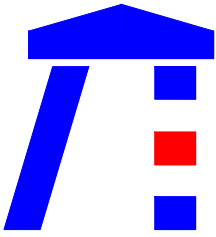


Prof. Dr. Michael Hassemer

Dipl.-Jur. Univ. Thorsten Ingeberg



Technische Universität Kaiserslautern

Fachbereich Wirtschaftswissenschaften

Lehrstuhl für Zivilrecht, Wirtschaftsrecht, Geistiges Eigentum

Prof. Dr. Michael Hassemer

Vorlesung

Wettbewerbsrecht



Inhalt

Literatur.....	IV
§ 1 : Überblick.....	1
A. Lauterkeits- und Kartellrecht.....	1
B. National/europäisch	1
§ 2 : Lauterkeitsrecht.....	3
A. Grundlagen	3
I. Das UWG und die UWG-Reform von 2004	3
1. Integration von Verbraucheraspekten	3
2. Stärkung der Eigenverantwortung der Verbraucher (Verbraucherleitbild).....	4
3. Liberalisierung des Wettbewerbs	4
II. Ein kurzer Überblick (Struktur des UWG)	5
III. Die „Schutzzwecktrias“ des § 1 UWG.....	5
1. Mitbewerber: Unternehmer im konkreten Wettbewerbsverhältnis.....	7
2. Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer	8
3. Allgemeininteresse am unverfälschten Wettbewerb	9
IV. Rechtsfolgen.....	10
1. Private Rechtsverfolgung	10
2. Abwehransprüche (§ 8 UWG).....	10
3. Schadensersatzanspruch (§ 9 UWG).....	14
4. Gewinnabschöpfung (§ 10 UWG).....	15
B. Die Generalklausel in § 3 UWG: Verbot des unlauteren Wettbewerbs	16
I. „Große Generalklausel“	16
II. Wettbewerbshandlung.....	17
III. Unlauterkeit	18

1.	Unlauterkeit vs. gute Sitten	18
2.	Begriff der Unlauterkeit	18
IV.	Eignung zur nicht nur unerheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs zum Nachteil anderer Marktteilnehmer.....	19
1.	Eignung zur Beeinträchtigung.....	19
2.	Zum Nachteil anderer Marktteilnehmer	19
3.	Erheblichkeit (Bagatellgrenze).....	19
C.	Beispiele unlauteren Wettbewerbs (§ 4 UWG)	20
I.	Struktur der Norm	20
II.	Unangemessener unsachlicher Einfluss (§ 4 Nr. 1 UWG).....	21
1.	Unangemessen unsachlicher Einfluss	22
2.	Eignung zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit von Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern	25
III.	Ausnutzung (§ 4 Nr. 2 UWG)	25
IV.	Transparenzgebote (§ 4 Nr. 3-6 UWG).....	26
1.	Verschleierung von Werbung (§ 4 Nr. 3 UWG)	26
2.	Transparenz bei Verkaufsförderungsmaßnahmen, Preisausschreiben und Gewinnspielen (§ 4 Nr. 4, 5 UWG)	27
V.	Koppelung von Preisausschreiben und Glücksspiel mit Waren- oder Dienstleistungserwerb (§ 4 Nr. 6 UWG).....	28
VI.	Äußerungen über Mitbewerber (§ 4 Nr. 7, 8 UWG).....	28
VII.	Nachahmung (wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz, § 4 Nr. 9 UWG).....	29
1.	Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz und Sonderrechtsschutz.....	30
2.	Vermeidbare Herkunftstäuschung (§ 4 Nr. 9 a) UWG)	31
3.	Rufausnutzung/Rufbeeinträchtigung (§ 4 Nr. 9 b) UWG).....	32
4.	Vertrauensbruch (§ 4 Nr. 9 c) UWG).....	33
VIII.	Behinderung (§ 4 Nr. 10 UWG).....	33
1.	„Direkte“ Behinderung.....	34

2.	„Indirekte“ Behinderung	34
IX.	Vorsprung durch Rechtsbruch (§ 4 Nr. 11 UWG)	36
D.	Irreführende Werbung (§ 5 UWG)	38
I.	Struktur der Vorschrift	38
II.	Werbung	39
III.	Irreführung	39
1.	„Allgemeine“ irreführende Werbung (§ 5 II 1 Nr. 1-3 UWG).....	40
2.	Vermutete irreführende Werbung bei „Mondpreisen“ (§ 5 IV UWG)	48
3.	Lockvogelangebote (§5 V UWG)	48
IV.	Relevanz der Irreführung	50
E.	Vergleichende Werbung (§ 6 UWG)	50
I.	Systematik der Vorschrift.....	50
II.	Vergleichende Werbung.....	51
III.	Unlautere vergleichende Werbung.....	51
F.	Unzumutbare Belästigung (§ 7 UWG).....	53
I.	Struktur der Vorschrift	54
II.	Werbung per Brief (§ 7 II Nr. 1 UWG).....	55
III.	Werbung per Telefon (§ 7 II Nr. 2 UWG)	56
IV.	Werbung per Fax, E-Mail, Voice-Mail und SMS (§ 7 II Nr. 3 UWG)	56
V.	Absenderangabe (§ 7 II Nr. 4 UWG)	58
VI.	„Allgemeine“ unzumutbare Belästigung (§ 7 I UWG)	60

Literatur

Gesetzestext:

- Wettbewerbsrecht – Kartellrecht (UWG/GWB), Beck-Texte im dtv, 26. Aufl. 2005

Lehrbücher:

- Lettl, Das neue UWG, 2004
- Berlitz, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., 2005
- Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, 8. Aufl., 2007
- Lettl, Kartellrecht, 2005
- Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., 2001
- Ensthaler, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 2. Aufl., 2002

Kommentare:

- Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl. 2006
- Piper/Ohly, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 4. Aufl., 2006
- Immenga/Mestmäcker, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 3. Aufl. 2001
- Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., 2007
- Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., 2005
- Ensthaler/Stopper, EG-Kartellrecht, Loseblattsammlung

Zeitschriften:

- Betriebs-Berater (BB)
- Neue Juristische Wochenschrift (NJW)
- Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport (NJW-RR)
- Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP)
- Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)
- Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)
- Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (International) (GRUR Int.)
- Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungsreport (GRUR-RR)
- Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)
- Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS)
- Multimedia und Recht (MMR)

§ 1: Überblick

A. Lauterkeits- und Kartellrecht

Die Vorlesung widmet sich ca. je zur Hälfte

- dem **Lauterkeitsrecht** (in Deutschland: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG)
- und dem **Kartellrecht** (in Deutschland: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB).

Beide Rechtsgebiete bilden miteinander das „Wettbewerbsrecht“, wobei die Terminologie auf deutscher und europäischer Ebene ein wenig uneinheitlich ist.

Zum Verständnis – vorerst eher bildlich und ohne hier bereits Details zu behandeln:

Beide Rechtsgebiete befassen sich mit (erlaubtem oder unzulässigem) unternehmerischem Handeln, jedoch aus unterschiedlicher Perspektive:

- Das Lauterkeitsrecht (§ 2 dieses Skripts) fragt danach, ob innerhalb eines an und für sich funktionierenden Wettbewerbsverhältnisses unerwünschte („unlautere“) Methoden angewandt werden, ob der Wettbewerb also in gewisser Weise „übertrieben“ wird: Ob unzulässig geworben oder der Verbraucher getäuscht wird, ob der Konkurrent schlecht gemacht wird und ähnliches: *Benetton, Krombacher, Media Markt*.
- Das Kartellrecht (§ 3) hat demgegenüber eine übergeordnete Perspektive: Hier wird beurteilt, ob unternehmerisches Verhalten möglicherweise dazu führt, dass Wettbewerb überhaupt nicht mehr (oder nur noch eingeschränkt) stattfindet. Bestes Beispiel sind Kartellabsprachen, weitere Fallgruppen sind der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und der Bereich der Fusionskontrolle. In jedem Fall steht hier eher eine „Untertreibung“ von Wettbewerb in Rede: *Microsoft*.

Kurz gesagt geht es beim Lauterkeitsrecht um die Frage, ob *fairer* Wettbewerb stattfindet (Marktverhaltenskontrolle), beim Kartellrecht darum, ob *überhaupt* Wettbewerb stattfindet (Marktstrukturkontrolle).

B. National/europäisch

Die Vorlesung behandelt vornehmlich deutsches Recht. Der Rückgriff auf europäische Gesichtspunkte ist jedoch unerlässlich. Ohne die europäische Rechtsentwicklung (Binnenmarkt) lässt sich deutsches Wettbewerbsrecht nicht mehr verstehen.

Zurückzugreifen ist hierbei einerseits auf europäische Richtlinien und Verordnungen (Sekundärrecht), im Kartellrecht allerdings auch auf den EG-Vertrag selbst (Primärrecht, Artt. 81, 82 EG).

§ 2: Lauterkeitsrecht

A. Grundlagen

I. Das UWG und die UWG-Reform von 2004

Im Juli 2004 wurde das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, erstmals 1896) grundlegend novelliert. Ausgangspunkt für die Reform waren zum einen die im Juli 2002 durch das Europäische Parlament und den Rat erlassene Richtlinie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation¹ und andererseits die generellen Bestrebungen zur Vereinheitlichung des europäischen Wettbewerbsrechts, die in den Vorschlag zu einer Verordnung über die Verkaufsförderung im Binnenmarkt² und zum anderen um eine Rahmenregelung zum Schutz der Lauterkeit im Rechtsverkehr³ zum Ausdruck kommen.

Die Liberalisierung des seit fast einhundert Jahren nahezu unveränderten Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb begann jedoch bereits im Juli 2001 mit der Aufhebung des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung. Ein weiterer Grund für die Liberalisierung des UWG zeigt sich im internationalen Vergleich. Es galt immer als sehr restriktiv. Nach Meinung der beim Bundesjustizministerium eingesetzten Expertenkommission führte dies zu Wettbewerbsnachteilen deutscher Unternehmer im europäischen Binnenmarkt.⁴

Die Novelle verfolgte damit insbesondere drei Ziele:

1. *Integration von Verbraucheraspekten*

Der Verbraucher wird erstmals ausdrücklich im Gesetz erwähnt. Sein Schutz soll als originäre Aufgabe des Lauterkeitsrechts verstanden werden und in das Gesetz aufgenommen werden. Traditionelle deutsche Vorstellung war es demgegenüber gewesen, das UWG schütze nur die Unternehmer voreinander.

Der Verbraucher erfüllt im Wettbewerb eine Art „Schiedsrichterfunktion“, indem darüber entscheidet, welche unternehmerischen Angebote sich auf dem Markt durchsetzen. Konsequenz hieraus ist, dass das UWG ihn vor allem in seiner Entscheidungsfreiheit schützt, näm-

¹ RL 2002/58/EG.

² COM (2001) 546 – 2001/0227/COD.

³ Vgl. Micklitz, BB 2003, 2073.

⁴ Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drs. 15/1487, S. 12.

lich insbesondere gegen Irreführung (§ 4 Nr. 1 UWG). Aber auch persönlichkeitsrechtliche Aspekte spielen eine Rolle: Belästigung, § 7 UWG.⁵

2. *Stärkung der Eigenverantwortung der Verbraucher (Verbraucherleitbild)*

Das neue UWG soll sich am mündigen Verbraucher orientieren. Die Eigeninitiative der Bürger und der Wirtschaft soll gefördert werden. Das UWG soll zwar dem Verbraucherschutz dienen, aber gleichzeitig an deren Eigenverantwortung appellieren.

Entscheidend ist hier das so genannte *Verbraucherleitbild*: Der deutschen Rechtsprechung lag ursprünglich das Leitbild des flüchtigen, unkritischen Verbrauchers zugrunde, der „sich allenfalls oberflächlich und unreflektiert mit der Werbebotschaft der Anbieter auseinandersetzt“.⁶ Die Ursache für den Wandel des Verbraucherleitbildes ist in den rechtlichen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts zu finden. Der BGH hat sein bevorzugtes Konzept des flüchtigen Durchschnittsverbrauchers nicht ganz freiwillig fallen gelassen, sondern hat sich mehr oder weniger notgedrungen der dogmatischen Ausrichtung des EuGH angepasst.⁷ Durch die Neuorientierung der lauterkeitsrechtlichen Schutzstandards an einem neuen Leitbild des Verbrauchers verändert sich der Schutzzinhalt des deutschen Lauterkeitsrechts gegenüber der geltenden Auslegungsdirektive des flüchtigen Verbrauchers. Für die Beurteilung lauterkeitsrechtlicher Fragen ist heute vom *durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher* auszugehen.⁸

Dies ist auch sinnvoll, da wesentliche Aspekte des Wettbewerbsrechts auf Verbraucher**in-**formation zurückgreifen. Dann liegt es aber auch nahe, den Verbraucher als zumindest durchschnittlich informiert zu behandeln.

3. *Liberalisierung des Wettbewerbs*

Das UWG beschränkt sich nun auf Vorschriften, die zur Aufrechterhaltung fairer Wettbewerbsbedingungen erforderlich sind. Die deutsche Wirtschaft soll nicht durch das Gesetz gegängelt werden.

⁵ Vgl. hierzu LETTL, Rn. 42.

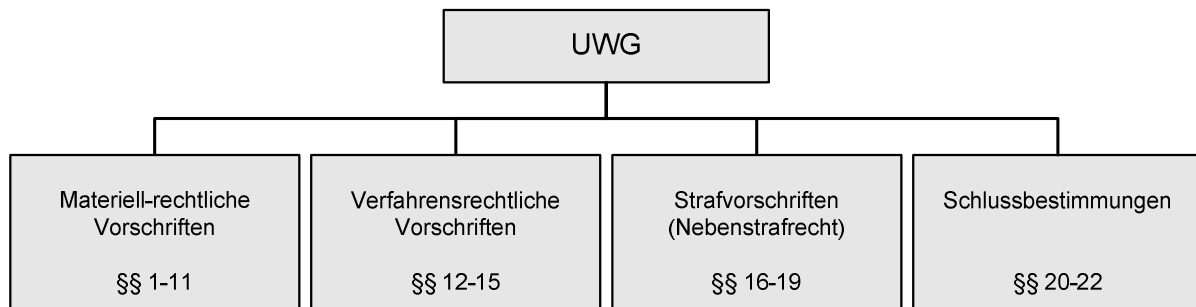
⁶ Vgl. BGH GRUR 1982, 564, 566 – Elsässer Nudeln; BGH GRUR 1984, 741f. – patented; BGH GRUR 1986, 622 – umgekehrte Versteigerung I; BGH GRUR 1990, 604f. – Dr. S.-Arzneimittel; BGH GRUR 1992, 450, 452f. – Beitragsrechnung.

⁷ Vgl. EuGH NJW 1995, 3243 – Mars-Schokoriegel; EuGH Slg. 1998, I-4657, Rn. 31, 37 = GRUR Int. 1998, 795 – Gut Springenheide; EuGH Slg. 1999, I-513 = GRUR Int. 1999, 345 – Sektkellerei Kessler; EuGH GRUR 1999, 723 – Windsurfing Chiemsee; EuGH GRUR Int. 1999, 734 – Lloyds/Loints; EuGH Slg. 2000, I-117, Rn. 27f. = GRUR Int. 2000, 354, Lifting-Creme; EuGH Slg. 2000, I-2297, Rn. 20 – d’arbo naturrein; EuGH GRUR 2002, 354 – Toshiba/Katun; EuGH Slg. 2003, I-3095, Rn. 55 = GRUR 2003, 533, 536 – Pippig Augenoptik/Hartlauer.

⁸ Vgl. BGH GRUR 2000, 619 – Orient-Teppichmuster; BGH GRUR 2001, 1061, 1063 – Mitwohnzentrale.de; BGH GRUR 2002, 81, 83 – Anwalts- und Steuerkanzlei; BGH GRUR 2002, 182f. – Das Beste jeden Morgen; BGH GRUR 2002, 550, 552 – Elternbriefe; BGH GRUR 2002, 548, 550 – Mietwagenkostenersatz; BGH GRUR 2003, 163f. – Computerwerbung II; BGH GRUR 2003, 626f. – Umgekehrte Versteigerung II.

II. Ein kurzer Überblick (Struktur des UWG)

Das UWG ist ein kurzes und relativ überschaubares Gesetz: 22 Vorschriften in fünf Kapitel. Die fünf Kapitel lassen sich systematisch zusammenfassen in materiell-rechtliche Vorschriften (Kapitel 1 und 2), Verfahrensrechtliche Vorschriften (Kapitel 3), Strafvorschriften (Kapitel 4) und die Schlussbestimmungen (Kapitel 5).



Für diese Vorlesung sind insbesondere die Kap. 1 (allgemeine Bestimmungen) und 2 (Rechtsfolgen) interessant, also die *materiell-rechtlichen Vorschriften*.

Generell lässt sich sagen, dass das UWG „linear“ (und damit einfach) strukturiert ist: Es geht im Grunde ausschließlich um die Frage, ob ein bestimmtes unternehmerisches Verhalten zulässig ist oder nicht (unlauter). Für das Studium bedeutet dies wesentlich weniger systematischen Aufwand als beispielsweise im Schuldrecht.

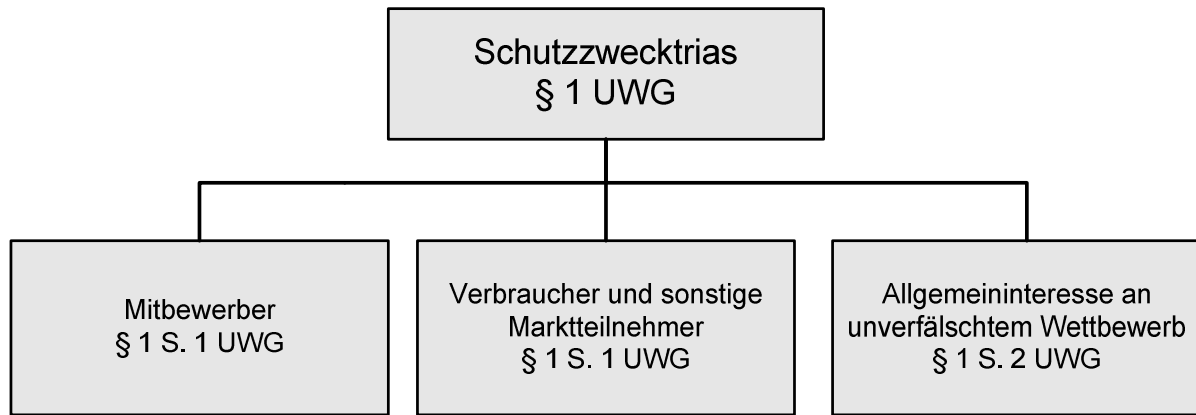
Dem steht gegenüber, dass es (gerade wegen der sparsamen Gesetzgebungstechnik) eine große Fülle von Rechtsprechung gibt. Dies liegt auch daran, dass immer die Zulässigkeit unternehmerischen Verhaltens zu beurteilen ist, und hier sind der Phantasie naturgemäß keine Grenzen gesetzt (beispielsweise in der Werbung). Den Studierenden hilft die Kenntnis der lauterkeitsrechtlichen Grundwertungen und -strukturen.

III. Die „Schutzzwecktrias“ des § 1 UWG

Der Zweck des Gesetzes wird in § 1 UWG gesetzlich fixiert:

¹Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb.
²Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.

Damit ergibt sich folgende sog. Schutzzwecktrias:



Ursprünglich schützte das UWG lediglich die Mitbewerber. Hinter der Ausweitung der geschützten Interessen steht die Erkenntnis, dass von einem unverfälschten Wettbewerb alle Marktteilnehmer profitieren. Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer erfüllen mit ihrer Nachfrageentscheidung eine Art Schiedsrichterfunktion, die sie desto besser ausüben können, je unverfälschter der Wettbewerb ist. Mitbewerber stehen dabei im *Horizontalverhältnis*, Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer im *Vertikalverhältnis* zum Unternehmer.

Auch die Allgemeinheit profitiert vom unverfälschten Wettbewerb. Hier geht es um den Schutz des Wettbewerbs als „*Institution*“: In einer Marktwirtschaft bringt das Bestehen von Wettbewerb allgemeine Wohlfahrtsvorteile mit sich.⁹ Hieraus folgt jedoch auch, dass nur das Allgemeininteresse am Wettbewerb, nicht sonstige Allgemeininteressen geschützt werden: Umweltschutz, Jugendschutz, Arbeitnehmerschutz etc. sind vom UWG grundsätzlich nicht verfolgt; hierfür gibt es eigene Gesetze.¹⁰

All diese Schutzzweckbestimmungen dienen der Interpretation und dem Verständnis des Gesetzes. Wenn Zweifelsfragen auftreten, kann der Rückgriff auf die Grundsätze des § 1 UWG sehr hilfreich sein.¹¹

Dabei stehen grundsätzlich alle Schutzzwecke gleichberechtigt nebeneinander. In der Regel tangieren unlautere Wettbewerbshandlungen allesamt Mitbewerber, Verbraucher, sonstige Marktteilnehmer und das Allgemeininteresse. Im Einzelfall kommt jedoch einem bestimmten Schutzzweck besondere Bedeutung zu, so dass andere Schutzzwecke dahinter zurückbleiben (müssen). So schützt beispielsweise § 4 Nr. 10 UWG die Mitbewerber davor, nicht durch unlautere Preisunterbietungen behindert zu werden, obgleich niedrige Preise grundsätzlich im Interesse der Verbraucher liegen.

⁹ KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 1, Rn. 37.

¹⁰ LETTL, Rn. 15; KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 1, Rn. 36.

¹¹ KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 1, Rn. 4.

1. **Mitbewerber: Unternehmer im konkreten Wettbewerbsverhältnis**

Der Begriff des Mitbewerbers ist in § 2 I Nr. 3 UWG legaldefiniert. Mitbewerber ist somit

jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht;

a) Unternehmer

Für den Unternehmerbegriff greift das UWG in § 2 II UWG auf das BGB zurück. In § 14 I BGB heißt es:

Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.

Der Unternehmensbegriff muss dabei für das UWG gedanklich umformuliert werden, da das BGB von einem Vertragsschluss bzw. Rechtsgeschäft ausgeht („bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts“), das UWG sich aber in erster Linie mit dem Vertragsvorfeld, der Vertragsanbahnung, insbesondere der Werbung befasst.¹² Die Konzeption des UWG ist also etwas weiter als die des BGB.

Erfasst werden gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeiten.¹³ Der Gewerbebegriff ist gesetzlich leider nicht geregelt. Erforderlich ist ein selbständiges, auf Gewinnerzielung ausgerichtetes, erlaubtes berufliches Tätigwerden auf dem Markt, das nicht den so genannten freien Berufen (Architekten, Ärzte, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater) zuzurechnen ist. Die freien Berufe fallen jedoch als selbständige Berufe unter den Unternehmerbegriff.

Entscheidend ist, dass der Unternehmensbegriff situativ ist. Ein Unternehmer *ist* nicht Unternehmer, sondern er *handelt* als Unternehmer. Der „Unternehmer“ handelt beim Zahnarztbesuch nicht als Unternehmer, eben so wenig beim Erwerb der Inneneinrichtung für die Privatwohnung.

b) Konkretes Wettbewerbsverhältnis

Zur Beurteilung der Mitbewerbereigenschaft (Konkurrent) muss ein „*konkretes Wettbewerbsverhältnis*“ vorliegen (§ 2 I Nr. 3 UWG). Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis besteht, wenn zwischen den Vorteilen, die jemand durch eine konkrete Maßnahme für sich oder einen Dritten zu erreichen sucht, und den Nachteilen, die ein anderer dadurch erleidet, eine Wechselbeziehung in dem Sinne besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann. Typisches Kriterium für das Wettbewerbsverhältnis ist also

¹² LETTL, Rn. 21.

