

II. Grundlagen

1. Systematik und Methodik des Lauterkeitsrechts

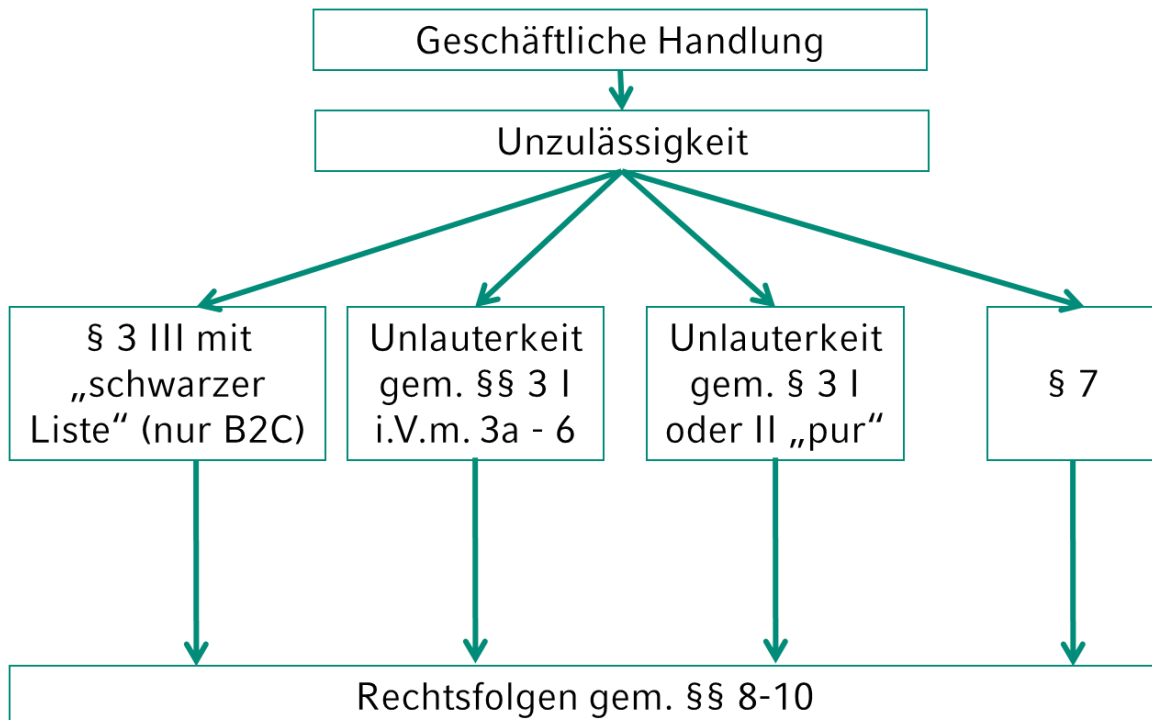
Systematik des UWG im Überblick

- Aufbau:
 - §§ 1, 2: Schutzzwecke und Definitionen
 - §§ 3-7: Tatbestände der Unlauterkeit
 - §§ 8-10: Rechtsfolgen, § 11: Verjährung
 - §§ 12 ff. Besonderheiten des Verfahrens
 - §§ 16, 19 f. Straf- und Bußgeldvorschriften
- Zentrale Vorschrift ist die **Generalklausel des § 3**
 - § 3 I ist Umschaltnorm zwischen §§ 3a-6 und §§ 8 ff.
 - § 3 I (Mitbewerberschutz, B2B) und II (Verbraucherschutz) dienen als Auffangnorm für unvorhergesehene Fälle
 - § 3 III i.V.m. der „Schwarzen Liste“ verbietet (europaweit einheitlich) bestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gegenüber Verbrauchern per se, ohne dass die Unlauterkeit und die Spürbarkeit zu prüfen wäre
 - Nur § 7 (belästigende Werbung) verweist nicht auf § 3
- In aller Regel ergibt sich die Unlauterkeit aus Spezialtatbeständen, daher **Prüfungsreihenfolge vom Speziellen zum Allgemeinen** (vergleiche die Prüfung der §§ 307 ff. im BGB).
 - Schutz von **Verbraucherinteressen**:
 - (1) Verstoß gegen § 3 III i.V.m. Anh. zu § 3 III („schwarze Liste“)?
 - (2) Verstoß gegen §§ 4a-5a oder § 3a i.V.m. Marktverhaltensregel?
 - (3) Unlauterkeit gem. § 3 II ?
 - Schutz von **Mitbewerberinteressen**:
 - (1) Verstoß gegen §§ 4, 6 oder § 3a i.V.m. Marktverhaltensregel
 - (2) Unlauterkeit gem. § 3 I ?
- Die **Anspruchsgrundlage** setzt sich (im „Baukastensystem“) zusammen aus (1) der Norm, die die erstrebte Rechtsfolge begründet (§ 8, 9 oder 10); (2) dem verletzten Spezialtatbestand bzw. Regelbeispiel und (3) der großen Generalklausel. Beispiel: Anspruch auf Unterlassung der weiteren Veröffentlichung einer irreführenden Werbeanzeige ergibt sich aus §§ 8 I; 5 I, 5 I UWG.
- Anders nur bei § 7, der nicht auf § 3 verweist. Hier nur Prüfung der Voraussetzungen des § 7, Anspruchsgrundlage des Unterlassungsanspruchs ist hier §§ 8 I, 7

§§ 3-7: Tatbestand



§§ 8-10: Rechtsfolgen



Prüfungsschema für den Unterlassungsanspruch

(zu weiteren Ansprüchen, zu den Voraussetzungen Nr. 4-8 und zur Rechtsfolge später, vgl. auch *Köhler/Alexander*, S. 1 ff.)

