

Professor Dr. Peter Krebs

9. Übungsklausur im Wettbewerbsrecht – WS 2017/18

Behandelte Gebiete: Lauterkeitsrechtlicher Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch, Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung, Werbung gegenüber Kindern, Verjährung

Lösungsvorschlag:

1. Teil: Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche im Oktober 2016

Ansprüche des K gegen A auf Unterlassung können sich aus § 8 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 3 i.V.m. § 3 UWG ergeben. Ein Anspruch auf Schadensersatz kommt aus § 9 S. 1 i.V.m. § 3 UWG in Betracht.

A. Anspruchsberechtigung

Um Ansprüche aus dem UWG geltend machen zu können, müsste K anspruchsberechtigt nach § 8 Abs. 3 UWG sein. Dies könnte sich hier aus der Eigenschaft als Mitbewerber von A ergeben. Mitbewerber sind gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG Unternehmer, die in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen. Sowohl A als auch K sind Anbieter von Frühstückscerealien. Sie sind damit Mitbewerber. K ist anspruchsberechtigt.

B. Anspruchsgegner

A müsste zudem richtiger Anspruchsgegner sein.
Der Anspruch richtet sich zunächst gegen den die Verletzung unmittelbar Begehenden. Werden die Zuwiderhandlungen von Mitarbeitern oder Beauftragten begangen, so richten sich die Unterlassungsansprüche auch gegen den Unternehmensinhaber (§ 8 Abs. 2 UWG für den Unterlassungsanspruch). Beim Schadensersatz gilt gleiches, wenn der Unternehmensinhaber zumindest fahrlässig war. Die für eine Verletzung in Frage stehenden Werbemaßnahmen gehen von der A-AG aus. Somit ist A als Unternehmensinhaber richtiger Anspruchsgegner.

C. Wettbewerbsverstoß

I. Geschäftliche Handlung

Die in Frage stehenden Handlungen müssten einen Wettbewerbsverstoß darstellen. Dies setzt zunächst voraus, dass es sich um geschäftliche Handlungen handelt. Eine geschäftliche Handlung ist jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, während oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen

oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG). Sämtliche Maßnahmen der A werden in der Absicht vorgenommen, den Absatz der eigenen Waren zu steigern; hierzu sind sie auch grundsätzlich geeignet. Somit erfüllen sie die Merkmale einer geschäftlichen Handlung.

II. Unlauterkeit

Um einen Unterlassungs- sowie Schadensersatzanspruch zu begründen, müssten die von A vorgenommenen Handlungen unlauter sein. Hierbei ist nach den einzelnen Maßnahmen zu unterscheiden.

1. Unlauterkeit der Sammelaktion Tilly-Taler

Die Unlauterkeit wird insbesondere durch die §§ 4-6 UWG und den Anhang I konkretisiert. Die Sammelaktion könnte gegen § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. Nr. 28 des Anhangs verstoßen. § 3 Abs. 3 UWG dient der Umsetzung des Katalogs im Anhang I der Richtlinie 2005/29/EG (UGP-RL). Danach sind die im Anhang des UWG aufgeführten geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern stets unzulässig.

a) Vorrang der Prüfung der Anhangverbote

Der Anhang zum UWG enthält – unter einigen terminologischen Änderungen – den Katalog der nach Anhang I der UGP-RL in jedem Fall unlauteren und daher verbotenen Verhaltensweisen. Darin liegt ein spezieller und daher vorrangiger Unzulässigkeitstatbestand. Liegt eine geschäftliche Handlung gegenüber Verbrauchern vor, ist daher zunächst der Tatbestand des § 3 Abs. 3 UWG in Verbindung mit dem Anhang I zum UWG zu prüfen. Die Anwendung des § 3 Abs. 3 UWG setzt damit zunächst eine geschäftliche Handlung gegenüber Verbrauchern voraus. Eine geschäftliche Handlung ist – wie oben festgestellt – gegeben. Der Begriff des Verbrauchers wird in § 2 Abs. 2 UWG durch einen Verweis auf die Legaldefinition in § 13 BGB definiert. Nicht zu den Verbrauchern in diesem Sinne gehören die „sonstigen Marktteilnehmer“ im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG, insbesondere also Unternehmer in ihrer Eigenschaft als (potenzielle) Kunden. Die Sammelaktion richtet sich an Schüler und damit an Verbraucher. Insofern ist der Anwendungsbereich des § 3 Abs. 3 UWG eröffnet. Unzulässige geschäftliche Handlungen im Sinne des § 3 Abs. 3 UWG sind nach Nr. 28 des Anhangs I die in eine Werbung einbezogene unmittelbare Aufforderung an Kinder, selbst die beworbene Ware zu erwerben oder die beworbene Dienstleistung in Anspruch zu nehmen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene dazu zu veranlassen.

b) Selbsterwerb, Anhang I Nr. 28, 1. Alt.

