also darauf ankommen, ob zwischen den beteiligten Unternehmen gegensätzliche geschäftliche Interessen (dann Mitbewerber) oder gleichgerichtete geschäftliche Interessen (dann sonstige Marktteilnehmer) bestehen.

I. Standardkonstellation

Ein „Wettbewerbsverhältnis“ liegt insbesondere vor, wenn die fraglichen Unternehmen „*Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben*“, § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG. Solche Unternehmen verfolgen im Verhältnis zueinander typischerweise gegensätzliche Interessen.

- Die Computerunternehmen A und B bemühen sich beide darum, die Stadt S mit neuer Software und EDV-Dienstleistungen zu versorgen. Sie versuchen also beide, ihre Produkte abzusetzen und konkurrieren dabei um denselben Abnehmer (Anbieterwettbewerb).
- Der juristische Verlag V nimmt ein Lehrbuch in sein Programm auf, dessen Lektüre jedem Jurastudenten ein Sehr Gut im Staatsexamen garantiert. Das Buch kann aus technischen Gründen aber nicht kopiert werden und auch nur in insgesamt 10 Ausgaben hergestellt werden. Sämtliche Buchhändler Deutschlands wenden sich an V und versuchen, zumindest ein Exemplar zu bekommen. Die Buchhändler stehen miteinander ebenfalls in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis (Nachfragerwettbewerb).

Erforderlich ist ein „*konkretes*“ Wettbewerbsverhältnis. Daran fehlt es beispielsweise, wenn zwei Unternehmen zwar dieselben Produkte auf derselben Wirtschaftsstufe anbieten, aber nicht um dieselben Kunden werben. Beispiel: Ein Bäckerladen in Greifswald steht mit einem Bäckerladen in Konstanz nicht im Wettbewerb. Beide sind nämlich nicht auf demselben räumlichen Markt tätig.

II. Substitutionswettbewerb

BGH vom 12.1.1972 (Statt Blumen ONKO-Kaffee), GRUR 1972, 553 ff. nimmt ein Konkurrenzverhältnis an, wenn Kunden gezielt mit einer Möglichkeit umworben werden, branchenverschiedene Waren zu substituieren.

III. Zukünftiger und potenzieller Wettbewerb

Ein Wettbewerbsverhältnis besteht ebenso zu Unternehmen, die noch keine gleichartigen Leistungen anbieten, aber ihre Tätigkeit zukünftig aufnehmen werden. Ein solcher potenzieller Wettbewerb darf aber nicht leichthin unterstellt werden. Er setzt vielmehr voraus, dass die Konkurrenztätigkeit mehr oder weniger direkt bevorsteht. Die betreffende geschäftliche Handlung muss bereits durch eine gegenläufige Interessenlage zwischen den beteiligten Unternehmen beeinflusst worden sein. Die abstrakte Möglichkeit, mit dem anderen Unternehmen in Wettbewerb zu treten, reicht nicht aus. Insbesondere darf die gesetzliche Unterscheidung zwischen Mitbewerbern und sonstigen unternehmerischen Marktteilnehmern nicht dadurch hinfällig gemacht werden, dass man den Hersteller oder Lieferanten automatisch als potenziellen Konkurrenten des Händlers oder Abnehmers ansieht.

Die Gerichte haben dagegen die Annahme eines potenziellen Wettbewerbs früher an so geringe Hürden geknüpft, dass diese kaum noch erkennbar waren. BGH vom 16.11.1954 (Holländische Obstbäume), GRUR 1955, 342, 344; BGH vom 4.4.1984 (Charterfluggesellschaften), GRUR 1984, 823; BGH vom 4.2.1993 (Maschinenbeseitigung), WRP 1993, 396, 397. Das ist für das heutige Recht abzulehnen, weil es den sonstigen unternehmerischen Marktteilnehmer zum Mitbewerber machen und damit die gesetzliche Trennung zwischen Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern abschaffen würde.

IV. Problematisch: Stufenwettbewerb

Die Rechtsprechung zum UWG 1909 hat zu der Überlegung gefunden, dass ein Wettbewerbsverhältnis grundsätzlich gegenüber allen besteht, die durch das fragliche Verhalten beeinträchtigt beziehungsweise im Absatz behindert oder gestört werden können. Dieser Ansatz hat es den Gerichten ermöglicht, ein konkretes Wettbewerbsverhältnis auch zwischen Gewerbetreibenden verschiedener Wirtschafts- oder Handelsstufen anzuerkennen.

BGH vom 30.10.1956 (Underberg), GRUR 1957, 342, 347 hat allgemein formuliert, dass auch zwischen Gewerbetreibenden verschiedener Wirtschaftsstufen ein Wettbewerbsverhältnis bestehen könne. So seien nämlich die Kunden eines Gastwirts mittelbar auch Abnehmer der Hersteller von Spirituosen und der Absatz der Spirituosenfabrikanten könne durch wettbewerbswidrige Handlungen des Gastwirts beeinträchtigt werden. Im Streitfall hatte sich ein Gastwirt negativ über die Produkte seines Lieferanten, eines Spirituosenherstellers, geäußert.

Nach UWG 2004 betrifft der Sachverhalt in meinen Augen keinen Mitbewerberschutz. Er ist nicht anhand der § 4 Nr. 1, Nr. 2 UWG, sondern anhand von § 3 Abs. 1 UWG zu beurteilen. Der Gastwirt und der ihn beliefernde Spirituosenhersteller beziehungsweise unternehmerischer Abnehmer und unternehmerischer Lieferant sitzen im gleichen Boot. Aufgrund der Veränderungen durch das UWG 2004 sollte ein Wettbewerbsverhältnis in solchen Fällen abgelehnt werden. Unternehmerische Lieferanten und Abnehmer haben gleichgerichtete Interessen und sind daher keine Mitbewerber (a.A. h.M.). Sie sind beide gleichermaßen am geschäftlichen Erfolg des gelieferten Produkt interessiert.

V. Rufausbeutung, Rufbeeinträchtigung

Rufausbeutungen oder Rufbeeinträchtigungen sind heute zumeist anhand der §§ 14 Abs. 2 Nr. 3, 15 Abs. 3 MarkenG zu beurteilen.

Soweit ausnahmsweise das Wettbewerbsrecht einschlägig ist, ist die Frage, des Mitbewerberverhältnisses im Einzelfall zu entscheiden. In solchen Fällen sind die beteiligten Unternehmen typischerweise auf völlig unterschiedlichen sachlichen Märkten tätig, zum Beispiel weil das eine Whisky und das andere Schuhceme und Herrenkosmetik anbietet. BGH vom 29.11.1984 (Dimple) BGHZ 93, 96 ff. hat ein Wettbewerbsverhältnis angenommen, wenn sich beide Parteien mit dem gleichen Angebot an die Werbung treibende Wirtschaft wenden oder die wirtschaftliche Verwertung des geschäftlichen Ruf auch durch den anderen Unternehmer möglich ist („Imagetransfer“).

Die Rechtsprechung vor allem früher– aufgrund des von ihr favorisierten weiten Mitbewerberbegriffs – für ein Wettbewerbsverhältnis ausreichen lassen, dass „in irgendeiner Weise“ Wettbewerb zwischen den Betroffenen besteht, BGH vom 4.6.1987 (Ein Champagner unter den Mineralwässern), GRUR 1988, 453, 454.

C. Materiell-rechtlicher Maßstab, gezieltes Behindern

I. Überblick zu § 4 Nr. 4 UWG

Nach § 4 Nr. 4 UWG handelt wettbewerbswidrig, wer „*Mitbewerber gezielt behindert*“. Die Vorschrift ist eine „kleine Generalklausel“ zur Beurteilung von Wettbewerbsverstößen gegenüber Mitbewerbern. Sie ermöglicht es, alle unzulässigen Beeinträchtigungen von Mitbewerberinteressen zu erfassen, die der Gesetzgeber nicht in einem speziellen Tatbestand geregelt hat.

„*Behindern*“ beschreibt eine im Wettbewerbsrecht seit langem etablierte Kategorie. In seiner heutigen Verwendung besagt der Begriff lediglich, dass Handlungen eines Unternehmers zulasten seines Mitbewerbers gehen können. Daraus ergibt sich aber nicht, ob und warum eine Handlung unzulässig sein soll. Es wäre daher problematisch, wenn sich Urteile zur Begründung der Wettbewerbswidrigkeit auf das Feststellen einer „Behinderung“ beschränken würden. Wenn der Anbieter A die Preise senkt, dann „behindert“ er den Anbieter B, der seine eigenen Preise nicht senken möchte und befürchten muss, aufgrund der Preissenkungen des A Kunden an den A zu verlieren. Ein solches „Behindern“ des B ist gerade etwas, was die Marktwirtschaft erreichen will.

Das Behindern ist deshalb nur unzulässig, wenn es „*gezielt*“ erfolgt. Das Tatbestandsmerkmal soll klarstellen, dass Behinderungen von Mitbewerbern, die eine bloße wettbewerbsimmanente Folge sind, nicht wettbewerbswidrig sind. Ob das Behindern gezielt ist, ist im Rahmen einer wettbewerbsfunktionalen Abwägung zu beurteilen.

II. Abwägungskriterien

1. Ausgangspunkt: Kein Schutz vor Konkurrenz

Bei der Bestimmung und Gewichtung der Interessen von Mitbewerbern ist besondere Vorsicht geboten. Der Schutzzweck kann leicht in einen Schutz vor Konkurrenz umschlagen, den es in einem Wettbewerbssystem gerade nicht geben darf. Der einzelne Unternehmer darf beispielsweise kein Recht auf Erhalt seiner Wettbewerbsstellung oder seines Kundenstamms haben. Beide müssen immer wieder aufs Neue erkämpft und verteidigt werden. Gezieltheit/Unlauterkeit setzt Folgen voraus, die über den normalen Verdrängungsprozess wetteifernden Verhaltens hinausgehen.

Dieses zusätzliche Moment ist besonders wichtig. Wenn man den Unternehmer vor wettbewerbsimmanenten Behinderungen sichern würde, dann würde er vor Konkurrenz an sich geschützt, was der Wettbewerbsidee widerspricht. Die Rechtsprechung erliegt dieser Gefahr manchmal, aber nicht immer.

Richtig entschieden ist zum Beispiel BGH vom 7.7.1976 (Arztpraxismiete), GRUR 1977, 36 ff.: Ein Arzt muss das Eröffnen einer fachgleichen Praxis

durch einen Konkurrenten im gleichen Haus dulden, auch wenn er dies als „standeswidrig“ empfinden oder darin tatsächlich ein Verstoß gegen berufständische Übungen liegen mag. Der Arzt wird dadurch nicht unzumutbar getroffen. Er wird zum einen durch das Mietrecht geschützt. Sein Vermieter muss zum Beispiel auf seine Interessen Rücksicht nehmen und darf nicht auch an einen Konkurrenten des Arztes vermieten. Zum anderen darf nach BGH aaO. nicht unterschätzt werden, dass es für den Erfolg, den ein Arzt bei seinen Patienten hat, weniger auf die örtliche Lage der Praxis, sondern vielmehr auf die Persönlichkeit des Arztes und auf sein fachliches Können ankommt.

2. Wettbewerbliche Angriffsrisiken und Abwehrmöglichkeiten

Die Zulässigkeit von geschäftlichen Handlungen gegenüber dem Mitbewerber beurteilt sich maßgeblich danach, welche geschäftlichen Risiken die betreffende Handlung für den Angreifer mit sich bringt und in welchem Maß sich der Mitbewerber seinerseits durch geschäftliche Maßnahmen wehren kann. Ein gezieltes Behindern ist umso eher anzunehmen, je weniger sich der Angreifer durch sein Verhalten selbst geschäftlichen Risiken aussetzt und je stärker dem betroffenen Mitbewerber die Möglichkeit genommen wird, sich durch geschäftlichen Wettbewerb zu wehren.

So erklärt sich, warum zum Beispiel eine klassische Preisunterbietung unproblematischerweise zulässig ist. Wenn der Unternehmer den Mitbewerber preislich unterbietet und damit attackiert, geht er erhebliche Risiken ein. Er macht dann pro Einzelgeschäft einen geringeren Profit als vorher und ist zwingend darauf angewiesen, zusätzliche Kunden zu gewinnen. Gelingt ihm dies nicht, so schädigt er sich durch seinen geschäftlichen Vorstoß selbst. Außerdem läuft er Gefahr, dass der Mitbewerber „dagegenhält“ und seinerseits die Preise senkt. Es ist dem Mitbewerber nämlich ohne Weiteres möglich, sich gegen einen solchen Angriff mit wettbewerblichen Mitteln zu wehren und sozusagen mit gleicher Münze „zurückzuzahlen“. Solche Konstellationen sind gerade die Ausprägung eines funktionierenden Wettbewerbs.

Das Wettbewerbsrecht ist aber gefordert, wenn der Unternehmer Angriffsmittel wählt, die für ihn als Angreifer keine geschäftlichen Risiken bringen, den Mitbewerber aber gleichwohl empfindlich treffen können. Ebenso gibt es Angriffe, gegen die sich der attackierte Mitbewerber nicht durch wettbewerbliche Reaktionen wehren kann. Ein drastischer Anwendungsfall sind öffentliche Äußerungen, die die Kreditwürdigkeit des Mitbewerbers in Zweifel ziehen. Da Kreditgeber typischerweise prophylaktisch reagieren und sich im Zweifel auf die „sichere Seite“ begeben, können solche Äußerungen im Extremfall selbst die finanzielle Schieflage herbeiführen, vor der sie öffentlich warnen. Der Äußernde geht in einem solchen Fall keine geschäftlichen Risiken ein und wird voraussichtlich neue Kunden gewinnen, die sich aus Gründen der Vorsicht vom Mitbewerber abwenden. Zugleich ist es dem Mitbewerber nicht möglich, sich gegenüber diesem öffentlichen Angriff durch geschäftliche Initiativen zu wehren. Insbesondere sind öffentliche Beteuerungen von Unternehmen, finanziell gesund zu sein, häufig kontraproduktiv. Solche öffentlichen Debatten schaden dem angegriffenen Unternehmen und lassen ihm keine Möglichkeit, die Unrichtigkeit der gemachten Anschuldigungen zu beweisen. Das Wettbewerbsrecht misst solche Handlungen daher an besonders scharfen Maßstäben. Es verbietet Anschwärmungen bereits dann, wenn der Äußernde die Richtigkeit seiner Äußerungen nicht beweisen kann,

§ 4 Nr. 2 UWG. Darüber hinaus sind im Extremfall sogar wahrheitsgemäße öffentliche Äußerungen über den Mitbewerber unzulässig.

3. Keine subjektiven Kriterien

Das Erfordernis „gezielten“ Behinderns umschreibt nach der hier vertretenen Ansicht keine subjektiven Anforderungen. Subjektive Kriterien sind für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung unternehmerischer Handlungen ein untauglicher Maßstab. Jedes Unternehmen muss sein Handeln wettbewerbsstrategisch ausrichten können. Dies schließt zwingend die Variante einer bewusst gegen den Mitbewerber gerichteten Angriffspolitik mit ein. Geschäftliches Verhalten kann nicht dadurch wettbewerbswidrig sein, dass es auf einem Plan, auf bewusster Vorgehensweise oder auf Absicht basiert. Umgekehrt müssen die Mitbewerber und der Wettbewerb grundsätzlich auch vor Beeinträchtigungen geschützt werden können, die der handelnde Unternehmer nicht beabsichtigt oder bezweckt hat.

§ 4 Nr. 4 UWG darf daher nicht so verstanden werden, dass die Vorschrift eine irgendwie geartete Absicht oder Vorsatz verlangt. Dem Gesetzgeber ist mit der Wendung „gezielt“ keine glückliche Formulierung gelungen. Die fragliche Bezeichnung ist kein Ausdruck einer auf subjektive Anforderungen ausgerichteten gesetzlichen Konzeption, sondern ein schlichter „Unfall“. Die Formulierung will keine subjektiven Voraussetzungen umschreiben, sondern lediglich wettbewerbskonforme Beeinträchtigungen aus dem Behinderungstatbestand ausklammern, BGH vom 11.1.2007 (Außendienstmitarbeiter), BGHZ 171, 73, 81 f. Rn. 22.

Die h.M. sieht die Dinge zum Teil anders, ist aber in sich zerstritten und in Auflösung begriffen. BGH vom 11.1.2007 (Außendienstmitarbeiter), BGHZ 171, 73, 82 Rn. 22 hat subjektive Kriterien zu Recht als grundsätzlich irrelevant angesehen.

D. Unternehmerische Entscheidungsfreiheit

Das Interesse, die geschäftliche Linie eigenverantwortlich zu bestimmen, steht an der Spitze der wettbewerblich relevanten Unternehmensinteressen. Der Unternehmer muss die Folgen seiner geschäftlichen Entscheidungen im Guten wie im Schlechten treffen, daher muss er auch frei entscheiden können, wie er unternehmerisch vorgeht. Ebenso wie der Verbraucher seine Entscheidung ohne sachwidrige Beeinflussung treffen können muss, um seiner Schiedsrichterfunktion gerecht zu werden, muss es auch dem Unternehmer rechtlich garantiert sein, sein geschäftliches Vorgehen in eigener Verantwortung zu bestimmen. Funktionierender Wettbewerb setzt eine solche Freiheit des Unternehmers zwingend voraus. Konkurrenz stellt sich nur ein, wenn die Unternehmen ihr eigenes geschäftliches Ziel und nicht das des Mitbewerbers verfolgen. Wenn Konkurrenten ihr unternehmerisches Vorgehen nicht mehr gegeneinander richten, sondern – aus welchem Grunde auch immer – „gemeinsame Sache“ machen, dann schaltet dies typischerweise den Wettbewerb aus.

Der klassische Fall einer unzulässigen Verletzung der Entscheidungsfreiheit ist die Nötigung des Unternehmers durch den Mitbewerber. Wer zum

Messer greift, um den Konkurrenten zu einer veränderten Geschäftspolitik zu bewegen, handelt ebenso wettbewerbswidrig wie der Verkäufer, der die Kunden mit Gewalt zum Geschäftsabschluss motiviert. **§ 4 Nr. 4 UWG** greift ein, wenn die infrage stehende Zwangswirkung einen wettbewerbswidrigen Charakter hat oder aus sonstigen Gründen rechtlich nicht hinzunehmen ist.

Dagegen sind namentlich alle Formen von „wettbewerbskonformen Zwang“ zulässig. Zwangswirkungen, wie sie etwa durch Preissenkungen seitens des Konkurrenten entstehen, sind ausdrücklich erwünscht und werden von der Marktwirtschaft geradezu vorausgesetzt. Wettbewerb kann sich nur einstellen, wenn die Beteiligten unter Handlungsdruck geraten und zum Beispiel durch geschäftliche Vorstöße des Mitbewerbers zu Verbesserungen des eigenen Angebots gezwungen sind. Der Unternehmer soll den Mitbewerber durch seine Geschäftspolitik bedrohen und geschäftliche Vorteile suchen, so dass der Konkurrent um seinen Marktanteil und seine Kundschaft fürchten muss. Bedrohungen des Unternehmers, die auf einer Einschaltung der Marktgegenseite und darauf beruhen, dass der Mitbewerber der Kundschaft attraktivere Angebote macht, sind in höchstem Maße wettbewerbskonform.

§ 8: SCHUTZ VOR AUSSCHLUSS VOM WETTBEWERB

In manchen Fällen wird der Unternehmer daran gehindert, seine Entscheidung faktisch umzusetzen, und auf diese Weise vom Wettbewerb ausgeschlossen. Als Rechtsgrundlage ist zumeist **§ 4 Nr. 4 UWG** einschlägig.

A. Innerbetriebliche Arbeitsfähigkeit

Es muss verboten sein, die betriebliche Arbeitsfähigkeit zu stören, zum Beispiel indem die Produktionsmöglichkeiten des Mitbewerbers sabotiert werden. Konkurrenz um die Abnehmer und die Verbraucher würde gar nicht entstehen, wenn – wie bei den Zünften – beispielsweise bereits das Anfertigen von Konkurrenzprodukten unterbunden werden könnte. Der Unternehmer muss alle Maßnahmen, die notwendig sind, um überhaupt am Wettbewerb teilzunehmen, effizient und eigenverantwortlich umsetzen können.

Die innerbetriebliche Arbeitsfähigkeit des Unternehmens verdient uneingeschränkten wettbewerbsrechtlichen Schutz. Andernfalls hätte es die Konkurrenz beliebig in der Hand, einen Mitbewerber durch physischen oder psychischen Zwang auszuschalten und dazu im Extremfall beispielsweise Produktionsanlagen zu zerstören oder Mitarbeiter zu vergiften oder zu bedrohen. Ein praktisch denkbarer Extremfall wäre die Infizierung der Betriebs-EDV mit einem Computervirus, der das Unternehmen arbeitsunfähig macht.

Ein wichtiger Anwendungsfall ist das Abwerben von Mitarbeitern. Es muss grundsätzlich zulässig sein. Kein Unternehmen kann einen Anspruch auf den Erhalt seines Mitarbeiterstamms haben. Ebenso muss es den Mitarbeitern möglich sein, den Betrieb zum Beispiel wegen besserer Bezahlung oder günstigerer beruflicher Möglichkeiten zu wechseln. Erst recht muss die berufliche Neuorientierung für solche Mitarbeiter offenstehen, die ordnungsgemäß gekündigt haben oder gar gekündigt wurden und an deren weiterer Tätigkeit der frühere Arbeitgeber ursprünglich kein Interesse zeigte. Eine genaue Trennlinie zwischen dem Abwerben ungekündigter und dem Einstellen gekündigter Arbeitnehmer lässt sich freilich nicht ziehen. Nach den hier vorgeschlagenen Maßstäben ist die Abgrenzung aber auch entbehrlich.

Rechtsprechung und h.M. halten das Abwerben unter anderem für wettbewerbswidrig, wenn darin ein Verleiten zum Vertragsbruch liegt. Richtigerweise dürfte damit aber nicht das maßgebliche Kriterium, sondern nur ein besonders häufiger Begleitumstand wettbewerbswidriger Abwerbungen formuliert sein. Der betroffene Unternehmer kann nur unter strengen Voraussetzungen Schutz gegen das Abwerben von Mitarbeitern genießen.

Es steht ihm insbesondere frei, in gewissem Rahmen nachvertragliche Wettbewerbsverbote (siehe zum Beispiel §§ 74 ff. HGB) zu vereinbaren und die betroffenen Mitarbeiter dafür finanziell zu entschädigen. § 4 Nr. 4 UWG kann nicht dazu dienen, ihn von diesem Kostenaufwand und den entsprechenden Verhandlungsrisiken zu befreien. Weiterhin sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse aufgrund des Gesetzes zum Schutz von

Geschäftsgeheimnissen (siehe insbesondere **§ 4 Abs. 3 Satz 1 GeschGehG**) in vielen Fällen auch gegen die Verwertung nach Vertragsende geschützt.

I. Wirkung für den bisherigen Arbeitgeber

Zum einen ist wichtig, wie stark der bisherige Arbeitgeber durch die Abwerbung getroffen wird. Je wichtiger der oder die umworbenen Mitarbeiter für das beschäftigende Unternehmen sind, umso stärker muss der Arbeitgeber die Möglichkeit haben, den oder die Mitarbeiter zum Beispiel durch veränderte Beschäftigungsbedingungen zu halten.

- In der Regel wird sich die Abwerbungsfrage im Zusammenhang mit Mitarbeitern in Schlüsselpositionen stellen. Sie kann aber auch auftauchen, wenn in großem Stil Mitarbeiter, im Extremfall eine ganze Abteilung, abgeworben werden.
- Die Anfälligkeit des betroffenen Unternehmens kann sich aus zwei Komponenten ergeben. Zum einen geht es um die Auswirkungen auf die eigene unternehmerische Tätigkeit, die im Extremfall zum Erliegen kommt. Zum anderen ist der Vorteil in Betracht zu ziehen, den der Abwerber aus seinem Verhalten zieht. Dieser Vorteil kann unmittelbar auf Kosten des Konkurrenten erzielt sein und ist besonders bedeutsam, wenn es sich um direkte Konkurrenten, möglicherweise sogar um die einzigen beiden Anbieter des entsprechenden Produkts handelt.

Im Einzelnen kann sich aus weiteren Umständen eine besondere Schutzwürdigkeit des Mitbewerbers ergeben.

BGH vom 17.3.1961 (Spritzgussmaschinen), GRUR 1961, 482 ff. hat Wettbewerbswidrigkeit angenommen: Zwei Unternehmen verhandeln über eine Zusammenarbeit bei der Herstellung von Spritzgussmaschinen. Das Klägerunternehmen stellt vertrauliche Informationen bereit, schließlich bricht die Beklagte die Verhandlungen ab. Die Beklagte versucht im Zusammenhang mit den Verhandlungen zeitgleich zwei Ingenieure der Klägerin abzuwerben, ohne die die Produktion der Klägerin zum Erliegen kommt. Die Entscheidung hat zu Recht hauptsächlich darauf abgestellt, dass Verhandlungen über die Gründung einer Arbeitsgemeinschaft regelmäßig die Gewährung von Einblicken in betriebsinterne Dinge erforderten, die Außenstehenden und erst recht nicht Mitbewerbern offenbart würden. Dies und die Schlüsselstellung der beiden Ingenieure machte die Klägerin in besonderem Maße schutzwürdig gegenüber Abwerbungsversuchen durch die Beklagte.

II. Möglichkeit offenen Wettbewerbs

Das zweite und mit Abstand wichtigste Indiz für die Wettbewerbswidrigkeit des Abwerbens ist, ob die beteiligten Arbeitgeber „offen“ um die Arbeitskräfte konkurrieren können. Je ahnungsloser der betroffene Arbeitgeber ist und je mehr er plötzlich vor vollendete Tatsachen gestellt wird, umso eher kommt Wettbewerbswidrigkeit in Betracht.

Die „gemeinschaftliche Verschwörung“ des Abwerbenden und des Abgeworbenen zum Schaden des Unternehmers ist grundsätzlich unzulässig. Ebenso ist denkbar, dass der betroffene Unternehmer vor einer Kündigung zur Unzeit wettbewerbsrechtlichen Schutz genießen muss, wenn

er aufgrund der zeitlichen Komponente in besonderer Weise erpressbar ist. Im Grundsatz muss es andererseits jedoch zulasten des Arbeitgebers gehen, wenn er im offenen Wettbewerb um Arbeitskräfte nicht mithalten kann.

BGH vom 19.11.1965 (Bau-Chemie), GRUR 1966, 263 ff. hat ein wettbewerbswidriges Abwerben abgelehnt: Der Beklagte, ein früherer Angestellter des Klägers, hatte sich selbstständig gemacht und daraufhin immer wieder einzelne, erprobte Mitarbeiter des Klägers abgeworben. Die Entscheidung betrifft eine Fülle von Einzelkonstellationen. In der Sache stellt sie darauf ab, ob die angewandten Mittel oder der erstrebte Zweck der Abwerbung sittlich zu missbilligen sind. Im Streitfall konnten Kläger und Beklagter „offen“ um die Arbeitskräfte konkurrieren und es waren weder die einzelnen Abwerbungen für sich noch das Gesamtverfahren des Beklagten angreifbar.

B. Marktzugang

Das Wettbewerbsrecht muss weiterhin Praktiken verbieten, die dem Unternehmer den Zugang zum Markt versperren und ihn auf diese Weise vom Wettbewerb ausschließen. Bildhaft gesprochen wird der Unternehmer in solchen Fällen zwar nicht an der Produktion seiner Erzeugnisse, wohl aber daran gehindert, diese auf dem Markt anzubieten und abzusetzen.

Häufig soll der eigene Marktanteil zulasten des Konkurrenten gesteigert werden, indem dieser irgendwie vom Markt gedrängt wird. Der Unternehmer will wirtschaftlichen Erfolg nicht durch bessere oder preisgünstigere Produkte, sondern eben durch Ausschluss der Konkurrenz vom Markt erreichen. Solches Verhalten kann den Wettbewerb zerstören und muss unterbunden werden.

