

## 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/Bornkamm, 40. Auflage 2022, § 2 UWG Rn. 171; 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 wettbewerblichen 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“*, **Art. 169 Abs. 1 AEUV, Art. 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.

### **I. Verbraucherschutz durch Wettbewerb**

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 Verbotsgegengrund dazu führen, dass Praktiken, die allein aus dem Blickwinkel von Mitbewerberinteressen untersagt werden müssten, im Interesse der Verbraucher doch als zulässig anzusehen sind.

## **II. Beispiel: Abwerben von Vertragspartnern**

Das Verbraucherinteresse ist beispielsweise relevant, um das Abwerben von Vertragspartnern zu beurteilen. In solchen Fällen geht es typischerweise darum, dass sich der Verbraucher bereits vertraglich an einen Unternehmer gebunden hat und dass ihm nunmehr ein anderer Anbieter ein besseres Angebot macht. Ist das Handeln des abwerbenden Anbieters gegenüber dem ursprünglichen Vertragspartner, dem Mitbewerber des Anbieters, wettbewerbsrechtlich unzulässig?

### *1. H.M.*

Die Rechtsprechung sieht Abwerbungsversuche häufig als unzulässig an. Sie unterscheidet in der Regel nach Art und Umständen der Abwerbung drei Formen:

Das bloße Abwerben ohne Vertragsbruch soll grundsätzlich zulässig, das aktive Fördern oder Verleiten zum Vertragsbruch grundsätzlich

unzulässig und das schlichte Ausnutzen fremden Vertragsbruchs unter besonderen Umständen unzulässig sein, zum Beispiel BGH vom 24.2.1994 (Sistierung von Aufträgen), GRUR 1994, 447, 448.

Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Gerichte sehr schnell bereit sind, ein per se unzulässiges Verleiten zum Vertragsbruch anzunehmen. Wettbewerbswidrigkeit ist danach bereits gegeben, wenn darauf hingewirkt wird, dass der Vertragspartner des Mitbewerbers seine diesem gegenüber obliegenden vertraglichen Hauptpflichten verletzt. Weiterhin soll ein Verleiten auch dann noch vorliegen können, wenn der andere bereits zum Vertragsbruch entschlossen war.

Anders aber BGH vom 7.4.2005 (Kündigungshilfe), GRUR 2005, 603 f. Danach ist es grundsätzlich zulässig, einem vertraglich noch gebundenen Kunden dadurch bei einer ordentlichen Kündigung zu helfen, dass ihm ein vorbereitetes Kündigungsschreiben vorgelegt wird.

## 2. Gegenposition

### a. Mitbewerberinteresse

Auf Seiten des ursprünglichen Vertragspartners beziehungsweise des Mitbewerbers des Abwerbenden ist kein berechtigtes Schutzinteresse erkennbar. Es gibt keinen Schutz des Mitbewerbers vor Konkurrenz. „Das Abwerben von Kunden gehört zum Wesen des Wettbewerbs, auch wenn die Kunden noch an den Mitbewerber gebunden sind“, BGH vom 22.4.2004 (Verabschiedungsschreiben), GRUR 2004, 704, 705. Das gilt selbst dann, wenn die Abwerbung dazu führt, dass der abgeworbene Verbraucher gegenüber seinem ersten Vertragspartner einen Vertragsbruch begeht. Der Vertragsbruch kann zwar zu Schäden des Mitbewerbers führen, doch kann der Mitbewerber diese vom vertragsbrüchigen Kunden ersetzt verlangen. Springt der Kunde ab, so wird der Mitbewerber über das Vertragsrecht geschützt und genießt damit exakt die Absicherung, auf die er kraft des Vertragsschlusses vertrauen durfte. Wieso der Mitbewerber darüber hinausreichende Absicherungen genießen und damit besser stehen soll, als es das Vertragsrecht ansonsten für angemessen hält, ist nicht ersichtlich.

### b. Verbraucherinteresse

Aus Sicht der Verbraucherinteressen muss ein Konsument grundsätzlich auch nach Vertragsschluss die Möglichkeit haben, den Anbieter zu wechseln, wenn ihm dessen Angebot nunmehr attraktiver erscheint. Auch

das aktive Abwerben kann grundsätzlich im Interesse des Verbrauchers liegen. Warum soll ein Unternehmer einem vertraglich gebundenen Verbraucher nicht vor Augen führen dürfen, dass ein Vertragswechsel für den Verbraucher vorteilhaft wäre?

