

Professor Dr. Peter Krebs

Arbeitsgliederung - Beispiele unlauteren Wettbewerbs gemäß § 4 UWG

A Unzulässige Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit, § 4 Nr. 1 UWG

- I. Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer (Lieferanten, gewerbliche Abnehmer, nicht Mitbewerber).
- II. Unangemessener unsachlicher Einfluss
 1. Druck: Zufügung oder Androhung von Nachteilen von einigem Gewicht.
 2. menschenverachtende Weise: Bezugspunkt ist die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG – Problemfall Benetton Aids-Werbung).
 3. sonstiger unangemessener Einfluss: Einwirkung mit dem Ziel, rational-kritische Erwägungen über Nutzen und Nachteile eines Angebots zu unterdrücken. Auszugehen ist von der Reaktion eines aufmerksamen und kritischen Durchschnittsverbrauchers der angesprochenen Gruppe auf die Einflussnahme.
- III. Eignung zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit
 1. Entscheidungsfreiheit: Freiheit der Entscheidung über die Marktteilnahme.
 2. Beeinträchtigung: Nicht nötig ist die völlige Ausschaltung der Entscheidungsfreiheit; ausreichend ist, dass der Marktteilnehmer seine Entscheidung auch mit Rücksichtnahme auf die Einflussnahme treffen wird.
 3. objektive Eignung zur Beeinträchtigung: Es reicht eine gewisse objektive Wahrscheinlichkeit zur Beeinträchtigung aus. Nicht notwendig ist eine tatsächliche Beeinträchtigung.
- IV. Fallgruppen
 1. Wertreklame (Reklame, die mit zusätzlichen geldwerten Leistungen wirbt)
 - a) Kopplungsgeschäfte

Kopplungsgeschäfte sind grundsätzlich zulässig auch bei scheinbarer Unentgeltlichkeit eines Teils (z.B. Handy-Verträge). Es gilt kein strengeres Irreführungsverbot als nach § 5 UWG. Übertriebenes Anlocken ist nur noch in Ausnahmefällen zu bejahen.

- b) Unentgeltliche oder fast unentgeltliche Abgabe von Waren und Leistungen
Dies ist grundsätzlich zulässig. Ausnahmen sind bei Behinderung gemäß § 4 Nr. 10 UWG und allgemeiner Marktbehinderung (Marktstörung) gemäß § 3 UWG und bei Verletzung des allgemeinen Irreführungsverbot des § 5 UWG möglich.
 - c) Aleatorische Reize (umgekehrte Versteigerung, Powershopping) bei zusätzlichem Druck
 - d) Rabatte (Mondpreise, Preisschaukelei).
2. Gefühlsbetonte Werbung
- a) Verantwortungsbereitschaft, Hilfsbereitschaft, Mitleid (nur allgemeine Irreführung)
 - b) Druck (BGH Schulfotoaktion, keine zu niedrigen Anforderungen an den Druck)
 - c) Menschenverachtung
3. Hereinlegen (Adressbuch- und Anzeigenschwindel)
4. Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit von Lieferanten und gewerblichen Käufern nur soweit Verstoß gegen Kartellrecht
- a) Anzapfen (§ 20 GWB)
 - b) Eintrittsgelder, Listungsgebühren (§ 20 GWB)
 - c) Meistbegünstigungsklauseln (§ 20 GWB).

B Ausnutzung besonderer Umstände, § 4 Nr. 2 UWG

- I. Verbraucher (§ 2 Abs. 2 UWG i.V.m. § 13 BGB) als geschützter Personenkreis
- II. Ausnutzung besonderer Umstände
 - 1. geschäftliche Unerfahrenheit: (Kinder, Jugendliche, Asylanten, Analphabeten, Heimbewohner)
 - 2. Leichtgläubigkeit:
 - a) Autoritäts- und Vertrauensmissbrauch
 - b) Verdeckte Laienwerbung (str. vgl. aber auch § 4 Nr. 3 UWG))
 - c) Progressive Kundenwerbung (§ 16 Abs. 2 UWG)
 - 3. Angst (nicht alltägliche, sondern ernsthafte, besonders erhebliche Angstgefühle)
 - 4. Zwangslage: Durch besondere Umstände besteht ein bestimmtes zwingendes Bedürfnis, dessen Nicht-Befriedigung einschneidende und gravierende Nachteile mit sich bringt (z.B. Unfälle, Erkrankungen, Vermögenslosigkeit).
- III. Ausnutzen der Umstände: Die Umstände sind bekannt und werden gezielt zur Zweckerreichung eingesetzt werden. Es reicht die Geeignetheit; ein tatsächlicher Geschäftsabschluss ist nicht erforderlich.

