

**Skript zur Vorlesung
Lauterkeitsrecht (Wintersemester 2018/2019)**

Von Dr. Michael Beurskens,
LL.M. (Gewerblicher Rechtsschutz),
LL.M. (University of Chicago),
Attorney at Law (New York)
Professor an der Universität Passau

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel Lauterer Wettbewerb	1
I. Wettbewerbsrecht im weiteren Sinne.....	1
II. Höherrangiges Recht.....	3
1. Einfluss des Europarechts.....	3
a. Sekundärrecht: Harmonisierung durch Richtlinien	3
b. Primärrecht: Bedeutung der Grundfreiheiten	6
2. Einfluss des Verfassungsrechts.....	8
III. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)	10
1. Geschichte des Lauterkeitsrechts.....	10
2. Gesetzssystematik	13
3. Verhältnis zum BGB	15
4. Internationaler Anwendungsbereich	18
IV. Prüfung eines UWG-Falls	19
2. Kapitel Geschäftliche Handlungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG)	21
I. Verhalten	22
II. Unternehmensbezug.....	23
1. Begriff des Unternehmens	23
2. Existenz des Unternehmens	26
III. Geschäftsbezug	26
1. Geschäftsabschluss.....	26
2. Zeitpunkt: Vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss	27
IV. Marktbezug	28
1. Außengerichtetheit.....	29
2. Marktbezug im engeren Sinne	30
a. Förderung des eigenen Unternehmens	32
b. Förderung eines fremden Unternehmens	33
c. Insbesondere: Handeln von Privatpersonen	33
d. Insbesondere: Handeln von Medienunternehmen.....	35
aa. Redaktionelle Beiträge	35
bb. Anzeigengeschäft.....	37
cc. Wettbewerb um Leser und Anzeigenkunden	38
e. Insbesondere: Handeln der öffentlichen Hand	39
V. Keine subjektiven Voraussetzungen	41

Verwendete Symbole



Meinungsstreit



Definition



Prüfungsschema



Klausurtyp

Abkürzungsverzeichnis

Abl.	Amtsblatt (der EU)
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union – Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Ver- trages von Lissabon
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
EuG	Europäisches Gericht (erster Instanz)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
ff.	folgende
FKVO	Fusionskontrollverordnung
FS	Festschrift
Ges.	Gesetz, gesetzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HS	Halbsatz
i.d.R.	in der Regel
Kom.	Kommission
lit.	Litera (Buchstabe)
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
Rg.	Rechtsgeschäft, rechtsgeschäftlich

Abkürzungsverzeichnis

RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
s.	siehe
SchV	Schuldverhältnis
Slg.	Amtliche Sammlung des EuGH
StGB	Strafgesetzbuch
Tz.	Teilziffer
u.a.	unter anderem
UA	Unterabsatz
VO	Verordnung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
z.B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Literaturverzeichnis

Alexander, Christian, Fälle zum Kartellrecht, 2. Auflage, München 2018 (25,90 €).

Bechtold, Rainer/Bosch, Wolfgang, GWB – Kartellgesetz – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kommentar), 8. Auflage, München 2015 (115 €).

Bechtold, Rainer/Bosch, Wolfgang/Brinker, Ingo, EU-Kartellrecht (Kommentar), 3. Auflage, München 2014 (169 €).

Berg, Werner/Mäsch, Gerald (Hrsg.), Deutsches und Europäisches Kartellrecht – Kommentar, 3. Auflage, Köln 2018 (258 €).

Berlit, Wolfgang, Wettbewerbsrecht – Eine Gesamtdarstellung für die Praxis, 10. Auflage, München 2017 (49 €).

Bornkamm, Joachim/Montag, Frank/Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, Band 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, München 2015; Band 2: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), §§ 1–96, 130, 131, 2. Auflage, München 2015.

Bunte, Hermann-Josef/Stancke, Fabian, Kartellrecht mit Vergaberecht und Beihilfenrecht, 3. Auflage, München 2016 (95 €).

Busche, Jan/Röhling, Andreas (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Band 1: Deutsches Kartellrecht, Köln 2017; Band 2: Deutsches Kartellrecht, Köln 2015; Band 3: Europäisches Kartellrecht, Köln 2016; Band 4: Europäisches Kartellrecht, Köln 2013.

von Dietze, Philipp/Janssen, Helmut, Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis, 5. Auflage, München 2015 (65 €).

Dreher, Meinrad/Kulka, Michael, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 9. Auflage, Heidelberg 2016 (34,99 €).

Ekey, Friedrich L., Grundriss des Wettbewerbs- und Kartellrechts mit Grundzügen des Marken-, Domain- und Telekommunikationsrechts, 3. Auflage, Heidelberg 2009 (23,99 €).

Emmerich, Volker/Lange, Knut Werner, Kartellrecht, 14. Auflage, München 2018 (45 €).

Literaturverzeichnis

Ensthaler, Jürgen/Gesmann–Nuissl, Dagmar, Kartellrecht für Studium und Praxis, 1. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 2013 (26,95 €).

Frenz, Walter, Handbuch Europarecht – Band 2: Europäisches Kartellrecht, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 2015 (159, 99 €).

Fritzsche, Jörg, Wettbewerbs– und Kartellrecht, München 2018 (24 €).

Haberstumpf, Helmut/Husemann, Stephan, Wettbewerbs– und Kartellrecht, Gewerblicher Rechtsschutz, Examenskurs für Referendare, 6. Auflage, München 2015 (26,90 €).

Hönn, Günther, Examens–Repetitorium Wettbewerbs– und Kartellrecht, 3. Auflage, Heidelberg 2015 (19,99 €).

Hönn, Günther, Klausurenkurs im Wettbewerbs– und Kartellrecht, 6. Auflage, Heidelberg 2013 (22,99 €).

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst–Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Band I – EU/Teil 1, 5. Auflage, München 2012; Band I – EU/Teil 2, 5. Auflage, München 2012; Band 1 EU/Teil 1: Nachtrag, München 2014; Band 2 – GWB/Teil 1, 5. Aufl. München 2014. (997 €)

Jaeger, Wolfgang/Kokott, Juliane/Pohlmann, Petra/Schroeder, Dirk/Kulka, Michael (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Loseblatt), 90. Aktualisierung, Köln 2018 (379 €).

Kling, Michael/Thomas, Stefan, Kartellrecht, 2. Auflage, München 2016 (59 €).

Koenig, Christian/Schreiber, Kristina, Europäisches Wettbewerbsrecht: Kartell– und Missbrauchsverbot, Fusionskontrolle, Beihilfen– und Vergaberecht, Tübingen 2010 (11, 99 €).

Lange, Knut Werner/Pries, Thorsten, Einführung in das europäische und deutsche Kartellrecht, Berlin 2011 (39 €)

Lettl, Tobias, Kartellrecht, 4. Auflage, München 2017 (29,80 €).

Loewenheim, Ulrich/Meesen, Karl. M./Riesenkampff, Alexander/ Kersting, Christian/Meyer–Lindemann, Hans–Jürgen, Kartellrecht – Europäisches und Deutsches Recht – Kommentar, 3. Aufl., München 2016.

Literaturverzeichnis

Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., München 2014 (139 €).

Neef, Andreas, Kartellrecht, Heidelberg 2008 (vergriffen).

Säcker, Franz Jürgen/Wolf, Maik, Kartellrecht in Fällen, 2. Auflage, München 2018 (27 €).

Schmelz, Christoph, Fallsammlung zum Urheberrecht, Gewerblichen Rechtsschutz und Kartellrecht, Berlin/Heidelberg/New York 2005 (29,99 €).

Schmidt, Ingo/Haucap, Justus, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht: Eine interdisziplinäre Einführung, 10. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 2013 (29, 80 €)

Schröter, Helmuth/Thinam, Jakob/Klotz, Robert/Mederer, Wolfgang (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht – Kommentar, 2. Aufl., München 2014 (248 €).

Schulte, Josef/Just, Christoph (Hrsg.), Kartellrecht – GWB, Kartellvergaberecht, EU-Kartellrecht – Rechtsprechungskommentar, 2. Auflage, Köln 2015.

Schwintowski, Hans-Peter, Prüfe Dein Wissen Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5. Auflage, München 2012 (24,90 €).

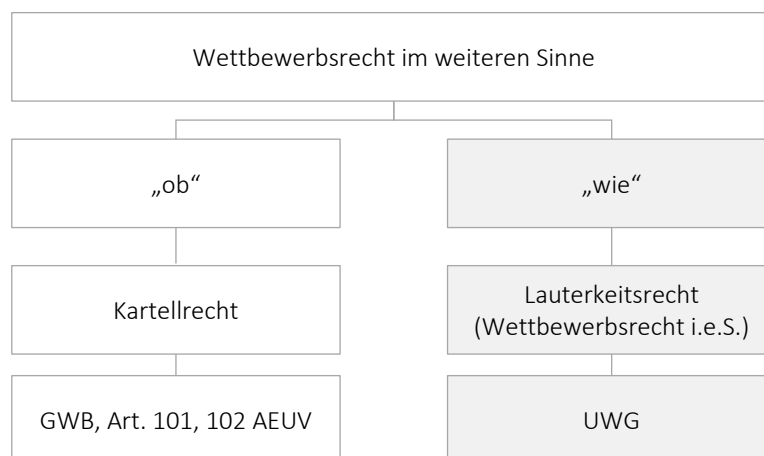
Sosnitza, Olaf, Fälle zum Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Auflage, München 2011 (22,90 €).

von Wallenberg, Gabriela, Kartellrecht, 3. Auflage, Köln 2010 (20 €).

1. Kapitel Lauterer Wettbewerb

I. Wettbewerbsrecht im weiteren Sinne

- 1 Die derzeit akzeptierte (soziale) Marktwirtschaft setzt **Wettbewerb als zentrales Element** unverzichtbar voraus. Die Preisbildung wird damit dem Spiel von Angebot und Nachfrage anvertraut. Damit aber Wettbewerb überhaupt dauerhaft besteht, bedarf es Regelungen, welche eine Koordination der Teilnehmer sowie den unilateralen Missbrauch von Marktpositionen verhindern. Denn soweit die jeweilige Gegenseite keine Alternativen hat, kann sie auch nicht durch Ausweichen auf derartige Substitute zu einer Preisreduktion zwingen.



- 2 Die Sicherung von Wettbewerb als solchen („ob“) wird durch das **Kartellrecht** gewährleistet. Das Kartellrecht ist nicht Gegenstand dieses Skripts. Es ist im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB sowie in den unmittelbar anwendbaren Art. 101, 102 AEUV geregelt. Die Durchsetzung erfolgt traditionell durch Behörden (das Bundeskartellamt bzw. die EU-Kommission).
- 3 Soweit erst einmal Wettbewerb besteht, ist es wichtig, dass sich dieser auf die erwünschten Parameter beschränkt – konkret „Preis“ und „Qualität“ der Produkte. Das setzt voraus, dass für alle Marktteilnehmer einheitliche Spielregeln gelten. Genau dies gewährleistet das im UWG geregelte **Lauterkeitsrecht**: Es verbietet bestimmte Schläge unter die Gürtellinie und stellt so sicher, dass für alle Wettbewerber gleiche Voraussetzungen herrschen. Die

Lauterer Wettbewerb

Durchsetzung erfolgt dabei primär durch die Mitbewerber (horizontal) sowie durch Verbände (kollektiv) – Behörden sind (außerhalb des Bußgeldtabellestands des § 20 UWG) nicht involviert.

- 4 Durch die Weite der möglichen Handlungen ergibt sich aber auch das zentrale Problem des Lauterkeitsrechts: Wird der Begriff der Unlauterkeit zu weit ausgedehnt, beschränkt dies die **Handlungsoptionen der Wettbewerber** und schließt praktisch Konkurrenz aus. Andererseits ist unlauterer Wettbewerb als solcher nicht schutzwürdig, so dass eine Koordination (etwa über einen Verhaltenskodex), die nur unlauteres Verhalten verhindert, stets zulässig ist. Umgekehrt darf aber ein lauterkeitsrechtliches Verbot nicht jeglichen Marktzutritt verhindern und so eine Monopolposition (bzw. ein enges Oligopol) verfestigen.
- 5 **Überschneidungen zwischen Lauterkeitsrecht und Kartellrecht** gibt es vor allem beim Boykott, der sowohl nach § 21 GWB als auch nach §§ 3, 4 Nr. 4 UWG verboten ist. Ebenso wird ein Verkauf unter Einstandspreis sowohl gegen § 20 Abs. 3 S. 2 GWB als auch gegen §§ 3, 4 Nr. 4 UWG verstoßen.

Beispiel: Berühmtes Beispiel ist der Benrather Tankstellenfall des Reichsgerichts.¹ Mehrere Tankstellen in Düsseldorf waren durch ein Kartell verbunden und verlangten daher einheitliche Preise. Sie wollten einen Außenseiter zwingen, sich ebenfalls an diesen Preisen zu orientieren. Hierzu wurden dessen Preise (auch unter den eigenen Einstandskosten) konsequent unterboten (sog. „Kampfpreisunterbietung“, „predatory pricing“). Anders als heute gab es damals kein generelles Kartellverbot (§ 1 GWB, Art. 101 AEUV) und auch kein Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis (§ 30 Abs. 3 GWB). Das Reichsgericht nahm jedoch eine unlautere Verhaltensweise im Sinne von § 3 Abs. 1 GWB an und untersagte diese Praxis.

- 6 Grundsätzlich finden Lauterkeitsrecht und Kartellrecht **nebeneinander Anwendung**. Dabei sind zwei Modifikationen zu beachten:
- 7
 - Die weitergehenden **privaten Rechtsfolgenregelungen der §§ 33 ff. GWB** sind vorrangig vor den §§ 8 ff. UWG, da erstere auf europarechtliche Vorgaben (der Kartellschadensersatzrichtlinie) zurückgehen, die vom nationalen Gesetzgeber nicht unterlaufen werden dürfen. Dies führt etwa zu einer längeren Verjährung (§ 11 UWG vs. § 33h UWG), einer sehr viel

¹ RGZ 134, 342.

weitergehenderen Aktivlegitimation (§§ 8 Abs. 3, 9 UWG vs. § 33 Abs. 1, Abs. 4, 33a GWB) oder besonderen Auskunftsansprüchen (§ 33g GWB).

