

Inhaltsverzeichnis

Bearbeitungshinweise.....	VIII	
Literaturverzeichnis.....	IX	
Abkürzungsverzeichnis.....	X	
1	Bedeutung des Wettbewerbsrechts	1
1.1	Aufgaben	1
1.2	Rechtsentwicklung	2
2	Die Stellung des UWG im Rechtssystem	11
2.1	Verhältnis zwischen UWG und GWB	11
2.2	Stellung des UWG im Gewerblichen Rechtsschutz	12
2.2.1	UWG und Patent-, Gebrauchsmuster-, Design- und HalbleiterschutzG	12
2.2.2	UWG und Markengesetz	13
2.2.3	UWG und BGB/HGB	15
3	Einfluss des Unionsrechts auf das deutsche Wettbewerbsrecht	19
3.1	Bedeutung des primären Unionsrechts für nationale wettbewerbsrechtliche Vorschriften	19
3.2	Artikel 28 AEUV und Rechtsprechung des EuGH	20
3.2.1	Mengenmäßige Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung	20
3.2.2	Ausnahmetatbestände	21
3.2.3	Zwingendes Erfordernis	23
3.2.4	„Keck-Formel“ für bestimmte Verkaufsmodalitäten	25
3.2.5	Verbraucherleitbild	28
3.3	Freier Dienstleistungsverkehr (Art. 56 AEUV) und Rechtsprechung des EuGH	30
3.4	Bedeutung des sekundären Unionsrechts	30
3.4.1	Verordnungen	31
3.4.2	Richtlinien	31
4	Systematik des UWG	38
5	Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts	41

5.1	Der Zuwiderhandelnde	41
5.1.1	Störer	41
5.1.2	Einstandspflicht für Dritte	43
5.2	„Geschäftliche Handlung“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG)	46
5.2.1	Begriff des Verhaltens	46
5.2.2	Objektiver Maßstab	47
5.2.3	Marktbezug	48
5.3	„Mitbewerber“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG)	50
6	Unlautere geschäftliche Handlungen (§ 3 UWG)	55
6.1.1	Bedeutung der Generalklausel	55
6.1.2	§ 3 Abs. 2 UWG	55
6.1.3	§ 3 Abs. 3 UWG einschließlich Anhang	56
7	Mitbewerberschutz (§ 4 UWG)	57
7.1	Herabsetzung und Verunglimpfung von Mitbewerbern (§ 4 Nr. 1 UWG)	57
7.1.1	Tatbestandsvoraussetzungen	58
7.2	Anschwärzung i.S.v. § 4 Nr. 2 UWG	59
7.2.1	Tatbestandsvoraussetzungen	59
7.3	Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 3 UWG)	60
7.3.1	Hintergrund	60
7.3.2	Vermeidbare Herkunftstäuschung i.S.v. § 4 Nr. 3 lit. a UWG	61
7.3.2.1	Allgemeines	61
7.3.2.2	Rechtsprechung	62
7.3.2.3	(Herkunftstäuschung bei der) Nachahmung von Kennzeichen	66
7.3.3	Ausnutzen der Wertschätzung i.S.v. § 4 Nr. 3 lit. b UWG	68
7.3.3.1	Allgemeines	68
7.3.3.2	Rechtsprechung	69
7.3.3.3	Ersatzteile und Zubehör/ Einschieben in fremde Serien	71
7.3.4	Unredliche Erlangung von Kenntnissen i.S.v. § 4 Nr. 3 lit. c UWG	75
7.3.4.1	Allgemeines	75
7.3.4.2	Rechtsprechung	75
7.3.5	Schadensersatzverpflichtung bei unlauterer Nachahmung	77
7.3.5.1	Allgemeines	77
7.3.5.2	BGH, 21.9.2006, I ZR 6/04 „Steckverbindergehäuse“ WRP 2007, 533 ff.	78
7.4	Gezielte Behinderung i.S.v. § 4 Nr. 4 UWG	79
7.4.1	Tatbestandsvoraussetzungen der gezielten Behinderung	81

7.4.2	Fallgruppen	83
7.4.2.1	Absatzbehinderung	83
7.4.2.2	Werbebehinderung	85
7.4.2.3	Behinderung durch Kennzeichen/Domains	87
7.4.2.4	Boycott	90
7.4.2.5	Diskriminierung	91
7.4.2.6	Betriebsstörungen	93
7.4.2.7	Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung	94
7.4.2.8	Preisunterbietung	96
8	§ 4a UWG aggressive geschäftliche Handlung	98
8.1	Unangemessener unsachlicher Einfluss i.S.v. § 4a I UWG	98
8.1.1	Tatbestandsvoraussetzungen	98
8.1.1.1	Unangemessener unsachlicher Einfluss	98
8.1.1.2	Menschenverachtende Werbung	100
8.1.1.3	Einfluss in sonstiger unangemessener unsachlicher Weise	101
8.1.2	„geeignet, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer zu beeinträchtigen“	108
8.2	Ausnutzung besonderer Umstände i.S.v. § 4a II Nr. 3 UWG	109
8.2.1	Ausnutzung der geschäftlichen Unerfahrenheit	109
8.2.1.1	Tatbestandsvoraussetzungen	109
8.2.1.2	Zielgruppen des § 4a II Nr. 3 UWG	111
8.2.2	Ausnutzung der Leichtgläubigkeit	113
8.2.3	Ausnutzung der Angst	113
8.2.4	Ausnutzung einer Zwangslage	114
9	Irreführende Geschäftliche Handlungen (§ 5 UWG)	116
9.1	Allgemeine tatbestandliche Voraussetzungen des § 5 Abs.1 UWG	116
9.1.1	Geschäftliche Handlung	116
9.1.2	Angaben i.S. von § 5 UWG	117
9.1.3	Irreführung	117
9.1.3.1	Begriff und Prüfungsmaßstab	117
9.1.3.2	Objektiv richtige Angaben	120
9.2	Bezugspunkte der Irreführung (§ 5 Abs.1 S. 2 UWG)	120
9.2.1	Angaben über die Merkmale von Waren und Dienstleistungen	121
9.2.2	Vertriebsbezogene Angaben	126
9.2.3	Angaben über geschäftliche Verhältnisse (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG)	128

9.2.4	Sonstige Bezugspunkte der Irreführung (§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 bis 7 UWG)	134
9.3	Zur Regelung des § 5 Abs. 2 UWG	135
10	Irreführung durch Unterlassen (§ 5a UWG)	136
11	Rechtsbruch i.S.v. § 3a UWG	138
11.1.1	Sanktionenkonkurrenz	139
11.1.2	Tatbestandsvoraussetzungen	139
11.1.2.1	Geschäftliche Handlung	139
11.1.2.2	Gesetzliche Vorschrift	140
11.1.2.3	Zweck der gesetzlichen Vorschrift	140
11.1.2.4	Zuwiderhandlung	142
11.1.3	Wichtige Marktverhaltensregelungen	142
11.1.3.1	Tätigkeitsbeschränkungen	142
11.1.3.2	Berufsbezogene Werbeverbote und -beschränkungen	143
11.1.3.3	Produktbezogene Werbebeschränkungen	144
11.1.3.4	Regelungen zu Preisen und Preisangaben	144
11.1.3.5	Wettbewerbsrichtlinien	145
11.1.3.6	DIN-Normen	145
11.1.4	Gesetzliche Informationspflichten	146
11.1.5	Ordnungswidrigkeiten und Verstoß gegen Strafvorschriften	146
12	Vergleichende Werbung (§ 6 UWG)	148
13	Unzumutbare belästigungen (§ 7 UWG)	152
13.1	Grundtatbestand des § 7 Abs. 1 UWG	152
13.1.1	Grundsatz des § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG	152
13.1.2	Klarstellung des § 7 Abs.1 Satz 2 UWG	153
13.2	Anwendungsfälle der unzumutbaren Belästigung (§ 7 Abs. 2 UWG)	154
13.2.1	Telefonwerbung (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG)	155
13.2.2	Automatisierte Telefon-, Fax- und Mail-Werbung (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG)	156
13.2.3	Anonyme elektronische Werbung (§ 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG)	158
13.2.4	Hartnäckige Ansprache gegen den erkennbaren Willen des Empfängers (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG)	158
13.3	Sonstige belästigende Werbung	158
14	Sonstige Wettbewerbsverstöße	160

14.1	Geheimnisverrat (§§ 17-19 UWG)	160
14.1.1	Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen	160
14.1.2	Der Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen	161
14.1.3	Vorlagenfreibeuterei	164
15	Wettbewerbsrechtliche Ansprüche	166
15.1	Allgemeines	166
15.2	Der Unterlassungsanspruch (§ 8 Abs. 1 UWG)	167
15.2.1	Verletzungsunterlassungsanspruch (§ 8 Abs. 1 Satz 1 UWG)	167
15.2.2	Vorbeugender Unterlassungsanspruch (§ 8 Abs. 1 Satz 2 UWG)	168
15.2.3	Vertraglicher Unterlassungsanspruch	169
15.3	Gläubiger des Unterlassungsanspruchs (§ 8 Abs. 3 UWG)	173
15.3.1	Mitbewerber (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG)	173
15.3.2	Rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG)	174
15.3.3	Verbraucherverbände (§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG)	176
15.3.4	Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern (§ 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG)	177
15.3.5	Missbrauchseinwand nach § 8 Abs. 4 UWG	177
15.4	Schuldner des Unterlassungsanspruchs	178
15.5	Verletzungshandlung	179
15.6	Rechtswidrigkeit	181
15.7	Begehungsgefahr	183
15.7.1	Wiederholungsgefahr (vgl. § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG)	183
15.7.2	Erstbegehungsgefahr (§ 8 Abs. 1 Satz 2 UWG)	185
15.8	Der Beseitigungsanspruch (§ 8 Abs. 1 Satz 1 UWG)	186
15.9	Der Schadensersatzanspruch	189
15.9.1	Gläubiger des Schadensersatzanspruchs	189
15.9.2	Schuldner des Schadensersatzanspruches	190
15.9.3	Verletzungshandlung	190
15.9.4	Rechtswidrigkeit und Kausalität	190
15.9.5	Verschulden	191
15.9.6	Art und Umfang des Schadensersatzes	192
15.10	Gewinnabschöpfungsanspruch	195
15.11	Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch	196
15.11.1	Auskunftsanspruch	196
15.11.2	Rechnungslegungsanspruch	198
15.11.3	Eidesstattliche Versicherung	198

15.12	Sonstige Ansprüche	198
15.12.1	Recht zur Urteils-Veröffentlichung gem. § 12 Abs.3 UWG	199
15.13	Verjährung/Verwirkung	201
15.13.1	Verjährung (§ 11 UWG)	201
15.13.2	Verwirkung	203
16	Rechtsverfolgung	205
16.1	Abmahnung/Verwarnung (§ 12 Abs. 1 UWG)	205
16.1.1	Zweck	205
16.1.2	Rechtsnatur	207
16.1.3	Form und Inhalt	207
16.1.4	Reaktion des Abgemahnten	211
16.1.5	Kosten	212
16.2	Einigungsstellenverfahren (§ 15 UWG)	213
16.2.1	Bedeutung	214
16.2.2	Zuständigkeit/Verfahren	215
16.2.3	Einigungsvorschlag	217
16.2.4	Kosten	218
16.3	Einstweilige Verfügung (§ 12 Abs. 2 UWG)	218
16.3.1	Zweck und Rechtsgrundlagen	218
16.3.2	Gerichtliche Zuständigkeit	220
16.3.3	Verfügungsantrag	221
16.3.4	Verfügungsanspruch	222
16.3.5	Verfügungsgrund	223
16.3.6	Verfahren	226
16.3.7	Schutzschrift	227
16.3.8	Vollziehung	228
16.3.9	Rechtsbehelfe	230
16.3.10	Abschluss schreiben/ Abschlusserklärung	233
16.4	Klageverfahren	235
16.4.1	Rechtsweg	236
16.4.2	Aktiv- und Passivlegitimation	236
16.4.3	Gerichtliche Zuständigkeit	237
16.4.4	Klageart	238
16.4.4.1	Unterlassungsklage	238
16.4.4.2	Beseitigungsklage	240
16.4.4.3	Feststellungsklage	242

16.4.4.4	Zahlungsklage	243
16.4.4.5	Klage auf Auskunft/Rechnungslegung	243
16.4.4.6	Klagehäufung	244
16.4.5	Rechtsschutzbedürfnis	245
16.5	Strafverfahren	246

Bearbeitungshinweise

1. Zur Bearbeitung dieser Kurseinheit bedarf es einer Textausgabe des UWG und des GWB (z.B. Wettbewerbsrecht und Kartellrecht, Beck-Texte im dtv)
2. Umfangreiche Gesamtdarstellungen des UWG finden sich in
 - *Hefermehl/Köhler/Bornkamm* UWG, Kommentar, 33. Aufl. 2015
 - *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, Kommentar, 3. Aufl. 2013
 - *Berlit*, Wettbewerbsrecht, 8. Aufl. 2013
 - *Fezer* UWG, Kommentar, 2. Aufl. 2010
 - *Gloy/Loschelder/Erdmann*, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Aufl. 2010
 - *Nordemann* - Wettbewerbsrecht und Markenrecht, 11. Aufl. 2012
3. Speziell zum Wettbewerbsprozess siehe
 - *Ahrens*, Der Wettbewerbsprozess, 7. Aufl. 2014
 - *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 10. Aufl. 2011
4. Zu Schriftsätzen und Vertragsmustern im Wettbewerbsrecht siehe
 - *Hasselblatt*, Münchener Anwaltshdbuch zum Gewerblichen Rechtsschutz, 3. Aufl. 2009
 - *Himmelsbach*, Beck'sches Mandatshandbuch Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2009
 - *Hoene/Runkel*, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2010

Literaturverzeichnis

- Ahrens*, Der Wettbewerbsprozess, 6. Aufl. 2009
- Ahrens/Spätgens*, Einstw. Rechtsschutz und Vollstreckung in UWG- Sachen, 4. Aufl. 2001
- Bechtold*, EG-Kartellrecht, 7. Aufl. 2013
- Benkard*, PatentG und GebrauchsMG, Kommentar, 10. Aufl. 2006
- Berlit*, Wettbewerbsrecht, 8. Aufl. 2011
- Ekey u.a.*, Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2005
- Emmerich*, Unlauteren Wettbewerb, 9. Aufl. 2012
- Fezer*, MarkenR, Kommentar, 4. Aufl. 2009
- Fezer*, UWG, Kommentar, 4. Aufl. 2009
- Gaul/Bartenbach*, Handbuch des gewerblichen Rechtsschutzes, Stand Juni 2002
- Gloy/Loschelder/Erdmann*, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Aufl. 2010
- Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, Kommentar, 3. Aufl. 2013
- Hasselblatt*, Münchener Anwaltshandbuch zum Gewerblichen Rechtsschutz, 3. Aufl. 2009
- Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, Wettbewerbsrecht, Kommentar, 33. Aufl. 2015
- Himmelsbach*, Beck'sches Mandatshandbuch Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2009
- Immenga/Mestmäcker*, GWB, Kommentar, 4. Aufl. 2007
- Jacobs/Lindacher/Teplitzky*, UWG, Großkommentar, 1991 ff.
- Melullis*, Handbuch Wettbewerbsprozess, 3. Aufl. 2000
- Nirk/Kurtze*, Wettbewerbsstreitigkeiten, 2. Aufl. 1992
- Nordemann*, Wettbewerbsrecht, 11. Aufl. 2012
- Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 75. Aufl. 2016
- Piper/Ohly/Sosnitza*, UWG, Kommentar, 6. Aufl. 2014
- Speckmann*, Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2000
- Ströbele/Hacker*, MarkenG, 11. Aufl. 2015
- Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 10. Aufl. 2011
- Traub*, Wettbewerbsrechtliche Verfahrenspraxis, Örtliche Besonderheiten in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, 2. Aufl. 1991
- Zöller*, Zivilprozessordnung, Kommentar, 30. Aufl. 2014

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
Allg.	Allgemein
a.M.	andere Meinung
AMG	Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz)
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BB	Der Betriebsberater, Jahr und Zeit
betr.	betreffend
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Band und Seite (Amtl. Sammlung)
BKartA	Bundeskartellamt
BPatG	Bundespatentgericht
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
CR	Computer und Recht, Jahr und Seite
DB	Der Betrieb, Jahr und Seite
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV trag)	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag)
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
entspr.	entsprechend
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften

EuGVÜ	Übereinkommen der Europäischen Gemeinschaft für die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f., ff.	folgend, folgende
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
GeschMG	Geschmacksmustergesetz
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Jahr und Seite
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil, Jahr und Seite
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HandwO	Handwerksordnung
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
HWG	Gesetz über die Werbung auf dem Gebiet des Heilwesens
i.d.F.	in der Fassung
insb.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapital
KG	Kammergericht
Komm.	Kommentar
LG	Landgericht
LMBG	Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz
LSchLG	Ladenschlussgesetz
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, Jahr und Seite
Mitt.	Mitteilungen der Deutschen Patentanwälte, Jahr und
S.	Seite
MuW	Markenschutz und Wettbewerb, Jahr und Seite
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, Jahr und Seite
NJWE	NJW-Entscheidungsdienst

NJW-RR	NJW-Rechtsprechung-Report Zivilrechtsprechungs-Report, Zivilrecht, Jahr und Seite
OLG	Oberlandesgericht
PAngV	Preisangabenverordnung
PatAnwO	Patentanwaltsordnung
PatG	Patentgesetz
RabattG	Rabattgesetz
Rdn.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGZ Seite	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Band und Seite
RIW/AWD	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randziffer
S.	Seite
Slg.	Sammlung
StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
UrhG	Gesetz über Urheberschutz und verwandte Schutzrechte
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Jahr und Seite
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis, Jahr und Seite
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb, Jahr und Seite
WZ	Warenzeichen
WZG	Warenzeichengesetz
z.B.	zum Beispiel
ZIP te	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis, Jahr und Seite
ZPO	Zivilprozessordnung
ZugabeVO	Zugabeverordnung

W E T T B E W E R B S R E C H T

1 BEDEUTUNG DES WETTBEWERBSRECHTS

Wettbewerb ist nicht nur erlaubt, sondern gewollt; er ist notwendiger Bestandteil der Marktwirtschaft. Es gilt Wettbewerbsfreiheit. Im gesellschafts- und wirtschaftspolitischen Interesse müssen aber Institutionen des Wettbewerbs und seiner Funktionsfähigkeit gesichert werden.

Diesem Zweck dienen vorrangig zwei Gesetze, das Allgemeininteressen schützende **Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)** und das **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)**, bei welchem der Schutz von Individualinteressen im Vordergrund steht.

1.1 Aufgaben

Das **GWB** soll die Institution des freien Wettbewerbs schützen¹. Es ist die Grundlage für einen funktionsfähigen, wirksamen Wettbewerb, d.h. es soll einen Wettbewerb, der seine volkswirtschaftliche Aufgabe möglichst gut erfüllt, fördern und sichern².

Demgegenüber dient das **UWG** vorrangig dem Individualschutz, dem Schutz der Wettbewerber untereinander, dem Schutz der Verbraucher und dem Schutz der Allgemeinheit vor Auswüchsen des Wettbewerbs³. Es liegt in der Natur des Wettbewerbs, dass dieser Marktnachfragen beeinflusst bzw. befriedigt und zwangsläufig Auswirkungen auf Verbraucher und Mitbewerber mit sich bringt. Dies allein kann noch nicht wettbewerbswidrig sein. Es ist

¹ BGH vom 16.3.1954 GRUR 1954, 342, 344 – *Warenkredit*.

² Vgl. Amtl. Begr. zur 2. GWB-Novelle in BT-Drucks. VI/2520, S. 34.

³ Vgl. BGH vom 26.2.1965 GRUR 1965, 489, 493 - *Kleenex*; v. 17.12.1976 GRUR 1977, 608, 611 - *Feld und Wald II*; vgl. auch Art. 4, Abs. 1, Satz 1 der EG-Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über irreführende Werbung v. 10.9.1984 (Abl. EG L 250 v. 19.9.1984, GRUR Int. 1984, 688).

nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts, wettbewerbsrechtliche Strukturen zu erhalten, vielmehr ist es gerade Sinn der Wettbewerbsrechtsordnung, dem freien Spiel der Kräfte des Marktes im Rahmen der gesetzten Rechtsordnung Raum zu gewähren⁴.

Unzulässig wird ein Wettbewerb erst dann, wenn die Mittel, die zu Wettbewerbszwecken eingesetzt werden, bzw. die Art und Weise des Auftretens im Wettbewerb, unlauter sind, insb. durch unsachliche Beeinflussung der Abnehmer, durch unzulässige Beeinträchtigung der freien Betätigung der Mitbewerber, durch Rechtsbruch oder durch Gefährdung des Bestandes des Wettbewerbs⁵.

Die „**Gretchen-Frage**“ ist damit, welche Wettbewerbshandlung ist (noch) lauter und welche ist (bereits) unlauter. Antworten zu dieser schwierigen Grenzziehung geben die Bestimmungen des UWG und das hierzu entwickelte umfangreiche Richterrecht.

Ergebnis:

Das heutige deutsche Wettbewerbsrecht ist durch zwei Gesetze geprägt: Das vorrangig Allgemeininteressen dienende GWB und das vorrangig Individualinteressen schützende UWG.

1.2 Rechtsentwicklung

Die Rechtsentwicklung in Deutschland ist durch mehrere Etappen gekennzeichnet⁶:

- Die **Entscheidung des Reichsgerichts (RG) vom 30.11.1874** mit der Kernaussage: Im Wettbewerb ist alles erlaubt, was nicht ausdrücklich gesetzlich verboten ist⁷. Folge: Da Verbotsnormen zum damaligen Zeit-

⁴ BGH v. 12.10.1989 GRUR 1990, 44, 45 - *Annoncen-Avis*.

⁵ Vgl. zur zulässigen Verwendung vorgefertigter Kündigungsschreiben BGH v. 7.4.2005 GRUR 2005, 603, 604 ff. – *Kündigungshilfe*; BGH v. 3.7.1981 GRUR 1982, 53, 55 - *Bäckereifachzeitschrift* u. v. 7.10.1993 GRUR 1994, 126, 127 - *Folgeverträge I*.

⁶ S. dazu z.B. *Gloy*, Die Entwicklung des Wettbewerbsrechts und seiner Nebengebiete in FS GRUR 1991, 855 ff., 858 ff.; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Einl. UWG Rz. 1.37 ff. u. 2.1 ff.

⁷ RGZ 3, 67, 68 f.

punkt nur im Bereich des Markenrechts bestanden, war ein schrankenloser und damit auch gradenloser Wettbewerb eröffnet; es galt das Recht des wirtschaftlich Stärkeren.

- Die auf den Grundsätzen von Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit beruhende **Kartellentscheidung des RG v. 4.2.1897**⁸ mit der Kernaussage: Da auch im Wirtschaftsverkehr Verträge frei geschlossen werden können, sind vertragliche Zusammenschlüsse zur Regulierung des Wettbewerbs zulässig. Folge: Die Wettbewerbsfreiheit konnte vertraglich eingeschränkt werden; Deutschland wurde ein Land der Unternehmenskartelle⁹.
- Das am **1.1.1900 in Kraft getretene Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)**, das nunmehr einheitliche Regeln aufstellte, um einem Missbrauch der Privatautonomie entgegen zu wirken (z.B. Anfechtbarkeit von Willenserklärungen wegen Täuschung oder Drohung gem. § 123 BGB, Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Sittenwidrigkeit oder Wucher gem. § 138 BGB, Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Rechtsverkehr gem. § 242 BGB, Schadensersatz bei unerlaubten Handlungen gem. §§ 823 ff. BGB einschl. Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen gegenüber Störern gem. § 1004 BGB). Folge: Damit konnte z.B. gegen unerlaubte Eingriffe von Wettbewerbern in den Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes zivilrechtlich vorgegangen werden¹⁰.
- Das **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7.6.1909** (RGBl. S. 499), das das Vorgängergesetz v. 27.5.1896 (RGBl. S. 145) ersetzte, welches sich wegen seiner Kasuistik als unzureichend erwiesen hatte¹¹. Folge: Deutschland verfügte erstmals über eine einheitliche Regelung zum Schutz des (Leistungs-) Wettbewerbs, die in ihren Grundzügen bis heute Bestand hat.

⁸ RGZ 38, 156 ff. - *Vereinigung von Gewerbetreibenden*.

⁹ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Einl. UWG, Rz. 1.38.

¹⁰ Grundlegend RG RGZ 48, 114 u. v. 27.02.1904 RGZ 58, 24, 29.

¹¹ Vgl. dazu *Gloy*, Die Entwicklung des Wettbewerbsrechts und seiner Nebengebiete in FS GRUR 1991, 855 ff., 858 ff.

- Die **Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen v. 2.11.1923** (RGBl. I S. 1067, 1090). Folge: Mit dieser Kartellverordnung sollte zwar den schädlichen Auswüchsen des Kartellwesens begegnet werden, sie war jedoch für die Kartellbildung eher fördernd, da sie Kartelle im Grundsatz als nützlich und unvermeidbar anerkannte¹².
- Die **Zugabeverordnung v. 9.3.1932** (RGBl I S. 121), die vor allem auf Drängen des Einzelhandels die Zugabe von Waren oder Leistungen generell verbot. Zur Einschränkung der hierdurch immer noch gestatteten Geld- oder Warenrabatte wurde am **25.11.1933** das **Gesetz über Preisnachlässe - Rabattgesetz** (RGBl I S. 1011) erlassen, um das auftretende Rabatt-unwesen zurückzuführen. Folge: *Wettbewerbsverzerrungen und ein Verdrängungswettbewerb aufgrund von Zugaben und Preisnachlässen konnten aufgrund dieser wettbewerbsrechtlichen Sonderbestimmungen vermieden werden.*
- Das **Gesetz über die Errichtung von Zwangskartellen v. 15.6.1933** (RGBl. I S. 488), wonach vom Reichswirtschaftsminister Unternehmen zu Syndikaten, Kartellen, Konventionen o.ä. Abmachungen zusammengeschlossen werden konnten. Dem folgte u.a. die **Verordnung v. 20.10.1942** (RGBl I S. 619), die die Kartelle dem Reichswirtschaftsminister unterstellte. Folge: Dem nationalsozialistischen Staat war es gelungen, den freien Wettbewerb weitgehend auszuschalten, um die Wirtschaft planmäßig für seine Zwecke und zum Ziel der Kriegsbewirtschaftung auszunutzen.
- Das **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1949** (BGBl I S. 1). Auch wenn das Grundgesetz wirtschaftspolitisch neutral ist, sichert es doch über den Schutz der Grundrechte (vgl. Art. 2 Abs. 1, Art. 3, 5 Abs. 1, 3, Art. 11, 12 Abs. 1, Art. 19 GG) die freie wirtschaftliche Betätigung des Einzelnen einerseits und im Interesse des Sozialstaatsprinzips Möglichkeiten zum lenkenden Eingriff des Staates andererseits (vgl. etwa Art. 12 Abs. 1 Satz 2, Art. 14 Abs. 3, Art. 15, Art. 109 Abs. 2 GG).

¹² Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG, Rz. 1.40.

- Das **Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) v. 27.7.1957** (BGBl I S. 1081). Die Grundkonzeption dieses Gesetzes gilt bis heute, allerdings wurde es durch insgesamt 7 Reformgesetze mit unterschiedlichen Schwerpunkten in den Jahren 1965, 1973, 1976, 1980, 1989, 1998 und 2005 verändert. Die am 1.1.1999 in Kraft getretene 6. GWB-Novelle¹³ sollte eine Stärkung des Wettbewerbsprinzips, eine Harmonisierung des deutschen mit dem europäischen Recht und vor allem eine völlige Neuordnung und Straffung des Gesetzes herbeiführen.
- Mit dem **Beitritt der DDR am 3.10.1990** gilt auch in den neuen Bundesländern bundesdeutsches Wettbewerbsrecht; das DDR-Amt f. Wettbewerbsschutz hat am 2.10.1990 seine Tätigkeit beendet.
- Am **1.08.1994** ist die **sog. kleine UWG-Reform** in Kraft getreten (Gesetz zur Änderung des UWG v. 25.07.1994, BGBl I S. 1738), die im Wesentlichen eine Einschränkung der Klagebefugnis der Wettbewerbsverbände bezweckte, um so einen Missbrauch der „Scheinverbände“ einzuschränken. Zusätzlicher Änderungsbedarf ergab sich aufgrund der vom Rat der Europäischen Gemeinschaften erlassenen „Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung“ (**Richtlinie vergleichende Werbung** ABl. EG L 290/18 v. 23.10.1997), die mit der „**Richtlinie irreführende Werbung**“ v. 10.9.1984 (AbI. EG L 250 v. 19.9.1984) verbunden ist.¹⁴ Diesem Erfordernis ist der Gesetzgeber durch eine völlige **Neufassung des § 2 UWG** a.F. nachgekommen¹⁵. Darin wird u. a. der Begriff der vergleichenden Werbung definiert (Abs. 1) und es werden Kriterien aufgestellt, unter denen vergleichende Werbung gegen die guten Sitten im Sinne von § 1 UWG a.F. verstößt.

¹³ BT-Drucks. 418/98; s. Referentenentwurf des Bundesministeriums f. Wirtschaft v. 24.10.1997 - I B 5-22 12 00; vgl. dazu *Bechthold*, BB 1997, 1853 ff.

¹⁴ S. den Abdruck der Richtlinie in GRUR Int. 1997, 985 ff.; dazu *Tilman*, GRUR 1997, 790 ff.; *derselbe*, GRUR 1999, 546 ff.; *Sack*, WRP 1998, 241 ff. u. 264 ff.; *derselbe* GRUR Int. 1998, 263 ff.; *Gloy/Bruhn*, GRUR 1998, 226 ff.; *Plaß*, WRP 1999, 766 ff.; vgl. dazu auch schon BGH v. 5.2.1998, WRP 1998, 718 – *Testpreisangebot*.

¹⁵ S. Gesetz zur vergleichenden Werbung und zur Änderung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften vom 1.9.2000, WRP 2000, 1318 f.; zum Entwurf siehe bereits *Berlit*, BB 2000, 1305 ff.

- Am 4.5.2000 hat das Europäische Parlament die Richtlinie 2000/31/EG als „**Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr**“ einstimmig angenommen. Diese sog. E-Commerce-Richtlinie ist am 17.7.2000 in Kraft getreten¹⁶; ihre Umsetzungsfrist endete am 17.1.2002 (Art. 22 RL).

Ziel der Richtlinie ist es, einen rechtlichen Rahmen zur Sicherstellung des freien Verkehrs von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedsstaaten zu schaffen und so das einwandfreie Funktionieren des Binnenmarktes auch auf diesem Sektor (wie etwa des Online-Verkaufs von Waren) zu gewährleisten. Größte Bedeutung für die Harmonisierung des Rechts der Mitgliedsstaaten und daher auch für das deutsche Wettbewerbsrecht hat das in Art. 3 der RL festgeschriebene **Herkunftslandprinzip**. Unmittelbare Folge der Richtlinie war ein dringender Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber, gegenüber dem Ausland strengere nationale Regelungen abzuschaffen, da ansonsten inländische Wettbewerber auf dem EU-Wettbewerbsmarkt hätten diskriminiert werden können¹⁷; denn nach dem Herkunftslandprinzip werden Wettbewerbsverstöße grundsätzlich nur noch nach dem Recht des Landes beurteilt, in dem der Anbieter seinen Sitz hat. Dementsprechend wurden im Zuge der europäischen Harmonisierung der Wettbewerbsregeln und der Umsetzung dieser Richtlinie die Zugabeverordnung und das Rabattgesetz ersatzlos gestrichen¹⁸.

- „**Große UWG-Reform**“ vom 3.7.2004¹⁹

Das bisherige UWG aus dem Jahr 1909 mit den vielfach erfahrenen Änderungen war Gegenstand einer umfassenden, zum 8.7.2004 in

¹⁶ ABl. EG 2000 Nr. L 178 S. 1.

¹⁷ Vgl. *Tettenborn*, K&R 2000, 386, 387; *Maennel*, MMR 1999, 187, 188; als Folge wurde ein sog. „race to the bottom“ befürchtet, s. *Lehmann*, ZUM 1999, 180, 181; *Mankowski*, GRUR Int. 1999, 909, 912.

¹⁸ Vgl. zu Rabatten und Zugaben anderer Mitgliedsstaaten, *Bodewig/Henning-Bodewig*, WRP 2000, 1341; zur Streichung dieser Gesetze schon *Karenfort/Weißgerber*, MMR-Beilage 7/2000, 38, 39; s. auch *Henning-Bodewig*, WRP 2000, 886; Bericht der FAZ v. 13.12.2000, S. 17; siehe auch zu drohenden Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland die Berichte der GRUR Int. 1998, 736 und GRUR Int. 1999, 809; einen Überblick zu Rabatten und Zugaben in den Mitgliedsstaaten der EU geben *Bodewig/Henning-Bodewig*, WRP 2000, 1341.

¹⁹ BGBl. I/2004, S. 1414.

Kraft getretenen Reform. Dabei ist das UWG völlig neu gefasst worden. Materielle Schwerpunkte der Reform liegen in folgenden Änderungen:

- Ausdrückliche Nennung der Verbraucher als Schutzobjekt im Gesetz, § 1 UWG;
- Generalklausel in § 3 UWG, die auf den Begriff der „guten Sitten“ verzichtet und stattdessen von „unlauterem Wettbewerb“ spricht; Ergänzung der Generalklausel durch einen nicht abschließenden Beispielskatalog „besonders“ unlauterer Wettbewerbshandlungen in § 4 UWG;
- Gewinnabschöpfungsanspruch, § 10 UWG;
- Abschaffung der Reglementierung von Sonderveranstaltungen der §§ 7 und 8 UWG a.F.;
- Neustrukturierung der Vorschriften über Rechtsfolgen und Verfahrensvorschriften, §§ 8 ff., 12 ff. UWG.

o **7. GWB-Novelle 2005²⁰**

Anlass der 7. GWB-Novelle ist die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Art. 101 und 102 AEUV niedergelegten Wettbewerbsregeln („VO 1/2003“) gewesen; diese Verordnung bedingt einen Systemwechsel im Kartellverfahrensrecht: während wettbewerbsbeschränkende Verträge bisher nur praktiziert werden konnten, wenn die Europäische Kommission sie unter den Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV freigestellt hatte, gilt nunmehr das Prinzip der Legal Ausnahme; d.h. künftig muss jedes Unternehmen, das an einem möglicherweise wettbewerbswidrigen Vertrag beteiligt ist, selbst und in eigener Verantwortung prüfen, ob dieser vom Kartellverbot ausgenommen ist oder nicht (etwa über die Gruppenfreistellungsverordnung Technologie-Transfer²¹). Der Gesetzgeber hat dies zum Anlass genom-

²⁰ Gesetz v. 15.7.2005, BGBl. I, S. 2114.

²¹ Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. L123/11 v. 27.4.2004.

men, das deutsche an das europäische Wettbewerbsrecht anzupassen sowie eine Entbürokratisierung der Prüfung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und eine Vereinfachung der Kartellrechtsanwendung vorzunehmen.

○ **Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vom 11.5.2005 (RiLuG)²²**

Zentrale Norm ist die Generalklausel in Art. 5 der Richtlinie, wonach unlautere Geschäftspraktiken verboten sind, wenn sie dem Gebot der beruflichen Sorgfalt widersprechen und unter Würdigung aller Umstände das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers beeinflussen oder dazu geeignet sind. Neben dieser Generalklausel weist die Richtlinie zwei Haupttatbestände auf (irreführende und aggressive Geschäftspraktiken). In ihrem Anhang enthält die Richtlinie eine sog. „Schwarze Liste“, in der Geschäftspraktiken aufgelistet sind, die in jedem Fall als unlauter anzusehen und daher in allen Mitgliedsstaaten verboten sind (z.B. „Lockvogelangebote“, unerwünschte Direktmarketingmaßnahmen). Die Aufzählung ist nicht abschließend, so dass Verhaltensweisen, die dort nicht enthalten sind, dann unlauter sein können, wenn sie als „irreführend“ oder „aggressiv“ einzuordnen sind.

Nach ihrem Regelungsbereich betrifft die Richtlinie nur das Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbrauchern, also nicht die sog. B2B-Ebene, was zu einer Aufspaltung des Wettbewerbsrechts in diesem Bereich führen wird. Entgegen ursprünglicher Vorstellungen der Kommission wurde das sog. Herkunftslandprinzip nicht in die Richtlinie aufgenommen; letzteres hätte zur Folge gehabt, dass ein Unternehmen in der ganzen EU nur die gesetzlichen Bestimmungen seines Heimatlandes zu beachten gehabt hätte. Statt dessen soll nunmehr versucht werden, die in der EU sehr unterschiedlichen nationalen Regelungen im Bereich des Lauterkeitsrechts zu harmonisieren. Die Umsetzungsfrist der Richtlinie läuft bis zum 12.6.2007.

²² Richtlinie **2005/29/EG** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.05.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinien 84/450/EWG, 97/7/EG, 98/27/EG, 2002/65/EG sowie Verordnung (EG) 2006/2004.

○ **Erstes Gesetz zur Änderung des UWG vom 22.12.2008²³**

Mit dem am 30.12.2008 in Kraft getretenen ersten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22.12.2008 wird die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (2005/29/EG) vom 11.05.2005 in nationales Recht umgesetzt. Zweck der Richtlinie ist eine Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über (unlautere) Geschäftspraktiken, um dadurch zu einem reibungslos funktionierenden Binnenmarkt und einem hohen Verbraucherschutzniveau beizutragen. Innerhalb ihres Anwendungsbereichs zwischen Unternehmen und Verbrauchern ist die Richtlinie auf eine vollständige Rechtsangleichung (Vollharmonisierung) gerichtet²⁴, was bedeutet, dass der durch sie geschaffene Schutzstandard weder unter- noch überschritten werden darf, soweit keine Ausnahmen (z.B. Art. 3 Abs. 5 RL) möglich sind. Im Wesentlichen haben sich folgende Änderungen, auf die im Laufe dieses Skripts noch ausführlich eingegangen wird, ergeben:

- Anpassung des UWG an die Terminologie der Richtlinie, z.B. Ersetzung des Begriffs „Wettbewerbshandlung“ durch den Begriff „geschäftliche Handlung“ im gesamten UWG - vgl. u.a. § 1 Satz 1;
- wesentliche Neuerungen im Bereich der Definition des Begriffs der „geschäftlichen Handlung“ vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG, die an Stelle des Begriffs der „Wettbewerbshandlung“ eingeführt wird;
- Einführung der Begriffsdefinitionen „Verhaltenskodex“, „Unternehmer“ und „fachliche Sorgfalt“, vgl. § 2 Abs. 1 Nrn. 5-7 UWG;
- Ergänzung der Generalklausel des § 3 UWG um zwei weitere Absätze, in deren Schutzbereich ausschließlich Verbraucher fallen, vgl. § 3 Abs. 2 und 3 UWG; Verweis des § 3 Abs. 3 UWG auf die sog. „schwarze Liste“ im Anhang des UWG;

²³ BGBl. 2008 Teil I Nr. 64 v. 29.12.2008, S. 2949 ff.

²⁴ Vgl. RegE, BT-Drucks 16/10145, S. 1 m.H.a. Art. 1 RL und die Erwägungsgründe 6, 8, 11, 12, 13 und 15.

- Neufassung des Irreführungstatbestandes, vgl. § 5 UWG und selbständige Regelung der „Irreführung durch Unterlassen“ in § 5a UWG.

Konsequenz der Änderungen des UWG ist u.a. die „Zweiteilung“ vieler Vorschriften im Hinblick auf das Schutzobjekt, da die Richtlinie lediglich das Verhältnis Unternehmer zu Verbraucher betrifft.

- o **Das Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen v 29.7.2009 (BGBl I 2413)**

Fügte in § 7 II Nr. 2 UWG das Erfordernis einer „ausdrücklichen“ Einwilligung des Verbrauchers in eine Telefonwerbung ein und schuf zugleich – unter Aufhebung der bisherigen §§ 20–22 UWG – einen entsprechenden Bußgeldtatbestand in § 20 UWG.

- o **Das zweite UWG-Änderungsgesetz v. 02.12.2015 (BGBl I S. 2158)**

Es wurde zur besseren Umsetzung und Harmonisierung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken erlassen.

Ergebnis :

Das UWG sowie das GWB sind das Ergebnis einer über 100 Jahre währenden Rechtsentwicklung. Aufgrund der Dynamik des Wettbewerbs, der Globalisierung und Elektronisierung der Märkte werden sie auch zukünftig einem ständigen Anpassungsprozess unterliegen.

2 DIE STELLUNG DES UWG IM RECHTSSYSTEM

2.1 Verhältnis zwischen UWG und GWB

Beide Gesetze sind Bestandteil der rechtlichen Ordnung des Wettbewerbs. Weder ist das GWB ein Spezialgesetz zum UWG noch umgekehrt; vielmehr stehen **beide Gesetze** aufgrund ihrer unterschiedlichen Zielsetzung **nebeneinander**. Auch ist nicht jede kartellrechtswidrige Maßnahme unlauterer Wettbewerb und nicht jedes unlautere Wettbewerbsverhalten ist stets kartellrechtswidrig²⁵.

Andererseits können sich **Ergänzungen und Überschneidungen beider Rechtsgebiete** ergeben. Insbesondere bei Verstößen gegen das Boykottverbot (§ 21 Abs. 1 GWB) bzw. das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot (§ 20 GWB) entspricht es ständiger Rechtsprechung des BGH, solche Verstöße nach beiden, d.h. nach GWB als auch nach UWG-Bestimmungen mit weitgehend übereinstimmenden Kriterien zu beurteilen²⁶, d.h. neben §§ 20, 21 GWB auch gestützt auf § 3 UWG unmittelbar klageweise Unterlassungs- bzw. Schadensersatzansprüche geltend zu machen. In gleichem Sinne kann auch ein Verstoß eines Unternehmens mit überlegener Marktmacht gegen das Behinderungsverbot des § 20 Abs. 4, 5 GWB zugleich ein wettbewerbswidriges Verhalten i.S.v. § 3 UWG darstellen²⁷. Ein wirtschaftlicher Boykott zu Wettbewerbszwecken gegenüber einem Mitbewerber kann sowohl kartellrechtlich (§ 21 GWB) wie wettbewerbsrechtlich (§ 3 UWG) relevant sein²⁸. Wird andererseits ein beeinträchtigendes Wettbewerbsverhalten von den §§ 20, 21 GWB gebilligt, ist auch eine Wettbewerbswidrigkeit i.S.d. § 3 UWG zu verneinen²⁹. Ist ein Wettbewerbsverhalten aufgrund Wahrnehmung berechtigter Interessen zugelassen, spricht dies zugleich dafür, dass eine unbillige Beeinträchtigung des anderen Unternehmens i.S.d. § 20 Abs. 1 u. 4 GWB fehlt, z.B. wenn der Patentinhaber zum Boykott solcher Waren auf-

²⁵ So *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Einl. UWG, Rz. 6.1 ff.

²⁶ Vgl. zur jeweils alten Rechtslage BGH v. 28.2.1985 GRUR 1985, 883, 886, v. 10.12.1985 GRUR 1986, 397, 399 - *Abwehrblatt I u. II*; v. 26.4.1990 GRUR 1990, 685, 686 - *Anzeigenpreis I*; v. 4.4.1995 GRUR 1995, 690, 692 - *Hitlisten-Platten*.

²⁷ Vgl. OLG Stuttgart v. 13.1.1995 WRP 1995, 427 zur alten Rechtslage.

²⁸ BGH v. 2.2.1984 GRUR 1984, 461, 462 - *Kundenboykott*; BGH v. 10.12.1985 GRUR 1986, 397, 399 - *Abwehrblatt I u. II*, jeweils zur alten Rechtslage.

²⁹ Vgl. BGH v. 4.4.1995 GRUR 1995, 690, 692 - *Hitlisten-Platten*, zur alten Rechtslage.

ruft, deren Vertrieb dem anderen Unternehmen wegen Patentverletzung gem. § 139 PatG rechtskräftig untersagt worden ist³⁰.

Ergebnis:

UWG und GWB stehen aufgrund des unterschiedlichen Regelungsgehalts selbständig nebeneinander. Insbesondere wenn Vorschriften des GWB (auch) dem Individualschutz dienen, können sich beide Rechtsgebiete überschneiden und ergänzen.

2.2 Stellung des UWG im Gewerblichen Rechtsschutz

2.2.1 UWG und Patent-, Gebrauchsmuster-, Design- und HalbleiterschutzG

Das Wettbewerbsrecht im engeren Sinne, also das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, bildet nach allgemeiner Ansicht³¹ einen wesentlichen Bestandteil des Gesamtbereichs des Gewerblichen Rechtsschutzes. Dieser Bereich umfasst neben dem UWG und dem Markenrecht die durch schöpferische Leistungen begründeten gewerblichen Immaterialgüterrechte, also Patent-, Gebrauchsmuster-, Design-, Sortenschutzrechte und Topographien i.S.d. HalbleiterschutzG sowie das Recht der Arbeitnehmererfindung.

Soweit diese Spezialgesetze zur Anwendung kommen, ist für das UWG grundsätzlich kein Raum. Der Sonderrechtsschutz des PatG, des GebrMG und der sonstigen Gesetze schließt regelmäßig weitergehende bzw. abweichende Ansprüche nach dem Wettbewerbsrecht aus. Insbesondere kann das Wettbewerbsrecht nicht dazu dienen, den gesetzlich begrenzten Schutz einer Erfindung oder sonstigen schöpferischen Leistung zu verlängern³².

Nur wenn zu der Schutzrechtsverletzung besondere wettbewerbswidrige Verhaltensweisen hinzutreten, können sich zusätzliche Ansprüche aus dem

³⁰ BGH v. 16.10.1962 GRUR 1963, 142, 150 - *Original-Ersatzteile*.

³¹ *Gaul/Bartenbach*, Handbuch des gewerblichen Rechtsschutzes, A Rz. 15.

³² BGH v. 30.10.1953 GRUR 1954, 121 - *Pressstoffmünzrinne*; v. 16.4.1957 GRUR 1957, 603, 604 - *Westfalenblatt* u. v. 3.5.1968 GRUR 1968, 591 - *Pulverbehälter*.

Wettbewerbsrecht ergeben, etwa für den Fall des sklavischen Nachbaus³³. Dies betrifft auch die Zeitspanne zwischen Patentanmeldung und Offenlegung (§§ 32, 33 PatG), so dass Nutzungen in dieser Zeit nicht wettbewerbswidrig sind, soweit sich nicht anderweitig eine Wettbewerbswidrigkeit ergibt, etwa aufgrund eines Geheimnisverrats i.S.d. §§ 17, 18 UWG oder einer unlauteren Übernahme bzw. Anlehnung an die Leistungen des Patentanmelders³⁴. Insoweit ist § 3 UWG kein Auffangtatbestand zur Absicherung von geschützten, nicht mehr geschützten oder sonst gemeinfreien technischen Leistungen vor einer Übernahme bzw. Nachahmung³⁵.

Ergebnis:

Der Sonderschutz für technisch-schöpferische bzw. ästhetisch wirkende Leistungen ist grundsätzlich abschließend im PatG, GebrMG, DesignG und im HalbleiterschutzG geregelt. Soweit nicht zusätzliche wettbewerbswidrige Umstände hinzutreten, kommt das UWG grundsätzlich nicht zur Anwendung.

2.2.2 UWG und Markengesetz

Auch das Marken, geschäftliche Bezeichnungen und geographische Herkunftsangaben schützende MarkenG (vgl. § 1 MarkenG), ist Teil des allgemeinen Wettbewerbsrechts³⁶. Der Gesetzgeber hat ausdrücklich klargestellt, dass - unabhängig von seinem Ziel, alle Kennzeichenrechte in das neue MarkenG einzubeziehen - die von der Rechtsprechung zu § 16 UWG a.F. für den Schutz dieser Kennzeichen entwickelten Grundsätze unverändert Geltung haben³⁷.

Bestätigt wird dies durch die Verwendung UWG-typischer Begriffe, wie etwa der Ausnutzung oder Beeinträchtigung einer Marke „in unlauterer Weise“

³³ BGH v. 30.10.1953 GRUR 1954, 121 - *Pressstoffmünzrinne*; BGH v. 6.11.1963 GRUR 1964, 621, 624 - *Klemmbausteine* u. v. 3.5.1968 GRUR 1968, 591 - *Pulverbehälter*.

³⁴ BGH v. 13.11.1951 BGHZ 3, 365, 369 - *aufklebbare Sohle*; OLG Frankfurt v. 3.11.1949 GRUR 1950, 82, 85 - *Spulenwickelgerät*.

³⁵ BGH v. 22.2.1990 GRUR 1990, 528, 530 - *Rollen-Clips*; *Bernhardt/Kraßer*, PatG § 2 I d.

³⁶ BGH v. 11.6.1954 BGHZ 14, 15, 18 - *Römer 33*; *Ströbele/Hacker*, MarkenG, § 2 Rz. 13 ff.

³⁷ Amtl. Begr. z. MarkenG in BT-Drucks. 12/6581 S. 67.

(§ 14 Abs. 2 Nr. 3, § 15 Abs. 3 MarkenG; vgl. auch § 23 MarkenG - „Verstoß gegen die guten Sitten“).

Der **Umfang des Markenschutzes** bestimmt sich nach dem Markengesetz; grundsätzlich kann dieser nicht aus wettbewerbsrechtlichen Erwägungen ausgedehnt werden³⁸. Das MarkenG mutet dem Inhaber eine Schwächung seines Kennzeichens durch das Aufkommen benachbarter Kennzeichnungen im Interesse des freien Wirtschaftsverkehrs so lange zu, wie die Grenze der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr noch nicht überschritten ist³⁹. Ein ergänzender Schutz nach UWG greift erst ein, wenn zusätzliche Umstände für eine unlautere Wettbewerbsmaßnahme gegeben sind, etwa wenn in verwerflicher Absicht Verwechslungen herbeigeführt oder der Ruf des Markeninhabers wettbewerbsbehindernd beeinträchtigt oder ausgenutzt werden sollen⁴⁰. Klarstellend betont § 2 MarkenG, dass der Schutz von Marken, geschäftlichen Bezeichnungen und geographischen Herkunftsangaben nach dem MarkenG die Anwendung anderer Vorschriften zum Schutz dieser Kennzeichen nicht ausschließt.⁴¹

§ 3 UWG ist berührt, wenn der Verletzer eine Kennzeichnung oder Marke als Mittel des Wettbewerbskampfes zweckfremd einsetzt.

Wird für ein Kennzeichen Schutz kraft Verkehrsgeltung beansprucht (Benutzungsmarke - § 4 Nr. 2 MarkenG), ist dieser Schutz aber mangels ausreichender Verkehrsgeltung noch nicht entstanden, greift auch der wettbewerbsrechtliche Schutz vor Irreführung (§§ 5, 5a UWG) noch nicht ein⁴². Ein weiterreichender wettbewerbsrechtlicher Schutz vor einer irreführenden Verwendung setzt den Markenschutz voraus⁴³.

³⁸ BGH v. 26.6.1968 GRUR 1969, 190, 191 - *Halazon* u.v. 20.3.1997 WRP 1997, 748, 750 - *grau/magenta*.

³⁹ BGH v. 20.3.1997 WRP 1997, 748, 750 - *grau/magenta*.

⁴⁰ BGH v. 23.6.1967 GRUR 1968, 371, 376 - *Maggi*; v. 30.4.1998 GRUR 1999, 161, 162 - *MAC Dog* (m.w.N.) u.v. 20.3.1997 WRP 1997, 748, 750 - *grau/magenta*.

⁴¹ Vgl. auch BGH v. 30.4.1998 GRUR 1999, 161, 162 - *MAC Dog* u. v. 2.7.1998 GRUR 1999, 252, 253 - *Warsteiner II* u. v. 10.8.2000 WRP 2000, 1284 - *Stich den Buben*.

⁴² Vgl. zur alten Rechtslage BGH v. 20.3.1997 WRP 1997, 748, 749 - *grau/magenta*; zur mangelnden Verkehrsgeltung vgl. auch BGH v. 30.4.1998 GRUR 1999, 161 - *MAC Dog* m. Hinweis auf OLG München v. 21.9.1995 GRUR 1996, 63, 65 - *Mac Fash*.

⁴³ BGH v. 30.4.1998 GRUR 1999, 161, 162 - *MAC Dog*; BGH v. 20.3.1997 WRP 1997, 748, 750 - *grau/magenta*; BGH v. 9.5.1996 WRP 1996, 903 - *Sali-Toft*.

Im nachgeschalteten Widerspruchsverfahren gegen die Eintragung einer Marke (§ 42 MarkenG) können ausschließlich die Widerspruchsgründe des Markenrechts (§ 42 Abs. 2 MarkenG) geltend gemacht werden, nicht dagegen wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte; dafür sind die ordentlichen Gerichte außerhalb des Widerspruchsverfahren zuständig⁴⁴.

Treffen Ansprüche aus dem MarkenG mit solchen aus dem UWG zusammen, **verjähren** die Verletzungsansprüche nach §§ 14 ff. MarkenG gem. § 20 Abs. 1 MarkenG grundsätzlich in 3 Jahren, unabhängig von der 6-monatigen Verjährungsfrist des § 11 UWG gilt dagegen für den Anspruch auf Ersatz von Abmahnkosten, da ein dahingehender Anspruch wegen Wettbewerbsverstoßes gegeben sein kann⁴⁵.

Ergebnis:

Das Markenrecht ist Bestandteil des allgemeinen Wettbewerbsrechts. Über den Markenschutz hinaus können ergänzende wettbewerbsrechtliche Ansprüche nur dann in Betracht kommen, wenn ein zusätzliches wettbewerbswidriges Verhalten vorliegt, insbesondere eine Irreführung oder Wettbewerbsbehinderung. Andererseits kann ein Markeninhaber selbst einen Wettbewerbsverstoß begehen, wenn er die Marke unlauter zur Behinderung des Wettbewerb missbraucht.

2.2.3 UWG und BGB/HGB

Im Einzelfall können Wettbewerbsverstöße zugleich unerlaubte Handlungen i.S.d. §§ 823 ff. BGB sein⁴⁶⁺⁴⁷.

Die Rechtsprechung hat seit jeher ein „**Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb**“ anerkannt und als sonstiges Recht i.S.d. § 823

⁴⁴ BGH v. 9.5.1996 WRP 1996, 903 - *Sali-Toft*.

⁴⁵ Vgl. dazu jetzt aber I. Zivilsenat des BGH v. 12.8.2004, Az. I ZR 98/02, abgedruckt in Mitt. 2005, 40 ff., der die Frage des Wettbewerbsverstoßes bei unberechtigter Schutzrechtsverwarnung dem Großen Senat des BGH vorgelegt hat.

⁴⁶ BGH v. 13.5.1977 GRUR 1977, 672, 673 - *Weltweit-Club*; v.11.3.1982 GRUR Int. 1982; 553, 555 - *Domgarten-Brand*.

⁴⁷ BGH v. 26.9.1991 GRUR 1992, 176, 177 – *Abmahnkostenverjährung*.

Abs. 1 BGB bewertet⁴⁸. Dementsprechend kann jeder unmittelbare Eingriff in den gewerblichen Tätigkeitsbereich als solchen eine Verletzungshandlung darstellen⁴⁹. **Das UWG geht nach h.M. als lex specialis vor**⁵⁰. Folglich kommt eine verschuldensabhängige Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB nur dann in Betracht, wenn damit Lücken geschlossen werden sollen⁵¹, insbesondere wenn der widerrechtliche Eingriff nicht zu Wettbewerbszwecken erfolgt⁵².

Stellt sich die unerlaubte Handlung zugleich als **Verstoß gegen ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB** dar, ergibt sich grundsätzlich auch eine Haftung nach dieser Bestimmung, etwa bei unbefugter Verwertung von Betriebsgeheimnissen (§ 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG)⁵³ oder bei Beleidigung (§ 185 StGB)⁵⁴, bei übler Nachrede (§ 186 StGB)⁵⁵ oder Verleumdung (§ 187 StGB). Eine Haftung wegen Verletzung derartiger strafrechtlicher Schutzgesetze nach § 823 Abs. 2 BGB wird durch das UWG, insbesondere §§ 3, 4 Nr. 2 UWG, nicht ausgeschlossen⁵⁶.

Wird wahrheitswidrig eine Tatsache behauptet oder verbreitet, kann sich eine Schadensersatzpflicht aus **§ 824 BGB** ergeben; diese tritt neben eine Haftung aus §§ 3, 4 Nr. 2 UWG, sofern der Verletzer zu Wettbewerbszwecken gehandelt hat⁵⁷. Der Verletzte wird aber hier im Regelfall aus §§ 3, 4 Nr. 2 UWG vorgehen, da dann - im Unterschied zu § 824 BGB - den Verletzer die Beweislast für die Wahrheit seiner Behauptungen trifft.⁵⁸

⁴⁸ Grundlegend RG v. 6.5.1904 RGZ 58, 29; s.t. Rspr. BGH v. 21.6.1966 BGHZ 45, 296, 307 - "Stern" u. „Die Zeit“; GRUR 1983, 398, 399 - *Photokina*.

⁴⁹ BGH v. 15.11.1982 BGHZ 86, 152, u. v. 20.12.1988 GRUR 1989, 222, 233 - *Filmbesprechung*.

⁵⁰ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Einl. UWG, Rz 7.1 ff.; demgegenüber geht die Rspr. bislang von einer Anspruchskonkurrenz aus; s. BGH v. 22.12.1961 BGHZ 36, 252, 257 - *Gründerbildnis*; v. 27.11.1963 GRUR 1964, 218, 219 - *Düngekalkhandel*; siehe aber BGH v. 30.4.1998 GRUR 1999, 161, 162 - *MAC Dog*.

⁵¹ BGH v. 15.11.1967 GRUR 1968, 205, 206 - *Teppichreinigung* u.v. 5.5.1988 GRUR 1988, 826, 827 - *Kontroll-Nr. II*.

⁵² *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Einl. UWG, Rz 7.4 u. 7.26 ff.

⁵³ OLG München v. 26.10.1995 NJW RR 1996, 1134.

⁵⁴ Vgl. BGH v. 18.6.1974 GRUR 1975, 208, - *Deutschlandstiftung*.

⁵⁵ BGH v.12.2.1985 GRUR 1986, 188, 191 - *Türkeiflug I*.

⁵⁶ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Einl. UWG, Rz. 7.4.

⁵⁷ Vgl. BGH v. 9.7.1974 GRUR 1975, 36, 37 - *Arbeitsrealitäten*; RG GRUR 1933, 360 - *Holzimprägnierungsmittel*; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Einl. UWG, Rz. 7.6.

⁵⁸ RG GRUR 1933, 360 - *Holzimprägnierungsmittel*.

Eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung im Wettbewerb, etwa die Verbreitung negativer Werturteile, kann eine Schadensersatzpflicht nach **§ 826 BGB** begründen⁵⁹. Insoweit ist § 826 BGB neben den Vorschriften des UWG einschlägig⁶⁰.

In den Fällen, in denen Ansprüche wegen unerlaubter Handlung nach §§ 823 ff. BGB neben den Ansprüchen aus UWG bestehen, zeigt sich die Relevanz insbesondere bei der Bestimmung der **Verjährungsfristen**. Wegen des Vorrangs des UWG gilt bei Unterlassungs- und Widerrufsansprüchen⁶¹ ebenso wie bei Schadensersatzansprüchen wegen Eingriffs in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und bei Ansprüchen auf Ersatz wettbewerbsrechtlicher Abmahnkosten⁶² die **6-monatige Verjährungsfrist des § 11 UWG** und nicht die regelmäßige 3-jährige Verjährungsfrist gemäß §§ 195, 199 BGB⁶³; dies soll auch für vertragliche Ansprüche, z.B. solche aus positiver Vertragsverletzung, gelten, wenn diese gleichfalls durch die auch die gesetzlichen Ansprüche auslösende Wettbewerbshandlung entstehen⁶⁴. Gleiches gilt bei Schadensersatzansprüchen aus § 823 Abs. 2 BGB, sofern das verletzte Schutzgesetz eine UWG-Vorschrift ist⁶⁵. Bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung⁶⁶ verbleibt es ebenso wie bei einer Kredit- oder Erwerbsschädigung nach § 824 BGB⁶⁷ allerdings bei der 3-jährigen Verjährungsfrist gemäß §§ 195, 199 BGB.

Die vorstehenden Überlegungen gelten im Grundsatz auch im Verhältnis des UWG zu den Bestimmungen des **HGB**⁶⁸.

Ergebnis:

Liegt ein wettbewerbswidriges Verhalten vor, das zugleich eine unerlaubte Handlung i.S.d. §§ 823 ff. BGB darstellt, bestimmen sich die Ansprüche

⁵⁹ BGH v. 23.10.1979 NJW 1980, 881, 882 - *Eingriff in Gewerbebetrieb* u. BGH v. 1.12.1965 GRUR 1966, 272, 273 - *Arztstreiber*.

⁶⁰ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Einl. UWG Rz 7.7.

⁶¹ BGH v. 12.7.1995 NJW 1995, 2788, 2789 - *Gesammelte Rezepte*.

⁶² BGH v. 26.9.1991 NJW 1992, 429, 430.

⁶³ BGH v. 12.7.1995 NJW 1995, 2788 ff. - *Kurze Verjährungsfrist*.

⁶⁴ BGH v. 12.7.1995 NJW 1995, 2788, 2789 - *Kurze Verjährungsfrist*.

⁶⁵ BGH v. 28.9.1973 GRUR 1974, 99 - *Brünova*.

⁶⁶ BGH v. 18.2.1977 GRUR 1977, 539, 543 - *Prozessrechner*.

⁶⁷ BGH v. 22.12.1961 GRUR 1962, 310, 314 - *Gründerbildnis; Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.10. zu § 11.

⁶⁸ *Nordemann*, Wettbewerbs- und Markenrecht, Rz 32.

grundsätzlich nach UWG, unterliegen jedenfalls der kurzen 6-monatigen Verjährungsfrist des § 11 UWG. Etwas anderes gilt jedoch im Falle unwahrer Tatsachenbehauptungen oder bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§§ 824, 826 BGB). Die §§ 824, 826 BGB treten auch bei Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs neben die Bestimmung der §§ 3, 4 Nr. 2 UWG; hierfür gilt die 3-jährige Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 BGB.

3 EINFLUSS DES UNIONSRECHTS AUF DAS DEUTSCHE WETTBEWERBSRECHT

Das deutsche UWG kann auf zwei Wegen durch das Recht der Europäischen Union beeinflusst sein: Zum einen ist das *primäre* Unionsrecht zu beachten, das sich unmittelbar aus den Gründungsverträgen, insbesondere dem EG-Vertrag (EG/AEUV) ergibt. Neben den dort verankerten Grundfreiheiten und den kartellrechtlichen Bestimmungen der Art. 101 f. AEUV sind heute in erster Linie Art. 28 (Warenverkehrsfreiheit) und Art. 56 (Dienstleistungsfreiheit) AEUV von Bedeutung. Darüber hinaus kann das *sekundäre* Unionsrecht Einfluss auf das UWG ausüben; hierunter werden die von der Gemeinschaft erlassenen Rechtsakte (Art. 288 AEUV, insb. Richtlinien und Verordnungen) verstanden.

3.1 Bedeutung des primären Unionsrechts für nationale wettbewerbsrechtliche Vorschriften

In Art. 288 AEUV und Art. 24 Abs. 1 GG ist der Anwendungsvorrang des Europäischen Unionsrechts gegenüber dem nationalen deutschen Wettbewerbsrecht verankert. Verstoßen anspruchsbegründende Normen des deutschen Wettbewerbsrechts gegen übergeordnetes Gemeinschaftsrecht, sind sie insoweit unwirksam. Das Europäische Gemeinschaftsrecht enthält keine unmittelbaren Regelungen für die Entstehung, Einschränkung, Übertragung oder den Untergang wettbewerbsrechtlicher Ansprüche⁶⁹. Da das primäre - anders als das sekundäre - Gemeinschaftsrecht keine materiell-rechtlichen Grundlagen für wettbewerbsrechtliche Ansprüche schafft, liegt die vorrangige **Bedeutung primären Unionsrechts** in seiner Eignung, die Entstehung von Ansprüchen nach nationalem deutschen Wettbewerbsrecht zu verhindern⁷⁰. In gerichtlichen Verfahren kann der aus dem Wettbewerbsrecht in Anspruch Genommene sich auf die Unvereinbarkeit einer Anspruchsnorm mit dem Gemeinschaftsrecht berufen. Kann er das nationale Gericht von dessen Beurteilungskompetenz und dem Verstoß gegen das Unionsrecht überzeugen, kann der Anspruch auf diese Weise abgewehrt werden (Art. 267 Abs. 2

⁶⁹ Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 21, Rz. 2 (betr. Unterlassungsanspruch) und Kap. 27, Rz. 4 (betr. Beseitigungsanspruch).

⁷⁰ Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 21, Rz. 2 (betr. Unterlassungsanspruch) und Kap. 27, Rz. 4 (betr. Beseitigungsanspruch).

AEUV); andernfalls besteht die Möglichkeit eines Vorlageverfahrens an den EuGH (Art. 267 Abs. 2 und 3 AEUV).

3.2 Artikel 28 AEUV und Rechtsprechung des EuGH

3.2.1 Mengenmäßige Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung

Nach Art. 28 AEUV sind mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedsstaaten (unbeschadet der Bestimmungen der Art. 36 ff. AEUV) verboten. Dieses Verbot dient dem Zweck, den freien Warenverkehr innerhalb des Binnenmarktes zu schaffen und zu bewahren.

Unmittelbare „mengenmäßige Beschränkungen“, d.h. staatliche Maßnahmen, die die Einfuhr oder Ausfuhr von Waren nach der Menge, dem Wert oder dem Zeitraum beschränken und auf eine Kontingentierung des Warenverkehrs abzielen, sind aufgrund entsprechender Regelungen seitens der Mitgliedsstaaten für die Anwendung des Art. 28 AEUV heute nur von nachrangiger Bedeutung.

Unter dem damit im Vordergrund stehenden Begriff der **„Maßnahme gleicher Wirkung“** hat der EuGH seit dem grundlegenden **Dassonville-Urteil** v. 11.7.1974⁷¹ jede Handelsregelung verstanden, die „geeignet ist, den Handel innerhalb des Binnenmarktes unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“ (sog. Dassonville-Formel). In dem weiteren grundlegenden Urteil **Cassis De Dijon** v. 20.2.1979⁷² stellt der EuGH klar, dass „jedes in einem Mitgliedsstaat rechtmäßig hergestellte und in den Verkehr gebrachte Erzeugnis grundsätzlich auf dem Markt der anderen Mitgliedsstaaten zuzulassen ist.“ Durch in den Folgejahren ergangene Entscheidungen des EuGH⁷³ wird deutlich, dass die Dassonville-Formel nicht nur diskriminierende, sondern auch unterschiedslos anwendbare staatliche Maßnahmen erfasst, die die Einfuhr von Waren aus anderen EU-Staaten behindern („unterschiedslos“ geltende bzw. anwendbare staatliche Maßnahmen). Auch Be-

⁷¹ EuGH Slg. 1974, 837 ff., 852 Rnr. 5 = GRUR Int. 1974, 467 - *Dassonville*.

⁷² EuGH Slg. 1979, 649 ff. = GRUR Int. 1979, 468 - *Cassis De Dijon*.

⁷³ EuGH Slg. 1980, 2071 ff, 2078, Rnr. 6 - *Gilli I (Essig I)*; EuGH Slg. 1981, 1625 ff., 1639, Rnr. 10, 11 - *Irische Souvenirs*; EuGH Slg. 1982, 707 ff., 716, Rnr. 7, 8 - *Beele*; EuGH Slg. 1982, 4575 ff., 4587, Rnr. 14 = GRUR Int. 1983, 648 - *Oosthoek*; EuGH Slg. 1984, 3651, 3662, Rnr. 12 - *Kohl/Ringelhan*.

schränkungen der Werbung können „Maßnahmen gleicher Wirkung“ i.S.v. Art. 28 AEUV sein, wie der EuGH in mehreren Urteilen⁷⁴ entschieden hat.

Eine **spürbare Beeinträchtigung** des innergemeinschaftlichen Handels ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH **nicht erforderlich**⁷⁵. Allerdings führen „rein hypothetische“ Auswirkungen⁷⁶ oder Beeinträchtigungen des zwischenstaatlichen Handels, die „zu ungewiss und zu mittelbar“ sind⁷⁷, noch nicht zur Anwendbarkeit des Art. 28 AEUV.

Ergebnis:

Die für das Verbot aus Art. 28 AEUV maßgebliche Dassonville-Formel erfasst nicht nur diskriminierende, sondern auch unterschiedslos anwendbare staatliche Maßnahmen, die die Einfuhr von Waren aus anderen EU-Staaten behindern.

3.2.2 Ausnahmetatbestände

Die Verbotsnorm des Art. 28 AEUV erfährt im Wesentlichen unter zwei Gesichtspunkten eine Einschränkung, und zwar bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes (Art. 36 Satz 1 AEUV) und durch das Merkmal des zwingenden Erfordernisses. Sind derartige Ausnahmen gegeben, fällt eine staatliche Maßnahme nicht unter das Verbot des Art. 28 AEUV.

Eine **Ausnahme** in Form eines Rechtfertigungsgrundes bestimmt **Art. 30 Satz 1 AEUV**. Hiernach sind Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchführungsverbote dann nicht als Verstoß gegen Art. 28 AEUV anzusehen, wenn sie aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturgutes von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologi-

⁷⁴ EuGH Slg. 1982, 4575 ff., 4587, Rnr. 15 - *Oosthoek* (französisches und katalanisches Alkoholverbot); EuGH Slg. 1990, I-667 ff. - *GB-Inno-BM* (deutsches und luxemburgisches Verbot von sog. Eigenpreisvergleichen); EuGH Slg. 1993, I-2361 ff. - *Yves Rocher* (zu § 6e UWG).

⁷⁵ EuGH Slg. 1984, 1797 ff, 1812 f., Rnr. 13, 14 - *Van de Haar*; EuGH Slg. 1984, 1299 ff., 1326, Rnr. 20, 24 - *Prantel*; EuGH Slg. 1985, 837 ff., 846, Rnr. 10 - *Postgebühren für inländische Druckwerke*; EuGH Slg. 1993, I-2361 ff., 2390, Rnr. 20, 21 - *Yves Rocher*; vgl. aber Fn. 110 sowie die dementsprechende Textpassage.

⁷⁶ EuGH Slg. 1993, I-2361 ff, 2390, Rnr. 21 - *Yves Rocher*.

⁷⁷ EuGH Slg. 1995, I-3257 ff., 3297, Rnr. 12 - *DIT*; EuGH Slg. 1993, I-5009 ff., 5021, Rnr. 12 - *CMC-Motorradcenter/Yamaha*.

schem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind. Kollidieren nationale wettbewerbsrechtliche Vorschriften mit Art. 28 AEUV, kommt die Vorschrift des Art. 36 AEUV allerdings nur im Ausnahmefall zur Anwendung. Denn die dort genannten **Ausnahmetatbestände** sind grundsätzlich **eng auszulegen**, zumal sie die grundlegende Zielvorstellung der Gemeinschaft, einen freien grenzüberschreitenden Warenverkehr innerhalb der EU zu schaffen, einschränken⁷⁸. Nach Auffassung des EuGH schließt der Begriff der „öffentlichen Ordnung“ i.S.d. Art. 36 Satz 1 AEUV Erwägungen des Verbraucherschutzes nicht ein⁷⁹. Art. 30 Satz 2 AEUV bestimmt, dass nach Satz 1 ausgenommene Verbote oder Beschränkungen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten darstellen dürfen.

Eine Ausweitung der Rechtfertigungsgründe des Art. 36 Satz 1 AEUV lehnt der EuGH in ständiger Rechtsprechung ab⁸⁰. Ergeben sich **Einfuhrverbote oder -beschränkungen im Zusammenhang mit gewerblichen Schutzrechten und ihrer Ausübung**, können diese gem. Art. 36 Satz 1 AEUV gerechtfertigt sein. Dabei bestimmen sich Voraussetzungen und Modalitäten des Schutzes eines Immaterialgüterrechts beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts mangels einer Rechtsvereinheitlichung oder -Angleichung innerhalb der Gemeinschaft **nach nationalem Recht**⁸¹. Art. 36 AEUV ist - als dem Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums dienend - eine Ausnahme von einem der grundlegenden Prinzipien des Gemeinsamen Marktes und erlaubt Beschränkungen des freien Warenverkehrs nur, soweit sie zur Wahrung der Rechte gerechtfertigt sind, die den spezifischen Gegenstand dieses Eigentums ausmachen⁸². Insoweit hat der EuGH z.B. im Bereich des **Patentrechts** den **spezifischen Gegenstand** dahin gekennzeichnet, dass der Patentinhaber zum Ausgleich für seine schöpferische Erfindertätigkeit das ausschließliche Recht erlangt, gewerbliche Erzeugnisse herzustellen und erstmals in den Verkehr zu bringen, mithin die Erfindung entwe-

⁷⁸ EuGH GRUR Int. 1982, 117, 120 - *Irische Souvenirs*.

⁷⁹ EuGH Slg 1984, 3654 - *r + r*.

⁸⁰ Vgl. bereits Rs. 7/68, Slg 1968, 633, 644 - *Kommission/Italien*.

⁸¹ EuGH v. 30.11.1993 GRUR 1994, 286, 287 - *Quattro/Quadra*; ausführlich hierzu *Gotzen*, GRUR Int. 1984, 146 ff.

⁸² EuGH v. 31.10.1974 GRUR Int. 1974, 454 - *Sterling Drug* v. 22.6.1976 GRUR Int. 1976, 402, 410 - *Terranova/Terrapin*; v. 5.12.1996 GRUR Int. 1997, 250, 252 - *Merck II*.

der selbst oder im Wege der Lizenzvergabe an Dritte zu verwerten, und dass er ferner das Recht erlangt, sich gegen jegliche Zuwiderhandlung zur Wehr zu setzen⁸³. Hierzu gehört auch das Recht des Patentinhabers, sich der Einfuhr und dem Inverkehrbringen der aufgrund einer Zwangslizenz hergestellten Erzeugnisse zu widersetzen⁸⁴. Ist dagegen der Gegenstand des gewerblichen Schutzrechts auf dem Markt eines Mitgliedsstaates vom Schutzrechtsinhaber selbst oder mit seiner Zustimmung durch einen Dritten rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden, kann er sich auf die nationalen Rechtsvorschriften nicht berufen, um sich der Einfuhr und dem Inverkehrbringen dieser konkreten Erzeugnisse in den Staaten, in denen das Erzeugnis geschützt ist, zu widersetzen⁸⁵ (**Grundsatz der Erschöpfung**).

Ergebnis:

Der Rechtfertigungsgrund des Art. 36 Satz 1 AEUV beinhaltet Ausnahmetatbestände, die grundsätzlich eng auszulegen sind. Zu den Rechtfertigungsgründen gehören auch Verbote und Beschränkungen des freien Warenverkehrs aus gewerblichem und kommerziellem Eigentum, etwa Patenten, Marken, Urheberrechten. Dieser Schutz entfällt, soweit eine vom Schutzrechtsinhaber veranlasste bzw. gebilligte Erschöpfung des Rechts eintritt.

3.2.3 Zwingendes Erfordernis

Um die „uferlose Weite“ der Dassonville-Formel zu begrenzen, suchte der EuGH nach einer korrigierenden Auslegung und schränkte die Auslegung des Art. 28 AEUV dahin ein, dass staatliche Maßnahmen bei Vorliegen zwingender Erfordernisse nicht unter Art. 28 AEUV fallen, mithin erlaubt sind⁸⁶. Hierzu führt er aus:

„Nach ständiger Rechtsprechung (des Europäischen Gerichtshofes) müssen Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Rechts-

⁸³ EuGH v. 5.12.1996 GRUR Int. 1997, 250, 252 - *Merck II*.

⁸⁴ EuGH v. 30.6.1988 GRUR Int. 1989, 669, 671 - *Thetford/Firma*; EuGH v. 9.7.1985 GRUR Int. 1985, 822 - *Pharmon*.

⁸⁵ EuGH v. 22.6.1976 GRUR Int. 1976, 402, 410 - *Terranova/Terrapin* u. 5.12.1996 GRUR Int. 1997, 250, 252 - *Merck II*.

⁸⁶ Vgl. dazu auch *Streinz/Schroeder*, EUV/EGV, Art. 28 EGV Rz. 35 ff., 71 ff.

*vorschriften ergeben, hingenommen werden, soweit solche - unterschiedslos für inländische wie für ausländische Waren geltenden - Bestimmungen notwendig sind, um **zwingenden Erfordernissen**, u.a. solchen des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit des Handelsverkehrs, gerecht zu werden. Derartige Bestimmungen sind jedoch nur zulässig, wenn sie in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen und dieser Zweck nicht durch Maßnahmen erreicht werden kann, die den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr weniger beschränken.“⁸⁷*

Im Interesse der Allgemeinheit liegende „zwingende Erfordernisse“ stellen neben dem Verbraucherschutz und der Lauterkeit des Handelsverkehrs der Umweltschutz⁸⁸, die wirksame steuerliche Kontrolle wie auch die Kulturpolitik⁸⁹ dar. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung wird das gemeinschaftliche Interesse am freien Warenverkehr gegen das jeweilige nationale Regelungsinteresse abgewogen.

Die Notwendigkeit „zwingender Erfordernisse“ sowie die Frage der Verhältnismäßigkeit haben das besonders streng gehandhabte nationale Wettbewerbsrecht bereits mehrfach erheblichen Beschränkungen unterworfen⁹⁰.

Ergebnis:

Eine korrigierende Auslegung des Art. 28 AEUV nach der Dassonville-Formel erfolgt durch das Kriterium eines „zwingenden Erfordernisses“ einer beschränkenden Bestimmung und deren Verhältnismäßigkeit gegenüber dem gemeinschaftlichen Interesse am freien Warenverkehr.

⁸⁷ EuGH GRUR Int. 1991, 215, 216 - *Pall Corp/P.J. Dahlhausen & Co.*

⁸⁸ EuGH Rs. 302/86, Slg 1988, 4607, 4630 - *Kommission/Dänemark.*

⁸⁹ EuGH Rs. 60 und 61/84, Slg 1984, 2605, 2626 - *Cinematheque/FNCF.*

⁹⁰ Vgl. nur EuGH NJW 1987, S. 1133 ff. - *Reinheitsgebot für Bier*: weder ein Vertriebs- noch ein Bezeichnungsverbot „Bier“ waren verhältnismäßig, zumal eine Kennzeichnung von Bieren, die nicht dem Reinheitsgebot entsprechend gebraut wurden, als geeignet und ausreichend erachtet wurde, um die Lauterkeit des Handelsverkehrs und den Schutz der Verbraucher zu gewährleisten.

3.2.4 „Keck-Formel“ für bestimmte Verkaufsmodalitäten

Die zuvor dargestellte Rechtsprechung des EuGH hatte zur Folge, dass sich die Wirtschaftsteilnehmer immer häufiger auf Art. 28 AEUV beriefen, um jedwede Regelung zu beanstanden, die sich angeblich als Beschränkung ihrer geschäftlichen Freiheit auswirkte. Deshalb schränkte der EuGH mit seiner Entscheidung „Keck und Mithouard“ v. 24.11.1993⁹¹ (sog. „Keck“-Entscheidung) seine bisherige Rechtsprechung hinsichtlich der Dassonville- und Cassis de Dijon-Formeln ein („entgegen der bisherigen Rechtsprechung“). Der EuGH stellte fest, dass

*„die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte **Verkaufsmodalitäten** beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedsstaaten nicht geeignet (sei), den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten i.S.d. Urteils Dassonville... unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Wirtschaftstätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedsstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“⁹².*

Betroffen war eine französische Strafvorschrift, die den Weiterverkauf eines Erzeugnisses in unverändertem Zustand zu einem Preis unterhalb tatsächlicher Einkaufspreise untersagt. Sind bei einer solchen nationalen Regelung die vorstehenden Voraussetzungen erfüllt, fehlt es an der Eignung, „den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut.“⁹³. Solche Regelungen fallen nicht in den Anwendungsbereich von Art. 28 AEUV.

Die Formulierung in der „Keck“-Entscheidung ist zwischenzeitlich in mehreren Urteilen des EuGH zur Auslegung des Art. 28 AEUV bestätigt worden⁹⁴.

⁹¹ EuGH Slg. 1993, I-6097 ff. = GRUR Int. 1994, 56.

⁹² EuGH Slg. 1993, I-6097 ff., 6131, Rnr. 16, 17 - *Keck und Mithouard*.

⁹³ EuGH Slg. 1993, I-6097 ff., 6131, Rnr. 17 - *Keck und Mithouard*.

⁹⁴ EuGH Slg. 1993, I-6787 ff., 6823, Rnr. 21 - *Hühnermund*; EuGH Slg. 1994, I-2199 ff., 2233, Rnr. 12 - *Tankstation 't Heukske*; EuGH Slg. 1994, I-2355 ff., 2368, Rnr. 12 - *Punta Casa*; EuGH Slg. 1995, I-179 ff., 217, Rnr. 21 - *Leclerc-Sieplec*; EuGH Slg. 1995, I-1621 ff., 1646, Rnr. 13 - *Säuglingsanfangsnahrung*; EuGH Slg. 1995, I-2467 ff., 2468, 2490, Rnr. 12 - *Belgapom*; EuGH Slg. 1995, I-4663 ff., 4694 f., Rnr. 34, 36 - *Banchemo*;

Der EuGH unterscheidet zwischen „**produktbezogenen**“ staatlichen Maßnahmen, die Regelungen der Merkmale von Erzeugnissen betreffen, d.h. von **Eigenschaften, die mit der Ware** oder ihrer Verpackung **körperlich verbunden sind**⁹⁵, insb. Regelungen ihrer Zusammensetzung und Qualität, ihrer Bezeichnung, ihrer Form, ihrer Abmessungen, ihres Gewichts, ihrer Aufmachungen, ihrer Etikettierung und ihrer Verpackung⁹⁶; insoweit soll weiterhin die Cassis de Dijon-Formel anwendbar bleiben. Hiervon zu unterscheiden sind nationale Regelungen, die bestimmte **Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten**. Darunter fallen alle Formen der Vermarktung, die mit der vermarkteten Ware körperlich nicht verbunden sind⁹⁷. Insbesondere Regelungen, die keine Änderung des in einem Mitgliedsstaat rechtmäßig hergestellten und rechtmäßig in Verkehr gebrachten Erzeugnisses notwendig machen, um es in einem anderen Mitgliedsstaat zu vertreiben und die bestimmen, wer, wann, wo, wie und zu welchem Preis verkaufen darf⁹⁸, stellen kein Handelshemmnis dar, sofern importierte Waren weder rechtlich noch tatsächlich benachteiligt werden und die Regelung gleichermaßen für alle im Inland betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gilt.

Auf der Grundlage der „Keck“-Entscheidung wurden als **produktbezogene Maßnahmen** z.B. das Verbot der Einfuhr von sklavisch nachgeahmter Ware⁹⁹ und das staatliche Verbot, Wein unter einer im Inland verwechslungsfähigen Bezeichnung zu vertreiben¹⁰⁰, verstanden. Zu bloßen **Verkaufsmodalitäten** werden das Verbot der Gewährung von Rabatten und Zugaben¹⁰¹, die Vielzahl staatlicher Werbeverbote, nationale zeitliche sowie örtliche Absatz- und Werbebeschränkungen, wie z.B. das Ladenschlussgesetz, gezählt¹⁰², aber auch das Verbot des Verkaufs zum Verlustpreis¹⁰³, Apo-

EuGH Slg. 1996, I-2975 ff., 2976, 3004, Rnr. 12 - *Semeraro Casa Uno*; EuGH Slg. 1997, I-3689 ff., 3713, *Familiapress*; EuGH in WRP 1998, 145 ff. - *de Agostini*.

⁹⁵ Sack, WRP 1998, 103, 105.

⁹⁶ EuGH Slg. 1993, I-6097 ff., Rnr. 15.

⁹⁷ Sack, WRP 1998, 103, 105.

⁹⁸ GA *Jacobs* in seinen Schlussanträgen in der Entscheidung *Le Clark Simplec*, EuGH Slg. 1995, I-179 ff., 188 Nr. 26, 196 Nr. 45.

⁹⁹ *Joliet*, GRUR Int. 1994, 1 f.

¹⁰⁰ EuGH GRUR Int. 1996, 63 ff. - *Torres-Wein*.

¹⁰¹ In Deutschland durch die Umsetzung der sog. E-Commerce-Richtlinie teilweise weggefallen, vgl. oben sowie die Nachweise in Fn. 18.

¹⁰² *Gloy/Loschelder/Schulte-Beckhausen*, Hdb. WettbewerbsR, § 27, Rz. 29 m.w.N.

¹⁰³ EuGH, verb Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck*, Slg. 1993, I-6097 Rz. 14.

thekepflichtigkeit für Babynahrung¹⁰⁴ oder auch Fernsehwerbungsbeschränkungen für den Vertrieb von Kraftstoffen, für Spielzeug und Alkohol¹⁰⁵. Generalanwalt *Tesouro* hat diese Verkaufsmodalitäten noch plastischer als Maßnahmen beschrieben, die regeln, „wer verkauft was, wann darf verkauft werden, wo und wie darf verkauft werden“¹⁰⁶.

Staatliche **Beschränkungen** von Werbung sind vom EuGH zu den nicht mehr von Art. 28 AEUV erfassten Verkaufsmodalitäten gerechnet worden, soweit Werbung betroffen war, die mit den angepriesenen Waren **nicht körperlich verbunden ist**¹⁰⁷. Beziehen sich staatliche Beschränkungen von Werbeangaben hingegen auf die Ware selbst, handelt es sich um produktbezogene Maßnahmen, die den Beschränkungen durch Art. 28, 36 AEUV unterliegen¹⁰⁸.

Ob die Unterscheidung von Verkaufsmodalität und produktbezogener Maßnahme weiterhin das entscheidende Kriterium für die Anwendbarkeit des Art. 28 AEUV sein wird, bleibt abzuwarten¹⁰⁹. Auch „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ können geeignet sein, den binnenwirtschaftlichen Warenverkehr zumindest mittelbar zu behindern. Ein methodisches und funktionales Kriterium für die Weiterentwicklung der EuGH-Rechtsprechung kann die „**Spürbarkeit**“ einer nationalen Regelung für den Warenverkehr sein. So wird vorgeschlagen, Art. 28 AEUV stets auf diskriminierende staatliche Regelungen anzuwenden, hingegen auf nicht-diskriminierende Regelungen nur dann, wenn sie geeignet sind, eine „wesentliche Beschränkung“ des Marktzugangs für Waren aus anderen Mitgliedsstaaten zu bewirken¹¹⁰. Das Kriterium der Spürbarkeit dient als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal bereits der Einschränk-

¹⁰⁴ EuGH, Rs. C-391/92, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1995, I-1621 Rz. 13.

¹⁰⁵ EuGH, Rs. C-412/93, *Leclerc-Siplec*, Slg. 1995, I-179 Rz. 20 ff.

¹⁰⁶ Vgl. GA *Tesouro*, SchIa Rs. C-292/92, *Hünernmund*, Slg. 1993, I-6787/6800 Nr. 20; vgl. zum Begriff der „Verkaufsmodalitäten“ näher *Heermann*, GRUR Int. 1999, 582 ff.

¹⁰⁷ EuGH Slg. 1995, I-179, Rnr. 21, 22 - *Edouard Leclerc-Simplex* (Fernsehwerbung als absatzfördernde Maßnahme); EuGH WRP 1998, 145 ff.- *de Agostini* (Fernsehwerbeschränkungen); EuGH Slg. 1993, I-6787 ff., 6823, Rnr. 22 - *Hünernmund* (standesrechtliches Werbeverbot für Apotheken); OLG Köln Urteil vom 13.11.1996, NJW-RR, 1997, 1473 ff. - *Ackern für Deutschland*; anders: OLG Karlsruhe v. 20.6.1996 NJW, RR 1997, 1442 f - *EG-Importe von Neuwagen* (keine Irreführung, weil nicht auf das Problem einer Verkürzung der Werksgarantie hingewiesen wird).