C Verschleierung des Werbecharakters von Wettbewerbshandlungen, § 4 Nr. 3 UWG

- I. Verschleierung bei Medien, Gutachten, Meinungsumfragen, Streitpunkt product placement
- II. Verdeckte Laienwerbung (vgl. auch § 4 Nr. 2 UWG).

D Transparenz der Bedingungen bei Verkaufsförderungsmaßnahmen, § 4 Nr. 4 UWG

- I. Verkaufsförderungsmaßnahme
 1. Preisnachlass: betragsmäßig oder prozentual festgelegter Abschlag vom angekündigten oder allgemein geforderten Preis (Problem Kundenbindungsprogramme z.B. Payback-Systeme, Bonusprogramme).
 2. Zugabe: (teilweise) unentgeltliche Gewährung einer Leistung für den Fall des Kaufs einer anderen (Haupt-)Leistung.
 3. Geschenke: unentgeltliche Gewährung von Leistungen ohne Abhängigkeit vom Kauf einer anderen (Haupt-)Leistung.
- II. Nichtangabe der Inanspruchnahme-Bedingungen: Anzugeben sind der berechnete Personenkreis sowie die Modalitäten (z.B. Vertragspartner, Zeitraum, Menge, Berechnungsfaktor, Einlösewert etc.) Die Bedingungen müssen klar und eindeutig angegeben werden (Transparenzgebot) und dürfen den Adressaten nicht über die Geltung im Unklaren lassen.

Problematisch ist, inwieweit die Einräumung von Informationsmöglichkeiten ausreicht. Pflicht zur Angabe von Einzelpreisen bei Kopplung und der Beschaffenheit besteht jedenfalls nicht nach § 4 Nr. 4 UWG.

E Teilnahmebedingungen für Preisausschreiben und Gewinnspiele, § 4 Nr. 5 UWG (vgl. auch §§ 661, 661a BGB)

- I. Preisausschreiben oder Gewinnspiel
 1. Preisausschreiben/Geschicklichkeitsspiele: Wettbewerb, bei dem der Kreis der Gewinner zumindest überwiegend auf Grund seiner Kenntnisse und Fertigkeiten ermittelt wird.
 2. Gewinnspiel: Spiel, bei dem der Gewinner ganz oder überwiegend durch irgendein Zufallselement ermittelt wird. Ein eigener Einsatz ist (im Gegensatz zum Glücksspiel) nicht erforderlich.
- II. Teilnahmebedingungen: Anzugeben sind der berechnete Personenkreis sowie die Modalitäten (z.B. Einsendeschluss; nicht darunter fallen Gewinnchancen oder Gewinnermittlungsverfahren). Die Bedingungen müssen klar und eindeutig angegeben werden.
- III. Exkurs: Erlaubnispflicht für Gewinnspiele mit nicht unerheblichem Einsatz (Problem: Telefongewinnspiele, Premium SMS).

F Kaufabhängige Teilnahme an Preisausschreiben und Gewinnspielen, § 4 Nr. 6 UWG

- I. Verbraucher (§ 2 Abs. 2 UWG i.V.m. § 13 BGB)
- II. Preisausschreiben oder Gewinnspiel (s.o.)
- III. Abhängigkeit von der Inanspruchnahme anderer Leistungen
 1. Ware oder Dienstleistung: Leistungen jeglicher Art. Nicht jedoch die Leistungen zur Übermittlung der Teilnahmeerklärung selbst (z.B. Postkarte, Telefongespräch), solange hierfür keine Entgelt über den Basistarifen bzw. den üblichen Übermittlungskosten anfallen.
 2. Abhängigkeit:
 - rechtliche Abhängigkeit: Der Verbraucher ist rechtlich gezwungen einen Kauf zu tätigen (z.B. jeder 125. Einkauf ist umsonst)
 - tatsächliche Abhängigkeit: Der Verbraucher kommt aus anderen Gründen nicht umhin, einen Kauf zu tätigen. Dies kann z.B. der Fall sein, wenn der Verbraucher aus seiner Anonymität heraustreten muss (psychischen Kaufzwang). Beurteilungsmaßstab ist der angemessen gut unterrichtete und angemessen aufmerksame und kritische Durchschnittsverbraucher.
- IV. Naturgemäße Verbundenheit: Hierunter fallen Preisausschreiben und Gewinnspiele als Bestandteil eines redaktionellen Beitrages in Presse oder Rundfunk, bei denen nicht der Werbecharakter sondern der Unterhaltungscharakter im Vordergrund steht.