aa) Kinder

Die erste Tatbestandsalternative der Nr. 28 (Selbsterwerb) des Anhangs setzt eine unmittelbare Aufforderung an Kinder zum Kauf der beworbenen Produkte voraus. Der Begriff der „Kinder“ ist gemeinschaftsrechtlich, also nicht vom deutschen Rechtsverständnis her auszulegen. Er ist allerdings in der UGP-RL nicht definiert. In Art. 16 Fernsehrichtlinie (nunmehr Art. 9 Abs. 1 lit. g) der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste), auf den in S. 2 der Nr. 28 des Anhangs I UGP-RL verwiesen wird, wird von „Minderjährigen“ gesprochen; somit ist es möglich, dass der UGP-Richtliniengeber bewusst den Begriff „Kinder“ verwendet hat und damit nur Minderjährige bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres erfassen wollte (vgl. zu dieser Altersgrenze etwa *Alexander*, in: MüKo

Lauterkeitsrecht, 2. Aufl. 2014, UWG Nr. 28 Rn. 21 mwN). Denkbar ist aber auch, dass der Begriff „Kind“ lediglich als Gegensatz zum Begriff des „Erwachsenen“ zu verstehen ist und damit alle Minderjährigen (bis 18 Jahre) erfasst. Eine Entscheidung kann hier offen bleiben, da die Werbemaßnahme sich nicht nur an Minderjährige über 14 Jahre richtet, sondern an Schüler ab 12 Jahren. Die Werbemaßnahme richtet sich damit an Kinder.

bb) Aufforderung an Kinder

Diese Kinder müssten unmittelbar zum Kauf der beworbenen Produkte aufgefordert werden. Eine Aufforderung zum Kauf ist nach Art. 2 lit. i) UGP-RL jede kommerzielle Kommunikation, die die Merkmale des Produkts und den Preis in einer Weise angibt, die den Mitteln der verwendeten kommerziellen Kommunikation angemessen ist und den Verbraucher dadurch in die Lage versetzt, einen Kauf zu tätigen. Dafür genügt grundsätzlich jede Information über eine Kaufmöglichkeit. Eine solche liegt hier vor.

Die Aufforderung muss an Kinder als solche gerichtet sein, also Kinder gezielt ansprechen. Die Kinder müssen dabei nicht als individuelle Personen, sondern können auch als Bevölkerungsgruppe angesprochen werden. Dass in ein und derselben Werbung daneben auch Erwachsene angesprochen werden, ist unerheblich. Eine Aufforderung an jedermann genügt dagegen nicht, selbst wenn sich Kinder von der Werbung angesprochen fühlen können. Ob eine Aufforderung an Kinder vorliegt, beurteilt sich aus der Sicht der angesprochenen Personen. Dabei sind die Art und Weise der Werbung (z.B. Verwendung der Umgangssprache von Kindern) und ihr Umfeld (z.B. Werbung in Zeitschriften für Kinder und Jugendliche; Kindersendungen) zu berücksichtigen. Hier richtet sich die Werbeaktion an Schüler und damit an Kinder als solche.

cc) Unmittelbare Aufforderung zum Kauf von Produkten

Die Aufforderung zum Kauf muss „unmittelbar“ erfolgen. Eine bloß indirekte oder mittelbare Aufforderung in der Weise, dass Kinder erst aus sonstigen Umständen darauf schließen sollen, ein Produkt zu kaufen, reicht nicht aus. Die Werbung muss vielmehr einen Kaufappell an die Kinder enthalten. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich aus der Sicht der angesprochenen Gruppe, wobei auf „die Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe“ (§ 3 Abs. 4 UWG; Art. 5 Abs. 3 UGP-RL) abzustellen ist. Unerheblich ist, wie die unmittelbare Kaufaufforderung (verbal, bildlich usw.) erfolgt. Sie wird typischerweise in der Form des Imperativs („Hol dir ...“; „Nicht verpassen ...“) erklärt. Entscheidend ist nur, dass die Kinder gezielt angesprochen werden und den Eindruck gewinnen, sie sollten einen Kauf bestimmter Produkte tätigen.

Hier wird durch den verwendeten Imperativ „Sammelt jetzt gemeinsam“ eine unmittelbare Aufforderung ausgesprochen. Fraglich ist, ob diese Aufforderung auch als Aufforderung zum „Kauf“ zu verstehen ist. Der Appell zum Kauf kann auch in versteckter Form erfolgen. Eine unmittelbare Aufforderung an Kinder kann daher auch dann vorliegen, wenn sie zur Teilnahme an eine Sammelaktion aufgefordert werden, die Teilnahme aber vom Kauf eines bestimmten Produkts abhängig ist. Dem steht der Fall der unmittelbaren Aufforderung an Kinder, auf Produktverpackungen aufgedruckte Gutscheinpunkte zu sammeln, gleich. Denn um den Gutschein zu erlangen, müssen die Kinder die Produkte erwerben oder ihren Erwerb veranlassen. Diese Fallgestaltung ist hier gegeben.