I. Voraussetzungen

1. **Geschäftliche Handlung (§ 2 I Nr. 2)**
2. **Unzulässigkeit (hier kann sich auch eine Gliederung in a) Schutz der Verbraucher und sonstigen Abnehmer und b) Mitbewerberschutz anbieten)**
 - a) gem. § 3 III mit „Schwarzer Liste“ (nur B2C)
 - b) gem. § 3 I i.V.m. §§ 3a-6 (Regelfall!)
 - c) ausnahmsweise gem. § 3 II (Verbraucherschutz im B2C-Verh.) oder § 3 I (Mitbewerberschutz oder B2B) „pur“
 - d) gem. § 7
3. **Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr**
4. **Aktivlegitimation (§ 8 III)**
5. **Passivlegitimation**
 - a) Verletzer
 - b) Teilnehmer (§ 830 II BGB), Zurechnung gem. § 8 II UWG, mittelbarer Verletzer („Störer“)
6. Einwendungen und Einreden (sofern Anhaltspunkte vorliegen), insb. Rechtsmissbrauch oder Verjährung (§ 11)

II. Rechtsfolge

Anspruch auf Unterlassung der konkreten Verletzungsform und „kerngleicher“ Verletzungshandlungen

Methodik des UWG

- Problem: Die Spezialtatbestände enthalten zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe. Der Begriff der „Unlauterkeit“ in § 3 ist nicht der unmittelbaren Subsumtion zugänglich.
- **Richtlinienkonforme Auslegung:** sämtliche Tatbestände, die auf Unionsrecht beruhen (§§ 3 II, III; 4a-6; 7 II, III) sind unionsrechtskonform auszulegen, also
 - im Einklang mit der zugrunde liegenden Richtlinie (dabei sind – zumindest theoretisch – sämtliche Sprachfassungen relevant)
 - im Einklang mit den Entscheidungen des EUGH
- Bedeutung der **Interessenabwägung:** Häufig stehen sich die Interessen des Werbenden und die Interessen der Konkurrenten bzw. der Verbraucher gegenüber. Kriterien:
 - Bedeutung der Grundrechte
 - Bei Interessenkonflikten zwischen Gewerbetreibenden: Schiedsrichterfunktion des Verbrauchers
 - Tipp: gegenläufige Interessen identifizieren und nach brauchbaren Abwägungskriterien suchen.
- Bedeutung des **Richterrechts**
 - Urteile des EUGH sind als verbindliche Auslegungen des vorrangigen Gemeinschaftsrechts zu befolgen
 - Für Urteile des BGH und der OLG gilt eine **Präjudizienvermutung:**
 - (1) Wenn ein einschlägiges Präjudiz existiert, ist es zu zitieren.
 - (2) Wer von einem Präjudiz abweichen will, trägt die Begründungslast
 - Im Laufe der Zeit verfestigen sich Einzelentscheidungen zu richterrechtlichen Normen, denen gesetzesähnliche Bindungswirkung zukommt.
 - Unter § 1 UWG 1909 haben Rechtsprechung und Literatur (Beispiel: die zu § 1 a.F. UWG sehr einflussreiche Fallgruppenbildung von *Hefermehl*: Kundenfang, Behinderung, Ausbeutung, Vorsprung durch Rechtsbruch, Marktstörung) Fallgruppen gebildet, zu deren Beurteilung sich eine allgemeine Fallgruppennorm herausgebildet hat. Viele der von der Rechtsprechung gebildeten Fallgruppen wurden 2004 ins Gesetz geschrieben (inzwischen §§ 3a-7)
 - Tipp: Grundlegende Präzedenzfälle (die in der Vorlesung besprochen werden) lesen und – nach Möglichkeit – behalten. In Seminararbeiten muss auf einschlägige Fälle Bezug genommen werden, auch in der Klausur ist es von Vorteil, wichtige und einschlägige Präzedenzfälle zu nennen.

Verhältnis des UWG zu lauterkeitsrechtlichen Spezialnormen (§ 1 II)

- Es gibt zahlreiche Spezialnormen außerhalb des UWG, die spezielle Informationspflichten (z.B. Energieeffizienz-Kennzeichnungen), Irreführungsverbote (z.B. § 3 HWG) oder weitere Verhaltenspflichten (z.B. Zugabeverbot in § 7 HWG) vorsehen. Wie verhalten sie sich zum UWG?
- Meist werden sie ins UWG über §§ 5a, 5b IV oder § 3a integriert. Beispiel 1: unionsrechtlich vorgeschriebene Informationen über die Energieeffizienz sind gem. § 5b IV wesentlich, ihr Vorenthalten führt gem. § 5a I zur Unlauterkeit. Beispiel 2: Das Angebot einer gem. 7 HWG verbotenen Zugabe ist gem. § 3a als Verstoß gegen eine Marktverhaltensregelung unlauter. Näher hierzu bei den genannten §§.

- Missverständlich der seit Mai 2022 geltende § 1 II: Vorschriften zur Regelung besonderer Aspekte unlauterer Handlungen dem UWG vor. Was bedeutet das?
 - Kein Vorrang der Spezialgesetze, wenn sie über §§ 3a, 5b, b ins das UWG integriert werden, weil dann bereits kein Normenkonflikt vorliegt.
 - Im Übrigen Preisfrage: Wann regelt eine Vorschrift besondere Unlauterkeitsaspekte. Umstritten ist das z.B. für den Geheimnisschutz (GeschGehG) oder markenrechtliche Tatbestände, die auf Unlauterkeit abstellen (z.B. § 14 II 1 Nr. 3 MarkenG).
 - Hier führt § 1 II nicht weiter. Frage ist immer im Einzelfall: Nimmt die Spezialvorschrift eine abschließende Regelung des Sachverhalts vor? Wenn nicht (wie meist), dann ist sie mit dem UWG parallel anwendbar, aber Wertungskonflikte sind zu vermeiden.