G Herabsetzung von Mitbewerbern, § 4 Nr. 7 UWG

- I. Mitbewerber (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG) als Zielrichtung der Handlung
Voraussetzung ist Wettbewerbsverhältnis zwischen Herabgesetzten und Herabsetzer.
- II. Herabsetzung oder Verunglimpfung (Art. 5 Abs. 1 GG ist zu berücksichtigen):
 - Herabsetzung: Verringerung der Wertschätzung.
 - Verunglimpfung: Verächtlichmachung ohne sachliche Grundlage als gesteigerte Form der Herabsetzung.
 - Zu berücksichtigen sind alle Umstände des Einzelfalls entsprechend der Sichtweise eines angemessen gut unterrichteten und angemessen aufmerksamen und kritischen Durchschnittsverbrauchers.
 - Beispiele: Schimpfwörter, pauschale Abwertung, wahre Angaben aus dem Intimbereich und teilweise aus dem Privatbereich, pauschale Abwertung ungenannter Mitbewerber und Produkte.
 - Problem Markenparodie (mögliches Lizenzverhältnis reicht für Wettbewerbsverhältnis bei Parodie ist Art. 5 Abs. 1 GG zu berücksichtigen).

- III. Gegenstand der Herabsetzung oder Verunglimpfung
 - 1. Kennzeichen: § 1 MarkenG sowie ähnliche Zeichen (z.B. Artikel- oder Bestellnummern) (kein Vorrang des Markenrechts, geschützt wird aufgrund teleologischer Reduktion nur der Markeninhaber und der Lizenzberechtigte).
 - 2. Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten, persönliche oder geschäftliche Verhältnisse
- IV. Rechtfertigung (Notwehr § 227 BGB, Wahrnehmung berechtigter Interessen, Art. 5 Abs. 1, Art. 5 Abs. 3 GG).

H Anschwärzung, § 4 Nr. 8 UWG

- I. Mitbewerber (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG) als Zielrichtung der Handlung
- II. Grundtatbestand, § 4 Nr. 8 1. HS UWG (Behauptung/Verbreitung von zur Rufschädigung geeigneten Tatsachen)
 - 1. Tatsachenbehauptung: Behauptungen, die (im Gegensatz zu Werturteilen) einem Wahrheitsbeweis zugänglich sind.
 - 2. Gegenstand der Behauptung
 - Waren, Dienstleistungen, Unternehmen
 - Unternehmer oder Mitglied der Unternehmensleitung
 - 3. Behaupten oder Verbreiten: Behaupten ist das Aufstellen einer eigenen Tatsachenbehauptung, Verbreiten das Weitergeben einer fremden Tatsachenbehauptung als solche (ohne ein sich zu eigen machen). Die äußere Form der Mitteilung ist gleichgültig.
 - 4. Eignung zur Kredit- oder Geschäftsschädigung: Die Äußerung bringt, gemessen an der Wirkung auf einen angemessen gut unterrichteten und angemessen aufmerksamen und kritischen Durchschnittsverbraucher des angesprochenen Verkehrskreises, Nachteile für die Erwerbstätigkeit des Betroffenen mit sich.
 - 5. Nichterweislichkeit der Wahrheit: Die Behauptung ist unwahr oder die Wahrheit oder Unwahrheit lässt sich nicht klären.
- III. Sonderregelung, § 4 Nr. 8 2. HS UWG (vertrauliche Äußerungen mit berechtigtem Interesse)
 - 1. Vertraulichkeit: Sie besteht dann, wenn der Mitteilende davon ausgeht und ausgehen kann, dass keine Weiterleitung an Dritte erfolgt.
 - 2. Berechtigtes Interesse: Dies muss beim Mitteilenden oder dem Empfänger bestehen. Ob das Interesse berechtigt ist beurteilt sich anhand einer Interessenabwägung des verfolgten Nutzens mit dem voraussichtlichen Schaden.
 - 3. Rechtswidrig der Wahrheit zuwider rufschädigende Tatsachen behauptet oder verbreitet.
 - 4. Anspruchgegner ist der Mitteilende.

I Ergänzender Leistungsschutz, § 4 Nr. 9 UWG

Ausgangspunkt ist die grundsätzliche Zulässigkeit der Nachahmung. Bei Vorliegen geschützter Marken ist die Sperrwirkung des Markenrechts § 2 MarkenG zu beachten. Das Geschmacksmusterrecht bei nicht eingetragenen Geschmacksmustern genießt dagegen keinen Vorrang.