- 8 • Da beide Regelungskomplexe **grds. die gleichen Interessen** (nämlich solche der einzelnen Marktteilnehmer, §§ 33, 33a GWB; § 8 Abs. 1, Abs. 3, 9 UWG sowie solche der Allgemeinheit) schützen, sind Wertungswidersprüche zu vermeiden. Ein grundsätzlich vom GWB erfasstes Verhalten, das aber ausnahmsweise gerechtfertigt ist, darf nicht durch das UWG verboten werden.

II. Höherrangiges Recht

1. Einfluss des Europarechts

- 9 Anforderungen an die Gestaltung und Vermarktung von Waren und Dienstleistungen beschränken die Möglichkeit, eine **einheitliche Gestaltung im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr** zu nutzen – im schlimmsten Fall muss die Verpackung oder Werbung für jeden Staat individuell angepasst werden. Vor diesem Hintergrund ist es verständlich, dass die Europäische Union das Lauterkeitsrecht schon sehr früh als zentrales Hemmnis des Binnenmarkts im Sinne von Art. 3 Abs. 3 AEUV ausgemacht hat. Bereits die Präambel des AEUV spricht daher von „redlichem Wettbewerb“ als Ziel der Union.

a. Sekundärrecht: Harmonisierung durch Richtlinien

- 10 Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV weist der EU die **Kompetenz zur Schaffung von Regeln gegen unlauteren Wettbewerb** zu. Darüber hinaus ist der Verbraucherschutz nach Art. 114 Abs. 3 S. 1 AEUV, Art. 169 Abs. 1 AEUV ein zentrales Ziel der Europäischen Union. Von dieser Befugnis hat die EU durch mehrere Richtlinien Gebrauch gemacht.
- 11 Die EU handelt grundsätzlich durch **Richtlinien**, die für die Mitgliedstaaten im Hinblick auf ihre Ziele verbindlich sind, diesen aber die Wahl der konkreten Mittel überlassen (Art. 288 Abs. 3 AEUV). Die Auslegungskompetenz liegt insoweit beim EuGH (Art. 263 AEUV). Von zentraler Bedeutung ist insoweit die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie) von 2005,²

² Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über

Lauterer Wettbewerb

welche abschließend das Verhältnis von Unternehmern und Verbrauchern („Business to Consumer“, B2C) regelt. Für das Verhältnis zwischen zwei Unternehmen („Business to Business“, B2B) ist der Regelungsbestand hingegen dünn – hier gibt es vor allem die Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung (Werbe-Richtlinie) von 1984/1997³ sowie die Geschäftsgeheimnisrichtlinie von 2016.⁴ Daneben setzt § 7 UWG insb. auch Teile der e-Privacy-Richtlinie⁵ um.

- 12 Bemerkenswert ist, dass Art. 1 UGP-Richtlinie **ausschließlich den Verbraucherschutz als Ziel benennt**, während das § 1 UWG ausdrücklich und gleichberechtigt den Schutz sonstiger Marktteilnehmer (also insb. Unternehmer) und dem Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb anspricht. Der Schutz sonstiger Marktteilnehmer ist auch dem Europarecht nicht unbekannt – in ihrem Anwendungsbereich gelten die Vorgaben der Werberichtlinie ohne Rücksicht auf die Verbrauchereigenschaft (wobei diese Richtlinie aber für Verbraucher gerade durch die UGP-Richtlinie verdrängt wird). Die Beschränkung der UGP-Richtlinie auf Verbraucher kann zu einer gespaltenen Auslegung führen – für den Schutz sonstiger Marktteilnehmer gibt es (außerhalb der Werberichtlinie) keine europarechtlichen Vorgaben zu beachten, so dass der deutsche Gesetzgeber insoweit Gestaltungsfreiheit genießt. Umgekehrt bildet die UGP-Richtlinie in ihrem Anwendungsbereich eine Ober- und Untergrenze – zum Verbraucherschutz darf also der deutsche Gesetzgeber auch keine strengeren Vorgaben schaffen.
- 13 Bedeutung für das Lauterkeitsrecht haben aber auch die **Informationspflichten**, etwa nach der Verbraucherrechterichtlinie⁶ oder der Richtlinie über den

unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) (Text von Bedeutung für den EWR).

³ Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung (kodifizierte Fassung) (Text von Bedeutung für den EWR)

⁴ Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (Text von Bedeutung für den EWR)

⁵ Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation)

⁶ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der

elektronischen Geschäftsverkehr⁷ sowie die Richtlinie über Bereitstellung audiovisueller Medieninhalte⁸ (Kennzeichnung von Werbung in Fernsehen und Rundfunk sowie besondere Vorschriften zum Schutz von schutzwürdigen Zuschauern vor Beeinflussung). Hinzu kommen sektorspezifische Regelungen, etwa die Tabak-Werberichtlinie.⁹

- 14** **Verordnungen**, die unmittelbar ohne Umsetzung innerhalb der Mitgliedstaaten verbindlich sind (Art. 288 Abs. 2 AEUV) sind im Lauterkeitsrecht selten. Regelungen gibt es namentlich im Lebensmittelrecht.¹⁰ Eine gewisse verfahrenstechnische Bedeutung hat auch die Verbraucherschutzkooperationsverordnung.¹¹
- 15** Trotz dieser Harmonisierung ist die **Durchsetzung des Lauterkeitsrechts in den verschiedenen Mitgliedstaaten weiterhin sehr unterschiedlich**. Neben einer behördlichen Durchsetzung durch staatliche Stellen gibt es teilweise eine strafrechtliche Verfolgung; einige Staaten geben den Verbrauchern umfangreiche Individualrechte, in anderen haben (wie in Deutschland) primär die Konkurrenten Ansprüche. Einige Staaten hatten das Lauterkeitsrecht traditionell im allgemeinen Deliktsrecht geregelt und haben die neuen verbraucher-schützenden Verbote daneben in einem Sondergesetz umgesetzt; andere haben beides in einem Gesetz integriert.

Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates Text von Bedeutung für den EWR.

⁷ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr")

⁸ Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) (Text von Bedeutung für den EWR).

⁹ Richtlinie 2003/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Mai 2003 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen (Text von Bedeutung für den EWR).

¹⁰ Z.B. Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit.

¹¹ Ab 17.1.2020 Verordnung (EU) 2017/2394 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2017 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 (Text von Bedeutung für den EWR)

b. Primärrecht: Bedeutung der Grundfreiheiten

- 16 Auch über die Harmonisierung durch Richtlinien hinaus hat das Europarecht Bedeutung für die Anwendung des Lauterkeitsrechts: Die **Grundfreiheiten** (Warenverkehrsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit; Art. 34, 56 AEUV) verbieten den Mitgliedstaaten, den Handel mit anderen Mitgliedstaaten zu beschränken. Eine lauterkeitsrechtliche Regelung, die diese Folgen hätte, muss von den Gerichten Unangewendet gelassen werden (Anwendungsvorrang).¹² Dies hatte traditionell Bedeutung für das Verbraucherleitbild – einige Staaten hatten insoweit sehr hohe Schutzanforderungen, weil die Verbraucher als eher „dumm“ qualifiziert wurden. Hier hat die Harmonisierung zu einer Vereinheitlichung des Standards geführt.¹³



Prüfungsschema: Unvereinbarkeit einer Regelung mit der Warenverkehrsfreiheit

1. **Dassonville-Formel:** unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell geeignet, den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinträchtigen
2. **Keck-Formel:** produktbezogene Regelung oder diskriminierende Verkaufsmodalität
3. **Cassis-Formel:** diskriminierende Anwendung oder fehlende Erforderlichkeit für vorrangige Belange des Gemeinschaftswohls
4. Keine Rechtfertigung durch Art. 36 AEUV: Wichtiger (in der Norm genannter) Grund + keine willkürliche Ungleichbehandlung + kein milderes Mittel (Erforderlichkeit)

- 17 Die Warenverkehrsfreiheit verbietet ausdrücklich Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen. Der EuGH legt insoweit seit der **Dassonville-Entscheidung** vom 1974 einen extrem weiten Maßstab zugrunde, um Umgehungen durch die Mitgliedstaaten auszuschließen.



Definition der Maßnahme gleicher Wirkung: Maßnahme gleicher Wirkung ist jedes staatliche Verhalten, das geeignet ist, den innergemeinschaftlichen

¹² Köhler/Bornkamm/Köhler, EInl. Rn. 3.15.

¹³ EuGH Slg. 20000, I-117 Rn. 27 – Lifting.

Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu beeinträchtigen.¹⁴

- 18 Allerdings zeigte sich, dass diese Formel zu weit reicht und die Mitgliedstaaten weitgehend handlungsunfähig zu machen drohte. Insoweit schloss der EUGH später ausdrücklich unterschiedlos anwendbare Regelungen über Verkaufsmodalitäten vom Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit aus. Die Warenverkehrsfreiheit findet nach der sog. **Keck-Formel** nur Anwendung, soweit es um produktbezogene Regelungen geht (insb. Bezeichnung, äußere Gestaltung, Abmessung und Gewicht, Zusammensetzung, äußere Form, Beschriftung und Verpackung).¹⁵ Darüber hinaus ist die Warenverkehrsfreiheit verletzt, wenn sich eine Verkaufsregelung ausschließlich auf ausländische Produkte bezieht und diese gegenüber den inländischen Produkten benachteiligt.

Beispiel: Nicht von der Warenverkehrsfreiheit erfasst ist das Verbot des Versandhandels von apothekenpflichtigen Arzneimitteln.¹⁶

- 19 Aber auch diese weitere Beschränkung genügte nicht, um den Anwendungsbereich auf ein angemessenes Maß zu reduzieren. Die als Rechtfertigung in Betracht kommenden Schutzgüter des Art. 36 AEUV (öffentlich Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, Gesundheit und Leben, nationales Kulturgut, gewerbliches und kommerzielles Eigentum) sind nicht nur eng gefasst und scheinbar abschließend aufgezählt, sie werden auch als Ausnahmeregelungen restriktiv angewandt. Nach der **Cassis-Formel** sind daher Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit zulässig, soweit diese einerseits nicht diskriminierend angewandt werden, andererseits aber verhältnismäßige (d.h. erforderliche und angemessene) Mittel sind, um zwingenden Erfordernissen des Gemeinschaftswohls, insb. der Lauterkeit des Handelsverkehrs und dem Verbraucherschutz gerecht zu werden.¹⁷
- 20 Auf letzter Stufe erfolgt eine **Rechtfertigung durch die ausdrücklichen gesetzlichen Schranken** des Art. 36 AEUV in Betracht.

¹⁴ EuGH Slg. 1974, 837 Rn. 5 – Dassonville.

¹⁵ EuGH, Slg. 1993, I-6097 Rn. 14, 16 – Keck.

¹⁶ EuGH Slg. 2003, I-14887 Rn. 71 f. - DocMorris

¹⁷ EuGH Slg. 1979, 649 Rn. 8 – Cassis de Dijon.

2. Einfluss des Verfassungsrechts

- 21 Das UWG unterliegt als einfaches Gesetz den **Schranken der Verfassung**; auf europäischer Ebene ist die EU-Grundrechtscharta zu berücksichtigen. Da es um Privatrecht geht, handelt es sich um eine mittelbare Wirkung im Rahmen der Generalklauseln (als „objektive Werteordnung“.¹⁸ Das Bundesverfassungsgericht hat insbesondere vor dem Hintergrund der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG), der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG), der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG), der Religions- und Weltanschauungsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) sowie vor allem auch der Berufs- und Eigentumsfreiheit (Art. 12, 14 GG) der früheren sehr restriktiven Rechtsprechung des BGH Schranken gesetzt. Insofern ähnelt die Lage dem Verhältnis des BGH zum EuGH – nur will der EuGH den Binnenmarkt gewährleisten, während das BVerfG an der individuellen Freiheit des vermeintlich zur Unterlassung Verpflichteten interessiert ist.
- 22 Auch auf europäischer Ebene spielen die **EU-Grundrechtecharta und die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)** eine zentrale Rolle. Sie sind stets bei der Abwägung zu berücksichtigen.

Beispiel: Ein absolutes Verbot, Gewinnspielwerbung in Medienerzeugnissen zu verbreiten kann gerechtfertigt sein, soweit hierdurch die durch Art. 10 EMRK geschützte Meinungsfreiheit in Gestalt der Medienvielfalt gewährleistet bleibt.¹⁹

- 23 Von besonderer Bedeutung ist dabei die **Meinungsfreiheit** (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG bzw. Art. 11 Abs. 1 GR-Charta). Auch kommerzielle Meinungsäußerungen sind vom Schutzbereich dieses Grundrechts erfasst.²⁰ Zwar ist das UWG ein allgemeines Gesetz im Sinne von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, da keine spezifischen Inhalte verboten werden und die Regelung gewichtigen Gemeinwohlbelangen bzw. schutzwürdigen Rechten Dritter dient. jedoch sind derartige Gesetze stets im Lichte des Grundrechts auszulegen („Schaukeltheorie“).

Beispiel: In den 1990er Jahren warb der Bekleidungshersteller Benetton mit sog. „Schockwerbung“, bei denen Abbildungen u.a. eines nackten Gesäßes mit einem Stempel „H.I.V. positive“ und einer ölierschmierten Ente genutzt wurden. Die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren

¹⁸ BVerfGE 7, 198 – Lüth.

¹⁹ EuGH WRP 1997, 706 – Familiapress.

²⁰ BVerfGE 71, 162, 175.

Wettbewerbs e.V. ging gestützt auf §§ 8 Abs. 1 S. 1, 3 Abs. 1, 4a UWG gegen den Herausgeber des Magazins Stern vor, das diese Abbildungen als Anzeigen abgedruckt hatte. Dem Unterlassungsantrag gab der BGH zunächst statt.²¹ Das BVerfG sah hingegen in der Werbung eine zulässige Meinungsäußerung und hob die Urteile auf.²²



- 24** Im Gesetz selbst angedeutet (§ 9 S. 2 UWG) ist der besondere **Schutz der Medien** (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 11 Grundrechtscharta, 10 EMRK). Diese erfüllen eine für die Demokratie zentrale Aufgabe als Verbreiter von Meinungen. Insoweit sind vor allem redaktionelle Inhalte privilegiert und vom Begriff der geschäftlichen Handlung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) ausgeschlossen. Zu den verbreiteten Inhalten gehört aber auch Werbung, die grds. nicht in unzulässiger Weise erfolgen soll. Dennoch sollen den Medien keine aufwändigen Kontrollen auferlegt werden, die für sie ggf. existenzgefährdende Folgen haben können. Dieses Ergebnis stellt der Ausschluss der Schadensersatzhaftung in § 9 S. 2 BGB sicher.
- 25** Auch die **Kunstfreiheit** (Art. 5 Abs. 3 GG) kann im Einzelfall eine Rolle spielen. Oftmals geht es insbesondere in der Werbung nämlich um schöpferische, kreative Leistungen. Insoweit sind etwa Satire und Parodien zulässig.