¹⁰⁸ EuGH Slg. 1997, I-3689 ff - *Familiapress* (Untersagung des Abdrucks bestimmter Preisrätsel und Gewinnspielen in Zeitschriften).

¹⁰⁹ Vgl. dazu *Streinz/Schroeder*, EUV/EGV, Art. 28 EGV Rz. 68 ff.

¹¹⁰ GA *Jacobs*, Slg. 1995, I-195 Nr. 42, 196, 143, 196 ff. Nr. 44 ff., 198, 149; *Sack*, WRP 1998, 103, 116 m.w.N.

kung des Anwendungsbereichs von Art. 101 AEUV¹¹¹, dessen übergeordnete Bedeutung für den Binnenmarkt durchaus mit der des Art. 28 AEUV vergleichbar ist.

Ergebnis:

Auf „produktbezogene“ staatliche Maßnahmen findet nach der Keck-Entscheidung weiterhin die Cassis de Dijon-Formel Anwendung. Hiervon sind Regelungen zu unterscheiden, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten und die kein Handelshemmnis darstellen, soweit importierte Waren weder rechtlich noch tatsächlich benachteiligt werden und die Regelung gleichermaßen für alle im Inland betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gilt.

3.2.5 Verbraucherleitbild

Der EuGH legt bei seinen Einschränkungen des Art. 36 AEUV, insbesondere bei der Bestimmung der „zwingenden Erfordernisse“, die im Ausnahmefall handelsbeschränkende nationale Vorschriften erlauben, ein **Verbraucherleitbild** zugrunde, das sich zunächst erheblich von demjenigen in der deutschen Rechtsprechung unterschied. Die Strenge der deutschen Rechtsprechung zur Irreführung (§ 3 UWG a.F.) resultierte nicht zuletzt aus einem Bild des flüchtigen, unaufmerksamen, nicht weiter nachdenkenden Verbrauchers, der umfassend vor Irrtümern und sonstigen Nachteilen geschützt werden musste¹¹².

Das Leitbild des EuGH ist demgegenüber vom „verständigen“ „mündigen“ Verbraucher geprägt, dem eine Verpflichtung zur Informationsbeschaffung obliegt und der nicht für schützenswert erachtet wird, soweit er es versäumt, sich in zumutbarer Weise zu informieren, entweder durch aufmerksames Betrachten der Ware oder der Werbung oder auch nur durch schlichtes Nach-

¹¹¹ Fezer, JZ 1994, 317 ff., 324; vgl. auch den Begriff der Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in der Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die nicht unter Art. 85 Abs. 1 EG-Vertrag fallen (97 C 372/04), abgedr. ABI EG Nr. 372/13 v. 9.12.1997; vgl. auch *Gloy/Loschelder/Wilde*, Hdb. WettbewerbsR, § 8 Rz. 13 sowie § 30 Rz. 43 f.

¹¹² S. die Nachw. b. *Doepner*, WRP 1997, 999 u. *Sack*, WRP 1998, 264 ff.

denken oder Mobilisierung seines Wissens, das nach der allgemeinen Lebenserfahrung vorhanden sein muss¹¹³. Der BGH¹¹⁴ hat sich dem nunmehr weitestgehend angeschlossen¹¹⁵: maßgeblich ist nach neuerer Rechtsprechung des BGH die Erwartung eines durchschnittlich informierten, verständigen und in der Situation, in der er mit der Aussage konfrontiert wird, entsprechend aufmerksamen Umworbenern¹¹⁶. Wer „Durchschnittsumworbener“ ist, richtet sich nach der konkreten Personengruppe, die umworben wird, so dass soziale, kulturelle und sprachliche Besonderheiten zu berücksichtigen sind¹¹⁷. Der Umworbene muss kein Verbraucher im Sinne des § 13 BGB sein; „Umworbener“ ist jeder, an den sich die Werbung richtet, d.h. es können Privat- aber auch Geschäftspersonen zum Maßstab des „Durchschnittsumworbenern“ gemacht werden¹¹⁸.

Der BGH ist damit hinsichtlich des konkreten Verbraucherleitbildes, das für die Beurteilung, ob z.B. eine Werbung irreführend ist, entscheidende Bedeutung hat, auf die Linie des EuGH¹¹⁹ eingeschwenkt.¹²⁰ Hiermit ist die Zielsetzung verbunden, eine Diskriminierung des reinen Inlandswettbewerbs zu vermeiden.

¹¹³ Streinz/Lurger, EUV/EGV, Art. 153 EGV Rz. 12; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 21, Rz. 18 m.w.N.; vgl. auch EuGH, Urteil v. 6.7.1995, GRUR Int.1995, 804, 805 -Erwägungsgrund 24; EuGH v. 16.7.1998 WRP 1998, 848, 851 - Gut Springenheide; bestätigt durch EuGH v. 13.1.2000 GRUR Int. 2000, 354 – Lifting.

¹¹⁴ BGH v. 3.2.1994 GRUR 1994, 519, 521 - Grand Marnier; v. 15.2.1996 GRUR 1996, 910 ff. - Der meistverkaufte Europas.

¹¹⁵ Vgl. BGH v. 20.10.1999 WRP 2000, 517, 519 f. - Orient-Teppichmuster, im Anschluss an EuGH v. 16.7.1998 WRP 1998, 848, 851 - Gut Springenheide; bestätigt durch EuGH v. 13.1.2000 GRUR Int. 2000, 354 - Lifting; OLG Nürnberg v. 28.12.1999 RIW 2000, 227; siehe zu dieser Entwicklung hinsichtlich des Verbraucherleitbildes die Beiträge von Nordemann, WRP 2000, 977; Reese, WRP 1998, 1035; Schmid, ELR 1998, 463; kritisch Beater, GRUR Int. 2000, 963, 972; Spätgens, WRP 2000, 1023; Sack, WRP 1999, 399 u. WRP 1998, 264; Schweizer, GRUR 2000, 923 ff.

¹¹⁶ BGH v. 18.10.2001 GRUR 2002, 550, 552 – Elternbriefe; BGH v. 28.11.2002 GRUR 2003, 249 – Preis ohne Monitor; BGH v. 13.3.2003 GRUR 2003, 626, 627 – Umgekehrte Versteigerung II.

¹¹⁷ EuGH v. 13.1.2000 GRUR Int. 2000, 354, 356 – Lifting.

¹¹⁸ Harte/Henning/Dreyer, UWG, § 5 Rz. 84.

¹¹⁹ Vgl. EuGH v. 16.7.1998 WRP 1998, 848, 851 - Gut Springenheide u. v. 13.1.2000 GRUR Int. 2000, 354 - Lifting; v. 28.1.1999 GRUR Int. 1999, 345 - Sektkellerei Kessler; v. 22.6.1999, GRUR Int. 1999, 734, 736 – Lloyd.

¹²⁰ Vgl. BGH v. 18.10.2001 GRUR 2002, 550, 552 – Elternbriefe; BGH v. 28.11.2002 GRUR 2003, 249 – Preis ohne Monitor; BGH v. 13.3.2003 GRUR 2003, 626, 627 – Umgekehrte Versteigerung II; BGH v. 20.10.1999 WRP 2000, 517, 519 f. - Orient-Teppichmuster; v. 10.2.2000 GRUR 2000, 528 - L-Carnitin; v. 17.2.2000 GRUR 2000, 820 - Space Fidelity Peep-Show; v. 13.1.2000 GRUR 2000, 914 - Tageszulassung II; v. 29.6.2000 WRP 2000, 1278 - Möbel-Umtauschrecht; ebenso OLG Nürnberg v. 28.12.1999 RIW 2000, 227; siehe auch schon BGH v. 19.8.1999 GRUR 1999, 1125, 1127 - EG-Neuwagen II.

Ergebnis:

Das Verbraucherleitbild des EuGH geht von einem „der jeweiligen Situation angepassten, aufmerksamen und informierten Durchschnittsverbraucher“ aus, dem eine Verpflichtung zur Informationsbeschaffung obliegt. Dieser Auffassung hat sich der BGH - entgegen seiner früheren Rechtsprechung - angeschlossen.

3.3 Freier Dienstleistungsverkehr (Art. 56 AEUV) und Rechtsprechung des EuGH

Art. 56 AEUV verbietet die Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs. Das Verhältnis der Auslegung von Art. 28 AEUV zu der von Art. 56 AEUV ist nicht abschließend geklärt. Im Urteil vom 10.5.1995 spricht der EuGH¹²¹ für die Beurteilung eines nationalen Verbotes von Telefonwerbung zwar die Regelungen des Art. 28 AEUV an, vermeidet es aber, diese Regeln auf Art. 56 AEUV zu übertragen, zumal die „Keck“-Rechtsprechung nur Einfuhrbehinderungen erfasst, während diese Entscheidung eine Behinderung eines Dienstleistungsexports betraf. Soweit die Beurteilung genereller Werbeverbote für bestimmte Produkte einerseits und die Beschränkung bestimmter Werbemethoden andererseits in Rede steht, spricht nichts gegen eine übereinstimmende Auslegung von Art. 28 und 56 AEUV. Ob Art. 56 AEUV indes auch dahingehend auszulegen ist, dass durch nicht-diskriminierende staatliche Regelungen bestimmte Formen der Vermarktung von Dienstleistungen durch den „Einfuhrstaat“¹²² erfasst werden, bedarf noch der Klärung.

3.4 Bedeutung des sekundären Unionsrechts

Der grundsätzliche Anwendungsvorrang europäischen Rechts vor nationalen Regelungen wie etwa des UWG und des MarkenG gilt auch für das sekundäre Unionsrecht. Die Harmonisierungsbemühungen der Gemeinschaft im Wettbewerbsrecht sind zwar bis heute durch eine Reihe von Richtlinien und Verordnungen vorangetrieben worden, letztendlich aber punktuell geblieben.

¹²¹ WRP 1995, 801, 803 (Erwägungsgründe 36 ff.) - *Alpine Investment*.

¹²² Hierzu *Sack*, WRP 1998, 103, 116.

3.4.1 Verordnungen

Verordnungen i.S.d. Art. 288 Abs. 2 AEUV sind in jedem Mitgliedsstaat unmittelbar geltende Rechtssetzungsakte der Gemeinschaft. Gleichsam als „europäisches Gesetz“¹²³ sind sie für Behörden, Gerichte und alle Personen in den jeweiligen Mitgliedsstaaten verbindlich; sie gehen innerstaatlichen entgegenstehenden Rechtsvorschriften vor¹²⁴.

Für das allgemeine Wettbewerbsrecht haben bislang erlassene Verordnungen angesichts ihres begrenzten Regelungsbereichs nur untergeordnete Bedeutung¹²⁵. Im Markenrecht hingegen kommt dem Rechtssetzungsinstrument der Verordnung größere Bedeutung zu¹²⁶. Gleiches gilt für die EG-Verordnung über Maßnahmen zum Verbot der Überführung nachgeahmter Waren und unerlaubt hergestellter Vervielfältigungsstücke oder Nachbildungen v. 22.12.1994¹²⁷.

3.4.2 Richtlinien

Richtlinien der EG i.S.d. Art. 288 Abs. 3 AEUV sind dagegen kein unmittelbar geltendes Recht, sondern verpflichten den betreffenden Mitgliedsstaat, diese Vorgaben in nationales Recht umzuwandeln, und zwar innerhalb der in der Richtlinie vorgegebenen Frist. Diese Richtlinien sind für jeden Mitgliedsstaat, an den sie sich richten, hinsichtlich des zu erreichenden Zieles verbindlich, wobei dem nationalen Gesetzgeber jedoch die Wahl und Form der Mittel überlassen bleibt.

Kommt der einzelne Mitgliedsstaat seinen Verpflichtungen nicht, fehlerhaft oder verzögert nach, so kann dies nach der Rechtsprechung des EuGH ggfs.

¹²³ *Oppermann*, Europarecht 1991, Anm. 448.

¹²⁴ *Achtnich*, WRP 1993, 731, 732, dort zur VO 2409/92 über Flugpreise und Luftfrachtraten m.w.N. zur ständigen Rechtsprechung des EuGH.

¹²⁵ Vgl. z.B: VO 2409/92 über Flugpreise und Luftfrachtraten (ABL. EG 1992 Nr. L. 240, S.15).

¹²⁶ Insbes. VO (EG) Nr. 40/94 des Rates v. 20.12.1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABL. EG Nr. L 11 v. 4.11.1994 nebst VO (EG) Nr. 2868/95 d. Kommission v. 13.12.1995 zur Durchführung der Verordnung (EG Nr. 40/94 d. Rates über die Gemeinschaftsmarke, ABL. EG L 303 v. 15.12.1995).

¹²⁷ VO (EG) Nr. 3295 aus 1994, ABI. EG Nr. L341 v. 30.12.1994, S. 8.

einen Entschädigungsanspruch des Geschädigten gegen den jeweiligen Staat begründen¹²⁸, und zwar im Rahmen des nationalen Haftungsrechts¹²⁹.

Darüber hinaus haben EU-Richtlinien die Wirkung, dass nationale Vorschriften **richtlinienkonform auszulegen** sind, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen und auf diese Weise den Anforderungen von Art. 288 Abs. 3 AEUV zu entsprechen¹³⁰. Vor Umsetzung einer Richtlinie ist das weiter anzuwendende nationale Recht soweit wie möglich an dem Wortlaut und dem Zweck der Richtlinie auszurichten¹³¹; über eine Auslegung hinaus darf es indes nicht zur Abänderung des nationalen Rechts kommen¹³².

Neben Richtlinien für einzelne Sektoren¹³³ war die **EU-Richtlinie über irreführende Werbung** (84/450/EWG) vom 10.9.1984¹³⁴ lange Zeit die einzige Regelung, die auf eine Vereinheitlichung des gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsrechts abzielte. Die Reichweite von Art. 7 der RL ist unklar und wird von der herrschenden Meinung dahingehend verstanden, dass sie die über den Mindeststandard der Richtlinie hinausgehenden Irreführungsmaßstäbe der deutschen Rechtsprechung rechtfertigt¹³⁵. Der Harmonisierungseffekt ist damit zweifelhaft geblieben.

Das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union haben am 6.10.1997 die **Richtlinie 97/55/EG zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Wirkung zwecks Einbeziehung der ver-**

¹²⁸ EuGH v. 19.11.1991 NJW 1992, 165, 167 - *Francovich* o.a. u. v. 8.10.1996 NJW 1996, 3141, 3142 ff. - *Dillenkofer* u.a.

¹²⁹ Vgl. dazu BGH v. 24.10.1996 NJW 1997, 123 ff. - *Brasserie du Pêcheur*.

¹³⁰ EuGH v. 16.1.1992 ZIP 1992, 719, 720 - *Nissan*; vgl. auch EuGH v. 2.2.1994 GRUR 1994, 303, 304 - *Clinique*; *Sack*, WRP 1998, 241 ff.

¹³¹ EuGH GRUR Int. 1994, 954 ff. - *Dori/Recreb* (Erwägungsgrund 26).

¹³² BGH v. 9.11.1995 GRUR 1996, 202 ff – *UHQ*.

¹³³ Vgl.: *Fernsehrichtlinie* (RL des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität vom 3.10.1989, ABl. Nr. L 298, 23, GRUR Int. 1990, 134); *Tabak-RL* (RL des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Etikettierung von Tabakerzeugnissen vom 13.11.1989 [89/622/EWG], ABl. Nr. L 359, umgesetzt in nationales Recht durch die TabKTHmV v. 29.10.1991); *Lebensm-RL* (Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Etikettierung und Aufmachung von für den Endverbraucher bestimmten Lebensmitteln sowie die Werbung hierfür v. 18.12.1978 [79/112/EWG] ABl. Nr. 33); *Kosmetik-RL* (Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über kosmetische Mittel v. 27.7.1976 [76/768/EWG] ABl. Nr. L 262/169).

¹³⁴ RL d. Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitglieder über irreführende Werbung, ABl. Nr. L 250, S. 17.

¹³⁵ *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 21, Rz. 33 m.w.N.; zur Bindung des EuGH an diese Richtlinie, vgl. *Reuthal*, WRP 1997, 1154, 1161.

gleichenden Werbung erlassen¹³⁶. Wesentliches Ziel der Richtlinie war es, der Werbung als wichtiges Instrument zur Erschließung der Märkte für Erzeugnisse und Dienstleistungen und dem Interesse des Verbrauchers auf Unterrichtung Rechnung zu tragen und damit zur Vollendung des Binnenmarktes beizutragen. Für den Bereich der vergleichenden Werbung soll die Richtlinie die Vorteile der verschiedenen vergleichbaren Erzeugnisse objektiv herausstellen. Da der Zweck der Änderung der Richtlinie darin bestand, die Bedingungen festzulegen, unter denen vergleichende Werbung zulässig ist, ist sie in Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie von einem sonstigen einschränkenden Schutz u.a. der Verbraucher ausgenommen worden. Art. 3 a listet in Absatz 1 (lit. a) bis lit. h) zulässige Formen vergleichender Werbung auf. Die Zulässigkeit vergleichender Sonderangebotswerbung ist in Art. 3 a Abs. 2 der Richtlinie geregelt.

Der deutsche Gesetzgeber kam seiner Umsetzungspflicht durch eine völlige Neufassung des § 2 UWG a.F. und einer Ergänzung der §§ 3 und 4 UWG a.F. nach¹³⁷. Nach der zum 8.7.2004 in Kraft getretenen UWG-Reform findet sich die (unveränderte) zentrale Norm zur vergleichenden Werbung in § 6 UWG wieder. Nach Inkrafttreten des ersten Gesetzes zur Änderung des UWG vom 22.12.2008 ist § 6 UWG bis auf wenige terminologische Änderungen im Wesentlichen unverändert geblieben.

Mit der Umsetzung der Richtlinie trat eine Wendung vom bisher grundsätzlichen Verbot vergleichender Werbung zu einer in § 6 UWG geregelten grundsätzlichen Erlaubnis mit Bedingungen ein¹³⁸.

Neben der zuvor angesprochenen Änderungsrichtlinie zur vergleichenden Werbung hat das Europäische Parlament am 4.5.2000 zusammen mit dem

¹³⁶ RL v. 23.10.1997, ABI. Nr. L 290/18 = GRUR 1998, 117 ff.; s. hierzu *Tilmann*, GRUR 1997, 790 ff.

¹³⁷ Gesetz v. 1.9.2000 (BGBl. I S. 1374), abgedruckt in WRP 2000, 1318.

¹³⁸ Vgl. BGH v. 5.2.1998 GRUR 1998, 824, 826 f. - *Testpreis-Angebot*; v. 23.4.1998 GRUR 1999, 69 - *Preisvergleichsliste II*; v. 15.10.1998 GRUR 1999, 501 - *Vergleichen Sie*; v. 25.3.1999 GRUR 1999, 1100 - *Generika-Werbung*; siehe auch *Tilmann*, GRUR 1997, 790 ff.

Rat der Europäischen Union die für das Wettbewerbsrecht bedeutsame **Richtlinie 2000/31/EG** (sog. **E-Commerce-Richtlinie**) angenommen¹³⁹.

Ziel der Richtlinie ist es, einen rechtlichen Rahmen zur Sicherstellung des freien Verkehrs von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedsstaaten zu schaffen und so das einwandfreie Funktionieren des Binnenmarktes auch auf diesem Sektor (wie etwa des Online-Verkaufs von Waren) zu gewährleisten. Größte Bedeutung - für die Harmonisierung des Rechts der Mitgliedsstaaten und daher auch für das deutsche Wettbewerbsrecht - hat das in Art. 3 der RL festgeschriebene **Herkunftslandprinzip**. Es soll zur Erleichterung des elektronischen Verkehrs beitragen, indem die Zulässigkeit eines Online-Angebotes nicht nach dem Recht beurteilt wird, in dem die Verletzungshandlung stattfindet, sondern nur nach dem Recht des Mitgliedsstaates, in dem sich der **Sitz des Diensteanbieters** befindet. Ausnahmen von diesem Prinzip macht die RL in Art. 3 Abs. 3, wonach es für die Bereiche der Versicherungswirtschaft, Verbraucherverträge, nicht angeforderter Email-Werbung und des Urheberrechts samt verwandter Schutzrechte weiterhin beim sog. **Schutzlandprinzip** verbleibt¹⁴⁰.

Neben der Umsetzungspflicht der E-Commerce-Richtlinie entstand vor diesem Hintergrund dringender Handlungsbedarf für den Gesetzgeber, gegenüber dem Ausland strengere nationale Regelungen abzuschaffen, da ansonsten inländische Wettbewerber auf dem EU-Wettbewerbsmarkt diskriminiert werden könnten¹⁴¹; denn nach dem Herkunftslandprinzip werden Wettbewerbsverstöße grundsätzlich nur noch nach dem Recht des Landes beurteilt, in dem der Anbieter seinen Sitz hat. Dementsprechend wurden das den deutschen Wettbewerb stark reglementierende RabattG und die ZugabeVO im Laufe des Jahres 2001 ersatzlos abgeschafft, da es derartige strenge Regelungen EU-weit nicht gibt¹⁴².

¹³⁹ ABI. EG 2000 Nr. L 178 S. 1.

¹⁴⁰ *Schack*, MMR 2000, 59, 62.

¹⁴¹ Vgl. *Tettenborn*, K&R 2000, 386, 387; *Maennel*, MMR 1999, 187, 188; als Folge wurde ein sog. „race to the bottom“ befürchtet, s. *Lehmann*, ZUM 1999, 180, 181; *Mankowski*, GRUR Int. 1999, 909, 912.

¹⁴² Vgl. zu Rabatten und Zugaben anderer Mitgliedsstaaten, *Bodewig/Henning-Bodewig*, WRP 2000, 1341; zur Streichung dieser Gesetze schon *Karenfort/Weißgerber*, MMR-Beilage 7/2000, 38, 39.

Darüber hinaus haben das Europäische Parlament und der Rat mit der **Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vom 11.5.2005 (2005/29/EG)** die aktuellen Bestrebungen auf EU-Ebene zur Vereinheitlichung der Rechtsgrundlagen im europäischen Lauterkeitsrecht vorangetrieben.¹⁴³ Anlass für diese Regelung ist neben dem Ziel des Verbraucherschutzes die Tatsache, dass in der Vielzahl unterschiedlicher nationaler Regelungen zu unlauteren Geschäftspraktiken in Werbung und Marketing ein wichtiges Hemmnis für den Binnenmarkt gesehen wird, welches die Unternehmen an einem einheitlichen grenzüberschreitenden Marketing und grenzüberschreitenden Verkäufen hindert. Die Richtlinie soll daher neben einem hohen Verbraucherschutz gewährleisten, dass seriöse Unternehmen EU-weit eine einheitliche Marketingstrategie verfolgen können.¹⁴⁴

Zentrale Norm ist die Generalklausel in Art. 5 der Richtlinie, wonach unlautere Geschäftspraktiken verboten sind, wenn sie dem Gebot der beruflichen Sorgfalt widersprechen und unter Würdigung aller Umstände das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers beeinflussen oder dazu geeignet sind. Neben dieser Generalklausel weist die Richtlinie zwei Haupttatbestände auf (irreführende und aggressive Geschäftspraktiken). In ihrem Anhang enthält die Richtlinie eine sog. „Schwarze Liste“, in der Geschäftspraktiken aufgelistet sind, die in jedem Fall als unlauter anzusehen und daher in allen Mitgliedsstaaten verboten sind (z.B. „Lockvogelangebote“, unerwünschte Direktmarketingmaßnahmen). Die Aufzählung ist nicht abschließend, so dass Verhaltensweisen, die dort nicht enthalten sind, dann unlauter sein können, wenn sie als „irreführend“ oder „aggressiv“ einzuordnen sind.

Die Kommission konnte sich mit ihrer ursprünglichen Forderung nach einer Aufnahme des sog. „Herkunftslandprinzips“ jedoch nicht durchsetzen.

Ergebnis:

Durch EU-Richtlinien und ihre Umsetzung in nationales Recht hat und wird sich das deutsche Wettbewerbsrecht neuen Herausforderungen stellen müssen: zum einen ist nunmehr vergleichende Werbung grundsätzlich zulässig

¹⁴³ ABI. L 149/22 v. 11.6.2005.

¹⁴⁴ Arbeitsdokument der Kommissionsdienststelle Erweiterte Folgenabschätzung zur Richtlinie des EP und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (...), COM (2003), 356 Final v. 18.6.2003.

und zum anderen wird – über Richtlinienvorgaben – das nationale Wettbewerbsrecht an einen gemeinsamen europäischen Standard angenähert werden müssen, um gleiche Chancen für alle Wettbewerber auf dem EU-Markt zu gewährleisten.

Berücksichtigung europäischen Gemeinschaftsrechts durch die nationalen Gerichte; Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 EG

Art. 267 AEUV konzentriert die Aufgabe der Auslegung des Gemeinschaftsrechts beim EuGH. Für eine einheitliche Auslegung (und damit mittelbar einer einheitlichen Anwendung) des innerstaatlich relevanten Gemeinschaftsrechts bedarf es einer Zusammenarbeit des EuGH mit den mitgliedsstaatlichen Gerichten¹⁴⁵. Bei Auslegungsfragen über das primäre oder das sekundäre Gemeinschaftsrecht sind Gerichte eines Mitgliedsstaates **vorlageberechtigt** (Art. 267 Abs. 2 AEUV), wenn das nationale Gericht seine Beurteilungskompetenz bejaht und die Entscheidung der Auslegungs- oder Gültigkeitsfrage zum Erlass seines Urteils für erforderlich erachtet. Nicht vorlageberechtigt sind Organe der Gemeinschaft, nationale Behörden¹⁴⁶, Gerichte aus Drittstaaten und internationale Gerichtshöfe¹⁴⁷.

Für **letztinstanzliche Gerichte**¹⁴⁸ besteht zur Sicherung der einheitlichen Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts eine **Vorlagepflicht** (Art. 267 Abs. 3 AEUV)¹⁴⁹. Die Vorlagepflicht ist umfassend und in strengem Sinn zu verstehen¹⁵⁰. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann ein willkürlicher Verstoß zur Aufhebung der Entscheidung wegen Missachtung des gesetzlichen Richters führen¹⁵¹. In einstweiligen Verfügungsverfahren besteht bei Auslegungszweifeln eine Vorlagepflicht

¹⁴⁵ Geiger, EG-Vertrag, Komm. Art. 177 Rz. 1.

¹⁴⁶ EuGH, Rs. C-24/92, *Corbiau*, Slg. 1993, I-1277 Rz. 16

¹⁴⁷ Koenig/Pechstein/Sander, EG-Prozessrecht, Rz. 778b.

¹⁴⁸ Neben dem BVerfG sowie den LVerfG und dem BGH, BVerwG, BFH, BAG, BSG fallen hierunter beim OLG anhängige, nicht reversible Verfahren sowie Verfahren beim LG als Berufungsgerichte und beim AG, soweit gegenüber seinen Entscheidungen keine Berufungsmöglichkeit besteht.

¹⁴⁹ Vgl. dazu Streinz/Ehricke, EUV/EGV, Art. 234 EGV Rz. 39 ff.

¹⁵⁰ Vgl. EuGH NJW 1983, 1257; BVerfG NJW 1988, 1456; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 21, Rz. 5 m.w.N.

¹⁵¹ BVerfGE 75, 223.

nicht, wenn sich ein ordentliches Verfahren anschließen kann, in dem die vorläufige Entscheidung überprüft wird¹⁵².

¹⁵² Vgl. EuGH v. 23.5.1978 GRUR Int. 1978, 291 - *Hoffmann La Roche/Centrafarm*.

4 SYSTEMATIK DES UWG

Zum besseren Verständnis soll zunächst die Gesetzessystematik des UWG unter Heranziehung unterschiedlicher Schutzzwecke der einzelnen Vorschriften vorangestellt werden.

Das UWG gliedert sich in **fünf Kapitel**:

➤ 1. Kapitel mit den §§ 1 bis 7 UWG

Dieses Kapitel bildet den **Hauptteil** mit :

- der Kennzeichnung des Zwecks des Gesetzes in § 1 UWG;
- den Definitionen der wesentlichen Begriffe des Gesetzes in § 2 UWG;
- die Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG mit dem Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen, die jedoch seit Dezember 2015 nur noch die Rechtsfolge der Unlauterkeit beinhaltet;
- dem nicht abschließenden Katalog von Beispielfällen in § 4a UWG; und
- den weiteren Tatbeständen sonstiger unlauterer Werbung, also der Rechtsbruchtatbestand (§ 3a UWG), ferner der irreführenden geschäftlichen Handlungen (§ 5 UWG), der Irreführung durch Unterlassen (§ 5a UWG), der vergleichenden Werbung (§ 6 UWG) sowie der unzumutbaren Belästigung von Marktteilnehmern (§ 7 UWG).

Die hiervon erfassten Wettbewerbshandlungen beziehen sich im Regelfall auf eine **unbestimmte Mehrheit von Mitbewerbern**. Erforderlich ist also nicht ein zielgerichtetes Handeln gegenüber bestimmten Mitbewerbern. Richtet sich die Wettbewerbshandlung gezielt gegen einzelne bzw. bestimmte Mitbewerber, schließt dies die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen jedoch nicht aus.

➤ **2. Kapitel mit den §§ 8 bis 11 UWG**

Die §§ 8 bis 11 UWG umfassen die sanktionierenden Rechtsfolgen bei festgestellten Wettbewerbsverstößen. Der Gesetzgeber hat die den Klagebefugten erwachsenen Ansprüche systematisch zusammengestellt. Bereits im Rahmen der UWG-Reform 2004 neu geschaffen wurde der sog. Gewinnabschöpfungsanspruch in § 10 UWG; § 11 UWG regelt die besondere wettbewerbsrechtliche Verjährung.

Damit enthalten diese Bestimmungen die **zivilrechtlichen Ansprüche** bei unlauterer Werbung, ggfs. ergänzt durch sonstige spezialgesetzliche Ansprüche bzw. Ansprüche nach dem BGB.

➤ **3. Kapitel mit den §§ 12 bis 15 UWG**

Die §§ 12 bis 15 UWG enthalten die Verfahrensvorschriften zur Durchsetzung der aus dem UWG erwachsenden Ansprüche. Diese können **außergerichtlich** durchgesetzt werden durch

- Abmahnung und Abgabe einer vertragsstrafenbewehrten Unterlassungsverpflichtung seitens des Abgemahnten (§ 12 Abs. 1 UWG);
- Anrufung einer Einigungsstelle bei Industrie- und Handelskammern (§ 15 UWG)

oder **gerichtlich** (§ 12 Abs. 2 bis 4 UWG, §§ 13-14 UWG).

➤ **4. Kapitel mit den §§ 16 bis 19 UWG**

Die grundsätzlich **deliktsrechtliche Ausgestaltung** des Lauterkeitsrechts wird **ergänzt durch Strafbestimmungen** gegen besonders gefährliche Wettbewerbsverstöße:

- Besonders schwerwiegende Formen der Werbung, bei der eine Vielzahl von Abnehmern betroffen ist (§ 16 UWG):
 - i. öffentlich irreführende Werbung (§ 16 Abs. 1, §§ 5, 5a UWG.);

ii. Schneeballsysteme bez. auf Verbraucher (§16 Abs. 2 UWG);

- Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen (§ 17 UWG);
- Verwertung von Vorlagen (§ 18 UWG); und
- Verleiten und Erbieten zum Verrat (§ 19 UWG)

➤ **5. Kapitel mit § 20 UWG und dem Anhang (zu § 3 Abs. 3)**

Dieses Kapitel enthält die Bußgeldvorschriften (§ 20 UWG) sowie als Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG , die sog. „schwarze Liste“.

Prüfungsschritte:

Entsprechend den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen ist jeweils im Einzelfall zunächst zu prüfen, ob das zu beurteilende Wettbewerbsverhalten unter eine hierfür einschlägige Sonderbestimmung des UWG fällt (§§ 16-18 UWG in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB bzw. § 3 UWG). Ist dies nicht der Fall, erfolgt die Prüfung anhand der „besonderen“ Tatbestände der §§ 3a-7 UWG. Die Generalklausel nach § 3 I UWG hat keine materielle eigenständige Bedeutung mehr.

5 GRUNDBEGRIFFE DES WETTBEWERBSRECHTS

Ausgehend von der Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG verwenden nahezu alle materiell-rechtlichen Bestimmungen des UWG gemeinsame Grundbegriffe. Der Gesetzgeber hat einige dieser Begriffe am Anfang des Gesetzes legal definiert (§ 2 UWG). Dieser Systematik folgend soll die Darstellung dieser Begriffe, die ausgehend von der Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG auch in den übrigen Verbotsnormen des UWG vorausgesetzt werden, hier gleichsam „vor die Klammer“ gezogen werden.

5.1 Der Zuwiderhandelnde

Nach den materiellen Vorschriften des UWG ist verantwortlich, „wer“ den wettbewerbswidrigen Eingriff oder Zustand verursacht bzw. den Bestimmungen des UWG „zuwiderhandelt“ (vgl. § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1, § 10 Abs. 1 UWG). Dieser Handelnde wurde im Zusammenhang mit dem UWG a.F. üblicherweise als „Störer“ bezeichnet¹⁵³. Diesem Begriff wird neuerdings mit Skepsis begegnet und es wird damit gerechnet, dass die Rechtsprechung die Figur der Störerhaftung aufgeben und zur gänzlich deliktsrechtlichen Betrachtungsweise – einhergehend auch mit einem neuen Sprachgebrauch – übergehen wird¹⁵⁴. Gleichwohl soll nachfolgend auf den Begriff des Störers und seine Haftung eingegangen werden, da diese Rechtsfigur noch immer „gebräuchlich“ ist und verwendet wird, wenngleich (nach *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, § 8 Rz. 2.14a) die Figur des Störers für das Wettbewerbsrecht entbehrlich geworden sein soll (s. auch *Döring* WRP 2007, 1131, 1137, 1140).

5.1.1 Störer

Störer ist nicht nur derjenige, der die Wettbewerbshandlung selbst in vollem Umfang begeht, sondern jeder, der willentlich und adäquat kausal mitwirkt,

¹⁵³ Z.B. BGH v. 2.5.1991 GRUR 1991, 769, 770 f. - *Honoraranfrage*; v. 3.2.1994 GRUR 1994, 441, 443 - *Kosmetikstudio*; v. 10.10.1996 WRP 1997, 325, 326 - *Architektenwettbewerb*; Einzelheiten bei *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 14, Rz. 4 ff.

¹⁵⁴ Vgl. dazu BGH v. 12.7.2007 GRUR 2007, 890 – *Jugendgefährdende Medien*; BGH v. 24.6.2003 GRUR 2003, 807, 808 – *Buchpreisbindung*; BGH v. 15.5.2003 GRUR 2003, 969, 970 – *Ausschreibung von Vermessungsleistungen*; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, § 8 Rz. 2.14 f.

einen wettbewerbswidrigen Zustand zu schaffen oder zu erhalten¹⁵⁵. Folgerichtig definiert § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG als "geschäftliche Handlung" jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt. Dementsprechend reichte es nach der bisherigen Rechtsprechung für die Haftung als **(Mit-) Störer** aus, dass der Handelnde in irgendeiner Weise willentlich am Wettbewerbsverstoß mitgewirkt hat¹⁵⁶. So hat die Rechtsprechung beispielsweise denjenigen als Störer haften lassen, der einem anderen seinen Telefonanschluss in einer Anzeigenwerbung zur Verfügung stellt und die telefonischen Anfragen weiterleitet¹⁵⁷. Als Mitwirkung kommt - neben der Unterstützung des wettbewerbswidrigen Verhaltens eines Dritten - auch die Ausnutzung eigenverantwortlicher Handlungen eines Dritten in Betracht, sofern der in Anspruch genommene die rechtliche Möglichkeit zur Verhinderung dieser Handlungen hatte¹⁵⁸, etwa wenn ein Marketingunternehmen eine als Zeitungsbericht getarnte Werbung eines Kunden an die Zeitungsredaktion zur Veröffentlichung weiterleitet¹⁵⁹. Da es auf Art und Umfang des Tatbeitrages grundsätzlich nicht ankommt, ist auch eine Wettbewerbsförderungsabsicht des (Mit-) Störers nicht erforderlich, sofern er willentlich mitwirkt¹⁶⁰. Dieses willentliche Mitwirken hat die Rechtsprechung dahin spezifiziert, dass eine **vorsätzliche Mitwirkung am Wettbewerbsverstoß** des Dritten zu bejahen sein

¹⁵⁵ BGH v. 12.10.1989 GRUR 1990, 373, 374 - *Schönheits-Chirurgie*; v. 3.2.1994 GRUR 1994, 441, 443 - *Kosmetikstudio*; BGH v. 18.10.2001 GRUR 2002, 618, 619 - *Meißner Dekor, Speckmann*, WettbewR Rz. 23 m.w.N.

¹⁵⁶ Ständ. Rspr., z.B. BGH v. 3.2.1994 GRUR 1994, 441, 443 - *Kosmetikstudio*; BGH v. 10.4.1997 GRUR 1997, 909, 911 - *Branchenbuch-Nomenklatur*; v. 10.10.1996 WRP 1997, 325, 326-*Architektenwettbewerb*; BGH v. 26.11.1998 GRUR 1999, 504, 506 f. - *Implantatbehandlungen*; BGH v. 8.6.2000 GRUR 2001, 181, 184 - *Dentalästhetika*; OLG Köln v. 9.4.1999 NJWE-WettbR 1999, 252, 254; siehe auch *Samwer*, WRP 1999, 67, 68 f.

¹⁵⁷ OLG Hamm v. 17.10.1991 GRUR 1992, 126, - *Telefonanschluss* u. OLG Stuttgart v. 26.3.1993 ZIP 1993, 1494, 1495.

¹⁵⁸ BGH v. 2.5.1991 GRUR 1991, 769, 770 f. - *Honoraranfrage* u. v. 3.2.1994 GRUR 1994, 441, 443 - *Kosmetikstudio*.

¹⁵⁹ BGH v. 3.2.1994 GRUR 1994, 441, 443 - *Kosmetikstudio*.

¹⁶⁰ BGH v. 12.10.1989 GRUR 1990, 373, 374 - *Schönheits-Chirurgie*; v. 3.2.1994 GRUR 1994, 441, 443 - *Kosmetikstudio*; v. 7.3.1996 GRUR 1996, 798, 799 - *Lohnentwesungen* m.w.N.; v. 10.10.1996 WRP 1997, 325, 326-*Architektenwettbewerb*; zur Störerhaftung eines Rechtsanwalts siehe OLG München v. 23.4.1998 BB 1998, 2491, 2492; BGH v. 18.10.2001 GRUR 2002, 618, 619 - *Meißner Dekor*.

muss¹⁶¹. Da ein Handeln zu eigenen Wettbewerbszwecken nicht notwendig ist, kann auch eine Privatperson Störer sein¹⁶².

Ferner haftet, wer als Anstifter Dritte zu einem Verstoß auffordert¹⁶³ oder in mittelbarer Täterschaft einen Dritten als Werkzeug benutzt, etwa wenn ein Geschäftsinhaber seine Mitarbeiter infolge falscher oder unvollständiger Unterrichtung unrichtige Auskünfte an Kunden erteilen lässt¹⁶⁴.

5.1.2 Einstandspflicht für Dritte

Werden die Wettbewerbsverstöße in einem Unternehmen von einem Mitarbeiter oder Beauftragten begangen, begründet dies gem. **§ 8 Abs. 2 UWG** einen Unterlassungsanspruch- und Beseitigungsanspruch gegen den Inhaber des **Unternehmens**¹⁶⁵. Der Unternehmensinhaber muss sich insoweit das Verhalten seiner Mitarbeiter bzw. Beauftragten als eigenes zurechnen lassen¹⁶⁶. Diese Vorschrift soll verhindern, dass der Unternehmensinhaber sich bei Wettbewerbsverstößen hinter mehr oder weniger von ihm abhängigen Dritten verstecken kann und begründet deshalb eine **Erfolgshaftung** des Unternehmensinhabers ohne Entlastungsmöglichkeit; er haftet auch für die ohne sein Wissen und ggfs. auch gegen seinen Willen von einem Angestellten bzw. Beauftragten begangenen Wettbewerbsverstöße¹⁶⁷. Hier wird also im Unterschied zu § 278 BGB „kein Verschulden“ im Rahmen eines Vertragsverhältnisses vorausgesetzt. Im Unterschied zu der Haftung für den Verordnungsgehilfen nach § 831 BGB bei einer unerlaubten Handlung kann sich der Unternehmensinhaber nicht durch den Nachweis einer sorgfältigen Personalauswahl exkulpieren.

¹⁶¹ BGH v. 26.11.1998 WRP 1999, 501, 505 – *Implantatbehandlungen*; BGH v. 8.6.2000 GRUR 2001, 181, 184 – *Dentalästhetika*; s. auch OLG Köln v. 9.4.1999 NJWE-WettbR 1999, 252, 254.

¹⁶² Vgl. OLG Hamm v. 17.10.1991 GRUR 1992, 126, - *Telefonanschluss*; *Nirk/Kurtze*, Wettbewerbsstreitigkeiten, Rz. 75.

¹⁶³ BGH v. 30.3.1988 GRUR 1988, 767, 768 - *Ernährungsbroschüre*; *von Gamm*, UWG, Rz. 282 zu § 1.

¹⁶⁴ BGH v. 12.7.1968 GRUR 1969, 51, 53 - *Glassteine* u.v. 19.6.1963 GRUR 1964, 88, 89 - *Verona-Gerät*.

¹⁶⁵ Vgl. insoweit zu § 13 Abs. 4 UWG a.F. BGH v. 22.9.1972 GRUR 1973, 208, 209 – *Neues aus der Medizin*; BGH v. 5.4.1995 GRUR 1995, 605, 608 – *Franchise-Nehmer*; BGH v. 29.6.2000 GRUR 2000, 907 – *Filialeiterfehler*; *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 14, Rz. 19; s. dazu auch *Köhler*, GRUR 1991, 344 ff.; *Samwer*, WRP 1999, 67, 70.

¹⁶⁶ BGH v. 28.1.1988 GRUR 1988, 461, 462 - *Radio-Recorder*.

¹⁶⁷ BGH v. 5.4.1995 GRUR 1995, 605, 607 - *Franchise-Nehmer* m.w.N.

Diese besondere Haftung besteht allerdings nur für den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch (§ 8 Abs. 2 UWG)¹⁶⁸, nicht jedoch für Schadensersatz- und dazugehörige Auskunftsansprüche¹⁶⁹. Insoweit gelten die §§ 31, 89, 831 BGB. Gleiches gilt für Verstöße gegen die §§ 17, 18, 20 UWG.

Die Begriffe „Unternehmen“, „Mitarbeiter“ und „Beauftragter“ sind weit auszulegen¹⁷⁰. Mit dem Begriff „**in einem Unternehmen**“ ist nicht eine räumliche Beziehung zum Unternehmen gemeint, sondern lediglich ein Bezug zu den Tätigkeiten, die dem Inhaber des Unternehmens obliegen; zu klären ist also, ob das Handeln im Rahmen des Unternehmens erfolgt oder eine Tätigkeit im privaten Bereich vorliegt¹⁷¹. Erforderlich ist jedoch, dass der Unternehmensinhaber die Möglichkeit hat, einen bestimmenden Einfluss auf diejenige Tätigkeit auszuüben, in deren Bereich das beanstandete Verhalten fällt, unabhängig davon, ob er diesen tatsächlich ausübt¹⁷². Schließlich muss der Erfolg der Handlung des Dritten dem Unternehmensinhaber zumindest auch zugute kommen¹⁷³.

Unter den Begriff des „**Mitarbeiters**“ fallen alle diejenigen Personen, die aufgrund eines Vertrages bzw. Dienstverhältnisses (§§ 611 ff. BGB) weisungsabhängig Dienste leisten, ohne dass es auf den Status als Arbeiter, Angestellter oder leitender Angestellter ankäme (Bsp.: Arbeitnehmer, Auszubildende, Praktikanten, Volontäre, freiberufliche Mitarbeiter, Beamte).

„**Beauftragter**“ ist derjenige, der - ohne „Mitarbeiter“ zu sein - für ein Unternehmen aufgrund eines ausdrücklichen oder stillschweigenden Auftrages in einer Weise tätig wird, dass dieses Handeln dem Unternehmen zugute kommt¹⁷⁴. Dabei muss auch hier der Unternehmensinhaber eine Einflussnahmemöglichkeit haben, wobei es nicht darauf ankommt, welchen Einfluss er sich gesichert hat, sondern nur darauf, welchen Einfluss er sich sichern

¹⁶⁸ BGH v. 6.4.2000 WRP 2000, 1263, 1265 - *Neu in Bielefeld I*.

¹⁶⁹ BGH v. 6.4.2000 GRUR 2001, 82 - *Neu in Bielefeld I*; BGH v. 23.02.1995 GRUR 1995, 427, 428 - *Schwarze Liste*.

¹⁷⁰ BGH v. 5.4.1995 GRUR 1995, 605, 607 - *Franchise-Nehmer, Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 2.34 zu § 8 m.w.N.

¹⁷¹ vgl. BGH v. 22.3.1963 GRUR 1963, 438, 439 - *Fotorabatt*.

¹⁷² vgl. BGH v. 5.4.1995 GRUR 1995, 605, 607 - *Franchise-Nehmer*, OLG Stuttgart v. 14.6.1996 NJWE-WettbR 1996, 233.

¹⁷³ OLG Stuttgart v. 14.6.1996 NJWE-WettbR 1996, 233 mit Hinweis auf die BGH-Rechtsprechung.

¹⁷⁴ vgl. BGH v. 31.5.1990 GRUR 1990, 1039, 1040 - *Anzeigenauftrag* u. v. 5.4.1995 GRUR 1995, 605, 607 - *Franchise-Nehmer*.

konnte und musste¹⁷⁵. Dementsprechend können Beauftragte sowohl natürliche Personen sein als auch selbständige Unternehmen¹⁷⁶. Zwar zählt der Rechtsanwalt grundsätzlich nicht zu den Beauftragten im Sinne von § 8 Abs. 2 UWG, doch fällt er dann in diesen Anwendungsbereich, wenn er Aufgaben wahrnimmt, die auch jeder andere aus dem Unternehmen hätte wahrnehmen können¹⁷⁷.

Werden für ein Unternehmen dessen **Organmitglieder** (Geschäftsführer, Vorstand usw.) tätig, so können letztere als selbständige Störer neben dem Unternehmen (vgl. §§ 31, 89 BGB) in Anspruch genommen werden, wenn sie den Wettbewerbsverstoß veranlasst haben oder dieser jedenfalls in ihren Verantwortungsbereich fällt¹⁷⁸.

Steht ein wettbewerbswidriges Verhalten einer Kapitalgesellschaft (z.B. GmbH oder AG) oder einer Personengesellschaft (z.B. oHG, KG, GbR) in Rede, haften die einzelnen Gesellschafter nur, wenn sie selbst wettbewerbswidrig gehandelt haben oder die Voraussetzungen einer Störerhaftung erfüllt sind; eine persönliche Inanspruchnahme über §§ 705 ff. BGB, § 128 HGB analog oder § 8 Abs. 2 UWG soll nicht in Betracht kommen¹⁷⁹.

Ergebnis:

Zu widerhandelnder bei einem Wettbewerbsverstoß und damit Störer ist jeder, der unmittelbar oder mittelbar eine Verletzungshandlung begeht oder daran willentlich und adäquat kausal mitwirkt. Für Unterlassungsansprüche haftet der Unternehmensinhaber für seine Angestellten und Beauftragten. Geschäftsführer, Vorstandsmitglieder und sonstige Organe haften für ein selbst veranlassenes bzw. in ihren Verantwortungsbereich fallendes Verhalten eigenständig neben dem Unternehmen.

¹⁷⁵ BGH v. 5.4.1995 GRUR 1995, 605, 607 - *Franchise-Nehmer*.

¹⁷⁶ ständ. Rspr., z.B. BGH v. 31.5.1990 GRUR 1990, 1039, 1040 - *Anzeigenauftrag*; v. 5.4.1995 GRUR 1995, 605, 607 - *Franchise-Nehmer* m.w.N.; OLG Karlsruhe v. 19.10.1995 NJWE-WettbR 1996, 108 - *Wir bauen um*.

¹⁷⁷ OLG München v. 23.4.1998 BB 1998, 2491, 2492.

¹⁷⁸ BGH v. 26.9.1985 GRUR 1986, 248, 250 - *Sporthosen*, bestätigt durch BGH v. 19.5.2005 GRUR 2005, 761, 762 - *Rasensbefestigungsplatte*.

¹⁷⁹ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, § 8 Rz. 2.21; vgl. auch OLG Karlsruhe v. 25.2.1998 WRP 1998, 898, 899 - *Unterrichtskreis* (das Urteil stützt sich noch auf die mittlerweile aufgegebene BGH-Rechtsprechung zur Nichtrechtsfähigkeit der GbR).

5.2 „Geschäftliche Handlung“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG)

Der Begriff „geschäftliche Handlung“ stellt im UWG – ebenso wie zuvor der Begriff der „Wettbewerbshandlung“ im UWG a.F. – einen Kernbegriff dar: Ohne geschäftliche Handlung kann kein unlauteres wettbewerbsrechtliches Verhalten vorliegen.

Eine geschäftliche Handlung wird nach § 2 UWG Abs. 1 Nr. 1 definiert als

„jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt; als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen auch Rechte und Verpflichtungen“.

5.2.1 Begriff des Verhaltens

Im Unterschied zur früheren Definition der „Wettbewerbshandlung“ **hat der Gesetzgeber** statt des Begriffs „Handlung“ die ihm umfassender erscheinende Formulierung „Verhalten“ verwendet, **um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die** geschäftliche Handlung sowohl in einem positiven Tun als auch in einem Unterlassen bestehen kann¹⁸⁰. **Ein Unterlassen konnte bereits unter Geltung des UWG a.F. ausnahmsweise dann wettbewerbswidrig sein, wenn eine Verpflichtung zum Handeln bestand, insbesondere aufgrund Gesetzes, zwingender Berufspflichten oder aufgrund vorangegangenen Tuns.**¹⁸¹

Da sich das Verhalten auf das eigene oder ein fremdes Unternehmen beziehen muss, wird für die geschäftliche Handlung eine „Unternehmensbezogenheit“ gefordert¹⁸². Aufgrund der weiten Auslegung des Unternehmensbegriffs ist jede selbständige und auf Dauer zielende Beteiligung am wirtschaftlichen

¹⁸⁰ RegE, BT-Drucks 16/10145, S. 20.

¹⁸¹ Vgl. BGH GRUR 2001, 82 – *Neu in Bielefeld I*; OLG Stuttgart NJW 1992, 53; BGH GRUR 1990, 46 – *Heizgeräte-Vertrieb*.

¹⁸² Vgl. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 17 zu § 2.

Verkehr, die auf den entgeltlichen Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen gerichtet ist und sich nicht nur auf eine private Bedarfsdeckung beschränkt, ausreichend¹⁸³. Der Absicht, Gewinne zu erzielen, bedarf es nicht¹⁸⁴.

Zudem kommt es nicht auf die Rechtsform des Handelnden an, da sowohl natürliche Personen, als auch juristische Personen, die öffentliche Hand, ideellen Zwecken dienende Verbände oder Vereine unternehmensbezogen handeln können¹⁸⁵. Die Unternehmensgröße ist irrelevant. Die reine Beschaffungstätigkeit ist dagegen nicht unternehmensbezogen, selbst wenn sie einzelfallabhängig einen erheblichen Umfang erreicht, denn sie ist eben nicht auf den Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt gerichtet¹⁸⁶.

5.2.2 Objektiver Maßstab

Weiterhin wird mit der gesetzlichen Definition auf ein Verhalten abgestellt, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen „objektiv zusammenhängt“.

Die aus dem vorstehenden folgende Anknüpfung an rein objektive Kriterien stellt insoweit einen Unterschied zur bisherigen Definition der „Wettbewerbsbehandlung“ dar, als diese noch der Handlung einer Person „mit dem Ziel“, den Absatz oder den Bezug von Waren etc. zu fördern, bedurfte¹⁸⁷. Der dadurch geschaffene finale Zurechnungszusammenhang (subjektives Merkmal) war aber nicht mit Art. 2 lit. d RL in Einklang zu bringen, wonach u.a. jede Handlung erfasst wird, die unmittelbar mit der Absatzförderung etc. „zusammenhängt“.

¹⁸³ Vgl. BGH GRUR 1995, 697 – *FUNNY PAPER*; OLG Frankfurt GRUR 2004, 1043; *Piper/ Ohly*, UWG, Rz. 45 zu § 2.

¹⁸⁴ Vgl. BGH GRUR 1974, 733 – *Schilderverkauf*; BGH GRUR: 1976, 370 - *Lohnsteuerhilfverein I*; OLG Frankfurt GRUR 2004, 1042; BGH v. 18.12.1981 GRUR 1982, 425, 430 - *Brillen-Selbstabgabestellen* u. v. 8.7.1993 GRUR 1993, 917, 918 ff. - *Abrechnungs-Software für Zahnärzte*.

¹⁸⁵ Vgl. BGH GRUR 1976, 370 – *Lohnsteuerhilfverein I*; BGH GRUR 1978, 180 - *Lohnsteuerhilfverein II*; *Harte/Henning/Keller*, UWG, Rz. 14-18 zu § 2.

¹⁸⁶ Vgl. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 25 zu § 2.

¹⁸⁷ Vgl. zu dieser „Wettbewerbsförderungsabsicht“ etwa KG GRUR-RR 2005, 162; OLG Frankfurt/Main MMR 2005, 51.

Zwar führt die Definition der „geschäftlichen Handlung“ damit zu einer extensiveren Auslegung dieses Begriffs. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die zunächst als erheblich erscheinende Abweichung von der bisherigen Rechtslage in Form des Verzichts auf subjektive Merkmale dadurch entschärft wird, dass das im UWG a.F. geforderte subjektive Moment bei Handlungen von Kaufleuten bzw. Unternehmern (widerlegbar) vermutet wurde.¹⁸⁸

Außerdem ist nunmehr durch § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG klargestellt, dass geschäftliche Handlungen sowohl **vor**, **während** als auch **nach** Geschäftsabschluss erfasst werden sollen. Die Definition der geschäftlichen Handlung erstreckt sich nunmehr nämlich ausdrücklich auch auf die Durchführung eines Vertrages, d.h. sie umfasst ebenfalls (geschäftliche) Handlungen *nach* Abschluss eines Vertrages (z.B. im Zusammenhang mit Gewährleistungsansprüchen oder Zahlungsfragen).

Damit ist auch nach der Begründung des Regierungsentwurfs die bisherige Rechtsprechung als überholt anzusehen, die aus dem Merkmal „Absatzförderung“ geschlossen hatte, eine Wettbewerbshandlung sei im Regelfall mit dem Vertragsschluss beendet und umfasse nur ausnahmsweise auch Handlungen nach diesem Zeitpunkt¹⁸⁹.

5.2.3 Marktbezug

Schließlich wird ein **Marktbezug der geschäftlichen Handlung** gefordert, der das im UWG 1909 (vgl. §§ 1, 3 UWG 1909) festgeschriebene „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ ersetzt¹⁹⁰ und sich auch im Begriff „Wettbewerbshandlung“ niederschlug, indem durch dieses **Tatbestandsmerkmal** letztlich eine **Abgrenzung zu einem nicht wettbewerbsrelevanten Verhalten** vorgenommen werden sollte. Dementsprechend unterliegen folgende Fallgestaltungen nicht dem UWG:

¹⁸⁸ Vgl. etwa BGH GRUR 2003, 800, 801 – *Schachcomputerauskunft*, BGH WRP 1996, 1099, 1100 – *Testfotos II*.

¹⁸⁹ Vgl. RegE, BT-Drucks 16/10145, S. 21; s. dazu BGH WRP 2003, 76, 77 – *Ersetzung unwirksamer Versicherungsbedingungen*; BGH GRUR 2002, 1093, 1094 – *Kontostandsauskunft*; OLG Dresden NJW-WettbR 1997, 241, 243; anders aber z.B. dann, wenn der Unternehmer es von vornherein auf eine Täuschung der Kunden angelegt hatte, vgl. BGH – *Kontostandsauskunft*, a.a.O.

¹⁹⁰ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 34 f. zu § 2, Fezer/Fezer, UWG, Rz. 15 f. zu § 2, sowie Piper/Ohly, UWG, Rz. 5 zu § 2, gehen davon aus, dass ein „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ weiterhin als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal fortbesteht.

- der Privatsphäre zuzurechnendes Handeln¹⁹¹, wie etwa Privatverkäufe¹⁹², Gespräche im privaten Kreis¹⁹³, die bloße Verwaltung eigenen Vermögens¹⁹⁴;
- rein unternehmensinterne Vorgänge, solange es an einer tatsächlichen Einwirkung auf die Wettbewerbslage fehlt¹⁹⁵; dies gilt auch für interne Entwicklungsarbeiten, selbst wenn in solche Versuche Wettbewerbsprodukte einbezogen werden. Diese betriebsinterne, wettbewerbsneutrale Sphäre wird verlassen, wenn z.B. Informationen in den Geschäftsverkehr gebracht werden¹⁹⁶;
- rein wissenschaftliche Betätigungen¹⁹⁷, etwa bei Forschungstätigkeiten im Hochschulbereich;
- der Verkehr mit Behörden, sofern dies keine Drittwirkung auf den Wettbewerb hat oder auslöst; dementsprechend liegt beispielsweise in einer Strafanzeige gegen einen Wettbewerber ebenso eine Wettbewerbshandlung¹⁹⁸ wie bei der Anmeldung eines gewerblichen Schutzrechtes¹⁹⁹;
- amtlich-hoheitliches bzw. dienstliches Handeln einer Behörde²⁰⁰, sofern es sich nicht um eine erwerbswirtschaftliche Betätigung oder um eine sonstige Form der Teilnahme am Wettbewerb handelt²⁰¹.

¹⁹¹ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, § 2 Rz. 18.

¹⁹² BGH v. 22.4.1993 GRUR 1993, 761, 762 - *Makler-Privatangebot*.

¹⁹³ Zur Abgrenzung s. BGH v. 26.2.1960 GRUR 1960, 384, 387 - *Mampe Halb und Halb I*; v. 9.10.1963 GRUR 1964, 208, 209 - *Fernsehinterview*.

¹⁹⁴ BGH v. 23.10.2001 NJW 2002, 368; Pfeiffer, NJW 1999, 169, 172.

¹⁹⁵ Zur Abgrenzung s. BGH v. 25.9.1970 GRUR 1971, 119, 120 - *Branchenverzeichnis* u. v. 3.5.1974 GRUR 1974, 666, 668 - *Reparaturversicherung*; OLG Hamburg v. 19.4.1985 WRP 1985, 651, 652 - *Rundschreiben an Vertragshändler*; OLG Koblenz v. 28.1.1988 WRP 1988, 557, 558; Mees, FS-Traub (1994), 275, 278 f.; Sack, WRP 1998, 683, 686 f.

¹⁹⁶ vgl. BGH v. 25.9.1970 GRUR 1971, 119, 120 - *Branchenverzeichnis*.

¹⁹⁷ vgl. OLG Karlsruhe v. 2.12.1976 WRP 1977, 45, 47; s. allerdings OLG Frankfurt v. 19.1.1961 GRUR 1962, 323 - *Der Bundeszauberer*.

¹⁹⁸ BGH v. 26.5.1987 GRUR 1987, 829, 830 - *Krankentransport*, Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rz. 13.20.

¹⁹⁹ BGH v. 18.12.1959 GRUR 1960, 372, 373 - *Kodak*.

²⁰⁰ BGH v. 9.10.1963 GRUR 1964, 208, 209 - *Fernsehinterview*; vgl. dazu auch ausführlich und differenzierend Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 UWG Rz. 13.19 ff.

²⁰¹ BGH v. 6.4.1974 GRUR 1974, 733, 734 - *Kfz-Schilderverkauf*; v. 23.3.1995 WRP 1995, 691 - *Bahnhofsverkaufsstellen*.

Zwischenergebnis:

Die geschäftliche Handlung kann in einem positiven Tun oder einem Unterlassen bestehen. Das Verhalten muss sich jedenfalls auf das eigene oder ein fremdes Unternehmen beziehen, eine Beteiligung am wirtschaftlichen Verkehr und nicht nur eine private Bedarfsdeckung darstellen, wobei es auf die Rechtsform, die Unternehmensgröße und eine Gewinnerzielungsabsicht nicht ankommt. Es muss mit der Absatzförderung oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrages über Waren und Dienstleistungen objektiv zusammenhängen und damit auch einen Marktbezug aufweisen.

Die früher erforderliche subjektive Wettbewerbsförderungsabsicht ist keine Voraussetzung für eine geschäftliche Handlung. Die bisherige Rechtsprechung, die angenommen hatte, eine Wettbewerbshandlung sei im Regelfall mit Vertragsabschluss beendet und umfasse nur ausnahmsweise Handlungen nach diesem Zeitpunkt, ist ebenfalls überholt.

5.3 „Mitbewerber“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG)

Mitbewerber ist nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem **konkreten Wettbewerbsverhältnis** steht. Diese Begriffsbestimmung ist vor allem auch für die Frage der Anspruchsberechtigung nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG von entscheidender Bedeutung; denn Unternehmen, die nicht Mitbewerber des (Zuwider-) Handelnden sind, können keine wettbewerbsrechtlichen Ansprüche geltend machen²⁰².

Ein **konkretes Wettbewerbsverhältnis** ist zu bejahen, wenn der durch die geschäftliche Handlung für das eigene Unternehmen oder einen Dritten er-

²⁰² BGH v. 29.11.1990 GRUR 1991, 464, 465 f. – *Salomon*; BGH v. 21.3.1991 GRUR 1991, 863, 864 – *Avon*.

reichte oder angestrebte wettbewerbliche Vorteil einen Wettbewerbsnachteil eines anderen (kausal) auslöst (Wechselbeziehung).

Diesen Wechselbezug fordert die Rechtsprechung seit jeher²⁰³; daran hat sie auch trotz der Kritik im Schrifttum²⁰⁴ festgehalten²⁰⁵.

Dabei wurde bisher **zwischen konkretem und abstraktem Wettbewerbsverhältnis unterschieden²⁰⁶**. Diese Differenzierung war vor allem wegen der unterschiedlichen Ansprüche des Verletzten und seiner Klagebefugnis wesentlich: Nur bei einem Wettbewerbsverstoß im Rahmen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses standen dem unmittelbar Verletzten die wettbewerbsrechtlichen Ansprüche auf Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz zu.

Diese Unterscheidung hat sich im neuen Recht erledigt²⁰⁷. An das Bestehen eines **konkreten Wettbewerbsverhältnis** stellt die Rechtsprechung keine allzu hohen Anforderungen.

Steht ein Absatzwettbewerb in Rede, wird es immer dann anzunehmen sein, wenn die Unternehmen die gleichen oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Abnehmerkreises abzusetzen versuchen (sachlich, räumlich und zeitlich relevanter Markt) mit der Konsequenz, dass die beanstandete geschäftliche Handlung das andere Unternehmen (Mitbewerber) beeinträchtigen, d.h. in seinem Absatz behindern oder stören kann²⁰⁸. Folgerichtig ist Mitbewerber derjenige, der in einem tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbsverhältnis zum werbenden Unternehmen steht

²⁰³ so schon BGH v. 26.1.1951 GRUR 1951, 283, 284 - *Möbelbezugsstoffe*; v. 2.5.1986 GRUR 1986, 898, 899 - *Frank der Tat*; v. 26.11.1992 GRUR 1993, 563, 564 - *Neu nach Umbau*; v. 4.2.1993 WRP 1993, 396, 397 - *Maschinenbeseitigung*; v. 9.6.1994 WRP 1994, 599, 601 - *McLaren*.

²⁰⁴ Vgl. *Emmerich* § 4.3; so auch noch *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG, Rz. 247 (20. Aufl.).

²⁰⁵ Z.B. BGH v. 22.4.1999 GRUR 1999, 1007 - *Vitalkost* u. v. 1.2.1996 GRUR 1996, 501, 505 - *Energiekosten-Preisvergleiche*.

²⁰⁶ Vgl. BGH v. 23.3.1966 GRUR 1966, 445, 446 - *Glutamat*; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, § 2 Rz. 94 ff.; *Speckmann*, Die Wettbewerbssache S. 15 ff.; vgl. auch *Hirtz*, GRUR 1988, 173 ff.

²⁰⁷ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, § 2 Rz. 98.

²⁰⁸ Ständige Rspr. Schon zum alten Recht, vgl. nur BGH v. 5.3.1998 WRP 1998, 973, 974 - *Fotovergrößerungen*; BGH v. 23.4.1998 GRUR 1999, 69, 70 - *Preisvergleichsliste II*; BGH v. 5.10.2000 GRUR 2001, 258 - *Immobilienpreisangaben*; BGH v. 5.10.2000 GRUR 2001, 260 - *Vielfachabmahner*; OLG Frankfurt v. 9.5.2003 GRUR-RR 2003, 248 - *Hausanwälte*.

und dabei aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise die angebotenen Waren oder Dienstleistungen austauschbar sind.²⁰⁹ Insoweit kann auch ein **mittelbares Wettbewerbsverhältnis** genügen. Maßgeblich ist stets, ob sich die Anbieter an denselben Abnehmerkreis wenden, so dass das konkrete Wettbewerbsverhältnis auch erst durch die konkrete geschäftliche Handlung begründet werden kann.²¹⁰

Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis hat die Rechtsprechung daher insbesondere bei folgenden Fallgestaltungen angenommen:

- Beeinträchtigung der Absatzmöglichkeiten eines unmittelbaren Wettbewerbers mit gleichem Kundenkreis und Leistungen gleicher Art²¹¹; ferner bei unmittelbaren Wettbewerbern mit gleichem Lieferantenkreis²¹²;
- Bei Beeinflussung von Absatzmöglichkeiten für Leistungen verwandter Art²¹³, z.B. zwischen Erdgasversorgungsunternehmen und Mitgliedern eines Verbandes zur Förderung des Heizölabsatzes²¹⁴.
- bei Gleichheit der Branchen, trotz unterschiedlicher Handels- / Wirtschaftsstufen, also Hersteller bzw. Großhandel einerseits und Einzelhandel andererseits²¹⁵ oder Hersteller einerseits und Groß- / Einzelhändler andererseits²¹⁶;
- bei Behinderungswettbewerb, durch den der Zuwiderhandelnde/Störer in irgendeiner Weise in Wettbewerb zum Verletzten tritt, etwa wenn ein Kaffeehändler zur Förderung seines Kaffeeabsatzes mit dem Hinweis „Statt Blumen Onko-Kaffee“ wirbt²¹⁷;

²⁰⁹ BGH v. 17.1.2002 GRUR 2002, 828, 829 – *Lottoschein*.

²¹⁰ So schon zum alten Recht BGH v. 24.6.2004 WRP 2004, 1272, 1274 - *Werbeblocker*.

²¹¹ Pfälz. OLG Zweibrücken v. 26.4.1996 WRP 1996, 951, 952 - *Taktvolle Werbung*; OLG Celle v. 5.6.1996 WRP 1996, 910 - *Immobilienmakler*.

²¹² Vgl. auch noch *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 100 ff. zu § 2, insb. Rz. 107.

²¹³ BGH v. 1.2.1996 GRUR 1996, 502, 505 - *Energiekosten-Preisvergleiche*.

²¹⁴ BGH v. 1.2.1996 GRUR 1996, 502, 505 - *Energiekosten-Preisvergleiche*.

²¹⁵ BGH v. 26.11.1992 GRUR 1993, 563, 564 - *Neu nach Umbau*.

²¹⁶ BGH v. 5.5.1988 GRUR 1988, 826, 827 - *Entfernung von Kontrollnummern II*.

²¹⁷ BGH v. 12.1.1972 GRUR 1972, 553 ff. - *Statt Blumen Onko-Kaffee*.

- bei Ausbeutung fremden Rufs²¹⁸, etwa wenn der einer ganz unterschiedlichen Branche angehörige Verletzer das Kennzeichen eines Dritten übernimmt, beispielsweise bei Nutzung der Kennzeichen eines Wintersportartikelherstellers durch einen Zigarettenfabrikanten²¹⁹ oder bei einem Spielzeughersteller, der Spielzeugautos mit Kennzeichnungen eines berühmten Formel 1-Rennstalles vertreibt²²⁰;
- bei bloß mittelbarem Wettbewerb, etwa wenn ein Immobilienhändler mit Steuersparmodellen durch Immobilienerwerb in Wettbewerb zu Steuerberatern²²¹ oder ein Fernsehsender durch Rechtsauskünfte in Wettbewerb zu den Rechtsanwälten im Sendegebiet tritt²²².

Die Feststellung eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses ist schließlich auch nicht davon abhängig, dass der Zuwiderhandelnde/Störer selbst Partner des Wettbewerbsverhältnisses ist, da neben der Förderung eigenen auch die Begünstigung fremden Wettbewerbs ausreicht²²³. Unerheblich ist auch, ob die das Wettbewerbsverhältnis begründende Tätigkeit des Anspruchstellers wettbewerbswidrig ist oder nicht.²²⁴

Die weiteren Begriffe im UWG verwendeten Begriffe – wie zum Beispiel des „Verbrauchers“, „Marktteilnehmers“, „Unternehmens“, der „Verhaltenskodex“ oder die „fachliche Sorgfalt“ – sind ebenfalls in § 2 UWG legal definiert. Auf die jeweilige Definition sei insofern verwiesen.

²¹⁸ BGH v. 29.11.1984 GRUR 1985, 550, 552 ff. - *Dimple* u. v. 2.4.1987 GRUR 1987, 711, 713 - *Camel Tours*; vgl. auch BGH v. 19.10.1994 GRUR 1995, 57, 58 ff. - *Markenverunglimpfung II*; v. 10.2.1994 GRUR 1994, 808, 810 f. - *Markenverunglimpfung I*.

²¹⁹ BGH v. 29.11.1990 GRUR 1991, 465, 466 – *Salomon*.

²²⁰ BGH v. 9.6.1994 GRUR 1994, 732, 733 – *McLaren*.

²²¹ BGH v. 7.12.1989 GRUR 1990, 375, 376 – *Steuersparmodell*.

²²² BGH v. 6.12.2001 GRUR 2002, 987, 992 – *Wir Schuldenmacher*.

²²³ BGH v. 20.2.1997 NJW-RR 1997, 1401 - *Emil-Grünbär-Klub*; v. 10.11.1994 WRP 1995, 186, 188 - *Dubioses Geschäftsgebahren*; v. 14.4.1994 WRP 1994, 859, 861 - *GmbH-Werbung für ambulante ärztliche Leistungen*; v. 2.5.1991 GRUR 1991, 769, 770 - *Honorarfrage*.

²²⁴ BGH v. 24.2.2005 WRP 2005, 735, 736 – *Vitamin-Zell-Komplex*.

Ergebnis:

Die Begriffe der „geschäftlichen Handlung“ und des „Mitbewerbers“ stellen Zentralbegriffe des UWG dar, zwischen denen ein **Wechselbezug** besteht.

In objektiver Hinsicht ist ein (regelmäßig) positives Tun erforderlich, das geeignet ist, den eigenen oder einen fremden Wettbewerb zum Nachteil eines anderen zu begünstigen. Dies erfordert ein **konkretes Wettbewerbsverhältnis** zwischen Zuwiderhandelndem und Verletztem, wobei die Rechtsprechung von einem weiten Verständnis ausgeht.

Nachfolgend wird eine Übersicht über die wesentlichen materiellen Bestimmungen des UWG gegeben. In dieser Gesamtdarstellung muss zwangsläufig eine Begrenzung erfolgen. Entsprechend dem Ausbildungszweck wird versucht, die aus der Sicht eines Patentanwaltes oder Patentassessors vorrangig interessierenden Fallgestaltungen anzusprechen.

6 UNLAUTERE GESCHÄFTLICHE HANDLUNGEN (§ 3 UWG)

6.1.1 Bedeutung der Generalklausel

§ 3 UWG a.F. beherrschte als Generalklausel das gesamte UWG; sie sollte ergänzend und unterstützend überall dort eingreifen, wo spezielle Einzelvorschriften des UWG nicht ausreichen²²⁵. Ihre praktische Bedeutung ging aber viel weiter. Letztlich regelte diese Bestimmung das gesamte materielle Recht des unlauteren Wettbewerbs. Sie wurde bewusst weit und zugleich offen gefasst, um so den zahlreichen Wettbewerbssituationen und den sich permanent verändernden Marktverhältnissen gerecht werden zu können.

Seit der Neufassung aufgrund des 2. UWG-Änderungsgesetzes beschränkt sich die Generalklausel auf die Wiedergabe der Rechtsfolge (Unlauterkeit). Ferner stellt sie die Verbindung zu den UWG-Ansprüchen nach den §§ 8-10 UWG dar, die als Grundvoraussetzung eine Unlauterkeit voraussetzen. Eine darüber hinausgehende materielle eigenständige Bedeutung ist nicht mehr gegeben.²²⁶ Insbesondere die früher zu prüfende „Spürbarkeit“ der unlauteren geschäftlichen Handlung entfällt als originäre Prüfungsvoraussetzung.

6.1.2 § 3 Abs. 2 UWG

Im Gegensatz zur Generalklausel in § 3 Abs. 1 UWG, die (weiterhin) sämtliche Schutzsubjekte des § 1 UWG (Mitbewerber, Verbraucher, sonstige Marktteilnehmer) erfasst, fallen in den Schutzbereich des § 3 Abs. 2 (und Abs. 3) UWG ausschließlich Verbraucher. Die nach § 3 Abs. 2 UWG unzulässige geschäftliche Handlung muss nicht tatsächlich zu einer Beeinflussung führen; es genügt vielmehr ihre Eignung zu einer Beeinflussung.

§ 3 Abs. 4 UWG ist zu entnehmen, auf welchen Verbraucher für die Beantwortung der Frage nach § 3 Abs. 2 UWG abzustellen ist. Nach der amtlichen Begründung²²⁷ ist insoweit das vom EuGH entwickelte²²⁸ und vom BGH in

²²⁵ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 1 ff. u. 55 ff. zu § 3; RG v. 3.5.1912 RGZ 79, 321, 327 – *Sonderrabatt*.

²²⁶ Vgl. Ohly GRUR 2016, 3 ff. (3).

²²⁷ RegE, BT-Drucks 16/10145, S. 22.

²²⁸ Vgl. erstmals EuGH GRUR Int 1998, 906 ff. – *Gut Springenheide*; vgl. auch schon EuGH GRUR Int. 1994, 231 ff. – *Clinique*.

ständiger Rechtsprechung²²⁹ vertretene Verbraucherleitbild des informierten, verständigen und angemessen aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers maßgeblich. Bei geschäftlichen Handlungen, die sich an eine bestimmte Verbraucherguppe richten, kommt es auf ein durchschnittliches Mitglied dieser Gruppe an.

Im Einzelfall, namentlich bei Handlungen, die sich an eine Gruppe besonders schutzbedürftiger Verbraucher (z.B. Kinder, Jugendliche) richten, ist nach § 3 Abs. 4 UWG auf das durchschnittliche Mitglied einer solchen Gruppe abzustellen, wenn für den Unternehmer vorhersehbar war, dass seine geschäftliche Handlung (auch) diese Gruppe beeinflussen könnte.

6.1.3 § 3 Abs. 3 UWG einschließlich Anhang

Die im Anhang sog. „schwarze Liste“ (Black-List) aufgeführten geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern sind „stets unzulässig“ und stellen strikte Verbote ohne Wertungsvorbehalt im Einzelfall dar (Per-se-Verbote). Der Anhang zum UWG enthält insgesamt 30 Ziffern.²³⁰ Durch das 2. Änderungsgesetz zum UWG wurden kleinere Modifikationen vorgenommen bei den Nummern 13, 14 und 29. Die sonstigen Nummern blieben unverändert.

Ergebnis:

Die Generalklausel des § 3 UWG enthält keine materiell-rechtliche eigenständige Bedeutung mehr. Geht es um die Unlauterkeit einer geschäftlichen Handlung gegenüber einem Verbraucher muss zunächst geprüft werden, ob ein Verstoß gegen die „Black-List“ vorliegt (§ 3 Abs. 3 UWG). Ist dies nicht der Fall, beurteilt sich die Unlauterkeit in erster Linie nach den §§ 5, 5a UWG.

²²⁹ Vgl. BGH GRUR 2000, 619 – *Orientteppichmuster*; GRUR 2001, 1166 – *Fernflugreise*; BGH, GRUR 2005, 438 – *Epson-Tinte*; BGH GRUR 2005, 690 – *Internetversandhandel*.

²³⁰ Von einer Wiedergabe der einzelnen Nummern wird abgesehen, da diese im Gesetztext am Ende des UWG aufgeführt sind.

7 MITBEWERBERSCHUTZ (§ 4 UWG)

Zur Erläuterung und Präzisierung der Generalklausel des § 3 UWG hat der Gesetzgeber ursprünglich die Beispieltatbestände des § 4 UWG aF eingefügt²³¹ und damit die bisherigen Fallgruppen der Rechtsprechung zu §§ 1, 3 UWG a.F. aufgenommen. Die Beispieltatbestände waren nicht abschließend. Die Beispieltatbestände konkretisierten letztlich das unbestimmte Tatbestandsmerkmal der „Unlauterkeit“ der Generalklausel (§ 3 UWG).

Das 2. Änderungsgesetz zum UWG v. 02.12.2015 hat zum einen zu einer Auflösung des alten Beispielskatalogs geführt, zum anderen auch dessen materielle Wertung geändert. Während die in § 4 aF UWG aufgeführten Nummern als Regelbeispiel ausgestaltet waren, handelt es sich nunmehr um *Vermutungsregelungen*. Damit wird für Unternehmer die grundsätzliche Möglichkeit eröffnet, trotz Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen eines gesetzlich normierten Beispiels, einen Verstoß gegen die *unternehmerische Sorgfalt* (ehemals *fachliche Sorgfalt*) zu widerlegen und damit im Ergebnis auch die Rechtsfolge der Unlauterkeit seiner Handlung abzuwenden.²³² Ein Entlastungsbeweis ist somit möglich. Die unternehmerische Sorgfalt selbst ist in § 2 I Nr. 7 UWG definiert.

7.1 Herabsetzung und Verunglimpfung von Mitbewerbern (§ 4 Nr. 1 UWG)

Gemäß § 4 Nr. 1 UWG handelt insbesondere unlauter, wer die Kennzeichen, Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder die persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft.

Erforderlich ist insoweit eine Abgrenzung zu § 4 Nr. 2 UWG und § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG. Im Rahmen vergleichender Werbung wird § 4 Nr. 1 UWG von § 6 UWG verdrängt. Von § 4 Nr. 2 UWG werden herabsetzende oder verunglimpfende unwahre bzw. nicht erweislich wahre Tatsachenbehauptungen erfasst. Soweit § 4 Nr. 2 UWG Anwendung findet, soll er § 4 Nr. 1 UWG vorgehen²³³.

²³¹ Begr. RegE UWG, BT-Drucks 15/1487 vom 22.08.2003, S. 17 ff.

²³² S. BR-Drucks 26/15, S. 2 vom 06.03.2015.

²³³ Vgl. bezüglich der Abgrenzung zu § 4 Nr. 8; Fezer/Nordemann, UWG, Rz. 6 zu § 4-4.

7.1.1 Tatbestandsvoraussetzungen

§ 4 Nr. 1 UWG findet sowohl bei einer Handlung gegen einen identifizierten Mitbewerber, als auch bei kollektiver Herabsetzung oder Verunglimpfung von Mitbewerbern Anwendung²³⁴.

„Herabsetzung“ bedeutet die Verringerung der Wertschätzung des Mitbewerbers, seines Unternehmens und/oder seiner Leistungen in den Augen der angesprochenen Verkehrskreise. Dies ist mit Hilfe von wahren oder unwahren Tatsachenbehauptungen sowie Werturteilen möglich. Die Verunglimpfung stellt eine gesteigerte Form der Herabsetzung dar. Dies geschieht durch Verächtlichmachung in Gestalt eines abträglichen Werturteils ohne sachliche Grundlage²³⁵. Eine Unterscheidung hinsichtlich Herabsetzung und Verunglimpfung ist im Einzelfall nicht notwendig, da beide Begriffe gesetzlich gleich gestellt sind²³⁶.

Im Rahmen der Beantwortung der Frage, ob eine Aussage als Herabsetzung von Mitbewerbern zu qualifizieren ist, ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen, in die insbesondere Inhalt und Form der Äußerung, ihr Anlass und der gesamte Sachzusammenhang sowie die Verständnismöglichkeit der angesprochenen Verkehrskreise einzubeziehen sind²³⁷.

Bei Werturteilen ist zu berücksichtigen, dass Schmähkritik und Formalbeleidigungen stets unzulässig sind²³⁸, wobei jedoch das Grundrecht der Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) zu beachten ist²³⁹.

Bei der Äußerung von Werturteilen hat regelmäßig eine Interessenabwägung zu erfolgen, die den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet. Zu prüfen ist, ob in der Äußerung nützliche Informationen für Verbraucher oder andere Marktteilnehmern hinsichtlich ihrer Marktentscheidung enthalten sind und der

²³⁴ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 7.11 zu § 4; a.A.: Sack, WRP 2005, 531, 535; Piper/Ohly, UWG, Rz. 7/10 zu § 4.7.

²³⁵ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 7.12 zu § 4, Rz. 74 ff. zu § 6.

²³⁶ Piper/Ohly, UWG, Rz. 7/13 zu § 4.7.

²³⁷ BGH GRUR 2005, 609 - Sparberaterin II; BGH GRUR 2002, 982 - DIE „STEINZEIT“ IST VORBEI.

²³⁸ Vgl. OLG München WRP 1996, 925 - „Scheiß des Monats“; OLG Karlsruhe GRUR-RR 2003, 61 - Scharlatan.

²³⁹ Vgl. BVerfG GRUR 2001, 170 - Benetton-Werbung I.

gute Ruf des Mitbewerbers keiner stärkeren Beeinträchtigung unterliegt, als dies zur Information der Marktteilnehmer erforderlich ist²⁴⁰.

Wahre Tatsachenbehauptungen sind i.d.R. zulässig, soweit sie in objektiver und sachlicher Art erfolgen und nützliche Informationen für die Nachfrageentscheidung der Marktteilnehmern beinhalte²⁴¹. Tatsachenbehauptungen aus dem Intim- oder Privatbereich eines Mitbewerbers werden jedoch grds. als problematisch eingestuft²⁴².

7.2 **Anschwärzung i.S.v. § 4 Nr. 2 UWG**

§ 4 Nr. 2 UWG dient dem Schutz der Geschäftssehre der Gewerbetreibenden vor unwahren Tatsachenbehauptungen im Wettbewerb²⁴³.

§ 4 Nr. 2 UWG geht als Sondervorschrift der gezielten Behinderung dem § 4 Nr. 4 UWG vor (lex specialis). § 4 Nr. 2 UWG und § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG stehen dagegen nebeneinander²⁴⁴; zum Verhältnis zu § 4 Nr. 1 UWG siehe dort.

7.2.1 **Tatbestandsvoraussetzungen**

Von § 4 Nr. 2 UWG werden nur Tatsachenbehauptungen erfasst, so dass zwischen einer Tatsachenbehauptung und einem Werturteil zu differenzieren ist. Bei dieser Abgrenzung treten häufig Probleme auf²⁴⁵, wobei grundsätzlich davon auszugehen ist, dass eine Tatsachenbehauptung vorliegt, wenn die Äußerung einer Beweiserhebung zugänglich ist²⁴⁶.

Die behauptete oder verbreitete²⁴⁷ Tatsache muss sich dazu eignen, den Betrieb des Unternehmens oder den Kredit des Unternehmers zu schädigen, wobei es als ausreichend angesehen wird, dass die Äußerung zu Nachteilen für die Erwerbstätigkeit zu führen vermag, was nach der Wirkung auf die an-

²⁴⁰ *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 7/18 zu § 4.7.

²⁴¹ *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 7/19 zu § 4.7.

²⁴² Vgl. *Harte/Henning/Omsels*, UWG, Rz. 17 zu § 4 m.w.N.

²⁴³ *Harte/Henning/Bruhn*, UWG, Rz. 5 zu § 4.

²⁴⁴ Vgl. im Einzelnen: *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 8/7 zu § 4.8.

²⁴⁵ Vgl. hierzu im Einzelnen: *Fezer/Nordemann*, UWG, Rz. 16 ff. zu § 4-8.

²⁴⁶ BGH GRUR 1988, 402 - *Mit Verlogenheit zum Geld*.

²⁴⁷ Behauptung: Man stellt selbst eine Tatsache als wahr dar. Verbreiten: Weitergabe einer fremden Tatsachenbehauptung.

gesprochenen Verkehrskreise zu bewerten ist (auf die Sicht des Handelnden oder des Betroffenen kommt es insoweit nicht an)²⁴⁸.

§ 4 Nr. 2 UWG beinhaltet eine Beweislastumkehr, da die Tatsache entsprechend des Wortlauts der Norm lediglich „nicht erweislich wahr“ sein muss. Der Behauptende oder Verbreitende trägt demnach die Beweislast für die Wahrheit der Mitteilung; bleiben Zweifel, so geht dies grundsätzlich zu seinen Lasten²⁴⁹.

Gemäß § 4 Nr. 2, 2. HS UWG greift die vorgenannte Umkehr der Beweislast allerdings nicht für vertrauliche Mitteilungen, an denen der Mitteilende oder der Empfänger ein berechtigtes Interesse hat. Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, ist eine Frage des Einzelfalls, wobei im Rahmen der Prüfung eines berechtigten Interesses eine Interessenabwägung unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erforderlich ist²⁵⁰.

7.3 Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 3 UWG)

7.3.1 Hintergrund

Unzulässige Nachahmungen stellen heute ein globales Problem dar. Der Schaden durch weltweit gehandelte Plagiate soll jedes Jahr im hohen dreistelligen Milliarden-Bereich liegen.

Besonderen Schutz vor Nachahmungen zu gewähren ist grundsätzlich Aufgabe der (gewerblichen) Sonderschutzrechte wie Patent- bzw. Gebrauchsmusterrecht, Geschmacksmuster- oder Markenrecht, aber auch Urheberrecht. Wegen der materiellen Anforderungen zur Erlangung eines solchen Sonderrechtsschutzes können jedoch nicht alle schöpferischen Leistungen Gegenstand von Sonderschutzrechten sein. Zudem kann ein solcher Schutz z.B. wegen Zeitablaufs erloschen sein oder der Schöpfer des Leistungsergebnisses hat von der Erwirkung eines möglichen Sonderrechtsschutzes abgesehen.

²⁴⁸ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 8.19 zu § 4.

²⁴⁹ Fezer/Nordemann, UWG, Rz. 41 zu § 4-8; vgl. aber: BGH GRUR 1993, 572 - *Fehlende Lieferfähigkeit*.

²⁵⁰ Vgl. Piper/Ohly, UWG, Rz. 8/17 zu § 4.8.

Insbesondere in diesen Fällen stellt sich daher die Frage, inwieweit zum Schutz vor Nachahmungen auf das UWG ausgewichen werden kann.

Als Grundsatz gilt dabei die Nachahmungsfreiheit, d.h. eine Nachahmung ist grundsätzlich nicht wettbewerbswidrig i.S.v. § 3 UWG. Unlauterkeit kann erst dann anzunehmen sein, wenn – über die bloße Nachahmung hinaus – besondere Umstände gegeben sind, die ihrerseits (erst) die Wettbewerbswidrigkeit begründen.

§ 4 Nr. 3 UWG nennt die wichtigsten Fälle dieser „besonderen Umstände“, und zwar die vermeidbare Herkunftstäuschung (lit. a), die Ausnutzung der Wertschätzung (lit b) sowie die unredliche Erlangung von Kenntnissen (lit c).