2. Schutzzwecke des Lauterkeitsrechts (§ 1 I UWG)

Lit.: *Hetmank*, GRUR 2014, 437 ff.

Die Schutzzwecktrias (§ 1 I)

- § 1 I UWG kodifiziert die vor 2004 schon in der Rechtsprechung anerkannte **Schutzzwecktrias**.
- Geschützt werden die Interessen
 - der **Mitbewerber** (Horizontalverhältnis)
 - der **Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer** (§ 2 Nr. 3): alle Anbieter oder Nachfrager, die weder Mitbewerber noch Verbraucher sind, insb. gewerbliche Abnehmer), also der Marktgegenseite (Vertikalverhältnis)
 - der **Allgemeinheit** an einem unverfälschten Wettbewerb.
- „**Integriertes Modell**“ bzw. **Monismus**: keine Trennung von Verbraucher- und Konkurrentenschutz (so der Dualismus, dem einige ausländischen Rechtsordnungen folgen), Sinn des integrierten Modells: Die Interessen sind untrennbar miteinander verwoben; auch bei Konflikten zwischen Mitbewerbern kommt dem Verbraucher eine „Schiedsrichterfunktion“ zu.
- Problem: Die UGP-Richtlinie schützt nur Verbraucher, die WerbeRL schützt nur Unternehmer
 - Da die UGP-RL den Mitgliedstaaten den Mitbewerberschutz erlaubt (s. Egrd. 8), konnte Deutschland bei der Umsetzung das integrierte Modell beibehalten
 - Aber Aufteilung in § 3: § 3 II, III gelten nur im B2C-Geschäftsverkehr
- Diese Interessen sind gleichwertig. Weder ist der Verbraucherschutz bloßer Schutzreflex, noch ist das UWG in erster Linie Verbraucherschutzgesetz.
- § 1 I ist bei der Auslegung des § 3 und der §§ 4-7 zu berücksichtigen.
- Seit 2015 deutlichere Trennung zwischen Mitbewerber- und Abnehmerschutz:
 - § 4 dient nur dem Mitbewerberschutz, auch bei § 6 steht der Mitbewerberschutz im Vordergrund (str., dazu später mehr)
 - §§ 4a-5a dienen nur dem Abnehmerschutz, das gilt weitgehend auch für § 7

Mitbewerber (§ 2 I Nr. 4)

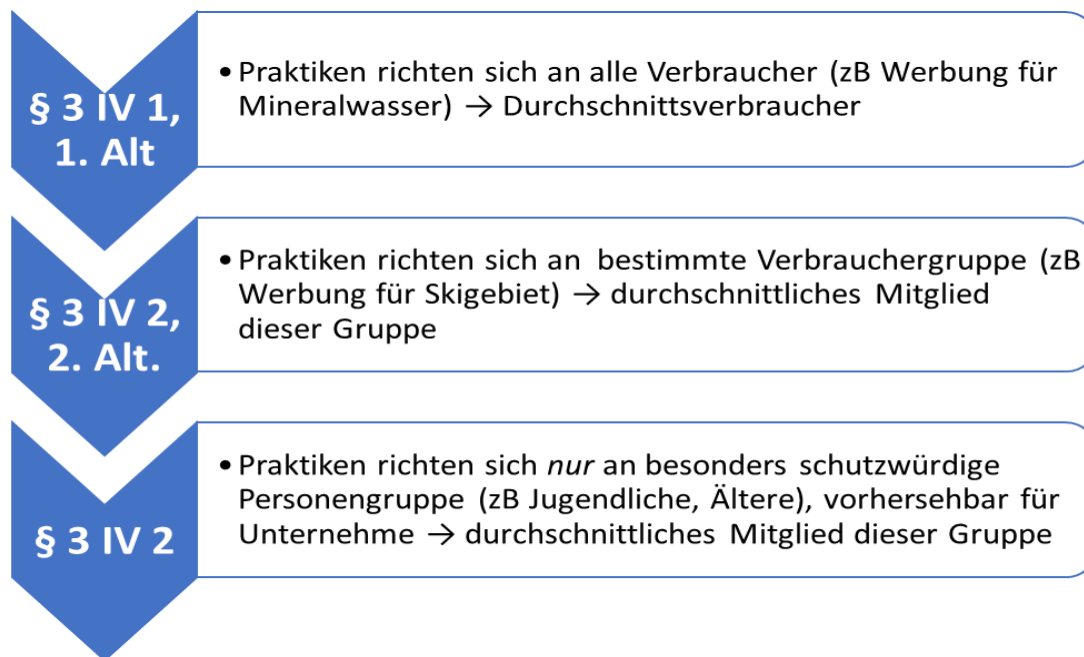
- **Bedeutung des Begriffs:**
 - Die Tatbestände des § 4 setzen Mitbewerberbezug voraus, hier ist § 2 I Nr. 4 innerhalb des Tatbestands zu prüfen.
 - Dem konkret betroffenen Mitbewerber stehen individuelle Abwehr- und Schadensersatzansprüche zu (§§ 8 I, III Nr. 1; 9 I), hier ist § 2 I Nr. 4 im Rahmen der Aktivlegitimation zu prüfen.
- **Legaldefinition in § 2 I Nr. 4:** jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht.
- **Unternehmer (§ 2 I Nr. 8):** Person, die geschäftliche Tätigkeit im Rahmen ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit vornimmt und Personen, die in deren Auftrag handeln
- **Konkretes Wettbewerbsverhältnis**
 - Liegt ohne weiteres (ähnlich wie bei der Bestimmung des relevanten Marktes im Kartellrecht) dann vor, wenn die Produkte aus Verbrauchersicht substituierbar sind.
 - Weil aber § 2 I Nr. 4 im Zusammenhang mit § 8 III Nr. 1 darüber entscheidet, wem überhaupt Ansprüche zustehen, definiert die Rechtsprechung den Begriff sehr weit.
 - Wettbewerbsverhältnis demnach (+), wenn zwischen den Vorteilen, die der eine Unternehmer aus seiner Wettbewerbshandlung zieht, und die Nachteile des anderen eine Wechselbeziehung besteht.
- **Absatzwettbewerb:** Beide Unternehmer wenden sich an denselben Abnehmerkreis. Bedeutung der **Substituierbarkeit:** Sind die Angebote beider Unternehmer aus Abnehmersicht austauschbar?
 - Einfaches Beispiel: Konkurrenten auf demselben Markt, z.B. Anbieter eines Original-Dübels und Anbieter einer Nachahmung (BGH GRUR 2015, 909 – *Exzenterzähne*)
 - Dabei weites Marktverständnis: Wettbewerbsverhältnis zwischen Rolex und Anbieter nachgeahmter Billig-Uhren, obwohl niemand anstelle der Rolex eine Billiguhren kauft.
 - Es kommt auf die konkreten Fallumstände und auf Substitutionsmöglichkeiten an, die der Werbende selbst hervorhebt, Beispiel: BGH GRUR 1972, 553 – *Statt Blumen Onko-Kaffee*.
 - Auch Anbieter unterschiedlicher Wirtschaftsstufen können Mitbewerber sein (mittelbares Wettbewerbsverhältnis), Beispiel: vergleichende Werbung eines Auto-Vertragshändlers betrifft Hersteller des Konkurrenzfahrzeugs.
 - Ebenso ein Lizenzgeber, der die Produkte nicht selbst herstellt, und der Hersteller eines konkurrierenden Produkts (BGH GRUR 2014, 1114 – *nickelfrei*)
- **Nachfragewettbewerb:** Beide Unternehmer wenden sich an denselben Anbieter(kreis), z.B. alter und neuer Arbeitgeber bei Abwerbung eines Arbeitnehmers
- Darüber hinaus aber **jede Wechselbeziehung** zwischen Vorteil des einen und Nachteil des anderen (inoffizieller Merksatz: „Des einen Freud, des anderen Leid“)
 - Wettbewerbsverhältnis daher zwischen Betreiber einer webfinanzierten Website und Anbieter eines Werbeblockers (BGH GRUR 2018, 1251 – *Werbeblocker II*)
 - Ebenso zwischen Hotel und Betreiber eines Hotel-Bewertungsportals (BGH GRUR 2015, 1129 – *Hotelbewertungsportal*)

