

Prof. Dr. Jochen Glöckner, LL.M. (USA)

Fachbereich Rechtswissenschaft
Lehrstuhl für deutsches und Europäisches
Privat- und Wirtschaftsrecht

Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe

Paketanschrift: Universitätsstraße 10
78464 Konstanz

Tel +49 7531 88-2309
Fax +49 7531 88-4528

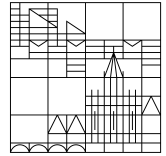
jochen.gloeckner@uni-konstanz.de
<http://www.jura.uni-konstanz.de/gloeckner>

13.05.2024

**Lauterkeitsrecht
SS 2024
Universität Konstanz
Mo, 17.00 – 18.30 h, C 230
Jochen Glöckner**

Reader Teil 2

- | | |
|------------------|--|
| Arbeitspapier 5. | E. Irreführende Werbung |
| Arbeitspapier 6. | F. Aggressive geschäftliche Handlungen |
| Arbeitspapier 7. | G. Maßnahmen der Verkaufsförderung |
| Arbeitspapier 8. | H. Unzumutbare Belästigungen |



Prof. Dr. Jochen Glöckner, LL.M. (USA)

Fachbereich Rechtswissenschaft
Lehrstuhl für deutsches und Europäisches
Privat- und Wirtschaftsrecht

Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe

Paketanschrift: Universitätsstraße 10
78464 Konstanz

Tel +49 7531 88-2309

Fax +49 7531 88-4528

jochen.gloeckner@uni-konstanz.de
<http://www.jura.uni-konstanz.de/gloeckner>

13.05.2024

Vorlesung Lauterkeitsrecht

SS 2024

Universität Konstanz

Mo 17.00 - 18.30 Uhr, C 230

Jochen Glöckner

Arbeitspapier 5

Bitte lesen Sie vorbereitend:

BGH v. 20.10.1999, I ZR 167/97 – *Orient-Teppichmuster* = WRP 2000, 517

BGH v. 07.11.2002, I ZR 276/99 – *Klosterbrauerei* = WRP 2003, 747

BGH v. 07.04.2005, I ZR 314/02 – *Internet Versandhandel* = GRUR 2005, 690

BVerfG v. 07.11.2002, 1 BvR 580/02 – *Anwalts-Ranking* = NJW 2003, 277

BGH v. 06.02.2013, I ZR 62/11 – *Irreführende Arzneimittelwerbung* = BeckRS 2013, 07178

BGH v. 24.02.2011, 5 StR 514/09 – *Schneeballseminare* = NJW 2011, 1236

BGH v. 27.03.2013, I ZR 100/11 – *AMARULA/Marulablu* = GRUR 2013, 631

BGH v. 15.08.2013, I ZR 188/11 – *Hard Rock Café* = GRUR 2013, 1161

BGH v. 19.03.2014, I ZR 185/12 – *Geld-Zurück-Garantie III* = GRUR 2014, 1007

BGH v. 26.02.2014, I ZR 45/13 – *Himbeer-Vanille-Abenteuer* = GRUR 2014, 588

BGH v. 12.02.2015, I ZR 36/11 – *Monsterbacke II* = GRUR 2015, 403

BGH v. 27.04.2017, I ZR 55/16 – *Preisportal* = GRUR 2017, 1265

BGH v. 14.09.2017, I ZR 231/14 – *MeinPaket.de II* = GRUR 2017, 1269

BGH v. 09.09.2021, I ZR 90/20 – *Influencer I* = GRUR 2021, 1400

E. Irreführende Werbung

I. Frühe Entwicklung des deutschen Rechts

Gegen irreführende Angaben gewährte bereits § 1 des UWG von 1896 einen Unterlassungsanspruch. Im Vordergrund stand dabei allerdings noch der Gedanke der Schädigung des Wettbewerbers, welche ausgehend von der Irreführung über die daraus resultierende „Umleitung“ der Nachfrage verursacht wird. Diese Perspektive wird vor allem in der Regelung anschaulich, wonach der Unterlassungsanspruch „von jedem Gewerbetreibenden, der Waren oder *Leistungen gleicher oder verwandter Art* herstellt oder in den geschäftlichen Verkehr bringt“ (Hervorhebung d. Verf.), geltend gemacht werden konnte.

Häufig wird es aber an einem solchen engen, die Annahme der *Geschäftsumleitung* tragenden, Wettbewerbsverhältnis fehlen. Dementsprechend hat *E. Ulmer* im Jahr 1937 festgehalten, dass das täuschende Angebot „in erster Linie“ die Abnehmer und nur mittelbar die Mitbewerber betrifft (GRUR 1937, 769, 772). Das überkommene Verständnis des Verhältnisses zwischen Konkurrentenschutz und dem Schutz der Interessen der Allgemeinheit als dessen Reflex wurde damit auf den Kopf – oder besser: vom Kopf auf die Füße – gestellt. Namentlich die sondergesetzlichen Irreführungsverbote (z.B. im Lebens- und Arzneimittelrecht) verfolgen nunmehr ausdrücklich konsumentenschützende Zwecke, teilweise auch jenseits wirtschaftlicher Verbraucherinteressen (insb. Schutz der Gesundheit).

Dem entsprach, dass der EuGH mitgliedstaatliche Irreführungsverbote bei seiner Prüfung am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit im Rahmen seiner *Cassis*-Rechtsprechung regelmäßig unter die zwingenden Erfordernisse des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit des Handelsverkehrs subsumierte. Ganz in diesem Sinne wurde auch im europarechtlichen Kontext die Irreführungsrichtlinie (vgl. dazu AP 2) seit der Akzentverschiebung während der frühen 1970er-Jahre als Verbraucherschutzrichtlinie behandelt und schützte ausdrücklich sowohl Verbraucher als auch Mitbewerber. Erst mit dem Inkrafttreten der UGP-Richtlinie 2005 und der Konzentration des Verbraucherschutzes gegen Irreführungen in jenem Rechtsakt wurde diese integrierte Betrachtung aufgegeben.

Eindeutig verbraucherschützend sind spezialgesetzliche Regeln, die konkrete oder abstrakte Irreführungstatbestände enthalten (so z.B. §§ 12, 20 LFGB, § 25 WeinG, § 18 Abs. 2 HGB). Die spezialgesetzlichen Irreführungsverbote vermitteln in der Regel keine lauterkeitsrechtlichen Ansprüche. Zu einer lauterkeitsrechtlichen Durchsetzung dieser Regeln kommt es vielmehr über §§ 5a UWG und § 3a UWG, die neben Spezialgesetzen grundsätzlich selbständig anwendbar bleiben. Ob eine Irreführung gegeben ist, ist dann allerdings anhand gleicher Maßstäbe zu ermitteln.

Im deutschen Recht wurde der lauterkeitsrechtliche Schutz gegen Irreführungen unter der sog. „kleinen Generalklausel“ des § 3 aUWG in zweifelhafter Weise immer weiter verschärft. Die überkommene Praxis zu § 3 aUWG, die für ihre großzügige Bejahung einer relevanten Irreführungsgefahr berüchtigt war (vgl. bereits AP 1), ist nicht zuletzt auf die Zugrundelegung des Obersatzes zurückzuführen, wonach für die Bestimmung der Verkehrsauffassung bereits das (falsche) Verständnis eines „nicht unerheblichen Teils der angesprochenen Verkehrskreise“ ausreicht. Die allgemeine Anerkennung dieser Formel ist durch eine unheilige Allianz von Konkurrenten- und Konsumentenschutz bei der Durchsetzung des Irreführungsverbots begünstigt worden:

Ursprünglich verbot § 3 aUWG nur „*unrichtige* Angaben ..., die geeignet sind, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen“ (Hervorhebung d. Verf.). Das Problem der Festlegung einer Relevanzschwelle stellte sich damit im zivilrechtlichen Tatbestand nicht im

Hinblick auf die Irreführung, sondern nur im Hinblick auf das Vorliegen einer Angabe (d.h. in Abgrenzung zur Marktschreierei) und den Anschein eines besonders günstigen Geschäfts. Allein die Strafnorm in § 4 aUWG verlangte „unwahre und zur Irreführung geeignete Angaben“. Deshalb enthalten auch lediglich die frühen strafrechtlichen Entscheidungen Äußerungen zu den Feststellungsgrundlagen der Irreführungsgefahr.

Auf der Grundlage eines deliktsrechtlichen, konkurrentenschützenden Verständnisses war im Grundsatz jegliche Angabe, die von der Vorschrift erfasst wurde, geeignet, Wettbewerbern Schaden zuzufügen. Vermittelt durch den bereits beschriebenen Umleitungsgedanken genügte zur Begründung der Unlauterkeit die drohende Irreführung theoretisch nur eines Adressaten. Symptomatisch für ein solches Verständnis ist eine strafrechtliche Entscheidung des Reichsgerichts, in welcher der Anschein eines besonders günstigen Angebots auf der Grundlage der Feststellung bejaht wurde, dass „Frau von Sch. und der Polizeisergeant R.“ von der Reklame angelockt worden seien und das Geschäft des Angeklagten als Kauflustige besucht hätten (RGSt 44, 143, 144 [1910]). Den Ausführungen des Senates ist zu entnehmen, dass allenfalls die Umstände, dass „die genannten beiden Personen etwa nicht zu demjenigen Teil des Publikums gehörten, an den sich die Bekanntmachungen richteten, oder dass sie in ihrem Auffassungsvermögen hinter dem Durchschnitte des danach in Betracht zu ziehenden Personenkreises zurückstanden“, die Unbeachtlichkeit ihrer „Umleitung“ hätte begründen können.

Eine weitergehende Einschränkung erfolgte erst durch zivilrechtliche Entscheidungen aus dem Jahr 1920: Es wurde klargestellt, dass es zur Anwendung des § 3 aUWG nicht genüge, wenn nur vereinzelte Personen eine von der allgemeinen abweichende Auffassung haben und deshalb der Gefahr einer Täuschung ausgesetzt sind (RGZ 99, 131, 135). Im unmittelbaren Begründungszusammenhang wurde aber daran festgehalten, dass es ausreiche, wenn ein Teil des Publikums getäuscht werden könne. Eine weitere Entscheidung hatte zu diesem Zeitpunkt bereits die Einschränkung eingeführt, dass Fehlvorstellungen „eines nicht völlig unerheblichen Teils“ des Publikums erforderlich seien. Abgesehen von diesen Grenzen, die nicht mehr als Ausprägungen der allgemeinen *de minimis*-Regel bedeuten, genügte allerdings die Erzeugung *jeglicher* Irreführungsgefahr zur Begründung des Unlauterkeitsurteils.

Die bei konkurrentenorientierter Betrachtung nahezu zwingende Konsequenz, die lauterkeitsrechtliche Aufgreifschwelle bei Irreführungstatbeständen sehr niedrig anzusiedeln, wurde frühzeitig durch eine andere Strömung verstärkt. Bereits im Jahr 1915 hatte das Reichsgericht festgestellt, dass die §§ 3, 4 aUWG neben dem Schutze der Mitbewerber auch der „Reinhaltung des öffentlichen gewerblichen Verkehrs im Interesse des Publikums dienen“ sollten (RG, MuW XV, 48, 49). Von da aus führte der Weg über die oben zitierte Feststellung *E. Ulmers*, dass das täuschende Angebot „in erster Linie“ die Abnehmer und nur mittelbar die Mitbewerber betreffe, zu der Vorstellung, dass das Lauterkeitsrecht Konsumentenschutzrecht und als solches geradezu notwendigerweise Minderheitenschutzrecht sei.

Mit der Durchsetzung der empirischen Beweiserhebung durch Meinungsforschungsgutachten seit den 1950er-Jahren (seit BGH, GRUR 1957, 285, 287 – *Erstes Kulmbacher*) erhielt die Formulierung des „nicht nur unerheblichen Teils“ eine neue Dimension in Gestalt der Frage nach dem erforderlichen Irreführungs-„Quorum“. Auf der Grundlage des beschriebenen Verständnisses des Irreführungsverbots als Instrument zum Schutz der Minderheit erscheint die Schlussfolgerung geradezu zwingend, dass eine Konfusionsrate von 10-15 % das äußerste sein kann, was Konsumenten- und Konkurrentenschutz im Regelfall gestatten können, ungeachtet der Erkenntnis, dass nahezu jede Äußerung von einem bestimmten Prozentsatz des Publikums, in teilweise geradezu abwegiger Weise, missverstanden wird, und damit praktisch alle sachbezogenen Werbeangaben vom Damoklesschwert der Unlauterkeit bedroht sind.

Die feststellbare Instrumentalisierung des Irreführungsverbotes zur Wettbewerbsverhinderung durch Konkurrenten in dieser bis in die frühen 1990er-Jahre reichenden Phase ist freilich nicht allein der Anerkennung vergleichsweise niedriger Quoren bei empirischer Feststellung der Irre-

führungsgefahr zuzuschreiben. Tatsächlich wurden und werden nur vergleichsweise selten empirische Gutachten in Auftrag gegeben. Wahrscheinlich haben institutionelle Anreize eine nicht zu unterschätzende Rolle bei der – auch von Befürwortern eines hohen Schutzniveaus – anerkannten Übersteigerung und überstrengen Anwendung des Irreführungsverbots im deutschen Lauterkeitsrecht gespielt: Über das Vorliegen einer Irreführungsgefahr musste nur dann kein Beweis erhoben werden, wenn das Gericht die Irreführungsgefahr bejahen wollte. Die für alle Beteiligten unerfreuliche Einholung eines Meinungsforschungsgutachtens konnte daher nur vermieden werden, wenn das Gericht eine Möglichkeit fand zu begründen, weshalb wenigstens ein Teil des angesprochenen Publikums irreführt werden kann (vgl. BGH, GRUR 1992, 406, 408 – *Beschädigte Verpackung*). Auch dieser Umstand mag erklären, weshalb Gerichte Täuschungsgefahren konstruiert haben, die sich erst aufgrund komplizierter Rückschlüsse und fernliegender Assoziationen ergaben, weshalb situative Differenzierungen häufig unterblieben und stereotype Begründungen nicht hinterfragt wurden. Die damit verbundenen Übersteigerungen wurden zu Recht im In- und Ausland moniert.

II. Einfluss des Europarechts

1. Die Irreführungsrichtlinie 1984

Im Jahr 1984 wurde die [Richtlinie 84/450/EWG](#) zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung (ABl. 1984 Nr. L 250/17; nunmehr kodifiziert in der [Richtlinie 2006/114/EG](#), im Folgenden: Irreführungsrichtlinie) erlassen (vgl. dazu bereits AP 2).

Die Irreführungsrichtlinie enthält im Kern nur zwei Regelungen für Irreführungen: Sie definiert zunächst in Art. 2 lit. b „irreführende Werbung“ als „jede Werbung, die in irgendeiner Weise – einschließlich ihrer Aufmachung – die Personen, an die sie sich richtet oder die von ihr erreicht werden, täuscht oder zu täuschen geeignet ist und die infolge der ihr innewohnenden Täuschung ihr wirtschaftliches Verhalten beeinflussen kann oder aus diesen Gründen einen Mitbewerber schädigt oder zu schädigen geeignet ist“. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Werbung irreführend ist, sind gem. Art. 3 Irreführungsrichtlinie alle ihre Bestandteile zu berücksichtigen. Die darauf folgende Aufzählung ist nicht abschließend, wie sich aus der Formulierung „insbesondere“ ergibt. Daneben ordnet die Richtlinie in Art. 5 Abs. 1 an, dass die „Mitgliedstaaten ... für geeignete und wirksame Möglichkeiten zur Bekämpfung der irreführenden Werbung“ sorgen.

Das Europarecht konstituiert – parallel zu den nationalen Rechtsordnungen – zahlreiche Irreführungsverbote im verwaltungsrechtlichen Kontext. Vorschriften, welche die Irreführung der Verbraucher verhindern sollen, finden sich so in einigen Rechtsakten des abgeleiteten Rechts von sektorieller Bedeutung, etwa in den Richtlinien über kosmetische Mittel, über die Etikettierung und Aufmachung von für den Endverbraucher bestimmten Lebensmitteln in der Lebensmittelinformationsverordnung sowie die Werbung hierfür, in der Richtlinie über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen, in der Richtlinie zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel, sowie in den Verordnungen über die gemeinsame Marktorganisation für Wein oder über die Vermarktungsnormen für Eier.

Sämtliche europarechtlichen Regelungen konnten zunächst an den Diskrepanzen bei der Auslegung der nationalen wie der europarechtlichen Irreführungstatbestände nur wenig ändern. Die Irreführungsrichtlinie enthält im Hinblick auf ihr Harmonisierungsziel an drei Stellen konzeptionelle Mängel:

Zunächst ist die Irreführungsrichtlinie, dem seinerzeit vorrangig zugrundegelegten Regelungsmodell folgend, im Bereich des Irreführungsverbotes nur mindestharmonisierend, Art. 8 Abs. 1. S. 1 Irreführungsrichtlinie. Daneben sind ihre Regelungen an zwei „Schaltstellen“ lückenhaft: Es wird zum einen keine Anordnung darüber getroffen, welches intellektuelle Niveau dem zu

schützenden Verbraucher zuzubilligen ist. Soll der Durchschnittsverbraucher geschützt werden oder sollen auch unterprivilegierte Verbraucherschichten unter den Schutz der Norm fallen, oder, pointierter formuliert: Geht es den Irreführungsverboten um Markt- oder um Minderheitenschutz?

Zum zweiten legt die Richtlinie nicht fest, ob die Verkehrsauffassung empirisch oder nach eigener Sachkunde der Richterinnen und Richter ermittelt werden soll. Deswegen gelangen die nationalen Rechtsordnungen in gleichgelagerten Fällen oft zu unterschiedlichen Ergebnissen. Angesichts der Divergenzen wurden die Chancen, zu einem europaweit einheitlichen Irreführungsverbot zu gelangen, lange Zeit skeptisch beurteilt.

Wegen der Änderung der Irreführungsrichtlinie durch die Richtlinie 97/55/EG über vergleichende Werbung und die UGP-Richtlinie (dazu sogl.) hielt der Europäische Gesetzgeber es für geboten, die Richtlinie zu kodifizieren. Dies geschah in der [Richtlinie 2006/114/EG](#) über irreführende und vergleichende Werbung.

2. Entwicklung eines Europäischen Verbraucherleitbildes

Noch in der Phase mangelnder weitergehender Positivharmonisierung, die erst viel später durch die UGP-Richtlinie erfolgte, „kappte“ der EuGH die Spitzen nationaler Lauterkeitskontrollen, indem er bei der Prüfung des Vorliegens zwingender Erfordernisse des Schutzes der Lauterkeit des Handelsverkehrs und der Verbraucher sorgfältig die Erforderlichkeit mitgliedstaatlicher Werbeverbote prüfte und im Hinblick auf behauptete Irreführungsgefahren zum einen das Informationsparadigma entwickelte, zum anderen das Leitbild eines normal intelligenten und informierten und der Situation angemessenen aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers (vgl. dazu bereits AP 2).

3. Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken 2005/2019

Mit dem Inkrafttreten der [Richtlinie 2005/29/EG](#) über unlautere Geschäftspraktiken (im Folgenden UGP-Richtlinie; UGP-RL; vgl. dazu bereits AP 2) am 12.6.2005 sind Änderungen der Irreführungsrichtlinie einhergegangen. Nach Art. 14 Abs. 1 UGP-RL wurde Art. 1 der Irreführungsrichtlinie dahingehend geändert, dass der persönliche Schutzbereich auf Gewerbetreibende beschränkt wird. So sollen Konkurrenzprobleme mit der UGP-Richtlinie, die sich ausschließlich auf den „B2C“-Bereich bezieht, vermieden werden. Während die Irreführungsrichtlinie lediglich Mindestkriterien für die Angleichung der nationalen Rechtsvorschriften im Bereich der irreführenden Werbung festlegt, zielt die UGP-Richtlinie darauf ab, die einzelstaatlichen Vorschriften über unlautere Geschäftspraktiken, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher betreffen, auf einem einheitlichen Schutzniveau anzugleichen (Art. 1 und EGr. 5 UGP-RL). Nach Art. 5 Abs. 4 lit. a UGP-RL gilt eine Geschäftspraxis als unlauter i.S.d. Generalklausel des Art. 5 Abs. 2 UGP-RL, wenn sie irreführend ist. Differenziert wird zwischen irreführenden Handlungen (Art. 6 UGP-RL) und irreführenden Unterlassungen (Art. 7 UGP-RL).

Nach Art. 6 Abs. 1 UGP-RL gilt eine Geschäftspraxis als unlauter, die den Durchschnittsverbraucher täuscht oder zu täuschen geeignet ist und ihn in jedem Fall tatsächlich oder voraussichtlich zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die er ansonsten nicht getroffen hätte. In Art. 6 Abs. 1 lit. a-g UGP-RL sind Anknüpfungspunkte aufgelistet, auf welche sich die Täuschung beziehen kann, so etwa das Vorhandensein oder die Art des Produkts, seine wesentlichen Merkmale, den Preis, die Notwendigkeit einer Leistung, eines Ersatzteils, eines Austauschs oder einer Reparatur, Informationen über den Gewerbetreibenden selbst sowie die Rechte des Verbrauchers beim Verbrauchsgüterkauf und die Garantien für Verbrauchsgüter.

Ein irreführendes Unterlassen liegt nach Art. 7 Abs. 1 UGP-RL vor, wenn ein Gewerbetreibender unter Berücksichtigung der konkreten Umstände wesentliche Informationen *vorenthält*, die der durchschnittliche Verbraucher benötigt, um eine informierte Entscheidung zu treffen. Nach

Art. 7 Abs. 2 UGP-RL handelt es sich um ein irreführendes Unterlassen, wenn der Gewerbetreibende wesentliche Informationen gemäß Abs. 1 *verheimlicht oder auf unklare oder missverständliche Weise oder nicht rechtzeitig bereitstellt*, und dies jeweils den Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er ansonsten nicht getroffen hätte. Im Falle der „Aufforderung zum Kauf“ (Art. 2 lit. i UGP-RL) – dieser Begriff ist in Abgrenzung zur allgemeinen marken- und produktbezogenen Werbung zu sehen – gelten die wesentlichen Produktmerkmale, Anschrift und Identität des Gewerbetreibenden, der Preis, die Zahlungs- und Lieferbedingungen sowie die Kenntlichmachung des Bestehens etwaiger Rücktritts- oder Widerrufsrechte als wesentlich (Art. 7 Abs. 4 UGP-RL). Des Weiteren gelten gemäß Art. 7 Abs. 5 UGP-RL die im Gemeinschaftsrecht festgelegten Informationsanforderungen in Bezug auf kommerzielle Kommunikation als wesentlich, auf die in der nicht erschöpfenden Liste des Anhangs II verwiesen wird.

Anhang I, auf den Art. 5 Abs. 5 UGP-RL verweist, enthält die sog. „*black list*“, in der eine Reihe von *per se* verbotenen Geschäftspraktiken aufgelistet sind, die unter allen Umständen als unlauter gelten. Unter dem Aspekt der Irreführung fallen hierunter u.a. Lockangebote, „*bait-and-switch*“, als Information getarnte Werbung, Herstellertäuschungen und Schneeballsysteme.

Nach der Überprüfung der Richtlinie im Rahmen des REFIT zum Verbraucher- und Marketingrechts wurde die Richtlinie (EU) 2019/2161 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union vom 27.11.2019 (ABl. 2019 Nr. L 328/7), die auch Änderungen an der UGP-Richtlinie vorsieht, verabschiedet. Ergänzt wurden insbesondere die Art. 6 (*dual quality goods*) und 7 UGP-RL (Geschäftspraktiken in der Online-Ökonomie) sowie der Anhang I (vgl. dazu bereits ausführlich AP 2).

III. Aktuelle Dogmatik des Irreführungsverbots

1. Strukturen des Irreführungsverbots

In den letzten Jahren betraf ein Schwerpunkt der Diskussion im Lauterkeitsrecht das Verständnis des Irreführungsverbot vor dem Hintergrund der europarechtlichen Vorgaben. Schlüsselbegriffe der Auseinandersetzung waren das normative oder objektive Verständnis des Irreführungsverbots, die Ermittlung der Verkehrsauffassung durch Beweiserhebung oder aufgrund eigener Sachkunde des Gerichts, die Bestimmung des für die Irreführung erforderlichen „Quorums“ bzw. die Festlegung des Verbraucherleitbildes und schließlich die sog. wettbewerbliche Relevanz der Irreführung.

Fall 1: Die Beklagte betreibt in ihren Verkaufsstätten in Berlin den Einzelhandel mit Teppichen und Teppichböden. Als Beilage zu Berliner Tageszeitungen verbreitete sie den Prospekt "Riesige Auswahl China-Teppiche". Darin waren auf Seite 4 unter der Überschrift "Konsequent preiswert" Teppiche mit persischen Mustern abgebildet, die Bezeichnungen wie "K. Medaillon-Moud", "K.-Birdjend" oder "K.-Herati" trugen. Es handelte sich dabei um mechanisch hergestellte Teppiche. Die Klägerin hat die Werbung auf Seite 4 des Prospekts als irreführend angegriffen und Unterlassung begehrt. Die Beklagte trägt vor, das Wort "Webteppich" sei branchenfremd, und es bestehe ein jahrzehntelanger Handelsbrauch, Velour-Teppiche mit den orientalischen Namen der jeweiligen Provenienz zu kennzeichnen.

Das Berufungsgericht hat die beanstandete Werbung als irreführend im Sinne des § 3 aUWG angesehen und dazu ausgeführt: Die Werbung der Beklagten für Teppiche, die das Aussehen von Orient-Teppichen hätten und die mit orientalischen Herkunftsbezeichnungen versehen seien, sei irreführend, solange nicht darauf hingewiesen werde, dass es sich um Webteppiche handele. Dabei könne dahinstehen, ob die Bezeichnungen der Teppiche, die die Beklagte gewählt habe, einem Handelsbrauch entsprächen.

Denn es sei zu beachten, dass die Beklagte in der Werbebeilage auf den ersten drei Seiten intensiv für Original-Orient-Teppiche geworben habe, deren Preise sich nicht einmal erheblich von denen von Webteppichen unterschieden. Ohne dass der flüchtige Verbraucher, von dem hier auszugehen sei, dies erkenne, erfolge der Übergang auf maschinengewebte Ware auf der weiteren Seite 4. Weder die Abfolge im Prospekt noch die Gestaltung der ersten vier Seiten ließen erkennen, dass es sich um eine qualitativ ganz andere Ware handele. Zumindest in der konkret vorgenommenen Gestaltung sei die Werbung irreführend. Das sei auch bei der hier insbesondere angegriffenen blickfangmäßigen Abbildung des Teppichs "K. Medaillon-Moud" der Fall. Erst bei genauerer Lektüre der sehr kleinen Schrift unter der Teppichabbildung könne der Leser erfahren, dass es sich offenbar um einen gewebten Teppich handele; denn der Vermerk unter dem Teppich ende mit "Teppich-Spezialfaser 100 % Polypropylen". Dies erschließe sich für den flüchtigen Betrachter aber erst dann, wenn er die gesamte Anzeige zur Kenntnis genommen und insbesondere auch den Text unter der Abbildung der Teppiche bis zu Ende gelesen habe. Damit habe die Beklagte erreicht, dass sich ein Kunde, der sich eigentlich nur für original Orient-Teppiche interessiere, mit dieser Anzeige bis ins einzelne beschäftige (BGH, WRP 2000, 517 – *Orient-Teppichmuster*).

2. Grundlagen des Irreführungsverbots – die Irreführungsgefahr

a) Traditionelle Behandlung: zweistufige Prüfung

Die herrschende Meinung ging bei der Beurteilung der Irreführungsgefahr von einer zweistufigen Prüfung aus. Die erste Prüfungsstufe bildete die Untersuchung, ob objektiv, d.h. tatsächlich eine Irreführungsgefahr begründet werde. Diese Feststellung konnte entweder auf der Grundlage empirischer Feststellungen durch Einholung von Meinungsforschungsgutachten getroffen werden, aber auch auf der Grundlage der eigenen Sachkunde des Gerichts, wenn zumindest eine Richterin oder ein Richter des befassten Gerichts dem von der umstrittenen Angabe angesprochenen Verkehrskreis angehört und die Behauptung sich auf Gegenstände des alltäglichen Bedarfs bezieht. Nicht mehr erforderlich dafür, dass der Tatrichter das Verkehrsverständnis nach eigener Sachkunde beurteilen kann, ist seit der Entscheidung *Elternbriefe* (BGH, GRUR 2002, 550), dass das Gericht das Vorliegen einer Irreführungsgefahr bejahen will.

Im Fall der Beurteilung aufgrund eigener Sachkunde differenzieren die Gerichte: Im Hinblick auf die Informationsverarbeitungsfähigkeit wird von einem mündigen, durchschnittlichen Verbraucher ausgegangen, im Hinblick auf die Informationswahrnehmung muss jedoch angenommen werden, dass auch der durchschnittliche Verbraucher bestimmte Werbeformen nur flüchtig und oberflächlich aufnimmt. Besonders deutlich hat das BGH, WRP 2000, 517 – *Orient-Teppichmuster*, gemacht. Wird das Vorliegen einer Irreführungsgefahr durch Meinungsforschungsgutachten festgestellt, so hat das Gutachten die Situation der Informationsaufnahme zu berücksichtigen.

Wurde – auf die eine oder andere Weise – eine gewisse Irreführungsgefahr festgestellt, so wurde anschließend als zweite Prüfungsstufe eine Interessenabwägung vorgenommen (z.B. BGH, WRP 1996, 729, 731 – *Der meistverkaufte Europas*). Dabei wurde ermittelt, ob der objektiv festgestellte Grad an tatsächlicher Irreführung unter Berücksichtigung evtl. entgegenstehender Interessen geeignet ist, eine auch im Rechtssinn relevante Irreführung zu begründen. Das führte bei empirischer Feststellung der Irreführung zu einer Dynamisierung des Quorums. Ohne eine Festlegung durch die Gerichte selbst wurde davon ausgegangen, dass im Regelfall eine Irreführungsquote von 10-15 % genügte, um die rechtlich relevante Irreführungsgefahr zu begründen. Das erforderliche Quorum stieg jedoch z.B. bei objektiver Wahrheit der Angabe („Der meistverkaufte Europas“ war objektiv richtig; ein erheblicher Teil der Adressaten schloss aus dieser zutreffenden Angabe jedoch unrichtig, dass der damit beworbene Rasierer auch in Deutschland am häufigsten verkauft wurde) oder festgestelltem Informationsinteresse der Öffentlichkeit. Bei gefährdeten Ge-

sundheitsinteressen oder ungenügender Konsumenteninformation (z.B. Umweltwerbung) konnte das erforderliche Quorum jedoch auch niedriger anzusetzen sein. Abgewogen wurden das Interesse der Allgemeinheit am Schutz vor irreführenden Angaben einerseits und verschiedene widerstreitende Aspekte andererseits, wie z.B. die Angewiesenheit des Verkehrs auf bestimmte Bezeichnungen (z.B. „Emaille-Lack“, „Fichtennadel-Extrakt“), ein wertvoller Besitzstand an der Bezeichnung (z.B. „Glutamat“, die Verwendung der sog. Cantil-Flasche für Matéus Rosé), die Notwendigkeit der Schaffung neuer Gattungsbezeichnungen (Kunststoffglas), der Umstand, dass der beanstandete Begriff in der Gesetzes- oder Behördensprache definiert bzw. verwendet wird („Fachkrankenhaus“) oder bei genauer Lektüre zwar objektiv richtig ist, aber vom Verkehr falsch verstanden wird.

b) Kritik in der Literatur: Normatives Verständnis

In der Literatur wurde demgegenüber eine Beurteilung der Irreführungsgefahr auf normativer Grundlage gefordert. Die Feststellung der Irreführung soll eine reine Rechtsfrage sein, die sozialempirischer Methodik, insbesondere demoskopischer Verfahren, aber auch des Beweises schlechthin, weder bedürftig noch überhaupt zugänglich ist. Abgeleitet wird diese Betrachtung aus der Einfügung des Irreführungsverbots in ein wettbewerbsdogmatisches Gesamtkonzept. Das Irreführungsverbot zielt eben nicht auf den Schutz des individuellen, real-existenten Verbrauchers, sondern auf den Schutz der Institutionen Markt und Wettbewerb und ihrer Funktionsbedingungen.

c) Keine methodischen Vorgaben durch das bisherige europäische Recht

Z.T. wurde in der Literatur im Anschluss an das *Mars*-Urteil des EuGH (v. 6.7.1995, Rs. C-470/93 – *Mars*, Slg. 1995, I-1923) vorgeschlagen, bei Anwendung des Irreführungsverbots nicht mehr empirisch auf die tatsächliche Verkehrsauffassung, sondern normativ auf die Verbrauchererwartungen eines verständigen Marktbürgers abzustellen. Die Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *6-Korn* (EuGH v. 16.7.1998, Rs. C-210/96, Slg. 1998, I-4657 Rn. 33 ff.), *Sektkellerei Kessler* (EuGH v. 28.1.1999, Rs. C-303/97, Slg. 1999, I-513) und *Lifting* (EuGH v. 13.1.2000, Rs. C-220/98, Slg. 2000, I-117 Rn. 29 ff.) haben demgegenüber deutlich gemacht, dass der EuGH selbst nicht so weit gehen möchte. Die in den Entscheidungen *6-Korn* und *Sektkellerei Kessler* verwendete Formulierung, maßgebend sei die „mutmaßliche Erwartung“ eines durchschnittlichen Adressaten, spricht im Gegenteil für eine *objektive* Betrachtungsweise. Überdies ließe sich die vom Gerichtshof gestattete empirische Feststellung mit einer normativen Betrachtungsweise des Verbraucherverständnisses im eigentlichen Sinne nicht vereinbaren, denn bei Zugrundelegung eines normativen Irreführungsbegriffs wäre das tatsächliche, d.h. objektive Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise schlicht unerheblich. Eine Festlegung der nationalen Gerichte auf ein normatives Verständnis der Irreführungsgefahr ist jedenfalls ausgeschlossen. Vor allem die Entscheidung *6-Korn* ist vor dem Hintergrund der nach dem *Mars*-Urteil entbrannten Diskussion im deutschen Recht und der im Hinblick darauf gezielten, wenn auch missverständlich formulierten, Vorlagefragen zu würdigen. Daher muss davon ausgegangen werden, dass der EuGH sich einer Beantwortung dieser dogmatisch-konstruktiven Frage zugunsten einer Festlegung der materiell-inhaltlichen Standards bewusst entziehen wollte. Insofern hat er den Mitgliedstaaten die Orientierung am Maßstab des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ (zur Änderung der Formulierung sogl. u.) aufgegeben.

d) Verbraucherleitbild

Die Unterschiede in der Anwendung des Irreführungsverbots zwischen der überkommenen deutschen Praxis und dem EuGH beruhen weniger darauf, dass der Modelladressat des deutschen Rechts für deutlich weniger intelligent gehalten wurde als der vom EuGH zugrunde gelegte. Zu dem Auseinanderdriften der Maßstäbe kam es im Wesentlichen deshalb, weil deut-

sche Gerichte bei der Beurteilung der Irreführungsgefahr praktisch ohne Ausnahme davon ausgingen, dass Werbung nur flüchtig wahrgenommen wird.

