

**Professor Dr. Peter Krebs****Gliederungsvorschlag für die Prüfung des Schadenersatzanspruch gemäß § 9 UWG**

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

Internationale, örtliche und sachliche Zuständigkeiten sind nur bei Hinweisen im Sachverhalt zu prüfen.

**A. Anspruchsberechtigung (Aktivlegitimation) § 9 UWG**

Mitbewerber, § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG

- Unternehmer (§ 14 BGB)
- konkretes Wettbewerbsverhältnis auf dem Angebots- oder Nachfragemarkt: setzt voraus, dass sich die beteiligten Unternehmen auf demselben sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt betätigen oder zumindest betätigen wollen.
- nur Mitbewerber, die selbst betroffen sind, sind anspruchsberechtigt, d.h. dem Mitbewerber muss aus dem Verstoß ein Schaden entstanden sein.

**B. Anspruchsgegner**

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.
- Teilnehmer: derjenige, der den Täter zur Verletzungshandlung bewegt (Anstifter) oder dabei vorsätzlich Hilfe geleistet (Gehilfe) hat.
- Geschäftsführer haften bei einem Unterlassen, wenn sie die Handlung der Mitarbeiter erkannt haben und nicht eingeschritten sind (BGH GRUR 1986, 248, 251 - Sporthosen). Die weitergehende Haftung außerhalb des Wettbewerbsrechts gemäß BGHZ 109, 297 ff. - Baustoffentscheidung (Haftung schon für einfache Fahrlässigkeit bei Unterlassen) hat sich im Lauterkeitsrecht bisher nicht durchgesetzt.

## 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 (Prüfung in der vorgeschlagenen Reihenfolge)

#### 1. Beispielstatbestände

(nach der UWG-Reform wird mit § 3 Abs. 2 UWG n.F. i.V.m. den Verboten im Anhang zu beginnen sein)

§ 7 UWG: Unzumutbare Belästigung

§ 6 UWG: Unlautere vergleichende Werbung

§ 5 UWG: Irreführende Werbung

§ 4 UWG: Sonstige Beispiele Unlauteren Wettbewerbs

[s. die jeweiligen Gliederungsvorschläge]

#### 2. sonstige Unlauterkeitsbegründende Umstände, § 3 UWG

Der Generalklausel des § 3 UWG 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 an dieser Stelle noch nicht zu prüfen.

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

Die Wettbewerbsbeeinträchtigung muss von gewissem Gewicht sein, wodurch Bagatellfälle aus der wettbewerbsrechtlichen Verfolgung ausgeschlossen werden sollen. 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 und 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 spezieller 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 automatisch überschritten.
- Anwendung der Bagatellgrenze, da diese dem auch europarechtlich anerkannten 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. Schuldhafter Wettbewerbsverstoß § 9 UWG

Bei der Beurteilung von Vorsatz und Fahrlässigkeit kommt es als Maßstab auf das Bewusstsein der Unlauterkeit der Wettbewerbshandlung an; die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Tatsachen, aus denen sich die Unlauterkeit letztlich ergibt, ist nicht schon ausreichend, um das Verschulden zu begründen. Presseunternehmen haften nicht auf Schadenersatz bei Fahrlässigkeit, § 9 S. 2 UWG. Für ein Unterlassen eines Geschäftsführers vgl. oben unter B.

#### E. Schaden

Der Schaden muss kausal durch den Wettbewerbsverstoß bedingt sein. Zur Kausalität gehören die Äquivalenz (condicio sine qua non), die Adäquanz und der Schutzzweck der Norm.

#### F. Einwendungen und Einreden

- I. Einwand der Verwirkung (§ 242 BGB): setzt ein vermeidbares, längere Zeit andauerndes Untätigbleiben des Verletzten sowie ein dadurch bedingtes berechtigtes Vertrauen des Verletzers auf die Duldung des Verhaltens (z.B. bei Verstößen gegen § 4 Nr. 7, 8, 9) voraus. Die reine Unterlassung des Verletzten reicht nicht aus, weil anderenfalls die Regelung des § 11 UWG missachtet würde. Es muss ein sog. Umstandsmoment hinzukommen, welches das Vertrauen mit rechtfertigt.

## II. Einrede der Verjährung, § 11 UWG

1. Anspruchsentstehung: Die Verjährungsfrist beginnt frühestens mit Entstehung des Schadens, unabhängig ob der Schaden bereits in vollem Umfang verwirklicht ist.
2. Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis, vgl. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Es ist ausreichend, dass der Anspruchsberechtigte von irgendeinem Schaden Kenntnis hat, unabhängig davon ob dieser in Umfang und Höhe bereits bestimmt ist.

## G. Rechtsfolge Schadensersatz

### I. Ersatz des konkreten Schadens gem. §§ 249 ff. BGB

- Naturalrestitution (z.B. Rekonstruktion zerstörter Werbeanlagen, Belieferungsverbote bei wettbewerbswidriger Kundenabwerbung)
- Kosten der Rechtsverfolgung (z.B. Anwaltskosten für Abmahnung, Kosten für Sachverständige; nicht jedoch eigener Arbeitsaufwand)
- Marktverwirrungsschaden: Der Wettbewerbsverstoß wirkt weiterhin fort und führt zu Fehlvorstellungen zugunsten des Verletzers und zuungunsten des Mitbewerbers bei anderen Marktteilnehmern. Hierzu kann ein erhöhter Werbeaufwand rechnen, um den guten Ruf wieder herzustellen (Marktentwerrung/Naturalrestitution) oder Entschädigung in Geld soweit dies nicht möglich ist.
- entgangener Gewinn

Hinweis: Der Schaden ist häufig schwer nachweisbar und zwar trotz der Möglichkeit einer Schätzung gem. § 287 ZPO. Außerdem müsste der Geschädigte für den Schadenersatz seine geheimen Unternehmensdaten offen legen. In der Praxis erfolgt daher häufig nur eine Feststellung der Schadenersatzpflicht. § 10 UWG sollte den Missstand beseitigen, hat aber aufgrund sehr strenger Voraussetzungen kaum praktische Bedeutung.

## II. Dreifache Schadensberechnung bei Verletzung von Leistungen, die gem. §§ 4 Nr. 9 oder 17 ff. UWG geschützt sind in Analogie zu den gesetzlichen Regelungen bei den Immaterialgüterrechten (wohl schon gewohnheitsrechtlich verfestigt). Die Berechnung des Schadens kann alternativ nach einer der folgenden Methoden berechnet werden:

1. konkreter Schaden (§§ 249 ff. BGB), s.o.
2. Lizenzanalogie: Zur Schadensberechnung ist davon auszugehen, was vernünftig denkende Parteien als Lizenzgebühr vereinbart hätten, wenn sie die künftige Marktentwicklung gekannt hätten. Unerheblich ist, ob es tatsächlich zu einer Lizenzerteilung gekommen wäre.
3. Herausgabe des Verletzergewinns: Vom herauszugebenden Gewinn darf i.d.R. kein Gemeinkostenanteil abgezogen werden. In Ausnahmefällen (z.B. wenn im Rahmen der Verletzungshandlung auch der Gewinn des Verletzten steigt) kommt diese Berechnungsmöglichkeit nicht in Betracht.