

**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=skY4ndd15q0>

**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 wettbewerblich 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 stempele 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 handele 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, *Köhler/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 wettbewerblichen 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.