Unlauterkeit kommt aber in Betracht, wenn der Verbraucher nicht richtig über den Wechsel entscheiden kann, zum Beispiel weil er falsch informiert wird oder unter Druck gesetzt wird.

Wenn der Verbraucher nur wechseln kann, indem er gegenüber dem ursprünglichen Vertragspartner vertragsbrüchig wird, dann können ihm allerdings vertragliche Ersatzpflichten drohen. Es fragt sich, ob und in welchen Fällen der Verbraucher vor diesem „Folgerisiko“ geschützt werden muss.

- Entscheidet sich der Verbraucher aus eigenem Entschluss und Antrieb, sich einen neuen Vertragspartner zu suchen, so hat er dafür einzustehen und muss die Konsequenzen tragen. Der Wechsel zum neuen Geschäftspartner löst gegebenenfalls vertragsrechtliche Konsequenzen aus, für die der Verbraucher verantwortlich ist und die er bei seiner Entscheidung bedenken muss. Der neue Vertragspartner hat für diesen Wechsel nicht zu haften. Das Ausnutzen und Profitieren von einem fremden Vertragsbruch kann daher als solches nicht wettbewerbswidrig sein.
  
- Aktive Abwerbungen, die zu einem Vertragsbruch durch den abgeworbenen Verbraucher führen könnten, sind wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn  
der abwerbende Unternehmen den Verbraucher korrekt auf das vertragliche Haftungsrisiko verweist und der Verbraucher dieses Risiko bewusst und eigenverantwortlich eingeht, oder  
wenn sich der Verbraucher gleichwohl dem neuen Vertragspartner zuwenden kann, ohne Schadensersatzansprüche des ursprünglichen Vertragspartners fürchten zu müssen. Das kommt namentlich in Betracht, wenn der ursprüngliche Vertrag noch widerrufen oder zeitgerecht gekündigt werden kann oder wenn der neue Vertragspartner den Verbraucher von Schadensersatzansprüchen freistellt.

## 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 sich 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 „*aggressive 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 korrekt funktionieren. Die mit Abstand wichtigsten Vorschriften zum Schutz der Entscheidungsgrundlage sind das Verbot der Irreführung (§§ 5, 5a 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 Informations 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 verstärkt auf bei älteren Personen, bei Käufern mit geringem sozialen Status sowie bei Entscheidungen mit hohem Kaufrisiko und bei Gütern mit Prestigewert, *Kroeber-Riel/ Weinberg/ Gröppel-Klein*, Konsumentenverhalten, 9. Auflage 2009, S. 442 ff. mwN. 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 unvertretbarem 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 – 23 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 mündliche 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 dieselbe Angabe nicht 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, das 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 Angabensinhalts.

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 viel weiter und belastet ihn ungleich 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. 2 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 dieser 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 Vorschriftenammlung, 16. Auflage 2020, 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 TMG). 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-Tatbeständen aus, fallen aufgrund ihrer Schutzrichtung  
aber unter **§ 3a UWG**.

## **Fall: Die empörende Werbung**

*(zur Ergänzung, in der Vorlesung nicht behandelt)*

Der bayerische Unternehmer B handelt mit den unterschiedlichsten Produkten, unter anderem mit Bier und Teppichen. Für das von ihm hergestellte Weissbier wirbt er mit der Bezeichnung „Königl.-Bayerische Weisse“, obwohl er nicht von dem früheren bayerischen Königshaus abstammt. Außerdem wirbt er in einem Reklameprospekt „Riesige Auswahl China-Teppiche“. Der Prospekt bietet auf den ersten drei Seiten handgeknüpfte Teppiche an und stellt deren Herstellungsweise besonders heraus. Auf Seite vier wird ausschließlich für mechanisch hergestellte Teppiche geworben. Auf den Unterschied in der Herstellungsweise wird jedoch nicht ausdrücklich, sondern allein in den kleingedruckten Erläuterungen hingewiesen, die unter jeder Abbildung stehen. Die Konkurrenz ist empört. Sie möchte wissen, ob die Werbung zulässig ist.

**Hinweis:** BGH vom 21.02.1991 (Königl.-Bayerische Weisse), GRUR 1992, 66 ff.; BGH vom 20.10.1999 (Orient-Teppichmuster), GRUR 2000, 619 ff.; *Beater JZ* 2000, 973 ff.

## **Lösung:**

Die Werbung könnte irreführend und damit unlauter im Sinne der **§§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 UWG** sein.

### **A. Geschäftliche Handlung, § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG (+)**

Die Werbung ist eine geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG, da sie dem B zur Förderung des eigenen Unternehmens dient und im geschäftlichen Verkehr erfolgt.