Beispiel: A vertreibt unter der Bezeichnung „Muh!“ Postkarten in violetter Grundfarbe mit dem Text „Über allen Wipfeln ist Ruh, irgendwo blökt eine Kuh, Muh! Rainer Maria Milka“. Die Herstellerin der Milka-Schokolade verlangt Unterlassung aufgrund ihrer Markenrechte (§ 14 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 5, Abs. 6 MarkenG) und ihres guten Ruf (§§ 8 Abs. 1 S. 1, 3 Abs. 1, 4 Nr. 1 UWG).²³

²¹ BGHZ 130, 196 – Ölverschmutzte Ente; BGH GRUR 1995, 600 – H.I.V. POSITIVE I; BGHZ 149, 247 – H.I.V. POSITIVE II.

²² BVerfGE 102, 357; BVerfGE 107, 275.

²³ BGH GRUR 2005, 583 – Lila-Postkarte.

Lauterer Wettbewerb

Der BGH lehnte den Unterlassungsanspruch wegen des vorrangigen Schutzes der Kunstfreiheit aus. Aus Sicht des Verkehrs sei die kritische Auseinandersetzung mit den Marken und der Werbedarstellung des Schokoladenherstellers erkennbar. Zudem sei nicht ersichtlich, dass die Nutzung der Kennzeichen ausschließlich erfolgt sei um ein sonst nicht verkäufliches eigenes Produkt auf den Markt zu bringen.

- 26 Schließlich kann die **Berufsfreiheit** (Art. 12 Abs. 1 GG) als Grund für Beschränkungen aber auch als Einwendung relevant werden. Bedeutung hat dies vor allem bei standesrechtlichen Regelungen. Regelmäßig geht es dabei nur um die dritte Stufe der Dreistufentheorie, d.h. um eine Berufsausübungsregel.

Beispiel: Die Berufsfreiheit steht etwa der allein auf die Typizität für die gewerbliche Wirtschaft gestützte Untersagung einer Verlosung zu Werbezwecken durch einen Zahnarzt entgegen.²⁴

III. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

1. Geschichte des Lauterkeitsrechts

- 27 Mit § 1 der Gewerbeordnung von 1869 wurde im Norddeutschen Bund explizit **Gewerbefreiheit** gewährt und damit der freie Wettbewerb unter den Unternehmen eröffnet. Schnell stellte sich dabei ein Missbrauch ein – dieser reichte von Boykottaufrufen bis hin zur aktiven Blockade von Konkurrenzgeschäften. Geregelt war seit 1974 allein der Schutz von Warenzeichen (Marken) und Firmen vor Verwechslungen – woraus das Reichsgericht im Umkehrschluss folgerte, dass es kein allgemeines Verbot unlauteren Wettbewerbs in Deutschland gäbe.²⁵
- 28 Der Gesetzgeber unternahm erst fast 30 Jahre nach Einführung der Gewerbefreiheit einen Versuch, den Missbrauch einzudämmen. Im Vordergrund stand dabei der Schutz der (ehrbar handelnden) Konkurrenten – Verbraucherschutz war hingegen zunächst kein Thema. Mit einem kasuistischen Gesetz aus einer Vielzahl von Einzeltatbeständen (etwa Anschwärzung, Irreführung, üble Nachrede, Geheimnisverrat), dem **1. UWG von 1896**, blieb es aber beim bloßen Versuch: Durch geschickte Umgehung bzw. kreative Gestaltung des eigenen Verhaltens gelang es den Adressaten, sich den Verboten zu

²⁴ BVerfG GRUR 2011, 838 – Zahnarzt für Implantologie.

²⁵ RGZ 3, 68 – Apollinaris.

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

entziehen. Die Hoffnung auf eine Lückenschließung durch Anwendung des § 826 BGB scheiterte, da die hohen Anforderungen, insb. Vorsatz bzgl. der Schädigung regelmäßig im Prozess nicht zu beweisen waren. Auch § 823 Abs. 1 BGB mit dem (ungeschriebenen) Rechtsgut des „eingerrichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs“ führte nicht weiter, weil für dieses Rahmenrecht ein unmittelbarer, gezielter Eingriff in den Bestand des Unternehmens gefordert wurde.²⁶

- 29 Erst durch ein zweites, völlig neu gefasstes, **UWG 1909** mit einer breiten Generalklausel in § 1 UWG a.F., die sittenwidriges Verhalten generell verbot und einer kleinen Generalklausel gegen Irreführung in § 3 UWG a.F. hatte die Rechtsprechung ein scharfes Schwert gegen den Missbrauch der wettbewerblichen Freiheit in der Hand. Die Norm arbeitete mit dem wertungsoffenen Begriff der „Sittenwidrigkeit“, die an § 826 BGB angelehnt war – jedoch verzichtete das Gesetz auf jegliches Verschulden und sogar auf eine Schädigung.
- 30 In der Folge übertrieb es der Gesetzgeber jedoch mit dem Paternalismus – der Schutz der Bürger wurde weit über das Gebotene ausgedehnt. Mit der **ZugabeVO** von 1932 wurde namentlich die Gewährung unentgeltlicher Zugaben zu einem Hauptprodukt (etwa Drucker mit Toner oder PC mit Software) verboten; das **Rabattgesetz** von 1933 verbot gar jegliche Rabattgewährung gegenüber Verbrauchern. Ziel war einerseits der Schutz von Verbrauchern, andererseits der Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) vor Rabatt- und Zugabeschlachten mit der größeren Konkurrenz. Selbst in den 1980er-Jahren meinte man, die Handlungsoptionen der Unternehmen zur Vereinheitlichung und zum Schutz der Verbraucher weiter beschränken zu müssen: Schlussverkäufe wurden auf bestimmte Zeiträume beschränkt; im Übrigen waren nur noch bestimmte Sonderveranstaltungen, Räumungsverkäufe und Jubiläumsveranstaltungen zulässig.
- 31 All diese Beschränkungen passten kaum noch zum liberalen Alltag vor allem im Rest der Welt.²⁷ Im Zeitalter des Onlineshopping drohten die Verbraucher zu weniger streng regulierten Anbietern aus anderen EU-Mitgliedstaaten zu wechseln. Parallel wurde auch die Rechtsprechung langsam liberaler; vor allem aufgrund der Einflussnahme des EuGH, der die früheren, übermäßig Verbraucherschützenden Praktiken mit den Grundfreiheiten für unvereinbar

²⁶ RGZ 135, 242, 247.

²⁷ Vgl. *Schricker*, GRUR Int. 1994, 586.

Lauterer Wettbewerb

erklärte.²⁸ Dennoch wurden diese hinderlichen Regelungen erst **2001²⁹ abgeschafft**. Liberalisiert, aber nicht abgeschafft wurden die streng regulierten Ladenschlusszeiten.³⁰

- 32** Eine **große Reform des UWG gab es erst 2004³¹** – am 8. Juli 2004 wurde das alte UWG (von 1909) vollständig aufgehoben und durch ein gleichnamiges neues Gesetz ersetzt.³² Das ist insoweit für Sie misslich, als die in alten Entscheidungen zitierten Normen nun schlicht nicht mehr existieren. Dafür ist das neue Gesetz sehr viel klarer strukturiert und durch konkrete Regelbeispiele deutlich leichter anzuwenden.
- 33** Allerdings war der deutsche Gesetzgeber zu schnell – durch die erst ein Jahr später beschlossene UGP-Richtlinie der EU (dazu unten Rn. *) mussten die gerade erst beschlossenen Regelungen **schon 2008 wieder geändert** werden.³³
- 34** Aber auch diese Anpassungen waren noch lückenhaft – eine vollständige Umsetzung konnte erst durch eine **weitere Reform im Jahr 2015** erreicht werden.³⁴ Diese sehr eng getakteten Veränderungen sind für Sie eher misslich – denn es wurden nicht nur Details geändert, sondern die Struktur und v.a. die Tatbestandsmerkmale ganz neu gefasst, so dass ältere Literatur leider nicht mehr weiterhilft.

Beispiel: § 4 Nr. 6 UWG 2008 sah die Verknüpfung des Erwerbs eines Produkts mit der Teilnahme an einem Gewinnspiel als regelmäßig unlauter an – diese Regelung war nach dem EuGH nicht mit der UGP-RL vereinbar.³⁵

- 35** Derzeit stehen **zwei weitere Reformen des UWG** an: 1. Mit dem Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs sollen der Missbrauch von Abmahnungen unterbunden werden. 2. Zudem werden mit dem Gesetz zur Umsetzung der

²⁸ Z.B. EuGH, Slg. 1993 I 2361 – Yves Rocher.

²⁹ Gesetz zur Aufhebung des Rabattgesetzes und zur Anpassung anderer Rechtsvorschriften vom 23.7.2001, BGBl. I 2001, 1663.

³⁰ Dazu BVerfG NJW 2004, 2363.

³¹ Vorangegangen waren Gutachten im Auftrag des BMJ von Fezer, WRP 2001, 989 und Schricker/Henning-Bodewig, WRP 2001, 1367.

³² BGBl. I 2004, 1414.

³³ BGBl. I 2008, 2949.

³⁴ BGBl. I 2015, 2158.

³⁵ EuGH, GRUR 2010, 244 – Plus Warenhandelsgesellschaft

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung der bisher nur fragmentarisch in §§ 17 ff. UWG geregelte Schutz von Geschäftsgeheimnissen in ein neues Geschäftsgeheimnisgesetz ausgelagert.

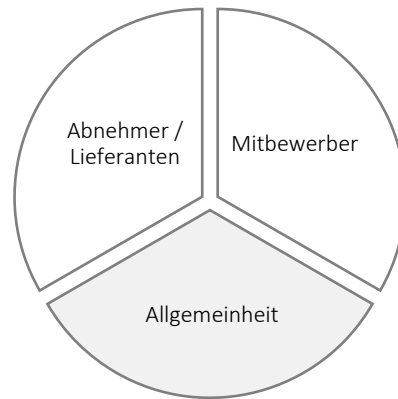
- 36 Da die Vielfalt unternehmerischen Handelns und vor allem der Wunsch nach Ausnutzung von Gesetzeslücken oder Grauzonen schier unendlich sind, basiert das Lauterkeitsrecht bereits seit Anfang des 20. Jahrhunderts ganz zentral auf Generalklauseln. Damit war die **Rechtsprechung** zur Auslegung berufen – was diese auch intensiv, namentlich durch Bildung von Fallgruppen, unternommen hat. Die Mehrzahl dieser Fallgruppen ist heute explizit gesetzlich kodifiziert, so dass Sie diese nicht mehr auswendig lernen müssen.

2. Gesetzssystematik

- 37 Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) ist ein **bemerkenswert kurzes Gesetz**. Der Zweck des Gesetzes ergibt sich dabei aus § 1 UWG: Geschützt werden einerseits „Marktteilnehmer“ (insbesondere Verbraucher und Mitbewerber), andererseits aber auch die Allgemeinheit. Traditionell wird hier von einer Schutzzwecktrias gesprochen: Zunächst werden (1) „horizontal“ die Mitbewerber geschützt, dann (2) „vertikal“ die Verbraucher und anderen Marktteilnehmer (Abnehmer/Zulieferer) und schließlich (3) mittelbar die Allgemeinheit (aber nur in Bezug auf den unverfälschten Wettbewerb)³⁶. Unter diesen drei Schutzziele hat keines den Vorrang, vielmehr sind bei einem Zielkonflikte alle Interessen in Einklang zu bringen.

³⁶ D.h. nicht auf andere Allgemeininteressen, vgl. BegrRegE § 1 UWG, BT-Drs. 15/1487, S. 16.

Lauterer Wettbewerb



Klausurtyp: Die Allgemeinheit wird **ausschließlich** in Bezug auf ihr Interesse am unverfälschten Wettbewerb geschützt. Damit soll ausgeschlossen werden, dass andere Allgemeininteressen (z.B. Tierschutz iSv Art. 20a GG³⁷) relevant werden. Dementsprechend wurde auch der frühere, weite Begriff der „Sittenwidrigkeit“ in der Generalklausel durch den präziseren Ausdruck „Unlauterkeit“ ersetzt.

- 38** Das UWG gliedert sich in **vier Kapitel**. In der Klausur begegnen Sie vor allem dem ersten und zweiten Kapitel, konkret §§ 8, 3, 2, 4-6 und 7 UWG (in dieser Prüfungsreihenfolge):
- 39**
- Kapitel 1 enthält „Allgemeine Vorschriften“ und damit die für Sie besonders wichtigen **Tatbestände**: § 3 Abs. 1 UWG ist die Generalklausel des Lauterkeitsrechts, die unlauteres Verhalten verbietet. § 2 UWG enthält die dabei anzuwendenden Definitionen (vor allem die „geschäftliche Handlung“ in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG als Zentralbegriff). § 3 Abs. 3 UWG enthält eine Reihe von „per se Verboten“, die ohne Abwägung stets verboten sind (ähnlich § 309 BGB für die AGB-Kontrolle). In allen anderen Fällen ist hingegen eine Interessenabwägung anhand des Merkmals „Unlauterkeit“ vorzunehmen. §§ 3a, 4, 4a, 5, 5a, 6 UWG enthalten dabei glücklicherweise Konkretisierungen des Begriffs der „Unlauterkeit“ in § 3 UWG: § 3a UWG knüpft an Marktverhaltensnormen aus anderen Gesetzen (etwa die DSGVO) an und gewährleistet deren

³⁷ BGHZ 130, 182 – 6 Legehennenhaltung.