¹³ KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 2, Rn. 10.

die *Wechselbeziehung* zwischen Förderung eigener und Beeinträchtigung fremder Wettbewerbschancen: Liegt eine derartige Wechselbeziehung vor, kann im Zweifel auch von einem konkreten Wettbewerbsverhältnis ausgegangen werden.

Denkbar ist ein Wettbewerbsverhältnis sowohl im Absatz- als auch im Nachfragewettbewerb (z. B. gegenüber Lieferanten).

Entscheidend ist für ein konkretes Wettbewerbsverhältnis im Absatzwettbewerb, dass sich die potentiellen Konkurrenten an denselben Abnehmerkreis wenden, und zwar sachlich wie geographisch. Dabei kommt es auf die Sicht des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers an.¹⁴

Üblicherweise ist dies kein Problem, gelegentlich aber fraglich, wenn Branchengrenzen überschritten werden (mittelbares Wettbewerbsverhältnis). In diesen Fällen stehen die Konkurrenten nicht direkt (unmittelbar) in einem Wettbewerbsverhältnis, sondern treten erst durch die entsprechende konkrete Handlung in Konkurrenz.¹⁵

Beispiele: Hersteller von Häusern in Holzrahmen-Bauweise und Hersteller von Häusern in Steinbauweise stehen in direktem Wettbewerb zueinander, so dass ein konkretes Wettbewerbsverhältnis unproblematisch vorliegt.¹⁶

Ein Kaffeehersteller und ein Blumenlieferant dagegen stehen nicht unmittelbar in Wettbewerb. Wirbt der Kaffeehersteller allerdings mit dem Slogan „*Statt Blumen Onko-Kaffee*“, tritt der Kaffeehersteller damit in den Wettbewerb mit den Blumenhändlern auf dem Geschenke-Markt.¹⁷

Gleiches gilt für eine Fernsehsendung, die u. a. Rechtsauskünfte erteilt und damit in Konkurrenz zu den im Sendegebiet ansässigen Rechtsanwälten tritt.¹⁸

Der Mitbewerber (Konkurrent) ist der Akteur, den das UWG mit dem stärksten Schutz ausstattet: Individueller Anspruch auf Unterlassen, Beseitigung, Schadensersatz (§§ 8, 9 UWG).

2. *Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer*

a) Verbraucher

Für den Verbraucherbegriff wird direkt über § 2 II UWG auf das BGB zurückgegriffen. § 13 BGB lautet:

¹⁴ Vgl. oben unter § 2 A.I.2: „Verbraucherleitbild“.

¹⁵ LETTL, Rn. 24.

¹⁶ BGH GRUR 2002, 982 = NJW 2002, 3399 – Die „Steinzeit“ ist vorbei.

¹⁷ BGH GRUR 1972, 553 – Statt Blumen ONKO-Kaffe.

¹⁸ BGH GRUR 2002, 991f. – Wir Schuldenmacher

Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

Hier gilt wie beim Unternehmerbegriff ein im Verhältnis zum BGB erweiterter Begriff des Verbrauchers.¹⁹

Im Gegensatz zum Unternehmer, der sowohl natürliche als auch juristische Person sein kann, sind Verbraucher immer nur natürliche Personen. Dabei ist der Verbraucherbegriff wie beim Unternehmer i. S. v. § 14 BGB ein situativer und kein statischer. Nach § 13 BGB handelt somit jeder als Verbraucher, der nicht unternehmerisch i. S. v. § 14 BGB handelt. Das kann Nachfrage wie Absatz betreffen.

b) Sonstige Marktteilnehmer

Sonstige Marktteilnehmer sind nach § 2 I Nr. 2 UWG:

neben Mitbewerbern und Verbrauchern alle Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind;

Der Begriff der sonstigen Marktteilnehmer ist bewusst weit gewählt: Alle Akteure im Markt sollen vom wettbewerbsrechtlichen Interessenschutz zumindest potentiell umfasst sein.

In der Praxis geht es einerseits um Unternehmer, die nicht im konkreten Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen, beispielsweise also auf einer anderen Handelsstufe tätig werden (z. B. Lieferanten). Andererseits um verbraucherähnliche Nachfrager, die keine natürlichen Personen sind: Kirchen, Stiftungen etc.

Diese üben, ähnlich den Verbrauchern, eine Schiedsrichterfunktion aus, die von der Unverfälschtheit des Wettbewerbs abhängt. Typisch ist darum auch, dass die Verbraucher und die sonstigen Marktteilnehmer in § 4 Nr. 1 UWG in einem Atemzug genannt werden.

3. *Allgemeininteresse am unverfälschten Wettbewerb*

In § 1 S. 2 UWG schützt das Gesetz schließlich das Allgemeininteresse am unverfälschten Wettbewerb. Dahinter steht wiederum die (ökonomische) Erkenntnis, dass von einem funktionierenden Wettbewerb *alle* Marktteilnehmer profitieren (allgemeiner Wohlfahrtsgewinn).

Sinn und Zweck des § 1 S. 2 UWG ist insbesondere klarzustellen, dass nicht jegliches Allgemeininteresse vom UWG geschützt wird, sondern eben nur das Allgemeininteresse am unverfälschten Wettbewerb. Das UWG soll nicht dazu „missbraucht“ werden, andere als marktbezogene Zwecke zu verfolgen. Diese Selbstbeschränkung auf die Regelung des Marktverhaltens zeigt sich u. a. in § 4 Nr. 11 UWG.²⁰

¹⁹ LETTL, Rn. 34; KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 2, Rn. 76.

²⁰ KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 1, Rn. 36.

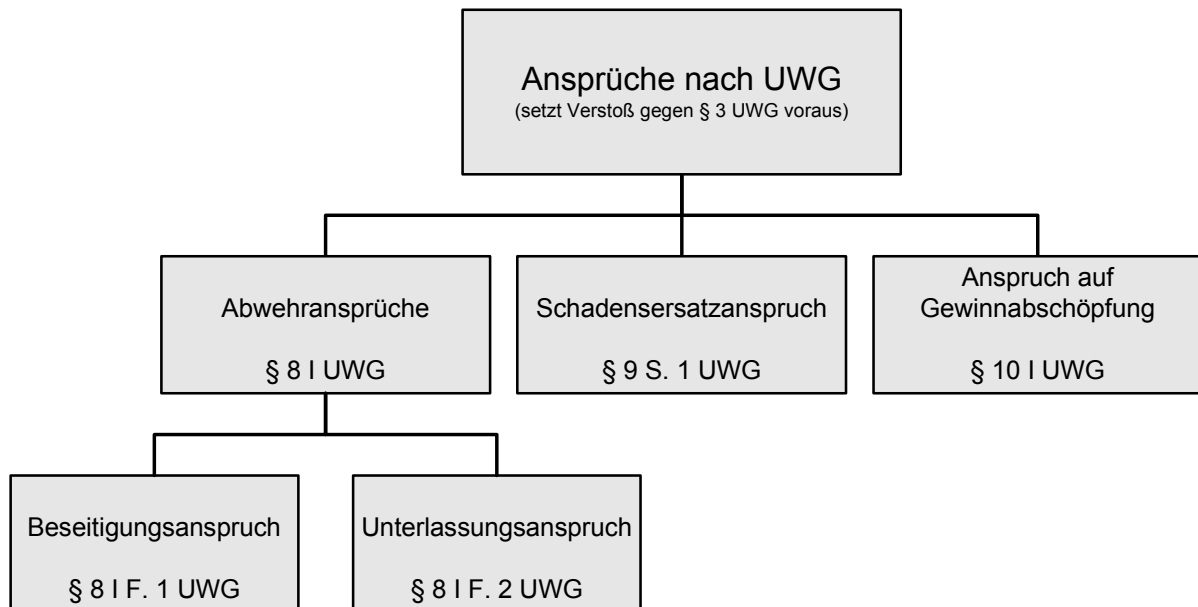
IV. Rechtsfolgen

Nützlich ist bei der Beurteilung rechtlicher Fragen immer ein früher Blick auf die **Rechtsfolgen**, d.h. welche konkreten Effekte das UWG auslöst.

1. *Private Rechtsverfolgung*

Das UWG arbeitet im Wesentlichen mit Ansprüchen. Damit ist der Grundmechanismus ein privatrechtlicher, da es den Privatrechtssubjekten selbst obliegt durch Geltendmachung ihrer Rechte für lauterer („fairen“) Wettbewerb zu sorgen. Denkbar wäre auch eine öffentlich-rechtliche Struktur gewesen, in der eine Behörde die Wettbewerbsüberwachung übernimmt (so z. B. im Kartellrecht, hierzu später).²¹

Das UWG kennt insgesamt vier Ansprüche: den Beseitigungsanspruch, den Unterlassungsanspruch, den Schadensersatzanspruch und den Anspruch auf Gewinnabschöpfung.



2. *Abwehransprüche (§ 8 UWG)*

§ 8 UWG enthält gleich zwei Anspruchsgrundlagen, den Anspruch auf Unterlassen und auf Beseitigung. Diese beiden Ansprüche sind die klassischen und am häufigsten auftretenden Ansprüche im Lauterkeitsrecht. Wesentliches Merkmal beider Ansprüche ist, dass im Unterschied zum Schadensersatzanspruch *kein Verschulden* erforderlich ist.

²¹ Vgl. KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 8, Rn. 3.1.

a) Beseitigungsanspruch (§ 8 I F. 1 UWG)

Der Beseitigungsanspruch richtet sich gegen einen noch bestehenden rechtswidrigen (unlauteren) Zustand. Der Anspruch setzt also eine bereits begangene Verletzungshandlung voraus, deren fortdauernde Beeinträchtigung beseitigt werden soll. Wie die Beeinträchtigung beseitigt wird ist grundsätzlich dem Schuldner überlassen.

Der Beseitigungsanspruch steht unter drei Vorbehalten:

- Der Berechtigte darf nicht zur Duldung der Beeinträchtigung verpflichtet sein, z.B. weil er in die Beeinträchtigung eingewilligt hat.
- Die Beseitigung muss dem Schuldner rechtlich und tatsächlich möglich sein.
- Die Beseitigung muss verhältnismäßig sein, d.h. zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustands geeignet, erforderlich und dem Schuldner zumutbar sein.

Ein besonderer Fall des Beseitigungsanspruchs ist der Widerruf wettbewerbswidriger Tatsachenbehauptungen. Meinungsäußerungen und Werturteile unterliegen dem Anspruch wegen der Wertung des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung nach Art. 5 I GG nicht. Verlangt werden kann nur, dass die unwahre Tatsachenbehauptung in gleicher Weise zurückgenommen bzw. berichtigt wird, wie sie erfolgt ist. Eine darüber hinausgehende „Strafe“ wie z.B. Demütigungen oder sonstige Abbitten sprengen den Rahmen des Erforderlichen und sind unverhältnismäßig.

b) Unterlassungsanspruch (§ 8 I F. 2 UWG)

Während sich der Beseitigungsanspruch gegen einen noch bestehenden Zustand richtet, wendet sich der Unterlassungsanspruch gegen rechtswidrige Beeinträchtigungen *in der Zukunft*. Der Unterlassungsanspruch setzt daher *Begehungsgefahr* voraus.

Hat sich der Anspruchsgegner bereits wettbewerbswidrig verhalten, liegt Begehungsgefahr vor, wenn eine Wiederholung zu befürchten ist, § 8 I 1 UWG, sog. Verletzungsunterlassungsanspruch. Droht eine erstmalige unlautere Wettbewerbshandlung, reicht nach § 8 I 2 UWG bereits die Erstbegehungsgefahr, sog. vorbeugender Unterlassungsanspruch.

aa) *Wiederholungsgefahr beim Verletzungsunterlassungsanspruch*

Wiederholungsgefahr liegt vor, solange mit weiteren Zuwiderhandlungen ernsthaft und greifbar zu rechnen ist. Grundsätzlich muss der Anspruchsteller dies beweisen, also grundsätzlich derjenige, der sich auf die Wiederholungsgefahr beruft. Die Wiederholungsgefahr wird aber aufgrund der bereits vorangegangenen Verletzung *vermutet*.²² Der Anspruchsgegner kann die Vermutung allerdings *widerlegen* indem er darlegt, dass eine Wiederholungsgefahr nicht oder nicht mehr besteht. Die bloße Beteuerung, zukünftige Verletzungen zu unterlassen, reicht dabei nicht.²³ Die Wiederholungsgefahr fehlt bzw. fällt in den folgenden Fällen weg:²⁴

²² BGH GRUR 2004, 162, 164 - Mindestverzinsung

²³ BGH GRUR 2004, 162, 163f. - Mindestverzinsung

- Eine Zuwiderhandlung ist objektiv nicht mehr möglich
- Jede Wahrscheinlichkeit für eine Zuwiderhandlung wird beseitigt (sehr selten)
- Durch eine *strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung* (vgl. § 12 I UWG); der Schuldner verspricht ernstlich die Zuwiderhandlung zu unterlassen und unterwirft sich bei Zuwiderhandlungen einer *Vertragsstrafe*. Dies ist in der Praxis der häufigste Fall.²⁵
- Rechtskräftige gerichtliche Entscheidung auf Unterlassung, soweit davon auszugehen ist, dass der Schuldner sich an das Urteil hält
- Einstweilige Verfügung (vgl. § 12 II UWG), soweit diese durch Abschlusserklärung des Schuldners endgültig geworden ist (Wirkung wie ein Urteil)

bb) Erstbegehungsfahr beim vorbeugenden Unterlassungsanspruch

Die Erstbegehungsfahr liegt vor, wenn die ernsthafte Gefahr einer erstmaligen Verletzung vorliegt. Im Gegensatz zur Wiederholungsfahr wird dieser Umstand nicht vermutet und besteht nur solange eine solche Gefahr angenommen werden kann.²⁶ Insofern bedarf es daher keiner strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung, ernstzunehmendes entgegengesetztes Verhalten reicht aus.

c) Gläubiger der Abwehransprüche (Anspruchsberechtigung)

Anspruchsberechtigt nach § 8 III UWG sind:

- Jeder Mitbewerber i. S. v. § 2 I Nr. 3 UWG (§ 8 III Nr. 1 UWG)
- Unternehmer- und Verbraucherverbände (§ 8 III Nr. 2,3 UWG)
- Industrie- und Handelskammer sowie Handwerkskammern (§ 8 III Nr. 4 UWG)

Nicht anspruchsberechtigt sind dagegen:

- Verbraucher i. S. v. § 2 II UWG i. V. m. § 13 BGB
- Sonstige Marktteilnehmer i. S. v. § 2 I Nr. 2 UWG

Der einzelne Verbraucher ist selbst dann nicht anspruchsberechtigt, wenn er getäuscht oder in die Irre geführt wurde. Hier wird deutlich, inwiefern Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer Schiedsrichterfunktion im UWG haben. Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer spielen im Lauterkeitsrecht *keine aktive* Rolle, sondern nur diejenige eines „*Schutzobjektes*“. Sie spielen bei der Frage der Unlauterkeit eine tragende Rolle, haben aber keine eigenen Ansprüche auf Unterlassung oder Schadensersatz. Dem Verbraucherschutz wird insoweit genüge getan, dass sie sich über Verbände repräsentieren lassen können.²⁷

²⁴ Insgesamt dazu LETTL, Rn. 608ff.

²⁵ KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 8, Rn. 1.34; LETTL, Rn. 611f.

²⁶ BGH GRUR 2001, 1174, 1175 – Berühmungsaufgabe.

²⁷ Vgl. hierzu KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 8, Rn. 3.4.

d) Schuldner der Abwehransprüche

aa) Haftung des Verletzers

Schuldner der Abwehransprüche (Anspruchsgegner) ist grundsätzlich derjenige, der dem § 3 UWG zuwiderhandelt, d.h. wer eine nach § 3 UWG unzulässige unlautere Wettbewerbshandlung selbst vornimmt (Verletzer).

bb) Haftung des Störers

Nach der Rechtsprechung haftet daneben auch der Störer analog § 1004 BGB i. V. m. der verletzten UWG-Norm.²⁸ Störer ist, wer irgendein willentlich adäquat kausales Verhalten für die Verletzung setzt, ohne selbst eine Wettbewerbshandlung i. S. v. § 2 I Nr. 1 UWG vorzunehmen. Der Störer handelt selbst nicht wettbewerbswidrig, die unlautere Wettbewerbshandlung des Verletzers wird ihm aber dergestalt „zugerechnet“, dass sich der Verletzte gegen die unlautere Wettbewerbshandlung *des Verletzers* auch gegenüber dem Störer wehren kann.

Diese „Zurechnung“ erscheint in zwei Fällen gerechtfertigt:

- Die Mitwirkung des Dritten geschieht wissentlich und in Kenntnis der Unlauterkeit. In diesem Fall hat der Störer maßgeblich dazu beigetragen, dass überhaupt eine unlautere Wettbewerbshandlung vorliegt.

Beispiel: Anstiftung zu einem Verstoß gegen das Buchpreisbindungsgesetz, das nur den Buchhändler bzw. Verleger trifft (§ 4 Nr. 11 UWG).²⁹

- Liegt nur irgendein willentlich adäquat kausales Verhalten vor, muss den Mitwirkenden eine „Prüfungspflicht“ treffen, d.h. die unlautere Wettbewerbshandlung muss für den Dritten ohne weiteres bzw. ohne nur unverhältnismäßigen Aufwand erkennbar (gewesen) sein.

Beispiel: Verantwortlichkeit eines Presseunternehmens, dass neben einem im Rahmen seines Internetauftritts veröffentlichten redaktionellen Artikel die als Hyperlink ausgestaltete Internetadresse eines Glücksspielunternehmens angibt, das in wettbewerbswidriger Weise Glücksspiele in Deutschland veranstaltet.³⁰

Die Erweiterung des „Adressatenkreises“ von § 8 UWG ist nicht unproblematisch. § 2 I Nr. 1 UWG zählt bestimmte Mitwirkungshandlungen Dritter zu den relevanten Wettbewerbshandlungen im Sinne des UWG und grenzt damit andere Mitwirkungshandlungen begrifflich aus. Über die Konstruktion der „Zurechnung“ fremder Wettbewerbshandlungen wird diese Be-

²⁸ BGH GRUR 2001, 82, 83 – Neu in Bielefeld I; BGH GRUR 2002, 618, 619 – Meißner Dekor.

²⁹ BGH GRUR 2003, 807 – Buchpreisbindung.

³⁰ BGH NJW 2004, 2158 – Schöner Wetten.

grenzung faktisch wieder zum Teil ausgehebelt. Es bleibt daher abzuwarten, ob sich diese (darüber hinaus dogmatisch fragwürdige) Rechtsprechung auf die Dauer halten wird.³¹

cc) Haftung des Inhabers des Unternehmens für Mitarbeiter und Beauftragte (§ 8 II UWG)

§ 8 II UWG begründet einen weiteren Abwehranspruch gegen den Inhaber eines Unternehmens, soweit ein Anspruch gegen einen Mitarbeiter oder Beauftragten besteht. Dem Inhaber wird das Verhalten seiner Mitarbeiter und Beauftragten zugerechnet, da letztlich ihm die Wettbewerbshandlungen zugute kommen und er den Risikobereich beherrscht. Entscheidend ist dabei, dass die Personen funktional in das Unternehmen eingegliedert sind.³²

e) Missbräuchliche Geltendmachung (§ 8 IV UWG)

Die missbräuchliche Geltendmachung der Abwehransprüche ist gemäß § 8 IV UWG unzulässig. Damit sollen all die Fälle ausgeschlossen werden, in denen der Anspruchsberechtigte kein eigentliches Interesse an der Wahrung seiner Rechte hat, sondern die Ansprüche nur geltend macht, um dem Anspruchsgegner zu schaden. Dies ist namentlich der Fall, wenn dem Anspruchsgegner nur Kosten durch die Rechtsverfolgung (den Prozess) entstehen sollen.

3. Schadensersatzanspruch (§ 9 UWG)

Verletzungshandlung ist nach § 9 S. 1 UWG die Zuwiderhandlung von § 3 UWG. Mit anderen Worten stellt also die unzulässige unlautere Wettbewerbshandlung zugleich die Verletzungshandlung nach § 9 S. 1 UWG dar. Damit ist auch geregelt, wer Verletzer ist, nämlich die Person, die die Wettbewerbshandlung i. S. v. § 2 I Nr. 1 UWG vornimmt. Eine Störerhaftung wie bei den Abwehransprüchen gibt es nicht.³³

Der Schadensersatzanspruch nach § 9 S. 1 UWG ist – wie in der Regel alle schadensersatzrechtlichen Ansprüche – *verschuldensabhängig* (Vorsatz oder Fahrlässigkeit = Verschulden). Vorsatz setzt voraus, dass mit Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung in Kenntnis der Unlauterkeit gehandelt wird. Fahrlässigkeit ist die Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit des tatbestandlichen Erfolgs unter Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt.³⁴

Grundsätzlich haften alle Personen i. S. v. § 2 I Nr. 1 UWG für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Für verantwortliche Personen (=Redakteur, Verleger, Herausgeber, Drucker etc) von periodischen Druckschriften (= Zeitungen, Zeitschriften etc) enthält § 9 S. 2 UWG eine Haftungsbegrenzung auf Vorsatz, das sog. „Presseprivileg“. Hintergrund hierfür ist die unzumutbare Be-

³¹ KÖHLER in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 8, Rn. 2.15f.

³² Vgl. hierzu LETTL, Rn. 634ff.

³³ BGH GRUR 2002, 82, 83 – Neu in Bielefeld I.

³⁴ LETTL, Rn. 653.

lastung des Anzeigengewerbes, da grundsätzlich auch für fremdverfasste Inhalte wettbewerbsrechtliche Verantwortung herrscht.³⁵

Anspruchsberechtigt sind nur die Mitbewerber des durch die Verletzungshandlung begünstigten Unternehmens (muss nicht der Verletzer sein, vgl. § 2 I Nr. 1 UWG!), da nur im Horizontalverhältnis wettbewerbsrechtlicher Individualschutz geboten ist.³⁶ Im Vertikalverhältnis ist der Rechtsschutz ausreichend durch das Bürgerliche Recht (insbes. BGB) gewährleistet (z.B. §§ 119 ff., 280 i. V. m. 311 II, 312ff. 434 ff., 823 ff. BGB – Stichwort: Verbraucherschutz).³⁷

4. Gewinnabschöpfung (§ 10 UWG).

Der Gesetzgeber hat die Sanktionen gegen unlauteren Wettbewerb im Interesse der Effektivität um einen Gewinnabschöpfungsanspruch erweitert. Danach sollen klageberechtigte Verbände – und nicht die Mitbewerber – dazu befugt sein, eine Abschöpfung des durch unlauteres Verhalten erzielten Gewinnes zu bewirken. Der Grund für die Aufnahme einer solchen Regelung in das UWG sind die bisherigen Durchsetzungsdefizite im Bereich so genannter Streuschäden. Unter Streuschäden versteht man die Fallkonstellationen, bei denen durch wettbewerbswidriges Verhalten eine Vielzahl von Abnehmern geschädigt wird, die Schadenshöhe des Einzelnen aber gering ist. Typische Beispiele hierfür sind die Einziehung geringer Beträge ohne Rechtsgrund, wie dies im Internetgeschäft häufig der Fall ist, gefälschte Produkte und Mogelpackungen, d. h. Produkte, die eine geringere Menge enthalten, als auf der Verpackung angegeben.³⁸

Der einzelne Betroffene sieht in diesen Fällen meistens von einer Rechtsverfolgung ab, da Aufwand und Kosten in keinem Verhältnis zu seinem Schaden stehen; die Schadenshöhe ist viel zu gering. Auch den Mitbewerbern steht ein Schadensersatzanspruch in diesen Fällen nicht zwangsläufig zu. Häufig kann der Zuwiderhandelnde den bis zum Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Unterlassung erzielten Gewinn behalten. Deswegen soll durch die Regelung in § 10 UWG diese Rechtsdurchsetzungslücke geschlossen werden und den Verbrauchern die Möglichkeit eröffnet werden, die durch die Wettbewerbsverletzung entstandenen Schäden durch eine Verbandsklage zu liquidieren. Der Gewinnabschöpfungsanspruch sieht zwar keine Beschränkung auf Streuschäden vor, aber insbesondere im Bereich der breit gestreuten Bagatellschäden scheint eine solche Vorschrift sinnvoll.³⁹

Die Wettbewerbsverstöße müssen nach § 10 Abs. 1 UWG vorsätzlich begangen worden sein. Damit hat der Gesetzgeber auf Ansprüche wegen grober Fahrlässigkeit verzichtet.