- Das Versperren des Marktzugangs ist die wahrscheinlich effektivste und damit in den Augen einer aggressiven Geschäftspolitik wohl auch die verlockendste Methode, unliebsame Konkurrenz auszuschließen. In früheren Zeiten wurden Anbieter, die nicht Mitglied der Zunft waren, unter Beschlagnahme ihrer Erzeugnisse verprügelt und aus der Stadt gejagt. Die heutigen Methoden, den Konkurrenten vom Markt fernzuhalten, sind weniger handfest und manchmal geradezu filigran, in ihren Wirkungen den früheren Praktiken aber häufig ebenbürtig. Die Grenze zwischen legitimem Verdrängungswettbewerb und verbotenem Behinderungsverhalten ist aber oftmals schwer zu ziehen. Manche Praktiken lassen freilich keinen Zweifel daran, dass sie als wettbewerbswidrig eingestuft werden müssen. Die Begründung dafür kann allerdings schwierig sein.
- Ein wunderschönes Beispiel einer Behinderung liefert OGH vom 25.1.1972 (Autobus-Linienverkehr), ÖBl. 1972, 91: Ein Autobusunternehmer fährt die Haltestellen eines Konkurrenten regelmäßig kurz vor der fahrplanmäßigen Abfahrt des Autobusses dieses Mitbewerbers mit seinem eigenen Bus an und nimmt die dort wartenden Fahrgäste auf.

Der Konkurrent hat hier keine Chance, noch Fahrgäste mitzunehmen, ohne dass dies auf mangelnde Konkurrenzfähigkeit zurückzuführen ist. In einem solchen „Wettbewerb“ bekämpfen sich die Konkurrenten, ohne dass sich die bessere Leistung durchsetzt und der Wettbewerb auf diese Weise zu besseren, umfangreicheren oder preisgünstigeren Angeboten führt. Das Verhalten führt schließlich auch zu negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb, nämlich dazu, dass Fahrplanzeiten nicht eingehalten werden.

Ein Unternehmen kann unter anderem vom Markt ausgeschlossen werden, indem ihm der Kontakt nach außen verbaut wird. Es geht dabei um Störungen der Kommunikation zwischen Unternehmen und Kunden. Solche Störungen können einmal Maßnahmen betreffen, mit denen das Unternehmen den Kunden erreichen will, und zum Beispiel die unternehmerische Werbung ins Leere laufen lassen. Sie können aber auch die Erreichbarkeit des Unternehmens für den Kunden mehr oder weniger abschneiden, also den Kunden an der Kontaktaufnahme hindern. Im äußersten Fall blockiert der Konkurrent die Telefon- und Internetanschlüsse des Mitbewerbers und sperrt ihn so vom Wettbewerb aus.

Fall: Mitwohnzentrale.de

Der Gewerbetreibende M vermittelt Mitwohnmöglichkeiten. Er lässt für sich die Internet-Domain „Mitwohnzentrale.de“ registrieren. Es ist zu erwarten, dass sehr viele Interessenten, die über das Internet nach einer Mitwohnmöglichkeit suchen, auf diese Weise bei M landen werden. Der Konkurrent K ist empört. Es könne doch nicht zulässig sein, dass M auf solche Weise Kundenströme kanalisiert und so die Mitbewerber letztlich vom Wettbewerb ausschließe. Aus technischen Gründen kann jede Internet-Domain nur ein einziges Mal vergeben werden. Die Vergabestelle verfährt dabei nach dem Prioritätsprinzip. Wird K dadurch, dass M die Domain nutzt, gezielt behindert im Sinne von § 4 Nr. 4 UWG?

Hinweis: OLG Hamburg vom 13.7.1999 (Mitwohnzentrale.de), CR 1999, 779 ff.; BGH vom 17.5.2001 (Mitwohnzentrale.de), BGHZ 148, 1 ff.; *Beater* JZ 2002, 275 ff.

Lösung:**Verstoß gegen §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG (-)****1. Geschäftliche Handlung, § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG (+)**

In dem Erwerb und der geschäftlichen Nutzung der Domain liegt eine geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG.

2. Gezielte Behinderung, §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG (-)**a. Mitbewerber, § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG (+)**

Das konkrete Wettbewerbsverhältnis folgt daraus, dass M und K „Dienstleistungen gleicher Art auf demselben Markt“ vertreiben, § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG.

b. Behinderung (+)

Marktzugangsbehindernde Wirkung beziehungsweise „Kanalisation von Kundenströmen“, Zugang zum Kunden.

c. Gezielt, Unlauterkeit (-)

Keine subjektiven Anforderungen.

Der Verdrängungseffekt geht über eine wettbewerbseigene Verdrängungswirkung hinaus. OLG Hamburg vom 13.7.1999 (Mitwohnzentrale.de), CR 1999, 779, 780 hat den Erwerb derartiger Domains als unlauter angesehen und dabei die Interessen der Mitbewerber in den Vordergrund gestellt. Es argumentierte mit der Gefahr einer erheblichen Kanalisation von Kundenströmen, da so der Teil der Interessenten abgefangen werde, der durch die Eingabe eines Gattungsbegriffs als Internet-Adresse nach Angeboten suche. Dies läuft letztlich auf die Annahme hinaus, dass die Vergabe von Gattungsbegriffen als Domain die Möglichkeiten der übrigen Anbieter, über das Internet Zugang zu möglichen Kunden zu bekommen, erheblich beschränkt.

BGH vom 17.5.2001 (Mitwohnzentrale.de), BGHZ 148, 1, 6 ff. hat die mögliche Versperrung des Marktzugangs als nicht ausschlaggebend angesehen und eine Anwendung von § 1 UWG 1909 mit einleuchtenden Überlegungen abgelehnt. Die Entscheidung setzt dabei die Interessen des Domain-Eigners und der Verbraucherschaft über die der Mitbewerber.

– Der Erwerb und die Nutzung der Domain liegen im Interesse der Verbraucher daran, durch die Eingabe einer solchen Internet-Adresse in besonders einfacher Weise zu Anbietern der gewünschten Leistung

gelangen zu können. Würde man dagegen die fragliche Domain gar nicht vergeben, um eine Monopolisierung beziehungsweise ein Lenken von Kundenströmen auszuschließen, so würde den Internet-Nutzern diese Möglichkeit der besonders einfachen Suche entzogen werden und ihnen nur der oftmals als beschwerlich empfundene Rückgriff auf Suchmaschinen übrig bleiben. Zugleich geht das Gericht davon aus, dass die Kundschaft in der Regel den Umgang mit Suchmaschinen beherrscht und dass der Verbraucher, der den Einsatz von Suchmaschinen als lästig empfindet und direkt einen Gattungsbegriff als Internet-Adresse eingibt, sich über die Nachteile dieser Suchmethode im Klaren ist.

- Es ist nicht wettbewerbswidrig, wenn der Beklagte aufgrund des Prioritätsprinzips, das ein Gerechtigkeitsprinzip sei, eine Domain erwerbe, die nur einmal vergeben werden könne.
- Wenn eine Internet-Domain aus technischen Gründen nur an einen einzigen Anbieter vergeben werden kann, dann ist es besser, die sich daraus ergebenden geschäftlichen Möglichkeiten zu monopolisieren, als dem Verbraucher besonders einfache und geschätzte Informationsmöglichkeiten zu nehmen.

Methodischer Hinweis: Im Streitfall sind im Rahmen der Abwägung auch Verbraucherinteressen zu berücksichtigen. Aus § 4 Nr. 4 UWG allein ergibt sich dies nicht, wohl aber aus §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG. Man kann daraus unterschiedliche Folgen für den Prüfungsaufbau ziehen. Köhler/Alexander berücksichtigen die Verbraucherinteressen bereits bei der Prüfung des Merkmals „gezielt“. Meine Lösung läuft auf dasselbe hinaus, überschreibt den Prüfungspunkt aber mit „Gezielt, Unlauterkeit“.

§ 9: SCHUTZ VOR INNOVATIONSSTÖRUNGEN

Unternehmen haben ein berechtigtes Interesse an einem Schutz vor Praktiken, die ihnen geschäftliche Innovationen unzulässig erschweren oder sogar unmöglich machen. Dieses Interesse betrifft ein zentrales Element und die besondere Stärke der Marktwirtschaft, nämlich die Fortschrittsfunktion des Wettbewerbs. Unternehmen müssen und sollen nach Neuerungen streben, insbesondere Marktlücken besetzen und damit bislang nicht bediente Nachfragerinteressen decken. So werden aus Sicht der Allgemeinheit das Angebot an eine sich wandelnde Nachfrage angepasst und Fortschritte aller Art ermöglicht.

A. Produktnachahmung

I. Allgemeines, Sondergesetze

Ein Unternehmer, der neuartige Produkte auf den Markt bringt, kann dadurch besondere Profitmöglichkeiten erlangen. Wenn er die Konkurrenz durch ein neuartiges Produkt überrascht, dann kann er Wettbewerbsvorteile gegenüber den Mitbewerbern erlangen, weil diese seinem Produkt – jedenfalls zunächst – kein Konkurrenzangebot entgegensetzen können. Der Erstanbieter hat daher für eine gewisse Zeitdauer ein natürliches Monopol. Er hat gleichwohl nur dann einen Anreiz zu Innovationen, wenn er auch die Aussicht hat, seine – meist hohen – Kosten für die Entwicklung und die Markteinführung des Produkts zu amortisieren. Das natürliche Monopol allein stellt dies nicht unbedingt sicher, insbesondere wenn das neuartige Produkt von den Mitbewerbern problemlos kopiert werden könnte oder dürfte.

Die rechtliche Beurteilung von Produktnachahmungen ist gleichwohl schwierig, weil hier unterschiedliche wettbewerbsrechtliche Schutzinteressen völlig ungebremst miteinander in Konflikt geraten. Die Wirkungen von Nachahmungsfreiheiten und Nachahmungsverboten auf den Wettbewerb sind nämlich in höchstem Maße ambivalent:

Sind Nachahmungen verboten, so gibt dies einerseits einen Anreiz zu Innovation. Das Verbot schafft jedoch andererseits eine Monopolstellung und schließt die Mitbewerber partiell vom Wettbewerb aus.

Sind Nachahmungen erlaubt, so nimmt dies den geschäftlichen Anreiz, Neues zu entwickeln und zu wagen. Es führt aber zugleich zu Preiskonkurrenz, weil die Mitbewerber das neue Produkt nachahmen dürfen und dadurch Kosten sparen und folglich zu niedrigeren Preisen anbieten können.

Der Schutz vor Nachahmungen ist in unterschiedlichen Gesetzen und wenig homogen geregelt. Für den Schwerpunkt ist vor allem das **UrhG** relevant, in bestimmten Konstellationen auch das **MarkenG**. Daneben kann auch das Wettbewerbsrecht vor Nachahmungen schützen, nämlich nach den **§§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 3, Nr. 4 UWG**. Dabei stellt sich freilich das Problem, spezialgesetzliche

Anforderungen und Wertungen einerseits sowie den auf das UWG gestützten Schutz andererseits aufeinander abzustimmen. Darf das UWG beispielsweise Dinge schützen, denen das UrhG gerade keine Schutzfähigkeit beziehungsweise keinen Werkcharakter zuspricht?

In Nachahmungsfällen können in der Klausur insbesondere das Urheberrecht und das Wettbewerbsrecht zu prüfen sein (wurde von Ihren Vorgängern bislang stets übersehen). Dann müssen Sie zunächst das UrhG prüfen, weil es das speziellere Gesetz ist. Wenn und soweit das UrhG eingreift, findet das UWG aus Subsidiaritätsgründen keine Anwendung. Die Gerichte sprechen das UWG dann überhaupt nicht mehr an. So sollten Sie in der Klausur auch verfahren. Soweit das UrhG dagegen nicht eingreift, zum Beispiel weil es an den Werkvoraussetzungen mangelt oder weil Schutzaspekte infrage stehen, die das UrhG gar nicht regelt, ist das UWG zu prüfen.

II. §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 3, Nr. 4 UWG

Die Ausgangsfrage muss sein, ob es neben den Sondervorschriften überhaupt noch eines ergänzenden Schutzes bedarf und aus welchen Gründen sich dieser gegebenenfalls rechtfertigt. Grundsätzlich verlangt das Prinzip der Gewerbefreiheit nach Nachahmungsfreiheit.

Jede Leistung des Einzelnen basiert auf den Leistungen seiner Vorgänger, BGH vom 13.10.1965 (Apfel-Madonna), BGHZ 44, 288 ff. Gleichwohl wird Nachahmungsfreiheit von Gerichten nur solange für richtig befunden, wie niemand von ihr Gebrauch macht. Der Grund dafür sind ethische Axiome. Die menschliche Natur empfindet Nachahmen als Diebstahl oder zumindest als unfaires Trittbrettfahren. So sehr man sich über die prinzipiellen Vorteile von Nachahmungsfreiheit einig glaubt, so wenig lässt man sie im konkreten Einzelfall ins Gewicht fallen.

1. Herkunftstäuschung, § 4 Nr. 3a UWG

Nachahmungen sind unlauter, wenn sie „über die betriebliche Herkunft“ täuschen, **§ 4 Nr. 3a UWG**. An der Berechtigung dieser Regelung gibt es keinen Zweifel. Sie verbietet nicht das Nachahmen als solches, sondern nur Täuschungen über die Herkunft eines Produkts. Der Wettbewerb funktioniert nicht richtig, wenn derartige Täuschungen erlaubt wären. Die Vorschrift untersagt aber nur Nachahmungen, die mit „*vermeidbaren*“ Täuschungen über die Herkunft verbunden sind. Nachahmungen, die unvermeidbare Herkunftstäuschungen auslösen, lässt die Vorschrift zu. Unvermeidbare Täuschungen gibt es freilich kaum. Es ist einem Mitbewerber – selbst wenn er das fremde Produkt identisch nachahmt – fast stets möglich, die abweichende Herkunft seines Produkts durch Warenzeichen, Verpackung oder auf sonstige Weise vom Originalerzeugnis zu unterscheiden.

Nach BGH vom 24.3.2005 (Handtuchklemmen), GRUR 2005, 600 ff. setzt § 4 Nr. 3a UWG unter anderem voraus, „dass das Erzeugnis bei den maßgeblichen Verkehrskreisen eine gewisse Bekanntheit erreicht hat, da eine Herkunftstäuschung in aller Regel bereits begrifflich nicht möglich ist, wenn dem Verkehr nicht bekannt ist, dass es ein Original gibt“.

Die Rechtsprechung zum UWG 1909 hat diese Form des Nachahmungsschutzes in vielen Entscheidungen hoffnungslos überdehnt und zu einem Leistungsschutz denaturiert, der auch jenseits von Herkunftstäuschungen sichert.

Ein Beispiel ist BGH vom 19.6.1974 (Ovalpuderdose), WRP 1976, 370 ff. Im Streitfall war ein ausländisches Erzeugnis identisch nachgebildet worden, das in Deutschland gar nicht bekannt und auch nicht zu kaufen war. Plagiat und Original konnten also gar nicht miteinander verwechselt werden.

2. Ausnutzen oder Beeinträchtigen der Wertschätzung, § 4 Nr. 3b UWG

§ 4 Nr. 3b UWG untersagt Nachahmungen, die die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausnutzt oder beeinträchtigt. Ein zu großzügiges Verständnis von „*unangemessen*“ würde auf ein allgemeines Nachahmungsverbot hinauslaufen.

Soweit das Nachahmen unvermeidbar mit der Ausnutzung eines fremden Rufs verbunden ist, sollte es im Interesse der Nachahmungsfreiheit und unter Rückgriff auf die Wertung in § 4 Nr. 3a UWG zugelassen werden. Sonst würde das Wettbewerbsrecht ein zeitlich unbeschränktes Monopol für Waren schaffen, die eine entsprechende Wertschätzung genießen, obwohl zum Beispiel das UrhG und das PatG bewusst nur einen zeitlich befristeten Schutz vorsehen. Das UWG würde mit anderen Worten gegen die Wertungen dieser Gesetze verstoßen. Das Wettbewerbsrecht würde zugleich Nachahmungs- und Preiswettbewerb verhindern, was gerade nicht seine Aufgabe ist.

A.A. BGH vom 8.11.1984 (Tchibo/Rolux I), GRUR 1985, 876 ff. (krasses Fehlurteil).

3. Erschleichen, § 4 Nr. 3c UWG

§ 4 Nr. 3c UWG betrifft das Erschleichen. Der Tatbestand hat in der Praxis wenig Bedeutung, weil die Rechtsprechung in vielen Fällen bereits vor dem Nachahmen als solchem sichert. Darauf, ob die Nachahmung mit einem „Erschleichen“ verbunden war, kommt es dann gar nicht mehr an. Siehe BGH vom 27.1.1983 (Brombeer-Muster), GRUR 1983, 379 ff.

III. Gezieltes Behindern, § 4 Nr. 4 UWG

Es bleibt die Frage, ob das Wettbewerbsrecht auch über die in § 4 Nr. 3 UWG geregelten Konstellationen hinaus Nachahmungsschutz gewährt, also namentlich über die §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG.

1. Rechtsprechung, wettbewerbliche Eigenart

Die Gerichte postulieren die prinzipielle Nachahmungsfreiheit, weichen aber in vielen Bereichen in Wirklichkeit davon ab und praktizieren tendenziell einen allgemeinen Nachahmungsschutz. Sie haben aber Sorge, dies offen zuzugeben. Möglicherweise fürchtet man, Schleusentore zu öffnen. Man greift deshalb nach

dogmatischen Scheinformeln. Der grundlegende Taschenspielertrick liegt in der These, man sichere nicht vor Nachahmungen an sich, sondern nur vor Nachahmungen, die in unlauterer Art und Weise erfolgten. Im Ergebnis gewährt die Rechtsprechung aber häufig Schutz gegen das Nachahmen als solches und eben nicht nur gegen bestimmte Formen der Nachahmung. Sie beruft sich dazu wahllos auf alle Hilfsbegründungen, derer sie habhaft werden kann. Diese Inkonsequenz ist ihre größte Schwäche.

Die Rechtsprechung hat zum UWG 1909 ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der „wettbewerblichen Eigenart“ entwickelt, das sie auch im Rahmen der § 4 Nr. 3 a – c UWG heranzieht, obwohl es in diesen Vorschriften nicht vorgesehen ist. Hinter dem Erfordernis der wettbewerblichen Eigenart steckt kein einheitlicher Maßstab, sondern ein diffuses Konglomerat von Einzelaspekten, die sich nicht klar fassen lässt und von der Rechtsprechung immer wieder mit wechselnden Inhalten gefüllt wird. In der Regel geht es dabei um die Verkehrsbekanntheit von Produkten oder deren Fähigkeit, aufgrund ihrer Optik Herkunftsvorstellungen auszulösen. Manchmal geht es auch nur schlicht um die Hochwertigkeit/Schutzwürdigkeit von Produkten. Das Kriterium der „wettbewerblichen Eigenart“ ist verfehlt und wird hier nicht weiter behandelt. Wer mehr dazu und zur Rechtsprechung lesen möchte: *Beater, Unlauterer Wettbewerb*, 2011, Rdnr. 1935 ff.

2. „Schmarotzen“, Planmäßigkeit

Nach früheren und noch immer nicht völlig überwundenen Vorstellungen sind Nachahmungen unlauter, die in schmarotzerischer Absicht oder planmäßig erfolgten. Da freilich jede Nachahmung vorsätzlich geschieht (sonst wäre sie kein Nachahmen), richtete sich dieser Ansatz gegen Nachahmungen an sich. Der Vorteil von Nachahmungen liegt gerade darin, dass der Nachahmer durch den Zugriff auf die fremde Leistung keine eigene mehr erbringen muss.

3. Amortisation

Ernster zu nehmen sind ökonomische Ansätze, die auch einzelne Urteile des BGH beeinflusst haben. Dabei spielt vor allem der Amortisationsgedanke eine Rolle. Ein Unternehmer, der ein neues Produkt entwickelt und auf den Markt bringt, soll genug Zeit haben, die Kosten zu amortisieren, die er für die Entwicklung des neuen Produkts und für dessen Einführung auf dem Markt (Werbung, Aufbau eines Vertriebsnetzes etc.) tragen musste.

BGH vom 2.12.2004 (Klemmbausteine III), BGHZ 161, 204 ff. lässt sich auf den Amortisationsgedanken zurückführen, auch wenn die Entscheidung extrem zaghaft ist. Der Gedanke gebietet, das Nachahmen nach Ablauf einer bestimmte Zeitspanne, der Amortisationsfrist, zu erlauben. Genau dies hat die genannte Entscheidung getan.

4. Wettbewerbsfolgen und Verhältnismäßigkeitskriterien

Entscheidend ist eine Abwägung zwischen der Beschränkungswirkung des Nachahmungsverbots und den Folgen, die es für den Wettbewerb auslöst. Je stärker ein Nachahmungsverbot wettbewerbliche Freiheiten beschränkt, umso strengere Anforderungen sind an die Berechtigung dieses Verbots zu stellen.

Es gibt keinen Schutz abstrakter Ideen, denn er würde grundsätzlich darauf hinauslaufen, Konkurrenzangebote unmöglich zu machen und so Wettbewerb zu verhindern. Aus diesem Grund sind die Sondergesetze bestrebt, nur die Elemente vor Nachahmung zu sichern, die zum Beispiel aus Sicht des Urheberrechts gerade den individuellen Gestaltungsgrad des Werks ausmachen.

BGH vom 20.9.1955 (Werbeidee), BGHZ 18, 175 ff. versagte zu Recht den Schutz für eine bestimmte Art der Zeitschriftenwerbung, die zum laufenden Bezug der veröffentlichenden Zeitung anreizen sollte. Wenn der Unternehmer neue Werbeformen entwickelt, Marktlücken entdeckt oder nicht mehr besetzte Marktnischen wieder ausfüllt, liegt darin kein Grund, ihn für schutzwürdig zu halten, BGH vom 17.12.1969 (Spritzgussengel), GRUR 1970, 244, 246. Ein wettbewerbsrechtlicher Schutz in solchen Konstellationen wäre eher kontraproduktiv, denn neu erschlossene und expandierende Märkte bringen typischerweise erhöhte Gewinnchancen mit sich. Der Markterschließer wird also nachhaltig von den Möglichkeiten des neuen Betätigungsfelds profitieren.

Technisch oder „funktional“ bedingte Produktgestaltungen dürfen von der Konkurrenz übernommen werden. In der Regel darf der Mitbewerber aber nur das Prinzip nachahmen, muss ansonsten aber technisch nicht bedingte, zum Beispiel rein optische Übereinstimmungen vermeiden. Siehe unter anderem BGH vom 26.10.1962 (Rotaprint), GRUR 1963, 152 ff.

Gegebenenfalls kann auch eine optisch identische Nachahmung oder sogar unmittelbare Übernahme zulässig sein, wenn der Konkurrent ansonsten kein ähnlich wettbewerbsfähiges Produkt anbieten könnte. Siehe BGH vom 24.6.1966 (Saxophon), GRUR 1966, 617 ff.

Produktgestaltungen, die nicht „technisch“ oder „funktional“ bedingt sind, werden dagegen durch die wettbewerbsrechtliche Judikatur ungleich strenger geschützt. Sie dürfen nicht identisch nachgeahmt werden, sondern der Konkurrent muss Gestaltungsabstand halten. Der Unterschied erklärt sich daraus, dass die Übernahme technischer Elemente häufig sinnvoll sein wird und zu Preiskonkurrenz führt, während es für den ästhetischen Bereich zahllose Ausweichmöglichkeiten gibt. Beispiel: Die „schöne“ Form einer Vase. BGH vom 9.12.1958 (Rosenthal-Vase), BGHZ 29, 62 ff.

Bei der unmittelbaren Übernahme wird das Produkt nicht nachgeschaffen, sondern unmittelbar übernommen, zum Beispiel kopiert oder nachgegossen. Der Nachahmer spart immensen Aufwand und kann in extremem Ausmaß besser stehen als der Originalanbieter. Siehe unter anderem BGH vom 21.11.1958 (Nelkenstecklinge), BGHZ 28, 387 ff.

Die Rechtsprechung hält unmittelbare Übernahmen in der Regel für wettbewerbswidrig und argumentiert mit deren besonderen Gefährlichkeit, BGH vom 30.10.1968 (Reprint), BGHZ 51, 41 ff. Daran ist richtig, dass

unmittelbare Übernahmen häufig ein natürliches Monopol des Neuerers verhindern, weil die Konkurrenz sozusagen in Sekundenschnelle reagieren kann. Die Argumentation kann jedoch in einem Zirkelschluss enden: Wenn man Nachahmungen grundsätzlich zulässt, dann sollte man sie nicht verdammen, wenn sie ihre größten Früchte tragen.

Ein wichtiger Gesichtspunkt ist, ob der Erstanbieter die Möglichkeit hatte, seine Entwicklungskosten zu amortisieren, BGH vom 30.10.1968 (Reprint), BGHZ 51, 41 ff. Die unmittelbare Übernahme technisch bedingter Gestaltungsmerkmale kann allerdings erlaubt sein. Siehe BGH vom 24.6.1966 (Saxophon), GRUR 1966, 617 ff.

M.E. sind unmittelbare Übernahmen nur dann zu verbieten, wenn ihre Zulässigkeit den Bestand des Wettbewerbs gefährden würden, *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rdnr. 2304 ff. mwN. Ansonsten wird der Neuerer durch den Schutz des Betriebsgeheimnisses, das natürliche Monopol des Erstanbieters und die Sondergesetze hinreichend gesichert.

Die nachschaffende Übernahme kann dagegen eher zulässig sein, weil sie die Amortisationschancen des Originalanbieters weniger gefährdet. Sie wird angenommen, wenn die Übernahme/Nachahmung den Nachahmer selbst mit erheblichen Aufwand belastet, zum Beispiel weil er Holzmadonnen nicht kostensparend vervielfältigt, sondern aufwändig nachschnitzt, BGH vom 13.10.1965 (Apfel-Madonna), BGHZ 44, 288, 297 f. Der Nachahmer kann dem Originalanbieter dann nicht im gleichen Maße Preiskonkurrenz machen, wie er das im Fall der unmittelbaren Übernahme könnte.

B. Geschäftsgeheimnisse

I. Allgemeines

Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen sichert unternehmerische Innovationsinteressen gegen eine der Urformen unlauteren Wettbewerbs. Er schützt einen geschäftlichen Schmelztiegel, der Innovationen und das Überraschen von Konkurrenten und damit letztlich den Wettbewerb überhaupt erst möglich macht. Der Unternehmer kann die Mitbewerber nur überraschen, wenn diese nichts von seinem Vorhaben wissen. Daher muss er Betriebsinterna rechtlich schützen können. Es geht um eine Grundvoraussetzung für Innovationen überhaupt. Geschäftliche Neuerungen und Vorstöße sind im Hinblick auf die Fortschritts- und Anpassungsfunktionen des Wettbewerbs unverzichtbar. Sie wären ihrer ökonomischen Attraktivität und ihres Sinns beraubt, wenn die Konkurrenten sofort Kontra geben könnten, weil ihnen die Pläne und das Vorhaben des Mitbewerbers bereits vorzeitig bekannt waren.

Der Geheimnisschutz ist im **GeschGehG** (= Beck, WettbR Nr. 19), das die RL 2016/943/EU über Geschäftsgeheimnisse in das deutsche Recht umsetzt, sehr detailliert geregelt (früher §§ 17 ff. UWG). Das GeschGehG ist in enger Anlehnung an die RL aufgebaut, enthält also zahlreiche Definitionen. Einen Überblick gibt *Alexander WRP* 2019, 673 ff.

II. Geheimnisbegriff, § 2 Nr. 1 GeschGehG

Das „*Geschäftsgeheimnis*“ ist in **§ 2 Nr. 1 GeschGehG** gesetzlich definiert. Erforderlich ist eine Information, die

- geheim und daher von wirtschaftlichem Wert ist, **§ 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG**
- Gegenstand von angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch den rechtmäßigen Inhaber ist, **§ 2 Nr. 1 lit. b GeschGehG**
- und an der ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht, **§ 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG**.

Ein Beispiel ist der Quellcode von Computerprogrammen. Eine Veränderung des Programms ist nur bei Kenntnis des Quellcodes möglich, der Quellcode selber ist aus dem Programm nicht ersichtlich.

III. Erlaubte und verbotene Handlungen, §§ 3, 4 GeschGehG

§ 4 GeschGehG regelt die Frage, gegen welche Handlungen Geschäftsgeheimnisse geschützt werden, also Verletzungstatbestände. § 3 GeschGehG regelt, welche Handlungen erlaubt sind, also Erlaubnistatbestände.