- Das gilt für das gesamte UWG, also keine Einschränkung auf Substitutionswettbewerb bei Verbraucherschützenden Tatbeständen (BGH GRUR 2021, 497 Rn. 14 ff. – Zweitmarkt für Lebensversicherungen)
- Ausnahme: § 6 (vergleichende Werbung), hier gilt der engere Mitbewerberbegriff des EUGH, dazu später

Verbraucher (§ 2 II iVm § 13 BGB)

- § 2 II verweist auf § 13 BGB
 - Verbraucher = jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können
 - Allerdings greift schon im Vorfeld des Vertragsschlusses ein und schützt Verbraucherinteressen auch noch nach Vertragsschluss. Daher nur sinngemäße Anwendung: Es geht um das Verhalten des Verbrauchers, nicht um einen bestimmten Vertragsschluss.
 - Bei doppeltem Zweck Verbraucher (+), wenn gewerblicher Zweck nicht überwiegt. Problem: Das weiß man in der Werbung meist nicht. Dann muss die Handlung auch den strengeren Voraussetzungen der Verbraucherschützenden UWG-Normen entsprechen.
 - Verbraucher können nur natürliche Personen sein. Juristische Personen ohne Unternehmereigenschaft sind sonstige Marktteilnehmer.
- Das UWG schützt den Verbraucher nicht in jeder Hinsicht, sondern gerade in seiner Eigenschaft als Marktteilnehmer. Zentrales Schutzgut ist die „Fähigkeit des Verbrauchers, sich aufgrund von Informationen zu entscheiden (§§ 3 II, 2 Nr. 11):
 - Schutz der **Entscheidungsgrundlage** → Schutz vor irreführenden Handlungen (§ 5 I), Informationspflichten (§ 5a),
 - Schutz des **Entscheidungsprozesses** → Schutz vor Druck und unsachlichem Einfluss (§ 4a)
- Abweichend aber § 7 und § 3a
 - § 7 schützt vor unzumutbarer Belästigung → Schutz der **Privatsphäre**
 - § 3a schützt nach h.M. sämtliche Verbraucherinteressen (z.B. an Gesundheitsschutz, Jugendschutz, kompetenter Rechtsberatung), näher hierzu unten bei § 3a
- **Verbraucherleitbild**
 - Bedeutung: Wann Werbung irreführend ist (§ 5), wann die Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt ist (§ 4a), wann eine Belästigung unzumutbar ist (§ 7 I), hängt von der Person des Verbrauchers ab. Soll das UWG vom Verständnis eines durchschnittlichen Verbrauchers ausgehen oder auch Minderheiten schützen?
 - Früheres UWG: Schutz auch einer Minderheit von unaufmerksamen oder unerfahrenen Verbrauchern.
 - Änderung hin zum Leitbild des Durchschnittsverbrauchers durch Rechtsprechung des EUGH (grundlegend EUGH, Rs. 210/96 = GRUR Int. 1998, 759 – *Gut Springenheide*)
 - S. auch Egrd. 18 UGP-RL: angemessen gut unterrichteter und angemessen aufmerksamer und kritischer Durchschnittsverbrauchers (Egrd. 18 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken)
- Berücksichtigung der situationsadäquaten Aufmerksamkeit: beim Kauf eines Autos ist man aufmerksamer als beim Wochenendeinkauf im Supermarkt

- Berücksichtigung der angesprochenen Verbraucherkreise: alle oder Mitglied einer bestimmten Gruppe, die mehr / weniger weiß bzw. mehr / weniger aufmerksam ist?