Nach § 10 I UWG können nicht mehr nur die Verbraucherverbände, sondern alle nach § 8 III Nr. 2 bis 4 UWG klagebefugten Verbände und Kammern den Gewinnherausgabeanspruch

³⁵ LETTL, Rn. 666.

³⁶ LETTL, Rn. 665.

³⁷ Ausführlich KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 9, Rn. 1.10.

³⁸ LETTL, Rn. 671; KÖHLER in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 10, Rn. 3.

³⁹ LETTL, Rn. 671; KÖHLER in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 10, Rn. 3.

geltend machen. Durch die Einbeziehung sämtlicher Kammern und Verbände zur Herausgabe des durch wettbewerbswidriges Verhalten erzielten Gewinns werden die Interessen der Verbraucher umfänglich wahrgenommen.

Nach § 10 IV UWG soll der durch unlauteren Wettbewerb erzielte Gewinn nach Abzug der Verwaltungskosten an den Bundeshaushalt abgeführt werden.

Der Mehrerlös soll weder an die unlauter geschädigten Mitbewerber noch an die geschädigten Verbraucher herausgegeben werden. Deshalb ist der Gewinnabschöpfungsanspruch nicht als Schadensersatzanspruch zugunsten der durch die unlautere Wettbewerbshandlung geschädigten Marktteilnehmer zu qualifizieren. Die Anspruchsberechtigten Verbände erhalten den Abschöpfungsbetrag nicht, um der Gefahr einer unsachgemäßen Einnahmeerzielung vorzubeugen.⁴⁰

Die Höhe des Abschöpfungsanspruchs bestimmt sich nach dem „auf Kosten der Abnehmer erzielten Gewinn“. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu: „Der Gewinn errechnet sich aus den Umsatzerlösen abzüglich der Herstellungskosten der erbrachten Leistungen sowie abzüglich eventuell angefallener Betriebskosten.“⁴¹ Allerdings sollen Gemeinkosten, die auch ohne das wettbewerbswidrige Verhalten angefallen wären, nicht abzugsfähig sein.

B. Die Generalklausel in § 3 UWG: Verbot des unlauteren Wettbewerbs

I. „Große Generalklausel“

§ 3 UWG formuliert ganz allgemein:

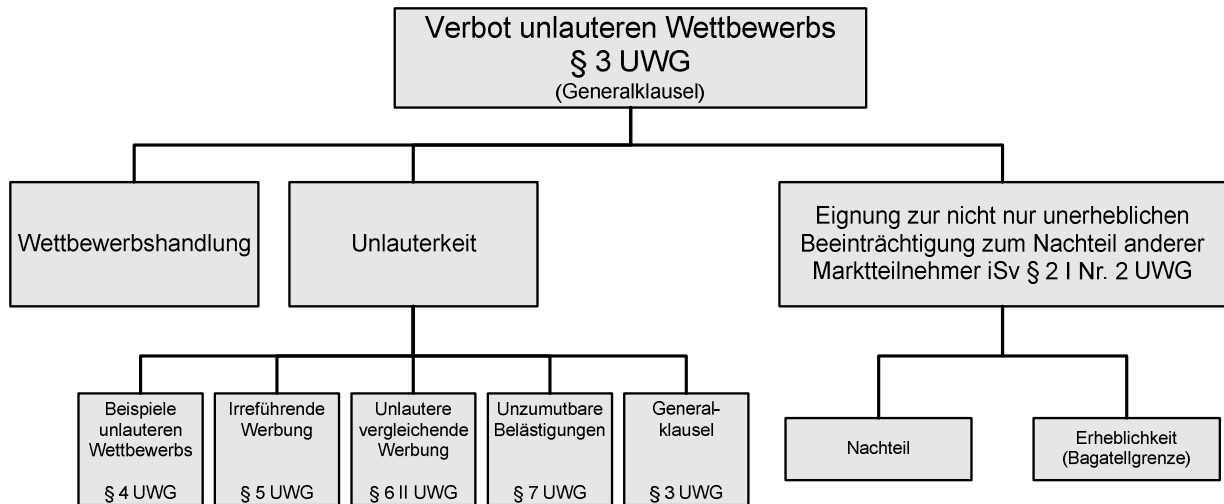
Unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen, sind unzulässig.

Dies ist die so genannte große Generalklausel, von der das deutsche Lauterkeitsrecht traditionell beherrscht wird: Unlautere Wettbewerbshandlungen sind unzulässig.

Eine Zuwiderhandlung gegen § 3 UWG hat folglich drei Voraussetzungen: Es muss eine Wettbewerbshandlung vorliegen; diese Wettbewerbshandlung muss unlauter sein; und drittens muss die Handlung dazu geeignet sein, den Wettbewerb nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen.

⁴⁰ Begr. RegE UWG zu § 10 Abs. 1, BT-Drs. 15/1487, S. 24.

⁴¹ Begr. RegE UWG zu § 10 Abs. 1, BT-Drs. 15/1487, S. 24.



II. Wettbewerbshandlung

Unlauter ist nicht der Unternehmer, sondern sein Verhalten auf dem Markt, seine *Wettbewerbshandlung*.

Dies ist der zentrale Begriff im Lauterkeitsrecht: Wenn es (vgl. oben) im UWG allgemein um die Zulässigkeit unternehmerischen Verhaltens geht, geht es konkret um die Erlaubtheit einer Wettbewerbshandlung.

Die Legaldefinition der Wettbewerbshandlung steht in § 2 I Nr. 1 UWG:

jede Handlung einer Person mit dem Ziel, zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens den Absatz oder den Bezug von Waren oder die Erbringung oder den Bezug von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern;

Mit anderen Worten ist eine Wettbewerbshandlung jede Handlung mit der Intention, den Absatz oder Bezug von Produkten zu fördern.

Die Handlung muss zugunsten eines Unternehmens erfolgen. Handlung ist denkbar weit zu verstehen und erfasst tatsächliche wie auch rechtliche Verhaltensweisen in beliebiger Form. Auch das Unterlassen kann ausnahmsweise eine Handlung i. S. v. § 2 I Nr. 1 UWG darstellen, wenn aus Gesetz, Vertrag oder gefahrbezüglichen vorangegangenen Tun eine *Pflicht zum Handeln* besteht. Unternehmen meint dabei die betriebliche Tätigkeit und Organisation eines Unternehmers im Wettbewerb. Auf die Rechtsform des Unternehmens kommt es dabei nicht an, entscheidend ist die tatsächliche Teilnahme am Wettbewerb.

Insgesamt handelt es sich also um „marktbezogenes Verhalten“ (also nicht rein privates Verhalten): Sogar eine Stellenanzeige kann eine Wettbewerbshandlung sein, wenn mit ihr das Unternehmen in einem bestimmten Licht öffentlich dargestellt werden soll.⁴²

Die Wettbewerbshandlung ist nicht auf das eigene Unternehmen beschränkt, auch das fremde Unternehmen kann Gegenstand einer Wettbewerbshandlung sein (vgl. Gesetzeswortlaut).

Die Handlung muss das Ziel haben, den Absatz oder Bezug von Waren und Dienstleistungen zu fördern. Da das UWG nur spürbare Auswirkungen auf den Wettbewerb erfasst, muss die jeweilige Handlung objektiv zur Förderung geeignet sein. Es wird aber nicht jede objektiv geeignete Handlung erfasst, sondern vielmehr nur die *zielgerichtete* Förderung. Das verfolgte Ziel lässt sich am besten mit „Wettbewerbsabsicht“ umschreiben: Man muss die Absicht haben, mit seinem Verhalten den Wettbewerb für das eigene oder fremde Unternehmen positiv zu beeinflussen.

Beispiel: Eine Verbraucherzentrale, die einen *Preisvergleich* veröffentlicht („*Wo ist was am billigsten?*“), verfolgt damit üblicherweise keine Wettbewerbszwecke.⁴³

III. Unlauterkeit

1. *Unlauterkeit vs. gute Sitten*

Das Lauterkeitsrecht war bis in die neunziger Jahre von der These beherrscht, dass der „Begriff der guten Sitten im Wettbewerb von der Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit bestimmt werde“. Die allgemeine Rechtsordnung musste also den „sittlich-rechtlichen Rahmen“, der von den Gewerbetreibenden einzuhalten war, vorgeben. Eine wettbewerbsbezogene Auslegung des Begriffes der guten Sitten war vor dem Hintergrund der Zielsetzung des § 1 UWG a. F., nämlich die Lauterkeit des Wettbewerbs im Interesse der Marktteilnehmer und der Allgemeinheit zu schützen, notwendig. In der heutigen Zeit erscheint der vielfach verwendete Begriff der guten Sitten antiquiert und missverständlich. Durch die Neugestaltung der §§ 1, 3 UWG ist der Begriff der guten Sitten durch den des „unlauteren Wettbewerbs“ abgelöst worden.⁴⁴

Hierzu kommt die heutige Auffassung, dass Wettbewerbsverfälschungen zwar nicht erwünscht und darum unzulässig, aber nicht zwingend „sittenwidrig“ sein müssen.

2. *Begriff der Unlauterkeit*

Was unlauter ist, wird im Gesetz nicht definiert. Allerdings wird der Begriff der Unlauterkeit in den §§ 4-7 UWG konkretisiert („Unlauter handelt, wer ...“), jedoch *nicht abschließend* („vgl. § 4 UWG: „insbesondere“). Das heißt, dass immer auf die allgemeine Vorschrift des §

⁴² BGH WRP 2003, 1111 – Stellenanzeige.

⁴³ BGH NJW 1981, 2304 – Preisvergleich.

⁴⁴ Begr. RegE UWG zu § 1, BT-Drs, 15/1487, S. 16.

3 UWG zurückgegriffen werden kann, wenn einer der Sondertatbestände der §§ 4-7 UWG nicht erfüllt ist.

Wie bislang wird es auch weiterhin Aufgabe der Gerichte sein, im Einzelnen zu konkretisieren, welche Handlungsweisen als unlauter anzusehen sind.⁴⁵

IV. Eignung zur nicht nur unerheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs zum Nachteil anderer Marktteilnehmer

Die neue Generalklausel enthält im Unterschied zur alten Gesetzeslage eine Bagatellklausel. Das Gesetz möchte Bagatellfälle grundsätzlich unberücksichtigt lassen. Dies ist eine Konsequenz des oben angesprochenen allgemeinen Liberalisierungsgedankens.

Neben Wettbewerbshandlung und Unlauterkeit erfordert § 3 UWG somit als weiteres Tatbestandsmerkmal die Eignung zur nicht nur unerheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs zum Nachteil anderer Marktteilnehmer. Aus § 1 S. 1 UWG ersichtlich geht das Gesetz davon aus, dass unlauterer Wettbewerb immer dazu geeignet ist, den Wettbewerb zu beeinträchtigen. Im Rahmen dieses Tatbestandsmerkmal kommt es folglich darauf an, dass die unlautere Wettbewerbshandlung gerade auch *geeignet* ist die Marktteilnehmer i. S. v. § 2 I Nr. 2 UWG zu *benachteiligen* und diese Benachteiligung *nicht nur unerheblich* ist.

1. Eignung zur Beeinträchtigung

Es muss nicht zu einer tatsächlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs kommen, es reicht vielmehr aus, dass die Wettbewerbshandlung zu einer Beeinträchtigung objektiv geeignet ist. Unter Beeinträchtigung versteht das Gesetz negative Auswirkungen auf das Marktgeschehen.⁴⁶

2. Zum Nachteil anderer Marktteilnehmer

Dieses Merkmal zeigt deutlich, dass es dem Lauterkeitsrecht nicht um abstrakte Lauterkeit geht, sondern um Schutz der konkreten Marktteilnehmer.⁴⁷ Dabei genügt dem Wortlaut nach bereits jeder Nachteil, auf einen eventuell eintretenden Schaden kommt es nicht an. Der Nachteil bei einem der geschützten Kreise reicht nach dem Wortlaut („oder“) aus.

3. Erheblichkeit (Bagatellgrenze)

Es sollen nur noch solche Handlungen verfolgt werden können, die geeignet sind, den Wettbewerb „nicht unerheblich“ zu beeinträchtigen. Damit soll zum Ausdruck kommen, dass die Wettbewerbsmaßnahme von einigem Gewicht für das Wettbewerbsgeschehen und die Inte-

⁴⁵ BERLIT, Rn. 17.

⁴⁶ KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 3, Rn. 55; LETTL, Rn. 141.

⁴⁷ Begr. RegE UWG zu § 3, BT-Drs. 15/1487, S. 17.

ressen der geschützten Personenkreise sein muss.⁴⁸ Dies ist der Fall, wenn der Nachteil nicht so geringfügig ist, dass ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Marktteilnehmer ihm keine Bedeutung beimisst.⁴⁹

Beispiel: Ein Makler gibt in einer Kleinanzeige für eine Immobilie zwar den Quadratmeterpreis, nicht jedoch den Endpreis an. Hier liegt zwar eine Irreführung vor; es kann jedoch wohl nicht von erheblichen Auswirkungen ausgegangen werden (Verbraucherleitbild).⁵⁰

Aber Achtung: Auch wirtschaftlich geringwertige Verstöße sind zumindest dann keine „Bagatellen“, wenn eine Vielzahl von Marktteilnehmern betroffen ist oder eine besondere Nachahmungsgefahr („Sogwirkung“) besteht.⁵¹

Es empfiehlt sich, bei der Beurteilung der Erheblichkeit folgende **drei Kriterien** zu berücksichtigen:⁵²

- Schwere des Verstoßes

Beispiel: Verschuldensgrad, Marktstärke des Verletzers; besondere Schutzwürdigkeit der betroffenen Marktteilnehmer

- Zu erwartende Auswirkungen auf den Wettbewerb

Beispiel: Wettbewerbsvorsprung, Nachahmungsgefahr

- Schutzzwecke des Lauterkeitsrechts (§ 1 UWG, einschließlich Verbraucherleitbild)

Die Bagatellklausel von § 3 UWG gilt auch in den Fallgruppen der §§ 4-7 UWG. Dies ergibt sich aus der dortigen Verweisungstechnik („unlauter handelt insbesondere“), nach der zusätzlich zu den jeweiligen konkreten Tatbeständen immer noch die weiteren Voraussetzungen des § 3 UWG zu prüfen sind (vgl. oben).

C. Beispiele unlauteren Wettbewerbs (§ 4 UWG)

I. Struktur der Norm

§ 4 UWG nennt eine Reihe von Beispielen für die Unlauterkeit. Diese wird damit nicht abschließend bestimmt, die Generalklausel des § 3 UWG wird in § 4 UWG lediglich um Spezialtatbestände ergänzt. Die ergänzenden Einzeltatbestände stellen konkrete Anwendungsfälle

⁴⁸ LETTL, Rn. 146.

⁴⁹ KÖHLER, GRUR 2005, 1, 4.

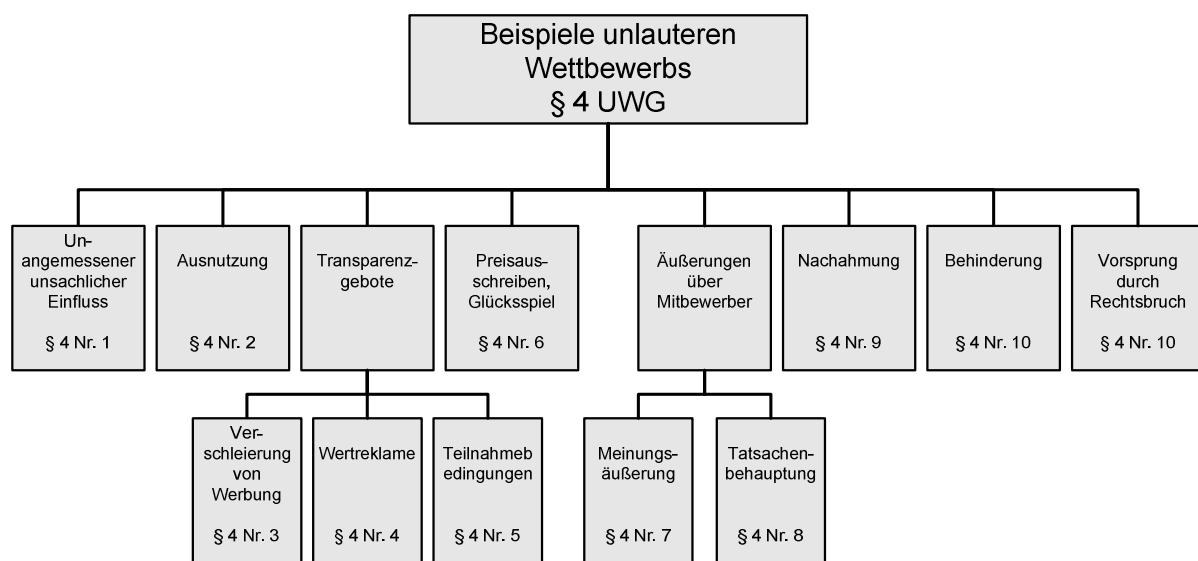
⁵⁰ BGH WRP 2001, 146, 148 – Immobilienpreisangaben.

⁵¹ Begr. RegE UWG zu § 3, BT-Drs. 15/1487, S. 17; BERLIT, Rn. 12.

⁵² Vgl. LETTL, Rn. 148ff; BERLIT, Rn. 15.

dar und dienen zur Verdeutlichung bzw. Präzisierung der Generalklausel. Sie stellen keine selbständigen Verbotstatbestände dar, sondern es handelt sich um eine nicht abschließende *Aufzählung von Beispieltatbeständen*, die dazu dienen, das Tatbestandsmerkmal der Unlauterkeit in § 3 UWG zu konkretisieren und eine größere Transparenz zu schaffen. Damit das Verbot eingreift, müssen auch die übrigen Tatbestandsmerkmale des § 3 UWG erfüllt sein. („Zusammendenken“ von § 3 und § 4 UWG).

Achtung: § 4 UWG regelt nur die Unlauterkeit und konkretisiert damit nur *eines* der Tatbestandsmerkmale des § 3 UWG. Dessen restliche Voraussetzungen (Wettbewerbshandlung, Geeignetheit zur Wettbewerbsbeeinträchtigung, Bagatellklausel) sind darum weiterhin zu prüfen.



II. Unangemessener unsachlicher Einfluss (§ 4 Nr. 1 UWG)

Unlauter sind nach dieser Vorschrift insbesondere

Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer durch Ausübung von Druck, in menschenverachtender Weise oder durch sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss zu beeinträchtigen.

Wesentliches Schutzgut dieses Tatbestandes ist die Entscheidungsfreiheit und mit ihr die von den Marktteilnehmern auszuübende Schiedsrichterfunktion. Die informierten Marktteilnehmer sollen eine möglichst unbeeinflusste Entscheidung treffen können. Erfasst sind dabei nicht nur die Verbraucher, sondern auch sonstige Marktteilnehmer: Unsachlicher Einfluss ist also auch gegenüber Unternehmern relevant, die auf einer anderen Wirtschaftsstufe tätig werden.

Wenn das Gesetz von „unangemessenem“ unsachlichem Einfluss spricht, signalisiert es, dass unsachlicher Einfluss im Wettbewerb immer vorkommen kann und auch darf. Erst wenn eine bestimmte Grenze überschritten wird („Unangemessenheit“), wird aus erlaubter Unsachlich-

keit unzulässige Unsachlichkeit: Durch die Verwendung des Begriffs der Unangemessenheit wird verdeutlicht, dass „der Versuch einer gewissen unsachlichen Beeinflussung der Werbung nicht fremd und auch nicht per se unlauter ist“.⁵³

Aus der Formulierung „sonstigen“ unangemessenen unsachlichen Einfluss geht das Gesetz ersichtlich davon aus, dass der unangemessene unsachliche Einfluss den Oberbegriff darstellt. „Druck“ und „mensenverachtende“ Wettbewerbshandlungen nennt das Gesetz als Beispiele des unsachlichen Einflusses, der im Zweifel unangemessen ist.⁵⁴

§ 4 Nr. 1 UWG setzt somit zwei Dinge voraus:

- Unangemessenen unsachlichen Einfluss
- Eignung zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit von Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern

1. Unangemessen unsachlicher Einfluss

a) Druck

Unter Druck wird die Ausübung von Zwang oder Drohung verstanden. Zwang kann sich in physischem (kommt kaum vor) oder psychischem Zwang realisieren.

Psychischer Zwang kann vorliegen, wenn moralische Aspekte im Vordergrund stehen. Entscheidendes Kriterium für die Unlauterkeit ist hier, dass die moralischen Aspekte nichts mit der angebotenen Leistung zu tun haben (Ausnutzung statt Leistungswettbewerb).

Beispiele: „Mc-Happy-Tag ist Spenden-Tag: Jeder Big Mac nur 2,-DM! Spendenaktion zugunsten des deutschen Kinderhilfswerks e. V.“⁵⁵

Peinliche Situation bei der Inanspruchnahme unentgeltlicher Leistung führt anstandshalber zum Kaufentschluss

Sobald aber ein sachlicher Zusammenhang besteht (Information), ist auch die Werbemaßnahme im Zweifel zulässig:

Beispiele: „Dieses Produkt schafft Arbeitsplätze bei UNS!“⁵⁶

„Jedes verordnete Medikament unterstützt langfristig die innovative Arzneimittelforschung, weil zukünftig ein Teil des Gewinns in diesen Bereich zurückfließt.“⁵⁷

⁵³ Begr. RegE UWG zu § 4 Nr. 1, S. 17.

⁵⁴ LETTL, Rn. 157; KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4, Rn. 1.7.

⁵⁵ BGH NJW-RR 1987, 991 – McHappy-Tag.

⁵⁶ BGH GRUR 1995, 742 – Arbeitsplätze bei uns.

⁵⁷ BGH GRUR 1999, 1100 – Generika-Werbung.

