

**Professor Dr. Peter Krebs****Gliederungsvorschlag für die Prüfung des Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruch gem. § 8 Abs. 1 UWG**

Hinweis: Soweit zuvor andere wettbewerbsrechtliche Ansprüche zu prüfen waren, sind sich wiederholende Anspruchsvoraussetzungen nicht erneut zu prüfen; es reicht ein Verweis auf die vorhergehende Prüfung.

Internationale Zuständigkeit (Art. 40 EGBGB bzw. ab 2009 Art. 6 Rom II-VO oder spezielle europäische Vorgaben), örtliche Zuständigkeit (§ 14 UWG) und sachliche Zuständigkeit (§ 13 UWG) sind nur bei entsprechenden Hinweisen im Sachverhalt zu prüfen.

**A. Anspruchsberechtigung (Aktivlegitimation) § 8 Abs. 3 UWG****I. Mitbewerber § 8 Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG**

- Unternehmer (§ 14 BGB)
- konkretes Wettbewerbsverhältnis auf dem Angebots- oder Nachfragemarkt: die beteiligten Unternehmen sind (zumindest potentiell) auf demselben sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt tätig.
- nur Mitbewerber, die selbst betroffen sind, sind anspruchsberechtigt, d.h. dem Mitbewerber muss aus dem Verstoß ein Schaden entstehen können.

**II. Verbände § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG**

1. rechtsfähiger Verband: juristische Personen des Privatrechts oder öffentlichen Rechts.
2. Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen: Festzustellen anhand der Satzung.
3. Mitgliedsunternehmen:
  - vertreiben von Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt: Die Mitglieder müssen im Wesentlichen die Stellung von Mitbewerbern des Anspruchsgegners besitzen.
  - erhebliche Anzahl: Eine fest Zahl oder ein fester Prozentsatz besteht nicht. Die Zahl und die wirtschaftliche Bedeutung der Mitglieder müssen den Schluss zulassen, dass nicht lediglich Individualinteressen einzelner, sondern objektiv gemeinsame Interessen der Wettbewerber verfolgt werden. Ein nennenswerter Marktanteil ist nicht erforderlich.

4. Fähigkeit zur Wahrnehmung der satzungsmäßigen Aufgaben: Der Verband muss tatsächlich zur Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen in der Lage sein. Insbesondere sind dies sachliche Ausstattung, personelle Ausstattung und finanzielle Ausstattung.
  - Zur personellen Ausstattung gehört eine entsprechende fachliche Qualifikation innerhalb der Organisation des Verbandes selbst, um Wettbewerbsverstöße aus eigener Initiative verfolgen zu können.
  - Bei der finanziellen Ausstattung sind alle Einnahmequellen des Verbandes zu berücksichtigen; Einnahmen aus Abmahn Tätigkeit dürfen nicht in einem deutlichen Missverhältnis zu den sonstigen Einnahmen stehen (str.).
5. Berührung der Mitgliederinteressen: Gerade durch das beanstandete Wettbewerbsverhalten müssen die Mitgliederinteressen betroffen sein.

### III. Qualifizierte Einrichtungen, § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG

Eintragung der Einrichtung in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlaG oder in das Verzeichnis der Kommission gem. der Richtlinie über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen.

### IV. Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern, § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG

### V. Fehlende Anspruchsberechtigung aufgrund missbräuchlicher Rechtsausübung, § 8 Abs. 4 UWG (Spezialregelung zum Rechtsmissbrauch gem. § 242 BGB).

Das eigentliche Motiv des Anspruchsberechtigten darf nicht die Verfolgung überwiegend sachfremder Ziele sein. Die Erzielung von Aufwendungsersatzansprüchen oder die Belastung des Schuldners mit Kosten sind nur beispielhaft.

### VI. Sachliche Schranken der Anspruchsberechtigung

Ein Vorgehen gegen den Verletzer bleibt dem unmittelbar Betroffenen vorbehalten, wenn ausschließlich er durch den Wettbewerbsverstoß betroffen ist (z.B. in Fällen des § 4 Nr. 7, 8 UWG; bei § 4 Nr. 9 UWG ist zu differenzieren, da auch Interessen anderer Marktteilnehmer betroffen sein können, § 4 Nr. 9 lit. a) UWG – Herkunftstäuschung; ebenso bei § 4 Nr. 10 UWG).