Fraglich ist jedoch, ob hier als potenzielle Käufer der beworbenen Frühstückscerealien die Kinder selbst angesprochen werden. Vorliegend kommen hauptsächlich die Eltern

der Schüler als potentielle Käufer in Betracht, weil es sich um Produkte des täglichen Haushaltsbedarfs handelt, die zumindest in größeren Mengen über einen längeren Zeitraum regelmäßig von den Eltern erworben werden. Daneben werden jedoch auch die Schüler selbst von der Werbeaktion angesprochen. Dies genügt für das Vorliegen einer unmittelbaren Aufforderung zum Kauf. Damit liegt hier eine unmittelbare Aufforderung zum Selbsterwerb im Sinne der Nr. 28, 1. Alt. des Anhangs vor (a.A. gut vertretbar).

c) Kinder als Kaufmotivatoren, Anhang Nr. 28, 2. Alt.

Es könnte zudem ein Verstoß gegen die 2. Tatbestandsalternative der Nr. 28 des Anhangs gegeben sein. Bei dieser Variante werden die Kinder als Absatzhelfer („Kaufmotivatoren“) eingespannt. Es handelt sich um eine Regelung unzulässiger Laienwerbung. Geschützt werden in diesem Fall nicht nur die Kinder vor einer unzulässigen Einflussnahme auf ihr Kaufverhalten, sondern auch ihre Eltern und sonstige Erwachsene vor einer „Manipulation“ ihrer Kaufentscheidung durch Kinder. Die Vorschrift setzt voraus, dass an Kinder eine unmittelbare Aufforderung ausgesprochen wird. Ob dies gegenüber individuellen Personen oder gegenüber einer Gruppe erfolgt, ist unerheblich. Entscheidend ist nur, dass sich die Aufforderung gezielt an Kinder richtet.

Hier richtet sich die Aufforderung an Schüler ab 12 Jahren. Wie bereits festgestellt, handelt es sich aufgrund der Verwendung des Imperativs auch um eine unmittelbare Aufforderung. Es genügt, dass die Kinder ihre Eltern oder sonstige Erwachsene veranlassen sollen, ein bestimmtes Produkt zu kaufen. Der Begriff des Veranlassens ist richtlinienkonform im Sinne eines „Überredens“ auszulegen. Dafür genügt bereits die Äußerung eines Wunsches oder einer Bitte. Die Sammelaktion der A ist hier sogar geeignet, einen erheblichen Gruppendruck auf die Schüler dahin auszuüben, sich dem Sammeln der Taler innerhalb der Klassen- und Schulgemeinschaft anzuschließen. Die für die Schüler attraktiven Sportgeräte kommen nicht dem einzelnen Sammler zu Gute, sondern der Schule und damit allen Schülern, also auch solchen, die nichts zu der Aktion beigetragen haben. Wenn sich die Mehrheit einer Klasse oder der ganzen Schulgemeinschaft zum Sammeln der Taler entschließt, wird diese die Minderheit entsprechend unter Druck setzen, ebenfalls einen Beitrag zur Erlangung der Sportgeräte zu leisten, die sie anschließend mitbenutzen können. Die Werbung zielt darauf ab, dass sich Kinder und Jugendliche, die sich mit ihrer Schule identifizieren und in starkem Maße Gruppenzwängen unterliegen, dem Druck beugen und sich an der Sammelaktion beteiligen wollen. Die auf diese Weise einem gewissen Gruppenzwang ausgesetzten Schüler werden demnach auch an ihre Eltern mit dem Wunsch herantreten, die Produkte der A zu erwerben. Damit zielt die Sammelaktion der A darauf ab, die angesprochenen Minderjährigen als Kaufmotivatoren einzusetzen, die versuchen sollen, die Kaufentscheidung der Eltern oder Erziehungsberechtigten zu beeinflussen. Ein Verstoß gegen Nr. 28, 2. Alt. des Anhangs liegt damit vor.

Die Sammelaktion ist somit wegen Verstoßes gegen § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. Nr. 28 des Anhangs unlauter. Die Tatbestände des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG sind stets unzulässig.

d) Unlauterkeit wegen Verstoßes gegen § 4a UWG

Weiterhin könnte die Sammelaktion gegen § 4a UWG verstoßen. Unlauter nach § 4a Abs. 1 S. 1 UWG handelt, wer eine aggressive geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte. Gemäß S. 2 ist eine geschäftliche Handlung aggressiv, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände geeignet

ist, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers erheblich durch Belästigung (Nr. 1), Nötigung (Nr. 2) oder unzulässige Beeinflussung (Nr. 3) zu beeinträchtigen. Bei der Feststellung, ob eine geschäftliche Handlung aggressiv ist, kommt es nach § 4a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 UWG unter anderem darauf an, ob Umstände von solcher Schwere bewusst ausgenutzt werden, dass sie das Urteilsvermögen des Verbrauchers beeinträchtigen, um dessen Entscheidung zu beeinflussen. Zu diesen Umständen zählen insbesondere geistige und körperliche Beeinträchtigungen, das Alter, die geschäftliche Unerfahrenheit, die Leichtgläubigkeit, die Angst und die Zwangslage von Verbrauchern (§ 4a Abs. 2 S. 2 UWG). Fraglich ist, ob diese Voraussetzungen hier einschlägig sind.