„Tierfreundliche Mode.“⁵⁸

Drucksituationen können in Einzelfällen auch durch *Wertreklame* („*verkaufsfördernde Maßnahmen*“) entstehen. Hier erhält der Verbraucher im Zusammenhang mit dem Geschäft eine geldwerte Vergünstigung (umsonst oder besonders preiswert). Der Sache nach geht es also zumeist um geschäftsbezogene *Werbegeschenke*: Geworben wird nicht mit Worten, sondern mit Werten. Auch hier gilt jedoch: Grundsätzlich sind derartige Werbemaßnahmen zulässig. Der verständige Durchschnittsverbraucher gerät durch ein Werbegeschenk nicht ohne weiteres unter Kaufzwang. Je nach Umständen kann ein solcher allerdings entstehen, wenn sich der Marktteilnehmer aus Höflichkeit, Dankbarkeit oder aus Anstand dazu genötigt fühlt, ein Geschäft abzuschließen.

Beispiel: Kostenloses Gewinnspiel im Laden des Verkäufers; nahezu keine Möglichkeit, den Laden ohne Kauf zu verlassen

Psychischer Zwang wird oft mit engem persönlichem Kontakt verbunden sein. So dürften bei *Verkaufsfahrten* gelegentlich psychische Zwangslagen entstehen: Die Fahrt kann kaum abgebrochen werden, Situation in der Fahrgemeinschaft, häufig dominierende Rolle des Reiseleiters/Verkäufers.⁵⁹

Wesentlich dürften bei der Beurteilung des Drucks insbesondere zwei Kriterien sein:

- Wenn der Anreiz eine unmittelbare Folge eines besonders attraktiven Angebots ist, ist die Anreizwirkung nur Ausdruck des Leistungswettbewerbs und im Zweifel nicht zu beanstanden. Die Kaufentscheidung ist hier *rational*.
- In Betracht kommen darum insbesondere Situationen, in denen für einen durchschnittlich empfindsamen Marktteilnehmer die Rationalität der Kaufentscheidung *völlig in den Hintergrund tritt*.

b) In menschenverachtender Weise

Im Hinblick auf *menschenverachtende* Wettbewerbshandlungen ist es zunächst hilfreich, sich daran zu erinnern, dass die Menschenwürde oberstes Schutzgut des Grundgesetzes ist: Art. 1 GG schützt den „Achtungsanspruch des Menschen“; dieser darf nicht zum bloßen Objekt herabgewürdigt werden.⁶⁰

Der BGH nahm ursprünglich noch an, dass es bereits menschenverachtend sei, menschliches Elend zu kommerziellen Zwecken zu missbrauchen.⁶¹ Heute besteht eine gewisse Einigkeit darüber, dass Werbemaßnahmen nicht allein deswegen, weil sie Elend oder Krankheit thema-

⁵⁸ BVerfG GRUR 2002, 455 – Tier- und Artenschutz.

⁵⁹ BGH GRUR 1986, 318, 320 – Verkaufsfahrten.

⁶⁰ Vgl. nur BVerfGE 1, 97, 104 = NJW 1952, 297.

⁶¹ BGH GRUR 1995, 600 – H.I.V. positive I; BGH GRUR 2002, 360, 364 – H.I.V. positive II.

tisieren/zeigen, menschenverachtend sind. Es muss ein weiteres Element hinzukommen: Mangel an Respekt, Verhöhnung, Herabsetzung, Erniedrigung.⁶²

Beispiel: Das Zeigen eines menschlichen Gesäßes mit dem Aufdruck „H.I.V. POSITIVE“ zu Werbezwecken ist nicht menschenverachtend. Das Elend wird lediglich thematisiert, die erkrankten Menschen aber keineswegs verhöhnt.

Selbst wenn eine menschenverachtende Handlung angenommen wird, müsste diese dazu geeignet sein die Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer zu beeinträchtigen. Bei schockierender Werbung wird dies selten der Fall sein. In der Regel wird solche Werbung absatzschädigend wirken.⁶³

c) Sonstiger unangemessener unsachlicher Einfluss

§ 4 Nr. 1 F. 3 UWG ist ein Auffangtatbestand und wird daher als „kleine Generalklausel“ bezeichnet. Insofern ergeben sich bei den in der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen Überschneidungen mit anderen Unlauterkeitstatbeständen (die Irreführung in § 5 UWG ist auch ein unangemessener unsachlicher Einfluss). Hier gilt es den Grundsatz zu beachten, dass spezielle Tatbestände den Allgemeinen vorgehen.

Zu den Fallgruppen des unangemessenen unsachlichen Einflusses gehören:

- Überrumpelung⁶⁴
- übertriebenes Anlocken
 - Preisnachlässe⁶⁵
 - Kopplungsangebote, Zugaben⁶⁶
 - Geschenke bzw. nahezu unentgeltliche Abgabe von Produkten⁶⁷
 - Treueprogramme
 - Preisausschreiben, Gewinnspiele⁶⁸
 - Glücksspiele, Lotterien, Ausspielungen⁶⁹
- gefühlsbetonte Werbung⁷⁰

⁶² BVerfGE 102, 347 = GRUR 2001, 170, 171 – Schockwerbung/Benetton I; BVerfG GRUR 2003, 442, 443 - Benetton II.

⁶³ LETTL, Rn. 171.

⁶⁴ Vgl. BGH GRUR 1968, 648 – Farbbildangebot.

⁶⁵ Vgl. BGH GRUR 2003, 1057 – Einkaufsgutschein I.

⁶⁶ Vgl. BGH WRP 2002, 1256 – Kopplungsangebot I; BGH WRP 2002, 1259 – Kopplungsangebot II.

⁶⁷ Vgl. BGH WRP 2004, 746 – Zeitung zum Sonntag; BGH GRUR 2003, 804 – Foto-Aktion.

⁶⁸ Vgl. BGH GRUR 2003, 626 – Umgekehrte Versteigerung II.

⁶⁹ Vgl. BGH GRUR 2002, 636 – Sportwetten.

Alle diese Fallgruppen haben gemeinsam, dass sie wettbewerbsrechtlich *grundsätzlich zulässig* sind, wenn sich nicht aus den *besonderen Umständen* oder der *konkreten Ausgestaltung* die Unlauterkeit ergibt. Zu diesen Einzelfällen gibt es zahlreiche Entscheidungen.

Weitere Fallgruppen sind das Ausnutzen von Vertrauen, Autorität oder privater Beziehungen (insbes. Laienwerbung). Diese sind in der Regel unzulässig.⁷¹

2. Eignung zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit von Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern

Nach dem Wortlaut des § 4 Nr. 1 UWG muss es nicht zu einer tatsächlichen Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer kommen. Vielmehr genügt bereits eine bei objektiver Betrachtung bestehende Gefahr der Beeinträchtigung.⁷² Aus dem Wort Beeinträchtigung ist weiter zu schließen, dass die Entscheidungsfreiheit nicht gänzlich ausgeschaltet sein muss, sondern ein irgendwie gearteter negativer Einfluss reicht („Mitursächlichkeit“).⁷³

III. Ausnutzung (§ 4 Nr. 2 UWG)

Nach § 4 Nr. 2 UWG sind Wettbewerbshandlungen unzulässig, die

geeignet sind, die geschäftliche Unerfahrenheit insbesondere von Kindern oder Jugendlichen, die Leichtgläubigkeit, die Angst oder die Zwangslage von Verbrauchern auszunutzen.

Zwei Dinge müssen erfüllt sein:

- Zum einen muss die ausgenutzte Person sich in einer Ausnahmesituation (Unerfahrenheit, Angst, Zwangslage) befinden,
- Zum anderen muss der Handelnde dieses gerade ausnutzen (Abgrenzung zu § 4 Nr. 1 UWG, wobei Überschneidung nicht ausgeschlossen sind)

Beispiel: „Weihnachts-Gewinnspiel für Kinder“⁷⁴

Beachtenswert ist, dass die Angstsituation bereits vorgegeben sein muss. „Die Grippewelle kommt“ nutzt keine bestehenden besonderen Ängste aus.

⁷⁰ Vgl. BGH GRUR 1995, 595 – Kinderarbeit; BGH GRUR 1995, 598 – Ölverschmutzte Ente; BVerfGE 102, 347 = GRUR 2001, 170, 171 – Schockwerbung/Benetton I; BVerfG GRUR 2003, 442, 443 - Benetton II.

⁷¹ Vgl. LETTL, Rn. 235ff.

⁷² LETTL, Rn. 158; KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4, Rn. 1.8.

⁷³ KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4, Rn. 1.9.

⁷⁴ OLG München, WRP 2000, 1321 – Kinder-Gewinnspiel; vgl. BERLIT, Rn. 22.

Dem Sinn und Zweck der Norm entsprechend befasst sich Nr. 2, anders als Nr. 1, auch nicht mit den „sonstigen Marktteilnehmern“, sondern ausschließlich mit den Verbrauchern.

IV. Transparenzgebote (§ 4 Nr. 3-6 UWG)

Die Nummern 3-6 des § 4 UWG befassen sich der Sache nach zwar mit je verschiedenen Wettbewerbshandlungen, verfolgen jedoch mehr oder weniger das gleiche Ziel der Transparenz. Sie sind damit als Transparenzgebote oder Irreführungsverbote lesbar.

Hierbei sollte man sich vor Augen führen, dass ein *allgemeines* Transparenzgebot im Wettbewerbsrecht nicht existiert: Dass sämtliche Wettbewerbshandlungen klar und transparent zu sein hätten, ist kein rechtliches Gebot.⁷⁵ Nur im Hinblick auf bestimmte Tatbestände stellt das Gesetz Irreführungsverbote auf.

1. Verschleierung von Werbung (§ 4 Nr. 3 UWG)

Der Werbecharakter von Wettbewerbshandlungen darf nach § 4 Nr. 3 UWG nicht verschleiert werden.

Der Werbecharakter einer Wettbewerbshandlung wird verschleiert, wenn der durchschnittlich informierte und aufmerksame Verbraucher sie nicht als solche erkennt („Schleichwerbung“).

Entscheidend ist hierbei der Unterschied zwischen Werbung und (objektiver) Information. Werbung muss als solche erkennbar sein (Transparenzgebot bzw. Irreführungsverbot). Dies heißt jedoch nicht, dass sie auch ihrem Inhalt nach klar und verständlich oder nachvollziehbar sein müsste, sie darf nur nicht als Information getarnt werden.

Für die Presse folgt hieraus das so genannte *Trennungsgebot*, das Verbot der redaktionellen Werbung: Wo Berichterstattung erwartet wird, soll nicht Werbung erscheinen (abhängig vom Zuschnitt der Zeitschrift).

Beispiel: „Tarnung“ einer Werbeaussage als redaktioneller Beitrag.⁷⁶

Unneutrale oder unkritische Berichterstattung in einem redaktionellen Beitrag.⁷⁷

Berühmtes Beispiel für Schleichwerbung ist das *Product Placement*: Hier werden in nicht werbenden Veröffentlichungen (auch) werbende Zwecke verfolgt. Dies ist bei neutralen Berichten in der Regel zulässig. Unzulässig ist es aber sicher dann, wenn das Product Placement entgeltlich erfolgt, da hier ein Hinweis auf die Werbung notwendig ist. Bei Filmen bestehen allerdings niedrigere Anforderungen als bei redaktionellen Veröffentlichungen.

⁷⁵ BGH GRUR 2003, 538, 539 – Gesamtpreisangebot.

⁷⁶ Vgl. BGH GRUR 1996, 791, 792 – Editorial II: es reicht aus, wenn die werbenden Passagen kenntlich gemacht sind durch „Anzeige“, „Werbung“ etc.

⁷⁷ BGH GRUR 1981, 835 – Getarnte Werbung I.

Beispiele: Zulässig ist die Einblendung von Bandenwerbung bei Sportübertragungen.

Unzulässig ist das auffallend häufige Hervorheben eines Produktes in einer Heimwerkerversendung.

Wird ein Kinofilm von den darin übermäßig auftauchenden Werbeträgern finanziell „gesponsort“, muss auf den werbenden Charakter hingewiesen werden.⁷⁸

Unzulässig ist auch die Kontaktaufnahme zu Werbezwecken, ohne sie kenntlich zu machen, sowie die „unterschwellige“ (nicht wahrnehmbare, subliminale) Werbung: Während eines Tennisspiels wird vor jedem Aufschlag für 1/100 Sekunde eine Automarke eingeblendet.⁷⁹

Konsequent schützt Nr. 3 wiederum sämtliche Marktteilnehmer (die alle Wert auf objektive Information und ihre Kenntlichkeit legen), also neben Verbrauchern auch Unternehmer auf anderen Handelsstufen.

2. *Transparenz bei Verkaufsförderungsmaßnahmen, Preisausschreiben und Gewinnspielen (§ 4 Nr. 4, 5 UWG)*

Unlauter nach § 4 Nr. 4 UWG handelt, wer

bei Verkaufsförderungsmaßnahmen wie Preisnachlässen, Zugaben oder Geschenken die Bedingungen für ihre Inanspruchnahme nicht klar und eindeutig angibt.

Nach § 4 Nr. 5 UWG handelt unlauter, wer

Bei Preisausschreiben oder Gewinnspielen mit Werbecharakter die Teilnahmebedingungen nicht klar und eindeutig angibt.

Die Nr. 4,5 in § 4 UWG sind relativ unkompliziert und leicht aus sich selbst heraus verständlich.

In Nr. 4 und 5 verhält es sich ähnlich wie in Nr. 3. Auch hier geht es um Transparenz (Informationsgebot), allerdings im Bereich der *Wertreklame* (Bonusmeilen, Treuepunkte, Kundenbindungssysteme etc.) und Preissauschreiben/Gewinnspiele. Hinter dem Transparenzgebot für gerade diese Werbeformen steht die besondere Attraktivität, die Wertreklame und Preissauschreiben/Gewinnspiele für den Verbraucher haben.⁸⁰

Beispiele: Geld-zurück-Garantie bei Nichtgefallen ist Verkaufsförderungsmaßnahme im Sinne des Wettbewerbsrechts: Verkaufsförderungsmaßnahme im Sinne des § 4 Nr. 4 UWG kann grundsätzlich jeder Vorteil sein, den der Anbieter einer Ware oder Dienstleistung seinen Kunden für den Fall des Bezugs der Ware bzw. der Inanspruchnahme der Dienstleistung zusätzlich in Aussicht stellt. Einen solchen Vorteil stellt eine sog. Geld-zurück-Garantie bei Nichtgefallen des Produkts dar. Die Bedingungen für die Inanspruchnahme des Vorteils

⁷⁸ BGH GRUR 1995, 744 – Feuer, Eis & Dynamit I.

⁷⁹ LETTL, Rn. 282.

⁸⁰ KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4, Rn. 4.2, 5.2.

müssen unmittelbar zugänglich sein und sind so rechtzeitig zu erteilen, dass der Kunde sie bei seiner Entscheidung über die Inanspruchnahme der Verkaufsförderungsmaßnahme berücksichtigen kann.

Kopplung von Mobilfunkvertrag mit Handy, Reise und Playstation: Kopplungsangebote erschweren Preisklarheit und Preisvergleich. Der Kunde muss daher ausreichend informiert werden, inwiefern die gekoppelten Produkte zusammenhängen und wie der gekoppelte Preis zustande kommt.⁸¹

V. Koppelung von Preisausschreiben und Glücksspiel mit Waren- oder Dienstleistungserwerb (§ 4 Nr. 6 UWG)

Unlauter nach § 4 Nr. 6 UWG handelt, wer

Die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel von dem Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig macht, es sei denn das Preisausschreiben oder Gewinnspiel ist naturgemäß mit der Ware oder der Dienstleistung verbunden.

Hier geht es um die Anziehungskraft durch die Gewinnerwartung. Diese soll nicht für den eigenen Produktabsatz ausgenutzt werden. Daher ist die Verbindung von Preisausschreiben/Gewinnspiel und Waren/Dienstleistungen *grundsätzlich verboten* und nur ausnahmsweise erlaubt, wenn die Verbindung *naturgemäß* ist.⁸²

Beispiele: Teilnahmekarte auf Produktverpackung.

Teilnahme nur bei vorherigem Erwerb der Ware („McDonalds Gewinnspiel“).

Ausnahme: Gewinnspiel im Radio oder Fernsehen.⁸³

VI. Äußerungen über Mitbewerber (§ 4 Nr. 7, 8 UWG)

Nach § 4 Nr. 7 UWG ist es unzulässig, wenn

Die Kennzeichen, Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabgesetzt oder verunglimpft werden,

nach § 4 Nr. 8 UWG, wenn

über die Waren, Dienstleistungen oder das Unternehmen eines Mitbewerbers oder über den Unternehmer oder ein Mitglied der Unternehmensleitung Tatsachen be-

⁸¹ Vgl. BGH GRUR 2002, 979 – Kopplungsangebot II (Kopplung von Stromvertrag und Fernsehgerät).

⁸² LETTL, Rn. 290; KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4, Rn. 6.2.

⁸³ BGH GRUR 2002, 1003 – Gewinnspiel im Radio.

hauptet oder verbreitet werden, die geeignet sind, den Betrieb des Unternehmens oder den Kredit des Unternehmens zu schädigen, sofern die Tatsachen nicht erweislich wahr sind; handelt es sich um vertrauliche Mitteilungen und hat der Mitteilende oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse, so ist die Handlung nur dann unlauter, wenn die Tatsachen der Wahrheit zuwider behauptet oder verbreitet wurden.

Die Nr. 7 und 8 des § 4 UWG befassen sich gleichermaßen mit Äußerungen, die über Mitbewerber getätigt werden. Während es in Nr. 7 jedoch in erster Linie um **Meinungsäußerungen** geht, widmet Nr. 8 sich den **Tatsachenbehauptungen**.

Grundsätzlich sind Meinungsäußerungen im Wettbewerb erlaubt und erwünscht.⁸⁴ § 4 Nr. 7 UWG greift allerdings ein, wenn die Meinungsäußerungen herabwürdigend werden und die Grenze zur so genannter Schmähkritik überschreiten. Verunglimpfung ist die gesteigerte Form der Herabsetzung.

Beispiel: Bezeichnung eines Produktes als „Scheiß des Monats“ oder „Mist“.⁸⁵

Unwahre oder nicht erweislich wahre Tatsachenbehauptungen nach § 4 Nr. 8 UWG bezeichnet man als Anschwärtzung. Unter Tatsachen versteht man alle Vorgänge oder Zustände, deren Vorliegen oder Nichtvorliegen dem Wahrheitsbeweis zugänglich sind.⁸⁶ Mit anderer Worten, alles was bewiesen werden kann, ist eine Tatsache.

Üblicherweise muss der Äußernde die Wahrheit seiner Behauptung beweisen; für die Unlauterkeit reicht es dabei aus, dass die Äußerung nicht *erweislich* wahr ist. Ist die Äußerung vertraulich, muss der Mitbewerber beweisen, dass die Äußerung *unwahr* ist (§ 4 Nr. 8, 2. Halbsatz UWG).

Beispiel: Verbreitung einer Konkursliste (Behauptung, ein Unternehmen wäre insolvent).⁸⁷

VII. Nachahmung (wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz, § 4 Nr. 9 UWG)

Unlauter handelt nach § 4 Nr. 9 UWG, wer

Waren oder Dienstleistungen anbietet, die eine Nachahmung der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers sind, wenn er

a) eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft herbeiführt

⁸⁴ Vgl. KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4, Rn. 7.2.

⁸⁵ OLG München WRP 1996, 925 – Scheiß des Monats.

⁸⁶ LETTL, Rn. 308 m. w. N.

⁸⁷ BGH GRUR 1995, 427 – Schwarze Liste.

- b) die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausnutzt oder beeinträchtigt oder

- c) die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen unredlich erlangt hat

1. Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz und Sonderrechtsschutz

An erster Stelle ist festzuhalten, dass das deutsche Recht die wichtigsten Nachahmungstatbestände in eigenen Gesetzen geregelt hat. Die Rede ist vom *geistigen Eigentum* oder Immaterialgüterrecht:

- Das *Patentrecht* schützt technische Erfindungen für die Dauer von 20 Jahren ab Anmeldung einer Erfindung.
- Das *Urheberrecht* schützt Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst sowie Software bis 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers.
- Das *Markenrecht* schützt unternehmerische Kennzeichen gegen Verwechslungsgefahr.
- Das *Geschmacksmusterrecht* schützt Designs gegen Nachahmung.

Wenn also überhaupt rein lauterkeitsrechtlich gegen Nachahmung vorgegangen werden soll, dann nur in den Fällen, in denen eines der oben genannten Schutzrechte nicht einschlägig ist, sei es, weil ein Schutzrecht für einen nachgeahmten Gegenstand nie bestand, oder weil es abgelaufen ist.⁸⁸

§ 4 Nr. 9 UWG stellt für diese verbleibenden Fälle ein Regel-/Ausnahmeverhältnis auf: Nachahmung fremder Arbeitsergebnisse ist (außerhalb des Schutzbereichs von geistigem Eigentum) grundsätzlich zulässig (Grundsatz der Nachahmungsfreiheit) und dann ausnahmsweise verboten, wenn einer der drei Buchstaben der Vorschrift eingreift. Der Grund für die prinzipielle Nachahmungsfreiheit liegt darin, dass technischer und wirtschaftlicher Fortschritt nicht übermäßig behindert werden sollen.⁸⁹

Wegen der gesetzlichen Anerkennung besonderer ausschließlicher Rechte für technische und nicht-technische geistige Schöpfungen wird allgemein auf den Grundsatz geschlossen, dass selbst eine bis ins Einzelne gehende, maßstabsgetreue Nachbildung eines fremden Leistungsergebnisses (Produkt) außerhalb des sonderrechtlichen Schutzes nicht auf dem Umweg über das Wettbewerbsrecht verwehrt werden kann. Produkte, die nicht oder nicht mehr durch das Patentrecht, Gebrauchsmusterrecht, Urheberrecht, Geschmacksmusterrecht oder durch das Kennzeichenrecht geschützt sind, können demnach grundsätzlich sogar identisch nachgemacht werden, soweit nicht „besondere Umstände“ dies als Verstoß gegen die Lauterkeit im Wettbewerbsrecht erscheinen lassen.⁹⁰

⁸⁸ Vgl. KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4, Rn. 9.6.

⁸⁹ LETTL, Rn. 322.

⁹⁰ KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4, Rn. 9.6 m. w. N. aus der Rspr.

Für die Rechtsprechung und herrschende Literatur an sich gilt dabei folgende Differenzierung: Der Umstand des *Nachahmens an sich* soll die Wettbewerbswidrigkeit nicht begründen dürfen. Was durch die erwähnten Sonderrechte nicht geschützt ist, soll grundsätzlich für jedermann frei sein⁹¹. Zur Begründung der Wettbewerbswidrigkeit bedarf es *besonderer Begleitumstände*. Diese besonderen unlauterkeitsbegründende Umstände liegen hauptsächlich vor, wenn einer der Tatbestände von § 4 Nr. 9 a) bis c) UWG erfüllt ist.⁹²

Aus Sinn und Zweck der Vorschrift ergibt sich, dass nicht jede Art von Waren oder Dienstleistungen wettbewerbsrechtlichen Schutz verdienen sondern nur solche, die eine wettbewerbliche Eigenart aufweisen.⁹³ Dies ist der Fall, wenn das Produkt besondere Merkmale aufweist, um im Wettbewerb „auf sich aufmerksam zu machen“ (Originalität, Unterscheidungskraft).⁹⁴ Nachgeahmt werden kann nur, was selbst kein Allerweltsprodukt ist.

2. Vermeidbare Herkunftstäuschung (§ 4 Nr. 9 a) UWG)

Der bei weitem häufigste Fall eines Sittenverstoßes durch Nachahmung ist der der vermeidbaren Herkunftstäuschung. Seine Voraussetzungen sind gegeben, wenn derjenige, der ein eigenartiges oder bekanntes Erzeugnis nachgeahmt und dadurch die Gefahr betrieblicher Herkunftsverwechslung begründet hat, es unterlässt, zumutbare und geeignete Maßnahmen zur Beseitigung oder zur Minderung der Verwechslungsgefahr zu treffen.