Allgemeininteresse an unverfälschtem Wettbewerb

- Der Schutz der Konkurrenten und der Abnehmer dient mittelbar auch dem Allgemeininteresse an einem funktionierenden Wettbewerb.
- Geschützt ist aber nur das **Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb**, nicht hingegen jedes beliebige Allgemeininteresse (z.B. Umweltschutz, Schutz vor Diskriminierung, Arbeitnehmerschutz, etc.). Insbesondere greift das Lauterkeitsrecht nicht hilfsweise zum Schutz der öffentlichen Ordnung ein. Fallbeispiele zur Diskussion:
 - BGH GRUR 2000, 1076 – Abgasemissionen
 - BGH GRUR 1995, 592 – *Busengrapscher*
 - Werbung mit fremdenfeindlichen oder rechtsextremen Inhalten
- Selbständige Bedeutung des Allgemeininteresses neben Konkurrenten- und Abnehmerschutz? Beispiel: sexistische Werbung

3. Die geschäftliche Handlung (§ 2 I Nr. 2 UWG)

Lit.: Köhler, WRP 2009, 898 ff.; Henning-Bodewig, GRUR 2013, 26 ff.; Scherer, WRP 2014, 517

Übungsfall (nach BGH GRUR 2021, 1400, 2021, 1414, GRUR 2022, 490 – Influencer I-III, dazu Ohly JZ 2022, 204)

Kathi (K) ist Internet-Influencerin. Auf ihrem Instagram-Account postet sie Fotos, die sie in verschiedenen Outfits oder an touristisch interessanten Orten zeigen. Die Kleidungsstücke oder touristischen Attraktionen sind mit „Tap-Tags“ oder ausgeschriebenen Hyperlinks versehen, über die Nutzer auf die Webseiten der Anbieter gelangen. K bekommt von den Anbietern

weder ein Entgelt, noch werden ihr die Kleidungsstücke kostenlos zur Verfügung gestellt. Der Verband Sozialer Wettbewerb, der in die Liste gem. § 4 UKlaG eingetragen ist, verlangt von K, es zu unterlassen, kommerzielle Inhalte vorzustellen, ohne den kommerziellen Zweck der Veröffentlichung zu verdeutlichen. Zu Recht?

Bedeutung

- Der Begriff der geschäftlichen Handlung bestimmt über den **Anwendungsbereich** des UWG
 - § 3 I verbietet unlautere geschäftliche Handlungen (ebenso für den Sonderfall der Belästigung § 7)
 - §§ 4 – 6 verweisen auf diese Voraussetzung des § 3 I.
- Damit wird das Lauterkeitsrecht von §§ 823 ff. BGB abgegrenzt: Es geht um eine **marktbezogene geschäftliche Tätigkeit** im Gegensatz zu privatem Handeln oder um Handeln zu anderen als gewerblichen Zwecken

Legaldefinition (§ 2 I Nr. 2)

- **Verhalten einer Person**
 - insoweit keine Beschränkung auf Verhalten eines Unternehmens, Förderung fremden Wettbewerbs durch Privaten ist also denkbar (dazu *Henning-Bodewig, s.o.*)
 - erfasst Handlungen und Unterlassungen (bei Rechtspflicht zum Handeln, z.B. § 5a)
 - weiter als Begriff der „Werbung“, Beispiele: Boykottaufruf, Herabsetzung eines Konkurrenten
- **zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens (Unternehmensbezug)**
 - Zum Unternehmensbegriff s. oben, 2.
 - **unternehmerische Tätigkeit** = auf Dauer angelegte, selbständige wirtschaftliche Betätigung, die darauf gerichtet ist, Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt zu vertreiben
 - Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich. Unternehmerisch i.S.d. UWG handeln z.B. auch Idealvereine, die Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt anbieten.
 - Regelfall ist das **Handeln zugunsten des eigenen Unternehmens**, Beispiele: Verkauf von Waren, Werbung für eigenes Geschäft
 - Gem. § 2 I Nr. 2 aber auch ein genügt ein **Handeln zugunsten fremder Unternehmer**, Beispiel: Werbung einer Influencerin für ein Produkt, das sie kostenlos zur Verfügung gestellt bekommt.
 - gem. Art. 2 lit. d UGP-RL erfasst die UGP-RL nur das Handeln zugunsten des eigenen Unternehmens oder zugunsten eines Auftraggebers (EUGH, C-391/12, GRUR 2013, 1245 – *RLvS Verlagsgesellschaft*). Auswirkungen auf das deutsche Recht? Nein, weil das deutsche Recht außerhalb des Anwendungsbereichs der RL frei ist.
 - Problem 1: Verkauf zahlreicher Waren von Privatpersonen bei eBay (Beispiel: BGH GRUR 2009, 871 – *Ohrclips*: (+) bei Angebot von 51 Ohrclips „à la Cartier“ innerhalb eines Monats)
 - Problem 2: gesetzliche Krankenkassen, die Mitgliedern fehlerhafte Informationen über Wechsel zu anderen Kassen geben, als „Unternehmer“? EUGH, C-59/12, GRUR 2013, 1159 – *BKK Mobil Oil*: ja