Die geschäftliche Handlung, die § 4a UWG voraussetzt, besteht im Ausnutzen einer besonderen (Ausnahme-)Situation des Verbrauchers. Ausnutzen ist Handeln in Kenntnis der Ausnahmesituation des Umworbene(n) und gezieltes Gebrauchmachen von dieser Kenntnis, um den vom Werbenden angestrebten wirtschaftlichen Erfolg, z.B. das Zustandekommen des Absatzgeschäfts, zu erreichen. Es genügt, dass die Handlung zur Ausnutzung der Ausnahmesituation geeignet ist. Das ist sie dann, wenn die Gefahr besteht, dass der Verbraucher zu rationaler Entscheidung auf Grund eines der in § 4a Abs. 2 S. 2 UWG genannten besonderen Umstände nicht mehr imstande ist. Abzustellen insoweit ist auf das Verständnis des Durchschnitts des von der Werbung angesprochenen Verkehrskreises. Werbung gegenüber einer bestimmten Bevölkerungsgruppe, z.B. gegenüber Kindern oder Jugendlichen, muss auf den durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Angehörigen dieser Gruppe abstellen (s.o.).

Hier kommt ein Ausnutzen der geschäftlichen Unerfahrenheit von Kindern und Jugendlichen in Betracht. Ein solches liegt allerdings nicht vor, wenn von einer ausreichenden Kenntnis des Marktes und der Werthaltigkeit der Angebote ausgegangen werden kann und keine nennenswerten wirtschaftlichen Belastungen mit dem Kauf verbunden sind. Dies ist beim Kauf von Frühstückscerealien der Fall. Gerade bei Sammel- und Treueaktionen ist auch zu berücksichtigen, dass derartige Maßnahmen dazu beitragen, Kinder und Jugendliche auf das alltägliche Marktgeschehen in der Welt der Erwachsenen vorzubereiten.

Vorliegend werden zudem Kinder durch die Werbung in erster Linie dazu aufgefordert, ihre Eltern oder sonstige Erwachsene zu veranlassen, die beworbenen Waren oder Dienstleistungen zu erwerben. Dies ist grundsätzlich nicht nach § 4a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 i.V.m. § 4a Abs. 2 S. 2 UWG zu beurteilen, denn hier geht es um die Ausnutzung der geschäftlichen Unerfahrenheit der Verbraucher. Verbraucher sind aber nur die Personen, die eine geschäftliche Entscheidung treffen. Das sind hier aber primär die (geschäftlich erfahrenen) Eltern und nicht ihre Kinder (a.A. vertretbar). Insofern kann hier aber eine unzulässige Beeinflussung im Rahmen von § 4a Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG bestehen.

Als potenzielle Käufer der beworbenen Frühstücksflocken kommen wie festgestellt in erster Linie die Eltern der Schüler in Betracht, weil es sich um Produkte des täglichen Haushaltsbedarfs handelt, die regelmäßig von den Eltern erworben werden. Die im vorliegenden Fall zu beurteilende Werbeaktion ist nicht primär darauf angelegt, Kinder und Jugendliche als Käufer zu gewinnen. Sie zielt vielmehr darauf ab, die angesprochenen Minderjährigen als sogenannte Kaufmotivatoren einzusetzen, die versuchen sollen, die Kaufentscheidung der Eltern oder Erziehungsberechtigten zu beeinflussen. Da die Kaufentscheidung in den „Motivationsfällen“ regelmäßig von den Erwachsenen getroffen wird, kommt es für die Frage der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit der in Rede stehenden Werbeaktion darauf an, ob diese bei ihrer Kaufentscheidung durch den Einsatz

der Kinder und Jugendlichen als Kaufmotivatoren einer unzulässigen Einflussnahme ausgesetzt sind. Die Schwelle zur Unlauterkeit der Einflussnahme wird dabei erst überschritten, wenn der auf den Erwachsenen ausgeübte Druck ein solches Ausmaß erreicht, dass er in seiner freien Willensentschließung wesentlich beeinträchtigt wird. So heißt es in § 4a Abs. 1 S. 3 UWG, dass eine unzulässige Beeinflussung dann vorliegt, wenn der Unternehmer eine Machtposition gegenüber dem Verbraucher in einer Weise ausnutzt, die die Fähigkeit des Verbrauchers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt.