In der Entscheidung *Orient-Teppichmuster* (BGH, WRP 2000, 517 – *Orient-Teppichmuster*) hat der Bundesgerichtshof nicht nur formal das Verbraucherleitbild des EuGH übernommen, sondern auch deutlich gemacht, dass die Irreführungsgefahr stets im Hinblick auf die konkrete Gefährdungssituation zu beurteilen ist. Das musste bereits auf der Grundlage der oben dargestellten Rechtsprechung des EuGH für zulässig gehalten werden. Als Beleg dafür, dass der EuGH mit seiner in den deutschen Sprachfassungen seiner Entscheidungen verwendeten Formel des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ die Mitgliedstaaten nicht etwa auf die Zugrundelegung einer von durchschnittlicher Aufmerksamkeit geprägten Wahrnehmungssituation festlegen wollte, konnten bereits die französische und englische Fassung der Formel herangezogen werden: Hier wurde die Wiederholung von „durchschnittlich“ bzw. „Durchschnitts-“ vermieden. Der Verbraucher wird zwar als „Durchschnittsverbraucher“ (*average consumer; consommateur moyen*) bezeichnet. Mit Blick auf die Wahrnehmungssituation soll der Verbraucher allerdings nur das Maß an Aufmerksamkeit aufwenden, das vernünftigerweise von ihm erwartet werden kann: Er soll „*reasonably observant and circumspect*“ bzw. „*raisonnablement attentif et avisé*“ sein. Die diesbezügliche Diskussion in Deutschland wurde durch eine Änderung der Übersetzungspraxis beendet. Seit 2004 verwenden die Europäischen Gerichte in den deutschen Fassungen ihrer Urteile für das maßgebliche Publikum die Formulierung der „*normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher*“. In Deutschland wird von einem „situationsadäquat“ aufmerksamen Durchschnittsverbraucher gesprochen. Dasselbe Verbraucherleitbild wird in EGr. 18 UGP-RL zugrundegelegt.

- e) Aufgabe der Rechtsprechung zur Irreführung eines „nicht unerheblichen Teils der angesprochenen Verkehrskreise“ und Hinwendung zu einem „Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit“

Fall 2: Die Parteien streiten um die Berechtigung der Beklagten, die Bier- und Unternehmensbezeichnungen "Kloster Pilsner", "Sigel Kloster Pilsner" und "Klosterbrauerei GmbH, Metzingen, Brauort Stuttgart" zu verwenden. Die Klägerin ist die Benediktiner-Abtei St. Bonifaz in München, zu der das im 15. Jahrhundert gegründete Kloster Andechs gehört, das unter dieser Bezeichnung seit jeher Bier herstellt; es vertreibt sein Bier heute bundesweit. Die Beklagte bringt ihr Bier unter den Bezeichnungen "Kloster Pilsner" und "Sigel Kloster Pilsner" überwiegend im Raum Reutlingen, Tübingen, Stuttgart, daneben im übrigen Baden-Württemberg und in geringem Umfang auch im weiteren Bundesgebiet mit Ausnahme Bayerns auf den Markt. Sie wurde 1840 als "Klosterbrauerei" in Pfullingen gegründet, wobei der Bezug zu einem Kloster lediglich darin besteht, dass die (ursprüngliche) Pfullinger Braustätte auf dem neben einer Klosterkirche gelegenen Areal eines bereits in der Reformationszeit aufgegebenen Klarissenklosters lag. 1860 wurde die "Klosterbrauerei" von einem Christian Sigel erworben, der schon 1868 eine "Kloster-Sigel"-Marke schuf. Seit den dreißiger Jahren verwendet die Beklagte in der Werbung und in der Ausstattung der Bierflaschen die Abbildung eines roten Wachssiegels, auf dem ein Mönch mit einem überschäumenden Bierglas zu sehen ist. 1976 wurden die von der Familie Sigel gehaltenen Anteile an der Beklagten von der Schwabenbräu Robert Leicht AG, Stuttgart, erworben. 1980 wurde der Braubetrieb in Pfullingen eingestellt und die Beklagte unter Fortführung der Firma Klosterbrauerei GmbH mit einer Metzinger Brauerei verschmolzen. 1985 wurde auch der Braubetrieb in Metzingen eingestellt. Heute ist die Beklagte eine Tochter der Dinkelacker-Schwabenbräu AG in Stuttgart-Vaihingen. Die Beklagte selbst stellt kein Bier mehr her, sondern lässt es bei ihrer Konzernmutter im Rahmen eines Sudvertrages herstellen. Sie vertreibt ihr Bier, dessen Absatz sie in den letzten zehn Jahren von ca. 10.000 hl auf ca.

70.000 hl steigern konnte, unter den beanstandeten Bezeichnungen, unter anderem mit einem Etikett, auf dem die Bezeichnung "Kloster Pilsner" hervorgehoben ist und das die Abbildung eines Mönchs mit Bierglas zeigt. (BGH, WRP 2003, 747 – *Klosterbrauerei*)

Ein wettbewerbsbezogenes Verständnis des Lauterkeitsrechts gebietet indes zunächst eine Loslösung von der Vorstellung, dass bereits die Irreführung eines „*nicht unerheblichen Teils der angesprochenen Verkehrskreise*“ (BGH, GRUR 1955, 37, 40 – *Cupresa*) die relevante Irreführungsgefahr begründen kann.

Bereits die allgemeine Gefahrendogmatik schließt ein absolutes, allein auf die falsche Vorstellung eines wie groß auch immer definierten Teils des angesprochenen Verkehrskreises bezogenes Verständnis aus. Der polizeirechtlichen Dogmatik kann entnommen werden, dass die Eintrittswahrscheinlichkeit in Abhängigkeit zur Schadensgröße steht. An das Vorliegen einer Irreführungsgefahr sind unmittelbar Rechtsfolgen geknüpft; es handelt sich daher um einen *Rechtsbegriff*, dessen Voraussetzungen normativ zu bestimmen sind. Das bedeutet allerdings nicht, dass es allein Sache des Gesetzgebers oder der Gerichte sei, festzulegen, wie der Verkehr bestimmte Angaben zu verstehen hat. Das Lauterkeitsrecht begründet Verhaltensnormen für die Wettbewerber, nicht für die Adressaten von Werbeangaben. Insbesondere „Erziehungsargumente“ sind daher fehl am Platze. Existente Irreführungsgefahren und die damit verbundene Verfälschung des Wettbewerbs können nicht mit dem Argument ignoriert werden, dass nur der geschädigte Adressat aus seinen Fehlern lerne und ein „gehöriges“ Misstrauen entwickle. Andererseits kann es auch nicht darum gehen, eine objektiv festzustellende Irreführungsgefahr nur um das Korrektiv einer besonderen Interessenabwägung zu ergänzen.

Tatsächlich muss die Frage nach dem Vorliegen einer lauterkeitsrechtlich relevanten Irreführungsgefahr insgesamt als Rechtsbegriff behandelt werden. Die Feststellung des Vorliegens einer Irreführungsgefahr im Rechtssinn ist das wertende Ergebnis einer umfassenden Interessenabwägung. In diese Interessenabwägung einzustellen ist allerdings namentlich die *objektiv* bestehende Irreführungsgefahr. Dabei sind einerseits die Handlungsfreiheit des Wettbewerbers und das Allgemeininteresse an freiem Wettbewerb, andererseits das Allgemeininteresse am Schutz der Wettbewerbsordnung vor Verfälschungen zu berücksichtigen. Maßgebend ist insoweit zum einen, welche Transaktionskosten auf der Seite des Anbieters (Kosten der Marktpassung) bzw. auf der Seite der Abnehmer (Klarstellungsaufwand) zur Beseitigung der Irreführungsgefahr erforderlich sind. Sie müssen unter Berücksichtigung der Schutzwürdigkeit des Interesses des Anbieters an der Zulässigkeit seines Wettbewerbsverhaltens zwischen dem Wettbewerber und der Marktgegenseite verteilt werden.

An erster Stelle steht das durch die allgemeine Handlungs- oder Wirtschaftsfreiheit bzw. die Meinungsäußerungsfreiheit gedeckte Interesse des Wettbewerbers, sein Fortkommen durch die Irreführung selbst zu fördern. Dieses Interesse ist indes nicht schutzwürdig, weil der Wettbewerber die ihm gewährte Freiheit missbraucht, indem er die Funktionsbedingungen des Wettbewerbs selbst beeinträchtigt. Im Fall glatt irreführender Äußerungen fällt die Interessenabwägung deshalb stets zulasten des Wettbewerbers aus. Überspitzt ausgedrückt wäre unter diesen Umständen selbst ein einziger irreführender Nachfrager zu viel.

Daneben steht das Interesse des Wettbewerbers, sein Fortkommen durch von der Rechtsordnung gebilligte Wirkungen der fraglichen Äußerung – etwa die einfache Erregung von Aufmerksamkeit oder die Informationsvermittlung an nicht irreführte Adressaten – zu fördern. Dieses Interesse ist im Grundsatz schutzwürdig. Insoweit geht es darum, die Transaktionskosten zu minimieren: Möglicherweise kann der Wettbewerber das Irreführungspotential durch Information unproblematisch ausschalten. An dieser Stelle kann an die von der ökonomischen Analyse des Rechts entwickelten Grundsätze zur Belastung des *cheapest risk avoiders* bzw. die Erkenntnisse der Informationsökonomik angeknüpft werden. Von Relevanz ist dabei, ob eine vorvertragliche Informationseinholung durch den Kaufinteressenten möglich ist, ob die zur Verfügung stehende Information zuverlässig und aktuell, d.h. inhaltlich korrekt ist, ob den Nachfragern auf-

grund ihrer Ausbildung die Verarbeitung der erhältlichen Information möglich ist, ob die Menge der Information von ihnen verarbeitet werden kann und schließlich, ob der Grenznutzen der Information die Grenzkosten der Suche übersteigt. Bei europäischen Sachverhalten wird das Problem der Marktanpassungskosten relevant.

Bei reinen Inlandssachverhalten kann ein Interesse der Allgemeinheit an der mit einer Angabe bewirkten Informationsvermittlung (sog. passives Informationsinteresse) bestehen, da sie u.U. zur Erhöhung der Markttransparenz beiträgt. Das Gewicht dieses Interesses hängt allerdings unmittelbar von der Natur der Angabe ab. Insoweit wäre es verfehlt, wegen eines vermeintlichen, d.h. regelmäßig nur unterstellten, Beitrags zur Förderung der Markttransparenz unbesehen erhebliche Konfusionsraten in Kauf zu nehmen. Es bedarf daher konkreter Umstände, die ein Informationsinteresse begründen.

Gegengerichtet ist demgegenüber das Interesse der Allgemeinheit am Schutz des unverfälschten Wettbewerbs. Es wird umso stärker berührt, je größer das Irreführungspotential ist. Maßgebend ist dabei zunächst, *wie viele* Adressaten irregeführt werden. Die empirische Feststellung hat insoweit besondere Bedeutung, weil erst sie bei bestehenden schutzwürdigen Interessen des Wettbewerbers und der Allgemeinheit an der Zulässigkeit der beanstandeten Angabe eine *Gewichtung* des Interesses am Schutz des unverfälschten Wettbewerbs und damit die Abwägung gestattet.

Weitere Bedeutung hat in diesem Zusammenhang die *Intensität der Irreführung*. So sind Fälle denkbar, in denen zwar eine Irreführung anzunehmen ist, diese jedoch gegenständlich als unbedeutend erscheint. So wurde zu Recht die Irreführung über einen ausreichenden Vorrat eines besonders beworbenen „D-Netz-Handtelefons“ verneint: Die in einer Anzeige beworbenen Geräte waren zwar nicht vorrätig. Vorrätig waren allerdings Geräte, die sich von den beworbenen nur dadurch unterschieden, dass auf ihnen Marken- und Typenbezeichnungen der Telekom angebracht waren (BGH, WRP 1998, 598, 599 – *D-Netz-Handtelefon*).

In demselben Zusammenhang stehen Fälle, in denen Angaben zwar irreführen, sich jedoch im Marktverhalten der Adressaten nicht auswirken, weil sie im Verlauf der Geschäftsabwicklung korrigiert werden. Dabei ist freilich Vorsicht geboten: Die bloße Möglichkeit der Aufklärung eines Irrtums kann im Regelfall nicht die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung ausschließen; es bedarf vielmehr konkreter Anhaltspunkte, dass eine Richtigstellung erfolgen wird. Im Übrigen kann der Wettbewerb selbst im Fall der rechtzeitigen Richtigstellung beeinträchtigt werden, wenn bis zu diesem Zeitpunkt bereits nicht ersatzfähige Transaktionskosten (*sunk costs*) entstanden sind. Andererseits ist die pauschale Bejahung der wettbewerbliehen Relevanz in jedem Fall der bloßen Anlockung durch die irreführenden Angaben durch das deutsche Lauterkeitsrecht unangemessen. Insoweit bedarf es einer stärkeren Berücksichtigung situativer Elemente, worauf GA *Tesouro* im Fall *Nissan* zu Recht hingewiesen hat (beim Kauf von Personenwagen sei davon auszugehen, dass sich potentielle Käufer vor dem Erwerb über das Vorhandensein bestimmter Ausstattungsmerkmale informieren würden).

Weitgehend im Sinne der hier vorgestellten integrativen Betrachtung des Irreführungsbegriffs hat der Bundesgerichtshof auch den oben vorgestellten *Klosterbrauerei*-Fall entschieden: Darin hatte das Berufungsgericht zunächst zugunsten der Klägerinnen unterstellt, dass die Verwendung des Begriffs „Kloster“ bei den angesprochenen Verkehrskreisen eine Fehlvorstellung auslöse. Dem ist der BGH gefolgt: Es entspreche der allgemeinen Lebenserfahrung, dass der Verkehr die Bezeichnung „Kloster“ für Bier oder für eine Brauerei in der Weise verstehe, dass das Bier entweder in einer wirklichen Klosterbrauerei – also in einer zu einem Kloster gehörenden Brauerei – gebraut worden ist oder dass zumindest ein Bezug zur klösterlichen Brautradition der früheren Jahrhunderte, insbesondere zu einer klösterlichen Braustätte, bestehe. Allein der Umstand, dass sich eine Vielzahl von Unternehmen auf eine solche Tradition berufen und sie in ihrer Werbung herausstellen, deute auf eine entsprechende Wertschätzung der „Kloster“-Bezeichnungen für Biere beim Publikum hin. Derartige Bezeichnungen vermittelten unter-

schwellig den Eindruck einer alten, bodenständigen Brautradition. Auch verständige Verbraucher ließen sich von solchen versteckten Qualitätssignalen leiten, selbst wenn sie sich darüber im Klaren sein mögen, dass das konkrete Bier nicht mehr von Mönchen gebraut werde und im Übrigen von Mönchen gebrautes Bier nicht notwendig etwas Besonderes sein müsse. Es verhalte sich insofern ähnlich wie mit der auf eine besondere Unternehmenstradition hinweisenden Alterswerbung. Sie solle ebenfalls die Vorstellung von einem traditionsbewussten, seit langem mit Erfolg im Markt tätigen, auf bewährte Produkte setzenden Unternehmen vermitteln, ohne damit nahezu legen, dass diese Produkte seit Jahrhunderten unverändert geblieben seien.

Die Bejahung einer Irreführungsgefahr bedeutet jedoch nicht zwingend auch das Vorliegen eines Lauterkeitsverstößes. Der Bundesgerichtshof verwies zunächst auf seine etablierte Praxis zur Interessenabwägung (vgl. dazu o.): In der Rechtsprechung sei anerkannt, dass eine Irreführungsgefahr in besonderen Ausnahmefällen hinzunehmen sei, wenn die Belange der Allgemeinheit nicht in erheblichem Maße und ernstlich in Mitleidenschaft gezogen werden, weil nur eine geringe Irreführungsgefahr vorliegt (vgl. BGH, GRUR 1983, 32, 34 – *Stangenglas I*; GRUR 1986, 903, 904 – *Küchen-Center*). Eine solche Ausnahme komme insbesondere dann in Betracht, wenn durch das Verbot ein wertvoller Besitzstand an einer Individualkennzeichnung zerstört würde.

Durch seine anschließenden Ausführungen stellt der Bundesgerichtshof diese Grundsätze jedoch in einen völlig neuen Zusammenhang: Sie seien nämlich Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, unter dessen Vorbehalt das Irreführungsverbot stehe. Auch wenn im Allgemeinen das Interesse des Werbetreibenden an der Weiterverwendung einer irreführenden Angabe nicht schutzwürdig sei, könne es doch im Einzelfall das Schutzbedürfnis der Allgemeinheit und das individuelle Interesse eines Mitbewerbers überwiegen.

Im Streitfall erkannte der BGH ein Überwiegen der Interessen der Beklagten gegenüber dem Interesse der Allgemeinheit und der Klägerin an einem Verbot der Bezeichnungen „Kloster Pilsner“ und „Klosterbrauerei“. Auf der einen Seite seien die Fehlvorstellungen, die die angegriffenen Bezeichnungen beim Verbraucher bewirkten, für die Kaufentscheidung zwar von Bedeutung, aber doch nur von geringem Gewicht. Wodurch sich ein unter der Bezeichnung „Kloster“ vertriebenes Bier von anderen Bieren abhebe, sei keineswegs eindeutig. Die Verwendung dieser Bezeichnung könnte die Klägerin auch einem Unternehmen nicht verwehren, das sich zwar zu Recht auf eine klösterliche Brautradition berufe, das aber selbst in keiner Weise mehr mit einem Kloster verbunden sei und dessen Bier auch längst nicht mehr mit dem früher an derselben Stelle von Mönchen gebrauten Bier übereinstimme, auf das es mit der Bezeichnung „Kloster“ Bezug nehme. Das berechnete Interesse der Allgemeinheit sowie das gleichgerichtete Interesse der Klägerin daran, dass die Beklagte diese Bezeichnung nicht mehr verwende, könne daher wettbewerbsrechtlich nur als verhältnismäßig gering eingestuft werden.

Das Interesse der Beklagten an einer Weiterverwendung der beanstandeten Bezeichnungen ergebe sich auf der anderen Seite vor allem aus der langjährigen Verwendung, die in der Vergangenheit niemals von einem Wettbewerber oder von dritter Seite beanstandet worden sei. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Rechtsvorgängerin der Beklagten bereits 1840 als „Klosterbrauerei“ in Pfullingen gegründet worden sei und die Beklagte die Firma nach der Verschmelzung mit einer Metzinger Brauerei im Jahre 1980 fortführe, ohne dass die Verwendung dieses Begriffs jemals beanstandet worden wäre. Seit 1868 verwende die Rechtsvorgängerin bzw. die Beklagte den Begriff „Kloster“ als Bestandteil einer Marke. Auch dies sei niemals beanstandet worden. Damit sei der Rechtsvorgängerin der Beklagten über viele Jahrzehnte ein wertvoller Besitzstand zugewachsen, auf den sich auch die Beklagte berufen könne, in der der Geschäftsbetrieb der alten „Klosterbrauerei“ vollständig aufgegangen sei. Diese Abwägung wird zusätzlich dadurch entscheidend bestimmt, dass die Beklagte sich nach Ausstoß und Verbreitungsgebiet in der Tradition des Unternehmens halte, das seit nunmehr über 160 Jahren in Pfullingen und Umgebung Bier unter der Bezeichnung „Kloster“ und „Klosterbrauerei“ vertreibe.

Im Ergebnis ist dem Urteil zuzustimmen. Allein die Begründung lässt gewisse Fragen offen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist bereits der Begriff der Irreführung das Ergebnis einer Abwägung, in welche das hier überwiegende Bestandsinteresse mit dem Ergebnis der Ablehnung der Irreführungsgefahr einzustellen wäre. Der Bundesgerichtshof scheint demgegenüber die Irreführungsgefahr bejahen zu wollen, diese aber unter einen Rechtfertigungsvorbehalt zu stellen (vgl. BGH, GRUR 2007, 1079 – *Bundesdruckerei*). In der jüngeren Entscheidung *Master of Science Kieferorthopädie* ist der BGH bei der Frage nach einer Irreführung durch objektiv richtige Angaben selbst dazu übergegangen, unmittelbar die Umstände, die für eine Irreführungsgefahr sprechen, mit denjenigen abzuwägen, die gegen sie sprechen:

Fall 3: Die Bekl., eine Zahnärztin, bietet in ihrer Praxis in R. in Nordrhein-Westfalen kieferorthopädische Leistungen an. Sie hat durch einen Studiengang an der österreichischen Donau-Universität Krems den Titel "Master of Science Kieferorthopädie" erworben, den sie im Rahmen ihrer Internetpräsentation führt. Die Kl. sind als Zahnärzte mit Praxissitz in der Nachbarstadt M. tätig. Sie führen die von der Zahnärztekammer Nordrhein zuerkannte Fachbereichsbezeichnung „Fachzahnarzt/Fachzahnärztin für Kieferorthopädie“. Die Kl. haben die Führung der Bezeichnung "Master of Science Kieferorthopädie" u.a. wegen Irreführung des angesprochenen Publikums als wettbewerbswidrig beanstandet. Die Bekl. ist der Klage entgegengetreten und hat geltend gemacht, die beanstandete Bezeichnung sei ein österreichischer akademischer Grad, zu dessen Führung sie auch in Deutschland berechtigt sei. (BGH, GRUR 2010, 1024 – *Master of Science Kieferorthopädie*)

Der BGH hielt zunächst fest, dass nach ständiger Rechtsprechung auch eine objektiv richtige Angabe irreführend sein kann, wenn sie beim Verkehr, an den sie sich richtet, gleichwohl zu einer Fehlvorstellung führt, die geeignet ist, das Kaufverhalten oder die Entscheidung über die Inanspruchnahme einer Dienstleistung durch die angesprochenen Verkehrskreise zu beeinflussen. In einem solchen Fall, in dem die Täuschung des Verkehrs lediglich auf dem Verständnis einer an sich zutreffenden Angabe beruhe, sei für die Anwendung des § 5 UWG grundsätzlich eine höhere Irreführungsquote als im Fall einer Täuschung mit objektiv unrichtigen Angaben erforderlich; außerdem sei eine Interessenabwägung vorzunehmen. An diesen Grundsätzen habe sich durch die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken nichts geändert. Denn nach Art. 6 Abs. 1 UGP-RL gelte eine Geschäftspraktik auch mit sachlich richtigen Angaben als irreführend, wenn sie zur Täuschung des Durchschnittsverbrauchers geeignet sei. Zudem müssten die vorgesehenen Sanktionen gem. Art. 13 S. 2 UGP-RL verhältnismäßig sein. Auf den konkreten Fall bezogen erkannte der BGH zwar eine gewisse Gefahr für eine Vermutung des Verkehrs, aus der Bezeichnung „Master of Science Kieferorthopädie“ ergebe sich eine durch gewisse seriöse Standards gesicherte wissenschaftliche Vertiefung des Sachgebiets der Kieferorthopädie, die der fachzahnärztlichen Weiterbildung entspreche. Die anschließende Interessenabwägung führte jedoch zu einem Überwiegen des Interesses der Bekl., den rechtmäßig erlangten akademischen Grad zu führen, gegenüber dem Interesse, dass die Wahl des Zahnarztes nicht durch unrichtige Vorstellungen in der Bevölkerung über die mit der Bezeichnung „Master of Science Kieferorthopädie“ verbundene Qualifikation beeinflusst werde. Dem interessierten Patienten sei nämlich zumutbar, sich über die Bedeutung der in Rede stehenden Bezeichnung zu informieren, wenn er Wert auf eine Behandlung durch einen Zahnarzt mit spezieller Qualifikation im Bereich der Kieferorthopädie und nicht einen Zahnarzt ohne solche Weiterbildung lege. Stelle er demgegenüber bloße Vermutungen an, ohne sich weiter zu informieren, hätten die durch die Führung der beanstandeten Bezeichnung berührten Verbraucherinteressen kein besonderes Gewicht.

Fall 4: Im Jahr 2008 erwarb die beklagte B-Brauerei 975.000 neue Bierkästen, die in Goldschrift die Aufschrift „Über 400 Jahre“ [Wappen] Brautradition“ tragen und die im Jahre 2009 nach und nach in den Markt gegeben wurden. Zur gleichen Zeit trat die Beklagte mit dieser Werbeaussage auch im Internet auf. Die Klägerin mahnte die Beklagte

mit der Begründung ab, diese angegriffene Botschaft enthalte die Behauptung, das Brauwesen der Beklagten sei noch heute bestimmt von einem über 400 Jahre alten Braurezept. Die Beklagte wendet ein, dass der Hinweis auf die 400jährige Unternehmenstradition zutreffend sei. Sie könne ihre Geschichte bis auf das Kloster St. L. zurückverfolgen, dem bereits 1591 ein Braurecht eingeräumt worden sei, welches es auch ausgeübt habe. Nach Übergang des Klosterbetriebes auf die fürstliche Brauerei und durch deren Erwerb im Jahre 1872 durch die Rechtsvorgängerin der Beklagten und deren operativen Fortbestand auch in den Verschmelzungsvorgängen württembergischer Brauereien wirke deren Braukunst in der Beklagten bis ins Jahre 1931 fort. Danach habe eine Verlagerung der Braustätte nach S. stattgefunden. Damit sei die Braustätte St. L. auch im Wandel der Geschichte integraler Bestandteil der Beklagten geworden und geblieben. (BGH, WRP 2012, 1526 – *Über 400 Jahre Brautradition*)

[Der Umstand, dass eine Äußerung objektiv wahr ist, schließt nicht aus, dass sie gleichwohl eine Irreführungsfahr begründet. Vorliegend ist der beanstandete Slogan „Über 400 Jahre Brautradition“, den die Beklagte auf Flaschenetiketten und Bierkästen verwendet, objektiv nicht unrichtig. Dass erhebliche Teile des angesprochenen allgemeinen Verkehrs dem Slogan darüber hinaus die Aussage entnehmen, die Beklagte braue nach einem über 400 Jahre alten Rezept, das noch heute, wenngleich gewandelten brautechnischen Erkenntnissen folgend, die aktuelle Braukunst der Beklagten bestimme, ist nicht ausgeschlossen. Doch auch wenn ein Teil des Verkehrs die Aussage in dieser Weise verstünde, wäre dies von der Klägerin und dem Verkehr hinzunehmen. Denn im Falle von objektiv zutreffenden Aussagen, die lediglich von einem Teil des Verkehrs falsch verstanden werden, sind die widerstreitenden Interessen gegeneinander abzuwägen. Im Streitfall wiegt das Interesse der Beklagten an der Verwendung des zutreffenden Hinweises auf ihre über vierhundertjährige Brautradition eindeutig schwerer als das Interesse der Allgemeinheit und der Mitbewerber, einige Verbraucher vor dem - unterstellt nicht völlig auszuschließenden - Missverständnis zu bewahren, eine lange Brautradition bedeute den Einsatz eines mehr oder weniger unveränderten Rezeptes.]

3. Wettbewerbliche Relevanz

Neben faktischen, auf die tatsächlichen Umstände der Wahrnehmungssituation bzw. des Ablaufs der Geschäftsabwicklung zielenden Umständen finden unter dem Gesichtspunkt der vermeintlich fehlenden wettbewerblichen Relevanz bislang auch normative Aspekte Berücksichtigung. Der ursprünglichen, bis 1969 geltenden Fassung von § 3 aUWG, wonach die „unrichtige Angabe geeignet sein (musste, d. Verf.), den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen“, wurde entnommen, dass der Täuschung zugleich eine gewisse kausale Relevanz innewohnen müsse. Trotz der Änderung der Vorschrift im Jahr 1969 übernahm der Bundesgerichtshof das Erfordernis (BGH, GRUR 1970, 467, 468 – *Vertragswerkstatt*), das allerdings ohnehin stets extensiv interpretiert worden war: Es wurde für ausreichend erachtet, dass die Werbeangabe bei ungezwungener Betrachtung geeignet ist, die Kauflust des Publikums irgendwie zu beeinflussen.

Das Tatbestandsmerkmal der wettbewerblichen Relevanz hat die Aufgabe sicherzustellen, dass nur solche irreführenden Angaben erfasst werden, bei denen sich die Irreführung in einer Fehlleitung der Nachfrage niederschlägt. Die wettbewerbliche Relevanz stellt demgemäß die Verbindung zwischen der von der fraglichen Angabe betroffenen Werbeebene mit der für die Marktauswirkungen allein relevanten Verkaufsebene her.

Dabei ist jedoch erkennbar, dass unter das Erfordernis der wettbewerblichen Relevanz zwei durchaus verschiedene Kategorien von Argumenten subsumiert werden. Zum einen geht es darum, das Fortwirken einer Irreführung im *tatsächlichen* Marktverhalten der Adressaten der Angabe festzustellen. Diesbezüglich hat der Bundesgerichtshof es stets genügen lassen, wenn

die Abnehmer durch die irreführende Werbung zu einer Beschäftigung mit dem Angebot *angelockt* wurden. Dies wurde vom EuGH mit der Begründung bestätigt, dass als geschäftliche Entscheidung auch die Entscheidung zum Betreten eines Ladenlokals oder des Besuchens einer Website genüge (EuGH v. 19.12.2013, C-281/12 – Trento Sviluppo). Zum anderen werden unter dem Erfordernis der wettbewerblichen Relevanz Argumente geprüft, die im Hinblick auf den Schutzzweck des Irreführungsverbots die Verbindung zwischen tatsächlicher Irreführung und Marktergebnissen aus *normativen* Erwägungen als unterbrochen erscheinen lassen. Insoweit wurde der Gesichtspunkt der wettbewerblichen Relevanz der Irreführung bemüht (z.B. BGH, GRUR 1973, 206, 207 – *Skibindungen*), um den als überschießend erkannten Anwendungsbereich des Irreführungsverbots einzugrenzen.

Einen Grenzfall stellt insoweit ein Urteil des Bundesgerichtshofs dar, in dem das Gericht annahm, dass die Abnehmer auf die unterbliebene Verwendung der härteren Federn beworbener Rennskibindungen in den tatsächlich in den Verkauf gelangenden Bindungen „vernünftigerweise“ keinen Wert legten (BGH, GRUR 1973, 206, 207 – *Skibindungen*). Normative Erwägungen des Inhalts, dass bestimmte Umstände für die Kaufentscheidung unerheblich sein müssten - zu denken ist vor allem an die irreführende Werbung mit Vorurteilen -, können die wettbewerbliche Relevanz der Irreführung indes nicht ausschließen. Es handelt sich dabei um eine Konsequenz aus dem gebotenen weiten Leistungsbegriff: Ebenso wie Gerichte sich nicht anmaßen können festzulegen, dass bestimmte Umstände des Angebotes wie z.B. die Vermittlung eines Zusatznutzens keine „gewerbliche Leistung“ sind, können sie entscheiden, dass bestimmte Umstände unerheblich für die Bewertung der Leistung sind.

In diesem Sinne hat der Bundesgerichtshof im *Klosterbrauerei*-Fall die wettbewerbliche Relevanz bejaht: Das Berufungsgericht hatte angenommen, die Verbraucher seien sich darüber im Klaren, dass sich deutsches Bier zwar wegen des Reinheitsgebots von anderen Bieren unterscheide, dass aber bei Beachtung dieses Gebots für den einzelnen Bierbrauer nur ein relativ geringer Spielraum verbleibe mit der Folge, dass Verbraucher sich in erster Linie an Geschmacksrichtungen und Biergattungen orientierten. Damit hat das Berufungsgericht nicht hinreichend beachtet, dass auch die Kaufentscheidung verständiger Verbraucher maßgeblich durch Erwägungen beeinflusst werden kann, die sich einer rationalen Überprüfung entziehen. Die beworbene klösterliche Brautradition stellt ein solches Qualitätssignal dar, das - ähnlich wie die Alterswerbung - eine unternehmensbezogene positive Assoziation weckt. Derartige versteckte Qualitätssignale können für die Kaufentscheidung des Publikums maßgeblich sein. Dies werde nicht zuletzt auch durch das Verhalten der Anbieter selbst belegt, die derartigen Merkmalen, durch die sie sich von ihren Wettbewerbern absetzen vermögen, in der Aufmachung ihrer Produkte und in der Werbung generell einen breiten Raum einräumen (vgl. BGH GRUR 1992, 66, 69 – *Königl.-Bayerische Weiße*).

Abgesehen davon muss die wettbewerbliche Relevanz im Hinblick auf die Auswirkungen der fraglichen irreführenden Angabe auf den Wettbewerb untersucht werden. Der Konsumentenschutz ist insoweit unerheblich. Es spielt daher weder eine Rolle, ob dem Schutzinteresse der Marktgegenseite Genüge getan ist, noch ob die Abweichung der Realität von den Angaben die Abnehmer begünstigt (so aber BGH, WRP 2000, 92, 95 – *Last-Minute-Reise*, zur Werbung mit der Bezeichnung „Last minute“ für längerfristig buchbare Reisen: Der Eindruck der Kurzfristigkeit sei lauterkeitsrechtlich unerheblich, da eine Abweichung durch längere Fristen dem Kunden nur zugutekomme). Im Hinblick auf die maßgebende Fehlleitung der Nachfrage kann es allein darauf ankommen, ob eine unzutreffende Vorstellung der Abnehmer sich deshalb nicht in einer Fehlleitung der Nachfrage niederschlägt, weil ihre Marktentscheidung bei richtigen Werbeangaben nicht anders ausfallen würde.

Im Zweifel ist aber davon auszugehen, dass zumindest Täuschungen, d.h. Irreführungen durch Unwahrheit, wettbewerblich relevant sind. „Wer falsche Angaben macht, tut dies mit Vorbedacht. Der Kaufmann weiß besser als das Gericht, worauf das Publikum Wert legt.“ (*Callmann*,

Anm. zu RG, JW 1929, 3072). Dem ist nach wie vor wenig hinzuzufügen. Die Beispiele aus der Rechtsprechung, in denen die wettbewerbliche Relevanz verneint wurde, betreffen tatsächlich durchweg *innocent cases*, in denen entweder nur minimale Abweichungen vorlagen, in denen an der Verwendung bestimmter Bezeichnungen ein schutzwürdiges Interesse bestand, das gegen die Irreführungsgefahr abzuwägen war, oder bei denen die fraglichen Angaben offensichtlich nicht mit Blick auf eine qualifizierte Beeinflussung der Abnehmer erfolgten (z.B. OLG Stuttgart, WRP 1983, 447 – *Möbelhallen*: Verwendung dieser Bezeichnung für ein Unternehmen, das seine Geschäfts- und Ausstellungsräume in einem mehrstöckigen Gebäude hat, wenn das Geschäftshaus ebenso groß ist, dass dort ebenso viele Möbel ebenso günstig und ebenso übersichtlich aufgestellt werden können wie in zwei großen Gebäuden, die vorwiegend aus einem einzigen hohen Raum bestehen). Der letztere Fall kann bis hin zur Verursachung von Fehlvorstellungen reichen, die völlig geschäftsirrelevant sind. Mit dieser Begründung kann das Urteil *Pall* des EuGH (v. 13.12.1990, Rs. C-238/89 – *Pall*, Slg. 1990, I-4827 Rn. 19) gestützt werden: Verbrauchern ist, anders als potentiellen Wettbewerbern, der Umstand, ob ein Kennzeichen registerrechtlich geschützt ist, regelmäßig gleichgültig; anders als beim Patentschutz begründet die Schutzberühmung keine Qualitätserwartung. Ebenso liegt der Fall, in dem ein Handelsvertreter in einer Anzeige mit der Angabe „Direkt ab Fabrik“ warb und damit den unzutreffenden Eindruck hervorrief, die Anzeige stamme vom Hersteller selbst. Diese Irreführung war für das beworbene Geschäft nicht erheblich, da die Kunden tatsächlich in unmittelbare Vertragsbeziehungen zum Hersteller traten und der Hersteller selbst die Waren lieferte und einbaute (BGH, GRUR 1976, 596, 597 – *Aluminiumrolläden*). Im Hinblick auf solche Irreführungen bedarf es – ebenso wie im Fall der bloßen Anlockung - einer situativen Gegenkontrolle zur Bejahung der wettbewerblichen Relevanz.