- **Objektiver und unmittelbarer Zusammenhang mit der Förderung des Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen (Marktbezug)**
 - fehlt bei rein betriebsinternen Vorgängen, z.B. interne Anweisungen, Produktion von Waren
 - fehlt bei rein hoheitlichen Handlungen (dazu näher sogleich)
 - fehlt bei rein privatem Verhalten (Beispiel: kein Verstoß gegen § 7 II Nr. 3 durch Weiterempfehlung eines Produkts per individueller E-Mail), sofern es nicht auch wirtschaftlichen Zwecken dient (Beispiele für Letzteres, UWG also anwendbar: Laienwerbung für Tupperware, Weiterempfehlung per E-Mail, für die Provision gezahlt wird)
- **vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss**
 - bis 2008 war UWG auf Handlungen bei Geschäftsanbahnung beschränkt
 - mittlerweile werden auch Handlungen bei Vertragsabwicklung erfasst
 - Beispiel 1: Täuschung über Verbraucherrechte oder Ankündigung eines Haftungsausschlusses, der gem. § 475 oder §§ 307 ff. BGB nichtig ist (BGH GRUR 2010, 1117 – Gewährleistungsausschluss im Internet)
 - Beispiel 2: Versuch, Verbraucher durch systematische Nichtbeantwortung von Anfragen von Rechtsdurchsetzung abzuhalten (vgl. Nr. 27 Anh. zu § 3 III)
 - Beispiel 3: Durchsetzung nicht berechtigter Forderungen durch Androhung des Besuchs eines „Inkasso-Teams“ (OLG München WRP 2010, 295)

Problem 1: Abgrenzung zur reinen Nicht-/Schlechterfüllung

- Auch der Käufer, der eine Ware mit einem verborgenen Mangel erhält, wird über die Vertragsgemäßheit der Erfüllung getäuscht und sieht deshalb von der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen ab.
- Aber das Instrumentarium des § 8 III wäre hier unangemessen: Relativität der Schuldverhältnisse, jede Vertragspartei soll selbst über die Durchsetzung ihrer Rechte entscheiden.
- Außerdem Art. 3 II UGP-RL: Vertragsrecht bleibt unberührt.
- Ansatz 1: Einschränkung der „geschäftlichen Handlung“
 - Reinen Vertragsverletzungen fehlt die objektive Eignung zur Beeinflussung geschäftlicher Handlungen (vgl. Egrd. 7 UGP-RL) (BGH GRUR 2013, 945 – Standardisierte Mandatsbearbeitung; Köhler, WRP 2009, 1175 ff., h.M.)
 - Geschäftliche Handlung nur, wenn die Handlung eine gewisse Breitenwirkung oder Systematik aufweist (Glöckner, WRP 2009, 1175 ff.)
 - Irrtumsprivileg: rein fahrlässige Vertragsverletzungen fallen nicht unter § 2 I Nr. 2
- Ansatz 2: auch die Schlechterfüllung ist „geschäftliche Handlung“, aber Unlauterkeit nur bei weiterer Einwirkung auf das wirtschaftliche Verhalten des Abnehmers, das über bloße Schlechterfüllung hinausgeht, z.B. aktive Täuschung über Vertragsgemäßheit.
- Testfrage: Wie sind die „Ausschank“-Fälle (BGH GRUR 1983, 451 und GRUR 1987, 180 – *Ausschank unter Eichstrich I, II*) nach neuem UWG zu lösen?

Problem 2: Abgrenzung zu nicht kommerziell motivierten Meinungsäußerungen

- Nach § 2 I Nr. 1 UWG 2004 war zusätzlich die subjektive Absicht zur Förderung des Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen (Wettbewerbsabsicht) erforderlich. Sie wurde bei unternehmerischem Handeln vermutet.

- Wichtige Filterfunktion für Handlungen in grundrechtsrelevanten Bereichen, die in erster Linie anderen Zwecken dienen: redaktionelle Tätigkeit der Presse (Art. 5 I 2 GG), wissenschaftliche (Art. 5 III GG) oder religiöse Äußerungen (Art. 4 GG)
- Was tun, nachdem nach § 2 I Nr. 2 UWG 2015 ein objektiver Zusammenhang ausreicht?
 - Möglichkeit 1 (h.M.): Handeln *zugunsten* eines Unternehmens und objektiver Zusammenhang fehlen, wenn die Handlung in erster Linie anderen Zwecken dient
 - Möglichkeit 2: Anwendung des UWG auf die genannten Handlungen, Berücksichtigung der Grundrechte bei der Subsumtion unter §§ 4 ff.
- Daher sind nach h.M. schon bei der Feststellung der geschäftlichen Handlung die Wertungen der Grundrechte (insb. Art. 5 I, 5 III, 4 GG) zu berücksichtigen. **Keine geschäftliche Handlung daher regelmäßig bei**
 - **redaktioneller Berichterstattung in den Medien** (Art. 5 I GG), Beispiele: BGH GRUR 1986, 812 – *Gastrokritiker*, s. auch die Vorinstanz, GRUR 1984, 366 mit Abdruck des beanstandeten Artikels; BGH GRUR 2006, 875 – *Rechtsanwalts-Ranglisten*; (+) aber bei Anzeigenwerbung oder Werbung um Abonnenten; ggf. auch bei übermäßig werbender Herausstellung eines Unternehmens
 - Handeln der **Verbraucherverbände**
 - **Äußerungen politischer Parteien und gesellschaftlicher Organisationen** (Beispiel: Bezeichnung der Müller-Milch als „Gen-Milch“ durch Greenpeace, BGH NJW 2008, 2110)
 - Influencern, die keine Gegenleistung erhalten? Str.
 - **wissenschaftlichen Äußerungen (Art. 5 III GG)**
 - religiösen Handlungen (Art. 4 I GG), Wettbewerbsabsicht aber (+) bei Mitgliederwerbung mit Erwerbszweck (Absatz von Büchern und Kursen) durch Scientology-Kirche (OLG Düsseldorf, WRP 1986, 212)
 - Äußerungen in Gerichtsverfahren
- Wie ist es bei **Influencern** (s. BGH GRUR 2021, 1400, 2021, 1414, GRUR 2022, 490 – *Influencer I-III* = Übungsfall)?
 - Handeln zugunsten des **eigenen Unternehmens** regelmäßig (+), weil Influencer mit kommerzieller Absicht und daher unternehmerisch handeln, aber keine Kennzeichnungspflicht gem. § 5a IV bzw. §§ 5a I, 5b IV iVm § 6 I TMG, weil die angesprochenen Verbraucherkreise das wissen und keinen Hinweis benötigen
 - Handeln zugunsten eines **fremden Unternehmens** (also des Unternehmens, dessen Produkte gezeigt werden)? (+), wenn der Influencer eine Gegenleistung erhält, kostenlose Bereitstellung der Produkte genügt, (+) auch (wie bei den Medien) bei übermäßiger werblicher Herausstellung, dafür soll nach BGH schon das Anbringen von Tap-Tags ausreichen (zweifelhaft), (-) aber in allen übrigen Fällen.