7.3.2 Vermeidbare Herkunftstäuschung i.S.v. § 4 Nr. 3 lit. a UWG

Nach § 4 Nr. 3 lit. a UWG handelt unlauter, wer er eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft herbeiführt.

7.3.2.1 Allgemeines

Eine Herkunftstäuschung ist zu bejahen, wenn die angesprochenen Verkehrskreise den Eindruck gewinnen können, die Nachahmung stamme vom Hersteller des Originals oder einem mit ihm verbundenen Unternehmen²⁵¹. Vermeidbar ist eine Herkunftstäuschung, wenn sie durch geeignete und zumutbare Maßnahmen verhindert werden kann²⁵².

Durch den Vertrieb bzw. das Inverkehrbringen eines nachgeahmten Erzeugnisses (Leistung), dem herkunftshinweisende Eigenart zukommt, wird die Gefahr der Täuschung der Abnehmer über die Herkunft aus dem Betrieb eines bestimmten Herstellers begründet²⁵³. Die Gefahr ist umso größer, je stärker das Erzeugnis mit dem Vorbild übereinstimmt.

Hier ist es Sache des Nachahmenden, durch geeignete Maßnahmen die **Verwechslungsgefahr zu vermeiden**, etwa durch entsprechenden Herstellerhinweis oder Unterschiede in der äußeren Aufmachung, aus denen deut-

²⁵¹ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 9.42 zu § 4.

²⁵² Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 9.45 zu § 4.

²⁵³ BGH v. 24.3.1994 GRUR 1994, 630, 634 – *Cartier-Armreif* m.w.N.; vgl. auch BGH v. 17.10.1996 GRUR 1997, 308, 311 - *Wärme fürs Leben*.

lich wird, dass die einander ähnelnden Waren aus verschiedenen Unternehmen stammen²⁵⁴. Unterlässt er derartige zumutbare Maßnahmen, handelt er wettbewerbswidrig²⁵⁵. Maßgeblich ist also, welcher **Gestaltungsspielraum** dem Nachahmer zur Verfügung steht. Innerhalb dieses Rahmens bleibt dann zu prüfen, ob der Nachahmer das ihm Zumutbare unternommen hat, um durch die übrigen Merkmale des Produkts, seiner Verpackung oder Aufmachung, Kennzeichnung usw. einen ausreichenden Abstand zum nachgeahmten Produkt zu schaffen. Dabei ist es auch relevant, ob es sich bei den angesprochenen Verkehrskreisen²⁵⁶ um das allgemeine Publikum handelt oder um Fachleute²⁵⁷. So kann die Gefahr der Herkunftstäuschung dann ausgeschlossen sein, wenn der Vertrieb unter einer eingehenden Beratung nur durch Fachleute an Fachleute erfolgt und aufgrund des Sachverständes eine Herkunftstäuschung nicht nahe liegt²⁵⁸.

7.3.2.2 Rechtsprechung

Mit dem Sachverhalt einer Herkunftstäuschung i.S.v. § 4 Nr. 9 lit. a UWG (entspricht § 4 Nr. 3 UWG) befassten sich die nachstehenden, zusammenfassend dargestellten instanzgerichtlichen Entscheidungen sowie eine Entscheidung des BGH:

OLG Köln, 24.3.2006, 6 U 115/05 „Faltbare Taschen“ OLGR Köln 2006, 698

Dem Fall „Faltbare Taschen“ lag ein Sachverhalt zur Herkunftstäuschung aus der Modebranche zu Grunde. Das OLG Köln ging der Frage nach, wann eine die Gefahr der Herkunftstäuschung begründende wettbewerbliche Eigenart eines Produkts gegeben ist. Nach seiner Ansicht steht einer solchen Eigenart nicht entgegen, dass die ein Produkt ausmachenden Einzelelemente für sich genommen „dem vorbekannten Formenschatz“ entnommen sind.

²⁵⁴ BGH v. 26.10.1962 GRUR 1963, 152, 156 - *Rotaprint*; BGH v. 6.2.1986 GRUR 1986, 673, 675 - *Beschlagprogramm*; OLG Düsseldorf v. 11.7.1996 WRP 1997, 200, 203 - *Mini-Einbaustrahler*.

²⁵⁵ BGH v. 6.2.1986 GRUR 1986, 673, 675 - *Beschlagprogramm*; BGH v. 22.2.1990 GRUR 1990, 528 - *Rollen-Clips*.

²⁵⁶ BGH v. 24.3.2005 GRUR 2005, 600, 602 ff. - *Handtuchklemmen*.

²⁵⁷ BGH v. 28.1.1988 GRUR 1988, 385 - *Wäschekennzeichnungsbänder*.

²⁵⁸ Vgl. BGH v. 12.12.2002 GRUR 2003, 359, 361 - *Pflegebett*; BGH v. 17.6.1999 GRUR 1999, 1106, 1108 - *Rollstuhlnachbau*; BGH v. 14.12.1995 GRUR 1996, 210, 212 - *Vakuumpumpen*.

Gerade auch aus der Kombination vorhandener Elemente könne sich eine neuartige und deshalb wettbewerbsrechtlich eigenartige Form ergeben. Die Gefahr einer Herkunftstäuschung sei auch nicht dadurch auszuschließen, dass der nachahmende Hersteller durch am Produkt angebrachte Papieranhänger auf den Hersteller hinweist. Eine Verwechslungsgefahr in der konkreten Kaufsituation und insbesondere auch in der vorausgehenden Werbung könne dadurch nicht wirksam ausgeschlossen werden, denn ob die Anhänger sich dann noch an den Waren befänden, sei fraglich.

Ob eine Herkunftsbezeichnung daher ausreicht, um die Gefahr einer Herkunftstäuschung auszuschließen, ist demnach auch unter Berücksichtigung der Frage zu entscheiden, ob derartige Herstellerangaben dauerhaft oder nur in ablösbarer Form am Produkt angebracht sind.

OLG Köln, 9.11.2007, 6 U 9/07 GRUR-RR 2008, 166 ff.

In dieser Entscheidung des OLG Köln ging es um die Nachahmung eines mit einem Designpreis ausgezeichneten Holztisches.

Bei der Beurteilung der wettbewerblichen Eigenart reicht es danach aus, wenn beim angesprochenen Verkehr die Vorstellung ausgelöst wird, dieses Produkt könne wohl nur von einem bestimmten Anbieter oder einem mit diesem verbundenen Unternehmen stammen. Auf eine diesbezügliche Absicht des Herstellers kommt es nicht an; es genügt, dass die Gestaltung des Erzeugnisses die Eignung besitzt, auf seine Besonderheiten hinzuweisen.

Nach Ansicht des OLG Köln wird die Annahme, der Tisch der Klägerin habe eine individuelle Gestaltung, durch seine Auszeichnung mit einem Designpreis bekräftigt. Die Jury habe den Tisch zu den modernen Designklassikern gezählt und als ein identifizierbares Markenzeichen der Klägerin bezeichnet. Eine solche Auszeichnung sei ein Indiz dafür, dass sich das Design des Erzeugnisses in seiner Gesamtwirkung von dem bisher am Markt Bekannten abhebe und geeignet sei, im Verkehr herkunftshinweisend zu wirken.

Hinsichtlich der Möglichkeit des Entfallens einer wettbewerblichen Eigenart führt das Gericht aus, dass selbst wenn einzelne Konkurrenzprodukte eine identische Nachahmung darstellten, daraus noch nicht folge, dass die nachgeahmte Gestaltung inzwischen zum Allgemeingut geworden ist und der Tisch damit jede wettbewerbliche Eigenart verloren habe.

Der noch Anfang 2006 verliehene Designpreis spreche dafür, dass maßgebliche Teile des Verkehrs den als besonders formschön und innovativ gerühmten Tisch weiterhin als ein aus dem Bereich der Allerweltsprodukte und Durchschnittswaren herausragendes Erzeugnis ansehen und allenfalls annehmen werden, dieses werde inzwischen über verschiedene Vertriebswege als Produkt eines bestimmten, wenn auch nicht namentlich in Erscheinung tretenden Herstellers angeboten.

Zudem würde dem Betroffenen jede Möglichkeit zur rechtlichen Gegenwehr genommen, wenn bei verschiedenen etwa gleichzeitig auf den Markt kommenden Nachahmungen jeder von ihnen auf die allgemeine Verbreitung der betreffenden Gestaltung durch eigene oder fremde rechtsverletzende Nachahmungen verweisen könnte, so dass eine solche Rechtsverteidigung grundsätzlich unbeachtlich bleiben muss. Die praktisch identische Leistungsübernahme durch die Beklagte begründe eine vermeidbare Herkunftstäuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft des Erzeugnisses. Wegen der nur unerheblichen Abweichungen der beiden Tische werde der Verkehr, der sich grundsätzlich nur an den äußeren Gestaltungsmerkmalen einer Ware orientieren könne und gerade im Möbelhandel nicht beide Produkte nebeneinander, sondern nur in gewissem zeitlichen und räumlichen Abstand voneinander wahrnehme, darüber getäuscht, dass es sich bei dem Tisch der Beklagten nicht um das bekannte Modell der Klägerin handle; dabei komme es nicht darauf an, ob relevante Teile des Verkehrs dieses Modell – noch dazu unter seiner Modellbezeichnung – auch gerade der Klägerin zuordnen.

Die Gefahr einer Herkunftstäuschung könne bei Möbeln zwar insoweit geringer sein, als der Verbraucher derartige Produkte im Fachhandel nach bewusster und genauer Betrachtung auszuwählen und unter Hinzuziehung von Herstellerkatalogen zu bestellen pflege. Gerade hier bestehe jedoch in besonderem Maße die Gefahr, dass der Verkehr einer Herkunftstäuschung unterliege, weil er annehmen müsse, zwischen dem Hersteller des von ihm ausgewählten Erzeugnisses und dem ihm nicht namentlich bekannten Hersteller des von ihm wegen seines besonderen Designs geschätzten Originalprodukts bestehe Identität oder jedenfalls eine gesellschafts- oder lizenzvertragliche Beziehung.

BGH, 24.5.2007, I ZR 104/04 „Gartenliege“ DB 2007, 2255 ff.

In der Entscheidung „Gartenliege“ befasste sich der BGH mit der wettbewerblichen Eigenart einer Gartenliege. Zunächst führt er bzgl. der Voraussetzungen von Ansprüchen aus wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz aus, dass eine Wechselwirkung zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblichen Umständen besteht. Je größer die wettbewerbliche Eigenart und je größer der Grad der Übernahme sind, desto geringere Anforderungen sind an die besonderen Umstände zu stellen, die die Wettbewerbswidrigkeit der Nachahmung begründen. Gleiches gelte, je komplexer das Gerät sei, das ungeachtet hinreichender Abweichungsmöglichkeiten (fast) identisch nachgebaut worden sei.

Die wettbewerbliche Eigenart kann sich hierbei grundsätzlich auch aus den technischen Merkmalen eines Erzeugnisses ergeben. Merkmale die zwar technisch bedingt, aber frei austauschbar sind, können eine wettbewerbliche Eigenart (mit) begründen, sofern der Verkehr wegen dieser Merkmale auf die Herkunft der Erzeugnisse aus einem bestimmten Betrieb Wert legt oder mit ihnen gewisse Qualitätserwartungen verbindet. Da die Gestaltungselemente, die bei der Gartenliege der Klägerin die Relaxstellung ermöglichen sollten, bei gleichartigen Erzeugnissen nicht aus technischen Gründen zwingend seien, könnten sie deshalb nach Ansicht des BGH eine wettbewerbliche Eigenart begründen.

Diese Merkmale der Liege seien auch für die Verbraucher ohne weiteres erkennbar. Dabei sei nicht erforderlich, dass die Verbraucher die Besonderheiten, die eine Gestaltung gerade auch im Gebrauch aufweist, bereits auf den ersten Blick erkennen.

Die wettbewerbliche Eigenart erfordere nicht, dass der Hersteller den unbedingten Willen habe, seinem Produkt die Eignung eines eindeutigen Herstellerhinweises zu verleihen. Insoweit führt der BGH aus, das Erfordernis der wettbewerblichen Eigenart beziehe sich auf die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale des Erzeugnisses, die diesem aus Sicht der Abnehmer zukommen. Es genüge, dass der angesprochene Verkehr aufgrund der Ausgestaltung oder der Merkmale des Erzeugnisses die Vorstellung hat, es könne wohl nur von einem bestimmten Anbieter oder einem mit diesem verbundenen Unternehmen stammen.

Zudem könne zur Begründung einer wettbewerblichen Eigenart ausreichen, dass die Gestaltung des Erzeugnisses die Eignung besitzt, auf seine Besonderheiten hinzuweisen. Sie könne allerdings entfallen, wenn die konkrete Ausgestaltung des Erzeugnisses oder seine Merkmale aufgrund der Entwicklung der Verhältnisse auf dem Markt nicht mehr geeignet sind, die angesprochenen Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen.

Hinsichtlich der Annahme einer betrieblichen Herkunftstäuschung ist nach Ansicht des BGH nicht erforderlich, dass der Verkehr das Unternehmen, dem er die ihm bekannte Ware zuschreibt, namentlich kenne. Vielmehr genüge, dass er die Vorstellung habe, die Ware sei von einem bestimmten Hersteller, wie auch immer dieser heißen möge, oder einem mit diesem verbundenen Unternehmen in den Verkehr gebracht worden. Dies könne auch dann der Fall sein, wenn die Ware nicht unter einer Herstellerbezeichnung vertrieben werde.

7.3.2.3 (Herkunftstäuschung bei der) Nachahmung von Kennzeichen²⁵⁹

Kennzeichen (Marken, Namens- und geschäftliche Bezeichnungen, Ausstattungen wie z.B. eine Verpackungsaufmachung²⁶⁰) sind ein weiteres Mittel, um dem Verbraucher eine Vorstellung von einer bestimmten betrieblichen Herkunft des Produktes zu vermitteln. Sie werden nicht selten kopiert oder geringfügig verändert wiedergegeben, um bei Verbrauchern eine Fehlvorstellung über die betriebliche Herkunft hervorzurufen.

Dem Schutz über §§ 3, 4 Nr. 3 UWG geht der Schutz nach dem MarkenG und nach § 12 BGB (Namensschutz) vor. **Greift dieser sondergesetzliche Schutz ein, können §§ 3, 4 Nr. 3 UWG daneben nicht zur Anwendung kommen**²⁶¹.

Auch im Hinblick auf die Nachahmung von Kennzeichen herrscht der bereits angesprochene **Grundsatz der Nachahmungsfreiheit außerhalb des son-**

²⁵⁹ Dazu *Henning/Harte/Sambuc*, UWG, § 4 Rz. 115 ff.

²⁶⁰ Diese sind nach § 3 Abs. 1 MarkenG selbst als Marke aufzufassen.

²⁶¹ Vgl. BGH v. 28.5.1998 WRP 1998, 1171, 1174 f. - *Ha-Ra/HARIVA*; *Henning/Harte/Sambuc*, UWG, § 4 Rz. 119 ff.

derrechtlichen Schutzes. Kennzeichnungen im oben genannten Sinne verdienen daher nur dann wettbewerbsrechtlichen Schutz, wenn sie

- eine Eignung zur Wirkung als betriebliches Herkunftszeichen aufweisen und
- (unterhalb der markenrechtlichen Grenze zur Verkehrsgeltung) einen **gewissen Bekanntheitsgrad** erreicht haben²⁶².

Damit ist eine Fülle von Einzelfällen denkbar, die sich, was diese Voraussetzung betrifft, unterhalb der Schwelle des Markenschutzes befinden. Beispielsweise hat der BGH eine Rufausbeutung unter dem Gesichtspunkt der Nachahmung fremder Kennzeichen im Hinblick auf die Bezeichnung „Yellow Phone“ für einen Brancheninformationsdienst verneint, soweit eine Anlehnung an die Bezeichnung „Gelbe Seiten“ in Rede stand²⁶³.

Wettbewerbsrechtlicher Schutz gegen das Nachahmen von Kennzeichnungen besteht aber nur dann, wenn zusätzlich **besondere Umstände** hinzutreten, die die Wettbewerbswidrigkeit zeitigen²⁶⁴:

Die Nachahmung eines nicht durch den o.a. Sonderrechtsschutz geschützten fremden Kennzeichens, mit dem der Verkehr eine **betriebliche Herkunftsvorstellung** verbindet, ist wettbewerbswidrig, wenn dadurch

- die **Gefahr von Verwechslungen im Verkehr hervorgerufen wird und**
- **dem Nachahmenden die Wahl eines anderen Kennzeichens möglich und zumutbar war.**

Zur Feststellung einer Nachahmung von Kennzeichen knüpft die Rechtsprechung fast ausschließlich an **objektive** (Unlauterkeits-) Merkmale an, fordert also eine **objektive Verwechslungsgefahr**, weil in diesem Bereich ohnehin

²⁶² Vgl. BGH v. 4.1.1963 GRUR 1963, 423, 428 – *caffeinfrei*.

²⁶³ BGH v. 5.12.1996 WRP 1997, 310 - *Yellow Phone*.

²⁶⁴ BGH v. 10.4.2003 GRUR 2003, 973, 974 – *Tupperwareparty*; BGH v. 24.2.1961 GRUR 1961, 413, 416 - *Dolex*; v. 4.1.1963 GRUR 1963, 423, 428 - *caffeinfrei*; v. 28.1.1977 GRUR 1977, 614, 615 - *Gebäudefassade*.

der Nachweis des Vorliegens subjektiver Merkmale problematisch ist²⁶⁵. Hierbei spielt der **Gesichtspunkt des zumutbaren Ausweichens** eine Rolle, wobei bei bloßen Kennzeichen der dem Nachahmenden zur Verfügung stehende Spielraum in aller Regel weitaus größer ist als bei der Übernahme bzw. Nachahmung der körperlichen (auch technischen) Gestaltung eines Produktes selbst. Dementsprechend wird bei der Prüfung der Wettbewerbswidrigkeit besonderer Wert auf das Ausnutzen der praktisch immer vorhandenen Ausweichmöglichkeiten und auf das Einhalten eines größeren Abstands zum Originalkennzeichen gelegt²⁶⁶.

7.3.3 Ausnutzen der Wertschätzung i.S.v. § 4 Nr. 3 lit. b UWG

Nach § 4 Nr. 3 lit. b UWG handelt unlauter, wer die Wertschätzung einer nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausnutzt oder einträchtigt.

7.3.3.1 Allgemeines

Die Norm enthält die Tatbestandsalternativen der Rufausbeutung und der Rufbeeinträchtigung, denn der Begriff „Wertschätzung“ meint den „guten Ruf“. Der „Ruf“ eines Produktes oder Unternehmens ist die **Summe aller Vorstellungen, die die Verkehrskreise mit einem Produkt, einer Leistung oder einem Unternehmen verbinden** („Image“)²⁶⁷. Er kann für eine Kaufentscheidung bedeutsamer sein als die objektive Qualität eines Produktes. Nicht allein maßgebend sind der Bekanntheitsgrad oder die Beliebtheit einer Ware, sondern vielmehr die Wert- bzw. Gütevorstellung der Verbraucher.

Von einer Ausnutzung der Wertschätzung bzw. Rufausbeutung kann ausgegangen werden, wenn die angesprochenen Verkehrskreise die Wertschätzung für das Original auf die Nachahmung übertragen²⁶⁸. Für eine **unlautere Rufausnutzung**²⁶⁹ reicht allerdings nicht aus, dass das nachgeahmte Vorbild

²⁶⁵ Vgl. BGH v. 4.11.1966 GRUR 1967, 315, 317 - *skaicubana*; BGH v. 26.6.1968 GRUR 1969, 190, 193 - *Halazon*; vgl. auch BGH v. 17.3.1965 GRUR 1966, 38, 42 - *Centra*.

²⁶⁶ BGH v. 19.12.1984 GRUR 1985, 445, 446 - *Amazonas* (betraf die Übernahme eigenartiger Farbbezeichnungen).

²⁶⁷ Vgl. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 9.51 ff. zu § 4 u. Rz. 69 zu § 6; zum Begriff des „guten Rufes“ auch *Harte/Henning/Sambuc*, UWG Rz.107 ff. zu § 4; s. auch BGH v. 28.3.1996 WRP 1996, 710, 712 - *Uhren-Applikation*; *Speckmann*, WettbR, Rz. 649; *Sambuc*, GRUR 1996, 675 ff.

²⁶⁸ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 9.53 zu § 4.

²⁶⁹ Vgl. dazu ausführlich *Harte/Henning/Sambuc*, UWG, § 4 Rz. 102 ff., 126 ff.

einen guten Ruf hat und bestimmte Gütevorstellungen hervorruft; sie ist erst dann anzunehmen, wenn Eigenart und Besonderheiten des Erzeugnisses zu Qualitätserwartungen (Gütevorstellungen) führen, die der Originalware zugeschrieben werden und der nachgeahmten Ware aufgrund der Verwechslung zugute kommen²⁷⁰. Maßgebend ist, dass der Verkehr die Nachahmung nicht als solche erkennt, was bei Vertrieb unter Fachleuten ausgeschlossen sein kann.

Eine Beeinträchtigung der Wertschätzung bzw. Rufbeeinträchtigung liegt vor, wenn der Vertrieb der Nachahmung dazu führt, dass der gute Ruf des Originals Schaden nimmt²⁷¹. Der Schaden kann z.B. darin bestehen, dass die Nachahmung qualitativ minderwertig ist; der gute Ruf des Originals muss in diesem Fall auf der Qualität der Originalware beruhen²⁷². Auch der massenhafte Vertrieb der Nachahmung, der zu einem Verlust der Exklusivität und damit des Prestigewerts des Originals führt, stellt einen Schaden dar, wenn der gute Ruf gerade auf der Exklusivität des Originals beruht²⁷³.

7.3.3.2 Rechtsprechung

Mit der Vorschrift des § 4 Nr. 9 lit. b UWG (jetzt § 4 Nr. 3 lit. b) hatten sich das OLG Köln und sowie der BGH in den folgenden zusammenfassend dargestellten Entscheidungen zu befassen:

OLG Köln, 9.3.2007, 6 U 169/06 „iPod“ Magazindienst 2007, 964 ff.

Das OLG Köln hat sich in seiner Entscheidung „iPod“ mit der Frage der Schutzfähigkeit und Nachahmung des iPod-Players auseinandergesetzt. Konkret ging es um einen MP3-Player, der über die Handelskette ALDI in Deutschland abgesetzt worden war. Dieser war als wettbewerbswidrige nachschaffende Leistungsübernahme angegriffen worden.

In seinem Urteil stellte das OLG heraus, dass der unter der Bezeichnung „iPod“ vertriebene MP3-Spieler wegen seiner besonderen Gestaltung und großen Verkehrsbekanntheit von hoher wettbewerblischer Eigenart ist. Das

²⁷⁰ Vgl. zum UWG a.F. schon BGH v. 14.12.1995 GRUR 1996, 210, 211 - *Vakuumpumpen*; v. 8.11.1984, GRUR 1985, 876 - *Tchibo/Rolox I*.

²⁷¹ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 9.59 zu § 4.

²⁷² *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 9.59 zu § 4.

²⁷³ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 9.59 zu § 4.

OLG führte ferner aus, dass derjenige unlauter gemäß § 4 Nr. 9 lit. b) UWG handelt, der im Sinne einer nachschaffenden Leistungsübernahme die wesentlichen Elemente des „iPod“ bei seinem eigenen Produkt ohne stichhaltige technische Begründung wiederholt, an dessen guten Ruf zu partizipieren versucht und die Verbraucher anspricht, die sich gegenüber einem Teil ihres Umfeldes als Besitzer des Originals gerieren wollen.

Insoweit sind im Wege einer Gesamtbetrachtung alle Umstände des Einzelfalls – insbesondere der Grad der Anlehnung und die Stärke des von dem nachgeahmten Produkt ausgehenden Rufs zu berücksichtigen.

Dabei kann es für die Annahme einer wettbewerbswidrigen Rufausbeutung genügen, wenn der Nachahmer ohne direkte Übertragung von Qualitätsvorstellungen den mit der bekannten fremden Ware oder Leistung verbundenen guten Ruf als Werbemittel für den eigenen Absatzerfolg einsetzt, indem er etwa ein populäres Design des Konkurrenzprodukts ohne sachlich gerechtfertigten Grund nachahmt, sich so mit seinem – billiger verkauften – Erzeugnis an das Image des Originals „anhängt“ und zugleich den Original-Hersteller in seinen Bemühungen um Aufrechterhaltung des guten Rufs seiner Ware behindert, weil er dem angesprochenen Verbraucher den Erwerb eines „Scheinoriginals“ ermöglicht, dessen fehlende Echtheit regelmäßig zwar nicht dem Käufer selbst, aber dessen Umfeld verborgen bleibt, das die Nachahmung bei ihm sieht.

BGH, 11.1.2007, I ZR 198/04 „Handtaschen“ WRP 2007, 1076 ff.

In der Entscheidung „Handtaschen“ war die Klägerin, eine Herstellerin hochwertiger Damenhandtaschen, der Ansicht, die Beklagten würden unlautere Nachahmungen der von ihr produzierten bekannten Modellreihen vertreiben.

Nach dem BGH stand der Annahme einer vermeidbaren Herkunftstäuschung entgegen, dass eine Vielzahl von Nachbildungen der klägerischen Modelle auf dem Markt existierten, der Verkehr also um das Nebeneinander von Originalen und Nachahmungen wisse. Der Kaufinteressent werde daher seine Herkunftsvorstellung nicht allein an der äußeren Gestaltung festmachen, sondern sich anhand anderer Merkmale zunächst Klarheit verschaffen.

Der Verbraucher bringe dem Erwerb der Produkte der Klägerin erhebliche Aufmerksamkeit entgegen und begutachte die Taschen genau. Daher werde

er das Fehlen eines auf die Klägerin hinweisenden Kennzeichens bemerken. Auch würden die Modelle auf einem anderen Vertriebsweg als die der Beklagten veräußert.

Die Annahme einer unangemessenen Ausnutzung der Wertschätzung sei zwar grundsätzlich denkbar, wenn die Gefahr der Täuschung nicht bei den Abnehmern der nachgeahmten Produkte eintrete, wohl aber bei dem Publikum, das bei den Käufern die Nachahmung sehe und zu irrigen Vorstellungen über die Echtheit verleitet werde.

Dies scheidet aber bei Kenntnis des Publikums vom Vorhandensein von Imitationen und aufgrund des hinreichenden Abstands der angegriffenen Nachahmung von den Originalen aus. Es reiche nicht aus, wenn durch die Herbeiführung von bloßen Assoziationen an ein fremdes Produkt Aufmerksamkeit geweckt werde.

Der Schutz der Wertschätzung sei nicht den Sonderschutzrechten mit Ausschließlichkeitsbefugnis gleichzusetzen. Schließlich verneint der BGH eine wettbewerbswidrige Behinderung der Klägerin. Zwar könne eine Behinderung ebenfalls in die wettbewerbsrechtliche Beurteilung einbezogen werden, da die Aufzählung der Fallgruppen in § 4 Nr. 9 UWG nicht abschließend sei. Allerdings sei – wenn kein Fall des § 4 Nr. 9 lit. a UWG vorliege – wegen der grundsätzlich bestehenden Nachahmungsfreiheit das Nachahmen eines fremden Produkts nur in Ausnahmefällen als wettbewerbswidrig anzusehen.

7.3.3.3 Ersatzteile und Zubehör/ Einschieben in fremde Serien

Gerade bei der Herstellung und dem Vertrieb von Ersatzteilen zeigt sich, dass Waren nicht selten eine ganz **bestimmte Beschaffenheit haben müssen**, um mit anderen Waren zusammen eine neue funktionelle Einheit zu bilden bzw. eine funktionelle Einheit wiederherstellen. Ein **Ersatzteil**, das zum Ersatz ausgefallener bzw. verbrauchter Teile dient, ist nur verkäuflich, wenn es in die Hauptware passt. Ein **Zubehör**, das die Gebrauchsmöglichkeiten der Hauptware erweitert bzw. neue Verwendungsmöglichkeiten eröffnet, muss bestimmungsgemäß mit der Hauptware verbunden werden können, um die Zusatzfunktion auszuüben.

Es ist grundsätzlich **erlaubt, Ersatzteile bzw. Zubehör** für Hauptwaren anderer Hersteller **herzustellen und zu vertreiben**, sofern diese Teile selbst

nicht patent- oder musterrechtlich geschützt sind²⁷⁴. Dabei muss der Nachahmer sogar sehr genau darauf achten, dass das Ersatzteil bzw. Zubehörteil genau zur Hauptware passt; passt das Teil nicht, kann er sich, wenn er es ausdrücklich als Ersatzteil oder Zubehör für eine bestimmte Hauptware ausliefert, gerade insoweit irreführend verhalten.

Es müssen **besondere Umstände** hinzutreten, wenn der Nachbau von Ersatzteil oder Zubehör **wettbewerbswidrig** sein soll:

- Im Hinblick auf Ersatzteile kann dies beispielsweise - im Sinne einer **Herkunftstäuschung** - der Fall sein, wenn beim Verbraucher der Irrtum hervorgerufen wird, auch das Ersatzteil stamme vom Lieferanten der Hauptware. Zwar darf - und muss - der Hersteller in sachlich gebotener Weise darauf hinweisen, für welche Hauptware die Ersatzteile passen; **übernimmt** er aber beispielsweise **Bestellzeichen oder Typenbezeichnungen des Herstellers der Originalware als eigene Bestellnummern oder Typenkennzeichen**, so kann darin eine vermeidbare Herkunftstäuschung oder eine Rufausbeutung liegen²⁷⁵.
- Auch der umgekehrte Gesichtspunkt ist denkbar: Soweit der Verbraucher die Vorstellung hat, Ersatzteile von Drittherstellern seien gleichwertig, kann ein wettbewerbswidriges Handeln dann vorliegen, wenn **durch die [technisch deutlich geringwertigen] Ersatzteile des Wettbewerbers die Original-Hauptware entwertet wird**; dies ist insbesondere denkbar bei sicherheitsrelevanten Ersatzteilen. Bei Ersatzteilen für besonders hochwertige Hauptware, bei der der Verbraucher auch im Hinblick auf die Ersatzteile entsprechende Qualität erwartet, kann es wettbewerbswidrig sein, minderwertige, jedenfalls aber nicht gleichwertige Qualität zu liefern²⁷⁶.

²⁷⁴ BGH v. 12.11.1957 GRUR 1958, 343 - *Bohnergerät*; BGH v. 31.5.1967 GRUR 1968, 49 ff. - *Zentralschlossanlage*; BGH v. 13.10.1983 GRUR 1984, 282 - *Telekonverter*; es herrscht also im Grundsatz Nachahmungsfreiheit, vgl. BGH v. 22.2.1990 GRUR 1990, 528 - *Rollenclips*; v. 8.12.1999 GRUR 2000, 521 - *Modulgerüst*; OLG Köln v. 5.3.1999 GRUR 1999, 765, 767 - *Abziehgerät*.

²⁷⁵ BGH v. 28.3.1996 WRP 1996, 713 - *Verbrauchsmaterialien*.

²⁷⁶ Im konkreten Fall handelte es sich um die Lieferung unverzinkter Kotflügel für Audi-PKW; insoweit hatte der Verbraucher die Vorstellung, dass auch die Ersatzteile des Nachahmers die Audi-Qualität aufweisen, also verzinkt sind; OLG München v. 12.1.1995 WRP 1995, 963 - *Unverzinkte Kotflügel*.

Diese **Bewertung gilt für Zubehörteile entsprechend**²⁷⁷. Die Ergänzung eines in sich bereits fertigen Produktes um eine weitere Einsatzmöglichkeit ist wettbewerbsrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden und nicht deshalb unlauter, weil sie den Hersteller der Hauptware bei dem Absatz eigener Zusatzgeräte beeinträchtigt.

Ein **Einschieben in eine fremde Serie** setzt eine Fertigware voraus, die ihrer Natur nach so angelegt ist, dass sie durch zusätzliche Gegenstände ergänzt, erweitert und/oder vervollständigt wird und dadurch ihr Gebrauchszweck und Wert erhöht werden. Das mit solcher Ware verfolgte kommerzielle **Ziel**, an dem der Nachahmer teilhaben will, besteht darin, **laufenden Ergänzungsbedarf zu wecken und zu nutzen**.

Praktisch geworden ist dieser Fall in der Rechtsprechung des BGH mehrfach im Zusammenhang mit Kinderspielzeug-Serien. Diese werden für Kinder bzw. sonstige Verbraucher dadurch besonders interessant, dass mit immer weiteren Zusatzteilen die im System angelegten Möglichkeiten erweitert werden. Der BGH hat es in der Vergangenheit im Hinblick auf die LEGO-Serie als wettbewerbswidrig (rufausbeutend) angesehen, dass ein Nachahmer Bausteine mit exakt gleichen Abmessungen auf den Markt brachte, die mit den LEGO-Bausteinen gemeinsam verbaut werden konnten, ohne dass für diese exakte Anpassung eine erkennbare technische oder wirtschaftliche Notwendigkeit bestand²⁷⁸.

Mit dem Vorgehen gegen ein Einschieben in eine fremde Serie wurde letztlich die **Umsatzerwartung des Herstellers der Originalware geschützt**, sofern nicht ohnehin auch eine Herkunftstäuschung gegeben ist. Der Unterschied zu den o.a. Fällen im Ersatzteilverkauf liegt darin, dass bei diesen

²⁷⁷ Vgl. insbesondere BGH v. 13.10.1983 GRUR 1984, 282, 283 – *Telekonverter*.

²⁷⁸ BGH v. 6.11.1963 GRUR 1964, 621, 625 ff. - *Klemmbausteine I*; BGH v. 7.5.1992 GRUR 1992, 620 ff. - *Klemmbausteine II*. Die Besonderheit im Hinblick auf die Entscheidung *Klemmbausteine II* besteht darin, dass der BGH nach 30 (!) Jahren noch einmal ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutz gewährt hat. Dies zeigt, dass auch ohne Sonderrechtsschutz über einen sehr langen Zeitraum Schutz gegen Nachahmungen gewährt werden kann, wobei der Unterschied zwischen der Entscheidung *Klemmbausteine I* und *Klemmbausteine II* darin bestand, dass bei der erstgenannten Entscheidung lose Bausteine in den Markt gelangten und bei der zweitgenannten vollständige, in sich abgeschlossene kleine Baukastensysteme („*Tomy Train*“), so dass von einem „verdeckten“ Einschieben in die Serie gesprochen werden konnte; vgl. insoweit auch Cour d'Appel de Paris v. 16.1.1992, Cour de Cassation v. 29.3.1994 GRUR Int. 1995, 505 ff. - *LEGO/Tomy Train*; Oberster Gerichtshof des Landes Norwegen (Hoyesteret) v. 20.12.1994 GRUR Int. 1995, 508 ff. - *LEGO/Tomy Train*.

schon der Verkauf der ursprünglichen Originalware als das insoweit interessierende Umsatzgeschäft anzusehen ist²⁷⁹.

Von dieser Rechtsprechung hat sich der **BGH** in seiner dritten Entscheidung²⁸⁰ aus der „**Klemmbausteine**“-**Trilogie** nunmehr offensichtlich verabschiedet; ohne sich im Einzelnen mit der der früheren „**Klemmbausteine**“-Rechtsprechung entgegen gehaltenen Kritik auseinanderzusetzen, führt er aus, dass mit dem wettbewerbsrechtlichen Schutz des Unternehmers vor einem Einschleiben in seine Serie kein in zeitlicher Hinsicht unbegrenzter Schutz vor Nachahmungen für eine Innovation gewährt werden dürfe. Dies liege darin begründet, dass ein solcher Schutz im Gegensatz zu der gesetzlichen Befristung des Innovationsschutzes im Patentrecht, im Gebrauchsmusterrecht und im Geschmacksmusterrecht stehe; denn die Gewährung eines wettbewerbsrechtlichen Schutzes des Unternehmers vor einem Einschleiben in seine eigene Produktserie bewirke in diesem Bereich eine völlige Aushebelung des Grundsatzes der Nachahmungsfreiheit bei Produkten, die keinem sonderrechtlichen Schutz (mehr) unterfallen.

Zur Wahrung der Freiheit des Wettbewerbs sei es deshalb erforderlich, den ergänzenden Leistungsschutz, soweit er - wie im Streitfall - den **Schutz einer Leistung als solcher** zum Gegenstand habe, anders als in den Fällen, in denen er den Schutz gegen vermeidbare Herkunftstäuschungen (vgl. dazu nunmehr die Regelung in § 4 Nr. 9 Buchst. a UWG), gegen das Ausnutzen des Rufs fremder Leistung (vgl. dazu nunmehr § 4 Nr. 9 Buchst. b Fall 1 UWG), gegen die Behinderung von Mitbewerbern (vgl. dazu nunmehr § 4 Nr. 9 Buchst. b Fall 2 und Nr. 10 UWG) sowie gegen Einschleichen und/oder gegen Vertrauensbruch (vgl. dazu nunmehr § 4 Nr. 9 Buchst. c UWG) bezwecke, **zeitlich zu begrenzen**²⁸¹.

In dem konkret zu entscheidenden Fall sei eine für den unterstellten wettbewerbsrechtlichen Schutz gegen das Einschleiben in eine Serie von Produkten zu gewährende angemessene Frist jedenfalls mittlerweile abgelaufen; denn eine solche hätte sich, soweit es um den Schutz der technischen Gestaltung der Bausteine geht, an den hierfür sondergesetzlich vorgesehenen Fristen zu

²⁷⁹ Siehe auch *Kur*, GRUR Int. 1995, 469 ff.; *Altmeyden*, ZIP 1997, 2069, 2073 ff.

²⁸⁰ BGH v. 2.12.2004 GRUR 2005, 349 ff. – *Klemmbausteine III*.

²⁸¹ So schon *Piper* in *Köhler/Piper*, UWG, § 1 Rz. 653; *Sack*, FS-Erdmann, 2002, 697, 714 ff.

orientieren. Dieser sei aber bei dem den Klägerinnen für ihr Spielsystem zubilligten Innovationsschutz schon im Zeitpunkt der Klageerhebung - rund 45 Jahre nach der Markteinführung des Systems – auf jeden Fall überschritten bzw. abgelaufen²⁸².

7.3.4 Unredliche Erlangung von Kenntnissen i.S.v. § 4 Nr. 3 lit. c UWG

Nach § 4 Nr. 3 lit. c UWG handelt unlauter, wer die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen unredlich erlangt hat.

7.3.4.1 Allgemeines

Die Vorschrift knüpft an das Verhalten des Verletzers gegenüber dem Hersteller des Originals an, so dass nicht das Originalprodukt als Leistung geschützt wird, sondern die Unlauterkeit vielmehr aus der Behinderung des Herstellers des Originals bei der Vermarktung seines Produkts resultiert²⁸³.

Unter den Begriff der Unredlichkeit fallen einerseits alle Formen der strafbaren Erlangung von Kenntnissen und Unterlagen (z.B. §§ 17, 18 UWG; §§ 242, 246 StGB), und zwar unabhängig davon, ob der Verletzer selbst die jeweilige Handlung begeht oder Dritte für sich handeln lässt²⁸⁴. Andererseits werden Kenntnisse und Unterlagen auch dann unredlich erlangt, wenn ihre Mitteilung oder Weitergabe durch Täuschung erfolgt ist; gleiches gilt, wenn die Kenntnisse und Unterlagen zunächst in einem Vertrauensverhältnis redlich erlangt, im Anschluss aber unter Vertrauensbruch und damit missbräuchlich zur Nachahmung ausgenutzt werden²⁸⁵.

7.3.4.2 Rechtsprechung

Mit dem Fall der unredlichen Erlangung von Kenntnissen i.S.v. § 4 Nr. 9 lit. c UWG (entspricht § 4 Nr. 3 lit. c) beschäftigen sich u.a. die nachfolgenden zusammengefasst dargestellten instanzgerichtlichen Entscheidungen:

²⁸² Vgl. BGH v. 6.2.1986 GRUR 1986, 895, 896 – *Notenstichbilder*.
²⁸³ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 9.60 zu § 4.
²⁸⁴ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 9.61 zu § 4.
²⁸⁵ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 9.62 zu § 4.

OLG Köln, 31.8. 2007, 6 U 80/02, ZIP 2008, 518 ff.

In dieser Entscheidung befasste sich das OLG Köln u.a. mit dem Vorwurf der unlauteren Nachahmung i.S.d. § 4 Nr. 9 c UWG durch ein von der Schuldnerin der Klägerin vertriebenes Gerüst.

Die angegriffenen Gerüste bzw. Gerüstteile stellten Nachahmungen des Gerüsts bzw. von Teilen des klägerischen Gerüsts dar. Für die Konstruktion der angegriffenen Gerüstteile wurden die von der Klägerin als Anlage vorgelegten Konstruktionszeichnungen, die ihre Firmierung trugen, verwendet. Zur unlauteren Erlangung der Konstruktionszeichnungen der Klägerin durch die Schuldnerin erklärte das Gericht, die Klägerin habe ihre Konstruktionszeichnungen selbst gefertigt und der Gießerei R. als Vorlieferantin zur Verfügung gestellt. Diese habe, nachdem sie später auch von der Schuldnerin den Auftrag erhalten hatte, die Bauteile zu gießen, diese Konstruktionszeichnungen der Schuldnerin überlassen.

Nach Ansicht des OLG Köln stellt sich die sodann erfolgte Übernahme der klägerischen Zeichnungen zum Zwecke der Verwendung für die eigenen Gerüste als unredlich dar. Denn die Klägerin habe die Pläne der Gießerei nicht zu dem Zwecke übergeben, dass diese sie auch Wettbewerbern überlassen dürfe, was durch den Umstand unterstrichen werde, dass die Pläne einen Vermerk aufwiesen, der u.a. die Weitergabe sowie Vervielfältigung dieser Unterlage, Verwertung und Mitteilung ihres Inhalts nicht gestatte, soweit dies nicht ausdrücklich zugestanden sei.

Der Unredlichkeit der Erlangung der Konstruktionspläne stand nach Ansicht des Gerichts nicht entgegen, dass die Pläne nicht auf Betreiben, sondern durch die Gießerei R. in den Besitz der Schuldnerin gelangt waren, da ausreiche, dass die Unterlagen zunächst redlich erlangt, dann aber unter Vertrauensbruch und damit missbräuchlich zur Nachahmung ausgenutzt worden sind.

Abschließend weist das OLG Köln darauf hin, dass der Nachbau der Gerüste zwar nicht per se unlauter sei, er es aber dadurch werde, dass die Schuldnerin dabei Pläne verwendet habe, die erkennbar von der Klägerin stammten und den zitierten Vertraulichkeits- bzw. Vervielfältigungsvermerk enthielten.

LG Stuttgart, 6.3.2008, 17 O 68/08, ZUM-RD 2008, 501 ff.

Der Entscheidung des LG Stuttgart lag die Frage der Urheberschutzfähigkeit eines Mustervertrages zur Vermittlung von polnischen Pflegekräften an deutsche Senioren zu Grunde.

Unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten kam das Gericht zu dem Ergebnis, dass es am Merkmal der unredlichen Informationsgewinnung, die regelmäßig strafbares Verhalten oder Täuschung bzw. Vertrauensbruch voraussetze, fehle.

Da der Antragsteller seinen Vertrag offen im normalen Geschäftsverkehr gegenüber seinen Geschäftspartnern verwendet habe, könne keine Rede davon sein, dass die Antragsgegnerin ihn nur unter Verletzung eines Vertrauensverhältnisses habe erlangen können.

Letztlich sei auch unter dem weiteren Gesichtspunkt der Behinderung wettbewerbswidriges Verhalten der Antragsgegnerin nicht zu erkennen, weil die Antragstellerin durch den nur leicht variierten Vertrag der Konkurrenz nicht an der ungestörten Vermarktung gehindert werde.

Hinweis: Der BGH hat zur Sittenwidrigkeit des Nachbaus von wettbewerblich eigenartigen technischen Messgeräten vor allem unter dem Gesichtspunkt strafbarer Handlungen sowie eines Erschleichens oder eines Vertrauensbruchs in seiner Entscheidung vom 7.11.2002 (Az. I ZR 64/00) „Präzisionsmessgeräte“ WRP 2003, 500 ff. Stellung genommen.

7.3.5 Schadensersatzverpflichtung bei unlauterer Nachahmung

7.3.5.1 Allgemeines

Zur Berechnung des verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruches stehen auch im Rahmen des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes alternativ die drei klassischen objektiven Berechnungsarten des Immaterialgüterrechts – entgangener Gewinn, Verletzergewinn, sowie angemessene Lizenz – zur Verfügung²⁸⁶.

²⁸⁶ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 9.83 zu § 4 u. Rz. 1.36 ff. zu § 9.

7.3.5.2 BGH, 21.9.2006, I ZR 6/04 „Steckverbindergehäuse“ WRP 2007, 533 ff.

Zur Berechnung des Verletzergewinns hat der BGH in seiner Entscheidung „Steckverbindergehäuse“ vom 21.9.2006 (Az. I ZR 6/04) ausführlich Stellung genommen.

Er erklärte zunächst, Schadensersatz könne nach den Grundsätzen des Verletzergewinns verlangt werden, da diese Methode auch zur Ermittlung des Schadensersatzes in Fällen des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes anerkannt sei.

Daher – so der BGH weiter – seien auch die Grundsätze der „Gemeinkosten-Entscheidung“ vom 2.11.2000 (I ZR 246/98) BGHZ 145, 366 ff. im wettbewerblichen Leistungsschutz anzuwenden.

Nach dieser zum Geschmacksmusterrecht entwickelten sowie zunächst auf das Kennzeichen- und Urheberrecht übertragenen Rechtsprechung sind **vom Erlös** lediglich die **variablen**, vom Beschäftigungsgrad abhängigen **Kosten für die Herstellung und den Vertrieb der schutzrechtsverletzenden Gegenstände abzuziehen**. Alle konkret und ausschließlich durch die patentverletzend hergestellten und vertriebenen Gegenstände verursachten Kosten sind abzugsfähig, insbesondere Herstellungs-, Beschaffungs-, Werbungs- und Vertriebskosten.

Sog. Gemein- oder Fixkosten sind hingegen grundsätzlich nicht abzugsfähig. Eine Ausnahme gelte dann, wenn diese Kosten den schutzrechtsverletzenden Gegenständen unmittelbar und ausschließlich zugerechnet werden können.

In der „Steckverbindergehäuse“-Entscheidung befasste sich der BGH auch ganz konkret mit der **Abgrenzung von abzugs- und nicht abzugsfähigen Kostenpositionen**. Er stellt hierzu zunächst fest, dass es einer gewissen Typisierung bedürfe, die einerseits den Geboten der Praktikabilität und andererseits den Wertungen des Schadensersatzrechts und dem Ziel Rechnung tragen müsse, mit dem Schadensersatz einen billigen Ausgleich der Vermögensnachteile des Verletzten zu bewirken.

Abzugsfähig seien danach jedenfalls die Kosten des Materials sowie der Energie für die Produktion und die Kosten der Sachmittel für Verpackung und

Vertrieb. Zu den Fertigungskosten, die vollständig abgezogen werden können, sollen auch die auf die fragliche Produktion entfallenden Lohnkosten gehören. Im Bereich des Anlagevermögens können die Kosten für Maschinen und Räumlichkeiten (anteilig bezogen auf ihre Lebensdauer) dann abgesetzt werden, wenn sie ausschließlich für die Produktion und den Vertrieb der Nachahmungsprodukte verwendet worden sind.

Nicht abzugsfähig seien u.a. allgemeine Marketingkosten, Geschäftsführergehälter, Verwaltungskosten und Kosten für Anlagevermögen, das nicht unmittelbar der verletzenden Fertigung zugerechnet werden kann. Nicht anrechenbar sind ferner Anlauf- und Entwicklungskosten sowie Kosten für die – etwa infolge der Unterlassungsverpflichtung – nicht mehr veräußerbaren Produkte.

Insbesondere hat der BGH die **Abzugsfähigkeit für Materialkosten** bezüglich der **nicht verkauften Teile** verneint. Diese stellten – in dem zu entscheidenden Fall – Anlaufkosten dar, die der Klägerin im unterstellten laufenden Betrieb zur Produktion des nachgeahmten Gegenstandes nicht entstanden wären.

Schließlich bestätigte der BGH in seiner Entscheidung, dass regelmäßig nur ein prozentualer Anteil des Gewinns auf der Rechtsverletzung beruhe und auch nur dieser Anteil am Verletzergewinn herauszugeben sei.

Maßgeblich sei hierfür, inwieweit beim Vertrieb der nachgeahmten Produkte die Gestaltung als Imitat für die Kaufentschlüsse ursächlich gewesen ist oder andere Umstände eine wesentliche Rolle gespielt haben. Insofern sei bei einer identischen Nachbildung im Rahmen eines Schadensersatzanspruches aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz zu berücksichtigen, dass für die Entscheidung zum Kauf eines technischen Gegenstandes regelmäßig weniger die Gestaltung als vielmehr die technische Funktionalität entscheidend ist.

7.4 Gezielte Behinderung i.S.v. § 4 Nr. 4 UWG

Unlauter handelt entsprechend § 4 Nr. 4 UWG insbesondere, wer Mitbewerber gezielt behindert.

Da dem Wettbewerb eine Auslesefunktion zukommt, ist eine Differenzierung zwischen einem normalen und erwünschten Leistungswettbewerb und einem unzulässigen Behinderungswettbewerb schwierig. Dass Mitbewerber beeinträchtigt und behindert werden, ist dem Wettbewerb immanent und als Folge erfolgreichen unternehmerischen Handelns regelmäßig wettbewerbskonform²⁸⁷. Unternehmer werden bereits durch die bloße Existenz von Mitbewerbern in ihren Entfaltungsspielräumen eingeschränkt. Wettbewerbshandlungen bzw. geschäftliche Handlungen eines Unternehmers gehen i.d.R. zulasten der anderen. Ziel eines jeden Unternehmers ist es, sich im Wettbewerb durchzusetzen. Unternehmensstrategien werden daher u.a. darauf ausgerichtet, eine Behinderung anderer Mitbewerber (evtl. sogar aggressiv) zu erreichen.

Dementsprechend ist allein das Vorliegen einer Behinderung, also der Beeinträchtigung wirtschaftlicher Entfaltungsmöglichkeit, nicht per se wettbewerbswidrig. Hierzu sind im Einzelfall weitere besondere Umstände erforderlich²⁸⁸, die es positiv festzustellen gilt.

Wird ein Mitbewerber behindert, ist es möglich, dass gleichzeitig kartellrechtliche Missbrauchstatbestände wie § 21 Abs.1 GWB (Boycottverbot), § 20 Abs. 1, Abs. 4 GWB (unbillige Behinderung im Vertikal- und im Horizontalverhältnis) und § 19 Abs. 1 GWB (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung) eingreifen. Zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem Kartellrecht besteht ein Funktionszusammenhang, so dass häufig parallele Wertungen möglich sein werden. Die Wertungen des Kartellrechts dürfen dabei jedoch nicht durch die Anwendung des Wettbewerbsrechts unterlaufen werden. Adressaten des § 19 Abs. 4 Nr.1; § 20 Abs. 1 bis 4 GWB sowie des Art. 102 Abs. 1 AEUV sind lediglich die marktbeherrschenden und marktstarken Unternehmen.

Die weite Fassung des § 4 Nr. 4 UWG trägt dem Umstand Rechnung, dass alle Erscheinungsformen des Behinderungswettbewerbs, einschließlich des Boykotts, des Vernichtungswettbewerbs und des Missbrauchs von Nachfragemacht zur Ausschaltung von Mitbewerbern, erfasst werden sollen²⁸⁹. Zu-

²⁸⁷ Fezer/Götting, UWG, Rz. 1 zu §§ 4-10.

²⁸⁸ BGH GRUR 2001, 1061 - *Mitwohnzentrale.de*.

²⁸⁹ BT-Drucks. 15/1487 S. 19; ebenso der Vorschlag von Köhler, WRP 2002, 1317, 1319.

dem werden Handlungen im Verhältnis zweier Unternehmer auf verschiedenen Wirtschaftsstufen einbezogen. Eine Behinderung von Mitbewerbern als bloße Folge des Wettbewerbs genügt allerdings nicht zur Tatbestandsverwirklichung, wie sich aus der geforderten Zielgerichtetheit des Handelns ergibt²⁹⁰.

7.4.1 Tatbestandsvoraussetzungen der gezielten Behinderung

Zunächst ist eine geschäftliche Handlung i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG erforderlich. § 4 Nr. 4 UWG unterfällt demnach z.B. kein allein aus politischen Gründen motivierter Boykottauf²⁹¹.

Behinderung bedeutet hier die Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten eines Mitbewerbers, wozu alle Wettbewerbsparameter, also Absatz, Bezug, Werbung, Produktion, Forschung, Entwicklung, Planung, Finanzierung Personaleinsatz usw. zu rechnen sind²⁹². Die geschäftliche Handlung muss lediglich zur Beeinträchtigung geeignet sein, d.h. eine solche muss nicht tatsächlich eintreten.

Aus dem Merkmal der Zielgerichtetheit folgt, dass neben der Beeinträchtigung der Mitbewerber weitere, die Unlauterkeit der geschäftlichen Handlung begründende Umstände vorliegen müssen. Seit der UWG-Reform stellt das Merkmal der Zielgerichtetheit den Anknüpfungspunkt für die Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Wettbewerbsmaßnahmen dar. Die bisher von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze und Fallgruppen zur wettbewerbswidrigen Behinderung gelten jedoch weiter (s. dazu noch unten).

Die Zielgerichtetheit wird anhand subjektiver und objektiver Indizien beurteilt:

Ein Handeln in Verdrängungsabsicht ist unproblematisch als wettbewerbswidrig einzustufen. Das erfordert die subjektive Absicht, den Mitbewerber an seiner wettbewerblichen Entfaltung zu hindern und ihn vom Markt zu verdrängen. Diesbezügliche Feststellungen sind allerdings schwer zu treffen, so dass die Rechtsprechung es als ausreichend ansieht, wenn eine Maßnahme

²⁹⁰ BT-Drucks. 15/1487 S. 19, *Fezer/Götting*, UWG, Rz. 1 zu §§ 4-10; so die st. Rspr. siehe nur RGZ 134, 342 ff. - *Benrather Tankstelle*.

²⁹¹ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 10.4. zu § 4.

²⁹² *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 10.6 zu § 4.

einerseits keinen anderen Zweck als den der Verdrängung haben kann und andererseits eine zumindest konkrete Gefahr der Marktbehinderung besteht²⁹³.

Des Weiteren muss der Handelnde von den besonderen Umständen, die die Unlauterkeit begründen, nicht zwingend Kenntnis haben. Seine Handlung kann nämlich auch objektiv ihrer Art nach darauf gerichtet sein, Wettbewerber an ihrer wettbewerblichen Entfaltung zu hindern.

Ist bei objektiver Würdigung aller Umstände die Handlung primär nicht auf die Förderung der eigenen wettbewerblichen Entfaltung, sondern vielmehr auf die Störung der fremden wettbewerblichen Entfaltung gerichtet, liegt eine gezielte Behinderung ebenfalls vor²⁹⁴. Zu beachten sind dabei Anlass, Zweck, Inhalt, Bedeutung sowie Wirkung der jeweiligen Handlung. Die im Anschluss notwendige Interessenabwägung erfolgt unter Berücksichtigung des Grundsatzes des freien Wettbewerbs, der kollidierenden Grundrechte und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

Werden wettbewerbsfremde Mittel eingesetzt, z.B. Gewalt angewandt, unzulässiger Druck ausgeübt oder ein Mitbewerber herabgesetzt, ist stets eine wettbewerbswidrige Handlung zu bejahen. Solche Handlungen werden jedoch i.d.R. bereits auch durch die Tatbestände der unangemessenen unsachlichen Einflussnahme (§ 4a I UWG), der Herabsetzung (§ 4 Nr. 1 UWG) sowie der Anschwärzung (§ 4 Nr. 2 UWG) erfasst sein.

Schwieriger ist die Einordnung von Maßnahmen, die ihrem äußeren Eindruck nach Mittel des Wettbewerbs sind (z.B. der Preiskampf). Hier hat eine umfassende Würdigung des Einzelfalles zu erfolgen. Ein unlauteres Verhalten liegt vor, wenn der Unternehmer seine Leistung durch eigene Anstrengungen nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen kann.

²⁹³ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 10.9 zu § 4.

²⁹⁴ Vgl. BGH GRUR 2007, 800 – *Außendienstmitarbeiter*.

7.4.2 Fallgruppen

7.4.2.1 Absatzbehinderung

Absatzbehinderung ist durch Einwirken auf (potentielle) Kunden oder auf Waren/Produkte des Mitbewerbers möglich.

Das Abwerben von Kunden ist regelmäßig nicht wettbewerbswidrig; denn ein Recht auf die Erhaltung eines Kundenstammes oder den Fortbestand eines Vertragsverhältnisses existiert nicht²⁹⁵. Wendet der Mitbewerber besondere Mühen und Kosten beim Erhalt der Kundschaft auf, begründet dies zwar keinen besonderen wettbewerbsrechtlichen Schutz, jedoch kommt eine Wettbewerbswidrigkeit vor allem beim sog. „Kundenfang“ und „Verleiten zum Vertragsbruch“ in Betracht.

Beim Abhalten eines Kunden vom (beabsichtigten) Vertragsschluss ist zu beachten, dass das Eindringen in einen fremden Kundenkreis und das Ausspannen von Kunden, auch im Falle eines zielbewussten und systematischen Handelns, geradezu eine Eigenart des Wettbewerbers darstellt²⁹⁶. Aus diesem Grund müssen für die Annahme einer wettbewerbswidrigen kundenbezogenen Behinderung weitere besondere Umstände vorliegen.

Setzt ein Wettbewerber nicht leistungsgerechte Mittel, vor allem gegenüber einem Kunden, der bereits konkrete Kaufabsichten hat, ein, liegt ein wettbewerbswidriges Verhalten vor. In diesem Zusammenhang kommt z.B. ein Mittel i.S. von § 4a I UWG (unangemessene unsachliche Einflussnahme) in Betracht. Wettbewerbswidrig handelt auch, wer einen Kunden darüber täuscht oder dessen Irrtum darüber aufrechterhält, dass er der von ihm gesuchte Vertragspartner sei, wer Anfragen oder Aufträge eines Kunden an einen Mitbewerber unterdrückt²⁹⁷ oder von einem Mitbewerber geschaffene fremde Einrichtungen ausnutzt.

Kaufinteressenten in der unmittelbaren räumlichen Nähe zu den Geschäftsräumen eines Mitbewerbers gezielt „anzusprechen“ (etwa Anbringen von Werbung und Verteilen von Handzetteln), kann den Tatbestand der Unlau-

²⁹⁵ BGH GRUR 1986, 547 ff. - *Handzettelwerbung*; BGH GRUR 2001, 1061 - *Mitwohnenzentrale.de*.

²⁹⁶ Siehe nur BGH GRUR 1986, 547 ff. - *Handzettelwerbung*.

²⁹⁷ Bsp.: BGH WRP 1987, 606 - *Zollabfertigung*.

terkeit erfüllen. Die Rechtsprechung²⁹⁸ beurteilt diese (Ab-)Werbemaßnahmen dann als unlauter, wenn sich der Werbende gewissermaßen zwischen den Kaufinteressenten und den Mitbewerber schiebt, um ihm eine Änderung des Kaufentschlusses aufzudrängen²⁹⁹.

Absatzbehinderung kann auch dann vorliegen, wenn die Kunden eines Mitbewerbers verleitet werden, ein bestehendes Vertragsverhältnis zu lösen, um zu dem (handelnden) Konkurrenten zu wechseln.

Das Hinwirken auf eine rechtmäßige Vertragsauflösung (sog. Kündigungshilfe, z.B. durch Vorformulierung eines Kündigungsschreibens) ist regelmäßig nicht unlauter. Anders ist dies jedoch in Zusammenhang mit einer Verleitung zum Vertragsbruch, einer Herabsetzung des Mitbewerbers beim Kunden, einer Irreführung oder einer Überrumpelung.

Damit eine Verleitung zum Vertragsbruch anzunehmen ist, muss einerseits die Beendigung des Vertrages durch den potentiellen Kunden rechtswidrig sein (z.B. grundlos oder ohne Einhaltung der Kündigungsfrist) und andererseits der Mitbewerber darauf bewusst hingewirkt, d.h. den Vertragsbruch nicht nur ausgenutzt, haben.³⁰⁰

Benutzt ein Beschäftigter ihm anvertraute oder von ihm rechtswidrig beschaffte Kundendaten dazu, noch während seines Arbeitsverhältnisses Kunden des eigenen Arbeitgebers abzuwerben, ist eine wettbewerbswidrige Handlung gegeben. Handelt es sich jedoch um einen ehemaligen Beschäftigten, mit dem der Arbeitgeber zur Absicherung gegen einen solchen Fall ein Wettbewerbsverbot vertraglich vereinbaren kann, kann eine andere Bewertung geboten sein.³⁰¹

Schließlich sind unmittelbare Einwirkungen auf die Waren eines Mitbewerbers zu dem Zweck, ihren Absatz zu erschweren oder ihren guten Ruf zu be-

²⁹⁸ Vgl. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 10.25 zu § 4 mit zahlreichen Nachweisen und kritischen Anmerkungen.

²⁹⁹ BGH GRUR 1963, 197 ff. - *Zahnprothesen-Pflegemittel*; BGHZ 148 ff. - *Mitwohnenzentrale.de.*; vgl. aber auch: BGH GRUR 1986, 547 ff. - *Handzettelwerbung*; OLG Hamm WRP 2005, 525 ff. - *AA Schlüsseldienst*.

³⁰⁰ Vgl. BGH GRUR 2007, 800 - *Außendienstmitarbeiter*.

³⁰¹ BGH WRP 2004, 1021 ff. - *Verabschiedungsschreiben*.

einträchtigen, grundsätzlich unlauter, wobei dies ebenso bei mittelbaren Einwirkungen in Betracht kommen kann.³⁰²

7.4.2.2 Werbebehinderung

Absatzbehinderungen stehen häufig in engem Zusammenhang mit Werbebehinderungen bzw. gehen oft fließend in diese über.³⁰³ Wird fremde Werbung überdeckt³⁰⁴ oder - etwa durch Zerstörung - entfernt³⁰⁵, ist dieses Verhalten wettbewerbswidrig, wenn der Zweck dieser Maßnahme überwiegend darauf ausgerichtet ist, eine Konkurrenzwerbung zu unterdrücken³⁰⁶ (zur Problematik sog. „deep links“ im Internet³⁰⁷).

Die **Nachahmung von Werbung** ist grundsätzlich erlaubt. Eine unlautere Behinderung kommt in Betracht, wenn fremde Werbung bewusst unwirksam gemacht und in ihrer Wirkung abgeschwächt werden soll³⁰⁸. Insbesondere bei systematischem und wiederholtem Vorgehen³⁰⁹ oder bei der Verwässerung eines fremden Besitzstandes durch annähernde Nachahmung, kann eine unlautere Behinderung vorliegen.

Die **Beseitigung** mit der Ware selbst verbundener, etwa aufgedruckter **geschäftlicher Kennzeichen** (z.B. Firma, Typenschild) kann den Hersteller in der Werbung und im Absatz in unzulässiger Weise behindern³¹⁰, zumal die Ware dann als anonyme Ware oder als die Ware eines anderen angeboten wird. Der Beseitigung einer geschäftlichen Kennzeichnung kann die **Entfer-**

³⁰² Vgl. hierzu BGH GRUR 2004, 877 ff. - *Werbeblocker*.

³⁰³ Zur Zulässigkeit von Fernseh-Werbeblockern vgl. BGH v. 24.6.2004 GRUR 2005, 877 - *Werbeblocker*.

³⁰⁴ OLG Hamburg v. 2.12.1993 WRP 1994, 119, 120 f. - *Überdrucken von Telefonkarten*, a.A. OLG Stuttgart v. 13.3.1963 BB 1963, 709 u. OLG Oldenburg v. 18.6.1963 BB 1963, 1274 - *Überdeckung fremder Werbung durch eigene*.

³⁰⁵ BGH v. 18.2.1972 WRP 1972, 198, 199 f. - *Teerspritzmaschine*.

³⁰⁶ Vgl. OLG Hamburg v. 2.12.1993 WRP 1994, 119 f. zum Überdrucken von Telefonkarten der Deutschen Bundespost zur Vereitelung deren Eigenwerbung.

³⁰⁷ BGH v. 17.7.2003 GRUR 2003, 958, 963 - *Paperboy, Plaß*, WRP 2000, 599, 606 f.

³⁰⁸ *Walter-Grüber*, Wettbewerbspraxis, Rz. 15 Stichwort. „Behinderung“; vgl. aber OLG Stuttgart BB 1963, 709; OLG Oldenburg BB 1963, 1274.

³⁰⁹ Vgl. BGH v. 3.1.1961 GRUR 1961, 244 - *natürlich in Revue*.

³¹⁰ BGH v. 18.2.1972 GRUR 1972, 558 ff. - *Teerspritzmaschinen*; zur Entfernung von Herstellungsnummern auf Kosmetikverpackungen durch Kaschieren der beschädigten Verpackung vgl. BGH v. 15.7.1999 GRUR 1999, 1017 - *Kontrollnummernbeseitigung*.

nung der Verpackung gleichgestellt werden, auf der die Marke angebracht ist, falls durch das Umpacken die Güte der Ware leiden kann.³¹¹

In der **Beseitigung kundenspezifischer Kontrollnummern an der Ware**, mit denen der Hersteller den Vertriebsweg seiner Ware verfolgt und ihm nicht genehme Händler vom Warenbezug auszuschließen sucht, liegt regelmäßig keine wettbewerbswidrige Behinderung des Herstellers. Nach zwischenzeitlich gefestigter Rechtsprechung des BGH zu § 1 UWG a.F. kann eine sog. Außenseiterklage nur dann Erfolg haben, wenn der Vertriebsbinder über ein rechtswirksames Vertriebsbindungssystem verfügt (vgl. Art. 101 Abs. 3 AEUV), da anderenfalls keine wettbewerbsrechtlich schützenswerte Rechtsposition vorliegt³¹². Dies gilt auch, wenn mit der Entfernung des Kontrollzeichens die Marke unkenntlich gemacht oder beschädigt wird³¹³. Entgegen früherer Rechtsprechung geht der BGH deshalb davon aus, dass es für die Frage der Rechtswirksamkeit und damit Schützwürdigkeit eines solchen Vertriebsbindungssystems nicht mehr darauf ankommt, ob das System „tatsächlich“ und damit praktisch lückenlos ist, sondern nur noch der Frage Beachtung geschenkt werden muss, ob es „gedanklich“ lückenlos ist, selbst wenn es tatsächliche Lücken aufweisen sollte³¹⁴. Diese Rechtsprechung dürfte unter Geltung des neuen UWG keine Änderung erfahren, d.h. es ist danach zu fragen, ob das vom Werbenden installierte Kontrollnummernsystem schutzwürdig ist oder nicht³¹⁵.

Fabrikationsnummern sind für den Kunden wegen des hiermit verbundenen Garantieanspruchs und seines Nachweises von wesentlicher Bedeutung; angesichts der unmittelbar ihn treffenden Haftungsfolgen aus dem Produkthaftungsgesetz hat auch der Hersteller ein schutzwürdiges Interesse an der

³¹¹ *HefermehlKöhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 10.72 zu § 4.

³¹² BGH v. 1.6.1988 WRP 1989, 369, 370 - *EvK III*; BGH v. 5.5.1988 WRP 1988, 725 ff - *EvK II*; LG Hamburg v. 28.11.1990 WRP 1991, 127, 128 - *Entfernung von Kontrollnummern*; *Pauly*, WRP 1997, 15, 16.

³¹³ BGH v. 1.6.1988 WRP 1989, 369, 272 - *Entfernung von Kontrollnummern III* u. v. 26.5.1988 WRP 1989, 366, 368 - *Entfernung von Kontrollnummern IV*.

³¹⁴ Vgl. BGH v. 15.7.1999 GRUR 1999, 1113 - *Außenseiteranspruch I* (Vorlagefrage des I. Zivilsenats an Kartellsenat); BGH v. 1.12.1999 GRUR 2000, 724 - *Außenseiteranspruch II*; BGH v. 15.7.1999 GRUR 1999, 1109 - *Entfernung der Herstellungsnummer I*; vgl. hierzu näher - auch mit Verweis auf Bindungssysteme in der Kosmetikindustrie - *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 11/367 ff. zu § 4.11.

³¹⁵ Vgl. dazu BGH GRUR 1999, 1109 - *Entfernung der Herstellungsnummer I*; v. 1.12.1999 GRUR 2000, 724 - *Außenseiteranspruch II*; BGH GRUR 2002, 709, 711 - *Entfernung der Herstellungsnummer III*.

Erhaltung dieser Nummern. Während die Beseitigung von Fabrikationsnummern regelmäßig keine behindernde, möglicherweise aber irreführende Wirkung hat³¹⁶, ist die Fälschung von Fabrikationsnummern unlauter³¹⁷.

7.4.2.3 Behinderung durch Kennzeichen/Domains

Da das Markengesetz, soweit es Anwendung findet, abschließende Regelungen enthält und § 4 Nr. 1, Nr. 3 UWG sowie § 6 Abs. 2 Nr. 3, Nr. 4, Nr. 6 UWG wettbewerbsrechtliche Spezialregelungen für die dort aufgeführten Kennzeichenbeeinträchtigungen enthalten, kann § 4 Nr. 4 UWG nur als Auffangtatbestand eingreifen. Einen Hauptanwendungsfall stellt die sonstige Behinderung durch Zeichenerwerb dar.

Soll bei einem systematischen Anmelden von Sperrzeichen der Zeichenerwerb zweckfremd als Kampfmittel dienen oder einen ungesicherten, aber schutzwürdigen Besitzstand eines Vorbenutzers stören, kann dies ggfs. zu einer wettbewerbswidrige Behinderung der Mitbewerber führen. Gleiches gilt, wenn sog. „Hinterhaltsmarken“ zu reinen Spekulationszwecken angemeldet werden³¹⁸.

Im Ausgangspunkt ist es zeichen- und wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn Markenschutz für eine Bezeichnung erwirkt wird, die bereits vor ihrer Anmeldung im Inland von einem Dritten für entsprechende Produkte benutzt wird. Das deutsche Markenrecht kennt - anders als das Patentrecht - **kein Vorbenutzungsrecht**³¹⁹. Die im Inland nicht geschützte Bezeichnung muss grundsätzlich dem formalen Zeichenrecht weichen³²⁰. Dies gilt auch dann, wenn der Anmelder von der Vorbenutzung der von ihm angemeldeten Bezeichnung Kenntnis hatte³²¹.

³¹⁶ BGH v. 10.2.1978 GRUR 1978, 364, 366 – *Golfrasenmäher*.

³¹⁷ OLG Hamburg v. 8.9.1988 WRP 1989, 323, 324 - *Vertrieb von Camerarecordern mit gefälschten Fabrikationsnummern*.

³¹⁸ BGH GRUR 2005, 581 ff. - *The Colour of Elegance*; BGH WRP 2005, 610 ff. - *Russisches Schaumgebäck*; BGH GRUR 2001, 242 ff. - *Classe E*.

³¹⁹ BGH v. 9.10.1997 GRUR 1998, 412, 414 – *Analgin*.

³²⁰ BGH v. 24.2.1961 GRUR 1961, 413, 416 - *Dolex*; BGH v. 27.10.1983 GRUR 1984, 210 ff. - *Arostar*; v. 10.10.1985 GRUR 1986, 74, 76 - *Shamrock III*.

³²¹ BGH v. 18.12.1996 GRUR 1997, 373 ff. – *NeutralRed*.

Nach Auffassung des BGH³²² kann ein **außermarkenrechtlicher Anspruch auf Rücknahme einer Markenmeldung oder auf Löschung einer eingetragenen Marke** - auch ohne Vorliegen eines schützenswerten Besitzstandes – aber dann gegeben sein, wenn unlautere Umstände hinzutreten, also z.B. der Markenanmelder oder -inhaber die Anmeldung ohne hinreichenden sachlichen Grund in der Absicht getätigt hat, einem Wettbewerber, der das Zeichen bereits benutzt hat, die weitere Benutzung mittels des erworbenen formalen Rechts zu sperren und er diese wettbewerbsrechtlich an sich unbedenkliche Sperrwirkung zweckfremd als Mittel des Wettbewerbskampfes einsetzt³²³. Insoweit reicht es aus, dass die Absicht, dem Mitbewerber den Gebrauch der Bezeichnung zu sperren, das wesentliche Motiv ist, auch wenn noch sonstige Motive vorgelegen haben mögen³²⁴.

Beispiele eines zweckfremden Einsatzes einer Kennzeichnung oder Marke als Mittel des Wettbewerbskampfes sind:

- ein Importeur erwirkt die Eintragung einer Vielzahl von Marken eines ausländischen Herstellers als eigene Marken im Inland, um damit andere Importeure von der Benutzung der Kennzeichen auszuschließen³²⁵;
- ein Wettbewerber erwirkt Markenschutz für eine Vielzahl im Ausland genutzter Kennzeichnungen, um anschließend Importe der damit gekennzeichneten Auslandsprodukte vom deutschen Markt fernzuhalten³²⁶;

³²² BGH v. 28.9.1979 GRUR 1980, 110, 111 - *Torch*; v. 9.10.1997 GRUR 1998, 412, 414 - *Analgin*; BGH v. 19.2.1998 GRUR 1998, 1034, 1036 - *Makalu*.

³²³ BGH v. 11.11.1966 GRUR 1967, 304, 305 - *Siroset*; BGH v. 28.9.1979 GRUR 1980, 110, 111 - *Torch*; BGH v. 3.11.1994 GRUR 1995, 117, 119 f. - *Neutrex*; *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 10/79 ff. zu § 4.10; *Kiethel/Groeschke*, Zur sittenwidrigen Markenmeldung u.d. Rechtsschutzmöglichkeiten aus § 1 UWG, WRP 1997, 269 ff.; zum Markenerwerb an gemeinfreiem Geistesgut (Mona Lisa als Marke), vgl. *Nordemann*, WRP 1997, 389 ff.

³²⁴ BGH v. 11.11.1966 GRUR 1967, 304, 305 - *Siroset*; BGH v. 10.10.1985 GRUR 1986, 74, 76 f. - *Shamrock III*.

³²⁵ BGH v. 28.9.1979 GRUR 1980, 110, 111 - *Torch*.

³²⁶ OLG Karlsruhe v. 18.12.1996 GRUR 1997, 373 ff. - *NeutralRed*; vgl. auch OLG München v. 23.5.1996 WRP 1996, 1056, 1057 f. - *Sittenwidrige Markenmeldung*.

- der Erwerb einer wegen Nichtbenutzung löschungsreifen Marke allein zu dem Zweck, durch einmalige Benutzung die kennzeichenrechtliche Stellung eines Mitbewerbers zu schwächen³²⁷;
- die Anmeldung einer Marke als „Hinterhaltsmarke“ ausschließlich zu dem Zweck, Dritte mit Unterlassungs- und Geldforderungen zu überziehen, ohne eine ernsthafte Benutzung in einem eigenen Geschäftsbetrieb zu beabsichtigen³²⁸.

In solchen Fällen kann sich ein wettbewerbsrechtlicher Abwehranspruch sowohl aus §§ 3, 4 Nr. 4 UWG ergeben wie auch aus §§ 242, 826, 1004 BGB³²⁹. Neben diesem Anspruch kann im Einzelfall ein Anspruch auf Rücknahme der Anmeldung bzw. Löschung der Marke bestehen³³⁰.

Beim sog. **Domain Grabbing** kann eine gezielte Behinderung durch die Anmeldung von Internet-Domains erfolgen. Die jeweiligen Domains werden nur registriert, um Dritte, für die die Nutzung der Domain wirtschaftlich bedeutsam sein kann, zum Kauf derselben zu bewegen. Das ist anzunehmen, wenn eine Vielzahl von Domains ohne ernsthaften Benutzungswillen registriert werden.

Aktuell sind jüngst Fälle der Umlenkung von Kundenströmen durch die Eintragung von Allgemein- bzw. Gattungsbegriffen als Domain geworden³³¹. Dabei ist die bloße Registrierung sog. generischer Second-Level-Domains zwar nicht grundsätzlich wettbewerbswidrig; jedoch ist einzelfallabhängig die Annahme einer unzulässigen irreführenden Alleinstellungsbehauptung oder eines missbräuchlichen Rechtserwerbs möglich³³².

³²⁷ BGH v. 3.11.1994 GRUR 1995, 117, 119 f. - *Neutrex*; OLG Köln v. 6.8.1999 NJWE-WettbR 2000, 38 - *Diarstop*.

³²⁸ OLG Frankfurt v. 9.10.1997 WRP 1997, 1208 - *Classe E*, bestätigt v. BGH v. 23.11.2000 GRUR 2001, 242, 243 ff. - *Classe E*; vgl. auch OLG München v. 20.6.1996 NJWE-WettbR 1997, 40 - *TubRobinson*; vgl. auch *Kithel/Groeschke*, Zur sittenwidrigen Markenmeldung u.d. Rechtsschutzmöglichkeiten aus § 1 UWG, WRP 1997, 273 ff.; *Helm*, GRUR 1996, 593, 600; *Füllkrug*, WRP 1995, 378.

³²⁹ Vgl. auch BGH v. 3.11.1994 GRUR 1995, 117, 119 f. - *Neutrex*; OLG Frankfurt v. 9.10.1997 WRP 1997, 1208 - *Classe E*.

³³⁰ OLG Karlsruhe v. 18.12.1996 GRUR 1997, 373 ff. - *NeutralRed*; *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 10/83 zu § 4.10.

³³¹ Siehe hierzu auch OLG München MMR 2001, 615 ff. - *Autovermietung.com* - m. Anm. *Jung*; Hanseatisches OLG GRUR-RR 2006, 193 ff. - *Advanced Microwave Systems*; BGH WRP 2005, 614 ff. - *Literaturhaus*.

³³² BGH GRUR 2001, 1061 - *Mitwohnzentrale.de*.

7.4.2.4 Boykott

Ein „Klassiker“ der gezielten Mitbewerberbehinderung, bei dem die Zielgerichtetheit und die „Feindseligkeit“ einer Handlung besonders deutlich hervortritt, ist der Boykott. An einem Boykott i.S.v. § 4 Nr. 4 UWG sind stets drei Parteien beteiligt. Der Boykott liegt in einem Aufruf des (1) Verrufers an andere (2) Unternehmen (Ausführer) zu Liefer- und Abnahmesperre gegenüber einem (3) Mitbewerber (Verrufener).

Zunächst muss die Aufforderung des Verrufers eine geschäftliche Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG sein. Es muss also jedenfalls die Absicht, fremden Wettbewerb zu fördern, vorliegen. Eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung besteht in Bezug auf Unternehmen³³³, allerdings ist das nicht bei Presseäußerungen, die dem Anwendungsbereich des Art. 5 GG unterliegen, der Fall; denn hier ist eine Einzelfallwürdigung hinsichtlich der Frage, ob die Äußerung eine argumentative Auseinandersetzung oder eher eine Förderung der Interessen eines Unternehmens oder einer Branche darstellt, vorzunehmen³³⁴. Macht sich ein Redakteur dementsprechend zum „Sprachrohr“ wirtschaftlicher Interessen, liegt eine geschäftliche Handlung vor.

Erforderlich ist, dass sich der Aufruf gegen einen Mitbewerber (§ 2 I Nr. 3 UWG) richtet und eine Aufforderung zu einer Liefer- oder Bezugssperre beinhaltet. Diese muss einerseits subjektiv darauf gerichtet sein, den freien Willen des Adressaten zu beeinflussen und hierzu andererseits objektiv geeignet sein; eine reine Information genügt nicht. Werden unterschwellig zugleich Vorteile für die Befolgung oder Nachteile bei Nichtbefolgung angekündigt, kann dies für das Vorliegen einer solchen Aufforderung sprechen³³⁵. Die Durchführung der Sperre muss allerdings eine freie Entscheidung des Adressats des Aufrufs bleiben. Er darf also zur Durchführung nicht vertraglich verpflichtet sein oder einem Weisungsrecht unterliegen (Tochterunternehmen, Arbeitnehmer)³³⁶.

³³³ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 10.118 zu § 4.

³³⁴ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 10.118 zu § 4; Fezer/Götting, UWG, Rz. 17 zu §§ 4-10.

³³⁵ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 10.119c zu § 4.

³³⁶ Fezer/Götting, UWG, Rz. 17 zu §§ 4-10.

Ausnahmsweise kann eine sachliche Rechtfertigung für einen Boykott in Betracht kommen: nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³³⁷ vermag ein Boykottaufruf der Meinungs- und Pressefreiheit zu unterfallen, wenn er einer Angelegenheit von öffentlicher Bedeutung dienen soll, verhältnismäßig ist und der Verrufer zu seiner Durchsetzung keine verfassungsrechtlich bedenklichen Mittel einsetzt³³⁸.

7.4.2.5 Diskriminierung

Die Diskriminierung im wettbewerbsrechtlichen Sinne ist die sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung von Personen im geschäftlichen Verkehr. Anders als beim Boykott, der ein 3-Personenverhältnis voraussetzt, liegt hier ein **Verhältnis nur zweier Beteiligter vor, des Diskriminierenden und des Diskriminierten**³³⁹; der Begriff der Diskriminierung setzt an der Austauschbeziehung zweier auf dem Markt Tätiger an. Die Mittel der Diskriminierung sind vielfältig: Unterschiedliche Preisgestaltungen gegenüber verschiedenen Abnehmern oder Lieferanten, Rabattgestaltungen und sonstige Liefer- oder Bezugskonditionen bzw. Liefer- oder Bezugssperren.

Der wettbewerbsrechtliche Diskriminierungsbegriff ist weiter als der kartellrechtliche des **§ 20 GWB**. Dies erklärt sich aus dem engerfassten Kreis der Normadressaten des § 20 GWB; das dort normierte Diskriminierungsverbot bezieht sich auf Unternehmen mit Marktmacht gegenüber allen Konkurrenten bzw. gegenüber - als Abnehmer oder Zulieferer - abhängigen Unternehmen. Nach h.M.³⁴⁰ wird man davon ausgehen können, dass sich die Tatbestände des § 20 GWB einerseits und der §§ 3, 4 Nr. 4 UWG andererseits, soweit eine Diskriminierung vorliegt, überschneiden. Da im Geltungsbereich des GWB auch die Begründung von Schadensersatzverpflichtungen möglich ist (vgl. § 33 Abs. 3 GWB), ist die praktische Bedeutung der §§ 3, 4 Nr. 4 UWG in Bezug auf Diskriminierungshandlungen gering geblieben.

³³⁷ Grundlegend: BVerfGE 25, 256 ff. - *Blinkfüer*.

³³⁸ Bsp. für sachliche Rechtfertigung: LG Köln GRUR 1994, 741 ff. - *Rechtsradikale Musikgruppe*.

³³⁹ Setzt der Diskriminierende zur Durchführung der wettbewerbsrechtlich relevanten Handlung einen unselbständigen und weisungsgebundenen, d.h. ohne eigene Entscheidungsfreiheit agierenden Dritten ein, so wird dessen Verhalten dem Diskriminierenden zugerechnet; vgl. BGH v. 11.11.1955 GRUR 1956, 118 – *Gesangbuch*.

³⁴⁰ *Immenga/Mestmäcker/Markert*, GWB, § 20 Rz. 244; vgl. auch *Walter/Grüber*, Anwalts-handbuch Wettbewerbspraxis, Stichwort Diskriminierung, Rz. 55.

Nach Auffassung des BGH lässt sich aus § 3 UWG kein allgemeines Diskriminierungsverbot herleiten³⁴¹. Dem entspricht der Grundsatz der Vertragsabschluss- und Vertragsinhaltsfreiheit³⁴². Erkennt man aber grundsätzlich an, dass auch unterhalb der Eingriffsschwelle des § 20 Abs. 1 GWB eine Diskriminierung über §§ 3, 4 Nr. 4 UWG sanktioniert werden kann, so können folgende Fallgruppen unterschieden werden:

- **„Einfacher Boykott“/Liefer- und Bezugssperren:** hier bricht einer der beiden Beteiligten in einem 2-Personen-Verhältnis (Liefer-/ Bezugsverhältnis) in unlauterer Weise die Geschäftsbeziehung ab. §§ 3, 4 Nr. 4 UWG sind nur bei Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Beteiligten heranzuziehen; daher kann insoweit Wettbewerbswidrigkeit nur vorliegen, wenn die Sperre zur Förderung des eigenen Absatzes oder Bezuges auf Kosten des Mitbewerbers erfolgt.
- **Wahl des Kunden durch den Unternehmer:** Obgleich freie Kundenwahl besteht, kann im Einzelfall die Verweigerung des Abschlusses eines Vertrages wettbewerbswidrig sein, was im Wege des Schadensersatzes durch Naturalrestitution einen mittelbaren Abschlusszwang auslösen würde. Zum Teil wird ein mittelbarer Abschlusszwang angenommen im Bereich der öffentlich-rechtlichen Bestellung, beispielsweise für die Berufe nach § 36 GewO. *Larenz*³⁴³ nimmt schon dann einen Abschlusszwang an, wenn einem Unternehmen neben anderen eine öffentliche Versorgungsaufgabe zukommt, die es im Allgemeininteresse zu erfüllen hat.

Eigenunterbietung: Ebenso wie Unternehmen im Grundsatz frei in der Wahl ihrer Kunden sind, sind sie es auch im Hinblick auf die Gestaltung ihrer Preise. Es kann jedoch in Einzelfällen wettbewerbswidrig sein, wenn Unternehmen einzelne Abnehmer bevorzugen, indem sie ihnen systematisch niedrigere Preise einräumen als anderen³⁴⁴. Problematisch dürfte bei derartigen

³⁴¹ Noch zum UWG a.F. BGH v. 18.4.1958 GRUR 1958, 487, 488 - *Antibiotica*; P. Ulmer, GRUR 1977, 565, 577 ff.; von Gamm, Kartellrecht, § 26, Rz. 9; Summerer, WuW 1955, 353 ff., 370, einschränkend in WuW 1958, 30 ff.; vgl. hierzu auch Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 5, 11e BB, S. 70; Jaenich, Überhöhte Verbotstandards im UWG, 1993, 54 ff.

³⁴² Vgl. BGH v. 26.5.1987 GRUR 1987, 829, 832 – *Krankentransporte*.

³⁴³ Lehrbuch des Schuldrechts I, Allgem. Teil, § 4 Ia.

³⁴⁴ Im konkreten Fall abgelehnt von BGH v. 18.4.1958 GRUR 1958, 487 – *Antibiotica*.

Preisunterbietungen auch immer sein, ob insoweit ein Wettbewerbsverhältnis besteht.

7.4.2.6 Betriebsstörungen

Hier kommt das Abwerben von Mitarbeitern in Betracht. Unter „Abwerben“ ist das ernsthafte und beharrliche Einwirken auf den Abzuwerbenden zu verstehen, das den Zweck verfolgt, diesen zur Aufgabe des derzeitigen und zur Aufnahme eines neuen Arbeitsverhältnisses zu veranlassen. Zu beachten ist allerdings, dass für Unternehmen kein Anspruch auf den Bestand ihrer Mitarbeiter existiert und diese in der Wahl ihrer Arbeitsstelle gemäß Art. 12 GG frei sind, so dass auch ein bewusstes und planmäßiges Abwerben nicht wettbewerbswidrig ist³⁴⁵. Das ist vor allem vor dem Hintergrund zu betrachten, dass es den Unternehmen möglich ist, sich durch Wettbewerbsverbote vertraglich vor einer Abwerbung abzusichern. Sprechen die verfolgten Zwecke oder die eingesetzten Mittel jedoch für eine Unlauterkeit, ist eine Abwägung der Interessen der beteiligten Unternehmen, des Arbeitnehmers und der Allgemeinheit durchzuführen.