In der Rechtspraxis wird beim Verbot der Nachahmung seit jeher zwischen technischen und nicht-technischen Produkten unterschieden. Da bei ästhetischen Gestaltungen - anders als bei technisch-funktionalen - meist ein weiter Entwicklungsspielraum besteht, sei es dem Konkurrenten zumutbar, von älteren Erzeugnissen einen erkennbaren Abstand zu halten. In solchen Fällen sei ein „sachlich gerechtfertigter Grund“ für eine Nachahmung, insbesondere für eine fast identische Nachahmung nur selten anzuerkennen.⁹⁵ Bei technischen Gestaltungen sei es dem Mitbewerber wegen der auf diesem Gebiet bestehenden Sachzwänge im Allgemeinen nicht zuzumuten, es mit abweichenden Gestaltungen zu versuchen. Technische Konstruktionen lassen sich deshalb regelmäßig nicht außerhalb des sonderrechtlichen Schutzes für den Erstentwickler monopolisieren.⁹⁶

Beispiel: Anbieten von nahezu identischen Geschirrtuchhaltern (gleiches Material, nur geringfügig abweichende Klemmöffnung) bei gewisser Bekanntheit des ursprünglichen Produkts ist wettbewerbswidrig.⁹⁷

⁹¹ Anstatt vieler BGH GRUR 1964, 621, 624 – Klemmbausteine.

⁹² Vgl. LETTL, Rn. 322.

⁹³ KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4, Rn. 9.24.

⁹⁴ BGH GRUR 2006, 79 – Jeans.

⁹⁵ KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4, Rn. 9.48.

⁹⁶ KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4, Rn. 9.49.

⁹⁷ BGH GRUR 2005, 600 – Handtuchklammern.

3. Rufausnutzung/Rufbeeinträchtigung (§ 4 Nr. 9 b) UWG)

In der Fallgruppe Rufausbeutung werden Nachbildungen verboten, die dem Zweck dienen, am guten Ruf eines Produkts zu partizipieren und eine Beseitigung dieser „Störung“ nur durch ein Verbot der Nachahmung das Produkt kennzeichnender Merkmale selbst erreicht werden kann. Der wettbewerbsrechtliche Nachahmungsschutz führt also auch zu einem Verbot der Nachahmung als solcher, wenn die Nachahmungshandlung zu einer Herkunftstäuschung oder zu einer Ausbeutung des guten Rufs führt.

Bei der Rufausnutzung sind insbesondere Fälle betroffen, in welchen der gute Ruf eines Produkts für ein anderes ausgenutzt wird:

Beispiele: Verwendung der Abkürzung „SL“ für FIAT-PKW⁹⁸

Abbildung eines exklusiven PKW als Werbung für einen Whiskey⁹⁹

Verkauf von Rolex-Nachahmungen bei Tchibo:¹⁰⁰

Die Kl. ist die deutsche Tochtergesellschaft der Rolex S. A. mit Sitz in der Schweiz. Zu den von dieser hergestellten Uhren gehören die Herrenarmbanduhr 16013 und die Damenarmbanduhr 6917/3. Beide Uhren sind mit dem 'Rolex-Jubile-Armband' in einer Stahl-Gold-Ausführung versehen. Die Herrenarmbanduhr wird seit dem Jahre 1945, die Damenarmbanduhr seit 1954 unverändert hergestellt. Der inländische Geschmacksmusterrechtsschutz für diese Uhren ist im Jahr 1972 abgelaufen. Die unverbindliche Preisempfehlung betrug bei Klageerhebung für das Herrenmodell 4650 DM und für das Damenmodell 3250 DM.

Die Bekl. ist eine Kaffee-Großrösterei mit etwa 500 Filialen und 7000 Depot-Geschäften. Sie vertreibt über ihr Vertriebsnetz neben den Kaffee-Produkten von Fall zu Fall auch branchenfremde Waren, u. a. Uhren. Im Sommer 1980 vertrieb sie unter der Bezeichnung 'Royal-Calendar' Damen- und Herrenarmbanduhren zum Preis von je 39,95 DM. Diese Uhren haben ein den genannten Uhren der Kl. sehr ähnliches Aussehen. Die Kl. sieht in diesen Royal-Armbanduhren eine sittenwidrige Nachahmung ihrer Modelle 16013 und 6917/3.

Sie macht geltend, diese Modelle hätten ein charakteristisches Design, das sich bei den beteiligten Verkehrskreisen als Herkunftshinweis durchgesetzt habe. Diese beiden Modelle machten 40 % des Stück-Umsatzes und 25 % des Wert-Umsatzes ihrer Oyster-Modelle aus; der Umsatz aller dieser Modelle entspreche 95 % des Gesamtumsatzes. Sie habe in den letzten 10 Jahren für Werbung im Inland einen achtstelligen Betrag ausgegeben, der zum größten Teil auf diese Modelle entfallen sei. Die Bekl. habe sich mit den Royal-Uhren nicht bewußt an das Styling der beiden Rolex-Modelle angelehnt, sondern habe in ihrer Werbung auch ausdrücklich auf diese Ähnlichkeit hingewiesen und teilweise ihre Uhren genau so bezeichnet. Die Aktion der Bekl. habe bei ihr, der Kl., einen Verkaufsausfall bewirkt, der gemessen an der zu erwartenden

⁹⁸ BGH GRUR 1991, 609 – SL.

⁹⁹ BGH NJW 1983, 1431 – Rolls-Royce.

¹⁰⁰ BGH GRUR 1985, 876 – Tchibo/Rolex.

den Absatzentwicklung bei der Damenuhr 64,2 % und bei der Herrenuhr 48 % betragen habe.

Die Kl. hat beantragt, der Bekl. zu untersagen, Herren- und Damenarmbanduhren mit dem Bildzeichen der stilisierten Lilie, bei denen das Uhrenglas von einer grob gerippten Lünette umgeben ist und die Glieder des Armbands in der Weise in fünf Reihen nebeneinander angeordnet sind, daß jeweils eine breitere äußere Reihe drei schmalere, gleichbreite Gliedreihen einschließt, in Verkehr zu bringen und dafür zu werben.

Bei der Rufbeeinträchtigung stehen die Fälle im Vordergrund, in welchen der Wert besonders berühmter Produkte dadurch verwässert wird, dass man sich in anderen Branchen oder für andere Produktgruppen darauf bezieht. Es soll somit der Gefahr begegnet werden, dass ein exklusives Image auf Dutzendware bezogen wird.

Beispiel: Scherzartikel, der im Verkehr den Eindruck erwecken, es handle sich um Werbung des eigentlichen Produktes (Kondom-Schachtel mit „Mars macht mobil...bei Sex-Sport und Spiel“¹⁰¹; Kondom-Verpackung mit „Es tut NIVEA als das erste mal“¹⁰²) nutzt den Ruf unlauter aus.

4. Vertrauensbruch (§ 4 Nr. 9 c) UWG)

Hier geht es insbesondere um Betriebsgeheimnisse. Für diese besteht kein sondergesetzlicher Schutz, so dass nur das Wettbewerbsrecht helfen kann (z.B. Coca-Cola-Rezept).

VIII. Behinderung (§ 4 Nr. 10 UWG)

Die gezielte Behinderung von Mitbewerbern gilt nach § 4 Nr. 10 UWG als unlauter. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass ein Wettbewerber versucht, den Zugang von Konkurrenten zum Markt zu erschweren oder zu unterbinden. Er versucht nicht, sich durch einen Leistungsvergleich gegenüber den Mitbewerbern durchzusetzen, sondern dadurch, dass er einen solchen Leistungsvergleich gar nicht erst zulässt.

Hier werden die Fälle der *gezielten* bzw. *individuellen* Mitbewerberbehinderung erfasst. Der Gesetzgeber stellt klar, dass eine Behinderung von Mitbewerbern als bloße Folge des Wettbewerbs nicht ausreichen soll, um unter die Regelungen des § 4 Nr. 10 UWG zu fallen.¹⁰³ Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist „die Anlockwirkung, die von einem attraktiven Angebot ausgeht, niemals wettbewerbswidrig, sondern gewollte Folge des Leistungswettbewerbs“.¹⁰⁴ Daher sind nach Ziffer 10 zu Recht auch nur die Fälle nach § 3 UWG unlauter, die zu einer *gezielten* Behinderung führen.

¹⁰¹ BGH GRUR 1994, 808 – Markenverunglimpfung I.

¹⁰² BGH GRUR 1995, 57 – Markenverunglimpfung II.

¹⁰³ Begr. RegE UWG zu § 4 Nr. 10, S. 19.

¹⁰⁴ BGH NJW 2002, 3405, 3407 – Koppelungsangebot II.

Behinderung lässt sich mit dem Satz kennzeichnen: „Wer im Wettbewerb ein Unternehmen dadurch zu fördern sucht, dass er zunächst einmal den Mitbewerber aus dem Weg räumt, handelt wettbewerbswidrig“. Dabei kann die Behinderung den Mitbewerber direkt oder durch unlautere Beeinflussung des Marktes indirekt treffen.

1. „Direkte“ Behinderung

Unter „direkter“ Behinderung kann man im Wesentlichen folgende drei Fälle verstehen:

- Beschädigung von Betriebsmitteln
- Abwerben von Mitarbeitern
- Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung

Unproblematisch wettbewerbswidrig ist es, wenn der Betrieb des Mitbewerbers „angegriffen“ wird, indem gezielt Gebäude, Maschinen, Waren etc beschädigt werden.

Das Abwerben von Mitarbeitern ist dagegen grundsätzlich erlaubt, solange es sich in einem vernünftigen (d.h. lauterem) Rahmen bewegt. So ist es beispielsweise noch in Ordnung, fremde Arbeitnehmer an ihrem Arbeitsplatz anzurufen und ihnen eine neue Stelle anzubieten. Die Grenze zur Unlauterkeit ist allerdings dann überschritten, wenn dadurch der betrieblichen Arbeitsablaufs gestört wird, dass ein Headhunter beharrlich weiter anruft, obwohl der Angerufene kein Interesse an dem Angebot hat.¹⁰⁵

Eine unberechtigte Schutzrechtsverwarnung liegt vor, wenn der Mitbewerber ohne stichhaltige Anhaltspunkte wegen der Verletzung von Marken-, Patent-, Urheber- oder Geschmacksmusterrechten abgemahnt wird, da der Mitbewerber in eine unangenehme Situation gebracht wird: Entweder er ignoriert die Abmahnung und nimmt einen Prozess und Schadensersatzforderungen in Kauf oder er stellt die angebliche Verletzung ein und den Betrieb ab. Dies ist nur dann gerechtfertigt, wenn der angebliche Schutzrechtsinhaber tatsächlich sein Schutzrechtsinteresse verfolgt.

2. „Indirekte“ Behinderung

Bei der „indirekten“ Behinderung wendet sich die Wettbewerbshandlung nicht an den Mitbewerber sondern wirkt sich nur wettbewerbsbehindernd auf diesen aus:

- Abwerben von Kunden
- Kennzeichenbehinderung
- Preisunterbietung
- Boykottaufruf

Das Abwerben von Kunden ist grundsätzlich erlaubt, da es gerade zum Wesen des Wettbewerbs gehört, dass die Konkurrenten um die Kunden wetteifern. Auch vor dem Geschäft eines

¹⁰⁵ BGH GRUR 2004, 696 – Direktansprache am Arbeitsplatz.

Konkurrenten dürfen gezielt Kunden angesprochen werden, die dessen Laden gerade betreten wollen, um sie zu bewegen, ein anderes Geschäft aufzusuchen.¹⁰⁶

Grundsätzlich erlaubt ist nach einem neuen BGH-Urteil auch, einem vertraglich noch gebundenen Kunden ein vorbereitetes Kündigungsschreiben vorzulegen, mit dem er seinem Nachauftragnehmer kündigen kann, indem er nur noch unterschreiben muss. Das sei ohne Hinzutreten besonderer Umstände weder unangemessen unsachlich, noch eine unlautere gezielte Behinderung eines Mitbewerbers.¹⁰⁷ Wird der Kunde jedoch zum Vertragsbruch verleitet, verstößt dies gegen § 4 Nr. 10 UWG.¹⁰⁸

Zur unlauteren Kennzeichenbehinderung folgendes Urteil:¹⁰⁹

BGH, Urteil v. 16.12.2004 - I ZR 69/02 – Literaturhaus: Wer auf eine Anfrage, einen Internet-Auftritt unter einem bestimmten Domain-Namen zu erstellen, diesen für sich registrieren lässt, kann unter dem Gesichtspunkt einer gezielten Behinderung eines Mitbewerbers nach § 4 Nr. 10 UWG und eines Verschuldens bei Vertragsverhandlungen zur Unterlassung der Verwendung der Domain-Namen und zur Einwilligung in die Löschung der Registrierungen verpflichtet sein.

Ebenfalls zur Kennzeichenbehinderung gehört das so genannte „Domain-Grabbing“, bei dem Internet-Domains nur zum Zweck registriert werden, sie an den Berechtigten unter Druck zu verkaufen.¹¹⁰

Problematisch sind die Fälle der Preisunterbietung. Sie erscheinen zunächst als das wettbewerbskonforme Mittel schlechthin. Denn eine günstigere Preisgestaltung, als sie der Mitbewerber vornimmt, bietet dem Verbraucher gerade die Alternativen, die durch Wettbewerb in der Marktwirtschaft erzielt werden sollen.¹¹¹ Allerdings darf die Preisunterbietung nicht zur gezielten Vernichtung gerade eines Mitbewerbers benutzt werden.

Grundlegend für die Behinderungsfallgruppe ist die Entscheidung des Reichsgerichts im „Benrather Tankstellenfall“¹¹²: Ein Preiskartell von Tankstellenbetreibern unterbot einen Außenseiter stets um einen Pfennig, um ihn zum Beitritt zum Kartell oder zur Geschäftsaufgabe zu bewegen. In der Entscheidung sah das Reichsgericht die gezielte Preisunterbietung der

¹⁰⁶ Vgl. BGH GRUR 1986, 547 – Handzettelwerbung.

¹⁰⁷ BGH GRUR 2005, 603, 604 – Kündigungshilfe.

¹⁰⁸ Vgl. BGH GRUR 1991, 614, 615 – Eigenvertriebssystem.

¹⁰⁹ BGH MMR 2005, 374 – Literaturhaus.

¹¹⁰ Vgl. BGH MMR 2003, 726 – maxem.de (wo allerdings Domain-Grabbing verneint wird).

¹¹¹ LETTL, Rn. 382; KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4, Rn. 10.184; BGH GRUR 1990, 371, 371 – Preiskampf.

¹¹² RGZ 134, 342.

kartellmäßig untereinander verbundenen Markentreibstoffgesellschaften gegenüber einem Außenseiter zu Recht als unlauteren *Vernichtungswettbewerb* an.¹¹³

Eine ganz andere Frage ist, ob allgemein der Verkauf unter Selbstkosten zulässig ist. Die herrschende Meinung hält im Prinzip den Verkauf zu Selbstkosten oder darunter für zulässig, weil hierfür die verschiedensten betriebswirtschaftlich sinnvollen Gründe maßgebend sein können.¹¹⁴ Lager-, Liquiditäts- und Absatzschwierigkeiten können einen Kaufmann zwingen, zu Verlustpreisen anzubieten, um dadurch größere Verluste zu verhindern. Auch bei Einführung eines neuen Artikels wird nicht selten zu Selbstkosten oder unter Selbstkosten angeboten. Es kommt entscheidend auf den vom Unterbieter verfolgten Zweck an, wie z. B. bei der gezielten Preisunterbietung zur Vernichtung eines Mitbewerbers im Benrather Tankstellenfall. Der BGH hat ausgeführt, dass der gelegentliche Verkauf einer Ware unter Einstandspreis nicht wettbewerbswidrig ist, wenn nicht besondere, die Unlauterkeit begründende Umstände hinzutreten.¹¹⁵ Ob allerdings wiederholte Verkäufe ein- und derselben Ware unter Einstandspreis wettbewerbsrechtlich zu beanstanden sind, hängt nach Meinung des BGH davon ab, mit welcher Intensität und in welchen zeitlichen Abständen sie stattfinden. Ein wiederholtes Anbieten derselben Ware unter Einstandspreis ist nach Ansicht des BGH dann wettbewerbswidrig, wenn dadurch die Gefahr einer Behinderung anderer Mitbewerber, z. B. kleinerer Einzelhändler eintritt.¹¹⁶

Der Aufruf zum Boykott ist grundsätzlich unlauter, da der Boykott in der Regel darauf abzielt, einen Mitbewerber vom Wettbewerb zu verdrängen oder auszuschließen.¹¹⁷ Es können sich aber aus den besonderen Umständen des Einzelfalls Gründe ergeben, die einen Boykott gerechtfertigt erscheinen lassen.¹¹⁸

Beispiel: Aufruf einer Konzertagentur, eine rechtsradikale Band nicht auftreten zu lassen¹¹⁹

IX. Vorsprung durch Rechtsbruch (§ 4 Nr. 11 UWG)

Die Nr. 11 des § 4 UWG transportiert Wertungen von außerhalb des Wettbewerbsrechts in das Lauterkeitsrecht hinein (z. B. Ladenschlussrecht, unternehmerische Auskunftspflichten). Unlauter handelt somit, wer

¹¹³ Heute müsste der Fall wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung auch nach kartellrechtlichen Gesichtspunkten behandelt werden.

¹¹⁴ LETTL, Rn. 383.

¹¹⁵ BGH GRUR 1984, 204, 206 – Verkauf unter Einstandspreis II.

¹¹⁶ BGH GRUR 1979, 321, 323 – Verkauf unter Einstandspreis I.

¹¹⁷ Vgl. KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4, Rn. 10.122.

¹¹⁸ BGH GRUR 1980, 242, 244 – Denkkzettel-Aktion.

¹¹⁹ LG Köln GRUR 1994, 741.

einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

In § 4 Nr. 11 UWG werden die Fälle des Vorsprungs durch Rechtsbruch zu unlauteren Handlungen erklärt. Der Gesetzgeber möchte über diese Regelung Gesetzesverstöße *nicht generell* sanktionieren.¹²⁰ Deswegen werden über Ziffer 11 nicht alle Wettbewerbshandlungen, die gegen eine gesetzliche Vorschrift verstoßen, als wettbewerbswidrig eingestuft. Bei einer Verletzung der Norm muss dieser zumindest eine „*sekundäre Schutzfunktion zugunsten der Mitbewerber*“¹²¹ zukommen. Daher sollen durch § 4 Nr. 11 UWG auch nur Verstöße gegen die Normen erfolgen, die zumindest auch das Marktverhalten im Interesse der Marktbeteiligten regeln („Marktverhaltensregelung“).¹²² Das bedeutet, dass in Fällen des Wettbewerbsverstößes durch Rechtsbruch eine genaue Überprüfung erfolgen muss, ob sie tatsächlich zu einer Verfälschung des Wettbewerbs führen.

Erforderlich ist daher jedenfalls eine eigene wettbewerbsrechtliche Prüfung: Nur solche Rechtsverstöße, die sich im Wettbewerb auswirken, sind nach § 4 Nr. 11 UWG auch wettbewerbsrechtlich relevant.¹²³ Nicht unter § 4 Nr. 11 UWG fällt somit z.B. die Überschreitung zulässiger Abgasemissionswerte durch ein Industrieunternehmen, da dies bloß die Herstellung einer Ware, nicht aber deren Absatz auf dem Markt und daher kein Marktverhalten betrifft.¹²⁴ Gleiches gilt für grundsätzliche Regelungen im Steuer-, Arbeits-, Straßenverkehrs- und Datenschutzrecht.¹²⁵

Dahingegen regeln Ladenschlussbestimmungen und Werbebeschränkungen das Marktverhalten, so dass ein Verstoß gegen diese Vorschriften zugleich unlauter ist nach § 4 Nr. 11 UWG. Dazu folgendes Urteil:¹²⁶

Das Inverkehrbringen und Bewerben von Arzneimitteln ohne Zulassung stellt ein nach § 4 Nr. 11 UWG unlauteres Marktverhalten dar, das, da insoweit die Gesundheit der Verbraucher auf dem Spiel steht, auch gemäß § 3 UWG erheblich ist.

Vorschriften, die den *Zugang* bestimmter Personen zu einem Markt regeln (Marktzutrittsregeln: „darf diese Person auf diesem Markt tätig werden“), sind in der Regel keine Marktver-

¹²⁰ Begr. RegE UWG zu § 4 Nr. 11, BT-Drs. 15/1487, S. 19.

¹²¹ BGH GRUR 2000, 1076 – Abgasemissionen.

¹²² LETTL, Rn. 391, 394.

¹²³ KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4, Rn. 11.6.

¹²⁴ BGH GRUR 2000, 1076, 1078 – Abgasemissionen.

¹²⁵ Vgl. KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4, Rn. 11.37 ff.

¹²⁶ BGH NJW 2005, 2705 – Atemtest.

haltensregeln. Ausnahmsweise wird aber auch das Marktverhalten mitbestimmt, wie beispielsweise bei Anforderungen an eine besondere fachliche Fähigkeit (z.B. Rechtsanwalt).¹²⁷

Handelt es sich bei der fraglichen Norm um eine Marktverhaltensregelung, richten sich die Voraussetzungen der Verletzung der Norm nach dem jeweiligen Gesetz (z.B. Arzneimittelgesetz, Ladenschlussgesetz).

D. Irreführende Werbung (§ 5 UWG)

§ 5 ist eine der am häufigsten angewandten Normen des UWG. Sie verbietet Werbeangaben, die geeignet sind, das Publikum irrezuführen. Diesem Irreführungsverbot unterliegen Angaben über die Beschaffenheit, den Ursprung, die Herstellungsart und die Preisbemessung von Waren oder gewerblichen Leistungen.

Für die Beurteilung, wie das Publikum eine Werbung versteht, kommt es auf den verständigen, aufmerksamen und durchschnittlich informierten Verbraucher an. Dies ist das sog. „Verbraucherleitbild“, das durch den Europäischen Gerichtshof festgelegt wurde und auch für die Beurteilung, ob etwas nach § 5 UWG irreführend ist, zugrunde zu legen ist.¹²⁸

I. Struktur der Vorschrift

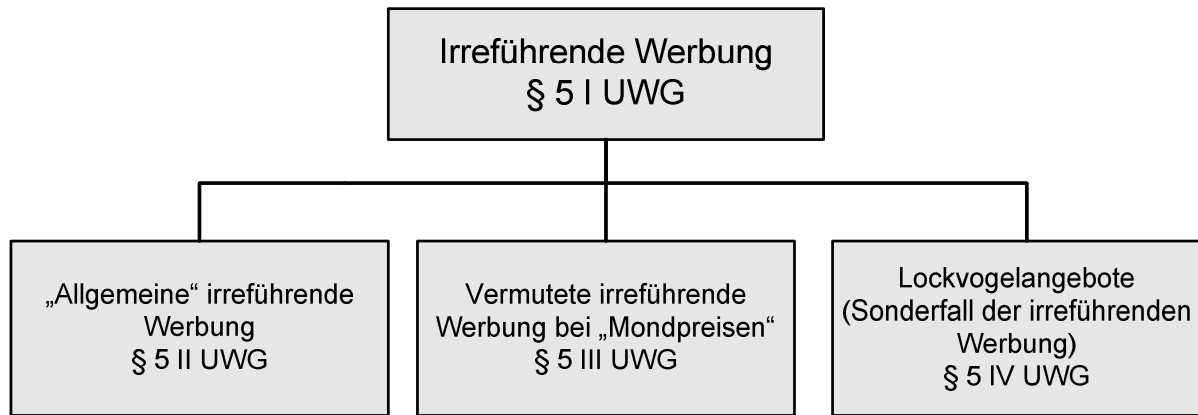
§ 5 UWG wirkt auf den ersten Blick ausgesprochen unübersichtlich. Man kann sich aber folgendes vor Augen halten:

- die Nr. 1-3 in § 5 II UWG dienen nur dazu, mögliche Gegenstände der „allgemeinen“ Irreführung nach § 5 I UWG zu nennen
- Absatz 3 enthält die relativ unwichtige Klarstellung zu bildlichen Darstellungen,
- Absatz 4 vermutet eine Irreführung bei so genannten „Mondpreisen“ und
- Absatz 5 behandelt den Sonderfall der Lockvogelangebote

Insgesamt ergibt sich dieses Bild:

¹²⁷ Begr. RegE UWG zu § 4 Nr. 11, BT-Drs. 15/1487, S. 19.