- I. Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers
- II. Wettbewerbliche Eigenart der nachgeahmten Leistung: bestimmte Merkmale, die geeignet sind, auf die betriebliche Herkunft oder Besonderheit hinzuweisen (zur Abgrenzung schutzwürdiger Leistungen im Gegensatz zu beispielsweise „Allerweltserzeugnissen“). Diese können technischer oder (so in der Regel) ästhetischer Natur sein.
- III. Nachahmung: Je dichter die Nachahmung am Original bleibt, umso geringer sind die Anforderungen an die weiteren Umstände der Unlauterkeit. Die Nachahmung erfordert Kenntnis vom Original (Beweiserleichterung möglich). Man unterscheidet drei Formen der Nachahmung:
 1. Unmittelbare Leistungsübernahme: die fremde Leistung wird unmittelbar übernommen (meist mittels technischer Vervielfältigungsverfahren) (vgl. V. 4).
 2. Fast identische Leistungsübernahme: die Nachahmung weist nur geringe Abweichungen vom Original auf (vgl. V. 4).
 3. Nachschaffende Leistungsübernahme: Die nachgeahmte Leistung dient als Vorbild und wird unter Einsatz eigener Leistung wiederholt; dabei weist die Nachahmung wieder erkennbare wesentliche Elemente des Originals auf.

IV. Unlauterkeit begründende Umstände

1. Vermeidbare Herkunftstäuschung, § 4 Nr. 9 lit. a) UWG
 - a) Maßgebend für die Herkunftstäuschung ist der angemessen gut unterrichtete und angemessen aufmerksame und kritische Durchschnittsmarktteilnehmer des jeweils angesprochenen Abnehmerkreises. Das Inland ist maßgeblich.
 - b) Herkunftstäuschung: Die Nachahmung erweckt den Eindruck vom Anbieter des Originals (unmittelbare Herkunftstäuschung) oder einem in irgendeiner Weise verbundenen Unternehmen (mittelbare Herkunftstäuschung) zu stammen. Darunter fällt auch, wenn der Eindruck entsteht, es handle sich um eine Zweitmarke des Originalherstellers. Voraussetzung ist wettbewerbliche Eigenart (Eignung auf Herkunft hinzuweisen) des Originals und gewisse Vorbereitung des Originals (gewisse Bekanntheit?). Je stärker die Herkunftsvorstellung aufgrund Eigenart und Bekanntheit ist, desto eher ist eine Täuschung zu bejahen.
 - c) Vermeidbarkeit: Es bestehen geeignete und zumutbare Maßnahmen zur Verhinderung der Herkunftstäuschung. Der Grad der Zumutbarkeit ergibt sich aus einer Abwägung mit den Interessen des Originalherstellers.

2. Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung § 4 Nr. 9 lit. b) UWG

- a) Wertschätzung der nachgeahmten Leistung: Die Leistung muss in der Wahrnehmung der potentiellen Abnehmer mit einer positiven Vorstellung (Ruf) verbunden sein. Dies setzt auch eine gewisse Bekanntheit voraus. Je höher die Wertschätzung, desto geringer sind die weiteren Anforderungen an die Unlauterkeit.
- b) Ausnutzung der Wertschätzung (Kennzeichennachahmung, Produktnachahmung, wörtliche Bezugnahme): Ausnutzung besteht in der Übertragung der Wertvorstellung von der fremden auf die eigene Leistung.
- c) Beeinträchtigung der Wertschätzung: Der Vertrieb der Nachahmung führt dazu, dass der Ruf des Originals Schaden nimmt.
- d) In unangemessener Weise: Unter Abwägung der beiderseitigen Interessen und aller Umstände des Einzelfalls ungerechtfertigte Rufanlehnung.

3. unredliche Kenntniserlangung § 4 Nr. 9 lit. c) UWG

Die Unlauterkeit begründet sich aus dem Verhalten des Nachahmers gegenüber dem Originalhersteller. Unter unlautere Kenntniserlangung fallen z.B. Erschleichung eines Betriebsgeheimnisses sowie die Erlangung oder Nutzung unter Vertrauensbruch.

4. § 3 UWG zu zuordnende Unlauterkeitstatbestände der Nachahmung

- a) Behinderung (systematisches Nachahmen, Zuvorkommen beim Inlandsvertrieb gegenüber eingeführten Auslandsmarken, Aneignung bereits Benützer Marke zu Sperrzwecken).
- b) Unmittelbare Leistungsübernahme, sklavische Nachahmung (str.), Verdrängungspreiswettbewerb durch Nachahmer bei oder kurz nach Markteinführung.

V. Anbieten (Hersteller oder auch Händler): Anders als im Markenrecht ist nur das Anbieten, nicht schon die Herstellung erfasst. Unter Anbieten fällt nicht nur das konkrete Verkaufsangebot sondern jede auf den Vertrieb gerichtete Handlung. Händler muss keine Kenntnis von Nachahmung haben.