Eine sog. „Kampfabwerbung“, also das planmäßige Ausspannen von Mitarbeitern, welches auf die ernsthafte Beeinträchtigung des Mitbewerbers abzielt, ist in der Regel unlauter. Dabei ist die erforderliche Schädigungsabsicht offensichtlich, soweit hinsichtlich des abzuwerbenden Mitarbeiters kein Bedarf besteht oder andere Möglichkeiten des Arbeitsmarktes außer Acht gelassen und gerade Beschäftigte eines Mitbewerbers abgeworben werden³⁴⁶. Erfolgt eine „Ausbeutung“ des Wettbewerbers durch das Abwerben von Beschäftigten, um deren besondere Kenntnisse über die betrieblichen Verhältnisse auszunutzen, ist dies nicht ohne weiteres als wettbewerbswidrig zu qualifizieren³⁴⁷.

„Verwerfliche Mittel“ der Abwerbung sind die Verleitung zum Vertragsbruch, eine verwerfliche Willensbeeinflussung und das Eindringen in die betriebliche Sphäre des Konkurrenten³⁴⁸. Einen Arbeitnehmer unaufgefordert an seinem Arbeitsplatz aufzusuchen, stellt eine die Unlauterkeit begründende Handlung

³⁴⁵ Vgl. *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 10/22 zu § 4.

³⁴⁶ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 10.105 zu § 4.

³⁴⁷ BGH WM 2001, 1824 ff. - *Spritzgießwerkzeuge*.

³⁴⁸ Vgl. BGH GRUR 2007, 800 - *Außendienstmitarbeiter*.

dar, weil hiermit eine maßgebliche Störung des betrieblichen Ablaufs und der betrieblichen Tätigkeit verbunden ist. Einer anderen Bewertung können ggfs. kurze Telefonanrufe am Arbeitsplatz unterliegen³⁴⁹.

7.4.2.7 Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung

Von einer Schutzrechtsverwarnung spricht man, wenn jemand die (angebliche) **Verletzung** eines eigenen Ausschließlichkeits- oder Schutzrechts beanstandet sowie den (angeblichen) Verletzer **ernsthaft und endgültig auffordert**, diese **Beeinträchtigung zu unterlassen**.

Adressaten können der **Hersteller** und/oder dessen **Abnehmer** sein.

Eine Verwarnung kann sich auf sämtliche **Immaterialgüterrechte** wie auch **Ansprüche aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz** beziehen. Bestehen das geltend gemachte Recht oder die Verletzung nicht, ist die Verwarnung unberechtigt. Gleiches gilt wenn der Anspruchstellers nicht aktiv legitimiert ist.

War tatsächlich keine Rechtsverletzung gegeben, ist häufig **streitig**, ob **Schadensersatzansprüche** geltend gemacht werden können.

Der Verwarner hat ein Interesse daran, seine Ansprüche außergerichtlich oder gerichtlich durchsetzen zu können, ohne Sanktionen außerhalb des Verfahrensrechts ausgesetzt zu sein³⁵⁰. Für ihn und somit gegen eine Haftung kann das sog. verfahrensrechtliche Privileg angeführt werden, wonach nicht unlauter bzw. rechtswidrig handelt, wer ein gesetzlich vorgesehenes Verfahrens durchführt, um eigene Rechte geltend zu machen. Dieses Privileg wird auch im Falle der außergerichtliche Verwarnung herangezogen.

Da es dem Verwarnten aber oft unmöglich ist, den gegen ihn erhobenen Vorwurf in kurzer Zeit aufzuklären, muss er sich entweder dazu entscheiden, seine Produktion einzustellen bzw. den Vertrieb zu unterlassen oder sich Schadensersatzansprüchen sowie einem Prozess zu stellen.

³⁴⁹ BGH GRUR 2004, 696 - *Direktansprache am Arbeitsplatz I*; BGH GRUR 2006, 577 ff. - *Direktansprache am Arbeitsplatz II*.

³⁵⁰ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 10.171 zu § 4.

Dabei wird ein Hersteller besonders schwer durch eine Abnehmerverwarnung getroffen, da der verwarnte Abnehmer – soweit möglich – im Zweifel nunmehr Produkte von anderen (vermeintlich nicht verletzenden) Herstellern beziehen wird, um eine (weitere) Inanspruchnahme seinerseits zu vermeiden. Zwar kann der Hersteller, der von der Verwarnung weiß, dem Abnehmer z.B. eine Freistellung von Ansprüchen antragen, doch bietet ihm dies keine Sicherheit dafür, dass der Abnehmer nicht trotz allem den Bezug von Konkurrenzprodukten vorzieht. Schließlich kann auch der Geschäftsruf des Herstellers erheblich beeinträchtigt/ geschädigt werden.

Nach ständiger BGH-Rechtsprechung stellte die objektiv unberechtigte Schutzrechtsverwarnung einen rechtswidrigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB dar³⁵¹. Von dieser Rechtsprechung, der auch der für das Patentrecht zuständige X. Zivilsenat folgte, wollte der I. Zivilsenat des BGH für das Kennzeichenrecht abweichen³⁵². Der als zwingende Folge aufgrund der Divergenz in den Auffassungen zweier Zivilsenate angerufene Große Senat³⁵³ für Zivilsachen entschied jedoch, dass an der ständigen (bis auf das RG zurückgehenden) Rechtsprechung festgehalten werde. Vor allem lehnte er es ab, das verfahrensrechtliche Privileg (s.o.) auf die Schutzrechtsverwarnung auszudehnen, da die Nachteile, die einem Verwarner drohen, gegenüber den Nachteilen, die dem Hersteller insbesondere im Fall der Abnehmerverwarnung drohen, gering seien.

In der Folgezeit ergingen mehrere BGH-Urteile, die die vom Großen Senat aufgestellten Grundsätze umsetzten³⁵⁴. Nach dem ersten Zivilsenat sind allerdings UWG-Ansprüche wohl „vorrangig“ vor § 823 Abs.1 BGB zu prüfen³⁵⁵.

Fraglich ist weiterhin, ob bei der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung eine Haftung nach § 4a I, § 4 Nrn. 1, 2, oder 4 UWG einen Rückgriff auf § 823 Abs. 1 BGB ausschließt. Nach herrschender Meinung kann wohl von einer

³⁵¹ RGZ 58, 24 - *Juteplüsch*; BGH GRUR 1963, 255 - *Kindernähmaschinen*; BGH GRUR 1974, 290 - *Maschenfester Strumpf*; BGH GRUR 1997, 741 - *Chinaherde*.

³⁵² BGH GRUR 2004, 958 ff. - *Verwarnung aus Kennzeichenrecht I*.

³⁵³ BGH GS GRUR 2005, 882 ff. - *Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung*.

³⁵⁴ BGH GRUR 2006, 219 - *Detektionseinrichtung II*; BGH GRUR 2006, 432 - *Verwarnung aus Kennzeichenrecht II*; BGH GRUR 2006, 433 - *Unberechtigte Abnehmerverwarnung*.

³⁵⁵ GRUR 2006, 433 - *Unberechtigte Abnehmerverwarnung*

Anspruchskonkurrenz ausgegangen werden³⁵⁶. Unabhängig von dieser Streitfrage ist einhellig anerkannt, dass die §§ 824, 826 BGB, soweit ihre Voraussetzungen erfüllt sind, stets anwendbar sind.

Ist eine Schutzrechtsverwarnung rechtswidrig und mithin unberechtigt, ergeben sich Ansprüche auf Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz. Handelt es sich um eine Abnehmerverwarnung, so können diese auch von dem betroffenen Hersteller geltend gemacht werden.

7.4.2.8 Preisunterbietung

Eine Preisunterbietung ist i.d.R. wettbewerbsrechtlich unbedenklich, d.h. es ist erlaubt, den Marktpreis oder der Preis einzelner Mitbewerber zu unterbieten und entgeltliche Waren oder gewerbliche Leistungen kostenlos abzugeben. Eine Unlauterkeit kommt jedoch in Betracht, wenn besondere Umständen hinzutreten.

Aus kartellrechtlicher Sicht ist § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB zu beachten, wonach der nicht nur gelegentliche Verkauf unter Einstandspreis marktmächtiger Unternehmen als unbillige Behinderung zu qualifizieren ist, soweit kein sachlicher Grund zur Rechtfertigung vorliegt³⁵⁷.

Als wichtigster Fall der wettbewerbsrechtlichen Behinderung kann die Preisunterbietung in Verdrängungsabsicht herausgestellt werden. In diesem Zusammenhang muss zunächst das **Unterschreiten des Selbstkostenpreises** festgestellt werden, da das Unterbieten durch einen kostendeckenden oder gewinnbringenden, wenn auch niedrigen Preis, zum Wettbewerb gehört³⁵⁸. Zudem muss dieses Verhalten **objektiv geeignet** sein, **Mitbewerber zu verdrängen** und in Verdrängungsabsicht gehandelt werden.

Die konkrete Feststellung der **Verdrängungsabsicht** ist i.d.R. sehr schwierig. Die Rechtsprechung fragt in diesem Zusammenhang danach, ob sich die jeweilige Handlung nur dann rechnet, wenn der Mitbewerber auch endgültig vom Markt verdrängt werden kann oder aber noch eine nach kaufmännischen Grundsätzen vertretbare Kalkulation anzunehmen ist. Die Verdrän-

³⁵⁶ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 10.176a zu § 4

³⁵⁷ Siehe zur unbilligen Behinderung durch die Untereinstandspreisstrategie eines marktmächtigen Supermarkt-Unternehmens BGH GRUR 2003, 363 - *Wal Mart*.

³⁵⁸ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 10.190 zu § 4.

gungsabsicht soll in Anlehnung an die Wertung des § 20 Abs. 4 S. 2 GWB vorliegen bei (i) einem ständigen oder wiederholten, also systematischem, Verkauf unter Einstandspreis ohne sachliche Rechtfertigung und (ii) sich die Handlung gegen einen oder mehrere Mitbewerber richtet; wobei in der Rechtsprechung eine Tendenz zu einer weniger strengen Beurteilung erkennbar ist³⁵⁹.

Die Wettbewerbswidrigkeit kann sich schließlich auch aus den eingesetzten Mitteln ergeben, z.B. durch sog. Lockvogelangebote, vorgetäuschte Preisenkungen oder auch Preisunterbietung durch Vertrags- oder Rechtsbruch.

³⁵⁹ RGZ 134, 342 ff. - *Benrather Tankstelle*; BGH NJW 2006, 2120 ff. - 10 % billiger, Anm. Peifer, jurisPR-WettbR 8/2006.

8 § 4a UWG AGGRESSIVE GESCHÄFTLICHE HANDLUNG

Das 2. Änderungsgesetz hat zur Einführung des § 4a UWG geführt. Diese Norm bezweckt keinen Mitbewerberschutz, sondern richtet sich ausschließlich an Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer. Die verbraucherschützenden Nrn. 1 und 2 des alten § 4 UWG finden sich jetzt in § 4a UWG wieder. Im Übrigen wurde die verbraucherschützende Norm zur „getarnten Werbung“ (§ 4 Nr. 3 UWG aF) in § 5a UWG übertragen. Dies gilt ferner in Gänze für die Nrn. 3-5 des § 4 UWG aF. Abschließend ist anzumerken, dass die Nrn. 5 und 6 des § 4 UWG aF auf den ersten Blick formal weggefallen sind. Sie werden jetzt unter den allgemeinen Unterlassungstatbestand der fehlenden Information, Transparenz und Aufklärung des § 5a UWG subsumiert.

8.1 Unangemessener unsachlicher Einfluss i.S.v. § 4a I UWG

§ 4a I UWG bestimmt, dass insbesondere derjenige unlauter handelt, der geschäftliche Handlungen vornimmt, 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. Anhand des Merkmals der Unangemessenheit soll berücksichtigt werden, dass der Versuch einer gewissen unsachlichen Beeinflussung der Werbung nicht fremd und auch nicht per se unlauter ist.³⁶⁰

§ 4a Nr. 1 UWG unterfallen ausdrücklich auch Maßnahmen der Wertreklame, welche die Rationalität der Verbraucherentscheidung ausschalten sollen.³⁶¹

8.1.1 Tatbestandsvoraussetzungen

8.1.1.1 Unangemessener unsachlicher Einfluss

a) Ausübung von Druck

Die unangemessene Beeinflussung durch Ausübung von Druck ist unlauter. Druck ausüben heißt, dem Kunden für den Fall Nachteile zufügen oder in Aussicht stellen, dass er nicht die Erwartungen der Marktgegenseite erfüllt.³⁶²

³⁶⁰ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 1.7 zu § 4.

³⁶¹ BT-Drucks. 15/1487, S. 17.

- aa) Dies kann durch die Ausübung physischen Zwangs geschehen, d.h. die Zufügung oder Anwendung von Gewalt³⁶³, z.B. durch Hineinzerren in ein Geschäft³⁶⁴.
- bb) Häufiger wird allerdings ein psychischer (moralischer) Zwang festzustellen sein. Dieser wird dadurch ausgeübt, dass der Kunde für den Fall der Ablehnung der erwünschten geschäftlichen Entscheidung als unhöflich oder unsozial gilt oder eine andere Geringschätzung erfährt³⁶⁵.

Hierunter fällt der dem Kunden durch den Werbenden selbst vermittelte psychische Kaufzwang³⁶⁶. Ein solcher ist anzunehmen, wenn mit außerhalb der Sache liegenden Mitteln in einem solchen Ausmaß auf die Willensentscheidung des Umworbene eingewirkt wird, dass dieser zumindest anstandshalber nicht umhin kann, auf das Angebot einzugehen.³⁶⁷ Die Einräumung einer Vergünstigung oder die Abgabe eines Geschenks zugunsten des Kunden reichen hierfür regelmäßig nicht aus³⁶⁸. Häufig wird der Anwendung psychologischen Zwangs ein direkter und persönlicher Kontakt von gewisser Dauer zwischen dem Werbenden und seinem Kunden zugrunde liegen³⁶⁹. Ebenso sind die Wertigkeit der unentgeltlichen Zuwendung einerseits und des Kaufobjekts andererseits von Bedeutung³⁷⁰.

Druck wird zudem durch den Einsatz von Autoritäten ausgeübt. In diesem Fall wird eine kraft amtlicher, politischer, verbandlicher, geschäftlicher, beruflicher, kirchlicher oder gesellschaftlicher Stellung bestehende eigene oder

³⁶² Fezer/Steinbeck, UWG, Rz. 100 zu § 4-1.

³⁶³ Fezer/Steinbeck, UWG, Rz. 103 zu § 4-1.

³⁶⁴ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 1.19 zu § 4; vgl. aber auch Nrn. 24 und 25 des Anhangs I der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken.

³⁶⁵ Fezer/Steinbeck, UWG, Rz. 104 zu § 4-1.

³⁶⁶ Fezer/Steinbeck, UWG, Rz. 106 zu § 4-1.

³⁶⁷ BGH WRP 2003, 1101, 1103 – *Foto-Aktion*; BGH GRUR 2002, 1000, 1002 – *Testbestellung*; BGH GRUR 2000, 820, 821 – *Space Fidelity Peep-Show*.

³⁶⁸ Fezer/Steinbeck, UWG, Rz. 107 zu § 4-1; vgl. hierzu BGH WRP 2003, 1101 ff. – *Foto-Aktion*.

³⁶⁹ Fezer/Steinbeck, UWG, Rz. 11 f. zu § 4-1. Vgl. hierzu auch BGH WRP 1998, 162 ff. – *Erstcoloration*.

³⁷⁰ BGH GRUR 2002, 1000, 1002 – *Testbestellung*; Fezer/Steinbeck, UWG, Rz. 112 zu § 4-1.

fremde Machtstellung (Autorität) dazu benutzt, auf die geschäftliche Entscheidung eines Marktteilnehmers Einfluss zu nehmen³⁷¹.

Letztlich ist in diesem Zusammenhang die sog. Laienwerbung zu nennen, bei der der Unternehmer nicht selbst, sondern vielmehr eine Privatperson im Bekanntenkreis für eine Ware oder Dienstleistung wirbt.³⁷²

b) **Ausübung von wirtschaftlichem Druck**

Durch die Ansprache von wirtschaftlichen Interessen kann schließlich ein **wirtschaftlicher Druck** entstehen. Hierbei wird wirtschaftliche Macht, insbesondere Marktmacht, zu dem Zweck eingesetzt, auf die geschäftliche Entscheidung von Marktteilnehmern Einfluss zu nehmen³⁷³. Der Umworbene, der die gewünschte geschäftliche Entscheidung ablehnt, hat danach mit wirtschaftlichen Nachteilen zu rechnen³⁷⁴. Hierzu zählen z.B. die Beendigung, Einschränkung oder Nichtaufnahme einer Geschäftsbeziehung.³⁷⁵

8.1.1.2 **Menschenverachtende Werbung**

§ 4a I UWG qualifiziert solche geschäftlichen Handlungen als unlauter, die geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer in menschenverachtender Weise zu beeinträchtigen.

Menschenverachtende Werbung liegt bei einer Verletzung der Menschenwürde i.S. des Art. 1 GG vor³⁷⁶. Beispielhaft sind hier die Ausübung körperlicher Gewalt oder eine Freiheitsberaubung zu nennen³⁷⁷.

Die sog. Schockwerbung und die diskriminierende Werbung fallen nicht unter den Anwendungsbereich des § 4a I UWG³⁷⁸, da hierbei der Kern der Bean-

³⁷¹ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.27 zu § 4; vgl. auch OLG Saarbrücken WRP 2005, 759 ff.; BGH WRP 2002, 527 ff. - *Elternbriefe*; BGH GRUR 2005, 960 ff. - *Friedhofsruhe*.

³⁷² *Fezer/Steinbeck*, UWG, Rz. 117 zu § 4-1. Vgl. hierzu auch BGH GRUR 2006, 949 - *Kunden werben Kunden*, sowie LG Frankfurt WRP 2006, 290; OLG Hamburg vom 02.11.2005 - 5 U 44/05 - *Laienwerbung für Zeitschriften*; vgl. zum Einsatz von Rechtsanwälten als Werber: OLG Köln GRUR 2007, 49 - *Smart-Cabrio-Gewinnspiel*.

³⁷³ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.29 zu § 4.

³⁷⁴ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.29 zu § 4.

³⁷⁵ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.29 zu § 4.

³⁷⁶ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.144 zu § 4.

³⁷⁷ *Fezer/Steinbeck*, UWG, Rz. 126 zu § 4-1.

³⁷⁸ *Fezer/Steinbeck*, UWG, Rz. 124 f. zu § 4-1; vgl. hierzu BVerfG GRUR 2001, 170 ff. - *Benetton-Werbung*.

standung nicht in einer unsachlichen Beeinflussung, sondern in der Verletzung von Grundwerten gesehen wird³⁷⁹. Die Anstößigkeit der Werbung ergibt sich nicht daraus, dass ihr die Eignung zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit innewohnt, sondern aus dem Umstand der Missachtung der in der Werbung Dargestellten³⁸⁰. Voraussetzung ist also, dass das Mittel der unsachlichen Beeinflussung in der Missachtung oder Geringschätzung der menschlichen Person liegt, um eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit in menschenverachtender Weise darzustellen³⁸¹.

8.1.1.3 Einfluss in sonstiger unangemessener unsachlicher Weise

Wer die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer durch sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss beeinträchtigt, handelt ebenfalls unlauter i.S.d. § 4a Nr. 1 UWG. Der Einfluss auf die Entscheidungsfreiheit liegt dabei nicht in einer Druckausübung begründet³⁸². Unter dieses Tatbestandsmerkmal werden u.a. die dem § 1 UWG a.F. zugeordneten Fallgruppen des „übertriebenen Anlockens“ und der „fehlenden Transparenz“ subsumiert.

a) Übertriebenes Anlocken

Von einem übertriebenen Anlocken spricht man, wenn der umworbene Verbraucher verleitet werden soll, seine Kaufentscheidung nicht nach sachlichen Kriterien der angebotenen Ware, sondern danach zu treffen, ob ihm beim Kauf besondere zusätzliche Vergünstigungen gewährt werden.³⁸³ Als wettbewerbswidrig wird ein solches übertriebenes Anlocken jedoch nur für den Fall zu qualifizieren sein, dass auch bei einem verständigen Verbraucher ausnahmsweise die Rationalität der Nachfrageentscheidung vollständig in den Hintergrund tritt³⁸⁴. Das ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Verbraucher von einer kritischen Überprüfung von Preis und Qualität des Gesamtangebots abgehalten wird, insbesondere davon, Vergleiche mit Konkurrenzan-

³⁷⁹ Fezer/Steinbeck, UWG, Rz. 124 f. zu § 4-1; Harte/Henning/Stuckel, UWG, Rz. 111 zu § 4.

³⁸⁰ Fezer/Steinbeck, UWG, Rz. 124 zu § 4-1.

³⁸¹ Harte/Henning/Stuckel, UWG, Rz. 111 zu § 4.

³⁸² Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 1.31 zu § 4.

³⁸³ BGH WRP 2003, 1102, 1103 - *Foto-Aktion*; BGH WRP 2002, 1133, 1135 - *Testbestellung*.

³⁸⁴ BGH GRUR 2003, 1057 - *Einkaufsgutschein*; BGH WRP 2002, 1133, 1135 - *Testbestellung*.

geboten vorzunehmen, und er seine Entscheidung nur noch danach ausgerichtet, wie er in den Genuss der Vergünstigung gelangt³⁸⁵.

b) Unzureichende Information/Fehlende Transparenz

Unzureichende Information in einer Werbung kann ebenfalls zu einer unsachlichen Beeinflussung führen³⁸⁶. Damit ist das Vorenthalten solcher Informationen gemeint, die der durchschnittlich informierte, situationsadäquat aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher erwarten darf, um eine rationale Nachfrageentscheidung treffen zu können (Transparenzgebot vgl. auch § 3 Abs. 2 UWG)³⁸⁷. Einen Auffangtatbestand für Täuschungshandlungen außerhalb der irreführenden Werbung stellt § 4 Nr. 1 UWG im Verhältnis zu § 5 UWG dar.³⁸⁸

c) Wertreklame

Maßnahmen der Wertreklame, welche bezwecken, die Rationalität der Verbraucherentscheidung auszuschalten, sollen gleichfalls unter § 4a Nr. 1 UWG fallen³⁸⁹. Wertreklame (bzw. Verkaufsförderungsmaßnahme, „sales promotion“) umfasst alle zur Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen gewährten geldwerten Vergünstigungen, also insbesondere Kopplungsgeschäfte einschließlich Zugaben, Preisnachlässe, Geschenke, Preis Ausschreiben und Gewinnspiele³⁹⁰.

aa) Unter einem **Kopplungsangebot** versteht man die Verbindung unterschiedlicher Waren und/oder Dienstleistungen zu einem Gesamtangebot. Es schließt die Zugabe, teilweise oder völlige unentgeltliche Gewährung einer Ware oder Dienstleistung für den Fall des Kaufs anderer Waren oder Dienstleistungen ein³⁹¹. § 4 Nr. 6 aF UWG sah ein sog. **Kopplungsverbot** für die Teilnahme an Preis Ausschreiben oder an Gewinnspielen vor. Insoweit hat jedoch der BGH in der „Plus Warenhandelsgesellschafts-Entscheidung“ bereits

³⁸⁵ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.35 zu § 4; vgl. hierzu auch BGH GRUR 2005, 1059 ff. - *Quersubventionierung von Laborgemeinschaften*.

³⁸⁶ Vgl. hierzu BGH vom 13.07.2006 - I ZR 234/03.

³⁸⁷ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.38 zu § 4.

³⁸⁸ BT/Drucks. 15/1487, S. 30, 40.

³⁸⁹ BT-Drucks. 15/1487, S. 17.

³⁹⁰ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.40 zu § 4.

³⁹¹ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.44 zu § 4; vgl. auch BGH GRUR 2002, 976 ff. - *Kopplungsangebot I*.

festgestellt, dass dies unionsrechtswidrig ist (s. BGH GRUR 2010, 177). Das in § 4 Nr. 6 aF UWG enthaltene Kopplungsverbot ist nunmehr im Zuge des 2. UWG-Änderungsgesetzes gestrichen worden. Kopplungsangebote inkl. Zugaben sind daher nunmehr im Grundsatz zulässig³⁹², sofern keine spezialgesetzlichen Verbote (vgl. z.B. Heilmittelwerbegesetz) bestehen und kein Verstoß gegen das Transparenzgebot vorliegt (§ 5a UWG).

- cc) **Verkaufsförderungsaktionen** werden häufig relativ kurzfristig beworben und die Maßnahme als solche zeitlich eng befristet³⁹³. Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen der zeitliche Entscheidungsdruck möglicherweise eine unangemessene unsachliche Beeinflussung des Verbrauchers entsprechend § 4a I UWG darstellt³⁹⁴.

Auch in diesem Zusammenhang ist zu fordern, dass durch den zeitlichen Druck bei einem verständigen Verbraucher die Rationalität der Nachfrageentscheidung vollständig in den Hintergrund tritt. Bei der gebotenen Einzelfallbetrachtung ist zu beachten, welche Vergleichsmöglichkeiten dem Verbraucher zur Verfügung stehen; insofern ist insbesondere von Belang, ob es ihm möglich ist, sich in zumutbarer Weise noch mit Konkurrenzangeboten zu beschäftigen. Der Kunde, der in Ruhe von Zuhause aus agieren kann (Versandhandel), ohne dem Einfluss eines Verkäufers ausgesetzt zu sein, befindet sich in einer anders zu beurteilenden Entscheidungssituation, als derjenige, der wegen fehlender räumlicher Distanz und dem damit zusammenhängenden Einfluss des Verkäufers unter hohem Entscheidungsdruck steht³⁹⁵.

- dd) **Preisnachlässe (Rabatte)** sind betragsmäßig oder prozentual festgelegte Abschläge von angekündigten oder allgemein geforderten Preisen (Grundpreise oder Ausgangspreise)³⁹⁶. Dazu zählt ebenso der Naturalrabatt, also die unentgeltliche Gewährung einer zusätzlichen Menge der gekauften Ware

³⁹² Vgl. BGH GRUR 2003, 538, 540 - *Gesamtpreisangebot*. „Die Möglichkeit, Güter und Dienstleistungen zu Gesamtangeboten (insbesondere Komplettangeboten) zusammen zu stellen und dementsprechend zu bewerben, gehört zur Freiheit des Wettbewerbs.“

³⁹³ Vgl. hierzu OLG Dresden WRP 2006, 283 - *Verkaufsoffener Sonntag*; OLG Köln WRP 2002, 1189 - *Frühauftsteherrabatt*.

³⁹⁴ Vgl. *Eppe*, WRP 2004, 153, 160; *Seichter*, WRP 2006, 628 ff.

³⁹⁵ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.85 zu § 4; vgl. auch BGH GRUR 2003, 890, 891 - *Buchclub-Kopplungsangebot*.

³⁹⁶ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.92 zu § 4; *Kügele*, GRUR 2006, 105, 109.

oder Dienstleistung.³⁹⁷ Ein Preisnachlass (also kein Geldgeschenk) liegt außerdem in der Gewährung einer Geldzuwendung oder eines Gutscheins über einen bestimmten Geldbetrag, der beim Kauf auf den Kaufpreis angerechnet wird, oder über eine bestimmte Menge der zu kaufenden Ware³⁹⁸. Bei der Beurteilung von Werbung mit Preisnachlässen ist eine Unlauterkeit nur unter bestimmten zusätzlich notwendigen Bedingungen zu bejahen, da heutzutage von der grundsätzlichen Zulässigkeit individueller oder genereller Preisnachlässe auszugehen ist³⁹⁹.

Die Anlockwirkung des Preisnachlasses ist durch seine Höhe bedingt. Fraglich ist demnach die Möglichkeit der Orientierung an konkreten Grenzwerten, bei deren Überschreitung davon ausgegangen werden kann, dass der Kunde angesichts der Rabattgewährung keine sachgerechte Entscheidung mehr trifft und nur noch von der in Aussicht gestellten Ersparnis geleitet wird⁴⁰⁰.

Allerdings stellen sowohl Ankündigung als auch Bewerbung eines evt. beachtlichen Preisnachlasses lediglich die eigene Leistungsfähigkeit in den Vordergrund und vermögen somit allein keine Wettbewerbswidrigkeit zu begründen⁴⁰¹. Zudem hat die Höhe des Preisnachlasses an sich für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung i.d.R. keine Bedeutung mehr⁴⁰².

Eine **Kombination** aus einem (ggf. erheblichen) **Preisnachlass** und einer **sehr kurzen Entscheidungsfrist** kann zu einer Unlauterkeit führen, falls sich kein vernünftiger Grund für diese Befristung finden lässt und durch den zeitlichen Druck die Rationalität der Nachfrageentscheidung vollständig in den Hintergrund tritt.⁴⁰³

ee) Bei der Abgabe von gänzlich **unentgeltlichen Zuwendungen oder Geschenken** als Verkaufsförderungsmaßnahme ist, im Gegensatz zur ebenfalls

³⁹⁷ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 1.92 zu § 4; Cordes, WRP 2001, 867, 875. In-soweit ist jedoch die Abgrenzung zur Zugabe zu beachten.

³⁹⁸ BGH GRUR 2003, 1057 - *Einkaufsgutschein I*; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 1.92 zu § 4.

³⁹⁹ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 1.94 zu § 4; Fezer/Steinbeck, UWG, Rz. 246 zu § 4-1.

⁴⁰⁰ Fezer/Steinbeck, UWG, Rz. 250 zu § 4-1.

⁴⁰¹ BGH GRUR 2003, 1057 f. - *Einkaufsgutschein I*.

⁴⁰² OLG Hamm GRUR 2006, 86, Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 1.95 zu § 4; Eppe, WRP 2004, 153, 160.

⁴⁰³ OLG Hamm GRUR 2006, 86, 87; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 1.95 zu § 4.

unentgeltlichen Zugabe, der Erwerb anderer Ware nicht notwendig. Zweck ist die Förderung der Kaufbereitschaft des Kunden oder zumindest seiner Bereitschaft zur Ansicht des Angebots des Werbenden oder seines Auftraggebers⁴⁰⁴. Grundsätzlich verstößt diese Maßnahme der Verkaufsförderung nicht gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften.

Ihre Unlauterkeit kann sich allerdings aus § 4 Nr. 1 UWG ergeben, falls der Kunde in eine Lage versetzt wird, in der für ihn der Eindruck entsteht, er „müsse“ anstandshalber etwas erwerben (psychischer Kaufzwang)⁴⁰⁵ oder der Kunde verleitet wird, „blind vor Freude“ und ohne die Beachtung evt. Angebote der Konkurrenz ein Geschäft abzuschließen⁴⁰⁶.

Da auch hier auf den verständigen Verbraucher abzustellen ist, wird eine psychische Zwangssituation lediglich in Ausnahmefällen in Betracht kommen. Der Verbraucher, der durch die Werbung darauf aufmerksam geworden ist, dass ein Werbegeschenk vergeben wird, wird i.d.R. bei der Entgegennahme dieses Geschenks nicht einen Druck verspüren, zusätzlich etwas kaufen zu „müssen“⁴⁰⁷. Vielmehr wird es ihm möglich sein, die gewährte Leistung von dem angebotenen entgeltlichen Geschäft zu unterscheiden⁴⁰⁸.

Es kann zwar angenommen werden, dass sich der Verbraucher aufgrund des angebotenen Geschenks intensiver mit den sonstigen Warenangeboten des Werbenden beschäftigt, doch weiß er regelmäßig, dass die unentgeltliche Ware als Lockmittel dient und dadurch nicht auch das entgeltliche Angebot einer Vergünstigung unterliegt. Schließlich soll das UWG keinen Schutz davor bieten, dass ungünstige Angebote nur aus Bequemlichkeit angenommen werden⁴⁰⁹.

d) **Gefühlsbetonte Werbung**

Kaufentscheidungen können durch die Ansprache von Gefühlen ausschlaggebend beeinflusst werden. Die sog. Aufmerksamkeitswerbung (Imagewerbung) soll den Unternehmen zu einer größeren Bekanntheit verhelfen, wobei

⁴⁰⁴ Vgl. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.107 zu § 4.

⁴⁰⁵ BGH GRUR 2003, 804, 805 - Foto-Aktion.

⁴⁰⁶ *Fezer/Steinbeck*, UWG, Rz. 273 zu § 4-1.

⁴⁰⁷ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.111 zu § 4.

⁴⁰⁸ *Fezer/Steinbeck*, UWG, Rz. 273 zu § 4-1.

⁴⁰⁹ *Fezer/Steinbeck*, UWG, Rz. 274 zu § 4-1.

der Verbraucher oftmals unter Hinweis auf „seine“ soziale Verantwortung aufmerksam gemacht werden soll. „Gefühlsbetonte Werbung“ ist – nachdem sie zuvor als eine Fallgruppe der Generalklausel unter § 1 UWG a.F. subsu-
miert wurde – nunmehr an § 4a I UWG zu messen.

Bei der Erweckung des Kaufinteresses aus sozialem Verantwortungsgefühl, Hilfsbereitschaft oder Mitleid war die Wettbewerbswidrigkeit nach der frühe-
ren Rechtsprechung zu § 1 UWG a.F. dann zu bejahen, wenn ein sachlicher
Zusammenhang zwischen dem in der Werbung angesprochenen sozialen
Engagement und der beworbenen Ware nicht bestand, wenn vielmehr ziel-
bewusst und planmäßig an die soziale Hilfsbereitschaft appelliert wurde, um
diese im eigenen wirtschaftlichen Interesse als entscheidende Kaufmotiva-
tion auszunutzen⁴¹⁰.

Nach der Entscheidung des BVerfG zur Benetton-Schockwerbung⁴¹¹ hat der
BGH in seiner Entscheidung „Artenschutz“ die frühere Rechtsprechung, wo-
nach eine zulässige Imagewerbung einen sachlichen Zusammenhang zwi-
schen dem in der Werbung angesprochenen sozialen Engagement und den
Eigenschaften der beworbenen Ware voraussetzt, aufgegeben⁴¹².

Appelliert der Werbende an das soziale Verantwortungsbewusstsein des
Verbrauchers, soll durch die Kaufentscheidung für die jeweilige Ware ein Bei-
trag zur Förderung eines sozialen Anliegens geleistet werden (sog. „social
sponsoring“)⁴¹³. Auch hier bedarf es nach der Rechtsprechung nunmehr kei-
nes sachlichen Zusammenhangs zwischen dem sozialen Zweck und dem
beworbenen Produkt⁴¹⁴.

Eine solche Werbung kann jedoch häufig das Merkmal der Irreführung (ggf.
durch Unterlassen) erfüllen (und aus diesem Grund unzulässig sein)⁴¹⁵, wenn
das Unternehmen entgegen seiner Ankündigung den Hilfsbeitrag nicht ab-

⁴¹⁰ BGH GRUR 1999, 1100 - *Generika-Werbung*; BGH GRUR 1995, 742, 743 - *Arbeits-
plätze bei uns*.

⁴¹¹ BVerfG WRP 2001, 129 ff. = GRUR 2001, 170 ff. - *Benetton-Werbung*; vgl. hierzu auch
BVerfG WRP 2002, 430 ff. - *Tierfreundliche Mode*.

⁴¹² BGH GRUR 2006, 75 ff. - *Artenschutz*.

⁴¹³ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.156 f. zu § 4.

⁴¹⁴ OLG Hamburg GRUR-RR 2004, 216, 217 - *Kindernothilfe*; OLG Hamburg GRUR-RR
2003, 51, 52 - *Bringt die Kinder durch den Winter*.

⁴¹⁵ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.165 f. zu § 4. Vgl. hierzu auch OLG Hamburg
GRUR-RR 2004, 216 ff. - *Kindernothilfe*; OLG Hamm GRUR 2003, 975 ff.; OLG Ham-
burg GRUR-RR 2003, 51 ff. - *Bringt die Kinder durch den Winter*.

führt oder der für jeden Artikel abgezogene finanzielle Anteil derart gering ist, dass entgegen der hervorgerufenen berechtigten Verbrauchererwartung hierdurch eine nennenswerte Unterstützung des sozialen Hilfszwecks nicht erreicht werden kann⁴¹⁶. Gleiches gilt dann, wenn die Werbung den unzutreffenden Eindruck hervorruft, der Käufer könne durch seine Kaufentscheidung für die beworbenen Produkte die Höhe der Unterstützung des sozialen Zwecks unmittelbar beeinflussen, wohingegen sich der Unterstützungsbetrag entgegen der Verkehrserwartung tatsächlich nicht nach einem Anteil des Verkaufserlöses bemisst, sondern von dem werbenden Unternehmen als Festbetrag in eigener Entscheidung bestimmt wird⁴¹⁷.

In seinen Entscheidungen „Regenwaldprojekt I und II“ (Krombacher-Regenwald-Werbung) verwies der BGH auf die grundsätzliche Zulässigkeit eines sog. „social sponsoring“ und führte aus, die freie Entscheidung des Verbrauchers werde regelmäßig nicht dadurch gefährdet, dass seine Kaufentscheidung nicht auf ausschließlich wirtschaftlichen Überlegungen, sondern auch auf der Möglichkeit beruht, sich durch die vom Unternehmer versprochene Förderung eines Dritten mittelbar für das damit verbundene Ziel zu engagieren⁴¹⁸. Die Schwelle zur Unlauterkeit nach § 4a I UWG werde erst überschritten, wenn der Einfluss ein solches Ausmaß erreicht, dass er die freie Entscheidung des Verbrauchers zu beeinträchtigen vermag. Aufgrund der den Anwendungsbereich von § 4a I UWG einengenden, gleichfalls vorausgesetzten unangemessenen, unsachlichen Einflussnahme dürfte dies jedoch lediglich in Extremfällen zu bejahen sein⁴¹⁹.

Der BGH äußert in seinen Entscheidungen die Auffassung, dass das UWG kein allgemeines Transparenzgebot statuiere. Eine Pflicht zur umfassenden Aufklärung besteht nach Ansicht des BGH, der darauf abstellt, ob eine relevante Irreführung, insbesondere ein Hervorrufen wettbewerbsrechtlich relevanter Fehlvorstellungen durch das Verschweigen wesentlicher Informationen vorliegen kann, somit nicht.

⁴¹⁶ OLG Hamburg GRUR-RR 2004, 216, 217 - *Kindernothilfe*.

⁴¹⁷ OLG Hamburg GRUR-RR 2004, 216, 217 - *Kindernothilfe*.

⁴¹⁸ BGH WRP 2007, 303 – *Regenwaldprojekt I*; BGH WRP 2007, 308 – *Regenwaldprojekt II*; vgl. hierzu auch *Seichter*, WRP 2007, 530 ff.

⁴¹⁹ Vgl. *Sosnitza*, juris Praxisreport Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht 3/2007, Anm. 1.

Als „gefühlbetonte Werbung“ gilt auch sog. „Gesundheitswerbung“, was bedeutet, dass Waren oder Dienstleistungen als für die Gesundheit förderlich oder unentbehrlich angepriesen werden⁴²⁰. In diesen Fällen sind die Verbraucher häufig geneigt, solchen Angaben blind zu vertrauen⁴²¹. Diese Form der Werbung fällt allerdings regelmäßig eher unter das Irreführungsverbot des § 5 UWG oder kann in besonders gelagerten Situationen die Voraussetzungen der Angstwerbung (§ 4a II UWG) erfüllen.

„Gefühlbetonte Werbung“ ist auch unterschwellige Werbung, d.h. Werbung, die der Verbraucher nicht mehr rational erfasst, aber unterbewusst wahrnimmt, wie z.B. das kurzzeitige Einblenden von Produkten im Fernsehen⁴²². Da der Umworbene sich der Beeinflussung nicht zu entziehen vermag, liegt hier grundsätzlich eine unangemessene unsachliche Beeinflussung gemäß § 4a I UWG vor⁴²³.

8.1.2 „geeignet, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer zu beeinträchtigen“

Voraussetzung ist schließlich, dass der unangemessene unsachliche Einfluss geeignet ist, die Entscheidungsfreiheit von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern zu beeinträchtigen. Handlungen im Verhältnis zweier Unternehmer auf verschiedenen Wirtschaftsstufen sollen ebenfalls eingeschlossen sein⁴²⁴.

Beeinträchtigt wird die Entscheidungsfreiheit bei einer Einwirkung mit dem Ziel, den Kunden an rational-kritischen Erwägungen über den Nutzen und die Nachteile des Angebots, insbesondere seine Preiswürdigkeit und Qualität, zu hindern⁴²⁵. Die geschäftliche Handlung muss dabei bezwecken können, dass die Rationalität der freien, selbstbestimmten Nachfrageentscheidung überlagert und ausschaltet wird⁴²⁶.

⁴²⁰ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 1.166 zu § 4.

⁴²¹ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 1.166 zu § 4.

⁴²² Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 1.169 zu § 4.

⁴²³ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 1.171 zu § 4.

⁴²⁴ BT-Drucks. 15/1487, S. 17.

⁴²⁵ OLG Hamm GRUR 2006, 86; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 1.9 zu § 4.

⁴²⁶ OLG Hamm GRUR 2006, 86; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 1.9 zu § 4.

Aufgrund des Merkmals der Geeignetheit ist eine tatsächliche Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit durch die unsachliche Beeinflussung nicht notwendig. Ausreichend ist die objektive Wahrscheinlichkeit, dass der dem Leitbild entsprechende durchschnittlich informierte, situationsbedingt aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher seine Entscheidung auch mit Rücksicht auf die Einflussnahme treffen wird⁴²⁷.

8.2 Ausnutzung besonderer Umstände i.S.v. § 4a II Nr. 3 UWG

Unlauter gemäß § 4a II Nr. 3 UWG handelt insbesondere, wer geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, geistige oder körperliche Gebrechen, das Alter, die geschäftliche Unerfahrenheit, die Leichtgläubigkeit, die Angst oder die Zwangslage von Verbrauchern auszunutzen (s. § 4a II S. 2 UWG).

8.2.1 Ausnutzung der geschäftlichen Unerfahrenheit

8.2.1.1 Tatbestandsvoraussetzungen

Die geschäftliche Handlung ist entsprechend § 4a II Nr. 3 UWG unlauter, wenn sie geeignet ist, die geschäftliche Unerfahrenheit auszunutzen. Dabei muss sie sich (zumindest auch) gezielt an die geschützte Personengruppe der geschäftlich Unerfahrenen wenden⁴²⁸.

Geschäftlich unerfahren ist ein Verbraucher, bei dem nicht die Kenntnis von den rechtlichen Anforderungen und den wirtschaftlichen Auswirkungen von Verträgen in einer Marktwirtschaft vorliegt, die von einem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher erwartet wird⁴²⁹.

Kinder und Jugendliche sind stets als geschäftlich unerfahren anzusehen⁴³⁰. Einerseits sind sie für unsachliche Beeinflussungen besonders empfänglich,

⁴²⁷ OLG Hamm GRUR 2006, 86; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.8 zu § 4.

⁴²⁸ Vgl. insoweit für Kinder und Jugendliche: BGH Urteil v. 6.4.2006, I ZR 125/03; OLG Frankfurt GRUR 2005, 1064, 1065 - *Lion-Sammelaktion*.

⁴²⁹ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 2.13 zu § 4.

⁴³⁰ OLG Frankfurt GRUR 2005, 782, 783 - *Milchtaler*; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 2.13 u. 2.23 zu § 4. vgl. auch die Konkretisierung in Nr. 28 des Anhangs I der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken.

andererseits neigen sie zu gefühlsmäßigen und spontanen Entscheidungen⁴³¹.

In den Schutzbereich sind ebenfalls geschäftlich unerfahrene Erwachsene einbezogen (vgl. den Wortlaut „insbesondere“). Geschäftliche Unerfahrenheit kommt in diesem Zusammenhang bei Lese-, Schreib- oder Sprachunkundigkeit sowie bei älteren, körperlich (Seh- oder Hörschwäche) oder geistig (psychisch) behinderten Personen in Betracht⁴³². Nicht vom Schutzbereich erfasst wird allerdings eine geschäftliche Unerfahrenheit, die auf Nachlässigkeit, Unaufmerksamkeit, Gleichgültigkeit und Trägheit zurückzuführen ist⁴³³.

Die Rechtsunkenntnis eines Verbrauchers kann einen Unterfall der geschäftlichen Unerfahrenheit darstellen⁴³⁴, wobei als Maßstab die Rechtskenntnis eines verständigen Durchschnittsverbrauchers heranzuziehen ist⁴³⁵. Eine genauere Kenntnis von Rechtsvorschriften und deren Auslegung durch die Gerichte zählt nicht dazu⁴³⁶.

Ein Ausnutzen der geschäftlichen Unerfahrenheit liegt vor, wenn der Handelnde um diesen Umstand weiß und ihn gezielt als Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zwecks benutzt. Voraussetzung ist mithin ein bedingter Vorsatz des Handelnden⁴³⁷. Ein tatsächliches Ausnutzen ist nicht notwendig, da die geschäftliche Handlung lediglich geeignet sein muss, die geschäftliche Unerfahrenheit auszunutzen⁴³⁸. Dies muss jedoch objektiv wahrscheinlich sein, eine lediglich fern liegende Möglichkeit genügt hier nicht⁴³⁹.

Überschneidungen sind mit § 4 Nr. 1 UWG (Druckausübung und sonstige unsachliche Beeinflussung) sowie mit § 5 UWG (Irreführung) und § 7 UWG (Belästigung) möglich.

⁴³¹ *Harte/Henning/Stuckel*, UWG, Rz. 5 zu § 4.

⁴³² *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 2.13 zu § 4; *Scherer*, WRP 2004, 1355, 1356.

⁴³³ *Scherer*, WRP 2004, 1355, 1356.

⁴³⁴ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 2.30 ff. zu § 4.

⁴³⁵ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 2.30 u. 232 zu § 4.

⁴³⁶ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 2.30 zu § 4.

⁴³⁷ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 2.32 zu § 4.

⁴³⁸ *Fezer/Scherer*, UWG, Rz. 106 zu § 4-2.

⁴³⁹ OLG Frankfurt GRUR 2005, 782, 783 - *Milchtaler*.

8.2.1.2 Zielgruppen des § 4a II Nr. 3 UWG

Die Eignung bzw. Nichteignung einer Werbemaßnahme zur Ausnutzung der geschäftlichen Unerfahrenheit steht in engem Zusammenhang mit der jeweils angesprochenen Zielgruppe.

Zunächst ist in der Rechtsprechung eine allgemeine Zuordnung festzustellen („Kinder und Jugendliche“⁴⁴⁰, „Minderjährigen“⁴⁴¹, „Kinder“⁴⁴², „Jugendlichen“⁴⁴³ oder „Schüler“⁴⁴⁴).

Seltener sind Abstufungen anhand des jeweiligen Alters innerhalb dieser Gruppen⁴⁴⁵. Der BGH hat dies in einem Fall der Werbung eines Fahrschulunternehmens durchgeführt⁴⁴⁶. Zielgruppe sei nach dem BGH nicht der „Jugendliche“ im Allgemeinen, sondern Fahrschulinteressenten im Alter zwischen etwa 17 und 20 Jahren.

Für eine solche genaue Eingrenzung der von einer Werbemaßnahme angesprochenen Zielgruppe ist allerdings nicht jeder Fall geeignet. In diesem Zusammenhang kann auf die Entscheidung über die Bonuspunkteaktion eines Schokoriegel-Herstellers („Lion-Sammelaktion“) verwiesen werden⁴⁴⁷. Ist jedoch eine genauere Eingrenzung der Zielgruppe möglich, besteht in der Rechtsprechung auch eine Tendenz zu einer genaueren Betrachtungsweise. Die unterschiedliche alterstypische Entwicklung innerhalb der Gruppe der Kinder und Jugendlichen wird ebenfalls in der Literatur verstärkt beachtet⁴⁴⁸. Insofern ist bei entsprechender Möglichkeit innerhalb der Gruppe der Kinder und Jugendlichen eine graduelle Unterscheidung nach Altersgruppen vorzunehmen⁴⁴⁹. Werden z.B. ausschließlich ältere Jugendliche angesprochen, kann damit die Anlegung eines weniger strengen Maßstabes verbunden sein.

⁴⁴⁰ BGH, Urteil vom 06.04.2006, - I ZR 125/03.

⁴⁴¹ KG ZUM 2006, 56; OLG Frankfurt GRUR 2005, 1064, 1065 - *Lion-Sammelaktion*.

⁴⁴² OLG Frankfurt GRUR 2005, 782, 784 ff. - *Milchtaler*.

⁴⁴³ OLG Hamm MMR 2005, 112.

⁴⁴⁴ OLG Celle GRUR-RR 2005, 387, 388 - *Klassensparbuch*; BGH GRUR 2006, 77 - *Schulfotoaktion*.

⁴⁴⁵ So aber z.B. *Fezer/Scherer*, UWG, Rz. 111 f., 146 zu § 4-2.

⁴⁴⁶ BGH GRUR 2004, 960, 961- *500 DM-Gutschein für Autokauf*.

⁴⁴⁷ OLG Frankfurt GRUR 2005, 1064, 1065 - *Lion-Sammelaktion*.

⁴⁴⁸ *Fezer/Scherer*, UWG, Rz. 111, 146 zu § 4-2; *Harte/Henning/Stuckel*, UWG, Rz. 7 zu § 4.

⁴⁴⁹ Vgl. insoweit ausführlich: *Fezer/Scherer*, UWG, Rz. 111 zu § 4-2.

Wird dagegen die gesamte Gruppe der Kinder und Jugendlichen angesprochen, ist fraglich, welcher Maßstab nunmehr bei der Bestimmung der geschäftlichen Unerfahrenheit heranzuziehen ist. So könnten die Maßstäbe für die jüngsten Zielgruppenmitglieder, also Kleinkinder, in Frage kommen. Nach Ansicht des BGH (Entscheidung zur Handy-Klingeltonwerbung) ist allerdings auf den Durchschnitt des von einer Werbemaßnahme angesprochenen Verbrauchers abzustellen⁴⁵⁰. Der Werbende, der sich gezielt an eine bestimmte Bevölkerungsgruppe wende (z.B. Kinder und Jugendliche), müsse sich an einem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Angehörigen dieser Gruppe orientieren⁴⁵¹. Zudem orientiert sich das im Wettbewerbsrecht maßgebliche Verbraucherleitbild nicht an dem am wenigsten informierten, sondern an dem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher⁴⁵².

Zwar findet § 4a II Nr. 3 UWG bereits Anwendung, wenn sich die Werbung „zumindest auch“ gezielt an Kinder und Jugendliche richtet⁴⁵³. Wann dies der Fall ist, ist allerdings häufig schwer zu ermitteln. Der BGH hat hierzu beispielsweise in einem Urteil festgestellt, dass sich die beanstandete Werbeanzeige auch an die Gruppe der Kinder und Jugendlichen richte, weil die Leserschaft der Zeitschrift zu mehr als 50 % aus Kindern und Jugendlichen bestehe⁴⁵⁴. Die vom BGH „ermittelten“ 50 % lassen sich zwar als Richtwert übernehmen, doch werden sie eine konkrete Betrachtung im Einzelfall nicht entbehrlich machen.

Festzuhalten bleibt jedoch, dass bei einer Werbung, die sich in besonderem Maße an Kinder und Jugendliche, aber auch an Erwachsene richtet, der Grad der unsachlichen Beeinflussung geringeren Anforderungen als bei reiner Erwachsenenwerbung unterliegt⁴⁵⁵. Eine Verschiebung des Maßstabes für die Feststellung der geschäftlichen Unerfahrenheit hin zum Durch-

⁴⁵⁰ BGH Urteil vom 06.04.2006 - I ZR 125/03.

⁴⁵¹ So auch *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 2.13 zu § 4.

⁴⁵² St. Rspr., vgl. EuGH WRP 1995, 677, 678 - *Mars*; BGH WRP 2000, 517, 520 - *Orient-Teppichmuster*; BGH GRUR 2001, 1061, 1063 - *Mitwohnzentrale.de*; BGH GRUR 2001, 1166, 1169.- *Fernflugreise*.

⁴⁵³ BGH Urteil vom 06.04.2006 - I ZR 125/03; OLG Frankfurt GRUR 2005, 1064, 1065 - *Lion-Sammelaktion*.

⁴⁵⁴ BGH Urteil vom 06.04.2006 - I ZR 125/03; ebenso OLG Hamburg WRP 2003, 1003, 1006.

⁴⁵⁵ *Harte/Henning/Stuckel*, UWG, Rz. 9 zu § 4.

schnittsverbraucher würde der Wertung der Norm, namentlich dem besonderen Schutz der Kinder und Jugendlichen, zuwiderlaufen.

8.2.2 Ausnutzung der Leichtgläubigkeit

Geschäftliche Handlungen, die geeignet sind, die Leichtgläubigkeit von Verbrauchern auszunutzen, sind gemäß § 4a II Nr. 3 UWG ebenfalls unlauter.

Leichtgläubigkeit liegt vor, wenn der Verbraucher wegen eines fehlenden Urteilsvermögens in seiner Entscheidungsrationalität eingeschränkt ist und aus diesem Grund bestimmte Informationen nicht weiter hinterfragt, sondern den Angaben des Werbenden ohne weiteres Glauben schenkt⁴⁵⁶. Das kommt vor allem bei älteren, lese-, schreib- oder sprachunkundigen Personen sowie bei körperlichen (Seh- oder Hörschwäche) oder geistigen (psychisch) Behinderungen in betracht⁴⁵⁷. Leichtgläubigkeit die auf Nachlässigkeit, Unaufmerksamkeit, Gleichgültigkeit und Trägheit zurückzuführen ist, ist vom Schutzbereich nicht erfasst⁴⁵⁸. Bei der Bestimmung der Leichtgläubigkeit ist die Perspektive eines durchschnittlichen Mitglieds der angesprochenen Gruppe maßgeblich⁴⁵⁹.

8.2.3 Ausnutzung der Angst

Eine geschäftliche Handlung, die geeignet ist, die Angst von Verbrauchern auszunutzen, ist gemäß § 4a II Nr. 3 UWG unlauter⁴⁶⁰.

„Angst“ bedeutet die Vorstellung von einer drohenden Gefahr, die zu einer Minderung oder Aufhebung der willens- oder verstandesmäßigen Kontrolle einer Person über sich selbst zu führen vermag⁴⁶¹. Geschützt wird nicht das Ausnutzen von Ängstlichkeiten des täglichen Lebens, sondern nur von ernsthaften, besonders erheblichen Angstgefühlen⁴⁶². Werbung mit sachlichen In-

⁴⁵⁶ Menebröcker in: Münchener Anwaltshandbuch, Gewerblicher Rechtsschutz, 2. Aufl. 2005, Rz. 44 zu § 14.

⁴⁵⁷ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 2.13 zu § 4; Scherer, WRP 2004, 1355, 1356.

⁴⁵⁸ Scherer, WRP 2004, 1355, 1356.

⁴⁵⁹ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 2.14 zu § 4; vgl. hierzu auch die Ausführungen unter II.3.b).

⁴⁶⁰ Kein Anwendungsfall des § 4 Nr. 2 UWG, sondern des § 4 Nr. 1 UWG ist Nr. 24 des Anhangs I der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, da hier eine Angstsituation erst hervorgerufen und nicht lediglich ausgenutzt wird.

⁴⁶¹ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 2.15 zu § 4.

⁴⁶² Harte/Henning/Stuckel, UWG, Rz. 35 zu § 4.

formationen über das Produkt, die wahr und für den Verbraucher nachprüfbar sind, ist zulässig, da hierdurch eine rationale Entscheidung gefördert und nicht beeinträchtigt wird⁴⁶³. Sind die Informationen dagegen nicht nachprüfbar und ist das Angstgefühl so stark, dass die Nachfrageentscheidung in den Hintergrund tritt und ein Panikkauf zu befürchten ist, ist die Schwelle zur Unlauterkeit überschritten⁴⁶⁴.

Spezialgesetzliche Vorschriften zur Angstwerbung, die die Anwendung des UWG jedoch nicht ausschließen⁴⁶⁵, finden sich im Bereich des Heil- und Lebensmittelrechts (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 7 Heilmittelwerbeengesetz und § 12 Abs. 1 Nr. 6 Lebensmittel-Bedarfsgegenstände und Futtermittelgesetzbuch, wonach gegenüber den allgemeinen Verkehrskreisen die Werbung für Heil- und Lebensmittel mit einer Werbeaussage unzulässig ist, die geeignet ist, Angstgefühle hervorzurufen oder auszunutzen⁴⁶⁶).

8.2.4 Ausnutzung einer Zwangslage

Schließlich ist eine geschäftliche Handlung gemäß § 4a II Nr. 3 UWG unlauter, wenn sie geeignet ist, die Zwangslage von Verbrauchern auszunutzen.

Unfälle, Erkrankungen, wirtschaftliche Bedrängnis und sonstige besondere Drucksituationen, in denen sich der Umworbene in einem Zustand eingeschränkter Entscheidungsrationalität befindet, können zu einer Zwangslage führen⁴⁶⁷. Das Treffen einer verständigen, sich an seinem Nutzen orientierenden Nachfrageentscheidung darf dem Verbraucher nicht mehr möglich sein⁴⁶⁸. Abzustellen ist auf die Perspektive eines durchschnittlichen Mitglieds der angesprochenen Gruppe⁴⁶⁹. Das Ausnutzen einer Zwangslage ist vor allem anzunehmen, wenn sich der Umworbene in einer Schocksituation befindet oder unter Entscheidungs- und Zeitdruck gesetzt wird⁴⁷⁰. Da eine abs-

⁴⁶³ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 2.34 zu § 4.

⁴⁶⁴ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 2.34 zu § 4.

⁴⁶⁵ BGH WRP 1999, 915, 917 - *Vitalkost*.

⁴⁶⁶ Vgl. zu einer zulässigen Werbemaßnahme BGH WRP 1999, 915 ff. - *Vitalkost*.

⁴⁶⁷ *Harte/Henning/Stuckel*, UWG, Rz. 36 zu § 4; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 2.16 zu § 4.

⁴⁶⁸ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 2.16 zu § 4.

⁴⁶⁹ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 2.16 zu § 4.

⁴⁷⁰ *Harte/Henning/Stuckel*, UWG Rz. 36 zu § 4. Um keinen Fall des § 4 Nr. 2 UWG handelt es sich bei Nr. 25 bzw. 30 des Anhangs I der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken. Diese Tatbestände sind vielmehr von § 4 Nr. 1 UWG erfasst, da es nicht um das Ausnutzen, sondern das Herbeiführen einer Zwangslage geht.

trakte Gefährdungslage nicht mehr ausreicht⁴⁷¹, ist immer eine unsachliche Beeinflussung im Einzelfall erforderlich⁴⁷².

⁴⁷¹ *Harte/Henning/Stuckel*, UWG., Rz. 36 zu § 4. Vgl. noch zur alten Rechtslage BGH WRP 2000, 168 ff. - Werbung am Unfallort IV.
⁴⁷² *Harte/Henning/Stuckel*, UWG, Rz. 36 zu § 4.

9 IRREFÜHRENDE GESCHÄFTLICHE HANDLUNGEN (§ 5 UWG)

Ähnlich wie bisher hängt die Unzulässigkeit einer nach § 5 Abs. 1 Satz 1 unlauteren geschäftlichen Handlung von ihrer **Eignung** ab, die **Interessen der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu beeinträchtigen**. Während nach der Vorgängernorm noch in Anknüpfung an § 3 UWG eine *spürbare* Beeinträchtigung erforderlich war, entfällt nunmehr eine Spürbarkeitsprüfung. Inhaltlich hat das Tatbestandsmerkmal des § 5 UWG der „Geeignetheit“ die (alte) Rolle der Spürbarkeit übernommen, so dass in der Sache damit keine Änderungen festzumachen sind. Es muss also letztlich ein Irreführungstatbestand von einigem Gewicht für das Marktgeschehen vorliegen, um der Unlauterkeit zu genügen. Darüber hinaus gibt es noch eine weitere kleinere Modifikation zur Vorgängernorm. Im Gegensatz zum § 5 UWG aF, wird nicht mehr allgemein auf eine Beeinträchtigung der *Interessen* abgestellt, sondern auf die *geschäftliche Entscheidung*, die in § 2 I Nr. 9 UWG legaldefiniert ist.

9.1 Allgemeine tatbestandliche Voraussetzungen des § 5 Abs.1 UWG

9.1.1 Geschäftliche Handlung

Die geschäftliche Handlung ist in **§ 2 Abs.1 Nr.1 UWG** (s.o.) definiert. Allerdings musste diese Definition schon immer ausgelegt werden, um planwidrige Regelungslücken zu vermeiden. Daher durfte der Begriff der Werbung nicht auf Absatzgeschäfte beschränkt werden (auch der Nachfragewettbewerb muss erfasst sein); weiterhin umfasst Werbung auch Handlungen eines Idealvereins (vgl. die vorstehenden Ausführungen zur geschäftlichen Handlung i.S. des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG); schließlich wurden auch solche Äußerungen immer schon erfasst, die eine Person vornimmt, welche zwar nicht selbst unternehmerisch tätig ist, aber von einem Unternehmer mit der Wahrung von dessen Interessen betraut ist (Mitarbeiter oder Beauftragter eines Unternehmers).⁴⁷³

⁴⁷³ Vgl. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 2.28 zu § 5; Rz. 31 zu § 6.

9.1.2 Angaben i.S. von § 5 UWG

„Angaben“ sind Aussagen des Werbenden, die sich auf Tatsachen beziehen und daher inhaltlich nachprüfbar sind.⁴⁷⁴ Keine dem Irreführungsverbot unterfallenden Angaben in diesem Sinne sind daher sog. „Anpreisungen“ und Meinungsäußerungen/ Werturteile, die gerade keine nachprüfbaren Aussagen enthalten.⁴⁷⁵

Die Abgrenzung zwischen Angaben einerseits und Meinungsäußerungen/ Werturteilen andererseits ist oftmals schwierig.

So muss bei sog. „Anpreisungen“ vielfach eine Abgrenzung zu Spitzen- oder Alleinstellungsbehauptungen bzw. Herabsetzung anderer Mitbewerber getroffen werden.⁴⁷⁶ Maßgeblich ist dann immer, wie die jeweilige Aussage aus Sicht des – Verkehrs aufgefasst wird. Soweit sich eine Werbung an Verbraucher richtet, ist auf den situationsadäquat aufmerksamen, durchschnittlich informierten und verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen.

Gänzlich irrelevant ist, in welcher Form „Angaben“ gemacht werden. Es kann sich um schriftliche, bildliche oder akustische Informationen handeln⁴⁷⁷. Umfasst sind insbesondere auch die Darstellung einer Ware oder ihrer Verpackung.⁴⁷⁸ Zudem ist unerheblich, ob es sich um unmittelbare, mittelbare oder konkludente Angaben handelt.⁴⁷⁹

9.1.3 Irreführung

9.1.3.1 Begriff und Prüfungsmaßstab

Eine Angabe ist „irreführend“ i.S. von § 5 UWG, wenn sie die Wirkung einer unzutreffenden Angabe erzeugt, d.h. den von ihr angesprochenen Verkehrs-

⁴⁷⁴ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 2.37 zu § 5.

⁴⁷⁵ Vgl. z.B. BGH GRUR 1965, 365 - *Lavamat II*; BGH GRUR 1965, 363 - *Fertigbrei*; OLG Hamburg WRP 1973, 648; BGH GRUR 2002, 182 - *Das Beste jeden Morgen*; BGH GRUR 2000, 820 - *Space Fidelity Peep Show*.

⁴⁷⁶ Vgl. BGH GRUR 1973, 594 - *Ski-Sicherheitsbindung*; BGH GRUR 1975, 141 - *Unschlagbar*; BGH GRUR 1988, 402 - *Mit Verlogenheit zum Geld*.

⁴⁷⁷ Vgl. BGH GRUR 1961, 544 - *Hühnergegacker*.

⁴⁷⁸ Vgl. BGH GRUR 1971, 313 - *Bocksbeutelflasche*; BGH GRUR 1981, 666 - *Ungarische Salami I.*

⁴⁷⁹ Vgl. z.B. Aussagen „neu“ = „fabrikneu“.

kreisen einen unrichtigen Eindruck vermittelt.⁴⁸⁰ Es ist also nicht notwendig, dass tatsächlich eine Täuschung erfolgt; ausreichend ist die **Eignung zur Irreführung**.

Vor diesem Hintergrund ist entscheidend, welche Vorstellung eine Angabe bei dem angesprochenen Verkehr erweckt und ob diese Vorstellung mit der Wirklichkeit übereinstimmt. Hierzu muss ermittelt werden, wie der angesprochene Verkehr die Angabe versteht. Diese Prüfung erfolgt dabei schrittweise wie folgt:

- Ermittlung der von der Werbung angesprochenen Verkehrskreise;
- Ermittlung des Verständnisses der angesprochenen Verkehrskreise;
- Ermittlung, ob die Vorstellung mit der Wirklichkeit übereinstimmt;
- Überprüfung, ob die unzutreffende Vorstellung relevant für die Markentscheidung der angesprochenen Verkehrskreise ist.

Im Einzelfall kann es auch geboten sein, zusätzlich noch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung bzw. Interessenabwägung vorzunehmen.⁴⁸¹

Die einleitende Fragestellung, an wen sich die Werbung richtet, ist deswegen besonders entscheidend, weil das Verständnis einer Angabe sich je nach angesprochenem Personenkreis (z.B. nur Endverbraucher, ausschließlich Fachkreise, etc.) unterschiedlich ausfallen kann. Dabei ist auch zu überprüfen, ob eine Werbung z.B. nur regional erfolgt (wegen ggfs. besonderer regionaler Verkehrsauffassungen) oder ob eine Werbung auf eine besonders schutzwürdige Verbrauchergruppe abzielt (z.B. Kinder und Jugendliche).⁴⁸²

Nachdem der angesprochene Verkehrskreis bestimmt ist, muss sein Verständnis der Werbung, die sog. Verkehrsauffassung, ermittelt werden.

⁴⁸⁰ St. Rspr. des BGH, vgl. z.B. BGH GRUR 2005, 442 - *Direkt ab Werk!*; BGH GRUR 1995, 612 - *Sauerstoff-Mehrschritt-Therapie*; *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 114 zu § 5.

⁴⁸¹ Vgl. hierzu BGH GRUR 2003, 628 - *Klosterbrauerei*.

⁴⁸² Vgl. z.B. BGH GRUR 1983, 32 - *Stangenglas I* - zur regionalen Verkehrsauffassung; OLG Köln MMR 2005, 110 - zur Werbung gegenüber Fachkreisen; BGH GRUR 2003, 800 - *Schachcomputerkatalog* - zur Werbung gegenüber einem Publikum mit speziellen Vorkenntnissen; BGH GRUR 2004, 244 - *Marktführerschaft* - zur Werbung gegenüber Fachkreisen und dem allgemeinen Publikum; zur Werbung gegenüber besonders schutzwürdigen Verbrauchergruppen vgl. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 2.79 zu § 5.

Richtet sich die Werbung an Verbraucher, wird an dieser Stelle das Verbraucherleitbild relevant. Werden nicht die allgemeinen Verkehrskreise angesprochen, sind stets sämtliche adressatenbezogenen Umstände zu prüfen und in die Bewertung miteinzubeziehen.

Entscheidend für die Feststellung der Verkehrsauffassung ist der objektive Eindruck, den die Werbung auf den Empfängerkreis ausübt, wobei grundsätzlich auf die Gesamtwirkung der Werbung abzustellen ist.⁴⁸³

Unter Zugrundelegung der festgestellten Verkehrsauffassung ist dann zu prüfen, ob die Angabe einen unrichtigen Eindruck vermittelt, wobei nicht erforderlich ist, dass der gesamte angesprochene Verkehrskreis irregeführt wird. Ausreichend ist, wenn die Werbeaussage geeignet ist, einen „nicht unerheblichen Teil der betroffenen Verkehrskreise über das Angebot irrezuführen“.⁴⁸⁴ Eine feste Irreführungsquote, bei der angenommen werden kann, dass ein nicht unerheblicher Teil der betroffenen Verkehrskreise irregeführt wird, existiert nicht. Der BGH hat - bei einer Werbung für Kapitalanlagen - angenommen, dass es nicht genügen würde, wenn die Werbung nur geeignet wäre, 15 bis 20 % aller angesprochenen Anlageinteressenten irrezuführen.⁴⁸⁵ In der Literatur wird als Irreführungsquote für den Regelfall und als Ausgangspunkt eine Quote von 1/4 bis 1/3 zugrunde gelegt.⁴⁸⁶

Schließlich ist zu prüfen, ob die Angabe geeignet ist, die zu treffende Marktentschließung zu beeinflussen;⁴⁸⁷ Denn es ist nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts, den Verbraucher vor jedweder Fehlvorstellung zu schützen. Unrichtige Angaben sind daher erst dann wettbewerbsrechtlich von Bedeutung, wenn sie den Wettbewerb tatsächlich beeinflussen können.⁴⁸⁸ Auch insofern kommt es aber allein auf die **Eignung** an.⁴⁸⁹

⁴⁸³ Vgl. *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 133 ff. zu § 5 m.w.N.

⁴⁸⁴ Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 15/1487, S. 19.

⁴⁸⁵ BGH GRUR 2004, 162 - *Mindestverzinsung*.

⁴⁸⁶ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 2.106 zu § 5.

⁴⁸⁷ Vgl. z.B. BGH GRUR 2004, 162 - *Mindestverzinsung*; BGH GRUR 2003, 628 - *Klosterbrauerei*; BGH GRUR 2004, 437 - *Fortfall einer Herstellerpreisempfehlung*.

⁴⁸⁸ *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 214 zu § 5; die wettbewerbsrechtliche Relevanz ist als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 5 zu prüfen: vgl. *Piper/Ohly*, a.a.O.; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 2.172 zu § 5; a.A.: Prüfung im Rahmen der Bagatellklausel des § 3: *Fezer/Peifer*, UWG, Rz. 245 ff. zu § 5.

⁴⁸⁹ Vgl. *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 214 ff. zu § 5; BGH GRUR 2000, 914 - *Tageszulassung II*; BGH GRUR 1992, 70 - *40 % weniger Fett*; BGH GRUR 1981, 71 - *Lübecker Marzipan*.

Im Einzelfall können zusätzlich die beteiligten individuellen Interessen sowie das Allgemeininteresse abzuwägen sein.⁴⁹⁰ So kann eine Irreführungsgefahr in besonderen Ausnahmefällen hinzunehmen sein, wenn die Belange der Allgemeinheit nicht in erheblichem Maße in Mitleidenschaft gezogen werden, etwa weil nur eine geringe Irreführungsgefahr vorliegt.⁴⁹¹

9.1.3.2 Objektiv richtige Angaben

Auch wenn eine Angabe objektiv richtig ist, kann sie ausnahmsweise im Einzelfall irreführend sein. Dies ist dann der Fall, wenn der angesprochene Verkehr mit einer objektiv richtigen Tatsache eine unrichtige Vorstellung verbindet.⁴⁹²

Problematisch sind objektiv richtige Angaben besonders dann, wenn eine sog. „Werbung mit Selbstverständlichkeiten“ betrieben wird. Bei einer solchen Werbung werden gesetzlich vorgeschriebene Eigenschaften oder zum Wesen der Ware oder Dienstleistung gehörende Umstände durch den Werbenden besonders herausgestellt. Erkennt der angesprochene Verkehr diese Selbstverständlichkeiten nicht und nimmt er deswegen an, es liege hierin ein Vorzug oder eine Besonderheit der beworbenen Ware/ Dienstleistung vor, ist eine entsprechende Aussage trotz ihrer objektiven Richtigkeit als irreführend einzustufen.⁴⁹³

9.2 Bezugspunkte der Irreführung (§ 5 Abs.1 S. 2 UWG)

§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr.1 bis Nr.7 UWG zählen die Bestandteile einer geschäftlichen Handlung auf, die bei der Beurteilung, ob eine Irreführung vorliegt, zu berücksichtigen sind (Bezugspunkte der Irreführung).

⁴⁹⁰ Vgl. BGH GRUR 1996, 910 - *Der Meistverkaufte Europas*; BGH GRUR 2003, 628 - *Klosterbrauerei*.

⁴⁹¹ Vgl. BGH GRUR 1983, 32 - *Stangenglas I*; BGH GRUR 1986, 903 - *Küchen-Center*; BGH GRUR 2003, 628 - *Klosterbrauerei*.

⁴⁹² Vgl. BGH GRUR 1958, 39 - *Rosenheimer Gummimäntel*; BGH GRUR 1991, 552 - *TÜV-Prüfzeichen*; BGH GRUR 1998, 1043 - *GS-Zeichen*.

⁴⁹³ Vgl. BGH GRUR 1956, 550 - *Tiefenfurter Bauernbrot*; BGH GRUR 1961, 288 - *Zahnbürsten*; vgl. EuGH WRP 2001, 525 - *Bellamy*; vgl. auch *Fezer/Peifer*, UWG, Rz. 220 f. zu § 5.

9.2.1 Angaben über die Merkmale von Waren und Dienstleistungen

Eine Irreführung über die Beschaffenheit (Art, Ausführung, Zusammensetzung, Qualität und Güte) von Produkten kann immer dann gegeben sein, wenn Umstände betroffen sind, die nach der Verkehrsauffassung für die Wertschätzung einer Ware oder Leistung von Bedeutung sein können. Der Begriff der „Beschaffenheit“ ist insofern weit zu fassen.⁴⁹⁴ Beispiele für solche Umstände sind:

- stoffliche Beschaffenheit⁴⁹⁵;
- Qualitätsaussagen⁴⁹⁶; (hierzu gehört oft auch die produktbezogene Spitzenstellungswerbung⁴⁹⁷);
- Irreführung über „Markenware“⁴⁹⁸.

Eine Irreführung über Verfahren und Zeitpunkt der Herstellung, Lieferung oder Erbringung kommt z.B. unter dem Gesichtspunkt in Betracht, dass ein industriell gefertigtes Produkt als handwerklich gefertigtes Produkt beworben wird oder tatsächliche Konfektionsware als „Maßarbeit“ bezeichnet wird.⁴⁹⁹

Verwendet eine Werbung Aussagen über die Zwecktauglichkeit, Verwendungsmöglichkeit oder die Ergebnisse einer Verwendung, ist davon auszugehen, dass der angesprochene Verkehr diesen regelmäßig erhebliche Bedeutung beimisst. Solche Angaben unterliegen zum Schutz des Verbrauchers besonders strengen Anforderungen und Aufklärungspflichten.⁵⁰⁰ Ein ebenso strenger Maßstab ist anzulegen, wenn in der Werbung auf die Be-

⁴⁹⁴ Vgl. *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 245 zu § 5.

⁴⁹⁵ Vgl. z.B. BGH GRUR 1972, 132 - *Spezialzucker*; OLG Köln NJWE-WettbR 2000, 281 - „mit allergenfreiem Natur-Latex“; OLG München WRP 1986, 303 - „Eier aus Bodenhaltung vom Geflügelhof“.

⁴⁹⁶ LG Berlin MD 1993, 795 - *Eiche natur*; OLG Düsseldorf GRUR 1988, 55 - *Bio-Fix*; BGH GRUR 1987, 124 - *Echt versilbert*.

⁴⁹⁷ Vgl. BGH GRUR 1961, 538 - *Feldstecher*; BGH GRUR 1996, 910 - *Der Meistverkaufte Europas*.

⁴⁹⁸ BGH GRUR 1989, 754 - *Markenqualität*; BGH GRUR 1966, 45 - *Markenbenzin*.

⁴⁹⁹ Vgl. *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 286 zu § 5; BGH GRUR 1961, 425 - *Möbelhaus des Handwerks*; BGH GRUR 1957, 274 - *Nach Maß*.

⁵⁰⁰ Vgl. *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 291 zu § 5; vgl. BGH GRUR 1993, 756 - *Mild-Abkommen*; BGH GRUR 1980, 797 - *Topfit Boonekamp*.

deutung der beworbenen Ware⁷ Dienstleistung für die Gesundheit Bezug genommen wird.⁵⁰¹

In diesem Zusammenhang besonders zu beachten sind die sondergesetzlichen Bestimmungen im Arzneimittelgesetz (AMG), im Heilmittelwerbegesetz (HWG) und im Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch (LFGB). Beispiele sind:

- Werbung mit medizinischen Erfolgen⁵⁰²;
- Werbung für gesundheitsschädliche Produkte⁵⁰³;
- Umweltfreundlichkeit einer Ware⁵⁰⁴;
- Angaben zum Kraftstoffverbrauch eines Autos⁵⁰⁵.

Ein **Verstoß** nach § 5 UWG kommt dann in Betracht, wenn die umweltschutzbezogene Werbung objektiv unrichtig ist. Besonders strenge Maßstäbe sind dabei in den Fällen einer **direkten Werbung** mit Begriffen wie „umweltfreundlich“, „umweltschonend“, „bio-“ oder „öko“ anzulegen, die - insbesondere wenn sie werblich besonders herausgestellt werden - eine starke Suggestivkraft haben können⁵⁰⁶.

Wird dagegen ein **Umweltbezug nur indirekt hergestellt**, kommt es darauf an, ob die beanstandete Werbeaussage nur als allgemeiner Appell ohne informativen Gehalt zu verstehen ist oder ihr einer objektiven Nachprüfung zugängliche Angaben mit einer konkreten Information entnommen werden können⁵⁰⁷. Erwartet der Verkehr aufgrund der Gesamtaufmachung der Werbung, dass das beworbene Produkt bestimmte Eigenschaften und eine bestimmte Beschaffenheit aufweist, die es von einem gleichartigen, aber nicht als um-

⁵⁰¹ Vgl. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 4.181 zu § 5; BGH GRUR 2002, 182 - *Das Beste jeden Morgen*.

⁵⁰² BGH GRUR 1998, 1052 - *Vitaminmangel*; BGH GRUR 1991, 848 - *Rheumalind II*.

⁵⁰³ BGH GRUR 1980, 797 - *Topfit Boonekamp*; BGH GRUR 1967, 592 - *Ein gesunder Genuss*.

⁵⁰⁴ Vgl. BGH GRUR 1991, 548 - *Umweltengel*; BGH GRUR 1991, 546 - „... aus Altpapier“; BGH GRUR 1996, 985 - *PVC-frei*.

⁵⁰⁵ Vgl. BGH GRUR 1985, 450 - *Benzinverbrauch*.

⁵⁰⁶ Vgl. BGH v. 23.5.1996 GRUR 1996, 985, 986 - *PVC-frei*; BGH v. 9.6.1994 GRUR 1994, 828, 829 - *Unipor-Ziegel*; *Michalski/Riemenschneider*, BB 1994, 1157 ff.

⁵⁰⁷ BGH v. 5.12.1996 GRUR 1997, 666, 668 – *Umweltfreundliche Reinigungsmittel*.

weltfreundlich eingestuftes Warenangebot abhebt, kommt es darauf an, ob das Produkt dieser Erwartung entspricht⁵⁰⁸.

Bezüglich Angaben über die **geographische Herkunft** ist der entsprechende Schutz nach dem Markengesetz *lex specialis* gegenüber den § 5 UWG.⁵⁰⁹ § 5 UWG ist daher nur dann noch anwendbar, wenn z.B. eine Herkunftsangabe als Ortsname nicht mehr verwendet wird und somit keine geographische Herkunftsangabe darstellt oder in Fällen von sog. scheinogeographischen Angaben, die zu Unrecht als geographische Herkunftsangaben verstanden werden.⁵¹⁰

Im Hinblick auf eine Irreführung über die betriebliche Herkunft kann eine durch eine bestimmte **Kennzeichnung** hervorgerufene Irreführung nur nach den Grundsätzen des Markengesetzes beurteilt werden; § 5 UWG wird insoweit grundsätzlich durch das MarkenG verdrängt.⁵¹¹ Allerdings soll eine Irreführung gemäß § 5 UWG nach der h.M. dann (noch) in Betracht kommen können, wenn der Verkehr mit der verwendeten Herkunftsangabe eine besondere Gütevorstellung verbindet (sog. qualifizierte betriebliche Herkunftsangabe)⁵¹².

Voraussetzung für den Schutz einer betrieblichen Herkunftsangabe ist, dass ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs in einer Bezeichnung einen Hinweis auf eine bestimmte Verkaufsstätte erblickt⁵¹³. Häufig wird dabei den Zusätzen „**echt**“ oder „**original**“ die Bedeutung eines verstärkenden Hinweises auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Geschäftsbetrieb zukommen. Weitere Voraussetzung ist, dass der Verkehr eine Gütevorstellung mit der

⁵⁰⁸ BGH v. 20.10.1988 BGHZ 105, 277, 280 - *Umweltengel*; v. 4.10.1990 GRUR 1991, 550, 551 - *Zaunlasur*, v. 14.12.1995 WRP 1996, 290, 291 - *Umweltfreundliches Bauen*.

⁵⁰⁹ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 4.202 f. zu § 5; vgl. BGH GRUR 1999, 251 - *Warsteiner I*; BGH GRUR 1999, 252 - *Warsteiner II*; a.A.: *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 316 f. zu § 5; *Fezer*, Markenrecht, 3. Aufl., Rz. 3 zu Vorb. § 126.

⁵¹⁰ Vgl. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 4.205 f. zu § 5; BGH GRUR 1995, 354 - *Rügenwalder Teewurst II*; BGH GRUR 1980, 173 - *Fürstenthaler*.

⁵¹¹ Vgl. *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, 2. Aufl., Rz. 3 zu § 2; BGH GRUR 2002, 622 - *shell.de*.

⁵¹² BGH GRUR 1997, 754 - *grau/magenta*; *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, 2. Aufl., Rz. 3 zu § 2; vgl. hierzu die zutreffende Kritik von *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 4.212 f. zu § 5, der von dem Vorrang des Markenrechts nur dann eine Ausnahme gemacht wissen will, wenn der Markeninhaber eine bestimmte Eigenschaft des Produkts durch eigene Erklärungen fest im Verkehrsverständnis verankert hat („Davidoff-Zigarren kommen immer aus Kuba“).

⁵¹³ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 4.210 zu § 5 UWG.

unter einer betrieblichen Herkunftsbezeichnung vertriebenen Ware verbindet⁵¹⁴.

Wettbewerbsrechtlich relevant können **Hinweise auf die Nationalität bzw. Internationalität** sein. Nicht selten werden Unternehmensnamen Bezeichnungen wie „deutsch“, „national“, „euro“, „international“ beigefügt. Die beiden erstgenannten Zusätze werden häufig vom Verkehr als Hinweis auf den Sitz eines Unternehmens bezogen. Während die Rechtsprechung früher davon ausging, dass für die wettbewerbsrechtliche Unbedenklichkeit das Unternehmen im deutschen Wirtschaftsgebiet eine hervorragende Sonderstellung von gewisser Bedeutung einnehmen muss⁵¹⁵, trifft dies heute in dieser Absolutheit nicht mehr zu. Wegen des gewandelten Verständnisses von geografischen Angaben ist regelmäßig davon auszugehen, dass ein solcher Hinweis im Firmennamen zunächst nur auf den Sitz des Unternehmens in Deutschland sowie darauf hinweist, dass sich die Geschäftstätigkeit auf das gesamte Gebiet der Bundesrepublik erstreckt. Bei einer Firmenbezeichnung „X. Deutschland GmbH“ handelt es sich um eine Firmenbezeichnung, die typisch ist für zahlreiche Tochtergesellschaften ausländischer Konzernmütter, gleichgültig, ob die ausländische Mutter dem deutschen Publikum bekannt ist oder nicht.

Der Zusatz „**international**“ setzt für eine wettbewerbsrechtlich konforme Benutzung voraus, dass aufgrund der Organisation, wirtschaftlichen Stärke und ausländischer Geschäftsbeziehungen das Unternehmen einen bedeutenden Teil seiner Geschäfte außerhalb des Bundesgebiets abwickelt, wobei der bloße Export von Waren in das Ausland regelmäßig nicht genügen soll⁵¹⁶.

Für die Zusätze „**Euro**“ bzw. „**Europa**“ gelten die Grundsätze für die Bezeichnung „Deutschland“ oder „deutsch“ in erhöhtem Maße. Die Hinweise auf Europa vermitteln in der Regel die Vorstellung, es handele sich um ein schon

⁵¹⁴ BGH v. 7.7.1965 GRUR 1966, 267, 270 - *White Horse*; v. 20.3.1997 GRUR 1997, 754 - *grau/magenta*; OLG Stuttgart v. 6.11.1992 WRP 1993, 353, 355 - *MAWEG*; vgl. jetzt auch BGH v. 19.2.2004 WRP 2004, 904 - *Schlauchbeutel*; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 2 Rz. 3.

⁵¹⁵ Bay. ObLG v. 9.9.1958 NJW 1959, 47.

⁵¹⁶ *Harte/Henning/Dreyer*, UWG, § 5 Rz. 422 a.E. m.w.N.

nach Größe, Bedeutung und Marktstellung den Anforderungen eines europäischen Marktes entsprechendes Unternehmen⁵¹⁷.

Die Bezeichnungen „**deutsche Ware**“, „**deutsches Erzeugnis**“ bzw. „**made in Germany**“ setzen regelmäßig die Herstellung der Ware durch ein Unternehmen in Deutschland voraus. Entscheidend für die wettbewerbsrechtliche Bewertung ist, ob nach der Auffassung des Publikums der Wert der Eigenschaften oder Teile einer Ware darin begründet ist, dass es sich um eine deutsche oder eine ausländische Leistung handelt⁵¹⁸. Bei einem industriellen Erzeugnis ist danach zu unterscheiden, ob dessen Wert vorwiegend in der Verarbeitung gesehen wird⁵¹⁹ oder aber, ob die Herkunft der Teile den Wert der Ware ausmacht. Für die Erwartungshaltung des Verkehrs kommt es auch auf die **Art des Produktes** an; für technische Erzeugnisse liegt es nahe, dass die angesprochenen Käuferschichten in erhöhtem Maße auf die geografische, ggf. auf die betriebliche Herkunft des Produktes - und/oder dessen Teile - Wert legen⁵²⁰. Auch der Preis kann von Bedeutung sein⁵²¹. Dabei genügt es, dass der Käufer die **Herkunft der Waren in seine Überlegung**, sich der Ware zuzuwenden, **einbezieht**⁵²².

Nach Auffassung des *OLG Stuttgart*⁵²³ ist der Begriff „**Germany**“ nicht als Verwendung i.S.v. „made in Germany“ zu verstehen, es sei denn, im konkreten Fall bestehe eine besondere Aufklärungspflicht des Werbenden⁵²⁴. In der betrieblichen Praxis werden auch Hinweise wie z.B. „Made in Germany and (z.B.) Thailand“ genutzt bzw. „assembled and quality-controlled in Germany by xy-Firma“ oder „Made for (xy-)Firma in (z.B.) Thailand“.

⁵¹⁷ BGH v. 29.10.1969 BGHZ 53, 339, 343 - *Euro-Spirituosen*; v. 26.11.1971 GRUR 1972, 357 - *euromarin*; v. 2.12.1977 GRUR 1978, 251 ff. - *Euro-Sport*; v. 16.1.1997 GRUR 1997, 669, 670 – Euromint; OLG Köln v. 6.11.1972 GRUR 1973, 326, 327 - *Europa-Vermessungsgeräte*, vgl. aber auch OLG Koblenz v. 8.10.1992 GRUR 1993, 133 – *eu-rotec*.

⁵¹⁸ BGH v. 23.3.1973 GRUR 1973, 594, 595 - *Skisicherheitsbindung*.

⁵¹⁹ Dann sollen verwendete Rohstoffe oder Halbfabrikate nicht -deutschen Ursprungs bei entsprechender Kennzeichnung des gesamten Gerätes „Made in Germany“ grundsätzlich ohne Belang sein, vgl. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 4.84 zu § 5.

⁵²⁰ BGH v. 23.3.1973 GRUR 1973, 594, 595 – *Skisicherheitsbindung*; OLG Stuttgart v. 10.2.1995 GRUR Int. 1996, 739, 740 – *Germany*.

⁵²¹ OLG Stuttgart v. 10.2.1995 a.a.O., dort für Luft- und Raumreinigungsgeräte mit einem Kaufpreis zwischen DM 3.000,00 und DM 4.000,00.

⁵²² BGH v. 13.10.1994 DB 1995, 39 – *Leuchtstoffröhre*.

⁵²³ OLG Stuttgart v. 10.2.1995 GRUR Int. 1996, 739, 740 – *Germany*.