## B. Anspruchsgegner

### I. Zuwiderhandelnder (Verletzer), § 8 Abs. 1 UWG:

- (Mit-)Täter: wer allein oder im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit anderen den Tatbestand einer Wettbewerbsverletzung selbst (unmittelbare Täterschaft) oder durch einen Dritten als Werkzeug (mittelbare Täterschaft) objektiv verwirklicht hat bzw. zu verwirklichen droht.
- Teilnehmer: derjenige, der den Täter zur Verletzungshandlung bewegt (Anstifter) oder dabei vorsätzlich Hilfe leistet (Gehilfe).

## II. Störer:

- allgemein: Die Haftung als Störer setzt eine Mitwirkung (Unterstützung oder Ausnutzung) bei der Handlung eines eigenverantwortlich handelnden Dritten voraus. Weiterhin muss der Störer eigene Prüfungspflichten bezüglich seiner Mitwirkung verletzt haben sowie die rechtliche Möglichkeit zur Verhinderung gehabt haben. (Die Störerhaftung im Wettbewerbsrecht ist sehr umstritten).
- Geschäftsführer/Vorstandsmitglieder: Prüfungspflicht ist anerkannt, unterlassenes Einschreiten ist pflichtwidrig.

## III. Unternehmensinhaber, § 8 Abs. 2 UWG: Die Norm gewährt einen zusätzlichen Anspruch gegen den Inhaber neben dem Anspruch gegen den Verletzer.

### 1. Unternehmensinhaber ist derjenige, in dessen Namen und Verantwortung das Unternehmen geführt wird (im Regelfall also die entsprechende Gesellschaft), nicht aber ein Mehrheits- oder Alleingesellschafter, auch wenn er sich als Inhaber fühlt.

### 2. Handlung:

- eines Mitarbeiters: jeder, der aufgrund eines Vertrages oder Dienstverhältnisses weisungsabhängige Dienste leistet.
- eines Beauftragten: jeder, der aufgrund eines Vertrages oder anderen Verhältnisses im oder für das Unternehmen tätig ist, ohne unmittelbar weisungsgebunden zu sein (z.B. Mittler der Absatzorganisation wie Handelsvertreter oder Franchisenehmer; Werbeagenturen; abhängige Konzernunternehmen).
- im Unternehmen: Der Zuwiderhandelnde muss im Geschäftskreis des Unternehmens gehandelt haben, mit der Intention, dass die Handlung dem Unternehmen zu Gute kommen soll.

## C. Wettbewerbsverstoß, § 3 UWG

### I. Wettbewerbshandlung (Legaldefinition § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG)

#### 1. Handlung einer Person: alle menschlichen Verhaltensweisen, positives Tun und Unterlassen.

#### 2. Marktbezug der Handlung: Abgrenzung zu privaten, hoheitlichen oder betriebsinternen Handlungen

#### 3. Absatz und Bezug von Waren oder Dienstleistungen:

- Maßnahmen sowohl des Absatzwettbewerbs als auch des Nachfragewettbewerbs.
- Waren: alle Gegenstände, die auf einen anderen übertragen und ihm zur Verfügung gestellt werden können (bewegliche und unbewegliche Sachen sowie Rechte).
- Dienstleistungen: alle geldwerten unkörperlichen Leistungen.

#### 4. Förderung des eigenen Unternehmens oder eines fremden Unternehmens: Handlung mit dem Ziel, den Absatz oder Bezug zu fördern, d. h., sie muss Eignung und Absicht zur Wettbewerbsförderung. Bei Unternehmen besteht eine widerlegliche

Vermutung einer Absicht zur Förderung eigenen Wettbewerbs (Ausnahme bei Medienunternehmen aufgrund Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG).

Hinweis: Die Definition wird in der neuen Fassung des UWG leicht modifiziert werden.