IV. Irreführungstatbestände im UWG

Das Irreführungsverbot, welches früher im abschließenden Tatbestand des § 3 aUWG geregelt war, wurde im Zuge der UWG-Novelle 2004 zu einem von mehreren Beispielen für eine unlautere Wettbewerbshandlung i.S.v. § 3 UWG 2004 gemacht und war in erster Linie in § 5 UWG 2004 geregelt. Daneben enthielt auch der Beispielskatalog des § 4 UWG 2004 Elemente eines Irreführungsverbots. So war das Verschleiern des Werbecharakters einer Wettbewerbshandlung (§ 4 Nr. 3 UWG 2004) unter dem Aspekt der Irreführung unlauter. Schließlich standen die besonderen Transparenzgebote der § 4 Nrn. 4, 5 UWG 2004 im Zusammenhang des Irreführungsverbots. Alle Tatbestände wurden im UWG 2008 zunächst beibehalten. Ergänzend kamen die Regelung der Irreführung durch Unterlassen in § 5a sowie die 24 per se-Verbote im Anhang zum UWG hinzu. Durch die UWG-Novelle 2015 wurden § 4 Nrn. 3-5 gestrichen und § 5a um einen Absatz 6 ergänzt, um ihren Regelungsgehalt insgesamt durch die §§ 5, 5a UWG zu erfassen. Inhaltlich ergaben sich daher für die Irreführung keine wesentlichen Änderungen. Durch die UWG-Novelle 2022 wurden §§ 5, 5a neustrukturiert und die Tatbestände zu wesentlichen Informationen erweitert und in § 5b ausgegliedert. Die strafrechtlichen Irreführungstatbestände in § 16 blieben erhalten.

1. Irreführende Werbung, § 5 UWG

a) Anwendungsbereich: irreführende geschäftliche Handlungen

Der Gesetzgeber hat bereits 2008 zunächst durch die Anknüpfung an „irreführende geschäftliche Handlungen“ den Anwendungsbereich von § 5 UWG erweitert. Dies begründete er damit, dass von Art. 6 UGP-RL nicht nur Werbung erfasst worden sei, während § 5 UWG 2004 auf diese beschränkt gewesen sei. Insbesondere die berüchtigte Versendung von Zahlungsträgern für vermeintlich abgeschlossene Insertionsverträge wird so unproblematisch vom Irreführungstatbestand erfasst. Die UWG-Novellen 2015 und 2022 ergaben diesbezüglich keine Änderungen.

b) Konkretisierung in § 5 Abs. 2 UWG

„Eine geschäftliche Handlung ist irreführend, wenn sie unwahre Angaben enthält oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über folgende Umstände enthält: [...]“

aa) Angabe

„Angaben“ sind Aussagen, die sich auf Tatsachen beziehen. Maßgeblich für das Vorliegen einer Angabe ist die Wahrnehmung durch den maßgeblichen Durchschnittsadressaten. Ausgegrenzt werden vor allem reine Meinungsäußerungen, nichtssagende oder nicht nachprüfbare Anpreisungen („Mutti gibt mir immer nur das Beste!“). Hinter scheinbaren Meinungsäußerungen können sich Angaben verbergen.

bb) Doppeltatbestand

Die Rechtsprechung interpretiert § 5 Abs. 2 UWG heute als selbständigen Doppeltatbestand: Unzutreffende, d.h. objektiv unrichtige Angaben werden danach in jeder Hinsicht umfasst, d.h. ihr Bezugspunkt ist unerheblich und eine Einschränkung der lauterkeitsrechtlichen Haftung bei fehlender Irreführungsgefahr erfolgt allein über das selbstständige Erfordernis der wettbewerblichen Relevanz in § 5 Abs. 1.

Daneben werden Angaben erfasst, die zur Täuschung der Adressaten geeignet sind. Diesbezüglich enthält § 5 Abs. 2 UWG einen Katalog von Umständen, über die zur Täuschung geeignete Angaben gemacht werden können, mit der Folge, dass eine irreführende Handlung vorliegt.

cc) Beispielskatalog des § 5 Abs. 2 UWG

Der Beispielskatalog des § 5 Abs. 2 S. 1 UWG 2004 stimmte fast wörtlich mit Art. 3 der [Irreführungsrichtlinie](#) überein. Im Vergleich zur Irreführungsrichtlinie nennt Art. 6 Abs. 1 UGP-RL erheblich mehr einzelne Irreführungsgegenstände. Diese Bezugspunkte der Irreführung wurden im novellierten UWG 2008 weitestgehend übernommen (vgl. § 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 UWG 2008). Durch die Umsetzung des Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes wurde der § 5 UWG im Jahr 2022 umstrukturiert, sodass § 5 Abs. 1 S. 2 UWG aF nun als § 5 Abs. 2 gefasst ist.

Im Rahmen der Prüfung der im Katalog genannten Bezugspunkte der Irreführung entschied der Bundesgerichtshof beispielsweise, dass als wesentliches Merkmal einer Ware nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG auch die Produktkategorie zähle, der die Ware zugeordnet werde, sofern der Verkehr daher von einer bestimmten Beschaffenheit der Ware ausgeht und sie von Produkten anderer Kategorien unterscheidet (BGH, GRUR 2018, 1263 Rn. 20 ff. – *Vollsynthetisches Motorrad*).

c) Kodifizierung des Relevanzerfordernisses, § 5 Abs. 1 UWG

Das Erfordernis wettbewerblicher Relevanz wurde anlässlich der UWG-Novelle 2015 in enger sprachlicher Anlehnung an Art. 6 UGP-RL in § 5 Abs. 1 UWG aufgenommen.

d) Verwechslungsgefahr durch Vermarktung, § 5 Abs. 3 Nr.1 UWG

In § 5 Abs. 2 UWG aF wurde zur Umsetzung von Art. 6 Abs. 2 lit. a UGP-RL eine Regelung zur Verwechslungsgefahr bei der Vermarktung eines Produkts eingeführt. Diese Regelung ist nunmehr in § 5 Abs. 3 Nr. 1 normiert. Danach ist eine Handlung irreführend, wenn sie im Zusammenhang mit der Vermarktung von Waren oder Dienstleistungen einschließlich vergleichender Werbung eine Verwechslungsgefahr mit einer anderen Ware oder Dienstleistung oder mit der Marke oder einem anderen Kennzeichen eines Mitbewerbers hervorrufen kann. Hieraus erge-

ben sich Abgrenzungsprobleme zum Markenrecht, sowie zu anderen wettbewerbsrechtlichen Regelungen, wie Nr. 13 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG, § 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG, § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG und § 4 Nr. 3 lit. a UWG (ausf. zur Abgrenzungsproblematik *Bornkamm*, GRUR 2011, 1). Der Gesetzgeber hat aus Anlass der UWG-Novelle 2008 das Problem erkannt und ging davon aus, dass die UGP-Richtlinie keinen „Vorrang des Markenrechts“ kennt, wollte die weitere Entwicklung aber der Rechtsprechung überlassen ([BT-Drs. 16/10145, S.17](#)). Der Bundesgerichtshof hat sich inzwischen ausdrücklich zur Idealkonkurrenz bekannt (BGH, GRUR 2013, 1161 - *Hard Rock Café*).

e) Identische Vermarktung trotz Unterschieden, § 5 Abs. 3 Nr. 2 UWG

Der erst 2022 neu eingeführte § 5 Abs. 3 Nr. 2 setzt die Regelung Art. 6 Abs. 2 lit. c UGP-RL 2019 um und stellt klar, dass eine irreführende Vermarktung von Produkten zweierlei Qualität („*dual quality*“) unlauter ist, vgl. Art. 3 Nr. 3 RL (EU) 2019/2161.

Die eigentliche Schlüsselfrage bezieht sich auf die Reichweite einer Annahme, dass Verbraucher von der Identität von unter derselben Marke auf unterschiedlichen Märkten vertriebenen Produkten ausgehen. Dem Unionsgesetzgeber scheint vor Augen zu stehen, dass dies stets der Fall sei, und es deshalb den Unternehmen obliegt, im Fall einer Qualitätsabweichung auf die Unterschiede und ggf. ihre Begründung hinzuweisen, EGr. 53 RL (EU) 2019/2161.

Da der deutsche Gesetzgeber den Wortlaut aus der Neuregelung annähernd übernommen hat, bleibt die Frage auch für die Anwendung des deutschen Rechts offen.

f) „Angaben im Sinne von Absatz 1 S. 2“, § 5 Abs. 4 UWG

Dem Gesetzgeber ist bei der Neustrukturierung des § 5 UWG ein redaktioneller Fehler unterlaufen. § 5 Abs. 3 und Abs. 4 wurden § 5 Abs. 4 und 5. Dabei wurde übersehen, dass der Hinweis in § 5 Abs. 4 auf § 5 Abs. 1 S. 2 nunmehr ins Leere geht, weil Absatz 1 keinen Satz 2 mehr hat. Gemeint ist nunmehr § 5 Abs. 2.

g) Irreführung durch sog. „Mondpreise“, § 5 Abs. 5 UWG

Durch § 5 Abs. 4 UWG 2004 wurde das Irreführungsverbot für die Fallgruppe der Werbung mit einer Preissenkung geregelt. Der Preis ist ein wesentlicher Faktor im Wettbewerb. Daher steht es einem Anbieter grundsätzlich frei, mit Preissenkungen zu werben. Das Irreführungspotential, das von einer Preissenkungswerbung ausgeht, kann jedoch erheblich sein, da der Eindruck eines besonders günstigen Angebots vermittelt wird. Als irreführend wurde daher die Werbung mit einer Preissenkung angesehen, wenn der ursprüngliche Preis gar nicht, nicht in letzter Zeit oder jedenfalls nicht ernsthaft gefordert wurde (sog. „Mondpreis“). Ein Indiz für die Ernsthaftigkeit der Preisstellung ist der Zeitraum, in dem der alte Preis verlangt wurde. Das regelt nunmehr § 5 Abs. 5 S. 1 UWG. Bei Markenspirituosen sah der BGH zwei Monate als ausreichend an (GRUR 1978, 652, 654 – *mini-Preis*).

Die in § 5 Abs. 5 S. 2 UWG geregelte Beweislastumkehr dient der besseren Durchsetzung der Vorschrift in der Praxis. Da der Kläger in der Regel keinen Zugang zu den maßgeblichen Informationen hat, ist er im Streitfall selten in der Lage, den Beweis für die Zeitdauer, in welcher der ursprüngliche Preis gefordert wurde, zu erbringen.

h) Werbung mit begrenzten Abgabemengen

§ 5 Abs. 5 UWG 2004 präziserte das Irreführungsverbot hinsichtlich der Vorratsmenge. Danach war es irreführend, für eine Ware (oder Dienstleistung, S. 3) zu werben, wenn der Vorrat die zu erwartende Nachfrage nicht decken konnte. Bestand kein angemessener Vorrat, so war der Verbraucher irreführt und gegebenenfalls veranlasst worden, andere Waren oder Dienstleistungen zu kaufen.

Die zu erwartende Nachfrage sollte sich nach der Art der Ware sowie der Gestaltung und Verbreitung der Werbung bestimmen. Bei der „Art der Ware“ ist in erster Linie die Lebensdauer der Ware zu berücksichtigen. Bei kurzlebigen Gütern, z.B. Lebensmitteln, erwartet der Verkehr eine geringere Bevorratung als bei langlebigen Wirtschaftsgütern wie etwa Elektrogeräten. Das Merkmal der „Gestaltung und Verbreitung“ der Werbung umschrieb Dauer, Verteilgebiet und Intensität einer Werbung. Wird die Werbung für eine Ware oder Dienstleistung mit hoher Intensität betrieben, so erwartet der Verkehr einen größeren Warenvorrat. Gemäß § 5 Abs. 5 S. 2 UWG 2004 sprach eine widerlegbare Vermutung („im Regelfall“) dafür, dass ein angemessener Vorrat dann nicht vorhanden war, wenn er die Nachfrage von zwei Tagen nicht decken konnte. Als Regelfall war das Angebot von Waren des täglichen Bedarfs anzusehen, also Waren, für die bei den Verbrauchern jederzeit ein Bedarf bestehen konnte. Diese Regel war indes nicht viel wert, weil die erwartete Verfügbarkeit in hohem Maße von den Umständen des Einzelfalls abhängig war. Sprachten die Umstände für eine längere Frist, so hinderte die Vermutungsregelung den Gläubiger nicht, in einem solchen Fall die Irreführung darzulegen. Dann traf allerdings nach allgemeinen Grundsätzen den Gläubiger die Beweislast dafür, dass die Ware auch noch nach drei oder ggf. mehr Tagen vorhanden sein musste. Im Einzelfall war somit nicht diese Regelung, sondern der Gesamteindruck des Modelladressaten maßgeblich, also mit welcher Bevorratung er aufgrund der konkreten Werbung rechnen konnte.

In einer späteren Entscheidung hatte der BGH klargestellt, dass diese Grundsätze in modifizierter Weise auch hinsichtlich der Werbung eines Versandhandels im Internet gelten sollten. Hier erwartet der Verbraucher in der Regel, dass die beworbene Ware unverzüglich versandt werden kann, unabhängig davon, ob der Werbende die Ware selbst vorrätig hält oder sie bei einem Dritten abrufen kann. Der Verkehr erwartet bei Angeboten im Internet, die im Gegensatz zu Angeboten in einem Versandhauskatalog ständig aktualisiert werden können, mangels anderslautender Angaben die sofortige Verfügbarkeit der beworbenen Ware. Die Rücksichtnahme auf diese Erwartung des Verkehrs belastet den Unternehmer, der einen Versandhandel betreibt und sein Warenangebot im Internet bewirbt, nicht in unzumutbarer Weise, da es ihm unbenommen bleibt, durch geeignete Zusätze auf einen bestimmten Angebotszeitraum oder Lieferfristen hinzuweisen, wenn er nicht in der Lage ist, eine Nachfrage tagesaktuell zu erfüllen (BGH, GRUR 2005, 690 – *Internet Versandhandel*).

Die Sondervorschrift des § 5 Abs. 5 UWG 2004 wurde bereits durch die UWG-Novelle 2008 aufgegeben. Ohne Änderung der materiellen Grundlagen sind entsprechende Irreführungen nunmehr über § 5 Abs. 2 Nr. 1 (Verfügbarkeit, Menge) zu erfassen. Bei geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern sieht § 3 Abs. 3 i.V.m. Anhang Nr. 5 zudem ein per se-Verbot für derartige Lockangebote vor.

Das Verschweigen der Informationen über die Verfügbarkeit einer angebotenen Ware fällt nunmehr durch die Verweisung des § 5b Abs. 4 auf Anhang Nr. 5 ebenfalls unter den Irreführungstatbestand des § 5a Abs. 1.

2. Irreführung durch Unterlassen

a) Entwicklung der Verhaltensnorm

Nach § 5 Abs. 2 S. 2 UWG 2004 konnte eine Irreführung auch im Verschweigen von Informationen liegen. Voraussetzung dafür war aber immer, dass für den Werbenden eine Aufklärungspflicht bestand. Eine solche Pflicht konnte indes, wenn sie sich nicht schon aus Gesetz, Vertrag oder vorangegangenem Tun ergab, im Wettbewerb nicht schlechthin angenommen werden; denn der Verkehr rechnet nicht ohne weiteres mit der Offenlegung aller Eigenschaften einer Ware oder Leistung. § 5 UWG 2004 begründete demnach kein generelles Informationsgebot. Eine Aufklärungspflicht konnte sich jedoch aus der besonderen Bedeutung ergeben, die der

verschwiegenen Tatsache nach der Auffassung des Verkehrs für den Kaufentschluss zukam, so dass das Verschweigen geeignet war, die EntschlieÙung des Publikums zu beeinflussen.

Für eine weitergehende Informationspflicht hätte ein Paradigmenwechsel im Lauterkeitsrecht sprechen können, der darin gesehen werden hätte können, dass generelle Verbote durch Informationspflichten ersetzt wurden. Ein solches Informationsmodell lag der gescheiterten Verordnung über Verkaufsförderungsmaßnahmen zugrunde, in deren Anhang sich für verschiedene Verkaufsförderungsmaßnahmen – etwa Zugaben und Rabatte – umfassende Informationspflichten fanden.

Das UWG 2004 beruhte jedoch ebenso wie das aUWG nicht auf einem solchen Konzept. Der BGH lehnte im Anschluss an das Scheitern der Verordnung über Verkaufsförderungsmaßnahmen solche umfassenden Informationspflichten ausdrücklich ab (BGH, GRUR 2002, 979 – *Koppelungsangebot II*). Die zu § 5 Abs. 2 UWG 2004 entwickelte Rechtsprechung ist auf den nunmehr geltenden § 5a Abs. 1 UWG (ausf. dazu u.) übertragbar (BGH, GRUR 2011, 846 Rn. 21 – *Kein Telekom-Anschluss nötig*).

Bsp.: Wird in einer Werbung für eine auf einem Kabelanschluss basierende Telefon-Flatrate damit geworben, dass „Kein Telekom-Anschluss nötig“ oder „Kein Telekom-Telefonanschluss mehr nötig!“ sei, muss darauf hingewiesen werden, wenn bei einer Nutzung der beworbenen Telefondienstleistung keine Möglichkeit besteht, „Call-by-Call“-Telefonate zu führen, da für die Inanspruchnahme von „Call-by-Call“ aufgrund der trotz Flatrate anfallenden Kosten für Telefonverbindungen ins Ausland oder in Mobilfunknetze zur Kostenminimierung auch bei Vereinbarung einer Flatrate ein grundsätzliches Interesse des Verkehrs bestehe. Entbehrlich ist in diesem Zusammenhang dagegen die Aufklärung über das Fehlen eines „Preselection“-Angebots. Die „Preselection“-Option erlaubt es dem Anschlussnutzer nämlich, seine Telefongespräche generell über einen anderen Anbieter zu führen. Für einen durchschnittlich interessierten (potenziellen) Nutzer einer Telefon-Flatrate sei die Kombination mit einer „Preselection“-Schaltung daher im Allgemeinen wirtschaftlich nicht sinnvoll. (BGH, GRUR 2011, 846 – *Kein Telekom-Anschluss nötig*; MMR 2010, 184 – *Preselection-Option*)

Der UGP-Richtlinie sind keine selbständigen und vom Bestehen einer Irreführungsgefahr unabhängigen lauterkeitsrechtlichen Informationspflichten zu entnehmen. Allerdings erwartet der Verkehr bei für den Vertragszweck wesentlichen Informationen vom Werbenden deren Offenlegung. Beim Fehlen von wesentlichen Informationen kann der Verkehr anderweitige Schlüsse ziehen, so dass ein Unterlassen (bzw. ein Vorenthalten wesentlicher Informationen) der Irreführung gleichzustellen ist (vgl. § 5a Abs. 2 UWG). Die detaillierten Regelungen der Art. 7 Abs. 4, 5 UGP-RL zur Irreführung durch Unterlassen gehen jedoch erheblich über das Maß hinaus, das § 5 Abs. 2 Satz 2 UWG 2004 zur Irreführung durch Unterlassen vorsah. Der Gesetzgeber hat daher mit gutem Grund entschieden, die weitreichenden Vorgaben der Richtlinie in § 5a UWG zu übernehmen. Tatsächlich gilt dieser Grundsatz seit 2022 gem. § 5a Abs. 1 universell, d.h. auch im Hinblick auf sonstige Marktbeteiligte.

b) Neufassung der §§ 5a ff. durch das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbsrecht

Durch die UWG-Novelle 2022 wurde der § 5a gänzlich neu strukturiert und die Tatbestände zu wesentlichen Informationen wurden in den neu geschaffenen § 5b ausgegliedert.

aa) Irreführung durch Unterlassen, § 5a UWG,

§ 5a Abs.1 UWG aF wurde aufgehoben. § 5a Abs. 2 S. 1 wurde zu § 5a Abs. 1. Dessen persönlicher Anwendungsbereich wurde um sonstige Marktteilnehmer erweitert, um etwaige Schutzlücken durch den Fortfall des § 5a Abs. 1 UWG aF zu schließen.

§ 5a Abs. 2 S.2 UWG aF wurde zu § 5a Abs. 2.

Die wesentlichen Informationen im Sinne des § 5a Abs. 1 UWG wurden nunmehr in § 5b UWG ausgelagert. § 5b UWG ist allerdings nur auf für Verbraucher wesentliche Informationen anwendbar und gilt nicht für sonstige Marktteilnehmer. Somit gilt er nur im B2C-Bereich. Weiterhin gilt, dass es sich um eine Information handeln muss, die für den Verbraucher wesentlich ist, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen. Es genügt also nicht, dass eine Information als solche wesentlich ist. Sie muss darüber hinaus im konkreten Fall für eine informierte Entscheidung notwendig sein (vgl. BT-Drs. 18/4535, S. 16).

Bsp.: Bei dem über das Internet erfolgenden Angebot eines Preisvergleichs für Bestattungsdienstleistungen ist die Information darüber, dass der Preisvergleich nur solche Anbieter erfasst, die sich gegenüber dem Anbieter des Vergleichsportals für den Fall eines Vertragsabschlusses zur Zahlung einer Provision verpflichtet haben, eine wesentliche Information im Sinne von § 5a Abs. 1 UWG (vgl. BGH, GRUR 2017, 1265 – *Preisportal*)

§ 5a Absätze 5 und 6 wurden zu den neuen Absätzen 3 und 4: § 5a Abs. 3 knüpft an das Merkmal der „Beschränkung des Kommunikationsmittels“ an. Damit wird klargestellt, dass für die Beurteilung, ob Informationen vorenthalten wurden, „alle Maßnahmen des Unternehmers, um dem Verbraucher die Informationen auf andere Weise als durch das Kommunikationsmittel [...] zur Verfügung zu stellen“ zu berücksichtigen sind. So kann es ausreichen, wenn auf einem Werbeblatt nicht ausreichend Platz für alle Informationen ist, aber deutlich auf eine Internetseite verwiesen wird (BT-Drs. 18/4535, S. 16; EuGH v. 12.05.2011, Rs. C-122/10 – *Ving Sverige*, Slg. 2011, I-03903, Rn. 56).

Fall 5: Die Beklagte betreibt das Internetportal "MeinPaket.de", auf dem gewerbliche Verkäufer Waren anbieten können. Die Beklagte selbst schließt mit den Käufern keine Verträge über diese Produkte ab. Der Kläger nahm die Beklagte auf Unterlassung einer ganzseitigen Anzeigenwerbung in Anspruch, die in der Zeitung "Bild am Sonntag" veröffentlicht wurde. Die dort beworbenen Waren konnten über die Verkaufsplattform der Beklagten erworben werden. Besuchte ein durch die Werbung angesprochener Internetnutzer die Verkaufsplattform und gab den in der Anzeige genannten Code ein, öffnete sich die jeweilige Produktseite, auf der angezeigt wurde, wer der gewerbliche Verkäufer des jeweiligen Artikels war. Unter der Rubrik "Anbieterinformationen" erhielt der Nutzer Angaben zur Firma und Anschrift des Vertragspartners. Der Kläger war der Ansicht, die Beklagte habe mit dieser Werbung gegen die Verpflichtung verstoßen, die Identität und Anschrift der ihre Verkaufsplattform nutzenden Anbieter der Waren anzugeben (BGH, GRUR 2017, 1269 – *MeinPaket.de II*).

ANZEIGE

MEINPAKET.de
Einkaufsportale

5 Tipps für clevere Weihnachts-Shopper

Deutschland im Einkaufsrausch! Nur noch drei Wochen bis Weihnachten. Aber in diesem Jahr ist Geschenke-Shopping noch besonders bei MeinPaket.de, dem Online-Shoppingportal von Deutsche Post DHL, kaufen Sie direkt per Mausklick an – ganz ohne Stress. Neben unseren fünf Geschenke-Tipps bieten unsere Themenwelten, Shoppingportale und informative Ratgeber auf MeinPaket.de viele weitere Anregungen.

Kopfhörer von Teufel
Kopfhörer von Teufel
59,99 €
Ersparnis bis zu 20%*

Kopfhörer von Teufel
Gewinnen Sie Ihren Lieblings-Sound ganz für sich alleine! Die Teufel-Kopfhörer „Aurica Massiva“ überzeugen mit einem super Klang. Und auch bei langen Konzerten sorgen die geschwimmten Ohrmuscheln für hohen Komfort.

Magnet-Tafel aus Glas von Sigel
Kalt und gleichzeitig das Glas Magnetboard „arwerk“ ist hell und frisches Taktbrett. Dargestellt können sogar eine Nachricht direkt auf die Glas schreiben.

Medion Design PC
Viel Rechenleistung für einen preislich eingesparten All-Desktop-Gehäuse. Das Medion Design PC mit MEDION bildet ein Leistungstankempe und 12.900 MHz Prozessor.

Allesweck-Küchenmaschine von Klarstein
Die Bella Rossa von Klarstein. Das kraftvolle Schüsselmixer überlegt mit 1300 W und 6-stufig einstellbarer Antriebsgeschwindigkeit. Zur Ausstattung gehören 12 Liter Edelstahlschüssel, Rühr- und Knethaken sowie Schneebesen.

Messerblock von Jamie Oliver
Der ideale Geschenk für alle Hobby-Köche. Für Meister und dummgewordene Köpfe aus jeder Küche. Ein solches Geschenk zum Jahres-Ende Messerblock. Durch einen besonderen gefärbten Griff liegen die Messer gut in der Hand.

Messerblock von Jamie Oliver
Messerblock von Jamie Oliver
69,50 €
Ersparnis bis zu 20%*

SICHER UND BEQUEM MeinPaket.de – das Zuhause-Kaufhaus

GROSSE AUSWAHL
Mehr als 5 Millionen Produkte und über 2.000 Händler mit einem breiten Angebot stehen zur Auswahl. Von Technik über Mode, Schmuck und Bücher bis zu Urlaubsvorschlägen für Haus & Garten. Darüber hinaus warten Exotiken, Tiere, Pflanzen und vieles weitere. Lassen Sie sich für Ihren entspannten Weihnachtseinkauf inspirieren.

SICHER ONLINE SHOPPEN
Besuchen Sie bei MeinPaket.de Ihre Lieblings-Produkte einfach und sicher per PC/SMARTPHONE. Das ist das sichere Bestell- und Zahlungssystem der Deutschen Post. Sie haben die Wahl und können per Lastschrift, Rechnung, Voraus- oder Nachzahlung oder mit der Kreditkarte bezahlen.

BEQUEM UND IMMER ERREICHBAR
Wenn Sie mit Ihrem Computer online sind, können Sie jederzeit und von jedem Ort aus bei MeinPaket.de bestellen. Lassen Sie sich für Preis und den bekannten Zuverlässigkeit von DHL nach Hause oder an eine der über 2000 Packstationen schicken.

Übrigens:
Falls Ihnen ein Artikel nicht gefällt, nutzen Sie den einfachen Rücksende-Service.

MEINPAKET.de
Einkaufsportale

**NUR BIS 6. DEZEMBER 2012 GÜLTIG
Jetzt 10 Prozent Rabatt***

So einfach geht's:

- 1. Besuchen Sie www.meinpaket.de auf Ihrem PC und Besuchen Sie die Suchmaske eingeben
- 2. Wunschartikel in den Warenkorb legen
- 3. Gutscheincodes* 10PROZENT am unteren Ende der Bestellübersicht eingeben
- 4. 10 %* auf den Gesamtpreis sparen!

Viel Spaß beim Kaufen und Schenken!

WWW.MEINPAKET.DE – JETZT 10 PROZENT RABATT* SICHERN

Der BGH gab dem Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1, §§ 3, 5a Abs. 2 und 3 Nr. 2 UWG aF [§ 8 Abs. 1, §§ 3, 5a Abs. 1, Abs. 2, 5b Abs. 1 Nr. 2 UWG] statt. „Werden Waren im Sinne von § 5a Abs. 3 UWG aF [§ 5b Abs. 1 UWG] angeboten, so gelten nach Nummer 2 dieser Vorschrift die Informationen über Identität und Anschrift des Unternehmers, gegebenenfalls die Identität und Anschrift des Unternehmers, für den er handelt, als wesentlich. Diese Regelung steht mit Art. 7 Abs. 4 Buchst. b der Richtlinie 2005/29/EG in Einklang. Die Informationspflicht trifft die Beklagte als für das Angebot Verantwortliche. Indem § 5a Abs. 3 UWG aF [§ 5b Abs. 2 Nr. 2 UWG] die Informationspflicht auf die Identität und Anschrift desjenigen Unternehmers erweitert, für den der anbietende Unternehmer handelt, stellt das Gesetz sicher, dass dem Verbraucher auch dann die Identität und die Anschrift seines Vertragspartners offenbart werden, wenn dieser beim Abschluss des Geschäfts nicht selbst in Erscheinung tritt, sondern ein Dritter dem Verbraucher das Geschäft anbietet. In diesem Fall bedarf es daher der Offenlegung von Informationen über den Vertragspartner des im Sinne von § 5a Abs. 3 Halbsatz 1 UWG aF [§ 5b Abs. 1 UWG] angebotenen Geschäfts (vgl. BGH, Urteil vom 9. Oktober 2013 - I ZR 24/12, GRUR 2014, 580 Rn. 20 = WRP 2014, 545 - Alpenpanorama im Heißluftballon). Wie sich aus Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29/EG ergibt, steht das nicht rechtzeitige Bereitstellen dem Vorenthalten einer Information im Sinne von § 5a Abs. 2 UWG aF [§ 5a Abs. 1 UWG] gleich. Im Fall des § 5a Abs. 3 UWG aF [§ 5b Abs. 1 UWG] erreicht den Verbraucher eine wesentliche Information grundsätzlich nur rechtzeitig, wenn er sie erhält, bevor er aufgrund der Aufforderung zum Kauf eine geschäftliche Entscheidung treffen kann (vgl. EuGH, GRUR 2017, 535 Rn. 30 - VSW/DHL Paket). Diese geschäftliche Entscheidung ist bei der Werbeanzeige der Beklagten das Aufsuchen ihres Verkaufsportals im Internet, um ein in der Anzeige beworbenes Produkt zu erwerben oder sich damit näher zu befassen. Die Informationen zu Identität und Anschrift der Anbieter der beworbenen Produkte müssen grundsätzlich bereits in dieser Werbeanzeige erfolgen. Werden durch das Kommunikationsmedium räumliche Beschränkungen auferlegt, reicht es danach aus, dass die Verbraucher, die die beworbe-

nen Produkte über die in der Werbeanzeige genannte Website des dafür werbenden Unternehmens kaufen können, diese Informationen auf einfache Weise auf dieser oder über diese Website erhalten können (EuGH, GRUR 2017, 535 Rn. 30 - VSW/DHL Paket). Solche räumlichen Beschränkungen können bestehen, wenn in einem Printmedium für eine Online-Verkaufsplattform geworben wird, insbesondere wenn darin eine große Anzahl von Kaufmöglichkeiten bei verschiedenen Gewerbetreibenden angeboten wird (EuGH, GRUR 2017, 535 Rn. 29 - VSW/DHL Paket). Im Streitfall bestehen derartige räumliche Beschränkungen nicht. In der beanstandeten, eine ganze Zeitungsseite füllenden Anzeige wird lediglich für fünf konkrete Produkte geworben. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass es räumlich ausgeschlossen wäre, dort die Angaben zu Anschrift und Identität der jeweiligen Anbieter der Waren zu machen. Allerdings ist der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu entnehmen, dass räumliche oder zeitliche Beschränkungen des Kommunikationsmittels nicht erst dann anzunehmen sind, wenn es objektiv unmöglich ist, die fraglichen Angaben schon bei der Aufforderung zum Kauf zu machen. Vielmehr ist die Frage, inwieweit der Unternehmer im Rahmen der Aufforderung zum Kauf informieren muss, anhand der Umstände dieser Aufforderung, der Beschaffenheit und der Merkmale des Produkts sowie des verwendeten Kommunikationsmediums zu beurteilen (EuGH, GRUR 2011, 930 Rn. 55 - Ving Sverige, GRUR 2017, 535 Rn. 28 - VSW/DHL Paket). Erforderlich ist danach eine Prüfung des Einzelfalls. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Art. 7 Abs. 1 und 3 der Richtlinie 2005/29/EG unverhältnismäßigen Beschränkungen der durch Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union gewährleisteten Werbefreiheit der Unternehmen entgegenwirken sollen. Dafür kommt es insbesondere auf die vom Unternehmer gewählte Gestaltung des Werbemittels und den Umfang der insgesamt erforderlichen Angaben an (zu Art. 8 Abs. 4 Satz 1 der Richtlinie 2011/83/EU vgl. BGH, Vorlagebeschluss vom 14. Juni 2017 - I ZR 54/16, GRUR 2017, 930 Rn. 23 = WRP 2017, 1074 - Werbeprospekt mit Bestellpostkarte). Andererseits ist die Entscheidung des Gesetzgebers zu beachten, bestimmte Angaben als wesentlich anzusehen. Der werbende Unternehmer darf diese Angaben daher nicht allein deshalb in einer Anzeige unterlassen, weil er andere Angaben für besser geeignet hält, seinen Werbezweck zu erreichen. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob der Kunde die beworbenen Produkte ausschließlich über das Internetportal der Beklagten erwerben kann. Die erst dort gegebenen Informationen erreichen den Verbraucher zwar noch vor dem Kaufabschluss oder sind vor diesem Zeitpunkt abrufbar. Sie erfolgen jedoch zu spät, um ihm eine informationsgeleitete Entscheidung darüber zu ermöglichen, ob er sich überhaupt näher mit einem der angebotenen Produkte befassen und dafür dieses Internetportal aufsuchen will.“

Aufgrund des Anspruchs der UGP-Richtlinie auf Vollharmonisierung stellt der BGH darauf ab, dass im Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie Verstöße gegen nationale Bestimmungen, die Informationspflichten begründen, wegen des abschließenden Charakters der UGP-Richtlinie eine Unterlauterkeit im Sinne von §§ 5, 5a nur dann begründen, wenn und soweit die Informationspflichten ihre Grundlage im Unionsrecht haben (vgl. auch AP 12). § 5b Abs. 4 UWG gilt insoweit ohnehin bereits eingeschränkt auf solche Informationspflichten.

bb) Verdeckte Werbung, § 5a Abs. 4 UWG

Bis zur UWG-Novelle 2015 war verdeckte Werbung in einem eigenen Tatbestand (§ 4 Nr. 3 UWG 2008) geregelt. Dieser Tatbestand ist mit der UWG-Novelle 2015 weggefallen, weil sein Regelungsgehalt vollständig von § 5a UWG und dort für Verbraucher insbesondere von Absatz 6 erfasst ist (BT-Drs. 18/6571, S. 14). Nach § 5a Abs. 6 UWG aF handelte unlauter, wer den Werbecharakter von geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern nicht kenntlich machte. Dagegen gilt der § 5a Abs. 4, der § 5a Abs. 6 UWG aF ersetzt hat, nunmehr auch für B2B-Verhältnisse, da der Anwendungsbereich auch auf sonstige Marktteilnehmer erstreckt wurde.