⁵²⁴ S. aber auch BGH v. 26.4.1974 GRUR 1974, 665, 666 – *Germany*.

Die unzutreffende Kennzeichnung einer Ware mit dem Hinweis „Made in Germany“ kann im Einzelfall auch einen Verstoß gegen § 127 MarkenG darstellen.

Eine Irreführung über Tests und Testergebnisse kann in der Praxis insbesondere hinsichtlich des Vortäuschens einer amtlichen Prüfung oder einer Werbung mit Warentests neutraler Institutionen relevant werden⁵²⁵ (wie z.B. Werbung mit Testergebnissen der Stiftung Warentest o.Ä.).

9.2.2 Vertriebsbezogene Angaben

Die in § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 UWG genannten Angaben betreffen die Modalitäten des Verkaufs, d.h. alle Umstände, die dem Produkt selbst nicht substantiell oder körperlich anhaften. Solche Angaben betreffen also nicht den eigentlichen Produktwert, machen aber gleichwohl die Gegenleistung einschätzbar.⁵²⁶

Wird ein vom üblichen Geschäftsablauf abweichender Verkaufsanlass werblich herausgestellt, schließt der Verkehr erfahrungsgemäß hieraus auf das Vorliegen einer günstigen Einkaufsgelegenheit (z.B. Jubiläen, etc.)⁵²⁷.

Häufigste Fallgruppen einer Irreführung sind in diesem Zusammenhang Schein-Insolvenzwareverkäufe, Schein-Sonderverkäufe und Schein-Räumungsverkäufe.⁵²⁸ Sog. „Saisonabschlussverkäufe“ sind mittlerweile jedoch uneingeschränkt zulässig.⁵²⁹

Irreführungen über Bezugsart und Bezugsquelle können ebenfalls eine Irreführung i.S. des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 UWG sein, da sie Informationen über den Vertriebsweg geben und ggfs. ebenso eine besonders preisgünstige Einkaufsmöglichkeit vortäuschen können (z.B. der Hinweis auf einen „Werksverkauf ab Lager“).⁵³⁰

⁵²⁵ Vgl. BGH GRUR 1991, 552 - *TÜV-Prüfzeichen*; BGH GRUR 1998, 1043 - *GS-Zeichen*; BGH GRUR 1982, 436 - *Test „gut“*; BGH GRUR 1985, 932 - *veralteter Test*.

⁵²⁶ *Fezer/Peifer*, UWG, Rz. 308 zu § 5.

⁵²⁷ Vgl. *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 416 zu § 5; *Fezer/Peifer*, UWG, Rz. 309 zu § 5; vgl. BGH GRUR 2000, 239 - *Last-Minute-Reise*.

⁵²⁸ Vgl. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 6.3 ff. zu § 5.

⁵²⁹ Vgl. OLG Köln GRUR 2006, 786.

⁵³⁰ Vgl. *Fezer/Peifer*, UWG, Rz. 323 ff. zu § 5; *Gloy/Loschelder-Helm*, Hdb. WettbewerbsR, Rz. 13 ff. zu § 61 mit zahlr. w.N.

Von herausragender Bedeutung für die angesprochenen Verkehrskreise ist der Preis eines angebotenen Produkts. Gegenüber dem Endverbraucher gilt die Preisangabenverordnung (PAngV). Greift die Preisangabenverordnung ein, hat der Werbende die Grundsätze von Preisklarheit und Preiswahrheit zu beachten (vgl. § 1 Abs. 6 PAngV).⁵³¹

Die Anforderungen, die im Hinblick auf das Irreführungsverbot sowie das Gebot der Preisklarheit und Preiswahrheit (§ 1 Abs. 6 PAngV) an die Transparenz von Preisangaben zu stellen sind, können allerdings nicht einheitlich bestimmt werden.⁵³²

Werbeschlagworte in Bezug auf besonders niedrige Preise (z.B. „Discountpreis“, „Preisknüller“) sind in vielen Branchen weit verbreitet und werden vom Verkehr üblicherweise als „marktschreierisch“ erkannt (und sind damit in der Regel als wettbewerbsrechtlich lauter anzusehen). Gleichwohl ist anerkannt, dass auch bei ihnen unter Umständen ein Irreführungspotential bestehen kann.⁵³³ Welche prüfbare Aussage dem einzelnen Schlagwort zugrunde liegt, ist im Einzelfall festzustellen; bei einem „Tiefpreis“ oder einem „Discountpreis“ erwartet der Verkehr z.B. ein besonders niedriges Preisniveau, das erheblich unter dem Marktpreisniveau liegt.⁵³⁴

Daneben kommt eine Irreführung z.B. in Betracht, wenn der Preis einer Ware oder Leistung systematisch herauf- und wieder herabgesetzt wird (sog. Preisschaukelei).⁵³⁵

Ein Sonderfall der Werbung mit Preisangaben behandelt § 5 Abs. 4 UWG, soweit darin bestimmt wird :

⁵³¹ Vgl. die umfassende Darstellung zur Preisangabenverordnung bei *Piper/Ohly*, Kommentarart. 2; die Preisangabenverordnung hat Wettbewerbsbezug, so dass ein Verstoß hiergegen auch wettbewerbswidrig i.S. des § 4 Nr. 11 UWG sein kann: vgl. BGH GRUR 2003, 971 - Telefonischer Auskunftsdienst.

⁵³² Vgl. BGH K+R 2006, 127 - *Transparenz der Preisangaben in der Werbung für Mobiltelefone*.

⁵³³ Vgl. *Fezer/Peifer*, UWG, Rz. 332 zu § 5.

⁵³⁴ Vgl. BGH GRUR 1971, 164 - *Discount-Geschäft*; vgl. allgemein die Zusammenstellung von Schlagworten bei *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 481 ff. zu § 5 jeweils mit Erläuterung des Verkehrsverständnisses.

⁵³⁵ Vgl. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 7.12 zu § 5; vgl. BGH GRUR 2003, 626 - *Umgekehrte Versteigerung II*; BGH GRUR 1974, 342 - *Campagne*.

„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. Ist streitig, ob und in welchem Zeitraum der Preis gefordert worden ist, so trifft die Beweislast denjenigen, der mit der Preisherabsetzung geworben hat.“

Satz 1 der Vorschrift enthält eine gesetzliche Vermutung, die widerleglich ist. Satz 2 beinhaltet eine Beweislastregel.

Voraussetzung für das Eingreifen von § 5 Abs. 4 UWG ist, dass zwei Preise gegenübergestellt werden, nämlich ein früherer höherer Preis und ein jetziger niedrigerer Preis.

§ 5 Abs. 4 UWG kann aber nicht nur eingreifen, wenn zwei Preise ausdrücklich genannt werden, sondern auch dann, wenn nur ein Preis genannt wird, dieser aber eingeleitet wird mit „nur noch“ oder „jetzt nur“.⁵³⁶ Was „unangemessen kurze Zeit“ ist, beurteilt sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls; zu berücksichtigen sind insbesondere die Art der Ware oder Dienstleistung (Langlebigkeit, Güter des täglichen Bedarfs) sowie die konkrete Marktsituation.⁵³⁷

9.2.3 Angaben über geschäftliche Verhältnisse (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG)

§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG betrifft Angaben über die geschäftliche Verhältnisse einer natürlichen oder juristischen Person bzw. eines Unternehmens. Der Begriff der „Person“ umfasst insbesondere seine Identität, z.B. seine Identität als rechtlich selbständiges Unternehmen.⁵³⁸ Ebenfalls umfasst sind Angaben über die Rechtsform und die rechtlichen Verhältnisse des Unternehmens.⁵³⁹

Hierunter fallen überdies die Verwendung von Unternehmensbezeichnungen, wie etwa „Fabrik“, „Fachgeschäft“ oder „Klinik“. Der Begriff „Fabrik“ setzt z.B. voraus, dass ein industrieller Herstellungsbetrieb vorhanden ist;⁵⁴⁰ ein „Fachgeschäft“ begründet die Erwartung, dass eine besondere Fachkunde besteht

⁵³⁶ Fezer/Peifer, UWG, Rz. 422 zu § 5; BGH GRUR 2000, 337 - *Preisknaller* („jetzt nur“).

⁵³⁷ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 7.74 zu § 5 m.w.N.

⁵³⁸ Vgl. BGH GRUR 1989, 211 - *Shop in the Shop II*.

⁵³⁹ Vgl. Fezer/Peifer, UWG, Rz. 353 zu § 5.

⁵⁴⁰ Piper/Ohly, UWG, Rz. 599 zu § 5; RG GRUR 1940, 572 - *Fabrik*.

und eine fachkundige Beratung erfolgt;⁵⁴¹ eine „Klinik“ muss eine gewisse personelle und apparative Mindestausstattung aufweisen und eine stationäre Behandlung von Patienten vornehmen.⁵⁴²

Auf die „Person“(Identität) bezogene, zur Irreführung geeignete Handlungen sind in vielfältiger Weise denkbar.

Hierzu zählt insbesondere die sog. unternehmensbezogene Allein- oder Spitzenstellungsberühmung. Eine solche Allein- oder Spitzenstellungswerbung liegt vor, wenn ein Unternehmen als das „größte“, „führende“ oder „erste“ bzw. „die Nr. 1“ bezeichnet wird. Derartige Werbeäußerungen werden vom Verkehr in der Regel als ernstgemeinte Tatsachenbehauptung aufgefasst.⁵⁴³

Eine **Alleinstellungsbehauptung** setzt nach ständiger Rechtsprechung des BGH voraus, dass die entsprechende Behauptung wahr ist, der Werbende einen deutlichen Vorsprung vor seinen Mitbewerbern vorzuweisen hat und der Vorsprung die Aussicht auf eine gewisse Stetigkeit bietet.⁵⁴⁴

Eine Alleinstellungswerbung wird aus Sicht des angesprochenen Verkehrs vielfach nicht nur dahin verstanden, dass der Werbende das größte Unternehmen ist. Vielmehr kann es sein, dass der Verkehr z.B. die Angabe „führendes Unternehmen“ oder „Nr. 1“ auch als Behauptung eines Qualitätsvorsprungs auffasst oder die Aussage auch noch auf andere Umstände bezieht (z.B. Größe des Sortiments). Welche Bedeutung entsprechenden Werbeäußerungen im Einzelnen zugemessen wird, ist im konkreten Einzelfall zu entscheiden.

Gleiches gilt im Ergebnis auch für die Frage danach, wie deutlich ein Vorsprung vor den Mitbewerbern sein muss und welche Anforderungen an die Dauerhaftigkeit des Vorsprungs zu stellen sind.

⁵⁴¹ BGH GRUR 1997, 141 - *Kompetenter Fachhändler*.

⁵⁴² vgl. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 5.30 zu § 5.

⁵⁴³ Vgl. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 5.70 zu § 5 mit Hinweis auf OLG Schleswig OLG-Rp 2002, 172, für die Aussage „... und die größte Auswahl der Welt. Mindestens“.

⁵⁴⁴ Vgl. BGH GRUR 1996, 910 - *Der Meistverkaufte Europas*; BGH GRUR 2004, 786 - *Größter Online-Dienst*; BGH GRUR 1991, 580 - *Spielzeug-Autorennbahn*; vgl. *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 621 zu § 5 m.w.N.

Die Beweislast für die Unrichtigkeit der reklamierten Alleinstellung trifft grundsätzlich den Anspruchsteller; allerdings obliegt dem Werbenden ggfs. zunächst die Verpflichtung (i.S. einer prozessualen Aufklärungspflicht), darzulegen und ggf. zu beweisen, auf welche tatsächlichen Umstände sich seine Alleinstellungsbehauptung überhaupt stützt, sofern dies aus der Werbeaussage noch nicht eindeutig hervorgeht.

Bei einer **Spitzengruppenwerbung** behauptet der Werbende keinen deutlichen Vorsprung vor den Konkurrenten, sondern lediglich, dass er gemeinsam mit anderen Mitbewerbern an der Spitze liegt, z.B. „eine der größten“, „eines der führenden“; sie ist nur zulässig, wenn der Werbende einer für den Verkehr erkennbaren geschlossenen Spitzengruppe angehört, die gegenüber den sonstigen Mitbewerbern einen deutlichen Abstand aufweist.⁵⁴⁵

Zu den „**Eigenschaften**“ eines Unternehmens gehören Angaben zu Tradition und Alter. Das Alter eines Unternehmens spielt in vielen Branchen eine Rolle, so z.B. bei Brauereien.⁵⁴⁶

Altersangaben und Angaben zur Unternehmenstradition müssen zutreffend sein; es muss eine wirtschaftliche Kontinuität des Unternehmens während des betroffenen Zeitraumes vorliegen.⁵⁴⁷ Entsprechendes gilt für mittelbare Altersangaben durch Superlative („das älteste am Platz“).⁵⁴⁸

Eigenschaftsangaben sind auch geographische Zusätze, wie „deutsch“ oder „international“.⁵⁴⁹

Unternehmensbezogen kann auch eine irreführende Angabe über bestehende gewerbliche Schutzrechte sein. Auf solche Schutzrechte darf ein Unternehmen nur hinweisen (z.B. durch „®“ für eingetragene Marken oder „gesetzlich geschützt“ als Hinweis auf das Bestehen von Patentschutz), wenn

⁵⁴⁵ Vgl. *Harte/Henning/Weidert*, UWG, Rz. 709 zu § 5; OLG Zweibrücken NJW-RR 2002, 1066.

⁵⁴⁶ BGH GRUR 2003, 628 - *Klosterbrauerei*; OLG Köln WRP 1979, 751 - *Traditionswerbung bei Bierprodukten*.

⁵⁴⁷ Vgl. OLG Dresden GRUR 1998, 171 - *Altersangabe „seit 1460“*.

⁵⁴⁸ OLG Köln WRP 1996, 328; vgl. *Harte/Henning/Dreyer*, UWG, Rz. 768 zu § 5.

⁵⁴⁹ Zu einzelnen geographischen Zusätzen sowie der Verkehrserwartung an sie vgl. die Darstellung bei *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 5.98 ff. zu § 5 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

das Schutzrecht tatsächlich besteht⁵⁵⁰. Ein Schutzrechtshinweis „®“ soll erst zulässig sein, wenn die Marke eingetragen ist.⁵⁵¹ Der Hinweis auf Patentschutz ist erst dann zulässig, wenn ein Patent erteilt ist.⁵⁵² Zudem ist ein Schutzrechtshinweis nicht ohne weiteres gerechtfertigt, wenn nur im Ausland ein Schutzrecht besteht.⁵⁵³

Bei einem **gültigen Inlandspatent** sind Hinweise wie „DBP, patentiert, Patent-Nr., ges. gesch., patentamtlich geschützt“ zulässig⁵⁵⁴. Voraussetzung ist aber stets, dass auch die mit dem Patentvermerk ausgestatteten Waren vom **Schutzumfang** des Patentbesitzes umfasst sind. Ist nur ein Teil eines Produktes patentiert, so darf der gesamte Gegenstand nur dann als patentiert bezeichnet werden, wenn der patentierte Teil dem Hauptgegenstand sein eigentümliches Gepräge und den Hauptverkehrswert verleiht⁵⁵⁵. Der Hinweis, ein Produkt sei „international patentiert“, kann eine Irreführung begründen, wenn das Produkt nur durch ausländische Patente geschützt ist, oder wenn sich die ausländischen Patente und das inländische Patent auf verschiedene Teile der Vorrichtung beziehen⁵⁵⁶.

Auch der Hinweis „Patented“ für ein im Inland vertriebenes Produkt ist, selbst wenn ein US-Patent besteht, wettbewerbswidrig, wenn der Patentschutz im Inland zwischenzeitlich entfallen ist⁵⁵⁷.

Im Regelfall wird der angesprochene Verbraucher mangels konkreter Kenntnis der möglichen Schutzrechtspositionen mit dem Hinweis auf einen gesetzlichen Schutz („ges. gesch.“) den Hinweis auf ein Patent annehmen⁵⁵⁸. Daraus folgt zugleich, dass ein derartiger Hinweis jedenfalls bei Werbemaßnah-

⁵⁵⁰ RG v. 8.4.1938 GRUR 1938, 828, 831; OLG Düsseldorf v. 21.3.1996 NJWE - WettbR 1997, 5, 6 - *Symbol „R im Kreis“*; OLG Düsseldorf vom 17.11.1977 GRUR 1978, 437 - *Im Inland geschützt*; Benkard/Ullmann, PatG, Rz. 12 ff. zu § 146; Schulte, PatG, Rz. 14 ff zu § 146; Piper/Ohly, UWG, Rz. 563 ff. zu § 5.

⁵⁵¹ Vgl. OLG Hamburg WRP 1986, 290.

⁵⁵² Vgl. Piper/Ohly, UWG, Rz. 564 f. zu § 5.

⁵⁵³ Vgl. aber für eine in einem Mitgliedstaat der EU bestehende Marke: EuGH GRUR Int. 1991, 215 - *Pall/Dahlhausen*; Schutz in einem Mitgliedstaat ausreichend, da ansonsten unverhältnismäßige Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit.

⁵⁵⁴ Vgl. LG Düsseldorf v. 13.3.1997 Entscheidungen der 4. ZK, 1997, 68, 72 - *Patentiertes Pflegebett (DBP)*.

⁵⁵⁵ RG v. 23.1.1934 GRUR 1934, 192, 193 - *Saneuronflaschen*.

⁵⁵⁶ OLG Stuttgart v. 11.5.1990 NJW 1990, 3097 - *International patentiert*.

⁵⁵⁷ BGH v. 5.7.1984 GRUR 1984, 741, 742 - *Patented*.

⁵⁵⁸ Piper/Ohly, UWG, Rz. 564 zu § 5; OLG Düsseldorf v. 17.11.1977 GRUR 1978, 437 - *Im Inland geschützt*, m.H.a. BGH v. 30.6.1972, Az. I ZR 29/71 - unveröffentlicht.

men, die sich nicht an Fachkreise, sondern an die Allgemeinheit richten, dann irreführend ist, wenn kein Patentschutz, sondern lediglich ein ungeprüftes, registriertes Gebrauchsmuster vorliegt⁵⁵⁹. Besteht lediglich ein Gebrauchs- oder Geschmacksmusterschutz, muss darauf hingewiesen werden⁵⁶⁰, etwa bei **Gebrauchsmustern** mit der Angabe „Gebrauchsmusterschutz“, „Gebrauchsmuster“ oder „DBGM“ bzw. **bei Geschmacksmustern** „unter Geschmacksmusterschutz“ oder „geschütztes Muster“⁵⁶¹.

Die Werbung, dass bezüglich der Ware ein Gebrauchsmusterschutz besteht, ist dann als irreführend einzustufen, wenn ein solcher offenkundig nicht besteht, weil z.B. die technische Lehre ersichtlich nicht mehr neu ist⁵⁶².

Auch ein pauschaler Hinweis auf „**ausländische Patente**“ kann irreführend sein, weil er mehrdeutig ist und Fehlvorstellungen über den Umfang des bestehenden Patentschutzes hervorruft, wenn tatsächlich nur in zwei Auslandsstaaten (USA und Großbritannien) Patentschutz besteht⁵⁶³. Im Grundsatz gilt dies auch, wenn mit einem europäischen Patent („**Euro-Patent**“) geworben wird und die Bundesrepublik nicht als Vertragsstaat benannt worden ist⁵⁶⁴.

Liegt eine **bloße Patentanmeldung** vor, die noch nicht zur Patenterteilung geführt hat, sind Hinweise wie z.B. „DPA“ oder „DPang.“ regelmäßig unzulässig, da solche abgekürzten Patenthinweise einem nicht fachorientierten Publikum unbekannt sind bzw. den Eindruck eines bereits erteilten Patent oder jedenfalls vorläufigen Schutzes erwecken können⁵⁶⁵. Im Einzelfall kann nach Offenlegung einer Patentanmeldung ein Hinweis hierauf gegenüber Dritten, die mutmaßlich den Gegenstand der offengelegten Patentanmeldung benutzen, zulässig sein⁵⁶⁶. Hinweise auf die Patentanmeldung sind zulässig,

⁵⁵⁹ OLG Düsseldorf v. 17.11.1977 GRUR, 1978, 437 – Im Inland geschützt.

⁵⁶⁰ OLG München v. 2.10.1996 NJWE-WettbR 1997, 37, 38 - *patentamtlich/patentrechtlich* geschützt; *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 564 zu § 5; vgl. den Fall bei OLG Düsseldorf v. 1.10.1998 NJWE-WettbR 2000, 131 – *Schaukelpferd*.

⁵⁶¹ *Benkard/Ullmann*, PatG, Rz. 13 zu § 146.

⁵⁶² OLG Düsseldorf v. 1.10.1998 NJWE-WettbR 2000, 131 - *Schaukelpferd* (insoweit weist das OLG darauf hin, dass gegebenenfalls zuvor patentanwaltlicher Rat einzuholen ist, ob ein gebrauchsmusterrechtlicher Schutz tatsächlich möglich und wahrscheinlich ist)

⁵⁶³ OLG Düsseldorf v. 28.5.1991 Mitt. 1992, 150, 151.

⁵⁶⁴ Vgl. LG Düsseldorf v. 18.9.1997 Entscheidungen der 4. ZK, 1997, 118 - *Europaweiter Patentschutz*; *Benkard/Ullmann*, Pat G, Rz. 27 ff. zu § 146, s. auch *Lambsdorff/Hamm*, GRUR 1985, 244, 246.

⁵⁶⁵ Vgl. BGH v. 6.10.1965 GRUR 1966, 92, 94 – *Bleistiftabsätze*; vgl. auch LG Düsseldorf v. 15.9.1998 Entsch. 4 ZK 1998, 97, 99.

⁵⁶⁶ Vgl. BGH v. 7.2.1975 GRUR 1975, 315, 316 f. – *Metacolor*.

wenn hierbei deutlich wird, dass ein Patent noch nicht erteilt ist (z.B. „Patent angemeldet“)⁵⁶⁷. Der Werbehinweis „DP“ und „DGM angem.“ ist bei einem noch nicht erteilten Patent irreführend, weil die Gefahr besteht, dass nicht unerhebliche Verkehrskreise den Hinweis auf eine „Anmeldung“ nur auf das Gebrauchsmuster beziehen⁵⁶⁸. Eine Eindeutigkeit in der Erklärung ist auch nicht bei dem englischsprachigen Ausdruck „European Patent Pending“ gegeben, wenn bei dem Adressatenkreis Englischkenntnisse oder die Kenntnis patentrechtlicher Fachausdrücke in englischer Sprache nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden können und ein Teil der Adressaten aus dem Begriffsteil „European Patent“ schließen wird, ein Patent sei bereits erteilt⁵⁶⁹. Gleiches gilt für die Werbeangabe „Pat. Pend.“, da hier inländische Kreise aus dem neutralen Wort „Pat.“ auf einen im Inland bestehenden Patentschutz schließen können⁵⁷⁰.

Diese Grundsätze gelten entsprechend bei **Hinweisen auf Markenrechte**. Bei der Werbung mit **nicht eingetragenen Marken** „schmückt“ sich der Werbende mit nicht bestehenden Schutzrechten⁵⁷¹. Nach Auffassung des *OLG München*⁵⁷² soll die Verwendung einer bereits angemeldeten Marke unter Hinzufügung eines „®“ nicht wettbewerbswidrig sein, wenn mit der Eintragung alsbald zu rechnen ist und dies dann auch so erfolgt. Einen Verstoß gegen § 1 UWG a.F. verneinte das *OLG Frankfurt*⁵⁷³, wenn nicht der vollständigen Marke, sondern lediglich ihrem beschreibenden Bestandteil ein „®“ beigefügt wird.

Die Werbung mit dem Hinweis auf eine Marke ist nur dann zulässig, wenn der Schutz der eingetragenen Marke für die Ware, auf der die Marke entweder angebracht ist oder der sie in sonstiger Weise zugeordnet erscheint, besteht.

⁵⁶⁷ Schulte, PatG, Rz. 16 zu § 146.

⁵⁶⁸ BGH v. 27.9.1963 GRUR 1964, 144, 145 - *Sintex*; Benkard/Ullmann, PatG, Rz. 19 ff. zu § 146.

⁵⁶⁹ LG Düsseldorf v. 5.2.1991 Mitt. 1991, 93, 94 - „*European Patent Pending*“.

⁵⁷⁰ OLG Düsseldorf v. 21.3.1996 NJWE-WettbR 1997, 5, 7 f. - „*Pat. Pend.*“.

⁵⁷¹ OLG Stuttgart v. 20.10.1993 WRP 1994, 136, 137 - *DOMO*.

⁵⁷² Urteil v. 28.11.1996 Mitt. 1997, 126, 127 - *Verwendung des Symbols „R im Kreis*“.

⁵⁷³ Urteil v. 11.11.1996 WRP 1997, 101 - *Eingeschränkte Drittunterwerfung*; vgl. auch OLG Hamburg v. 5.12.1985 WRP 1986, 290, 291 - *Sangria*.

Zusammenfassend kann als **maßgebliche Richtschnur** herausgestellt werden, dass **Schutzrechtshinweise zutreffen und sachgerecht** sein müssen. Zweifel im Verständnis eines Schutzrechtshinweises gehen grundsätzlich zu Lasten des Werbenden.

Dem Irreführungsverbot nach § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 UWG kann schließlich auch die Verwendung von Titeln und Berufsbezeichnungen unterfallen. Relevant sind insbesondere solche Titel und Berufsbezeichnungen, die Rückschlüsse auf Qualität und Seriosität des Produktangebots zulassen (z.B. Doktor, Professor, Diplom-Ingenieur; z.B. Berufsbezeichnung wie Arzt, Apotheker, Rechtsanwalt). Nur wenn die gesetzlichen Voraussetzungen bzw. besonderen Qualifikationen für das Führen eines solchen Titels oder einer solchen Berufsbezeichnung erfüllt sind, sind sie als nicht irreführend einzustufen.

9.2.4 **Sonstige Bezugspunkte der Irreführung (§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 bis 7 UWG)**

§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 UWG betrifft Angaben über

„Aussagen oder Symbole, die im Zusammenhang mit direktem oder indirektem Sponsoring stehen oder sich auf eine Zulassung des Unternehmers oder der Waren oder Dienstleistungen beziehen.“

§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 UWG betrifft Angaben über

„die Notwendigkeit einer Leistung, eines Ersatzteils, eines Austauschs oder einer Reparatur.“

§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 UWG betrifft Angaben über

„die Einhaltung eines Verhaltenskodexes, auf den sich der Unternehmer verbindlich verpflichtet hat, wenn er auf diese Bindung hinweist.“

Voraussetzung für das Eingreifen der Nr. 6 ist, dass sich der Unternehmer zur Einhaltung des Kodexes verpflichtet hatte und er sich bei der betreffenden geschäftlichen Handlung auf seine daraus folgende Bindung beruft.⁵⁷⁴

⁵⁷⁴ Vgl. Begründung Regierungsentwurf BT-Drucks 16/10145, S. 24.

§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 UWG betrifft Angaben über

„Rechte des Verbrauchers, insbesondere solche auf Grund von Garantiever-sprechen oder Gewährleistungsrechte bei Leistungsstörungen.“

9.3 Zur Regelung des § 5 Abs. 2 UWG

§ 5 Abs. 2 UWG bestimmt:

„(2) Eine geschäftliche Handlung ist auch irreführend, wenn sie im Zusam-menhang mit der Vermarktung von Waren oder Dienstleistungen einschließ-lich vergleichender Werbung eine Verwechslungsgefahr mit einer anderen Ware oder Dienstleistung oder mit der Marke oder einem anderen Kennzei-chen eines Mitbewerbers hervorruft.“

Problematisch an dieser Vorschrift ist ihr Verhältnis zu dem im MarkenG grundsätzlich abschließend geregelten Kennzeichenrecht sowie zu § 4 Nr. 3 UWG.

Der Gesetzgeber hat diese Problematik zwar erkannt. In der Gesetzesbe-gründung verweist er aber zum einen lediglich darauf, dass es der Recht-sprechung überlassen bleibe, das Verhältnis zwischen kennzeichen- und lau-terkeitsrechtlichen Ansprüchen im Lichte der Neufassung des Gesetzes wei-ter zu konkretisieren.⁵⁷⁵ Zum anderen führt er aus, dass Fragen des Anwen-dungsbereichs des § 5 Abs.2 UWG und des Verhältnisses dieser Regelung zu den Vorschriften des § 4 Nr. 3 UWG einer Klärung durch die Rechtspre-chung vorbehalten bleiben sollen.⁵⁷⁶ Diese weitere Entwicklung in Recht-sprechung und Literatur bleibt also zunächst abzuwarten, wobei allerdings anhand der Gesetzgebung festgehalten werden kann, dass der Gesetz-geber jedenfalls von der Möglichkeit einer Überschneidung beider Regelun-gen auszugehen scheint.⁵⁷⁷

⁵⁷⁵ Vgl. Begründung Regierungsentwurf BT-Drucks 16/10145, S. 17.

⁵⁷⁶ Vgl. Begründung Regierungsentwurf BT-Drucks 16/10145, S. 24.

⁵⁷⁷ Vgl. Gegenäußerung Bundesregierung zu Stellungnahme Bundesrat BT-Drucks 16/10145, S. 40.

10 IRREFÜHRUNG DURCH UNTERLASSEN (§ 5a UWG)

Keine „Angabe“ i.S. des Irreführungstatbestandes des § 5 UWG ist das bloße „Schweigen“. Allerdings kann - auch schon nach früherem Recht - das Verschweigen von Umständen im Einzelfall dazu führen, dass eine „Angabe“ als irreführend einzustufen ist. Entsprechend relevante Aufklärungspflichten wurden jedoch aus Gesetz, Vertrag oder vorangegangenem Tun des Werbenden abgeleitet.⁵⁷⁸ Oftmals wird auch durch das Verschweigen einer wesentlichen Tatsache ein falscher Gesamteindruck hervorgerufen, der die (übrigen) Angabe sodann irreführend machte.⁵⁷⁹

Einzelne Fallgruppen, bei denen eine Aufklärungspflicht und eine Irreführung durch Unterlassen in der Vergangenheit z.B. bejaht worden ist, sind z.B.: Auslaufmodelle⁵⁸⁰, Importe/ Reimporte von Kraftfahrzeugen⁵⁸¹, Konstruktionsunterschiede zwischen beworbenen und tatsächlich angebotenen Waren⁵⁸² oder auch fehlende Geräte-/ Herstellernummern⁵⁸³.

Mit der Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RiLuG), die in Art. 7 „Irreführende Unterlassungen“ normiert, hat sich der Gesetzgeber dazu entschieden, mit § 5a UWG eine Vorschrift in das UWG aufzunehmen, in der die „zahlreichen Details der gemeinschaftsrechtlichen Regelung“ sowie die frühere Rechtsprechung normiert werden.⁵⁸⁴ Das 2. Änderungsgesetz zum UWG hat Art. 7 der RiLuG noch konsequenter umgesetzt als die Vorgängerregelung.

An dem Adressatenkreis hat sich insoweit nichts geändert. **§ 5a Abs. 1 UWG gilt für alle Marktteilnehmer** und übernimmt im Wesentlichen den Wortlaut des bisherigen § 5 Abs. 2 Satz 2 UWG.

Die Abs. 2 – 4 des § 5a UWG gelten dagegen nur für Waren- und Dienstleistungsangebote **gegenüber Verbrauchern**. Dabei handelt es sich um eine Ausnahme von dem sonst geltenden Grundsatz der einheitlichen Anwendung

⁵⁷⁸ Vgl. *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 99 zu § 5.

⁵⁷⁹ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 11 zu § 5a.

⁵⁸⁰ BGH GRUR 1999, 757 - *Auslaufmodelle I*; BGH GRUR 2000, 616 - *Auslaufmodell III*.

⁵⁸¹ Vgl. BGH GRUR 1994, 228 - *Importwerbung*.

⁵⁸² BGH GRUR 1965, 676 - *Nevada-Skibindungen*.

⁵⁸³ BGH GRUR 1988, 461 - *Radio-Recorder*; BGH GRUR 1989, 110 - *Synthesizer*.

⁵⁸⁴ Begründung Regierungsentwurf BT-Drucks 16/10145, S. 17.

des Gesetzes auf Mitbewerber, Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer. Die Ausnahme ist geboten, um den kaufmännischen Verkehr nicht mit Informationsanforderungen zu belasten, die in erster Linie dem Verbraucherschutz dienen.⁵⁸⁵

§ 5a Abs. 3 UWG enthält eine nicht abschließende Liste von „Informationen“ über Waren/ Dienstleistungen, die als derart wesentlich anzusehen sind, dass der Unternehmer sie von sich aus (d. h. nicht erst auf Nachfrage hin) zur Verfügung stellen muss. Es handelt sich dabei um Informationen, deren Vorenthaltung in aller Regel eine Irreführung begründet.⁵⁸⁶

Die Modifikationen durch das 2. Änderungsgesetz zum UWG betreffen allein den Bereich *Anbieter zu Verbrauchern*, insbesondere den Abs. 2 des § 5a UWG. Der neue Wortlaut macht nun deutlich, dass zum Vorenthalten wesentlicher Informationen gegenüber Verbrauchern auch das Verheimlichen dieser Informationen (Abs. 2 S. 2 Nr. 1), deren unklare bzw. missverständliche Bereitstellung (Abs. 2 S. 2 Nr. 2) und die Bereitstellung der Informationen in einer den kommerziellen Hintergrund verschleiernenden Art und Weise (Abs. 2 S. 2 Nr. 3) gehört.

Eine Information ist aber nur dann wesentlich, wenn sie das im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände ist (Abs. 2 S. 1 Nr. 1), der Verbraucher sie den Umständen nach benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen (Abs. 2 S. 1 Nr. 2) und deren Vorenthalten geeignet ist, die geschäftliche Handlung tatsächlich zu beeinflussen (Abs. 2 S. 1 Nr. 3).

Abschließend ist klarzustellen, dass die bisher in § 4 Nr. 3 UWG aF geregelte unlautere „getarnte Werbung“ oder die „mangelnde Transparenz von Maßnahmen zur Verkaufsförderung“ (§ 4 Nr. 4 UWG aF) bzw. bei Preisauschreiben oder Gewinnspielen (§ 4 Nr.5) keinesfalls weggefallen sind, sondern dogmatisch konform im allgemeinen Unterlassungstatbestand der fehlenden Information und Aufklärung des § 5a UWG enthalten sind.⁵⁸⁷

⁵⁸⁵ Begründung Regierungsentwurf BT-Drucks 16/10145, S. 25.

⁵⁸⁶ Begründung Regierungsentwurf BT-Drucks 16/10145, S. 25.

⁵⁸⁷ Weiterführend Ohly GRUR 2016, 3 ff. (6).

11 RECHTSBRUCH I.S.V. § 3A UWG

Mit dem Inkrafttreten des 2. UWG-Änderungsgesetzes entstand § 3a UWG, der zuvor in § 4 Nr. 11 UWG geregelt war. Die Ausgliederung des Rechtsbruchtatbestandes ist darin begründet, dass die Beispielstatbestände des alten § 4 UWG in mitbewerberschützende Regelungen (§ 4 UWG) einerseits und in verbraucherschützende Regelungen (§ 4a UWG) andererseits aufgeteilt wurden. Da der Rechtsbruchtatbestand von allgemeiner Bedeutung ist, passt er dogmatisch weder nur in die Norm des § 4 UWG noch in die des § 4a UWG. Deswegen wurde eine eigenständige (allgemeine) Norm mit § 3a UWG geschaffen. Unlauter i.S.v. § 3a UWG handelt insbesondere, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

Die Vorschrift des § 3a UWG dient also dazu, einen Verstoß gegen außerhalb des UWG stehende Normen wettbewerbsrechtlich zu erfassen und zu sanktionieren. Dadurch wird ebenfalls der Schutz der Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb bezweckt und zugleich dem Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb Rechnung getragen. Zu beachten ist, dass nur ein Verstoß gegen Vorschriften, die das Marktverhalten zumindest auch im Interesse der Marktbeteiligten regeln, erfasst wird.

Eine Verletzung von Vorschriften, die wichtige Allgemeininteressen schützen, die aber keinen Marktbezug aufweisen, unterfällt hingegen nicht dem § 3a UWG; denn über das Wettbewerbsrecht sollen keine Verstöße geahndet werden, die einer anderen Zuständigkeitsordnung zugewiesen sind und damit keinen gemeinsamen Bezugspunkt mit dem Wettbewerbsrecht haben.

Seit der **Abgasemissionen-Entscheidung**⁵⁸⁸ des BGH ist Voraussetzung, dass die **verletzte Norm zumindest eine sekundäre Schutzfunktion zu Gunsten des Wettbewerbs** hat. Danach ist ein Marktverhalten, welches nur die Vorteile aus einem Gesetzesverstoß ausnutzt, grundsätzlich nicht schon aus eben diesem Grund als unlauter zu qualifizieren. Diese Rechtsprechung stellt die Grundlage für § 3a UWG dar, dem lediglich Verstöße gegen Vorschriften mit besonderer Funktion (Regelung von Marktverhalten), unterfallen.

⁵⁸⁸ BGH GRUR 2000, 1076 - *Abgasemissionen*.

In der Entscheidung „Atemtest“⁵⁸⁹ stellte der BGH schließlich klar, dass für die Wettbewerbswidrigkeit allein maßgeblich ist, dass sich die jeweilige Handlung als objektiv rechtswidrig erweist und subjektive Erfordernisse in diesem Zusammenhang keine Rolle spielen.

11.1.1 Sanktionenkonkurrenz

Wird eine marktregelnde Norm verletzt, kommt eine Sanktion einerseits nach dem Recht der verletzten Norm und andererseits nach dem UWG in Betracht.

Das gilt nicht, wenn die Norm einem abschließend geregelten Bereich entstammt, wie dies z.B. für das Sozialrecht, das Kartellrecht und das Markenrecht angenommen wird; nicht abschließend geregelt sollen dagegen u.a. das Vergaberecht, das Beihilfenrecht und das Unterlassungsklagengesetz sein⁵⁹⁰.

Bei einem gleichzeitigen Vorgehen nach dem Wettbewerbsrecht sind bezüglich der Normauslegung und -durchsetzung Konkurrenzprobleme⁵⁹¹ zwischen den Wettbewerbsgerichten und den Behörden sowie Fachgerichten möglich. Das Wettbewerbsgericht ist bei der Auslegung der außerwettbewerbsrechtlichen Vorschrift grundsätzlich nicht an die Auslegung der Behörden sowie Fachgerichte gebunden. Wird ein Marktverhalten jedoch durch einen nicht nichtigen und nicht aufgehobenen Verwaltungsakt gestattet, so ist das Verhalten erlaubt⁵⁹² und kann mithin nicht als wettbewerbswidrig eingestuft werden.

11.1.2 Tatbestandsvoraussetzungen

11.1.2.1 Geschäftliche Handlung

Es muss eine geschäftliche Handlung i.S.v. § 2 Abs.1 Nr.1 UWG vorliegen. Zudem muss der Handelnde den Tatbestand der jeweiligen Marktverhaltensregelung „erfüllen“. Zumindest muss ihm dieser zurechenbar sein.

⁵⁸⁹ BGH GRUR 2005, 778 – *Atemtest*.

⁵⁹⁰ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 11.10-17 zu § 4.

⁵⁹¹ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 11.7 zu § 4.

⁵⁹² BGH GRUR 2005, 778 - *Atemtest*; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 11.20 zu § 4.

11.1.2.2 Gesetzliche Vorschrift

Mit dem Begriff „gesetzliche Vorschrift“ ist jede in Deutschland geltende Rechtsnorm (Art. 2 EGBGB) gemeint. In Betracht kommen formelle und materielle Gesetze sowie die verbindlichen und unmittelbar geltenden Regelungen des primären oder sekundären Unionsrechts. Nicht unter § 3a UWG fallen privatautonome Regelungen, wie z.B. Verkehrssitten und Handelsbräuche, nicht kodifizierte Standesregeln, technische Regeln (DIN-Normen) und Verwaltungsvorschriften⁵⁹³.

11.1.2.3 Zweck der gesetzlichen Vorschrift

Die gesetzliche Vorschrift muss gemäß § 3a UWG dazu bestimmt sein, das Marktverhalten auch im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln. Dies braucht zwar nicht notwendigerweise der primäre oder einzige Zweck der Vorschrift sein⁵⁹⁴, sie muss allerdings eine zumindest sekundäre wettbewerbsbezogene Schutzfunktion aufweisen (s.o.).

a. Marktverhaltensregelungen

Marktverhalten bedeutet jedes Wettbewerbsverhalten, so dass alle Tätigkeiten auf einem Markt, die unmittelbar oder mittelbar der Förderung des Absatzes oder des Bezugs eines Unternehmens dienen, in Frage kommen⁵⁹⁵, z.B. Angebot, Nachfrage und insbesondere Werbung.

Keinen Marktbezug weisen rein innerbetriebliche Vorgänge auf, die keine Außenwirkung auf einen Markt für Waren oder Dienstleistungen haben, etwa Produktions-, Umweltschutz-, Arbeitnehmerschutz-, Steuer- und Verkehrsvorschriften⁵⁹⁶.

Die Frage, ob eine gesetzliche Vorschrift zumindest auch dazu dient, das Marktverhalten zu regeln, muss durch Auslegung unter Zuhilfenahme der jeweiligen Gesetzesbegründung beantwortet werden. Da eine das Marktverhalten regelnde Vorschrift gleichzeitig eine Berufsausübungsregelung i.S.d.

⁵⁹³ Fezer/Götting, UWG, Rz. 43 ff. zu § 4-11.

⁵⁹⁴ Köhler, GRUR 2004, 381, 383.

⁵⁹⁵ Köhler, GRUR 2004, 381, 383; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 11.34 zu § 4.

⁵⁹⁶ Siehe weitere Bsp. bei: Fezer/Götting, UWG, Rz. 53 ff. zu § 4-11, Köhler, GRUR 2004, 381, 383; BGH GRUR 2000, 1076 - Abgasemissionen.

Art. 12 Abs.1 GG darstellt, muss sie verfassungsgemäß ausgelegt werden. Das Wettbewerbsrecht kann lediglich dann Anwendung finden, wenn die jeweilige Handlung auch von der verfassungsgemäß ausgelegten Norm untersagt wird.

b. **Marktzutrittsregelungen**

Auch Verstöße gegen Marktzutrittsregelungen können vom Tatbestand erfasst sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Marktzutrittsregelung eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion hat und sie somit zugleich auch das Marktverhalten regelt.⁵⁹⁷

Zu fragen ist daher, ob es sich bei der Verletzung der in Frage stehenden Norm um eine reine Marktzutrittsregelung oder um eine solche mit Doppelfunktion handelt.

Reine Marktzutrittsregelungen sind Normen, die Personen den Marktzutritt aus Gründen verwehren, die nichts mit ihrem Marktverhalten, also der Art und Weise des Agierens am Markt, zu tun haben. Hierzu gehören z.B. Normen, die bestimmten Personen zu ihrem eigenen Schutz oder zum Schutz des Unternehmens, in dem sie tätig sind, den Marktzutritt nicht oder nur unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen gewähren⁵⁹⁸, z.B. Wettbewerbsverbote oder kommunalrechtliche Vorschriften zur erwerbswirtschaftlichen Gemeinde-Betätigung.⁵⁹⁹

Vorschriften mit Doppelfunktion sind solche, die einem potentiellen Mitbewerber den Zugang zum Markt verwehren, weil andernfalls eine Gefahr für die Lauterkeit des Wettbewerbs auf dem Markt bestünde. Hiervon ist insbesondere bei Vorschriften auszugehen, die als Voraussetzung für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten den Nachweis besonderer fachlicher Fähigkeiten fordern, solche insbesondere einer öffentlich-rechtlichen Erlaubnis bedürfen. Die betreffende Norm soll damit im Interesse der Marktpartner eine bestimmte Qualität, Sicherheit oder Unbedenklichkeit der angebotenen Wa-

⁵⁹⁷ BT-Drucks. 15/1487, S. 19.

⁵⁹⁸ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 11.44 zu § 4.

⁵⁹⁹ Ausführlich *Köhler*, GRUR 2004, 381, 384; BGHZ 150, 343 ff. – *Elektroarbeiten*.

ren oder Dienstleistungen sicherstellen⁶⁰⁰, z.B. Zulassungsregelungen für freie Berufe oder das Handwerk.⁶⁰¹

11.1.2.4 Zuwiderhandlung

Damit der Tatbestand des § 3a UWG erfüllt ist, muss der Tatbestand der außerwettbewerbsrechtlichen Vorschrift vollständig verwirklicht sein, d.h. selbst wenn auf der Rechtsfolgende ein verschuldensunabhängiger Unterlassungs- bzw. Beseitigungsanspruch geltend gemacht wird, müssen die ggfs. von der außerwettbewerbsrechtlichen Vorschrift vorausgesetzten subjektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt sein.

Seit der Atemtest-Entscheidung des BGH⁶⁰² ist Voraussetzung für die Annahme einer Wettbewerbswidrigkeit und damit für die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs lediglich ein objektiv rechtswidriges, nicht jedoch schuldhaftes Verhalten. § 3a UWG setzt also keine subjektiven Elemente mehr voraus.

Der Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch nach UWG setzt damit keine Kenntnis der Tatumstände des Gesetzesverstößes mehr voraus, es sei denn der entsprechende außerwettbewerbsrechtliche Tatbestand fordert diese.

Voraussetzung von Schadensersatzansprüchen aufgrund einer Verletzung von § 3a UWG ist hingegen weiterhin ein schuldhaftes Verhalten.

11.1.3 Wichtige Marktverhaltensregelungen

11.1.3.1 Tätigkeitsbeschränkungen

Gerade für die freien Berufe, das Handwerk und das Gewerbe bestehen vielfältige Regelungen in Bezug auf das „Ob“ und das „Wie“ der Tätigkeit.⁶⁰³

⁶⁰⁰ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 11.49 zu § 4 mit Verweis auf die „Elektroarbeiten“-Entscheidung, *Fezer/Götting*, UWG, Rz. 63 zu § 4 Nr.11.

⁶⁰¹ *Fezer/Götting*, UWG, Rz. 71 zu § 4-11.

⁶⁰² BGH GRUR 2005, 778 - *Atemtest*; Anm. zur Entscheidung: *Steinbeck*, WRP 2005, 1351; BGH WRP 2006, 79 ff. - *Betonstahl*.

⁶⁰³ Einen guten Überblick bieten die Kommentierungen, bspw. bei *Gloy/Loschelder-Hasselblatt*, Hdb. WettbewerbsR, Rz. 12 ff. zu § 51.; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 11.71-83 zu § 4, *Fezer/Götting*, UWG, Rz. 78 ff. zu § 4-11.

Gemäß Art 1 § 1 RBerG darf die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten, einschließlich der Rechtsberatung und der Einziehung fremder oder zu Einziehungszwecken abgetretener Forderungen geschäftsmäßig nur von Personen betrieben werden, denen dazu von der zuständigen Behörde die Erlaubnis erteilt worden ist. Insbesondere zur Frage, ob im Einzelfall überhaupt eine erlaubnispflichtige Rechtsberatung vorliegt und damit Art 1 § 1 RBerG verletzt ist, gab es in jüngster Zeit eine Reihe von richterlichen Entscheidungen.⁶⁰⁴

Ob berufsrechtliche Vorschriften einen Marktbezug aufweisen, also das Verhalten auf dem Markt im Interesse der Mitbewerber, Verbraucher oder der Allgemeinheit an einem lauterem Wettbewerb regeln sollen, ist stets anhand der einzelnen, in Rede stehenden Vorschrift zu ermitteln.

Bejaht wurde dies bspw. hinsichtlich des Verbots, widerstreitende Interessen zu vertreten oder hinsichtlich der Regelungen zur Firmierung; verneint hingegen wurde dies bezüglich der Verpflichtung zum Führen von Handakten.⁶⁰⁵

11.1.3.2 Berufsbezogene Werbeverbote und -beschränkungen

Für Angehörige freier Berufe ist die Zulässigkeit ihrer Außendarstellung teilweise sehr detailliert geregelt. Entsprechende Werbeverbote- und Werbebeschränkungen stellen Marktverhaltensregelungen dar.⁶⁰⁶

Z.B. ist gemäß § 43 b BRAO Anwaltswerbung nur erlaubt, wenn die Werbung in Inhalt und Form in sachlicher Weise über die berufliche Tätigkeit informiert und nicht auf die Erteilung eines Auftrags im Einzelfall gerichtet ist.; §§ 6 bis 10 BORA konkretisieren diese Werbebeschränkung in § 43 b BRAO weiter.

Werbung für anwaltliche Dienstleistungen war und ist häufiger Gegenstand von Entscheidungen des BGH und des BVerfG.⁶⁰⁷

⁶⁰⁴ Siehe u.a. BGH WRP 2000, 727 ff. - *Sachverständigenbeauftragung*, BGH WRP 2003, 1103 ff. - *Erbenermittler*, BGH GRUR 2004, 253 ff. - *Rechtsberatung durch Automobilclub*, BGH GRUR 2005, 604 ff. - *Fördermittelberatung*. Zu Besonderheiten bei der Rechtsberatung in den Medien: BGH NJW 2002, 2880 ff. - *WISO*, BGH GRUR 2002, 993 ff. - „*Wie bitte?*“; BGH GRUR 2002, 987 ff. - „*Wir Schuldenmacher*“; BGH GRUR 2005, 355 ff. - *Testamentsvollstreckung durch Steuerberater*.

⁶⁰⁵ Siehe *Fezer/Götting*, UWG, Rz. 80 zu § 4-11; lehrreich hierzu auch BGH GRUR 2003, 349 - *Anwaltshotline*; BGH WRP 2001, 255 ff. - *Verbandsklage gegen Vielfachabmahner* und BGH NJW 2004, 1099 ff. - *Rechtsanwalts-gesellschaft*.

⁶⁰⁶ *Fezer/Götting*, UWG, Rz. 93 zu § 4-11.

Ähnliche Werbebeschränkungen wie für Anwälte finden sich für Steuerberater (§ 57 a StBerG) und Wirtschaftsprüfer (§ 52 WPO).⁶⁰⁸ Auch die Berufsordnungen der Landesärztekammern enthalten Werbeverbote und Werbebeschränkungen. Zur Zulässigkeit von ärztlicher Werbung existiert ebenfalls eine Reihe von Entscheidungen des BGH und des BVerfG.⁶⁰⁹

11.1.3.3 Produktbezogene Werbebeschränkungen

Werbebeschränkungen und -verbote, die sich auf bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, dienen typischerweise dem Schutz der Verbraucher und stellen daher ebenfalls Marktverhaltensregelungen dar.⁶¹⁰

Beispiel: Werberegulungen des Heilmittelwerbegesetzes⁶¹¹

11.1.3.4 Regelungen zu Preisen und Preisangaben

Mindestpreisvorschriften, wie z.B. § 4 HOAI oder § 49 b BRAO, stellen Marktverhaltensregelungen (auch) im Interesse der Mitbewerber dar.⁶¹² Sie sollen einen ruinösen Preiswettbewerb verhindern und gleichzeitig rechtliche Voraussetzungen für alle Wettbewerber auf dem Markt schaffen.⁶¹³

Auch die Preisangabenverordnung stellt eine Marktverhaltensregelung - zum Schutz der Verbraucher - dar⁶¹⁴; denn Preisangaben sollen durch eine sachlich zutreffende und vollständige Verbraucherinformation Preiswahrheit und Preisklarheit gewährleisten und durch optimale Preisvergleichsmöglichkeiten die Stellung der Verbraucher gegenüber den Unternehmen stärken und fördern.⁶¹⁵

⁶⁰⁷ BGH GRUR 2005, 520 - *Optimale Interessenvertretung*; BGH GRUR 2002, 902 - *Vanity-Nummer*; BVerfG GRUR 2003, 965 ff. - *Interessenschwerpunkt Sportrecht*.

⁶⁰⁸ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 11.104 zu § 4.

⁶⁰⁹ Vgl. BGH GRUR 2004, 164 ff. - *Arztwerbung im Internet*; BVerfG GRUR 2004, 68 ff. - *Werbung einer Zahnarzt-GmbH*; BVerfG GRUR 2005, 425 - *Information über Behandlungsmethoden*.

⁶¹⁰ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 11.132 zu § 4 mit Verw. auf *Ullmann*, GRUR 2003, 817, 823.

⁶¹¹ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 11.134 zu § 4 Rn.11.134 mit Nachw. aus der Rspr.; BGH GRUR 2006, 513 ff. - *Arzneimittelwerbung im Internet*.

⁶¹² *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 11.139 zu § 4.

⁶¹³ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 11.139 zu § 4 m.w.N.

⁶¹⁴ *Fezer/Götting*, UWG, Rz. 90 zu § 4 Nr.11.

⁶¹⁵ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 11.142 zu § 4; siehe ferner *Fezer/Götting*, UWG, Rz. 90 zu § 4 Nr.11 mit Verw. auf die st. Rspr.; OLG Koblenz Urteil vom 25.04.2006 - 4 U 1219/05.

11.1.3.5 Wettbewerbsrichtlinien

Wettbewerbsrichtlinien haben den Zweck, einem den Grundsätzen des lautereren oder der Wirksamkeit eines leistungsgerechten Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegen zu wirken und ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen (vgl. § 24 Abs. 2 GWB). Sie werden von Wirtschafts- und Berufsvereinigungen aufgestellt und binden aufgrund des Verbandsrechts bzw. vertraglicher Regelung (nur) die darin organisierten Mitglieder⁶¹⁶. Was nach den Wettbewerbsregeln erlaubt bzw. untersagt ist, muss nicht zugleich lauter bzw. unlauter i.S.d. UWG sein, da ansonsten Wettbewerbsrichtlinien an die Stelle des Gesetzes treten würden⁶¹⁷. Eine Wettbewerbsrichtlinie kann jedoch ein Indiz dafür sein, welches Wettbewerbsverhalten nach Auffassung der beteiligten Verkehrskreise als unlauter anzusehen ist⁶¹⁸. Im Einzelfall können solche Wettbewerbsrichtlinien Ausdruck einer allgemeinen sittlichen Verpflichtung zur Aufklärung der Verbraucher sein, wie etwa die Werberichtlinien des Verbandes der Zigarettenindustrie oder das frühere „Mild“-Abkommen der Zigarettenindustrie⁶¹⁹.

11.1.3.6 DIN-Normen

DIN-Normen sind auf freiwillige Anwendung ausgerichtete Empfehlungen vor allem der Normausschüsse des Deutschen Instituts für Normung e.V. (DIN) und als solche **keine Rechtsnormen**⁶²⁰.

Die Normen sollen der Sicherheit von Mensch und Sache sowie der Qualitätsverbesserung in allen Lebensbereichen dienen; soweit sie sich auf die Technik beziehen, sollen sie sich als „anerkannte Regeln der Technik“ einführen. Insoweit bedarf es für ihre Qualifikation der Durchsetzung bei den be-

⁶¹⁶ Vgl. BGH v. 25.11.1993 GRUR 1994, 219, 220 - *Warnhinweis* u. v. 14.1.1993 GRUR 1993, 756, 757 - *Mild-Abkommen*.

⁶¹⁷ BGH v. 8.11.1990 GRUR 1991, 462, 463 - *Wettbewerbsrichtlinie der Privatwirtschaft*.

⁶¹⁸ BGH v. 3.12.1998 GRUR 1999, 748, 749 – *Steuerberaterwerbung auf Fachmessen*; BGH v. 8.11.1990 GRUR 1991, 462, 463 – *Wettbewerbsrichtlinie der Privatwirtschaft m.w.N*; vgl. auch OLG Hamburg v. 27.2.2003 GRUR 2003, 811, 812 – *Zeitschriften Test-Abo* zu „Wettbewerbsregeln für den Vertrieb von abonmierbaren Tages- und Wochenzeitungen“.

⁶¹⁹ Vgl. dazu BGH v. 25.11.1993 GRUR 1994, 219, 220 – *Warnhinweis* u.v. 14.1.1993 GRUR 1993, 756, 757 – *Mild-Abkommen*.

⁶²⁰ BGH v. 10.3.1987 GRUR 1987, 468, 469 - *Warentest IV*; v. 6.6.1991 GRUR 1991, 921, 923 - *Sahnesiphon*; v. 14.4.1994 GRUR 1994, 640, 641 - *Ziegelvorhangfassade*; vgl. auch BGH v. 26.4.1990 GRUR 1990, 1003 f. - *DIN-Normen*.

teiligten Verkehrskreisen⁶²¹. Sie **können zu Rechtsnormen werden**, wenn sie zu allgemein anerkannten Regeln im Rahmen von z.B. einer Landesbauordnung oder im Rahmen des Gerätesicherheitsgesetzes werden.

Lässt sich bei DIN-Normen eine Rechtsnorm bejahen, richtet sich die Beurteilung einer Nichtbeachtung der DIN-Norm nach den allgemeinen Grundsätzen des Rechtsbruchs. Im Übrigen ist für eine Beurteilung nach § 3a UWG maßgeblich, ob sich die verletzte DIN-Norm bereits als Branchenübung durchgesetzt hat und die Verletzung einer solchen Übung deshalb wettbewerbswidrig sein kann, weil die Einhaltung der Regel unerlässlich ist, um einen geschäftlichen Verkehr zu gewährleisten⁶²². Die Regelungen des § 3a UWG kann auch unter dem Gesichtspunkt des **Erlangens eines ungerechtfertigten Wettbewerbsvorsprungs** eingreifen, wenn eine technische Norm entgegen der Verkehrsvorstellung nicht eingehalten wird⁶²³.

11.1.4 Gesetzliche Informationspflichten

Wichtige, dem Verbraucherschutz dienende Marktverhaltensregelungen stellen auch unternehmensbezogene Informationspflichten (z.B. §§ 312c, 312e BGB i.V.m. BGB-InfoV oder §§ 5, 6 TMG) sowie gesetzlich vorgesehene vertragsbezogene Belehrungspflichten dar (z.B. Widerrufs- bzw. Rückgaberechte nach § 355 bzw. § 357 BGB).⁶²⁴ Ebenso die Ankündigung eines Gewährleistungsausschlusses, das einen Verstoß gegen § 475 BGB darstellt.⁶²⁵

11.1.5 Ordnungswidrigkeiten und Verstoß gegen Strafvorschriften

Auch Verstöße gegen das StGB oder das OWiG können wettbewerbsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf die Vorschriften zur Strafbarkeit der unerlaubten Veranstaltung von Glücksspielen, Lotterien und Ausspielungen (§ 284 und § 287 StGB)

⁶²¹ BGH v. 6.6.1991 GRUR 1991, 921, 923 - Sahnesiphon u.v. 14.4.1994 GRUR 1994, 640, 641 Ziegelvorhangfassade.

⁶²² BGH v. 13.12.1984 GRUR 1985, 555, 556 - *Abschleppseile*; v. 14.4.1994 GRUR 1994, 640, 641 – *Ziegelvorhangfassade*.

⁶²³ OLG Hamburg v. 12.1.1989 GRUR 1989, 281 – *Spielzeug*.

⁶²⁴ BGH GRUR 2007, 159- *Anbieterkennzeichnung im Internet*. OLG Hamm GRUR-RR 2010, 216 f. – *Telefonangebote*.

⁶²⁵ BGH GRUR 2010, 1117 ff. – *Gewährleistungsausschluss im Internet*.

hinzuweisen. Auch insoweit handelt es sich um Marktverhaltensregelungen.⁶²⁶

⁶²⁶ Vgl. hierzu BGH GRUR 2002, 269 ff. - *Sportwettengenehmigung*; OLG München GRUR-RR 2006, 137 ff.; Besprechung von Hecker, WRP 2006,307 ff.; vgl. auch BGH GRUR 2006, 1042 - *Werbung für entgeltliche sexuelle Dienstleistungen in Zeitungen*.

12 VERGLEICHENDE WERBUNG (§ 6 UWG)

Vergleichende Werbung ist nach **§ 6 Abs. 1 UWG** „jede Werbung, die **unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die von einem Mitbewerber angebotenen Waren oder Dienstleistungen erkennbar macht**“. Aus Sicht des BGH kommt es für das Merkmal der „Erkennbarkeit“ zwar nicht darauf an, dass eine namentliche Nennung von Mitbewerbern erfolgt, vielmehr also auch eine mittelbar erkennbare Bezugnahme ausreicht⁶²⁷. Eine „nur um zehn Ecken gedachte“ Bezugnahme erfüllt aber nicht das Tatbestandsmerkmal der Erkennbarkeit⁶²⁸. Ein Werbevergleich ist nach Auffassung des BGH immer dann zu verneinen, wenn die in Rede stehende Werbeaussage so allgemein gehalten ist, dass sich eine Bezugnahme auf die Mitbewerber den betroffenen Verkehrskreisen nicht aufdrängt, sondern sich nur reflexartig aus der Werbebotschaft ergibt⁶²⁹; denn mit jeder Hervorhebung eigener Vorzüge wird in der Regel zum Ausdruck gebracht, dass nicht alle Mitbewerber die gleichen Vorzüge bieten können⁶³⁰.

Bei der Prüfung, ob eine vergleichende Werbung gegen die guten Sitten verstößt, sind im Rahmen des **§ 6 Abs. 2 UWG** nach der amtlichen Begründung zu § 6 UWG folgende Besonderheiten zu beachten:

- „Objektiv“ im Sinne von **§ 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG** soll als Sachlichkeitsgebot zu verstehen sein. Die vergleichende Werbung darf sich deshalb nur auf Eigenschaften der verschiedenen Produkte beziehen, die **objektiv durch einen Sachkundigen nachprüfbar** bzw. zumindest

⁶²⁷ Vgl. noch zum UWG a.F. BGH v. 21.6.2001 GRUR 2002, 75, 76 – *SOOOO ... BILLIG!?*; BGH v. 25.4.2002 GRUR 2002, 982 – *DIE „STEINZEIT“ IST VORBEI!*; BGH v. 25.3.1999 GRUR 1999, 1100, 1101 – *Generika-Werbung*; BGH v. 23.4.1998 GRUR 1999, 69 – *Preisvergleichsliste II*; OLG Naumburg v. 25.11.2003 WRP 2004, 406; OLG Hamburg v. 29.7.1999 GRUR 2000, 243 – *Lottoschein*; zur Erkennbarkeit eines anderen Anbieters durch Nennung von dessen Computer-OEM-Nummern vgl. die Vorlagefrage des LG Düsseldorf v. 19.1.1999 Entscheidungen der 4. ZK, 1999, 17 ff. – *Verwendung von OEM-Nummern*.

⁶²⁸ BGH v. 25.3.1999 GRUR 1999, 1100, 1101 – *Generika-Werbung* m. Verweis auf *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 1999, 385, 391.

⁶²⁹ OLG Hamburg v. 30.10.2003 GRUR-RR 2003, 50, 51 – *Tiefpreisgarantie*.

⁶³⁰ So BGH v. 21.6.2001 GRUR 2002, 75, 76 – *SOOO ... BILLIG!?*; BGH v. 25.3.1999 GRUR 1999, 1100, 1101 – *Generika-Werbung*; *keine vergleichende Werbung auch bei fehlender Kaufalternative* vgl. BGH v. 15.7.2005 NJW-RR 2005, 548, 549 f. – *Aluminiumräder*.

- überhaupt dem Beweis zugänglich sind⁶³¹. Dabei ist der Begriff der **Eigenschaft** weit zu verstehen; maßgebend ist, ob der angesprochene Verkehr aus der Angabe eine **nützliche** Information für seine Kaufentscheidung erhalten kann.⁶³² Da eine derartige Beweisbarkeit nur auf Tatsachenbehauptungen zutrifft, muss zwischen diesen und Werturteilen unterschieden werden⁶³³.
- Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sind die Begriffe „wesentlich“, „relevant“ und „typisch“ der **Nr. 2** so zu verstehen, dass ein **Her-ausgreifen unmaßgeblicher Eigenschaften nicht erlaubt** sein soll, da diese Vorgehensweise sowohl zur Verzerrung des Gesamteindrucks der Produkte führen als auch den Grundsatz der Sachlichkeit verletzen würde⁶³⁴. Eine beworbene Eigenschaft ist **relevant**, wenn sie den Kaufentschluss einer nicht völlig unerheblichen Zahl der angesprochenen Kaufinteressenten zu beeinflussen vermag.⁶³⁵ **Typisch** ist sie, wenn sie die Eigenart der verglichenen Produkte aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise im Hinblick auf den Bedarf oder die Zweckbestimmung prägt und damit repräsentativ oder aussagekräftig für deren Wert als Ganzes ist.⁶³⁶
 - Die **Nrn. 3 und 4** des § 6 Abs. 2 UWG machen eine Abgrenzung zu den markenrechtlichen Vorschriften erforderlich. Während Markenrecht nur bekannte Marken gegen eine Beeinträchtigung ihrer Unterscheidungskraft oder Wertschätzung bewahren will, werden durch die Nrn. 3 und 4 nunmehr unter markenrechtlichen Gesichtspunkten

⁶³¹ Vgl. dazu BGH v. 5.2.2004 GRUR 2004, 607, 612 – *Genealogie der Düfte*; BGH GRUR 1999, 69, 71 – *Preisvergleichsliste II*; OLG München v. 1.4.1999 WRP 1999, 692 - *Satte Mehrheit*.

⁶³² BGH v. 5.2.2004 GRUR 2004, 607, 611 – *Genealogie der Düfte*.

⁶³³ BGH v. 23.4.1998 GRUR 1999, 69, 71 – *Preisvergleichsliste II*; KG v. 15.6.1999 GRUR 2000, 242 – „*Punkte-Vergleich*“; Menke, WRP 1998, 811, 824; Eck/Ikas, WRP 1999, 251, 267.

⁶³⁴ Dazu BGH v. 30.9.2004 GRUR, 2005, 172, 174 – *Stresstest*; BGH v. 5.2.2004 GRUR 2004, 607, 612 – *Genealogie der Düfte*; Tilman, GRUR 1997, 790, 796.

⁶³⁵ BGH v. 30.9.2004 GRUR 2005, 172, 174 – *Stresstest* m.H.a. BGH v. 5.2.2004 GRUR 2004, 607, 611 – *Genealogie der Düfte*.

⁶³⁶ BGH v. 5.2.2004 GRUR 2004, 607, 612 – *Genealogie der Düfte*.

eventuell zulässige Vergleiche jedenfalls wettbewerbsrechtlich beschränkt⁶³⁷.

- **Ziffer 5** ist als eine Ergänzung zu § 4 Nr. 2 UWG (Anschwärzung) anzusehen, da sie alle **herabsetzenden Äußerungen** erfasst, unabhängig davon, ob sie erweislich wahr sind oder nicht⁶³⁸. Gegenüber § 4 Nr. 1 UWG ist § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG eine Spezialregelung.
- **Ziffer 6** ist nicht etwa so zu verstehen, dass fortan jede Art der vergleichenden anlehnenen Werbung unzulässig ist; es soll vielmehr klargestellt werden, dass - wie auch schon die vor der EG-Richtlinie ergangene Rechtsprechung der Gerichte anerkannt hatte - ein anlehrender Werbevergleich dann zulässig sein soll, wenn dafür ein hinreichender sachlicher Grund besteht und die Angaben sich nach Art und Maß in den Grenzen des Erforderlichen und einer wahrheitsgemäßen, sachlichen Gesichtspunkten dienenden Erörterung halten⁶³⁹.

Insoweit können sich dennoch Abgrenzungsprobleme für unlautere Anlehnungen zu den Modalitäten der Irreführung, Herkunftstäuschung oder unlauterer Rufausbeutung ergeben, die bereits von den Ziffern 3, 4 und 5 des § 6 Abs. 2 UWG erfasst sind.

Zu beachten bleibt, dass die von der Rechtsprechung schon zum UWG a.F. bzw. UWG 2004 anerkannten Fallgruppen zulässiger vergleichender Werbung auch weiterhin Geltung beanspruchen: darunter fallen der System- und der Nachfragevergleich, die Alleinstellungswerbung, der Abwehr- sowie der Aufklärungs- oder Fortschrittsvergleich⁶⁴⁰.

⁶³⁷ Vgl. BGH v. 5.2.2004 GRUR 2004, 607, 611 – *Genealogie der Düfte*; BGH v. 15.10.1998 WRP 1999, 414 – *Vergleichen Sie* (Leitsatz d)); s. auch *Ingerl*, WRP 2002, 861, 866; *Sack*, WRP 2001, 327, 345; *Berlit*, BB 2000, 1305, 1308.

⁶³⁸ Vgl. BGH v. 5.2.1998 WRP 1998, 718, 720 f. – *Testpreis-Angebot*; BGH v. 15.10.1998 WRP 1999, 414, 416 – *Vergleichen Sie*, m. Anm. *Eck/Ikas* in WRP 1999, 772 ff.; OLG Köln v. 13.4.1999 NJWE-WettbR 1999, 277 (Herabsetzung durch Abbildung einer neidischen, niedergeschlagenen, hilflosen Person); OLG Hamburg v. 29.7.1999 GRUR 2000, 243 – *Lottoschein*; OLG Karlsruhe v. 23.4.1997 WRP 1997, 865, 866 – *Ich bin doch nicht blöd*; KG v. 18.9.1998 WRP 1999, 339 – *Werbevergleich*.

⁶³⁹ Vgl. BGH v. 28.3.1996 GRUR 1996, 781, 782 – *Verbrauchsmaterialien*; BGH v. 17.1.2002 GRUR 2002, 828 – *Lottoschein*; KG v. 18.9.1998 WRP 1999, 339, 340 – *Werbevergleich* m.w.N.

⁶⁴⁰ BGH v. 19.9.1996 GRUR 1997, 304 – *Energiekosten-Preisvergleich II*.

Beispielsfälle:

1. Ein Verlagsunternehmen bewarb eine von ihm herausgegebene Wirtschaftszeitung mit folgender Kampagne: abgebildet war ein überdimensional großer Lottoschein, unter dem der Satz stand: „Um Geld zu vermehren, empfehlen wir ein anderes Papier.“ Darunter war - verhältnismäßig klein - das Logo der „Wirtschaftswoche“ zu erkennen. Wettbewerbswidrig? (BGH v. 17.1.2002, GRUR 2002, 828 - *Lottoschein*)

2. Die Werbeanzeige eines Fast-Food-Unternehmens war wie folgt gestaltet: Abgedruckt war ein Säulendiagramm, bei dem die „Whopper“-Säule mit 62% der „Big-Mac“-Säule gegenüberstand, wobei der Prozenthinweis mit einem Sternchen versehen war. Danach schmeckte bei einer in Auftrag gegebenen Untersuchung 62% der Testpersonen der „Whopper“ besser als der „Big Mac“ des Konkurrenzunternehmens. (OLG München v. 1.4.1999, WRP 1999, 692 - *Satte Mehrheit*)

3. Die Beklagte bewarb ihre Generika-Arzneien in einer Ärztezeitung unter der Überschrift „B.-Generika helfen forschen“ mit dem Satz: „Jedes verordnete B.-Generikum unterstützt langfristig die innovative Arzneimittelforschung, weil zukünftig ein Teil des Gewinns in diesen Bereich zurückfließt“. Wettbewerbswidrig unter dem Aspekt gefühlsbetonter Werbung? (BGH v. 25.3.1999, GRUR 1999, 1100 - *Generika-Werbung*)

4. Werbliche Bezugnahme auf Bestellnummersystem eines Mitbewerbers als unzulässige Rufausbeutung i.S.d. § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG? (BGH v. 2.12.2004, GRUR 2005, 348 – *Bestellnummernübernahme*)

13 UNZUMUTBARE BELÄSTIGUNGEN (§ 7 UWG)

Während in der Vergangenheit eine Reihe der von der Rechtsprechung herausgebildeten Fallgruppen des § 1 UWG 1909 unter den Begriff der „belästigenden Werbung“ zusammengefasst waren, sind seit der UWG-Reform 2004 die Fälle der unzumutbaren Belästigung in einer eigenen Bestimmung geregelt. Die (frühere) Vorschrift des § 7 UWG 2004 wie auch des jetzigen § 7 UWG hat (erstmal) gesetzlich eigenständige, jedoch nicht abschließende Fallgruppen normiert.⁶⁴¹ § 7 Abs. 1 UWG bestimmt die allgemeinen Voraussetzungen der unzumutbaren Belästigung; § 7 Abs. 2 UWG legt einzelne Fallgruppen fest, während § 7 Abs. 3 UWG Ausnahmen von den Fallgruppen des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG normiert.

13.1 Grundtatbestand des § 7 Abs. 1 UWG

Seit dem 30.12.2008 lautet § 7 Abs.1 UWG wie folgt:

„Eine geschäftliche Handlung, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, ist unzulässig. Dies gilt insbesondere für Werbung, obwohl erkennbar ist, dass der angesprochene Marktteilnehmer diese Werbung nicht wünscht.

13.1.1 Grundsatz des § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG

§ 7 Abs. 1 S.1 UWG enthält damit den Grundsatz, dass belästigende Werbung prinzipiell verboten ist. Er kann daher als Auffangtatbestand eingreifen, wenn keiner der besonderen Beispielsfälle des § 7 Abs. 2 UWG vorliegt.

„Belästigend“ i.S. des § 7 Abs. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung, die dem Empfänger aufgedrängt wird und die wegen ihrer Art und Weise als störend empfunden wird.⁶⁴² Nicht von § 7 UWG umfasst ist hingegen eine Belästigung, die der Adressat aufgrund des Inhaltes als belästigend empfindet.⁶⁴³

⁶⁴¹ Vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 4 zu § 7.

⁶⁴² Begr. RegE BT-Drucks. 15/1487, S. 20.

⁶⁴³ Piper/Ohly, UWG, Rz. 25 zu § 7; BVerfG GRUR 2001, 170 - Benetton-Werbung I; BVerfG GRUR 2003, 442 - Benetton-Werbung II.

Aber nicht jede geringfügige Belästigung ist unzulässig; es muss sich um eine unzumutbare Belästigung handeln. Erfasst werden sollen diejenigen Fälle, in denen sich die Belästigung zu einer solchen Intensität verdichtet, dass sie von einem großen Teil der angesprochenen Verkehrskreise als unerträglich empfunden wird.⁶⁴⁴ Die Grenze der Unzumutbarkeit i.S.d. § 7 UWG ist eine spezielle Bagatellschwelle, die eine umfassende Wertung ermöglicht, aber auch erfordert.

13.1.2 Klarstellung des § 7 Abs.1 Satz 2 UWG

§ 7 Abs. 1 Satz 2 UWG ist auf die sog. **Individualwerbung** beschränkt; eine solche betrifft ausschließlich solche Werbung, die an einzelne Adressaten gerichtet ist.⁶⁴⁵ Dabei bildet § 7 Abs. 1 Satz 2 UWG die Grundnorm für die sog. „opt-out-Fälle“: Ist für den Werbenden erkennbar, dass der Empfänger die Werbung nicht wünscht, ist eine unzumutbare Belästigung zu bejahen.⁶⁴⁶ Wichtigste Fälle innerhalb der Fallgruppe sind die Briefkastenwerbung und die Briefwerbung:

Bei der **Briefkastenwerbung** handelt es sich um den Einwurf von nicht adressiertem Werbematerial in den Briefkasten eines Empfängers, z.B. Anzeigenblätter. Die hierdurch verursachte Beeinträchtigung - auch von Privatpersonen - ist regelmäßig gering, so dass diese Form der Werbung in der Regel als zumutbar anzusehen ist.⁶⁴⁷ Dies ist allerdings dann anders, wenn der Empfänger ausdrücklich bekundet, dass er keine Briefkastenwerbung wünscht. Solches geschieht vielfach durch einen entsprechenden Vermerk am Briefkasten (z.B. „Keine Werbung bitte“). Eine solche Willensäußerung des Empfängers ist zu beachten. Derjenige, der die Briefkastenwerbung verteilt, kann hiervon Kenntnis nehmen. Für die Missachtung solcher „Sperrvermerke“ haben das verteilende wie auch das werbende Unternehmen einzustehen.⁶⁴⁸

⁶⁴⁴ Vgl. *Fezer/Mankowski*, UWG, Rz. 28 f. zu § 7.

⁶⁴⁵ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 33 zu § 7; *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 30 zu § 7; *Sosnitza*, GRUR 2003, 739, 744.

⁶⁴⁶ *Harte/Henning/Ubber*, UWG, Rz. 78 zu § 7.

⁶⁴⁷ Vgl. die der gesetzlichen Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG zugrunde liegende Rspr., z.B. BGH GRUR 1989, 225 - *Handzettel-Wurfsendung*.

⁶⁴⁸ Vgl. *Harte/Henning/Ubber*, UWG, Rz. 93 zu § 7; unternimmt der Werbende allerdings alles rechtlich und wirtschaftlich Zumutbare, um eine solche Missachtung zu verhindern, entfällt seine Haftung, vgl. BGH GRUR 1992, 617 - *Briefkastenwerbung*; a.A.: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 107 zu § 7.

Problematisch kann die Reichweite von Sperrvermerken im Hinblick auf kostenlos verteilte Zeitungen sein, die redaktionelle Beiträge und (in der Regel sehr umfangreiche) Werbung enthalten. Umfasst der Sperrvermerk ausdrücklich auch „Anzeigenblätter“, ist erkennbar, dass der Empfänger den Einwurf solcher Zeitungen nicht wünscht. Bezieht sich der Sperrvermerk hingegen nur auf „Werbung“, sind Anzeigenblätter hiervon nicht erfasst.⁶⁴⁹

Ein grundsätzlicher Widerspruch des Empfängers gegen den Einwurf solcher „Werbung“ kann auch dadurch erfolgen, dass er sich in die sog. „Robinson-Liste“ aufnehmen lässt. Diese Liste ist vom Deutschen Direktmarketing-Verband e.V. eingerichtet worden.⁶⁵⁰ Obwohl die Liste nur für die Verbandsmitglieder verbindlich ist, ist sie auch Nicht-Mitgliedern zugänglich. Sie kann daher von allen Werbenden zur Kenntnis genommen und beachtet werden.

Eine **Briefwerbung** ist persönlich an den Empfänger adressiert. Ein Sperrvermerk am Briefkasten macht es in diesem Fall für den Zusteller und den Werbenden nicht erkennbar, dass der Empfänger die Zusendung nicht wünscht. Beachtlich ist aber auch hier die vorgenannte „Robinson-Liste“. Zudem kann der Empfänger natürlich auch dem Werbenden unmittelbar mitteilen, dass er keine (weiteren) Briefe mehr wünscht.⁶⁵¹ Ein als Privatbrief getarnter Werbebrief kann im Übrigen unlauter nach § 5a VI UWG sein und auch eine unzumutbare Belästigung i.S. von § 7 Abs. 1 UWG darstellen. Voraussetzung ist allerdings, dass der werbliche Charakter nicht offensichtlich ist.⁶⁵²

13.2 Anwendungsfälle der unzumutbaren Belästigung (§ 7 Abs. 2 UWG)

§ 7 Abs.2 UWG lautet wie folgt:

(2) Eine unzumutbare Belästigung ist stets anzunehmen

- 1. bei Werbung unter Verwendung eines in den Nummern 2 und 3 nicht aufgeführten, für den Fernabsatz geeigneten Mittels der kommerziellen*

⁶⁴⁹ Fezer/Ubber, UWG, Rz. 89 zu § 7; OLG Stuttgart NJW-RR 1994, 502 - *Anzeigenblatt mit redaktionellem Teil*; a.A.: OLG Karlsruhe GRUR 1991, 940 - *Anzeigenblatt im Briefkasten*.

⁶⁵⁰ Einzelheiten: www.ddv.de.

⁶⁵¹ Vgl. Piper/Ohly, UWG, Rz. 35 zu § 7.

⁶⁵² BGH GRUR 1973, 552 - *Briefwerbung*.

Kommunikation, durch die ein Verbraucher hartnäckig angesprochen wird, obwohl er dies erkennbar nicht wünscht;

2. *bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen Einwilligung oder gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer ohne dessen zumindest mutmaßliche Einwilligung;*
3. *bei Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine, eines Faxgerätes oder elektronischer Post, ohne dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt oder*
4. *bei Werbung mit einer Nachricht, bei der die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird oder bei der keine gültige Adresse vorhanden ist, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.“*

§ 7 Abs. 2 UWG enthält Anwendungsfälle der unzumutbaren Belästigung. Die Bestimmung verweist in diesem Zusammenhang lediglich auf die **Rechtsfolge** und nicht den Rechtsgrund des § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG; die in § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG enthaltene Bagatellschwelle der Unzumutbarkeit ist nicht auf die Sachverhalte des § 7 Abs. 2 UWG anwendbar. Dies wird durch die Verwendung des Wortes „stets“ in § 7 Abs. 2 UWG klargestellt. Liegt also ein Tatbestand des § 7 Abs. 2 UWG vor, ist ohne Wertungsmöglichkeit von einer unzumutbaren Belästigung und damit der Unzulässigkeit der geschäftlichen Handlung auszugehen.

13.2.1 **Telefonwerbung (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG)**

Anders als die vorstehend behandelten Werbeformen ist für die Telefonwerbung ein sog. „opt-in“ vorgesehen. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG bezieht sich nur auf individuelle Anrufe; werden automatische Anrufmaschinen verwendet, unterfällt dies § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG.⁶⁵³

Gegenüber **Verbrauchern** gilt der Grundsatz, dass es wettbewerbswidrig ist, diese ohne deren **vorherige Einwilligung** anzurufen (§ 7 Abs. 2 Nr. 2, 1. Alt.

⁶⁵³ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 127 f. zu § 7.

UWG). Telefonwerbung ist dann nicht zu beanstanden, wenn eine ausdrückliche oder konkludente Einwilligung des angerufenen Verbrauchers vorliegt.⁶⁵⁴

Probleme bereitet in der Praxis die Auslegung entsprechender Umstände oder Erklärungen im Hinblick auf das Vorliegen, die Dauer und den Umfang einer Einwilligung.⁶⁵⁵ Gerade im Hinblick auf eine mögliche konkludente Einwilligung ist grundsätzlich eine enge Auslegung geboten.⁶⁵⁶

Die zweite Alternative des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG lässt für Anrufe bei **anderen Marktteilnehmern auch eine mutmaßliche Einwilligung genügen**. Auch für diese ist aber zu berücksichtigen, dass - gerade massenhafte - Werbeanrufe eine erhebliche Belästigung und Störung des Geschäftsablaufs bedeuten können. Bei der Prüfung einer mutmaßlichen Einwilligung ist stets der konkrete Einzelfall zu prüfen und festzustellen, ob seitens des Anrufers aufgrund konkreter Umstände ein sachliches Interesse des Angerufenen vermutet werden kann.⁶⁵⁷ Berücksichtigt werden muss dabei, dass der Schutz der sonstigen Marktteilnehmer nicht durch eine zu großzügige Auslegung der mutmaßlichen Einwilligung ausgehöhlt werden darf.

13.2.2 **Automatisierte Telefon-, Fax- und Mail-Werbung (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG)**

§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG normiert ebenfalls eine „opt-in“-Lösung. Anders als bei der Telefonwerbung wird hier allerdings **nicht zwischen Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern differenziert**. Für automatisierte Telefon-, Telefax- und E-Mail-Werbung muss bei allen Adressaten eine vorherige ausdrückliche Einwilligung vorliegen. Ohne eine solche Einwilligung ist die Werbung unter Verwendung von automatischen Anrufmaschinen sowie die Telefaxwerbung grundsätzlich nicht zulässig.

⁶⁵⁴ Vgl. BGH GRUR 1995, 220 - *Telefonwerbung V*; *Harte/Henning/Ubber*, UWG, Rz. 128 zu § 7; gegen eine konkludente Einwilligung wohl: *Gloy/Loschelder-Hasselblatt*, Hdb. WettbewerbsR, Rz. 54 zu § 71.

⁶⁵⁵ Vgl. BGH GRUR 1995, 220 - *Telefonwerbung V*.

⁶⁵⁶ Vgl. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 148, 149 ff. zu § 7; zu einer Einwilligung in Rahmen von AGB vgl. *Fezer/Mankowski*, UWG, Rz. 63 zu § 7.

⁶⁵⁷ Vgl. BGH GRUR 2007, 607 - *Telefonwerbung für „Individualverträge“*; BGH GRUR 1995, 220 - *Telefonwerbung V*; BGH WRP 2004, 603 - *Telefonwerbung für Zusatzeintrag*.

Für die Werbung per „elektronischer Post“ existieren Ausnahmen von der Unzulässigkeit, die in § 7 Abs. 3 UWG genannt sind. Hiernach ist eine unzumutbare Belästigung bei einer Werbung unter Verwendung elektronischer Post nicht anzunehmen, wenn

„1. *ein Unternehmer im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen elektronische Postadresse erhalten hat,*

der Unternehmer die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet,

der Kunde der Verwendung nicht widersprochen hat und

der Kunde bei Erhebung der Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen wird, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.“

§ 7 Abs. 3 UWG erfasst nicht nur E-Mails, sondern auch Werbung per SMS und MMS.⁶⁵⁸

Eine Ausnahme nach § 7 Abs. 3 UWG kann nur bejaht werden, wenn sämtliche der genannten Voraussetzungen kumulativ vorliegen („und“). Der Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 3 UWG wird insbesondere durch die in Ziff. 2 enthaltene Voraussetzung beschränkt; welche eigenen (!) Waren oder Dienstleistungen des Werbenden „ähnlich“ i.S. dieser Ziff. 2 sind, ist im Einzelfall zu prüfen. Welche Grundsätze für eine solche Prüfung heranzuziehen sind, ist umstritten.⁶⁵⁹

Auch im Rahmen des § 7 Abs. 3 UWG besteht für den Adressaten eine „opt-out“-Möglichkeit (vgl. § 7 Abs. 3 Ziff. 4 UWG).

⁶⁵⁸ Piper/Ohly, UWG, Rz. 72, 66 zu § 7.

⁶⁵⁹ Vgl. Harte/Henning/Ubber, UWG, Rz. 191 zu § 7; Piper/Ohly, UWG, Rz. 72 zu § 7; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 205 zu § 7.

13.2.3 Anonyme elektronische Werbung (§ 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG)

Mit § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG wurde Art. 13 Abs. 4 der elektronischen Datenschutzrichtlinie umgesetzt. Der Begriff der „Nachrichten“ ist in § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG definiert. Er ist beschränkt auf elektronische Nachrichten und dient der Umsetzung von Art. 2 d der elektronischen Datenschutzrichtlinie.

Um den Tatbestand des § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG nicht zu erfüllen, muss der Werbende seine eigene Identität offenlegen und eine Adresse angeben. Bei der „gültigen Adresse“ kann es sich allerdings auch um eine Postadresse, eine Telefon-/ Telefaxnummer oder eine E-Mail-Adresse handeln.⁶⁶⁰

13.2.4 Hartnäckige Ansprache gegen den erkennbaren Willen des Empfängers (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG)

§ 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG gilt nur Werbung mit solchen für den Fernabsatz geeigneten Mitteln der Kommunikation, die nicht von § 7 Abs. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 UWG erfasst sind.⁶⁶¹

13.3 Sonstige belästigende Werbung

Über die in § 7 Abs. 2 UWG genannten Beispiele hinaus existieren weitere Fälle, in denen eine Werbung eine unzumutbare Belästigung darstellt. Solche Fälle sind von § 7 Abs. 1 UWG erfasst.

Eine praxisrelevante Fallgruppe ist die gezielte Direktansprache von Passanten an öffentlichen Orten zu Werbezwecken.

Eine solche Ansprache ist grundsätzlich als unzumutbare Belästigung i.S. des § 7 Abs. 1 UWG einzustufen, wenn der Werbende für den Angesprochenen nicht als solcher eindeutig erkennbar ist.⁶⁶² Von öffentlichen Orten abzugrenzen sind Geschäftsräume, zu denen auch Einkaufszentren und Geschäftspassagen gehören, wenn das dort typischerweise anzutreffende Waren- und Dienstleistungsangebot betroffen ist.⁶⁶³

⁶⁶⁰ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 211 zu § 7.

⁶⁶¹ Vgl. Begründung Regierungsentwurf BT-Drucks 16/10145, S. 29.

⁶⁶² BGH GRUR 2005, 443 - *Ansprechen in der Öffentlichkeit II*.