¹²⁸ Vgl. oben unter § 2 A.I.2: „Verbraucherleitbild“.



Bei den in § 5 UWG vorgenommenen Kategorisierungen geht es um all die Gegenstände, die Erscheinungsformen irreführender Werbung sein können. Bei der im Wettbewerb an den Tag gelegten Kreativität kombiniert Werbung oft mehrere Irreführungselemente, so dass eine Trennscharfe Zuordnung zu einem bestimmten Irreführungstatbestand häufig nicht möglich ist. Dies ist aber mit Blick auf § 5 I UWG gar nicht nötig, da es letztlich nur darauf ankommt, dass die Werbung *insgesamt* als irreführend zu werten ist.

II. Werbung

§ 5 UWG beschränkt sich auf die „Werbung“. Damit wird der an und für sich bestimmende Begriff der Wettbewerbshandlung eingegrenzt. Für § 5 UWG sind damit nur Wettbewerbshandlungen mit einer gewissen Öffentlichkeitswirkung maßgeblich. Eine Definition dessen, was „Werbung“ sein soll, liefert das Lauterkeitsrecht allerdings nicht. Insofern kann aber behelfsweise auf die EU-Werberichtlinie RL 2006/114/EG zurückgegriffen werden. Diese bestimmt in Art. 2:

Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet

a) „Werbung“ jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern.

„Werbung“ unterscheidet sich demnach von der Wettbewerbshandlung im Sinne von § 2 I Nr. 1 UWG nur darin, dass nicht *jede* Handlung mit Wettbewerbsabsicht erfasst ist, sondern nur *Äußerungen bei Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs*.

III. Irreführung

Werbeangaben werden dann als irreführend angesehen, wenn die Gefahr nicht von der Hand zu weisen ist, dass sie von einem nicht unerheblichen Teil des angesprochenen Kundenkreises falsch verstanden werden. Grundsätzlich ergibt sich aus § 5 UWG ein werberechtliches *Wahrheitsgebot*.

- Irreführung ist zum einen, und das ist der einfachste Fall, möglich durch die Verbreitung von *Unwahrheiten* (Lüge). Wer die Preisempfehlung des Herstellers falsch angibt oder in einer Produktwerbung ein ganz anderes Gerät als das beworbene abbildet, täuscht und führt schon aus diesem Grund in die Irre.¹²⁹
- Irreführung heißt aber mehr als Täuschung. Man kann also auch in die Irre führen, ohne direkte Unwahrheiten zu verbreiten, und hier beginnen die Probleme. Die Rede ist von *missverständlichen* Werbeaussagen, also solchen, die sowohl falsch als auch richtig verstanden werden können. Ein Beispiel ist die Bezeichnung einer Kosmetikcreme als „Lifting-Creme“. Dies muss nicht als medizinische Anzeige verstanden werden; ein Missverständnis ist jedoch möglich. Ob eine derartige Angabe irreführend ist, kann im Einzelfall nur unter Zugrundelegung des Verbraucherleitbilds beurteilt werden.¹³⁰
- Irreführend können im Extremfall sogar *wahre* Tatsachen sein, nämlich dann, wenn diese in einen falschen Kontext gestellt werden. Z.B. dann, wenn eine Selbstverständlichkeit als Besonderheit dargestellt wird: Wer eine Milch als „ohne Zusatz von Konservierungsstoffen“ anpreist, führt darüber in die Irre, dass Milch *immer* frei hiervon sein *muss*.
- Ebenso Werbung mit Selbstverständlichkeiten: „Bei uns bekommen Sie zwei Jahre Garantie“ – Wenn nur die gesetzliche Gewährleistungspflicht gemeint ist, ist die besondere Betonung und Hervorstellung, dass es sich um einen zusätzlichen Vorteil für den Käufer handelt, irreführend.
- Irreführung kann schließlich im Verschweigen von Tatsachen liegen. Diesem Tatbestand widmet sich § 5 II 2 UWG. Verschweigen ist Unterlassen. Wie immer im Recht, ist das Unterlassen nur dann relevant, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln bestanden hat. Ein Verschweigenproblem ist damit in Wirklichkeit die Frage nach bestehenden Informationspflichten. Diese bestehen im Grundsatz nicht (vgl. auch § 123 BGB, informationelle Selbstverantwortung) und müssen in Ausnahmefällen mit § 5 II 2 UWG eigens begründet werden: Gefriertruhe als Auslaufmodell.¹³¹

1. „Allgemeine“ irreführende Werbung (§ 5 II 1 Nr. 1-3 UWG)

a) Produktbezogene Irreführung (§ 5 II 1 Nr. 1 UWG)

aa) Beschaffenheitsangaben

Unlautere Beschaffenheitsangaben sind in erster Linie falsche Stoffbezeichnungen, etwa Anpreisung von Halbleinen als Leinen¹³², „Heilbrunnen“ für künstliches Mineralwasser.

¹²⁹ BGH GRUR 2002, 715 – Scanner-Werbung.

¹³⁰ BGH GRUR 1997, 537 – Lifting-Creme (im Ergebnis hat der BGH hier Unlauterkeit angenommen).

¹³¹ BGH GRUR 2000, 616 – Auslaufmodelle III.

¹³² RGZ 58, 282.

Als irreführend wurde weiter angesehen, mit „Hühnergegacker“ im Rundfunk für Eierteigwaren zu werben, die nur mit Trockenei statt mit Frischei hergestellt worden sind.¹³³ Viele Stoffbezeichnungen sind darüber hinaus gesetzlich geschützt. Solche Sondervorschriften bestehen für zahlreiche Lebensmittel, z. B. Bier, Branntwein, Butter, Fleisch und Fleischerzeugnisse, Honig. Auch die Darstellung von freilaufenden Hühnern auf einem Bauernhof ist unzulässig, wenn es sich um Eier aus Legehennenbatterien handelt.¹³⁴

In diesem Zusammenhang das Urteil zu „Haribo Piratos“:¹³⁵

Es ist zudem gemäß §§ 3, 5 UWG, für das Lakritzerzeugnis „Haribo Piratos“ auf der beanstandeten Verpackung (mit einem Anteil von 7,99 % Salmiaksalz) einerseits auf der Vorderseite mit den Hinweisen „Haribo macht Kinder froh und Erwachsene ebenso“ zu werben, wenn gemäß Hinweis auf der Rückseite gilt: „Extra stark, Erwachsenenlakritz - kein Kinderlakritz“. Es existiert zwar eine behördliche Ausnahmegenehmigung in Bezug auf die Verkehrsfähigkeit dieses Produktes mit einem Salmiakgehalt von 7,99 % mit der Maßgabe eines an gut sichtbarer Stelle anzubringenden Hinweises. Jedoch ist eine Irreführung gegeben, weil die Verpackung des Produktes insgesamt den unzutreffenden Eindruck erweckt, dass das angebotene Lakritz für Kinder geeignet sei.

Zur Angabe „Ohne Fett“ auf einem Molke-Drink das OLG Hamburg:¹³⁶

Eine wettbewerbswidrige Werbung liegt dann vor, wenn für einen Molke-Drink auf der Verpackung mit der Angabe „Ohne Fett“ geworben wird, wobei das „O“ deutlich an die Ziffer „0“ erinnert und es der Hersteller unterlässt, unmittelbar im Zusammenhang mit dieser Angabe und unübersehbar darauf hinzuweisen, dass das Produkt tatsächlich noch einen Fettanteil von 0,04 g auf 100 g enthält.

Anders allerdings das OLG Düsseldorf zur Angabe „ohne Fett“ auf „Yoghurt-Gums“:¹³⁷

Die - herausgehobene - Angabe „ohne Fett“ stellt nicht deswegen eine Irreführung des Verkehrs dar, weil die Erzeugnisse in geringem Umfange doch Fett enthalten. Bei streng wörtlicher Auslegung trifft die Angabe allerdings nicht zu. Sie ist aber dennoch nicht zu beanstanden.

Nach den Angaben der Bkl., denen der klagende Verein nicht widerspricht, ist der tatsächlich vorhandene Fettanteil ohne ernährungsphysiologische Wirkungen. Dementsprechend versteht der Verkehr die Aussage. Es ist für ihn irrelevant, ob das Erzeugnis überhaupt kein Fett oder Fett in für die Ernährung unerheblichem

¹³³ BGH GRUR 1961, 544 – Hühnergegacker.

¹³⁴ OLG München WRP 1986, 303.

¹³⁵ OLG Köln, Urt. v. 22.9.2004, 6 U 72/04.

¹³⁶ OLG Hamburg, Urt. v. 12.01.2006, 3 U 154/05.

¹³⁷ OLG Düsseldorf, GRUR-RR, 235 – ohne Fett.

Umfange enthält. Dem Verkehr ist auch bekannt, dass Lebensmittel oft als „frei von ...“ bezeichnet werden, obwohl sie den betreffenden Stoff in ganz geringem Umfange enthalten.

Die letzten beiden Beispiele verdeutlichen, dass es in den meisten Fällen eine Wertungsfrage ist, bei der sich auch die Gerichte nicht immer einig sind. Rechtsicherheit schafft in der Regel letztlich der BGH.

bb) Qualitätsangaben

Auch Qualitätsaussagen können gegen § 5 UWG verstoßen, z.B. die Bezeichnung einer Durchschnittsleistung als Spitzenleistung, „Luxusklasse“ für Herrenbekleidung allenfalls durchschnittlicher Qualität. Eine Ware darf auch nicht ohne weiteres mit Begriffen bezeichnet werden, die auf medizinische Wirkungen schließen lassen.¹³⁸ Die Angabe „fruchtig-frisch“ für rote Grütze aus tiefgefrorenen Früchten ist irreführend.¹³⁹ Weitere „kritische“ Begriffe sind:

- Neu¹⁴⁰
- Natürlich¹⁴¹
- Bio¹⁴²
- Öko¹⁴³
- echt¹⁴⁴
- umweltfreundlich¹⁴⁵

Hier allerdings ist das sich wandelnde Verbraucherleitbild zu beachten: Was dem BGH in den 90er Jahren irreführend erschien, würde heutzutage oft nicht mehr so beurteilt werden.

Eine ebenfalls irreführende Werbung über Qualitätsangaben kann bei so genannter „Testwerbung“ vorliegen. Bei dieser Werbemaßnahme wird auf das (positive) Abschneiden bei Testurteilen von Waren und Dienstleistungen Bezug genommen (z.B. Stiftung Warentest). Dies ist allgemein gesagt dann unlauter, wenn das tatsächliche Testergebnis anders (besser) dargestellt

¹³⁸ BGH GRUR 1991, 849 – Rheumalind II (Bezeichnung „Rheumalind“ für Bettwaren).

¹³⁹ OLG Hamburg ZLR 1999, 791.

¹⁴⁰ Vgl. OLG Koblenz GRUR 1988, 555 („Neueröffnung“ bei eigentlicher „Wiedereröffnung“ unlauter).

¹⁴¹ Vgl. OLG Hamburg WRP 1979, 733 (Traubensaft, der industriell pasteurisiert und gefiltert ist).

¹⁴² Vgl. OLG München WRP 1994, 134 („Bio-Früchte“, wobei nur drei von elf Fruchtarten Bio-Qualität haben).

¹⁴³ Vgl. OLG Karlsruhe ZLR 1994, 391 (keine Unlauterkeit, wenn die EG-Vorschriften zur Bezeichnung „Öko“ eingehalten sind).

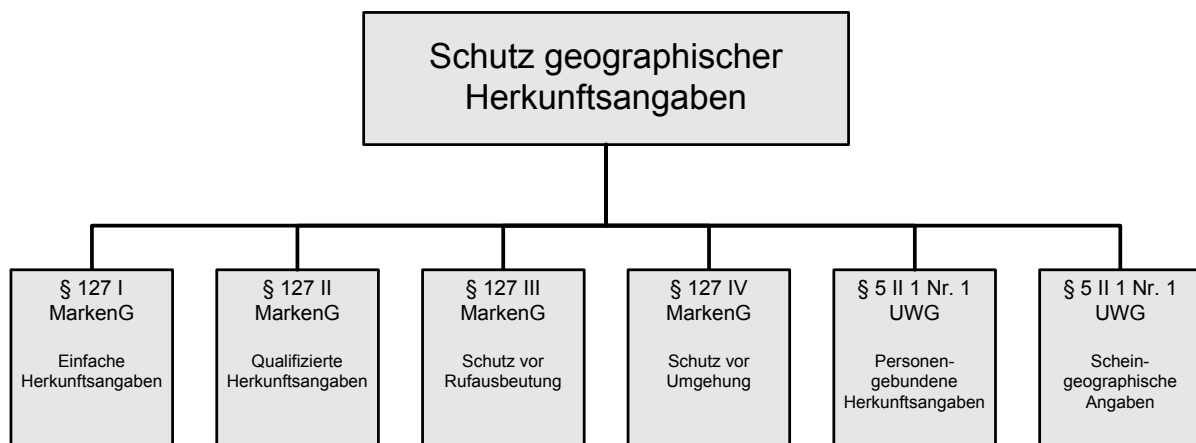
¹⁴⁴ Vgl. OLG Hamburg WRP 1969, 155 (Erwecken des irrigen Eindrucks, es gäbe auch ein „unechtes“ Produkt).

¹⁴⁵ Vgl. BGH GRUR 1991, 548 – Umweltengel (Werbung mit Umweltzeichen ohne Angabe, worin die Umweltfreundlichkeit liegen soll).

wird, als es tatsächlich war. Werbung mit der Testnote „Gut“ ist somit unlauter, wenn nicht zugleich darauf hingewiesen wird, dass von allen getesteten Produkte 10 „Sehr gut“, 11 „Gut“ und eins „Befriedigend“ waren, das beworbene Produkt im Test also allenfalls im Mittelfeld lag.¹⁴⁶

cc) Angaben über geographische Herkunft

Der Schutz geographischer Herkunftsangaben ist mittlerweile in §§ 126 – 129 MarkenG geregelt. Der Schutz nach § 5 II Nr. 1 UWG ist gemäß § 2 MarkenG daneben möglich, allerdings nach der herrschenden Meinung nur soweit das MarkenG keine Regelung vorsieht. Mit anderen Worten, die §§ 126 ff. MarkenG gehen dem UWG vor.¹⁴⁷ Ein inhaltlicher Unterschied ergibt sich dadurch nicht.¹⁴⁸ Auch die Rechtsfolgen des § 128 MarkenG sind denen des UWG gleich, so dass es sich insgesamt um lauterkeitsrechtlich „ausgelagerte“ Tatbestände handelt.



- § 127 I MarkenG schützt einfache Herkunftsangaben, wie Ort, Gegend, Gebiet und Land (vgl. § 126 MarkenG).
- § 127 II MarkenG verbietet weitergehend eine Herkunftsbezeichnung, wenn die Ware oder Dienstleistung nicht auch die mit der Herkunft verbundene Qualität besitzt.
- Bei § 127 III MarkenG handelt es sich streng genommen nicht um einen Lauterkeitstatbestand. Hier geht es um Fälle, bei denen zwar keine Irreführung vorliegt, durch die Herkunftsangabe aber der Ruf einer anderen Herkunftsangabe unlauter ausgebeutet wird.
- § 127 IV MarkenG rundet den Schutz ab, indem ähnliche Herkunftsangaben identischen Herkunftsangaben gleich gesetzt werden, um genauso rufschädigende Umgehungen zu vermeiden.

¹⁴⁶ BGH GRUR 1982, 437 – Test Gut.

¹⁴⁷ PIPER in: Piper/Ohly, § 5, Rn. 323; KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 5, Rn. 4.203.

¹⁴⁸ GÖTTING, § 56, Rn. 3.

- Personengebundene Herkunftsangaben sind Angaben über die ursprüngliche Herkunft einer Ware oder Dienstleistung, wenn der Ort so nicht mehr existiert.¹⁴⁹
- Scheingeographische Angaben sind Angaben mit Fantasiebezeichnungen.¹⁵⁰

Bei der Frage der Irreführung wegen der Verwendung von Orten, Gebieten etc kommt es maßgeblich darauf an, ob es sich tatsächlich (noch) um *Herkunftsangaben* handelt und nicht (schon) um eine *Beschaffenheitsangabe*. Dabei kommt es (wie immer) darauf an, was der *durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher* versteht.

Die Rechtsprechung auf diesem Gebiet ist nicht immer verständlich. So soll „Echter Steinhäger“ aus Steinhagen stammen, nicht aber „Westfälischer Steinhäger“, weil „Steinhäger“ Beschaffenheitsangabe sei und der Zusatz „Westfälischer“ nur auf das Land hinweist.¹⁵¹ „Echtes Eau de Cologne“ muss aber wieder in Köln hergestellt sein.¹⁵² „Dresdner Stollen“ wiederum ist eine Gattungsbezeichnung geworden und keine Herkunftsangabe mehr.¹⁵³

„Große Rechtsprechung“ hat sich zu Bierbezeichnungen entwickelt. So ist die Herkunftsbezeichnung „Bayerisches Bier“ zugleich Beschaffenheitsangabe von Bier nach bayerischer Art. Das Wort „Pils“ ist dagegen noch keine reine Beschaffenheitsangabe, sondern erst in Verbindung mit einem weiteren Herkunftshinweis.¹⁵⁴ Die Bezeichnung „Pilsener - Urquell“ ist allerdings nur für ein Bier zulässig, das aus Pilsen stammt, ebenso muss „Dortmunder Bier“ aus Dortmund kommen.¹⁵⁵

dd) Blickfangwerbung

Die Blickfangwerbung ist ein Beispiel für nicht durch Täuschung, sondern durch Missverständlichkeit hervorgerufene Irreführung. Sie liegt vor, wenn die Werbeaussage drucktechnisch besonders auffallend hervorgehoben ist und die für die Richtigkeit/Zulässigkeit der Aussage erforderliche ergänzende Information nur klein und schwer leserlich erscheint.

Beispiele: besonders groß herausgestellte Zinsversprechen, die tatsächlich nur ausnahmsweise gewährt werden

¹⁴⁹ Vgl. BGH GRUR 1995, 354 – Rügenwalder Teewurst II (Rügenwalde in Hinterpommern existiert unter dieser Bezeichnung nicht mehr).

¹⁵⁰ Vgl. BGH GRUR 1980, 174 – Fürstenthaler (Irreführung, da vermeintliches Weingebiet mit dementsprechender Qualität).

¹⁵¹ BGH GRUR 1957, 128 – Westfälischer Steinhäger.

¹⁵² BGH GRUR 1965, 317 – Kölnisch Wasser.

¹⁵³ BGH GRUR 1989, 440 – Dresdner Stollen I; BGH GRUR 1990, 461 – Dresdner Stollen II.

¹⁵⁴ Vgl. BGH NJW 1974, 143.

¹⁵⁵ Vgl. Dänisches Oberstes Gericht, GRURAusl. 1962, 399 – Dortmunder Bier.

Werbeplakat mit einem Bild von PC mit Monitor, wenn der Monitor nicht im Preis inbegriffen ist¹⁵⁶

Bild von einem anderen Scanner, als der, der beworben wird¹⁵⁷

b) Preisbezogene Irreführung (§ 5 II 1 Nr. 2 UWG)

Das Wahrheitsgebot gilt auch für den Anlass des Verkaufs bzw. die Bezugsart. Unzulässig ist also Werbung, die fälschlicherweise einen Anlass vortäuscht, der auf einen besonders günstigen Preis schließen lässt: Werbung mit Werksverkauf, Notverkauf, Lagerverkauf, Räumungsverkauf, Großhandel, etc.¹⁵⁸

c) Geschäftsbezogene Irreführung (§ 5 II 1 Nr. 3 UWG)

aa) *Alleinstellungsbehauptungen und ähnliches*

Wer seine Ware als „meistgekauft“ anpreist, muss zumindest einen Marktanteil haben, der erheblich über den Marktanteilen der Mitbewerber liegt. Ebenso: „Größter Händler in Europa“ etc.¹⁵⁹

Für Werbungen ohne sachlich Aussage gilt dagegen das Irreführungsverbot nicht: Erlaubt ist es, „mit den schönsten Blumen der Welt“ zu werben,¹⁶⁰ oder den Satz „Mutti gibt mir immer nur das Beste“ für ein Kindernähmittel einzusetzen.¹⁶¹

bb) *Alterswerbung*

Gerne wird in der Werbung das Alter eines Unternehmens, eines Geschäftszweiges oder der Firma hervorgehoben. Mit diesem Hinweis sollen die positiven Aspekte einer langjährigen Tradition betont werden. Diese gehen von der besonderen Erfahrung auf dem betreffenden Gebiet über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, die Zuverlässigkeit und Qualität bis hin zur langjährigen Wertschätzung der Kunden.¹⁶²

¹⁵⁶ BGH GRUR 2003, 249 – Preis ohne Monitor.

¹⁵⁷ BGH GRUR 2002, 715 – Scanner-Werbung.

¹⁵⁸ Vgl. BGH WRP 2005, 474 – Direkt ab Werk.

¹⁵⁹ Vgl. BGH GRUR 1996, 910 – Der meistverkaufte Europas.

¹⁶⁰ Vgl. auch BGH GRUR 2002, 182f. – Das Beste jeden Morgen.

¹⁶¹ BGH GRUR 1965, 363 – Fertigbrei.

¹⁶² BERLIT, Rn. 164.

Beispiel: „Schon über 75 Jahre in ...“, häufig bildlich in einem Ehrenkranz dargestellt.¹⁶³

Alterswerbung ist nur zulässig, wenn sie der Wahrheit entspricht. Wer also mit einem falschen Gründungsjahr oder mit einer nicht zutreffenden Altersangabe wirbt, verstößt gegen das Irreführungsverbot.