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

Durchsetzbarkeit mit den Mitteln des UWG. § 4 UWG enthält einige Fälle zum konkreten Schutz der unmittelbaren Konkurrenz. § 4a UWG verbietet aggressive Geschäftspraktiken, bei denen auf die Entscheidungsfreiheit eingewirkt wird, während §§ 5, 5a UWG sich gegen die Irreführung richten. Schließlich regelt § 6 Abs. 2 UWG die Unzulässigkeit vergleichender Werbung. Zudem enthält § 3 Abs. 2 UWG eine konkretisierte Generalklausel im Verhältnis zu Verbrauchern. § 7 UWG enthält demgegenüber einen eigenen Belästigungstatbestand, der explizit nicht an die Unlauterkeit anknüpft.

- 40 • Kapitel 2 enthält Regelungen zu den „**Rechtsfolgen**“ eines Verstoßes gegen § 3 UWG bzw. § 7 UWG: Im Vordergrund steht dabei in der Praxis der Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch aus § 8 Abs. 1 UWG. Daneben sieht das Gesetz für Mitbewerber einen Schadensersatzanspruch (§ 9 UWG) sowie (nur) für Verbände einen Gewinnabschöpfungsanspruch (§ 10 UWG) vor. Besonders geregelt ist schließlich die Verjährung (§ 11 UWG).
- 41 • Kapitel 3 enthält „**Verfahrensvorschriften**“ und damit Sonderregelungen insbesondere zu ZPO und GVG, namentlich zur gerichtlichen Zuständigkeit (§§ 13, 14 UWG), zur Minderung des Streitwerts (§ 12 Abs. 4 UWG) oder zur Veröffentlichung von Urteilen (§ 12 Abs. 3 UWG). In diesen Zusammenhang gehören aber auch Regelungen zur außergerichtlichen Durchsetzung durch Abmahnung (§ 12 UWG) sowie zu Einigungsstellen (§ 15 UWG).
- 42 • Schließlich enthält das Kapitel 4 „**Strafvorschriften**“. Hier steht die strafbare Werbung (§ 16 UWG) im Vordergrund. Die früheren Regelungen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (§§ 17-19 UWG) sind durch das Geschäftsgeheimnisgesetz ersetzt worden. Eine einsame Bußgeldvorschrift findet sich schließlich in § 20 UWG – danach kann die Bundesnetzagentur gegen unzulässige Telefonwerbung vorgehen.
- 43 • Bereits angesprochen wurde der Anhang zum UWG, der mit einer Auflistung von „**per se Verboten**“ die schwarze Liste der UGP-Richtlinie umsetzt. Die dort genannten Verhaltensweisen sind so bedenklich, dass sie ausnahmslos ohne Rechtfertigungsmöglichkeit untersagt sind.

3. Verhältnis zum BGB

- 44 Vor Inkrafttreten des UWG von 1909 musste sich die Rechtsprechung mit der

Lauterer Wettbewerb

Anwendung von § 826 BGB behelfen – was sich auch daran zeigte, dass das Gesetz früher nicht „unlauteres“, sondern explizit „sittenwidriges“ Verhalten verbot. Auch heute noch stellt das UWG ein Sonderrecht zum allgemeinen Deliktsrecht der §§ 823 ff. BGB bzw. zum quasi-negatorischen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch (arg. §§ 12, 862, 1004 BGB) dar. In seinem Anwendungsbereich verdrängt das UWG als „Sonderdeliktsrecht“ das BGB.



Klausurtyp: Die Natur als Sonderdeliktsrecht hat vor allem die Bedeutung, dass Sie die Regelungen des Deliktsrechts auch auf die Ansprüche aus dem UWG anwenden können. Dies betrifft etwa § 830 BGB zu Teilnehmern und alternativer Kausalität oder § 840 I BGB zur gesamtschuldnerischen Haftung.

- 45 Gegenüber dem BGB **erweitert das UWG den Anwendungsbereich der privaten Verbotsrechte** – ein konkretes Rechtsgut muss anders als in § 823 I BGB nicht betroffen sein. Der Hintergrund ist, dass es regelmäßig um Gefährdungsdelikte geht: Das UWG soll gerade die Breitenwirkung unlauterer Handlung bereits im Vorfeld verhindern.
- 46 Andererseits wird der **Anwendungsbereich aber erheblich verengt**: Obwohl nach § 1 UWG explizit auch die Verbraucher geschützt sein sollen, können diese weder nach § 8 Abs. 1 UWG Unterlassung bzw. Beseitigung begehren (vgl. die Aktivlegitimation nach § 8 Abs. 3 UWG) noch nach § 9 UWG Schadensersatz verlangen. In der Regierungsbegründung zum UWG 2004 wurde sogar ausdrücklich betont, dass die Verbraucher weder unmittelbar nach dem UWG, noch mittelbar über eine Qualifikation der §§ 1-7 UWG als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB selbst anspruchsbefugt sein sollten.³⁸
- 47 Auch sonst ist die Anwendbarkeit der §§ 823 ff. BGB neben dem UWG mit Vorsicht zu genießen. Denn Ansprüche aus §§ 823 ff. BGB **verjähren** nach §§ 195, 199 BGB in drei Jahren zum Jahresende ab Kenntnis der Verletzung. Demgegenüber ordnet § 11 UWG für Ansprüche aus dem UWG eine kurze Verjährung von sechs Monaten ab Kenntnis an. Da aber bei Verstößen gegen das UWG regelmäßig auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 12, 14 GG) betroffen wäre, droht diese spezielle Verjährung sonst leerzulaufen.
- 48 **Neben dem UWG** findet aber selbstverständlich das Verbot des § 826 BGB Anwendung (auf das sich auch Verbraucher berufen können). Das an hohe

³⁸ BegRegE § 8 UWG, BT-Drs. 15/1487, S. 22.

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

Anforderungen geknüpfte Verbot vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung hat engere Voraussetzungen als die Haftung nach § 9 UWG, für die bereits einfache Fahrlässigkeit und der schlichte Vorwurf der „Unlauterkeit“ genügt. Insofern scheidet eine Verdrängung aus.

- 49 Auch **§ 823 Abs. 1 BGB** ist bei Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter (insb. in Bezug auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, aber auch das Privateigentum an körperlichen Gegenständen) neben § 9 UWG anzuwenden. Unanwendbar ist § 823 Abs. 1 BGB also nur, soweit sich der Kläger auf das Rahmenrecht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs iSv Art. 12, 14 GG beruft – denn dieses Rahmenrecht wird durch § 9 UWG iVm §§ 3-7 UWG abschließend konkretisiert.³⁹ Zudem findet § 823 Abs. 1 BGB auch zugunsten von Verbrauchern Anwendung, was diesen namentlich Schadenersatz- und Unterlassungsansprüche wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch belästigende Werbeemails einräumt.
- 50 Möglich bleibt bei einer konkreten Kreditgefährdung auch die **Anwendung von § 824 BGB** – wegen seines engen Anwendungsbereichs und der konkret individualschützenden Ausrichtung greift diese Regelung neben § 9 UWG iVm §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 1/Nr. 2 UWG. Ansonsten liefe die BGB-Norm in ihrem zentralen Anwendungsbereich leer.
- 51 Schließlich können neben dem UWG auch **Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB** geltend gemacht werden. Leider stellen aber weder § 3 UWG noch § 7 UWG Schutzgesetze im Sinne dieser Norm dar – sonst liefe der eigene Anspruch aus § 9 UWG leer. Stattdessen muss auf andere Schutzgesetze zurückgegriffen werden – in Betracht kommen etwa Betrug (§ 263 StGB) oder Nötigung (§ 240 StGB), aber auch die besonderen Straftaten im Sinne von § 16 Abs. 1 und Abs. 2 UWG sowie die Ordnungswidrigkeit nach § 20 UWG.
- 52 Neben dem Deliktsrecht kommen vor allem Ansprüche aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB (**culpa in contrahendo**) wegen Verletzung vorvertraglicher Pflichten in Betracht. Daneben kann bei arglistiger Täuschung im Sinne von § 5 UWG oder widerrechtlicher Drohung im Sinne von § 4a UWG eine Anfechtung nach § 123 BGB erfolgen. Besondere Rechtsfolgen für unlauteres Verhalten sehen etwa auch § 241a Abs. 1 BGB (Ausschluss auch gesetzlicher Ansprüche bei Zusendung unbestellter Ware an Verbraucher) und § 661a BGB (Erfüllungsanspruch aus Gewinnzusage) vor. Lauterkeitsrechtliche Regelung im weiteren Sinne ist auch § 434 Abs. 1 S. 3 BGB, wonach sich

³⁹ Köhler/Bornkamm/Köhler, Einl. 7.5.

Lauterer Wettbewerb

der Verkäufer nicht nur eigene Werbeaussagen, sondern auch solche des Herstellers als Teil der üblichen Beschaffenheit zurechnen lassen muss. Generell darf nicht voreilig Nichtigkeit nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen § 3 UWG bzw. § 7 UWG angenommen werden. Denn dadurch würden insb. die sonst bestehenden Schadensersatzansprüche aus § 311a Abs. 2 BGB unterlaufen. Erst dann, wenn die Vertragserfüllung die Rechte Dritter beeinträchtigen würde, ist die Nichtigkeitsfolge (und der damit verbundene Rückforderungsanspruch aus § 817 S. 1 BGB) gerechtfertigt – etwa bei einer Pflicht zum Vertragsbruch oder zur sonstigen Verletzung fremder Rechte. § 138 Abs. 1 BGB findet erst Recht keine Anwendung – denn diese Norm wird im Hinblick auf das durch das UWG koordinierte Verhalten durch § 138 Abs. 1 BGB verdrängt.

4. Internationaler Anwendungsbereich

- 53 Der internationale Anwendungsbereich des UWG wird grundsätzlich durch **Art. 6 Abs. 1 Rom II VO** bestimmt. Danach ist auf außervertragliche Schuldverhältnisse aus unlauterem Wettbewerbsverhalten das Recht des Staates anzuwenden, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Interessen der Verbraucher beeinträchtigt worden sind oder wahrscheinlich beeinträchtigt werden. Es gilt also das „Markortprinzip“ – entscheidend ist nicht der Handlungsort (wo die Handlung vorgenommen wird – was etwa bei Werbung im Internet oder einem Versandhandel durchaus im Ausland sein kann), sondern der Erfolgsort. Gemeint ist der Ort, an dem die Interessen des Handelnden mit denen etwaiger Wettbewerber kollidieren bzw. bei einem Monopolunternehmen kollidieren würden.
- 54 Eine Ausnahmeregelung enthält **Art. 6 Abs. 2 Rom II VO** für den seltenen Fall, dass ausschließlich ein einziger Wettbewerber durch das Verhalten betroffen ist. Das kommt in Betracht, wenn es nur einen einzigen Konkurrenten überhaupt gibt. Zudem ist dies bei den Fällen der gezielten Anschwärzung sowie des Ausspähens von Betriebsgeheimnissen denkbar. In diesen Fällen wird nach den allgemeinen Regeln des Deliktsstatuts (Art. 4 Rom II VO) angeknüpft – denn die Interessen der Allgemeinheit sind nicht betroffen. In der Praxis wird diese Ausnahme sehr restriktiv gehandhabt – denn wie § 1 UWG zeigt, dient das Gesetz ja gerade auch den Interessen der Allgemeinheit, so dass ein UWG-Verstoß die Drittbetroffenheit gerade indiziert.

IV. Prüfung eines UWG-Falls

- 55 Die Prüfung von Fällen im Lauterkeitsrecht folgt **extrem einfachen Schemata**. Dabei müssen Sie zwischen den verschiedenen Anspruchszielen differenzieren: Regelmäßig will der Kläger Unterlassung; seltener geht es um Beseitigung und Schadensersatz; praktisch (und in Klausuren) unüblich ist der Anspruch auf Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG.



Prüfungsschema: Anspruch auf Unterlassung (§ 8 Abs. 1 UWG iVm § 3 Abs. 1 UWG)

1. Aktivlegitimation (§ 8 Abs. 3 UWG)
2. Geschäftliche Handlung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG)
3. Unlauterkeit (§ 3 Abs. 1 UWG)
 - a. § 3 Abs. 3 UWG iVm Anhang
 - b. Regelbeispiele nach § 3a UWG, § 4 UWG, § 4a UWG, § 5 Abs. 1 S. 1 UWG, § 5a Abs. 4 UWG, § 6 Abs. 2 UWG
 - c. Unzumutbarkeit nach § 3 Abs. 2 UWG bei Beteiligung von Verbrauchern
 - d. Unzumutbarkeit nach § 3 Abs. 1 UWG im Übrigen
4. Wiederholungsfahr oder Erstbegehungsfahr (§ 8 Abs. 1 S. 2 UWG)

Prüfungsschema: Anspruch auf Schadensersatz (§ 9 S. 1 UWG iVm § 3 Abs. 1 UWG)

1. Anspruchsteller ist Mitbewerber
2. Geschäftliche Handlung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG)
3. Unlauterkeit (§ 3 Abs. 1 UWG)
 - a. § 3 Abs. 3 UWG iVm Anhang
 - b. Regelbeispiele nach § 3a UWG, § 4 UWG, § 4a UWG, § 5 Abs. 1 S. 1 UWG, § 5a Abs. 4 UWG, § 6 Abs. 2 UWG
 - c. Unzumutbarkeit nach § 3 Abs. 2 UWG bei Beteiligung von Verbrauchern
 - d. Unzumutbarkeit nach § 3 Abs. 1 UWG im Übrigen

Lauterer Wettbewerb

4. Verschulden (Vorsatz / Fahrlässigkeit)

5. Ersatzfähiger Schaden: §§ 249 ff. BGB

2. Kapitel Geschäftliche Handlungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG)

- 56** Die „geschäftliche Handlung“ ist das verbindende Tatbestandsmerkmal der Verbotstatbestände des § 3 UWG und des § 7 UWG. Die geschäftliche Handlung ist insoweit das „**Tor zum UWG**“. Art. 2 lit. d UGP-Richtlinie spricht insoweit etwas abweichend von „Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern“. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist insoweit die weiter formulierte Regelung.
- 57** Abzugrenzen ist die geschäftliche Handlung zunächst vom engeren „**konkreten Wettbewerbsverhältnis**“, das in der Legaldefinition des Mitbewerbers in § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG auftaucht. Dieses spielt nur im Rahmen der Passivlegitimation nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG eine Rolle – nicht aber als zentrale Tatbestandsvoraussetzung. Hier wird eine Substitutierbarkeit der Produkte hergestellt vorausgesetzt, dass Gewinne des einen Anbieters (bzw. Nachfragers) zu Einbußen eines anderen Anbieters (bzw. Nachfragers) führen.
- 58** Im alten Lauterkeitsrecht war das „**Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs**“ die zentrale Voraussetzung (so noch bis 2018 die §§ 17, 18 UWG). Erforderlich war danach eine subjektive Wettbewerbsförderungsabsicht – diese wurde im Einzelfall anhand diverser Indizien hergeleitet bzw. unter bestimmten Umständen vermutet. Das geltende Recht verzichtet hingegen auf jegliches subjektives Tatbestandsmerkmal (→ Rn. *).
- 59** **In der Klausur** ist daher stets besonders gründlich zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Legaldefinition in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG erfüllt sind. In der Literatur kursieren insoweit eine Vielzahl verschiedener Prüfungsschemata – von denen Sie natürlich jedes nutzen können. Im Folgenden wird ein Schema aus vier Merkmalen vorgeschlagen, das den Vorteil einer mehr oder minderen Abgrenzung hat.