Dahinter steht der Gedanke, dass der Abnehmer irregeführt wird und nicht das gewöhnliche Maß an Skepsis aufbringt, wenn er nicht weiß, dass er mit Werbung konfrontiert ist. Denn der Verbraucher lässt Handlungen und Äußerungen, die aus seiner Sicht neutral sind, in der Regel größere Beachtung zuteilwerden als Maßnahmen, die für ihn als Werbung erkennbar sind. Er wird ihnen weniger kritisch gegenüberstehen und eher geneigt sein, ihnen zu vertrauen (bereits BGH, GRUR 1995, 744 – *Feuer, Eis & Dynamit I*).

Ergänzt wurde die Norm durch die neuen Sätze 2 und 3, wonach ein kommerzieller Zweck bei einer Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens nicht vorliegt, wenn der Handelnde kein Entgelt oder keine ähnliche Gegenleistung für die Handlung von dem fremden Unternehmen erhält. Ziel der Ergänzung des Satz 2 ist es, einen sicheren Rechtsrahmen für Handlungen von Influencern zu schaffen, die Waren fremder Unternehmer empfehlen, ohne davon selbst unmittelbar finanziell zu profitieren. Die Neuerungen beziehen sich jedoch ausschließlich auf Handlungen zugunsten eines fremden Unternehmens, nicht auf die des eigenen. Die Handlungen zugunsten des eigenen Unternehmens werden weiterhin von § 5a Abs. 4 S. 1, § 2 Abs. 1 Nr. 2 definiert. Das wurde durch die zusätzliche Aufnahme des Unmittelbarkeitserfordernisses in § 2 Abs. 1 Nr. 2 klargestellt. Beachten Sie, dass die Einschränkung des § 5a Abs. 4 S. 2 nur für die Verhaltensnorm des § 5a Abs. 4 Satz 1 gilt: Darin steht nämlich „Ein kommerzieller Zweck [... iSd § 5a Abs. 4 Satz 1] liegt [...] nicht vor“, nicht aber „eine geschäftliche Handlung liegt nicht vor.“

Eine verdeckte Werbung kann insbesondere vorliegen, wenn in den Medien keine klare Trennung von redaktionellem Teil und der Werbung erfolgte. Daher ist die Werbung als solche kenntlich zu machen (vgl. diesbezüglich auch Nr. 11 Anh. UWG). Neben dem Verbot der Tarnung von Werbung als redaktionellen Beitrag folgen daraus auch das Verbot, Produktinformationen unkritisch in den redaktionellen Teil zu übernehmen und das Gebot einer neutralen Berichterstattung. Aus diesem Grund wurden etwa Ranglisten in den Medien lange Zeit als unlauter angesehen (BGH, GRUR 1997, 912 – *Die Besten I*). Das Bundesverfassungsgericht hob dagegen die Bedeutung der Meinungsfreiheit stärker hervor und sah ein solches Verbot als Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 GG an (NJW 2003, 277 – *Anwalts-Ranking*).

Heute wird allerdings davon ausgegangen, dass medienrechtliche Regelungen von Kennzeichnungspflichten gestützt auf § 1 Abs. 2 die lauterkeitsrechtlichen Kennzeichnungspflichten als *lex specialis* verdrängen.

Von § 5a Abs. 4 UWG ist auch die Verschleierung einer Geschäftsanbahnung erfasst, d.h. das Nicht-Offenlegen des geschäftlichen Charakters einer Maßnahme etwa bei Hausbesuchen oder im Rahmen von Freizeitveranstaltungen. Darunter kann auch die sog. Laienwerbung fallen, bei der Privatleute gegen Gewährung einer Werbeprämie als Kundenwerber eingesetzt werden.

cc) Wesentliche Informationen § 5b UWG

Der neue § 5b, welcher die Tatbestände zu wesentlichen Informationen ausgegliedert hat, enthält Bestimmungen, die über den § 5a Abs. 3 UWG aF hinausgehen:

§ 5b Abs. 1 UWG, der Art. 7 Abs. 4 UGP-RL umsetzt, enthält einen Katalog von Informationen, welche dem Verbraucher bei konkreten Angeboten in jedem Fall zur Verfügung gestellt werden müssen. Die UGP-Richtlinie spricht insoweit von einer „Aufforderung zum Kauf“. Hierzu findet sich eine Legaldefinition in Art. 2 lit. i UGP-RL, wonach hierunter jede kommerzielle Kommunikation fällt, 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. Für die Anwendung des § 5b Abs. 1 UWG müssen die *essentialia negotii* bekannt sein, ohne dass es aber auf ein bindendes Angebot ankommen würde (dazu jüngst OLG Köln, Ur. v. 13.3.2020, 6 U 267/19, FD-StrVR 2020, 428470; OLG Hamm, Ur. v. 18.2.2020, I-4 U 66/19, WRP 2020, 638). Eine *invitatio ad offerendum* ist bei-

spielsweise ausreichend (vgl. dazu ausf. EuGH v. 12.05.2011, Rs. C-122/10 – *Ving Sverige*, Slg. 2011, I-3903).

Wesentliche Informationen nach § 5b Abs. 1 UWG sind die wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung (Nr. 1), die Identität und Anschrift des Unternehmers (Nr. 2), der Endpreis (Nr. 3), die Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen (Nr. 4) und das Bestehen eines Rechts zum Rücktritt oder Widerruf (Nr. 5).

Dass bisher nach Nr. 4 auch das Verfahren zum Umgang mit Beschwerden eine wesentliche Information war, wurde nach der Änderung der UGP-Richtlinie, vgl. hierzu bereits AP 2, nicht beibehalten.

Neu hinzukam § 5b Abs. 1 Nr. 6, womit Art. 7 Abs. 4 lit. f der UGP-RL 2019 umgesetzt wird, wonach bei Angeboten über einen Online-Marktplatz es sich um eine wesentliche Information handelt, ob es sich bei dem Anbieter der Ware oder Dienstleistung nach seiner eigenen Erklärung gegenüber dem Betreiber des Online-Marktplatzes um einen Unternehmer handelt. Wesentlich ist diese Information für den Verbraucher, weil er bei Unternehmen als Vertragspartner im Anwendungsbereich des Verbraucherschutzes ist. Betreiber von Online-Marktplätzen müssen deshalb bei Drittanbietern nachfragen, ob diese Unternehmer sind und diese Information an den Verbraucher weitergeben. Diese Informationspflicht erstreckt sich nach EGr. 27 der UGP-RL 2019 auch auf Informationen, wie die Aufgaben im Innenverhältnis zwischen Marktplatzbetreiber und Händler aufgeteilt werden. Um die Stellung der Informationen nach Art. 7 Abs. 4 lit. f UGP-RL 2019 hervorzuheben, dürfen diese nach EGr. 27 S. 4 nicht nur durch AGB oder ähnliche Kommunikationsformen erfolgen, obwohl dies durch Art. 7 Abs. 3 UGP-RL nicht ausdrücklich klargestellt wird.

Der neue Absatz 3, durch den Art. 7 Abs. 6 UGP-RL 2019 umgesetzt wird, soll der Verwendung unrichtiger Verbraucherbewertungen entgegenwirken und Transparenz in diesem Bereich erhöhen. Um die Informationspflicht auszulösen, muss der Unternehmer die Verbraucherbewertungen zugänglich machen. Zugänglich machen bedeutet die Veröffentlichung auf der Internetseite. Nicht ausreichend ist die Verlinkung auf Bewertungen durch Dritte.

Die Norm hat seinen Grund darin, dass obgleich der Verbraucher weiß, dass solche Bewertungen nicht objektiv und neutral sind, ihnen dennoch große Bedeutung zuzuspricht. Durch die Neuregelung wird der Unternehmer verpflichtet, den Verbraucher darüber zu informieren, ob und wie er sicherstellt, dass die zugänglich gemachten Verbraucherbewertungen von solchen stammen, die die Waren oder Dienstleistungen tatsächlich genutzt oder erworben haben. Die Sicherstellung durch das Unternehmen kann beispielsweise darin liegen, dass er nur Bewertungen von Verbrauchern aufnimmt, die ein entsprechendes Produkt bei ihm erworben hat. Sollte er keine Sicherstellungsmaßnahmen ergreifen, muss er auch darüber informieren. Eine Pflicht zur Sicherstellung besteht nämlich nicht.

Erwägungsgrund 22 RL (EU) 2019/2161 ergänzt, dass die Informationen „knapp gehalten und leicht, an gut sichtbarer Stelle und unmittelbar verfügbar sein“ müssen. Nach EGr. 23 RL (EU) 2019/2161 kann indes die Offenlegung des Suchalgorithmus nicht verlangt werden.

Handelt es sich um eine unvollständige Darstellung der Verbraucherbewertung durch Aussortieren, so ist nicht § 5b Abs. 3 UWG einschlägig, sondern Nr. 23c, der über die Verweisung des § 5b Abs. 4 Anwendung findet. Weder Art. 7 Abs. 6 UGP-RL 2019, noch § 5b Abs. 3 lässt sich entnehmen, dass die Unternehmen verpflichtet sind, Informationen über die Vollständigkeit abzugeben, sodass solche Fälle ausschließlich von Nr. 23c des Anhangs zu § 3 Abs. 3 erfasst werden. Sofern dieser nicht einschlägig ist, kann das Verhalten noch unter § 5 Abs. 1 fallen.

Solange jedoch Nr. 23b und Nr. 23c des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG einschlägig sind, sind sie als speziellere Normen vorrangig zu § 5b Abs. 3.

Nach § 5b Abs. 4 UWG gelten Informationspflichten aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben ebenfalls als wesentlich. Hierzu zählen u.a. Informationspflichten, welche in der Fernabsatzrichtlinie (Art. 4, 5), der Pauschalreiserichtlinie (Art. 3), der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (Art. 5, 6) und der Richtlinie über Lebensversicherungen (Art. 36) niedergelegt sind.

3. Strafbare irreführende Werbung

Die Strafbestimmungen im UWG stellen eine Ausnahme von der grundsätzlich deliktsrechtlichen Ausgestaltung des deutschen Lauterkeitsrechts dar. Sie sind vor dem Hintergrund zu sehen, dass sich die zivilrechtliche Verfolgung nicht in allen Fällen als ausreichend erwiesen hat.

Eine Strafvorschrift im Zusammenhang mit irreführender Werbung stellt § 16 UWG dar. Diese Vorschrift blieb durch die UWG-Novellen 2008 und 2015 unberührt. § 16 Abs. 1 UWG entspricht weitestgehend § 4 aUWG. Die Norm bezweckt in erster Linie den Schutz der Verbraucher vor Verhaltensweisen, die vermögensschädigende Wirkung haben oder den Zweck der dabei getroffenen Investition verfehlen. § 16 Abs. 1 UWG greift im Vorfeld des § 263 StGB ein, da kein konkreter Vermögensschaden verlangt wird. Vielmehr handelt es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, das unabhängig davon eingreift, ob die Betroffenen tatsächlich einer Täuschung erliegen.

Der Tatbestand des § 16 Abs. 1 ist allerdings enger gefasst als derjenige des § 5; erfasst werden lediglich Irreführungen durch unwahre Angaben. Hinzutreten muss, dass die Werbung den Adressaten in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen zugänglich gemacht wird, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt ist. In subjektiver Sicht muss neben dem Vorsatz hinsichtlich der objektiven Tatbestandsmerkmale die Absicht vorliegen, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. In einer jüngeren Entscheidung hat der BGH drei Angeklagte wegen unwahrer und irreführender Werbung durch Gewinnmitteilungen und Geschenkversprechen im Versandhandel gemäß § 16 Abs. 1 UWG zu Freiheitsstrafen verurteilt (vgl. BGH, WRP 2008, 1071 – *Strafbare Werbung im Versandhandel*).

Von § 16 Abs. 2 wird die progressive Kundenwerbung erfasst. Der Regelungskern des § 6c aUWG wurde übernommen. In den persönlichen Schutzbereich der Norm fallen allerdings nur noch Verbraucher, während § 6c aUWG alle Nichtkaufleute mit einbezog. In einem jüngeren Beschluss hat der BGH (NJW 2011, 1236 – *Schneeballseminare*) Konkretisierungen der Verbrauchereigenschaft vorgenommen, denn letztlich ist die progressive Kundenwerbung darauf gerichtet, Privatpersonen in das Absatzgeschäft mit einzubeziehen, wodurch die Verbrauchereigenschaft zweifelhaft sein könnte. Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Verbrauchereigenschaft soll nicht der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sein. Vielmehr komme es auf den Zeitpunkt an, in welchem der Geworbene erstmals durch das Absatzkonzept des Veranstalters in der Weise angesprochen wird, dass die Werbung unmittelbar in die Abnahme des Produkts einmünden soll.

Der Zweck einer progressiven Kundenwerbung besteht darin, sich den Effekt zunutze machen, der aus dem Kettenelement erwächst und darin besteht, dass die Werbung einen von Stufe zu Stufe fortschreitenden Charakter hat. Die progressive Kundenwerbung tritt in zwei zu unterscheidenden Formen auf: Beim Vertrieb durch das sog. *Schneeballsystem* werden Kunden durch andere Kunden zum Abschluss eines Vertrages mit dem veranstaltenden Unternehmen geworben. Die Werber erhalten einen geldwerten Vorteil, wenn sodann ein Vertragsschluss zwischen dem Veranstalter und dem Angeworbenen zustande kommt. Beim sog. *Pyramidensystem* kommt es direkt zum Vertragsschluss zwischen dem Werber und dem von ihm Angeworbenen. Der wirtschaftliche Vorteil soll durch die erhöhte Anwerbung von neuen Mitgliedern in das System entstehen, die den Teilnehmern auf höherer Stufe der Pyramide zufließen.

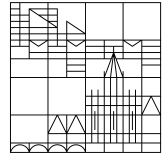
Bei einer Zuwiderhandlung gegen § 16 können zivilrechtliche Ansprüche insbesondere aus § 3 Abs. 3 UWG i. V. m. Nr. 14 des Anhangs, aus §§ 3, 3a i. V. m. §§ 8 ff. UWG aus §§ 3, 5 i. V. m.

§§ 8 ff. UWG und möglicherweise auch aus § 823 Abs. 2 BGB in Betracht kommen. § 16 Abs. 2 stellt eine gesetzliche Vorschrift zur Regelung des Marktverhaltens im Interesse der Marktteilnehmer i.S.v § 3a dar. Trotz Erfüllung des Tatbestandes von § 16 Abs. 2 bleibt daneben Nr. 14 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG grundsätzlich anwendbar. Die beiden Vorschriften stimmen inhaltlich überein (vgl. Amtl. Begr. zum RegE, BT-Drs. 16/10145, S. 33; auch OLG Frankfurt a. M. v. 12.05.2011, 6 U 29/11, BeckRS 2011). Geklärt ist allerdings nicht, ob Nr. 14 des Anhangs oder § 16 Abs. 2 vorrangig zu prüfen ist.

Eine Rolle spielt diese Frage insbesondere bei Schadensersatzansprüchen von Verbrauchern. Im Lauterkeitsrecht wurde bewusst auf eine allgemeine Aktivlegitimation von Verbrauchern verzichtet. Diese Entscheidung des Gesetzgebers kann zwar grundsätzlich nicht auf dem Umweg über die Annahme einer lauterkeitsrechtlichen Norm als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB umgangen werden. Daher hat der Gesetzgeber die Spezialregelung in § 9 Abs. 2 geschaffen, die allerdings § 16 nicht nennt. In Betracht kommt zwar, § 16 als Rechtsnorm i.S.d. § 3a zu betrachten; Verstöße gegen § 3a begründen aber gerade keine Schadensersatzpflicht. Im Rahmen von § 9 Abs. 2 bleibt allein, auf die stets vorliegende Irreführung gem. § 5 zurückzugreifen. Im Hinblick auf den Verstoß gegen § 16 bleibt allein, eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB zu begründen. Die Schutzgesetzeigenschaft der Strafvorschriften der §§ 16 ff. UWG ist aber allgemein anerkannt. Demzufolge wäre es Verbrauchern möglich, über § 823 Abs. 2 i.V.m § 16 Abs. 2 UWG einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen. Dadurch würden ihnen eigene Ansprüche zustehen, die zudem der längeren dreijährigen Verjährungsfrist der §§ 195, 199 BGB unterliegen würden.

Die Gewährung eines Direktanspruchs der Verbraucher über § 823 Abs. 2 BGB i.V.m § 16 Abs. 2 UWG wäre auch im Hinblick auf den Anspruch der UGP-Richtlinie auf Vollharmonisierung unbedenklich, da es den Mitgliedstaaten gem. Art. 13 UGP-RL vorbehalten bleibt, die anzuwendenden Sanktionen festzulegen.

Ein Anspruch über § 823 Abs. 2 BGB wäre jedoch nur möglich, wenn die oben beschriebene Anwendbarkeit von § 3 Abs. 3 i.V.m Anh. Nr. 14 UWG nicht vorrangig und abschließend gegenüber § 16 Abs. 2 UWG wäre. Die wohl überwiegende Meinung geht zwar von der vorrangigen Prüfung von Nr. 14 des Anhangs aus. Die Stoßrichtung dieser Annahme ist jedoch in aller Regel auf Verfahrenseffizienz gerichtet: Auf die wertungsoffeneren Konkretisierungstatbestände oder die Generalklausel soll nur zurückgegriffen werden, wenn keine konkreteren Tatbestände eingreifen. Durch den Vorrang der Tatbestände des Anhangs sollen aber weder Verbraucher schlechter gestellt noch der Rechtsverletzer privilegiert werden.



13.05.2024

**Vorlesung Lauterkeitsrecht
SS 2024
Universität Konstanz
Mo 17.00 - 18.30 Uhr, C 230
Jochen Glöckner**

Arbeitspapier 6

Bitte lesen Sie vorbereitend:

BGH v. 13.06.2002, I ZR 173/01 – *Koppelungsangebot II* = NJW 2002, 3403

BGH v. 22.09.2005, I ZR 55/02 – *Artenschutz* = WRP 2006, 67

BGH v. 26.10.2006, I ZR 33/04 – *Regenwaldprojekt I* = WRP 2007, 303

BGH v. 17.02.2000, I ZR 239/97 – *Space Fidelity Peep Show* = WRP 2000, 724

BGH v. 22.09.2005, I ZR 28/03 – *Zeitschrift mit Sonnenbrille* = WRP 2006, 69

BGH v. 07.05.1998, I ZR 85/96 – *Verkaufsveranstaltung in Aussiedlerwohnheim* =
GRUR 1998, 1041

BGH v. 06.07.2006, I ZR 145/03 – *Kunden werben Kunden* = GRUR 2006, 949

BGH v. 12.07.2007, I ZR 82/05 – *Tony Taler* = WRP 2008, 214

BGH v. 17.07.2008, I ZR 160/05 – *Sammelaktion für Schoko-Riegel* = GRUR 2009, 71

BGH v. 29.10.2009, I ZR 180/07 – *Stumme Verkäufer II* = GRUR 2010, 455

BGH v. 23.02.2012, I ZR 231/10 – *Dentallaborleistungen* = GRUR 2012, 1050

BGH v. 17.08.2013, I ZR 34/12 – *Runes of Magic* = GRUR 2014, 298

BGH v. 03.04.2014, I ZR 96/13 – *Zeugnisaktion* = GRUR 2014, 111

F. Aggressive geschäftliche Handlungen

I. Unionsrechtliche Vorgaben, Art. 8, 9 UGP-RL

Ein lauterkeitsrechtlicher Schutz der freien Entscheidung als Funktionsbedingung unverfälschten Wettbewerbs wird vom Europarecht erst seit Erlass der UGP-Richtlinie gewährt: Nach Art. 5 Abs. 4 lit. b i.V.m. Art. 8 UGP-RL gilt eine Geschäftspraxis als aggressiv und deshalb nach Art. 5 Abs. 1 als unlauter, wenn *erstens* im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Durchschnittsverbrauchers tatsächlich oder voraussichtlich erheblich beeinträchtigt wird *und zweitens* der Durchschnittsverbraucher dadurch tatsächlich oder voraussichtlich dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte. Aus Art. 9 lassen sich einzelne Kriterien entnehmen, auf die bei der Feststellung, ob im Rahmen einer Geschäftspraxis Mittel der Nötigung oder (sonstigen) unzulässigen Beeinflussung eingesetzt werden, abzustellen ist. Hierzu sind neben Zeit, Ort, Art und Dauer des Einsatzes vor allem die Ausnutzung konkreter Unglückssituationen, Drohungen und Beleidigungen zu zählen.

Art. 5 Abs. 3 UGP-RL sieht ausdrücklich den Schutz einzelner Verbrauchergruppen vor, die aufgrund von geistigen oder körperlichen Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit im Hinblick auf eine Geschäftspraxis besonders schutzbedürftig sind, wenn die betreffende Geschäftspraxis voraussichtlich gerade das Verhalten einer dieser Gruppen wesentlich beeinflusst. Abzustellen ist in diesem Fall auf die Perspektive eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe.

Im Anhang I, auf den Art. 5 Abs. 5 UGP-RL verweist, findet sich eine „schwarze Liste“, in der Geschäftspraktiken aufgezählt sind, die unter allen Umständen als unlauter gelten. Unter dem Aspekt der Aggressivität einer Geschäftspraxis i.S.v. Art. 8 ist es danach *per se* unlauter, den Eindruck zu erwecken, der Verbraucher könne die Räumlichkeiten ohne Vertragsabschluss nicht verlassen (Nr. 24). Ferner gilt es als unlauter, im Rahmen eines persönlichen Besuchs der Aufforderung des Verbrauchers, die Wohnung zu verlassen, nicht nachzukommen (Nr. 25) oder Kunden durch hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen über Telefon, E-Mail usw. zu werben (Nr. 26); eine Ausnahme gilt in beiden Fällen, wenn das Verhalten nach den nationalen Vorschriften gerechtfertigt ist, um eine vertragliche Verpflichtung durchzusetzen. Im Rahmen eines Versicherungsvertrags ist es unlauter, die Ansprüche eines Verbrauchers zu torpedieren, indem dieser aufgefordert wird, Dokumente vorzulegen, die im Zusammenhang mit den Ansprüchen gar nicht relevant sind oder indem einschlägige Schreiben nicht beantwortet werden (Nr. 27). Unlauter ist es auch, Kinder direkt aufzufordern, die beworbenen Produkte zu kaufen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene zu überreden, die beworbenen Produkte für sie zu kaufen (Nr. 28). Als unlauter wird des Weiteren die Aufforderung gegenüber dem Verbraucher angesehen, unbestellte Waren oder Dienstleistungen zu bezahlen, zurückzusenden oder zu verwahren mit Ausnahme von Ersatzlieferungen gemäß Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie 97/7/EG (Nr. 29). Unlauter ist auch der ausdrückliche Hinweis an den Verbraucher, dass bei Nichterwerben eines Produkts oder einer Leistung der Arbeitsplatz oder die Lebensumstände des Gewerbetreibenden gefährdet sind (Nr. 30). Um ein Ausnutzen der Spieleidenschaft zu verhindern, gilt es als unlauter, den fälschlichen Eindruck zu erwecken, der Verbraucher habe bereits einen Preis gewonnen, werde einen Preis gewinnen oder werde durch eine bestimmte Handlung einen Preis o.ä. gewinnen, wenn es gar keinen Preis o.ä. gibt (Nr. 31).

Dass das Europarecht inzwischen Regelungen zum Schutz der Entscheidungsfreiheit bereithält, ist uneingeschränkt zu begrüßen. Die Regelungen sind indes in verschiedener Hinsicht kritikwürdig: Bereits der in Art. 8 UGP-RL verwendete Oberbegriff der „unzulässigen Beeinflussung“ führt – trotz seiner Definition in Art. 2 lit. j UGP-RL – nur wenig weiter: Die Beeinflussung ist als solche nicht rechtswidrig; die Unzulässigkeit steht am Ende der Prüfung und kann deshalb nicht zugleich den Tatbestand umschreiben. Die diesbezügliche Definition in Art. 2 lit. j UGP-RL hilft ebenfalls kaum: Außer dem Hinweis auf das Bestehen und die Ausnutzung einer Machtposition enthält sie lediglich den sprachlich eher irreführenden Hinweis auf die wesentliche Einschränkung des Verbrauchers zu einer informierten Entscheidung – obwohl die informierte Entschei-

derung gar nicht betroffen ist, sondern allenfalls die freie Entscheidung. Die keiner weiteren Abwägung zugänglichen Regelungen in Anhang I weisen an zahlreichen Stellen eine beunruhigende Offenheit auf: Wann ist das Ansprechen durch unerwünschte Telefonanrufe etwa „hartnäckig“? Wann werden Kinder „direkt aufgefordert“?

II. *Rechtsentwicklung*

1. Fallreihen im aUWG

Die Unbestimmtheit der Generalklausel des aUWG mit ihrem alleinigen Verweis auf die „guten Sitten“ in § 1 aUWG öffnete das Lauterkeitsrecht für alle Bereiche wirtschaftlichen Handelns. Die dadurch entstehende Rechtsunsicherheit wurde durch die Entwicklung engmaschiger Fallgruppen durch die Rechtsprechung abgefangen. Es entwickelten sich die Fallgruppen „unlautere Kundenwerbung“ (oder Kundenfang), „Behinderung“, „Ausbeutung“, „Marktstörung“ und „Rechtsbruch“ (vgl. AP 1). Unter dem Gesichtspunkt des Kundenfangs waren neben der „Irreführung“ (vgl. dazu AP 5) die „Nötigung“, die „Belästigung“, die „Verlockung (Kundenbestechung)“, „aleatorische Anreize“, die „Gefühls- und Vertrauensausnutzung“ sowie die „Ausnutzung der Unerfahrenheit“ (vgl. die Darstellung noch in Baumbach/Hefermehl, 22. Aufl., 2001, § 1 Rn. 46 ff.) mit zahlreichen Unterfallgruppen etabliert.

2. Kodifizierung UWG 2004; Anpassung 2008

Verschiedene Fallgruppen des „Kundenfangs“ wurde durch die UWG-Novelle 2004 in § 4 Nrn. 1-6 UWG 2004 kodifiziert, wobei die aggressiven geschäftlichen Handlungen insbesondere durch die Nummern 1 und 2 erfasst wurden. § 4 Nr. 1 UWG 2004 erfasste die Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit von Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern durch Ausübung von Druck, in menschenverachtender Weise oder durch sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss. § 4 Nr. 2 UWG 2004 untersagte das Ausnutzen der geschäftlichen Unerfahrenheit insbesondere von Kindern und Jugendlichen, von Leichtgläubigkeit, Angst oder Zwangslagen.

§ 4 Nr. 1 UWG 2004 diente nicht allein dem Schutz von Verbrauchern, sondern auch dem Schutz sonstiger Marktteilnehmer (§ 2 Abs. 1 Nr. 2). Erfasst wurden demnach auch Handlungen im Verhältnis zweier Unternehmer auf verschiedenen Wirtschaftsstufen. Dabei geht es in erster Linie um das Interesse der Lieferanten, vor der Ausübung von Druck durch marktmächtige Nachfrager geschützt zu werden. Diese Form der (vertikalen!) Behinderung fiel somit nicht unter § 4 Nr. 10 UWG 2008 (nunmehr § 4 Nr. 4 UWG; vgl. dazu AP 9), sondern in den Anwendungsbereich des § 4 Nr. 1 2008 (nunmehr § 4a; die Struktur blieb erhalten; vgl. dazu u.).

§ 4 Nr. 1 UWG 2008 schützte die Entscheidungsfreiheit vor Beeinträchtigung durch „Druckausübung“, „in menschenverachtender Weise“ und durch „sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss“. Aus dieser Formulierung ergab sich, dass der unangemessene unsachliche Einfluss als Oberbegriff und die Druckausübung sowie die Einwirkung in menschenverachtender Weise nur als dessen Unterfälle zu verstehen waren. Der unangemessene unsachliche Einfluss war jedenfalls richtlinienkonform i.S.d. Art. 8 UGP-RL auszulegen.

Die unionsrechtlichen Vorgaben der Art. 8, 9 UGP-RL wurden zunächst im Wesentlichen durch § 4 Nr. 1 UWG 2008 umgesetzt. Vor diesem Hintergrund passte der deutsche Gesetzgeber die seinerzeit bestehenden Regelungen nur geringfügig an die Vorgaben der UGP-Richtlinie an: § 4 Nr. 1 UWG 2004 blieb hinsichtlich der Fallgruppen unverändert. Nr. 1 wurde nur, wie auch Nr. 2, sprachlich an die Ersetzung der Wettbewerbshandlung durch die geschäftliche Handlung angepasst. Daneben wurde § 4 Nr. 2 durch die UWG-Reform 2008 geändert und um die Tatbestände des Ausnutzens geistiger und körperliche Gebrechen und des Alters ergänzt. Die Hervorhebung von Kindern und Jugendlichen bei der geschäftlichen Unerfahrenheit fiel weg. Der deut-

sche Gesetzgeber ging 2008 davon aus, dass die Anforderungen der Art. 8, 9 UGP-RL durch § 4 Nrn. 1, 2 UWG 2008 erfüllt würden. Die Kommission sah das anders und beanstandete die Umsetzung.

3. UWG-Novelle 2015

In Reaktion auf die Beanstandungen der EU-Kommission gab der deutsche Gesetzgeber dieses Regelungsmodell auf. Durch die UWG-Novelle 2015 wurden § 4 Nrn. 1, 2 UWG aF gestrichen und an ihrer Stelle wurde ein neuer § 4a für aggressive geschäftliche Handlungen eingefügt, der sich sprachlich und inhaltlich weit an die Formulierungen der Art. 8, 9 UGP-RL anlehnt, allerdings – wie die Vorgängerregelungen – im Anwendungsbereich nicht auf gegenüber Verbrauchern begangene geschäftliche Handlungen begrenzt ist.

Während der Regelungsgehalt des § 4 Nrn. 1, 2 UWG 2008 im Wesentlichen im neuen § 4a aufgegangen sein soll, soll der Schutz vor menschenverachtenden geschäftlichen Handlungen außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie von § 3 Abs. 1 UWG erfasst sein (BT-Drs. 18/6571, S. 14).

4. Verhältnis zu der datenschutzrechtlichen Einwilligung

Der Umstand, ob eine datenschutzrechtliche Einwilligung durch eine aggressive geschäftliche Handlung erlangt wird, wird im Datenschutzrecht nicht abschließend berücksichtigt. Zwar setzt die Wirksamkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung nach Art. 4 Nr. 11 DSGVO voraus, dass sie freiwillig erteilt wurde. Das Freiwilligkeitserfordernis dient indes nur zu der Abgrenzung zu einer fremdbestimmten Datenverarbeitung und dient nicht dazu, das Verhalten des Datenverarbeiters zu sanktionieren. Folglich kann eine Datenverarbeitung aufgrund einer nicht freiwillig erteilten Einwilligung auch nicht per se als aggressive Handlung angesehen werden (*Ohly*, GRUR 2019, 686, 693).

III. *Aggressive geschäftliche Handlungen, § 4a UWG*

1. Normzweck: Schutz des Entscheidungsprozesses

§ 4a UWG bezweckt den Schutz der geschäftlichen Entscheidungsfreiheit von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern. Sie sollen vor unangemessener Druckausübung geschützt werden, der ihren geschäftlichen Entscheidungsprozess beeinflusst. Es sind nur wirtschaftliche, keine ideellen oder sonstigen Interessen geschützt. Darüber hinaus sind mittelbar die Interessen rechtmäßig handelnder Mitbewerber und der Allgemeinheit an einem lauterem Wettbewerb geschützt.

2. Normstruktur

§ 4a Abs. 1 Satz 1 bestimmt als Ausgangspunkt, dass aggressive geschäftliche Handlungen unlauter sind. Satz 2 definiert, was aggressive geschäftliche Handlungen sind. Es ist auf die konkreten Umstände abzustellen und zu fragen, ob die Entscheidungsfreiheit durch Belästigung (Nr. 1), Nötigung (Nr. 2) oder unzulässige Beeinflussung (Nr. 3) beeinflusst wird. Der Auffangtatbestand des Nr. 3 wird in § 4a Abs. 1 Satz 3 UWG in Übereinstimmung mit Art. 2 lit. j UGP-RL konkretisiert als Ausnutzen einer Machtposition durch einen Unternehmer zur Ausübung von Druck in einer Weise, die die Fähigkeit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers zur informierten Entscheidung wesentlich einschränkt.

§ 4a Abs. 2 Satz 1 UWG zählt konkrete Umstände auf, die für die Beurteilung und Einstufung als aggressive geschäftliche Handlung zu berücksichtigen sind, so z. B. Zeitpunkt, Ort, Art und Dauer der Handlung (Nr. 1), Verwendung drohender und beleidigender Formulierungen und Verhaltensweisen (Nr. 2) oder das Ausnutzen von Unglückssituationen (Nr. 3), wobei bei Nr. 3

insbesondere Umstände in der Person des Verbrauchers zu berücksichtigen sind, so geistige und körperliche Beeinträchtigungen, Alter, geschäftliche Unerfahrenheit, Leichtgläubigkeit, Angst und Zwangslage.

IV. Fallreihen

1. Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit durch Druckausübung

§ 4 Nr. 1 UWG 2008 nannte als Unterfall des „unangemessenen unsachlichen Einflusses“ die Ausübung von Druck. Die Druckausübung war dann als unlauter anzusehen, wenn sie geeignet ist, die Entscheidungsfreiheit eines verständigen Durchschnittsverbrauchers zu beschneiden; die Rationalität der Entscheidung musste gänzlich in den Hintergrund treten. Die Druckausübung konnte durch Gewalt oder unsachliche Drohung erfolgen. Ähnlich wie bei der Ermittlung der Rechtswidrigkeit bei § 240 StGB richtete sich die Frage der Unlauterkeit nach der Zweck-Mittel-Relation, also der Beziehung zwischen Druckmittel und dem damit verfolgten Zweck.

Durch die UWG-Novelle 2015 dürfte sich diesbezüglich kaum etwas geändert haben. Das Merkmal der Ausübung von Druck findet sich auch heute noch „fast etwas zu üppig“ im Gesetzeswortlaut wieder (*Picht*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 5. Aufl., 2021, § 4a Rn. 27). Es ist sowohl enthalten in § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 „Nötigung“ als auch in der „unsachlichen Beeinflussung“ nach § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3, deren Legaldefinition in § 4a Abs. 1 S. 3 UWG das Merkmal ausdrücklich nennt. Die Verwirklichung des Straftatbestandes in § 240 StGB ist für die Nötigung aus Nr. 2 nicht zwingend erforderlich, weil jedenfalls im Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie deren eigene Funktionalitäten maßgebend sein müssen.

Als Druckmittel kommt die Ausübung moralischen, autoritären oder wirtschaftlichen Drucks in Betracht. Eine untergeordnete Rolle spielt die Ausübung physischen Zwangs, etwa in Form des Hineinzerrens in ein Geschäft. Moralischer Druck wird ausgeübt, wenn der Verbraucher im Falle der Ablehnung der erwünschten Entscheidung mit moralischen Vorwürfen konfrontiert wird, die geeignet sind, sein Entscheidungsverhalten zu beeinflussen, vgl. Nr. 30 Anh. UWG. Der bloße Appell an Solidarität und Hilfsbereitschaft über die Werbung mit dem Versprechen, einen Teil des Verkaufserlöses für gute Zwecke zur Verfügung zu stellen, reicht allerdings für die Annahme von Unlauterkeit nicht aus (vgl. dazu noch u.).