⁶⁶³ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 72 zu § 7; OLG Köln GRUR 2002, 641.

Das Zusenden unbestellter Waren und das Erbringen unbestellter Dienstleistungen ist gegenüber Privatpersonen und Gewerbetreibenden grundsätzlich als belästigende Werbung unzulässig.⁶⁶⁴

Hinsichtlich Haustürwerbung besteht nach der Rechtsprechung kein generelles Verbot für Hausbesuche, die ohne vorherige Einwilligung erfolgen; als Grenze gilt hiernach jedoch die Gefahr einer untragbaren oder sonst wettbewerbswidrigen Belästigung und Beunruhigung des privaten Lebensbereichs.⁶⁶⁵

⁶⁶⁴ Vgl. *Fezer/Mankowski*, UWG, Rz. 223 ff. zu § 7.

⁶⁶⁵ BGH GRUR 1994, 380 - *Lexikothek*; vgl. auch die Darstellung und Kritik bei *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 79 ff. zu § 7; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 41 ff. zu § 7.

14 SONSTIGE WETTBEWERBSVERSTÖßE

Neben der Generalklausel des § 3 UWG und den Bestimmungen zur unlauteren Werbung (§§ 3a ff. UWG) enthält das UWG weitere Sondervorschriften über Wettbewerbsverstöße in den §§ 16 ff. UWG. Diese Wettbewerbsverstöße sind wegen ihres besonderen Unwertcharakters als Straftatbestände ausgestaltet (sog. verbotene wettbewerbswidrige Handlungen). Deren Verletzung begründet regelmäßig Ansprüche aus § 3 UWG sowie Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB. i.V.m. §§ 16 ff. UWG als Schutzgesetze⁶⁶⁶.

14.1 Geheimnisverrat (§§ 17-19 UWG)

14.1.1 Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen

Es liegt im besonderen berechtigten Interesse eines Unternehmens, die dort begründeten Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse gewahrt zu wissen. Dem tragen die §§ 17-19 UWG Rechnung.⁶⁶⁷

§ 17 UWG schützt als Straftatbestand das Unternehmen vor der **Weitergabe derartiger Geheimnisse** durch die dort tätigen Mitarbeiter und vor unbefugtem Verschaffen durch Dritte einschl. einer nachfolgenden Verwertung. Dabei enthält § 17 UWG drei unterschiedliche Straftatbestände: den Geheimnisverrat durch Mitarbeiter (Abs. 1), die Betriebsspionage bzw. das verbotene Ausspähen (Abs. 2 Nr.1) und die unbefugte Geheimnisverwertung bzw. Geheimnishehlerei (Abs. 2 Nr. 2). Bereits der Versuch wird unter Strafe gestellt (§ 17 Abs. 3 UWG).

Ergänzend enthält **§ 18 UWG** den Straftatbestand der sog. **Vorlagenfreibereitstellung**. Über die allgemeine Strafbarkeit einer Anstiftung hinaus (§ 26 StGB) stellt § 19 UWG bereits den Versuch der Anstiftung unter Strafe⁶⁶⁸. Nach § 17 Abs. 6, § 18 Abs. 4, § 19 Abs. 5 UWG iVm § 5 Nr. 7 StGB wird - unabhängig vom Recht des Tatorts - die im Ausland begangene Verletzung von

⁶⁶⁶ Vgl. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 29 zu § 16, Rz. 53 zu § 17; siehe auch OLG München v. 26.10.1995 NJW-RR 1996, 1134 (zu § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG).

⁶⁶⁷ Ausführlich hierzu *Salger/Breitfeld*, BB 2005, 154 ff.; *Többens*, WRP 2005, 552 ff.

⁶⁶⁸ Vgl. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 4 ff. zu § 19.

Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen eines deutschen Betriebes bzw. (Konzern-) Unternehmens unter Strafe gestellt.

Die Verletzung der Strafvorschriften der §§ 17, 18 UWG stellt eine unlautere Wettbewerbshandlung dar und löst Ansprüche aus **§ 3 UWG** aus⁶⁶⁹. Fehlt es an einer Wettbewerbshandlung, greifen die allgemeinen zivilrechtlichen Ansprüche aus **§ 826 BGB** (vorsätzliche sittenwidrige Schädigung) sowie ggf. aus § 823 Abs. 1 BGB (unter dem Aspekt des Eingriffs in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb⁶⁷⁰) ein; eine Schadensersatzpflicht folgt zudem aus § 823 Abs. 2 BGB, da §§ 17 ff. UWG Schutzgesetze darstellen⁶⁷¹.

Über die Bestimmungen des UWG hinaus sind Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse auch durch **andere Bestimmungen geschützt**. Für **Arbeitnehmererfindungen** (Dienstserfindungen, einschl. sog. betriebsgeheimer Erfindungen i.S.d. § 17 ArbEG) trifft den Arbeitnehmer eine umfassende Geheimhaltungspflicht nach § 24 Abs. 2 ArbEG; diese Geheimhaltungspflicht dehnt § 24 Abs. 3 ArbEG auf sonstige Personen aus, die im Zusammenhang mit einem Tatbestand des ArbEG von der Arbeitnehmererfindung erfahren haben, wie etwa Patent- oder Rechtsanwälte⁶⁷²; für Betriebsratsmitglieder ergeben sich Pflichten aus § 77 Abs. 1, § 79 BetrVG. Darüber hinaus **stellen § 202a StGB** (Ausspähen von Daten) und die **§§ 203, 204 StGB** die Verletzung und Verwertung von Privat-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen bei bestimmten Berufsgruppen unter Strafe. Dazu gehören u.a. Patent- und Rechtsanwälte und deren Gehilfen (§ 203 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 StGB).

14.1.2 Der Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen

Gem. § 17 Abs. 1 UWG wird bestraft, wer als eine bei einem Unternehmen beschäftigte Person ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis, das ihm vermöge des Dienstverhältnisses anvertraut worden oder zugänglich geworden ist, während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses unbefugt an jemanden zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten

⁶⁶⁹ Vgl. BGH v. 13.10.1965 GRUR 1966, 152, 153 - *Netrolingual* u.v. 21.12.1962 GRUR 1963, 367, 368 - *Industriefußböden* u. v. 19.11.1982 GRUR 1983, 179, 181 - *Stapelautomat*.

⁶⁷⁰ Vgl. BGH v. 13.10.1965 GRUR 1966, 152, 153 - *Netrolingual*.

⁶⁷¹ BGH v. 13.10.1965 GRUR 1966, 152, 153 - *Netrolingual*.

⁶⁷² *Bartenbach/Volz*, KommArbEG, Rz. 49 zu § 24.

oder in der Absicht, dem Inhaber des Geschäfts Schaden zuzufügen, mitteilt. Der Begriff der „beschäftigten Person“ ist weit auszulegen, um einen möglichst umfassenden Geheimnisschutz zu erreichen⁶⁷³.

Ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis liegt vor, wenn Tatsachen im Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb stehen, die

- nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt und
- nicht offenkundig sind sowie
- nach dem Willen des Betriebsinhabers (Unternehmers) aufgrund eines berechtigten wirtschaftlichen Interesses geheim gehalten werden sollen⁶⁷⁴.

Für das Betriebsgeheimnis ist letztlich ausreichend, dass die **Tatsachen nicht offenkundig**, also nicht allgemein bekannt sind oder von Dritten nicht ohne besondere Mühen zur Kenntnis beschafft werden können⁶⁷⁵, wenn zugleich der Wille des Unternehmensinhabers zur Geheimhaltung besteht oder erkennbar ist. Im Ausnahmefall kann es ausreichen, dass ein mutmaßlicher Geheimhaltungswille des Unternehmensinhabers besteht; dies hat die Rechtsprechung etwa dann angenommen, wenn eine Dienstleistung dem Arbeitgeber (bewusst) nicht gemeldet worden ist und diese Erfindung ohne das Arbeitsverhältnis nicht erzielt worden wäre⁶⁷⁶.

Unter die **Geschäftsgeheimnisse** fallen Tatsachen und Kenntnisse kaufmännischer Art wie Kalkulationsunterlagen⁶⁷⁷, Kundenlisten⁶⁷⁸ etc.; **Betriebsgeheimnisse** sind Tatsachen und Kenntnisse technischer Art etc..

⁶⁷³ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, § 17 Rz. 14.

⁶⁷⁴ BGH v. 10.5.1995 DB 1995, 2260; BAG v. 16.3.1982 NJW 1983, 134, 135; BGH v. 1.7.1960 GRUR 1961, 40 – *Wurftaubenpresse*.

⁶⁷⁵ Vgl. allg. BGH v. 22.1.1963 GRUR 1963, 311, 312 – *Stapelpresse*; v. 17.12.1981 GRUR 1982, 225, 226 – *Straßendecke II* u. v. 12.2.1980 GRUR 1980, 750, 751 – *Pancreaplex II*; s. auch Bay. OLG v. 28.8.1990 GRUR 1991, 694, 695 ff. – *Geldspielautomat*.

⁶⁷⁶ BGH v. 18.2.1977 GRUR 1977, 539, 541 – *Prozessrechner* u.v. 16.11.1954 GRUR 1955, 342 – *Anreißgerät*.

⁶⁷⁷ Vgl. OLG Stuttgart v. 30.10.1981 GRUR 1982, 315, 316 – *Gerätewartung*.

⁶⁷⁸ RG MuW 1933, 12; vgl. auch BGH v. 30.9.1962 GRUR 1963, 197, 201 – *Zahnprothesen-Pflegemittel*; v. 17.3.1992 CR 1993, 236, 237.

Betriebsgeheimnisse können gesetzlich nicht geschützte Erfindungsleistungen, Fabrikationsverfahren, Konstruktionen, sonstige die Technik bereichernde Leistungen sowie nicht geschützte Leistungen auf dem Gebiet der Pflanzenzüchtung darstellen. Umfasst wird letztlich das gesamte betriebsgeheime Know-how, also die Gesamtheit technischer Kenntnisse, die geheim und nützlich sind (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. i) der Gruppenfreistellungsverordnung Technologietransfer der EG-Kommission v. 27.4.2004⁶⁷⁹);).

In der Rechtsprechung sind **beispielsweise** als Betriebsgeheimnisse anerkannt: Computerprogramme⁶⁸⁰ (vgl. §§ 69 a ff. UrhG), dem Arbeitgeber noch nicht gemeldete Dienstleistungen⁶⁸¹, Geheimverfahren⁶⁸², Konstruktionspläne für Verfahrensanlagen⁶⁸³, Modelle (einschl. Modellskizzen, Muster, Musterbücher und Zeichnungen)⁶⁸⁴, Rezepturen für die Zusammensetzung eines Medikaments⁶⁸⁵ oder eines Reagenzes⁶⁸⁶, ferner unter Umständen Patent- und Gebrauchsmusteranmeldungen bis zu ihrer Veröffentlichung⁶⁸⁷.

Wegen ihrer Gleichbehandlung in § 17 UWG erübrigt sich eine Differenzierung zwischen Geschäfts- und Betriebsgeheimnis, zumal die Grenzen fließend sind.

§ 17 Abs. 1 UWG erfasst **alle Beschäftigten** eines Unternehmens, also vom Auszubildenden bis hin zum leitenden Angestellten und wohl auch den Organmitgliedern. Diesem Personenkreis ist es während der Dauer des Dienstverhältnisses verboten, unbefugt, d.h. ohne Einwilligung des Unternehmensinhabers bzw. eines Vertreters, anvertraute oder sonst zugängliche Betriebsgeheimnisse an Dritte weiterzugeben oder sonst wie zu offenbaren.

⁶⁷⁹ Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Kommission über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfervereinbarungen vom 27.4.2004, Abl. EG Nr. L 123, S. 11 ff. v. 27.4.2004.

⁶⁸⁰ Vgl. die Nachweise bei *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, 1995, C, 453 ff., C 723 ff.

⁶⁸¹ BGH v. 16.11.1954 GRUR 1955, 342 – *Anreißgerät*.

⁶⁸² BGH v. 25.1.1955 GRUR 1955, 388, 389 – *Dücko-Geheimverfahren*.

⁶⁸³ BGH v. 21.12.1962 GRUR 1963, 367, 368 f. – *Industrieböden*; v. 19.11.1982 GRUR 1983, 179, 180 f. – *Stapelautomat*, v. 19.12.1984 GRUR 1985, 294, 296 – *Füllanlage*.

⁶⁸⁴ Vgl. BGH v. 23.11.1979 GRUR 1980, 296, 297 – *Konfektions-Stylist*.

⁶⁸⁵ BGH v. 12.2.1980 GRUR 1980, 750, 751 – *Pankreaplex II*.

⁶⁸⁶ BAG v. 16.3.1982 NJW 1983, 134.

⁶⁸⁷ S. weitere Nachw. in *Großkomm/Teplitzky*, § 17 UWG, Rz. 20 f.

Ist der **Beschäftigte ausgeschieden**, ist er grundsätzlich nicht gehindert, seine rechtmäßig erlangten beruflichen Kenntnisse und Erfahrungen zu offenbaren und zu verwerten⁶⁸⁸. Die Nutzung eines auf redliche Weise erfahrenen Betriebsgeheimnisses kann dann nach § 3 UWG wettbewerbswidrig sein, wenn der Arbeitnehmer während seines Arbeitsverhältnisses bereits konkrete Maßnahmen in zu missbilligender Weise ergreift, um das Betriebsgeheimnis nach Ausscheiden verwerten zu können⁶⁸⁹. Gleiches gilt, wenn ein Beschäftigter in Vertrauensstellung während des Arbeitsverhältnisses seinem Arbeitgeber Entwicklungsergebnisse vorenthält, um sie später zu nutzen⁶⁹⁰.

Nach Ausscheiden ist es dem früheren Arbeitnehmer - wie jedem Dritten - nach § 17 Abs. 2 Nr. 1 UWG verboten, sich Betriebsgeheimnisse unbefugt zu verschaffen oder zu sichern (Ausspähung), sofern dies zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Betriebsinhaber Schaden zuzufügen, geschieht.

Verwertungshandlungen werden von § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG erfasst.

14.1.3 Vorlagenfreibeuterei

Der Vorlagenfreibeuterei macht sich gem. § 18 UWG strafbar, wer die ihm im geschäftlichen Verkehr anvertrauten Vorlagen oder Vorschriften technischer Art, insb. Zeichnungen, Modelle, Schablonen, Schnitte, Rezepte, zu Zwecken des Wettbewerbs oder aus Eigennutzung unbefugt verwertet oder an jemand mitteilt.

Während unter dem Begriff der **Vorlage** alles zu subsumieren ist, was zur Herstellung neuer Sachen als Vorbild dienen soll, sind unter dem Begriff **Vorschriften technischer Art** alle mündlichen und schriftlichen Anweisungen über technische Verfahrensweisen zu verstehen⁶⁹¹. Darunter können

⁶⁸⁸ BAG v. 15.6.1993 NZA 1994, 502, 504; vgl. im Übrigen *Gaul*, NZA 1988, 225 ff. u. *Bartenbach/Volz*, KommArbEG, Rz. 34 ff. zu § 26.

⁶⁸⁹ BGH v. 3.5.2001 WRP 2001, 1174, 1176 – *Spritzgießwerkzeuge*; BGH v. 29.11.1982 GRUR 1983, 179, 181 - *Stapel-Automat*, vgl. aber BGH v. 14.1.1999 GRUR 1999, 934, 935 - *Weinberater* (kein unlauteres Mittel, wenn ausgeschiedener Handelsvertreter Kundenadressen in seinem Gedächtnis gespeichert hat).

⁶⁹⁰ BAG v. 16.3.1982 BB 1982, 1792, 1794 – *Betriebsgeheimnis*; vgl. auch BGH v. 19.5.2005 GRUR 2005, 761 – *Rasenbefestigungsplatte*.

⁶⁹¹ KG v. 9.6.1987 GRUR 1988, 702, 703 – „*Corporate Identity*“; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, § 18 Rz. 9 f.

auch patentbezogene Unterlagen fallen⁶⁹². Die Streitfrage, ob es sich um Betriebsgeheimnisse handeln muss⁶⁹³, ist wegen des tatbestandlich vorausgesetzten „Anvertrauens“ und des „unbefugten“ Verwertens (Mitteilens) kaum von praktischer Relevanz.

Im Ergebnis dürften diese Merkmale regelmäßig dann zu verneinen sein, wenn es sich um offenkundige Unterlagen handelt, die einem unbegrenzten Personenkreis bekannt bzw. zugänglich sind⁶⁹⁴. .

⁶⁹² Vgl. BGH v. 17.5.1960 GRUR 1960, 554 – *Handstrickverfahren*.

⁶⁹³ Zur Streitfrage s. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, § 18 Rz. 9 a.E.; *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 6 zu § 18; s. auch BGH v. 7.1.1958 GRUR 1958, 297, 298 f. - *Petromax I* u.v. 17.12.1981 GRUR 1982, 225, 226 - *Straßendecke II*.

⁶⁹⁴ Zum Begriff der Offenkundigkeit instruktiv OLG München v. 11.7.1996 NJWE-WettbR 1997, 38, 39.

15 WETTBEWERBSRECHTLICHE ANSPRÜCHE

15.1 Allgemeines

Im Unterschied zum Kartellrecht überlässt das UWG die Rechtsverfolgung von Wettbewerbsverstößen im Wesentlichen den Mitbewerbern, den rechtsfähigen Verbänden sowie den Industrie- und Handelskammern bzw. den Handwerkskammern (vgl. § 8 Abs. 3 sowie § 9 Satz 1 UWG). Daran hat sich auch durch die Reform des UWG nichts geändert. Weiterhin fremd ist dem deutschen Wettbewerbsrecht deshalb eine **Popularklage für jedermann**⁶⁹⁵. Dementsprechend sind einzelne Verbraucher bzw. Kunden nicht anspruchsberechtigt. Die vormalige Ausnahme in § 13a UWG a.F. ist entfallen. Für die Verfolgung der Rechtsinteressen der Verbraucher hat der Gesetzgeber die Klagebefugnis der Verbraucherverbände eingeräumt⁶⁹⁶, die nunmehr – in Anlehnung an europäische Rechtsbegriffe – als sog. „qualifizierte Einrichtungen“ bezeichnet werden (vgl. § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG).

Nur soweit ein besonderes öffentliches Interesse an der Ahndung von Wettbewerbsverstößen besteht, hat der Gesetzgeber das unlautere Verhalten unter Strafe gestellt.

Zivilrechtlich erkennt das Wettbewerbsrecht im Wesentlichen folgende **Ansprüche** an:

- Unterlassungsanspruch, § 8 UWG,
- Beseitigungsanspruch, § 8 UWG,
- Schadensersatzanspruch, § 9 UWG,
- Gewinnabschöpfungsanspruch, § 10 UWG,

sowie als Hilfsanspruch die Auskunfts- und Rechnungslegungsansprüche. Als sonstige Ansprüche gewährt das UWG das Recht zur Veröffentlichung von Urteilen (§ 12 Abs. 3 UWG und ergänzende zivilrechtliche Ansprüche, etwa aus §§ 823, 824 und 826 BGB).

⁶⁹⁵ Vgl. schon BGH v. 30.6.1972 GRUR 1973, 78, 79 – *Verbraucherverband; Fezer/Büscher*, UWG, § 8 Rz. 182; s. auch RegE BT-Drs. 15/1487, S. 22.

15.2 Der Unterlassungsanspruch (§ 8 Abs. 1 UWG)

Gegenstand eines Unterlassungsanspruchs ist die Forderung, eine in angemessener Weise bestimmte und konkret beschriebene Verletzungshandlung nicht vorzunehmen⁶⁹⁷.

Der Unterlassungsanspruch ist der **wichtigste wettbewerbsrechtliche Anspruch**⁶⁹⁸. Die praktische Bedeutung ist auch deshalb groß, weil der Unterlassungsanspruch - anders als der Anspruch auf Schadensersatz - kein Verschulden erfordert, sondern lediglich, dass der Verletzer die äußeren Tatumstände kennt, die seinem Verhalten den Stempel der Wettbewerbswidrigkeit geben⁶⁹⁹. Hinzu tritt, dass die zeitnahe Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs im Wege der einstweiligen Verfügung ein schnelles Reagieren ermöglicht.

Der konkrete Unterlassungsanspruch kann sich aufgrund einer vorangegangenen Verletzung als Verletzungsunterlassungsanspruch darstellen, im Falle einer drohenden Verletzung als vorbeugender Unterlassungsanspruch oder auf der Grundlage vertraglicher Regelungen als vertraglicher Unterlassungsanspruch.

15.2.1 Verletzungsunterlassungsanspruch (§ 8 Abs. 1 Satz 1 UWG)

Der Anspruch auf Verletzungsunterlassung ist dadurch gekennzeichnet, dass eine **objektiv-rechtswidrige Wettbewerbshandlung** vorliegt und die **konkrete Gefahr der Wiederholung** begründet ist.

Beide Voraussetzungen müssen unabdingbar vorliegen, damit ein materiell-rechtlicher Anspruch auf Unterlassung besteht⁷⁰⁰. Die konkrete Verletzungsgefahr muss ihrerseits abgeschlossen sein und Inhalt und Umfang des Unter-

⁶⁹⁶ BGH v. 30.6.1972 a.a.O., m.H.a. Amtl. Begr. zum Änderungsgesetz v. 21.7.1965 in BT-Drucks. IV/2217 zu § 13 Abs. 1 a UWG a.F.

⁶⁹⁷ Vgl. *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 1, Rz. 7; *Köhler*, NJW 1992, 137 ff.

⁶⁹⁸ Vgl. u.a. *Ulrich*, WRP 1992, 147, wonach in mehr als 90 % aller Wettbewerbsverfahren ausschließlich Unterlassungsansprüche geltend gemacht werden.

⁶⁹⁹ Ständ. Rspr., z.B. BGH v. 8.3.1962 GRUR 1962, 426, 428 – *Selbstbedienungsgroßhändler*, vgl. auch *Henning/Harte/Beckedorf*, UWG, § 8 Rz. 8.

⁷⁰⁰ *Henning/Harte/Beckedorf*, UWG, § 8 Rz. 6; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.30 zu § 8; vgl. etwa BGH v. 16.1.1992 GRUR 1992, 318, 319 – *Jubiläumsverkauf* m.w.N.

lassungsanspruchs müssen aufgrund der konkreten Gesetzesverletzung bestimmt sein⁷⁰¹. Denn der Anspruch auf Unterlassung reicht nur so weit, wie auch tatsächlich eine Verletzung subjektiver Rechte gegeben ist. Will ein Unterlassungsgläubiger einen über die Reichweite der konkreten Verletzungshandlung hinausgehenden Unterlassungsanspruch geltend machen, kann er dies nur im Wege des vorbeugenden Unterlassungsanspruchs tun. Ohne Wiederholungsgefahr ist trotz wettbewerbsrechtlicher Verletzungshandlung ein Anspruch auf Unterlassung nicht gegeben, da dieser nur Schutz vor zukünftigen gleichgearteten Rechtsverletzungen bieten soll.

15.2.2 Vorbeugender Unterlassungsanspruch (§ 8 Abs. 1 Satz 2 UWG)

Der vorbeugende Unterlassungsanspruch setzt eine selbständige, von der konkreten Verletzungshandlung unabhängige Begehungsfahr voraus, die rechtsterminologisch mit „**Erstbegehungsfahr**“ bezeichnet wird⁷⁰². Der Inhalt entspricht dem Erfordernis der Wiederholungsgefahr beim Verletzungsunterlassungsanspruch⁷⁰³. Erstbegehungsfahr und Wiederholungsgefahr setzen ihrem Wesen nach in gleicher Weise die **Gefahr eines zukünftigen, wettbewerbsrechtlich zu beanstandenden Verhaltens** voraus⁷⁰⁴, welches sodann den Gegenstand der Unterlassung bildet. Für die Erstbegehungsfahr muss ein Eingriff in Rechtspositionen unmittelbar drohend sein. Der Verletzungsunterlassungsanspruch knüpft inhaltlich also an eine bereits erfolgte Verletzungshandlung an, deren Wiederholung für die Zukunft verhindert werden soll, während der vorbeugende Unterlassungsanspruch eine konkrete Verletzungshandlung aufgrund tatsächlicher Umstände als drohend und unmittelbar bevorstehend beurteilen lässt und deshalb „vorbeugend“ die daraus resultierende Rechtsbeeinträchtigung verhindern soll⁷⁰⁵. Der vorbeugende Unterlassungsanspruch ist ein **selbständi-**

⁷⁰¹ BGH v. 15.3.1984 GRUR 1984, 593, 594 - *adidas-Sportartikel*; OLG München v. 27.10.1988 WRP 1989, 343, 345 - *Anforderungen an einen Unterlassungsantrag; Melullis*, Handbuch Wettbewerbsprozess, Rz. 326.

⁷⁰² *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.17 ff. zu § 8; *Köhler*, NJW 1992, 137, 138.

⁷⁰³ *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 10, Rz. 2.

⁷⁰⁴ BGH v. 17.12.1969 GRUR 1970, 465, 467 - *Prämixe*, BGH v. 26.4.1990 GRUR 1990, 687, 689 - *Anzeigenpreis II*; BGH v. 29.11.1984 GRUR 1985, 550, 553 - *Dimple*; BGH v. 14.7.1993 GRUR 1994, 57 - *Geld-zurück-Garantie*.

⁷⁰⁵ Zu der Frage, ob auf Grund eines Verstoßes nicht nur die Wiederholung der konkreten Verletzungshandlung, sondern darüber hinaus auch ähnliche Verletzungshandlungen drohen vgl. BGHZ 126, 287, 295 - *Rotes Kreuz*; BGH v. 9.5.1996 GRUR 1996, 800, 802 - *EDV-Geräte*; BGH v. 5.3.1998 GRUR 1998, 1039, 1040 - *Fotovergrößerungen*;

ger Anspruch und nicht ein noch nicht fälliger Verletzungsunterlassungsanspruch⁷⁰⁶.

Die Verletzungshandlung besteht sowohl beim Verletzungsanspruch als auch beim vorbeugenden Unterlassungsanspruch in einer konkreten Rechtsverletzung durch Verstoß gegen allgemeine oder spezifisch wettbewerbsrechtliche Verbotsnormen. Insoweit hat der vorbeugende Unterlassungsanspruch den gleichen Anwendungsbereich und stellt lediglich eine zeitliche Erweiterung durch das Einbeziehen bevorstehender Verletzungshandlungen dar⁷⁰⁷.

15.2.3 Vertraglicher Unterlassungsanspruch

Als dritte Erscheinungsform eines Unterlassungsanspruchs besteht der vertragliche Unterlassungsanspruch. Dieser setzt einen entsprechenden Vertrag zwischen dem Unterlassungsgläubiger und dem Unterlassungsschuldner voraus. Dem **Rechtscharakter** nach kann es sich bei dem Unterlassungsvertrag um das bloße Anerkenntnis eines gesetzlichen Unterlassungsanspruchs handeln (sog. deklaratorisches Schuldanerkennnis) oder um ein rechtsbegründendes, abstraktes Schuldversprechen bzw. Schuldanerkennnis (vgl. §§ 780, 781 BGB)⁷⁰⁸. Wird die Unterlassungsverpflichtungserklärung - wie regelmäßig - mit einem Vertragsstrafenversprechen für jeden Fall der Zuwiderhandlung verbunden, soll dies regelmäßig einen Streit beenden bzw. eine Streitbereinigung bewirken und wird deshalb grundsätzlich als **konstitutives, abstraktes Schuldversprechen** angesehen⁷⁰⁹. Es entstehen damit selbständige vertragliche Ansprüche, und es wird ein auf Unterlassung einer bestimmten Verletzungsform gerichtetes Dauerschuldverhältnis begründet⁷¹⁰.

Typische Erscheinungsform eines solchen Unterlassungsvertrages ist eine durch den Unterlassungsgläubiger **angenommene Unterlassungsver-**

BGH v. 15.12.1999 GRUR 2000, 337, 338 – *Preisknaller*; anders noch BGH v. 22.1.1987 GRUR 1987, 371, 373 – *Kabinettwein*.

⁷⁰⁶ BGH v. 26.4.1990 GRUR 1990, 687, 689 - *Anzeigenpreis II*.

⁷⁰⁷ *Großkomm./Köhler*, UWG, Rz. 75 vor § 13.

⁷⁰⁸ *Großkomm./Köhler*, UWG, Rz. 89 ff. vor § 13; *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 8, Rz. 4 ff.

⁷⁰⁹ BGH v. 12.7.1995 GRUR 1995, 678, 679 f. - *Kurze Verjährungsfrist*, *Großkomm./Köhler* UWG, Rz. 90 vor § 13.

⁷¹⁰ BGH v. 12.7.1995 GRUR 1995, 678, 680 - *Kurze Verjährungsfrist*; vgl. auch BGH v. 5.3.1998 GRUR 1998, 953 - *Altunterwerfung III*.

pflichtungserklärung eines Unterlassungsschuldners⁷¹¹. Hierdurch wird eine vertragliche Unterlassungspflicht für die Zukunft begründet, allerdings nur in dem Umfang, wie sie sich **konkret aus dem Inhalt der vertraglichen Vereinbarung** ergibt. Insoweit ist darauf zu achten, dass die zu unterlassenden Wettbewerbshandlungen inhaltlich ausreichend gekennzeichnet werden, auch wenn - wie bei jedem Vertrag - eine Auslegung möglich ist⁷¹². Demzufolge kann sich nach Maßgabe der §§ 133, 157 BGB ergeben, dass die Formulierung nicht nur auf identische, sondern auch auf alle Handlungen erstreckt werden soll, die gleichfalls das charakteristische der Verletztenhandlung aufweisen und so in ihrem **Kerngehalt** übereinstimmen⁷¹³.

Durch die vertragliche Unterlassungserklärung soll der Verletzte (Gläubiger) in gleicher Weise wie durch einen gerichtlichen Titel gegen eine Wiederholung der beanstandeten Wettbewerbshandlungen gesichert werden; sie ist damit zugleich ein wichtiges und effizientes Mittel außergerichtlicher Streiterledigung⁷¹⁴. Folglich muss die Unterwerfungserklärung nach Inhalt und Umfang dem Unterlassungsanspruch entsprechen⁷¹⁵. Zu beachten ist insoweit aber, dass die Geltendmachung eines vertraglichen Unterlassungsanspruchs im Klagewege - im Gegensatz zum gesetzlichen Unterlassungsanspruch - **keine Wiederholungs- bzw. Erstbegehungsgefahr** voraussetzt⁷¹⁶.

Üblicherweise wird eine Unterlassungsverpflichtungserklärung mit einem **Vertragsstrafenversprechen** verbunden. Hintergrund ist, dass nach ständiger Rechtsprechung des BGH eine Verurteilung des Unterlassungsschuld-

⁷¹¹ Vgl. zur Auslegung einer Teilunterwerfungserklärung BGH v. 25.4.2002 GRUR 2002, 824, 825 – *Teilunterwerfung*; zum Unterlassungsanspruch, der Gegenstand einer nach UWG missbräuchlichen Abmahnung war vgl. BGH v. 17.1.2002 GRUR 2002, 357 – *Missbräuchliche Mehrfachabmahnung*; BGH v. 7.12.1989 GRUR 1990, 542, 543 - *Aufklärungspflicht des Unterwerfungsschuldners*.

⁷¹² BGH v. 9.11.1995 GRUR 1996, 290, 291 - *Wegfall der Wiederholungsgefahr*; zur Auslegung vgl. BGH v. 17.7.1997 GRUR 1997, 931 - *Sekundenschnell*; v. 26.9.1996 GRUR 1997, 386 - *Altunterwerfung II*; v. 22.1.1998 GRUR 1998, 963 - *Verlagsverschulden II*.

⁷¹³ BGH v. 9.11.1995 GRUR 1996, 290, 291 - *Wegfall der Wiederholungsgefahr*; BGH v. 10.7.1997 GRUR 1998, 483 - *Der M.-Markt packt aus*; zur sog. Kerntheorie vgl. auch OLG Frankfurt v. 14.1.1988 GRUR 1988, 563 f. - *Konkretisierung des Unterlassungsversprechens*.

⁷¹⁴ BGH v. 12.7.1995 GRUR 1995, 679, 681 - *Kurze Verjährungsfrist*.

⁷¹⁵ BGH v. 9.11.1995 GRUR 1996, 290, 291 - *Wegfall der Wiederholungsgefahr*.

⁷¹⁶ Vgl. BGH v. 25.1.2001 GRUR 2001, 758 – *Trainingsvertrag*; BGH v. 21.1.1999 GRUR 1999, 522, 524 – *Datenbankabgleich*.

ners auf der Basis gesetzlicher Ansprüche ausgeräumt werden kann⁷¹⁷. Dies setzt aber eine **uneingeschränkte, bedingungslose und unwiderrufliche Unterwerfungserklärung unter Übernahme einer angemessenen Vertragsstrafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung voraus** (vgl. § 12 Abs. 1 Satz 1 UWG)⁷¹⁸. Dadurch entfällt regelmäßig die Vermutung der Wiederholungsgefahr⁷¹⁹.

Für die **Höhe der Vertragsstrafe** sind insbesondere Schwere und Ausmaß der Zuwiderhandlung sowie deren Gefährlichkeit für den Gläubiger, deren Sanktionscharakter, deren Funktion zur Vermeidung weiterer Zuwiderhandlungen sowie eine zusätzliche Funktion als pauschalierter (Mindest-) Schadensersatz von Bedeutung⁷²⁰.

Möglich ist allerdings auch, die Bestimmung der Höhe der Vertragsstrafe **dem billigen Ermessen des Gläubigers zu überlassen (§ 315 Abs. 1 BGB)**⁷²¹. Eine in der Praxis häufig verbreitete schematische Anlehnung der Vertragsstrafenhöhe an den Streitwert des Unterlassungsverfahrens oder auch an den Streitwert zur Abgrenzung der Zuständigkeiten von Amts- zu Landgerichten wird vom BGH als kritisch angesehen⁷²². Nach § 348 HGB kann eine von einem Kaufmann übernommene Vertragsstrafe **nicht** im Verfahren **nach § 343 BGB herabgesetzt** werden; um eine Herabsetzung zu ermöglichen, kann es zugunsten des Unterlassungsschuldners überlegenswert sein, über einen vertraglichen Ausschluss des abdingbaren § 348 HGB zu verhandeln⁷²³.

Wegen der notwendigen uneingeschränkten und bedingungslosen Vertragsstrafenübernahme muss seitens des Schuldners der Wille zur zukünftigen Unterlassung seines wettbewerbswidrigen Verhaltens eindeutig und hinrei-

⁷¹⁷ Zum Verhältnis von Vertragsstrafe und gerichtlichem Ordnungsmittel vgl. BGH v. 5.2.1998 GRUR 1998, 1053 - *Vertragsstrafe/Ordnungsgeld*.

⁷¹⁸ BGH v. 10.2.1994 GRUR 1994, 443, 445 - *Versicherungsvermittlung* im öffentl. Dienst; v. 24.2.1994 GRUR 1994, 516, 517 - *Auskunft über Notdienste* u. v. 9.11.1995 GRUR 1996, 290, 291 - *Wegfall der Wiederholungsgefahr*.

⁷¹⁹ BGH v. 10.7.1997 GRUR 1998, 483 - *Der M.-Markt packt aus*.

⁷²⁰ S. dazu BGH v. 30.9.1993 GRUR 1994, 146, 147 f. - *Vertragsstrafbemessung; Köhler*, GRUR 1994, 260 ff.

⁷²¹ BGH v. 30.9.1993 GRUR 1994, 146, 147 f. - *Vertragsstrafbemessung* m.H.a. BGH v. 31.5.1990 GRUR 1990, 1051, 1052 - *Vertragsstrafe ohne Obergrenze* u. v. 12.7.1984 GRUR 1985, 155, 157 - *Vertragsstrafe bis zu ... I*.

⁷²² BGH v. 30.9.1993 GRUR 1994, 146, 147 - *Vertragsstrafbemessung*.

⁷²³ S. *Teplitzky*, GRUR 1996, 696, 699 m.H.a. *Rieple*, WM 1995, 328, 330.

chend bestimmt sein. Während die frühere Rechtsprechung auch angenommen hat, dass die Vertragsstrafenübernahme grundsätzlich auch ohne jede zeitliche Einschränkung oder Bedingung erfolgen muss⁷²⁴, hat sie hiervon in neueren Entscheidungen teilweise Abstand genommen, so dass unter Umständen zeitliche Bedingungen des Verletzers den Wegfall der Wiederholungsgefahr nicht zwingend hemmen (z.B. Abgabe erst nach Ende einer Verkaufsaktion)⁷²⁵.

Entsprechend dem Sinn der Unterwerfungserklärung, eine außergerichtliche und abschließende Unterbindung rechtswidrigen Wettbewerbsverhaltens zu erreichen, wird allerdings eine **auflösende Bedingung** dahin für zulässig erachtet, dass das zu unterlassende Verhalten durch Gesetzesänderung oder Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung als rechtmäßig geklärt wird⁷²⁶. Ausnahmsweise zulässig sind **zeitliche Begrenzungen** des Unterlassungsanspruchs auch aus der Natur der Sache, etwa wenn das wettbewerbswidrige Verhalten in der Nachahmung von geschützten Erzeugnissen liegt, deren gesetzlicher Schutz abläuft⁷²⁷. Im Rahmen der Vertragsfreiheit ist es selbstverständlich auch möglich, dass der Unterlassungsgläubiger Zugeständnisse einräumt, etwa die Gewährung von **Aufbrauchsfristen** für die wettbewerbswidrig in den Verkehr gebrachten Erzeugnisse⁷²⁸.

Die Unterlassungsverpflichtungserklärung gilt - mangels abweichender Abreden - vom Zeitpunkt ihrer Entstehung an für die Zukunft⁷²⁹; folglich können hieraus keinerlei Ansprüche, insbesondere Schadensersatzansprüche, für die Vergangenheit hergeleitet werden.

Hinsichtlich **zukünftiger Verletzungshandlungen** steht der vertragliche Unterlassungsanspruch zum gesetzlichen Unterlassungsanspruch im Verhältnis

⁷²⁴ BGH v. 01.04.1993 GRUR 1993, 677, 679 - *Bedingte Unterwerfung*; vgl. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.123 ff. zu § 12 zur Teilunterwerfung: zur Auslegung des Unterlassungsvertrages siehe BGH v. 17.7.1997 GRUR 1997, 931 - *Sekundenschnell*.

⁷²⁵ Vgl. BGH v. 25.4.2002 GRUR 2002, 824 - *Teilunterwerfung* u. BGH v. 31.5.2001 GRUR 2002, 180, 181 - *Weit-Vor-Winter-Schluß-Verkauf*

⁷²⁶ BGH v. 01.04.1993 GRUR 1993, 677, 679 - *Bedingte Unterwerfung*; *Teplitzky*, GRUR 1996, 696, 699.

⁷²⁷ *Köhler*, GRUR 1996, 82, 89 und *Teplitzky*, GRUR 1996, 696, 699.

⁷²⁸ *Köhler* GRUR 1996, 82, 89.

⁷²⁹ Vgl. LG Düsseldorf v. 16.1.1997 Entscheidungen der 4. ZK 1997, 47 f. - *Textilbespannung für Feuchtreinigungsgerät II*.

der **Alternativität**⁷³⁰. Bei einer **erneuten Zuwiderhandlung** liegt einerseits eine Nichterfüllung des Vertrages vor, welche ggf. eine dort geregelte Vertragsstrafe zur Entstehung kommen lässt, andererseits eine erneute konkrete Verletzungshandlung eines mit dem genannten Vertragsstrafenanspruch zusammenfallenden erneuten gesetzlichen Unterlassungsanspruchs, der seinerseits von der zuvor abgegebenen Unterlassungserklärung nicht mehr erfasst ist⁷³¹. Bei einem vertragsstrafebewehrten Unterlassungsvertrag und einer erneuten Zuwiderhandlung gegen die dort geregelte Unterlassungspflicht entstehen also ein **vertraglicher Anspruch auf die verwirkte Vertragsstrafe sowie** ein aus positiver Vertragsverletzung folgender vertraglicher **Anspruch auf neuerliche Abgabe einer Unterlassungserklärung** für die Zukunft und ein gesetzlicher Anspruch auf entsprechende Abgabe einer solchen Unterlassungserklärung für die Zukunft, da die erneute Zuwiderhandlung durch die ursprüngliche Unterlassungserklärung nicht umfasst war⁷³². Da die ursprüngliche Vertragsstrafe damit offenkundig keine hinreichende Abschreckungswirkung gehabt hat, wird hierdurch auch ein Anspruch auf das Versprechen einer erhöhten Vertragsstrafe im Falle einer erneuten Unterlassungsverpflichtungserklärung begründet⁷³³.

15.3 Gläubiger des Unterlassungsanspruchs (§ 8 Abs. 3 UWG)

Das **UWG a.F.** unterschied zwischen dem „unmittelbar Verletzten“ und der Klagebefugnis der Mitbewerber in § 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG a.F. Das **UWG** kennt insofern nunmehr nur noch die Anspruchsberechtigung des Mitbewerbers, § 8 Abs. 1 Nr. 1 UWG. Vor diesem Hintergrund ist nur noch der unmittelbar verletzte Mitbewerber anspruchsberechtigt.

15.3.1 Mitbewerber (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG)

Nach **§ 8 Abs.3 Nr. 1 UWG** ist zunächst jeder Mitbewerber klagebefugt.

⁷³⁰ Vgl. hierzu *Henning/Harte/Beckedorf*, UWG, § 8 Rz. 40; *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 8, Rz. 46 ff.

⁷³¹ BGH v. 12.07.1995 GRUR 1995, 678, 680 - *Kurze Verjährungsfrist*; *Köhler*, Zur Verjährung des vertraglichen Unerlassungs- und Schadensersatzanspruches, GRUR 1996, 231 f.

⁷³² BGH v. 09.11.1979 GRUR 1980, 241, 242 - *Rechtsschutzbedürfnis*; BGH v. 07.12.1989 GRUR 1990, 534 - *Abruf-Coupon*; *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 20, Rz. 22.

⁷³³ BGH v. 07.12.1989 GRUR 1990, 534 - *Abruf-Coupon*.

Mitbewerber ist nach der Legaldefinition in § 2 Abs.2 Nr.3 UWG jeder Unternehmer, der als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zum Verletzer steht.

Für ein solches Wettbewerbsverhältnis müssen die Unternehmer Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben. Das Merkmal der Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art für die Annahme eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses ist dabei weit auszulegen⁷³⁴. Die beiderseitigen Waren bzw. Leistungen müssen sich in ihrer Art so gleichen oder nahestehen, dass der Absatz der Ware bzw. der Leistung des einen Wettbewerbers durch (irgendein) wettbewerbswidriges Verhalten des anderen beeinträchtigt werden kann⁷³⁵. Eine Zugehörigkeit zur gleichen Branche oder Wirtschaftsstufe ist nicht erforderlich. Erfasst sind damit alle Gewerbetreibenden, deren wettbewerbles Handeln eine gegenseitige Behinderung im Absatz bewirkt oder bewirken kann⁷³⁶.

Das Merkmal des Wettbewerbes „**auf demselben Markt**“ betrifft vorrangig den örtlichen/räumlichen Markt, in dem die Waren bzw. Leistungen sich gegenüberstehen bzw. aufeinander treffen⁷³⁷.

15.3.2 Rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG)

Der Gesetzgeber hatte bereits mit dem UWG-Änderungsgesetz 1994 die Klagebefugnis von gewerblichen Verbänden eingeschränkt, um damit insbesondere der ausufernden Gründung und Betätigung von „**Abmahnvereinen**“ entgegenzutreten⁷³⁸.

⁷³⁴ BGH v. 6.10.1999 GRUR 2000, 616, 617 f. – *Auslaufmodell III*; BGH v. 21.6.2001 GRUR 2002, 75, 76 f. – *SOOO ...BILLIG!?*; BGH v. 5.10.2000 GRUR 2001, 260 – *Viel-fachabmahner*; zu § 13 UWG a.F. vgl. BGH v. 30.04.1997 GRUR 1997, 934, 935 – *50% Sonder-AfA*.

⁷³⁵ BGH v. 30.04.1997 GRUR 1997, 934, 935 – *50% Sonder-AfA*; vgl. OLG Karlsruhe v. 14.08.1996 NJWE-WettbR 1997, 82 – *Redaktionelle Werbung*.

⁷³⁶ Vgl. schon OLG Stuttgart v. 08.03.1996 NJWE-WettbR 1996, 209 – *Hifi-Land senkt die Preise*.

⁷³⁷ BGH v. 5.6.1997 GRUR 1998, 489 – *Unbestimmter Unterlassungsantrag III*; v. 24.11.1999 GRUR 2000, 438 – *Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge*; OLG Schleswig v. 21.03.1995 NJWE-WettbR 1996, 26, 27 – *Personenbeförderung durch Mietwagen ohne Bestellung*; OLG Karlsruhe v. 14.08.1996 NJWE-WettbR 1997, 82 – *Redaktionelle Werbung*.

⁷³⁸ Vgl. Amtl. Begr. zum UWG-Änderungsgesetz 1994 in WRP 1994, 369, 376 ff.; vgl. aber die Vermutung für eine tatsächliche Zweckverfolgung bei BGH v. 27.4.2000 GRUR 2000, 1093, 1095 – *Fachverband*.

Voraussetzung für die Prozessführungsbefugnis, die in jeder Lage des Verfahrens zu prüfen ist⁷³⁹, ist, dass dem Verband eine „**erhebliche Zahl von Gewerbetreibenden angehört**, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben“⁷⁴⁰. Die erforderliche Zahl von Gewerbetreibenden wird nicht abstrakt oder generell bestimmt⁷⁴¹; erforderlich und ausreichend ist vielmehr, dass **Gewerbetreibende** aus der einschlägigen Branche auf dem maßgeblichen Markt im Verband nach Anzahl und/oder Größe, Marktbedeutung oder wirtschaftlichem Gewicht **repräsentativ vertreten sind**, so dass ein missbräuchliches Vorgehen des Verbandes ausgeschlossen werden kann⁷⁴². Da eine Beschränkung auf die unmittelbare Mitgliedschaft von Gewerbetreibenden selbst nicht erforderlich ist, können auch Mitgliedschaften von anderen Vereinigungen oder Fachverbänden genügen⁷⁴³. Fehlt die ausreichende Zahl an Mitgliedern, ist der Verband mangels eines schutzwürdigen Eigeninteresses grundsätzlich nicht zur Geltendmachung von Ansprüchen einzelner Mitglieder im Wege der Prozessstandschaft berechtigt⁷⁴⁴.

Die Klagebefugnis aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG bezieht sich nur auf **Ansprüche aus dem UWG**, nicht dagegen auf sonstige Ansprüche, etwa aus dem BGB oder HGB⁷⁴⁵.

Bezüglich der Tatbestandsmerkmale der Waren oder gewerblichen Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt gelten die gleichen Grundsätze wie bei § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG⁷⁴⁶. Insoweit wird der maßgebliche

⁷³⁹ BGH v. 30.04.1997 GRUR 1997, 934, 935 - *50% Sonder-AfA*; BGH v. 18.10.1995 GRUR 1996, 217 - *Anonymisierte Mitgliederliste*; siehe auch BGH v. 20.5.1999 GRUR 1999, 1116 - *Wir dürfen nicht feiern*.

⁷⁴⁰ Zu den einzelnen Anforderungen vgl. ausführlich *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 3.30 ff. zu § 8; *Henning/Harte/Bergmann*, UWG, § 8 Rz. 257 ff.

⁷⁴¹ BGH v. 5.6.1997 GRUR 1998, 489, 491 – *Unbestimmter Unterlassungsantrag III*.

⁷⁴² BGH v. 19.06.1997 WRP 1997, 1070, 1071 - *Händlervereinigung* u. v. 30.4.1997 GRUR 1997, 934, 935 f. - *50% Sonder-AfA*; zum Nachweis der Mitglieder reicht eine anonymisierte Mitgliederliste nicht aus, vgl. BGH v. 8.12.1999 GRUR-RR 2001, 48 - *Fehlende Prozessvoraussetzung*.

⁷⁴³ BGH v. 27.2.1997 GRUR 1997, 933, 934 - EP; v. 20.5.1999 GRUR 1999, 1116 - *Wir dürfen nicht feiern*.

⁷⁴⁴ BGH v. 9.10.1997 GRUR 1998, 417, 418 - *Verbandsklage in Prozessstandschaft* = EWIR § 13 UWG 1/98 mit Anm. *Ulrich*.

⁷⁴⁵ BGH v. 16.1.1997 GRUR 1997, 669, 671 - *Euromint* (hier aus § 37 II i.V.m. § 18 II HGB); BGH v. 16.12.1993 GRUR 1994, 307, 308 – *Mozzarella I*; *Henning/Harte/Bergmann*, UWG, § 8 Rz. 263; so auch die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 15/1487, S. 22.

⁷⁴⁶ Vgl. Aml. Begr. zum UWG-Änderungsgesetz 1994 in WRP 1994, 369, 377 f.; siehe auch BGH v. 25.4.1996 WRP 1996, 1102 - *Großimporteur*.

Markt durch die Geschäftstätigkeit des werbenden Unternehmens einerseits und der Verbandsmitglieder andererseits bestimmt⁷⁴⁷. Für das Vorliegen eines abstrakten Wettbewerbsverhältnisses genügt es, dass eine nicht gänzlich unbedeutende (potentielle) Beeinträchtigung der verbandsangehörigen Mitbewerber mit einer gewissen - sei es auch nur geringen - Wahrscheinlichkeit in Betracht gezogen werden kann⁷⁴⁸.

15.3.3 Verbraucherverbände (§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG)

Ferner sind sog. „qualifizierte Einrichtungen“ i.S.d. **§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG** klagebefugt, wenn diese jeweils nachweisen, dass sie in die beim Bundesverwaltungsamt geführte Liste oder in dem Verzeichnis der Kommission der Europäischen Gemeinschaft eingetragen sind⁷⁴⁹. Für eine solche Eintragung muss es **u.a.** zu ihren satzungsmäßigen Aufgaben gehört, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen⁷⁵⁰. Der (farblose) Begriff der „qualifizierten Einrichtungen“ entspringt der europäischen Rechtsterminologie.

Der Sache nach geht es bei der Regelung in § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG um die Klagebefugnis der Verbraucherverbände.

Der Nachweis eines konkreten Verbraucherschadens ist ebenso wenig Voraussetzung für die Klagebefugnis wie die Feststellung, dass durch das Wettbewerbsverhalten erhebliche Teile der Verbraucherschaft betroffen sind; entscheidend ist vielmehr, ob **eine Fortsetzung des beanstandeten Wettbewerbsverhaltens die Beeinträchtigung wesentlicher Belange der Verbraucher zur Folge hätte** oder ob es Verbraucherinteressen nur am Rande berührt⁷⁵¹.

⁷⁴⁷ Vgl. BGH v. 30.1.1997 GRUR 1997, 927 - *Selbsthilfeeinrichtung der Beamten*.

⁷⁴⁸ BGH v. 30.04.1997 GRUR 1997, 934, 935 - *50% Sonder-AfA*; zum abstrakten Wettbewerbsverhältnis vgl. BGH v. 24.11.1999 GRUR 2000, 438 - *Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge*; krit. zu diesem Begriff *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 3.35 zu § 8.

⁷⁴⁹ Ein Überblick über diese „qualifizierten Einrichtungen“ findet sich etwa bei *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 3.53 zu § 8 (26. Aufl. 2008).

⁷⁵⁰ Für einen Überblick hins. der Eintragungsvoraussetzungen vgl. *Henning/Harte/Bergmann*, UWG, § 8 Rz. 301 ff.

⁷⁵¹ BGH v. 8.6.1989 GRUR 1989, 753, 754 - *Telefonwerbung II*.

Richtet sich eine Werbemaßnahme **ausschließlich** an im **Ausland** ansässige Verbraucher, hat ein deutscher Verbraucherschutzverein keine Befugnis, dies als einen Verstoß gegen § 3 UWG im Klagewege zu verfolgen⁷⁵².

15.3.4 **Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern (§ 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG)**

Schließlich sind Industrie- und Handelskammern sowie Handwerkskammern gem. **§ 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG** klageberechtigt. Sonstige Kammern, insb. solche berufsrechtlicher Art, können ihre Klagebefugnis aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG herleiten⁷⁵³. Eine analoge Anwendung des § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG erübrigt sich daher⁷⁵⁴.

15.3.5 **Missbrauchseinwand nach § 8 Abs. 4 UWG**

Aufgrund der früheren Rechtsprechung zur Erstattung der Abmahnkosten⁷⁵⁵ entdeckten sog. Abmahnvereine für sich eine lukrative Art und Weise, im Wege der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen Geld zu verdienen⁷⁵⁶. Der Gesetzgeber hatte zunächst mit § 13 Abs. 5 UWG a.F. einen Missbrauchstatbestand eingeführt, der bei gerichtlicher Vorgehensweise solcher Kläger diesen die Klagebefugnis entzog. Dieser findet sich nunmehr – nahezu unverändert – in § 8 Abs. 4 UWG.⁷⁵⁷

Beruft sich der Verletzer zurecht auf den Missbrauchseinwand des § 8 Abs. 4 UWG, sind Klage bzw. Verfügungsantrag als unzulässig abzuweisen⁷⁵⁸. Bei

⁷⁵² Vgl. den Wortlaut von Art. 4 der Richtlinie 98/27/EG vom 19.5.1986 über Unterlassungsklagen zum Schutze der Verbraucherinteressen (ABl. EG Nr. L 166, S. 51); zum UWG a.F. vgl. BGH v. 26.11.1997 GRUR 1998, 419 - *Gewinnspiel im Ausland* = EWIR, § 13 UWG, 2/98, 87 - *Gewinnspiel im Ausland* m. Anm. Bunte.

⁷⁵³ So ausdrücklich die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 8 Abs. 3 Nr. 4, BT-Drs. 15/1487, S. 23; zu § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F. vgl. BGH v. 30.6.1972 GRUR 1973, 78, 79 - *Verbraucherverband*; BGH v. 9.6.1983 GRUR 1983, 775, 776 - *Ärztlicher Arbeitskreis*; BGH v. 22.6.1989 GRUR 1989, 758, 759 - *Gruppenprofil*; v. 9.10.1997 WRP 1998, 172, 173 - *Professorenbezeichnung in der Arztwerbung III*; v. 9.7.1998 GRUR 1999, 179 - *Patientenwerbung*; v. 26.11.1998 GRUR 1999, 504 - *Implantatbehandlungen*; v. 20.5.1999 GRUR 1999, 1009 - *Notfalldienst für Privatpatienten*.

⁷⁵⁴ Vgl. schon OLG Koblenz v. 3.11.1994 GRUR 1995, 144 – *Beratende Ingenieure*.

⁷⁵⁵ BGH v. 15.10.1969 GRUR 1970, 189 – *Fotowettbewerb*.

⁷⁵⁶ Vgl. nur BGH v. 30.6.1972 GRUR 1973, 78 m. Anm. *Utescher*; KG Berlin v. 16.7.1982 WRP 1982, 650.

⁷⁵⁷ Allerdings erfasst § 8 Abs. 4 UWG vom Wortlaut her nicht nur den Unterlassungs-, sondern auch den Beseitigungsanspruch.

⁷⁵⁸ Vgl. zum alten Recht BGH v. 10.12.1998 GRUR 1999, 509 - *Vorratslücken*; BGH v. 11.7.1996 GRUR 1996, 804, 806 - *Preisrätselgewinnauslobung III*; BGH v. 6.4.2000

der Abmahnung führt der Missbrauchseinwand dazu, dass die Abmahnung unzulässig und damit materiell-rechtlich unwirksam ist⁷⁵⁹, was eine auf eine solche Abmahnung nachfolgende Klage ebenfalls unzulässig macht⁷⁶⁰.

Der Anwendungsbereich des § 8 Abs. 4 UWG ist auf gesetzliche Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche begrenzt, kann also nicht – auch nicht analog – auf vertragliche Ansprüche angewendet werden⁷⁶¹.

15.4 Schuldner des Unterlassungsanspruchs

Schuldner des Unterlassungsanspruchs ist, wer entweder wegen eigenen Verhaltens oder durch das Verhalten eines Dritten, für das einzustehen ist, den anspruchsbegründenden Tatbestand erfüllt hat.

Die **Einstandspflicht für Dritte** ergibt sich bei juristischen Personen aus den Regelungen der §§ 31, 89 BGB⁷⁶². Für Mitarbeiter oder Beauftragte folgt die Haftung des Unternehmensinhabers aus § 8 Abs. 2 UWG.

Wird ein Wettbewerbsverstoß durch mehrere begangen, kommt eine **Haftung mehrerer Schuldner** in Betracht. Der Gläubiger eines sich aus einem solchen Lebenssachverhalt ergebenden Unterlassungsanspruch, kann dann von **jedem** der **Schuldner**, unabhängig vom Verhalten der übrigen, Unterlassung verlangen⁷⁶³. Eine gesamtschuldnerische Haftung scheidet schon deshalb aus, weil es entsprechend dem Wesen des Unterlassungsanspruches stets um eine quasi höchstpersönliche Schuld geht, die Unterlassung seitens eines Schuldners also regelmäßig nicht identisch mit der von anderen geschuldeten Unterlassung ist⁷⁶⁴.

WRP 2000, 1266 - *Neu in Bielefeld II*; BGH v. 17.1.2002 GRUR 2002, 357, 359 – *Missbräuchliche Mehrfachabmahnung*.

⁷⁵⁹ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 4.5 zu § 8; kritisch *Henning/Harte/Bergmann*, UWG, § 8 Rz. 310 f.

⁷⁶⁰ BGH v. 20.12.2001 GRUR 2002, 715, 717 – *Scanner-Werbung*.

⁷⁶¹ So *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 4.8 zu § 8 mit Hinweis auf Unklarheit bei BGH v. 10.12.1992 WRP 1993, 240, 243 – *Fortsetzungszusammenhang*.

⁷⁶² Vgl. *Samwer*, WRP 1999, 67, 69; keine Einstandspflicht des Franchisegebers für den Franchisenehmer, BGH GRUR 2001, 81, 83 - *Neu in Bielefeld I*.

⁷⁶³ OLG Düsseldorf v. 21.1.1997 NJWE-WettbR 1997, 245; OLG Koblenz v. 16.8.1984 WRP 1985, 45 - *Unterlassungsansprüche gegen mehrere Antragsgegner*; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 2.30 zu § 8; *Harte/Henning/Beckedorf*, UWG, Rz.85 zu § 8.

⁷⁶⁴ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 2.30 zu § 8.

Bei Wettbewerbsverstößen einer **juristischen Person** kommt sowohl ein Unterlassungsanspruch gegen diese als auch gegen deren Organmitglieder in Betracht. Die Organmitglieder (Geschäftsführer, Vorstand) haften jedoch nur dann persönlich neben der GmbH, wenn sie selbst gehandelt bzw. den Wettbewerbsverstoß trotz Kenntnis nicht verhindert haben⁷⁶⁵. Auch in diesen Fällen kann der Unterlassungsgläubiger nach Belieben entscheiden, gegen wen er vorgeht⁷⁶⁶.

15.5 Verletzungshandlung

Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch hat seine Grundlage in einer tatsächlich stattgefundenen Zuwiderhandlung oder in einer solchen, die hinreichend konkret zukünftig stattfinden wird (vorbeugender Unterlassungsanspruch). Gegenstand des Unterlassungsanspruchs ist immer nur die **konkrete Verletzungshandlung**. Der Unterlassungsgläubiger kann nur nach Maßgabe der jeweiligen Anspruchsgrundlage vorgehen, also mit seinem Anspruchsbegehren nicht mehr verlangen, als dem Anspruchsschuldner wettbewerbsrechtlich untersagt ist. Insoweit bestimmen die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften Umfang und Inhalt des Unterlassungsanspruchs. Zugleich muss auf der Grundlage der jeweiligen Anspruchsnorm festgestellt werden, welche konkrete Verletzungshandlung dem Unterlassungsschuldner untersagt werden soll.

Hat der Unterlassungsschuldner bereits einen Wettbewerbsverstoß begangen, so ist Gegenstand des Unterlassungsanspruchs regelmäßig das Verbot der konkreten Verletzungshandlung bzw. Verletzungsform⁷⁶⁷. Würde man den Unterlassungsanspruch auf das Verbot der Wiederholung der genau identischen Verletzungsform beschränken, hätte es der Unterlassungsschuldner in der Hand, schon durch geringfügige Veränderungen der Verbotswirkung auszuweichen⁷⁶⁸. Im Interesse eines hinreichenden Rechts-

⁷⁶⁵ Vgl. BGH v. 26.9.1985 GRUR 1986, 248, 250 - *Sporthosen*; bestätigt durch BGH v. 19.5.2005 GRUR 2005, 761, 762 - *Rasenbefestigungsplatte*; OLG Karlsruhe v. 11.12.1996 ZIP 1997, 125 ff. - *CD-ROM D-Info 2.0*; OLG Köln v. 26.6.1992 BB 1993, 747, 748; *Götting*, GRUR 1994, 6 ff.; *Heil*, BB 1998, 1749 ff.

⁷⁶⁶ OLG Düsseldorf v. 21.1.1997 NJWE WettbR 1997, 245 - *Künstliche Prozessverdopplung*; vgl. aber die Einschränkungen bei *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 2.21 zu § 8 a.E.

⁷⁶⁷ BGH v. 16.2.1989 GRUR 1989, 445, 446 - *Professorenbezeichnung in der Arztwerbung I*.

⁷⁶⁸ Vgl. OLG Düsseldorf v. 4.7.2000 WRP 2000, 1420 - *Internationale Apotheke* (ein Apotheker hatte sich verpflichtet, nicht mit dem Begriff „Internationale Apotheke“ zu wer-

schutzes und zur Vermeidung unnötiger Streitverlagerungen kann deshalb das Unterlassungsbegehren über die enge Form der festgestellten Verletzungshandlung hinaus auch gewisse Verallgemeinerungen umfassen, in denen das Charakteristische der konkreten Verletzungsform zum Ausdruck kommt⁷⁶⁹. Solche Verallgemeinerungen sind so lange zulässig, wie sie den **Kern der konkreten Verletzungsform** umfassen⁷⁷⁰. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass eine in bestimmter Form begangene Verletzungshandlung nicht nur die Wiederholung der identischen Verletzungsform vermuten lässt, sondern auch eine Vermutung für die Begehung leicht abgewandelter, aber in ihrem Kern gleicher Handlungen begründet⁷⁷¹. Der Unterlassungsgläubiger (Kläger) darf aber bei einer abstrahierend-verallgemeinernden Fassung seines Unterlassungsbegehrens das **Charakteristische** des konkreten Verletzungstatbestandes nicht verfehlen⁷⁷².

Fehlt es noch an einer konkreten Verletzungshandlung, stellt sich die Problematik des vorbeugenden Unterlassungsanspruchs, der das Drohen einer solch konkreten Verletzungshandlung voraussetzt. Hier muss dargelegt werden, inwieweit tatsächliche Umstände die Gefahr einer Erstbegehung eines Wettbewerbsverstoßes nahe legen. Fehlt es an konkreten Tatumständen, muss die Gefahr des Wettbewerbsverstoßes jedenfalls aus Ankündigungen bzw. Berühmungen des Mitbewerbers herrühren⁷⁷³.

Aus Zwang zur Konkretisierung der Verletzungsform bzw. ihres Umfeldes („Kern“) ergeben sich die praktischen Schwierigkeiten bei der Formulierung von Unterwerfungserklärungen, Klageanträgen, aber auch von Urteilsformeln selbst⁷⁷⁴.

ben, woraufhin er den Begriff „Internationale Pharmazie“ nutzte); zu dieser sog. Kerntheorie auch *Steiniger*, WRP 2000, 1415 ff.

⁷⁶⁹ BGH v. 4.9.2003 GRUR 2004, 154, 156 – *Farbmarkenverletzung II* (zum Markenrecht); BGH v. 29.6.2000 BB 2000, 2382 - *Filialeiterfehler*; v. 15.12.2000 GRUR 2000, 337 - *Preisknaller*; v. 16.02.1989 GRUR 1989, 445, 446 - *Professorenbezeichnung in der Arztwerbung I*; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 2.35 ff. zu § 12;; *Großkomm./Jacobs*, UWG, vor § 13, Abschn. D Rz. 127 ff.; *Kehl*, WRP 1999, 46, 47.

⁷⁷⁰ Vgl. *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 5, Rz. 7 ff.; *Steiniger*, WRP 2000, 1415 ff.

⁷⁷¹ BGH v. 23.6.1994 GRUR 1994, 844, 846 - *Rotes Kreuz*.

⁷⁷² Vgl. BGH v. 5.3.1998 GRUR 1998, 1039, 1040 – *Fotovergrößerungen*; BGH v. 11.10.1990 GRUR 1991, 254, 257 - *Unbestimmter Unterlassungsantrag*.

⁷⁷³ Vgl. auch BGH v. 8.2.1963 GRUR 1963, 378, 381 - *Deutsche Zeitung*.

⁷⁷⁴ *Teplitzky*, WRP 1999, 75 ff.; ausführliche Formulierungshilfen vermitteln u.a. *Nirk/Kurtze*, Wettbewerbsstreitigkeiten, Rz. 223 ff. sowie *Großkomm./Jacobs*, UWG, vor § 13 Abschn. D, Rz. 126 ff.

15.6 Rechtswidrigkeit

Jede tatbestandliche Handlung muss rechtswidrig erfolgt sein, d.h. es muss ein normwidriges Verhalten vorliegen. Dies ist nach objektiven Gesichtspunkten zu bestimmen; nach herrschender Meinung indiziert dabei die Tatbestandsmäßigkeit des Handelns grundsätzlich auch dessen Rechtswidrigkeit⁷⁷⁵. Erfüllt also der Verletzer die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen einer unlauteren Wettbewerbshandlung, so ist sein Handeln zugleich rechtswidrig⁷⁷⁶.

In subjektiver Hinsicht lässt die Rechtsprechung es ausreichen, dass der Verletzer alle Tatumstände kannte, aus denen sich die Wettbewerbswidrigkeit seiner Handlung ergibt; ein etwaiger Verbotsirrtum ist insoweit unerheblich⁷⁷⁷. Dabei reicht es aus, wenn der Verletzer die erforderliche Kenntnis im Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung besitzt⁷⁷⁸. Davon wird regelmäßig dann ausgegangen, wenn der Verletzer durch den Unterlassungsgläubiger abgemahnt worden ist, bevor gerichtliche Schritte eingeleitet wurden und der Verletzte sich aufgrund der Abmahnung nicht zur zukünftigen Unterlassung verpflichtet hat.

Eine Rechtswidrigkeit fehlt ausnahmsweise dann, wenn das Handeln durch **Rechtfertigungsgründe** gedeckt ist, wie etwa Notwehr (§ 227 BGB), Notstand (§ 228 BGB), erlaubte Selbsthilfe (§ 229 BGB), Einwilligung des Verletzten oder ggf. Wahrnehmung berechtigter Interessen⁷⁷⁹.

Der Unterlassungsanspruch setzt jedoch **kein Verschulden** des Verletzers voraus. Dieser muss also über die notwendige Kenntnis seines wettbe-

⁷⁷⁵ Vgl. allg. *Palandt/Sprau*, BGB, § 823, Rz. 24; zum Wettbewerbsrecht s. *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 5, Rz. 12; *Harte/Henning/Beckedorf*, UWG Rz. 9 zu § 8.

⁷⁷⁶ Dies gilt aber nicht im Umkehrschluss, d.h. ein rechtswidriges Handeln ist nicht immer zugleich auch wettbewerbswidrig, st. Rspr., vgl. BGH v. 23.2.1995 GRUR 1995, 427 – *Zollangaben*; OLG Düsseldorf v. 25.6.2002 GRUR-RR 2003, 15, 16 – *Apothekerprivileg*; *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 5 Rz. 15.

⁷⁷⁷ *Melullis*, Handbuch Wettbewerbsprozess, Rz. 578 m.w.N.

⁷⁷⁸ BGH v. 30.6.1972 GRUR 1973, 203, 204 – *Badische Rundschau*; BGH v. 28.1.1977, GRUR 1977, 614, 615 – *Gebäudefassade*; *Köhler*, NJW 1992, 137.

⁷⁷⁹ S. hierzu *Gloy/Loschelder/Melullis*, Hdb. WettbewerbsR, § 23 Rz. 23, dort auch zur Streitfrage, ob die Abwehr eines wettbewerbswidrigen Angriffes durch eigenes wettbewerbsrelevantes Verhalten bereits den Tatbestand einer Wettbewerbsverletzung ausschließt (so u.a. BGH v. 22.1.1971 GRUR 1971, 259, 260 – *W.A.Z.*) oder einen Rechtfertigungsgrund bildet.

werbswidrigen Verhaltens hinaus nicht fahrlässig oder gar vorsätzlich gehandelt haben⁷⁸⁰. Insoweit unterscheidet sich der Unterlassungsanspruch vom Schadensersatzanspruch, der seinerseits stets Verschulden erfordert.

⁷⁸⁰ Allg. A., z.B. BGH v. 8.3.1962 GRUR 1962, 426, 428 – *Selbstbedienungsgroßhändler*.

15.7 Begehungsgefahr

Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch erfordert als materielle Anspruchsvoraussetzung⁷⁸¹ eine Begehungsgefahr, d.h. die **ernsthafte Besorgnis, dass in Zukunft gegen die gegebene Unterlassungspflicht verstoßen wird**⁷⁸². Diese ernsthafte Besorgnis einer bevorstehenden Rechtsverletzung kann entweder auf der Gefahr der Wiederholung eines schon einmal begangenen Verstoßes oder der Gefahr eines erstmaligen Wettbewerbsverstoßes (Erstbegehungsgefahr) begründet sein⁷⁸³.

Ist ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch gem. § 11 Abs. 1 UWG **verjährt**, begründen die in der verjährten Zeit liegenden Wettbewerbsverstöße **keine Wiederholungsgefahr**⁷⁸⁴. Ansonsten würde die Regelung der kurzen Verjährung leer laufen⁷⁸⁵. Folglich kann aus einer solchen in verjährter Zeit liegenden Verletzungshandlung auch eine Erstbegehungsgefahr nicht hergeleitet werden⁷⁸⁶. Hier bedarf es also neuer Anhaltspunkte nach Eintritt der Verjährung, um eine Wiederholungsgefahr bzw. Erstbegehungsgefahr zu begründen⁷⁸⁷.

15.7.1 Wiederholungsgefahr (vgl. § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG)

Die Wiederholungsgefahr umschreibt die konkrete Gefahr, also die **ernsthafte** und greifbare **Besorgnis der erneuten Begehung** einer gleichartigen Verletzungshandlung seitens des Verletzers in der Zukunft. Es muss also die Wiederholung der konkreten Verletzungshandlung durch den Verletzer in der Zukunft drohen⁷⁸⁸. Dies erfordert einmal, dass die konkrete Verletzungshandlung überhaupt wiederholt werden kann.

⁷⁸¹ Vgl. BGH v. 2.12.1982 GRUR 1983, 186 - *Wiederholte Unterwerfung I* u. v. 16.1.1992 GRUR 1992, 318, 319 - *Jubiläumsverkauf*, BGH v. 10.2.1994 GRUR 1994, 443, 445 - *Versicherungsvermittlung im öffentlichen Dienst*.

⁷⁸² BGH v. 16.1.1992 GRUR 1992, 318, 319 - *Jubiläumsverkauf*.

⁷⁸³ BGH v. 16.1.1992 GRUR 1992, 318, 319 - *Jubiläumsverkauf*.

⁷⁸⁴ BGH v. 05.11.1987 GRUR 1988, 313 - *Auto F. GmbH*.

⁷⁸⁵ BGH v. 05.11.1987 GRUR 1988, 313 - *Auto F. GmbH*; BGH v. 14.7.1993 GRUR 1994, 57, 58 - *Geldzurückgarantie*.

⁷⁸⁶ BGH v. 14.7.1993 GRUR 1994, 57, 58 - *Geldzurückgarantie*.

⁷⁸⁷ BGH v. 5.11.1987 GRUR 1988, 313 - *Auto F. GmbH*.

⁷⁸⁸ Vgl. u.a. BGH v. 16.1.1992 GRUR 1992, 318, 319 - *Jubiläumsverkauf*.

So scheidet beispielsweise eine Wiederholungsgefahr dann aus, wenn die Wettbewerbshandlung an ein bestimmtes Ereignis anknüpft, etwa an ein Firmenjubiläum⁷⁸⁹.

Ferner muss zudem eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür sprechen, dass die Verletzungshandlung wiederholt wird, d.h. es müssen konkrete Anhaltspunkte für die Gefahr eines erneuten Verstoßes vorliegen⁷⁹⁰.

Nach ständiger Rechtsprechung begründet eine **einmal begangene wettbewerbswidrige Handlung** zugleich die (widerlegbare) **Vermutung** der Wiederholungsgefahr⁷⁹¹. Dabei beschränkt sich die durch eine Verletzungshandlung begründete Vermutung der Wiederholungsgefahr nicht allein auf die genau identische Verletzungsform, sondern umfasst auch eine Vermutung für die Begehung zwar leicht abgewandelter, aber in ihrem **Kern** gleicher bzw. gleichartiger Verletzungshandlungen⁷⁹². Diese Vermutung rechtfertigt sich aus der Tatsache, dass sich gerade im Wettbewerb nur ausgesprochen selten die Willensrichtung des Verletzers ändert. Verstärkt wird diese tatsächliche Vermutung dann, wenn der Verletzer auf eine Abmahnung nach erfolgter Wettbewerbsverletzung hin sich weigert, die geforderte Unterlassungsverpflichtungserklärung abzugeben.

Eine aufgrund konkreter Umstände zunächst anzunehmende Wiederholungsgefahr kann zukünftig entfallen. An den **Fortfall der Wiederholungsgefahr** stellt die Rechtsprechung jedoch strenge Anforderungen⁷⁹³. Grundsätzlich kann der Verletzer die Vermutung nur dadurch ausräumen, dass er gegenüber dem Unterlassungsgläubiger eine ernstgemeinte, den Anspruchs-

⁷⁸⁹ Vgl. etwa BGH v. 16.1.1992 GRUR 1992, 318, 319 – *Jubiläumsverkauf*.

⁷⁹⁰ Vgl. BGH v. 24.1.1991 GRUR 1991, 764, 765 f. - *Telefonwerbung IV*; BGH v. 16.1.1992 GRUR 1992, 318, 319 – *Jubiläumsverkauf*, *Großkomm./Köhler*, UWG, Abschn. B Rz. 29 vor § 13.

⁷⁹¹ Z.B. BGH v. 26.10.2000 GRUR 2001, 453, 455 – *TCM-Zentrum*; BGH v. 25.10.2001 GRUR 2002, 717, 719 – *Vertretung der Anwalts-GmbH*; BGH v. 24.2.1994 GRUR 1994, 516, 517 - *Auskunft über Notdienste*; *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 6, Rz. 9; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.33 zu § 8; *Harte/Henning/Beckedorf*, UWG Rz.13 ff. zu § 8.

⁷⁹² BGH v. 16.2.1989 GRUR 1989, 445, 446 - *Professorenbezeichnung in der Arztwerbung I*; v. 9.11.1995 GRUR 1996, 290, 291 - *Wegfall der Wiederholungsgefahr I* u. v. 9.5.1996 GRUR 1996, 800, 802 - *EDV-Geräte*.

⁷⁹³ BGH v. 31.5.2001 GRUR 2002, 180 – *Weit-Vor-Winter-Schluss-Verkauf*; BGH v. 24.2.1994 GRUR 1994, 516, 517 - *Auskunft über Notdienste*; BGH v. 9.11.1995 GRUR 1996, 290, 291 – *Wiederholungsgefahr*; BGH v. 16.11.1995 GRUR 1997, 379, 380 - *Wegfall der Wiederholungsgefahr II*; BGH v. 10.7.1997 WRP 1998, 296, 301 - *Der M.Markt packt aus*.

gegenstand uneingeschränkt abdeckende und durch ein Vertragsstrafenversprechen angemessen gesicherte Unterlassungsverpflichtungserklärung abgibt⁷⁹⁴. Bestehen auch nur geringe Zweifel am Umfang oder an der Ernsthaftigkeit der eingegangenen Unterlassungsverpflichtungserklärung, beseitigt dies die Vermutung der Wiederholungsgefahr nicht⁷⁹⁵. Ausnahmsweise kann die Vermutung der Wiederholungsgefahr auch aufgrund anderer Umstände entfallen, etwa aufgrund des Einschreitens einer Behörde⁷⁹⁶. Dagegen begründet allein eine Aufgabe der in Rede stehenden Geschäftsbetätigung noch keinen Fortfall der Wiederholungsgefahr, solange nicht auch zugleich jede Wahrscheinlichkeit für eine Wiederaufnahme ähnlicher Tätigkeiten durch den Verletzer beseitigt ist⁷⁹⁷.

15.7.2 Erstbegehungsgefahr (§ 8 Abs. 1 Satz 2 UWG)

Der vorbeugende Unterlassungsanspruch setzt zwangsläufig die Gefahr eines erstmaligen Wettbewerbsverstoßes voraus (Erstbegehungsgefahr)⁷⁹⁸. Dies erfordert greifbare Anhaltspunkte dafür, dass sich der Wettbewerber in naher Zukunft einer näher zu bezeichnenden wettbewerbswidrigen Maßnahme bedienen wird⁷⁹⁹. So begründet insbesondere derjenige eine Erstbegehungsgefahr, der sich des **Rechts berührt, bestimmte Wettbewerbshandlungen vornehmen zu dürfen**⁸⁰⁰. Dies gilt auch dann, wenn sich der potentielle Verletzer im Rahmen einer Rechtsverteidigung eines solchen Rechts berührt, es sei denn, dies erfolgt ausschließlich und erkennbar zur Verteidigung des früheren Verhaltens und zur Vermeidung einer entsprechenden Verurteilung⁸⁰¹.

⁷⁹⁴ BGH v. 24.2.1994 GRUR 1994, 516, 517 - *Auskunft über Notdienste*; zur für ihre Wirksamkeit auf einen bestimmten Tag hinausgeschobenen Unterwerfungserklärung vgl. OLG Karlsruhe v. 24.6.1998 NJWE-WettbR 1999, 116 f.

⁷⁹⁵ BGH v. 10.7.1997 WRP 1998, 296, 301 - *Der M.Markt packt aus*.

⁷⁹⁶ BGH v. 10.2.1994 GRUR 1994, 443, 445 - *Versicherungsvermittlung im öffentlichen Dienst*.

⁷⁹⁷ BGH v. 26.10.2000 GRUR 2001, 453, *TCM-Zentrum*; BGH v. 16.1.1992 GRUR 1992, 318, 320 - *Jubiläumverkauf*; BGH v. 19.3.199, GRUR 1998, 1045 - *Brennwertkessel*.

⁷⁹⁸ BGH v. 26.4.1990 GRUR 1990, 687, 688 - *Anzeigenpreis II*; v. 14.7.1993 GRUR 1994, 57, 58 - *Geld-zurück-Garantie*.

⁷⁹⁹ BGH v. 14.7.1993 GRUR 1994, 57, 58 - *Geld-zurück-Garantie*; s. aber BGH v. 15.4.1999 GRUR 1999, 1097 - *Preissturz ohne Ende*.

⁸⁰⁰ Vgl. schon BGH v. 30.10.1956 GRUR 1957, 342, 345 - *Underberg*; BGH v. 9.10.1986 GRUR 1987, 125, 126 - *Berühmung*; BGH v. 16.1.1992 GRUR 1992, 404, 405 - *Systemunterschiede*; BGH v. 06.07.1995 GRUR 1995, 595, 598 - *Kinderarbeit*.

⁸⁰¹ Vgl. BGH v. 19.3.1992 GRUR 1993, 53, 55 - *Ausländischer Inserent*; BGH v. 10.2.1994 GRUR 1994, 454, 456 - *Schlankheitswerbung*; BGH v. 15.10.1998 GRUR

Neben der Berühmung kann die Erstbegehungsgefahr auch durch andere Handlungen begründet werden, die die drohende Gefahr einer konkreten Verletzungsgefahr nahe legen, wie etwa die **Anmeldung von Markenrechten**, soweit dies ernstlich befürchten lässt, der Markeninhaber werde damit auf dem Markt geschäftlich tätig werden⁸⁰².

Im Unterschied zur Wiederholungsgefahr, der bereits eine konkrete Verletzungshandlung vorangegangen ist, sind an den auch hier möglichen **Fortfall der Erstbegehungsgefahr** weniger strenge Anforderungen zu stellen⁸⁰³. So entfällt beispielsweise die Erstbegehungsgefahr, wenn der Wettbewerber eine Berühmung eindeutig fallen lässt⁸⁰⁴ oder gegenüber dem Unterlassungsgläubiger eindeutig klarstellt, eine bestimmte Maßnahme nicht vorzunehmen, wie z.B. Aufgabe einer beabsichtigten Werbemaßnahme⁸⁰⁵.

In der Praxis empfiehlt sich bei konkreten Anhaltspunkten für eine zukünftige Begehung eine **Abmahnung**, so dass auf der Grundlage der Reaktion des potentiellen Verletzers Rückschlüsse auf eine Erstbegehungsgefahr gewonnen und belegt werden können, etwa weil die Abgabe einer entsprechenden Unterlassungsverpflichtung verweigert wird.

15.8 Der Beseitigungsanspruch (§ 8 Abs. 1 Satz 1 UWG)

Der wettbewerbsrechtliche Beseitigungsanspruch stellt die positive **Ergänzung zum Unterlassungsanspruch** dar. Während die Unterlassung auf die Vermeidung einer bestimmten zukünftigen Handlung gerichtet ist, bezieht sich der Beseitigungsanspruch auf ein bereits erfolgtes positives Tun, auf die Beseitigung der schon eingetretenen Folgen einer rechtswidrigen Verletzungshandlung⁸⁰⁶. Der Unterlassungsanspruch ist in die Zukunft auf Basis

1999, 418, 419 f. – *Möbelklassiker*; BGH v. 6.12.2001 GRUR 2002, 360, 366 – *H.I.V. Positive II*; OLG Karlsruhe v. 19.10.1995 NJWE-WettbR 1996, 108 - *Wir bauen um*; vgl. zum Klarstellungserfordernis die geänderte Rechtsauffassung BGH GRUR 2001, 1174, 1175 – *Berühmungsaufgabe*; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.20. zu § 8.

⁸⁰² BGH GRUR 2001, 1174, 1176 – *Berühmungsaufgabe*; BGH v. 17.3.1994 GRUR 1994, 530, 532 – *Beta*.

⁸⁰³ BGH v. 11.7.1991 GRUR 1992, 116, 117 - *Topfgucker-Scheck*.

⁸⁰⁴ BGH v. 9.10.1986 GRUR 1987, 125, 126 - *Berühmung* u. v. 11.7.1991 GRUR 1992, 116, 117 - *Topfgucker-Scheck*.

⁸⁰⁵ BGH v. 23.2.1989 GRUR 1989, 432, 434 - *Kachelofenbauer*; OLG Karlsruhe v. 19.10.1995 NJWE-WettbR 1996, 108 - *Wir bauen um*; v. 30.10.1997 GRUR 1998, 591 – *Monopräparate*.

⁸⁰⁶ BGH v. 28.9.1973 GRUR 1974, 99, 101 - *Brünova*; u. v. 23.2.1995 GRUR 1995, 424, 426 - *Abnehmerverwarnung*; vgl. auch BGH v. 21.2.1989 GRUR 1990, 997, 1001 f. -

der vorliegenden Verletzungshandlung gerichtet, während der Beseitigungsanspruch die noch vorhandenen aktuellen Wirkungen (**Stöorzustand**) aus der Welt schaffen soll⁸⁰⁷.

Der **Stöorzustand** muss **fortbestehen** und die zu seiner Beseitigung angestrebte Maßnahme muss geeignet und geboten sein. Damit unterliegt der Beseitigungsanspruch in besonderem Maße dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** des verlangten Mittels zu dem angestrebten Erfolg⁸⁰⁸. So kann eine bestimmte Maßnahme dann nicht verlangt werden, wenn eine für den Verletzer weniger einschneidende Maßnahme zur Störungsabwehr ausreicht⁸⁰⁹. Nach Köhler⁸¹⁰ soll der fahrlässig handelnde Verletzer bei unverhältnismäßigen Aufwendungen analog § 251 Abs. 2 BGB berechtigt sein, anstelle einer unverhältnismäßigen Beseitigung den Verletzten in Geld zu entschädigen. Ausfluss der Verhältnismäßigkeit ist es ferner, dass dann eine Beseitigung nur in angemessener Frist verlangt werden kann, wenn dem Schuldner die sofortige Beseitigung unmöglich oder unzumutbar wäre⁸¹¹.

Ebenso wie der Unterlassungsanspruch setzt auch der Beseitigungsanspruch **kein Verschulden** voraus. Insoweit ist ausreichend, dass der Verletzer jedenfalls zur Zeit der letzten Tatsachenverhandlung Kenntnis derjenigen Umstände hat, die sein Verhalten zu einem wettbewerbswidrigen machen⁸¹².

Das Verhältnis zwischen dem gesetzlich geregelten Unterlassungsanspruch einerseits und dem bisher nur gewohnheitsrechtlich anerkannten⁸¹³ Beseitigungsanspruch andererseits war streitig. Aufgrund der ausdrücklichen Normierung des Beseitigungsanspruchs in § 8 UWG neben dem Unterlassungsanspruch ist mit der herrschenden Meinung wegen der unterschiedlichen

Ethofumesat, dort zur Beseitigung des durch eine Patentverletzung ausgelösten Stöorzustandes; Köhler NJW 1992, 137, 139.

⁸⁰⁷ Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 22, Rz. 3; s. auch Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 1.71 f. zu § 8.

⁸⁰⁸ BGH v. 21.2.2002 GRUR 2002, 709 – *Entfernung der Herstellungsnummer III*; BGH v. 23.2.1995 GRUR 1995, 424, 426 – *Abnehmerverwarnung*; ausführlich Köhler, GRUR 1996, 82, 85 ff.

⁸⁰⁹ BGH v. 23.2.1995 GRUR 1995, 424, 426 – *Abnehmerverwarnung*.

⁸¹⁰ Köhler, GRUR 1996, 82, 86 f.

⁸¹¹ S. dazu Köhler, GRUR 1996, 82, 86 m.H.a. BGH v. 28.1.1977 GRUR 1977, 614, 616 – *Gebäudefassade*, in der der BGH zur Beseitigung einer wettbewerbsverletzenden Fassadenbemalung an zahlreichen Filialen eine Frist von 11 Monaten als angemessen angesetzt hat.

⁸¹² BGH v. 28.1.1977 GRUR 1977, 614, 615 – *Gebäudefassade*.

⁸¹³ *Großkomm.*/Köhler, UWG, Abschn. B, Rz. 125 vor § 13.

Zielrichtung davon auszugehen, dass **beide Ansprüche regelmäßig nebeneinander und unabhängig voneinander** gerichtlich verfolgt werden können⁸¹⁴. Die frühere Rechtsprechung kann auf den Beseitigungsanspruch aus § 8 UWG jedoch ohne Weiteres angewendet werden⁸¹⁵.

Nach der Art der Störung bestimmen sich **Inhalt und Umfang** des Beseitigungsanspruchs: So kann der Anspruch gerichtet sein auf **Vernichtung** wettbewerbswidrig hergestellter bzw. genutzter Produkte, sofern nicht die sonderschutzrechtlichen Vernichtungsansprüche (vgl. etwa § 140a PatG, § 24a GebrMG, § 18 MarkenG, § 99 UrhG, § 14a Abs. 3 DesignG) greifen⁸¹⁶. Ebenso kann er auf Vernichtung der für die wettbewerbswidrige Handlung eingesetzten Hilfsmittel (Vorrichtung, Werkzeuge) gerichtet sein⁸¹⁷. Wettbewerbswidriges Werbematerial ist zu vernichten; ist dieses schon an Dritte ausgeliefert, kann der Rückruf nur verlangt werden, wenn sich das Material noch in der Verfügungsgewalt des Störers befindet⁸¹⁸. Den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat der BGH nunmehr für den Bereich des § 18 MarkenG eingeschränkt und dort auch einen Anspruch auf Herausgabe zum Zwecke der Vernichtung zuerkannt⁸¹⁹.