## II. Unlauterkeit

### 1. Beispielstatbestände (In der vorgeschlagenen Reihenfolge prüfen)

(nach der Gesetzesreform § 3 Abs. 2 UWG n. F. i.V.m. Verboten im Anhang)

§ 7 UWG: Unzumutbare Belästigung

§ 6 UWG: Unlautere vergleichende Werbung

§ 5 UWG: Irreführende Werbung (Achtung: Markenrecht kann nach h.M. eine Sperrwirkung entfalten)

§ 4 UWG: Sonstige Beispiele Unlauteren Wettbewerbs

[s. die jeweiligen Gliederungsvorschläge]

### 2. sonstige die Unlauterkeit begründende Umstände, § 3 UWG

Der Generalklausel des § 3 UWG (demnächst § 3 Abs. 1 UWG n.F.) kommt eine Auffangfunktion neben dem Beispielkatalog unlauterer Verhaltensweisen zu. Die Feststellung der Unlauterkeit setzt die Feststellung aller betroffenen Interessen und ihrer Schutzwürdigkeit voraus. Daran schließt sich eine Abwägung unter Gesamtwürdigung der Umstände (z.B. Anlass, Zweck, Mittel, Begleitumstände, Auswirkungen des Verhaltens) an.

## III. Eignung zur Wettbewerbsbeeinträchtigung zum Nachteil der Marktteilnehmer

Die Handlung muss lediglich zur Wettbewerbsbeeinträchtigung geeignet sein. Ein Nachteil im Sinne eines Schadens eines Marktteilnehmers ist nicht erforderlich.

## IV. Bagatellgrenze („nicht nur unerheblich“)

Dies dient dem Ausschluss von Bagatellfällen. Zur Beurteilung ist darauf abzustellen, in welcher Intensität die Interessen der Marktteilnehmer berührt sind. Dabei sind alle Umstände in der Person des Handelnden und der betroffenen Marktteilnehmer mit einzubeziehen, z.B. Faktoren wie Wettbewerbsstellung, Marktstärke, Häufigkeit, Verschuldensgrad, erlangter Wettbewerbsvorsprung, Schutzwürdigkeit oder Nachahmungsgefahr.

Für unlautere Handlungen gegenüber Verbrauchern ist in § 3 Abs. 1. S. 2 UWG n.F. eine Konkretisierung geplant, die auf die Eignung zur wesentlichen Beeinflussung eines Durchschnittsverbrauchers abstellt und bei Werbungen gegenüber speziellen Verbrauchergruppen die jeweilige Gruppe für maßgeblich erklärt.

Hinweis: §§ 5 Abs. 3, 6 UWG beruhen auf der (zwingenden) Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung. In dieser ist eine Erheblichkeitsschwelle nicht enthalten. Daraus ergeben sich folgende Lösungsmöglichkeiten:

- Nichtanwendbarkeit der Bagatellgrenze in diesen Fällen.
- Die Bagatellgrenze wird durch derartige Verstöße grundsätzlich überschritten.
- Anwendung der Bagatellgrenze, da diese dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit und der Interessenabwägung sowie den allgemeinen europäischen Wettbewerbsgrundsätzen entspricht.

Gleiches gilt für § 7 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 4 UWG, die auf der RL 2002/58/EG beruhen.

#### **D. Begehungsgefahr (nur Unterlassungsanspruch):**

- I. Erstbegehungsgefahr (vorbeugender Unterlassungsanspruch zu dem ersten Verstoß) § 8 Abs. 1 S. 2 UWG:

Erforderlich ist die ernstlich drohende und unmittelbare Gefahr erstmaliger Begehung, die sich anhand des Verhaltens des Schuldners bestimmt (z.B. Berühmung zu bestimmter Handlung berechtigt zu sein, Ankündigungen, Vorbereitungshandlungen). Diese Gefahr darf nicht durch entgegengesetztes Verhalten wieder beseitigt worden sein, da dann die Erstbegehungsgefahr i.d.R. entfällt. Gleicher gilt bei Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung.

- II. Wiederholungsgefahr (Verletzungsunterlassungsanspruch) § 8 Abs. 1 S. 1 UWG:

Bei bereits begangenen Wettbewerbsverstößen besteht eine tatsächliche Vermutung für das Bestehen einer Wiederholungsgefahr, die alle im Kern gleichartigen Verletzungsformen umfasst. Wiederholungsgefahr wird vor allem durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung ausgeräumt, auch wenn diese gegenüber anderen Anspruchsberechtigten abgegeben wurde. Meist wird dem ein rechtskräftiger Unterlassungstitel gleichgestellt (BGH GRUR 2003, 450, 45).