Prüfungsschema: Geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG

1. **Verhalten** = Tun oder pflichtwidriges Unterlassen
2. **Unternehmensbezug** = zugunsten eines eigenen oder fremden Unternehmens (selbstständige und planmäßige Tätigkeit gegen Entgelt)
3. **Geschäftsbezug** = vor, bei oder nach Geschäftsabschluss
4. **Marktbezug** = objektiver Zusammenhang mit Absatz oder Bezug von Waren

Geschäftliche Handlungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG)

oder Dienstleistungen oder Vertragsabschluss oder Vertragsdurchführung in Bezug auf Waren oder Dienstleistungen

I. Verhalten

- 60 „Verhalten“ ist der Oberbegriff für ein **Tun oder ein pflichtwidriges Unterlassen**.⁴⁰ Es genügt jede menschliche Verhaltensweise, egal ob rechtsgeschäftlich oder nur tatsächlich. Mindestvoraussetzung hierfür ist, dass ein Entscheidungsspielraum bestand, durch welchen die Einwirkung auf den Markt hätte verhindert werden können. Juristische Personen können nicht selbst handeln, müssen sich aber das Verhalten ihrer Organe nach § 31 BGB zurechnen (siehe auch die besondere Zurechnungsnorm des § 8 Abs. 3 UWG, dazu unten *).
- 61 Erforderlich ist ein **natürlicher Handlungswille** (wie im Strafrecht oder bei § 827 BGB) – ausgeschlossen sind damit unkontrollierbare unbewusste Reflexhandlungen, Handlungen unter Hypnose oder im Tiefschlaf. Ob das Handeln aufgrund von externem Druck (*vis compulsiva*) oder einer Täuschung durch Dritte (etwa einem Zulieferer) erfolgt ist irrelevant. Auch Geschäftsfähigkeit ist nicht erforderlich. Irrelevant für das Vorliegen eines Verhaltens ist, dass der Handelnde nur eine gesetzliche Pflicht erfüllt.
- Beispiel:** Ein gewerblicher Pfandleiher muss die verpfändeten Sachen durch Versteigerung verwerten – trotzdem liegt darin eine geschäftliche Handlung.⁴¹ Ebenso stellt die Anmeldung einer Firma zum Handelsregister oder eines Gewerbes zum Gewerberegister eine geschäftliche Handlung dar.⁴² Schließlich stellt auch die kapitalmarktrechtlich vorgeschriebene Veröffentlichung von Insiderinformationen (ad hoc Mitteilungen) nach der Marktmissbrauchverordnung eine geschäftliche Handlung dar.⁴³
- 62 **Verhaltenspflichten** finden sich etwa in § 5a UWG (der ausdrücklich die Irreführung durch Unterlassen regelt), aber auch in einigen Tatbeständen des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG (etwa Nr. 5, Nr. 8, Nr. 20, Nr. 26 und Nr. 27). Weitere

⁴⁰ Begr. RegE UWG 2008 zu § 2, BT-Drs. 16/10145, 20.

⁴¹ OLG Düsseldorf GRUR-RR 2006, 99.

⁴² OLG Brandenburg GRUR-RR 2006, 167, 168 – Buchführungsbüro.

⁴³ OLG Hamburg GRUR-RR 2006, 377 – ad-hoc-Mitteilung.

Verhaltenspflichten können sich aus branchenspezifischen Gesetzen ergeben. Zudem kann eine Handlungspflicht vertraglich begründet werden. Schließlich ist auch eine Garantenstellung aus Ingerenz, d.h. aus gefahrbezüglichen Vorverhalten denkbar; ein Verschulden bezüglich des Vorverhaltens ist (wie im Strafrecht) nicht erforderlich.⁴⁴

II. Unternehmensbezug

- 63 Das Handeln muss **zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens** erfolgen. Damit sollen rein private Tätigkeiten sowie rein hoheitliche Aktivitäten ausgeschlossen werden. Die Förderung kann sich auch auf einen gesamten Wirtschaftszweig bzw. die Mitglieder einer Unternehmensvereinigung beziehen, es muss also nicht um ein *bestimmtes* Unternehmen gehen.⁴⁵
- 64 Obwohl das Gesetz scheinbar die Förderung eines eigenen mit der eines fremden Unternehmens gleichbehandelt, ist es von zentraler Bedeutung, ob der Handelnde selbst ein Unternehmen betreibt. In diesem Fall wird nämlich vermutet, dass das Verhalten das eigene Unternehmen fördern soll. Ist **umstritten, ob eine Person ein Unternehmen betreibt**, muss der jeweilige Kläger dies darlegen und beweisen. Irrelevant ist, ob der Handelnde vorgibt, ausschließlich Verbraucher zu sein – die Pflichten knüpfen objektiv an das Vorliegen der Eigenschaft, nicht an deren Erkennbarkeit an.

1. Begriff des Unternehmens

- 65 Zwar **definiert** § 2 Abs. 1 Nr.6 den „Unternehmer“, d.h. die natürliche oder juristische Person, die ein Unternehmen (als organisatorische Einheit) betreibt – nicht jedoch das Unternehmen (der auch in §§ 4 Nr. 2, 8 Abs. 2 UWG verwendet wird). Da das Lauterkeitsrecht nur bei Handeln zugunsten eines Unternehmens anwendbar ist, ist der Begriff jedenfalls im Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie weit auszulegen.⁴⁶ Er ist jedoch nicht identisch mit dem Begriff des „Unternehmens“ im Sinne des Kartellrechts (Art. 101, 102 AEUV; §§ 1, 18 ff. GWB).

⁴⁴ BGH GRUR 2001, 82 (83) – Neu in Bielefeld I.

⁴⁵ BGH GRUR 1962, 47 – Betonzusatzmittel.

⁴⁶ EuGH WRP 2013, 1454 Rn. 32 – BKK Mobil Oil.

Geschäftliche Handlungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG)



Definition des Unternehmens iSd UWG: Unternehmen ist jede zumindest auf gewisse Dauer angelegte selbständige Organisation, die darauf gerichtet ist, Waren oder Dienstleistungen nach außen gegen Entgelt zu vertreiben.⁴⁷

66 1. Eine Tätigkeit ist nach § 84 Abs. 1 S. 2 HGB **selbstständig**, soweit sie im Wesentlichen frei gestaltet werden kann. Ausgeschlossen sind damit vor allem Arbeitnehmer (§ 611a BGB).

67 2. **Auf gewisse Dauer angelegt** ist eine Tätigkeit, die sich nicht in nur gelegentlichen Handlungen erschöpft. Erforderlich sind wiederholte Handlungen, regelmäßig über ähnliche Gegenstände. Ausgeschlossen werden sollen einmalige Aktionen (etwa ein Räumungsverkauf vor einem Umzug).

Beispiel:⁴⁸ M, Mutter von vier Kindern im Alter zwischen 6 und 13 Jahren, betreibt bei *eBay* einen Onlineshop. Sie bietet Kinderbekleidung in den Bekleidungsgrößen ihrer vier Kinder sowie einer Größe darunter an. Im April 2017 bot M 100 Artikel auf *eBay* an, von denen etwa 1/3 als „neu“ bzw. „wie neu“ gekennzeichnet waren. M hat einige dieser Kleidungsstücke kurz zuvor über *eBay* erworben und diese direkt weiterveräußert. Den Angeboten der M lassen sich weder ihr vollständiger Name noch ihre Anschrift oder ein Hinweis auf ein Widerrufsrecht entnehmen. M meint, da sie ausschließlich Kinderbekleidung aus ihrem privaten Haushalt veräußere, handle sie nicht gewerbsmäßig.

Hier wurde ein Unternehmen bejaht aufgrund des Anteils an Neuware an den verkauften Gegenständen; des Umstands, das Ware zum Weiterverkauf angeboten wurde und vor allem angesichts des Volumens der Aktivität, die über private Haushaltsführung hinausgeht.

68 3. Die Tätigkeit muss **nach außen gerichtet** sein. Daran fehlt es bei der bloßen Verwaltung eigenen Vermögens.⁴⁹

69 4. Die Tätigkeit ist **entgeltlich**, wenn der Handelnde erwartet, irgendeine Gegenleistung zu erhalten. Dies muss nicht in einem Kaufpreis oder einem Lohn liegen. Denkbar ist z.B. die Zahlung eines regelmäßigen

⁴⁷ BGH, GRUR 2006, 244, 245.

⁴⁸ LG Berlin MMR 2007, 401.

⁴⁹ BGH NJW 2002, 368.

Mitgliedsbeitrags für einen Verein.⁵⁰ Das Entgelt muss nicht aktiv gefordert werden; es genügt, wenn es entgegengenommen wird.⁵¹ Keinesfalls dürfen Sie Entgeltlichkeit mit einer Gewinnerzielungsabsicht verwechseln – auch wenn eine Leistung im Interesse der Allgemeinheit (oder aus kirchlichen oder karitativen Zwecken) erbracht wird, sollen die Vorgaben des UWG gelten. Auch wenn die Gegenleistung in die dritte Welt, an Behinderte oder Bedürftige fließt, sind die Konkurrenten und Abnehmer vor unfairem Verhalten zu schützen.⁵² Die Unternehmenseigenschaft entfällt schließlich nicht dadurch, dass ausnahmsweise (z.B. im Rahmen einer Werbeaktion), Leistungen unentgeltlich abgegeben werden.⁵³

- 70** 5. Irrelevant ist, ob die Tätigkeit ein **Handelsgewerbe** im Sinne der §§ 1 ff. HGB, ein sonstiges (Klein-)Gewerbe oder eine freiberufliche Tätigkeit (von Anwälten, Architekten, etc., vgl. § 1 Abs. 2 S. 1 PartGG) darstellt. Unproblematisch erfasst sind auch künstlerische Tätigkeiten⁵⁴ und die Selbstvermarktung von Berufssportlern.
- 71** Ohne Belang ist auch die **Rechtsform**, in der die Tätigkeit organisiert ist. Einzelkaufleute sind ebenso wie eine GmbH, eine AG oder ausländische Rechtsformen umfasst. Aber auch ein eingetragener Verein fällt unter den Unternehmensbegriff, soweit er Waren oder Dienstleistungen anbietet.⁵⁵ Dies können etwa Fanartikel oder Tickets für Spiele sein, aber auch die Erbringung von Leistungen an Mitglieder (z.B. Nutzung von Sporteinrichtungen wie Fitnessstudio oder Sauna). Selbst öffentlich rechtliche Körperschaften, wie die Industrie- und Handelskammern, können Unternehmen sein, soweit sie ihren Mitgliedern z.B. Fortbildungen gegen Entgelt anbieten.⁵⁶ Entsprechend sind gesetzliche Krankenkassen Unternehmen, soweit sie Mitglieder werben und bei der Festlegung der Beiträge und Tarife einen gewissen Spielraum haben.⁵⁷

⁵⁰ BGH GRUR 1976, 370 (371) – Lohnsteuerhilfvereine I.

⁵¹ BGH GRUR 1981, 665 (666) – Knochenbrecherin.

⁵² BGH GRUR 1981, 823 (825) – Ecclesia-Versicherungsdienst.

⁵³ BGH GRUR 1975, 320 (321) – Werbegeschenke.

⁵⁴ OLG Frankfurt GRUR 1962, 323 – Zauberkünstler.

⁵⁵ BAG GRUR 2006, 244 (246); BGH GRUR 1983, 120 (124) – ADAC-Verkehrsrechtsschutz; BGH GRUR 1976, 370 (371) – Lohnsteuerhilfvereine I.

⁵⁶ BGH WRP 2009, 1369 Rn. 18 – Auskunft der IHK.

⁵⁷ EuGH WRP 2013, 1454 Rn. 26ff. – BKK Mobil Oil; BGH WRP 2012, 309 Rn. 7ff. – Betriebskrankenkasse.

Geschäftliche Handlungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG)

- 72 Auch die **Größe** des Unternehmens ist ohne Belang – auch die kleinsten Marktteilnehmer unterliegen vollumfänglich dem UWG. Anders als im GWB (§ 3 Abs. 1 GWB) besteht also keine Privilegierung des Mittelstands; auch ein besonderer Schutz (etwa nach § 20 Abs. 2 GWB) erfolgt nicht.
- 73 Schließlich sind auch Unternehmen erfasst, deren Tätigkeit **gegen ein gesetzliches oder behördliches Verbot verstößt**. Wie in § 7 HGB ist also das Fehlen einer staatlichen Genehmigung unbeachtlich.⁵⁸ Bedeutung hat die Unzulässigkeit der Tätigkeit aber in § 9 UWG – denn ein entgangener Gewinn im Sinne von § 252 BGB kann nicht vorliegen, soweit die Tätigkeit vom Kläger nicht vorgenommen werden dürfte.

2. Existenz des Unternehmens

- 74 Das Unternehmen muss im Zeitpunkt der geschäftlichen Handlung **noch nicht existieren**. Es genügt, dass bereits konkrete Vorbereitungshandlung erfolgt sind und die Geschäftsaufnahme unmittelbar bevorsteht.