Erlaubt ist unter anderem:

- eine eigenständige Entdeckung oder Schöpfung, **§ 3 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG**,
- das sogenannte reverse engineering, **§ 3 Abs. 1 Nr. 2 GeschGehG**.

Verboten ist unter anderem:

- die unbefugte Aneignung oder unbefugtes Kopieren von Dokumenten, die der rechtmäßigen Kontrolle des Geheimnisinhabers unterliegen und das Geschäftsgeheimnis enthalten, **§ 4 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG**.

Beispiel: VW-Manager Lopez

- jedes sonstige Verhalten, das nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der anständigen Marktgepflogenheit entspricht, **§ 4 Abs. 1 Nr. 2 GeschGehG**.

Nach dieser Vorschrift ist insbesondere zu entscheiden, wenn Mitarbeiter den Arbeitgeber wechseln und ihr Wissen um dessen Geschäftsgeheimnisse „im Kopf“ zum neuen Arbeitgeber mitnehmen. Grundsätzlich muss ein früherer Mitarbeiter auf sein erworbenes Wissen zurückgreifen können, wenn man ihn nicht völlig an seine erste Stelle binden will. Ein Schumacherlehrling, der in Jüterbog ausgelernt hat, soll Geschäftsgeheimnisse in Treuenbrietzen ungehindert verwerten können, *Bericht der VI. Kommission zur Vorberathung des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs*, Verhdlg. RT, IX. Legislaturperiode, 4. Session, 1895/97, S. 1196, 1208.

IV. Verhältnis zum UWG

Der Schutz eines Geschäftsgeheimnisses durch das GeschGehG schließt einen parallelen oder ergänzenden Schutz durch das UWG nicht aus, auch wenn die genauen Einzelheiten derzeit noch nicht durchweg geklärt sind. Eine gemeinsame Anwendung liegt vor allem nahe, wenn über die Verletzung des Geschäftsgeheimnisses hinaus besondere zusätzliche Begleitumstände vorliegen, die außerhalb des GeschGehG liegen und die Unlauterkeit zumindest mitbegründen, *Alexander WRP 2019, 673, 675*. In Betracht kommt dies insbesondere beim Abwerben von Mitarbeitern, die Geschäftsgeheimnisse ihres bisherigen Arbeitgebers kennen.

Ein spezieller Anwendungsfall ist **§ 4 Nr. 3c UWG**. Danach ist das Nachahmen der Waren eines Mitbewerbers unlauter, wenn der Nachahmer „*die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen unredlich erlangt hat*“. Dies kann namentlich dann der Fall sein, wenn er die Kenntnisse unter Verletzung eines fremden Geschäftsgeheimnisses erlangt hat. Ob eine solche Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses vorliegt, ist im Wege der systematischen Auslegung nach §§ 3, 4 GeschGehG zu beurteilen, *Alexander WRP 2019, 673, 675*.

V. Klagerechte, §§ 6 ff. GeschGehG

Die Ansprüche gegenüber Verletzungen von Betriebsgeheimnissen bestimmen sich nach den §§ 6 ff. GeschGehG. Anspruchsberechtigt ist stets nur der Inhaber (§ 2 Nr. 2 GeschGehG) des verletzten Geschäftsgeheimnisses.

Die §§ 6 ff. GeschGehG sind abschließend, so dass daneben grundsätzlich keine Ansprüche nach den §§ 8 ff. UWG bestehen können. Die Vorschriften des GeschGehG sind auch keine marktverhaltensregelnden Normen im Sinne von § 3a UWG.

GeschGehG und UWG können jedoch dann zusammentreffen, wenn beide Gesetze nebeneinander Anwendung finden, insbesondere wenn § 4 Nr. 3c UWG (siehe oben) verletzt wurde.

§ 10: SCHUTZ VOR ZURECHNUNGSSTÖRUNGEN

Zurechnungsstörungen führen dazu, dass ein Unternehmen an anderen als den eigenen Handlungen oder Leistungen gemessen wird. Dadurch entstehen dem betroffenen Unternehmen Nachteile, deren Ursache es nicht gesetzt hat. Der Hauptanwendungsfall solcher Störungen sind nachteilige Äußerungen, die den betroffenen Unternehmer in ein schlechtes Licht stellen und die Kaufentscheidung von Abnehmern und Verbrauchern beeinflussen können. Das gefährdet den Prozess wettbewerbskonformer Auswahl.

A. Geschäftsschädigende Äußerungen

Geschäftsschädigende Äußerungen sind für das betroffene Unternehmen häufig besonders gefährlich. Sie setzen den Betroffenen in den Augen aktueller oder potenzieller Kunden und Geschäftspartner in ein schlechtes Licht. Sie beeinträchtigen die geschäftliche Wertschätzung, die ein wesentlicher Faktor für den unternehmerischen Erfolg ist und damit für den Betroffenen große Bedeutung hat. Äußerungen können ohne sonderlichen Aufwand in die Welt gesetzt werden und lassen sich oft nur schwer bekämpfen. Es kann für das betroffene Unternehmen auch heikel sein, sich durch öffentliche Entgegnungen zu wehren. Eine solche Gegenwehr verleiht den Vorwürfen unter Umständen erhöhte Publizität und verstärkt deren unternehmensschädigende Wirkungen. Sie ist für die Außendarstellung eines Unternehmens fast immer nachteilig.

Die §§ 4 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 4, 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG sichern den Unternehmer vor schädigenden Äußerungen. Sie erfassen nur Angaben, die sich auf einen Mitbewerber beziehen. Äußerungen über einen sonstigen Marktbeteiligten sind allein an § 3 Abs. 1 UWG zu messen. In diesen Fällen ist ein abweichender, tendenziell großzügigerer Maßstab sachgerecht.

Herabsetzungen durch Medien oder Private, die legitime Äußerungszwecke verfolgen und zur öffentlichen Meinungsbildung beitragen, sind keine geschäftliche Handlung. Sie sind Gegenstand der Vorlesungen Äußerungsrecht und Medienrecht. Unternehmerische Äußerungen über Mitbewerber oder sonstige Marktteilnehmer fallen dagegen in aller Regel unter das UWG. Wenn sie ein ausgeprägtes öffentliches Informationsbedürfnis bedienen, sind die grundrechtlichen Wertungen der Meinungsfreiheit im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Äußerungstatbestände zu berücksichtigen.

I. Anschwärzung, § 4 Nr. 2 UWG

Das Wettbewerbsrecht schützt den Unternehmer vor unzutreffenden Tatsachenangaben, die zu geschäftlichen Nachteilen, zum Verlust von Kunden oder im Extremfall sogar zum Ruin führen können. Es ist dem Unternehmer nicht zuzumuten, dadurch geschäftliche Möglichkeiten zu verlieren, dass Unwahrheiten über ihn geäußert werden. § 4 Nr. 2 UWG weitert diesen Schutz noch aus, weil die Vorschrift sogar schon dann eingreift, wenn der Äußernde die Richtigkeit seiner Äußerung nicht beweisen kann. Wer sich negativ über Mitbewerber äußert, muss ganz genau wissen, was er tut.

1. Allgemeine Voraussetzungen

§ 4 Nr. 2 Satz 1 UWG normiert allgemeine äußerungsrechtliche Anforderungen. Einzelheiten werden in der Vorlesung Äußerungsrecht behandelt.

Eine „*Tatsache*“ ist etwas Geschehenes oder Bestehendes, das in die Wirklichkeit getreten und daher dem Beweis zugänglich ist, BGH vom 26.10.1951 (Constanze I), BGHZ 3, 270, 274; BGH vom 22.10.1987 (Mit Verlogenheit zum Geld), GRUR 1988, 402, 403; BGH vom 30.1.1996 (Lohnkiller), BGHZ 132, 13, 21. Ein Werturteil kann dagegen je nach dem Standpunkt des Beurteilenden entweder als falsch abgelehnt oder als richtig akzeptiert werden, BGH vom 22.6.1982, NJW 1982, 2246.

Der Inhalt der Äußerung ist durch Auslegung zu ermitteln, die sich am Verständnis der Adressaten der Äußerung auszurichten hat, BGH vom 14.5.2009 (Mecklenburger Obstbrände), GRUR 2009, 1186, 1187 Rn. 15

Die Äußerung muss sich auf unternehmerische Leistungen, das Unternehmen, die Person oder ein Mitglied der Unternehmensleitung eines Mitbewerbers beziehen. Die Begriffe werden von der h.M. weit ausgelegt (Schutzzweck), da auch Äußerungen zum Beispiel gegen Mitarbeiter oder Vertragspartner Angriffe gegen das Unternehmen sein können.

Die Äußerung muss „*geeignet*“ sein, den Betrieb oder die Kreditwürdigkeit des anderen zu „*schädigen*“. Eine Ehrenrührigkeit ist nicht erforderlich. Beispiele für Schädigungseignung: Behauptung fehlender Lieferfähigkeit; Behauptung, der Kläger sei wegen Unterschlagung von Leihmieten entlassen worden, BGH vom 12.10.1956 (Jugendfilmverleih), GRUR 1957, 93; Behauptung, eine Mitbewerberfirma habe das Entgegenkommen und gute Verhältnis zu Einkäufern großer Schuhfabriken durch größere, über das Übliche hinausgehende Weihnachtsgewinnungen erkaufte, BGH vom 29.4.1958 (Feuerzeug), GRUR 1959, 31.

Die Tatsache muss „*nicht erweislich wahr*“ sein, also ihre Wahrheit vom Äußernden beziehungsweise vom Anspruchsgegner nicht bewiesen werden können. Die Tatsache ist wahr, wenn der Inhalt, den die Adressaten der Äußerung beimessen, mit der Wirklichkeit übereinstimmt. Maßgeblich ist, ob das angeführte tatsächliche Ereignis real stattgefunden hat beziehungsweise aktuell noch stattfindet oder nicht. Wenn die Wahrheit ungeklärt ist, dann greift § 4 Nr. 2 UWG bereits ein. Die Vorschrift ist deshalb eine strenge, tendenziell äußerungsfeindliche Norm.

2. Vertrauliche Mitteilungen

Für vertrauliche Mitteilungen, an denen ein berechtigtes Interesse besteht, kehrt **§ 4 Nr. 2 Satz 2 UWG** die Beweislast um. Danach muss der Anspruchsteller beweisen, dass die Tatsachen „*der Wahrheit zuwider*“ geäußert wurden. Kann er dies nicht, so hat er keinen Anspruch.

- Eine Mitteilung ist „*vertraulich*“, wenn der Mitteilende davon ausgeht und den Umständen nach davon ausgehen kann, dass keine Weiterleitung an Dritte erfolgt (Einzelfall). Je größer der Kreis der Mitteilungsempfänger ist, desto weniger ist von Vertraulichkeit auszugehen. Bei Pressemitteilungen, Mitteilungen an Verbände oder Rundschreibungen an Kunden ist für § 4 Nr. 2 Satz 2 UWG kein Raum. Mitteilungen an Behörden sind regelmäßig als

vertraulich anzusehen, es sei denn, dass eine Weiterleitung an Dritte beabsichtigt ist.

- Ein „*berechtigtes Interesse*“ muss entweder beim Mitteilenden oder beim Empfänger bestehen. Es muss objektiv berechtigt sein (anders als bei § 193 StGB). Ob dies der Fall ist, beurteilt sich aufgrund einer Interessenabwägung. Der mit der Mitteilung verfolgte Nutzen darf nicht außer Verhältnis zum voraussichtlichen Schaden stehen. Die Mitteilung muss auch nach Inhalt und Form so schonend wie möglich sein. Den Mitteilenden trifft auch eine gewisse Recherchespflicht.
- Es müssen beide Voraussetzungen erfüllt sein, das „und“ ist nicht als „oder“ zu lesen.

3. Anspruchsberechtigter, Anspruchsgegner

Anspruchsberechtigt ist der unmittelbar Verletzte/Betroffene, also der von der Mitteilung betroffene Geschäftsinhaber, beziehungsweise derjenige, gegen den sich der Angriff richtet.

Der Verstoß gegen § 4 Nr. 2 UWG löst keine ergänzenden Abwehransprüche nach §§ 8 Abs. 3 Nr. 2 – 4 UWG aus. Die Klageberechtigung beschränkt sich vielmehr auf den unmittelbar betroffenen Unternehmer (str.). Es muss in solchen Fällen nämlich allein der Entscheidung des betroffenen Unternehmens überlassen bleiben, ob er den Klageweg beschreitet oder nicht.

Bei Angriffen gegen einen unübersehbar großen Personenkreis fehlt es in der Regel an der unmittelbaren Betroffenheit und an der Eignung zur Kreditschädigung.

Anspruchsgegner ist der Verletzer. Das ist die Person, der die unzulässige Äußerung zurechnen ist, zum Beispiel weil sie sie selbst gemacht hat oder rechtlich für sie einstehen muss.

II. Herabsetzen, Verunglimpfen, §§ 4 Nr. 1, 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG

Gegen Herabsetzen und Verunglimpfen schützen die §§ 4 Nr. 1, 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG. § 4 Nr. 1 UWG ist in der Klausur erst nach dem – spezielleren – § 4 Nr. 2 UWG zu untersuchen.

Die Äußerung muss die „*Kennzeichen, Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten und geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers*“ betreffen. In Bezug auf Kennzeichen kann auch das Markenrecht Schutz bieten, §§ 14 Abs. 2 Nr. 3, 15 Abs. 3 MarkenG. Die Vorschriften erfassen außerdem Äußerungen über die „*persönlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers*“. Beispiele: Äußerungen eines Anbieters von Autoreifen, der Konkurrent sei Bordellgänger, schlage seine Frau, habe AIDS, sei vorbestraft, Mitglied der CDU etc., sind unzulässig.

Erfasst werden sowohl Tatsachenäußerungen als auch Meinungsäußerungen. Sie müssen den Betroffenen in den Augen aktueller oder potenzieller Kunden und Geschäftspartner in ein schlechtes Licht setzen. Das „*Verunglimpfen*“ ist eine gesteigerte Form des „*Herabsetzens*“, so dass die beiden Alternativen nicht

voneinander abgegrenzt werden müssen. Für das UWG kommt es darauf an, wie stark die Äußerung den Mitbewerber schädigen kann, ob und welchen Anlass er zu der Äußerung gegeben hat und ob es ihm möglich ist, sich durch Wettbewerb zu wehren. Ein weiteres wichtiges Kriterium ist das Informationsinteresse der Verbraucher. In Sonderfällen kann auch der Diskriminierungsaspekt von Bedeutung sein. Ob ein unzulässiges Herabsetzen vorliegt, bestimmt sich nach der Rechtsprechung danach, „ob die angegriffene Werbeaussage sich noch in den Grenzen einer sachlich gebotenen Erörterung hält oder bereits eine pauschale Abwertung der fremden Erzeugnisse oder Absatzmethoden darstellt“, BGH vom 17.1.2002 (Lottoschein), GRUR 2002, 828, 830.

- Wenn die Äußerung ein Werturteil ist, so ist der wettbewerbsrechtliche Beurteilungsmaßstab eher strenger als die allgemeinen medienrechtlichen Anforderungen an Schmähkritik, kann aber Frechheiten gleichwohl zulassen, siehe BGH vom 1.10.2009 (Gib mal Zeitung), GRUR 2010, 161, 163 f. Rn. 15 ff. Nach Deliktsrecht muss auch eine scharf und überzogen formulierte, polemische und überspitzte Kritik hingenommen werden, BGH vom 16.12.2014 (Hochleistungsmagneten), GRUR 2015, 289 ff. Rn. 18, 19. Einzelheiten behandelt die Vorlesung Äußerungsrecht.
- Zutreffende Tatsachenangaben misst der BGH ebenfalls an § 4 Nr. 2 UWG. Sie sind umso eher zulässig, je sachlicher die Kritik präsentiert wird und je nützlicher die Information für die Adressaten ist oder je mehr aus anderen Gründen ein berechtigtes Informationsinteresse besteht, BGH vom 6.5.2021 (Vorsicht Falle), GRUR 2021, 1207 ff., Rn. 25 mwN. Der wettbewerbsrechtliche Beurteilungsmaßstab ist hier abermals strenger als allgemeinen äusserungs-/medienrechtlichen Anforderungen. Nach Deliktsrecht müssen Unternehmen zutreffende Tatsachenangaben grundsätzlich hinnehmen, BGH vom 24.10.1961 (Waffenhandel), BGHZ 36, 77, 80. Einzelheiten behandelt die Vorlesung Äußerungsrecht.

Es kann – in meinen Augen – vorzugswürdig sein, zutreffende Äußerungen nicht an § 4 Nr. 1 UWG, sondern an **§ 4 Nr. 4 UWG** zu messen. Die Wahrheit ist nicht herabsetzend, sondern wahr. Man kann es aber mit BGH vom 23.2.1954 (Molkereizeitung), GRUR 1954, 333, 335 grundsätzlich als wettbewerbswidrig ansehen, wenn zum Beispiel persönliche Verhältnisse des Mitbewerbers in den „Wettbewerbskampf“ gezogen werden, wenn der Inhalt der Äußerung und die Natur beziehungsweise Preis und Qualität der beworbenen Waren nichts miteinander zu tun haben und kein korrespondierendes Informationsinteresse der Verbraucher besteht. Die wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit solcher Aussagen ergibt sich dann aus der persönlichen Schutzbedürftigkeit des betroffenen Unternehmers und gegebenenfalls aus der – durchaus nicht unproblematischen – Wertung, dass Verbraucher ihre Kaufentscheidung nicht von derartigen Inhalten abhängig machen sollen.

Anspruchsberechtigter und Anspruchsgegner bestimmen sich nach denselben wie im Zusammenhang mit § 4 Nr. 2 UWG.

B. Täuschungen

Täuschungen schädigen den getäuschten Marktteilnehmer und stören den Wettbewerb. Nach **§ 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG** sind Werbevergleiche unzulässig, wenn sie zu „*Verwechslungen zwischen dem Werbenden und einem Mitbewerber*“ führen (siehe dort). Nach dem bereits vorgestellten **§ 4 Nr. 3a**

UWG sind Nachahmungen unzulässig, die zur „*Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft*“ nachgeahmter Waren oder Dienstleistungen führen (siehe dort). Greifen die genannten Vorschriften nicht ein, so können Täuschungen im Einzelfall auch an **§ 4 Nr. 4 UWG** zu messen sind.

Das Markenrecht schützt Zeichenrechte vor Verwechslungsgefahren, **§§ 14 Abs. 2 Nr. 2, 15 Abs. 2 MarkenG**. Einzelheiten behandelt die Vorlesung Immaterialgüterrecht.

C. Ausnutzen/Beeinträchtigen fremder geschäftlicher Wertschätzung

I. Allgemeines

Die geschäftliche „*Wertschätzung*“ (**§ 4 Nr. 3b UWG**; § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG) spricht letztlich gleichbedeutend von „Ruf“ eines Unternehmens ist der Inbegriff aller Dinge, die sich in der Vorstellung von Geschäftspartnern und Verbrauchern über das Unternehmen festgesetzt haben und diese dazu bewegen können, gerade mit dem betreffenden Unternehmen abzuschließen. Die ökonomische Bedeutung der geschäftlichen Wertschätzung ist ein maßgeblicher Faktor für den geschäftlichen Erfolg. Es nutzt einem Unternehmer nun einmal nichts, wenn er im Extremfall zwar die besten Waren anbietet, diese aber gleichwohl wie Blei in den Regalen liegen bleiben, weil das Unternehmen unter den Kunden unbekannt ist oder weil Kunden das Geschäft oder die Waren aus irrationalen Gründen meiden. Eine gute Reputation kann dem Unternehmen beispielsweise besondere Vorteile im Wettbewerb um imageorientierte, markentreue oder risikoscheue Kunden verschaffen. Sie kann ebenso ein großer Vorteil sein, um die besten Nachwuchskräfte für das Unternehmen zu gewinnen.

Das Ausnutzen und das Beeinträchtigen der „Wertschätzung“ betreffen typischerweise Fälle, in denen Produkte oder Unternehmen zwar nicht miteinander verwechselt werden können, in denen ein Unternehmer aber doch in irgendwie unzulässiger Weise auf die Bekanntheit des anderen Produkts oder des anderen Unternehmens Bezug nehmen. Mit dem Ausnutzen oder Beeinträchtigen macht sich der Konkurrent etwas zunutze oder beeinträchtigt etwas, was zumeist das Ergebnis jahrelanger und erfolgreicher geschäftlicher Tätigkeit ist. In Frage steht der Schutz einer unternehmerischen Leistung. Die geschäftliche Wertschätzung wird geschützt, weil der Unternehmer sie selbst durch besondere Leistungen geschaffen beziehungsweise mit Werbeaufwand erkaufte hat, BGH vom 6.12.1990 (SL), BGHZ 113, 115, 126; BGH vom 12.7.1967 (Blunazit), GRUR 1968, 581, 585; ähnlich BGH vom 11.11.1958 (Quick), BGHZ 28, 320, 327.

II. Wettbewerbsrechtlicher Schutz

Das Wettbewerbsrecht schützt die geschäftliche Wertschätzung im Zusammenhang mit Produktnachahmungen (§ 4 Nr. 3b UWG), vergleichender

Werbung (§ 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG) und kann darüber auch allgemein eingreifen, § 4 Nr. 4 UWG.

Die Frage, welchen Grad die Wertschätzung erreicht haben muss, um wettbewerbsrechtlich schutzwürdig zu sein, ist umstritten. Man könnte zum Beispiel „Berühmtheit“ verlangen, überragende Bekanntheit oder aber auch lediglich eine geringe Bekanntheit. Es ist vorzugswürdig, für den wettbewerbsrechtlichen Schutz von Wertschätzung eine Bekanntheit zu verlangen, die den markenrechtlichen Maßstäben entspricht, §§ 14 Abs. 2 Nr. 3, 15 Abs. 3 MarkenG. Die markenrechtliche Bekanntheit setzt nach der Judikatur voraus, dass die Marke „einem bedeutenden Teil des Publikums bekannt ist“, EuGH vom 14.9.1999 (General Motors) – C-375/97, Slg. 1999 I, S. 5421 ff. Rn. 24 ff.; BGH vom 10.10.2002 (BIG BERTHA), GRUR 2003, 428, 432 f.

Das Ausbeuten oder Beeinträchtigen ist nicht wettbewerbswidrig, wenn es von legitimen Interessen getragen ist. Ein „*unlauteres*“ Verhalten scheidet beispielsweise aus, wenn der Bezug zum fremden geschäftlichen Ansehen erforderlich ist, um im Rahmen einer vergleichenden Werbung die betreffenden Erzeugnisse klar voneinander zu unterscheiden, EuGH vom 23.2.2006 (Siemens/VIPA) – Rs. C-59/05, Slg. 2006 I, S. 2147 ff. Rn. 15.

III. Markenrechtlicher Schutz von Kennzeichen

Der Schutz von Kennzeichen gegenüber Rufausbeutung und –beeinträchtigung ist in den **§§ 14 Abs. 2 Nr. 3, 15 Abs. 3 MarkenG** geregelt. Nach § 2 MarkenG ist das UWG daneben zwar grundsätzlich anwendbar, doch gibt es im Detail viele Ausnahmen und Sonderregeln. Über das UWG sollen markenrechtlichen Maßstäbe nicht ausgehöhlt werden dürfen. Das Verhältnis von UWG und MarkenG ist in seinen Einzelheiten sehr komplex und heillos umstritten. Es wird im Rahmen der Schwerpunktvorlesungen (und -klausuren) nicht im Detail thematisiert.

Fall: Tchibo/Rolux

Die Ladenkette T bietet Kaffee und „Schnäppchen“ an. Im Rahmen ihrer zahlreichen Angebote offeriert sie für 50 € Armbanduhren, die den sehr bekannten Uhren der renommierten schweizerischen Exklusivherstellerin R äußerlich exakt nachgebildet sind. R bietet ihre Uhren ausschließlich über ausgesuchte Fachhändler zu Preisen von ca. 5.000 € an und hat die äußere Form der Uhren geschmacksmusterrechtlich schützen lassen. Die Schutzfrist ist inzwischen allerdings längst abgelaufen. Ist das Vorgehen der T zulässig?

Hinweis: BGH vom 8.11.1984 (Tchibo/Rolux I), GRUR 1985, 876 ff. Vorschriften des MarkenG sind nicht zu prüfen.

Lösung**A. Herkunftstäuschung, §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 3a UWG (-)****I. Geschäftliche Handlung, § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG (+)**

Die T handelt zugunsten des eigenen Unternehmens im geschäftlichen Wettbewerb, um die von ihm angebotenen Uhren abzusetzen.

II. Nachahmen von Waren eines Mitbewerbers (+)

T ahmte Waren nach, nämlich Armbanduhren. Fraglich ist aber, ob T und R überhaupt „Mitbewerber“ im Sinne von **§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG** sind. Das wiederum setzt voraus, dass zwischen ihnen ein „Wettbewerbsverhältnis“ besteht.

Das Kriterium, ob T und R „Waren gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt“ vertreiben (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG), hilft nicht weiter. Die Uhren sehen gleich aus, aber sind sie wirklich vergleichbar? Die Uhren von R sind ein Prestigeobjekt, die von T ein Juxartikel.

Stellt man darauf ab, ob sich beide Parteien an denselben Käuferkreis wenden, so ließe sich ein Wettbewerbsverhältnis ablehnen. Die Originale kosteten etwa das Hundertfache und wurden ausschließlich in exquisiten Juweliersgeschäften vertrieben, während die Imitate eine Art Juxartikel waren. Originale und Imitate wendeten sich also an ganz unterschiedliche Käuferschichten.

Sogar nach der Interessenlage scheint die Einordnung auf den ersten Blick nicht sicher zu sein. Wer einen fremden geschäftlichen Ruf ausbeutet, ist immerhin prinzipiell daran interessiert, dass das Ansehen des Originalanbieters möglichst werbekräftig bleibt. Gleichwohl handelt es sich um Mitbewerber, weil zwischen T und R keine gleichgerichteten, sondern gegenläufige geschäftliche Interessen bestehen. Das Aufkommen der Imitate kann R in keiner Weise geschäftlich nutzen. Zugleich läuft T keine Gefahr, sich mit dem Ausnutzen des fremden geschäftlichen Rufs beziehungsweise mit dem Angriff auf das Ansehen von R „ins eigene Fleisch zu schneiden“. T profitiert direkt auf Kosten von R und hat keinen Anlass, auf die Interessen von R Rücksicht zu nehmen. Ist der von ihr ausgenutzte Ruf ruiniert, so kann sie sich ohne Weiteres einem anderen Hersteller zuwenden und nunmehr dessen Produkte nachahmen. Der von ihr beabsichtigte „Juxeffekt“ geht einseitig zulasten der Wertschätzung, die R für seine Uhren erworben hat. Der Aufmerksamkeitseffekt wäre möglicherweise sogar besonders ausgeprägt, wenn das Handeln der T die R als den Anbieter der Originale ruinieren würde.

III. Herkunftstäuschung (-)

Eine Herkunftstäuschung scheidet aus. Jeder Käufer wusste, dass es sich gerade nicht um die Original Rolex-Uhren handelte. Die angebotenen Uhren

kosteten nicht nur lediglich 1 % des Preises der Rolex-Uhren, sondern wurden ausschließlich in Kaffeegeschäften vertrieben. Absolut niemand dachte, es handele sich um Originaluhren. Darin lag gerade der Witz des Falles.

B. Rufausbeutung, §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 3b UWG (-)

Die Imitate könnten die besondere geschäftliche Bekanntheit des Originalherstellers, die vom Originalanbieter „erarbeitet und verdient“ ist, unzulässig ausbeuten.

I. Wertschätzung der nachgeahmten Waren (+)

Die Armbanduhren der R waren „sehr bekannt“, hatten also eine geschäftliche Wertschätzung erworben.

II. Ausnutzen, Beeinträchtigen (+)

T nutzt das Exklusivimage der Uhren von R aus und beeinträchtigt es zugleich, weil die Produkte des R lächerlich gemacht werden.

III. Unangemessenheit (-)

Es bleibt die Frage, ob diese Form der Rufausbeutung „*unangemessen*“ ist.