Wird mit dem Alter eines Unternehmens oder eines Geschäftszweiges geworben, so muss das Unternehmen während der gesamten Zeit ununterbrochen bestanden haben. Das gegenwärtige Unternehmen muss trotz aller im Laufe der Zeit eingetretenen Änderungen noch mit dem früheren Unternehmen als identisch angesehen werden. Unerheblich ist es, ob die Rechtsform oder der (handelsregisterliche) Name (Firma) des Unternehmens gewechselt hat. Ebenso wenig schadet ein Eigentümerwechsel in Form einer Rechtsnachfolge, wenn es dem Rechtsnachfolger vertraglich erlaubt wurde, die alte Firma weiterzuführen.¹⁶⁴

cc) Anonyme Werbung - Kennzeichnung gewerblicher Inserate - Chiffrewerbung

In letzter Zeit kommt es in Mode, einzelne Artikel in den Kleinanzeigen der örtlichen Tageszeitungen anzubieten. Dadurch wird beim interessierten Publikum der Eindruck erweckt, ein Privatmann verkaufe bislang selbst genutzte Gegenstände. Insbesondere auf dem Gebrauchtwagenmarkt wird dieses Verhalten häufig praktiziert. Die Rechtsprechung legt hier besonders strenge Maßstäbe an. Sie ist der Auffassung, dass Gewerbetreibende sich in den Kleinanzeigen eindeutig zu erkennen geben müssen. Typisch ist eine solche irreführende Anzeigen- oder Internetwerbung gegenüber Endverbrauchern unter einer Chiffrenummer oder Decknamen nur mit einer Telefonnummer nur mit einer Schließ- oder Postfachadresse. Der Unternehmer darf sich nicht tarnen, sondern muss als Gewerbetreibender zu erkennen sein. Soweit Abkürzungen verwendet werden, müssen diese für den Verbraucher eindeutig sein.

Zulässig ist es beispielsweise wenn aus dem Unternehmensnamen (Muster-GmbH), durch die Vielzahl der Angebote und durch einen erklärenden Zusatz in der Werbung („gewerblich“ – nicht abgekürzt) der gewerbliche Charakter deutlich wird. Unzulässige Abkürzungen sind z.B.: „gw.“, „gew.“, „Hdl.“, „Verm.“, „Fa.“ Kommen allerdings zusätzlich Umstände hinzu, aus denen der gewerbliche Charakter eindeutig ersichtlich ist, z.B. durch die Aufmachung oder Platzierung des Inserats, können auch solche Abkürzungen wieder zulässig werden.

Bei der Immobilienwerbung gelten Besonderheiten: Die Abkürzung „Immob.“ für Immobilienmakler wird von der Rechtsprechung als ausreichend anerkannt, weil sie seit Jahrzehnten allgemein gebräuchlich ist. Abkürzungen wie „IM“, „Imm.“ oder „IMB“ für Immobilienbüros sind dagegen nicht eindeutig genug und daher unzulässig. Zwingend vorgeschrieben ist die vollständige Namens-/Firmenangabe bei Inseraten, mit denen Wohnungsvermittler Wohnräume zur Miete anbieten oder suchen.

Wirbt ein Unternehmer in einer Zeitung oder im Internet, ohne darauf hinzuweisen, dass er Gewerbetreibender ist, so ist dies unzulässig. Es darf nicht der Eindruck eines Privatangebots erweckt werden – dies kann ein Umstand sein, der für den Kaufentschluss des Lesers wesentlich ist, so dass er allein hierdurch wettbewerbsrechtlich relevant wird. Der Eindruck eines

¹⁶³ Vgl. BGH GRUR 1962, 310 – Gründerbildnis.

¹⁶⁴ PIPER in: Piper/Ohly, § 5, Rn. 639.

Privatangebots wird noch eher bei Kleinanzeigen erweckt, da in derartigen Annoncen vorwiegend Privatleute inserieren. Umso mehr muss hierbei auf die Gewerblichkeit des Angebotes hingewiesen werden.

Diese Grundsätze gelten auch im Internet (deshalb gibt es ausführliche gesetzliche Regelungen zu Informationspflichten) und insbesondere auch für gewerbliche Anbieter bei Internetauktionen.

Dazu folgende Fälle:

- BGH GRUR 2005, 1061 – Telefonische Gewinnauskunft:

„Gewinnbenachrichtigung“ unter 0190-Nummer ist irreführende Werbung:

Der u. a. für Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hatte über die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von „Gewinnbenachrichtigungen“ an Verbraucher zu entscheiden.

Die Beklagten hatten unaufgefordert Schreiben an private Endverbraucher versandt, in denen diesen mitgeteilt wurde, sie hätten einen von vier abgebildeten Preisen gewonnen. Die Schreiben enthielten u. a. im Zusammenhang mit der Abbildung der Preise einen durch eine Umrandung eingerückten Hinweis, in dem unter der Angabe „GEWINN-AUSKUNFT“ eine 0190-Telefonnummer angeführt war. Unter dieser Nummer erreichte der Anrufer eine Telefonansage, bei der ihm keine Auskünfte über seinen individuellen Gewinn gegeben, sondern die Preise nur allgemein beschrieben wurden. Das Anschreiben enthielt weiter eine „Unwiderrufliche Gewinn-Anforderung“, durch deren Rücksendung der Adressat unter Begleichung von „anteiligen Organisations-Kosten“ in Höhe von 50 DM um die Überstellung seines Gewinnes bitten konnte.

Landgericht und Berufungsgericht haben die vom Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände erhobene Unterlassungsklage als begründet angesehen.

Der Bundesgerichtshof hat die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten zurückgewiesen. Der Hinweis auf die „Gewinn-Auskunft“ unter Angabe der 0190-Telefonnummer stelle eine nach §§ 3, 5 Abs. 1 UWG unlautere irreführende Werbung dar, weil dem Verbraucher unter der entgeltpflichtigen Telefonnummer nicht die von ihm nach der übrigen Gestaltung des Anschreibens erwartete Auskunft über seinen Gewinn erteilt werde. Die Aufforderung, „anteilige Organisationskosten“ in Höhe von 50 DM zu zahlen, sei gem. § 4 Nr. 5 UWG als wettbewerbswidrig anzusehen. Nach dieser Vorschrift handelt unlauter, wer bei Preisausschreiben oder Gewinnspielen mit Werbecharakter die Teilnahmebedingungen nicht klar und eindeutig angibt. Eine Aufforderung, einen Kostenbeitrag zum Gewinnspiel zu leisten, rechne zu dessen Teilnahmebedingungen. Ihr fehle die gebotene Eindeutigkeit, wenn der Verbraucher wie im vorliegenden Fall nicht erkennen könne, wofür der angeforderte „Organisationsbeitrag“ verwendet werde.

Urteil vom 9. Juni 2005 – I ZR 279/02

- OLG Celle, GRUR-RR 2007, 111:

Hörgeräte-Werbung „Handeln Sie jetzt, so lange die Krankenkassen noch Zuschüsse übernehmen“ ist irreführend:

Die Werbeaussage eines Hörgerätevertriebs „Handeln Sie jetzt, so lange die Krankenkassen noch Zuschüsse übernehmen“ ist irreführend. Die Werbung erweckt bei den angesprochenen Verbrauchern den unzutreffenden Eindruck, dass eine Streichung der Zuschüsse für Hörgeräte der gesetzlichen Krankenkasse unmittelbar bevorsteht. Auch stellt diese Werbung eine Wettbewerbshandlung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar: Die Werbeanzeige bezweckt und ist auch objektiv geeignet, die Kunden dazu zu bewegen, sich für einen kurzfristigen Kauf bei dem werbenden Hörgeräteunternehmer zu entscheiden.

Urteil vom 09.11.2006, 13 U 120/06

2. Vermutete irreführende Werbung bei „Mondpreisen“ (§ 5 IV UWG)

§ 5 IV 1 UWG lautet wie folgt:

Es wird vermutet, dass es irreführend ist, mit der Herabsetzung eines Preises zu werben, sofern der Preis nur für eine unangemessen kurze Zeit gefordert worden ist.

§ 5 IV 1 UWG enthält somit eine *Vermutung* dahingehend, dass es irreführend ist, mit reduzierten Preisen zu werben (Sonderveranstaltungen), wenn der frühere (höhere) Preis vorher *nicht ernsthaft* über einen längeren Zeitraum hinweg verlangt worden ist.¹⁶⁵ Ist streitig, ob es sich tatsächlich um eine unzulässige Mondpreiswerbung handelt, greift nach § 5 IV 2 UWG sogar eine *Beweislastumkehr* ein und der Werbende muss nachweisen, ob und wie lange er einen bestimmten Preis gefordert hat.

Die Vermutung ist allerdings *widerlegbar*, so dass sich der Werbende entlasten kann. Gründe hierfür sind z.B. Angleichung an die Marktsituation, falsche Kalkulation, ausnahmsweise Angemessenheit einer bloß kurzen Zeit. An die Widerlegung sind jedoch hohe Anforderungen zu stellen.¹⁶⁶

3. Lockvogelangebote (§5 V UWG)

In § 5 V UWG ist die so genannte Lockvogelwerbung geregelt:

¹Es ist irreführend, für eine Ware zu werben, die unter Berücksichtigung der Art der Ware sowie der Gestaltung und Verbreitung der Werbung nicht in angemessener Menge zur Befriedigung der zu erwartenden Nachfrage vorgehalten

¹⁶⁵ Vgl. BGH GRUR 2000, 337 – Preisknaller.

¹⁶⁶ LETTL, Rn. 438.

ist.² Angemessen ist im Regelfall ein Vorrat für zwei Tage, es sei denn, der Unternehmer weist Gründe nach, die eine geringere Bevorratung rechtfertigen.³ Satz 1 gilt entsprechend für die Werbung für eine Dienstleistung.

Lockvogelwerbung bedeutet, dass einzelne Produkte besonders preisgünstig verkauft und beworben werden, damit der Verbraucher zum einen überhaupt in das entsprechende Ladenlokal hineingeht und er zum anderen diese Preiskalkulation als beispielhaft für das gesamte Sortiment ansieht, während in Wirklichkeit die übrigen Artikel normal kalkuliert und nicht preisgünstiger als anderswo sind.¹⁶⁷

Unzulässig ist die Lockvogelwerbung insbesondere dann, wenn die beworbene Ware nicht oder nur in unzureichenden Mengen zur Verfügung steht. Hierbei ist die Art der Ware und ihre Gestaltung und Verbreitung zu berücksichtigen, um die zu erwartende Nachfrage ermitteln und beurteilen zu können, wie groß der angemessene Vorrat sein muss.¹⁶⁸

§ 5 Abs. 5 UWG legt fest, dass im Regelfall ein Vorrat für zwei Tage angemessen ist, es sei denn, der Unternehmer weist Gründe nach, die eine geringere Bevorratung rechtfertigen.

Der bloße Hinweis „Solange der Vorrat reicht“ führt nicht dazu, dass die Zweitagefrist verkürzt wird. Zulässig wäre aber die Angabe auf eine bestimmte Anzahl von Ware („200 Hosen“). Dies ist insbesondere bei Restposten sinnvoll, wenn nicht mehr Ware vorhanden ist und sie nicht nachbestellt werden kann. Vorsicht ist aber geboten, wenn der Vorrat nur sehr gering ist (z.B. nur fünf Exemplare). In diesen Fällen sollte von einer besonderen Werbung hierfür in Zeitungsbeilagen o. ä. abgesehen werden und stattdessen diese Ware nur im Ladenlokal als Einzelangebot dargestellt werden.

Entlasten kann sich der Werbende, wenn er die unzureichende Bevorratung nicht zu vertreten hat. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Konkurrent den gesamten Vorrat „wegkauft“ oder die Ware aus Gründen höherer Gewalt zerstört wird.¹⁶⁹

Das Gesetz sieht ausdrücklich nur die Verkürzung aus besonderem Grund vor. Es ist aber damit zu rechnen, dass entsprechend der bisherigen Rechtsprechung dann ein längerer Vorrat gefordert wird, wenn nach der Art der Werbung damit zu rechnen ist.¹⁷⁰

Unzulässig ist es, eine besonders billige Ware anzukündigen, die im Laden dann nicht vorgezeigt werden kann oder die dem Werbenden nur in unzureichenden Mengen zur Verfügung steht. Eindeutig ist dabei folgender Situation: Ein Kfz-Händler inseriert einen besonders günstigen VW Golf bestimmter Beschaffenheit. Das Fahrzeug ist bei ihm aber nicht vorhanden. Er

¹⁶⁷ KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 5, Rn. 8.2; LETTL, Rn. 441, 445.

¹⁶⁸ KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 5, Rn. 8.11 ff.

¹⁶⁹ LETTL, Rn. 444; vgl. auch BERLIT, Rn. 266.

¹⁷⁰ Vgl. BGH GRUR 1999, 1011 – Werbebeilage (irreführende Werbung für EDV-Artikel in einer Zeitungsbeilage, wenn die beworbenen Geräte nicht eine Woche nach Erscheinen der Beilage vorrätig sind).

will nur das interessierte Publikum auf seinen Verkaufsplatz locken, um dann andere Fahrzeuge zu verkaufen.¹⁷¹

Ein fast klassisches Beispiel eines Lockvogelangebots ist folgender Fall.¹⁷² Ein Fotofachgeschäft warb in der Zeitung für eine chromfarbene Kamera zu einem besonders günstigen Preis. Am folgenden Montag hatte ein Verkäufer des Geschäfts einen nachfragenden Kunden dahin beschieden, dass die annoncierte Kamera nicht vorhanden sei, er aber das gleiche Modell in schwarzer Ausführung zu einem höheren Preis erhalten könne.

Im Übrigen hängt hier vieles von den Umständen des Einzelfalles ab. Ein preisgünstiges Einzelangebot darf nicht als Aussage über die besonders günstige Preisbemessung des gesamten Angebots verstanden werden dürfen. „Sonderangebote“ sind je nach Geschäftsgröße in einer ausreichenden Zahl vorzuhalten.¹⁷³

IV. Relevanz der Irreführung

Es ist nicht Aufgabe des Lauterkeitsrechts die Marktteilnehmer vor jeglichen Irrtümern zu bewahren sondern nur vor denen, die sich auch tatsächlich auf den Wettbewerbsmarkt auswirken können. Als ungeschriebenes Merkmal kommt daher die Relevanz der Irreführung hinzu.¹⁷⁴ Die Irreführung der Marktteilnehmer muss *dazu geeignet sein, das Marktverhalten zu beeinträchtigen*. Wenn eine Werbemaßnahme zwar irreführend ist, aber beispielsweise keinen Einfluss auf das Konsumverhalten der Verbraucher hat, ist es lauterkeitsrechtlich unschädlich und muss auch nicht durch das Lauterkeitsrecht unterbunden werden.

E. Vergleichende Werbung (§ 6 UWG)

I. Systematik der Vorschrift

§ 6 UWG ist vergleichsweise einfach strukturiert. In Absatz 1 wird zunächst gesetzlich definiert, was vergleichende Werbung ist.

Absatz 2 enthält *abschließend* die Kriterien für die *Unlauterkeit* vergleichender Werbung. Das Gesetz geht somit ersichtlich davon aus, dass vergleichende Werbung *grundsätzlich zulässig* ist. Nur, wenn eine der Nummern 1 bis 6 vorliegt, ist die vergleichende Werbung unlauter. Hintergrund dieser Regelung ist die europäische Harmonisierung im Bereich der vergleichenden Werbung.¹⁷⁵ Vergleichende Werbung ist im Interesse des Verbrauchers ausdrücklich er-

¹⁷¹ Vgl. auch BGH GRUR 2000, 911 – Computerwerbung I.

¹⁷² BGH GRUR 1983, 650 – Kamera.

¹⁷³ LETTL, Rn. 445.

¹⁷⁴ BGH GRUR 2002, 715, 716 – Scanner-Werbung; Begr. RegE UWG zu § 5, BT-Drs. 15/1487, S. 19.

¹⁷⁵ Vgl. jetzt RL 2006/114/EG.

wünscht,¹⁷⁶ solange der Wettbewerb dadurch nicht verzerrt wird, Mitbewerber unangemessen geschädigt und letztlich der Verbraucher benachteiligt wird.¹⁷⁷

Absatz 3 konkretisiert lediglich die Anforderungen zulässiger vergleichender Werbung, wenn sich die Werbung auf besondere Bedingungen bezieht.

II. Vergleichende Werbung

Wie oben bereits erwähnt wird die vergleichende Werbung in § 6 I UWG legaldefiniert:

Vergleichende Werbung ist jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar, einen Mitbewerber oder die von einem Mitbewerber angebotenen Waren oder Dienstleistungen erkennbar macht.

Der Begriff der Werbung ist derselbe wie bei § 5 UWG. Insofern wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.¹⁷⁸

Die Werbung kann den Mitbewerber bzw. dessen Waren oder Dienstleistungen ausdrücklich nennen. Es reicht allerdings auch aus, dass die Marktteilnehmer der Werbung entnehmen können, wer bzw. welche Produkte gemeint sind. Dies ist der Fall, wenn sich die Anspielung dem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher geradezu aufdrängt.¹⁷⁹

Nach dem Gesetzeswortlaut ist es nicht notwendig, dass der Werbende und der Mitbewerber in Beziehung zueinander gebracht werden.¹⁸⁰ Die Produkte müssen also nur gemeinsam genannt werden, eine Hervorhebung der Unterschiede ist nicht notwendig.¹⁸¹ Merkwürdigerweise gibt es daher die vergleichende Werbung ohne Vergleich.

III. Unlautere vergleichende Werbung

§ 6 II UWG bestimmt, welche vergleichende Werbung im Sinne von § 6 I UWG unlauter ist:

Unlauter im Sinne von § 3 handelt, wer vergleichend wirbt, wenn der Vergleich:

¹⁷⁶ RL 2006/114/EG, Erwägungsgrund Nr. (8).

¹⁷⁷ RL 2006/114/EG, Erwägungsgründe Nr. (9) – (11).

¹⁷⁸ Siehe oben § 2 D. II.

¹⁷⁹ KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 6, Rn. 35.

¹⁸⁰ So die alte Rechtsprechung, vgl. nur BGH GRUR 2002, 982 – Die „STEINZEIT“ ist vorbei.

¹⁸¹ BGH GRUR 2004, 607, 611 – Genealogie der Düfte; EuGH Slg. 2001, I-7948, Rn. 51 – Toshiba/Katun; LETTL, Rn. 468 f.; a.A. KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 6, Rn. 19 f., der insoweit für eine richtlinienkonforme Auslegung plädiert.

1. – 6. (...)

Während der Vergleich keine begriffliche Voraussetzung für die vergleichende Werbung in Absatz 1 ist, verlangt § 6 II UWG allerdings, dass ein Vergleich vorliegt. Ein Vergleich liegt dann vor, wenn die Mitbewerber bzw. deren Produkte einander gegenübergestellt werden.¹⁸²

Dieser Vergleich ist nach § 6 II UWG unlauter, wenn *eine* der Voraussetzungen der Nr. 1 – 6 vorliegt.

Vergleichende Werbung gilt demnach, was den Vergleich anbelangt, als *zulässig*, sofern folgende Bedingungen erfüllt sind:

- Sie vergleicht Waren oder Dienstleistungen für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung. Damit wird der Vergleich auf im Wettbewerb stehende Produkte beschränkt. Bei Waren ist dies relativ sicher und einfach zu handhaben. Dienstleistungen sind demgegenüber wesentlich komplexer und setzen sich aus vielen Faktoren, beispielsweise der Geschwindigkeit, dem Service rund um die Leistungserbringung, den gewährten Verbraucherrechten etc. zusammen; **§ 6 II Nr. 1 UWG**.

Beispiele: Erlaubt ist der Vergleich zwischen Müsli- und Schokoriegel¹⁸³, verboten hingegen der Vergleich von Wirtschaftszeitung und Lotteriegemeinschaft wegen Möglichkeit der Geldvermehrung¹⁸⁴

Preisvergleich: Auch dürfen Preise miteinander verglichen und die Konkurrenz beim Namen genannt werden. Beispiel: „A-Markt, B-Markt und C-Markt: Überall bekommen Sie „O-Saft“, bei uns zahlen Sie den niedrigsten Preis!“ Die Richtlinie erlaubt gerade den Preisvergleich. Hier dürfte der häufigste Anwendungsfall der neuen Rechtslage liegen

- Sie vergleicht objektiv eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbar und typische Eigenschaften oder den Preis dieser Waren und Dienstleistungen; **§ 6 II Nr. 2 UWG**

Beispiel: Unzulässig ist: „Unser Reparaturservice ist freundlicher als bei Y: bei jeder Reparatur erhalten Sie eine Tasse Kaffee“

- Sie führt im geschäftlichen Verkehr nicht zu Verwechslungen zwischen dem Werbenden und einem Mitbewerber oder zwischen den von diesen angebotenen Waren oder Dienstleistungen oder den von ihnen verwendeten Kennzeichen (Marken, Geschäftsbezeichnungen, geographische Herkunftsangaben); **§ 6 II Nr. 3 UWG**.

Beispiel: Durch den Vergleich wird der Eindruck erweckt, es handle sich um Produkte desselben Herstellers¹⁸⁵

¹⁸² KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 6, Rn. 20.

¹⁸³ OLG Hamburg GRUR-RR 2003, 251.

¹⁸⁴ BGH GRUR 2002, 828 – Lottoschein.

¹⁸⁵ Vgl. BERLIT, Rn. 146h.

- Durch sie wird die Wertschätzung eines von einem Mitbewerber verwendeten Kennzeichens (Marke, Geschäftsbezeichnung, geographische Herkunftsangabe) nicht in unlauterer Weise ausgenutzt oder beeinträchtigt. Folge dieser Regelung ist, dass auch unbekannte Kennzeichen gegen die unlautere Benutzung von ähnlichen Kennzeichen geschützt werden; **§ 6 II Nr. 4 UWG**.

Beispiel: Unlauter ist es zielgerichtet die Bekanntheit einer Marke auszunutzen, um den guten Ruf auf sein eigenes Produkt zu übertragen¹⁸⁶

- Durch sie werden die Waren, die Dienstleistungen, die Tätigkeiten oder die persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers nicht herabgesetzt oder verunglimpft; **§ 6 II Nr. 5 UWG**.

Beispiel: Die Aussage „Billige Composite-Racketts (Graphite-Fiberglas) muten wir Ihnen nicht zu“ für Tennisschläger der Konkurrenz ist eine pauschale Herabsetzung¹⁸⁷

- Sie stellt nicht eine Ware oder eine Dienstleistung als Imitation oder Nachahmung einer unter einem geschützten Kennzeichen (Marke, Geschäftsbezeichnung, geographische Herkunftsangabe) vertriebenen Ware oder Dienstleistung dar; **§ 6 II Nr. 6 UWG**.

Beispiel: „Diese Tasche ist eine perfekte Kopie einer Gucci-Handtasche; den Unterschied bemerkt niemand!“

- Außerdem darf sie keine irreführenden Angaben über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die Beschaffenheit, den Ursprung, die Herstellungsart oder die Preisbemessung einzelner Waren oder gewerblicher Leistungen oder des gesamten Angebots, über Preislisten, über die Art des Bezugs oder die Bezugsquelle von Waren, über den Besitz von Auszeichnungen, über den Anlass oder den Zweck des Verkaufs oder über die Menge der Vorräte enthalten. Dieses allgemeine Irreführungsverbot des neuen § 5 UWG findet auch auf vergleichende Werbung Anwendung; **§ 5 III F. 1 UWG**.
- Bezieht sich der Vergleich auf ein Angebot mit einem besonderen Preis oder anderen besonderen Bedingungen, so sind der Zeitpunkt des Endes des Angebots und, wenn dieses noch nicht gilt, der Zeitpunkt des Beginns des Angebots eindeutig anzugeben. Gilt das Angebot nur so lange, wie die Waren oder Dienstleistungen verfügbar sind, so ist darauf hinzuweisen; **§ 6 III UWG**.