Beispiele: Es genügen etwa die Anmietung von Geschäftsräumen, die Einstellung von Mitarbeitern, die Anmeldung zum Handelsregister bzw. bei der Gewerbeaufsicht oder die Werbung für die kommende Geschäftseröffnung.

- 75 Eine geschäftliche Handlung kann auch noch erfolgen, wenn das Unternehmen sich **in Liquidation** befindet. Erst wenn es so endgültig aus dem Markt ausgeschieden ist, dass eine Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs ausgeschlossen ist, ist der Unternehmensbezug zu verneinen.

III. Geschäftsbezug

- 76 Die Handlung muss im Zusammenhang („vor, bei oder nach“) mit einem „Geschäftsabschluss“ erfolgen.

1. Geschäftsabschluss

- 77 Ein „**Geschäftsabschluss**“ ist der Abschluss eines Vertrages eines Unternehmers mit einem anderen Marktteilnehmer über Waren oder Dienstleistungen. Unter einem „Vertrag“ versteht man jeden schuldrechtlichen

⁵⁸ BGH GRUR 2005, 519 (520) – Vitamin-Zell-Komplex.

Austauschvertrag. Nicht erfasst sind damit Verträge aus dem Gesellschaftsrecht (inkl. dem Konzernrecht), dem Kartellrecht, dem Familienrecht oder dem Erbrecht.

Beispiel: Die Mitgliederwerbung von Vereinen (etwa auch von Gewerkschaften) stellt nur dann eine geschäftliche Handlung dar, wenn die Mitgliedschaft mit der Erbringung konkreter Waren oder Dienstleistungen an die Mitglieder ein zentraler Zweck der Vereinstätigkeit ist (etwa beim ADAC).⁵⁹

- 78 Der Begriff der **Waren oder Dienstleistungen** im UWG ist denkbar weit gefasst. Während in § 373 HGB oder § 241a Abs. 1 BGB Waren nur bewegliche Sachen bezeichnen, stellt § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG (in Umsetzung von Art. 2 lit. c UGP-RL) explizit klar, dass auch Grundstücke erfasst sind. Auch der Begriff der Dienstleistungen soll denkbar weit zu verstehen sein und umfasst auch Rechte und Verpflichtungen. Erfasst sind auch digitale Inhalte (Dateien).

2. Zeitpunkt: Vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss

- 79 Handlungen „vor“ Geschäftsabschluss sind nicht nur die Vertragsverhandlungen (§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB) oder die Anbahnung (§ 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB), sondern insbesondere auch die bloße Werbung. Damit wird deutlich, dass die konkrete Handlung nicht unmittelbar auf Abschluss oder Durchführung eines konkreten Vertrages gerichtet sein muss – vielmehr kann es sich auch um ein bloßes Fernziel handeln. Daher unterfällt auch schlichte Imagewerbung (etwa durch Sponsoring) dem UWG.

Beispiel: 1. Die Durchführung eines Preisausschreibens, um an die Einwilligung potentieller Kunden in die Nutzung ihrer personenbezogene Daten zu gelangen, ist eine geschäftliche Handlung, da sie langfristig die Kontaktaufnahme und damit einen potentiellen Vertragsschluss ermöglicht.⁶⁰ 2. Wenn ein Onlinereisebüro im Internet die Möglichkeit zur Bewertung von Hotels im Internet anbietet, liegt eine geschäftliche Handlung vor Geschäftsabschluss vor, da das Portal das Reisebüro bekannt macht und seine Attraktivität steigert.⁶¹

⁵⁹ BAG NJW 2005, 3019, 3020.

⁶⁰ BGH GRUR 2014, 682 Rn. 15 ff. – Nordjob-Messe.

⁶¹ BGH WRP 2015, 1326 Rn. 17 – Hotelbewertungsportal.

Geschäftliche Handlungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG)

- 80** Handlungen „**bei**“ Geschäftsabschluss sind alle, die im Rahmen des Vertragschlusses vorgenommen werden. Der Abschluss des Vertrages umfasst die Einigung durch Antrag und Annahme im Sinne der §§ 145 ff. BGB. Hier geht es etwa auch um die Einbeziehung unwirksamer AGB.

Beispiel: Anschauliches Beispiel ist hierfür ein gegen § 476 Abs. 1 BGB verstoßender und deshalb unwirksamer Gewährausschluss in Kaufverträgen zwischen Unternehmern und Verbrauchern.⁶² Dieser wird praktisch eine Vielzahl von Kunden von der Durchsetzung ihrer Rechte abhalten, so dass der Unternehmer keine Rückstellungen für Gewährleistungsansprüche bilden muss. Dadurch hat er geringere Kosten, die er entweder zu Preissenkungen oder zur Gewinnsteigerung nutzen kann.

- 81** Schließlich umfassen Maßnahmen „**nach**“ Geschäftsabschluss die Durchführung des Vertrags alle Verhaltensweisen nach dem Zeitpunkt des Abschluss bis hin zur vollständigen beiderseitigen Abwicklung.

Beispiel: Eine geschäftliche Handlung nach Geschäftsabschluss sind etwa Kundenbefragungen nach Leistungserbringung⁶³ oder die Zurückweisung von Ansprüchen aus dem Vertrag.⁶⁴ Erst Recht ist eine geschäftliche Handlung nach Geschäftsabschluss die Aufforderung eines Unternehmens in der Rechnung, seine Leistung in einem Onlinebewertungsportal mit 5 Sternen zu bewerten.⁶⁵ In diesen Zusammenhang gehören etwa auch Packungsbeilagen von Medikamenten.

IV. Marktbezug

Die Handlung muss entweder mit der Förderung des Absatzes bzw. des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss bzw. der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängen. Damit bringt das Gesetz zwei verschiedene Anforderungen zum Ausdruck: Einerseits muss das Verhalten Bezug zu Personen haben, die nicht bereits Teil des Unternehmens sind (Außengerichtetheit, unter 1). Andererseits sollen Handlungen ausgeschlossen werden, die ausschließlich oder weit überwiegend anderen Zielen als der Förderung des Absatzes bzw. des Bezugs oder dem Abschluss bzw. der Abwicklung von Austauschverträgen

⁶² BGH GRUR 2010, 1117 Rn. 18 – Gewährleistungsausschluss im Internet.

⁶³ OLG Köln WRP 2012, 725.

⁶⁴ OLG Köln FRUR-RR 2012, 161 – Flugverspätungsschädigung.

⁶⁵ BGH DB 2018, 2300.

dienen (Geschäftsbezug i.e.S., unter 2).

1. Außengerichtetheit

- 82 Die Tätigkeit muss nach außen erfolgen. Ausgenommen sind dabei rein unternehmensinterne (betriebsinterne) Handlungen.

Beispiel: Wenn ein Unternehmen die Produktion von Waren vorbereitet (durch Bestellung von Rohstoffen, Vorbereitung der Fabrikhalle, etc.) liegt mangels Außenwirkung noch keine geschäftliche Handlung vor.

- 83 Irrelevant sind **interne Anweisungen an Mitarbeiter**, solange diese keine Wirkungen gegenüber Kunden oder anderen Dritte entfalten.⁶⁶ Ebenso sind Weisungen innerhalb eines Konzerns (§ 308 AktG, § 37 Abs. 1 GmbHG) noch keine Handlungen mit Marktbezug.⁶⁷ Mitteilungen innerhalb eines Verbands haben ebenfalls keinen Marktbezug, da sie sich allein im Innenverhältnis zu den ohnehin vorhandenen Mitgliedern bewegen.⁶⁸ Wird die Anweisung befolgt, liegt hingegen eine geschäftliche Handlung vor.

Beispiel:⁶⁹ Die Wein- und Sektkellerei A-GmbH verbreitet in einem internen Rundschreiben an ihre Handelsvertreter wahrheitswidrig die Tatsache, dass der Wettbewerber B minderwertigen Wein abfülle und vertreibe. B, der hiervon zufällig erfährt, möchte sich ein solches Verhalten nicht bieten lassen. **Hat B gegen die A-GmbH einen Anspruch auf Unterlassung aus § 8 Abs. 1 UWG iVm §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 2 UWG?**

Das Rundschreiben der A-GmbH stellt keine geschäftliche Handlung dar, da es sich um eine rein unternehmensinterne Mitteilung handelt, der der erforderliche Marktbezug fehlt. Das Schreiben begründet jedoch die ernstliche Gefahr (**Erstbegehungsgefahr**), dass die angesprochenen Handelsvertreter diese Information im Rahmen ihrer Tätigkeit verwerten und beim Absatz der Produkte der A-GmbH gegenüber Dritten im geschäftlichen Verkehr verwenden. Die Weitergabe des Schreibens wäre gem. §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 2 HS 1 UWG lauterkeitsrechtlich unzulässig. Daher hat B gegen die A-GmbH einen Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 UWG.

⁶⁶ BGH GRUR 1971, 119 (120) – Branchenverzeichnis.

⁶⁷ BGH GRUR 1969, 479 (480) – Colle de Cologne.

⁶⁸ OLG Brandenburg GRUR 2008, 356.

⁶⁹ OLG Koblenz NJW-RR 1988, 558.

Geschäftliche Handlungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG)



Klausurtyp: Auch wenn (noch) keine geschäftliche Handlung vorliegt, begründen die entsprechenden internen Weisungen eine Erstbegehungsgefahr (§ 8 Abs. 1 S. 2 UWG) – es kann also Unterlassung der späteren Befolgung der Weisung durch die Mitarbeiter bzw. die Weitergabe der Information durch die Handelsvertreter verlangt werden, weil *dieses spätere Verhalten* eine geschäftliche Handlung sein würde.

- 84** Ausnahmsweise kann eine negative Äußerung über die Konkurrenz gegenüber den Mitarbeitern bereits **Außenwirkung in Bezug auf den Arbeitsmarkt** haben: Sie kann nämlich die Mitarbeiter davon abhalten, sich dort zu bewerben, also ihre Beschäftigung zu wechseln.⁷⁰
- 85** Aus dem Kontext des UWG (und insbesondere aus Erwägungsgrund 7 der UGP-Richtlinie) ergibt sich, dass bei Handlungen gegenüber Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern im Vertikalverhältnis stets eine **Einflussnahme auf den Willen der Marktgegenseite** erforderlich ist (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG zur „geschäftlichen Entscheidung“). Eine geschäftliche Handlung liegt damit noch nicht vor, wenn ein Unternehmen seine vertraglichen Pflichten nicht wie geschuldet erfüllt. Etwas anderes gilt aber dann, wenn es Maßnahmen ergreift, um den Kunden davon abzuhalten, die daraus entstehenden Rechte wahrzunehmen (etwa die Schlechtleistung bestreiten, auf Anschreiben bewusst und wiederholt nicht reagieren, unberechtigte Zahlungsaufforderungen versenden).⁷¹

2. Marktbezug im engeren Sinne

- 86** Der **objektive Zusammenhang mit der Förderung von Absatz oder Bezug** bedeutet, dass zumindest die Möglichkeit einer Veränderung des Verhaltens der Marktgegenseite (Anbieter/Nachfrager) besteht. Der Einfluss muss sich nicht tatsächlich ausgewirkt haben (es muss also keine konkrete Veränderung eingetreten sein) – das UWG setzt vielmehr schon im Vorfeld an.⁷²
- 87** Jedes Verhalten bei **Abschluss oder Durchführung eines Austauschvertrags** dient dazu, den entsprechenden Leistungsaustausch zu fördern. Daher genügt in der Klausur die allgemeine Prüfung, ob eine Handlung der „Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen“ dient.

⁷⁰ OLG Stuttgart WRP 1983, 446.

⁷¹ BGH GRUR 2013, 945 Rn. 26 – Standardisierte Mandatsbearbeitung.

⁷² BGHZ 3, 270, 277 – Constanze I.

Verneint man dies, wird man auch nicht über die zweite Variante weiterkommen. In der Klausur genügt es daher, wenn Sie die Förderung verneinen.

- 88** Die Förderung muss **nicht ohne Zwischenschritte** geschehen. Anschaulich ist dies insbesondere in den Fällen der Imagewerbung, die in § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 UWG ausdrücklich erwähnt wird.⁷³ Danach genügt bereits das Hervorrufen von Sympathie, um jedenfalls potentiell den Absatz zu fördern. Ebensovienig ist erforderlich, dass neue Kunden gewonnen werden – erfasst ist auch der schlichte Erhalt des bisherigen Kundenstamms (vor dem Wechsel zur Konkurrenz).

Beispiel:⁷⁴ K und B sind Rechtsanwälte, die schwerpunktmäßig Mandanten bei Urheberrechtsverletzungen in Internettauschbörsen betreuen. B betreut vor allem die Rechtsverletzer, K primär die Rechteinhaber. B bestreitet gegenüber K stets, dass seine Mandanten eine Rechtsverletzung begangen haben. Durch den Einsatz von „Lockvogel-Mandanten“ findet K heraus, dass B die Rechtsverletzung wahrheitswidrig sogar in den Fällen bestreitet, in denen die Mandanten gegenüber B eine Rechtsverletzung eingeräumt haben. **Hat K gegen B einen Anspruch auf Unterlassung aus §§ 8 I, 3 I, 3a UWG iVm dem Sachlichkeitsgebot aus § 43a Abs. 3 BRAO?**

Eine geschäftliche Handlung setzt voraus, dass das Verhalten unmittelbar mit dem Absatz der Dienstleistungen von B zusammenhängt. Im Hinblick auf bereits gewonnene Mandanten stellt der unwahre Vortrag (§ 138 I ZPO) eine Schlechtleistung im Rahmen des Anwaltsvertrags dar – diese begründet allenfalls eine Haftung, fördert aber nicht das Vertrauen in den Anwalt. Auch im Verhältnis zu potentiellen Mandanten ist der Verstoß gegen Berufspflichten nicht als Publikumsmaßnahme hilfreich. Schließlich führen die unwahren Angaben insgesamt auch nicht zu einer höheren Erfolgsquote – denn das Gericht wird im Regelfall durch Beweiserhebung die wahre Lage aufklären. Insgesamt geht es also allein darum, Ansprüche gegen die Mandanten abzuwehren, nicht jedoch die geschäftliche Entscheidung der Vertragspartner oder anderer Verbraucher zu beeinflussen.