- Würde man dies bejahen, so erhielte R ein zeitlich unbefristetes Monopol an der Optik seiner Uhren. Das würde der Befristung beziehungsweise der Wertung der speziellen Schutznormen nicht entsprechen. Im Streitfall hätte ein solcher Schutz die zeitliche Befristung des damaligen GeschmMG unterlaufen.
- Ein entscheidendes Argument gegen die Anwendung von § 4 Nr. 3b UWG ist der Verbraucherschutz beziehungsweise das Interesse der Verbraucher an Schutz vor überhöhten Preisen durch Wettbewerb. Warum sollen Verbraucher Uhren solcher Optik nicht für 50 € kaufen können, wenn über die betriebliche Herkunft der Uhren nicht getäuscht wird? Ist Preiswettbewerb nicht eine der wichtigsten und positivsten Erscheinungen von Konkurrenz überhaupt?

C. Gezieltes Behindern, §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG (-)

Ob in dem Handeln von T ein gezieltes Behindern im Sinne der §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG lag, bestimmt sich nach einer wettbewerbsfunktionalen Abwägung der beteiligten wettbewerblichen Interessen.

- Aus Sicht der Interessen von R ist zu überlegen, ob das Nachahmen der Uhrenform unzulässig ist, weil die R erhebliche Kosten auf sich nehmen musste, um diese Form zu entwickeln und zu entwerfen. Dieser Aufwand kann der R aber kein zeitlich unbegrenztes Monopol an der Optik der Uhren verschaffen (allgemeine Meinung). Der Amortisationsgedanke spricht im Streitfall gerade gegen die Anwendung des § 4 Nr. 4 UWG. R hatte schon viele Jahre Zeit, seine Entwurfskosten zu amortisieren. Einen Amortisationsvorsprung hat T also nicht. Es gibt vielmehr ein berechtigtes Interesse der Mitbewerber, nunmehr ebenfalls Uhren solcher Optik anbieten zu können.
- Im Hinblick auf Schutzinteressen der Verbraucher ist zu überlegen, ob die Verbraucher nicht ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse daran haben, dass ihnen Uhren solcher Optik nunmehr zu einem Hundertstel des ursprünglichen Preises angeboten werden. Ich finde, das ist der Fall.

- Nach manchen Ansichten sind Nachahmungen unlauter, die in schmarotzerischer Absicht oder planmäßig erfolgen. Da freilich jede Nachahmung vorsätzlich geschieht (sonst wäre sie kein Nachahmen), richtet sich dieser Ansatz gegen Nachahmungen an sich. Der Vorteil von Nachahmungen liegt gerade darin, dass der Nachahmer durch den Zugriff auf die fremde Leistung keine eigene mehr erbringen muss.
- Dies gilt auch im Hinblick auf die Tatbestandsvoraussetzung „gezielt“. Sie umschreibt keine subjektive Anforderung. Subjektive Kriterien sind für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung unternehmerischer Handlungen ein untauglicher Maßstab. Dem hat sich auch BGH vom 11.1.2007 (Außendienstmitarbeiter), BGHZ 171, 73, 82 Rn. 22 grundsätzlich angeschlossen.

BGH vom 8.11.1984 (Tchibo/Rolux I), GRUR 1985, 876 ff. hat Nachahmungsschutz dagegen zugesprochen.

§ 11: SCHUTZ VOR DYSFUNKTIONALEN STÖRUNGEN

A. Allgemeines

Mit „dysfunktionalen“ (dys... = griech.: un..., miss..., fehlerhaft, regelwidrig) Wettbewerbsverhalten sind Praktiken gemeint, die wettbewerbsimmanente Risiko- und Korrekturmechanismen aushebeln und deshalb wettbewerbswidrig sein können. Es handelt sich um ein anspruchsvolles Beurteilungskriterium, dessen inhaltliche Berechtigung sich oftmals erst auf den zweiten Blick erschließt.

Wettbewerb basiert auf einem Zusammenspiel von Mechanismen. Sie bringen für die Beteiligten stets gleichermaßen Chancen wie Risiken mit sich. Erst das gegenseitige Zusammenwirken von Anreiz- und Bremsmechanismen ermöglicht einen funktionierenden Wettbewerb und eine wettbewerbskonforme Auslese. Diese Kombination begünstigt geschäftlich optimale Entscheidungen und führt dazu, dass sich die positiven Wirkungen von Wettbewerb einstellen können. Sie bewirkt einerseits, dass der Unternehmer jeden Vorteil nutzt und der Allgemeinheit zugänglich macht, den er gegenüber den Mitbewerbern hat und dem die Mitbewerber folglich nichts entgegensetzen können. Sie hat andererseits zur Folge, dass der Unternehmer Vorstöße unterlässt, die auf einem unzureichenden geschäftlichen Fundament gebettet wären und letztlich ihn selbst bedrohen würden. Diese positiven Wirkungen treten aber nicht ein, wenn die wettbewerbslichen Mechanismen außer Kraft gesetzt sind.

Dysfunktionale Ausschaltungen von Wettbewerbsmechanismen beziehungsweise von geschäftlichen Risiken und Chancen können das wettbewerbsstrategische Kräfteverhältnis der Mitbewerber zueinander sachwidrig verändern. Im Extremfall erlangt der Unternehmer eine „Waffe“, gegen die sich der Mitbewerber nicht verteidigen kann. Dann kann der Unternehmer attackieren, ohne seinerseits eine Gegenwehr fürchten zu müssen. Das Wettbewerbsrecht muss Möglichkeiten, einen Konkurrenten auf solche Weise vom Markt zu drängen, so weit wie möglich entgegenwirken. Solche Praktiken verhindern einen sachgerechten wettbewerbslichen Ausleseprozess und beeinträchtigen so den Wettbewerb.

B. Boykott

Der wichtigste Anwendungsfall einer dysfunktionalen Störung ist ein Boykottaufruf, der zum Ausscheiden des boykottierten Unternehmens aus dem Markt führt, obwohl das Unternehmen an sich leistungs- und konkurrenzfähig ist. Wettbewerbskonform ist allein das Ausscheiden von nicht leistungsfähigen Anbietern.

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Boykotten bestimmt sich zumeist nach **§§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG**, weil und wenn ein Unternehmen zum Boykott eines Mitbewerbers aufruft. Ruft das Unternehmen dagegen zum Boykott eines sonstigen Marktteilnehmers auf, so ist allein **§ 3 Abs. 1 UWG** heranzuziehen.

Fehlt es an einer geschäftlichen Handlung, insbesondere wenn im Rahmen des öffentlichen Meinungskampfs zum Boykott aufgerufen wird, so ist der Aufruf an **§ 823 Abs. 1 BGB** zu messen. Einzelheiten behandelt die Vorlesung Medienrecht. Sind alle am Boykott Beteiligten (Aufrufender, Aufgerufene und Boykottierter) Unternehmen, dann kommt auch **§ 21 Abs. 1 GWB** in Betracht (kein Bestandteil des Schwerpunktstoffs). Danach ist entscheidend, ob der Boykott eine unbillige Beeinträchtigung ist. Der Maßstab ist mehr oder weniger derselbe wie im Wettbewerbsrecht.

Das RG ließ Boykotte als Mittel des wettbewerblichen Kampfes weitgehend zu und untersagte sie nur, wenn die verwandten Mittel oder die verfolgten Ziele für sich allein betrachtet als solche wettbewerbswidrig waren. Die Entscheidungen des BGH wurden dagegen von Anfang an durch das alliierte Dekartellierungsrecht geprägt, das ein weitgehendes Boykottverbot enthielt. Heute geht es bei Boykotten in der Regel um Aufrufe durch die Presse oder gesellschaftliche Institutionen.

Überspitzt lässt sich sagen: Der Boykott zu Wettbewerbszwecken ist grundsätzlich verboten. Dagegen können Boykottaufrufe durch die Presse oder gesellschaftliche Institutionen im Einzelfall erlaubt sein.

I. Hebelwirkung als Verbotsgrund

Bei Boykotten ergibt sich die „Gezieltheit“ beziehungsweise die dysfunktionale Störung aus dem Angriffsmittel, das der Unternehmer einsetzt und das eine Hebelwirkung gegenüber dem Mitbewerber entfalten kann. Der Hebeleffekt verleiht dem attackierenden Unternehmen eine Schlagkraft, die sein „an sich“ vorhandenes Angriffspotenzial überproportional übersteigt. Mit dem Boykottaufruf kann selbst der kleinste Unternehmer zum „David“ werden und „Goliath“ beziehungsweise sämtliche Konkurrenten vernichten.

1. Drei Parteien

Ein wettbewerbswidriges Boykottverhalten setzt drei Beteiligte voraus: denjenigen, der zum Boykott aufruft, den Boykottierten und den Boykotteur. Die Anforderung beruht darauf, dass der Aufrufer den zu Boykottierenden durch das Einschalten von Dritten mit mehr schädigen will, als was ihm selber an Mitteln zusteht. Diese Hebelwirkung ist verdächtig und potenziell wettbewerbsbeschränkend.

Wenn bloß zwei Parteien beteiligt sind, dann ist die Rechtslage ganz anders. Jeder Unternehmer kann aufgrund der Vertragsfreiheit frei entscheiden können, mit welchen anderen Unternehmen er Geschäfte abschließt und welche Unternehmen er „boykottiert“ indem er entweder gar keine Geschäftsbeziehungen zu ihnen eingeht oder bestehende beendet. Eine Grenze besteht lediglich im Falle einer marktbeherrschenden oder relativ marktstarken Stellung, §§ 19 Abs. 1, 20 Abs. 2, Abs. 4 GWB.

2. Abgrenzung

Die Unterscheidung von Zwei- und Dreipersonenverhältnissen führt zu einer wichtigen Abgrenzungskonsequenz. Ein Dreipersonenverhältnis liegt nur vor, wenn der Adressat des Boykottaufrufs in seiner Entscheidung über die

Durchführung der Sperre frei ist, also keinem Weisungsrecht des Auffordernden unterliegt.

- Weisungen an ein Tochterunternehmen erfüllen den Boykottatbestand deshalb nicht, wenn das Tochterunternehmen weisungsgebunden ist. Siehe BGH vom 26.10.1972 (Ersatzteile für Registrierkassen), GRUR 1973, 277 ff. Ebenso Aufrufe an Arbeitnehmer, Handelsvertreter oder sonstige weisungsgebundene Vertragspartner. BGH vom 18.11.1955 (Gesangbuch), BGHZ 19, 72 ff.; BGH vom 10.10.1989 (Neugeborenentransporte), GRUR 1990, 474 ff.
- Andererseits braucht der Adressat nicht mit dem Ausführenden der Sperre identisch zu sein. Es genügt die Aufforderung an den Adressaten, auf andere Personen einzuwirken, die die Sperre vornehmen sollen. BGH vom 13.11.1979 (Denkzettel-Aktion), GRUR 1980, 242 ff.; BGH vom 2.2.1984 (Kundenboykott), GRUR 1984, 461 ff.

II. Aufruf zum Boykottverhalten

Ein Boykottaufruf setzt voraus, dass die Adressaten und der Boykottierte hinreichend bestimmt sind, BGH vom 13.11.1979 (Denkzettel-Aktion), GRUR 1980, 242 ff. Die Aufforderung muss außerdem auf die Beeinflussung des Adressaten gerichtet und dazu geeignet sein. Das wichtigste Element des Boykottaufrufs ist jedoch, dass der Aufruf eine Art Nötigungscharakter haben muss. Ein unzulässiger Boykottaufruf ist anzunehmen, wenn der Aufrufer bewusst und gezielt in ein konkretes Wettbewerbsverhältnis eingreifen will und versucht, in einer partikularen Auseinandersetzung auf wirtschaftlichem Gebiet die Interessen einer Gruppe von Unternehmen gegenüber einer anderen durchzusetzen oder zumindest zu einer solchen Durchsetzung beizutragen, BGH vom 2.2.1984 (Kundenboykott), GRUR 1984, 461, 462 mwN.

Die Einordnung einer Äußerung als Boykottaufruf kommt nur in Betracht, wenn diese darauf zielt, andere Personen zu einem Boykottverhalten zu bewegen, BGH vom 13.11.1979 (Denkzettel-Aktion), GRUR 1980, 242, 243. Typischerweise sollen die Adressaten dazu gebracht werden, mit dem Boykottierten keine Geschäfte mehr zu machen. Die Äußerung muss auf das Zufügen von Nachteilen gemünzt sein, indem sie die Adressaten dazu animiert, den Betroffenen vom Geschäftsverkehr auszuschließen, BGH vom 22.7.1999 (Kartenlesegerät), GRUR 2000, 340, 342 mwN.

Ein Boykott ist nur gegeben, wenn das fragliche Tun über bestimmte wettbewerbskonforme Handlungen hinausgeht. Der Boykott ist von anderen Praktiken abzugrenzen, die ungleich eher zulässig sind.

Die boykottinitiiierende Handlung darf insbesondere keine bloße Meinungsäußerung oder eine sonstige zulässige Äußerung über den Konkurrenten sein.

Boykottfälle sind eng mit der Anschwärzung verwandt. Auch hier geht es darum, den Unternehmer als solchen zu schützen. Im Unterschied zu § 4 Nr. 1, Nr. 2 UWG kann es jedoch um Meinungs- oder wahre Tatsachenäußerungen gehen, an die – und das ist die Besonderheit – die Aufforderung zum Boykottieren angeknüpft wird.

Die Handlung darf ferner nicht wie eine zulässige vergleichende Werbung (§ 6 UWG) lediglich darauf zielen, bisherige Kunden des Mitbewerbers zu erobern. Der Boykott ist ein Mittel, um den Boykottierten zu „bestrafen“ oder zu einem bestimmten „Wohlverhalten“ zu zwingen. Er unterscheidet sich dadurch von der vergleichenden Werbung. Werbevergleiche enthalten ebenfalls die inzidente Aufforderung, keine Geschäfte mehr mit dem Konkurrenten zu machen. Sie richten sich aber nicht wie der Boykott gegen den Konkurrenten als solchen, sondern beschränken sich auf spezielle Waren oder Dienstleistungen. Sie wollen die bisherigen Kunden des Mitbewerbers erobern. Das Ziel, den Mitbewerber zu sanktionieren oder ihn zu einem bestimmten Verhalten zu zwingen, verfolgen sie nicht.

III. Grundsätzliche Unzulässigkeit, Ausnahmen

Nach der Rechtsprechung sind geschäftliche Boykotte wegen ihrer besonderen Gefährlichkeit für den Betroffenen grundsätzlich wettbewerbswidrig: „Da ein Boykott in der Regel eine sehr ernsthafte Gefährdung eines Gewerbebetriebs mit sich bringt und unter Umständen für den Betroffenen zur Existenzvernichtung oder sonst zu wirtschaftlich schwersten Folgen führen kann, darf er nur in Ausnahmefällen in sehr engen Grenzen durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen als gerechtfertigt angesehen werden“, BGH vom 10.5.1957 (Spätheimkehrer) BGHZ 24, 200, 206. Es gilt der Grundsatz der größtmöglichen Schonung fremder Rechte und der Vermeidung jeder zur Interessenwahrung nicht unbedingt erforderlichen Schadenszufügung, BGH vom 10.5.1957 (Spätheimkehrer), BGHZ 24, 200, 206. Die Aufforderung ist im Übrigen umso eher wettbewerbswidrig, je mehr der Aufrufende die Adressaten zur Beachtung des Aufrufs anhalten kann, zum Beispiel in Form von Geschäftsvor- oder -nachteilen.

- In Ausnahmefällen, insbesondere im Fall des sog. Abwehrboykotts zur Verteidigung gegen rechtswidrige Angriffe, sollen Boykottpraktiken zulässig sein können. Zur Rechtmäßigkeit ist jedoch strikte Verhältnismäßigkeit erforderlich, die kaum einmal gegeben sein wird. Beispielsfälle gibt es jedenfalls nicht.

Im Streitfall von BGH vom 21.11.1958 (Versandbuchhandlung), GRUR 1959, 244 ff. schloss das Gericht einen zulässigen Abwehrboykott gerade aus. Hier hatte ein Zusammenschluss von Verlegern und Buchhändlern zum Boykott eines Versandbuchhandels aufgerufen, der bestimmten Abnehmern (öffentlichen Büchereien) unzulässige Rabatte eingeräumt und damit nach Ansicht der Klägerin unlauteren Wettbewerb betrieben hatte.

- Als weitere Ausnahmefälle sind die Wahrnehmung berechtigter Interessen sowie die Durchsetzung zulässiger Vertragsbindungen und gewerblicher Schutzrechte anerkannt, *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, 7. Auflage 2024, § 21 GWB Rn. 43 mwN.

C. Unerlaubte Tätigkeiten der öffentlichen Hand

I. Allgemeines

Öffentliche Unternehmen unterliegen denselben wettbewerbsrechtlichen Anforderungen wie private, BGH vom 21.7.2005 (Friedhofsruhe), GRUR 2005, 960, 961 mwN. Wenn ihnen eine Beteiligung am Wettbewerb erlaubt ist, dann dürfen sie auch auf die ihnen zur Verfügung stehenden Ressourcen zurückgreifen und zum Beispiel Größenvorteile oder eine besondere Finanzstärke gegenüber kleinen oder finanzschwachen Konkurrenten ausspielen, BGH vom 26.2.2009 (Buchgeschenk vom Standesamt), GRUR 2009, 606, 607 Rn. 14. Ein daraus resultierender Wettbewerbsvorsprung ist von den Mitbewerbern in gleicher Weise hinzunehmen, wie sie auch Ungleichgewichte hinzunehmen haben, die in der wettbewerblichen Ausgangslage privater Unternehmen bestehen, BGH vom 19.6.1986 (Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I), GRUR 1987, 116, 118.

Das Verhalten des öffentlichen Unternehmens ist aber wettbewerbswidrig, sofern das öffentliche Unternehmen gegen spezielle öffentlich-rechtliche Zwecksetzungen verstößt. Die Beurteilung der Preisunterbietung schlägt beispielsweise um, wenn das öffentliche Unternehmen Mittel einsetzt, die ihm kraft öffentlichen Rechts allein zur Förderung sachlich anderer Zwecke zur Verfügung stehen, BGH vom 26.2.2009 (Buchgeschenk vom Standesamt), GRUR 2009, 606, 607 Rn. 20.

II. Kommunale Stadtportale

Ein aktueller Anwendungsfall sind kommunale Stadtportale, die über die Grenze einer zulässigen staatlichen Öffentlichkeitsarbeit hinausgehen und letztlich staatliche Feste veranstalten. Der BGH bejaht in solchen Fällen einen Verstoß gegen den Grundsatz der „Staatsferne der Presse“ und leitet daraus die Wettbewerbswidrigkeit ab, BGH vom 14.07.2022 (dortmund.de), GRUR 2022, 1336, 1138 Rn. 18 ff..

Eine geschäftliche Handlung ist unproblematisch zu bejahen, wenn das kommunale Portal zugleich Werbung enthält und so mit den privaten Anbietern in geschäftliche Konkurrenz tritt. Die neuere Rechtsprechung tendiert dazu, die Anwendbarkeit des UWG darüber hinaus sogar dann zu bejahen, wenn die Kommune ihr Informationsangebot vollständig selbst finanziert und damit nicht „zugunsten eines eigenen oder fremden Unternehmens“ tätig wird, BGH vom 26.9.2024 (Jobbörse), GRUR 2024, 1739, 1740 Rn. 14; kritisch *Schmitt-Mücke* GRUR 2025, 139 ff.

Die Einordnung des Portals als zulässige Öffentlichkeitsarbeit oder unzulässige publizistische Staatstätigkeit bestimmt sich nach einer wertenden Gesamtbetrachtung, für die es auf die Neutralität der Beiträge, ihre Zugehörigkeit zum Aufgabenbereich der Gemeinde und ihr äußeres Erscheinungsbild ankommt, BGH vom 20.12.2018 (Crailsheimer Stadtblatt II),

GRUR 2019, 189 ff. Rn. 35. Die staatliche beziehungsweise kommunale Publikationen darf weder ein Äquivalent zu einer privaten Zeitung sein noch wie ein Äquivalent anmuten, BGH vom 20.12.2018 (Crailsheimer Stadtblatt II), GRUR 2019, 189 ff. Rn. 36 ff.

Der BGH stützt die wettbewerbsrechtliche Beurteilung auf den Rechtsbruchtatbestand (dazu später). Er sieht den Grundsatz der „Staatsferne der Presse“ als eine „gesetzliche Vorschrift“ im Sinne von **§ 3a UWG** an und hält ihn auch dazu bestimmt, „im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln“, zum Beispiel BGH vom 14.07.2022 (dortmund.de), GRUR 2022, 1336, 1138 Rn. 21.

Ist ist demgegenüber aber vorzugswürdig, **§ 3 Abs. 1 UWG** anzuwenden und bei der Anwendung der Generalklausel der grundrechtlichen Wertung Rechnung zu tragen, dass Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG auch die Staatsfreiheit der Presse schützt, BVerfG vom 6.6.1989 (Postzeitungsdienst), BVerfGE 80, 124, 133 f.; *Grabenwarter* in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 Abs. I, II GG Rn. 353 ff., 375 ff. mwN.; zum Wettbewerbsrecht früher auch BGH vom 18.12.1968 (Stuttgarter Wochenblatt I), BGHZ 51, 236, 248. Das unzulässige kommunale Informationsverhalten setzt private Medien einer rechtswidrigen Beeinflussung aus und schmälert deren geschäftliche Möglichkeiten auf einem Markt, der demokratiepolitisch überaus wichtig ist und von privaten Zeitungsunternehmen kaum noch bedient werden kann. Dagegen ist der Rechtsbruchtatbestand für die Beurteilung von Stadtportalen schwerlich geeignet. Der Grundsatz der Staatsferne der Presse ist nämlich gerade keine gesetzgeberische Vorschrift, sondern eine bloße richterrechtliche Regel. Die Wettbewerbsgerichte denken hier also nicht lediglich gesetzliche Bestimmungen weiter, sondern erheben eigene Erkenntnisse zu einer normativ bindenden Bestimmung. Sie weichen damit ihren Begründungspflichten aus, *Beater* WRP 2022, 1202, 1205 f. Rn. 19.

V. TEIL: SONSTIGE SCHUTZRICHTUNGEN

§ 12: SONSTIGE MARKTTEILNEHMER

A. Allgemeines

Das UWG schützt neben den wettbewerblichen Interessen von Mitbewerbern und Verbrauchern auch die von „sonstigen Marktteilnehmern“, § 1 Abs. 1 Satz 1 UWG. Darunter sind alle Personen zu verstehen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG), ohne Mitbewerber oder Verbraucher zu sein (Schluss aus § 1 Abs. 1 Satz 1 UWG).

Sonstige Marktteilnehmer sind namentlich Unternehmen, die keine Mitbewerber sind. Das UWG gestaltet den wettbewerbsrechtlichen Schutz von Unternehmen gegenüber wettbewerblichen Maßnahmen anderer Unternehmen unterschiedlich aus, je nachdem, ob sich das Schutz begehrende Unternehmen gegen das Handeln eines Konkurrenten oder das eines Nichtkonkurrenten wendet.

Das UWG enthält keinen allgemeinen Tatbestand, der – wie § 4 UWG für Mitbewerber – speziell auf die Schutzinteressen von Unternehmen innerhalb des Vertikalverhältnisses gemünzt ist. Es gibt aber Vorschriften, die ausdrücklich auf Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer (§§ 4a, 5 Abs. 1, 5a Abs. 1 UWG) oder allgemein auf Marktteilnehmer (§ 7 Abs. 1 UWG) anwendbar sind. Gibt es keine spezielle Regelung, so können geschäftliche Handlungen gegenüber sonstigen Marktteilnehmern direkt an § 3 Abs. 1 UWG gemessen werden, zum Beispiel geschäftsschädigende Äußerungen.

Es ist möglich, dass Bestimmungen in Bezug auf sonstige Marktteilnehmer nach einem anderen Maßstab angewendet werden müssen als demjenigen, der gegenüber Verbrauchern oder Mitbewerbern gilt.

Zu unterschiedlichen Maßstäben für sonstige Marktteilnehmer und Verbraucher im Rahmen von § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG siehe Fall: Das Lakritzprodukt.

Ein weiteres Beispiel ist § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG. Die Telefonwerbung gegenüber Unternehmen betrifft typischerweise ein Vertikalverhältnis, nämlich das zwischen unternehmerischem Anbieter und potenziellem Abnehmer. Zugleich wird Telefonwerbung, die sich an sonstige Marktteilnehmer richtet, anders behandelt als solche, die sich an Verbraucher wendet. Dem Verbraucher ist diese Werbung schlicht lästig und sie beeinträchtigt sein persönlichkeitsrechtliches Interesse, ungestört beziehungsweise „für sich“ sein können. Telefonwerbung gegenüber Unternehmen kann dagegen dazu führen, dass die Mitarbeiter dieses Unternehmens davon abgehalten werden, für das Unternehmen in dessen Interesse zu arbeiten. Sie hat also betriebsstörende Wirkung.

B. Unternehmerische Marktgegenseite

Die Einbeziehung von sonstigen Marktteilnehmern in den Schutzbereich des UWG hat vor allem Bedeutung für Unternehmen der Marktgegenseite. Es geht um das Verhältnis zwischen Unternehmen, die auf verschiedenen Wirtschaftsstufen tätig sind. Solche Vertikalverhältnisse (auch: Stufenverhältnisse) bestehen etwa zwischen Hersteller und Händler, zwischen Großhändler und Einzelhändler oder allgemein zwischen Lieferant und Abnehmer. Dabei lässt sich die vorgelagerte Wirtschaftsebene als Anbieterstufe und die nachgelagerte Ebene als Nachfragerstufe bezeichnen. Das Wettbewerbsrecht hat zu entscheiden, ob Unternehmen vor dem Verhalten von Unternehmen anderer Wirtschaftsstufe geschützt werden müssen, ob also Unternehmen der Anbieterstufe sich gegen Maßnahmen der Nachfragerstufe oder umgekehrt Unternehmen der Nachfragerstufe sich gegen Handlungen der Anbieterstufe wettbewerbsrechtlich wehren können.

Unternehmerische Abnehmer üben dieselbe wettbewerbliche Schiedsrichterfunktion wie die Verbraucher aus, weil sie durch ihre Kaufentscheidung über den Erfolg oder Misserfolg der Anbieter im Wettbewerb urteilen, BGH vom 7.3.1996 (Lohnentwesungen), GRUR 1996, 798, 799. Sie müssen deshalb ihre Entscheidung wettbewerbskonform treffen können, also sowohl hinsichtlich der Entscheidungsgrundlage als auch des Entscheidungsprozesses wettbewerbsrechtlich geschützt werden.

I. Irreführung, § 5 UWG

(Allgemeine Grundlagen des Irreführungsschutzes werden im Verbraucherschutzteil behandelt.) Das Einkaufs-, Informations- und Entscheidungsverhalten gewerblicher Abnehmer weicht von dem der Verbraucher strukturell ab. Dieser Unterschied bedingt eigenständige Beurteilungserfordernisse und -maßstäbe.

Im Rahmen des Irreführungsschutzes ist der Inhalt von Angaben, die sich an unternehmerische Abnehmer wenden, mit der h.M. aus den Verständnismöglichkeiten des angesprochenen Unternehmens zu bestimmen und nicht nach dem Maßstab privater Verbraucher, BGH vom 13.7.2000 (Unternehmenskennzeichnung), GRUR 2000, 1084, 1086.

Unternehmen unterliegen anderen Irreführungsrisiken als Verbraucher, sind zugleich aber aufgrund ihrer Sachkompetenz grundsätzlich geringeren Täuschungs- und Beeinflussungsgefahren ausgesetzt.

Unternehmerische Kaufentscheidungen sind typischerweise die Entscheidung mehrerer Personen. Sie sind durch die Bündelung von Kompetenz und geschäftlicher Erfahrung und durch interne Abstimmung geprägt, können aber zugleich wie jede Entscheidungsfindung in einer Gruppe eigenen Schwierigkeiten und Fehlerquellen unterliegen. Zugleich sind unternehmerische Beschaffungsentscheidungen oftmals eingebettet in einen wechselseitigen Austauschprozess zwischen Anbieter und Nachfrager. Dies führt dazu, dass ein Schutz von Unternehmen vor irreführender

Werbung eine geringere praktische Relevanz hat als ein entsprechender Schutz von Verbrauchern. Unternehmerische Beschaffungsentscheidungen werden ungleich seltener auf fehlerhafter Entscheidungsgrundlage getroffen.