Ein autoritärer Druck liegt vor, wenn eine kraft amtlicher o.ä. Stellung bestehende Machtposition dazu benutzt wird, auf die geschäftliche Entscheidung eines Marktteilnehmers Einfluss zu nehmen und dieser davon ausgeht, dass ihm bei „Zuwerhandlung“ berufliche oder andere Nachteile entstehen (BGH, GRUR 1984, 665 – *Werbung in Schulen*). Auch die Drohung mit einer Strafanzeige zur Durchsetzung von (vermeintlichen) Ansprüchen, kann sich als unlautere Druckausübung erweisen (LG Mannheim, MMR 2009, 568 – *Abofalle*). Die Drohung mit rechtlich zulässigen Mitteln, wie Anzeigen, Hinweise an die Schufa oder Klagen, beeinträchtigt die Entscheidungsfreiheit jedoch nur, wenn suggeriert wird, dass der Bedrohte keine Möglichkeit hat, die angedrohten Maßnahmen abzuwenden oder dass die Rechtsverteidigung aussichtslos sei (BGH, GRUR 2018, 1063, Rn. 14 f. – *Zahlungsaufforderung*; im Anschluss an BGH, GRUR 2015, 1134, Rn. 25 – *Schufa-Hinweis*).

Wirtschaftlicher Druck wird ausgeübt, wenn wirtschaftliche Macht, insbesondere Marktmacht, dazu eingesetzt wird, die Marktgegenseite – seien es Verbraucher oder andere Unternehmen – zu geschäftlichen Entscheidungen zu bewegen, die diese nur deshalb fällt, weil ihr wirtschaftliche Nachteile wie der Abbruch von Geschäftsbeziehungen angedroht werden. Dazu gehört etwa die Drohung eines Mobilfunkunternehmens, seinem Kunden für den Fall der Nichterfüllung einer umstrittenen Gebührenforderung dessen Anschluss zu sperren, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche Sperre nicht erfüllt sind (OLG Frankfurt, Urt. v. 24.10.2019, 6 U 147/18, GRUR-RR 2020, 30 – *Sperrandrohung*). Dabei dürfen allerdings die kartellrechtlichen

Wertungen, die sich aus den §§ 19, 20 GWB, Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EG) ergeben, nicht konterkariert werden, indem die Eingriffsschwelle über den Umweg des Lauterkeitsrechts abgesenkt wird.

Neben diesen strukturell begründeten Machtpositionen – durch wirtschaftliche Überlegenheit – kann diese auch situativ begründet sein. So nahm der BGH dies bei einer Gatekeeperfunktion eines Werbeblocker anbietenden Unternehmens für werbewillige Unternehmen an, die sich aus der weiten Verbreitung der Software wie auch aus den Verträgen mit namhaften Internetkonzernen ergab (BGH, GRUR 2018, 1251, Rn. 60 f. – *Werbeblocker II*). Im vorliegenden Fall verneinte der BGH allerdings eine unzulässige Beeinflussung durch das Angebot des entgeltlichen Whitelisting, da die werbewilligen Unternehmen zur Abwägung mehrerer Optionen unter kaufmännischen Gesichtspunkten noch in der Lage seien (BGH, GRUR 2018, 1251, Rn. 71 – *Werbeblocker II*).

Ein besonders perfides Druckmittel stellt die Einwirkung auf Kinder und Jugendliche dar. In den europäischen Gesellschaften mit typischerweise rückläufigen Kinderzahlen stellen Kinder einen erheblichen Wirtschaftsfaktor dar. Neben den erstaunlichen Beträgen, über welche Kinder frei verfügen (dazu sogl.), tritt der gesamte Bereich, in dem sie geschäftliche Entscheidungen ihrer Eltern als Motivatoren beeinflussen. Er umfasst nicht etwa allein „kindbezogene“ Produkte (z.B. von den Eltern gekaufte Spielsachen, die Frühstückszerealien oder die Jeans und Turnschuhe), sondern in hohem Maße und mit steigendem Alter der Kinder/Jugendlichen auch Produkte, die vom Haushalt insgesamt oder unmittelbar von den Eltern genutzt werden (z.B. Computer, Fernseher, Fahrrad bis hin zum Auto). Werden die Kinder allein als Kaufmotivatoren für die Eltern angesprochen, so fällt dies nicht unter § 4a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 i. V. m. Satz 2 UWG. Dann ist auf die Willensfreiheit der Eltern abzustellen, die aber regelmäßig nach § 4a Abs. 1 UWG nicht betroffen ist. Es kann davon ausgegangen werden, dass vernünftige Erziehungsberechtigte im Allgemeinen in der Lage sein dürften, die Kaufwünsche ihrer Kinder abzulehnen (BGH, GRUR 2008, 183 Rn. 17 – *Tony Taler*).

Daneben unterliegt an Kinder gerichtete Motivationswerbung jedoch der Schranke in Anh. Nr. 28 UWG. Die maßgeblichen Probleme entstehen hier beim Tatbestandsmerkmal des „unmittelbaren Aufforderns“ zur Kaufveranlassung (BGH, GRUR 2014, 298 – *Runes of Magic*).

Fall 1: Die Beklagte stellt Frühstückszerealien her und vertreibt diese. In einer von ihr durchgeführten Werbeaktion wurden Schüler aufgefordert, als „Tony Taler“ bezeichnete Wertpunkte zu sammeln und diese anschließend über ihre Schule unter Einschaltung eines Lehrers als Ansprechpartner bei der Beklagten einzureichen. Je nach Anzahl der gesammelten Taler erhielt die Schule von der Beklagten Sportartikel. Die „Tony Taler“ befanden sich in den Packungen der beworbenen Produkte; sie konnten aber auch durch einen Anruf bei einer kostenpflichtigen Telefonverbindung oder durch Teilnahme an einem einfachen Geschicklichkeitsspiel auf der Internetseite der Beklagten erworben werden (BGH, WRP 2008, 214 – *Tony Taler*).

[Verstoß gegen §§ 3, 4a UWG?

Die angegriffene Werbeaktion zielt darauf ab, dass sich die umworbenen Kinder und Jugendlichen an ihre Eltern wenden, damit diese die Produkte erwerben. Daher geht es um die Willensentschlussfreiheit der Eltern. Einschränkungen der „Werberesistenz“ der Kinder, die gem. § 4a Abs. 2 S. 2 UWG zu berücksichtigen wären, sind daher unbeachtlich. Auch die Willens- und Entschlussfreiheit der Eltern ist aber von § 4a Abs. 1 UWG erfasst.

Die Schwelle zur Unlauterkeit der Einflussnahme wird erst überschritten, wenn der auf den Erwachsenen ausgeübte Druck ein solches Ausmaß erreicht, dass er in seiner freien Willensentscheidung wesentlich beeinträchtigt wird. Anders als bei Kindern und Jugendlichen, die für Beeinflussungen stärker empfänglich sind, kommt dies bei Er-

wachsenen nur ausnahmsweise in Betracht. Eine Werbung ist daher 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. Ein vernünftiger Erziehungsberechtigter ist im Allgemeinen in der Lage, derartige Kaufwünsche abzulehnen. Die Tatsache, dass ihn seine Kinder bedrängen, steht daher einer rationalen Entscheidung des Erziehungsberechtigten nicht entgegen. Eine Unlauterkeit kommt daher in solchen Fällen nur aufgrund besonderer Umstände in Betracht.

Derartige Umstände wurden im vorliegenden Fall jedoch bejaht. Die Sammelaktion sei geeignet, einen erheblichen Gruppendruck auf die Schüler auszuüben. Wenn sich die Mehrheit einer Klasse zum Sammeln der Taler entschließe, werde diese die Minderheit entsprechend unter Druck setzen, ebenfalls einen Beitrag zur Erlangung der Sportgeräte zu leisten. Damit nutze die Beklagte in unsachlicher Weise die innerhalb einer Schulklasse bestehende Gruppendynamik aus. Der Umstand, dass die Taler auch per Telefon oder über das Internet erworben werden könnten, mindere diesen Druck nicht maßgeblich. Die auf diese Weise dem Gruppenzwang ausgesetzten Schüler würden danach auch an ihre Eltern mit dem Wunsch herantreten, die Produkte der Beklagten zu erwerben. Zwar könnten vernünftige Eltern in der Regel mit diesem Druck umgehen. Im vorliegenden Fall würde aber die Einflussnahme auf die Eltern das angemessene Maß überschreiten, weil die Werbung darauf gerichtet sei, auch die Autorität der Schulen für die Aktion einzusetzen. Die Schulen hätten ein erhebliches Interesse daran, auf ihre Schüler und deren Eltern Einfluss zu nehmen, sich an der Sammelaktion zu beteiligen. Daher gerieten die Eltern in eine Situation, die Aktion der Beklagten unterstützen zu müssen, um den Eindruck mangelnder Hilfsbereitschaft und Solidarität zu vermeiden. Auch vernünftige Eltern würden sich deshalb dazu veranlasst sehen, Produkte der Beklagten zu erwerben, die sie ansonsten nicht gekauft hätten.]

...

2. Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit in menschenverachtender Weise

Eine Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit in menschenverachtender Weise kann in erster Linie in Form der Verletzung der Menschenwürde (Art. 1 GG) vorliegen. Dieser Beispielfall, der erst am Ende des Gesetzgebungsverfahrens in § 4 Nr. 1 UWG 2004 eingefügt wurde, statuiert jedoch nicht die Wettbewerbswidrigkeit der Verletzung der Menschenwürde als solche, sondern lediglich soweit sie Mittel zur Verfälschung der Entscheidungsfreiheit ist. Die Missachtung von Grundwerten verstieß demnach dann gegen § 4 Nr. 1 UWG 2004, wenn sie die Rationalität der Entscheidung völlig in den Hintergrund drängte. Das Ziel, schockierende und anstößige Werbung zu erfassen – hier ist insbesondere an die *Benetton*-Fälle zu denken – konnte wohl mit der Einfügung dieses Beispiels wohl gar nicht erreicht werden, da eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Verbraucher durch solche Werbung in der Regel zu verneinen ist.

In § 4a UWG ist der Tatbestand nicht mehr erhalten. Noch im Regierungsentwurf (v. 01.04.2015, BT-Drucks. 18/1435, S.15) sollte § 4 Nr. 1 UWG a.F. gerade deshalb beibehalten werden, weil der Regelungsbereich über die aggressive Beeinflussung des Verbraucherverhaltens hinausgehe.

Der Gesetzgeber erkannte rechtzeitig, dass diese Begründung wohl nicht mit der UGP-Richtlinie zu vereinbaren gewesen wäre. Stattdessen wurde § 4 Nr. 1 UWG a.F. nun aufgrund der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses (v. 04.11.2015, BT-Drucks. 18/6571, S. 14) gestrichen. Der Regelungsgehalt findet sich nunmehr umfassend in § 4a. Der Schutz vor menschenverachtenden geschäftlichen Handlungen außerhalb des Anwendungsbereichs der UGP-Richtlinie wird, wie nach bisheriger Rechtslage, durch § 3 Abs. 1 in seiner Funktion als Auffangtatbestand gewährleistet.

3. Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit durch unzulässige Beeinflussung

a) Werbung mit „unsachlichen“ Argumenten – „Gefühlsbetonte“ Werbung

Diesbezüglich nahm die Praxis früher an, dass eine gefühlsbetonte Werbung, durch welche die Entschließung des Kunden unter Ausnutzung seiner Gefühle in einer dem Leitbild des Leistungswettbewerbs widersprechenden Weise in seiner Kaufentscheidung unsachlich beeinflusst wird, unlauter sei. Zwar wurde das Unlauterkeitsurteil zutreffend an die Beeinträchtigung der Entschließungsfreiheit geknüpft. In einer dem Leitbild des freien und offenen Wettbewerbs widersprechenden Weise wurde allerdings dem Kriterium, ob ein sachlicher Zusammenhang zwischen der gefühlsbetonten Werbung und der angebotenen Ware oder Leistung besteht, u.U. entscheidende Bedeutung beigemessen.

So wurde insbesondere der Satz aufgestellt, dass ein Unternehmen wettbewerbswidrig handle, wenn es sich das Mitgefühl oder die soziale Hilfsbereitschaft der Umworbene für eigennützige Zwecke planmäßig zunutze mache, ohne dass ein sachlicher Zusammenhang mit der Leistung, wie den Eigenschaften einer Ware, ihrer Herstellungsart oder Preiswürdigkeit bestehe. Auf dieser Rechtsprechungslinie basierte nicht zuletzt der Wortlaut des § 4 Nr. 1 UWG 2004, der von einem „unangemessenen unsachlichen Einfluss“ sprach (vgl. dazu bereits o.).

Freilich verfolgen Aktionen, bei denen ein Teil der Einnahmen „guten Zwecken“ zugeführt wird, keineswegs altruistische Zwecke, sondern dienen in aller Regel dem ganz und gar eigennützigen Gewinnstreben des Unternehmens. Darauf sollte allerdings das Unlauterkeitsurteil nicht gestützt werden, denn jede geschäftliche Handlung dient dem eigennützigen Gewinnstreben, und der europäische Modelladressat, der „durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher“, erkennt das auch. Es muss deshalb dem Markt und damit der Marktgegenseite überlassen werden zu entscheiden, um welchen Zusatznutzens willen (das gute Gefühl, einen Beitrag zum Wohlergehen der Angestellten, zur Hilfe benachteiligter Kinder, zur Sicherung der Arbeitsplätze „bei uns“, zum Schutz der Umwelt) eine bestimmte Kaufentscheidung getroffen wird. Der mangelnde Sachzusammenhang ist kein tauglicher Gesichtspunkt zur Begründung des Unlauterkeitsurteils.

Fall 2: Eine bundesweit bekannte und tätige Brauerei warb seit Ende April 2002 - unter anderem in Fernsehwerbespots unter Beteiligung des Journalisten *Günther Jauch* - für das sogenannte „Krombacher-Regenwaldprojekt“. Danach sollte während eines dreimonatigen Aktionszeitraums „mit jedem gekauften Kasten Krombacher 1m² Regenwald in Dzanga Sangha nachhaltig geschützt“ werden, was der WWF Deutschland angeblich sicherstellte. (BGH, WRP 2007, 303 – *Regenwaldprojekt I*; inhaltlich weitgehend übereinstimmend mit BGH, WRP 2007, 308 – *Regenwaldprojekt II*)



Die Krombacher Regenwald-Aktion läuft vom 01.05. bis 31.07.2002. In diesem Zeitraum wird mit jedem gekauften Kasten Krombacher 1m² Regenwald in Dzanga Sangha nachhaltig geschützt. Dies stellt der WWF Deutschland sicher.

Das Dzanga Sangha-Gebiet liegt mitten im Herzen Zentralafrikas und ist eines der wichtigsten Umwelt-Projekte zum Schutz des Regenwaldes in Afrika.

Jeder Kasten Krombacher hilft.
Vielen Dank für Ihr Engagement.



in Kooperation mit

Das mit der Sache in der Berufung befasste OLG Hamm erklärte die Werbeaktion für unzulässig. Dabei stützte es sich allerdings nicht auf den Gesichtspunkt der gefühlsbetonten Werbung, sondern vielmehr auf eine fehlende Transparenz der Werbung. Im Falle der Verbindung des Absatzes mit einer altruistischen Handlung sei es nämlich erforderlich, dass der Verbraucher in der Werbung darüber aufgeklärt werde, wie die geplante altruistische Handlung konkret erreicht werden solle. Dies sei im vorliegenden Fall nicht ausreichend erfolgt, da für den Kunden reine Spekulation bleibe, wie der versprochene quadratmeterweise Schutz des Regenwaldes wirklich gewährleistet werden solle.

Im Ergebnis ebenso entschied auch das LG Siegen, das gleichfalls mit der Sache befasst war. Es stützte seine Entscheidung darauf, dass sich das Engagement der Brauerei lediglich in einer Unterstützung verschiedener Aktionen des WWF erschöpfe. Der in der Werbung behauptete Zusammenhang zwischen der Anzahl der verkauften Kästen Bier und dem Umfang der geschützten Regenwaldfläche bestehe lediglich mittelbar und somit nicht in der Weise, wie es der Werbeslogan verspreche.

Der BGH hob beide Entscheidungen auf und verwies sie jeweils zurück. In der Entscheidung *Regenwaldprojekt II* führte er aus:

„19 a) Das Berufungsgericht hat die angegriffene Werbung zu Recht nicht bereits deshalb als wettbewerbswidrig angesehen, weil diese an das Umweltbewusstsein der angesprochenen Verkehrskreise appelliert, ohne dass ein sachlicher Zusammenhang zwischen dem in der Werbung angesprochenen Engagement und der beworbenen Ware

besteht. Nach der Rechtsprechung des Senats reicht dieser Umstand für sich allein nicht aus, um eine unangemessene unsachliche Einflussnahme i.S. von § 4 Nr. 1 UWG [a.F.; § 4a UWG] anzunehmen (vgl. BGHZ 164, 153 Tz 18 ff. - Artenschutz).

20 b) Zutreffend ist das Berufungsgericht auch davon ausgegangen, dass die Verknüpfung der Förderung des Umweltprojektes der Beklagten mit dem Warenabsatz für sich allein gesehen die Unlauterkeit der beanstandeten Werbung nicht begründen kann.

21) Im Rahmen der Wertreklame ist es dem Unternehmer nach der Rechtsprechung des Senats grundsätzlich nicht verwehrt, die Abgabe von zwei keine Funktionseinheit bildenden Produkten in einer Weise miteinander zu verbinden, dass beim Erwerb des einen Produkts das andere ohne Berechnung abgegeben wird (vgl. BGH, Urt. v. 22.9.2005 - I ZR 28/03, GRUR 2006, 161 Tz 14 = WRP 2006, 69 - Zeitschrift mit Sonnenbrille; zu § 1 UWG a.F.: BGHZ 151, 84, 86 - Koppelungsangebot I). Entsprechendes hat zu gelten, wenn der Unternehmer den Produktabsatz statt mit einer zusätzlichen Ware mit der Förderung sozialer, sportlicher, kultureller oder ökologischer Belange (sogenanntes Sponsoring) koppelt. Die freie Entscheidung des Verbrauchers wird regelmäßig nicht dadurch gefährdet, dass seine Kaufentscheidung nicht auf ausschließlich wirtschaftlichen Überlegungen, sondern auch auf der Möglichkeit beruht, sich durch die vom Unternehmer versprochene Förderung eines Dritten mittelbar für das damit verbundene Ziel zu engagieren. Die Schwelle zur Unlauterkeit nach § 4 Nr. 1 UWG [a.F.; § 4a UWG] wird erst überschritten, wenn der Einfluss ein solches Ausmaß erreicht, dass er die freie Entscheidung des Verbrauchers zu beeinträchtigen vermag (BGH, Urt. v. 23.2.2006 - I ZR 245/02, GRUR 2006, 511 Tz 21 = WRP 2006, 582 - Umsatzsteuererstattungs-Modell; Urt. v. 6.7.2006 - I ZR 145/03, GRUR 2006, 949 Tz 16 = WRP 2006, 1370 - Kunden werben Kunden). Davon kann im Streitfall nicht ausgegangen werden. Denn es bleibt der freien EntschlieÙung des Verbrauchers überlassen, ob er sich bei seiner Kaufentscheidung von dem Engagement des Unternehmers beeinflussen lässt.

22 c) Das Berufungsgericht hat jedoch angenommen, dass die angegriffenen Werbemaßnahmen wettbewerbswidrig seien, weil die Beklagte nicht ausreichend über die Art und Weise informiert habe, wie der angekündigte Schutz des Regenwaldes erreicht werden solle. Das hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Eine entsprechende allgemeine Informationspflicht ist dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nicht zu entnehmen.

23 aa) Der Gesetzgeber hat sich im Rahmen der UWG-Reform ausdrücklich gegen ein allgemeines Transparenzgebot entschieden (vgl. Begr. zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 15/1487, S. 19 f.). Er hat vielmehr Informationspflichten bei Verkaufsförderungsmaßnahmen und Preisausschreiben oder Gewinnspielen in § 4 Nr. 4 und Nr. 5 UWG [a.F.; § 5a Abs. 2 Nr. 2 UWG] vorgesehen und in § 5 Abs. 2 Satz 2 UWG [a.F.; § 5a UWG] anerkannt, dass das Verschweigen einer Tatsache irreführend sein kann. Letzteres ist insbesondere dann anzunehmen, wenn der verschwiegenen Tatsache nach der Auffassung des Verkehrs eine besondere Bedeutung zukommt, so dass das Verschweigen geeignet ist, das Publikum in relevanter Weise irrezuführen, also seine EntschlieÙung zu beeinflussen (vgl. Begr. zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 15/1487, S. 20). Allein aus der Tatsache, dass der Kunde mit dem Erwerb des Bieres die angekündigte umweltpolitische Leistung an den WWF unterstützt, also insoweit mit dem Unternehmen "an einem Strang zieht", oder, wie das Berufungsgericht es ausgedrückt hat, ein gutes Umweltgewissen "kauft", folgt noch nicht, dass er im Rahmen der Werbung über die Details aufgeklärt werden muss, wie der versprochene Schutz des Regenwaldes erreicht werden soll. Erst wenn die Werbung konkrete, für die Kaufentscheidung relevante irrige Vorstellungen hervorruft, ergibt sich aus dem Irreführungsverbot eine Verpflichtung des werbenden Unternehmens zu aufklärenden Hinweisen.

24 bb) Nach der Rechtsprechung des Senats zu den missbräuchlichen Koppelungsangeboten kann eine Irreführung anzunehmen sein, wenn über den Inhalt der zusätzlichen Leistung nur unzureichend informiert wird (vgl. zu § 4 Nr. 1 UWG [a.F.]: BGH GRUR 2006, 161 Tz 15 - Zeitschrift mit Sonnenbrille; zu § 1 [aUWG]: BGHZ 151, 84, 89 - Koppelungsangebot I; BGHZ 154, 105, 108 f. - Gesamtpreisangebot). Diese zu § 1 [aUWG] [Fassung von 1909] entwickelte Rechtsprechung ist auf das nunmehr geltende UWG übertragbar, wobei die Frage der Unlauterkeit einer unzureichenden Information am Maßstab des § 5 Abs. 2 Satz 2 UWG [a.F.; § 5a UWG] zu messen ist (Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl., § 4 UWG Rdn. 1.39; Seichter in Ullmann, jurisPK-UWG, § 4 Nr. 1 Rdn. 58; Lettl, WRP 2004, 1079, 1104; Heermann, WRP 2005, 141, 146; für eine Anwendung im Rahmen von § 4 Nr. 1 UWG [a.F.]: Fezer/Steinbeck, UWG, § 4-1 Rdn. 129). Hieraus folgt aber keine Pflicht zu einer umfassenden Aufklärung; eine solche wird von einem verständigen Verbraucher auch nicht erwartet. Die Verpflichtung zu aufklärenden Angaben besteht nur dann, wenn anderenfalls die Gefahr einer unlauteren Beeinflussung des Verbrauchers durch Täuschung über den tatsächlichen Wert des Angebots, insbesondere über den Wert einer angebotenen Zusatzleistung, gegeben ist (BGHZ 154, 105, 108 f. - Gesamtpreisangebot; BGH GRUR 2006, 161 Tz 15 - Zeitschrift mit Sonnenbrille).

25 cc) Danach besteht im Falle der Koppelung eines Absatzgeschäftes mit einem sozialen, kulturellen, sportlichen oder ökologischen Engagement weder aufgrund des Verbots einer unangemessenen unsachlichen Einflussnahme auf Marktteilnehmer (§§ 3, 4 Nr. 1 UWG [a.F.; §§ 3, 4a UWG]) noch unter dem Gesichtspunkt der irreführenden Werbung (§§ 3, 5, 5a UWG) eine allgemeine Verpflichtung des Unternehmens, über die Art und Weise der Unterstützung oder die Höhe bzw. den Wert der Zuwendung aufzuklären (OLG Hamburg GRUR-RR 2003, 51, 52; Fezer/Steinbeck aaO § 4-1 Rdn. 370; Gloy/Loschelder/Hasselblatt, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 3. Aufl., § 63 Rdn. 67; Harte/Henning/Stuckel, UWG, § 4 Nr. 1 Rdn. 109; Hartwig, GRUR 2003, 924, 927; Günther/Beyerlein, WRP 2004, 1142, 1144; für weitergehende Informationspflichten: Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 4 UWG Rdn. 1.165; Seichter in Ullmann aaO § 4 Nr. 1 Rdn. 116; Nordemann/Dustmann, Festschrift Tilmann, 2003, S. 207, 217; offengelassen von Lindacher, Festschrift Tilmann, 2003, S. 195, 205). Verspricht ein Unternehmen in der Werbung, ein bestimmtes Projekt zu unterstützen, besteht der zusätzliche Kaufanreiz darin, dass sich der Verbraucher durch den Warenbezug für das entsprechende Ziel engagieren kann, ohne eigene weitere Aufwendungen über den Kaufpreis hinaus tätigen zu müssen. Hat der Werbende keine nach Art und Umfang näher bestimmte Leistung versprochen, wird der Verbraucher nur erwarten, dass das werbende Unternehmen zeitnah überhaupt eine Unterstützungsleistung erbringt und diese nicht so geringfügig ist, dass sie die werbliche Herausstellung nicht rechtfertigt. Davon abgesehen ist die Werbung mit einem nicht näher spezifizierten Sponsoring allein nicht geeignet, aufgrund mangelnder Transparenz die angesprochenen Verkehrskreise unangemessen unsachlich i.S. von § 4 Nr. 1 UWG [a.F.; § 4a UWG] zu beeinflussen oder sie über die Art und Weise der Unterstützungsleistung oder deren Umfang zu täuschen.

26 dd) Trifft die Beklagte danach keine generelle Pflicht, in der Werbung über die konkret ergriffenen Maßnahmen zur Förderung des Regenwaldprojektes zu informieren, steht den Klägern kein Unterlassungsanspruch wegen fehlender Transparenz der Werbung mit der Förderung des Projekts nach § 4 Nr. 1 UWG [a.F.; § 4a UWG] zu.“

Die Werbung mit einer erlösbezogenen Sponsoringleistung ist somit grundsätzlich erlaubt. Bereits zuvor hatte der BGH in seiner Entscheidung *Artenschutz* (WRP 2006, 67) festgestellt, dass die rein imagebezogene Werbung nicht allein deshalb gegen § 4 Nr. 1 UWG 2004 verstieß, weil ein sachlicher Zusammenhang mit der beworbenen Ware nicht bestand. Diese überfällige Entwicklung war zu begrüßen.

Nicht ganz unproblematisch erscheinen demgegenüber die Ausführungen des Bundesgerichtshofs zum Transparenzgebot. Unmittelbar veranlasst waren sie durch den Begründungsstrang der Vorinstanz, welche an die BGH-Rechtsprechungslinie zu Koppelungsangeboten anknüpfte. Es ist jedoch fragwürdig, ob die Argumentation des Oberlandesgerichts Hamm sich überhaupt auf die bloße Verletzung einer Informationspflicht stützt. Bestimmte Formulierungen legen an sich nahe, dass das Berufungsgericht darüber hinausgehend von einer echten Irreführungsgefahr ausgegangen ist:

„Anknüpfend an den quadratmeterweise versprochenen Schutz des Regenwaldes *wird der Kunde annehmen*, dass vielleicht entsprechendes Land von der Umweltschutzorganisation aufgekauft wird, um so kraft einer Eigentümerstellung zerstörende Maßnahmen sicher abwehren zu können. *Jedenfalls wird er annehmen*, dass die Umweltschutzorganisation durch die kastenweise erhaltenen Gelder Einflussmöglichkeiten für den Erhalt des Regenwaldes erhält, die sie von dem Wohlwollen Dritter, etwa der Regierung oder Unternehmen, unabhängig macht, dass sie also Begehrlichkeiten, etwa auf Bodenschätze oder auf wertvolle Hölzer, die den Regenwald zu zerstören drohen, aus eigener Kraft abwehren kann. Anders lässt es sich nicht vorstellen, wie die Nachhaltigkeit der Hilfe wirklich gewährleistet ist, der Regenwald wirklich seiner Substanz nach, quadratmeterweise, geschützt wird.“ (OLG Hamm v. 12.11.2002, 4 U 109/02, GRUR 2003, 975, 977; Hervorhebung d. Verf.)

Wahrscheinlich bereitet der Umgang mit der latent irreführenden Wirkung derartiger Öko-Sponsoring-Maßnahmen die größten lauterkeitsrechtlichen Probleme: Der von Krombacher zu schützende afrikanische Regenwald hat eine Fläche von über 600.000 km². Diese Fläche nimmt nach älteren Quellen jährlich um ca. 0,6 % ab. Allein der Verlust beträgt demnach 3600 km² im Jahr, das sind 3 600 000 000 m². Um nur diesen Verlust zu verhindern, müsste jeder Deutsche, Mann oder Frau, Kind oder Greis annähernd jede Woche einen Kasten Krombacher kaufen. Aus dem eigenen Nachhaltigkeitsbericht der Brauerei wird deutlich, dass seit dem Jahr 2002 durch das Krombacher Regenwald-Projekt lediglich eine Fläche von – je nach Angabe zwischen – 83 und 97 km² geschützt wurden, die zumal innerhalb des bereits als Nationalpark geschützten Gebietes lagen.

b) Werteklamme

Werteklamme ist Werbung mit dem Wert einer Ware oder einer Dienstleistung, die dem Kunden im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Geschäfts über eine andere Ware oder Leistung verbilligt oder ganz unentgeltlich überlassen wird. Im Bereich der Werteklamme legte die deutsche Praxis bis vor nicht allzu langer Zeit ein nicht mehr zeitgemäßes und mit den europäischen Vorgaben nicht zu vereinbarendes Wettbewerbsleitbild zugrunde. Stellvertretend sei auszugsweise aus dem älteren Standardwerk von *Baumbach/Hefermehl* zitiert:

„Allen Formen der *Werteklamme* ist es gemeinsam, dass der Werbende nicht nur durch die Güte oder Preiswürdigkeit seiner Ware oder gewerblichen Leistung, sondern zugleich oder vor allem durch ein *unsachliches* Mittel, das Gewähren einer besonderen *Vergünstigung*, Kunden zu gewinnen sucht. Mit dem Leitbild eines an Güte und Preiswürdigkeit orientierten *Leistungswettbewerbs* ist eine Werteklamme nur schwer zu vereinbaren. Ihre starke werbliche *Wirkung* beruht im Gegensatz zur Wort- und Anschauungsreklame darauf, dass dem Kunden ein besonderer *Vorteil* in Aussicht gestellt wird, der geeignet ist, ihn zu *sachfremden* Überlegungen und Entschlüssen zu verleiten, ihn gleichsam zu „bestechen“.“ (Baumbach/Hefermehl, 22. Aufl., 2001, § 1 UWG Rdn. 85; Hervorhebungen i. Orig.)

Einer solchen Bewertung muss aus grundsätzlichen Erwägungen widersprochen werden. Das betrifft zunächst die tatsächlichen Grundlagen der Vorbehalte gegenüber der Werteklamme: Gerade Werteklamme ist unmittelbar leistungsbezogen: Die Werteklamme gibt „statt Worte Werte“.

Insbesondere Zugaben wirken sich unmittelbar auf das Preis-Leistungsverhältnis aus. Daher war seit jeher die Annahme nur schwer verständlich, dass der Abnehmer hierdurch zu sachfremden Überlegungen gebracht werden soll.

Wichtiger ist jedoch, das grundlegende Fehlverständnis zu erkennen: Es ist nicht Aufgabe des Lauterkeitsrechts, darüber zu befinden, welche Überlegungen sachfremd und welche sachgemäß sind. Allein die Abnehmer haben zu bestimmen, welche Kriterien für ihre wirtschaftliche Entscheidung relevant sein sollen, d.h. ihre Präferenzen bestimmen, und die Wettbewerber haben es in der Hand, diesen Präferenzen in ihrem Marketing zu folgen oder aber evtl. gar, sie aktiv zu prägen.

Eine auf den Begriff der „gewerblichen Leistungen“, die an den vermeintlich objektiven Kriterien von Preis und Qualität zu messen seien, verengte Perspektive ist mit der europarechtlichen Verpflichtung auf das Leitbild des freien und offenen Wettbewerbs i.S.d. Art. 119 AEUV nicht zu vereinbaren. Welche Parameter für die Abnehmer leistungsbestimmend sind, muss ihrer eigenen Entscheidung überlassen bleiben.

c) Koppelungsangebote

Fall 3: Die Kl. vertreibt unter anderem Geräte der Unterhaltungselektronik. In einer Werbebeilage bot die Kl. unter der Überschrift „Irgendwo besseres Angebot gesehen? Das gibt's doch gar nicht!“ einen dem Typ nach bezeichneten Videorekorder der Marke Toshiba zum Preis von 49 DM an. Ein bei der blickfangmäßig herausgestellter Preisangabe angebrachter Stern verwies den Leser auf eine Bedingung, wonach dieser Preis nur bei gleichzeitigem Abschluss eines Stromlieferungsvertrags gültig sei. Sie befand sich in einem Kasten, der als Ganzes etwa die Größe der unmittelbar daneben stehenden Preisangabe („49,-“) aufwies und in dem im linken Teil eine Glühbirne abgebildet war. Daneben stand in von oben nach unten kleiner werdender Schrift folgender Text: „Jetzt sollte Ihnen ein Licht aufgehen! Mindestlaufzeit 24 Monate; Grundgebühr: 9,90 DM/Monat; Verbrauchsgebühr: 0,27 DM/kWh. *Preis nur gültig in Verbindung mit einem Abschluss eines Stromlieferungsvertrags von ares“. Unter diesen Angaben befanden sich eine Abbildung des fraglichen Videorekorders sowie nähere Angaben zu diesem Gerät verbunden mit dem Hinweis, dass der „Preis ohne Stromvertrag“ 249 DM betrage. (BGH, NJW 2002, 3403 – *Koppelungsangebot I*)

The advertisement features a large price tag of 49 DM with a small star icon. Above the price tag, the headline reads "Irgendwo besseres Angebot gesehen? Das gibt's doch gar nicht!". To the right of the price tag is a light bulb icon with the text "Jetzt sollte Ihnen ein Licht aufgehen!". Below the light bulb, there is a small table of specifications:

Wattzahl	40 Watt
Lebensdauer	100.000 Stunden
Stromverbrauch	0,27 kWh/100h

Below the table, it says "Preis nur gültig in Verbindung mit einem Abschluss eines Stromlieferungsvertrags von ares". The main image shows a Toshiba VCR with a remote control. At the bottom, there is contact information for Saturn stores in Frankfurt and Offenbach, along with the Saturn logo and the slogan "Das gibt's doch gar nicht!".