#### **E. Einwendungen und Einreden**

- I. Einwand der Abwehrhandlung: setzt (1) einen objektiv rechtswidrigen Angriff voraus (Abwehrlage), (2) dass die Handlung von dem Zweck getragen ist, den Angriff abzuwehren (Abwehrzweck) und (3) ein taugliches, erforderliches und angemessenes Mittel zur Abwehr ist (Abwehrnotwendigkeit). Die Abwehr findet jedoch ihre Grenzen, wenn Interessen anderer Marktteilnehmer berührt sind!
- II. Einwand der Verwirkung: setzt ein vermeidbares, längere Zeit andauerndes Untätigbleiben des Verletzten voraus sowie das berechtigte Vertrauen des Verletzers auf die Duldung des Verhaltens (z.B. bei Verstößen gegen § 4 Nr. 7, 8, 9 UWG).
- III. Einwand des sonstigen Rechtsmissbrauchs: Hier kommen beispielsweise der „unclean hands“-Einwand oder der Einwand, dass es sich um einen provozierten Wettbewerbsverstoß handelt in Betracht. (Ein normaler Testkauf ist kein provozier-

ter Wettbewerbsverstoß). Der Einwand ist jedoch jeweils unbeachtlich, wenn Interessen anderer Marktteilnehmer berührt sind!

#### IV. Einrede der Verjährung, § 11 UWG

1. Frist: sechs Monate

2. Beginn der Frist:

a) Anspruchsentstehung: Maßgeblicher Zeitpunkt ist beim Unterlassungsanspruch der Abschluss der tatbestandsmäßigen Zuwiderhandlung, beim vorbeugenden Unterlassungsanspruch die Begründung der Erstbegehungsgefahr durch eine bestimmte Handlung. Die Verjährung beginnt nicht, so lange die Handlung noch fort dauert (Dauerhandlung) z.B. bei Aushängen eines Werbeplakats.

b) Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis (vgl. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB).

#### F. Rechtsfolge

I. Unterlassungsanspruch: Der Anspruch betrifft die konkrete zu besorgende Handlung und alle im Kern gleichartigen Handlungen. Im Einzelfall kann eine angemessene Aufbrauch- oder Umstellungsfrist zu gewähren sein.

II. Beseitigungsanspruch: Der Inhalt des Anspruchs richtet sich nach der Art der Beeinträchtigung und umfasst alle Maßnahmen die nötig sind, um diese Beeinträchtigung zu beseitigen, soweit dies rechtlich in der Macht des Verpflichteten steht. In Einzelfällen kann eine Beseitigung unverhältnismäßig sein.

III. Einstweilige Verfügung, §§ 935 ff. ZPO: Neben der Verfolgung des Anspruchs im Hauptsacheverfahren hat die einstweilige Verfügung in Wettbewerbsstreitverfahren eine besondere praktische Bedeutung.

1. Verfügungsanspruch: gegeben bei

a) Unterlassungsanspruch: Ja (arg. § 12 Abs. 2 UWG).

b) Beseitigungsanspruch: Nur in Ausnahmefällen sofern ein weit überwiegendes Interesse des Verfügungsklägers besteht und keine unumkehrbaren Zustände geschaffen werden.

2. Verfügungsgrund: § 12 Abs. 2 UWG beinhaltet eine Vermutung der Dringlichkeit. Ansonsten muss der Antragsteller die Eilbedürftigkeit glaubhaft machen. Die Dringlichkeit entfällt z.B. bei längerem Untätigbleiben des Antragstellers (sehr uneinheitliche Rechtsprechung: es werden je nach Gericht teilweise starre Zeitspannen zwischen 4 Wochen bis zu 6 Monaten, teilweise individuelle Zeiträume gemäß den Umständen des Einzelfalles zugrunde gelegt). Eine allgemeine Marktbeobachtungspflicht besteht jedoch nicht (str.).

Hinweis: Grundsätzlich ist dem Beklagten auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes rechtliches Gehör zu gewähren. In dringenden Fällen kann das Gericht jedoch ohne Anhörung des Beklagten eine einstweilige Verfügung erlassen. Diese besondere Dringlichkeit wird sehr häufig bejaht. Daher ist es üblich geworden, durch Hinterlegung sog. Schutzschriften einer einstweiligen Verfügung entgegenzuwirken. In der Schutzschrift werden Gründe gegen das Bestehen eines Verfügungsanspruchs oder zumindest eines Verfügungsgrundes vorgetragen. Es gibt eine Initiative zur Etablierung eines Schutzschriftenregisters, damit die Schutzschrift nicht bei allen Landgerichten hinterlegt werden muss.