Da in der Regel die Entscheidung eines Gremiums infrage steht, kann auch das Verständnis solcher Personen zu berücksichtigen sein, die auf unternehmerischer Ebene im Vorfeld an der Kaufentscheidung beteiligt sind. Wendet sich eine öffentliche Werbung sowohl an Unternehmen als auch an Verbraucher, so muss sie zu ihrer Zulässigkeit beiden Schutzrichtungen genügen.

Der seltene Fall einer erhöhten Anfälligkeit von Unternehmen gegenüber Irreführungen kann sich daraus ergeben, dass Unternehmen arbeitsteilig tätig sind und zum Beispiel die Erteilung von Aufträgen und die Begleichung entsprechender Rechnungen oftmals in verschiedenen Händen liegen, BGH vom 26.1.1995 (Folgeverträge II), GRUR 1995, 358, 360. Der „Erfolg“, den das Zusenden von als Rechnung aufgemachten Vertragsofferten gerade im Zusammenhang mit unternehmerischen Adressaten gehabt hat, ist ein Beispiel dafür, dass unternehmerische Entscheidungsstrukturen auch eigenständige Irreführungsmaßstäbe erfordern können.

II. Störungen des Entscheidungsprozesses, § 4a UWG

§ 4a Abs. 1 Satz 1 UWG untersagt aggressive Handlungen, die geeignet sind, den sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung (= **§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG**) zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte. Ebensovienig wie der Unternehmer dem Konkurrenten oder dem Verbraucher das Messer an die Schläfe halten darf, um diese zu einer veränderten Preispolitik oder zum Geschäftsabschluss zu „motivieren“, darf er unternehmerische Lieferanten oder Abnehmer entsprechend nötigen. Wettbewerb funktioniert nur, wenn die Marktbeteiligten in Freiheit entscheiden und handeln können.

Geschäftliche Handlungen können insbesondere deshalb aggressiv und damit unlauter sein, weil sie auf eine Belästigung (§ 4a Abs. 1 Nr. 1 UWG), eine Nötigung einschließlich der Anwendung körperlicher Gewalt (§ 4a Abs. 1 Nr. 2 UWG) oder eine unzulässige Beeinflussung (§ 4a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 1 Satz 3 UWG) hinauslaufen. Die Einwirkung auf den Marktteilnehmer muss intensiv und objektiv geeignet sein, die freie Entscheidung des sonstigen Marktteilnehmers zu beeinträchtigen und ihn von rational-kritischen Erwägungen über die Vor- und Nachteile eines Angebots, zum Beispile über seine Verwendbarkeit, Preiswürdigkeit und Qualität, abzuhalten. Als Faustregel setzt das Verbot ein stärkeres Beeinträchtigungsmaß als gegenüber Verbrauchern und eine geringere Intensität als das Nötigen von Mitbewerbern voraus.

Das Ausüben von „wettbewerblichem Zwang“ ist dagegen wettbewerbskonform und wird nicht vom Verbot erfasst. Der Unternehmer soll und muss beispielsweise mit seinem Lieferanten scharf verhandeln, um optimale Vertragsbedingungen zu erreichen. Eine unzulässige Beeinflussung liegt nur vor, wenn der ausgeübte Druck keinen wettbewerbskonformen Charakter hat und auch nicht aus sonstigen rechtlichen Gründen hingenommen werden muss. Für

die Beurteilung sind dieselben Maßstäbe sachgerecht, die für das Nötigen von Mitbewerbern gelten.

Eine wettbewerbswidrige Beeinflussung ist das Schmiergeld, das ursprünglich durch das UWG selbst verboten war und nunmehr durch § 299 StGB unter Strafe gestellt ist. Die Entscheidungsfindung in einem Gremium ist erheblich erschwert, wenn ein Mitglied des Gremiums von vornherein und für die anderen Mitglieder nicht erkennbar sachwidrige Ziele verfolgt.

III. Kein Schutz von Marktstufen

Das UWG gewährt kein Schutz der Marktstufen als solchen, insbesondere des Großhandels oder des Einzelhandels. Es ist der Auslesefunktion des Wettbewerbs überlassen zu entscheiden, ob große, mittlere oder kleine Unternehmen konkurrenzfähig sind oder nicht. Das Entstehen des Onlineversandhandels hat frühere Vertriebsstrukturen, insbesondere diverse Formen zwischengeschalteter Handelsstufen, vielfach überflüssig gemacht.

- Grundlegend ist BGH vom 27.6.1958 (Direktverkäufe), BGHZ 28, 54 ff. Im Streitfall vertrieb ein Großhändler Produkte sowohl an Einzelhändler als auch an Endverbraucher und verlangte von den Endverbrauchern denselben Preis wie von den Einzelhändlern. Daher konnten die Einzelhändler, wenn sie selbst noch etwas verdienen wollten, nur zu höheren Preisen an den Endverbraucher verkaufen. Die Entscheidung betont, dass es – von Sonderregeln etwa für das Apothekenwesen abgesehen – keine Rechtsnorm gebe, die dem Fabrikanten oder Großhändler die unmittelbare Belieferung von Letztverbrauchern schlechthin verbiete. Solche Verkäufe seien nicht schlechthin wettbewerbswidrig und selbst wenn man solche Praktiken als sozialpolitisch bedenklich einordnen sollte, so wäre dies für sich allein kein Grund, solche Maßnahmen unter die Generalklausel zu fassen. Die Marktwirtschaft kenne nun einmal keine festgelegten Absatzwege.
- Nach BGH vom 18.4.1958 (Antibiotica), GRUR 1958, 487, 489 genießen unternehmerische Abnehmer grundsätzlich keinen Schutz davor, dass der Lieferant ihnen unterschiedliche Preise abverlangt. Der Entscheidung ist uneingeschränkt zuzustimmen. Im Wettbewerb kann es keinen Anspruch von Unternehmen auf Gleichbehandlung durch ihre Geschäftspartner geben. Zugleich fehlt es an einer Rechtfertigung, die unternehmerische Preisfreiheit des Lieferanten einzuschränken und ihm die u.U. absatzsteigernde Möglichkeit der Preisdifferenzierung zu untersagen. Einem marktbeherrschenden oder relativ marktstarken Unternehmen sind für die unterschiedliche Behandlung von Abnehmern jedoch kartellrechtliche Grenzen (§ 19 Abs. 1 GWB) gesetzt.

C. Branchenfremde Unternehmen

In seltenen Konstellationen kann es zu einer Schädigung durch branchenfremde Unternehmen kommen. Wenn handelndes und betroffenes Unternehmen in derselben Branche tätig und damit in der Regel Mitbewerber sind, so ist das unternehmerische Handeln kräftigen Kontrollmechanismen des Markts unterworfen. Insbesondere steht es einem attackierten Unternehmen frei, sich durch probate Gegenmaßnahmen zu wehren, also zum Beispiel auf den Preisvorstoß des Konkurrenten seinerseits mit Preissenkungen oder mit Veränderungen der eigenen Produktpalette zu reagieren. Im Falle

branchenüberspringender Wirkungen kann es dem betroffenen Unternehmen jedoch unmöglich sein, einen „Gegenschlag“ zu führen, der das andere Unternehmen treffen würde. Dem attackierten Unternehmen stehen im Verhältnis zum angreifenden keine Reaktionsmöglichkeiten offen, weil die Beteiligten zum Beispiel in unterschiedlichen Branchen tätig sind. Der wettbewerbsstrategische Mechanismus kann daher ins Leere gehen und damit ganz ungewöhnliche Interessenlagen aufwerfen.

Ein Beispiel sind die sogenannten Werbeblocker, die elementare Wettbewerbsmechanismen ausschalten. Wer angreifen kann, ohne eine Gegenwehr fürchten zu müssen, und wer fürchten muss, angegriffen zu werden, ohne sich wehren zu können, verhält sich im Geschäftsleben vermutlich anders als unter den üblichen Marktbedingungen. Im Werbeblocker-Fall ist es jedoch so, dass die Werbeblocker zwar die Privatsender bedrohen, aber zugleich mit wettbewerbslich positiven Folgen, nämlich mit Innovationen verbunden sind.

D. Klagerechte

Der Wortlaut der §§ 8 Abs. 3, 9 UWG sieht keine direkte Klagebefugnis für sonstigen Marktteilnehmer vor. Die **§§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 9 Abs. 1 UWG** gewähren Einzelunternehmen nur dann Ansprüche, wenn diese als „Mitbewerber“ betroffen sind. Im Einzelfall kann gleichwohl über ein eigenständiges Klagerecht nachzudenken sein, wenn die verletzte Wettbewerbsnorm dem Schutz eines bestimmten Marktteilnehmers dient und dieser durch den Verstoß zugleich unmittelbar verletzt wird (siehe § 16 der Vorlesung).

§ 13: WETTBEWERBSGEFÄHRDUNG

A. Allgemeines

Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 UWG schützt das Wettbewerbsrecht auch „*das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb*“. Ein marktwirtschaftlich verfasstes Rechtssystem setzt die Existenz von Wettbewerb unabdingbar voraus. Das Recht muss sicherstellen, dass der Wettbewerb nicht in erheblichem Maße eingeschränkt oder sogar in seinem Bestand gefährdet wird. Das Anliegen, ein „Verhindern von Wettbewerb zu verhindern“, ist vor allem die Aufgabe des Kartellrechts (das kein Gegenstand des Schwerpunkts mehr ist). Das Wettbewerbsrecht kann ebenso eingreifen. Es wäre ungereimt, wenn das Wettbewerbsrecht etwa gegen ungewollte Werbewurfsendungen, nicht aber gegen Gefährdungen des Wettbewerbs sichern würde, falls das Kartellrecht insoweit keine Hilfe bietet. Die praktische Bedeutung dieser Schutzrichtung ist gleichwohl sehr begrenzt, möglicherweise fehlt sie sogar komplett. Es gibt derzeit keine Konstellation, in der die Schutzrichtung eigenständig zum Tragen kommt.

B. Gefährdungsanforderungen

Grundsätzlich wird jede Branche den Boden unter den Füßen verlieren, wenn ihr die Einnahmemöglichkeit entzogen wird. Dies kann passieren aus Gründen, die mit der Güte oder Preiswürdigkeit des eigenen Angebots im Grunde nichts zu tun haben, zum Beispiel weil Absatzmärkte („Verstopfung“ des Marktes durch massenhaftes Verschenken von Produkten) oder lebenswichtige Werbeeinnahmen (Werbeblocker) verschlossen werden. Es ist auch denkbar, dass infolge von Preiskriegen niemand mehr kostendeckend anbieten kann.

Die Beurteilung, ob eine relevante Gefährdung besteht, hat an die Art des Geschäftsverhaltens und die Besonderheiten des betroffenen Marktes anzuknüpfen. Wichtige Indizien für die Einschätzung sind etwa die Zahl, Größe und Organisation der Mitbewerber auf dem relevanten Markt, die Dauer des fraglichen Verhaltens und die Reaktion der Mitbewerber, BGH vom 3.7.1981 (Bäckerfachzeitschrift), BGHZ 81, 291, 295 ff.

Bei der Annahme, ein Geschäftsverhalten gefährde den Bestand des Wettbewerbs, sind Zurückhaltung und strenge Anforderungen geboten. Die Entscheidung über die Anwendung der Generalklausel setzt richterliche Prognosen und Folgenerwägungen voraus, die angesichts der Beschränktheit des menschlichen Wissens und der begrenzten Vorhersagbarkeit marktwirtschaftlicher Prozesse bereits als solche problematisch sind. Es lässt sich mit gewichtigen Gründen in Zweifel ziehen, ob die bislang auf den Schutz des Wettbewerbsbestands gestützten Verbote Praktiken untersagten, die sich tatsächlich bestandsgefährdend ausgewirkt hätten.

- Manchmal wird angenommen, die Bestandsgefährdung könne sich aus einem Verhalten ergeben, dass „Sogwirkung“ entfaltet, also die andere Unternehmen zum Mitmachen zwingt und so zu einem „Waldbrand“ führt. Die Gefährdung beruht dann sozusagen auf einer Art Lawineneffekt, den

auch ein kleines Unternehmen auslösen könnte. Die Annahme, es gebe solche Sogwirkungen, dürfte aber in das Reich der Märchen gehören. Unternehmen finden im Wettbewerb immer wieder Möglichkeiten, solchen Wirkungen auszuweichen.

- Die Rechtsprechung hat in manchen Urteilen darauf abgestellt, ob das in Frage stehende Verhalten auch darauf zielt, einen bestimmten Konkurrenten zu vernichten, zum Beispiel BGH vom 26.4.1990 (Anzeigenpreis I), BGHZ 111, 188, 190 ff. Das ist akzeptabel, soweit die Vernichtungstendenz und Vernichtungseignung allein als Indiz dafür genommen wird, dass auch der Wettbewerbsbestand gefährdet ist. Ein wettbewerbsrechtlicher Schutz des Konkurrenten davor, dass er nicht mehr konkurrenzfähig ist und den Markt verlassen muss, ist dagegen problematisch.

C. Gefährdung des ökonomischen Wettbewerbs im Bereich der Medien

Besondere Maßstäbe kommen in Betracht, wenn Geschäftspraktiken die ökonomische Basis von privaten Medienunternehmen bedrohen. Es ist nicht geklärt, ob sich ein solcher Schutz aus der Sicherung des Wettbewerbsbestands oder aus Allgemeinheitsinteressen (= **Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG**) rechtfertigen würde.

Verfassungsrechtlich garantiert **Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG** als objektive Grundsatznorm auch die Freiheitlichkeit des Pressewesens insgesamt beziehungsweise das Institut „Freie Presse“ als solches, BVerfG vom 6.6.1989 (Postzeitungsdienst), BVerfGE 80, 124, 133. Anwendungsfälle hält das BVerfG in Bezug auf wirtschaftliche Zusammenhänge für denkbar, wenn etwa dem freien Pressewesen Gefahren aus der Bildung von Meinungsmonopolen erwachsen würden, BVerfG vom 5.8.1966 (Spiegel), BVerfGE 20, 162, 175 f. Die verfassungsrechtliche institutionelle Garantie der freien Presse bezieht sich ihrem Sinn nach allein auf die periodische Massenpresse und Druckwerke, die in ihrer Wirkung auf die öffentliche Meinung der periodischen Massenpresse gleichkommen, *Bullinger* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Auflage 2009, § 163 Rn. 32. Für Flugblätter, Rätselzeitschriften, Fachzeitschriften sowie Bücher, Platten und Kassetten ohne aktuell-politischen Charakter gilt sie nicht.

BGH vom 18.12.1968 (Stuttgarter Wochenblatt I), BGHZ 51, 236 ff. hielt das Verteilen kostenloser Anzeigenblätter für wettbewerbswidrig. Eine Rechtfertigung dafür, dem Zeitungsunternehmer preis- und werbungspolitische Gestaltungsmöglichkeiten und dem Verbraucher die Chance auf kostenlose Presseblätter zu nehmen, liefern die wettbewerbsbezogenen Schutzzwecke nicht. Es ist kein berechtigtes Konkurrenteninteresse an Schutz vor solchen Anzeigenblättern ersichtlich, und der BGH hat den Schutz unabhängig davon zugesprochen, ob der Bestand des Pressewettbewerbs als solcher durch das Anzeigenblatt gefährdet wurde oder nicht. Den maßgeblichen Verbotsgrund sah das Gericht vielmehr in den erheblichen Interessen der Allgemeinheit am Bestand eines leistungsfähigen Pressewesens, also in „wettbewerbsfremden“ Aspekten. Zu der Entscheidung *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rdnr. 2312 f.

Die neuere BGH-Rechtsprechung zieht die verfassungsrechtliche Stellung und Bedeutung des Pressewesens in ihren Urteilsbegründungen nicht mehr

heran, BGH vom 26.4.1990 (Anzeigenpreis I), BGHZ 111, 188 ff.; BGH vom 15.2.1996 (Stumme Verkäufer), GRUR 1996, 778 ff. Sie neigt dazu, Bestandsgefährdungen abzulehnen oder nur unter sehr strengen Anforderungen zu bejahen. Insbesondere greift BGH vom 20.11.2003 (20 Minuten Köln), BGHZ 157, 55 ff. allein auf wettbewerbsbezogene Schutzinteressen zurück.

Fall: Der Werbeblocker

Der erfolgreiche Softwareunternehmer S hat einen „Werbeblocker“ erfunden. Mit dieser Vorrichtung, die S als derzeit noch einziger Anbieter und zu einem Preis von etwa 500 € verkauft, lässt sich Fernsehwerbung „wegschalten“. Das Gerät schaltet, wenn die Fernsehwerbung beginnt, auf ein im Moment gerade werbefreies Programm um und nach Ende der Werbeunterbrechung wieder auf den ursprünglichen Fernsehkanal zurück. Die sich überwiegend aus Werbeeinnahmen finanzierenden privaten TV-Sendeanstalten protestieren gegen den Verkauf solcher Geräte und fürchten um ihre Existenz.

Ist das Verhalten von S rechtlich zulässig? Mediengesetzliche Normen sind nicht zu prüfen.

Hinweis: Teil einer früheren Examensklausur (SS 2006). BGH vom 24.6.2004 (Werbeblocker), GRUR 2004, 877 ff.

A. Gezieltes Behindern, §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG (-)**I. Geschäftliche Handlung, § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG (+)**

Die §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG setzen zunächst voraus, dass eine geschäftliche Handlung vorliegt.

Auch die gezielte Behinderung § 4 Nr. 4 UWG muss dieses Merkmal erfüllen, da sie ein Unterfall des unlauteren Verhaltens im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG ist. Der Begriff der geschäftlichen Handlung ist in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG legaldefiniert.

S ist tätig geworden und hat gehandelt. Er wird im geschäftlichen Verkehr tätig, sobald er den Werbeblocker zum Kauf anbietet.

Die Handlung ist zugunsten des eigenen Unternehmen des S, indem sie S hilft, seine Werbeblocker abzusetzen.

Die Handlung hängt mit der Förderung des Absatzes der Werbeblocker objektiv zusammen.

II. Mitbewerber, § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG (-)

Das Handeln des S müsste sich gegen einen Mitbewerber richten, das heißt die privaten Fernsehunternehmen müssten mit S in einem „*konkreten Wettbewerbsverhältnis*“ stehen. **§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG** enthält eine entsprechende Legaldefinition.

S und die Fernsehsender sind „*Unternehmer*“ im Sinne von **§ 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG**.

S und die Fernsehsender stehen in einem „*Wettbewerbsverhältnis*“, wenn sie als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.

- Fragt man für das Wettbewerbsverhältnis mit der Formulierung in § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG danach, ob S und die Sendeanstalten „Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt“ vertreiben, so scheidet ein Konkurrenzverhältnis aus.
- BGH vom 12.1.1972 (Statt Blumen ONKO-Kaffee), GRUR 1972, 553 hat ein Konkurrenzverhältnis auch für den Fall des Substitutionswettbewerbs angenommen. Die Werbeblocker werden freilich von den Voraussetzungen dieser Judikatur nicht erfasst, denn sie sollen das Fernsehen gerade nicht ersetzen. Ein

Substitutionsverhältnis lässt sich aber immerhin unter dem Gesichtspunkt annehmen, dass der Werbeblocker die Existenz von Leistungen voraussetzt, wie sie die privaten TV-Anstalten erbringen.

- OLG Frankfurt a.M. vom 23.9.1999 (TV-Werbeblocker), GRUR 2000, 152 ff. hat auf der Basis der h.M. ein Wettbewerbsverhältnis dahinstehen lassen und argumentiert, dass die Werbeblocker jedenfalls nicht gegen die guten Sitten (§§ 1 UWG 1909, 826 BGB) verstoßen.

Der BGH hat – noch zum alten UWG – anders entschieden. Das Wettbewerbsverhältnis ist „konkret“, wenn die betreffenden Unternehmen die Waren innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen, so dass das Wettbewerbsverhalten des einen daher den anderen beeinträchtigen, das heißt im Absatz behindern oder stören kann, BGH vom 24.6.2004 (Werbeblocker), GRUR 2004, 877, 878 f.

Die Annahme des BGH ist jedoch brüchig. Die TV-Sender und S wenden sich an ganz verschiedene Kunden, nämlich die TV-Sender an werbewillige Unternehmen und S an Zuschauer, die der Werbung überdrüssig sind.

Es ist sachgerechter, das Wettbewerbsverhältnis nach heutigem Recht eng zu verstehen und es im Streitfall abzulehnen.

- Das maßgebende inhaltliche Kriterium für das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses ist die zwischen den betreffenden Unternehmen bestehende Interessenlage. Unternehmen sind Mitbewerber, sofern und soweit sie gegenläufige geschäftliche Interessen haben, also insbesondere im eigenen geschäftlichen Interesse auf die „Vernichtung“ des jeweils anderen zielen müssen. Sie sind dagegen keine Mitbewerber, wenn sie gleichgerichtete geschäftliche Interessen haben.
- Die Parteien sind im Verhältnis zueinander keine Mitbewerber, sondern sonstige unternehmerische Marktteilnehmer. Zwischen ihnen bestehen keine gegenläufigen wettbewerblichen Interessen. S wird im ureigenen Geschäftsinteresse nicht danach streben, die privaten Fernsehsender zu vernichten. Er ist vielmehr daran interessiert, nur eine bestimmte Anzahl von Werbeblockern zu verkaufen, um die Absatzmöglichkeit ihrer Produkte zu erhalten und das Überleben der Fernsehsender zu sichern. Der Vertrieb der Werbeblocker ist daher nicht an den Regeln des Mitbewerberschutzes, sondern an eigenen Maßstäben und allein an der Generalklausel zu messen.

Anders als im Rahmen des alten UWG und bei der Werbeblocker-Entscheidung des BGH geht es bei diesem Kriterium nicht mehr um die grundsätzliche Anwendbarkeit des UWG überhaupt. Es geht nur noch und allein um die Frage, ob eine Maßnahme anhand von § 4 Nr. 4 UWG oder aber an anderen Normen zu messen ist. Es geht also nur noch um eine speziell auf Konkurrenten bezogene materielle „Sonderkategorie“ für das Verhalten unter Konkurrenten.

III. Ergänzender Hinweis: „gezielt“

Der Werbeblockerfall zeigt sehr anschaulich, dass subjektive Kriterien im Rahmen des Behinderungstatbestands kein sachgerechter Maßstab sind.

B. Unlauterkeit, § 3 Abs. 1 UWG (-)

Das Anbieten des Werbeblockers könnte nach § 3 Abs. 1 UWG unzulässig sein. Eine entsprechende Einschränkung der unternehmerischen Möglichkeiten des S bedarf einer sachlichen Legitimation. Ein solcher Verbotsgrund könnte sich aus den Schutzzwecken des UWG ergeben.

I. Verbraucherinteressen

Das Verbraucherschutzinteresse spricht grundsätzlich für die Zulässigkeit von Werbeblocker. Der Verbraucher erhält auf diese Weise zusätzliche Angebote und Wahlmöglichkeiten. Ihm werden neue Kaufbeziehungsweise Handlungsalternativen geboten, denn der Werbeblocker ermöglicht es ihm, TV-Werbung entgehen zu können, wenn er dies möchte und es ihm 500 € wert ist. Die Maßnahme wirkt sich also nicht „zum Nachteil“ der Verbraucher aus.

Das OLG Frankfurt a.M. hat zusätzlich darauf abgestellt, dass private TV-Sender keinen „moralischen“ Anspruch darauf haben, dass die Zuschauer, wenn sie kostenfrei den redaktionellen Teil des Programms sehen, auch die Werbung über sich ergehen lassen müssten.

Durch Werbeblocker wird den Verbrauchern auch nicht weniger Information durch Werbung angeboten. Wer als Verbraucher Werbung haben möchte, braucht sich keinen Blocker anzuschaffen oder kann ihn ausschalten. Im Übrigen „droht“ lediglich, dass die Unternehmen ihre Werbung verlagern werden, nämlich von den TV-Anstalten zu anderen Werbemedien.

II. Interessen der TV-Sender als sonstige Marktteilnehmer

Im Hinblick auf die Interessen der TV-Sender wäre zunächst zu überlegen, ob diese nicht wettbewerbswidrig behindert werden, indem ihnen der Zugang zum Werbemarkt versperrt wird.

- Ein klassischer Fall von Wettbewerbswidrigkeit liegt etwa vor, wenn der Unternehmer unerlaubt die Werbung des Konkurrenten mit eigenen Plakaten überklebt und so verhindert, dass die Werbung des Konkurrenten noch wirken kann.
- Der Streitfall lässt sich damit im Ergebnis nicht auf eine Stufe stellen. Eine Parallele besteht immerhin insofern, dass S sozusagen „auf Kosten“ der TV-Sender ein Geschäft macht. Das ist jedoch die Grundidee von Wettbewerb und kann als solches eine Anwendung der Generalklausel daher nicht rechtfertigen. Der Unterschied liegt aber im verwendeten Mittel. Handlungen (wie die des S), die Auswahlentscheidungen der Marktgegenseite zulassen (nämlich die Entscheidung der Verbraucher, einen Werbeblocker zu kaufen oder nicht kaufen), führen zu einem Mehr an Wettbewerb und müssen grundsätzlich zulässig sein, *Beater WRP 2011, 7, 12 f.*

Auch unter dem Gesichtspunkt der Produktstörung werden keine wettbewerbslich relevanten Interessen der Fernsehunternehmer beeinträchtigt.

- Die Produkte der Fernsehunternehmen werden als solche nicht beeinträchtigt.
- Das Angebot des S hat auch nicht zur Folge, dass Erwerber des Werbeblockers kostenlos Angebote in Anspruch nehmen können, die nur gegen Entgelt angeboten werden.

Als ein zentrales Kriterium ist die Art und Weise zu beachten, auf die der S die Sender beeinträchtigt.

S hat nicht einfach den TV-Sendern geschäftliche Optionen versperrt, sondern etwas Neues erfunden, ein neues Produkt auf den Markt gebracht. Es gehört zum Wesen des Wettbewerbs, dass sich durch neue Entwicklungen, insbesondere technischer Art, die Bedingungen für die gewerbliche Betätigung ständig ändern, was auch zur Beeinträchtigung der Interessen bestehender Branchen oder Unternehmen führen kann. Das Aufkommen der Computer-Textverarbeitung hat zum Beispiel die elektronischen Schreibmaschinen „ausgerottet“ usw.

Die TV-Sender können sich schließlich auch durch Wettbewerb wehren, denn sie haben zumutbare Ausweichmöglichkeiten, zum Beispiel durch sog. Sponsoring oder die Kombination von Werbung und Programm (Teilbelegung des ausgestrahlten Bildes mit Werbung, Produktplatzierung, etc., **§ 8 Abs. 4 Satz 1, Abs. 7 Satz 2 ff. MStV**).

III. Wettbewerbsbestand

Zu überlegen ist, ob nicht der Wettbewerbsbestand auf dem privaten TV-Markt gefährdet ist, wenn Werbeblocker vertrieben werden dürfen.

Das UWG schützt den Wettbewerb vor Gefährdungen, **§ 1 Abs. 1 Satz 2 UWG**. Für ein marktwirtschaftlich verfasstes Rechtssystem, das die Existenz von Wettbewerb unabdingbar voraussetzt, drängt sich eine solche Schutzrichtung geradezu auf. Das Recht muss sicherstellen, dass der Wettbewerb nicht „in erheblichem Maße eingeschränkt“ oder sogar in seinem Bestand gefährdet wird, BGH vom 20.11.2003 (20 Minuten Köln), BGHZ 157, 55, 61.

- Das OLG Frankfurt a.M. hat eine Gefährdung im Streitfall mit einleuchtenden Erwägungen abgelehnt. Die Geräte kosten derzeit 500 €, so dass ihrer Verbreitung Grenzen gesetzt sind. Es ließe sich in diesem Zusammenhang auch überlegen, dass der TV-Konsum typischerweise mit sinkendem Einkommen steigt, so dass besonders viele „Vielseher“ aus Kostengründen gerade vom Erwerb des Werbeblockers absehen werden. Tendenziell wird das Fernsehen wie zuvor das Radio auch immer stärker zum Sekundärmedium, das nebenbei läuft. Die Neigung, Werbung speziell wegzuschalten, lässt dann nach. Schließlich kann der Zuschauer das Programm auch von Hand umschalten oder mit Hilfe von Speichermedien Werbung verhindern. Angesichts dieser bereits bislang vorhandenen Möglichkeiten liegt die Annahme einer Gefährdung des Wettbewerbsbestands fern.
- Eine zentrales Kriterium gegen die Wettbewerbswidrigkeit ist, dass S ein eigenes Interesse daran hat, den TV-Sendern nicht zu sehr das Wasser abzugraben. Er würde sich ja sonst selbst den Ast absägen, auf dem er sitzt. Es liegt daher insbesondere die Annahme nahe, dass S den Preis für die Werbeblocker auf einem Level hält, der die Existenz der TV-Anstalten gerade nicht gefährdet.