Die Beseitigung kann auch in der Form der Löschung von Markeneintragungen erfolgen, wenn die Eintragung eine wettbewerbswidrige Behinderung i.S.d. § 1 UWG darstellt⁸²⁰, und zwar ggf. unabhängig von markenrechtlichen Ansprüchen⁸²¹. Ebenso kann etwa die **Rücknahme einer Markenmeldung**, die zu dem Stöorzustand einer unberechtigten Eintragung führen kann, außer mit einer Unterlassungsklage parallel mit einer Beseitigungsklage geltend gemacht werden⁸²².

⁸¹⁴ Teplitzky, WRP 1984, 365, 368; vgl. auch *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.71 f. zu § 8; *Harte/Henning/Seitz*, UWG, Rz.105 zu § 8.

⁸¹⁵ Vgl. auch die amtl. Begründung in BT-Drs. 15/1487, S. 22.

⁸¹⁶ Vgl. *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 25, Rz. 2 ff.

⁸¹⁷ Vgl. BGH v. 4.2.1993 WRP 1993, 396 – *Maschinenbeseitigung*.

⁸¹⁸ BGH v. 3.5.1974 GRUR 1974, 666, 669 – *Reparaturversicherung*; zur Zumutbarkeit s. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.85 u.1.88 zu § 8 ; *Harte/Henning/Seitz*, UWG, Rz.127 f. zu § 8.

⁸¹⁹ Vgl. BGH v. 10.4.1997 WRP 1997, 1189, 1191 – *Vernichtungsanspruch*.

⁸²⁰ OLG Karlsruhe v. 18.12.1996 GRUR 1997, 373, 374 f. – *NeutralRed*.

⁸²¹ Vgl. OLG Köln v. 13.6.1997 WRP 1997, 872 f. – *Spring/Swing*; vgl. auch BGH v. 4.2.1993 GRUR 1993, 556, 557 f. – *TRIANGLE* u.v. 1.7.1993, GRUR 1993, 972, 974 – *Sana/Schosa* u. *Fezer*, MarkenR, Rz. 23 ff. zu § 50 MarkenG.

⁸²² Vgl. BGH v. 4.2.1993 GRUR 1993, 556, 558 – *TRIANGLE*.

Bei einer wettbewerbswidrigen Abnehmerverwarnung kann der Beseitigungsanspruch auf die Verpflichtung des Abmahnenden zu aufklärenden Hinweisen gegenüber den Adressaten gerichtet sein⁸²³.

Auf angebliche Wettbewerbsverstöße gestützte **unzulässige Abmahnungen** lösen nur Unterlassungs-, nicht aber Beseitigungsansprüche aus, es sei denn, diese sind an Dritte (Abnehmer) oder sonst an die Öffentlichkeit gerichtet⁸²⁴. Allerdings gilt auch hier die Notwendigkeit einer Abwägung der Interessen beider Parteien⁸²⁵.

Diese Grundsätze betreffen auch den **Widerrufsanspruch** bei geschäftsschädigenden bzw. ehrverletzenden Äußerungen. Nach der Rechtsprechung setzt der Widerrufsanspruch die Behauptung einer unrichtigen Tatsache voraus, betrifft also grundsätzlich nicht Werturteile oder richtige Tatsachen⁸²⁶.

15.9 Der Schadensersatzanspruch

Zur Abrundung des wettbewerbsrechtlichen Rechtsschutzes ist es notwendig, dem Verletzten auch einen Anspruch auf Ersatz des ihm entstandenen Schadens gegenüber dem Verletzer zuzubilligen. Schadensersatzansprüche können sich insoweit aus §§ 3 bis 7 UWG iVm § 9 UWG ergeben. Im Verhältnis zu den allgemeinen zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen (§§ 823 ff. BGB) ergibt sich eine Anspruchskonkurrenz.

15.9.1 Gläubiger des Schadensersatzanspruches

Gläubiger des wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzanspruches ist der **unmittelbar verletzte Mitbewerber**. Ein Schadensersatzanspruch des nur mittelbar Geschädigten besteht damit grundsätzlich nicht⁸²⁷. Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen sind ebenso wenig wie Verbraucherver-

⁸²³ Vgl. BGH v. 23.2.1995 GRUR 1995, 424, 426 f. – *Abnehmerverwarnung*.

⁸²⁴ Vgl. etwa BGH v. 8.2.1963 WRP 1965, 97, 99 – *Kaugummikugeln*, v. 30.10.1962 GRUR 1963, 197, 199 – *Zahnprothesen-Pflegemittel*; OLG Frankfurt v. 5.12.1974 GRUR 1975, 492, 493 f. – *Kenitex*.

⁸²⁵ Vgl. BGH v. 10.12.1969 GRUR 1970, 254, 256 – *Remington* u.v. 12.3.1992 GRUR 1992, 527, 528 – *Plagiatsvorwurf II*.

⁸²⁶ BGH v. 12.3.1992 GRUR 1992, 527, 528 – *Plagiatsvorwurf II*; ausf. dazu *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.97 zu § 8.

⁸²⁷ *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 31, Rz. 3; a.A. anscheinend *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.9 zu § 9.

bände zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen berechtigt⁸²⁸. Dies ergibt sich schon aus dem eindeutigen Wortlaut von § 9 UWG wie aber auch aus § 8 Abs. 3 Nrn. 2 und 3 UWG, als darin ausdrücklich nur auf die Ansprüche aus § 8 Abs. 1 UWG (Unterlassung und Beseitigung) Bezug genommen wird. Soweit den Verbänden Kosten der Rechtsverfolgung entstehen, etwa Abmahnkosten, sind diese nicht als Schadensersatz, sondern aufgrund der Anspruchsgrundlage des § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG zu erstatten.

15.9.2 Schuldner des Schadensersatzanspruches

Der Schuldner des Schadensersatzanspruches bestimmt sich im Grundsatz nach den gleichen Regeln wie beim Unterlassungsanspruch. Eine Ausnahme gilt jedoch für die Haftung des Unternehmensinhabers aus § 8 Abs. 2 UWG; denn diese Sonderbestimmung gilt nur für eine Haftung auf Unterlassung und Beseitigung, nicht aber für eine Schadensersatzpflicht⁸²⁹.

15.9.3 Verletzungshandlung

Auch der Schadensersatzanspruch erfordert eine Verletzungshandlung, d.h. eine tatsächlich stattgefundene Zuwiderhandlung gegen die Bestimmungen des UWG.

15.9.4 Rechtswidrigkeit und Kausalität

Die Verletzungshandlung muss gerade auch bei Geltendmachung eines Schadens rechtswidrig sein.

Ferner muss der geltend gemachte Schaden adäquat kausal durch die Verletzungshandlung verursacht sein⁸³⁰. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn bei pflichtgemäßem Handeln des Verletzers der Schaden nicht eingetreten

⁸²⁸ Vgl. *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 31, Rz. 7 f.; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz 1.11 zu § 9; vgl. auch BGH v. 15.10.1969 GRUR 1970, 189 f. - *Fotowettbewerb*; siehe aber zur Fähigkeit der Verbände einen Beseitigungsanspruch geltend zu machen BGH v. 26.11.1997 GRUR 1998, 415 – *Wirtschaftsregister*.

⁸²⁹ BGH v. 18.10.2001 GRUR 2002, 618, 619 – *Meißner Dekor*, vgl. zur abzulehnenden Haftung des Franchisegebers für Verhalten des Franchisenehmers BGH v. 6.4.2000 WRP 2000, 1263 - *Neu in Bielefeld I*.

⁸³⁰ BGH v. 5.11.1987 GRUR 1988, 313, 314 - *Auto F. GmbH; Großkomm./Köhler*, Abschn. B, Rz. 269 ff. vor § 13.

wäre⁸³¹. Nach allgemeinen zivilrechtlichen Kausalitätsgrundsätzen können nur solche Schäden geltend gemacht werden, die dem Verletzten durch Missachtung einer ihn konkret schützenden Norm entstanden sind⁸³².

15.9.5 Verschulden

Der Schadensersatzanspruch setzt im Gegensatz zum Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch ein Verschulden des Verletzers voraus⁸³³. Eine Ausnahme besteht nur für die verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung nach § 4 Nr.2 UWG im Falle der Haftung wegen Anschwärzung⁸³⁴.

Entsprechend allgemeinem Zivilrecht sind die Schuldformen Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276 BGB).

Vorsätzlich handelt, wer in Kenntnis aller die Wettbewerbswidrigkeit ausmachenden Tatumstände und dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit seines Handelns die Verwirklichung des Tatbestandes will⁸³⁵. Dabei reicht es aus, wenn der Handelnde die Möglichkeit des Erfolgeintritts billigend in Kauf nimmt. Den Hauptanwendungsfall bildet die Schuldform der **Fahrlässigkeit**. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt (§ 276 Abs. 1 Satz 2 BGB), sei es in besonders schwerem Maße (grobe Fahrlässigkeit) oder in leichter, gewöhnlicher Weise (einfache Fahrlässigkeit)⁸³⁶.

Ein **Rechtsirrtum** ist nur dann entschuldigt, wenn der irrig Handelnde bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte⁸³⁷. Bei einer zweifelhaften Rechtsfrage darf er das Risiko nicht dem anderen Teil zuschieben⁸³⁸. Folglich handelt auch der fahrlässig, der sich erkennbar in einem Grenzbe-

⁸³¹ BGH v. 23.10.1951 BGHZ 3, 261, 267 - *Schleuse* u. v. 2.7.1957 BGHZ 25, 86, 88 - *Bauchoperation*.

⁸³² *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.13 ff. zu § 9.

⁸³³ Allgem. Ansicht, z.B. BGH v. 26.4.1990 GRUR 1990, 1012, 1014 - *Pressehaftung*; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.17 ff. zu § 9.

⁸³⁴ So *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 8.26 zu § 4.

⁸³⁵ *Großkomm./Köhler*, Abschn. B, Rz. 276 vor § 13; vgl. allgem. *Palandt/Heinrichs*, BGB, Rz. 10 f. zu § 276.

⁸³⁶ Vgl. zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit BGH v. 2.10.2003 GRUR 2004, 162, 163 - *Irreführende Werbung gegenüber Kapitalanlegern*.

⁸³⁷ BGH v. 14.12.1995 GRUR 1996, 271, 275 - *Gefärbte Jeans*.

⁸³⁸ BGH v. 10.10.1989 GRUR 1990, 474, 476 - *Neugeborenentransporte*.

reich des rechtlich zulässigen bewegt, in welchem er eine von der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit des fragwürdigen Vorgehens in Betracht ziehen muss⁸³⁹. Bei Zweifeln an der Rechtmäßigkeit des Vorgehens darf dieses nicht einfach auf die günstigere Rechtsansicht gestützt werden⁸⁴⁰; erst dann ist die Beachtung der dem Handelnden obliegenden Sorgfaltspflicht zu bejahen, wenn es sich um die Beurteilung eines rechtlich schwierigen Sachverhalts handelt, für den die Rechtsprechung im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung noch keine festen Grundsätze entwickelt hatte und der Handelnde sich für seine Auffassung auf namhafte Vertreter im Schrifttum und/oder auf gerichtliche Entscheidungen berufen konnte⁸⁴¹.

Trifft den Geschädigten bei der Schadensentstehung ein **Mitverschulden**, bestimmen sich die Auswirkungen nach allgemeinen Grundsätzen (§ 254 BGB). Ein Mitverschulden kann in Abwägung aller Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Maßes der beiderseitigen Verursachung dazu führen, dass eine (prozentuale) Schadensteilung angemessen ist bzw. es bei der vollen Haftung des Verletzers bleibt oder - im Ausnahmefall - eine Ersatzpflicht zu Lasten des Geschädigten ganz entfällt. So hat die höchstrichterliche Rechtsprechung nur in Ausnahmefällen einen völligen Ausschluss der Ersatzpflicht angenommen, etwa im Falle der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung dann, wenn dem Verwarnten zum Vorwurf gemacht werden muss, dass er der Verwarnung voreilig nachgegeben hat⁸⁴². Ein Mitverschulden trifft den Verletzten auch, wenn ihm ein provozierendes Verhalten anzulasten ist, insbesondere, wenn dies geeignet erscheint, den Verletzer zu Überreaktionen zu veranlassen⁸⁴³.

15.9.6 Art und Umfang des Schadensersatzes

Art und Umfang des Schadensersatzes bestimmen sich nach den §§ 249 ff. BGB⁸⁴⁴. Die Wiederherstellung des Zustandes, der ohne die Wettbewerbs-

⁸³⁹ BGH v. 23.5.1990 GRUR 1990, 1035, 1038 - *Urselters II*.

⁸⁴⁰ BGH v. 5.7.2001 GRUR 2002, 248, 252 – *Spiegel-CD-ROM*; BGH v. 6.7.1995 GRUR 1995, 744, 749 - *Feuer, Eis & Dynamit I*.

⁸⁴¹ BGH v. 14.12.1995 GRUR 1996, 271, 275 - *Gefärbte Jeans*.

⁸⁴² Vgl. BGH v. 17.4.1997 WRP 1997, 957, 959 m.w.N. – *Chinaherde*.

⁸⁴³ BGH v. 24.2.1994 GRUR 1994, 447, 449 - *Sistierung v. Aufträgen*; vgl. i.Ü. *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 30, Rz. 25 ff.

⁸⁴⁴ Begründung des Regierungsentwurfs zum UWG zu § 9, BT-Drs. 15/1487, S. 23.

verletzung eingetreten wäre (**Naturalrestitution** i.S. des § 249 Satz 1 BGB) ist in der Praxis der Ausnahmefall. Diesen hat die Rechtsprechung etwa in Form eines Beschäftigungsverbotes bei rechtswidrig abgeworbenen und eingestellten Arbeitnehmern anerkannt, um so den in rechtswidriger Weise erzielten Wettbewerbsvorsprung wieder auszugleichen⁸⁴⁵.

Im Regelfall geht der Schadensersatzanspruch auf **Geldersatz** (§ 249 Satz 2 BGB).

Als Schaden kommen damit einmal die Aufwendungen des Verletzten in Betracht, die er zur Verfolgung seiner Interessen bzw. zur Abwehr des unlauteren Wettbewerbsverhaltens aufgewendet hat (**Rechtsverfolgungskosten**). Dazu gehören die Aufwendungen für eine vorprozessuale Abmahnung (Anwaltskosten usw.)⁸⁴⁶, ferner die sonstigen Aufwendungen aus der außgerichtlichen Geltendmachung der wettbewerbsrechtlichen Ansprüche, schließlich die Prozesskosten.

Problembehaftet ist der Bereich eines sog. **Marktverwirrungsschadens**⁸⁴⁷. An die Wahrscheinlichkeit eines solchen Schadens stellt die Rechtsprechung keine hohen Anforderungen⁸⁴⁸. Davon sind auch konkrete Positionen im Rahmen von Aufwendungen des Verletzten betroffen, mit denen er eine zu seinem Nachteil wirkende und auf der Verletzungshandlung beruhende Schadensentwicklung im Markt möglichst frühzeitig zu kompensieren versucht⁸⁴⁹. Hierzu zählen insbesondere Kosten gezielter Aufklärungs- und/oder Werbemaßnahmen des Betroffenen (z.B. Anzeigenschaltungen) zum Zweck der Richtigstellung schädigender Werbemaßnahmen⁸⁵⁰. Allerdings müssen derartige aufklärende Gegenmaßnahmen einen erkennbaren Bezug zur Verletzungshandlung aufweisen, objektiv geeignet und erforderlich zur Aufklärung sein, so dass z.B. Kosten von „Gegenanzeigen“ nur in Ausnahmefällen er-

⁸⁴⁵ BGH v. 23.4.1975 GRUR 1976, 306, 307 – *Baumaschinen*.

⁸⁴⁶ BGH v. 26.4.1990 GRUR 1990, 1012, 1014 f. – *Pressehaftung* u. v. 4.3.1982 GRUR 1982, 489 – *Korrekturflüssigkeit*; *Henning/Harte/Goldmann*, § 9 Rz. 92 ff.

⁸⁴⁷ Dazu ausführlich *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.30 ff. zu § 9; *Henning/Harte/Goldmann*, § 9 Rz. 112 f.

⁸⁴⁸ BGH v. 29.6.2000 GRUR 2000, 907 - *Filialeleiterfehler*; v. 6.4.2000 WRP 2000, 1266 - *Neu in Bielefeld II*; v. 24.5.2000 GRUR 2001, 78, 79 - *Falsche Herstellerpreisempfehlung*.

⁸⁴⁹ Vgl. BGH v. 4.3.1982 GRUR 1982, 489, 490 – *Korrekturflüssigkeit* u.v. 26.05.1988 GRUR 1988, 776, 779 – *PPC*.

⁸⁵⁰ Vgl. etwa BGH v. 4.3.1982 GRUR 1982, 489 – *Korrekturflüssigkeit*.

stattungsfähig sind⁸⁵¹. Dies trägt auch der Überlegung der Rechtsprechung Rechnung, dass Marktverwirrung zunächst nur ein Störungszustand ist, dem mit Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen begegnet werden kann⁸⁵².

Ein konkreter wirtschaftlicher Schaden des Verletzten kann sich in vielfältiger Weise ergeben z.B. durch Absatzrückgang⁸⁵³ oder eine sonstige Umsatzminderung. Entgangener Gewinn (§ 252 BGB) ist der Gewinn, der nach gewöhnlichem Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen des Einzelfalls mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden durfte⁸⁵⁴. Für den konkreten Schaden, insbesondere für die Gewinneinbuße, und für die Kausalität der wettbewerbswidrigen Handlung ist der Geschädigte beweispflichtig. Um dies zu erleichtern, gewährt die Rechtsprechung dem Schadensersatzgläubiger weitgehende Ansprüche auf Auskunft und Rechnungslegung sowie Erleichterungen bei der Beweisführung durch Schadensschätzung gem. § 287 ZPO, wobei sie an Art und Umfang der vom Geschädigten beizubringenden Schätzungsgrundlage nur geringe Anforderungen stellt⁸⁵⁵.

In den Fällen der wettbewerbswidrigen **Übernahme fremder Leistungen**, die nicht durch Sonderschutzrechte (Patent, Gebrauchsmuster usw.) geschützt sind, hat die Rechtsprechung die **Schadensberechnung auf dreierlei Weise** zugelassen⁸⁵⁶ und zwar in allen Fällen der wettbewerbswidrigen Leistungsübernahme und nicht nur in Fällen besonderer wettbewerblischer Eigenart des nachgeahmten Produktes⁸⁵⁷. Die Schadensberechnung kann dabei nicht nur konkret nach dem dem Verletzten **entgangenen Gewinn**, sondern auch nach einer der sog. objektiven Schadensberechnungsarten, also der Ermittlung einer fiktiven Lizenzgebühr (**Lizenzanalogie**)⁸⁵⁸ oder der **Herausgabe des Verletzergewinns**⁸⁵⁹ erfolgen. Der Verletzte hat das **Wahl-**

⁸⁵¹ BGH v. 26.04.1990 GRUR 1990, 1012, 1015 – *Pressehaftung*.

⁸⁵² BGH GRUR 2001, 841, 845 – *Entfernung der Herstellungsnummer II*; BGH v. 6.6.1991 GRUR 1991, 921, 923 – *Sahnesiphon*.

⁸⁵³ BGH v. 6.6.1991 GRUR 1991, 921, 923 – *Sahnesiphon*, dort aufgrund irreführender Angaben in einem an Abnehmer gerichteten Rundschreiben.

⁸⁵⁴ BGH v. 2.2.1995 GRUR 1995, 349, 352 - *Objektive Schadensberechnung*.

⁸⁵⁵ Vgl. BGH v. 17.6.1992 GRUR 1993, 55, 59 - *Tchibo/Rolox II*.

⁸⁵⁶ BGH v. 17.6.1992 GRUR 1993, 55, 59 - *Tchibo/Rolox II* 57 ff; v. 22.04.1993 GRUR 1993, 757, 758 ff. - *Kollektion Holiday*; v. 2.2.1995 GRUR 1995, 349, 351 f. - *Objektive Schadensberechnung*; v. 6.5.1999 NJWE-WettbR 1999, 249, 251 (vgl. dazu noch Vorinstanz OLG Karlsruhe v. 11.12.1996 ZIP 1997, 125, 127).

⁸⁵⁷ BGH v. 22.4.1993 GRUR 1993, 757, 758 ff. - *Kollektion Holiday*.

⁸⁵⁸ Vgl. BGH v. 17.6.1992 GRUR 1993, 55, 58 – *Tchibo/Rolox II*.

⁸⁵⁹ BGH v. 2.11.2000 GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.

recht zwischen den drei Berechnungsmethoden und sogar die Möglichkeit, auch noch während eines laufenden Zahlungsklageverfahrens zwischen den Berechnungsarten zu wechseln, da dieses Wahlrecht erst mit Erfüllung oder rechtskräftiger Zuerkennung des Anspruchs erlischt⁸⁶⁰.

Die Praxis bedient sich vorrangig der Methode der **Lizenzanalogie**. Die fiktive Lizenz setzt nicht voraus, dass bei korrektem Verhalten tatsächlich ein Lizenzvertrag zustande gekommen wäre⁸⁶¹.

15.10 Gewinnabschöpfungsanspruch

Im Vergleich zum UWG a.F. handelt es sich bei dem Gewinnabschöpfungsanspruch um eine neue Norm, die die zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen mit dem Ziel einer weiteren Verbesserung der Durchsetzung des Lauterkeitsrechts erweitert.

Anlass für den Gesetzgeber, den Gewinnabschöpfungsanspruch in § 10 UWG zu schaffen, war, dass das bisherige Recht Defizite bei sog. „**Streuschäden**“ hatte, d.h. bei Fällen, in denen durch wettbewerbswidriges Verhalten eine Vielzahl von Abnehmern geschädigt wurde, die Schadenshöhe im Einzelnen jedoch gering war, weshalb von einer Verfolgung oftmals abgesehen wurde. Der Anspruch dient insofern nicht dem Interessenausgleich, sondern der wirksamen Abschreckung.

§ 10 Abs. 1 UWG regelt die Anspruchsgrundlage. Der Tatbestand setzt eine **vorsätzliche Zuwiderhandlung** sowie eine **Gewinnerzielung auf Kosten einer Vielzahl von Abnehmern** voraus.

Anspruchsberechtigt sind nach **§ 10 Abs. 1 UWG** die nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs als berechtigt Aufgeführten.

Durch die wettbewerbswidrige Handlung muss der Zuwiderhandelnde einen **Gewinn auf Kosten einer Vielzahl von Abnehmern** erwirtschaftet haben. Hierzu zählen nicht nur Verbraucher, sondern **alle Marktteilnehmer**. Dies

⁸⁶⁰ BGH v. 17.6.1992 GRUR 1993, 55, 57 - *Tchibo/Rolox II*.

⁸⁶¹ BGH v. 17.6.1992 GRUR 1993, 55, 58 - *Tchibo/Rolox II*; v. 10.2.1994 GRUR 1994, 808, 811 - *Markenverunglimpfung*.

hat zur Folge, dass der **Sanktionsanspruch sich nicht nur gegen besonders gefährliche unlautere Wettbewerbshandlungen richtet**.

Durch das **Merkmal auf Kosten** ist klargestellt, dass der Anspruch etwa dann ausscheidet, wenn es zu keiner wirtschaftlichen Schlechterstellung der Abnehmer gekommen ist; die vom Zuwiderhandelnden **erbrachte Gegenleistung** ist also in die Betrachtung miteinzubeziehen, es sei denn, die Gegenleistung ist für die Abnehmer nicht mehr von Interesse (sog. **aufgedrängte Bereicherung**).

§ 10 Abs. 2 UWG regelt das **Verhältnis des Gewinnabschöpfungsanspruchs zu den individuellen Schadensersatzansprüchen** dahingehend, dass individuelle Ansprüche (etwa der Abnehmer oder Mitbewerber) **vorrangig zu befriedigen** sind. Dies hat zur Folge, dass derartige Zahlungen vom erzielten und über § 10 UWG abzuschöpfenden Gewinn abzuziehen sind. **Nicht abziehen** kann der Zuwiderhandelnde hingegen Kosten der auf Grund der Zuwiderhandlung geführten Rechtsstreitigkeiten.

§ 10 Abs. 3 UWG regelt den Fall, dass mehrere Berechtigte den Gewinn beanspruchen. Abs. 3 verweist insoweit auf die §§ 428 bis 430 BGB⁸⁶².

§ 10 Abs. 1 und 4 UWG bestimmt, dass der abgeschöpfte Gewinn letztlich dem **Bundshaushalt** zukommt; diese Zuordnung basiert auf der Überlegung, dass bei Zuordnung des abzuschöpfenden Gewinns an den/die Verletzten die Gefahr bestehen würde, dass er letztlich nur zur Einnahmeerzielung geltend gemacht würde.

15.11 **Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch**

15.11.1 **Auskunftsanspruch**

Der wettbewerbsrechtliche Auskunftsanspruch ist ein aus dem Prinzip von Treu und Glauben abgeleiteter **Hilfsanspruch** und hat gewohnheitsrechtlichen Rang⁸⁶³. Er dient zur Vorbereitung der Durchsetzung von wettbewerbsrechtlichen (Haupt-) Ansprüchen jeder Art, insbesondere von Schadensersatz-

⁸⁶² Dazu vertiefend *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 18 zu § 10.

⁸⁶³ BGH v. 17.5.2001 GRUR 2001, 841, 842 – *Entfernung der Herstellungsnummer II*; BGH v. 24.3.1994 GRUR 1994, 630, 632 – *Cartier-Armreif*.

satz-, Bereicherungs- und Beseitigungsansprüchen⁸⁶⁴. Der Verletzte kann vom Verletzer Auskunft über solche Tatsachen verlangen, über deren Bestehen er in entschuldbarer Weise im Ungewissen ist, deren Kenntnis aber im Wissensbereich des Verletzers liegt und von diesem mitgeteilt werden kann⁸⁶⁵.

Der **Inhalt** bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit⁸⁶⁶, wobei Art und Schwere der Rechtsverletzung ebenso von Bedeutung sind wie eine Abwägung der beiderseitigen Interessen⁸⁶⁷. Dabei kann der Verletzungsschuldner auch gezwungen sein, Geschäftsinterna und Geschäftsgeheimnisse zu offenbaren, wenn dies die Rechtsverfolgung des Verletzten oder der Schutz vor künftigen Beeinträchtigungen notwendig machen; dies gilt nicht, wenn die Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen in Anbetracht des Ausmaßes der wettbewerblichen Störung als unverhältnismäßig erscheint⁸⁶⁸.

Um berechtigten Geheimhaltungsinteressen Rechnung zu tragen, kann der Verletzte im Einzelfall geltend machen, die Auskunft nur an einen zur Berufsschwiegenheit verpflichteten Dritten z.B. Patentanwalt, Rechtsanwalt, Notar oder Wirtschaftsprüfer zu erteilen, der dann die Angaben auf ihre Richtigkeit bewertet und anonymisiert an den Verletzten weitergibt (sog. **Wirtschaftsprüfervorbehalt**)⁸⁶⁹. Der Wirtschaftsprüfervorbehalt kommt insbesondere in Betracht, wenn es um Namen und Anschriften von Kunden geht⁸⁷⁰, es sei denn, diese stellen aufgrund der Markt- und Vertriebsituation (z.B. gleicher Abnehmerkreis der Parteien) keine relevanten Geschäftsgeheimnisse dar⁸⁷¹.

⁸⁶⁴ BGH v. 24.3.1994 GRUR 1994, 630, 632 - *Cartier-Armreif*; BGH v. 21.12.1973 GRUR 1974, 351, 352 - *Frisiersalon*.

⁸⁶⁵ BGH v. 24.3.1994 GRUR 1994, 630, 632 - *Cartier-Armreif*; das Auskunftsverlangen darf aber nicht dazu dienen, erst die anspruchsbegründenden Tatsachen zu ermitteln, vgl. BGH v. 17.5.2001 GRUR 2001, 841, 844 - *Entfernung der Herstellungsnummer II*.

⁸⁶⁶ BGH v. 17.5.2001 GRUR 2002, 841, 843 - *Entfernung der Herstellungsnummer II*.

⁸⁶⁷ BGH v. 24.3.1994 GRUR 1994, 630, 633 - *Cartier-Armreif*; zum Verhältnis von Auskunfts- und Unterlassungsanspruch siehe BGH v. 29.6.2000 GRUR 2000, 907 - *Filialeleiterfehler*.

⁸⁶⁸ BGH v. 24.3.1994 GRUR 1994, 635, 637 - *Pulloverbeschriftung*.

⁸⁶⁹ Vgl. BGH v. 13.2.1981 GRUR 1981, 535 - *Wirtschaftsprüfervorbehalt*, vgl. auch v. 17.5.1994 GRUR 1994, 898, 900 - *Copolyester I*.

⁸⁷⁰ Vgl. BGH v. 13.2.1976 GRUR 1978, 52, 53 - *Fernschreibverzeichnisse*.

⁸⁷¹ OLG München v. 17.10.1996 Mitt. 1997, 100, 102 f.; der Wirtschaftsprüfervorbehalt kommt grds. im Bereich der selbständigen Drittauskunftsansprüche nach dem Produkt-

15.11.2 Rechnungslegungsanspruch

Der Rechnungslegungsanspruch ist im Prinzip eine spezielle Ausprägung des soeben dargelegten Auskunftsanspruches. So gründet er sich im wesentlichen auch auf die Regelung des § 259 BGB und nur ergänzend auf die des § 242 BGB⁸⁷². Rechnungslegung bedeutet dabei die Erteilung einer Abrechnung über Einnahmen und Ausgaben, die aus sich heraus verständlich und - soweit Belege üblicherweise zu geben sind - durch deren Vorlage zu belegen ist⁸⁷³.

Regelmäßig entfällt bei Wettbewerbsverletzungen ein Anspruch auf Rechnungslegung; insoweit besteht nur ein Auskunftsanspruch⁸⁷⁴. Erfolgt die Schadensberechnung in Fällen der Übernahme fremder Leistungen nach der Lizenzanalogie oder ist der Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns gerichtet, kommt dagegen eine Rechnungslegung zum Tragen⁸⁷⁵.

15.11.3 Eidesstattliche Versicherung

Besteht der begründete Verdacht der **Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit** der Angaben, kann zwar keine neue Auskunft bzw. Rechnungslegung verlangt werden; jedoch hat der Berechtigte nach **§§ 259 Abs. 2, 260 Abs. 2 BGB** einen Anspruch auf Abgabe einer Versicherung an Eides Statt. Dafür muss Grund zu der Annahme bestehen, dass der Pflicht zur Rechenschaftslegung nicht mit der erforderlichen Sorgfalt nachgekommen wird, etwa aufgrund widersprüchlicher Angaben oder abweichender vorprozessualer Einlassungen⁸⁷⁶. Noch nicht ausreichend ist, dass die begehrten Auskünfte bisher nicht gegeben worden sind⁸⁷⁷.

15.12 Sonstige Ansprüche

piraterieG nicht in Betracht, vgl. BGH GRUR 2002, 709, 713 – *Entfernung von Hersteller-
lernummer III*.

⁸⁷² BGH v. 28.10.1953 BGHZ 10, 385, 386f. – *Kalksteine*.

⁸⁷³ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 4.31 zu § 9; *Harte/Henning/Goldmann*, UWG, Rz.40 zu Vor § 8.

⁸⁷⁴ BGH v. 13.2.1976 GRUR 1978, 52, 53 – *Fernschreibverzeichnisse*.

⁸⁷⁵ BGH v. 23.1.1981 GRUR 1981, 517, 521 - *Rollhocker*; LG Oldenburg v. 31.1.1996 GRUR 1996, 481, 486 f. - *Subventions-Analyse-System*.

⁸⁷⁶ Vgl. BGH v. 24.3.1994 GRUR 1994, 630, 633 f. - *Cartier-Armreif*.

⁸⁷⁷ LG Oldenburg v. 31.1.1996 GRUR 1996, 481, 487 - *Subventions-Analyse-System*.

15.12.1 Recht zur Urteils-Veröffentlichung gem. § 12 Abs.3 UWG

Eine Veröffentlichung eines Strafprozess- oder Zivilurteils gegen einen Mitbewerber ist nicht von vornherein gestattet⁸⁷⁸.

Für den Fall eines zivilrechtlichen Wettbewerbsstreits kann diejenige **Partei**, die **obsiegt** (Kläger oder Beklagter) nach § 12 Abs. 3 UWG beantragen, ihr die Befugnis zuzusprechen, „das Urteil“ innerhalb einer bestimmten Frist auf Kosten der unterliegenden Partei öffentlich **bekanntzumachen**. Entgegen dem Wortlaut betrifft dies nicht nur Unterlassungsklagen, sondern auch wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten, in denen anstelle einer zulässigen Unterlassungsklage eine Beseitigungs- oder Schadensersatzklage erhoben wird⁸⁷⁹. Ein dahingehender Antrag kann in besonderen Ausnahmefällen auch im einstweiligen Verfügungsverfahren gestellt werden, jedenfalls, soweit hierüber durch Urteil entschieden wird⁸⁸⁰.

Darüber hinaus hat die Rechtsprechung analog § 1004 BGB bzw. im Falle eines schuldhaften Handelns gem. § 249 Satz 1 BGB **auch bei Verletzungshandlungen** die - wie Verstöße gegen § 14 MarkenG - **nicht** unmittelbar **unter das UWG fallen**, die Veröffentlichungsbefugnisse als geeignetes und angemessenes Mittel anerkannt, um einer noch andauernden Störung der Rechte des Verletzten entgegenzuwirken⁸⁸¹. Dies gilt sogar für den außerwettbewerblichen Bereich des zivilrechtlichen Ehrenschatzes bei rufschädigenden Meinungsäußerungen bzw. nachweislich unwahren Tatsachenbehauptungen⁸⁸². Eine Veröffentlichungsbefugnis kann - über § 12 Abs. 3 UWG hinaus - auch insoweit in Betracht kommen, als der Verletzer eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben hat und die Veröffentli-

⁸⁷⁸ Zum Recht der Urteilsveröffentlichung nach § 103 Abs. 1 UrhG vgl. BGH v. 18.12.1997 GRUR 1998, 568, 570 - *Beatles-Doppel-CD*.

⁸⁷⁹ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 4.3 f. zu § 12.

⁸⁸⁰ Streitig, vgl. *Nirk/Kurtze*, Wettbewerbsstreitigkeiten, Rz. 37; *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 26, Rz. 26 f.; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 4.4 u. 4.9 zu § 12.

⁸⁸¹ BGH v. 25.11.1986 GRUR 1987, 189 - *Veröffentlichungsbefugnis beim Ehrenschatz m.w.N.*; s. auch *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 4.5 zu § 12.

⁸⁸² BGH v. 25.11.1986 GRUR 1987, 189 - *Veröffentlichungsbefugnis beim Ehrenschatz u.v.* 12.3.1992 GRUR 1992, 527, 529 - *Plagiatsvorwurf II*.

chung erforderlich ist, um die rechtswidrig verursachte Störung zu beseitigen⁸⁸³.

Wird eine Veröffentlichungsbefugnis nach **§ 12 Abs.3 UWG** beantragt, entscheidet das Gericht darüber nach pflichtgemäßen Ermessen⁸⁸⁴. Im Rahmen der **Interessenabwägung** berücksichtigt das Gericht nicht nur die wechselseitigen Interessen der Parteien, sondern auch das Aufklärungsinteresse der Allgemeinheit⁸⁸⁵.

Im Urteil sind **Art und Umfang der Bekanntmachung** zu bestimmen (**§ 12 Abs. 3 Satz 2 UWG**). Bei einer Verletzung durch eine Druckschrift darf beispielsweise die Bekanntmachung in der Regel auch nur dort, wenn auch in gleicher Aufmachung und Qualität, erfolgen. Das Gericht kann die Veröffentlichungsbefugnisse hinsichtlich des Umfangs z.B. auf die Urteilsformel oder sogar nur einen Teil hiervon beschränken, wenn die beschränkte Bekanntmachung dem maßgeblichen Interesse des Verletzten genügt⁸⁸⁶.

Wird eine gerichtliche Entscheidung, aus der Name und Anschrift der Prozessparteien zu entnehmen sind, Dritten (Mitbewerbern, Kunden usw.) übermittelt, kann dies einen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen (§ 823 Abs. 1 BGB) und zugleich unlauter i.S.d. § 3 UWG sein⁸⁸⁷.

⁸⁸³ Vgl. BGH v. 14.12.1966 GRUR 1967, 362, 366 - *Spezialsalz*; bestätigt v. BGH v. 25.11.1986 GRUR 1987, 189 - *Veröffentlichungsbefugnis beim Ehrenschutz*.

⁸⁸⁴ BGH v. 14.4.1961 GRUR 1961, 538, 541 - *Feldstecher*.

⁸⁸⁵ BGH v. 14.4.1961 GRUR 1961, 538, 541 - *Feldstecher*.

⁸⁸⁶ BGH v. 12.3.1992 GRUR 1992, 527, 529 - *Plagiatsvorwurf II; Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 4.13 zu § 12.

⁸⁸⁷ OLG Koblenz v. 8.11.1988 WRP 1989, 43, 44 - *Verbreitung einer gerichtlichen Entscheidung*; vgl. auch OLG Karlsruhe v. 22.6.1988 WRP 1989, 40, 42 - *Veröffentlichung nicht anonymisierter Urteile*.

15.13 Verjährung/Verwirkung

15.13.1 Verjährung (§ 11 UWG)

Die Verjährungsvorschrift des § 11 UWG wurde weitgehend an § 199 BGB angeglichen. Es bleibt daher inhaltlich bei der kurzen Verjährungsfrist des § 21 UWG a.F. (Ausnahme: Gewinnabschöpfung § 10 UWG).

Gem. **§ 11 Abs. 1 UWG** verjähren die sich aus dem UWG ergebenden Ansprüche auf Unterlassung, Schadensersatz bzw. Ersatz der Kosten für eine berechtigte Abmahnung **in 6 Monaten** von dem Zeitpunkt an, in welchem der Anspruch entstanden ist (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 UWG) und der Anspruchsberechtigte von der Handlung und von der Person des Verpflichteten **Kenntnis erlangt** hat (§ 11 Abs. 2 Nr. 2 UWG); unabhängig von der Kenntnis verjähren die Ansprüche nach den Bestimmungen des § 11 Abs. 3 und 4 UWG, d.h. Schadensersatzansprüche verjähren ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung, spätestens in dreißig Jahren von der den Schaden auslösenden Handlung an (Abs. 3), und andere Ansprüche (wie zum Beispiel der Gewinnabschöpfungsanspruch aus § 10 UWG) verjähren ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in drei Jahren von ihrer Entstehung an (Abs. 4).

Diese spezielle Verjährungsvorschrift erfasst **alle Ansprüche aus dem UWG**, also insbesondere Unterlassungs-, Schadensersatz- sowie Beseitigungs- und Widerrufsansprüche⁸⁸⁸. Die kurze Verjährungsfrist nach § 11 Abs. 1 UWG gilt auch dann, wenn in dem Verstoß gegen Vorschriften des UWG zugleich eine **unerlaubte Handlung i.S.d. § 823 BGB** liegt, etwa als Eingriff in den eingerichteten ausgeübten Gewerbebetrieb (§ 823 Abs. 1 BGB) oder wegen Verletzung des UWG als Schutzgesetz nach § 823 Abs. 2 BGB; in diesen Fällen wird die längere Verjährung des § 852 BGB durch § 11 Abs. 1 UWG verdrängt⁸⁸⁹.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung erfasst die kurze Verjährungsfrist **auch vertragliche Unterlassungsansprüche**, soweit diese Ansprüche den durch dieselbe Wettbewerbshandlung ausgelösten gesetzlichen Ansprü-

⁸⁸⁸ BGH v. 28.9.1973 GRUR 1974, 99, 100 – *Brünova*.

⁸⁸⁹ Ständ. Rspr., z.B. BGH v. 28.9.1973 GRUR 1974 (Fn. 888).

chen entsprechen⁸⁹⁰. Auch Ansprüche auf **Erstattung von Kosten** einer wettbewerbsrechtlichen Abmahnung verjähren nach § 11 Abs. 1 UWG⁸⁹¹.

Eine **Ausnahme** gilt allerdings bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung; ergeben sich aus dem Wettbewerbsverstoß zugleich Ansprüche aus §§ 824, 826 BGB, verbleibt es insoweit bei der Verjährungsfrist des § 852 BGB⁸⁹². Soweit (auch) Ansprüche aus Patent-, Gebrauchsmuster-, Design- und Halbleiterschutzrecht bestehen, gelten die in diesen Spezialgesetzen enthaltenen Verjährungsvorschriften selbständig, werden also nicht durch die kurze Verjährung des § 11 Abs. 1 UWG verdrängt.

Die für den Beginn der Verjährung (§ 11 Abs. 2 UWG) maßgebliche **Kenntnis** ist erst dann gegeben, wenn die Tatsachen so vollständig und sicher bekannt sind, dass sie einen einigermaßen sicheren Klageerfolg versprechen⁸⁹³. An einer Kenntnis fehlt es beispielsweise dann, wenn der Wahrheitsgehalt von Werbeangaben erst eine Untersuchung bzw. Analyse des Produktes erfordert⁸⁹⁴. Für den Schadensersatzanspruch beginnt die Verjährung nicht vor dem Zeitpunkt, in welchem ein Schaden entstanden ist (§ 11 Abs. 3 UWG). Insoweit reicht es aus, wenn erst ein Teil des Schadens eingetreten ist, da der gesamte aus einer Wettbewerbshandlung entstehende Schaden als Einheit anzusehen ist⁸⁹⁵. Die Ungewissheit über Umfang und Höhe des Schadens steht daher dem Beginn der Verjährung nicht entgegen⁸⁹⁶.

Die (seltene) Anrufung einer Einigungsstelle gem. § 15 UWG hemmt die Verjährung⁸⁹⁷ (vgl. § 15 Abs. 9 Satz 1 UWG). Da streitig ist, ob die Verjährungshemmung zugunsten des Anspruchsinhabers auch dann eintritt, wenn die Einigungsstelle vom Verletzer angerufen wird, empfiehlt es sich für den Anspruchsberechtigten immer, bei Durchführung eines Einigungsstellen-

⁸⁹⁰ BGH v. 12.7.1995 GRUR 1995, 678, 680 - *Kurze Verjährungsfrist*; einschränkend Köhler, GRUR 1996, 231 ff.; zur Kündigungsmöglichkeit vgl. BGH GRUR 2001, 85 - *Altunterwerfung IV*.

⁸⁹¹ BGH v. 26.9.1991 GRUR 1992, 176, 177 - *Abmahnkostenverjährung*.

⁸⁹² BGH v. 26.9.1991 GRUR 1992, 176, 177 - *Abmahnkostenverjährung* m.H.a. BGH v. 26.1.1984 GRUR 1984, 820, 822 - *Intermarkt II*.

⁸⁹³ BGH v. 19.5.1988 GRUR 1988, 832, 834 - *Benzinwerbung*; insoweit wird die Rechtsprechung zu § 199 BGB zu beobachten sein.

⁸⁹⁴ Vgl. BGH v. 19.5.1988 GRUR 1988, 832, 834 - *Benzinwerbung*.

⁸⁹⁵ BGH v. 27.4.1995 GRUR 1995, 608, 609 - *Beschädigte Verpackung II*.

⁸⁹⁶ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.31 zu § 11.

⁸⁹⁷ Vgl. dazu OLG Köln v. 6.6.1997 NJWE-WettbR 1997, 282, 284 - *Bayrischer Biergarten*.

verfahrens auf Initiative des Verletzers sich dem Antrag auf Durchführung ausdrücklich anzuschließen. Die herrschende Meinung nimmt eine Verjährungshemmung bei Anrufung der Einigungsstelle durch den Schuldner/Verletzer nur an, wenn der Anspruchsgläubiger dem zugestimmt hat⁸⁹⁸.

Die Einrede der Verjährung kann sich in besonders gelagerten Fällen nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) als **unzulässige Rechtsausübung** darstellen. Dies gilt beispielsweise dann, wenn vor Ablauf der Verjährung auf die Einrede der Verjährung bis zu einem bestimmten Termin bzw. Ereignis (z.B. Abschluss der streitigen Verhandlung) verzichtet wird⁸⁹⁹.

15.13.2 Verwirkung

Neben der Verjährung kann im Einzelfall eine **Verwirkung** zum Tragen kommen. Dieser Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) liegt dann vor, wenn der Anspruchsberechtigte über einen längeren Zeitraum untätig geblieben ist, obwohl er den Verstoß kannte oder bei der gebotenen Wahrung seiner Interessen erkennen musste, so dass der Verpflichtete mit der Duldung seines Verhaltens durch etwaige Berechtigte rechnen durfte⁹⁰⁰ und hierdurch einen wertvollen Besitzstand erlangt hat⁹⁰¹.

Entgegen immer wieder geäußerten Hinweisen⁹⁰², spielt das Rechtsinstitut der Verwirkung im Wettbewerbsrecht im Hinblick auf die kurze Verjährungsfrist des § 11 UWG und die restriktive Rechtsprechung zu § 3 UWG keine wesentliche Rolle mehr. Die frühere Relevanz im Bereich des Kennzeichenrechts⁹⁰³ ist durch die neugeschaffenen gesetzlichen **Verwirkungstatbestände der §§ 21, 51 Abs. 2 MarkenG** relativiert worden. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung unterliegen Ansprüche aus § 3 UWG wegen

⁸⁹⁸ Vgl. *Henning/Harte/Retzer*, UWG, § 15 Rz. 50; *Großkomm./Köhler*, UWG, § 27a Rz. 142; *Melullis*, Handbuch Wettbewerbsprozess, Rz. 87; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 34 zu § 15; *Köhler*, WRP 1991, 617, 620; *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 42, Rz. 48 f.; a.A. OLG Koblenz v. 8.3.1988 GRUR 1988, 566.

⁸⁹⁹ Vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, Überbl v § 194 Rz. 16 ff. m.w.N.

⁹⁰⁰ Vgl. zum Duldungsanschein BGH v. 7.11.2003 GRUR 2003, 628, 630 – *Klosterbrauerei*.

⁹⁰¹ Zur Gesamtwürdigung der einzelnen Voraussetzungen vgl. BGH v. 19.12.2000 GRUR 2001, 323, 327 – *Temperaturwächter*; BGH v. 23.9.1992 GRUR 1993, 151, 153 – *Univertitätseblem*, dort zur ungestörten Fortbenutzung einer fremden Bezeichnung.

⁹⁰² Vgl. etwa *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 2.17 zu § 11.

⁹⁰³ Vgl. dazu etwa BGH v. 26.5.1988 GRUR 1988, 776, 778 – *PPC*; v. 26.9.1991 GRUR 1992, 45, 48 – *Cranpool*; *Harte/Henning/Bergmann*, UWG, Rz. 48 zu Vor § 8.

der hier berührten Interessen der Allgemeinheit grundsätzlich nicht der Verwirkung⁹⁰⁴. Gleiches gilt für Ansprüche aus § 1 UWG aF, soweit allgemeine Interessen berührt sind⁹⁰⁵.

Wesentliche Anwendungsbereiche für eine Verwirkung sind danach **Dauer-tatbestände**, etwa eine über viele Jahre vom Berechtigten nicht beanstandete unlautere sklavische Nachahmung, da bei solchen Dauerhandlungen die Verjährung erst mit Beendigung der Dauerhandlung beginnt. Praktische Bedeutung hat die Verwirkung auch im Bereich der Vertragsstrafenansprüche, wenn der Berechtigte erst mehrere Jahre nach der Zuwiderhandlung gegen eine strafbewehrte Unterwerfungserklärung seinen Zahlungsanspruch geltend macht⁹⁰⁶.

⁹⁰⁴ BGH v. 23.6.1994 GRUR 1994, 844, 846 - *Rotes Kreuz*, v. 7.3.1991 GRUR 1991, 848, 850 - *Rheumalind II* u. v. 17.10.1984 GRUR 1985, 140, 141 - *Größtes Teppichhaus der Welt*.

⁹⁰⁵ Vgl. BGH v. 14.3.1985 GRUR 1985, 930, 931 - *JUS-Steuerberatungsgesellschaft*.

⁹⁰⁶ S. dazu OLG Frankfurt v. 13.6.1996 GRUR 1996, 996 - *Verwirkung des Vertragsstrafeanspruchs*.

16 RECHTSVERFOLGUNG

16.1 Abmahnung/Verwarnung (§ 12 Abs. 1 UWG)

16.1.1 Zweck

Mit der Abmahnung (auch Verwarnung genannt) soll dem potentiellen Verletzer im vorprozessualen Stadium Gelegenheit gegeben werden, den vom Abmahnenden geltend gemachten Wettbewerbsanspruch zur Vermeidung eines Rechtsstreits anzuerkennen und insbesondere durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung sein wettbewerbswidriges Verhalten zukünftig zu unterlassen (§ 12 Abs. 1 Satz 1 UWG)⁹⁰⁷. Die praktische Bedeutung ist groß, da erfahrungsgemäß rund **90% der Wettbewerbsstreitigkeiten außergerichtlich beigelegt** werden⁹⁰⁸.

Die Abmahnung hat letztlich **Vorteile** für beide Beteiligten. Für den **Verletzten** liegt der Vorteil insbesondere darin, außerprozessual schnell zum Erfolg zu kommen, indem der Verletzer den Wettbewerbsverstoß und die daraus resultierenden Ansprüche auf Unterlassung und ggf. Schadensersatz anerkennt und insbesondere mittels strafbewehrter Unterlassungsverpflichtungserklärung ein durchsetzbarer Anspruch auf Vermeidung zukünftiger Wettbewerbsverletzungen, verbunden mit einer Vertragsstrafe, besteht. Darüber hinaus vermeidet der Verletzte mit einer Abmahnung, dass im Falle einer unmittelbaren Klageerhebung der Anspruch vom Verletzer sofort anerkannt wird und damit die Kostenfolge des § 93 ZPO zu Lasten des Verletzten eintritt⁹⁰⁹. Schließlich erleichtert die Abmahnung die Darlegung der Wiederholungsgefahr, da die Verweigerung einer Unterwerfungserklärung ein nachhaltiges Indiz für das Bestehen der Wiederholungsgefahr begründet. Schließlich kann die Abmahnung den insbesondere für Schadensersatzansprüche erforderlichen Verschuldensnachweis erleichtern, da der Verletzer jedenfalls ab Zugang der Abmahnung über sein wettbewerbswidriges Verhalten in Kenntnis gesetzt wird.

⁹⁰⁷ BGH v. 17.1.2002 GRUR 2002, 357, 358 f. – *Missbräuchliche Mehrfachabmahnung*.

⁹⁰⁸ *Nirk/Kurtze*, Wettbewerbsstreitigkeiten, Rz. 99, S. 37.

⁹⁰⁹ Vgl. LG Düsseldorf v. 7.1.1999 Entscheidungen der 4. ZK 1999, 48 f. - *Fehlende Abmahnung*; siehe auch *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 41, Rz. 81 ff.; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.8 zu § 12.

Die **Vorteile** für den **Verletzer** liegen darin, dass er einer gerichtlichen Verurteilung einschließlich der damit verbundenen (zusätzlichen) Kosten entgeht⁹¹⁰.

Die Abmahnung war bislang **gesetzlich nicht geregelt** (vgl. aber auch § 59 Abs. 2 Satz 2 PatG für den Fall der Abmahnung bei Patentverletzung). Der Gesetzgeber hat sie mit der Reform des UWG jetzt jedoch in § 12 Abs. 1 UWG verankert. Zwar ist sie im Grundsatz weder Voraussetzung für die Zulässigkeit einer wettbewerbsrechtlichen Klage, noch eines dahingehenden Antrages auf einstweilige Verfügung⁹¹¹. In der anwaltlichen und betrieblichen Praxis bedient man sich gleichwohl regelmäßig einer vorhergehenden Abmahnung. Dieser Übung hat der Gesetzgeber Rechnung getragen, indem er die vorherige Abmahnung lediglich als **Soll-Vorschrift in § 12 Abs. 1 Satz 1 UWG** ausgestaltet hat.

Im Hinblick auf das Risiko eines sofortigen Anerkenntnisses mit der Kostenfolge des § 93 ZPO ist sie grundsätzlich nur dann **entbehrlich**, wenn schon im Vorfeld praktisch feststeht, dass der Verletzer die Abmahnung nicht beachten wird. Dies gilt etwa dann, wenn der Verletzer bereits wegen einer im Kern identischen Rechtsverletzung abgemahnt worden ist und eine Unterwerfungserklärung abgegeben hat, gleichwohl aber dagegen durch sein wettbewerbswidriges Verhalten verstößt⁹¹². Eine (erneute) Abmahnung ist auch bei sonstigen Wiederholungstaten entbehrlich⁹¹³; gleiches gilt bei erneuter Begehung nach vorangegangener Verurteilung⁹¹⁴. Darüber hinaus kann sich eine Entbehrlichkeit unter dem Aspekt der **Unzumutbarkeit** ergeben, etwa dann, wenn die Abmahnung die spätere gerichtliche Durchsetzung vereiteln würde oder aufgrund der Dringlichkeit die Vorschaltung einer Abmahnung im Hinblick auf die Schwere des Verstoßes und seiner Folgen nicht mehr sachgerecht erscheint. Da die Rechtsprechung aber auch eine Abmahnung mit einer bloß nach Stunden bemessenen Fristsetzung anerkennt⁹¹⁵, ist

⁹¹⁰ Vgl. BGH v. 15.10.1969 GRUR 1970, 189, 190 – *Fotowettbewerb*.

⁹¹¹ Vgl. dazu auch *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.7 ff. zu § 12.

⁹¹² OLG Hamburg v. 9.6.1989 GRUR 1989, 707, 708 - *Entbehrlichkeit der Abmahnung*.

⁹¹³ Vgl. BGH v. 7.12.1989 GRUR 1990, 542, 543 - *Aufklärungspflicht des Unterwerfungsschuldners*.

⁹¹⁴ OLG Nürnberg v. 3.10.1980 WRP 1981, 290, 291 - *Antrag auf einstweilige Verfügung ohne Abmahnung*.

⁹¹⁵ Vgl. etwa OLG München v. 18.5.1987 WRP 1988, 62, 63 - *Kosten der Abmahnung m.w.N.*; OLG Frankfurt v. 9.9.1996 NJWE-WettbR 1997, 46 - *Verfügungsveranlassung*

es im Regelfall ratsam, auch bei besonderer Eilbedürftigkeit eine Abmahnung unter Einräumung einer mehrstündigen Frist auszusprechen als auf diese ganz zu verzichten und unmittelbar den Weg einer einstweiligen Verfügung zu beschreiten.

16.1.2 Rechtsnatur

Zur **Rechtsnatur** der Abmahnung ist umstritten, ob sie ein einseitiges Rechtsgeschäft bzw. eine geschäftsähnliche Handlung darstellt⁹¹⁶, bzw. ein Vertragsangebot auf Abschluss einer Unterlassungsverpflichtung⁹¹⁷ oder eine Rechtshandlung⁹¹⁸. Rechtliche Bedeutung hat dieses Problem insbesondere für die Frage, ob ein Bevollmächtigter (z.B. Rechts- bzw. Patentanwalt) bei der Abmahnung eine **Vollmachtsurkunde** gem. § 174 BGB vorzulegen hat⁹¹⁹ oder nicht⁹²⁰.

16.1.3 Form und Inhalt

Form und Inhalt der Abmahnung unterliegen keinen bestimmten Vorgaben, sondern orientieren sich an ihrem Zweck. In besonderen Einzelfällen hat die Rechtsprechung eine **mündliche** - auch telefonische - Abmahnung als ausreichend erachtet, sofern darin deutlich zum Ausdruck kommt, welches konkrete Verhalten beanstandet wird und durch eine strafbewehrte Unterlassungserklärung sanktioniert werden soll⁹²¹. Eine Abmahnung per **Telefax**

bei unangemessen kurzer Abmahnungsfrist, dort wurde trotz der besonderen Eilbedürftigkeit eine Frist von unter einer Stunde als unangemessen abgelehnt.

⁹¹⁶ Vgl. OLG Nürnberg v. 4.1.1991 GRUR 1991, 387 - *Vollmachtsurkunde*; vgl. Ulrich, WRP 1998, 258 ff.

⁹¹⁷ Vgl. Piper/Ohly, UWG, Rz. 3 zu § 12.

⁹¹⁸ Vgl. OLG Köln v. 25.1.1985 WRP 1985, 360, 361 - *Ordnungsgemäßheit einer Abmahnung*.

⁹¹⁹ OLG Düsseldorf v. 19.4.1999 NJWE-WettbR 1999, 263 m.w.N.; bestätigt durch Beschluss v. 13.7.2000 WRP 2001, 52 - *Abmahnvollmacht*; siehe auch OLG Nürnberg v. 4.1.1991 GRUR 1991, 387 - *Vollmachtsurkunde*; OLG Hamburg v. 11.3.1982 WRP 1982, 478 - *Klageveranlassung durch den Abgemahnten*.

⁹²⁰ BGH GRUR 2010,1120 - *Vollmachtsnachweis*; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 1.25 ff. zu § 12; vgl. auch Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 41, Rz. 4 f.

⁹²¹ Vgl. OLG Frankfurt v. 29.1.1987 WRP 1987, 563, 564 - *Mündliche Abmahnung bei Schutzrechtsverwarnung*, dort auf einer Messeveranstaltung; OLG München v. 18.5.1987 WRP 1988, 62, 63 - *Kosten der Abmahnung* m.w.N., dort für besonders eilige Ausnahmefälle; vgl. aber auch OLG Hamm v. 6.2.1979 WRP 1979, 563 - *Form der Abmahnung*.

wird heute grundsätzlich als ausreichend anerkannt⁹²². Aus Beweisgründen empfiehlt sich regelmäßig eine schriftliche Abmahnung.

Der Abmahnende (Verletzte) trägt die **Beweislast** für die erfolgte Abmahnung. Nach überwiegender Ansicht muss der Abmahnende die ordnungsgemäße Absendung beweisen, da das Risiko des Nichtzugangs der ordnungsgemäß abgesandten Abmahnung dann grundsätzlich der Verletzte trägt⁹²³. Soweit ausreichend Zeit gegeben ist, kann sich die Versendung per „Einschreiben mit Rückschein“ empfehlen. Denn unabhängig von einer unter Umständen eingeschränkten Nachweisführung im Rahmen der Kostentragungspflicht nach § 93 ZPO ist der Zugangsnachweis vom Verletzten jedenfalls für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen bzw. von Abmahnkosten zu führen. Genutzt werden kann auch das von der Deutschen Post AG zur Verfügung gestellte Verfahren des „Einschreibens mit Zugangsnachweis“.

Bezüglich des **Inhalts** der Abmahnung ist zwischen der Formulierung der Abmahnung selbst und der eingeforderten Unterlassungsverpflichtungserklärung zu differenzieren:

In der **Abmahnung** muss der Verletzte mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen, welches konkrete Verhalten er **in tatsächlicher Hinsicht** beanstandet⁹²⁴, also die begangene oder drohende Verletzungshandlung in tatsächlicher Hinsicht so darstellen, dass der Abgemahnte den Streitgegenstand eines evtl. bevorstehenden gerichtlichen Verfahrens, das es zu ver-

⁹²² Vgl. KG v. 21.10.1993 WRP 1994, 39, 40 - *Sendeberecht*; OLG Hamburg v. 29.12.1993 NJW-RR 1994, 629 - *Absendeprotokoll* m. Anm. *Wingerl* WiB 1994, 449 f. m.w.N.; vgl. aber auch OLG Hamm v. 6.2.1979 WRP 1979, 563 - *Form der Abmahnung*, wonach eine telegrafische Abmahnung grds. wegen der sich für den Verwarner ergebenden Beweisschwierigkeiten nicht zumutbar sein soll; ausführlich *Schmittmann*, WRP 1994, 225.

⁹²³ OLG Stuttgart v. 9.2.1996 NJWE-WettbR 1996, 163 - *Gleitsichtbrillen* m.w.N.; OLG Hamburg v. 29.12.1993 NJW-RR 1994, 629 - *Absendeprotokoll*; a.A. dagegen die herrschende Meinung im Schrifttum, vgl. *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 11 f. zu § 12; *Großkomm./Kreft*, UWG, Abschn. C, Rz. 71 f. vor § 13; vgl. auch *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 41, Rz. 11, vgl. auch allgemein BGH v. 7.12.1994 NJW 1995, 665, 666 - *OK-Vermerk im Telefax-Sendeprotokoll*, wonach ein Telefax-Sendeprotokoll nicht zum Nachweis des Zugangs ausreicht, sondern nur Indiz für die Absendung sein kann; *Ulrich*, WRP 1998, 124, 126 f.

⁹²⁴ OLG Stuttgart v. 12.7.1996 NJWE-WettbR 1996, 281, 282 - *Zahnärztliches Abrechnungsbüro*; OLG Frankfurt v. 29.1.1987 WRP 1987, 563, 564 - *Mündliche Abmahnung bei Schutzrechtsverwarnung*; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.15 ff. zu § 12.

meiden gilt, erkennen kann⁹²⁵. Die zugrundeliegende **Verletzungshandlung** muss jedoch nicht in allen Einzelheiten geschildert werden⁹²⁶. Da der Vorwurf mit dem Antrag in einem späteren Gerichtsverfahren im Kern übereinstimmen muss, gehen lückenhafte oder unrichtige Beurteilungen der tatsächlichen Gegebenheiten grundsätzlich zu Lasten des Abmahnenden⁹²⁷.

Inwieweit auch die rechtlichen Aspekte, aufgrund derer sich der Verletzte eines wettbewerbsrechtlichen Anspruchs berüht, angesprochen werden müssen, ist streitig. Teilweise wird bemerkt, dass neben den tatsächlichen auch die **rechtlichen Gesichtspunkte** sachdienlich sind, um den Abgemahnten in den Stand zu versetzen, das als wettbewerbswidrig angegriffene Verhalten auch unter den in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu würdigen⁹²⁸. Überwiegend wird diesbezüglich aber davon ausgegangen, dass an die rechtliche Einordnung des Vorwurfs in der Abmahnung keine strengen Anforderungen zu stellen sind, so dass auch eine unrichtige rechtliche Einstufung nicht schadet, wenn deutlich wird, welches konkrete Verhalten als wettbewerbswidrig gerügt wird⁹²⁹. Bei der wettbewerbsrechtlichen Abmahnung wird - im Unterschied etwa zur Abmahnung bei der Schutzrechtsverwarnung⁹³⁰ - die Vorlage von Beweismitteln grundsätzlich nicht verlangt⁹³¹.

Besondere Sorgfalt muss auf die der Abmahnung üblicherweise beigegebene **vorformulierte Unterlassungsverpflichtungserklärung** verwendet werden. Die Unterwerfungserklärung muss im Ergebnis nach Inhalt und Umfang - ebenso wie ein Klageantrag und die Urteilsformel - dem Unterlassungsanspruch in einem evtl. nachfolgenden Unterlassungsverfahren ent-

⁹²⁵ Vgl. OLG Hamburg v. 1.7.1994 WRP 1995, 125, 126 - *Ordnungsgemäße Abmahnung*; vgl. auch LG München v. 18.8.1994 Mitt. 1995, 53, 54 - *Schutzrechtsverwechslung*.

⁹²⁶ OLG Hamburg v. 1.7.1994 WRP 1995, 125, 126 - *Ordnungsgemäße Abmahnung*.

⁹²⁷ OLG Stuttgart v. 12.7.1996 NJWE-WettbR 1996, 281, 282 - *Zahnärztliches Abrechnungsbüro*.

⁹²⁸ Vgl. OLG Koblenz v. 22.1.1981 GRUR 1981, 671, 674 - *ELRO*; OLG Köln v. 31.3.1987 WRP 1988, 56; *Ahrens/Deutsch*, Wettbewerbsprozess, Kap. 1, Rz. 49.

⁹²⁹ OLG Stuttgart v. 12.07.1996 NJWE-WettbR 1996, 281, 282 - *Zahnärztliches Abrechnungsbüro*; *Großkomm./Kreft*, Abschn. C, Rz. 15 vor § 13; *Speckmann*, WettbR, Rz. 1355; *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 14 zu § 12 UWG.

⁹³⁰ Vgl. OLG Frankfurt v. 29.1.1987 WRP 1987, 563, 564 - dort zur Vorlage der Gebrauchsmusterschrift.

⁹³¹ KG v. 4.1.1983 GRUR 1983, 673, 674 - *Falscher Inserent*; *Großkomm./Kreft*, UWG, Abschn. C, Rz. 17 vor § 13; *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 41, Rz. 14.

sprechen⁹³². Deshalb muss sie sich auch zur Ausräumung der durch die Verletzungshandlung begründeten Vermutung der Wiederholungsgefahr nicht nur auf die konkrete Verletzungsform beziehen, sondern auch auf alle im Kern gleichartigen Verletzungshandlungen⁹³³. Der Abgemahnte ist nicht gehalten, über die ihm abgeforderte Unterlassungsverpflichtungserklärung hinaus weitergehende Zugeständnisse zu machen, also z.B. eine nicht geforderte Vertragsstrafe zuzugestehen oder eine zu eng gefasste Unterlassungsverpflichtungserklärung eigenständig weiter auszudehnen. Eine vom Abmahnenden **zu weit gefasste Unterlassungsverpflichtungserklärung**, die etwa das Unterlassungsbegehren über die konkrete Verletzungsform hinaus erstreckt oder eine zu hohe Vertragsstrafe fordert, macht die Abmahnung **nicht unwirksam**; es ist vielmehr Sache des Abgemahnten, eine entsprechende Einschränkung vorzunehmen⁹³⁴. Ist die vom Abmahnenden gewählte Formulierung der Unterwerfungserklärung zu weit gefasst, und gibt der Abgemahnte eine zulässigerweise eingeschränkte Unterwerfungserklärung ab, trägt der Abmahnende bei der gerichtlichen Geltendmachung des weitergehenden Anspruchs das Kostenrisiko. Im Übrigen können die Kosten der Abmahnung in diesem Fall nicht voll verlangt werden.

Die Forderung nach einer **Vertragsstrafe** für jeden Fall der Zuwiderhandlung ist nicht zwingend, jedoch im Hinblick auf den hierdurch begründeten Fortfall der Wiederholungsgefahr und die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs unbedingt empfehlenswert. Der Höhe nach muss die Vertragsstrafe angemessen sein.

Es liegt im Interesse des Abmahnenden, den Zugang der (strafbewehrten) Unterlassungsverpflichtungserklärung an eine bestimmte **Frist** zu knüpfen. Die gesetzte Frist hängt von den Umständen des Einzelfalles ab und muss angemessen sein. Bei der Bemessung muss gewährleistet bleiben, dass die Abmahnung von einer kompetenten Stelle bearbeitet werden kann⁹³⁵. Im allgemeinen wird eine Zeit von 3-8 Tagen als angemessen angesehen⁹³⁶. In

⁹³² BGH v. 9.11.1995 GRUR 1996, 290, 291 - *Wegfall der Wiederholungsgefahr I*.

⁹³³ BGH v. 16.11.1995 WRP 1996, 284, 285 - *Wegfall der Wiederholungsgefahr II*.

⁹³⁴ So zutreffend *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 15 zu § 12 m.w.N.

⁹³⁵ OLG Hamburg v. 28.04.1989 GRUR 1989, 630 (LS).

⁹³⁶ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.19 zu § 12; *Großkomm./Kreft*, UWG, Abschn. C, Rz. 27 vor § 13; vgl. (aber) auch OLG Stuttgart v. 13.9.1989 WRP 1990, 777, 778 - *Angemessenheit der Frist*.

besonderen Eilfällen kann sogar eine Frist von mehreren Stunden noch angemessen sein⁹³⁷. Ist die Frist unangemessen kurz oder wurde keine Frist bestimmt, macht dies die Abmahnung nicht unwirksam; vielmehr hat der Abgemahnte innerhalb angemessener Frist zu reagieren⁹³⁸.

Die herrschende Meinung verlangt schließlich die **Androhung gerichtlicher Schritte** für den Fall nicht fristgerechter Abgabe der Unterlassungsverpflichtungserklärung⁹³⁹. Eine konkrete Bezeichnung der evtl. einzuleitenden gerichtlichen Maßnahmen ist nicht erforderlich, eher sogar im Hinblick auf mögliche prozessuale Einwendungen des Verletzers gefährlich (z.B. bei Ankündigung einer Klage und stattdessen beantragter einstweiliger Verfügung)⁹⁴⁰.

16.1.4 Reaktion des Abgemahnten

Die Abmahnung begründet regelmäßig eine **Reaktionspflicht** des Abgemahnten. Hergeleitet wird dies aus dem durch den Wettbewerbsverstoß begründeten gesetzlichen Schuldverhältnis (Abmahnverhältnis), das durch die Abmahnung eine Konkretisierung erfährt⁹⁴¹. Nach Treu und Glauben ist der abgemahnte Verletzer verpflichtet, auf eine Abmahnung entweder fristgemäß durch Abgabe einer ausreichend strafbewehrten Unterlassungserklärung oder deren Ablehnung zu antworten, um den Abmahnenden nicht in einen Prozess zu drängen, der für ihn möglicherweise mit vermeidbaren Kosten nachteilen verbunden ist⁹⁴². Nach Auffassung des BGH besteht eine Aufklärungspflicht des Abgemahnten immer dann, wenn dem Abmahnenden als Folge des Verhaltens des Verletzers Kostenschäden drohen, die durch die Aufklärung unschwer zu vermeiden sind⁹⁴³. Dies ist etwa der Fall, wenn der Verletzer wegen derselben Verletzungshandlung einem Dritten gegenüber

⁹³⁷ Vgl. die Nachweise in Fn. 1251.

⁹³⁸ BGH v. 19.10.1989 GRUR 1990, 381, 382 - *Antwortpflicht des Abgemahnten*; siehe auch OLG Hamburg v. 7.9.1995 WRP 1995, 1043 - *Zu kurze Abmahnfrist*.

⁹³⁹ OLG Hamburg v. 19.12.1985 WRP 1986, 292; *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 17 zu § 12; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.21 zu § 12.

⁹⁴⁰ Vgl. *Großkomm./Kreft*, UWG, Abschn. C, Rz. 38 f. vor § 13.

⁹⁴¹ BGH v. 19.10.1989 GRUR 1990, 381, 382 - *Antwortpflicht des Abgemahnten*; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.62 zu § 12.

⁹⁴² BGH v. 19.10.1989 GRUR 1990, 381, 382 - *Antwortpflicht des Abgemahnten*.

⁹⁴³ BGH v. 1.12.1994 GRUR 1995, 167, 168 - *Kosten bei unbegründeter Abmahnung*.

bereits eine Unterwerfungserklärung abgegeben (**Drittunterwerfung**) und damit die Wiederholungsfahr für die Zukunft beseitigt hat⁹⁴⁴.

Umgekehrt ist der Empfänger einer **unbegründeten Abmahnung** nicht zur Aufklärung verpflichtet⁹⁴⁵. Ist die Abmahnung unberechtigt, besteht **keine Reaktionspflicht**. Gleichwohl sollte der Abgemahnte diese zur Vermeidung weiterer Auseinandersetzungen substantiiert in sachlicher Form beantworten⁹⁴⁶. Parallel kann sich auch die Einreichung einer Schutzschrift zur Vermeidung einer drohenden einstweiligen Verfügung ohne mündliche Verhandlung.

Zur Abwehr unberechtigter Abmahnungen kann der Abgemahnte grundsätzlich eine negative Feststellungsklage erheben, also eine klageweise Feststellung dahin, dass der vom Abmahnenden geltend gemachte (Unterlassungs-) Anspruch nicht besteht⁹⁴⁷. Ein Unterlassungs- oder Schadenersatzanspruch steht dem unberechtigt Abgemahnten - anders als bei der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung⁹⁴⁸ - nicht zu, es sei denn, die unberechtigte Abmahnung würde sich ausnahmsweise als wettbewerbswidrige Behinderung i.S.d. § 3 UWG darstellen⁹⁴⁹.

16.1.5 **Kosten**⁹⁵⁰

Die berechtigte Abmahnung führt regelmäßig auch zu einem Anspruch auf **Kostenerstattung**, der in der Praxis regelmäßig bereits im Abmahnungsschreiben geltend gemacht wird. Rechtsgrundlage dafür ist jetzt § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG. Die Abmahnkosten können auch im Zusammenhang mit dem nachfolgenden Klageverfahren geltend gemacht werden⁹⁵¹. Zu erstatten sind

⁹⁴⁴ Vgl. BGH v. 19.6.1986 GRUR 1987, 54, 55 - *Aufklärungspflicht des Abgemahnten* u.v. 1.12.1994 GRUR 1995, 167, 168 - *Kosten bei unbegründeter Abmahnung*; OLG Frankfurt v. 7.5.1998 WRP 1998, 895 ff.

⁹⁴⁵ BGH v. 1.12.1994 GRUR 1995, 167, 168 - *Kosten bei unbegründeter Abmahnung*.

⁹⁴⁶ Vgl. *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 41. Rz. 55.

⁹⁴⁷ BGH v. 13.12.1984 GRUR 1985, 571, 572 f. - *Feststellungsinteresse* u.v. 7.7.1994 GRUR 1994, 846, 848 - *Parallelverfahren II*.

⁹⁴⁸ S. dazu u.a. BGH v. 23.2.1995 GRUR 1995, 424, 425 - *Abnehmerverwarnung I*.

⁹⁴⁹ BGH v. 13.12.1984 GRUR 1985, 571, 572 f. - *Feststellungsinteresse*; v. 16.4.1969 GRUR 1969, 479, 481 - *Colle-de-Cologne*.

⁹⁵⁰ Dazu umfassend *Borck*, WRP 2001, 20 ff.; zu anderen Patentanwaltskosten als die der Abmahnung vgl. KG v. 26.2.1999 NJWE-WettbR 2000, 24; v. 26.2.1999 NJWE-WettbR 2000, 76.

⁹⁵¹ BGH v. 2.4.1992 GRUR 1992, 552, 553 - *Stundung ohne Aufpreis* u.v. 11.11.1993 GRUR 1994, 311, 313 - *Finanzkaufpreis ohne Mehrkosten*.

die notwendigen Aufwendungen des Abmahnenden. Hierzu gehören grundsätzlich die Anwaltskosten. Dies gilt selbst dann, wenn der Abmahnende über eine eigene Rechtsabteilung verfügt⁹⁵². Eine Besonderheit gilt bei Fachverbänden, bei denen die höchstrichterliche Rechtsprechung eine Abmahnung durch einen Anwalt wegen der eigenen Sachkunde grundsätzlich nicht für erforderlich erachtet⁹⁵³. Dem Verband wird aber regelmäßig eine Abmahnpauschale zuerkannt⁹⁵⁴.

Die **Kosten der Abwehr** einer **unberechtigten Abmahnung** können nicht nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag geltend gemacht werden⁹⁵⁵. Dies ergibt sich daraus, dass ein Schuldverhältnis aus Geschäftsführung ohne Auftrag schon deshalb nicht vorliegt, weil eine unbegründete Abmahnung weder auf die Erfüllung einer Pflicht des Abgemahnten hinwirken kann, noch dem mutmaßlichem Willen des Abgemahnten entspricht⁹⁵⁶. Auch § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG greift seinem Wortlaut nach nicht ein. Als Anspruchsgrundlage kommen jedoch das Auftragsrecht mit **§ 678 BGB** (Übernahmeverschulden erforderlich)⁹⁵⁷ in Betracht⁹⁵⁸.

16.2 Einigungsstellenverfahren (§ 15 UWG)

§ 15 Abs. 1 UWG sieht die Möglichkeit für Landesregierungen vor, bei den Industrie- und Handelskammern Einigungsstellen zur Beilegung von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten einzurichten, welche sachlich eine Wettbewerbsstreitigkeit zum Gegenstand haben. Von dieser Ermächtigung haben praktisch alle Landesregierungen Gebrauch gemacht⁹⁵⁹.

⁹⁵² OLG Karlsruhe v. 8.11.1995 WRP 1996, 591, 593 - *Anwaltsabmahnung bei eigener Rechtsabteilung*; aber streitig.

⁹⁵³ Vgl. BGH v. 12.4.1984 GRUR 1984, 691, 692 - *Anwaltsabmahnung*.

⁹⁵⁴ Vgl. BGH v. 9.11.1995 GRUR 1996, 290, 292 - *Wegfall der Wiederholungsgefahr I*.

⁹⁵⁵ OLG Hamburg v. 20.1.1983 GRUR 1983, 200, 201 - *Unberechtigte Abmahnung*; a.A. LG Mainz v. 13.11.1990 GRUR 1994, 80 - *Kosten des Abgemahnten*.

⁹⁵⁶ So allgem. BGH v. 1.12.1994 GRUR 1995, 167, 169 - *Kosten bei unbegründeter Abmahnung*.

⁹⁵⁷ OLG Hamburg v. 19.9.2002 NJW-RR 2003, 857, 858.

⁹⁵⁸ *Selke*, WRP 1999, 286, 288 f.

⁹⁵⁹ Vgl. *Großkomm./Köhler*, § 27 a, Anhang zu Rz. 153, *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 42, Rz. 2 f.; vgl. auch die Musterverordnung über Einigungsstellen zur Beilegung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten auf Grund des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (Einigungsstellenverordnung – EinigungsV), abgedruckt bei *Hefermehl/Köhler/Born-kamm*, UWG, Anhang zu § 15.

16.2.1 Bedeutung

Aufgabe der Einigungsstellen ist die Durchführung und Leitung eines Einigungsgespräches sowie die Protokollierung eines möglicherweise dort abzuschließenden Vergleichs. Die Einigungsstelle ist kein Schiedsgericht i.S.d. §§ 1025 ff. ZPO und besitzt keine eigene Entscheidungskompetenz sowie keinerlei Zwangsmittel gegenüber dem Verletzer⁹⁶⁰. Ein Verfahren vor der Einigungsstelle bedarf der **Zustimmung des Verletzers**, es sei denn, dass die Wettbewerbshandlungen den geschäftlichen Verkehr mit dem Letztverbraucher betreffen (vgl. § 15 Abs. 3 Satz 2 UWG).

Die Vorzüge gegenüber einem gerichtlichen Verfahren können in der rascheren und billigeren Abwicklung sowie regelmäßig auch in der Nichtöffentlichkeit des Verfahrens liegen. Darüber hinaus besteht die wesentliche Funktion der Einigungsstellen in dem Versuch einer außergerichtlichen gütlichen Einigung unter Anrufung einer neutralen, unabhängigen und sachkundigen Stelle⁹⁶¹. Anwaltszwang besteht nicht.

Das Einigungsverfahren vor der Einigungsstelle besitzt praktisch jedoch **keine große Bedeutung**⁹⁶². Dies gründet sich zum einen auf den Umstand, dass Ziel eines Einigungsstellenverfahrens die Herbeiführung eines **gütlichen Vergleiches** ist, der eine Anrufung der Gerichte erübrigt, jedoch durch die Einigungsstellen keinerlei Zwangsmittel gegen eine der Verfahrensparteien verhängt werden können, wenn ein Vergleich nicht zustande kommt. Bei Scheitern eines Vergleichs trifft die Einigungsstelle keine Entscheidung in der Sache, sondern entscheidet nur nach billigem Ermessen darüber, wer die durch das Verfahren entstandenen Auslagen trägt⁹⁶³.

Während der Dauer eines Einigungsstellenverfahrens ist eine negative Feststellungsklage des Antragsgegners unzulässig (§ 15 Abs. 10 Satz 4 UWG). Ob für sonstige Leistungs- oder positive Feststellungsklagen ein **Rechtsschutzinteresse** gegeben ist, ist umstritten⁹⁶⁴. Nach herrschender Auffas-

⁹⁶⁰ *Speckmann*, Die Wettbewerbssache, Rz. 454.

⁹⁶¹ *Melullis*, Handb. des Wettbewerbsprozesses, Rz. 52.

⁹⁶² *Melullis*, Handb. des Wettbewerbsprozesses, Rz. 53; *Köhler*, WRP 1991, 617 f.

⁹⁶³ OLG Stuttgart v. 19.4.1996 NJWE-WettbR 1996, 197, 200 - *International Christian Chamber of Commerce*.

⁹⁶⁴ Zum Meinungsstreit vgl. *Köhler*, WRP 1991, 617, 618 f.

sung sind dem Antragsteller solche Klagen grundsätzlich verwehrt⁹⁶⁵, da er sich mit seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzt. Dagegen wird der Antragsgegner grundsätzlich als berechtigt angesehen, während eines anhängigen Einigungsstellenverfahrens Klage zu erheben, von der Ausnahme-situation des § 15 Abs. 10 Satz 4 UWG abgesehen⁹⁶⁶.

Die Anrufung der Einigungsstelle steht der **Einleitung eines einstweiligen Verfügungsverfahrens** nicht entgegen, auch dann nicht, wenn der Antragsgegner dem Einigungsstellenverfahren zugestimmt hat⁹⁶⁷. Eine derartige Zustimmung des Verletzers räumt auch die Wiederholungsgefahr nicht aus⁹⁶⁸. Ist bereits ein **gerichtliches Verfahren anhängig**, so kann das Gericht bei einem Rechtsstreit i.S.d. § 15 Abs. 3 Satz 1 UWG auf Antrag den Parteien unter Anberaumung eines neuen Termins aufgeben, zuvor die Einigungsstelle zur Herbeiführung eines gütlichen Ausgleichs anzurufen (§ 15 Abs. 10 Satz 1 UWG).

Soweit den Parteien im Ergebnis weniger an einem gütlichen Ausgleich gelegen ist, als vielmehr an der endgültigen rechtlichen Klärung mit den daraus resultierenden Zwangsmitteln, wird regelmäßig der Weg zu den ordentlichen Gerichten gesucht werden. Gleichwohl wird die Einigungsstelle wiederholt gerade auch von Verbänden bemüht, zumal in diesen Fällen regelmäßig auch Interessen des „letzten Verbrauchers“ betroffen sind und hier häufig sachgerechte Regelungen im Wege einer kostenschonenden Einigung zu erreichen sind.

16.2.2 Zuständigkeit/Verfahren

Für die **örtliche Zuständigkeit** der Einigungsstellen gelten die Grundsätze des § 14 UWG entsprechend.

⁹⁶⁵ Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 42, Rz. 40; Piper/Ohly, UWG, Rz. 14 zu § 15.

⁹⁶⁶ Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 42, Rz. 41; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 30 f. zu § 15; abweichend Köhler, WRP 1991, 617, 619 für den Fall, dass der Antragsgegner der Anrufung der Einigungsstelle zugestimmt hat.

⁹⁶⁷ OLG Stuttgart v. 4.6.1980 WRP 1980, 508, 509 - *Immobilienwerbung*; vgl. auch OLG München v. 20.4.1971 WRP 1971, 487 - *sofortiges Anerkenntnis*.

⁹⁶⁸ OLG Stuttgart v. 4.6.1980 WRP 1980, 508, 509 - *Immobilienwerbung*.

Das **Verfahren** vor der Einigungsstelle wird im wesentlichen durch die landesrechtlich gem. § 15 Abs. 11 UWG erlassenen Durchführungsbestimmungen geregelt⁹⁶⁹. Regelmäßig wird das Verfahren durch schriftlichen Antrag eingeleitet⁹⁷⁰. Nach Eingang der Antragschrift beruft der Vorsitzende zunächst das Kollegialorgan, welches mit der weiteren Verfahrensdurchführung befasst ist, ein. Dabei setzt sich die Einigungsstelle nach § 15 Abs. 2 UWG dergestalt zusammen, dass als Vorsitzender nur berufen werden kann, wer die Befähigung zum Richteramt besitzt. Darüber hinaus soll der Vorsitzende auch auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechtes erfahren sein. Als Beisitzer der Einigungsstelle sollen grundsätzlich sachverständige Gewerbetreibende herangezogen werden und mindestens zwei der Einigungsstelle angehören. Die Einigungsstelle kann jedoch auch mit einer größeren Anzahl von Personen besetzt sein, insbesondere auch mit „Verbrauchern“, falls die Einigungsstelle von einem Letztverbraucher oder einem klagebefugten Verbraucherverband angerufen wird. Die Mitglieder der Einigungsstelle haben eine ehrenamtlichen Richtern vergleichbare Rechtsstellung⁹⁷¹.

Das Kollegialorgan führt zunächst regelmäßig eine „Vorprüfung“ durch, ob der geltend gemachte Anspruch überhaupt erfolgversprechend dargelegt ist⁹⁷². Nur wenn dies der Fall ist, wird die Antragschrift dem Gegner übermittelt und Termin zu einer Einigungsverhandlung anberaumt. Wird diesem nicht unmittelbar durch den Verletzer widersprochen bzw. kann diesem aufgrund beeinträchtigter Interessen des „Letztverbrauchers“ nicht widersprochen werden, ist der Terminladung Folge zu leisten. Bei Missachtung können Ordnungsgelder verhängt werden⁹⁷³. Die Anordnung des persönlichen Erscheinens dient zum einen der Sicherstellung des ordnungsgemäßen Ablaufes des Verfahrens, darüber hinaus aber auch der Aufklärung des jeweiligen Sachvortrages, um sodann einen zutreffenden Einigungsvorschlag unterbreiten zu können. Die Ladung ist den Parteien selbst zuzustellen, so dass

⁹⁶⁹ Für NRW vgl. DVO v. 15.08.1989, GVBl., 460; s. i. Übrigen die Übersicht bei *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Anhang zu § 15.

⁹⁷⁰ *Gloy/Loschelder/Samwer*, Hdb. WettbewerbsR, § 90, Rz. 9.

⁹⁷¹ OLG Stuttgart v. 19.4.1996 NJWE-WettbR 1996, 197, 200 - *International Christian Chamber of Commerce*.

⁹⁷² *Melullis*, Handb. des Wettbewerbsprozesses, Rz. 67 f.

⁹⁷³ OLG Hamm v. 30.12.1983 GRUR 1984, 600 - *unentschuldigtes Ausbleiben*; OLG Koblenz v. 29.2.1988 GRUR 1988, 560 – *Erscheinungsanordnung*.

das Unterbleiben der Terminsnachricht an einen Anwalt das Fernbleiben einer Partei nicht entschuldigt⁹⁷⁴.

Die **Einigungsverhandlung** ist grundsätzlich **nicht öffentlich**. Die Einigungsstelle ist nicht befugt, Zeugen und Sachverständige zu hören. Sie kann nur freiwillig, also auf Veranlassung der Parteien, tatsächlich präsente Sachverständige und Auskunftspersonen anhören⁹⁷⁵.

16.2.3 Einigungsvorschlag

Der **Abschluss eines Verfahrens** vor der Einigungsstelle kann zum einen darin bestehen, dass diese sich für unzuständig erklärt oder den geltend gemachten Anspruch als unbegründet beurteilt. Geht sie jedoch von der Begründetheit des Anspruches aus, wird sie regelmäßig einen mit Gründen versehenen **Einigungsvorschlag** unterbreiten, den die Parteien, insbesondere der Antragsgegner, jedoch ablehnen können und für sie allein aufgrund des Ausspruchs der Einigungsstelle keinerlei verbindlichen Charakter hat. Gegen eine zurückweisende Entscheidung steht dem Antragsteller kein Rechtsbehelf zu⁹⁷⁶. Demgemäß endet ein Einigungsverfahren entweder mit der Zurückweisung des Antrages, dem Scheitern einer gütlichen Einigung, aufgrund deren sodann ein gerichtliches Verfahren eingeleitet werden kann, oder mit einem **Vergleich**. Dieser wird schriftlich niedergelegt und soll von sämtlichen Mitgliedern der Einigungsstelle, die an der Verhandlung mitgewirkt haben sowie von den jeweiligen Parteien unterzeichnet werden. Der dann abgeschlossene Vergleich ist ein **Vollstreckungstitel**, auf welchen die Regelung des § 797 a ZPO entsprechende Anwendung findet⁹⁷⁷. Für den Fall der Vollstreckung wird die Vollstreckungsklausel von dem Urkundsbeamten des Amtsgerichts erteilt, in dessen Bezirk die Einigungsstelle ihren Sitz hat (§ 15 Abs. 7 Satz 2, 2. Halbsatz UWG in Verb. mit § 797 a Abs. 2 ZPO).