- 89** Das Gesetz setzt nur eine Förderung voraus. Nicht erforderlich ist daher eine **konkrete Schädigung**, auch keine Förderung „auf Kosten“ eines Dritten (wie etwa in § 812 Abs. 1 S. 1, 2. Var. BGB). Deshalb muss auch kein

⁷³ BegrRegE § 2 UWG, BT-Drs. 16/10145, S. 21.

⁷⁴ BGH GRUR 2013, 945 ff. – Standardisierte Mandatsbearbeitung.

Geschäftliche Handlungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG)

Wettbewerbsverhältnis des begünstigten Unternehmens zu (irgend)einem anderen Marktteilnehmer bestehen. Auch Monopolisten ohne Konkurrenz müssen sich an die Spielregeln des lautereren Wettbewerbs halten.

a. Förderung des eigenen Unternehmens

- 90 Bei **Handeln einer Person, die ein Unternehmen betreibt**, wird das Handeln im Interesse des eigenen Unternehmens vermutet. Diese Vermutung ist allerdings widerlegbar. Gerade unternehmerisch tätige natürliche Personen (Einzelkaufleute, etc.) haben auch ein Recht auf Privatsphäre – entsprechendes gilt für Organmitglieder juristischer Personen. Sie dürfen sich wie andere Menschen auch politisch, religiös oder weltanschaulich äußern.

Beispiele: 1. Immobilienmakler M hat ein Grundstück geerbt und bietet dieses in einer Annonce zum Verkauf an, ohne auf seine berufliche Tätigkeit hinzuweisen. Konkurrent K begehrt Unterlassung aus §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 S. 1, 5a Abs. 1 S. 1 UWG. Mit Erfolg?

Der BGH hat den Anspruch verneint.⁷⁵ Zwar ist K Mitbewerber des M und damit grundsätzlich nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG aktivlegitimiert. Jedoch müsste eine geschäftliche Handlung zugunsten des Maklerunternehmens vorliegen. Hier handelte M aber ausschließlich im privaten Interesse und wollte gerade nicht seine parallel bestehende unternehmerische Tätigkeit fördern. Mangels Förderung des eigenen Unternehmens fehlte es daher an § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG und damit auch an § 3 Abs. 1 UWG.

2. Ein Geschäftsmann, der seine Lieferanten in einem Schreiben bittet, einem Fußballverein, dessen Präsident er ist, durch Spenden aus einer wirtschaftlichen Notlage zu helfen, handelt nicht zur Förderung von Absatz oder Bezug, sondern aus rein sozialen Gründen.⁷⁶

3. Obwohl das Deutsche Rote Kreuz durchaus (etwa im Hinblick auf Blutreserven oder Rettungsdienste) als Unternehmen auftritt, handelt es nicht zur Förderung des Absatzes, wenn im Winter Kleidungsstücke an bedürftige Familien verschenkt werden. Es geht dabei ausschließlich um karitative Zwecke.

⁷⁵ BGH GRUR 1993, 761, 762 – Makler-Privatangebot.

⁷⁶ BGH GRUR 1983, 374, 376 – Spendenbitte.

b. Förderung eines fremden Unternehmens

- 91 § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG (entsprechend Art. 2 lit. b UGP-Richtlinie) stellt ausdrücklich klar, dass auch **Personen, die im Auftrag oder im Namen eines Unternehmers handeln**, als Unternehmer gelten. Eine geschäftliche Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens wird konsequent vermutet, wenn das handelnde Unternehmen von dem fremden Unternehmen beauftragt worden ist.

Beispiel: Die Werbung von UBER fördert nicht nur die Geschäfte von UBER selbst (die Provisionen erhalten), sondern auch das Unternehmen der selbstständigen Fahrer.

- 92 Im Übrigen greift aber keine Vermutung, dass ein Unternehmen **zugunsten eines fremden Unternehmens** handeln will, von dem es nicht beauftragt wurde. Hier kann eine bestehende oder angestrebte Geschäftsbeziehung allenfalls als Indiz wirken.

Beispiele: 1. Ein Gastwirt kann durch Äußerungen in der Werbung das Unternehmen seiner Zulieferer, z.B. Metzger oder Bäcker, fördern.⁷⁷ 2. Ein Arbeitgeber, der seinen Angestellten eine Prämie für den Wechsel in eine Krankenkasse verspricht, die einen 13% niedrigeren Mitgliedsbeitrag hat, fördert dadurch den Absatz der Krankenkasse.⁷⁸ 3. Wenn ein Branchenverzeichnis irrig einen Heilpraktiker in der Rubrik „Ärzte“ einträgt, ist dies keine geschäftliche Handlung. Wird dies aber trotz Kenntnis der Fehlzurordnung fortgesetzt, wird das Unternehmen des Heilpraktikers gefördert und eine geschäftliche Handlung ist zu bejahen.⁷⁹

c. Insbesondere: Handeln von Privatpersonen

- 93 Grundsätzlich können nicht nur Unternehmer im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG geschäftliche Handlungen vornehmen. Vielmehr kann **grds. jede Person oder Personenvereinigung den Absatz eines (fremden) Unternehmens fördern** und damit eine geschäftliche Handlung vornehmen. Solche Privatpersonen sind gerade **keine Unternehmer** im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG und können nicht für ein „eigenes Unternehmen“ handeln.⁸⁰ Allerdings tragen rein

⁷⁷ BGH GRUR 1953, 293 – Fleischbezug; BGH GRUR 1960, 384 (386) – Mampe Halb und Halb.

⁷⁸ OLG Hamm GRUR-RR 2006, 99.

⁷⁹ OLG Frankfurt WRP 2015, 1530 Rn. 14, 16.

⁸⁰ EuGH WRP 2013, 1575 Rn. 38 – RLvS Verlagsgesellschaft.

Geschäftliche Handlungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG)

private Handlungen regelmäßig nicht die besondere Gefährlichkeit in Bezug auf den Wettbewerb in sich. Daher sind besondere haftungsbegründende Momente erforderlich. Bei ihnen muss daher der Unternehmensbezug ihres Verhaltens konkret dargelegt und bewiesen werden.



Klausurtyp: Abzugrenzen ist die Zurechnung des Verhaltens Dritter zum Unternehmen nach § 31 BGB oder nach § 8 Abs. 2 UWG. Dann ist Anspruchsgegner das Unternehmen, für das gehandelt wird. Hier geht es um Fälle, in denen der Handelnde unmittelbar in Anspruch genommen wird.

- 94 Unproblematisch ist die Lage, wenn eine Person nach ihrem typischen Aufgabenkreis **mit der Repräsentation eines Unternehmens nach außen betraut** ist, soweit damit (anders als z.B. bei einem bloßen Prospektverteiler) eine gewisse Eigenverantwortung verbunden ist.⁸¹ Prominente, die gegen Bezahlung für fremde Unternehmen in der Öffentlichkeit werben, nehmen daher eine geschäftliche Handlung vor, soweit es sich dabei um eine selbständige berufliche Tätigkeit handelt.⁸² Dann dient jedes Handeln im Rahmen dieses zugewiesenen Tätigkeitsbereich nach der Lebenserfahrung der Förderung des beauftragenden Unternehmens.⁸³ Dies ergibt sich mittelbar aus § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG und § 8 Abs. 2 UWG (der eine persönliche Haftung des „Mitarbeiters“ oder „Beauftragten“ neben dem Unternehmen voraussetzt). Etwas anderes gilt nur, wenn dieser Aufgabenkreis verlassen wird – dann muss die Förderung positiv festgestellt werden.⁸⁴
- 95 Ein Handeln zugunsten eines fremden Unternehmens scheidet umgekehrt in aller Regel aus, wenn der Handelnde **kein wirtschaftliches Interesse verfolgt** – dann greift die vorrangige Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG). Insbesondere greift für Rat und Auskunft die grundsätzliche Haftungsprivilegierung des § 675 Abs. 2 BGB.

Beispiel: 1. Ebenso liegt keine geschäftliche Handlung vor, wenn eine Umweltschutzorganisation zum Boykott eines bestimmten Unternehmens aufruft – zwar werden dadurch mittelbar die Konkurrenten gefördert,

⁸¹ BGH GRUR 2011, 340 Rn. 27 – Irische Butter.

⁸² Henning-Bodewig, GRUR 2013, 26.

⁸³ OLG München GRUR-RR 2006, 268 (271)

⁸⁴ BGH GRUR 1996, 798 (800) – Lohnentwesungen.

aber dies war bei objektiver Betrachtung nicht das Ziel der Handlung.⁸⁵

d. Insbesondere: Handeln von Medienunternehmen

- 96 Die besondere Bedeutung der Medien für die öffentliche Meinungsbildung ist verfassungsrechtlich gewährleistet (Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 11 EU-Grundrechtscharta, Art. 10 EMRK).⁸⁶ Dies gebietet eine einschränkende Betrachtung des Begriffs der geschäftlichen Handlung, um diese erwünschten Aktivitäten nicht zu beeinträchtigen.

aa. Redaktionelle Beiträge

- 97 Daher wird die „Förderung“ eines fremden Unternehmens bei **redaktionellen Beiträgen** verneint. Denn diese Beiträge dienen ausschließlich der Information und Meinungsbildung der Leser, Zuschauer oder Zuhörer und haben nur einen mittelbaren (unvermeidbaren) Bezug zu Unternehmen.⁸⁷ Der Schutz der Unternehmen vor nachteiliger oder einseitiger Berichtserstattung ergibt sich aus dem Medienrecht, nicht aus dem (strengerem) Lauterkeitsrecht. Ansprüche ergeben sich daher nur aus §§ 823 ff., 1004 BGB.

Beispiel: 1. Wenn ein Restaurantkritiker eine vernichtende Kritik über ein Restaurant veröffentlicht, bestehen hiergegen selbst dann keine Ansprüche aus §§ 8 Abs. 1, 4 Nr. 1 UWG, wenn diese übertrieben oder wahrheitswidrig sind. Etwas anderes kann freilich im Einzelfall gelten, wenn er z.B. diese Kritiken als Druckmittel verwendet, um die Restaurantbesitzer dazu zu bringen, von einem bestimmten Unternehmen, an dem er beteiligt ist, Weine zu beziehen.⁸⁸ 2. Im Rahmen eines Beitrags zum Insolvenzverfahren im Bayerischen Fernsehen haben Zuschauer die Möglichkeit per Telefon oder Telefax ihren Fall zu schildern und konkrete Fragen zu stellen. Diese werden von einem Schuldnerberater, einem Rechtsanwalt und einem Sparkassenvertreter in der laufenden Sendung beantwortet. Daneben dürfen die Zuschauer auch nach Ende der Sendung telefonisch mit den Gästen in Verbindung treten, um Fragen zu ihrer persönlichen Situation zu stellen. Privilegiert war hier nur die öffentliche Darstellung

⁸⁵ OLG Stuttgart, GRUR-RR 2006, 20.

⁸⁶ Köhler, GRUR 2005, 273 (276); Gomille, WRP 2009, 525.

⁸⁷ Begr. RegE § 2 UWG 2008, BT-Drs. 16/10145, 21

⁸⁸ BGH GRUR 1986, 812, 813 – Gastrokritiker.

Geschäftliche Handlungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG)

der Rechtsfrage während der Sendung, die individuell-private Rechtsberatung war daher wegen Verstoß gegen §§ 3, 3a UWG iVm § 1 RBERG a.f. unzulässig.⁸⁹

- 98 Umgekehrt liegt jedoch eine geschäftliche Handlung vor, wenn die Veröffentlichung aus der Sicht eines durchschnittlichen Lesers als gezielte Absatzförderung eines bestimmten Unternehmens wahrgenommen wird.⁹⁰ Dann wird die **redaktionelle Tätigkeit nur vorgetäuscht** (insb. bei Schleichwerbung, Product Placements, etc.). Dies zeigen schon die besonderen Tatbestände des § 5a Abs. 6 UWG sowie Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG. Indizien dafür bilden vor allem die Gestaltung des Beitrags – ist dieser einseitig, unsachlich oder sogar wahrheitswidrig, liegt in der Regel eine gezielte Förderung des Absatzes nahe. Zwingend ist dies aber nicht – es müssen weitere Indizien hinzutreten.

Beispiel:⁹¹ Die Presseabteilung des Kaffeeherstellers K, der vor allem koffeinfreien Kaffee vertreibt, erstellt einen redaktionell gestalteten Beitrag in dem zutreffend über die gesundheitlichen Risiken von Koffein informiert und koffeinfreier Kaffee als bessere Alternative dargestellt wird. In dem Beitrag wird u.a. berichtet, dass K bereits seit Jahren Marktführer für koffeinfreien Kaffee in Deutschland ist. Der Bericht wird an mehrere Tageszeitungen versandt, die diesen als redaktionellen Beitrag nutzen dürfen. Im Fall einer Veröffentlichung stellt K in Aussicht zukünftig Werbeanzeigen in der jeweiligen Zeitschrift zu schalten. T veröffentlicht den Bericht als redaktionellen Beitrag, ohne auf die Urheberschaft des K hinzuweisen. **Hat X, ein konkurrierender Kaffeehersteller, einen Anspruch auf Unterlassung aus §§ 8 Abs. 1, 3, 5a Abs. 6 UWG gegen T?**

Lösung: Es liegt eine angeblich redaktionelle Berichterstattung ohne ausdrücklichen Hinweis darauf, dass diese durch ein Unternehmen finanziert wurde, vor. Die Zeitschrift handelt zum finanziellen Vorteilen (Werbeaufträge), die ihr im Fall der Veröffentlichung in Aussicht gestellt wurden, zudem verzichtet K auf eine Vergütung für seinen Beitrag, so dass T eigene Aufwendungen sparte. Damit lag eine geschäftliche Handlung von T vor.

⁸⁹ BGH GRUR 2002, 987 ff. – Wir Schuldenmacher.

⁹⁰ BGH WRP 2012, 77 Rn. 16 – Coaching-Newsletter.

⁹¹ BGH GRUR 1981, 835 ff. – Getarnte Werbung.