[Verstoß gegen § 1 aUWG (Fassung von 1909)]

„Bis zur Aufhebung der Zugabeverordnung war die Rechtslage dadurch gekennzeichnet, dass das gesetzlich ausdrücklich geregelte Zugabeverbot durch das in der Rechtsprechung zu § 1 aUWG entwickelte Verbot des übertriebenen Anlockens, eines Unterfalls der Wertreklame, ergänzt wurde. So hat der Senat in den Entscheidungen, in denen es um die Werbung für ein Mobiltelefon ging, das bei Abschluss eines Netzkartenvertrags ohne oder fast ohne gesondertes Entgelt abgegeben werden sollte, sowohl für die zugaberechtliche Prüfung als auch für die Prüfung nach § 1 aUWG maßgeblich darauf abgestellt, dass es sich bei Mobiltelefon und Netzkartenvertrag um ein einheitliches Angebot handelte (vgl. BGHZ 139, 368 [372f.u. 374f.] = NJW 1999, 214 = GRUR 1999, 264 = LM H. 3/1999 PreisangabenVO 1985 Nr. 27 - Handy für 0,00 DM; BGH, NJW 1999, 211 = GRUR 1999, 261 [263] = LM H. 3/1999 PreisangabenVO Nr. 26 = WRP 1999, 94 - Handy-Endpreis; WRP 1999, 517 [518f.]; NJWE-WettbR 2000, 232 - Handy „fast geschenkt“ für 0,49 DM). Bildete die gewährte Vergünstigung mit der Hauptleistung eine Einheit, so fehlte es nicht nur an einer Zugabe, sondern auch am Einsatz eines unsachlichen Mittels der Kundenbeeinflussung und damit an einem Wettbewerbsverstoß nach § 1 aUWG. Denn die Werbung mit der besonders günstigen Abgabe eines Mobiltelefons stellte sich in diesem Fall als ein legitimer Hinweis auf den günstigen, durch verschiedene Bestandteile geprägten Preis der angebotenen Gesamtleistung dar; die Anlockwirkung, die von einem attraktiven Angebot ausgeht, ist niemals wettbewerbswidrig, sondern gewollte Folge des Leistungswettbewerbs.

Die Aufhebung der Zugabeverordnung beeinflusste auch die Auslegung von § 1 aUWG. Im Hinblick auf das gewandelte Verbraucherbild und die Auswirkungen der europäischen Harmonisierung auf das Lauterkeitsrecht hat der Gesetzgeber ein generelles Zugabeverbot nicht mehr für erforderlich gehalten (vgl. die Begr. des GE der BReg. zur Aufhebung der Zugabeverordnung, BT-Dr 14/5594, S. 8). Dieser gesetzgeberische Wille musste sich auch darin niederschlagen, was im Rahmen des § 1 aUWG als sittenwidrig anzusehen ist; er konnte nicht dadurch unterlaufen werden, dass die Sachverhalte, die in der Vergangenheit unter die Zugabeverordnung fielen, unverändert – nunmehr als Wettbewerbsverstöße nach § 1 aUWG – verfolgt werden können (vgl. Berlit, WRP 2001, 349 [351]; Heermann/Ruess, WRP 2001, 883 [886]; Fezer, WRP 2001, 989 [1008]; Köhler, GRUR 2001, 1067 [1068f.]; Steinbeck, ZIP 2001, 1741 [1745]; zurückhaltender dagegen Cordes, WRP 2001, 867 [869f.]; Berneke, WRP 2001, 615 [617]; Dittmer, BB 2001, 1961 [1963]; J. B. Nordemann, NJW 2001, 2505 [2510f.]; vgl. ferner die - Koppelungsangebote weitgehend zulassende - Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte: OLG Celle, GRUR 2001, 855 - Elektrische Geräte für 1 DM; KG, NJW-RR 2002, 42 = GRUR-RR 2001, 277 - Fernsehgerät für 1 DM II; OLG Karlsruhe, GRUR-RR 2002, 168 - Zwei Knaller).

Werden dem Verbraucher für den Fall des Erwerbs einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Leistung Vergünstigungen, insbesondere Geschenke, versprochen, liegt darin auch dann nicht ohne weiteres ein übertriebenes Anlocken, wenn Hauptleistung und Geschenk sich aus der Sicht des Verbrauchers nicht als ein funktionell einheitliches Angebot darstellen. Vielmehr ist dem Kaufmann grundsätzlich gestattet, verschiedene Angebote miteinander zu verbinden; dies gilt auch dann, wenn ein Teil der auf diese Weise gekoppelten Waren oder Leistungen ohne gesondertes Entgelt abgegeben wird (vgl. Köhler, GRUR 2001, 1067 [1069]).

Damit war indessen nicht gesagt, dass derartige Koppelungsangebote uneingeschränkt zulässig wären. Vielmehr trat an die Stelle eines generellen Verbots, das sich aus der ZugabeVO bis zu deren Aufhebung ergab und in ähnlicher Form der Generalklausel des § 1 aUWG entnommen wurde, eine Art Missbrauchskontrolle, die sich nicht allein auf § 3

aUWG und § 1 PAngV (dazu BGHZ 139, 368 [375ff.] = NJW 1999, 214 = GRUR 1999, 264 = LM H. 3/1999 PreisangabenVO 1985 Nr. 27 - Handy für 0,00 DM; BGH, NJW 1999, 211 = GRUR 1999, 261 [264] = LM H. 3/1999 PreisangabenVO Nr. 26 - Handy-Endpreis), sondern auch auf § 1 aUWG stützen konnte. Hierbei können die Fälle missbräuchlicher Koppelungsangebote zu einer einheitlichen Fallgruppe zusammengefasst werden, die für sämtliche Koppelungsgeschäfte – neben Zugaben sind dies die offenen oder verdeckten Koppelungsangebote (vgl. dazu BGH, NJW-RR 1996, 616 = GRUR 1996, 363 = LM H. 6/1996 § 1 UWG Nr. 706 = WRP 1996, 286 - Saustarke Angebote) sowie die Vorspannangebote (vgl. BGHZ 65, 68 = NJW 1976, 51 = GRUR 1976, 248 = LM § 1 UWG Nr. 284 - Vorspannangebot; BGH, NJW 1976, 2013 = GRUR 1976, 637 [638] = LM § 1 UWG Nr. 194 = WRP 1976, 555 - Rustikale Brettchen; NJW-RR 2000, 117 = GRUR 1999, 755 [756f.] = LM H. 9/1999 § 1 UWG Nr. 792 = WRP 1999, 828 - Altkleider-Wertgutscheine) – Geltung beanspruchen kann.

Die Anforderungen, die das Wettbewerbsrecht an die Zulässigkeit von Koppelungsangeboten stellt, müssen sich an den Gefahren orientieren, die von derartigen Geschäften für die Verbraucher ausgehen. Im Mittelpunkt steht dabei die Gefahr, dass die Verbraucher über den tatsächlichen Wert des Angebots getäuscht oder doch unzureichend informiert werden (vgl. die Bestimmung des Art. 3 lit. g des schweizerischen UWG, die als Regelbeispiel unlauteren Wettbewerbs vorsieht, dass Kunden durch Zugaben über den tatsächlichen Wert des Angebots getäuscht werden; dazu Baudenbacher/Glückner, LauterkeitsR, Art. 3 lit. g UWG Rdnr. 73ff.). Die Homogenität von Wirtschaftsgütern führt dazu, dass sich Angebote leicht vergleichen lassen; sie fördert daher Preisklarheit und Preiswahrheit. Koppelungsangebote können zwar Ausdruck eines gesunden Wettbewerbs sein, durch sie wird aber eine Heterogenität des Angebots gefördert, die nicht nur den Preisvergleich durch den Verbraucher erschwert, sondern darüber hinaus ein gewisses Irreführungs- und Preisverschleierungspotenzial birgt (vgl. Köhler, GRUR 2001, 1067 [1071]; ferner BGH, NJW 1999, 1398 = GRUR 1999, 515 [517f.] = LM H. 6/1999 § 1 ZugabeVO Nr. 61 = WRP 1999, 424 - Bonusmeilen). Im Interesse der Verbraucher ist daher eine Transparenz des Angebots zu fordern (vgl. auch § 7 Nr. 3 TDG [a.F.]; § 6 Abs. 1 Nr. 3 TMG); dazu Fezer, WRP 2001, 989 [1015]; Köhler, GRUR 2001, 1067 [1070]). Außerdem kann von Koppelungsangeboten – insbesondere wenn ein Teil des Angebots unentgeltlich gewährt werden soll – in Einzelfällen eine so starke Anlockwirkung ausgehen, dass auch bei einem verständigen Verbraucher ausnahmsweise die Rationalität der Nachfrageentscheidung vollständig in den Hintergrund tritt. Zuweilen kann die Gefahr für die Verbraucher – wie häufig bei den an ein Absatzgeschäft gekoppelten Gewinnspielen (BGH, NJW-RR 1998, 1999 = GRUR 1998, 735 [736] = LM H. 9/1998 § 1 UWG Nr. 766 = WRP 1998, 724 - Rubbelaktion; Urt. v. 11. 4. 2002 - I ZR 225/99, Umdr. S. 7 - Gewinnspiel im Radio) – auch in unzureichender Information verbunden mit einer hohen Anlockwirkung liegen. Das Wettbewerbsrecht muss diesen Gefahren Rechnung tragen.

Weder der Generalklausel des § 1 aUWG noch dem Tatbestand des § 3 aUWG konnten indessen absolute Grenzen entnommen werden. Selbst wertvolle Zugaben müssen ein Angebot nicht intransparent machen; sie müssen auch nicht zu einer irrationalen Nachfrageentscheidung führen. Daher können keine festen (relativen) Wertgrenzen bestimmt werden, jenseits deren eine Zugabe stets wettbewerbswidrig ist (vgl. dazu Lange/Spätgens, Rabatte und Zugaben im Wettbewerb, 2001, Rdnr. 439; J. B. Nordemann, NJW 2001, 2505 [2511]; Cordes, WRP 2001, 867 [870]). Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass Zugaben unter bestimmten Bedingungen dazu beitragen können, Außenseitern den Marktzutritt zu erleichtern, wenn – wie es die Kl. für den liberalisierten Strommarkt geltend macht – das Verbraucherverhalten durch ein gewisses Beharren gekennzeichnet ist und dem Außenseiter erhebliche Zugeständnisse abnötigt.

Die von Köhler (GRUR 2001, 1067 [1071ff.]) für sinnvoll gehaltene Verpflichtung, stets den Wert einer Zugabe anzugeben, konnte weder der Generalklausel des § 1 aUWG noch dem Irreführungsverbot entnommen werden. Eine solche allgemeine Pflicht zu begründen, wäre dem Gesetzgeber vorbehalten (vgl. den Entwurf der Europäischen Kommission für eine Verordnung über Verkaufsförderung, BR-Dr 853/01; dazu Göhre, WRP 2002, 36; Kretschmer, GRUR 2002, 42; Fezer, WuW 2002, 217). Ungeachtet der spezifischen Pflichten, die sich auch nach geltendem Recht aus der Preisangabenverordnung ergeben, war eine solche aus §§ 1 und 3 aUWG begründete Verpflichtung aber immer dann anzunehmen, wenn die Gefahr bestand, dass die Verbraucher über den Wert des tatsächlichen Angebots, namentlich über den Wert der angebotenen Zusatzleistung, getäuscht oder sonst unzureichend informiert werden. In diesen Fällen fordert das Transparenzgebot eine entsprechende Aufklärung.

Darüber hinaus gilt für Koppelungsangebote generell die Verpflichtung, dass Preise einheitlich zu bewerben sind. Wettbewerbswidrig ist es insbesondere, in der Werbung allein das Versprechen unentgeltlicher Teilleistungen oder den günstigen Preis einer Teilleistung herauszustellen, ohne gleichzeitig in klarer Zuordnung leicht erkennbar und deutlich lesbar auf das Entgelt hinzuweisen, das für den anderen Teil des Koppelungsangebots verlangt wird (vgl. § 1 V 2 PAngV [a.F.; § 1 Abs. 3 PAngV]). Gegenüber dem herausgestellten Hinweis auf die günstige Teilleistung dürfen dabei die Angaben, aus denen sich die wirtschaftliche Belastung des Verbrauchers ergibt, nicht vollständig in den Hintergrund treten (vgl. BGHZ 139, 368 [375ff.] = NJW 1999, 214 = GRUR 1999, 264 = LM H. 3/1999 PreisangabenVO 1985 Nr. 27 - Handy für 0,00 DM; BGH, NJW 1999, 211 = GRUR 1999, 261 [264] = LM H. 3/1999 PreisangabenVO Nr. 26 - Handy-Endpreis).

Die vom Bekl. beanstandete Werbung stellt sich danach nicht als ein Fall eines missbräuchlichen Koppelungsangebots dar.

Die Kl. hat die Bedingungen, unter denen sie die Zugabe gewährt, hinreichend deutlich gemacht. Der Sternchenhinweis neben dem blickfangmäßig herausgestellten Preis von 49 DM für den Videorekorder führt den Betrachter zu dem unmittelbar daneben befindlichen Kasten, in dem in noch ausreichender Form darauf hingewiesen wird, dass dieser Preis nur gilt, wenn gleichzeitig ein Stromliefervertrag zu den dort angegebenen Bedingungen abgeschlossen wird. Auch wenn es angebracht wäre, diesen Hinweis auf die notwendige Verknüpfung der beiden Geschäfte den Angaben über den Stromliefervertrag voranzustellen und dabei keine kleinere Schriftgröße zu verwenden als für die anderen Konditionen des Vertrags, kann im Streitfall im Hinblick auf den Gesamteindruck, den die beanstandete Werbung vermittelt, nicht von einer unzureichenden Information über die mit dem Vertragsabschluss verbundenen wirtschaftlichen Belastungen ausgegangen werden.

Wie das BerGer. mit Recht angenommen hat, ist im Streitfall nicht zu befürchten, dass ein verständiger Verbraucher sich zum Abschluss des beworbenen Koppelungsgeschäfts bewegen lässt und dabei – blind für die mit dem Geschäft möglicherweise verbundenen wirtschaftlichen Belastungen – allein von dem Wunsch beherrscht wird, in den Genuss der versprochenen Vergünstigung zu gelangen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass zwar dieser Gesichtspunkt die Wettbewerbswidrigkeit eines Koppelungsangebots immer noch – etwa im Falle einer auf besonders schutzbedürftige Verbraucherkreise gerichteten Werbung – begründen kann. Im Allgemeinen ist aber davon auszugehen, dass der verständige Verbraucher mit den Marktgegebenheiten vertraut ist und sich nicht vorschnell durch das Angebot einer besonderen Vergünstigung zum Vertragsschluss verleiten lässt (vgl. BGH, NJW-RR 1998, 1199 = GRUR 1998, 735 [736] = LM H. 9/1998 § 1 UWG Nr. 766 - Rubbelaktion; NJW-RR 1998, 1497 = GRUR 1999, 256 [257] = LM H. 11/1998 § 1 UWG Nr. 771 = WRP 1998, 857 - 1000 DM Umwelt-Bonus; NJW-RR 1998,

1420 = GRUR 1998, 1037 [1038] = LM H. 10/1998 § 1 UWG Nr. 768 = WRP 1998, 727 - Schmuck-Set; NJW-RR 2000, 1136 = GRUR 2000, 820 [821] = LM H. 9/2000 § 1 UWG Nr. 816 = WRP 2000, 724 - Space Fidelity Peep-Show). Diesem gewandelten Verständnis sollte gerade durch die Aufhebung der Zugabeverordnung Rechnung getragen werden (Begr. des GE der BReg. zur Aufhebung der Zugabeverordnung, BT-Dr 14/5594, S. 7).“]

...

Zuletzt musste sich auch der EuGH (v. 13.09.2018, verb. Rs. C-54, 55/17 – *AGCM ./ Wind und Vodafone*, ECLI:EU:C:2018:710) zu einer italienischen Vorlagefrage mit aggressiven Geschäftspraktiken durch Koppelungsangebote beschäftigen. Anlass war die Vermarktung von SIM-Karten mit vorinstallierten Internetzugangs- und Mailboxdiensten, die sich beim Einlegen der SIM-Karte automatisch Kosten für ihre Nutzung verursachten, die dem Kunden in Rechnung gestellt wurden. Der Nutzer war zuvor weder über die Dienste noch die mit ihnen einhergehenden Kosten aufgeklärt worden. Der EuGH sah hierin einen Verstoß gegen Nr. 29 Anhang I der UGP-Richtlinie (entspricht Anh. Nr. 29 UWG). Zur Bestimmung des Merkmals „unbestellt“ verwies der EuGH auf die nach Art. 8 UGP-RL maßgebliche Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit. Diese sei trotz der bewussten Handlung des Nutzers beim Einlegen der Karte und die Möglichkeit diese Dienste durch die Einstellungen im Handy abzustellen, durch die mangelnde Aufklärung nicht gegeben (EuGH v. 13.09.2018, verb. Rs. C-54, 55/17 – *AGCM ./ Wind und Vodafone*, ECLI:EU:C:2018:710, Rn. 43 ff.).

In der Entscheidung „Kopplungsangebot III“ (BGH, Urt. v. 25.11.2021, I ZR 148/20 = GRUR 2022, 241) klärt der BGH, anhand welcher Normen die Unlauterkeit von Kopplungsangeboten zu beurteilen ist:

Die an die Preisinformation bei Kopplungsangeboten zu stellenden Anforderungen ergeben sich nunmehr aus dem lauterkeitsrechtlichen Irreführungsverbot (§ 5 Abs. 1 UWG), dem Tatbestand der Informationspflichtverletzung (im unternehmerischen Verkehr § 5a Abs. 1 UWG, im Verhältnis zu Verbrauchern § 5a Abs. 2 UWG) sowie aus dem Verbot aggressiver geschäftlicher Handlungen (§ 4a UWG) und der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel (im unternehmerischen Verkehr § 3 Abs. 1 UWG, im Verhältnis zu Verbrauchern § 3 Abs. 2 UWG; Weiterführung von BGH, Urteil vom 13. Juni 2002 - I ZR 173/01, BGHZ 151, 84 - Kopplungsangebot I; Urteil vom 27. Februar 2003 - I ZR 253/00, BGHZ 154, 105 - Gesamtpreisangebot). [Amtlicher Leitsatz]

Er stellt in diesem Urteil außerdem fest, dass eine „gespaltene Verkehrsauffassung“, also eine Differenzierung innerhalb eines einzigen angesprochenen Verkehrskreises, bei der Ermittlung der Verkehrsauffassung grundsätzlich nicht damit zu vereinbaren ist, dass es für die Beurteilung der Irreführungsgefahr auf die Auffassung des durchschnittlich verständigen und vernünftigen Marktteilnehmers ankommt. Eine Differenzierung kann nur im Ausnahmefall gerechtfertigt sein, beispielsweise wenn die Sicht verschiedener, objektiv abgrenzbarer Verkehrskreise zu ermitteln ist. Im hiesigen Fall handelte es sich bei dem einzigen angesprochenen Verkehrskreis um gewerbliche Kunden des Beklagten, sodass die vom Berufungsgericht vorgenommene Differenzierung zwischen Kleinbetrieben, Gewerbebetrieben sowie Einzelhandelsgeschäften einerseits und Unternehmen, juristischen Personen und Behörden andererseits, wobei erstgenannte Kunden die Quersubventionierung nicht erkennen würden, rechtsfehlerhaft war.

d) Psychischer (auch: psychologischer) Kaufzwang

Ein psychischer Kaufzwang liegt vor, wenn der Werbende mit außerhalb der Sache liegenden Mitteln in einem solchen Ausmaß auf die Willensentscheidung des Verbrauchers einwirkt, dass dieser zumindest anstandshalber nicht umhinkann, auf das Angebot einzugehen (BGH, GRUR

2003, 804, 805 – *Foto-Aktion*). Im Gegensatz zum rechtlichen Kaufzwang ist der Erhalt einer vergünstigten Ware oder Dienstleistung nicht vom Kauf einer anderen Ware abhängig, was den Kunden auch durchaus bekannt ist. Die Werbeaktion ist vielmehr so angelegt, dass die Umworbene durch die Vergünstigung in eine Zwangslage geraten, weil sie es als peinlich empfinden, nichts zu kaufen. Die Frage, ob ein unlauterer psychischer Kaufzwang vorliegt, hängt vor allem von den Umständen des Einzelfalls ab. Kommt es nicht zum persönlichen Kontakt zwischen dem Werbenden bzw. seinem Personal und dem Kunden, so liegt die Annahme eines psychischen Kaufzwangs fern. Denn der Kunde muss dann nicht in einer für ihn unangenehmen Lage dem Verkäufer erklären, weshalb er zwar die Zuwendung in Anspruch nimmt, aber gleichwohl vom Kauf absieht.

Allerdings kann auch bei einer Kontaktaufnahme des Kunden mit dem Verkaufspersonal nicht *per se* von der Ausübung eines unlauteren psychischen Kaufzwangs ausgegangen werden, da ein Kunde unter Zugrundelegung des modernen Verbraucherleitbildes die Wahrscheinlichkeit eines persönlichen Kontakts einkalkuliert. Psychischer Kaufzwang kann daher allenfalls dann angenommen werden, wenn der Kontakt mit dem Verkäufer überraschend erfolgt oder sich der Kunde nicht ohne weiteres dem Kontakt entziehen kann, wie typischerweise auf den sog. Kaffeefahrten. Teilweise wird dagegen sogar weitergehend davon ausgegangen, dass ein „psychischer Kaufzwang“ nicht mehr vorkomme, da die Kunden durch den häufigen Einsatz von kostenlosen Zuwendungen an diese Werbeformen gewöhnt seien.

e) Einsatz aleatorischer Reize

Unter aleatorische (lat. *alea*: der Würfel) Veranstaltungen lassen sich Gewinnspiele, Preisausschreiben, umgekehrte Versteigerungen und das sog. Powershopping fassen. Während der Geltung der ZugabeVO und des RabattG wurde der Einsatz aleatorischer Reize in der Produktwerbung als bedenklich angesehen, da die Spielleidenschaft angesprochen wird. Die Aufhebung von ZugabeVO und Rabattgesetz im Jahr 2001 bewirkte eine Liberalisierung der wettbewerblichen Beurteilung aleatorischer Veranstaltungen. Unter dem Gesichtspunkt des übertriebenen Anlockens durch das Ansprechen der Spielleidenschaft kann die Unlauterkeit nur noch angenommen werden, wenn besondere Umstände dazu führen, dass die freie Entschließung der angesprochenen Verkehrskreise so nachhaltig beeinflusst wird, dass ein Kaufentschluss nicht mehr von sachlichen Gesichtspunkten, sondern maßgeblich durch das Streben nach der in Aussicht gestellten Gewinnchance bestimmt wird (BGH, GRUR 2000, 820, 821 – *Space Fidelity*). Ein übertriebenes Anlocken sah der BGH auch nicht darin, dass der Teilnehmer bei der Durchführung des Gewinnspiels mit dem Warensortiment konfrontiert wird, soweit der Kunde dabei nicht aufgrund sachfremder Beeinflussungen davon abgehalten wird, die Güte und Preiswürdigkeit dieser Waren zu prüfen (BGH, GRUR 1998, 735, 736 – *Rubbelaktion*).

Dagegen wurde die Koppelung der Teilnahmeberechtigung an den Warenabsatz traditionell in Deutschland sehr restriktiv gehandhabt und *per se* als übertriebenes Anlocken eingestuft. Im UWG fand sich seit 2004 eine spezielle Regelung, welche die Unlauterkeit gekoppelter Gewinnchancen festhält, in § 4 Nr. 6 UWG 2004, die 2015 ersatzlos gestrichen wurde (zur Frage der Vereinbarkeit dieser Regelung mit den unionsrechtlichen Vorgaben vgl. noch AP 7).

Akzessorische Gewinnspiele und Preisausschreiben können den Entscheidungsprozess gleichwohl unzulässig beeinflussen. Zwar ist davon auszugehen, dass das Maß an entscheidungsmotivierender Wirkung hinzunehmen ist, das von einem „beiläufig“ angebotenen Werbegewinnspiel ausgeht, wenn die Gewinnchancen für den Verbraucher ersichtlich minimal sind und die Möglichkeiten der Einflussnahme gering, insbesondere bei lotteriegleichen Ziehungen (so z.B. BGH, Urt. v. 22.01.2009, I ZR 31/06 – Jeder 100. Einkauf gratis = GRUR 2009, 875). Anders kann der Fall insbesondere dann liegen, wenn der eigentliche Spieltrieb angesprochen wird, indem die Geschicklichkeit des Verbrauchers appelliert wird. Bedenklich erscheint jedenfalls das Angebot, den Kaufpreis zu erstatten, wenn bei Schüssen auf eine Torwand getroffen

wird (Unzulässigkeit selbst ohne Akzessorietät bejahend OLG Naumburg v. 30.12.1994, 2 U 154/94, NJW-RR 1995, 680).

Eine umgekehrte Versteigerung ist dadurch gekennzeichnet, dass ein zu Beginn bekannt gegebener Preis in festgelegten Intervallen um jeweils einen bestimmten Betrag fällt. Derjenige, der zuerst den aktuellen Preis akzeptiert, erhält das Produkt. Umgekehrte Versteigerungen wurden noch vor einigen Jahren als sehr bedenklich angesehen, da ein solches Angebot den potentiellen Kunden anlocke und ihn gleichzeitig davon abhalte, sich mit Konkurrenzangeboten auseinander zu setzen und sich letztlich allein aufgrund der Motivation, den Gewinn zu realisieren, zum Kauf entschließe (BGH, GRUR 1986, 622 – *Umgekehrte Versteigerung I*). In jüngster Zeit geht die Rechtsprechung – unter Zugrundelegung des neuen Verbraucherleitbildes – davon aus, dass sich der Kunde nicht ohne eine angemessene Prüfung des Angebots entscheidet und sich auch nicht von einem Vergleich mit Konkurrenzangeboten abhalten lässt. Die bloße Befürchtung eines potentiellen Kunden, ein anderer könnte ihm zuvorkommen, ist mit jeder Versteigerung, nicht nur der umgekehrten, verbunden (BGH, GRUR 2003, 626, 627 – *Umgekehrte Versteigerung II*).

Beim sog. Powershopping werden Auktionen – bisher ausschließlich im Internet – in der Weise organisiert, dass der Anbieter mehrere Preisstufen angibt und, abhängig von der Gesamtabnahmemenge durch die Käufer, den Preis senkt. Seit Aufhebung des RabattG ist das Powershopping im Grundsatz als zulässig anzusehen. Insbesondere liegt die Annahme einer unangemessenen unsachlichen Beeinflussung aufgrund der Tatsache, dass der Preis bei steigender Abnehmerzahl fällt, fern.

f) Laienwerbung

Laienwerbung ist dadurch gekennzeichnet, dass Privatpersonen, die nicht in die Absatzstrukturen des werbenden Unternehmens eingegliedert sind, für dessen Produkte werben. Laienwerbung kann in verschiedensten Ausformungen auftreten. Typische Fälle sind etwa Tupperware-Parties oder „Kunden werben Kunden“-Aktionen, bei denen der Werber Prämien erhält.

Die Rechtsprechung des BGH zur lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeit derartiger Werbung im Rahmen des § 4 Nr. 1 UWG 2004 hat sich mit der Wandlung des Verbraucherleitbildes maßgeblich geändert:

Fall 4: Ein Augenoptiker warb mit einer „Kunden werben Kunden“-Aktion. Dabei sollte der werbende Kunde unter verschiedenen Prämien aussuchen können, die jeweils einen Wert von ca. 30 € besaßen, sofern der geworbene Neukunde einen Auftrag im Mindestwert von 100 € abschloss. (BGH, GRUR 2006, 949 – *Kunden werben Kunden*)

Holen Sie sich Ihre Freundschaftsprämie

Kunden werben Kunden

Unser Dankeschön für Ihre erfolgreiche Empfehlung eines neuen Gleitsichtglas-Kunden!

Prämie 7: „DE SINA ESPRESSOAUTOMAT“

- Dampfdrucksystem
- Für 4 Tassen
- Glasanne mit Skalierung
- Zusätzliche Dampfboje zum Aufschäumen von Milch
- Dampfboje aus Metall
- Abnehmbares Tropfgerät
- Metall Filterträger
- Sicherungsdruckventil
- Kabelabwicklung
- Arbeitsdruck: ca. 4 bar
- CE-Zeichen
- 3 Stufen-Schalter für Espresso, Dampf, Aus Kontrollleuchte
- Maße: ca. 27 x 19 x 25 cm



Prämie ankreuzen und „Ihrem“ Neukunden mitgeben!

(bitte diese Karte abtrennen und bei einem Gleitsichtglas-Auftrag bei A Optik abgeben)

Mein Prämiewunsch:

- 7 De Sina Espressoautomat
- 8 BRAUN Fieberthermometer ThermoScan Plus IRT 3520 (Zuzahlung € 13,00 / DM 25,43)
- 9 Scala Blutdruckmessgerät SC 5100
- 10 Severin Raclette und Grill „Crepiera“
- 11 Reisetset 6-teilig, blau
- 12 Philips Wasserkocher „Cucina“, crema/perlflau

Änderungen von Artikeln in Form und Farbe sowie technischer Ausstattung sind ausdrücklich vorbehalten (Nachtragemaße)

Ich habe einen neuen Gleitsichtglas-Kunden für A Optik geworben:

Meine Auftragsnummer:

Wenn ich für A Optik erfolgreich einen Gleitsichtglas-Neukunden geworben habe (alle aufgeführten Teilnahmebedingungen sind erfüllt), erhalte ich nach ca. 6-8 Wochen die gewünschte Prämie. Eine evtl. Zuzahlung wird per Nachnahme (zogl. 1,53 € / 3,- DM Gebühr) abgewickelt.

[„14 a) Die Kundenwerbung durch Laien ist in der Rechtsprechung zu § 1 [aUWG] deshalb als wettbewerbsrechtlich bedenklich angesehen worden, weil sie zu einer Kommerzialisierung der Privatsphäre beitrage und die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung des umworbene Kunden bestehe. Der Laienwerber könne bestrebt sein, sein Prämiensinteresse möglichst lange zu verheimlichen, um seiner Empfehlung den Anstrich eines uneigennütigen Rats und damit ein besonderes Gewicht zu geben. Ebenso liege es nahe, dass der Umworbene seine Entscheidung nicht aus sachlichen Gründen, sondern aus Rücksichtnahme auf das persönliche Verhältnis zu dem Werbenden treffe. Zudem könnten sich die Wettbewerber wegen der Werbewirksamkeit des Einsatzes von Laienwerbern veranlasst sehen, diese Werbemethode nachzuahmen, was zu einer unzumutbaren Belästigung der Allgemeinheit führen könne (vgl. BGH GRUR 1991, 150 f. – *Laienwerbung für Kreditkarten*).

15) Davon ausgehend hat die Rechtsprechung Laienwerbung als unlauter angesehen, wenn die ausgesetzten Prämien als solche einen nicht unerheblichen Wert verkörpern, ihr Wert im Verhältnis zu dem von dem Neukunden aufzuwendenden Betrag sehr hoch ist und sich der Laienwerber die Prämie ohne besonderen Aufwand verdienen kann. In einem solchen Fall ist wegen der als übermäßig anzusehenden Anreizwirkung, die von den ausgesetzten Prämien ausgehe, zum einen die Gefahr gesehen worden, dass der Laienwerber bei der Werbung neuer Kunden auch wettbewerbsrechtlich unlautere Mittel einsetzt, um die Prämie zu erhalten (BGH GRUR 1991, 150, 151 – *Laienwerbung für Kreditkarten*). Zum anderen ist eine solche Werbemaßnahme bei dem Einsatz von Laienwerbern für Augenoptikerleistungen deshalb als wettbewerbsfremd und damit unlauter bewertet worden, weil die Entscheidung des Kunden, welchem Optiker er sich bei Beratung und Kauf anvertrauen wolle, sachfremd auch dadurch beeinflusst werden solle, dass für den Laienwerber nicht unerhebliche Prämien ausgesetzt seien (vgl. BGH, GRUR 1995, 122, 123 – *Laienwerbung für Augenoptiker*).

16 b) An den Maßstäben dieser Rechtsprechung ist nach der Übernahme des europäischen Verbraucherleitbildes und im Hinblick darauf, dass der Gesetzgeber sachfremde Zuwendungen nicht mehr so streng beurteilt wie früher, nicht mehr uneingeschränkt festzuhalten. Nach der Aufhebung des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung kann aus der Gewährung von nicht unerheblichen Prämien allein die Wettbewerbswidrigkeit der Laienwerbung nicht mehr hergeleitet werden (vgl. Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl., § 4 UWG Rdn. 1.183; Harthe/Henning/Stuckel, UWG, § 4 Nr. 2 Rdn. 30; Plaß in: Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., § 4 UWG Rdn. 201; Berlit, WRP 2001, 349, 353). Die grundsätzliche Freigabe von Rabatten beruht auf einem gewandelten Verbraucherleitbild. In der Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Aufhebung des Rabattgesetzes und zur Anpassung anderer Rechtsvorschriften vom 6. März 2001 ist dazu ausgeführt, dass der durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher heutzutage mit den Marktgegebenheiten vertraut ist. "Er weiß, dass Kaufleute nichts zu verschenken haben und z.B. die Kosten für wertvolle Nebenleistungen durch anderweitige Erlöse decken. Die Erfahrungen zeigen, dass sich der Verbraucher in der Regel nicht vorschnell durch das Angebot einer Zugabe oder eines Rabattes zum Vertragsschluss verleiten lässt. Vielmehr trifft der Kunde seine Entscheidung über den Erwerb höherwertiger Produkte erst nach ausreichender Information über Konkurrenzangebote und reiflicher Abwägung der unterschiedlichen Vorzüge und Nachteile der angebotenen Waren" (BT-Drucks. 14/5441, S. 7). Das veränderte Verbraucherleitbild und die der Aufhebung des Rabattgesetzes zugrunde liegende gesetzgeberische Wertung sind auch bei der Auslegung der Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb zu beachten. Die Anreizwirkung, die von einer nicht unerheblichen Prämie ausgeht, kann als solche die Wettbewerbswidrigkeit der Laienwerbung nicht begründen. Ebenso wenig ist Laienwerbung schon deshalb wettbewerbsrechtlich bedenklich, weil die Entscheidung des geworbenen Kunden dadurch beeinflusst sein kann, dass für den Laienwerber eine nicht unerhebliche Prämie ausgesetzt ist, und zwischen der beworbenen Ware und der angebotenen Werbepremie ein sachlicher Zusammenhang nicht gegeben ist. Der Versuch einer gewissen unsachlichen Beeinflussung ist der Werbung nicht fremd und auch nicht per se unlauter (BT-Drucks. 15/1487, S. 17). Aus der Regelung des § 4 Nr. 1 UWG [a.F.; mittlerweile in § 4a UWG] folgt, dass eine Werbung, die sich nicht auf Sachangaben beschränkt, nur dann unlauter ist, wenn sie geeignet ist, durch Ausübung unangemessenen unsachlichen Einflusses die freie Entscheidung der Verbraucher zu beeinträchtigen (vgl. BGH, Ur. v. 22.9.2005 - I ZR 55/02 Tz 17, BGHZ 164, 153 = GRUR 2006, 75, 76 = WRP 2006, 67 - Artenschutz).

...

18 aa) Den Wert der von der Beklagten ausgesetzten Werbepremien hat das Berufungsgericht mit ca. 30 € angesetzt. Nach der Lebenserfahrung kann nicht davon ausgegangen werden, dass Laienwerber, die sich - worauf die Werbung der Beklagten sogar ausdrücklich abzielt - vor allem an Verwandte, Freunde und Bekannte wenden werden (vgl. BGH GRUR 1991, 150 - Laienwerbung für Kreditkarten), allein wegen dieses Wertes ihre persönlichen Beziehungen zu den genannten Personen durch den Einsatz unlauterer Mittel missbrauchen werden, um in den Besitz der ausgesetzten Prämien zu gelangen. Auch der Umstand, dass als potentielle Neukunden in erster Linie Brillenträger in Betracht kommen, bei denen die Anschaffung von Gleitsichtgläsern angezeigt ist, und deshalb eine Beratung oder Überzeugungsarbeit von dem Laienwerber allenfalls in einem geringeren Umfang zu leisten ist, macht die ausgesetzten Prämien nicht so attraktiv, dass begründete Anhaltspunkte für die Annahme bestehen, die ausgelobte Prämie bringe es mit sich, dass der Laienwerber auch unlautere Mittel einsetzen werde.