Anders als bei Kindern und Jugendlichen, die für Beeinflussungen stärker empfänglich sind, kommt bei Erwachsenen eine Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfreiheit nur ausnahmsweise in Betracht. Eine Werbung ist insbesondere nicht bereits deshalb unlauter, weil sie geeignet ist und darauf abzielt, bei Kindern und Jugendlichen Kaufwünsche zu wecken, die diese anschließend bei ihren Eltern anmelden. Es gehört zu den Grundlagen jeder Erziehung, Kindern verständlich zu machen, dass nicht alle Wünsche erfüllt werden können. Ein vernünftiger Erziehungsberechtigter ist im Allgemeinen in der Lage, Kaufwünsche, die von seinen Kindern an ihn herangetragen werden, auch ablehnend zu begegnen. Dies entspricht dem für das Wettbewerbsrecht maßgeblichen Leitbild des durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers, der mit den Marktgegebenheiten vertraut ist. Die Tatsache allein, dass seine Kinder ihn mehr oder weniger intensiv mit Wünschen bedrängen, steht daher einer rationalen Entscheidung des Erziehungsberechtigten über den Kauf eines Produkts grundsätzlich nicht entgegen. Eine Unlauterkeit kommt in solchen Fällen nur ausnahmsweise auf Grund besonderer Umstände in Betracht. Fraglich ist, ob hier solche die Unlauterkeit der beanstandeten Werbeaktion begründenden Umstände gegeben sind.

Die Sammelaktion der A ist geeignet, einen erheblichen Gruppendruck auf die Schüler dahin auszuüben, sich dem Sammeln der Taler innerhalb der Klassen- und Schulgemeinschaft anzuschließen. Die für die Schüler attraktiven Sportgeräte kommen nicht dem einzelnen Sammler zu Gute, sondern der Schule und damit allen Schülern, also auch solchen, die nichts zu der Aktion beigetragen haben. Wenn sich die Mehrheit einer Klasse oder der ganzen Schulgemeinschaft zum Sammeln der Taler entschließt, wird diese die Minderheit entsprechend unter Druck setzen, ebenfalls einen Beitrag zur Erlangung der Sportgeräte zu leisten, die sie anschließend mitbenutzen können. Die Werbung zielt darauf ab, dass sich Kinder und Jugendliche, die sich mit ihrer Schule identifizieren und in starkem Maße Gruppenzwängen unterliegen, dem Druck beugen und sich an der Sammelaktion beteiligen wollen. Damit nutzt A in unsachlicher Weise die innerhalb einer Schulklasse bestehende Gruppendynamik und den bei den Schülern bestehenden Solidaritätszwang für ihre Werbezwecke aus.

Die auf diese Weise einem gewissen Gruppenzwang ausgesetzten Schüler werden demnach auch an ihre Eltern mit dem Wunsch herantreten, die Produkte der A zu erwerben. Im vorliegenden Fall überschreitet bei der gebotenen Gesamtwürdigung aller Umstände die Einflussnahme auf die Eltern damit das angemessene Maß, weil zu der Druckausübung durch die Kinder hinzukommt, dass die Werbung der A darauf angelegt ist, auch die Autorität der Schulen, insbesondere der Sportlehrer, für die Aktion einzusetzen, um auf diese Weise den Wettbewerb der A zu fördern. Die Werbung fordert die Schüler ausdrücklich auf, ihre Lehrer von der Aktion zu informieren, damit diese die Aktion „an der Schule starten“. Die Lehrer sollen als „Ansprechpartner“ dienen und die gesammelten Punkte einsenden.

Da die Schule die Sportgeräte ohne eigene Gegenleistung erhält und die Anzahl und die Attraktivität der Prämien mit der Anzahl der gesammelten Punkte steigen, hat die

einzelne Schule ein erhebliches Interesse daran, auf ihre Schüler und deren Eltern Einfluss zu nehmen, sich an der Sammelaktion zu beteiligen. Die Schüler und Eltern geraten damit in die Situation, die Aktion der A unterstützen zu müssen, um den Eindruck mangelnder Hilfsbereitschaft und Solidarität mit der Schulgemeinschaft zu vermeiden. Auch vernünftige Eltern werden sich deshalb oftmals dazu veranlasst sehen, ihren Kindern zu erlauben, sich an der Sammelaktion der A zu beteiligen und hierfür die Produkte der A zu erwerben, die sie ansonsten nicht gekauft hätten. Daher ist die geschäftliche Handlung auch geeignet, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte, § 4a Abs. 1 S. 1 UWG. Gemäß § 3 Abs. 1 UWG ist die unlautere Sammelaktion dementsprechend unzulässig.

2. Unlauterkeit Zugabe Sonnenbrille

Zu prüfen ist, ob auch die Zugabe der Sonnenbrille unlauter ist. Die Unlauterkeit wird insbesondere durch die §§ 4-6 UWG und den Anhang I konkretisiert. Die Zugabe könnte gegen § 3 Abs. 3 MarkenG i.V.m. Nr. 28 des Anhangs verstoßen.

a) Prüfung der Anhangverbote

Bei der Zugabe handelt es sich um eine Kinderbrille. Die Aktion richtet sich also an Kinder und damit an Verbraucher. Insofern ist der Anwendungsbereich des § 3 Abs. 3 UWG grundsätzlich eröffnet. Unzulässige geschäftliche Handlungen im Sinne des § 3 Abs. 3 UWG sind nach Nr. 28 die in eine Werbung einbezogene unmittelbare Aufforderung an Kinder, selbst die beworbene Ware zu erwerben oder die beworbene Dienstleistung in Anspruch zu nehmen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene dazu zu veranlassen.

b) Selbsterwerb, Anhang I Nr. 28, 1. Alt.