IV. Allgemeinheitsinteressen/Rundfunkfreiheit

Zu überlegen wäre schließlich, ob nicht zum Schutz der Rundfunkfreiheit und aufgrund der Drittwirkung von **Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 GG** etwas anderes anzunehmen ist.

- Für den Bestand der Presse ist ein wettbewerbsrechtlicher Schutz anerkannt. Dieser ist ursprünglich unter Berufung auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 GG begründet worden. Die neuere Rechtsprechung geht

allerdings dahin, diese Fälle nach den wettbewerbsrechtlichen Maßstäben zum Schutz des Wettbewerbsbestands zu messen.

- Die Rundfunkfreiheit begründet ein institutionelles Grundrecht, also einen Schutz des Rundfunks als Institution. Damit soll die Meinungsäußerung und Meinungsbildung im Allgemeinen garantiert werden, nicht aber der Bestand des privaten Rundfunks und erst recht nicht der des werbefinanzierten Rundfunks von Verfassungs wegen gewährleistet werden, BGH vom 24.6.2004 (Werbeblocker), GRUR 2004, 877, 880 mwN.
- Der Schutz des Rundfunks als einer meinungsbildenden Institution gebietet grundsätzlich keinen Bestandschutz über die Zuerkennung zivilrechtlicher Ansprüche hinaus. Auch Unternehmen des Medienbereichs müssen sich den Herausforderungen des Marktes stellen, der von der Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung und von der Kraft der Innovation lebt, BGH vom 24.6.2004 (Werbeblocker), GRUR 2004, 877, 880.

V. Ergebnis

Das Anbieten der Werbeblocker ist zulässig.

C. Deliktsrecht

§ 823 Abs. 1 BGB (Recht am Unternehmen) und § 826 BGB können in einer Klausur angesprochen werden. Sie scheiden im Ergebnis aus. Es ist jedenfalls für den Streitfall nicht ersichtlich, dass insoweit gegenüber den Maßstäben des § 3 Abs. 1 UWG inhaltlich andere Maßstäbe gelten sollten. Das Recht am Unternehmen kommt aufgrund des Subsidiaritätsgrundsatzes ohnehin nur in Betracht, wenn man eine geschäftliche Handlung verneint.

§ 14: RECHTSBRUCH

A. Allgemeines

§ 3a UWG regelt den Rechtsbruch. Gemeint ist der Fall, dass ein Unternehmer gegen gesetzliche Vorschriften außerhalb des UWG verstößt. Dann stellt sich die Frage, ob der Unternehmer durch den Gesetzesverstoß auch wettbewerbswidrig handelt. Dabei geht es vor allem um einen Sanktionierungsaspekt, nämlich darum, ob der Unternehmer, der gesetzliche Anforderungen missachtet, zusätzlich zu den Sanktionierungen, die das missachtete Gesetz vorsieht, auch wettbewerbsrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann.

Wenn der Unternehmer beispielsweise gegen Bestimmungen des Ladenschlussrechts verstößt, so löst dies verwaltungsrechtliche Folgen beziehungsweise Befugnisse der zuständigen Behörde aus. Sieht man in dem Gesetzesverstoß zugleich eine Wettbewerbswidrigkeit, so kann das Geschäftsverhalten zusätzlich auch zu wettbewerbsrechtlichen Sanktionen führen, insbesondere zu Unterlassungs- und Schadensersatzklagen, §§ 8, 9 UWG.

Gerade diese Erweiterung der Klagerechte ist der eigentliche Hintergrund der Fallgruppe Rechtsbruch. Sie hat einen katalysierenden Effekt, da die privatrechtliche Klage in vielen Fällen schneller und direkter wirkt als zum Beispiel behördliche Verfahren.

Nach § 3a UWG ist eine geschäftliche Handlung, die gegen Gesetze verstößt, unlauter, wenn mit dem betreffenden Gesetz zugleich wettbewerbsrechtliche Schutzinteressen verletzt worden sind. Die Regelung basiert auf dem nahezu unbestrittenen Ausgangspunkt, dass Wettbewerbswidrigkeit nicht mit Gesetzeswidrigkeit gleichgesetzt, dass also aus dem Gesetzesverstoß nicht automatisch auf die Wettbewerbswidrigkeit geschlossen werden darf.

Das Wettbewerbsrecht ist kein Instrument zur Ahndung aller Gesetzesverstöße auf dieser Welt. Allein der Umstand, dass der Unternehmer durch den Gesetzesverstoß einen Vorsprung gegenüber seinen rechtstreuen Mitbewerbern erlangt, reicht für die Anwendung von § 3a UWG noch nicht aus (anders die frühere Rechtsprechung zum UWG 1909). Es kann nämlich prinzipiell jeder Gesetzesverstoß zu Vorteilen gegenüber der Konkurrenz führen. Das UWG ist aber nicht dazu gedacht, Gesetzesverstöße jeder Art zu sanktionieren.

Der Rechtsbruchtatbestand ist für die Praxis sehr wichtig. Gleiches gilt für das Schwerpunktexamen, weil das Wettbewerbsrecht hier eine Schnittstelle zu den anderen Gebieten eröffnen kann, namentlich zum Medienrecht.

B. Gesetzliche Vorschrift

Nach der Rechtsprechung fällt unter den Begriff der „gesetzlichen Vorschrift“ im Sinne von § 3a UWG jede Rechtsnorm (Art. 2 EGBGB), BGH vom 21.7.2005 (Friedhofsruhe), GRUR 2005, 960, 961. Der Rang der betreffenden Rechtsnorm in der Rechtsquellenhierarchie ist grundsätzlich unbeachtlich. Ebenfalls ist unerheblich, ob die Norm auf ein förmliches

Normsetzungsverfahren oder auf Gewohnheitsrecht zurückgeht. Als gesetzliche Vorschrift kommen also beispielsweise auch Rechtsverordnungen in Betracht, ebenso die auf gesetzlicher Grundlage durch öffentlich-rechtliche Satzungen geschaffenen Berufsordnungen für Rechtsanwälte, kommunale Satzungen oder Tarifverträge, die für allgemeinverbindlich erklärt worden sind.

Richterrecht kann dagegen schwerlich ein Gesetz sein. § 3a UWG verweist die Gerichte auf Normen, die auf den Gesetzgeber oder einen anderen Normgeber der ersten oder zweiten Staatsgewalt, aber jedenfalls unabhängig von der dritten Staatsgewalt zustande gekommen sind. Die Rechtsgrundlage dafür, dass die Gerichte durch selbst geschaffene Regeln wettbewerbsrechtliche Tatbestände entwickeln, ist allein § 3 Abs. 1 UWG. Die Generalklausel verlangt den Gerichten ein Mehr an Begründung ab als das bloße „Weiterdenken“ von Normen im Rahmen des Rechtsbruchtatbestands.

BGH vom 20.12.2018 (Crailsheimer Stadtblatt II), NJW 2019, 763, 764 f. Rn. 19 ff., 31, 35 ff. hat dies anders gesehen, ohne freilich die damit verbundene Grundfrage zu thematisieren. Danach ist das Gebot der Staatsferne, das manche aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ableiten, ein Gesetz im Sinne von § 3a UWG. Das überdehnt den Anwendungsbereich des Rechtsbruchtatbestands. Richtigerweise hätte das Gericht § 3 Abs. 1 UWG anwenden und fragen müssen, ob die Vorschrift im Hinblick auf die grundgesetzliche Wertung anzuwenden ist.

Keine Rechtsnormqualität im Sinne von § 3a UWG haben Selbstregulierungsnormen, die nicht auf speziellen rechtlichen (gesetzlichen, satzungsrechtlichen, gewohnheitsrechtlichen) Ermächtigungen beruhen und einen privatrechtlichen Charakter haben (Verträge, Beschlüsse, Vereinssatzungen etc.). Die Missachtung derartiger Regeln ist im Rahmen des Rechtsbruchtatbestands irrelevant und begründet für sich keine Unzulässigkeit. Es kann und darf der Wirtschaft nämlich nicht freistehen, sich nach Belieben ihr eigenes Recht zu schaffen.

Die vom Presserat (privatrechtliche Vereinigung) erlassenen Standesregeln über die publizistischen Grundsätze (Pressekodex) sind – mangels rechtlicher Grundlage – beispielsweise keine Rechtsnormen im Sinne von § 3a UWG. Siehe *Beater*, Medienrecht, 2. Auflage 2016, Rdnr. 1834.

Ein „*Verhaltenskodex*“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 10 UWG) ist ebenfalls kein Gesetz. Angaben in Bezug auf solche Regelungen können aber unter § 5 Abs. 2 Nr. 6 UWG und Nr. 1, 3 Anhang UWG fallen.

C. Zuwiderhandeln

Ob jemand der betreffenden Norm „*zuwiderhandelt*“, ist keine wettbewerbsrechtliche Frage, sondern nach den Regeln zu entscheiden, die für die Auslegung dieser Vorschrift gelten.

D. Schutzrichtung der verletzten Norm

Die verletzte Vorschrift muss unter anderem „dazu bestimmt [sein], im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln“. § 3a UWG erfasst also nur bestimmte Gesetze. Die Frage, welche Gesetze dies sind, ist aber nicht einfach zu beantworten.

I. Marktverhalten, Interessen der Marktteilnehmer

Die verletzte Vorschrift muss nach dem Wortlaut von § 3a UWG zum einen dazu bestimmt sein, das „*Marktverhalten*“ zu regeln. Man könnte deshalb darüber nachdenken, dass § 3a UWG nur Regeln über das „Wie“ einer geschäftlichen Tätigkeit erfasst, nicht aber Bestimmungen über das „Ob“ eines Marktzutritts. Die Entstehungsgeschichte von § 3a UWG lässt sich ebenfalls in diese Richtung verstehen. Der Verstoß gegen eine Norm, die allein den Marktzutritt verbietet, würde danach nicht unter § 3a UWG fallen.

Man kann allerdings bezweifeln, dass sich die Unterscheidung zwischen Ob und Wie aus der Formulierung „*Marktverhalten*“ tatsächlich ergibt. Überdies wäre damit noch nicht erklärt, warum ein gesetzlich verbotener Marktzutritt kein wettbewerbsrechtlicher Rechtsbruch sein soll. In der Sache ist die Unterscheidung höchstens ein Hilfskriterium. Sie ist viel zu ungenau und beliebig, als dass sie zum entscheidenden Maßstab taugt. In vielen Fällen könnte man endlos diskutieren, ob ein Gesetz das Ob oder das Wie regelt.

Die verletzte Vorschrift muss weiterhin im „*Interesse der Marktteilnehmer*“ liegen und ihre Missachtung muss geeignet sein, deren „*Interessen spürbar zu beeinträchtigen*“. Dient die Vorschrift verschiedenen Zwecken, so reicht es aus, wenn sie zumindest „*auch*“ einen wettbewerbsrechtlichen Bezug hat.

Der BGH ist sehr schnell bereit, einer Norm als Marktverhaltensregelung anzusehen und ihr eine wettbewerbsrechtliche Schutzrichtung zu attestieren. Der Rechtsbruchtatbestand ist danach ein Auffangbecken für sehr viele Normverstöße, obwohl der Gesetzgeber mit der Schaffung § 3a UWG das gerade verhindern beziehungsweise die Reichweite des Rechtsbruchtatbestands gegenüber dem früheren Recht begrenzen wollte.

II. Verbraucherschutz

Das Zaubermittel der Rechtsprechung für die Ausweitung des Rechtsbruchtatbestands ist das Überdehnen der Verbraucherschutzinteressen.

Die Rechtsprechung zu § 1 UWG 1909 hat das Wettbewerbsrecht beispielsweise auf den Verstoß gegen Normen erstreckt, die dem Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter dienen, namentlich zum Schutz der Volksgesundheit oder der Unabhängigkeit der Medien, BGH vom 15.7.1999 (Entfernung der Herstellungsnummer), BGHZ 142, 192, 197 mwN.; BGH vom 19.3.1992 (Ereignis-Sponsorwerbung), BGHZ 117, 353, 362. Diese Linie wäre mit § 1 Abs. 1 UWG nicht vereinbar. Der BGH hat an ihr im Ergebnis gleichwohl festgehalten. Er spricht eben aber nicht mehr von Allgemeinheitsinteressen, sondern deklariert diese zu wettbewerblichen Interessen um, etwa in Bezug auf die Gesundheit der Verbraucher, BGH vom 23.6.2005 (Atemtest), BGHZ 163, 265, 274.

Die Rechtsprechung hat beispielsweise jugendschutzrechtliche Bestimmungen zu wettbewerbsregelnden Normen zum Schutz besonders schutzwürdiger Verbraucher erklärt, BGH vom 12.7.2007 (Jugendgefährdende Medien bei eBay), BGHZ 173, 188, 199 Rn. 34 zu § 15 Abs. 1 Nr. 4, Nr. 6 JuSchG = Fechner/Mayer, Mediengesetze, 19. Auflage 2025/26 Nr. 17. Jugendschutz ist ohne Zweifel wichtig, aber er ist keine Materie, über die Wettbewerbsrichter entscheiden sollten.

Vorschriften sind vor allem dann Verbraucherschutzbezogene Normen, wenn sie dem Konsumenten die Kaufentscheidung erleichtern beziehungsweise die Entscheidungsgrundlage sichern oder verbessern sollen. Diese Normen rechtfertigen sich häufig aus dem Konzept des Verbraucherschutzes durch Information, das dem Unionsrecht zugrunde liegt.

- Wichtige Anwendungsfälle sind medienrechtliche Normen, etwa zur Erkennbarkeit von Werbung (§§ 9 PresseG, 7 Abs. 3 Satz 1, 22 Abs. 1 Satz 1 MStV, siehe Fall: Die Influencerin) oder zur Impressumspflicht (§§ 7 PresseG, 4, 18 MStV; str., bejahend BGH vom 20.7.2006 (Anbieterkennzeichnung im Internet), NJW 2006, 3633, 3634 Rn. 15 mwN.).
- Es liegt auch im Interesse der Verbraucher, wenn Normen Markttransparenz schaffen und dazu Angabepflichten und einheitliche Kategorien definieren, die beispielsweise den Vergleich unterschiedlicher Angebote erleichtern oder gegebenenfalls überhaupt erst möglich machen. Zahlreiche dieser Vorschriften haben allerdings einen europarechtlichen Hintergrund und fallen daher nicht unter § 3a UWG, sondern unter den speziellen **§ 5b Abs. 4 UWG**. (*§ 5b Abs. 4 UWG ist systematisch falsch verortet und letztlich ein Rechtsbruchtatbestand.*)

II. Mitbewerberschutz

Interessen der Mitbewerber kommen namentlich in Betracht, wenn Normen Unternehmen vor Störungen innerer Betriebsabläufe sichern, die Teilnahme am Wettbewerb offenhalten oder vor Zurechnungsstörungen oder Angriffen mit Hebelwirkung schützen sollen.

- Manche Anforderungen des MStV an öffentlich-rechtliche Medien sollen Wettbewerbsverzerrungen entgegenwirken und dadurch Mitbewerberinteressen beziehungsweise die privaten Medien schützen, die sich selbst finanzieren müssen und nicht durch den Rundfunkbeitrag finanziert werden. So dürfen öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten beispielsweise keine allgemeinen Presseerzeugnisse herstellen und vertreiben, **§ 27 Abs. 1 Satz 2 MStV**. BGH vom 26.2.2017 (ARD-Buffer), GRUR 2017, 422, 424 f. Rn. 31 ff. hat die wettbewerbliche Ausrichtung bejaht. Aus demselben Gedanken erklären sich **§ 30 Abs. 5, Abs. 7 Satz 1 MStV** (Einzelheiten behandelt die Vorlesung Medienrecht).
- Ein sehr wichtiger Anwendungsfall sind bestimmte Normen der EU. Der Gesichtspunkt einer Offenhaltung der Märkte rechtfertigt es, unionsrechtlichen Normen zur Errichtung und Funktionssicherung des Binnenmarktes (**Art. 114 AEUV**) und den nationalen Umsetzungsnormen einen konkurrentenschützenden Charakter beizumessen. Solche Maßnahmen sollen den Binnenmarkt vor Verfälschungen des Wettbewerbs schützen, also insbesondere vor nationalen Standards, die miteinander

konkurrierende Unternehmen in verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedlich belasten. Darin liegt ein hinreichender Bezug zum Mitbewerberschutz, denn das Schaffen europaweit einheitlicher Anforderungen dient in solchen Fällen gerade dazu, die Zutrittsmöglichkeit zu den ausländischen Absatzgebieten zu gewährleisten und dem Konkurrenten die Teilnahme am Wettbewerb zu ermöglichen.

Ein Beispiel lässt sich in Anlehnung an den Legehennen-Fall bilden. Die RL 88/166/EWG zum Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache 131/86 vom 7.3.1988, Abl. EG 1988, L 74/83 legte fest, welche Mindestbodenfläche bei der Legehennenhaltung europaweit einzuhalten war. Dadurch sollte insbesondere das ordnungsgemäße Funktionieren der Marktorganisation für Eier und Geflügel gewährleistet werden, Erw. RL 88/166/EWG zum Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache 131/86 vom 7.3.1988, Abl. EG 1988, L 74/83; EuGH vom 19.10.1985 (Hönig) – Rs. C-128/94, Slg. 1985, S. 3389 ff. Rn. 15. So werden Eierproduzenten vor Wettbewerbsbehinderungen geschützt, die durch die Unterschiedlichkeit der nationalen Regelungen entstehen können. Wenn A in Deutschland Eier rechtmäßig produziert und diese in den Niederlanden anbieten will, dann soll ihm nicht entgegengehalten werden dürfen, dass er die niederländischen Anforderungen an die Mindestbodenfläche nicht eingehalten hat.

E. Anwendbarkeits- und Sanktionierungsfragen

Im Hinblick auf die Anwendbarkeit und § 1 Abs. 2 UWG ist zu beachten, dass § 3a UWG gerade dazu dient, Verstößen gegen andere Gesetze als dem UWG wettbewerbsrechtliche Relevanz zu verleihen. § 3a UWG bewirkt, dass die inhaltlichen Anforderungen des anderen Gesetzes in das UWG übernommen werden. Die Anwendbarkeit des UWG kann insoweit also gerade nicht dazu führen, dass die inhaltlichen Maßstäbe des anderen Gesetzes mit Hilfe des UWG unterlaufen werden.

Es kann aber sein, dass die sanktionsrechtlichen Regeln des anderen Gesetzes abschließend sind und deshalb eine Anwendung des UWG ausschließen.

Das andere Gesetz kann beispielsweise bestimmen, dass gegen Gesetzesverstöße nur der unmittelbar Betroffene oder allein die zuständige Behörde vorgehen kann. Diese Regelung darf nicht über das Wettbewerbsrecht unterlaufen werden, indem man über die §§ 8 Abs. 3 Nr. 2 – 4, 3 Abs. 1, 3a UWG Klagerechte von Unternehmensverbänden, Verbrauchereinrichtungen und Kammern ermöglicht. § 1 Abs. 2 UWG macht dann § 3a UWG unanwendbar.

I. Zivilrechtliche Gesetze

Für den Verstoß gegen zivilrechtliche Vorschriften ist vor allem zu beachten, dass sich das Klagerecht in der Regel auf den unmittelbar Betroffenen beschränkt. Für wettbewerbsrechtliche Ansprüche von Mitbewerbern oder Verbänden ist dann kein Raum.

Gegen Verletzungen von Urheber-, Marken- und Persönlichkeitsrechten kann nur der „Verletzte“ (§ 97 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 UrhG) beziehungsweise der Inhaber des verletzten Rechts (§ 14 Abs. 5 Satz 1, Abs. 6 Satz 1 MarkenG) vorgehen.

§§ 6 ff. GeschGehG sehen allein den Inhaber des Geschäftsgeheimnisses als anspruchsberechtigt an und sind insoweit ebenfalls abschließend. Ein Klagerecht aus UWG kann sich aber ergeben, wenn und soweit Normen des UWG parallel zum GeschGehG eingreifen. Verstöße gegen kartellrechtliche Normen sind allein nach den im GWB vorgesehenen Regeln zu ahnden.

Das GWB enthält in den §§ 33 f., 34a GWB eine abschließende Regelung der zivilrechtlichen Ansprüche, BGH vom 7.2.2006 (Probeabonnement), GRUR 2006, 773, 774 für § 30 Abs. 3 Nr. 1 GWB.

II. Verwaltungsrechtliche Normen, Ermessensspielräume

Bei Verstößen gegen verwaltungsrechtliche Vorschriften kann sich die Frage stellen, ob die Sanktionierung in der alleinigen Kompetenz der zuständigen Behörden liegen und das UWG unanwendbar sein muss. Besonders problematisch ist es, wenn Vorschriften den Behörden Ermessen einräumen. Wendet man in einem solchen Fall § 3a UWG an, dann droht, dass die Wettbewerbsgerichte über Gesetze urteilen müssen, die auf die zivilgerichtliche Rechtsanwendung und den im Zivilverfahren geltenden Verhandlungsgrundsatz gar nicht zugeschnitten sind, sondern eine Sachverhaltsermittlung von Amts wegen und das sachkundige Ermessen einer speziellen Fachinstitution voraussetzen. Ein Zivilgericht ist aber keine Fachbehörde mit spezieller Sachkompetenz und kann grundsätzlich keine Ermessensentscheidungen treffen. Wenn die Behörde beispielsweise rechtmäßig entscheidet, nicht einzugreifen, dann darf diese Entscheidung nicht durch wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche, die möglicherweise auf das gegenteilige Ergebnis hinauslaufen werden, konterkariert werden.

Ein Hersteller von Span- und Faserplatten stellt seinen Produktionsprozess um und verstößt dadurch – zunächst – gegen umweltrechtliche Abgasvorschriften. Später vereinbart die Behörde mit ihm ein Stillhalteabkommen bis die komplexen technischen Probleme, die sich aus der Umstellung des Produktionsprozesses ergaben, gelöst waren. Dabei macht der Hersteller der Behörde bestimmte Zusagen. Diesem Stillhalteabkommen zwischen dem Hersteller und der Behörde und der darin vereinbarten „Nachbesserung“ wäre jedoch die Grundlage entzogen worden, wenn dem Hersteller der Weiterbetrieb der Anlage über das Wettbewerbsrecht untersagt werden könnte. BGH vom 11.5.2000 (Abgasemissionen), BGHZ 144, 255, 268 hat den Fall dadurch gelöst, dass er der Umweltschutznorm den wettbewerbsbezogenen Charakter absprach.

In Bezug auf den privaten Rundfunk und private Telemedien ist denkbar, dass die Existenz wettbewerbsrechtlicher Ansprüche mit den Aufsichtsmechanismen der **§§ 104 ff. MStV** in Konflikt gerät, die für den privaten Rundfunk und die Telemedien bestehen. In der Praxis sind solche Probleme bislang kaum sichtbar geworden.

Die Vorlesung Medienrecht behandelt den Fall „Wer erschoss Boro“ und einen Rechtsbruch.

§ 15: UNZUMUTBARE BELÄSTIGUNG

A. Allgemeines

Das Belästigungsverbot hat innerhalb des UWG einen Sondercharakter. Es setzt dem Wettbewerb aus wettbewerbsfremden Gründen äußere Grenzen und erklärt sich aus dem Schutz der Privatsphäre. Menschen brauchen als soziale Wesen Rückzugsmöglichkeiten. Mit geschäftlichen oder wettbewerbslichen Interessen hat dieser Schutz nichts zu tun. Die Aufnahme eines Belästigungsverbots in das UWG ist darauf zurückzuführen, dass Persönlichkeitsinteressen – auch – durch geschäftliche Handlungen beeinträchtigt werden können.

Als eine der ersten Entscheidungen zur Belästigung leitete RG vom 9.11.1934 (Bestattungsunternehmen I), RGZ 145, 396, 402 das Verbot im Streitfall daraus ab, dass „die Ruhe der Toten heilig“ ist. Wer gerade einen geliebten Menschen verloren hat, muss vor der unbestellten Heimsuchung durch Vertreter von Beerdigungsunternehmen geschützt werden. Der Belästigungsschutz erklärt sich in diesem Zusammenhang aus der Rücksicht auf die besondere Situation und Verletzbarkeit von Menschen, die einen Angehörigen verloren haben.

Bei Belästigungen geht es häufig um das Aufdrängen von Werbung. Derartige Werbung kann den Betroffenen „stören“, „ärgern“, Zeit rauben, Empfangsvorrichtungen blockieren (Briefkasten, Telefon, E-Mail, Faxgerät) und ihm Kosten verursachen, die er nicht will (insbesondere bei der Faxwerbung).

§ 7 UWG ist ein eigenständiger Tatbestand. Der Belästigungsschutz wird in den §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 9 Abs. 1, Abs. 2, 10 Abs. 1 UWG bewusst von den Unlauterkeitstatbeständen unterschieden. Er fragt nämlich nicht danach, ob eine Handlung den Wettbewerb gefährden kann oder nach den allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Anforderungen unlauter ist und wettbewerbsliche Interessen spürbar beeinträchtigt. Der Belästigungsschutz hat auch insbesondere keinen Verbraucherbezug, denn er betrifft weder die Schiedsrichterfunktion noch die Entscheidungsfreiheit oder die sonstigen wirtschaftlichen Interessen von Verbrauchern.

B. Per-se-Verbote

I. Hartnäckige und unerwünschte Kontaktaufnahme

Nr. 26 Anhang UWG verbietet jede hartnäckige und unerwünschte Kontaktaufnahme mit dem Verbraucher. Die Regelung setzt entgegen ihrem Wortlaut („*Ansprechen*“) nicht zwingend einen mündlichen Kontaktversuch voraus. Sie erfasst neben Telefonanrufen alle Formen der kommerziellen Fernkommunikation, also auch Briefe. Die Vorschrift wendet sich nicht allein gegen das Aufdrängen von Werbung, sondern erfasst jedes Kontaktanliegen, *Regierungsentwurf und Begründung eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes* vom 24.3.2021, BT-Drucks. 19/27873, S. 1, 45.

Der Einzelne kann seinen Willen, keine Werbung zu bekommen, insbesondere durch einen entsprechenden Aufkleber auf dem Briefkasten deutlich machen. Er kann sich weiterhin in die sogenannte Robinson-Liste eintragen lassen, die beim Deutschen Direktmarketing-Verband geführt wird (www.ddv.de).

Im Fall wiederholter und unerträglicher Belästigung durch Reklame kann der Adressat im Einzelfall auch in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt sein und folglich bürgerlich-rechtliche Unterlassungsansprüche (§ 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog) haben, BGH vom 20.12.1988 (Handzettel-Wurfsendung), BGHZ 106, 101 ff. Eine fehlgeleitete Wurfzettelreklame reicht dafür freilich nicht aus.

II. Telefonwerbung

Bei der Beurteilung unerlaubter Telefonwerbung nach **§ 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG** geht es um den verfassungsgemäßen Schutz der Individualsphäre gegenüber dem wirtschaftlichen Gewinnstreben Dritter.

Telefonwerbung gegenüber einem Verbraucher ist nur zulässig, wenn dessen „*vorherige ausdrückliche Einwilligung*“ besteht, § 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 UWG, BGH vom 19.6.1970 (Telefonwerbung I), BGHZ 54, 188 ff. Der Werbende hat diese Einwilligung zu dokumentieren und aufzubewahren, § 7a Abs. 1, Abs. 2 UWG.

Telefonwerbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern ist dagegen an anderen Maßstäben als dem Verbraucherschutz zu messen. Sie ist bereits erlaubt, wenn eine „*zumindest mutmaßliche Einwilligung*“ gegeben ist, § 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 UWG, BGH vom 24.1.1991 (Telefonwerbung IV), BGHZ 113, 282, 285 mwN.