VI. Bagatellschwelle

Die Bagatellschwelle des § 3 UWG wird praktisch automatisch überschritten.

VII. Ansprüche (Unterlassung, dreifaches Schadensersatzwahlrecht, Auskunft für Schadensersatz – Wirtschaftsprüfervorbehalt, Drittauskunft gemäß § 242 BGB, kein Vernichtungsanspruch).

J Gezielte Behinderung, § 4 Nr. 10 UWG

Hinweis: Es besteht enge Verwandtschaft zum Kartellrecht. Wertungswidersprüche sind zu verhindern.

- I. Behinderung: Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten des Mitbewerbers; die Eignung zur Behinderung genügt.

II. Zielgerichtetheit der Behinderung: Die Wettbewerbshandlung bezweckt in erster Linie nicht die Förderung des eigenen Wettbewerbs sondern die Störung der fremden wettbewerblichen Entfaltung. Zur Beurteilung sind insbesondere Anlass, Zweck, Inhalt, Wirkung und Bedeutung der Handlung heranzuziehen.

III. Beispiele:

1. Behinderung beim Einkauf durch gezielte Verknappung oder gezielte Preistreiberei bei Rohstoffen
2. Lieferverweigerung soweit kartellrechtswidrig
3. Abwerben von Mitarbeitern zu Schädigungszwecken
4. Sabotage, Hacker
5. Rufschädigende Gerüchte und Intrigen
6. Werbebehinderung (aber nicht bei Werbeblockern für das Fernsehprogramm – Art. 5, 12 GG)
7. Abwerben von Kunden bei mutmaßlicher Kaufabsicht und Fangwerbung
8. Vertrieb technischer Mittel zur Ausnutzung oder Behinderung von Leistungsangeboten Dritter
9. Parasitäre Leistungsangebote (Aufbauschemata für Schönfelder)
10. Entfernung vorgeschriebener oder zulässiger vertraglicher oder gesetzlich geschützter Warencodierungen (Grenzen str.)
11. Preisbehinderung (unter Einstandspreis gezielte Behinderung, Schleuderpreise für Markenartikel?)
12. Unberechtigte Abmahnung in Kenntnis mangelnder Rechte (Schutzrechtsverwarnung bei Ausschließlichkeitsrechten als Fall des § 823 Abs. 1 BGB Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Betrieb)
13. Boykott (vgl. § 21 Abs. 1 GWB)
14. Marktstörung (z.B. Marktverstopfung durch Öffentliche Hand).

K Rechtsbruch, § 4 Nr. 11 UWG

- I. gesetzliche Vorschrift: Jede Rechtsnorm mit Geltung in Deutschland (vgl. Art. 2 EGBGB)
- II. Regelung des Marktverhaltens: Die Vorschrift muss sich auf eine Tätigkeit am Markt beziehen, d.h. auf Tätigkeiten die unmittelbar oder mittelbar der Förderung des Leistungsaustauschs dienen.
- III. Regelung (auch) im Interesse der Marktteilnehmer: Der Schutz der Marktteilnehmer (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG) muss zumindest Nebenzweck sein. Es genügt nicht, dass sich die Regelung lediglich zu Gunsten der Marktteilnehmer auswirkt oder Interessen Dritter schützt.

IV. Beispiele:

Hinweis: Generell gilt, dass nicht ganze Gesetze, sondern einzelne Normen zu prüfen sind.

1. Vorschriften, die den Marktzutritt regeln (z.B. in KosmetikVO und AMG)
2. Vorschriften, die die Werbung regeln (z.B. im HWG)
3. Verbraucherinformationspflichten BGB (BGH GRUR 2002, 1085, 1088 Belehrungszusatz str.)
4. Regeln, die Verbraucher vor Irreführung schützen sollen
5. Preisangaben-VO und andere Preisvorschriften
6. Vorschriften, die Inhaltsstoffe vorschreiben oder verbieten
7. §§ 305 ff. BGB (?)

V. Vertragsbruch als Fall des § 3 UWG oder § 4 Nr. 10 UWG

1. Gezielte, planmäßige Kundentäuschung
2. Durchsetzung von Verträgen, die auf systematischer Täuschung beruhen
3. Verleiten zum Vertragsbruch bei wesentlichen Pflichten als Fall des § 4 Nr. 10 UWG
4. Ausnutzen von Vertragsbruch grundsätzlich nicht unlauter
5. Schleichbezug bei geschützten Vertriebssystemen unlauter (str.).