Die erste Tatbestandsalternative der Nr. 28 (Selbsterwerb) des Anhangs setzt eine unmittelbare Aufforderung an Kinder zum Kauf der beworbenen Produkte voraus. Hier fehlt es an zumindest an einer unmittelbaren Aufforderung zum Kauf.

c) Kinder als Kaufmotivatoren, Anhang Nr. 28, 2. Alt.

Es könnte jedoch ein Verstoß gegen die 2. Tatbestandsalternative der Nr. 28 des Anhangs gegeben sein. Wegen der fehlenden Aufforderung zur Veranlassung ist jedoch auch kein Verstoß gegen die 2. Alt der Nr. 28 des Anhangs gegeben.

d) Unlauterkeit wegen Verstoßes gegen § 4a UWG

Unlauter nach § 4a Abs. 1 S. 1 UWG handelt, wer eine aggressive geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte. Gemäß S. 2 ist eine geschäftliche Handlung aggressiv, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände geeignet ist, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers erheblich durch Belästigung (Nr. 1), Nötigung (Nr. 2) oder unzulässige Beeinflussung (Nr. 3) zu beeinträchtigen. Fraglich ist, ob vorliegend insbesondere die geschäftliche Unerfahrenheit ausgenutzt wird, um das Urteilsvermögen des Verbrauchers zu beeinträchtigen und dessen Entscheidung zu beeinflussen (§ 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3, S. 3 i.V.m. § 4a Abs. 2 S. 1 Nr. 3, S. 2 UWG).

Die Werbeaktion mit der Zugabe richtet sich in diesem Fall zumindest auch an die Kinder; während die Sammelaktion einen regelmäßigen Kauf des Aktionsproduktes erfordert, der durch die Eltern erfolgt, genügt im Rahmen der zweiten Werbeaktion der Kauf eines Produktes. Insofern ist davon auszugehen, dass auch Minderjährige Adressat dieser Aktion sind. Kinder und Jugendliche sind regelmäßig geschäftlich unerfahren und daher besonders schutzbedürftig. Fraglich ist, ob hier die geschäftliche Unerfahrenheit ausgenutzt wird.

Gefährdet sind Kinder und Jugendliche vor allem dann, wenn sie mit Zugaben umworben werden. Es liegt jedoch kein Ausnutzen der geschäftlichen Unerfahrenheit von Kindern und Jugendlichen vor, wenn von einer ausreichenden Kenntnis des Marktes und der Werthaltigkeit der Angebote ausgegangen werden kann und keine nennenswerten wirtschaftlichen Belastungen mit dem Kauf verbunden sind. Die Kinder und Jugendlichen können das aus der Kombination der Frühstückscerealien mit einer Sonnenbrille bestehende Angebot im Hinblick auf seine wirtschaftliche Bedeutung, seine Preiswürdigkeit und die mit dem Geschäft verbundenen finanziellen Belastungen hinreichend überblicken. Das Angebot mit einer Sonnenbrille ist jedenfalls insofern nicht unlauter (a.A. mit Begründung vertretbar).

Fraglich ist hingegen, ob hier ein Fall unzulässiger Beeinflussung durch übertriebenes Anlocken vorliegt. Die Anlockwirkung ist gerade eine gewollte Folge des Wettbewerbs. Die Annahme einer unzulässigen Einflussnahme ist bei Kopplungsangeboten auf solche Fälle beschränkt, in denen die Anlockwirkung so groß ist, dass auch bei einem verständigen Verbraucher ausnahmsweise die Rationalität der Nachfrageentscheidung vollständig in den Hintergrund tritt. Selbst wertvolle Zugaben brauchen nicht zu einer irrationalen Nachfrageentscheidung zu führen. Allein die Attraktivität der Sonnenbrille schließt die Rationalität der Nachfrageentscheidung nicht aus. Eine Zugabe macht wirtschaftlich nur Sinn, wenn sie für die angesprochenen Verbraucher interessant ist. Bei einer wertvollen Zugabe tritt die Rationalität der Kaufentscheidung gerade nicht in den Hintergrund, sondern sie fordert eine vernünftige und von sachlichen Überlegungen getragene Bewertung geradezu heraus. Wenn ein Kunde einen Preisvorteil in Form einer wertvollen Zugabe wahrnimmt, liegt darin ein sachgerechtes Kaufverhalten. Das gilt selbst dann, wenn der Verbraucher die Kaufentscheidung nur in Ansehung der wertvollen Zweitleistung trifft. Ein solches Angebot ist daher nicht geeignet, die Verkehrsteilnehmer zu irrationalen Kaufentscheidungen hinzureißen, sondern appelliert im Gegenteil an den sachlich kalkulierenden Verbraucher. Dieser wird bei rationaler Abwägung ohne weiteres und zutreffend erkennen, dass ihm ein äußerst günstiges Angebot gemacht wird. Die Anerkennung fester Wertgrenzen würde allenfalls dazu führen, dass den Kunden günstige Kaufgelegenheiten vorenthalten würden.