Wettbewerb der öffentlichen Hand

- Problematik: einerseits kann sich öffentliche Hand nicht durch Wahl der Rechtsform dem UWG entziehen, andererseits sollte das UWG nicht die Kompetenz des Verwaltungsrechts usurpieren.
- **Öffentliche Hand** = Bund, Länder, Gemeinden, staatliche Unternehmen oder gemischte Unternehmen, die von der öffentlichen Hand beherrscht werden (= in der Regel (+), wenn Staat über 50 % der Anteile hält, (-) bei der Deutschen Post).

- Frage: Wann nimmt die öffentliche Hand „geschäftliche Handlungen“ vor?
- **Erwerbswirtschaftliche Tätigkeit:** geschäftliche Handlung liegt unabhängig von Rechtsform des Handelnden (Beispiel: Werbung einer Sparkasse) in der Regel vor.
- **Daseinsvorsorge:** geschäftliche Handlung (+) unabhängig von der Rechtsform, wenn die öffentliche Hand Leistungen im Wettbewerb mit Privaten erbringt (Beispiel: Werbung für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt, Stromversorgung), Beispiel: OLG München NJW-E WettbR 2000, 177 – *Münchener Trinkwasser*).
- **Soziale Vorsorge:** geschäftliche Handlung (+), wenn mehrere Versicherungsträger im Wettbewerb stehen und auf Verbraucher eingewirkt wird (EUGH, C-59/12, GRUR 2013, 1159 – *BKK Mobil Oil*), dagegen nicht, wenn zwingendes Sozialrecht ausgeführt wird
- **Hilfsgeschäfte der Verwaltung:** öffentliche Hand handelt regelmäßig als Endabnehmer und damit nicht zur Förderung von Unternehmen.
- **Hoheitliches Handeln:**
 - Keine geschäftliche Handlung bei Handeln in Erfüllung gesetzlicher Aufgaben, in diesem Fall unterliegen auch Hilfspersonen nicht dem UWG (BGH GRUR 2006, 428 - *Ab-schleppkosten-Inkasso*)
 - Schlicht-hoheitliches Handeln, z.B. Rat, Auskunft, Kritik: Wettbewerbsabsicht wird nicht vermutet, kann aber im Einzelfall vorliegen, z.B. wenn öffentliche Hand bewusst ein öffentliches Unternehmen begünstigt (BGH GRUR 2009, 1080 – *Auskunft der IHK*) oder die Zusammenarbeit mit einem von mehreren Unternehmen ohne Grund betont (BGH GRUR 2013, 301 – *Solarinitiative*).
 - Beispiel 1 (BGH GRUR 2018, 196 – *Eigenbetrieb Friedhöfe*): Wenn sich Angehörige nicht um die Bestattung von Angehörigen kümmern, ist die zuständige Behörde dazu gesetzlich verpflichtet. Wenn sie den Auftrag an ihren Eigenbetrieb vergibt, ist das hoheitliches Handeln und kein Fall für das UWG
 - Beispiel 2 (BGH GRUR 2018, 622 – *Verkürzter Versorgungsweg II*): Bundesinnung der Hörgeräteakustiker (= Körperschaft des öffentlichen Rechts) kritisiert „verkürzten Versorgungsweg“, bei dem Patienten nicht mehr zum Hörgeräteakustiker müssen. UWG (+), weil Äußerung zugunsten der Mitglieder, die im Wettbewerb zu Unternehmen stehen, die ohne Akustiker auskommen. Äußerung kann unter das UWG fallen, aber die Innung kann sich trotzdem auf Art. 5 GG berufen, was bei der Auslegung der §§ 3a-6 zu berücksichtigen ist.
 - Beispiel 3 (BGH GRUR 2022, 1336 – *dortmund.de*): Online-Informationsangebot einer Stadt, das auch journalistische Inhalte enthält und damit möglicherweise gegen das Gebot der Staatsferne der Presse (Art. 5 I 2 GG) verstößt, Kritik: die Stadt handelt hier nicht mit kommerziellem Hintergrund – dass sie möglicherweise gar keine Presseerzeugnisse anbieten darf, ist eine Frage des öffentlichen Rechts, nicht des UWG.
- Zur Unlauterkeit des Handelns der öffentlichen Hand später unter III.