19) Zwar kann, wie das Berufungsgericht angenommen hat, der umworbene Neukunde bei seiner Entscheidung, wem er sich bei Beratung und Kauf anvertrauen will, auch von dem Wunsch beeinflusst sein, dem Laienwerber die Prämie zukommen zu lassen. Die in dem fehlenden sachlichen Zusammenhang zwischen dem Prämieninteresse des Werbenden und der Entscheidung des Umworbene(n) für die beworbene Ware oder Dienstleistung liegende Unsachlichkeit begründet als solche die Wettbewerbswidrigkeit des Einsatzes von Laien gleichfalls nicht. Selbst wenn für die Kaufentscheidung des Neukunden die Erwägung, dem Laienwerber die ausgesetzte Prämie zu verschaffen, Bedeutung erlangt und der Einsatz von Laienwerbern im Einzelfall auf eine solche Beeinflussung abzielt, ist dies für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung ohne Bedeutung. Die Verwendung von Werbemitteln und Werbemaßnahmen ist nicht schon dann unlauter, wenn diese mit dem beworbenen Angebot in keinem sachlichen Zusammenhang stehen. Vielmehr wird die Schwelle zur wettbewerbsrechtlichen Unlauterkeit erst überschritten, wenn ein unangemessener unsachlicher Einfluss in einem solchen Maße ausgeübt wird, dass die betreffende Wettbewerbshandlung geeignet ist, die freie Entscheidung des angesprochenen Verbrauchers zu beeinträchtigen, § 4 Nr. 1 UWG [a.F.; § 4a UWG] (vgl. BGH GRUR 2006, 75, 76 – Artenschutz; vgl. ferner BGH, Urt. v. 20.10.2005 – I ZR 112/03, GRUR 2006, 77, 78 = WRP 2006, 72 – Schulfotoaktion), oder sonstige die Unlauterkeit begründende Umstände hinzutreten. Ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher wird allein wegen der dem Laienwerber versprochenen Werbepremie in seiner Entscheidung darüber, ob für ihn eine Anschaffung überhaupt erforderlich ist und durch wen er sich in dieser Hinsicht beraten lassen soll, nicht unangemessen unsachlich beeinträchtigt (vgl. auch Hartwig, NJW 2006, 1326, 1328 f.).“

Im Ergebnis erklärte der BGH die Werbeaktion jedoch wegen eines Verstoßes gegen das Heilmittelwerbe-gesetz i.V.m. § 4 Nr. 11 UWG [a.F.; § 3a UWG] für unzulässig.]

Wie jede Werbemaßnahme auch sonst, muss die Laienwerbung den sonstigen Vorschriften des Lauterkeitsrechts genügen. Denkbar bleiben somit weiterhin Fälle, in welchen die Laienwerbung einen Verstoß gegen insbesondere § 7 oder § 5 UWG begründet.

- g) Unangemessene Beeinflussung von Marktteilnehmern, die mit der Wahrung von Interessen Dritter betraut sind

Fall 5: Die Klägerin ist die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs. Sie wendet sich gegen eine Werbung der Beklagten für den Vertrieb ihrer Brillen durch Augenärzte. Die Beklagte stellt Augenärzten ihr E.-System zur Verfügung, das aus einem E.-Brillensortiment (in der Anfangsphase ca. 100, später ca. 40 Musterbrillengestelle) und einem E.-Computersystem zur individuellen Brillenanpassung besteht. Nach Eingabe der Patientendaten und Auswahl eines bestimmten Brillengestells in der Augenarztpraxis werden diese Informationen an die Beklagte übermittelt. Bestellt der Patient bei der Beklagten eine Brille, erhält der Augenarzt eine Vergütung von 80 €, bei Mehrstärkenbrillen von 160 €. (BGH, GRUR 2010, 850 – *Brillenversorgung II*)

[Die Werbung der Beklagten ist geeignet, die Entscheidungsfreiheit der Augenärzte durch unangemessenen unsachlichen Einfluss zu beeinträchtigen (§§ 3, 4 Nr. 1 UWG [a.F.; §§ 3, 4a UWG]). Die beanstandeten Werbemaßnahmen stellen sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts allerdings nicht unter dem Gesichtspunkt als unlauter dar, dass die von der Werbung angesprochenen Augenärzte dazu verleitet werden, auf die Entscheidungsfreiheit ihrer Patienten einen unangemessenen unsachlichen Einfluss auszuüben. Die vom Berufungsgericht angeführten möglichen Erwägungen der Patienten, den Arzt nicht enttäuschen oder ihn - etwa für künftige Terminvergaben - wohlwollend stimmen zu wollen, stellen keine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der

Patienten infolge unangemessener unsachlicher Einflussnahme i.S. des § 4 Nr. 1 UWG [a.F.; § 4a UWG] dar. Die Grenze zur Unlauterkeit ist nach § 4 Nr. 1 UWG [a.F.; § 4a UWG] erst dann überschritten, wenn eine geschäftliche Handlung geeignet ist, die Rationalität der Nachfrageentscheidung der angesprochenen Marktteilnehmer vollständig in den Hintergrund treten zu lassen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urt. v. 8.11.2007 – I ZR 60/05, GRUR 2008, 530 Tz. 13 = WRP 2008, 777 – Nachlass bei der Selbstbeteiligung, m.w.N.). Nach geltendem Recht, das im Hinblick auf den in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch zu berücksichtigen ist, liegt eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers i.S. des § 4 Nr. 1 UWG [a.F.; § 4a UWG] zudem nur dann vor, wenn der Handelnde diese Freiheit durch Belästigung oder durch unzulässige Beeinflussung i.S. des Art. 2 lit. j der Richtlinie 2005/29/EG erheblich beeinträchtigt (vgl. BGH, Urt. v. 29.10.2009 - I ZR 180/07, GRUR 2010, 455 Tz. 17 = WRP 2010, 746 - Stumme Verkäufer II, m.w.N.). Die Einwirkung des Arztes auf die Patienten erreicht im Streitfall nicht dieses für einen Verstoß gegen § 4 Nr. 1 UWG erforderliche Maß.

a) Die streitgegenständliche Werbung verstößt jedoch deshalb gegen §§ 3, 4 Nr. 1 UWG [a.F.; §§ 3, 4a UWG], weil sie geeignet ist, die Entscheidungsfreiheit der angesprochenen Augenärzte unangemessen unsachlich zu beeinflussen. Die beanstandete Werbung der Beklagten für ihr Brillenabgabesystem verstößt gegen § 4 Nr. 1 UWG [a.F.; § 4a UWG], weil die Beklagte nach den nicht erfahrungswidrigen Feststellungen des Berufungsgerichts durch das Inaussichtstellen einer zusätzlichen Verdienstmöglichkeit in Höhe von 80 € (bei Mehrstärkenbrillen von 160 €) je vermittelter Brille einen erheblichen Anreiz setzt, dass Augenärzte entgegen ihren Pflichten aus dem Behandlungsvertrag und dem Berufsrecht nicht allein anhand des Patienteninteresses entscheiden, ob sie einen Patienten an bestimmte Anbieter gesundheitlicher Leistungen verweisen (verkürzter Versorgungsweg). Darin liegt eine unsachliche unangemessene Einflussnahme auf die Behandlungstätigkeit des Arztes.

aa) Haben Marktteilnehmer bei ihren geschäftlichen Entscheidungen (auch) die Interessen Dritter zu wahren, so ist eine unangemessene unsachliche Einflussnahme i.S. von § 4 Nr. 1 UWG [a.F.; § 4a UWG] gegeben, wenn sie durch die Gewährung oder das Inaussichtstellen eines finanziellen Vorteils dazu veranlasst werden können, diese Interessenwahrungspflicht zu verletzen (vgl. BGH, Urt. v. 21.4.2005 - I ZR 201/02, GRUR 2005, 1059, 1060 f. = WRP 2005, 1508 - Quersubventionierung von Laborgemeinschaften I; BGH GRUR 2008, 530 Tz. 14 - Nachlass bei der Selbstbeteiligung; BGH v. 23.2.2012 - I ZR 231/10, GRUR 2012, 1050 - Dentallaborleistungen.).

bb) Das Berufungsgericht hat durch Bezugnahme auf das landgerichtliche Urteil festgestellt, dass der Augenarzt 80 € (bei Mehrstärkenbrillen 160 €) für jede Brillenbestellung bei der Beklagten erhält. Die Annahme des Berufungsgerichts, eine zusätzliche Verdienstmöglichkeit in dieser Höhe reiche aus, die Augenärzte in ihrem Verhalten gegenüber den Patienten zu beeinflussen, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Jedenfalls unter Berücksichtigung des Umstandes, dass es aufgrund ständiger Zusammenarbeit zu wiederholten Verweisungen kommen wird, handelt es sich dabei um auch für eine Arztpraxis nicht unerhebliche Beträge. Die Ärzte werden durch diesen Anreiz sowie die Werbung der Beklagten für ihr E.-Konzept dazu veranlasst, ihre Patienten regelmäßig auf den verkürzten Versorgungsweg über die Beklagte hinzuweisen.

Die von der Beklagten angebotene Vergütung ist, wovon das Berufungsgericht ebenfalls rechtfehlerfrei ausgegangen ist, für die Augenärzte besonders in einfach gelagerten Fällen attraktiv. Nach der Lebenserfahrung ist daher davon auszugehen, dass die in das Geschäftsmodell der Beklagten einbezogenen Augenärzte auch ohne eine entsprechende vertragliche Verpflichtung ihren Patienten die Brillenlieferung durch die Beklagte zumindest als Alternative zum herkömmlichen Bezug im örtlichen Optikerfachgeschäft

anbieten werden. Dafür sprechen neben den mit dem E.-Konzept verbundenen zusätzlichen Verdienstmöglichkeiten des Arztes auch die für den verkürzten Versorgungsweg in der Arztpraxis bereitgehaltenen Einrichtungen, Bestellzettel und Faltblätter, die von der Beklagten zur Verfügung gestellt werden. Die Beklagte bewirbt ausweislich der dem Berufungsurteil als Anlagen 1 und 2 beigefügten Werbung ihr Konzept der computergestützten Brillenwahl beim Augenarzt als "ideale Abrundung des Leistungsprogramms in der Praxis", und zwar - gemäß dem als Anlage 3 dem Berufungsurteil beigefügten Faltblatt ohne jede Einschränkung - ganz allgemein "für Damen, Herren und Kinder", also für alle Patienten. Es ist anzunehmen, dass zumindest ein erheblicher Teil der Augenärzte, die sich zu einer Zusammenarbeit mit der Beklagten entschließen, das E.-System in diesem von der Werbung propagierten weiten Umfang nutzen wird. Abweichendes macht auch die Beklagte nicht geltend. Nach ihrem von der Revision in Bezug genommenen Vortrag wird der Patient bei den mit der Beklagten zusammenarbeitenden Ärzten über den verkürzten Versorgungsweg aufgeklärt. Dass diese Aufklärung nur in bestimmten Fällen erfolgt, hat die Beklagte nicht vorgetragen.

cc) Ist naheliegende Folge des E.-Konzepts, dass die Ärzte ihre Patienten regelmäßig auf den verkürzten Versorgungsweg über die Beklagte hinweisen, so sind infolgedessen auch Verstöße gegen das ärztliche Berufsrecht zu erwarten.

(1) Nach § 34 Abs. 5 BOÄ [a.F.; § 31 Abs. 2 BOÄ] dürfen Ärzte ihre Patienten nicht ohne hinreichenden Grund an bestimmte Anbieter gesundheitlicher Leistungen, zu denen auch Optiker gehören, verweisen. Zweck dieser Bestimmung ist es, die unbeeinflusste Wahlfreiheit der Patienten unter den Anbietern gesundheitlicher Leistungen zu gewährleisten. Weist ein Augenarzt seine Patienten regelmäßig - also auch dann, wenn dafür kein besonderer Grund besteht - auf den verkürzten Versorgungsweg hin, verstößt er gegen diese Vorschrift. Auch bei der im Hinblick auf das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) gebotenen weiten Auslegung des "hinreichenden Grundes" i.S. von § 34 Abs. 5 BOÄ [a.F.; § 31 Abs. 2 BOÄ] ist die generelle Verweisung an einen bestimmten Optiker mit dieser Vorschrift unvereinbar. Vielmehr lässt sie eine solche Verweisung nur im Ausnahmefall zu (BGH, Urt. v. 9.7.2009 - I ZR 13/07, GRUR 2009, 977 Tz. 24 = WRP 2009, 1076 - Brillenversorgung I).

(2) Nach der zumindest auch das Patienteninteresse schützenden Vorschrift des § 3 Abs. 2 BOÄ ist es Ärzten untersagt, im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer ärztlichen Tätigkeit Waren und andere Gegenstände abzugeben oder unter ihrer Mitwirkung abgeben zu lassen sowie gewerbliche Dienstleistungen zu erbringen oder erbringen zu lassen, soweit nicht die Abgabe des Produkts oder die Dienstleistung wegen ihrer Besonderheiten notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie sind. Auch gegen diese Vorschrift verstößt ein Augenarzt, wenn er seine Patienten regelmäßig auf die Möglichkeit der Brillenversorgung im verkürzten Versorgungsweg hinweist.

Die Brillenanpassung und die Abgabe der Brille gehören regelmäßig nicht ohne weiteres zu den notwendigen Bestandteilen augenärztlicher Therapie. Die Rechtsprechung zur Zulässigkeit des verkürzten Versorgungswegs bei Hörgeräten lässt sich daher nicht auf die Brillenversorgung übertragen (BGH GRUR 2009, 977 Tz. 31 - Brillenversorgung I). Nach den für die Senatsentscheidungen zur Versorgung mit Hörgeräten maßgeblichen Feststellungen war der HNO-Arzt ohnehin in den Prozess der Abgabe und Anpassung der Hörhilfe eingebunden (vgl. BGH, Urt. v. 29.6.2000 - I ZR 59/98, GRUR 2000, 1080, 1081 = WRP 2000, 1121 - Verkürzter Versorgungsweg; Urt. v. 15.11.2001 - I ZR 275/99, GRUR 2002, 271, 272 = WRP 2002, 211 - Hörgeräteversorgung). Eine entsprechende Aufgabe hat der Augenarzt bei der Abgabe und Anpassung von Brillen nicht.

Weiterhin ist geklärt, dass die Abgabe und Anpassung einer Brille typische Leistungen des Optikerhandwerks sind, die unabhängig davon gewerbliche Dienstleistungen nach §

3 Abs. 2 BOÄ darstellen, ob der Arzt hierfür vom Optiker eine Vergütung erhält oder nicht (BGH GRUR 2009, 977 Tz. 28 - Brillenversorgung I). Ebenso hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass die Vermeidung erneuter Sehschärfenmessungen durch Optiker weder einen hinreichenden Grund für eine Verweisung gemäß § 34 Abs. 5 BOÄ [a.F.; § 31 Abs. 2 BOÄ] darstellt noch als notwendiger Bestandteil ärztlicher Therapie betrachtet werden kann (BGH GRUR 2009, 977 Tz. 23 f., 33 - Brillenversorgung I).

dd) Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte darauf, dass es in der Entscheidung "Verkürzter Versorgungsweg" (BGH GRUR 2000, 1080) als zulässig angesehen worden ist, Ohrenärzten durch die Zusammenarbeit mit einem Lieferanten von Hörgeräten zusätzliche Verdienstmöglichkeiten zu eröffnen. Dafür war maßgeblich, dass es sich um eine angemessene Vergütung für eine erlaubte ärztliche Tätigkeit handelte. Im Gegensatz dazu setzt die Beklagte im Streitfall einen Anreiz dafür, dass die Augenärzte den Brillenbezug bei ihr auch unter Verletzung berufsrechtlicher Pflichten und unabhängig von bei den Patienten dafür bestehenden Gründen vorschlagen.

Es kommt daher nicht darauf an, ob die Vermittlungspauschale als eine der Höhe nach angemessene Entschädigung für den Aufwand angesehen werden kann, der durch die Mitwirkung des Arztes oder seines Personals bei der Aufnahme, Eingabe und Weitergabe der für die Brille erforderlichen Werte oder der Auswahl des Brillengestells entsteht. Auch wenn dies der Fall wäre, änderte sich nichts an der Beurteilung des gegen die Interessenwahrungspflicht des Arztes verstoßenden Verhaltens als unzulässig.]

...

V. *Besondere Umstände, § 4a Abs. 2 S. 1 Nr. 3, S. 2*

1. Ausnutzen

Ein Ausnutzen besonderer Umstände liegt vor, wenn der Handelnde die betreffenden Umstände kennt und gezielt als Mittel einsetzt, um einen bestimmten Zweck zu erreichen.

2. Unglückssituationen

Bis in die 1920er-Jahre zurück reicht die Anerkennung der Unlauterkeit der „Werbung im Trauerhaus“ von Bestattern oder anderen Dienstleistern. Ähnlich werden geschäftliche Handlungen von Pannendienstleistern strengen Anforderungen unterworfen. Auch Schlüsseldienste können hierunter fallen, da diese häufig horrend Preise für das Öffnen von verschlossenen Wohnungen verlangen. Dies kann eine Ausnutzung der Zwangslage des „ausgesperrten“ Verbrauchers begründen. Dies muss der Unternehmer jedoch bewusst ausnutzen. Die Beurteilung hängt dabei vom Einzelfall ab. Allein der überhöhte Preis vermag die aggressive geschäftliche Handlung nicht zu begründen (*Köhler* in *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, 42. Aufl., 2024 § 4a Rn. 2.34 UWG).

3. Umstände, die das Urteilsvermögen beeinträchtigen

a) Geschäftliche Unerfahrenheit

Von geschäftlicher Unerfahrenheit ist bei Kindern und mit Abstrichen bei Jugendlichen stets auszugehen. Kinder und Jugendliche verfügen typischerweise noch nicht über die Fähigkeit, Waren- und Dienstleistungsangebote kritisch zu betrachten. Sie entscheiden sich meistens gefühlsmäßig. Daraus darf freilich nicht der Schluss gezogen werden, dass Werbung, die sich gezielt an Kinder und Jugendliche richtet – etwa in Jugendzeitschriften –, *per se* unlauter ist. Vielmehr muss die Unerfahrenheit ausgenutzt werden. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die finanziellen Belastungen in ihrer Tragweite für die Minderjährigen nicht absehbar sind, etwa

beim Angebot zum Herunterladen von Klingeltönen auf Mobiltelefone, die zwar den Minutenpreis, aber nicht den Gesamtpreis für den unbestimmt langen Ladevorgang angibt (BGH, WRP 2006, 885 – *Werbung für Klingeltöne*).

Fall 6: Der B-Verlag gibt die Zeitschrift „Celebrity Girl“ heraus, die vorwiegend von weiblichen Teenagern gelesen wird. In der August-Ausgabe 2006 brachte B die Zeitschrift mit einer auf der Titelseite befestigten Sonnenbrille heraus, die in den Farben „Schwarz“ und „Lila“ erhältlich war. Der normale Verkaufspreis der Zeitschrift von 4,50 EUR wurde von B dabei beibehalten. Auf dem Titelblatt hieß es unter anderem: „Extra! Designer-Brille“, und auf Seite 3 des redaktionellen Teils wurden den Leserinnen Tips zur Verwendung der Brille gegeben. (BGH v. 22.09.2005, I ZR 28/03 = WRP 2006, 69 – *Zeitschrift mit Sonnenbrille*)

Das Berufungsgericht stufte die beanstandete Abgabe der Zeitschrift "1." zusammen mit einer Sonnenbrille als übertriebenes Anlocken dar, weshalb sie das Verhalten für unlauter hielt. Der BGH urteilte jedoch, dass dies weder nach altem Recht (§ 1 aUWG 1909, § 242 BGB) noch nach neuem Recht (§§ 3 Abs. 2, 4a UWG) rechtlicher Nachprüfung standhalte.

[„19) Eine übertriebene Anlockwirkung ist hier auch nicht deshalb anzunehmen, weil es sich bei den angesprochenen Verkehrskreisen um Jugendliche und junge Erwachsene im Alter zwischen 12 und 20 Jahren handelt. Zwar weist das Berufungsgericht zu Recht darauf hin, dass es sich bei der Personengruppe der Jugendlichen um Verbraucher handelt, die im Schnitt geschäftlich unerfahrener sind als der Durchschnitt aller Verbraucher. Allerdings werden hier mit einer Jugendzeitschrift und einer Sonnenbrille Produkte angeboten, die auch von Jugendlichen regelmäßig nachgefragt werden. Bei derartigen Produkten kann eine ausreichende Kenntnis des Markts und der Werthaltigkeit der Angebote vorausgesetzt werden. Der Preis von 4,50 [EUR] ... bewegt sich nach der Lebenserfahrung im Rahmen des Taschengelds der angesprochenen jugendlichen Verbraucher. Selbst wenn die Zeitschrift nur deshalb erworben wird, 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 Zeitschrift oder eine Sonnenbrille für 4,50 [EUR] ... sollte erwerben können, nicht aber auch für denselben Preis eine Zeitschrift mit Sonnenbrille. Dies gilt auch mit Blick auf den Umstand, dass die Sonnenbrille in zwei verschiedenen Farben angeboten wird und deshalb nicht auszuschließen ist, dass einzelne Jugendliche die Zeitschrift zweimal kaufen.“]

Auch ein Verstoß gegen (mittlerweile) §§ 3, 4a Abs. 1, Abs. 2 S.1 Nr. 3, S. 2 UWG ist im Streitfall nicht gegeben.

Nach dieser Vorschrift sind Wettbewerbshandlungen unlauter, die geeignet sind, die geschäftliche Unerfahrenheit von Kindern und Jugendlichen auszunutzen. Durch die Bestimmung sollen u.a. besonders schutzwürdige Verbraucher vor der Ausnutzung ihrer Unerfahrenheit bewahrt werden (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf zum UWG 2004, BT-Drucks. 15/1487, S. 17).

[22] Im vorliegenden Fall fehlt es an einer Ausnutzung der Unerfahrenheit von Kindern und Jugendlichen. Diese können das aus der Kombination der Zeitschrift mit einer Sonnenbrille bestehende Angebot im Hinblick auf seine wirtschaftliche Bedeutung, seine Preiswürdigkeit und die mit dem Geschäft verbundenen finanziellen Belastungen hinreichend überblicken.]

Auch in einer jüngeren Entscheidung (BGH, GRUR 2009, 71 – *Sammelaktion für Schokoriegel*) hat der BGH diese Linie fortgeführt und einen Verstoß gegen § 4 Nr. 2 UWG 2008 verneint. Im konkreten Fall konnten Jugendliche durch das Sammeln von sog. „N-Screens“, die auf

der Verpackung von Schoko-Riegeln angebracht waren, einen 5 Euro-Gutschein bei Amazon.de erwerben. Der BGH machte deutlich, dass eine an Minderjährige gerichtete Werbung nach § 4 Nr. 2 UWG 2008 nur dann wettbewerbswidrig ist, wenn sie in ihrer konkreten Ausgestaltung geeignet ist, die Unerfahrenheit von Kindern und Jugendlichen auszunutzen, woran es fehlt, wenn die Minderjährigen in der Lage sind die wirtschaftliche Bedeutung, Preiswürdigkeit und finanzielle Belastung hinreichend zu überblicken. Ebenfalls kommt ein Verstoß gegen § 3 Abs. 3 i.V.m. Nr. 28 des Anhangs in Betracht (BGH, GRUR 2014, 298 – *Runes of Magic*).

Dagegen bejahte der BGH einen Verstoß gegen § 4 Nr. 2 UWG 2008 durch eine gesetzliche Krankenkasse, die im Zusammenhang mit der Durchführung eines Gewinnspiels von den Teilnehmern im Alter zwischen 15 und 17 Jahren umfangreiche personenbezogene Daten erhob, um diese (auch) zu Werbezwecken zu nutzen (BGH, Urt. v. 22.1.2014, I ZR 218/12, GRUR 2014, 682 – *Nordjob-Messe*).

b) Alter/Geschäftliche Unerfahrenheit von Erwachsenen/Leichtgläubigkeit

Besonders schutzbedürftig sind Personenkreise, die nicht oder nicht mehr über die Fähigkeit verfügen, die wirtschaftliche Tragweite eines Rechtsgeschäfts zu ermessen. Dies kann bei älteren oder geistig behinderten Menschen der Fall sein, aber auch bei Personen, die mit den Verhältnissen des Wirtschaftslebens nicht vertraut sind oder nicht über ausreichende Sprachkenntnisse verfügen.

Fall 7: Der Kläger, ein Verbraucherschutzverein, nimmt die Beklagte, die unter anderem Kochtöpfe vertreibt, auf Unterlassung von Verkaufsveranstaltungen in Übergangwohnheimen für Aussiedler in Anspruch. Am 14. August 1992 führte eine Außendienstmitarbeiterin der Beklagten im Übergangwohnheim für Aussiedler in N. eine Verkaufsveranstaltung für Produkte der Beklagten durch. Dabei unterzeichnete eine Aussiedlerin einen Kaufantrag für ein Topfset zu einem Gesamtpreis von 3.870,- DM. (BGH, GRUR 1998, 1041 – *Verkaufsveranstaltung in Aussiedlerwohnheim*)

Der BGH nahm an, dass das Verhalten unter dem Gesichtspunkt der Ausnutzung der Unerfahrenheit des hier angesprochenen Personenkreises sittenwidrig sei und damit gegen § 1 aUWG verstoße. Die gezielte Ausnutzung der geschäftlichen und rechtlichen Unerfahrenheit der umworbenen Kunden ist in der Regel unlauter. Ein solcher Fall liege hier vor.

Bei Aussiedlern, die zu Beginn ihres Aufenthaltes in der Bundesrepublik zunächst eine Unterkunft in Übergangwohnheimen zugewiesen erhalten, handele es sich um Personen, die noch nicht lange in Deutschland leben und deshalb über keinerlei Erfahrungen mit dem hiesigen Wirtschafts- und Rechtssystem verfügen, zumal sie vorher ganz überwiegend in agrarisch geprägten Teilen der ehemaligen UdSSR gelebt haben.

Rechtlich und geschäftlich unerfahrene (potentielle) Kunden, wie es bei Aussiedlern, die sich erst kurze Zeit in der Bundesrepublik aufhalten, der Fall sei, bedürften eines besonderen Schutzes. Dieser Personenkreis sei erfahrungsgemäß häufig nicht in der Lage, die wirtschaftliche Tragweite und die rechtlichen Auswirkungen eines Angebots abzuschätzen, da er in der Regel noch über keinerlei Erfahrungen mit den hiesigen Geschäftsgepflogenheiten verfüge. Ihm ist das bestehende Wirtschafts- und Rechtssystem völlig fremd und auch die Sprache oft noch nicht vertraut. Unter diesen besonderen Umständen könne der in Rede stehende Personenkreis, der zudem in aller Regel nur über begrenzte finanzielle Mittel verfüge, nur allzu leicht der Versuchung erliegen, die bei einer Verkaufsveranstaltung in Wohnheimen angepriesenen Waren zu erwerben.

Soll mit einer Werbe- und Verkaufsaktion gezielt die Unkenntnis, Ungewandtheit und Beeinflussbarkeit der angesprochenen Personen ausgenutzt werden, wovon das Berufungsgericht mit seiner Feststellung, der Vertreterin der Beklagten sei bewusst gewesen, dass sie die Verkaufsveranstaltung in einem Übergangwohnheim für Aussiedler durchführe, im Streitfall er-

sichtlich ausgegangen ist, so verstieß dieses Verhalten grundsätzlich gegen die guten Sitten und war damit wettbewerbswidrig im Sinne von § 1 aUWG (vgl. Köhler/Piper, 3. Aufl., UWG, § 1 Rdn. 77; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 19. Aufl., § 1 UWG Rdn. 195).

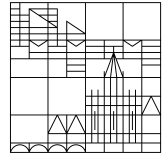
Im geltenden UWG wird diese Konstellation von § 4a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 3, S. 2 erfasst. Maßgebend ist der Durchschnitt der vom Werbenden angesprochenen Personengruppe. Um ein Wiederaufleben des überkommenen Verbraucherleitbildes zu verhindern, müssen die Defizite der angesprochenen Personenkreise allerdings eklatant sein (vgl. Scherer, WRP 2004, 1355).

Leichtgläubigkeit liegt vor, wenn ein Verbraucher nicht das Urteilsvermögen aufbringt, das nötig ist, um die Vor- und Nachteile eines Geschäfts richtig einzuschätzen und aus diesem Grund den Behauptungen des Werbenden ungeprüft Glauben schenkt. Eigenständige Bedeutung neben der geschäftlichen Unerfahrenheit kommt diesem Tatbestandsmerkmal bei Verträgen zu, deren Tragweite auch ein Durchschnittsverbraucher nicht ohne fachliche Beratung abschätzen kann, z.B. bei Versicherungsverträgen.

c) Angst oder Zwangslage

Eine Angst wird ausgenutzt, wenn ein Hinweis auf eine dem Angesprochenen drohende Gefahr dazu dient, rationale Erwägungen völlig in den Hintergrund zu drängen. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn es um essentielle Belange des Verbrauchers wie Leben, Gesundheit, Vermögen oder Arbeitsplatz geht. Eine unlautere Beeinträchtigung und keine Förderung der Verbraucherentscheidung liegt allerdings nur vor, wenn die Informationen unwahr oder unzutreffend sind (vgl. BGH, GRUR 1999, 1007, 1008 – *Vitalkost*).

Eine Zwangslage wird ausgenutzt, wenn der Verbraucher das Angebot annehmen muss, weil er – z.B. aus Zeitgründen – keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten hat, auf andere Anbieter auszuweichen. Unter diesem Gesichtspunkt kann es etwa unlauter sein, einen Unfallbeteiligten noch vor Ort zum Abschluss eines Abschleppvertrags zu veranlassen (BGH, GRUR 2000, 235 – *Werbung am Unfallort*).



Prof. Dr. Jochen Glöckner, LL.M. (USA)

Fachbereich Rechtswissenschaft
Lehrstuhl für deutsches und Europäisches
Privat- und Wirtschaftsrecht

Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe

Paketanschrift: Universitätsstraße 10
78464 Konstanz

Tel +49 7531 88-2309

Fax +49 7531 88-4528

jochen.gloeckner@uni-konstanz.de
<http://www.jura.uni-konstanz.de/gloeckner>

13.05.2024

**Vorlesung Lauterkeitsrecht
SS 2024
Universität Konstanz
Mo 17.00 - 18.30 Uhr, C 230
Jochen Glöckner**

Arbeitspapier 7

Bitte lesen Sie vorbereitend:

BGH v. 05.02.1998, I ZR 151/95 – *Rubbelaktion* = GRUR 1998, 735

BGH v. 27.02.2003, I ZR 253/00 – *Gesamtpreisangebot* = GRUR 2003, 538

BGH v. 11.04.2002, I ZR 225/99 – *Gewinnspiel im Radio* = GRUR 2002, 1003

BGH v. 03.03.2005, I ZR 117/02 – *Traumcabrio* = GRUR 2005, 599

BGH v. 19.04.2007, I ZR 57/05 – *150% Zinsbonus* = WRP 2007, 1337

BGH v. 11.09.2008, I ZR 120/06 – *Räumungsfinale* = WRP 2008, 1508

EuGH v. 14.01.2010, Rs. C-304/08 – *Plus Warenhandelsgesellschaft*, Slg. 2010, I-217

BGH v. 05.10.2010, I ZR 4/06 – *Millionen-Chance II* = MDR 2011, 555

BGH v. 17.03.2011, I ZR 81/09 – *Original Kanchipur* = GRUR 2011, 1151

BGH v. 21.07.2011, I ZR 192/09 - *Treppenlift* = GRUR 2012, 402

OLG Bamberg v. 18.02.2015, 3 U 210/14 – *Blickfangwerbung in Print-Medien mit Sternchenhinweis auf Internet-Seite* = WRP 2015, 459

G. Maßnahmen der Verkaufsförderung

I. Begriff und Erscheinungsformen

Als Maßnahmen der Verkaufsförderung (*sales promotion*) werden Absatzmethoden bezeichnet, bei denen den Abnehmern im Vorfeld des Vertragsschlusses oder zusätzlich zum Vertragsgegenstand ein besonderer Vorteil in Aussicht gestellt wird, um den Absatz zu fördern. Verkaufsförderungsmaßnahmen in diesem Sinne knüpfen nicht an die Produktgestaltung oder die allgemeine Preisgestaltung für das Produkt an. Mit ihnen sollen typischerweise nur aus bestimmten Gründen (z.B. saisonal oder durch die abnehmende Attraktivität eines länger auf dem Markt befindlichen Produkts bedingte) schleppende Absätze angeregt werden. Erscheinungsformen von Verkaufsförderungsmaßnahmen sind Rabatte, Koppelungsangebote einschließlich Zugaben, Kundenbindungssysteme, Werbegeschenke, Werbepreisausschreiben und Werbegewinnspiele.

Ein *Rabatt* (Preisnachlass) ist ein betragsmäßig oder prozentual festgelegter Abschlag vom angekündigten oder allgemein geforderten Preis. Er umfasst alle Arten von zeitlich begrenzten Preisermäßigungen (z.B. „20 % auf alle Produkte außer Tiernahrung“; „keine Mehrwertsteuer“).

Das *Koppelungsangebot* ist ein Angebot, das unterschiedliche Waren oder Dienstleistungen zu einem Gesamtpreis zusammenfasst. Die ältere Rechtsprechung unterschied zwischen offenen Koppelungsangeboten – bei ihnen werden die Einzelpreise zusätzlich zum Gesamtpreis angegeben –, verdeckten Koppelungsangeboten, bei denen lediglich der Gesamtpreis angegeben ist, sowie Vorspannangeboten, die dadurch gekennzeichnet sind, dass neben einer marktüblich angebotenen Hauptware eine andere Ware, die meist betriebs- oder branchenfremd ist, zu einem besonders günstigen Preis angeboten wird, jedoch nicht ohne die Hauptware erworben werden kann. Der BGH hat diese Unterscheidungskriterien aufgegeben und eine einheitliche Fallgruppe für Koppelungsangebote geschaffen.

Zu dieser Fallgruppe zählt der BGH auch die *Zugabe* (BGH, GRUR 2002, 977, 978 – *Koppelungsangebot I*). Die Eigenheit der Zugabe besteht darin, dass sie neben einer entgeltlich angebotenen Hauptware ohne besondere Berechnung angeboten wird, jedoch ihr Erwerb – und hierin drückt sich der Koppelungscharakter aus – vom Abschluss des Geschäfts über die Hauptware abhängig ist.

Kundenbindungssysteme sind Verkaufsförderungssysteme, mit denen das Ziel verfolgt wird, den Kunden umsatz- und zeitbezogen an den entgeltlichen Erwerb einer Ware oder Dienstleistung zu binden. Dem Kunden werden Vorteile gewährt, die sich in ihrer Höhe nach Anzahl und Umsatz des Erwerbs der Waren oder der Inanspruchnahme der Dienstleistungen richten. Kundenbindungssysteme können, je nach Ausgestaltung, eine besondere Form des Rabatts oder der Zugabe darstellen; sind die Vorteile preisbezogen, so handelt es sich um eine Form der Rabattgewährung, sind die Vorteile dagegen produktbezogen, so liegt eine besondere Ausprägung der Zugabe vor.