Eine übertriebene Anlockwirkung ist hier auch nicht deshalb anzunehmen, weil es sich bei den angesprochenen Verkehrskreisen um Kinder und Jugendliche und junge Erwachsene im Alter zwischen 12 und 20 Jahren handelt. Zwar sind Jugendliche Verbraucher, die im Schnitt geschäftlich unerfahrener sind als der Durchschnitt aller Verbraucher. Allerdings können die Kinder und Jugendlichen das aus der Kombination der Frühstückscerealien mit einer Sonnenbrille bestehende Angebot im Hinblick auf seine wirtschaftliche Bedeutung, seine Preiswürdigkeit und die mit dem Geschäft verbundenen finanziellen Belastungen hinreichend überblicken (s.o.) Der Preis von 2,50 € bewegt sich nach der Lebenserfahrung im Rahmen des Taschengelds der angesprochenen Verbraucher. Selbst wenn die Cerealien nur deshalb erworben werden, um in den Besitz der Sonnenbrille zu gelangen, sind mit dem Kauf keine nennenswerten wirtschaftlichen Belastungen verbunden. Es ist auch nicht ersichtlich, warum ein Jugendlicher eine Packung Cerealien oder eine Sonnenbrille für 2,50 € erwerben können sollte, nicht aber

auch für denselben Preis eine Packung Cerealien mit Sonnenbrille. Damit liegt insgesamt kein Verstoß gegen § 4a UWG vor.

e) Unzulässigkeit/Unlauterkeit gemäß § 3 Abs. 1 UWG

Eine Unlauterkeit aus § 3 Abs. 1 UWG als allgemeinem Auffangtatbestand kommt hier nicht in Betracht. Mangels (anderen) einschlägigen Tatbeständen des UWG (s.o.) ist die Werbeaktion „Zugabe der Sonnenbrille“ damit nicht unzulässig.

III. Weitere Voraussetzungen für Unterlassung und Schadensersatz

Der Unterlassungsanspruch setzt eine Wiederholungsfahrer voraus. Diese ist nach erstmaliger Begehung grundsätzlich ohne weiteres gegeben. Die Ausnahme der strafbewehrten Unterlassungserklärung liegt nicht vor.

Für den Schadensersatz ist ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten erforderlich. Während für den Vorsatz die Notwendigkeit der Kenntnis der Unlauterkeit erforderlich ist, wofür der Sachverhalt keine Informationen liefert, kann die Fahrlässigkeit bei Kenntnis der Tatumstände und einem erkennbar problematischen Verhalten, wie es hier vorliegt, nur (allenfalls) bei vorherigen qualifizierten unabhängigen juristischen Gutachten verneint werden. A handelte also zumindest fahrlässig.

IV. Ergebnis

Die Zugabe der Kinderbrille ist zulässig und es bestehen hierfür keine Ansprüche. Unzulässig ist die Sammelaktion. Diesbezüglich hat K gegen A einen Anspruch auf Unterlassung bzw. Beseitigung. Darüber hinaus besteht ein Anspruch auf Schadensersatz; problematisch dürfte aber die Feststellung des konkreten Schadens sein.

2. Teil: Unterlassungsansprüche im März 2017

Ansprüche bestünden dann, wenn sie im März 2017 noch nicht verjährt wären.

A. Verjährung nach § 11 UWG

Gemäß § 11 Abs. 1 UWG verjähren Ansprüche aus den §§ 8, 9 UWG – damit also auch Unterlassungsansprüche (§ 8 Abs. 1 UWG) – grundsätzlich innerhalb einer Frist von sechs Monaten. Für den Beginn der sechsmonatigen Verjährungsfrist des § 11 Abs. 1 UWG ist (kumulativ) Folgendes erforderlich: Erstens die Entstehung des Anspruchs (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 UWG), zweitens die Kenntnis des Gläubigers von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners oder diesbezügliche grob fahrlässige Unkenntnis (§ 11 Abs. 2 Nr. 2 UWG).

Entstanden ist ein Anspruch, sobald er erstmals geltend gemacht werden kann, d.h. einklagbar ist, was Fälligkeit voraussetzt. Voraussetzung für die Entstehung eines Verletzungsunterlassungsanspruchs oder Beseitigungsanspruchs ist ein (bei den Unterlassungsansprüchen Wiederholungsfahrer begründender) Verstoß gegen § 3 UWG. Ist der Wettbewerbsverstoß auf eine Einzelhandlung zurückzuführen, entsteht der Anspruch, sobald diese abgeschlossen ist.