F. Unzumutbare Belästigung (§ 7 UWG)

Nach der UWG-Reform enthält der Gesetzestext in § 7 UWG ein ausdrückliches Verbot unzumutbarer Belästigungen. Werbung ist im geschäftlichen Verkehr unerlässlich. Ohne sie besteht regelmäßig kaum eine Möglichkeit, potentielle Kunden auf das eigene Waren- oder Dienstleistungsangebot aufmerksam zu machen. Allerdings ist Werbung nicht in jeder Form zulässig. Untersagt sind daher belästigende Werbemethoden. Unlauter ist danach die Belästigung potentieller Kunden durch aufdringliche, unverlangte Werbung. In § 7 II Nr. 1 UWG

¹⁸⁶ BERLIT, Rn. 146j.

¹⁸⁷ BGH GRUR 1998, 824, 828 – Testpreis-Angebot.

verwendet der Gesetzgeber den Begriff des „Empfängers“. Dadurch wird klargestellt, dass über § 7 UWG ausschließlich Werbemaßnahmen in Form von individueller Kommunikation gegenüber einem einzelnen Adressaten erfasst werden. § 7 UWG regelt dementsprechend das Direktmarketing mittels Brief-, Telefon-, Telefax-, E-Mail-, Voice-Mail-, SMS-Werbung und Werbung durch persönliches Ansprechen.¹⁸⁸

Der größte Teil der Vorschrift des § 7 UWG dient der Umsetzung der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, durch die der Gemeinschaftsgesetzgeber eine möglichst weitreichende Liberalisierung und Erweiterung der grenzüberschreitenden Kommunikation erreichen möchte.¹⁸⁹ Erfasst werden sollen die Wettbewerbshandlungen, die bereits wegen der Art und Weise unabhängig von ihrem Inhalt als Belästigung empfunden werden. Die Belästigung zeigt sich darin, dass die Wettbewerbshandlung den Empfängern aufgedrängt wird. Der Wortlaut dieser Vorschrift stellt sicher, dass nicht jede geringfügige Belästigung als unlauter eingestuft wird, sondern nur diejenigen wettbewerbswidrigen Belästigungen unlauter im Sinne des § 3 UWG sind, die „unzumutbar“ sind. Wenn eine Werbemaßnahme subjektiv vom Verbraucher zwar als belästigend empfunden wird, die Werbemethode aber als nicht „unzumutbar“ einzustufen ist, fehlt es an der Tatbestandsvoraussetzung der Unlauterkeit nach § 3 UWG.¹⁹⁰

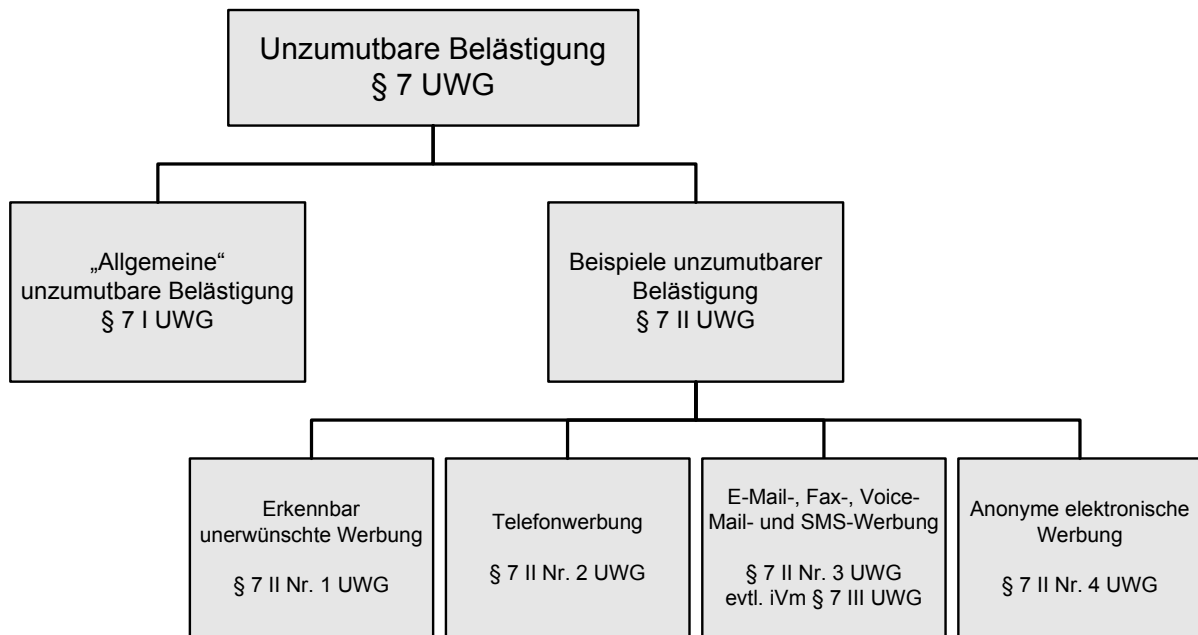
I. Struktur der Vorschrift

§ 7 UWG ist ähnlich aufgebaut wie die §§ 4 und 5 UWG. Absatz 1 bestimmt allgemein, dass unzumutbare Belästigungen unlauter sind. Was eine unzumutbare Belästigung ist, regelt beispielhaft und damit *nicht abschließend* Absatz 2. Dies bedeutet im Umkehrschluss allerdings nicht, dass jede Werbung zulässig ist, wenn kein entgegenstehender Wille erkennbar ist. Hier muss vor allem auf die Fälle hingewiesen werden, in denen der Empfänger einen entgegenstehenden Willen gar nicht erkennbar machen kann, z. B. beim Zusenden von nicht bestellten Waren. Absatz 3 knüpft an § 7 II Nr. 3 UWG an und enthält eine Ausnahme für Werbung mittels elektronischer Post. Insgesamt ergibt sich damit folgendes Bild:

¹⁸⁸ KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 7, Rn. 28 ff.

¹⁸⁹ RL 2002/58/EG, Erwägungsgründe (40) – (43).

¹⁹⁰ Vgl. KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 7, Rn. 2.



Der Verweis auf § 3 UWG in Absatz 1 soll sicherstellen, dass das Verbot nur bei gleichzeitigem Vorliegen der Voraussetzungen des § 3 UWG greift. Es muss deshalb eine Wettbewerbshandlung vorliegen, die eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs bewirkt und das Tatbestandsmerkmal der Unlauterkeit erfüllt. Das Merkmal der Unzumutbarkeit dient dazu, geringfügige Belästigungen vom Verbot ausschließen. Aufgrund der vielfältigen Erscheinungsformen der belästigenden Werbung ist die Schwelle aber auch nicht zu hoch anzusetzen. Über § 7 UWG sollen vor allem die Fälle erfasst werden, „in denen sich die Belästigung zu einer solchen Intensität verdichtet hat, dass sie von einem großen Teil der Verbraucher als unerträglich empfunden wird“.¹⁹¹

II. Werbung per Brief (§ 7 II Nr. 1 UWG)

Nach § 7 II Nr. 1 UWG liegt eine unzumutbare Belästigung bei einer Werbung vor, wenn erkennbar ist, dass der Empfänger diese Werbung nicht wünscht. Wo allerdings ein entgegenstehender Wille nicht erkennbar gemacht werden kann – z.B. beim Ansprechen auf öffentlichen Straßen oder Zusenden unbestellter Waren – wird es laut Gesetzgeber zu Einzelfallentscheidungen kommen.¹⁹²

Typische Beispiele sind Briefkastenwerbung und Werbewurfsendungen (Werbebriefe, Handzettel, Prospekte u. a.). Diese sind grundsätzlich zulässig. Hat allerdings der Empfänger einer individuell gestalteten Briefwerbung den Werbenden aufgefordert, von weiteren Werbesendungen abzusehen, ist dieser Wunsch zu respektieren. Auch der Aufkleber am Briefkasten

¹⁹¹ Begr. RegE UWG zu § 7 Absatz 1, BT-Drs. 15/1487, S. 20 f.

¹⁹² Begr. RegE UWG zu § 7 Absatz 1 Nummer 1, BT-Drs. 15/1487, S. 21.

muss beachtet werden, mit dem sich eine Person gegen den Einwurf von Werbematerial und Anzeigenblättern wehrt.¹⁹³

Selbstverständlich muss die Werbung auch inhaltlich den übrigen Wettbewerbsregeln entsprechen. Es darf unter anderem dem Empfänger nicht der Eindruck vermittelt werden, es läge keine Werbung, sondern eine persönliche Empfehlung des erworbenen Produktes durch einen Bekannten oder einen Freund vor. Solches Irreführen wurde bei handschriftlichen „Haftnotizen“ angenommen, bei denen der Empfänger glauben sollte, es handele sich um eine weitergeleitete Briefsendung mit einer persönlichen Empfehlung.¹⁹⁴

III. Werbung per Telefon (§ 7 II Nr. 2 UWG)

Von einem Fernsprechteilnehmer nicht erbetene Anrufe zu Werbezwecken sind als aufdringliche und belästigende Werbung und deshalb unzulässig anzusehen. Das gilt grundsätzlich auch für Anrufe unter Gewerbetreibenden. Ausnahmen gelten nur dann, wenn der Angesprochene den Anruf selbst gewünscht hat oder wenn berechtigter Anlass zu der Annahme besteht, der Angerufene sei mit dem Anruf uneingeschränkt einverstanden (dies ist bei ständiger Geschäftsbeziehung anzunehmen).¹⁹⁵

So genannte Kaltanrufe, um Neukunden zu gewinnen, sind demnach wegen Kundenfangs durch Belästigung nach § 7 II Nr. 2 UWG verboten.

Die Zulässigkeit von Werbung mittels Telefon wird in unterschiedlicher Weise gegenüber Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern bzw. Gewerbetreibenden geregelt. Telefonwerbung, die an den Verbraucher gerichtet ist, wird dahingehend eingeschränkt, dass diese ohne vorher eingeholtes ausdrückliches Einverständnis als wettbewerbswidrig und unlauter nach gilt. Dieselbe Werbemaßnahme gegenüber sonstigen Marktteilnehmern ist wettbewerbsrechtlich anders zu bewerten und erfordert – wie nach der bisherigen Rechtsprechung – nur die mutmaßliche bzw. stillschweigende Einwilligung.¹⁹⁶ Eine mutmaßliche Einwilligung liegt dabei in der Regel vor, wenn der der Gewerbetreibende ein objektives Interesse an der Werbung hat. Grund für die unterschiedliche Behandlung ist, dass bei Verbrauchern im Gegensatz zu Gewerbetreibenden unmittelbar die Privatsphäre betroffen ist und bei Gewerbetreibenden eher mit Interesse an der Werbung zu rechnen ist.¹⁹⁷

IV. Werbung per Fax, E-Mail, Voice-Mail und SMS (§ 7 II Nr. 3 UWG)

Telefax-Geräte sind heute im geschäftlichen wie im privaten Bereich so stark verbreitet, dass man als Werbender auf diesem Wege praktisch flächendeckend den potentiellen Kunden er-

¹⁹³ KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 7, Rn. 23.

¹⁹⁴ Vgl. BGH GRUR 1973, 552, 553 – Briefwerbung.

¹⁹⁵ Vgl. BGH GRUR 2004, 520 – Telefonwerbung für Zusatzeintrag.

¹⁹⁶ Vgl. nur BGH GRUR 2000, 818 – Telefonwerbung VI.

¹⁹⁷ LETTL, Rn. 535.

reichen kann. Im Unterschied beispielsweise zu Postwurfsendungen muss aber hier der Empfänger das Gerät einschließlich des Papiers und des Toners ständig betriebsbereit halten, um Telefaxe empfangen zu können. Das Gerät ist beim Eingang von Werbeschreiben vorübergehend blockiert und kann kein anderes Fax empfangen.¹⁹⁸

Aus diesen Gründen sieht die Rechtsprechung (auch der BGH) in der unverlangten Zusendung von Werbefaxen in der Regel eine unzumutbare Belästigung des Empfängers und damit einen Verstoß gegen § 7 II Nr. 3 UWG.¹⁹⁹

Nur ausnahmsweise ist diese Form der Werbung zulässig, nämlich wenn der Empfänger ausdrücklich mit der Übersendung einverstanden ist. Fehlt das Einverständnis des Empfängers, so ist die Fax-Werbung grundsätzlich wettbewerbswidrig und daher unzulässig.

Nicht wesentlich anders sieht es bei der Werbung durch E-Mail via Internet aus (die sog. „Junk Mail“ oder „SPAM“). Zwar muss der Empfänger das Gerät hier nicht ständig betriebsbereit halten und es ist beim Eingang einer E-Mail auch nicht vorübergehend blockiert. Allerdings wird eine E-Mail nicht unmittelbar an den PC des Empfängers zugestellt, sondern dieser muss sie sich aus seinem Postfach beim Provider herunterladen. Ist die E-Mail nicht bereits im Betreff bzw. im E-Mail-Header als Werbung gekennzeichnet, so bleibt dem Empfänger nichts anderes übrig, als sämtliche eingegangenen Mails aufzurufen und zu lesen, da er erst dann feststellen kann, dass es sich um Werbung handelt. Dabei entstehen die üblichen Telefonkosten für die Verbindung zum Provider.²⁰⁰

Dieses vor allem zeit- und bisweilen kostenaufwändige Aussortieren ist grundsätzlich als unzumutbare Belästigung des Empfängers anzusehen und daher wettbewerbswidrig. E-Mail-Werbung ist nur in Ausnahmefällen erlaubt. Die Werbung ist zulässig, wenn der Empfänger sein vorheriges Einverständnis erklärt hat oder die Ausnahme nach § 7 III UWG greift (Opt-in). Für die Ausnahme nach § 7 III UWG müssen alle Voraussetzungen der Nummern 1 – 4 *kumulativ* vorliegen. In diesen engen Grenzen sind Werbemaßnahmen über elektronische Post möglich. Dies ist dann der Fall, wenn die E-Mail-Adresse aus einem geschäftlichen Kontakt stammt, nicht unerwünscht genutzt wird, der Kunde weiß, dass er jederzeit widersprechen kann und nicht widersprochen hat.

Im Bereich der E-Mails ist dies beispielsweise der Fall, wenn der Empfänger sich auf eine Verteilerliste (Mailing-list) des Absenders hat setzen lassen und ein direkter thematischer Bezug der konkreten E-Mail-Werbung zum Gegenstand dieser Liste besteht. Unzulässig ist daher eine Werbung via E-Mail, wenn der Empfänger sich in eine Verteilerliste für Computerspiele hat eintragen lassen und ihm daraufhin Werbung für eine Kapitalanlageberatung übermittelt wird.²⁰¹

¹⁹⁸ KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 7, Rn. 76.

¹⁹⁹ BGH GRUR 1996, 208 – Telefax-Werbung.

²⁰⁰ KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 7, Rn. 85.

²⁰¹ Vgl. LETTL, Rn. 568.

Nicht ausreichend ist nur die Angabe der E-Mail-Adresse in Briefköpfen oder auf der Visitenkarte, da der Empfänger hiermit nicht ausdrücklich sein Einverständnis kundtut, mit Werbung überhäuft zu werden. Dies gilt unter Privatpersonen ebenso wie im Geschäftsverkehr. In letzterem Fall kann allerdings das Einverständnis vermutet werden, wenn die E-Mail an einen ständigen Geschäftspartner versandt wird und die geschäftliche Korrespondenz üblicherweise wenigstens zum Teil via E-Mail abgewickelt wird, weil ein Interesse des Empfängers an dem umgehenden Erhalt von Informationen über neue Angebote seines Geschäftspartners besteht. Voraussetzung ist aber auch hier ein thematischer Bezug des Werbeinhaltes zum Geschäftszweig des Empfängerbetriebes.

Diese wettbewerbsrechtliche Problematik lässt sich nicht dadurch umgehen, dass der Empfänger in der E-Mail aufgefordert wird, dem Absender die Übermittlung weiterer Mails zu untersagen, sofern er diese nicht wünscht. Durch derartige Ankündigungen lässt sich der schon begangene Wettbewerbsverstoß nicht rückwirkend beseitigen, da bereits die Übersendung der ersten E-Mail wettbewerbswidrig ist.

Die Ausführungen zur E-Mail gelten in gleicher Weise auch für SMS und MMS.²⁰² Für Voice-Mail-Werbung gilt das zum Fax Gesagte entsprechend.

V. Absenderangabe (§ 7 II Nr. 4 UWG)

§ 7 II Nr. 4 UWG enthält Vorschriften für anonyme elektronische Nachrichten, d.h. für die Versendung von Nachrichten ohne Angabe des Absenders. Durch dieses Transparenzgebot soll dem Adressaten die Durchsetzung von Ansprüchen gegen den Werbenden erleichtert werden, und es soll ihm jederzeit möglich sein, die Einstellung der Nachrichten zu verlangen. Dies gilt – wie in den Fallgruppen Nummer 2 und 3 vorausgesetzt – sowohl bei stillschweigendem als auch bei ausdrücklichem Erklären des Einverständnisses. Zudem muss der Empfänger der Nachrichten die Möglichkeit haben, die Zusendung ohne die Nutzung von gebührenpflichtigen 0190-er-Nummern einstellen zu können.²⁰³

Dazu folgender Beispielfall:²⁰⁴

Das LG Dortmund hat mit Urteil v. 30.8.2005 entschieden, dass weder die Existenz von Filterprogrammen noch die Möglichkeit, einen werblichen E-Mail-Newsletter durch einfachen Klick abzubestellen das Versenden von Werbemails an Nichtkunden oder solche Firmen, die Ihr Einverständnis mit der Übersendung von Werbemails zuvor nicht ausdrücklich erklärt haben, rechtfertigen. Eine Interessenabwägung findet nicht statt, eine solche Werbung ist nach § 7 Abs. 2 N. 3 UWG als „unzumutbare Belästigung“ einzustufen.

Im dem Fall schickte ein Unternehmen, das mit Elektro- und Handwerkszeugen handelt, mehrfach E-Mail-Werbung an eine andere Firma. Diese Firma schickte,

²⁰² Köhler in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 7, Rn. 81.

²⁰³ Begr. RegE UWG zu § 7 Absatz 2 Nummer 4, BT-Drs. 15/1487, S. 21.

²⁰⁴ LG Dortmund, Urt. V. 30.8.2005, 19 O 20/05.

nachdem sie bereits mehrere Newsletter unaufgefordert erhalten hatte, die E-Mails zurück und forderte den Werbeversender zur Unterlassung auf. Eine Unterlassungserklärung wurde nicht abgegeben. Die Empfängerfirma gab daraufhin eine eidesstattliche Versicherung ab, dass sie immer wieder Werbung erhalten habe, die nicht bestellt wurde. Daraufhin erließ das Landgericht ohne mündliche Verhandlung auf Betreiben der Wettbewerbszentrale eine einstweilige Verfügung und untersagte dem werbenden Unternehmen, diese Praxis fortzusetzen.

Hiergegen legte die Beklagte Widerspruch ein. Das LG hatte nun im sog. Hauptsacheverfahren über das Unterlassungsbegehren zu entscheiden und bestätigte seine Sichtweise aus dem Verfügungsverfahren. Hier wendete das werbende Unternehmen noch ein, selbst wenn gegen Wettbewerbsrecht verstoßen werde, handele es sich um eine Bagatelle, so dass die Erheblichkeitsgrenze des § 3 UWG nicht überschritten würde. Schließlich bestehe die einfache Möglichkeit, den Newsletter jeweils durch klick auf einen Link abzubestellen. Zudem gebe es auch einfache und kostenlose Filterprogramme, um unerwünschte E-Mail-Werbung zu verhindern.

Dieser Sichtweise erteilte das Gericht eine klare Absage. Vielmehr sprach es der Wettbewerbszentrale als legitimiertem Verband einen Unterlassungsanspruch zu. Sowohl das Unternehmen als auch dessen Geschäftsführer wurden gegen Androhung eines Ordnungsgeldes auf Unterlassung weiterer Werbe-E-Mails verurteilt. Nach § 7 UWG liege eindeutig ein Wettbewerbsverstoß vor, wenn nicht eine Einwilligung des Empfängers vorliegt oder ein Ausnahmetatbestand nach § 7 Abs. 3 UWG greift (Werbung an Bestandskunden unter bestimmten Voraussetzungen). Hier lag unstreitig weder eine Einwilligung vor noch war der Ausnahmetatbestand erfüllt. Auf eine Unzumutbarkeit für den Empfänger, eine sonstige Abwägung oder Erheblichkeit des Verstoßes komme es nicht an.

Weiterhin sei auch unerheblich, dass die Möglichkeit bestehe, eine Werbe-E-Mail, die anhand der Betreffzeile als solche erkennbar ist, direkt zu löschen oder Filterprogramme einzusetzen. Mit der strengen Regelung des § 7 UWG soll eine Überflutung der Empfänger mit elektronischer Post bzw. Werbepost vermieden werden. Auch das Aussortieren solcher Mails sei mit erheblichem Aufwand verbunden, vor allem, wenn mehrere Werbe-Mails empfangen werden. Gerade dies habe der Gesetzgeber verhindern wollen. Eine unzulässige Werbung werde nicht dadurch zulässig, dass dem Empfänger nahe gelegt wird, entsprechende Filterprogramme zu benutzen, zumal diese nicht hundertprozentig sicher seien, sondern auch wichtige E-Mails ausgefiltert werden könnten.

Das Urteil verdeutlicht, dass eine Interessenabwägung oder Zumutbarkeitserwägungen beim Versand von Werbe-E-Mails keine Rolle spielen. Die Voraussetzungen, unter denen E-Mail-Werbung zulässig ist, sind seit 2004 klar geregelt. Dabei wird bei E-Mail-Werbung, im Gegensatz etwa zur Telefonwerbung, nicht zwischen gewerblichen und privaten Kunden differenziert. E-Mail-Werbung ist demnach nur zulässig, wenn entweder eine Einwilligung vorliegt oder der Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 3 UWG greift.

VI. „Allgemeine“ unzumutbare Belästigung (§ 7 I UWG)

Neben den Beispielen in § 7 II UWG bleibt noch Raum für sonstige unzumutbaren Belästigungen. Hierzu gehören das persönliche Ansprechen in der Öffentlichkeit²⁰⁵, Haustürwerbung²⁰⁶, Zusendung unbestellter Waren²⁰⁷ und Belästigungen im Internet (Pop-Up-Fenster etc)²⁰⁸. Diese Erscheinungsformen der Werbung sind zweifellos lästig, entscheidend kommt es daher auf die Unzumutbarkeit an. Hierbei gilt es die Interessen des Adressaten gegen die Interessen des Werbenden abzuwägen, wobei die Gesamtumstände des Einzelfalls berücksichtigt werden müssen.²⁰⁹ Unter dem Verbraucherleitbild des durchschnittlich informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers ist eine Unzumutbarkeit nicht mehr ohne weiteres anzunehmen.²¹⁰

²⁰⁵ Vgl. BGH GRUR 2004, 699 – Ansprechen in der Öffentlichkeit I; BGH GRUR 2005, 443 – Ansprechen in der Öffentlichkeit II.

²⁰⁶ Vgl. BGH GRUR 1994, 818, 819 – Schriftliche Voranmeldung.

²⁰⁷ Vgl. OLG Köln GRUR-RR, 2002, 236 (Unaufgeforderte Zusendung von Waren im Rahmen eines Abonnementvertrages).

²⁰⁸ Vgl. LG Düsseldorf MMR 2003, 486 (Unlauterkeit der Verwendung von Exit-Pop-Up-Fenster).

²⁰⁹ Vgl. LETTL, Rn. 529.

²¹⁰ Vgl. KÖHLER in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 7, Rn. 13.