### **B. Bierwerbung**

#### **I. Angabe (+)**

BGH vom 21.2.1991 (Königl.-Bayerische Weisse), GRUR 1992, 66, 68 hielt es für naheliegend, in der fraglichen Bierbezeichnung die Angabe zu sehen, die Braustätte habe im Eigentum des Königshauses

gestanden, sei Hoflieferantin des Königs gewesen oder habe von diesem eine entsprechende Bezeichnungsbefugnis erhalten oder knüpfe zumindest an Traditionen aus der Zeit des Königtums, insbesondere an alte Rezepte o.ä. an.

Dieses Verständnis geht sehr weit, ist aber akzeptabel. BGH vom 17.11.2002 (Klosterbrauerei), GRUR 2003, 628 ff. hat ähnlich entschieden.

Die Werbung des B betrifft insoweit also nachprüfbar Inhalte und macht damit eine „Angabe“. Die Angabe hat die „Eigenschaften des Unternehmers“ zum Inhalt, **§ 5 Abs. 2 Nr. 3 UWG**.

## **II. Täuschungseignung (+)**

Die Angabe ist geeignet, die Verbraucher zu täuschen, weil ihr Inhalt der Wirklichkeit nicht entspricht.

## **III. Relevanz**

Die eigentliche Gretchenfrage ist jedoch die der Relevanz.

### **1. Rechtsprechung (+)**

Nach dem herrschenden traditionellen Verständnis reicht es aus, dass die Angabe geeignet ist, den Umworbenen zur Befassung mit dem Angebot geneigter zu machen, zum Beispiel BGH vom 22.12.1961 (Gründerbildnis), GRUR 1962, 310, 312 f. Danach wäre die Angabe relevant und – da B nicht von dem früheren bayerischen Königshaus abstammt – auch irreführend.

In Bezug auf die Relevanz ähnlich BGH vom 17.11.2002 (Klosterbrauerei), GRUR 2003, 628 ff. Das Urteil hat die Anwendung von § 5 UWG im Ergebnis mit Hilfe von Verhältnismäßigkeitsüberlegungen abgelehnt.

### **2. Gegenmeinung**

Nach der Gegenmeinung ist das Wettbewerbsrecht nicht absoluten Wahrheiten, sondern wettbewerbsfunktionalen Maßstäben beziehungsweise dem Schutz wettbewerbslich relevanter Interessen verpflichtet. Daher ist zu unterscheiden, *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rdnr. 1399 ff., 2098 ff.

**a. Verbraucherrelevanz (-)**

Die Verbraucher müssen nicht im Glauben an unsinnige Vorstellungen geschützt werden. Das Wettbewerbsrecht verlangt eine effektive und keine unsinnige Sicherung der Entscheidungsgrundlage. Für das Kriterium der Relevanz ist danach zu unterscheiden, welche Wichtigkeit den infrage stehenden Informationen im Hinblick auf den Schutz des Verbrauchers zukommt.

Aus Sicht der Verbraucherinteressen ist die Relevanz zu verneinen. Vor solchen Irrtümern brauchen die Verbraucher nicht geschützt zu werden. Es steht Verbrauchern frei, ihre Kaufentscheidung von solchen emotionalen oder romantischen Vorstellungen abhängig zu machen. Schutzbedürftig werden sie dadurch nicht. Es wäre nicht sachgerecht, solche Angaben wettbewerbsrechtlich auf ihre Richtigkeit zu überprüfen.

**b. Konkurrentenrelevanz**

Werbeangaben, die nach Verbraucherschutzgesichtspunkten nicht relevant sind, können gleichwohl unter § 5 Abs. 1 UWG fallen. Das ist zu bejahen, wenn die Reklame die geschäftliche Wertschätzung beziehungsweise den Werbewert von Angaben ausnutzt, die das Ergebnis unternehmerischer Tätigkeit und entsprechender Investitionen sind.

Ein konkurrierender Bierhersteller kann gegen die Werbung dann rechtlich einschreiten, wenn er im Hinblick auf die Angabe und aufgrund entsprechender Investitionen schutzwürdig ist. Das kommt namentlich dann in Betracht, wenn er selbst der ehemaligen Königfamilie angehört und damit wirbt. Existiert ein solches Unternehmen nicht oder sieht es von einer Klage ab, so löst die Werbung keine rechtliche Konsequenz aus.

Im Streitfall kann mangels entsprechender Angaben im Sachverhalt nicht beurteilt werden, ob die Werbeangabe des B in einen derartigen „wettbewerblichen Besitzstand“ eines Mitbewerbers eingreift.