⁹⁷⁴ Vgl. LG Magdeburg v. 7.5.1996 WRP 1996, 1134 -*Terminladung auch bei anwaltlicher Vertretung* (LS).

⁹⁷⁵ Gloy/Loschelder/Samwer, Hdb. WettbewerbsR, § 90, Rz. 11.

⁹⁷⁶ Vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 25 ff. zu § 15.

⁹⁷⁷ Melullis, Handbuch Wettbewerbsprozess, Rz. 79; Speckmann, Die Wettbewerbsache, Rz. 458.

16.2.4 **Kosten**

Die **Kosten** des Verfahrens vor der Einigungsstelle sind in den Bundesländern unterschiedlich geregelt. Grundsätzlich ist das Einigungsverfahren selbst **gebührenfrei**. Soweit sich aus den DVOen nichts anderes ergibt, hat jede Partei die Kosten selbst zu tragen. Die Einigungsstelle hat jedoch über die Verteilung der Kosten für etwaige Zeugen und Sachverständige, die durch die Streitparteien zu ersetzen sind, zu befinden.

Zur Bedeutung des Einigungsstellenverfahrens im Hinblick auf die Hemmung der Verjährung.

16.3 **Einstweilige Verfügung (§ 12 Abs. 2 UWG)**

16.3.1 **Zweck und Rechtsgrundlagen**

Die einstweilige Verfügung ist als Mittel der Rechtsdurchsetzung im gerichtlichen Verfahren gerade in Wettbewerbssachen von großer Bedeutung. Die Rechtsmaterie erfordert kurze Reaktionszeiten, um die Rechtsbeeinträchtigung beim Verletzten so gering wie möglich zu halten⁹⁷⁸. Ist keine außgerichtliche Klärung der Angelegenheit über eine Abmahnung und eine daran anschließende Unterwerfungserklärung möglich, so bedarf es einer kurzfristigen gerichtlichen Regelung, um dem Verletzten weitere Wettbewerbsnachteile zu ersparen.

Nach Funktion, Ziel und rechtlicher Ausgestaltung ist die einstweilige Verfügung nur auf eine **vorläufige Sicherung** ausgerichtet und nicht auf endgültige Regelungen. Demgemäß ist die einstweilige Verfügung in Form der sog. **Unterlassungsverfügung** das wichtigste wettbewerbstypische Instrument gerichtlicher Durchsetzung zur Abwehr von Wettbewerbsverstößen⁹⁷⁹. Im Einzelfall kann auch ein **Beseitigungs- und Widerrufsanspruch** im Wege der einstweiligen Verfügung geltend gemacht werden, allerdings unter der Voraussetzung, dass damit eine endgültige Erfüllung des Anspruchs nicht verbunden ist⁹⁸⁰. Eine solche Verfügung kommt etwa in Betracht, wenn es

⁹⁷⁸ *Bernecke*, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen, Rz. 16; *Speckmann*, Die Wettbewerbssache, Rz. 464.

⁹⁷⁹ *Ahrens/Jestaedt*, Wettbewerbsprozess, Kap. 43, Rz. 1 f.

⁹⁸⁰ Vgl. etwa OLG Frankfurt v. 19.9.1988 GRUR 1989, 74, 75 - *Folgenbeseitigungsanspruch*; OLG Koblenz v. 16.7.1987 GRUR 1987, 730, 731 - *GS-Zeichen*.

um die Beseitigung irreführender Angaben i.S.d. § 5 UWG auf der ausgelieferten Ware geht⁹⁸¹, nicht dagegen bei Widerruf unrichtiger Tatsachenbehauptungen⁹⁸².

Im Rahmen der gesetzlichen Ausnahmebestimmungen (§ 19 Abs. 3 MarkenG, § 140b Abs. 3 PatG, § 24b Abs. 3 GebrauchsmG, § 14a Abs. 3 DesignG; § 101a Abs. 3 UrhG) kann der dort normierte **Auskunftsanspruch bei offensichtlicher Rechtsverletzung** auch im Wege der einstweiligen Verfügung geltend gemacht werden, obwohl es sich hier schon um eine Erfüllung dieses Anspruchs handelt, die nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Im Übrigen ist ein solcher Auskunftsanspruch aber mit Hilfe der einstweiligen Verfügung grundsätzlich nicht durchsetzbar, und zwar auch nicht im Wettbewerbsrecht⁹⁸³. Eine Ausnahme wird nur dann zugelassen, falls der Gläubiger auf eine Leistungsverfügung dieses Inhalts dringend angewiesen ist, weil sie für ihn existentielle Bedeutung hat⁹⁸⁴.

Aus den gleichen Überlegungen verbietet sich auch die Geltendmachung eines **Schadensersatzanspruches** im Verfügungsverfahren⁹⁸⁵. Vor diesem Hintergrund wird nachfolgend nur die Unterlassungsverfügung behandelt.

Für den Antragsteller liegt das erhebliche **Risiko** der einstweiligen Verfügung darin, dass er dann, wenn sich die einstweilige Verfügung nachträglich als von Anfang an ungerechtfertigt erweist oder sie aufgehoben wird, er nach **§ 945 ZPO** einer **verschuldensunabhängigen Garantiehafung** unterliegt, d.h. dem Antragsgegner den Schaden ersetzen muss, der aus der Vollziehung der Verfügung entstanden ist oder der dadurch entsteht, dass Sicherheit geleistet wurde, um die Vollziehung abzuwenden⁹⁸⁶.

Rechtsgrundlage für eine einstweilige Verfügung sind die **§§ 916 bis 945 ZPO**. Die Spezialregelung des § 12 Abs. 2 UWG lässt Ausnahmen von

⁹⁸¹ Schon zum UWG a.F. vgl. OLG Koblenz v. 16.7.1987 GRUR 1987, 730, 731 - *GS-Zeichen*.

⁹⁸² S. i. einzelnen *Berneke*, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbsachen, Rz. 33 f.

⁹⁸³ KG v. 28.8.1987 GRUR 1988, 403, 404 – *Auskunftserteilung*.

⁹⁸⁴ Vgl. KG v. 28.8.1987 GRUR 1988, 403, 404 – *Auskunftserteilung* m.w.N.; LG Düsseldorf v. 30.4.1996 Entscheidungen der 4. ZK 1996, 39.

⁹⁸⁵ *Nirk/Kurtze*, Wettbewerbsstreitigkeiten, Rz. 218.

⁹⁸⁶ Vgl. dazu *Ulrich*, WRP 1999, 82 ff.; *Ahrens*, WRP 1999, 1, 2.

den Anforderungen der §§ 935, 940 ZPO zu und zwar wird die Dringlichkeit gesetzlich vermutet.

16.3.2 Gerichtliche Zuständigkeit

Zuständig für die Entscheidung im Verfügungsverfahren ist grundsätzlich das **Gericht der Hauptsache** (§ 14 UWG; §§ 937, 919 ZPO), mithin das Gericht, bei dem ein Hauptsacheverfahren in erster Instanz entweder anhängig zu machen ist oder - seltener - schon geführt wird. Als Gericht der Hauptsache gilt allerdings nicht nur das für das Klagebegehren zuständige Gericht, sondern auch dasjenige, das für einen negativen Feststellungsantrag mit umgekehrtem Klagerubrum zuständig wäre. Dies hat in der Vergangenheit dazu geführt, dass der Unterlassungsschuldner durch zügige Einreichung einer negativen Feststellungsklage ein Hauptsachegericht bestimmen konnte und dem Unterlassungsgläubiger damit ein bestimmter Gerichtsstand aufgezungen wurde. Der BGH hat dies jedoch als nicht hinnehmbar verurteilt⁹⁸⁷, so dass ein einstweiliges Verfügungsverfahren auch nach Erhebung der negativen Feststellungsklage in jedem nach § 14 UWG zuständigen Gerichtsstand erhoben werden kann.

Wird ein „Anspruch aufgrund des UWG geltend gemacht“, bestimmt sich die **sachliche Zuständigkeit** für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach **§ 13 Abs. 1 UWG**. Gemäß Satz 1 sind die **Landgerichte** unabhängig vom Streitwert **ausschließlich zuständig**. **Funktionell zuständig** sind gem. § 13 Abs. 1 Satz 2 UWG i.V.m. § 95 Abs. 1 Nr. 5 GVG - bei entsprechendem **Antrag** (§ 96 Abs. 1 GVG) - die **Kammern für Handelssachen**.

Ausnahmsweise kann **in besonders dringenden Fällen** unter Umständen auch das **Amtsgericht** zuständig sein, in dessen Bezirk sich der Streitgegenstand befindet (§ 942 ZPO), also des Gerichts, in dessen Bezirk die zu unterlassende Handlung begangen ist oder droht bzw. es um eine Sicherstellung geht (z.B. bei Messeveranstaltung). Ein dringender Fall ist nur dann anzunehmen, wenn mit der Anrufung des Gerichts der Hauptsache (Landgericht) eine zeitliche Verzögerung verbunden wäre, die zu einem nicht hinzunehmenden Rechtsverlust führen könnte⁹⁸⁸. Angesichts der Erfahrung und

⁹⁸⁷ BGH v. 7.7.1994 WRP 1994, 810 - *Parallelverfahren II*.

⁹⁸⁸ *Zöller/Vollkommer*, ZPO, Rz. 1 zu § 942.

Spezialkunde der Landgerichte in Wettbewerbssachen sollte von dieser Möglichkeit nur ausnahmsweise Gebrauch gemacht werden, zumal das Amtsgericht bei Erlass der einstweiligen Verfügung stets eine Frist setzen muss, innerhalb derer die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der Anordnung beim Gericht der Hauptsache zu beantragen ist (§ 942 Abs. 1 ZPO).

Nach §§ 936, 920 Abs. 3, § 78 Abs. 1 u. 5 i.V.m. § 79 ZPO besteht für die Einreichung der Antragsschrift **kein Anwaltszwang**. Insoweit kann der Antrag auf einstweilige Verfügung durch die Partei selbst oder jede prozessfähige Person als Bevollmächtigten eingereicht werden. Das bedeutet, dass auch jeder in der Bundesrepublik Deutschland zugelassene Rechtsanwalt oder Patentanwalt einen solchen Antrag bei dem zuständigen Gericht einreichen kann, und zwar unter Nachweis der Bevollmächtigung (§ 80 ZPO). Wird das Verfahren in ein Streitiges Verfahren überführt, also z.B. mündliche Verhandlung über den Erlass der einstweiligen Verfügung anberaumt oder schließt sich ein Widerspruchsverfahren an den Erlass einer einstweiligen Verfügung an, besteht **Anwaltszwang** mit der Folge, dass nun ein zugelassener Rechtsanwalt bestellt werden muss.

16.3.3 Verfügungsantrag

In der Antragsschrift ist ein **bestimmter Antrag** i.S.d. **§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO** zu stellen. Da die einstweilige Verfügung die konkrete Verletzungshandlung angreifen soll, muss auf die Formulierung des Verfügungsantrages, der diese Handlung beschreibt, besondere Sorgfalt verwandt werden⁹⁸⁹. Regelmäßig ist Ausgangspunkt der Formulierung die konkrete Verletzungshandlung in der Ausprägung der **konkreten Verletzungsform**. Gerade im Hinblick auf eine Unterlassungsverfügung ergibt sich das Erfordernis der konkreten Beschreibung nicht zuletzt auch aus den strengen Anforderungen, welche der BGH aufgrund der Regelung des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO an entsprechende Hauptsacheklagen stellt, um die Vollstreckungsfähigkeit des auszuurteilenden Tenors sicherzustellen⁹⁹⁰.

⁹⁸⁹ *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 54, Rz. 38; *Nirk/Kurtze*, Wettbewerbsstreitigkeiten, Rz. 221 f.

⁹⁹⁰ BGH vom 30.6.81 GRUR 1981, 917 - *Sportschuhe*, *Berneke*, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen, Rz. 123.

Ein durch eine einstweilige Verfügung angestrebtes Unterlassungsverbot ist zwar als solches wirksam, reicht aber noch nicht aus, um Verstöße des Antragsgegners hiergegen ahnden zu können. Dies setzt nach § 890 Abs. 2 ZPO vielmehr voraus, dass das Ordnungsmittel bereits vor dem Verstoß angedroht worden ist⁹⁹¹. Damit die Verfügung unmittelbare Zwangswirkung entfalten kann, empfiehlt es sich deshalb, den Verfügungsantrag zugleich mit einem **Antrag auf Androhung von Ordnungsmitteln** zu verbinden.

Ferner soll die Antragschrift den Verfügungsanspruch und den Verfügungsgrund bezeichnen (§§ 936, 920 Abs. 1 ZPO).

16.3.4 Verfügungsanspruch

Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung ist das Vorliegen eines **Verfügungsanspruchs**, also das Bestehen eines entsprechenden wettbewerbsrechtlichen Anspruchs, hier also auf Unterlassung.

Der Verfügungsanspruch ist **glaubhaft zu machen** (§§ 936, 920 Abs. 2 ZPO). Da es sich bei dem einstweiligen Verfügungsverfahren um ein **summarisches Verfahren** handelt, bedeutet dies, dass sowohl die tatsächlichen als auch die prozessualen Voraussetzungen nicht bewiesen werden müssen, sondern lediglich glaubhaft zu machen sind. Es genügt, wenn der Antragsteller statt des Vollbeweises die überwiegende Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit der von ihm behaupteten Tatsachen darlegt und die entsprechenden Mittel der Glaubhaftmachung benennt⁹⁹².

Mittel der Glaubhaftmachung sind gem. **§ 294 ZPO** alle präsenten Beweismittel (§§ 355 ff. ZPO), also z.B. Urkunden, Inaugenscheinnahme, zur mündlichen Verhandlung gestellte oder gem. § 273 ZPO geladene Zeugen oder Sachverständige wie auch eidesstattliche und anwaltliche Versicherungen.

Typisches Instrument der Glaubhaftmachung ist die **eidesstattliche Versicherung**⁹⁹³. Sie erlaubt es einem Antragsteller, auch selbst im Wege der ei-

⁹⁹¹ OLG Hamm v. 20.12.1990 GRUR 1991, 336, 337 - *Fehlende Ordnungsmittel-Androhung*.

⁹⁹² OLG Köln v. 12.10.1984 WRP 1985, 108, 109 - *Vertragsstrafe*.

⁹⁹³ *Melullis*, Handbuch Wettbewerbsprozess, Rz. 193; zurückhaltend *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 54, Rz. 49.

desstattlichen Versicherung einen Sachverhalt glaubhaft zu machen, obwohl er unmittelbar Betroffener ist und im Hauptsacheverfahren als solcher oder als Organ einer betroffenen juristischen Person an einer eigenen Aussage deshalb gehindert wäre, weil er als Partei am Prozess teilnimmt. Das Gericht hat die eidesstattliche Versicherung frei zu würdigen, und zwar vor dem Hintergrund des gesamten Sachvortrages und aller übrigen vorgelegten Glaubhaftmachungsmittel. In der Praxis ist darauf zu achten, dass die eidesstattliche Versicherung den Inhalt eines eingereichten Schriftsatzes nicht nur pauschal bestätigt, sondern den konkreten Lebenssachverhalt aus der jeweiligen Kenntnis des Glaubhaftmachenden darstellt. Es versteht sich von selbst, dass die eidesstattliche Versicherung inhaltlich zutreffend sein muss (vgl. auch § 156 StGB).

Grundsätzlich sind alle anspruchsbegründenden Tatsachen sowie notwendige Darlegungen glaubhaft zu machen. Nur solche Tatsachen, die offenkundig i.S.d. § 291 ZPO sind oder für die eine tatsächliche Vermutung besteht, bedürfen nicht notwendig der Glaubhaftmachung.

16.3.5 Verfügungsgrund

Weitere Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung ist der sog. Verfügungsgrund (§§ 936, 917 ZPO). Demnach kann die einstweilige Verfügung nur erlassen werden, wenn ein **Eilbedürfnis für eine vorläufige Regelung** vorliegt, sei es um der Gefährdung eines Rechts entgegenzuwirken, sei es, einen Zustand vorläufig zu regeln. Maßgeblich für die Beurteilung des Eilbedürfnisses bzw. der Dringlichkeit ist der **Schluss der mündlichen Verhandlung** in der jeweiligen Instanz bzw. mangels mündlicher Verhandlung der Zeitpunkt der Entscheidung. Dieses Merkmal ist von Amts wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung.

Der Verfügungsgrund, also die besondere Eilbedürftigkeit bzw. Dringlichkeit, ist vom Antragsteller gem. §§ 936, 920 Abs. 2 ZPO glaubhaft zu machen. Eine wesentliche **Ausnahme** hiervon normiert **§ 12 Abs. 2 UWG**. Nach dieser Vorschrift können zur Sicherung der Ansprüche auf Unterlassung einstweilige Verfügungen erlassen werden, auch wenn die in den §§ 935, 940 ZPO bezeichneten Voraussetzungen nicht zutreffen. Die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG gilt für alle wettbewerbsrechtlichen Unterlas-

sungsansprüche aus dem UWG. Umstritten⁹⁹⁴ ist jedoch eine Anwendung des § 12 Abs. 2 UWG in anderen Bereichen des gewerblichen Rechtsschutzes wie etwa PatG oder GebrMG; hier lehnt die h.M. zutreffend eine Ausdehnung dieser Sonderbestimmung ab⁹⁹⁵. Bei Markenrechtsverletzungen wird § 12 Abs. 2 UWG nach herrschender Auffassung herangezogen⁹⁹⁶.

§ 12 Abs. 2 UWG trägt dem Umstand Rechnung, dass wettbewerbsrechtliche Unterlassungsverfügungen regelmäßig auf eine vorläufige Befriedigung gerichtet sind, es sich also um Ansprüche handelt, die alsbald zu erfüllen sind und nur dadurch wirksam „gesichert“ werden können, dass sogleich ein entsprechendes Verbot erlassen wird, um die zu beanstandenden Handlungen für die Zukunft zu unterbinden und damit weitere Rechtsnachteile für den Verletzten abzuwenden⁹⁹⁷.

Die nach § 12 Abs. 2 UWG vermutete Dringlichkeit kann **widerlegt** werden. Dies kann durch ein **Verhalten des Antragstellers** geschehen, der in Kenntnis der maßgeblichen Umstände und der ihm drohenden Nachteile längere Zeit untätig geblieben ist und z.B. den Verletzer weder abgemahnt noch den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt hat⁹⁹⁸. Dabei ist anerkannt, dass der Gläubiger eines wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs mit der Rechtsverfolgung zuwarten kann, bis die Verletzung einen Intensitätsgrad erreicht hat, der ihn erkennbar tangiert, was z.B. der Fall sein kann bei dem Übergang des Verletzers von einer zunächst nur lokalen bzw. regionalen zu einer überregionalen Werbung⁹⁹⁹. Eine **feste zeitliche Grenze lässt sich mit der h.M. nicht ziehen**; es kommt vielmehr stets auf die Um-

⁹⁹⁴ Vgl. zuletzt *Traub*, WRP 2000, 1046 ff. mit weiteren Nachweisen.

⁹⁹⁵ OLG Düsseldorf v. 22.12.1993 GRUR 1994, 508, 509 - *Dringlichkeit*; OLG Nürnberg v. 11.2.1992 Mitt. 1993, 118 f. - *Verfügungsgrund*; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 3.14 zu § 12 m.w.N.; *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 54, Rz. 19 ff.; *Benkard/Rogge*, PatG, Rz. 153 zu § 139; vgl. zum GWB auch LG Düsseldorf v. 12.9.1997 WRP 1998, 81, 83 - *umstrittene Arzneimittel*.

⁹⁹⁶ OLG Stuttgart v. 27.9.1996 WRP 1997, 118, 120 f. - *Dringlichkeitsvermutung*; einschränkend *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 54, Rz. 20 b; ablehnend *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 111 zu § 12.

⁹⁹⁷ *Berneke*, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen, Rz. 29.

⁹⁹⁸ Brandenburgisches OLG v. 18.9.1997 WRP 1998, 97; OLG Köln v. 13.6.1997 WRP 1997, 872 - *Spring/Swing*; OLG Stuttgart v. 27.9.1996 WRP 1997, 118, 120 - *Dringlichkeitsvermutung*.

⁹⁹⁹ OLG Frankfurt v. 16.9.1996 NJWE-WettbR 1997, 23 - *Lufthansa Miles & More*; LG Düsseldorf v. 29.4.1999 Entscheidungen der 4. ZK 1999, 42 - *European Classics*.

stände des Einzelfalls, insbesondere auf den Grund des Zuwartens an¹⁰⁰⁰. Maßgeblicher **Anknüpfungspunkt** für die Beurteilung der Dringlichkeit sind die Kenntnis des Verletzten von Anspruch und Anspruchsgegner und die ab diesem Zeitpunkt vorgenommenen Maßnahmen zur Durchsetzung des Anspruchs (außerprozessuale Versuche einer Streitbeilegung oder Anrufung des Gerichts)¹⁰⁰¹. Über die zulässige Zeitspanne zwischen Kenntnis und Veranlassung dieser Maßnahmen besteht in der Rechtsprechung eine sehr unterschiedliche Praxis¹⁰⁰². Die **Zeitspanne** reicht von 6 Monaten (vgl. § 11 Abs. 1 UWG) bis hin zu weniger als 1 Monat¹⁰⁰³. Diese Unterschiede haben ihren Grund darin, dass einstweilige Verfügungsverfahren ihren rechtlichen Abschluss notwendig in der 2. Instanz bei dem OLG finden und somit eine höchstrichterliche Klärung unterbleibt.

Umstritten ist, ob die Dringlichkeitsvermutung auch dadurch entfallen kann, dass der Antragsteller im Widerspruchsverfahren längere Fristen nutzt und insbesondere im Berufungsverfahren Rechtsmittelfristen voll ausschöpft¹⁰⁰⁴.

Wird die **Vermutung des § 12 Abs. 2 UWG widerlegt**, ist es Sache des Antragstellers, darzulegen und glaubhaft zu machen, dass trotz des Zeitablaufes und seiner Kenntnis von dem Wettbewerbsverstoß ein Eilbedürfnis besteht. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn neue Umstände eingetreten sind, die glaubhaft gemacht werden können¹⁰⁰⁵.

Die **Rechtshängigkeit** ist im einstweiligen Verfügungsverfahren - entgegen dem normalen Klageverfahren - schon mit Einreichung und nicht erst durch die Zustellung der Antragschrift beim Antragsgegner begründet. Dies hat zur Folge, dass die Beantragung einer weiteren einstweiligen Verfügung beim selben oder einem anderen Gericht unzulässig wird.

¹⁰⁰⁰ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 3.15 zu § 12 m.w.N.; vgl. aber OLG Düsseldorf v. 21.4.1998 NJWE-WettbR 1999, 15, das als Richtschnur zur Wahrung der Dringlichkeitsvermutung von 2 Monaten ausgeht.

¹⁰⁰¹ LG Düsseldorf v. 29.4.1999 Entscheidungen der 4. ZK 1999, 42 - *European Classics*.

¹⁰⁰² *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 3.15 zu § 12 m.w.N.; vgl. auch die Nachweise bei *Gloy/Loschelder/Spätgens*, Hdb. WettbewerbsR, § 96, Rz. 22 ff., 33 ff.; *Traub*, Wettbewerbsrechtliche Verfahrenspraxis, 2. Aufl.

¹⁰⁰³ Vgl. die Nachweise bei *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 54, Rz. 22 ff.

¹⁰⁰⁴ Verneinend u.a. OLG Düsseldorf v.13.6.1996 NJWE-WettbR 1997, 27, 28 - *Handy für 4,98 DM*; OLG Dresden v. 11.2.1997 NJWE-WettbR 1997, 277, 278 - *awa-Banderolen*; vgl. auch *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 113 ff. insbes. 115 zu § 12; *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 54, Rz. 27.

¹⁰⁰⁵ Vgl. die bei *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 3.19 zu § 12 wiedergegebenen Sachverhalte.

16.3.6 Verfahren

Über die beantragte einstweilige Verfügung entscheidet das Gericht entweder durch Urteil oder durch Beschluss (§§ 936, 937 Abs. 2, § 922 Abs. 1 ZPO).

Bei einer dem Antrag **stattgebenden Entscheidung** hängt die Form der gerichtlichen Entscheidung davon ab, ob eine mündliche Verhandlung stattfindet (Urteil) oder nicht (Beschluss). Nach der Gesetzessystematik ist zwar eine Entscheidung über den Antrag auf einstweilige Verfügung aufgrund mündlicher Verhandlung und damit durch Urteil der Regelfall (§§ 936, 922 Abs. 1 ZPO).

In dringenden Fällen darf das Gericht ohne mündliche Verhandlung über den Erlass der einstweiligen Verfügung entscheiden (§ 937 Abs. 2 ZPO), und zwar dann durch Beschluss (§§ 936, 922 Abs. 1 ZPO). Da die Dringlichkeit i.S.d. § 937 Abs. 2 ZPO nicht von der Vermutung des § 12 Abs. 2 UWG umfasst wird, ist ein besonderes, erhöhtes Maß erforderlich¹⁰⁰⁶. Eine besondere Dringlichkeit liegt dann vor, wenn die Einhaltung des gerichtlichen Verfahrens mit mündlicher Verhandlung dem Antragsteller eine nicht hinnehmbare nachteilige Verzögerung erbrächte¹⁰⁰⁷, insbesondere, wenn der Antragsteller darlegt und glaubhaft macht, dass ein Aufschieben bis zur mündlichen Verhandlung den Zweck der einstweiligen Verfügung gefährden oder gar vereiteln würde¹⁰⁰⁸. Die besondere Dringlichkeit wird gleichwohl von den Gerichten bei wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen überwiegend angenommen¹⁰⁰⁹, welches jedenfalls dann gelten muss, wenn es sich um Verstöße von erkennbar massiver und eindeutiger Gefährlichkeit handelt¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁶ H.M., vgl. OLG Karlsruhe v. 22.8.1988 WRP 1989, 265 f. - *Dringender Fall bei nicht hinnehmbarer nachteiliger Verzögerung*; *Baumbach/Vollkommer*, ZPO, § 937, Rz. 2; *Speckmann*, Die Wettbewerbssache, Rz. 489; *Teplitzky*, GRUR 1978, 286 f.

¹⁰⁰⁷ OLG Karlsruhe v. 22.8.1988 WRP 1989, 265 f. - *Dringender Fall bei nicht hinnehmbarer nachteiliger Verzögerung*.

¹⁰⁰⁸ *Berneke*, Die einstweilige Verfügung im Wettbewerbsrecht, Rz. 131 m.w.N.

¹⁰⁰⁹ KG v. 30.12.1969 WRP 1970, 144, 145 - *Dringlichkeit bei einstweiliger Verfügung*; Hans. OLG v. 20.4.1995 WRP 1995, 854 - *Traumkonditionen*; *Berneke*, Die einstweilige Verfügung im Wettbewerbsrecht, Rz. 134.

¹⁰¹⁰ So *Teplitzky*, GRUR 1978, 286, 287.

Wird der **Antrag** auf einstweilige Verfügung **zurückgewiesen**, kann dies ebenfalls ohne mündliche Verhandlung erfolgen (§ 237 Abs. 2 ZPO)¹⁰¹¹.

§ 944 ZPO lässt in dringenden Fällen eine Entscheidung durch den Vorsitzenden anstelle des Kollegialgerichts zu. Dies ist insbesondere bei der Anrufung der Kammer für Handelssachen von Bedeutung. Ein dringender Fall i.S.d. § 944 ZPO wird regelmäßig dann angenommen, wenn die Zeit bis zum Zusammentreten des Kollegialorgans eine nicht hinnehmbare nachteilige Verzögerung mit sich bringen würde¹⁰¹².

16.3.7 **Schutzschrift**

Um den Erlass einer einstweiligen Verfügung ohne mündliche Verhandlung zu vermeiden, bedient sich die Wettbewerbspraxis der **Schutzschrift**, die vom potentiellen Antragsgegner bei den in Betracht kommenden Gerichten hinterlegt wird. Die Hinterlegung von Schutzschriften ist gesetzlich nicht geregelt, aber als Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör (**Art. 103 Abs. 1 GG**) anerkannt¹⁰¹³.

Reagiert der potentielle Verletzer auf eine Abmahnung negativ, gibt er also insbesondere eine geforderte Unterlassungsverpflichtungserklärung nicht ab, muss er mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung rechnen. Damit hierüber nicht - wie regelmäßig - ohne mündliche Verhandlung entschieden wird, ermöglicht ihm die Schutzschrift einen entsprechenden (vorbeugenden) Antrag. Zugleich wird er aus seiner Sicht den Sachverhalt und seinen Rechtsstandpunkt darlegen, um somit evtl. auch die Zurückweisung des Antrages auf Erlass einer (potentiellen) einstweiligen Verfügung zu erreichen¹⁰¹⁴.

Mit Einleitung des Verfügungsverfahrens wird der Antragsgegner über die eingereichte Schutzschrift Beteiligten des Verfahrens, so dass die Schutz-

¹⁰¹¹ Dies ist - wovon auch die Gesetzesbegründung ausgeht (vgl. BT-Drucks. 11/3621, S. 52) - der Regelfall; kritisch u.a. *Berneke* Die einstweilige Verfügung im Wettbewerbsrecht, Rz. 135.

¹⁰¹² OLG Karlsruhe v. 22.8.1988 WRP 1989, 265 f. - *Dringender Fall bei nicht hinnehmbarer nachteiliger Verzögerung*; vgl. i.ü. *Zöller/Vollkommer*, ZPO, § 944, Rz. 1 m.w.N.

¹⁰¹³ Ausführlich zur Schutzschrift *Ahrens/Spätgens*, Wettbewerbsprozess, Kap. 6, Rz. 1 ff.; *Deutsch*, GRUR 1990, 327 ff.; *Berneke*, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen, Rz. 124 ff., *Nirk/Kurtze*, Wettbewerbsstreitigkeiten, Rz. 152 ff.

¹⁰¹⁴ Vgl. *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 55, Rz. 52 m.w.N.

schrift nach herrschender Meinung vom Gericht im Rahmen seiner Entscheidungsfindung zu beachten ist¹⁰¹⁵.

Die Schutzschrift musste bis Ende 2015 bei dem für eine potentielle einstweilige Verfügung **zuständigen Gericht** hinterlegt werden, damit also unter Umständen bei mehreren Gerichten (vgl. § 14 Abs. 2 UWG). Seit dem 01.01.2016 ist dies jedoch zentralisiert worden. Gemäß dem zum 01.01.2016 in Kraft getretenen § 945a ZPO führt die Landesjustizverwaltung Hessen für die Länder ein zentrales, länderübergreifendes elektronisches Register für Schutzschriften (Schutzschriftenregister). Sobald eine Schutzschrift in dieses zentrale elektronische Schutzschriftenregister (ZSSR) eingestellt ist, gilt sie als bei allen ordentlichen Gerichten der Länder (§ 945a Abs. 2 S. 1 ZPO) und allen Arbeitsgerichten der Länder (§§ 62 Abs. 2 S. 3, 85 Abs. 2 S. 3 ArbGG) als eingereicht. Die Hinterlegung selbst unterliegt nicht dem Anwaltszwang¹⁰¹⁶.

Stark umstritten ist, ob und inwieweit die **Kosten** für eine hinterlegte Schutzschrift einklagbar bzw. erstattungsfähig sind, welches wiederum maßgeblich von den einzelnen Verfahrenssituationen abhängt¹⁰¹⁷.

16.3.8 Vollziehung

Bei der Bekanntgabe der gerichtlichen Entscheidung ist zu unterscheiden:

Wird dem Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung **ohne mündliche Verhandlung** durch **Beschluss stattgegeben**, wird dieser dem Antragsteller zugestellt (§§ 936, 922 Abs. 2 ZPO); eine Mitteilung an den Antragsgegner erfolgt nicht, es sei denn, dieser ist ausnahmsweise vorher schriftlich angehört worden¹⁰¹⁸. Damit die einstweilige Verfügung gegenüber dem Antragsgegner Wirkung entfalten kann, bedarf es ihrer **Zustellung im Parteibetrieb (§§ 936, 922 Abs. 2 ZPO)**, also durch den Gerichtsvollzieher (vgl. §§ 166 ff.

¹⁰¹⁵ OLG Düsseldorf v. 2.1.1995 WRP 1995, 499, 500 - *Prozessgebühr*; *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 55, Rz. 53; *Ahrens/Spätgens*, Wettbewerbsprozess, Kap. 6, Rz. 12 ff.

¹⁰¹⁶ *Berneke*, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen, Rz. 126 m.w.N.

¹⁰¹⁷ Vgl. dazu ausführl. *Harte/Henning/Retzer*, UWG, Rz. 625 ff. zu § 12; *Ahrens/Spätgens*, Wettbewerbsprozess, Kap. 6, Rz. 25 ff.; KG v. 26.2.1999 NJWE-WettbR 2000, 24; OLG Frankfurt v. 28.11.1995 WRP 1996, 117 - *Kosten der Schutzschrift*; OLG Düsseldorf v. 02.1.1995 WRP 1995, 499 - *Prozessgebühr*; OLG Koblenz v. 28.6.1994 GRUR 1995, 171 - *Kosten der Schutzschrift*.

¹⁰¹⁸ *Zöller/Vollkommer*, ZPO, § 922, Rz. 1 m.w.N.

ZPO). Mit der Zustellung leitet der Antragsteller (Unterlassungsgläubiger) regelmäßig die **Vollziehung der einstweiligen Verfügung** ein, die für einstweilige Verfügungen gem. §§ 936, 929 ZPO erforderlich ist¹⁰¹⁹. Allerdings reicht für die Vollziehung die bloße Zustellung nur aus, wenn die einstweilige Verfügung zugleich die **Ordnungsmittellandrohung** (§ 890 ZPO) enthält¹⁰²⁰. Fehlt in der Unterlassungsverfügung die Androhung von Ordnungsmitteln, fehlt eine Vollstreckungsvoraussetzung und die einstweilige Verfügung wird erst mit Zustellung der nachträglich erwirkten Ordnungsmittellandrohung vollzogen¹⁰²¹.

Zu beachten ist ferner, dass eine Vollziehung innerhalb der **Monatsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO** erforderlich ist. Gem. §§ 936, 929 Abs. 2 ZPO ist die Vollziehung der einstweiligen Verfügung unstatthaft, wenn die Monatsfrist verstrichen ist; sie verliert ihre Wirksamkeit¹⁰²². Die Monatsfrist beginnt mit Zustellung des Beschlusses an den Antragsteller (§§ 936, 929 Abs. 2 i.V.m. § 329 Abs. 2 Satz 2 ZPO)¹⁰²³; dagegen lässt die wohl herrschende Meinung im zivilprozessualen Schrifttum eine formlose Aushändigung des Gerichtsbeschlusses an den Antragsteller/Gläubiger ausreichen¹⁰²⁴.

Ergeht die **positive Entscheidung aufgrund mündlicher Verhandlung** durch **Urteil** (§§ 936, 922 Abs. 1), wird das Urteil verkündet (§§ 310 ff. ZPO). Die Bekanntgabe erfolgt zwar durch Zustellung von Amts wegen (vgl. § 317 BGB). Nach der nunmehr gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung reicht jedoch diese Zustellung von Amts wegen nicht aus; vielmehr muss auch hier der Wille des Unterlassungsgläubigers zur zwangsweisen Durchsetzung zum Ausdruck kommen, so dass ebenfalls eine **Zustellung im Parteibetrieb** verlangt wird, wobei dies als Vollziehung nur dann ausreicht, wenn die Urteilsverfügung bereits die Androhung von Ordnungsmitteln enthält¹⁰²⁵.

¹⁰¹⁹ Vgl. dazu BGH v. 22.10.1992 GRUR 1993, 415, 416 - *Straßenverengung*; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 55, Rz. 37 ff.

¹⁰²⁰ BGH v. 22.10.1992 GRUR 1993, 415, 417 - *Straßenverengung* u.v. 2.11.1995 WRP 1996, 104, 105 - *Einstweilige Verfügung ohne Strafandrohung*.

¹⁰²¹ BGH v. 2.11.1995 WRP 1996, 104, 105 - *Einstweilige Verfügung ohne Strafandrohung*.

¹⁰²² Ahrens/Berneke, Wettbewerbsprozess, Kap. 57, Rz. 50 ff. m.w.N.; vgl. z.B. OLG Hamburg v. 24.10.1996 NJWE-WettbR 1997, 92, 93 - *M-Diätprodukte*; ausführlich auch Ahrens, WRP 1999, 1 ff.

¹⁰²³ Vgl. u.a. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 3.61 zu § 12.

¹⁰²⁴ Vgl. z.B. Zöller/Vollkommer, ZPO, Rz. 5 zu § 929.

¹⁰²⁵ BGH v. 22.10.1992 GRUR 1993, 415, 416 f. - *Straßenverengung*; OLG Hamburg v. 24.10.1996 NJWE-WettbR 1997, 92, 93 - *M-Diätprodukte*.

Dabei soll es ausreichen, dass zur Wahrung der Frist nur der Zustellungsantrag innerhalb der Frist gestellt wird, die Zustellung selbst aber erst demnächst erfolgt¹⁰²⁶. Wesentlich ist, dass hier die 1-monatige Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2 bereits mit der Urteilsverkündung beginnt¹⁰²⁷.

Im Ergebnis bleibt also sowohl bei einer durch Beschluss als auch bei einer durch Urteil erwirkten einstweiligen Verfügung der beantragende Unterlassungsgläubiger Herr darüber, ob er tatsächlich von der erstrittenen Verfügung Gebrauch machen will¹⁰²⁸. Andererseits obliegt es allein ihm, unter Beachtung der Frist des § 929 Abs. 2 ZPO die Verfügung rechtzeitig zu vollziehen¹⁰²⁹. In der Praxis ist deshalb darauf zu achten, den Unterlassungsverfügungsantrag zugleich mit der Androhung von Ordnungsmitteln zu versehen.

Der Beschluss, durch den der **Antrag auf einstweilige Verfügung zurückgewiesen** oder eine vorherige Sicherheitsleistung für erforderlich erklärt wird, ist dem Antragsteller formlos mitzuteilen. Eine Mitteilung an den Antragsgegner erfolgt nicht (§§ 936, 922 Abs. 3), es sei denn, dieser ist vorher gehört worden¹⁰³⁰.

16.3.9 Rechtsbehelfe

Die Beteiligten bzw. die Parteien haben folgende **Rechtsbehelfe**:

Wird der **Antrag** auf Erlass der einstweiligen Verfügung **zurückgewiesen**, kann der Antragsteller dies mit der einfachen Beschwerde beim Gericht der Hauptsache angreifen (§§ 567, 943 ZPO). Es besteht kein Anwaltszwang (vgl. § 590 Abs. 2 Satz 2 ZPO), es sei denn, es kommt zur mündlichen Verhandlung¹⁰³¹. Bei ablehnender Entscheidung aufgrund mündlicher Verhandlung durch Urteil ist die Möglichkeit der Berufung eröffnet (vgl. §§ 511 ff. ZPO), nicht jedoch danach einer Revision (§ 545 Abs. 2 ZPO).

¹⁰²⁶ OLG Düsseldorf v. 31.10.2000 WRP 2001, 53 - *Fristwahrender Zustellungsantrag*.

¹⁰²⁷ OLG Hamburg v. 24.10.1996 NJWE-WettbR 1997, 92, 93 - *M-Diätprodukte*; OLG Hamm v. 24.11.1988 WRP 1989, 262 f. - *Vollziehung einer Unterlassungsverfügung*; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 3.67 zu § 12 m.w.N.

¹⁰²⁸ Vgl. OLG Köln v. 31.7.1998 GRUR 1999, 89 - *Erweiterter Urteilstenor* (m. Nachw. der BGH-Rspr.).

¹⁰²⁹ Zur Problematik der Zuwiderhandlungen gegen die einstweilige Verfügung zwischen Verkündung und Vollziehung des Unterlassungsurteils vgl. *Graf v. der Groeben*, GRUR 1999, 674 f.

¹⁰³⁰ *Zöller/Vollkommer*, ZPO, Rz. 1 zu § 922 m.w.N.

¹⁰³¹ OLG Karlsruhe v. 5.5.1993 GRUR 1993, 697 - *Anwaltszwang bei Beschwerde*.

Der **Antragsgegner** hat gegen eine stattgebende Beschlussverfügung die **Wahl zwischen mehreren Rechtsbehelfen**¹⁰³²:

- Nach erfolgter Zustellung im Parteibetrieb hat er die Möglichkeit, **Widerspruch** einzulegen (§§ 936, 924 ZPO), und zwar grundsätzlich bei dem Gericht, das den Beschluss erlassen hat¹⁰³³. Der Widerspruch ist unbefristet möglich, kann also auch noch nach längerer Zeit eingelegt werden, ist dann aber ggf. dem Einwand der Verwirkung ausgesetzt¹⁰³⁴. Der Widerspruch kann sich auf den gesamten Inhalt der einstweiligen Verfügung erstrecken; er kann sich aber auch auf einen reinen **Kostenwiderspruch** beschränken¹⁰³⁵. Dies betrifft insbesondere den Fall, dass der Antragsgegner den materiellen Anspruch anerkennt, jedoch z.B. wegen fehlender Abmahnung seines Erachtens nicht mit Kosten belastet werden darf (vgl. auch § 93 ZPO). Ziel eines Teilwiderpruches kann aber nicht nur ein **Kostenwiderspruch** sein, sondern auch die Erreichung einer **Aufbrauchfrist** unter Hinnahme der Verfügung im Übrigen oder das Erreichen der Anordnung einer Sicherheitsleistung gegenüber dem Antragsteller¹⁰³⁶ (s. § 925 Abs. 2 ZPO).

Der Widerspruch ist schriftlich oder auch zu Protokoll der Geschäftsstelle einzureichen; bei den Landgerichten besteht von vornherein Anwaltszwang¹⁰³⁷.

- Der Antragsgegner kann die **Anordnung der Klageerhebung** gem. §§ 936, 926 ZPO beim Verfügungsgericht beantragen. Dem Antragsteller wird dann durch das Gericht eine Frist gesetzt, in der er Hauptsacheklage erheben muss, um den Fortbestand der einstweiligen Verfügung zu erreichen. Wird der Anordnung nicht Folge geleistet, so ist auf Antrag die einstweilige Verfügung aufzuheben (§ 926 Abs. 2 ZPO).

¹⁰³² H.M., vgl. z.B. OLG München v. 7.3.1996 WRP 1996, 784, 786 - *Unterlassen eines Widerspruchs*; Zöller/Vollkommer, ZPO, Rz. 1 f. zu § 924 m.w.N.

¹⁰³³ Vgl. dazu Zöller/Vollkommer, ZPO, Rz. 6 zu § 924.

¹⁰³⁴ Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 55, Rz. 8 m.w.N.

¹⁰³⁵ Vgl. u.a. OLG Hamm v. 6.7.1989 GRUR 1990, 309 - *Vollwiderspruch I*; OLG Köln v. 11.7.1989 GRUR 1990, 310 - *Vollwiderspruch II*.

¹⁰³⁶ Vgl. dazu Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 3.42 ff. zu § 12.

¹⁰³⁷ H.M., z.B. Piper/Ohly, UWG, Rz. 145 zu § 12.

Alternativ zum Antrag auf Fristsetzung nach §§ 936, 926 ZPO kann der Antragsgegner auch seinerseits ein Hauptsacheverfahren durch Erhebung einer negativen Feststellungsklage erreichen¹⁰³⁸. Ist diese Klage erfolgreich, kann der Schuldner hiermit zugleich Aufhebung der einstweiligen Verfügung gem. §§ 936, 927 ZPO erwirken¹⁰³⁹.

- Schließlich kann er eine **Aufhebung wegen veränderter Umstände** der einstweiligen Verfügung nach §§ 936, 927 ZPO beantragen. Die Praxis neigt dazu, den Begriff der veränderten Umstände weit zu fassen. Hierunter können sowohl Veränderungen fallen, die nach Erlass der einstweiligen Verfügung eingetreten sind als auch solche, die bereits zuvor bestanden haben, von denen der Antragsgegner aber erst später Kenntnis erlangt hat¹⁰⁴⁰. Dazu zählen auch Gesetzesänderungen oder nachhaltige Änderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung¹⁰⁴¹. Im Unterschied zu den Rechtsbehelfen der §§ 924, 926 ZPO bewirkt das Aufhebungsverfahren nach § 927 ZPO keine rückwirkende Beseitigung der einstweiligen Verfügung, sondern nur eine solche ex nunc, d.h. für die Zukunft¹⁰⁴².

Soweit die vorgenannten Rechtsbehelfe neben - oder nacheinander geltend gemacht werden, stellt sich jeweils die Frage des **Rechtsschutzbedürfnisses**¹⁰⁴³:

Ist die einstweilige Verfügung aufgrund mündlicher Verhandlung durch **Urteil** ergangen, stehen dem Antragsgegner die vorgenannten Rechtsbehelfe zu, wobei an die Stelle des Widerspruchs (§ 924 ZPO) die Berufung tritt (§§ 511 ff. ZPO). Eine anschließende Revision ist nicht zugelassen (vgl. § 545 Abs. 2 ZPO). Allerdings hat die Rechtsprechung Rechtsmittel gegen ein im Verfah-

¹⁰³⁸ OLG München v. 7.3.1996 WRP 1996, 784, 786 - *Unterlassen eines Widerspruchs*;
OLG Koblenz v. 18.4.1985 GRUR 1986, 94, 95 - *Veränderte Umstände*.

¹⁰³⁹ OLG Koblenz v. 18.4.1985 GRUR 1986, 94, 95 - *Veränderte Umstände*.

¹⁰⁴⁰ BGH v. 21.4.1988 GRUR 1988, 787, 788 - *Nichtigkeitsfolgen der Preisangabenverordnung*; *Nirk/Kurtze*, Wettbewerbsstreitigkeiten, Rz. 402 f.; vgl. i. einzelnen *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 56, Rz. 26 ff.

¹⁰⁴¹ OLG Hamburg v. 24.10.1996 NJWE-WettbR 1997, 92, 93 - *M-Diätprodukte*.

¹⁰⁴² Vgl. *Ahrens/Ahrens*, Wettbewerbsprozess, Kap. 59, Rz. 7 f.; zur Auswirkung auf gerichtliche Ordnungsmittel für Verstöße in der Zeit vor Aufhebung vgl. OLG Frankfurt v. 3.4.1992 WRP 1992, 717 - *Verbot einer Einstweiligen Verfügung als Zeitgesetz* u. OLG Stuttgart v. 22.2.1995 WRP 1995, 890 - *Einstweilige Verfügung als Zeitgesetz*.

¹⁰⁴³ Vgl. dazu *Zöller/Vollkommer*, ZPO, § 924, Rz. 1 ff., § 926, Rz. 3, 12 u. § 927, Rz. 2 f.

ren der einstweiligen Verfügung erlassenes Berufungsurteil in besonderen Ausnahmefällen als außerordentliches Rechtsmittel „extra legem“ dann zugelassen, wenn die angefochtene Entscheidung dem Gesetz fremd bzw. mit der Rechtsordnung schlechthin unvereinbar ist¹⁰⁴⁴.

Insbesondere in den Fällen, in denen sich eine einstweilige Verfügung im Widerspruchs- bzw. im Berufungsverfahren als **von Anfang an rechtswidrig** erweist, kann sich ein **Schadensersatzanspruch nach § 945 ZPO** für die aus der Vollziehung der Verfügung entstandenen Schäden des Antragsgegners ergeben. Andererseits kann das Unterlassen eines Widerspruchs gegen eine einstweilige Verfügung ein den Ersatzanspruch ausschließendes Mitverschulden begründen¹⁰⁴⁵. Entgegen der früheren Rechtslage¹⁰⁴⁶ hemmen sowohl die Erhebung der Klage wie aber auch der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung die Verjährung, §§ 204 Abs. 1 Nrn. 1 und 9 BGB¹⁰⁴⁷; dies gilt jedoch nicht für eine Abmahnung oder eine Verteidigung auf eine negative Feststellungsklage¹⁰⁴⁸.

16.3.10 **Abschluss schreiben/ Abschlusserklärung**

Wegen des vorläufigen Charakters der einstweiligen Verfügung liegt es im Interesse des Unterlassungsgläubigers, eine endgültige Regelung herbeizuführen. Dies kann entweder über eine Klage zur Hauptsache erreicht werden oder - wie in der Praxis häufig - durch eine außergerichtliche **Abschlusserklärung des Schuldners**. Hierdurch wird die Unterlassungsverfügung ebenso effektiv und dauerhaft wie ein im Hauptsacheverfahren erwirkter Titel¹⁰⁴⁹. Um dies zu erreichen, wird der Antragsgegner mit dem sog. **Abschluss schreiben** zur Abgabe einer Erklärung aufgefordert, nach welcher er den Regelungsinhalt der Entscheidung im einstweiligen Verfügungsverfahren als endgültig und abschließend anerkennt und sowohl auf das Recht zur Einle-

¹⁰⁴⁴ BGH v. 14.11.1991 NJW 1992, 983 - *Greifbare Gesetzswidrigkeit I* u.v. 26.5.1994 WRP 1994, 763, 764 - *Greifbare Gesetzswidrigkeit II*.

¹⁰⁴⁵ OLG München v. 7.3.1996 WRP 1996, 784, 786 - *Unterlassen eines Widerspruchs*.

¹⁰⁴⁶ Vgl. BGH v. 5.12.1980 GRUR 1981, 447, 448 - *Abschluss schreiben*; OLG Hamm v. 9.3.1978 WRP 1978, 395, 398 - *Ausverkauf und Kommissionsware*.

¹⁰⁴⁷ Zu Einschränkungen vgl. die Ausführungen bei *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.40 ff. zu § 11; *Henning/Harte/Schulz*, UWG, § 11 Rz. 83 ff.

¹⁰⁴⁸ St. Rspr., vgl. nur BGH v. 7.7.1994 WRP 1994, 810, 812 - *Parallelverfahren II*; so auch *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 1.45 zu § 11.

¹⁰⁴⁹ BGH v. 5.12.1980 GRUR 1981, 447, 448 - *Abschluss schreiben* u.v. 5.7.1990 GRUR 1991, 76, 77 - *Abschlusserklärung*; s. auch *Fezer/Büscher*, UWG, § 12 Rz. 137 ff.

gung eines Widerspruches gem. § 924 ZPO wie auf sein Recht zur Anordnung der Klageerhebung gem. § 926 ZPO und auf einen Aufhebungsantrag wegen veränderter Umstände gem. § 927 ZPO verzichtet¹⁰⁵⁰. Umstritten ist, ob hinsichtlich eines Verzichtes auf die Rechte aus § 927 ZPO auch ein Verzicht hinsichtlich solcher Gründe gefordert werden kann, die erst in Zukunft entstehen¹⁰⁵¹. Zwar sind auch Abschlusserklärungen der Auslegung zugänglich. Jedoch sollten diese im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit eindeutig formuliert werden.

Das Abschluss schreiben soll veranlassen, die Abschlusserklärung abzugeben. Aus Sicht des Unterlassungsgläubigers dient es dazu, vor Erhebung einer Hauptsacheklage den Schuldner abzumahnern und damit auch die Kostenfolge des § 93 ZPO zu vermeiden¹⁰⁵². Sie muss deshalb nicht nur den Inhalt haben, die einstweilige Verfügung durch entsprechende Abschlusserklärung des Antragsgegners zu einer endgültigen Entscheidung werden zu lassen, sondern auch mit der Androhung der Durchführung des Hauptsacheverfahrens verbunden sein. Inhaltlich muss aus dem Abschluss schreiben für den Antragsgegner die an ihn gerichtete Aufforderung erkennbar werden, zur Vermeidung eines Hauptsacheverfahrens innerhalb einer bestimmten Frist **auf seine Rechtsbehelfe gegen die einstweilige Verfügung zu verzichten**¹⁰⁵³. Welche Frist angemessen ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Überwiegend wird eine **Frist von 1 Monat ab Zugang** für erforderlich gehalten, die insbesondere im Hinblick auf eine drohende Verjährung auch verkürzt werden kann¹⁰⁵⁴. Ist die Frist unangemessen, ist das Abschluss schreiben nicht unwirksam, sondern es beginnt eine angemessene Frist zu laufen¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵⁰ OLG Stuttgart v. 20.10.1995 NJWE-WettbR 1996, 63 - *Auslegung der Abschlusserklärung*; vgl. dazu insb. *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 43, Rz. 3 ff.; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 3.70 ff. zu § 12; *Berneke*, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen, Rz. 331 ff.

¹⁰⁵¹ Zum Meinungsstreit s. *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 43, Rz. 6 ff.; vgl. auch OLG Hamburg v. 20.4.1995 NJWE-WettbR 1996, 64 - *Auslegung der Abschlusserklärung*.

¹⁰⁵² Vgl. BGH v. 2.3.1973 GRUR 1973, 384, 385 - *Goldene Armbänder*; vgl. OLG Stuttgart v. 20.10.1995 NJWE-WettbR 1996, 63 - *Auslegung der Abschlusserklärung*.

¹⁰⁵³ Vgl. auch BGH v. 9.11.1988 GRUR 1989, 115 - *Mietwagen-Mitfahrt*; s. im Übrigen *Berneke*, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen, Rz. 351 ff.

¹⁰⁵⁴ *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 43, Rz. 22 f. m.w.N.

¹⁰⁵⁵ OLG Celle v. 20.3.1996 WRP 1996, 757, 758 - *Frist für Annahme der einstweiligen Verfügung*.

Wird die „Abschlussklärung“ **unter Bedingungen** gestellt oder werden sonstige Vorbehalte aufgenommen, die eine Gleichstellung mit einem endgültigen Urteil in der Hauptsache hindern, so ist diese unwirksam¹⁰⁵⁶.

Nach überwiegender Ansicht bedarf die Abschlussklärung der **Schriftform**, was nicht zuletzt aus Beweisgründen sachgerecht erscheint¹⁰⁵⁷; dies korrespondiert auch mit der BGH-Rechtsprechung, wonach der Unterlassungsgläubiger bei Übermittlung einer Unterlassungserklärung per Telefax noch ein bestätigendes Originalschreiben verlangen kann¹⁰⁵⁸. Die dem Verfügungsgläubiger durch das „Abschlussverfahren“ entstehenden **Kosten** kann er vom Antragsgegner unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzt verlangen, insb. die Kosten der Einschaltung eines Anwalts¹⁰⁵⁹.

Handelt der Antragsgegner der (bestandskräftigen) einstweiligen Verfügung zuwider, richtet sich das **Vollstreckungsverfahren nach § 890 ZPO**, sofern die einstweilige Verfügung bereits die Ordnungsmittellandrohung enthält.

16.4 **Klageverfahren**

Das Klageverfahren zeichnet sich im Vergleich zum einstweiligen Verfügungsverfahren in erster Linie dadurch aus, dass die Erkenntnismöglichkeiten und -mittel andere sein können, wohingegen die rechtlichen Fragestellungen sowohl bezüglich der Antragsformulierung als auch bezüglich der Beurteilung des Lebenssachverhaltes regelmäßig gleichgelagert sind. Während im einstweiligen Verfügungsverfahren die Glaubhaftmachung des Anspruches ausreicht, ist im Klageverfahren der **Vollbeweis** zu führen.

Dies folgt aus den unterschiedlichen Wirkungen und Zwecken des einstweiligen Verfügungsverfahrens und des Klageverfahrens. Die einstweilige Verfügung ist auf vorläufige Sicherung des wettbewerbsrechtlichen Anspruchs ausgerichtet; demgegenüber soll im Klageverfahren endgültig über das Bestehen des Anspruchs entschieden werden. Beide Verfahren stehen grund-

¹⁰⁵⁶ BGH v. 5.7.1990 GRUR 1991, 76, 77 – *Abschlussklärung*.

¹⁰⁵⁷ KG v. 11.10.1990 GRUR 1991, 258 - *Mündliche Abschlussklärung*; *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 43, Rz. 14.

¹⁰⁵⁸ Vgl. BGH v. 8.3.1990 GRUR 1990, 530, 531 - *Unterwerfung des Fernschreiben*.

¹⁰⁵⁹ Vgl. BGH v. 2.3.1973 GRUR 1973, 384, 385 - *Goldene Armbänder*; zu den Kosten i. Einzelnen *Ahrens/Ahrens*, Wettbewerbsprozess, Kap. 58, Rz. 40 ff.

sätzlich nebeneinander, so lange über den Anspruch im Klageverfahren noch nicht rechtskräftig entschieden ist¹⁰⁶⁰. Da im Wettbewerb meist eine schnelle Reaktion erforderlich ist, kommt dem auf Unterlassung gerichteten einstweiligen Verfügungsverfahren maßgebliche Bedeutung zu.

16.4.1 Rechtsweg¹⁰⁶¹

Wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten gehören als bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten gem. § 13 GVG vor die ordentlichen Gerichte. Der Zivilrechtsweg ist auch dann gegeben, wenn die Wettbewerbswidrigkeit aus einem Verstoß gegen Vorschriften des öffentlichen Rechts hergeleitet wird¹⁰⁶². Der Zivilrechtsweg ist auch bei Handeln einer juristischen Person des öffentlichen Rechts gegeben, wenn sich deren Verhalten im Wettbewerb privatrechtlich auswirkt und zu bürgerlich-rechtlichen Ansprüchen Dritter führt¹⁰⁶³.

16.4.2 Aktiv- und Passivlegitimation

Bei einem Wettbewerbsverstoß ist klagebefugt und damit aktiv legitimiert der **Gläubiger eines wettbewerbsrechtlichen Anspruches**. Dies ist zunächst der unmittelbar verletzte Mitbewerber, der in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zum Verletzer steht. Darüber hinaus dehnt § 8 Abs. 3 Nrn. 2-4 UWG die Anspruchsberechtigung und damit die Klagebefugnis auf Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen, qualifizierte Einrichtungen sowie Industrie- und Handelskammern bzw. Handwerkskammern aus. § 8 Abs. 3 UWG ist damit zugleich Grundlage für die Klagebefugnis, so dass die dort genannten Voraussetzungen zur Zulässigkeit einer Klage gehören. Demzufolge ist beispielsweise die erhebliche Zahl von Unternehmern für einen klagenden Verband i.S.d. § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG Bestandteil der von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens zu beachtenden Klagebefugnis¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶⁰ Nirk/Kurtze, Wettbewerbsstreitigkeiten, Rz. 198.

¹⁰⁶¹ Zum zu beschreitenden Rechtsweg vgl. u.a. BGH v. 15.1.1998 GRUR 1998, 744 - *Mitgliederwerbung*; v. 14.5.1998 GRUR 1999, 88 - *Ersatzkassen-Telefonwerbung*.

¹⁰⁶² BGH v. 16.11.1995 NJWE-WettbR 1996, 25, 26 - *Remailing II*; vgl. aber BGH v. 5.6.1997 GRUR 1998, 174 - *Fachhochschuljurist*.

¹⁰⁶³ BGH v. 8.7.1993 GRUR 1993, 917, 919 - *Abrechnungs-Software für Zahnärzte*.

¹⁰⁶⁴ BGH v. 9.10.1997 GRUR 1998, 417 - *Verbandsklage in Prozessstandschaft*, OLG Karlsruhe v. 11.9.1996 NJWE-WettbR 1997, 42 - *Marktforschung* u. KG v. 16.08.1996 NJWE-WettbR 1997, 45 - *Handwerksregister*.

Passiv legitimiert ist der **Schuldner** des wettbewerbsrechtlichen Anspruchs, im Regelfall also der Störer bzw. Verletzer.

16.4.3 Gerichtliche Zuständigkeit

Die **örtliche Zuständigkeit** bestimmt sich nach **§ 14 UWG**. Danach ist für alle Klagen aufgrund des UWG eine **ausschließliche** Zuständigkeit des Gerichts gegeben,

- in dessen Bezirk der Beklagte seine gewerbliche Niederlassung oder in Ermangelung einer gewerblichen Niederlassung seinen Wohnsitz hat, oder
- in dessen Bezirk der Wettbewerbsverstoß begangen worden ist (§ 14 Abs. 2 Satz 1 UWG). Dieser sogenannte „**fliegende Gerichtsstand des Begehungsortes**“¹⁰⁶⁵ ist für die in § 8 Abs. 2 Nr. 2-4 UWG genannten Anspruchsberechtigten grundsätzlich nicht einschlägig, sondern ausnahmsweise nur dann, wenn der Beklagte im Inland keinen Wohnsitz hat (§ 14 Abs. 2 Satz 2 UWG).

Die örtliche Zuständigkeit gem. § 14 UWG findet über die im UWG selbst geregelten Ansprüche hinaus auch bei Klagen aufgrund sonstiger **wettbewerbrechtlicher Nebengesetze** Anwendung. Treffen markenrechtliche Ansprüche mit solchen aus dem UWG zusammen, müssen sie nach **§ 141 MarkenG** nicht im Gerichtsstand des § 14 UWG geltend gemacht werden; vielmehr bewendet es bei den allgemeinen Bestimmungen der ZPO, so dass vorrangig der Gerichtsstand der Niederlassung gilt (vgl. § 21 ZPO) oder der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO). Bei der Zuständigkeit nach § 14 UWG verbleibt es auch dann, wenn mit einer Klage zugleich wettbewerbsrechtliche und **zivilrechtliche Schadens- bzw. Unterlassungsansprüche** gem. §§ 823, 826, 1004 BGB wegen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bzw. Verstoßes gegen ein wettbewerbsrechtliches Schutzgesetz geltend gemacht werden.

Die **sachliche Zuständigkeit** bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen, d.h. bei Wettbewerbsstreitigkeiten sind ausschließlich die Landgerichte zuständig (vgl. § 13 Abs. 1 UWG).

¹⁰⁶⁵ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Rz. 15 zu § 14.

Funktionell gehören Wettbewerbsstreitigkeiten, für die in 1. Instanz die Landgerichte zuständig sind, vor die **Kammern für Handelssachen**. Diese Vorschrift entspricht § 95 Abs. 1 Nr. 5 GVG. Nach ganz herrschender Meinung kann der Kläger jedoch zwischen der allgemeinen Zivilkammer und der Kammer für Handelssachen wählen¹⁰⁶⁶. Richtet der Kläger seine Klage an die Zivilkammer und macht er diese dort anhängig, kann der Beklagte auf Antrag Verweisung an die zuständige Kammer für Handelssachen beantragen, was zu einer nicht unerheblichen Verzögerung des Prozesses führen kann. Will der Kläger seine Klage vor der Kammer für Handelssachen verhandeln, so hat er dies mit Einreichung der Klageschrift durch entsprechende Bezeichnung zu beantragen (§ 96 Abs. 1 GVG). Ein späterer Verweisungsantrag des Klägers an die Kammer für Handelssachen ist nicht mehr möglich.

16.4.4 Klageart

Die Klageart bestimmt sich nach der vom Kläger verfolgten Zielrichtung, In Betracht kommen insbesondere (der Gewinnabschöpfungsanspruch ist hier aufgrund der Abführung des Gewinns an den Bundeshaushalt nicht berücksichtigt)

- die Unterlassungsklage,
- die Beseitigungsklage,
- die Feststellungsklage,
- die Zahlungsklage und
- (vorbereitend) die Klage auf Auskunft und/oder Rechnungslegung.

Teilweise sind die Klagearten ihrem Inhalt nach kombinierbar, z.B. in Form der Verbindung von Unterlassungs- und Beseitigungsklage mit der Klage auf Auskunft bzw. Rechnungslegung sowie auf Feststellung der Verpflichtung zur Zahlung von Schadensersatz¹⁰⁶⁷.

16.4.4.1 Unterlassungsklage

¹⁰⁶⁶ Vgl. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 3 f. zu § 13.

¹⁰⁶⁷ *Gloy/Loschelder/Spätgens*, Hdb. WettbewerbsR, § 111, Rz. 4.

Die **Unterlassungsklage** ist im Wettbewerbsrecht die typische und vorrangige Klageart. Sie setzt das Bestehen eines Unterlassungsanspruchs voraus. Zweck der Unterlassungsklage ist es, das angegriffene wettbewerbswidrige Verhalten zukünftig zu unterbinden.

Folglich muss der **Unterlassungsklageantrag** auf die **konkrete Verletzungshandlung bezogen** formuliert werden; insoweit kommt der notwendigen Bestimmtheit des Klageantrages (vgl. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) besondere Bedeutung zu. In der Praxis ergeben sich gerade im Hinblick auf die Negation eines bestimmten Verhaltens häufig Formulierungsprobleme¹⁰⁶⁸. Im Hinblick auf mögliche Umgehungen des klageweise durchgesetzten Verbots wird das Interesse des Klägers darauf gerichtet sein, im Klageantrag nicht nur den konkreten Verletzungstatbestand wiederzugeben, sondern eine abstrahierend-verallgemeinernde Fassung seines Begehrens zu formulieren¹⁰⁶⁹. Bei dieser grundsätzlich zulässigen Abstrahierung darf aber das Charakteristische des konkreten Verletzungstatbestandes nicht verfehlt werden¹⁰⁷⁰. Die Gefahr einer zu einengenden Formulierung wird allerdings durch das erweiterte Verständnis der sog. **Kerntheorie** abgedeckt, wonach ein ohnehin im Kern gleicher Wettbewerbsverstoß durch den konkreten Urteilstenor bereits mitumfasst ist.

Die Kunst des Anwalts besteht hier darin, zu vage Formulierungen¹⁰⁷¹, die die Klage unzulässig machen¹⁰⁷², ebenso zu vermeiden wie zu weitgreifende Formulierungen zu wählen¹⁰⁷³, die den Antrag teilweise unbegründet ma-

¹⁰⁶⁸ Vgl. zu den Formulierungsmöglichkeiten *Nirk/Kurze*, Wettbewerbsstreitigkeiten, Rz. 223 ff.; *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 51, Rz. 4 ff. sowie *Großkomm./Jacobs*, UWG vor § 13, Abschn. D, Rz. 96 ff.; *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 58 ff. zu § 12.

¹⁰⁶⁹ Vgl. BGH v. 11.10.1990 GRUR 1991, 254, 257 - *Unbestimmter Unterlassungsantrag I*.

¹⁰⁷⁰ Vgl. BGH v. 11.10.1990 GRUR 1991, 254, 257 - *Unbestimmter Unterlassungsantrag I*; BGH v. 5.6.1997 GRUR 1998, 489, 491 - *Unbest. Unterlassungsantrag III*; *Kehl*, WRP 1999, 46, 47.

¹⁰⁷¹ Vgl. BGH v. 29.2.1996 GRUR 1996, 796 - *Setpreis*; v. 16.7.1998 GRUR 1999, 235, 238 - *Wheels Magazine*; v. 1.12.1999 GRUR 2000, 709 - *Marlene Dietrich*; v. 11.5.2000 WRP 2000, 1116 - *Abgasemissionen*; LG Düsseldorf v. 15.9.1998 Entscheidungen der 4. ZK, 1998, 97, 98 - *Chiphalter*.

¹⁰⁷² Vgl. BGH v. 4.5.2005 GRUR 2005, 692 - „*statt*“-Preis.

¹⁰⁷³ Vgl. BGH v. 9.5.1996 GRUR 1996, 800, 802 - *EDV-Geräte*; v. 14.11.1996 GRUR 1997, 476, 477 - *Geburtstagswerbung II*; v. 10.12.1998 GRUR 1999, 509 - *Vorratslücken*; v. 3.12.1998 GRUR 1999, 760 - *Auslaufmodelle II*; v. 16.3.2000 WRP 2000, 1131 - *Lieferstörung*.

chen¹⁰⁷⁴. So genügt z.B. ein Unterlassungsantrag, der auf das Verbot gerichtet ist, Zeitungsanzeigen zu veröffentlichen, wenn diese „ähnlich wie“ eine bereits veröffentlichte Anzeige sind, den Bestimmtheitsanforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht¹⁰⁷⁵. Weitere typische Beispiele, die auf eine zu unbestimmte Formulierung schließen lassen, sind Zusätze wie etwa „in sonstiger Weise“¹⁰⁷⁶ oder bloße Wiederholungen des Gesetzeswortlauts¹⁰⁷⁷ (z.B. „im geschäftlichen Verkehr“, „unlauter“, „irreführend“). Zu unbestimmt wäre auch ein Unterlassungsantrag, ein anderes, der Marke des Klägers „zum Verwechseln ähnliches Kennzeichen zu benutzen“, da ein derartiges Klagebegehren eine Vielzahl denkbarer Kennzeichengestaltungen umfasst und sich der Beklagte damit nicht erschöpfend verteidigen kann und es dem Vollstreckungsgericht überlassen wäre, über die Reichweite des Verbotes zu entscheiden¹⁰⁷⁸. Dagegen hat die Rechtsprechung einen Antrag, bestimmte Behauptungen „wörtlich oder sinngemäß“ nicht zu wiederholen, als ausreichend bestimmt angesehen¹⁰⁷⁹.

Neben der richterlichen Mitwirkung bei der Formulierung von Unterlassungsanträgen nach § 139 ZPO¹⁰⁸⁰ kann ein eigentlich zu weit gefasster Antrag auch unter Heranziehung des Klagevorbringens noch berücksichtigt werden¹⁰⁸¹.

16.4.4.2 Beseitigungsklage

Im Unterschied zur Unterlassungsklage, die ein wettbewerbswidriges Verhalten zukünftig unterbinden soll, ist die **Beseitigungsklage** als zweite Form der Leistungsklage auf die Beseitigung einer schon eingetretenen Rechtsverletzung gerichtet. Sie setzt einen entsprechenden Beseitigungsanspruch

¹⁰⁷⁴ So zutreffend *Großkomm./Jacobs*, UWG, vor § 13 Abschn. D, Rz. 98; vgl. auch *Kehl*, WRP 2000, 904, 905 f.; *Teplitzky*, WRP 1999, 75; *Danelzik*, WRP 1999, 18 ff.

¹⁰⁷⁵ BGH v. 11.10.1990 GRUR 1991, 254, 257 - *Unbestimmter Unterlassungsantrag I*.

¹⁰⁷⁶ *Nirk/Kurtze*, Wettbewerbsstreitigkeiten, Rz. 230.

¹⁰⁷⁷ Vgl. etwa BGH v. 30.10.1963 GRUR 1964, 33, 34 - *Bodenbeläge*; v. 24.11.1999 GRUR 2000, 438, 440 f. - *Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge*.

¹⁰⁷⁸ BGH v. 23.6.1994 GRUR 1994, 844, 845 - *Rotes Kreuz*.

¹⁰⁷⁹ BGH v. 03.2.1976 GRUR 1977, 114, 115 - *VUS* (vgl. aber auch OLG Koblenz v. 17.9.1987 GRUR 1988, 142 - *radio 4*).

¹⁰⁸⁰ Vgl. zur Wirkung des § 139 ZPO im Wettbewerbsprozess *Danelzik*, WRP 1999, 18 ff.

¹⁰⁸¹ Vgl. BGH v. 19.9.1996 GRUR 1997, 304 - *Energiekosten-Preisvergleich II*; v. 10.7.1997 GRUR 1998, 483 - *Der M.-Markt packt aus*; v. 7.5.1998 GRUR 1999, 177, 179 - *Umgeleitete Auktionskunden*; v. 15.7.1999 GRUR 1999, 1017 - *Kontrollnummernbeseitigung*; v. 20.10.1999 GRUR 2000, 619 - *Orient-Teppichmuster*.

voraus. Der Klageantrag muss hier eindeutig erkennen lassen, welche Maßnahme vom Beklagten verlangt wird, etwa der Widerruf einer verunglimpfenden Äußerung gegenüber deren Adressaten¹⁰⁸², ferner die Vernichtung von konkret zu bezeichnendem Werbematerial bzw. Schwärzung beanstandeter Werbepassagen, die Rücknahme einer Markenmeldung oder die Löschung einer Markeneintragung¹⁰⁸³. Unterlassungs- und Beseitigungsklage schließen sich nicht notwendig wechselseitig aus, sondern können auch nebeneinander erhoben werden¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸² Vgl. dazu BGH v. 12.3.1992 GRUR 1992, 527, 528 ff. - *Plagiatsvorwurf II*.

¹⁰⁸³ Vgl. etwa BGH v. 4.2.1993 GRUR 1993, 556, 557 f. - *TRIANGLE*; OLG Karlsruhe v. 18.12.1996 GRUR 1997, 373, 374 f. - *NeutralRed*.

¹⁰⁸⁴ Vgl. *Piper/Ohly*, UWG, Rz. 71 vor § 12.

16.4.4.3 Feststellungsklage

Im Unterschied zu den auf Leistung gerichteten Unterlassungs-, Beseitigungs- und Zahlungsklagen geht es bei der **Feststellungsklage** darum, das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses durch das Gericht feststellen zu lassen (vgl. § 256 Abs. 1 ZPO). Im Wettbewerbsprozess sind zwei Ausprägungen der Feststellungsklage typisch:

Einmal z.B. die **negative Feststellungsklage zur Abwehr einer unberechtigten Abmahnung**; diese ist darauf gerichtet, dass der vom Abmahnenden geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht besteht¹⁰⁸⁵. Das gem. § 256 ZPO für die Zulässigkeit der Klage erforderliche **Feststellungsinteresse** folgt aus der vorangegangenen Berühmung eines Unterlassungsanspruches in der Abmahnung und dem Bedürfnis an diesbezüglicher Rechtsklarheit auf Seiten des Klägers. Das Rechtsschutzinteresse entfällt, wenn der Abmahnende eine auf die Durchsetzung seines Unterlassungsanspruches gerichtete Klage erhebt und diese einseitig nicht mehr zurückgenommen werden kann¹⁰⁸⁶.

Berühmt sich bei einer einstweiligen Verfügung der Antragsgegner eines Schadensersatzanspruches nach § 945 ZPO, kann der Antragsteller hiergegen Klage auf negative Feststellung des Nichtbestehens eines Schadensersatzanspruches erheben¹⁰⁸⁷.

Den häufigsten Fall bildet die sog. **Schadensersatzfeststellungsklage**, also der Antrag, festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger den (schon entstandenen oder zukünftig noch entstehenden) Schaden aus einer (konkret zu bezeichnenden) wettbewerbswidrigen Handlung zu ersetzen¹⁰⁸⁸. Das nach § 256 ZPO erforderliche **Rechtsschutzinteresse** liegt bereits dann vor, wenn künftige Schadensfolgen - sei es auch nur entfernt - möglich, ihre Art, ihr Umfang oder sogar ihr Eintritt aber noch ungewiss sind¹⁰⁸⁹. Das Feststellungsinteresse fehlt aber, wenn der Kläger den Schadensersatzanspruch

¹⁰⁸⁵ Vgl. etwa BGH v. 7.7.199 GRUR 1994, 846 - *Parallelverfahren II*.

¹⁰⁸⁶ BGH v. 7.7.1994 GRUR 1994, 846 - *Parallelverfahren II*.

¹⁰⁸⁷ BGH v. 7.7.1994 GRUR 1994, 849 – *Fortsetzungsverbot*.

¹⁰⁸⁸ Vgl. etwa BGH v. 6.5.1993 GRUR 1993, 926 – *Apothekenzeitschriften*.

¹⁰⁸⁹ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, Rz. 2.18 zu § 12; s. auch BGH v. 20.6.1991 GRUR 1992, 61, 63 - *Preisvergleichsliste* u. BGH v. 6.5.1993 GRUR 1993, 926 – *Apothekenzeitschriften*.

bereits beziffern und ihn damit im Wege der Leistungsklage (Zahlungsklage) geltend machen kann, etwa wenn wegen eines Wettbewerbsverstößes ein Vertragsstrafenanspruch besteht¹⁰⁹⁰.

16.4.4.4 **Zahlungsklage**

Die **Zahlungsklage** folgt allgemeinen Grundsätzen und kommt regelmäßig erst dann zum Tragen, wenn entweder aufgrund einer vorangegangenen Auskunft bzw. Rechnungslegung ein Schaden konkret zu beziffern oder auch ohne Auskunft ein entsprechender Schaden bezifferbar ist. Dabei sei darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung gerade im Wettbewerbsrecht verschiedene Beweiserleichterungen geschaffen hat und Schadensschätzungen gem. § 287 ZPO durchaus häufig sind¹⁰⁹¹.

16.4.4.5 **Klage auf Auskunft/Rechnungslegung**

Mit der **Klage auf Auskunft und/oder Rechnungslegung** wird ein dahingehender (Hilfs-) Anspruch geltend gemacht. Die Klage auf Auskunft bzw. Rechnungslegung kann entweder isoliert als eigenständiger Anspruch geltend gemacht werden¹⁰⁹² oder in Verbindung mit einer weiteren Klage, im Regelfall der Schadensersatzfeststellungsklage bzw. auf Schadensersatz gerichteter Zahlungsklage (dann in Form der Stufenklage gem. § 256 ZPO).

Der **Inhalt des Klageantrages** bestimmt sich nach der Verletzungshandlung und den hieraus hergeleiteten Ansprüchen¹⁰⁹³. Er muss konkret ergeben, wofür Auskunft bzw. Rechnungslegung verlangt wird. Will der Beklagte zum Schutz von Betriebs- bzw. Geschäftsgeheimnissen die Auskunft nur an einen zur Verschwiegenheit verpflichteten Wirtschaftsprüfer erteilen (sog. Wirtschaftsprüfervorbehalt), so ist es dessen Sache, einen entsprechenden Antrag zu stellen. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung kann auf einen

¹⁰⁹⁰ BGH v. 6.5.1993 GRUR 1993, 926 – *Apothekenzeitschriften*.

¹⁰⁹¹ BGH v. 8.10.1971 GRUR 1972, 189, 190 - *Wandsteckdose II*; v. 17.6.1992 GRUR 1993, 55, 57 - *Tchibo/Rolux II*.

¹⁰⁹² Vgl. BGH v. 21.12.1973 GRUR 1974, 351, 352 – *Frisiersalon*.

¹⁰⁹³ Kritisch Köhler, WRP 1999, 1075, 1079 f., der den Auskunftsanspruch für unzulänglich hält.

Wirtschaftsprüfervorbehalt auch von Amts wegen erkannt werden, wenn der Beklagte entsprechende Umstände darlegt¹⁰⁹⁴.

Zu beachten ist allerdings, dass nach älterer Rechtsprechung mit der reinen Auskunftsklage keine **Unterbrechung (jetzt wohl Hemmung) der Verjährung** etwaiger Schadensersatz- bzw. Beseitigungsansprüche eintritt, da gem. § 209 Abs. 1 BGB die Klageerhebung nur die Verjährung des jeweils geltend gemachten Anspruchs hemmt (früher: unterbricht)¹⁰⁹⁵. Dagegen unterbricht eine im Wege der **Stufenklage** mit der Auskunft verbundene Schadensersatzklage die Verjährung des Schadensersatzanspruches, allerdings nur in der Höhe, in der der Anspruch nach Auskunftserteilung beziffert wird¹⁰⁹⁶. Dies zwingt die Praxis zur besonderen Sorgfalt bei der Bezifferung des Schadens nach erfolgter Auskunft, um so zu vermeiden, dass eine zu vorsichtige Bezifferung weitergehende Schadensersatzansprüche verjähren lässt¹⁰⁹⁷.

16.4.4.6 Klagehäufung

Bei Einleitung eines Wettbewerbsprozesses hat der Kläger stets zu prüfen, welche Klageansprüche zur Verfügung stehen und ob diese - etwa im Wege der **objektiven Klagehäufung** - seitens des Klägers gebündelt in einer Klage geltend gemacht werden können. Da bei einer Stufenklage über den Schadensersatzanspruch erst befunden wird, nachdem rechtskräftig über die Auskunft bzw. Rechnungslegung entschieden ist, kann dies zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen führen, so dass es sich als zweckmäßiger erwiesen hat, den Auskunftsanspruch zugleich mit dem Anspruch auf Feststellung der Schadensersatzpflicht (Schadensfeststellungsklage) geltend zu machen und nur die Bezifferung des Schadens einem der Rechnungslegung nachfolgenden Verfahren vorzubehalten.

Bei der Klageerhebung ist auch zu prüfen, ob **subjektive Klagehäufung** (§§ 59, 60 ZPO) in Betracht kommt, und zwar insbesondere auf der Beklag-

¹⁰⁹⁴ BGH v. 13.2.1981 GRUR 1981, 535 - *Wirtschaftsprüfervorbehalt* u.v. 7.12.1979 GRUR 1980, 227, 232 - *Monumentaler Germaniae Historica*.

¹⁰⁹⁵ BGH v. 9.3.1989 GRUR 1990, 221, 223 - *Forschungskosten*; OLG Stuttgart v. 24.1.1997 NJWE-WettbR 1997, 177, 180 - *Brandschadenräumungsverkauf*; so auch *Henning/Harte/Schulz*, UWG, § 11 Rz. 94.

¹⁰⁹⁶ BGH v. 17.6.1992 NJW 1992, 2563 f. - *Unterbrechung der Verjährung bei Stufenklage*.

¹⁰⁹⁷ *Teplitzky*, GRUR 1992, 821, 822.

tenseite. Typisches Beispiel ist die gerichtliche Geltendmachung gegenüber einer juristischen Person, bei der regelmäßig der Anspruch auch gegenüber deren verantwortlichem Organ besteht, so dass die Klage gegen beide als Beklagte gerichtet werden kann. Gleiches gilt, wenn für einen Wettbewerbsverstoß mehrere Störer in Betracht kommen.

16.4.5 Rechtsschutzbedürfnis

Auch bei wettbewerbsrechtlichen Klagen ist als allgemeine Prozessvoraussetzung ein Rechtsschutzbedürfnis erforderlich¹⁰⁹⁸. Damit sollen objektiv sinnlose Klagen vermieden werden, um so zu verhindern, dass Rechtsstreitigkeiten in das Stadium der gerichtlichen Begründetheitsprüfung gelangen, die ersichtlich des Rechtsschutzes durch eine solche Prüfung nicht bedürfen¹⁰⁹⁹.

Bei wettbewerbsrechtlichen Leistungsklagen (Unterlassungs-, Beseitigungs- und Zahlungsklagen) ergibt sich das allgemeine Rechtsschutzinteresse grundsätzlich schon aus der **Nichterfüllung des geltend gemachten wettbewerbsrechtlichen Anspruchs**¹¹⁰⁰. So begründet beispielsweise der Einwand des Beklagten, der Unterlassungsanspruch werde schon von anderen gerichtlich geltend gemacht, nicht die Unzulässigkeit der Klage; die Zubilligung von Unterlassungsansprüchen aus eigenem Recht an mehrere Klageberechtigte hat zwangsläufig zur Folge, dass ein und derselbe Wettbewerbsverstoß auch von mehreren Klägern geltend gemacht werden kann, so dass im Falle der mehrfachen Verfolgung des wettbewerbswidrigen Verhaltens das prozessuale Vorgehen des einen nicht von vornherein die Klage eines anderen ausschließt¹¹⁰¹. Auch ein Vertragsstrafenversprechen schließt nach herrschender Meinung die gerichtliche Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen nicht aus¹¹⁰².

Dagegen kann das **Rechtsschutzinteresse fehlen**, wenn ein gleichwertiger, einfacherer Weg zur Durchsetzung des wettbewerbsrechtlichen Anspruchs

¹⁰⁹⁸ BGH v. 21.1.1999 GRUR 1999, 522, 524 - *Datenbankabgleich* m.w.N.

¹⁰⁹⁹ BGH v. 9.4.1987 GRUR 1987, 568, 569 – *Gegenangriff*.

¹¹⁰⁰ Ständ. Rspr., z.B. BGH v. 9.11.1979 GRUR 1980, 241, 242 - *Rechtsschutzbedürfnis*; BGH v. 9.4.1987 GRUR 1987, 568, 569 – *Gegenangriff*.

¹¹⁰¹ Ständ. Rspr., z.B. BGH v. 16.12.1993 GRUR 1997, 142, 143 - *Mozzarella I*.

¹¹⁰² BGH v. 9.11.1979 GRUR 1980, 241, 242 - *Rechtsschutzbedürfnis*; vgl. *Pohlmann*, GRUR 1993, 361, 365 m.w.N.

ches zur Verfügung steht¹¹⁰³, etwa wenn anstelle einer ohne weiteres möglichen Leistungsklage (bezahlte Zahlungsklage) eine bloße Feststellungsklage erhoben wird. Will sich ein auf Unterlassung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens in Anspruch genommener Beklagter im Wege einer Widerklage auf Unterlassung der entsprechenden zu Prozesszwecken erhobenen Vorwürfe gegen den Kläger wehren, so ist die Widerklage ebenfalls mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig¹¹⁰⁴. Ebenso entfällt das rechtliche Interesse an der Feststellung des Nichtbestehens eines Anspruchs, wenn der Gläubiger eines wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs seinerseits eine hierauf gerichtete Leistungsklage erhebt und diese einseitig nicht mehr zurückgenommen werden kann¹¹⁰⁵.

16.5 Strafverfahren

Das UWG enthält mehrere selbständige Straftatbestände (§§ 16 bis 19 UWG). Bei Verstoß ist eine Strafverfolgung wegen unlauteren Wettbewerbs möglich.

Das Gesetz unterscheidet zwischen den **Offizialdelikten**, bei denen eine Strafverfolgung **von Amts wegen** erfolgt und solchen, in denen die Strafverfolgungsbehörden nur **auf Antrag** einschreiten. In den Fällen strafbarer Werbung (§ 16 UWG) werden die Strafverfolgungsbehörden von Amts wegen tätig; dies gilt auch in den Fällen des Geheimnisverrats (§ 17 UWG), der Vorlagen-Freibeuterei (§ 18 UWG) einschließlich des Verleitens zu derartigen Straftaten (§ 19 UWG), wenn die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält (vgl. § 17 Abs. 5, § 18 Abs. 3, 19 Abs. 3 UWG). In allen anderen Fällen werden die Strafverfolgungsbehörden dagegen nur auf Antrag tätig.

Antragsberechtigt ist immer der unmittelbar Verletzte (§ 77 Abs. 1 StGB). Der Antrag muss schriftlich oder zu Protokoll bei einem beliebigen Gericht oder einem beliebigen Staatsanwalt gestellt werden und den Willen erkennen lassen, die Behörde möge zum Zwecke der Strafverfolgung gegen eine be-

¹¹⁰³ BGH v. 4.2.1993 GRUR 1993, 556, 558 - *TRIANGLE* m.w.N.

¹¹⁰⁴ BGH v. 9.4.1987 GRUR 1987, 568, 569 - *Gegenangriff*.

¹¹⁰⁵ BGH v. 7.7.1994 GRUR 1994, 846, 847 f. - *Parallelverfahren II*.

stimmte Handlung tätig werden¹¹⁰⁶. Die Antragsfrist beträgt 3 Monate nach erlangter Kenntnis von Tat und Person des Täters (§ 77b Abs. 2 StGB). Die Rücknahme des Antrages ist gem. § 77d StGB, sofern es sich um ein Antragsdelikt handelt, bis zum Abschluss des Strafverfahrens zulässig. Handelt es sich dagegen um ein Officialdelikt oder ist die Grenze zum Officialdelikt überschritten, hat die Rücknahme des Strafantrages keinen Einfluss mehr auf den weiteren Verfahrenfortgang.

Eine Straftat im Sinne des UWG kann nach § 374 Abs. 1 Nr. 7 StPO im Wege der **Privatklage** verfolgt werden. Auch kann die Staatsanwaltschaft bei mangelndem öffentlichen Interesse auf den Weg der Privatklage gegenüber dem Verletzten verweisen. Wird demgegenüber ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bejaht, erhebt die Staatsanwaltschaft öffentliche Klage gem. § 170 Abs. 1 StPO.

¹¹⁰⁶ BGH v. 9.10.1990 WRP 1991, 690 – *Angestelltenbestechung*.