III. Fax-, E-Mail-Werbung

Werbung via Faxgerät oder E-Mail ist ebenfalls grundsätzlich nur mit der Einwilligung des Adressaten zulässig, **§ 7 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 UWG**.

C. Allgemeines Verbot

§ 7 Abs. 1 Satz 1 UWG sichert mit der Privat- und Intimsphäre des Einzelnen Schutzzonen, die für den Wettbewerb tabu sind. Für die Vorschrift ist aber selten Raum, da die Per-se-Verbote die wichtigsten Bereiche bereits abdecken. Über die Unzumutbarkeit ist durch Abwägung zu entscheiden. Wichtige Kriterien sind die Intensität des Eingriffs in die Privatsphäre, die Möglichkeit zu einem schonenderem Vorgehen und die Ausweichmöglichkeiten des Adressaten. Ebenso ist zu berücksichtigen, ob es für den Werbenden erkennbar ist, dass der Angesprochene die Werbung nicht wünscht, § 7 Abs. 1 Satz 2 UWG.

Das Verbot von Telefonwerbung früher mit dem verfassungsmäßigen Schutz des privaten Bereichs (**Art. 2 Abs. 1 GG**) begründet, BGH vom 19.6.1970 (Telefonwerbung), BGHZ 54, 188, 191 f. 2004 hat der Gesetzgeber diesen Bereich ausdrücklich geregelt und in **§ 7 UWG** die Kategorie der „*Belästigung*“ eingeführt. Die gesetzliche Regelung des Belästigungsschutzes entlastet die Rechtsanwender von einer verfassungsgemäßen Anwendung der Generalklausel, wie sie im früheren Recht erforderlich war.

§ 7 Abs. 1 UWG spricht von der Belästigung eines „Marktteilnehmers“, bezieht also dem Wortlaut nach Privatpersonen wie Unternehmen gleichermaßen in den Belästigungsschutz mit ein. Dem Gesetzgeber ist damit keine überzeugende Regelung gelungen. Die Anwendbarkeit der Vorschrift ist vielmehr für Verbraucher, Mitbewerber und sonstige Marktteilnehmer unterschiedlich zu beurteilen.

I. Verbraucher

Auf Handlungen gegenüber Verbrauchern ist die Regelung durchweg anwendbar. Der Belästigungsschutz von Verbrauchern sichert das Interesse an persönlichen Rückzugsmöglichkeiten, also das Recht auf negative Informationsfreiheit beziehungsweise auf Privatsphäre und darauf, „für sich zu sein, sich selber zu gehören“.

Eine geschäftliche Handlung, die den Verbraucher „überrumpelt“ und dadurch zum Beispiel einen psychologischen Kaufzwang begründet, ist dagegen als unzulässige Störung des Entscheidungsprozesses an **§ 4a Abs. 1 Nr. 2 UWG** zu messen. Der Belästigungsschutz nach § 7 UWG greift nur für Handlungen ein, die den Entscheidungsprozess nicht stören, aber unzulässig die Privatsphäre beeinträchtigen. Eine Werbung, der sich der Verbraucher ohne Rechtfertigungszwang entziehen kann und die folglich nicht zum Kauf nötigen kann, ist allein nach „Belästigungskriterien“ und nicht unter dem Aspekt des Entscheidungsprozesses zu beurteilen.

1. Ansprechen in der Öffentlichkeit

Der Belästigungsschutz umfasst das Recht, im öffentlichen Raum weitgehend ungestört zu bleiben, zum Beispiel auf öffentlichen Wegen, in öffentlichen Gebäuden oder Verkehrsmitteln. Wird der Einzelne im öffentlichen Raum persönlich angesprochen, so kommt es für die Unzumutbarkeit vor allem darauf an, ob und in welcher Form er dem unerwünschten Kontakt ausweichen kann.

- Eine unzumutbare Belästigung kommt namentlich in Betracht, wenn der Werbende den Passanten gezielt und individuell anspricht und der Werbezweck für den Angesprochenen nicht eindeutig erkennbar ist, weil der Passant dem damit verbundenen Geschäftsanliegen dann nicht von vornherein ausweichen kann, BGH vom 9.9.2004 (Ansprechen in der Öffentlichkeit II), GRUR 2005, 443, 444. Ist der geschäftliche Charakter für den Angesprochenen von vornherein und eindeutig erkennbar, so kommt es darauf an, ob er sich dem Werbegespräch problemlos entziehen kann, zum Beispiel durch Nichtbeachtung des Werbenden oder durch eine abweisende Bemerkung oder Geste. Das Ansprechen ist unzulässig, wenn im Einzelfall Ausweichmöglichkeiten nicht bestehen oder erschwert werden, etwa weil die räumlichen Verhältnisse ein Vorbeigehen nicht erlauben oder weil der Werber den Passanten am Weitergehen hindert oder ihm folgt, BGH vom 9.9.2004 (Ansprechen in der Öffentlichkeit II), GRUR 2005, 443, 445.
- Das Ansprechen innerhalb von Geschäftsräumen oder auf Jahrmärkten, Wochenmärkten und Messen ist dagegen keine unzumutbare Belästigung, sofern der Kunde nicht über das Übliche hinaus belästigt oder unter Druck gesetzt wird, BGH vom 4.12.1964 (Werbewagen), GRUR 1965, 315, 317.

2. Haustürwerbung

Der BGH hält die Haustürwerbung grundsätzlich für erlaubt, BGH vom 5.5.1994 (Schriftliche Voranmeldung), GRUR 1994, 818, 819. Sie ist danach nur unter besonderen Umständen unzulässig, etwa wenn der Vertreter den Fuß in die Türschwelle setzt und so den Abbruch des Kontakts verhindert. Diese Rechtsprechung geht allerdings auf bereits ältere Urteile zurück. Sie ist in der Sache bedenklich.

Unangemeldete Haustürwerbung hat einen erheblichen Belästigungseffekt und beeinträchtigt stärker als zahlreiche andere Handlungen. Der Verbraucher kann ihr nicht so einfach ausweichen wie etwa einer Ansprache im öffentlichen Raum. Auch ist ihm vor dem Öffnen der Haustür in aller Regel nicht erkennbar, dass er von einem Vertreter aufgesucht wird. Im Unterschied zur unangeforderten Brief- und Telefonwerbung stellt die Haustürwerbung einen umfassenden persönlichen Kontakt von Angesicht zu Angesicht her, der nicht ohne Weiteres beendet werden kann. Die Haustürwerbung ist daher nur zulässig, wenn der Wohnungsinhaber vorher eingewilligt hat.

3. Todesfälle

Der BGH sieht Werbung im Zusammenhang mit Todesfällen vielfach als eine unzumutbare Belastung der Betroffenen an. Auch wenn die einschlägigen Urteile schon etwas betagt sind, so hat das Gericht doch an der eingangs vorgestellten Judikatur des RG grundsätzlich festgehalten. Eine unzumutbare Belästigung liegt insbesondere nahe, wenn der potenzielle Kunde vor dem eigenen Tod oder wenn Hinterbliebene unvermittelt und in einem zeitlichen Zusammenhang mit dem Todesfall an der Haustür aufgesucht werden. BGH vom 12.3.1970 (Grabsteinaufträge II), BGHZ 56, 18, 20 f.; BVerfG vom 8.2.1972 (Grabsteinaufträge III), BVerfGE 32, 311 ff. hat sie bestätigt.

Nach BGH vom 22.4.2010 (Grabmalwerbung), GRUR 2010, 1113, 1114 Rn. 15 ff. darf ein Bestattungs- und Steinmetzunternehmen auf dem Postweg gezielt gegenüber Angehörigen Werbung betreiben, wenn zwischen dem Todesfall und der Werbung mindestens eine Zeitspanne von zwei Wochen vergangen ist.

Es lässt sich überlegen, ob solche Fälle im Einzelfall auch vom Verbraucherschutz und dem Schutz des Entscheidungsprozesses nach § 4a UWG erfasst werden. Die Vorschrift bezieht sich ihrem Wortlaut nach zwar unter anderem nur auf eine „*Zwangslage*“, muss ihrem Sinn und Zweck nach aber stets in Betracht kommen, wenn sich Verbraucher in einer besonderen Entscheidungssituation befinden, die die Rationalität der Verbraucherentscheidung gefährdet. Das ist jedenfalls im zeitlichen Zusammenhang mit dem Todesfall und in Bezug auf Angehörige denkbar. Gegenüber den Insassen eines Altersheims, die „vorsorglich“ angesprochen werden, greift dieser Aspekt dagegen nicht.

II. Mitbewerber

Belästigende Handlungen gegenüber Mitbewerbern sollten weder an § 7 Abs. 1 UWG, noch an § 7 Abs. 2 UWG gemessen werden, sondern allein an den

wettbewerbsfunktionalen Maßstäben des §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG, *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rdnr. 2382 f. (h.M. sieht das durchweg anders).

Wendet sich eine geschäftliche Handlung nicht an Verbraucher, sondern an Unternehmen, so stellt sich die Schutzzweckfrage nämlich in einem anderen Licht. Unternehmen haben kein Recht auf Privatsphäre, wie es den Privaten zusteht. Für sie sind andere Schutzanforderungen sachgerecht als für Privatpersonen.

„Belästigungen“ von Mitbewerbern sind daran zu messen, ob sie die betrieblichen Abläufe des umworbenen Unternehmens in unzulässiger Weise stören. In diesen Fällen geht es um einen rein wettbewerbsfunktionalen Schutz der innerbetrieblichen Arbeitsfähigkeit. Insbesondere kann eine unzulässige Störung der innerbetrieblichen Arbeitsfähigkeit im Sinne der **§§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG** vorliegen, wenn die Mitarbeiter eines Unternehmens davon abgehalten werden, ihre Arbeitskraft bestimmungsgemäß für ihren Arbeitgeber einzusetzen. Mitarbeiter können auf vielfältige Weise von der Arbeit abgehalten oder dabei gestört werden. Ein wichtiger praktischer Anwendungsfall ist unerbetene Werbung, die dem Unternehmen gezielt zugeleitet wird, insbesondere in Form von Briefwerbung. Solche Briefe müssen in der Regel erst von den Mitarbeitern gelesen werden, bevor sie als Werbung zu erkennen sind. Sie können daher in der Summe das Empfangsunternehmen mit einem erheblichen Arbeitsaufwand belasten.

III. Sonstige Marktteilnehmer

§ 7 Abs. 1 UWG ist aus denselben Gründen, die für Mitbewerber gelten, auch nicht auf Unternehmen anwendbar, die sonstige Marktteilnehmer sind, *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rdnr. 2384 (h.M. sieht das ebenfalls anders). In Nr. 26 Anhang UWG hat der Gesetzgeber diese Konsequenz bereits gezogen.

§ 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG muss allerdings auf sonstige Marktteilnehmer angewendet werden, weil der Gesetzgeber die sonstigen Marktteilnehmer hier ausdrücklich nennt.

VII. TEIL: ANSPRÜCHE (ÜBERBLICK)

§ 16: ANSPRÜCHE

A. Überblick

Ein Verstoß gegen die §§ 3, 7 UWG kann verschiedene Ansprüche auslösen. Das UWG unterscheidet Ansprüche auf

- Beseitigung, § 8 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 UWG
- Unterlassung, § 8 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 UWG
- Schadensersatz, § 9 Abs. 1, Abs. 2 UWG
- Gewinnabschöpfung, § 10 Abs. 1 UWG.

Die §§ 8 ff. UWG regeln bestimmte Voraussetzungen. Besonders wichtig ist die Aktivlegitimation, also die Frage, wer den Anspruch geltend machen kann. Hier ist danach zu unterscheiden, ob es um den Schutz von wettbewerblichen Individual- oder Kollektivinteressen geht.

- Schadensersatzansprüche können nur einem unmittelbar Verletzten zustehen, § 9 Abs. 1, Abs. 2 UWG. Insoweit folgt das UWG denselben Maßstäben wie das allgemeine Zivilrecht, das nur Klagerechte des individuellen Rechtsinhabers kennt.
- Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche können sowohl einem unmittelbar verletzten Mitbewerber als auch Unternehmensverbänden, Verbrauchereinrichtungen und bestimmten Kammern zustehen, § 8 Abs. 3 UWG. Die Klagerechte nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 – 4 UWG stehen Institutionen zu, die zwar nicht in eigenen Rechten oder Interessen betroffen sind, aber zum Schutz von wettbewerblichen Kollektivinteressen tätig werden.
- Der Anspruch auf Gewinnabschöpfung dient allein zum Schutz von Kollektivinteressen und steht ausschließlich den nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 – 4 UWG Klageberechtigten zu, § 10 Abs. 1 UWG.

Die prozessuale Durchsetzung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche ist kompliziert. Einzelne Regelungen finden sich in den §§ 12 ff. UWG.

Das Wettbewerbsverfahrensrecht wird im Schwerpunkt weitgehend ausgeklammert, um den Stoff zu begrenzen. In der Praxis hat sie hohe Bedeutung. Für den Unternehmer ist ein Prozess, den er vermeidet, häufig viel wichtiger als ein Prozess, den er nach jahrelangem Streit schließlich in der letzten Instanz gewinnt. Der Wettbewerb ist so schnelllebig, dass auch eine um Effizienz bemühte Justiz nicht mithalten kann.

B. Schadensersatz

Grundlage des Anspruchs auf Schadensersatz ist **§ 9 Abs. 1 UWG** oder **§ 9 Abs. 2 UWG**.

I. Anspruch des Mitbewerbers

1. Mitbewerber

Nach **§ 9 Abs. 1 UWG** ist der „*Mitbewerber*“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG) als unmittelbar Verletzter anspruchsberechtigt.

In Sonderfällen kommt es auf den Schutzzweck der verletzten Wettbewerbsnorm an: Das wettbewerbsrechtliche Verbot bestimmter Nachahmungen soll nach der Rechtsprechung nur den Hersteller, nicht aber auch den Händler schützen. Von einem konkurrierenden Händler, der unzulässige Nachahmungen anbietet, kann daher nur der Hersteller des Originalprodukts Schadensersatz verlangen, nicht aber der Händler, der das Originalprodukt zulässigerweise vertreibt. So BGH vom 18.10.1990 (Finnischer Schmuck), GRUR 1991, 223, 224.

2. Erfasste Rechtsverstöße

Der Anspruch kommt bei allen Verstößen gegen geschäftliche Handlungen in Betracht, die nach § 3 UWG oder § 7 UWG unzulässig sind.

3. „Schaden“

Der Umfang des Schadensersatzanspruchs richtet sich grundsätzlich nach **§ 249 Abs. 1 BGB**. Danach wäre zu fragen, wie der Unternehmer stünde, wenn es nicht zu der wettbewerbswidrigen Handlung gekommen wäre. Der verschuldete Wettbewerbsverstoß verpflichtet zum Ersatz „*des daraus entstehenden*“ Schadens, **§ 9 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 UWG**.

Der Wettbewerb kennt jedoch gar keine klaren Kausalitätsbeziehungen, wie sie das allgemeine Schadensrecht an sich voraussetzt. Die Bestimmung des Schadens, der dem Verletzten kausal durch den Wettbewerbsverstoß entsteht, ist wegen der Komplexität und Unüberschaubarkeit von Marktvorgängen nur unter einer Anmaßung von Wissen möglich, das Menschen nicht haben, *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011 Rdnr. 125 ff., 2271. Welcher Zustand etwa bestünde, wenn der Mitbewerber nicht irreführend, sondern korrekt geworben hätte, lässt sich nicht sicher sagen. Die Klärung, ob die Entscheidung von Kunden durch den irreführenden Teil der Werbung beeinflusst oder unabhängig davon getroffen wurde, ob Kunden bei korrekter Werbung dem Anspruchsteller als bisherigem Geschäftspartner treu geblieben oder trotzdem zum Werbenden oder einem anderen Anbieter gewechselt wären oder vielleicht ganz von einem Kauf abgesehen hätten, reicht tief in den Bereich der Spekulation hinein.

Das Ermittlungs- und Kausalitätsproblem darf nicht dazu führen, dass Schadensersatzansprüche leerlaufen, weil kein Kläger den erforderlichen

Nachweis sicher erbringen kann. Die Ermittlungsschwierigkeit darf sich nicht einseitig zugunsten des Schädigers auswirken, weil andernfalls ein fundamentales Gerechtigkeitsprinzip pervertiert würde. Die Gerichte suchen die Lösung in zwei Richtungen.

Zum einen arbeiten sie mit bestimmten Beweiserleichterungen und wenden **§ 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO** großzügig an. Zum anderen kommt der BGH dem Unternehmer auch in materieller Hinsicht entgegen. Die Richter gewähren ein weitgehendes Wahlrecht und haben dazu die dreifache Schadensberechnung entwickelt. Diese ist ursprünglich im Immaterialgüterrecht entstanden und von dort in das UWG übernommen worden. Sie gilt nach BGH vom 22.4.1993 (Kollektion Holiday), GRUR 1993, 757 für alle Verstöße gegen die §§ 3, 7 UWG, soweit sie sinngemäß darauf anwendbar ist, und soll praktischen Beweisschwierigkeiten Rechnung tragen.

Mit dieser dreifachen Schadensberechnung werden freilich die Probleme nur zum Teil gelöst, einige neue werden sogar erst geschaffen. Deutlich werden diese Schwierigkeiten in BGH vom 17.6.1992 (Tchibo/Rolux II), BGHZ 119, 20 ff, sofern man die Tchibo-Uhren als wettbewerbswidrige Imitate ansieht.

a. Entgangener Gewinn

Der Unternehmer kann nach **§§ 249 Abs. 1, 252 Satz 1 BGB** den entgangenen Gewinn als Schadensersatz geltend machen.

Der entgangene Gewinn von Rolux beträgt aber 0 €, wenn der Verkauf der Originaluhren nicht beeinträchtigt wurde.

b. Verletzererwerb

Der Unternehmer kann stattdessen auch den Verletzererwerb verlangen. (Ähnlich §§ 97 Abs. 2 Satz 2 UrhG, 14 Abs. 6 Satz 2 MarkenG.)

Es käme also im Tchibo/Rolux-Fall nicht darauf an, welche Einbuße Rolux erlitten, sondern welchen Vorteil Tchibo aus den Nachahmungen gezogen hat. Nach den allgemeinen zivilrechtlichen Maßstäben geht es nicht um Schadensersatz, sondern um eine Haftung aus Geschäftsanmaßung, §§ 667 Alt. 2, 681 Satz 1, 687 Abs. 2 BGB.

c. Lizenzgebühr

Schließlich kann Rolux auch das hypothetische Lizenzentgelt verlangen, also die Gebühr, die Rolux von Tchibo hätte verlangen können, wenn Rolux die Nachahmungen erlaubt hätte. (Ähnlich §§ 97 Abs. 2 Satz 3 UrhG, 14 Abs. 6 Satz 3 MarkenG.)

Die Lizenzgebühr ist freilich im Tchibo/Rolux-Fall kaum zu ermitteln, da es um völlig unterschiedliche Produkte ging und Rolux einer solchen Lizenz wohl niemals zugestimmt hätte. Nach den allgemeinen zivilrechtlichen Maßstäben geht es um einen Bereicherungsausgleich nach §§ 812 Abs. 1

Satz 1 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB (Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines Rechts).

4. Sonstige Rechtsfolgen

Die Rechtsprechung hat in einzelnen Fällen angenommen, dass die Pflicht zum Schadensersatz auch die Pflicht umfasst, Auskünfte zu erteilen. Einzelheiten sind diffizil und hängen von einzelfallbezogenen Kriterien ab. §§ 19 MarkenG, 101 UrhG sind nicht analog anwendbar.

- Wer durch den Vertrieb einer Ware ein ergänzendes wettbewerbsrechtliches Leistungsschutzrecht verletzt, ist dem Verletzten gegenüber zur Nennung der Bezugsquelle verpflichtet, wenn die Preisgabe dieser Geschäftsgeheimnisse in Anbetracht des im jeweiligen Einzelfall festzustellenden Ausmaßes der wettbewerblichen Störung nicht als unverhältnismäßig erscheint.
- In BGH vom 24.3.1994 (Cartier-Armreif), BGHZ 125, 322 ff. wurde eine Bekanntgabepflicht bejaht, in BGH vom 24.3.1994 (Pulloverbeschriftung), GRUR 1994, 635 ff. verneint.

II. Anspruch des Verbrauchers

Nach **§ 9 Abs. 2 Satz 1 UWG** kann auch der einzelne Verbraucher einen wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzanspruch haben. Die Vorschrift setzt **Art. 11a Abs. 1 Satz 1 RL 2005/58/EG** um und betritt Neuland. Bislang sah das Wettbewerbsrecht keine Ansprüche des einzelnen Verbrauchers vor, um ein ungutes Nebeneinander von Wettbewerbsrecht und allgemeinem Vertrags- und Deliktsrecht auszuschließen.

Nach bisherigem Verständnis erfasste das UWG lediglich die Kollektivinteressen der Verbraucherschaft, nicht aber die Individualinteressen des einzelnen Verbrauchers, BGH vom 7.10.1993 (Folgeverträge I), BGHZ 123, 330, 333. Danach sicherten das allgemeine Vertrags- und Deliktsrecht den einzelnen Verbraucher bereits ausreichend, so dass es für nicht sinnvoll gehalten wurde, über das Wettbewerbsrecht eine „dritte Schiene“ zu eröffnen.

Zahlreiche Fälle, die derzeit im Zusammenhang mit § 9 Abs. 2 UWG diskutiert werden, ließen sich vermutlich auch über § 826 BGB lösen, insbesondere weil das Vorsatzerfordernis bei § 826 BGB meist weit gefasst wird. Der wettbewerbsrechtliche Anspruch greift aber bereits bei Fahrlässigkeit ein.

1. Erfasste Wettbewerbsverstöße

Der Anspruch setzt eine geschäftliche Handlung gegenüber einem Verbraucher und eine schuldhafte, nach § 3 UWG unzulässige geschäftliche Handlung des Anspruchsgegners voraus.

Verstöße gegen die **§§ 3a, 4, 6, 7 UWG** lösen keinen Schadensersatzanspruch des einzelnen Verbrauchers aus, § 9 Abs. 2 Satz 2 UWG. Es handelt sich um Tatbestände, die keine wettbewerblichen Verbraucherinteressen unmittelbar betreffen und daher von der RL

2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken nicht erfasst werden. Der Gesetzgeber wollte bei der Umsetzung der RL 2005/29/EG nicht über das dazu Gebotene hinausgehen.

Der Verstoß gegen **Nr. 32 Anhang UWG** löst ebenfalls keinen Verbraucherschadensersatzanspruch aus. Die Vorschrift soll zwar den Verbraucher vor aggressiven Geschäftspraktiken des Unternehmers schützen. Sie wird von der Umsetzungspflicht aus Art. 11a RL 2005/29/EG nicht erfasst, weil sie nicht auf die RL 2005/29/EG, sondern auf Art. 9 Abs. 3 RL 2011/83/EU zurückgeht.

2. Veranlassung zu geschäftlicher Entscheidung

Der Verstoß muss den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) veranlasst haben, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Es ist erforderlich, dass der einzelne Anspruchsteller tatsächlich und adäquat kausal in dieser Weise beeinflusst wurde. Von dem bloßen Wettbewerbsverstoß allein darf nicht auf die Beeinflussung des Anspruchstellers geschlossen werden, weil die wettbewerbsrechtlichen Verbotstatbestände in der Regel auf kollektive und nicht auf individuelle Schutzinteressen zugeschnitten sind.

Der Zusammenhang lässt sich am allgemeinen Irreführungsrecht verdeutlichen. Für § 5 Abs. 1 UWG kommt es auf einen kollektiven Maßstab an, für § 9 Abs. 2 Satz 1 UWG muss es dagegen auf die individuellen Verhältnisse ankommen. Die Entscheidung, ob eine Angabe irreführend im Sinne von § 5 Abs. 1 UWG ist, hängt davon ab, wie der durchschnittliche Verbraucher sie versteht. Das hat Konsequenzen: Wenn der „durchschnittliche“ Verbraucher die Angabe richtig versteht, dann fehlt es an einem Verstoß gegen § 5 Abs. 1 UWG mit der Folge, dass auch ein „nicht durchschnittlicher“ Verbraucher, der die Angabe falsch versteht, keinen Schadensersatz verlangen kann. Wenn dagegen der durchschnittliche Verbraucher die Angabe falsch versteht, so ist sie auch dann irreführend, wenn einzelne Verbraucher sie richtig verstehen. Zugleich darf in diesem Fall aus der wettbewerbsrechtlichen Irreführung nicht automatisch geschlossen werden, dass die Angabe tatsächlich auch den einzelnen Verbraucher irregeführt hat.

Wenn der Verbraucher seine Entscheidung in Unkenntnis der unlauteren geschäftlichen Handlung oder ohne Rücksicht auf sie getroffen hat, zum Beispiel weil er eine irreführende Werbung gar nicht kennt, hat er keinen Schadensersatzanspruch.

3. Schaden

Die geschäftliche Entscheidung muss ihrerseits adäquat kausal für einen Schaden des Verbrauchers sein. Die oben genannten verbraucherschützenden Tatbestände wollen die konkrete einzelne geschäftliche Entscheidung sichern. Nach ihrem Sinn und Zweck nach ist daher nur der Schaden zu ersetzen, der unmittelbar aus der vom Verbraucher getroffenen geschäftlichen Entscheidung resultiert, nicht aber Folgeschäden, Köhler in: Köhler/Feddersen, UWG, 43. Auflage 2025, § 9 UWG Rn. 2.40. Danach ist der Schaden nicht zu ersetzen, den der Verbraucher erleidet, weil er sonst (nachweislich) eine andere für ihn günstigere geschäftliche Entscheidung getroffen hätte (zum Beispiel das preiswertere Produkt eines anderen Anbieters gekauft hätte).

Der Verbraucher ist im Übrigen so zu stellen, wie er stünde, wenn er nicht zu der geschäftlichen Handlung veranlasst worden wäre. Der Verbraucher kann insbesondere die Rückabwicklung des Vertrags oder Preisminderung verlangen, *Köhler* in: Köhler/Feddersen, UWG, 43. Auflage 2025, § 9 UWG Rn. 2.39 mwN.

4. Kaufgewährleistungsrecht

Der wettbewerbsrechtliche Schadensersatzanspruch greift nicht ein, wenn zugleich kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche bestehen, weil ansonsten der Vorrang der Nacherfüllung bei mangelhafter Leistung umgangen würde (str.), *Alexander* WRP 2021, 136, 143; *Heinze/Engel* NJW 2021, 2609, 2612.

III. Anspruch des sonstigen Marktteilnehmers

Der Gesetzeswortlaut gesteht sonstigen Marktteilnehmern keine wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzansprüche zu. Die h.M. hat sich bislang in solchen Fällen dadurch beholfen, dass sie entweder den Mitbewerberbegriff – systemwidrig – auf Nichtkonkurrenten ausdehnt oder auf das allgemeine Deliktsrecht zurückgreift.

Wer den Mitbewerberbegriff mit der hier vertretenen Ansicht enger versteht, muss ein eigenes Klagerecht des sonstigen Marktteilnehmers in Betracht ziehen. Es ergibt sich direkt aus der Schutzrichtung der jeweils verletzten wettbewerbsrechtlichen Norm, ohne dass es eines Rückgriffs auf die gesetzlichen Vorschriften über die Klagerechte von Mitbewerbern, Verbänden und Kammern bedarf, zu den früheren §§ 3, 13 Abs. 2 UWG 1909 ebenso BGH vom 24.5.2000 (Falsche Herstellerpreisempfehlung), GRUR 2001, 78. Im Einzelnen ist zu unterscheiden.

Ein solches Klagerecht ist zu verneinen, soweit bereits das allgemeine Vertragsrecht einen hinreichenden Schutz bietet und die Eröffnung einer „weiteren Schiene“ stören würde. Dies ist allgemein anzunehmen, soweit unternehmerische Abnehmer in der wettbewerbsrechtlichen Schiedsrichterfunktion betroffen sind. Es besteht kein Bedarf, dem einzelnen unternehmerischen Nachfrager einen wettbewerbsrechtlichen Anspruch beispielsweise gegen irreführende Werbemaßnahmen der Marktgegenseite zuzusprechen.

Das Klagerecht ist dagegen zu befürworten, wenn sonstige Marktteilnehmer in anderen wettbewerbsrechtlichen Funktionen betroffen sind (Lieferant, Anbieter von Werblockern etc.) und durch die fragliche Handlung unmittelbar verletzt werden.