4. Die Generalklausel (§ 3 UWG)

Lit.: Köhler, WRP 2015, 275 ff.; Ohly, GRUR 2014, 1137 ff.

a) Bedeutung und Funktion von Generalklauseln

Bedeutung

- **Generalklausel** = Norm, deren Text unbestimmt ist und die daher in ihrem gesamten Anwendungsbereich der Ausfüllung durch zusätzliche Wertungen bedarf.
 - § 1 UWG 1909: keine Definition der „guten Sitten im Wettbewerb“
 - § 3 I UWG 2015: keine Definition der „Unlauterkeit“
 - „große“ Generalklausel: erfasst gesamten Bereich des Wettbewerbsrechts
 - „kleine“ Generalklausel: begrenzt auf bestimmte Form des unlauteren Wettbewerbs (Beispiele: § 5 I; § 7 I)
- Warum gibt es eine lauterkeitsrechtliche Generalklausel?
 - **Flexibilität:** unverzichtbar angesichts der Dynamik des Wettbewerbs
 - **Lückenfüllung:** Der Gesetzgeber hat keine Chance, alle möglichen unlauteren Verhaltensweisen vorherzusehen
 - **Delegation:** Die Gerichte haben weiten Spielraum, um in Einzelfall zu entscheiden. Wenn sich aus Einzelfällen Fallgruppen bilden, kann sich der Gesetzgeber daran später orientieren (so geschehen bei § 4)
 - Köhler, Recht des Markenschutzes (1884): „Die Unredlichkeit ist ein Proteus, der sich in tausend Formen flüchtet und gerade die gesetzlich verpönten Gestalten vermeidet, um in unzähligen Verkleidungen dem loyalen Verkehr die Früchte seiner redlichen Bemühungen abzujagen.“
- Nachteil der Verwendung von Generalklauseln: Unbestimmtheit (Hedemann, 1933: Die Flucht in die Generalklauseln als Gefahr für Recht und Staat), daher zunächst keine „große“ Generalklausel im UWG 1896, Ablehnung einer Generalklausel im englischen Recht

Der Wandel der Generalklausel

- **1909:** § 1 verbot Handlungen zu Wettbewerbszwecken, die gegen „die guten Sitten“ verstoßen. Kein Beispielskatalog (wie heute § 4), damit § 1 als Grundlage erheblicher Teile des UWG („Königsnorm“). Extreme Offenheit, erhebliche Bedeutung des Richterrechts.
- **2004:** aus „Verstoß gegen die guten Sitten“ wird „Unlauterkeit“, neuer Beispielskatalog des § 4 erfasst wesentliche Fallgruppen. Auf § 3 wird verwiesen („**Rahmennorm**“), und § 3 kann als Grundlage für die von § 4 nicht erfassten Fälle dienen („**Auffangnorm**“)
- **2008:** Ergänzung um § 3 II (Umsetzung des Art. 5 II, III UGP-RL) und um § 3 III
- **2015**
 - Weil §§ 3a-6 direkt auf § 3 I verweisen und, soweit erforderlich, eigene Spürbarkeitschwellen enthalten, wird § 3 I weitgehend zur „Scharniernorm“
 - Daneben bleibt § 3 I Auffangnorm, aber nur für nicht durch die UGP-RL erfasste Fälle
 - Ausgliederung der Vorgaben zum Verbraucherleitbild in einen neuen § 3 IV.

b) § 3 I als Scharniernorm

Das Zusammenspiel von §§ 3a-6 und § 3 I

- Das Verhältnis zwischen §§ 4-5a und § 3 I war unter dem UWG 2008 umstritten.
- Inzwischen Klärung: §§ 3a-6 verweisen auf § 3 I, der keine eigenen materiellen Voraussetzungen mehr enthält (insbesondere keine eigene Spürbarkeitsschwelle). Zu prüfen sind also nur noch die VSS der §§ 3a-6, damit Unlauterkeit (+) und § 3 I verweist auf die Rechtsfolgen (§§ 8-10)
- In den Fällen „schwarzen Liste“ kein Verweis auf § 3 I, sondern Verweis durch § 3 III auf die Rechtsfolgen aus §§ 8-10.

c) § 3 I, II als Auffangnorm (§ 3 „pur“)

Zulässigkeit

- Die meisten Fälle werden inzwischen von §§ 3a-7 oder von § 3 III mit Anhang geregelt. Wenn das nicht der Fall ist, kann grundsätzlich auf § 3 zurückgegriffen werden.
- Rückgriff auf § 3 aber gesperrt, wenn dem Spezialtatbestand eine Begrenzung innewohnt. Beispiel: Wenn § 4 Nr. 3 das Angebot nachgeahmter Produkte bei Vorliegen zusätzlicher Unlauterkeitsmerkmale verbietet, kann nicht gem. § 3 I jede Nachahmung unlauter sein.
- Außerdem Indizfunktion der §§ 3a-7: Der Gesetzgeber war der Ansicht, alle wesentlichen Fallgruppen erfasst zu haben, Rückgriff auf § 3 daher nur, wenn die §§ 3a-7 eine Lücke enthalten. Außerdem muss der gem. § 3 verbotene Fall vom Unwertgehalt den speziell geregelten Fällen entsprechen.
- Im B2B-Verhältnis und bei Beeinträchtigung von Mitbewerberinteressen ist nur § 3 I zu prüfen. Der Gesetzgeber der Reform von 2015 hat seinen ursprünglichen Plan, die Auffangfunktion des § 3 I zu streichen, fallengelassen. In welchem Maße eine Spürbarkeit erforderlich ist, ist von Fall zu Fall zu prüfen.
- Im B2C-Verhältnis greift § 3 II, dabei zweistufige Prüfung:
 - Verstoß gegen die unternehmerische Sorgfalt (§ 2 I Nr. 9)
 - Verbraucherrelevanz (§ 2 I Nr. 11)
- Wie wendet man eine Generalklausel an?
 - Interessenabwägung = Benennung der betroffenen Interessen, Gewichtung, Abwägung
 - Dabei Berücksichtigung der Wertungen der Grundrechte
 - Besondere Bedeutung des Richterrechts
- § 3 kommt selten unmittelbar zur Anwendung, weil §§ 4-7 die wesentlichen Fälle der Unlauterkeit regeln. Bedeutung hauptsächlich für neuartige Praktiken, die der Gesetzgeber nicht vorhersehen konnte.
- Beispiele für eine Anwendung des § 3 I und II „pur“ unten unter III.