## **C. Teppichwerbung**

### **I. Angabe (+)**

In Bezug auf die Teppichwerbung lässt sich überlegen, ob der Katalog suggeriert (= eine „Angabe“ macht), dass auch die ab Seite 4 angebotenen Teppiche handgeknüpft sind. Der Inhalt der Angabe ist durch Auslegung zu ermitteln. Dazu ist zu fragen, wie die Adressaten der Werbung die Werbung verstehen.

#### **1. Situationsadäquat aufmerksamer Verbraucher**

Das Kauf- und Entscheidungsverhalten der Verbraucher lässt produktspezifische Aussagen darüber zu, ob und gegebenenfalls in welchem Maß der Verbraucher auf rechtlichen Schutz angewiesen ist. Wer einen Teppich bestellen will, liest notwendigerweise das Kleingedruckte, weil er die Maße des Teppichs wissen will. Ein solcher Kaufinteressent wird daher auch auf die Angabe stoßen, dass die auf Seite 4 angebotenen Teppiche nicht handgeknüpft sind.

BGH vom 20.10.1999 (Orient-Teppichmuster), GRUR 2000, 619, 621 hat diese Linie verfolgt und ist damit von der früheren Rechtsprechung abgewichen. Die Entscheidung hat die Irreführungsmaßstäbe daran orientiert, dass der Verbraucher im Zusammenhang mit Suchgütern Werbe- beziehungsweise Prospektangaben aufmerksam und sorgfältig lese. Die Richter stellen dabei auf den „durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher“ ab.

#### **2. Ergebnis**

B teilt in seiner Werbung mit, die auf Seite vier des Prospekts beworbenen Teppiche seien ausschließlich mechanisch und nicht von Hand hergestellt worden. Diese Aussage betrifft einen Tatsachekern, der auf seine Richtigkeit überprüfbar ist. Es handelt sich folglich um eine „Angabe“.

Die Angabe hat das „*Verfahren der Herstellung*“ der Teppiche zum Inhalt, **§ 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG**.

**[3. Früheres Verständnis]**

Das bis zur Orient-Teppichmuster-Entscheidung bestehende Verständnis orientierte sich an einem unaufmerksamen, leicht täuschbaren Verbraucher. Dieser nimmt die großen Ankündigungen im Katalog wahr, nicht aber das Kleingedruckte. Das frühere Verständnis wäre daher von der Angabe ausgegangen, auch die ab Seite 4 angebotenen Teppiche seien handgeknüpft, sofern nicht unübersehbar auf die andere Herstellungsweise hingewiesen worden wäre.

**II. Täuschungseignung (-)**

Der Inhalt der Angabe entspricht der Wirklichkeit. Die Teppichwerbung des B ist nicht geeignet, die Verbraucher zu täuschen.

## 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/Bornkamm/Feddersen, UWG 40. Auflage 2022, § 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 und nur in vergleichsweise wenigen Konstellationen in Betracht. Sie kann außerdem Bumerang-Effekte auslösen und 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 den Abschluss von Geschäften zum Gegenstand hat.

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 Tatsachekern 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 Tatsachekern enthalten. Ebenso ist es zulässig, wenn der Werbende auf der Basis von Tatsachenaussagen 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 gewonnenen 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, 4. Auflage 2016, § 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. 3 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*“ 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 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 zwingend § 3 Abs. 1 UWG prüfen. A und B sind dann keine Mitbewerber, sondern sonstige Marktteilnehmer. Die Handlung ist 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“) zwar hilfreich für eine Unterscheidung der verglichenen Erzeugnisse (taz/BILD). Ein etwaiger guter Ruf des Kennzeichens „BILD“ wird damit jedoch 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 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 zu Lasten 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 handele, 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 unterschiede 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, **Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 10 Abs. 1 Satz 1 EMRK, 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 – 31 Anhang UWG normieren diverse, stets unzulässige geschäftliche Handlungen. Die Regelungen sind – ebenso wie die Nr. 1 ff. Anhang UWG – eine an praktischen Notwendigkeiten orientierte Auflistung. Sie regeln Einzelkonstellationen, in denen besonders gravierende Beeinflussungen des Entscheidungsprozesses infrage stehen. Den Regelungen 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, die vom EuGH erst noch beantwortet werden müssen. 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, 2. Auflage 2019, Rn. 991.

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, 2. Auflage 2019, Rn. 992. 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 in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 40. Auflage 2022, § 4a UWG Rn. 1.57 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 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 Entschließung 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.