Das Kartellrecht ist bereits weiter. Das GWB sieht seit 2005 in § 33 Abs. 1 Satz 1 GWB jeden „Betroffenen“ als anspruchsberechtigt an. Das ist jeder, der „als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist“, § 33 Abs. 3 GWB.

IV. Schuldner

Schuldner ist, wer den Schaden adäquat kausal herbeigeführt oder – um mit der Formulierung des § 9 Abs. 1 UWG zu sprechen – die unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt. Da das UWG Sonderdeliktsrecht ist, greifen daneben auch die §§ 31, 831 BGB. Mehrere Schuldner haften nach §§ 830, 840 Abs. 1 BGB als Gesamtschuldner.

V. Verschulden

Der Schadensersatzanspruch setzt Verschulden voraus, der Anspruchsgegner muss also „*vorsätzlich oder fahrlässig*“ gehandelt haben. Das Vorliegen von Vorsatz oder Fahrlässigkeit beurteilt sich nach den allgemeinen Grundsätzen, § 276 BGB.

Vorsatz setzt Wissen und Wollen voraus. Er ist bereits zu bejahen, wenn der Schädiger die Möglichkeit der Beeinträchtigung erkannt hat, trotz dieser Erkenntnis zur Tat schreitet und dabei den Verletzungserfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt („bedingter Vorsatz“), selbst wenn er auf den Nichteintritt des Erfolgs hoffen mag.

Fahrlässig handelt, „*wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt*“, § 276 Abs. 2 BGB. Entscheidend ist grundsätzlich ein objektiver Maßstab. Im Verkehr ist die Sorgfalt erforderlich, die nach dem Urteil besonnener und gewissenhafter Angehöriger des in Betracht kommenden Verkehrskreises zum Zeitpunkt des zu beurteilenden Verhaltens zu beachten ist, BGH vom 19.1.1991, BGHZ 113, 297, 303 f.

Es gibt ein Haftungsprivileg für die periodische Presse, die in bestimmten Fällen nur für vorsätzliches Handeln einstehen muss, § 9 Abs. 3 UWG.

VI. Mitverschulden

Die Minderung des Ersatzanspruchs nach § 254 BGB wegen Mitverschuldens des Geschädigten ist möglich, aber im Wettbewerbsrecht sehr selten. Bedeutung hat aber die Pflicht des Betroffenen nach § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB, den eigenen Schaden möglichst abzuwenden oder klein zu halten.

C. Unterlassung

§ 8 Abs. 1 UWG regelt die Abwehransprüche, nämlich den Anspruch auf Unterlassung und den Anspruch auf Beseitigung. Sie setzen wie der Schadensersatzanspruch einen Verstoß gegen § 3 UWG oder § 7 UWG voraus. Im Unterschied zum Schadensersatz verlangen sie kein Verschulden. Unterlassung und Beseitigung sind unterschiedliche Rechtsfolgen und an jeweils eigene Voraussetzungen gebunden. Sie müssen in der Klausur klar voneinander getrennt werden. Hier soll es zunächst um den Unterlassungsanspruch gehen.

Der Unterlassungsanspruch (§ 8 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 UWG) dient dazu, für die Zukunft ordnungsgemäßen Wettbewerb zu gewährleisten.

I. Verletzungsunterlassungsanspruch

Die klassische Form des Unterlassungsanspruchs ist der Verletzungsunterlassungsanspruch. Er setzt eine konkrete Verletzungshandlung voraus. Sie besteht im Eingriff in wettbewerbsrechtlich geschützte Interessen beziehungsweise in der Verletzung wettbewerbsrechtlicher Normen. Die Handlung muss bereits vollendet sein.

Die Handlung muss rechtswidrig, braucht aber nicht schuldhaft erfolgt sein. Der Verletzer muss allerdings in der Regel die der Unlauterkeit zugrundeliegenden Tatsachen gekannt oder sich ihrer Kenntnis bewusst verschlossen haben. Da der Unterlassungsanspruch auf die Zukunft gerichtet ist, lässt es die Rechtsprechung genügen, dass der Verletzer die erforderliche Kenntnis im Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung besitzt. Das ist regelmäßig schon aufgrund einer Abmahnung der Fall.

Erforderlich ist weiterhin eine „*Wiederholungsgefahr*“, § 8 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 UWG. Sie setzt voraus, dass künftig dieselbe oder eine im Kern gleichartige Verletzungshandlung objektiv möglich und zu befürchten ist.

Für unlautere geschäftliche Handlungen besteht eine widerlegbare Vermutung für die Wiederholungsgefahr, an deren Beseitigung strenge Anforderungen gestellt werden, BGH vom 16.2.1989 (Professorenbezeichnung in der Arztwerbung), GRUR 1989, 445 f.

Wichtig: Die Wiederholungsgefahr kann im Rahmen des Abmahnverfahrens durch die Abgabe einer uneingeschränkten, bedingungslosen und ausreichend strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung (Unterwerfungserklärung) ausgeräumt werden. Diese Erklärung bedarf keiner bestimmten Form. Maßgeblich ist allein ihre Ernstlichkeit. Lehnt der Anspruchsgegner indes eine derartige Unterwerfungserklärung ab, so ist die Vermutung der Wiederholungsgefahr kaum noch zu widerlegen, BGH vom 19.3.1998 (Brennwertkessel), GRUR 1998, 1045, 1046.

II. Vorbeugender Unterlassungsanspruch

Der vorbeugende Unterlassungsanspruch greift ein, wenn es zwar noch nicht zu einem Wettbewerbsverstoß gekommen ist, aber „*eine Zuwiderhandlung droht*“, § 8 Abs. 1 Satz 2 UWG. Erforderlich ist die unmittelbar bevorstehende Gefahr einer Rechtsverletzung („Erstbegehungsgefahr“). Die bloße Möglichkeit reicht nicht aus.

III. Schuldner

Für den Unterlassungsschuldner gibt es keine spezielle Bezeichnung. Allgemein kann auf Unterlassung nur haften, wer auch in der Lage ist, die Begehung des betreffenden Wettbewerbsverstoßes zu verhindern. Der frühere Unternehmensinhaber kann für einen Wettbewerbsverstoß auf Schadensersatz haften, weil zum Beispiel eine geschäftliche Werbekampagne auf ihn zurückgeht. Wenn die Werbekampagne nach seinem Ausscheiden aus dem Betrieb weitergeführt wird, kann es aber sein, dass er nicht mehr auf

Unterlassung haftet, weil es nicht mehr in seiner Hand liegt, die Werbekampagne für die Zukunft zu stoppen.

Früher wendete die Rechtsprechung § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB analog im Wettbewerbsrecht an und stellte auf den Begriff des „Störers“ ab. Inzwischen ist sie davon ausdrücklich abgerückt, BGH vom 22.7.2010 (Kinderhochstühle im Internet), GRUR 2011, 152, 156 Rn. 48; BGH vom 12.7.2012 (Solarinitiative) GRUR 2013, 301, 304 Rn. 49.

1. Verletzer

Zur Unterlassung und Beseitigung ist jeder verpflichtet, der gegen §§ 3, 7 UWG verstoßen hat beziehungsweise in Zukunft dagegen verstoßen könnte (Verletzer). Verletzer ist, wer adäquat kausal tätig wird, um den Zustand zu schaffen oder aufrechtzuerhalten, der juristisch als Wettbewerbsverstoß zu qualifizieren ist. Es muss zumindest auch von dieser Person abhängen, ob das betreffende Verhalten in Zukunft unterlassen wird.

Der irreführend werbende Unternehmer wird beispielsweise stets Verletzer sein. Es haftet aber auch derjenige, der die Wettbewerbsbeeinträchtigung in Auftrag gegeben hat oder der das eigenverantwortliche Handeln eines Dritten ausnutzt, obwohl er rechtlich in der Lage ist, es zu verhindern, BGH vom 3.2.1994 (Kosmetikstudio), GRUR 1994, 441, 443; BGH vom 23.3.1995 (Bahnhofs-Verkaufsstellen), GRUR 1995, 601, 603.

Der Verletzer schuldet Unterlassung aus mehreren Gründen. Er ist für den Wettbewerbsverstoß ursächlich und eine Begehung oder Wiederholung hängt ganz maßgeblich von seinem Willen ab. Da der Verletzer sich von seinem Verhalten typischerweise geschäftliche Vorteile verspricht, ist es überdies nur gerecht, ihm auch die möglichen Lasten der Unterlassungspflicht aufzubürden.

Die Rechtsprechung sieht auch Personen als Verletzer an, die bei wertender Betrachtung lediglich mittelbar zu einem fremden Verstoß beigetragen haben, BGH vom 3.2.1994 (Kosmetikstudio), GRUR 1994, 441, 443. Schuldner kann jeder sein, der willentlich und adäquat kausal mitwirkt, einen wettbewerbswidrigen Zustand zu schaffen oder zu erhalten. Für die Bewertung, ob eine Person adäquat kausal mitgewirkt hat, stellt die Rechtsprechung in der Regel darauf ab, ob die betreffende Person entsprechende Verkehrspflichten verletzt hat.

2. Organhaftung, Betriebsinhaber

Vereine, juristische Personen, OHG, KG und GbR haften nach **§ 31 BGB** beziehungsweise § 31 BGB analog.

Begehen „Mitarbeiter“ oder „Beauftragte“ Wettbewerbsverstöße in einem geschäftlichen Betrieb, so ist der Abwehranspruch nach **§ 8 Abs. 2 UWG** auch gegen den Betriebsinhaber begründet. Der Begriff des Beauftragen wird weit ausgelegt. Nach **§ 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG** gilt ferner jede Person als Unternehmer, die im Namen oder Auftrag eines Unternehmers handelt.

IV. Gläubiger

Wer als Gläubiger Unterlassung oder Beseitigung verlangen kann, ist in **§ 8 Abs. 3 UWG** umfangreich geregelt.

1. Unmittelbar Verletzter, § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG

Wer durch eine wettbewerbswidrige Handlung unmittelbar verletzt wird beziehungsweise zu werden droht, darf in der Regel auch dagegen angehen und auf Unterlassung, Beseitigung oder Widerruf klagen. Insoweit gelten dieselben Grundsätze wie im allgemeinen Privatrecht.

Der „*Mitbewerber*“ darf nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG klagen, da er typischerweise konkret betroffen ist und gegen Vorschriften verstoßen wird, die seinem Schutz dienen. An die Voraussetzung, dass er Produkte „*in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich vertreibt*“, sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Das soll Missbräuchen entgegenwirken, zum Beispiel wenn jemand nur einige wenige Waren zu übersteuerten Preisen auf einem Portal anbietet, *Regierungsentwurf und Begründung eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs* vom 31.7.2019, BT-Drucks. 19/12084, S. 1, 26. Daraus allein soll noch keine Klagerechtigung folgen.

Mitbewerber können auch gegen Verstöße klagen, deren Wettbewerbswidrigkeit sich aus einem anderen Schutzzweck als dem Mitbewerberschutz ergibt. Wenn sich die Haustürwerbung materiell-rechtlich wegen der Verletzung von persönlichkeitsrechtlichen Schutzinteressen unzulässig ist, so kann gleichwohl auch der Mitbewerber klagen, der durch unzulässige Haustürwerbepraktiken geschädigt wird oder geschäftliche Einbußen befürchten muss. Es gibt insoweit keine Bindung des Klagerechts an den – materiell-rechtlichen – Schutzzweck der verletzten Norm.

Der einzelne „*Verbraucher*“ hat kein Klagerecht.

Der „*sonstige Marktteilnehmer*“ kann nach der hier vertretenen Ansicht klagen, wenn er der unmittelbar Verletzte ist. Das kommt zum Beispiel im Zusammenhang mit geschäftschädigenden Äußerungen in Betracht, die von einem Unternehmer über einen anderen Unternehmer gemacht werden, der kein Mitbewerber des Äußernden ist.

2. § 8 Abs. 3 Nr. 2 – 4 UWG

§ 8 Abs. 3 Nr. 2 – 4 UWG spricht über die Klagemöglichkeit unmittelbar Verletzter hinaus weiteren Subjekten Klagerechte zu. Sie können klagen, brauchen aber nicht unmittelbar betroffen zu sein. Die Klage auf Unterlassung oder Beseitigung soll nämlich nicht nur den einzelnen Unternehmer schützen, sondern eben auch das „*Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb*“. Unzulässige Reklame soll beispielsweise auch dann unterdrückt werden, wenn sich kein Unternehmer beziehungsweise unmittelbar Betroffener zu Klage entschließt.

Klageberechtigt können sein

- Unternehmensverbände, **§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG**. Die Vorschrift stellt eine Fülle von Einzelanforderungen auf. Der Verband muss unter anderem eine juristische Person des Privatrechts (rechtsfähiger Verein, Stiftung, GmbH, Genossenschaft) oder des öffentlichen Rechts (zum Beispiel Kammern der freien Berufe) sein. Zu den satzungsmäßigen Aufgaben muss die Förderung gewerblicher Interessen gehören. Die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs ist als Zielsetzung ausreichend. Ist der Verbandszweck dagegen primär auf Verbraucherschutz gerichtet, so ist die Klageberechtigung des Verbands an den abweichenden Maßstäben des § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG zu messen. Die Klagemöglichkeit für die Verbände besteht aber nur, wenn der Wettbewerbsverstoß „*die Interessen ihrer Mitglieder berührt*“.
- Verbrauchereinrichtungen, **§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG**. Als Verbraucherverbände können rechtsfähige Verbände klagen, zu deren satzungsgemäßen Aufgaben es gehört, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen. Sie müssen in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlagG eingetragen sein.
- Industrie-, Handels- und Handwerkskammern, **§ 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG**. Das Klagerecht anderer Kammern wie Ärzte- oder Anwaltskammern, die nicht unter § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG fallen, bestimmt sich nach bisheriger Rechtsprechung ausschließlich nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG, BGH vom 22.6.1989 (Gruppenprofil), GRUR 1989, 758, 759.

3. Beschränkung auf unmittelbar Verletzten

Die gesetzliche Regelung ist zu großzügig formuliert und wird bestimmten Sonderfällen nicht gerecht. Die Formulierungen des UWG sehen nämlich „*jeden*“ Mitbewerber als anspruchsberechtigt an, § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG. Ebenso gewähren die § 8 Abs. 3 Nr. 2 – 4 UWG die kollektiven Klagerechte ausnahmslos gegenüber allen Zuwiderhandlungen gegen die §§ 3, 7 UWG. Es kann dennoch sein, dass sich das Klagerecht auf den unmittelbar Verletzten, insbesondere auf bestimmte Mitbewerber beschränkt, obwohl nach dem Wortlaut von § 8 Abs. 3 UWG „an sich“ auch andere Mitbewerber oder beispielsweise Unternehmensverbände anspruchs- und klageberechtigt wären. Das ist der Fall, wenn ein Wettbewerbsverstoß wettbewerbliche Individualinteressen verletzt und Kollektivinteressen nicht berührt werden oder gegenüber den fraglichen Individualinteressen zurücktreten, BGH vom 2.10.2008 (Küchentiefstpreis-Garantie), GRUR 2009, 416, 418 Rn. 22.

Durch die Beschränkung soll verhindert werden, dass Dritte über den fraglichen Wettbewerbsverstoß prozessieren, obwohl der individuell Betroffene gar keinen Prozess will. Er kann es nämlich aus guten Gründen vorziehen, einen Prozess zu vermeiden. „Der Produzent des nachgeahmten Erzeugnisses mag es vorziehen, sich mit dem Nachahmer zu arrangieren, wie sich der Inhaber eines Warenzeichens mit dem Verletzer auf Grund einer Lizenz- oder Abgrenzungsvereinbarung einigt. Der von der persönlichen Werbung Betroffene will vielleicht lieber, dass die Sache auf sich beruht und nicht durch einen Prozess an die große Glocke gehängt wird“, *Schricker* GRUR Int. 1973, 459.

Allgemein kommt eine Beschränkung des Klagerechts auf den unmittelbar Verletzten in Betracht bei:

- Verletzungen, die unter §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG fallen und eine dem § 4 GeschGehG vergleichbare Interessenlage betreffen. Siehe BGH vom 21.12.1962 (Industrieböden), BGHZ 38, 391 ff.
- Verletzungen der §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 1, Nr. 2 UWG.
- BGH vom 18.10.1990 (Finnischer Schmuck), GRUR 1991, 223 hat eine Beschränkung angenommen im Fall wettbewerbswidriger Nachahmungen. Das Klagerecht wurde dabei auf den Hersteller beschränkt mit der Folge, dass bereits der Händler sich nicht gegen den Verkauf von Imitaten wehren konnte.
- Nach einer Sonderansicht sind auch verbraucherirrelevante Irreführungen ein weiterer Anwendungsfall, *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rdnr. 2100 ff., 2633 ff. Greift § 5 UWG allein aus Konkurrentenschutzüberlegungen ein, so ist einzig der unmittelbar Verletzte klageberechtigt. So zum Beispiel im Fall BGH vom 21.2.1991 (Königl.-Bayerische Weisse), GRUR 1992, 66 ff.

4. VO 2019/1150

Die §§ 8a, 8b UWG treffen speziellen Regelungen zur Anspruchsberechtigung bei Verstößen gegen die VO 2019/1150 (= DTV WettbewerbsR Nr. 20).

D. Beseitigung

Der Beseitigungsanspruch (§ 8 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 UWG) dient der Beseitigung fortdauernder Störungen, die einen Wettbewerbsverstoß aufrechterhalten. Der Anspruch kommt daher nur in Betracht, wenn und solange ein fortdauernder rechtswidriger Störungszustand besteht. Der Beseitigungsanspruch richtet sich auf die Beseitigung der Störungsquelle. Er entfällt, wenn eine Duldungspflicht besteht oder wenn die Störungsquelle wegfällt.

Es werden nur solche Maßnahmen geschuldet, die geeignet und erforderlich sind, die Störung zu beseitigen, und die dem Schuldner zumutbar sind.

Wendet sich der Anspruch gegen eine unzulässige öffentliche geschäftliche Äußerung, so kommt als Beseitigungsmaßnahme eine öffentliche Erklärung des Schuldners in Betracht. Bei Boykottmaßnahmen kann der Verletzte vom Initiator den Widerruf des Boykottaufrufs und vom Adressaten die Aufhebung der Sperrmaßnahmen, gegebenenfalls also Wiederbelieferung verlangen. Gegenüber Verletzungen der Geschäftsehre kann der Gläubiger Berichtigung oder Widerruf verlangen, soweit die Äußerung unzutreffende Tatsachenangaben enthält. Beschränkt sich die Äußerung dagegen auf das Mitteilen einer Meinung, so ist kein Beseitigungs-, sondern nur ein Unterlassungsanspruch möglich, BGH vom 12.3.1992 (Plagiatsvorwurf II), GRUR 1992, 527, 529 mwN.

Die Beschränkung von Berichtigungs- und Widerrufsansprüchen auf unzutreffende Tatsachenäußerungen ist weitgehend durch das Verfassungsrecht vorgezeichnet. Einzelheiten behandelt die Vorlesung Äußerungsrecht.

Wenn die sofortige Beseitigung aufgrund einer Interessenabwägung nicht zumutbar ist, dann muss eine angemessene Frist zur Beseitigung eingeräumt werden. Beispiel BGH vom 28.1.1977 (Gebäudefassade), GRUR 1977, 614, 616.

Die Abgrenzung zum Schadensersatz ist erforderlich und vielfach schwierig. Beseitigung muss grundsätzlich hinter der Naturalrestitution im Sinne von § 249 Abs. 1 BGB zurückbleiben, da sonst das Verschuldenserfordernis des Schadensersatzanspruchs ausgehöhlt würde.

Die Passivlegitimation bestimmt sich grundsätzlich nach denselben Kriterien wie die Unterlassungshaftung. Schuldner des Beseitigungsanspruchs kann aber stets nur jemand sein, der zur Beseitigung in der Lage ist.

E. Gewinnabschöpfung

§ 10 UWG

F. Durchsetzung der Ansprüche

Fragen der Anspruchsdurchsetzung sind – in Teilen – in den §§ 12 ff. UWG normiert.

I. Abmahnverfahren

Die Abmahnung ist eine im Wettbewerbsrecht entwickelte spezifische Form der außerprozessualen Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen. Die Abmahnung enthält die Aufforderung an den Verletzer, einen bereits begangenen oder drohenden Verstoß für die Zukunft zu unterlassen, verbunden mit der Androhung gerichtlicher Schritte im Fall der Ablehnung.

1. Allgemeines

Die Abmahnung hat viele sinnvolle Seiten: Der Verletzte hat die Möglichkeit, einen Wettbewerbsverstoß schnell und effektiv abzustellen. Zumindest erhält er Aufschluss über die tatsächlichen Umstände und kann darauf sein zukünftiges Verhalten einstellen. Der Verletzer, der häufig in Unkenntnis oder bloßer Unachtsamkeit gehandelt haben wird, wird aufgeklärt und kann den Verstoß gegebenenfalls schnell und vergleichsweise „preisgünstig“ abstellen.

Aus diesen Wirkungen wird allgemein abgeleitet, dass vor der Einleitung eines Wettbewerbsprozesses grundsätzlich abzumahnen ist. § 13 Abs. 1 Satz 1 UWG ordnet dementsprechend an, dass vor der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens abgemahnt werden „soll“. Die Abmahnung ist nur vereinzelt entbehrlich, zum Beispiel bei Aussichtslosigkeit oder Unzumutbarkeit. Eine fehlende Abmahnung lässt das Rechtsschutzinteresse nicht entfallen, führt aber im Falle des sofortigen Anerkenntnisses nach § 93 ZPO zu Kostennachteilen.

Wer wegen eines Wettbewerbsverstoßes von einem nach § 8 Abs. 3 UWG klagebefugten Dritten zu Recht abgemahnt wird, muss dem Abmahner die Kosten des vorprozessualen Verfahrens ersetzen, **§ 12 Abs. 3 UWG**.

2. Unterwerfung

Der abgemahnte Unternehmer kann eine Unterwerfungserklärung abgeben. Sie besteht aus zwei Teilen: der Unterlassungsverpflichtung für die Zukunft und dem gleichzeitigen Versprechen einer Vertragsstrafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung, **§§ 339 Satz 2 BGB, 13a UWG**.

Wird die Unterwerfungserklärung vom Abmahnenden akzeptiert, kommt ein Unterlassungsverpflichtungsvertrag zustande. Die ernstliche Unterlassungserklärung führt zum Wegfall der Wiederholungsgefahr, die Voraussetzung weiterer Unterlassungsansprüche wäre. Handelt der Unterlassungsschuldner dem Vertrag zuwider, so löst dies den Anspruch auf die vereinbarte Vertragsstrafe aus. Außerdem lebt die Wiederholungsgefahr wieder auf.

Gibt der abgemahnte Unternehmer keine Unterwerfungserklärung ab, so kommt es gegebenenfalls zum Prozess, der über das Vorliegen eines Wettbewerbsverstoßes und die Prozesskosten entscheidet.

II. Gerichtliches Verfahren

Wettbewerbsstreitigkeiten sind in aller Regel bürgerlichrechtliche Streitigkeiten im Sinne von **§ 13 GVG**. Zuständig sind deshalb die Zivilgerichte beziehungsweise die Landgerichte, **§ 13 Abs. 1 Satz 1 UWG**.

Die örtliche Zuständigkeit ist in § 14 UWG geregelt. Grundsätzlich kommt es darauf an, in welchem Bezirk der Beklagte seine gewerbliche Niederlassung hat, § 14 Abs. 1 Satz 1 UWG. Daneben gibt es den Gerichtsstand nach § 14 Abs. 2 UWG, der freilich stark eingeschränkt ist, wenn sich das Klagerecht des Klägers aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 – 4 UWG ergibt.

Besonders bedeutsam ist das einstweilige Verfügungsverfahren nach **§§ 12 UWG, 935 ff., 940 ZPO**. Ca. 50% aller gerichtlichen Wettbewerbsstreitigkeiten sollen im Rahmen dieses Verfahrens begonnen und erledigt werden. Nach § 937 ZPO ist grundsätzlich das Gericht der Hauptsache örtlich und sachlich zuständig. Wichtig ist, dass das vorläufige Rechtsschutzverfahren nicht zum BGH führt, der also über bestimmte Fragen möglicherweise gar nicht urteilen kann. Den OLG kommt folglich für das Wettbewerbsrecht besondere Bedeutung zu.

III. Missbrauch, Verwirkung

Die Abwehrklage darf nicht missbräuchlich erhoben werden. Einzelheiten bestimmt **§ 8c UWG**. Die Häufung von Schutzzwecken und Klagemöglichkeiten kann zu einer Häufung von Abmahnungen beziehungsweise Klagen führen. Das ist grundsätzlich unbedenklich, birgt allerdings die Gefahr, dass der Unternehmer prozessual erstickt wird.

BGH vom 2.12.1982 (Wiederholte Unterwerfung I), GRUR 1983, 186 hat deshalb einen Ausweg ersonnen. Danach entfällt die Wiederholungsgefahr gegenüber allen Anspruchsberechtigten, wenn auch nur eine ernsthafte und ausreichende Unterwerfungserklärung abgegeben wird. An diese Unterwerfungserklärung werden aber besonders genaue und zum Teil zusätzliche (Aufklärungspflichten, um Nachprüfung zu ermöglichen) Anforderungen gestellt, um Manipulationen auszuschließen.

Nach BGH vom 12.12.1996 (Lifting-Creme), GRUR 1997, 537 f. ist es kein Missbrauch von Klagemöglichkeiten, wenn ein gewerblicher Verband ausschließlich Wettbewerbsverstöße von Nichtmitgliedern gerichtlich verfolgt und die Verstöße der Mitglieder nicht ahndet.

Eine Verwirkung des Rechts, Unternehmer auf Unterlassung zu verklagen, kommt nur in Betracht, wenn der in Frage stehende Wettbewerbsverstoß allein Konkurrenteninteressen betrifft. Siehe BGH vom 12.12.1996 (Lifting-Creme), GRUR 1997, 537 f.

IV. Einigungsstellen

Spezielle Möglichkeiten zur Vermeidung gerichtlicher Streitigkeiten bietet das Verfahren vor den Einigungsstellen, das zur außerprozessualen Abwicklung von Wettbewerbsstreitigkeiten dient und nach einem gütlichen Ausgleich zwischen den Parteien strebt, § 15 Abs. 6 UWG. Die heutige praktische Bedeutung der Einigungsstellen, deren Tätigkeit sich nach **§ 15 UWG** und den dazu erlassenen landesrechtlichen Verordnungen bestimmt, ist begrenzt.

Die Einigungsstellen sind bei den Industrie- und Handelskammern errichtet und müssen in bestimmter Weise zusammengesetzt sein, § 15 Abs. 2 UWG. Die Einigungsstelle kann vom Gläubiger wie vom Schuldner zu einer Aussprache angerufen werden, wenn der Gegner zustimmt, § 15 Abs. 3 Satz 1 UWG, da nur in diesem Fall eine Aussicht auf eine gütliche Einigung bestehen dürfte. Die Einigungsstelle kann die Einleitung von Einigungsverhandlungen ablehnen, wenn sie den geltend gemachten Anspruch von vornherein für unbegründet oder sich selbst für unzuständig erachtet, § 15 Abs. 8 UWG.

Einigungsverfahren haben eine lange rechtsgeschichtliche Tradition, die bis zu den Zünften reicht. In den Jahren nach der Schaffung des UWG 1909 wurden zunehmend und freiwillig Vermittlungs- und Einigungsämter eingerichtet. In der damaligen Sicht *Kohlers* waren sie in vielen Fällen effektiver als ein straf- oder ein zivilgerichtliches Verfahren. „Während der Strafprozess den Antragsteller im Kaufmannsstand häufig mit dem Odium des Denunziantentums belastet, während der Weg des Zivilprozesses als schwierig, umständlich und kostspielig erscheint, ist die Anrufung der Genossen völlig im Sinne eines aufstrebenden redlichen Handelsstandes, und vor allem wird diese genossenschaftliche Tätigkeit einen erzieherischen Einfluss ausüben, sie wird auch zur sachgemäßen Erledigung der Einzelfragen des Wettbewerbs beitragen“, *Kohler*, Der Unlautere Wettbewerb, 1917, S. 293.