Wenn die Störung fort dauert und dies dem Handlungsplan des Täters entspricht, entsteht laufend, der Unterlassungsanspruch Tag für Tag aktuell, und die Verjährungsfrist läuft immer wieder neu an. Die Dauerhandlung schiebt damit gewissermaßen das Verjährungsende taggenau sechs Monate vor sich her. Die Verjährungsfrist beginnt erst mit der Beendigung des Störungszustands zu laufen. Zerlegt man die Dauerhandlung in einzelne Tage, läuft jeweils eine gesonderte Verjährungsfrist. Im Ergebnis führt dies dazu, dass bei einer andauernden Zuwiderhandlung die letzte Verjährungsfrist mit der Beendigung der Dauerhandlung anläuft (sofern der Kläger Kenntnis von dem Andauern der Störung bis hin zum letzten Moment hatte). Die Ansicht, dass bei einer Dauerzuwiderhandlung die Verjährungsfrist des Unterlassungsanspruchs gar nicht zu laufen beginne, lässt sich im Hinblick auf den Wortlaut von § 11 Abs. 2 (Nr. 1) UWG, hingegen (wohl) nicht mehr vertreten.

B. Sammelaktion Tilly-Taler und Zugabe Sonnenbrille

Laut Aufgabenstellung wird das Bestehen von Ansprüchen (s.o.) unterstellt. Fraglich ist jedoch, wann diese im Sinne von § 11 Abs. 2 Nr. 1 UWG als entstanden gelten.

Sieht man in den beiden Werbeaktionen jeweils eine Einzelhandlung (Sammelaktion bzw. Zugabe als in sich geschlossene einheitliche Taten), markiert der Aktionsbeginn am 01.07.2016 jeweils den Lauf der Verjährung (auch Kenntnis konnte ab Start der Aktion am 01.07.2016 erlangt werden). Die Frist von sechs Monaten wäre dann bereits verstrichen. In diesem Fall könnten die Ansprüche im März 2017 nicht mehr durchgesetzt werden.

Versteht man die Werbeaktionen hingegen als Dauerhandlung (für den Zeitraum ihrer Geltung), beginnt der Lauf der Verjährung jeden Aktionstag neu. Da die Sammelaktion Tilly-Taler bis zum 31.12.2016 andauert, wäre die Verjährung nur im Hinblick auf diejenige Tage eingetreten, die bereits außerhalb der Sechs-Monats-Frist liegen. Vollständige Verjährung läge dann aber nicht vor.

Die Aktion der Zugabe Sonnenbrille dauert sogar (im März 2017) noch an (Zeitraum der Aktion bis 30.04.2017). Da die (frühere) Meinung, dass die Verjährung dann gar nicht erst zu laufen beginnen soll, nicht mehr haltbar ist, hat zwar auch hier die Verjährung eingesetzt. Hinsichtlich derjenigen Aktionstage, die noch innerhalb des Zeitraums von sechs Monaten liegen, kann K Unterlassung geltend machen. Wegen des längeren Aktionszeitraums besteht diese Möglichkeit auch noch im Hinblick auf das kommende Aktionsende (30.04.2017 als letzter Tag, an dem die Frist wieder zu laufen beginnt), fort. Damit ist auch hier die Frist noch nicht abgelaufen und der Anspruch durchsetzbar.

Wegen des unterschiedlichen Ausgangs (Verjährung oder nicht) bedarf es hier einer Entscheidung hinsichtlich der Einordnung der beiden Aktionen für die Anspruchsentstehung. Für eine Einzelhandlung spricht der Umstand, dass beide Aktionen an einem bestimmten Tag (01.07.2016) ausgerufen werden. Ab diesem Tag wäre auch grundsätzlich für die Kenntnis maßgeblich (zumal bei Wettbewerbern möglicherweise eine Marktbeobachtungspflicht zu bejahen sein kann). Wartet ein Konkurrent zunächst ab, stellt sich gegebenenfalls die Frage, inwiefern er die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen nicht „verwirkt“. Eine Dauerhandlung kann jedoch insofern naheliegen, als die Werbeaktionen eben andauern. Jeder Aktionstag ist (potenziell) ein neuer Verstoß ge-

gen wettbewerbsrechtliche Vorschriften. Dies gilt umso mehr, als Kunden gerade aufgrund des Werbecharakter (Werbeaktion) immer wieder aufs Neue angesprochen werden. Womöglich würde man den Verletzer durch eine Verjährungsfrist, die stark an den Aktionsbeginn gekoppelt ist, privilegieren bzw. den (schutzwürdigen) Betroffenen (hier den Konkurrenten) zusätzlich beeinträchtigen. Nicht zuletzt das andauernde Element bzw. die Fortwirkung entsprechender Werbeaktionen rechtfertigt im Ergebnis eine Einordnung als Dauerhandlung (a.A. mit entsprechender Begründung vertretbar). Daher sind die Unterlassungsansprüche im März 2017 noch nicht verjährt.