Meinungsstreit: Ein Teil der Literatur stellt hier deutlich höhere Anforderungen. Privilegiert sein soll danach nur 1. die Berichterstattung über Fragen von allgemeinem Interesse, soweit 2. dies in gutem Glauben erfolgt und 3. auf genauen und zuverlässigen Informationen, die nach den einschlägigen berufsethischen Vorgaben gesammelt und bewertet wurden. Dies kehrt praktisch die Beweislast um.

- 99 Auch wenn die Presse **(nur) bestimmte Unternehmen oder Produkte kritisiert** liegt darin nicht automatisch eine Förderung eines anderen Unternehmens und damit eine geschäftliche Handlung.⁹² Dies gilt sogar, wenn die Kritik unsachlich oder überzogen ist.⁹³ Ebenso unbedenklich sind Ranglisten von bestimmten Unternehmen oder Vergleichstests von Produkten.⁹⁴
- 100 Soweit dem Medienunternehmen oder dem Autor ein **wirtschaftlicher Vorteil** für die Erstellung des Beitrags gewährt oder versprochen wurde, liegt hingegen stets eine geschäftliche Handlung vor. Nicht hinreichend ist das stets bestehende Interesse daran, Werbeaufträge zu erhalten.⁹⁵ Ist weder eine konkrete Vorteilsgewährung noch ein diesbezügliches Versprechen nachweisbar, soll dies indiziert werden, wenn der Beitrag jede Objektivität und Unvoreingenommenheit gegenüber dem Unternehmen und seinen Produkten vermissen lässt und einseitig und unkritisch (insb. unwahr) deren Vorzüge herausstreicht.⁹⁶

bb. Anzeigengeschäft

- 101 Vollständig privilegiert ist nur die redaktionelle Tätigkeit der Medien. Aber auch die Profitgenerierung durch **Veröffentlichung fremder Werbung** gehört zur Pressefreiheit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG.⁹⁷ Denn ansonsten könnten sich die Medien nicht finanzieren und würden letztlich eingestellt.

⁹² BGH GRUR 1986, 812 (813) – Gastrokritiker.

⁹³ OLG Frankfurt WRP 2014, 1483 Rn. 8; OLG Frankfurt WRP 2015, 1119 Rn. 10.

⁹⁴ BGH GRUR 2006, 785 – Rechtsanwalts-Ranglisten.

⁹⁵ BGH GRUR 2006, 875 Rn. 28 – Rechtsanwalts-Ranglisten.

⁹⁶ BGH GRUR 1997, 912 (913) – Die Besten I; BGH GRUR 1997, 914 (915) – Die Besten II; Köhler/Bornkamm/Köhler § 2 UWG Rn. 67.

⁹⁷ BVerfGE 21, 271 (278).

Geschäftliche Handlungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG)

- 102 Allerdings stellt die Veröffentlichung von Werbung definitionsgemäß eine unmittelbare Förderung des Absatzes eines fremden Unternehmens und mittelbar des eigenen Unternehmens durch Refinanzierung dar. Sie kann denklogisch nicht von der Definition des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ausgeschlossen werden und **unterfällt grundsätzlich dem UWG**.⁹⁸ Allerdings hat die Rechtsprechung die Sorgfaltspflichten der Presse hinsichtlich der Werbung als fremde Äußerung herabgesetzt – die Medienunternehmen haften nur für grobe und eindeutige, unschwer erkennbare Wettbewerbsverstöße in fremder Werbung.⁹⁹ Entsprechend sieht § 9 S. 2 UWG eine Privilegierung von Presseunternehmen auf Rechtsfolgenseite (durch Ausschluss einer Fahrlässigkeitshaftung auf Schadensersatz) vor.

cc. Wettbewerb um Leser und Anzeigenkunden

- 103 Die aktive Konkurrenz um Anzeigenkunden und Leser stellen selbstverständlich geschäftliche Handlungen im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar, durch welche der Absatz des eigenen Unternehmens gefördert werden soll.¹⁰⁰ Auch diese können aber mit der redaktionellen Tätigkeit vermischt sein.

Beispiel: 1. Die Media-Analyse untersucht jährlich die Reichweite von Nachrichtenmagazinen. 1999 lag danach erstmalig das Magazin FOCUS auf Platz 1. Daraufhin verbreitete der herausgebende Verlag folgende Anzeige: „FOCUS erreicht die meisten Leser. Dies zeigt die Media-Analyse 99. Die Marktführerschaft des FOCUS hat sich damit wieder einmal bestätigt.“ Der Verlag des SPIEGEL möchte hiergegen vorgehen. Es gebe keine anerkannten wissenschaftlichen Standards zur Ermittlung der Reichweite einer Zeitschrift. Andere Umfragen sehen bei der Reichweite den „Spiegel“ vorne. Primär komme es auf die Auflage an, die beim SPIEGEL höher ist, als bei FOCUS. Zudem habe sich die Marktführerschaft nicht „wieder bestätigt“, da FOCUS 1999 erstmalig auf Platz 1 lag. Kann der Verlag des SPIEGEL aufgrund von §§ 8 Abs. 1, 3, 5 Abs. 1 UWG Unterlassung der Werbung vom Verlag des FOCUS verlangen?¹⁰¹ Der BGH nahm hier eine geschäftliche Handlung an, da eigener Wettbewerb gefördert wird. Diese war zudem irreführend, da der Verkehr die Aussage

⁹⁸ EuGH GRUR 2013, 1245 Rn. 36 – Good News.

⁹⁹ BGH GRUR 2006, 957 Rn. 14 – Stadt Geldern.

¹⁰⁰ BGH GRUR 1997, 909, 910 – Branchenbuch-Nomenklatur.

¹⁰¹ BGH GRUR 2004, 244 ff. – Marktführerschaft.

auf die Auflage beziehen dürfte, die aber nicht gemeint war. 2. Die Anpreisung von Filmen als „TV-Premiere“ in einer auf Free-TV-Programme beschränkten Fernsehzeitschriften kann sowohl eine Eigenwerbung der Zeitschrift für sich selbst als auch eine Werbung für den jeweiligen Fernsehsender darstellen.¹⁰²

e. Insbesondere: Handeln der öffentlichen Hand

- 104** Bund, Länder, Gemeinden, öffentlich-rechtliche Anstalten und Körperschaften können wie andere Rechtssubjekte **unternehmerisch handeln**. Soweit sie dauerhaft Leistungen gegen Entgelt erbringt, gilt die öffentliche Hand deshalb als Unternehmen im Sinne des UWG. Dabei ist auch bei Wahl öffentlich-rechtlicher Gestaltungen die Anwendung des UWG nicht per se ausgeschlossen.¹⁰³ So mögen Sparkassen als öffentlich rechtliche Anstalt betrieben werden – dennoch bieten sie praktisch die gleiche Leistung wie eine als AG betriebene private Bank an.
- 105** Eine **Förderung des eigenen Unternehmens** liegt vor, wenn der Staat selbst erwerbswirtschaftliche Zwecke verfolgt. Dazu genügt die schlichte Nachfrage nach notwendigen Hilfsmitteln (Kugelschreiber, Dienstuniformen) selbst dann nicht, wenn sie einen großen Umfang einnimmt. Erst wenn der Staat die erworbenen Waren oder Dienstleistungen selbst weiter veräußern will, liegt darin eine Förderung des eigenen Absatzes.
- 106** Der Staat kann und wird aber mitunter die **Tätigkeit fremder Unternehmen fördern**. Dies kann unmittelbar durch Subventionen oder Bevorzugung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen erfolgen. Es kann aber auch mittelbar z.B. durch Warnungen oder Beeinträchtigung von Infrastruktur (Baustellen, Straßenführung) erfolgen. Insoweit wird jedoch nicht vermutet, dass die Handlung das fremde Unternehmen fördern soll, sondern es sind alle Umstände des Einzelfalls abzuwägen. Ein starkes Indiz hierfür ist, wenn der Staat von dem Absatz des geförderten Unternehmens profitiert.¹⁰⁴ Die allgemeine Beteiligung an Steuereinnahmen oder dem Abbau von Arbeitslosigkeit genügt hierfür nicht.

Beispiel: Die Stadt B. verschickt durch ihr „Amt für Soziale Dienste“ sogenannte „Elternbriefe“ mit Informationen zu Veranstaltungen für Eltern

¹⁰² OLG Köln GRUR-RR 2008, 404.

¹⁰³ BGH GRUR 1990, 611, 613 – Werbung im Programm.

¹⁰⁴ BGH GRUR 2002, 550, 554 – Elternbriefe.

Geschäftliche Handlungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG)

und Kinder sowie Beiträge zu pädagogischen Fragestellungen an die Eltern der in B lebenden Kinder. Den letzten beiden Ausgaben der „Elternbriefe“ war eine Werbebroschüre der Sparkasse S beigelegt. Hierfür erstattet die Sparkasse der Stadt B. die Druck- und Portokosten. Die private Bausparkasse X befürchtet, dass die Empfänger durch die behördliche Aufmachung des Briefes nicht sofort erkennen können, dass es sich um Werbematerial handelt und der Broschüre der Sparkasse Bremen deshalb mehr Aufmerksamkeit widmen als klassischen Werbeschreiben. **Hat X gegen die Stadt B einen Anspruch auf Unterlassung des Versands der Elternbriefe mit der Werbebroschüre aus §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, 3, 5a Abs. 6 UWG?**¹⁰⁵

Die Handlung ist objektiv geeignet, den Absatz der Sparkasse zu fördern. Eine gesetzliche Pflicht zum Tätigwerden besteht nicht. Daher liegt eine geschäftliche Handlung vor. Wegen Verschleierung des Werbecharakters ist diese auch nach § 5a Abs. 6 UWG unlauter und deshalb unzulässig. Der Unterlassungsanspruch besteht daher.

- 107 Hoheitliches Handeln** wird primär durch die Vorgaben des öffentlichen Rechts beschränkt. Das Lauterkeitsrecht ist grundsätzlich kein probates Mittel, um unerwünschtes Verhalten des Staats einzudämmen. Voraussetzung dafür ist allerdings aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) eine gesetzliche Grundlage, die den Staat zumindest ermächtigt, entsprechende Maßnahmen zu ergreifen. Zudem muss der Staat die Vorgaben dieser Regelung beachten, insb. muss die zuständige Stelle handeln. Daher ist insoweit das UWG unanwendbar.

Beispiel: Wenn die Gewerbeaufsicht einem von zwei ortsansässigen Gastwirten die nach dem Gaststättengesetz erforderliche Erlaubnis entzieht, mag dies den Wettbewerb des Konkurrenten fördern. Allerdings ist richtiger Rechtsbehelf eine Klage vor dem Verwaltungsgericht, bei welcher die Vorgaben des Gewerbebereichs geprüft werden – und nicht etwa eine Unterlassungsklage gegen die Stadt nach dem UWG.

- 108** Dies gilt jedenfalls für hoheitliche Tätigkeit des Staates selbst bzw. **Verwaltungshelfer, die keine eigene Entschließungsfreiheit haben und im Auftrag der Behörde handeln.**¹⁰⁶ Etwas anderes gilt jedoch, wenn private Unternehmen einen eigenen Entscheidungsspielraum haben und erwerbswirtschaftlich

¹⁰⁵ BGH GRUR 2002, 550 ff. – Elternbriefe.

¹⁰⁶ BGH GRUR 2006, 428 Rn. 12 – Abschleppkosten-Inkasso.

Keine subjektiven Voraussetzungen

oder zumindest ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage im öffentlichen Interesse tätig werden.

Beispiel: Ein Abschleppunternehmer schleppte Fahrzeuge im Auftrag der Polizei ab. Er verlangte dann von den Abgeschleppten Kostenersatz und verweigerte bis zur Begleichung seiner Werklohnforderung die Herausgabe des PKW. Eine geschäftliche Handlung lag nicht vor, da es um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Kostenerstattung für die Ersatzvornahme ging.¹⁰⁷ Maßgeblich waren daher allein die Rechtsbehelfe des öffentlichen Rechts.

V. Keine subjektiven Voraussetzungen

- 109** Die Definition in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG setzt nur voraus, dass das Handeln „objektiv“ mit dem Markt zusammenhängt. Damit wollte der Gesetzgeber insbesondere dem nach der früheren Rechtslage ganz zentralen Erfordernis einer (subjektiven) **Wettbewerbsförderungsabsicht** (so insb. noch § 2 UWG idF von 2004) eine Absage erteilen.¹⁰⁸ Dies ist insbesondere bei der Lektüre älterer Rechtsprechung und Literatur zu beachten – viele Fälle, die nun bei anderen Tatbestandsmerkmalen ausgeschlossen werden müssen (insb. das Handeln von Medien oder das nicht absatzfördernde Handeln von Unternehmen) wurden früher über die Wettbewerbsförderungsabsicht gelöst.¹⁰⁹
- 110** Bemerkenswert ist, dass auch die **„gezielte“ Behinderung in § 4 Nr. 4 UWG** keine subjektive Absicht verlangt, sondern der Zweck objektiv festgestellt werden soll.¹¹⁰
- 111** Zu beachten ist weiterhin, dass bei schlichter Weitergabe fremder Inhalte, insbesondere bei Weitergabe von Werbung durch die Medien, an **lauterkeitsrechtliche Sorgfaltspflichten** angeknüpft wird. Medienunternehmen haften nur, wenn der Verstoß offensichtlich und leicht erkennbar war und haben keine eigene Prüfungspflicht.¹¹¹ Damit wird – obwohl der Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 S. 1 UWG kein Verschulden voraussetzt – praktisch

¹⁰⁷ BGH GRUR 2006, 428 Rn. 12 – Abschleppkosten-Inkasso.

¹⁰⁸ Begr. RegE § 2 UWG 2008, BT-Drs. 16/10145, 20f.

¹⁰⁹ *Henning-Bodewig*, GRUR-Int. 2005, 629 (630); *Fezer*, WRP 2006, 781 (786); *Köhler*, GRUR 2005, 793 (795)

¹¹⁰ BGH GRUR 2007, 800 Rn. 22 – Außendienstmitarbeiter; BGH GRUR 2009, 685 Rn. 41 – ahd.de; BGH WRP 2014, 424 Rn. 42 – wetteronline.de

¹¹¹ BGH GRUR 2006, 429 – Schlank-Kapseln.

Geschäftliche Handlungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG)

doch wieder ein § 276 Abs. 2 BGB ähnlicher Fahrlässigkeitsmaßstab angelegt.