Ein *Werbegeschenk* stellt eine unentgeltliche Zuwendung dar, die nicht an den Erwerb eines Produkts oder an die Inanspruchnahme einer Dienstleistung gekoppelt ist. Ein Unterfall des Werbegeschenks ist die *Gratisprobe*.

Unter einem *Werbepreisausschreiben* ist die Aufforderung zur Teilnahme an einem Wettbewerb zu verstehen, bei dem der Gewinner ausschließlich aufgrund seiner Kenntnisse und Fertigkeiten ermittelt werden soll. Vom Preisausschreiben unterscheidet sich das *Werbegewinnspiel* darin, dass bei letzterem keine eigentliche Leistung zu erbringen ist, sondern der Gewinner aufgrund eines reinen Zufallselements ermittelt wird.

II. Unionsrechtliche Vorgaben

1. Scheitern der Verordnung über Verkaufsförderungsmaßnahmen

Im Oktober 2001 veröffentlichte die Kommission, genauer die GD Markt, einen „Vorschlag einer Verordnung über Verkaufsförderung“ ([KOM \(2001\) 546 end.](#)). Der Vorschlag ging aus dem „Grünbuch über kommerzielle Kommunikation im Binnenmarkt“ hervor und stand im Zusammenhang mit einer Politik, die die GD Markt mit der Richtlinie über elektronischen Geschäftsverkehr begonnen hatte (*Henning-Bodewig*, Das Europäische Wettbewerbsrecht: Eine Zwischenbilanz, GRUR Int. 2002, 389). Anders als das zeitgleich veröffentlichte „Grünbuch über den Verbraucherschutz“, das letztlich zur Gesamtregelung des verbraucherbezogenen Lauterkeitsrechts in der UGP-Richtlinie führte, setzte der Vorschlag einer Verordnung über Verkaufsförderung nur an bestimmten typisierten Geschäftspraktiken an. Er betraf zeitliche befristete Rabatte, unentgeltliche Zuwendungen, Zugaben, Preisausschreiben und Gewinnspiele. Solcherlei Verkaufsförderungsmaßnahmen hätten nach dem Vorschlag weder generell noch hinsichtlich eines bestimmten Wertes beschränkt werden dürfen. Der Vorschlag stellte jedoch diesbezüglich weitreichende Informationspflichten auf, mit denen Transparenz über den Wert des Gesamtangebots erzielt werden sollte. Der Vorschlag stand in mancher Hinsicht im Widerspruch zum „Grünbuch über den Verbraucherschutz“ und wurde nach vielfacher weiterer Kritik im September 2005 im Rahmen einer „Initiative für bessere Rechtsetzung“ zurückgezogen (*Ruess*, in: Münchener Kommentar, UWG, 2. Aufl. 2014, § 5 Rn. 120; *Henning-Bodewig*, Das Europäische Wettbewerbsrecht: Eine Zwischenbilanz, GRUR Int. 2002, 389).

2. Regelungsgefüge

Wie der zurückgezogene Vorschlag über eine Verordnung über Verkaufsförderungsmaßnahmen erahnen lässt, verleitet das Gebiet der Verkaufsförderungsmaßnahmen aufgrund seiner Breite zu einer Zerstückelung der Regelungen. Bis heute enthalten verschiedene Unionsrechtsakte Regelungen über Verkaufsförderungsmaßnahmen: So findet das medienrechtliche Verbot der Schleichwerbung in Art. 6 lit. a E-Commerce-RL sowie in der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste seine europarechtlichen Grundlagen.

Die UGP-Richtlinie verwendet den Begriff der Verkaufsförderungsmaßnahmen nicht, weil zum Zeitpunkt ihres Erlasses der Vorschlag über eine Verordnung über Verkaufsförderungsmaßnahmen noch im Raum stand (s.o.). Gleichwohl ist davon auszugehen, dass Verkaufsförderungsmaßnahmen, welche die Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 UGP-RL erfüllen, vom Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie erfasst werden (so ausdr. EuGH v. 14.1.2010, Rs. C-304/08 – *Plus Warenhandels-gesellschaft*, Slg. 2010, I-217, Rn. 35). Besonders problematisch erscheint daran, dass der Einsatz von Verkaufsförderungsmaßnahmen häufig weniger Bedenken aus der Perspektive des unmittelbaren Verbraucherschutzes als aus der Perspektive des Wettbewerbschutzes auslöst. So können Koppelungsangebote den Wettbewerb auf dem Markt des gekoppelten Produkts stören oder durch Rabatte können Mitbewerber vom Markt verdrängt werden. Erkennbar ist, dass die Kommission ursprünglich mit der UGP-Richtlinie nicht vorhatte, das Regelungsgebiet des EU-Kartellrechts zu betreten. Entscheidungen zu Koppelungsverboten und zum Verkauf unter Einstandspreis machen aber deutlich, dass die Abstimmung der Rechtsgebiete nur mäßig gelungen ist (z.B. EuGH v. 07.03.2013, Rs. C-343/12 – *Euronics*, ECLI:EU:C:2013:154).

Durch den durch die Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union (ABl. 2019 Nr. L 328/7) eingeführten Art. 3 Abs. 5 UGP-RL 2019 wurde den Mitgliedstaaten ausdrücklich

freigestellt, eigene nationale Regelungen gegen aggressive oder irreführende Praktiken in Bezug auf Haustürgeschäfte und Kaffeefahrten zu erlassen.

II. *Transparenz bei Verkaufsförderungsmaßnahmen*

1. Unionsrechtliche Vorgaben

Nach Art. 7 Abs. 1 UGP-RL gilt eine Geschäftspraxis als irreführend, wenn sie wesentliche Informationen vorenthält, die der durchschnittliche Verbraucher benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen. Wesentlich sind nach Art. 7 Abs. 5 UGP-RL die Informationsanforderungen, die im Unionsrecht in Bezug auf kommerzielle Kommunikation festgelegt sind. Die sog. [E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG \(ABl. 2000 Nr. L 178/1\)](#) regelt in Art. 6 lit. c für den elektronischen Geschäftsverkehr, dass Angebote zur Verkaufsförderung wie Preisnachlässe, Zugaben und Geschenke klar als solche erkennbar sein müssen, und dass die Bedingungen für ihre Inanspruchnahme leicht zugänglich sein sowie klar und eindeutig angegeben werden müssen. Art. 6 lit. c wurde bereits durch § 7 S. 1 Nr. 3 Teledienstegesetz (TDG; nunmehr § 6 Abs. 1 Nr. 3 TMG) in deutsches Recht umgesetzt.

2. Allgemeine Verkaufsförderungsmaßnahmen

a) Zweck der Informationspflichten

Der Gesetzgeber ging bei der Reform 2015 davon aus, dass sich die Informationspflichten, die bis dahin in § 4 Nrn. 4, 5 UWG 2008 nunmehr aus §§ 5, 5a UWG ergeben und sich in der Sache daher keine Änderungen ergeben sollten (*Weidert*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl., 2016, § 5 IV Rn. 1). Anzusiedeln sind die in den früheren § 4 Nrn. 4 und 5 UWG 2008 angesprochenen Transparenzdefizite inzwischen in § 5 Abs. 1, 2 UWG: Verkaufsförderungsmaßnahmen begründen meist bereits einen „besonderen Preisvorteil“ iSd § 5 Abs. 2 Nr. 2 UWG. Im Übrigen greifen die Informationspflichten der §§ 5a, 5b UWG ein. Wegen der hohen motivatorischen Wirkung, die von Verkaufsförderungsmaßnahmen ausgeht, enthalten die relevanten Angaben regelmäßig „wesentliche Informationen“. Beschränkungen des Werbemediums ist über die Anwendung von § 5a Abs. 3 UWG Rechnung zu tragen.

b) Bedingungen der Inanspruchnahme

Der Werbende muss angeben, welcher Personenkreis in den Genuss der Verkaufsförderungsmaßnahme kommen oder von ihr ausgeschlossen sein soll. Zudem muss angegeben werden, in welchem Zeitraum die Verkaufsförderungsmaßnahmen in Anspruch genommen werden können, sofern eine zeitliche Beschränkung existiert. So ist eine Werbung mit hervorgehobenen Einführungspreisen, denen höhere durchgestrichene Preise gegenübergestellt werden, nur zulässig, wenn sich aus der Werbung auch ergibt, wie lang die Einführungspreise gelten und ab wann die durchgestrichenen höheren Preise (wieder) verlangt werden (BGH, GRUR 2011, 1151 – *Original Kanchipur*). Dass eine zeitlich begrenzte Verkaufsförderungsmaßnahme besteht, wird indes schon aus der Anzeige ersichtlich. Anders sieht dies aus, wenn eine zeitliche Beschränkung überhaupt nicht bestehen soll, wenn beispielsweise ein Räumungsverkauf bis zum Ausverkauf erfolgen soll. Eine Verpflichtung, eine einschränkende Bedingung in Bezug auf die Dauer der Verkaufsaktion zu schaffen, besteht dann nicht (BGH, WRP 2008, 1508 – *Räumungsfinale*). Bei der Gewährung eines Rabatts muss zwar angegeben werden, auf welche Waren sich der Preisnachlass erstreckt; die Höhe des Preisnachlasses muss jedoch nicht angegeben werden. Im Rahmen von Kundenbindungssystemen muss der Anbieter angeben, welchen Wert der betreffende Berechnungsfaktor (z.B. „Meile“) hat. Bei Koppelungsangeboten muss angegeben werden, welche Güter miteinander gekoppelt sind. Da die Bedingungen klar und eindeutig angegeben werden müssen, dürfen sie den potentiellen Kunden nicht im Unklaren darüber lassen, welche Bedingungen in Einzelnen gelten. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich

nach dem Verbraucherleitbild modernen Zuschnitts; abzustellen ist also auf das Verständnis des durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers.

3. Werbepreisausschreiben und -gewinnspiele

Nach § 4 Nr. 5 UWG 2008 handelte unlauter, wer bei Preisausschreiben oder Gewinnspielen mit Werbecharakter die Teilnahmebedingungen nicht klar und eindeutig angibt. Die Vorschrift wurde als solche aufgehoben. Dennoch findet der Einsatz von Werbepreisausschreiben und -gewinnspielen nicht im lauterkeitsrechtsfreien Raum statt:

a) Unionsrechtliche Vorgaben

Art. 6 lit. d E-Commerce-Richtlinie wurde in § 6 Abs. 1 Nr. 4 TMG umgesetzt. Bei Verletzungen kommt eine lauterkeitsrechtliche Haftung über §§ 5a, 5b Abs. 4 UWG oder über §§ 3a UWG iVm § 6 Abs. 1 Nr. 4 TMG in Betracht. Bei offline-Angeboten werden in analoger Anwendung der unionsrechtlich getragenen Verbotstatbestände die § 5a Abs. 1, 3 UWG herangezogen (Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 42. Aufl., 2024, § 3 UWG Rn. 8.71 ff.).

b) Teilnahmebedingungen

Der Anbieter eines Werbepreisausschreibens und -gewinnspiels muss klar und eindeutig angeben, wie der Teilnehmer vorgehen muss, an wen er seine Teilnahme bzw. Lösung zu schicken hat und bis zu welchem Zeitpunkt (Einsendeschluss) dies geschehen muss. Der Werbende muss zudem über etwaige Kosten der Inanspruchnahme des Gewinns und damit verbundene Folgekosten informieren, sofern diese nicht als allgemein bekannt vorausgesetzt werden können.

III. Akzessorische Werbegewinnspiele und -preisausschreiben

1. Unionsrechtliche Vorgaben

§ 4 Nr. 6 UWG 2008 regelte ebenso wie § 4 Nr. 4, 5 einen Ausschnitt aus dem Bereich der verkaufsfördernden Maßnahmen. In seinem Regelungscharakter unterschied er sich jedoch von jenen Vorschriften. Denn es ging nicht um ein bloßes Transparenzgebot, sondern um die Statuierung eines grundsätzlichen Verbots der Koppelung der Teilnahme an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel mit dem Erwerb einer Ware bzw. der Inanspruchnahme einer Dienstleistung.

Durch die geplante Verordnung über Verkaufsförderungsmaßnahmen (vgl. dazu o.) sollten ursprünglich Regelungen für Verkaufsförderungsmaßnahmen getroffen werden, nach deren Regelungsmodell Verkaufsförderungsmaßnahmen im Grundsatz nicht verboten werden durften, die Unternehmen aber Informationen – bei Gewinnspielen etwa zur Höhe der Gewinnchance – zur Wiederherstellung der Markttransparenz hätten bereitstellen müssen.

Nach dem Scheitern dieses Vorhabens werden an Verbraucher gerichtete Verkaufsförderungsmaßnahmen vom Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie erfasst. Da die UGP-Richtlinie zu einer Vollharmonisierung führen soll, ist es den Mitgliedstaaten untersagt, strengere Regeln als in der Richtlinie vorgesehen zu erlassen oder aufrechtzuerhalten. Der BGH hatte insoweit Zweifel an der Unionsrechtskonformität von § 4 Nr. 6 UWG 2008 und rief deshalb den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 EG (jetzt Art. 267 AEUV) an (BGH, GRUR 2008, 807 – *Millionen-Chance*). Der EuGH entschied, dass eine solche Regelung in der Tat nicht mit der UGP-Richtlinie in Einklang steht (EuGH v. 14.01.2010, Rs. C-304/08 – *Plus Warenhandels-gesellschaft*, Slg. 2010, I-217), weil § 4 Nr. 6 UWG 2008 die Koppelung des Erwerbs von Waren mit der Teilnahme der Verbraucher an einem Gewinnspiel oder einem Preis-

ausschreiben allgemein verbietet, ohne dass anhand des tatsächlichen Kontexts des Einzelfalls geprüft werden müsste, ob die fragliche geschäftliche Handlung im Licht der in den Art. 5-9 UGP-RL aufgestellten Kriterien „unlauter“ ist. Ein derartiges Koppelungsverbot wird auch nicht von Anhang I UGP-RL erfasst, welcher die Praktiken, die allein ohne eine Einzelfallprüfung verboten werden dürfen, abschließend aufzählt. An dieser Bewertung soll auch die Tatsache nichts ändern, dass § 4 Nr. 6 UWG 2008 eine Ausnahme zu Gunsten von Praktiken vorsah, die ein Gewinnspiel oder ein Preisausschreiben betreffen, das naturgemäß mit der fraglichen Ware oder Dienstleistung verbunden ist, da sie als beschränkte und im Voraus definierte Ausnahme nicht die notwendige anhand des Sachverhalts des konkreten Falls vorzunehmende Beurteilung ersetzen konnte. Das grundsätzliche Verbot, ohne dass es auf die Beeinträchtigung von Interessen von Verbrauchern ankommen, wurde demgemäß vom EuGH für unvereinbar mit der UGP-Richtlinie gehalten.

2. Behandlung im deutschen Recht

Noch unter der Geltung von § 4 Nr. 6 UWG 2008 stellte der BGH auf diese Entscheidung hin fest, dass die Koppelung von Gewinnspielen mit Umsatzgeschäften nicht grundsätzlich einen Verstoß gegen die fachliche Sorgfalt darstellen könne. In richtlinienkonformer Auslegung könne ein Kopplungsgeschäft daher nur untersagt werden, wenn im konkreten Fall ein Verstoß gegen die fachliche Sorgfalt festgestellt werden könne oder der Irreführungstatbestand betroffen sei (BGH, GRUR 2011, 532 – *Millionen-Chance II*). Als Mittel hat der BGH sich der richtlinienkonformen Auslegung bedient. Eine Pflicht zur Auslegung *contra legem* besteht dabei zwar auch aus europäischer Sicht nicht. Die nationalen Gerichte haben aber alle möglichen Auslegungsmethoden heranzuziehen, um die volle Wirksamkeit der Richtlinie zu gewährleisten. Für das deutsche Recht schließt dies die Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion oder Analogie mit ein (Vgl. BGH, NJW 2006, 2465 – *Quelle*). Denkbare Lösungsmöglichkeiten wären gewesen, die konkreten Umstände des Einzelfalls im Rahmen von § 3 Abs. 1 UWG zu berücksichtigen oder aber § 4 Nr. 6 teleologisch zu reduzieren, um so die Vorgaben der UGP-Richtlinie in Art. 5 Abs. 2, Art. 8 in die Prüfung mit einzubeziehen zu können. Der BGH entschied, dass es einer geschäftlichen Handlung in diesem Kontext wegen der erheblichen Anlockwirkung nicht schon an der Spürbarkeit i.S.v. § 3 Abs. 1 UWG fehlen wird. Er beschritt vielmehr den zweiten Lösungsweg, in der Weise, dass § 4 Nr. 6 UWG richtlinienkonform auszulegen ist und eine Koppelung nur dann als unlauter anzusehen ist, wenn sie im Einzelfall eine unlautere Geschäftspraxis im Sinne der UGP-Richtlinie darstellt (BGH, GRUR 2011, 532 – *Millionen-Chance II*). § 4 Nr. 6 UWG 2008 hatte daher bei richtlinienkonformer Anwendung keinen eigenen Anwendungsbereich mehr neben § 3 Abs. 2 UWG bzw. den Irreführungstatbeständen.

Durch die UWG-Novelle 2015 wurde die Norm ersatzlos gestrichen (BT-Drs. 18/4535). Noch ungeklärt ist, welche Folgen dies für die Zulässigkeit von akzessorischen Werbegewinnspielen haben wird. Der Gesetzgeber wollte durch die Streichung zumindest eine Änderung hinsichtlich der bisherigen Praxis bewirken, sodass die Rechtsprechung sicher nicht einfach übernommen werden kann. Die Koppelung von Gewinnspielen und Produkterwerb kann somit nicht mehr pauschal als unlauter angesehen werden. Es wird vom konkreten Fall abhängig sein, ob die Kopplung von Gewinnspiel und Produkterwerb als unlauter anzusehen ist.

Elemente der Intransparenz für die Adressaten können stets von den §§ 5, 5a UWG erfasst werden. Im Hinblick auf die besondere motivierende Wirkung des Spielreizes kann u.U. auf § 4a, evtl. auf § 3 Abs. 2 UWG zurückgegriffen werden.

Relativ klar ist, dass Werbepreisausschreiben und –gewinnspiele nicht beanstandet werden können, wenn sie naturgemäß mit der Ware oder Dienstleistung verbunden sind. Das betrifft in erster Linie Preisausschreiben und Gewinnspiele gemeint, die Bestandteil eines redaktionellen Beitrags in Presse oder Rundfunk sind (vgl. BGH, GRUR 2002, 1003, 1004 – *Gewinnspiel im Radio*).

Daneben wird aus systematischen Gründen das Zusammenspiel mit dem Lotterierecht zu berücksichtigen sein: Die UGP-Richtlinie berührt gem. EGr. 9 S. 2 UGP-RL nicht die nationalen Vorschriften, die sich auf Glücksspiele beziehen. In Deutschland bedürfen Lotterien einer Genehmigung. Lotterien werden durch den Austausch von Einsatz und Gewinnchance gekennzeichnet. Bei akzessorischen Werbegewinnspielen stellt ein Teil des Preises für das erworbene Produkt den Einsatz dar. Eine Abgrenzung von der genehmigungsbedürftigen Lotterie kann nur erfolgen, wenn der Zweck der Maßnahme, nämlich die Verkaufsförderung, in den Vordergrund gestellt und insbesondere an der Höhe der Kosten des Werbegewinnspiels im Vergleich zu anderen Werbeaktionen sowie der Bedeutung der Gewinnchance für den angesprochenen Adressaten gemessen wird.

Schließlich kann die motivatorische Wirkung des Spielreizes – gerade bei vermeintlich der Geschicklichkeit zugänglichen Spielen (z.B. Torwandschießen aus Anlass eines internationalen Fußballturniers), bei denen eine psychologische Prädisposition der Adressaten zur Selbstüberschätzung ausgenutzt wird, tatsächlich auch unter Zugrundelegung des Durchschnittsadressaten die besondere Aggressivität erreichen, die in Art. 8 UGP-RL gefordert wird, und § 4a UWG angewendet werden.

Fachbereich Rechtswissenschaft
Lehrstuhl für deutsches und Europäisches
Privat- und Wirtschaftsrecht

Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe

Paketanschrift: Universitätsstraße 10
78464 Konstanz

Tel +49 7531 88-2309

Fax +49 7531 88-4528

jochen.gloeckner@uni-konstanz.de
<http://www.iura.uni-konstanz.de/gloeckner>

13.05.2024

**Vorlesung Lauterkeitsrecht
SS 2024
Universität Konstanz
Mo 17.00 – 18.30 Uhr, C 230
Jochen Glöckner**

Arbeitspapier 8

Bitte lesen Sie vorbereitend:

BGH v. 27.01.2000, I ZR 241/97 – *Telefonwerbung VI* = GRUR 2000, 818

BGH v. 11.03.2004, I ZR 81/01 – *E-Mail-Werbung* = GRUR 2004, 517

BGH v. 01.04.2004, I ZR 227/01 – *Ansprechen in der Öffentlichkeit* = GRUR 2004, 699

BGH v. 09.09.2004, I ZR 93/02 – *Ansprechen in der Öffentlichkeit II* = GRUR 2005, 443

BGH v. 06.07.2006, I ZR 145/03 – *Kunden werben Kunden* = GRUR 2006, 949

BGH v. 25.10.2012, I ZR 169/10 – *Einwilligung in Werbeanrufe II* = GRUR 2013, 531

BGH v. 12.09.2013, I ZR 208/12 – *Empfehlungs-E-Mail* = GRUR 2013, 1259

BGH v. 06.11.2013, I ZR 3/13 – *Werbeanruf* = GRUR-RR 2014, 117

BGH v. 14.01.2016, I ZR 65/14 – *Freunde finden* = GRUR 2016, 946

BGH v. 21.04.2016, IZR 276/14 – *Lebens-Kost* = GRUR 2016, 831

BGH v. 01.02.2018, III ZR 196/17 – *Einwilligung in Kontaktaufnahme über mehrere
Werbekanaläle möglich* = ZVertriebsR 2018, 114

OLG Köln v. 02.02.2018, 6 U 85/17 – *WiFi-Hotspot* = GRUR-RR 2018, 200

H. Unzumutbare Belästigungen

§ 7 UWG regelt detailliert die bereits zu § 1 aUWG anerkannte Fallgruppe der Belästigung. Der im UWG 2004 geschaffene Belästigungstatbestand wurde bereits durch die UWG-Novelle 2008 als eigenständiger und von § 3 gelöster Unzulässigkeitstatbestand ausgestaltet (vgl. §§ 8 – 10). Regelungsgegenstand ist in Absatz 2, 3 und Absatz 1 Satz 2 das sog. Direktmarketing, also Werbeformen, bei denen ein unmittelbarer Kontakt zwischen Werbendem und Umworbenem hergestellt wird – sei es per Telefon, E-Mail oder durch persönliches Ansprechen.

Nach der UWG-Novelle 2008 wurde das Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen vom 29.7.2009 verabschiedet, welches neben Änderungen im BGB und TKG auch zu zwei Neuerungen im UWG führte. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG 2004 wurde in der Weise geändert, dass bei Telefonwerbung gegenüber einem Verbraucher eine vorherige *ausdrückliche* Einwilligung erforderlich ist. Zum anderen wurde in § 20 UWG ein Bußgeldtatbestand eingeführt, der die unerlaubte Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern sanktioniert und inzwischen ein Bußgeld von bis zu dreihunderttausend Euro vorsieht. Dieser Tatbestand findet sich nun in Nr. 1 des Absatzes 2.

Das Gesetz über unseriöse Geschäftspraktiken v. 9.10.2013 hat zu einer Neufassung von § 7 Abs. 2 Nr. 4 geführt. Bei der UWG-Novelle 2015 blieb § 7 UWG unverändert.

Die im Gesetzgebungsverfahren steckengebliebene ePrivacy-Verordnung ([Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG \(Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation, KOM \(2017\) 10 endg., überarbeitete Version vom 22.02.2019, ST 6771 2019 INIT\)](#)) sollte die Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG ändern und beeinflusste mit Art. 16 des Vorschlages auch die künftige Fassung und Auslegung des § 7 UWG. Wie § 7 Abs. 2 UWG setzte Art. 16 Abs. 1 des Vorschlages die Einwilligung des Nutzers für unerbetenes Direktmarketing voraus. Dabei gestaltete sie jedoch die Widerrufsmöglichkeit näher aus (Absatz 2, 6 lit. c) und eröffnete den Mitgliedstaaten die Option, durch Gesetz die Einwilligung zu befristen (Absatz 2a). Auch sollten die Identität des Anrufers sowie dessen Kontaktdaten umfangreich offengelegt werden müssen (Absätze 3, 3a, 6 lit. a und b). Im Dezember 2019 hat die Kommission angekündigt, den Verordnungsentwurf nicht weiter zu verhandeln, sondern einen gänzlich neuen Entwurf vorlegen zu wollen. Einen endgültigen Entwurf gibt es immer noch nicht (vgl. bereits AP 2).

I. Schutzzweck

§ 7 schützt zum einen Verbraucher vor Belästigungen innerhalb ihrer Privatsphäre. Zudem dient die Norm dem Schutz der Gewerbetreibenden vor Belästigungen innerhalb ihrer Geschäftsabläufe.

Bsp.: Ein Provider von Telekommunikationsdienstleistungen, der seinen Nutzern WLAN-Router zur Nutzung in Ihren privaten Wohnungen zur Verfügung gestellt hatte, beabsichtigte, diese zur Erstellung eines flächendeckenden WLAN-Netzes zu nutzen. Zu diesem Zweck sollte auf diese Router ein separates WLAN-Signal (2nd SSID) aufgespielt werden. Durch diese Konfiguration können Dritte auf diese Router zugreifen und sich so mit dem Internet verbinden. In einem Schreiben wurden die Kunden des Providers hierüber informiert und es wurde ihnen ein vierwöchiges Widerspruchsrecht gewährt.

Die Installation des zweiten Signals stellt nach Ansicht des OLG Köln bereits als solche eine Belästigung im Sinne des § 7 dar (OLG Köln, GRUR-RR 2018, 200– *WiFi-Hotspot*). Die Belästigung liege darin, dass dem Kunden eine geschäftliche Handlung aufgedrängt

werde, um die er nicht selbst nachgesucht habe und für deren Vornahme auch seine Entscheidung nicht abgewartet worden sei. Auch bei unbestellter Werbung liege die Belästigung darin, dass sich der Adressat mit der Handlung befasse, ihr Aufmerksamkeit oder in seinem Eigentum oder Besitz befindliche Ressourcen zuwenden müsse. Geschützt durch § 7 UWG seien die räumliche Privatsphäre des Verbrauchers und sein Eigentum. § 7 Abs. 1 Satz 2 UWG zeige, dass der Verbraucher selbst zu erkennen geben muss, ob er Werbung wünsche. Entsprechendes gelte auch für sonstige geschäftliche Handlungen. Insoweit sehe das Gesetz ein „opt-out-System“ für jede aufgedrängte geschäftliche Handlung vor.

Das OLG Köln lehnte indes die Unzumutbarkeit der Belästigung ab. Vorliegend sei der Belästigungsgrad des gewählten Mittels nicht so hoch, dass die Art und Weise der Ansprache für den Kunden unzumutbar sei. Das ergebe sich aus einer Abwägung zwischen den Interessen des Unternehmers und denen des Anschlussinhabers, vor allem aus der dem Verbraucher stets offenstehenden Möglichkeit des Widerspruchs bzw. nach Ablauf der Frist dem Widerruf der Zustimmung (OLG Köln, GRUR-RR 2018, 200 – *WiFi-Hotspot*).

Der BGH ist demgegenüber davon ausgegangen, dass bereits keine Belästigung gegeben sei (BGH, Urt. v. 25.4.2019, I ZR 23/18, GRUR 2019, 750, 752 – *WifiSpot*). Die Aktivierung der 2nd SSID sei ein ausschließlich technischer Vorgang, der keinerlei Auswirkungen, Beeinträchtigungen oder sonstige Nachteile für die Kunden habe. Es fehle an Eingriffen in die Privatsphäre, das Eigentum oder das Besitzrecht der Kunden. Die Router, auf denen die 2nd SSID aktiviert werden sollten, stünden im Eigentum der Beklagten. Die Aktivierung sei weder mit einem mit Störungen verbundenen Besuch bei den Kunden verbunden noch sei deren Mitwirkung erforderlich. Der Internetzugang der Kunden werde durch die Aktivierung der 2nd SSID nicht beeinträchtigt. Anhaltspunkte für eine Sicherheitsgefährdung oder durch die erweiterte Nutzung des Routers verursachte Mehrkosten zu Lasten der Kunden bestünden nicht. Ein Haftungsrisiko für von Dritten über das zweite WLAN-Signal begangene Rechtsverletzungen bestehe für die Kunden ebenfalls nicht (BGH, Urt. v. 25.4.2019, I ZR 23/18, GRUR 2019, 750, 752 – *WifiSpot*).

II. Generalklausel, § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG

1. Geschäftliche Handlung

Zwar wird § 7 überwiegend bei Werbung anzuwenden sein; der Tatbestand ist jedoch nicht mehr auf Werbung beschränkt, sondern kann sich auf jedwede geschäftliche Handlung beziehen, § 7 Abs. 1 Satz 1.

2. Unzumutbare Belästigung

Eine unzumutbare Belästigung i.S.v. § 7 Abs. 1 Satz 1 liegt vor, wenn eine geschäftliche Handlung dem Empfänger aufgedrängt wird, die schon wegen ihrer Art und Weise unabhängig von ihrem Inhalt als Beeinträchtigung der privaten oder beruflichen Sphäre empfunden wird. Maßgeblich ist also nicht, ob die Entscheidungsgrundlage oder der Entscheidungsprozess in wettbewerblich zu missbilligender Weise beeinflusst werden.

Allerdings sind Belästigungen nach § 7 Abs. 1 Satz 1 nicht schlechthin unlauter. Das Erfordernis der Unzumutbarkeit trägt dem Umstand Rechnung, dass der Werbung ein gewisses Belästigungspotential von Natur aus innewohnt. Da Wettbewerb aber nur mit Werbung möglich ist, muss ein bestimmtes Maß an Belästigung hingenommen werden. Unzumutbar und somit unlauter ist eine Belästigung, die als unerträglich empfunden wird. Abzustellen ist nicht auf die persönliche Empfindlichkeit des Betroffenen, sondern auf den durchschnittlich empfindlichen Ver-

braucher bzw. sonstigen Marktteilnehmer. Nach der Regierungsbegründung ist die Schwelle zur Unzumutbarkeit allerdings nicht zu hoch anzusetzen.

III. Fallgruppen des § 7 UWG

1. Erkennbar unerwünschte Werbung, § 7 Abs. 1 Satz 2

§ 7 Abs. 1 Satz 2 erfasst nur die Individual- oder Direktwerbung, d.h. die gezielt gegenüber einer Person vorgenommene Werbung („angesprochene Marktteilnehmer“). Eine Definition der Werbung fehlt im UWG. In Art. 2 lit. a IrreführungsRL wird Werbung hingegen definiert, als „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern. Nach dieser Definition wird nur die sog. Absatzwerbung erfasst. Dennoch ist der BGH in zwei Entscheidungen aufgrund von Schutzzweckerwägungen davon ausgegangen, dass auch die Nachfragewerbung unter den Begriff der Werbung zu fassen sei (vgl. BGH, GRUR 2008, 925, 926 – *FC Troschenreuth*; BGH, GRUR 2008, 923, 924 – *Faxanfrage im Autohandel*). Aufgestellt wird der Grundsatz, dass jedenfalls dann eine unzumutbare Belästigung vorliegt, wenn gegen den erkennbaren Willen des Empfängers geworben wird. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers fällt hierunter die Werbewerksendung, wenn der Empfänger durch einen Aufkleber am Briefkasten deutlich gemacht hat, dass er eine solche Werbung nicht wünscht. Der Wille des Einzelnen, sich nicht mit Werbung auseinanderzusetzen, ist als Ausfluss seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts grundsätzlich höher anzusiedeln als das Interesse des Anbieters an der Werbung für seine Waren oder Dienstleistungen.

2. Hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen über Fernabsatzmittel, Anh. 26 UWG

§ 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG a.F. stellte eine partielle Umsetzung von Nr. 26 Anh. I UGP-RL dar. Durch das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 10.08.2021 (BGBl. I 2021, S. 3504) wurde diese Fallgruppe der Nr. 1 aufgehoben und stattdessen in den Tatbestand des Nr. 26 Anh. UWG mit folgendem Wortlaut aufgenommen:

„Folgende geschäftliche Handlungen sind stets unzulässig: (...) bei hartnäckigem und unerwünschtem Ansprechen des Verbrauchers mittels Telefonanrufen, unter Verwendung eines Faxgerätes, elektronischer Post oder sonstiger für den Fernabsatz geeigneter Mittel der kommerziellen Kommunikation, es sei denn das Verhalten ist zur rechtmäßigen Durchsetzung einer vertraglichen Verpflichtung gerechtfertigt“.

In den Gesetzentwürfen (BT-Drs. 19/27873) wird dies mit der Struktur der Richtlinie 2005/29/EG begründet, nach der unzulässiges hartnäckiges Ansprechen über Fernabsatzmittel stets eine unlautere geschäftliche Handlung darstelle. In der Literatur war die Verortung der Nr. 26 Anh. I UGP-RL in § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG a.F. als missglückt und als unzureichende Umsetzung der Richtlinie angesehen worden, u.a. wegen eines Übersetzungsfehlers der deutschen Version und der unterschiedlichen Schutzzwecke (vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG § 7 Rn. 98 ff.).

In der alten Fassung des § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG verbot die Vorschrift Werbung unter Verwendung eines in § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG a.F. nicht aufgeführten, für den Fernabsatz geeigneten Mittels der kommerziellen Kommunikation. Als sonstige Fernkommunikationsmittel (vgl. § 312c Abs. 2 BGB) kamen vor allem Briefe, Prospekte und Kataloge in Betracht. Das hat sich im Tatbestand des Nr. 26 Anh. UWG („sonstiger für den Fernabsatz geeigneter Mittel der kommerziellen Kommunikation“) nicht geändert.

Verboten ist der Einsatz solcher aber Werbemedien nur, wenn ein Verbraucher „hartnäckig und unerwünscht“ angesprochen wird. Unter hartnäckigem Ansprechen ist ein wiederholtes Anspre-

chen zu verstehen. Bei einem nur einmaligen Ansprechen scheidet der Tatbestand des Nr. 26 Anh. 3 UWG aus.

Der Tatbestand ist – wie bereits § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG a.F. – auf den B2C-Bereich beschränkt. Briefwerbung gegenüber einem Unternehmer beurteilt sich weiterhin nach § 7 Abs. 1 Satz 2 UWG.

3. Unerwünschte Telefonwerbung, § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG

Fall 1: Die Klägerin ist die Verbraucherzentrale B. e.V. Zu ihren satzungsgemäßen Aufgaben gehört es, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen. Die Beklagte ist ein Versicherungsunternehmen, das seine Leistungen u.a. über die Vermittlung durch Banken im Rahmen eines Agenturverhältnisses vertreibt. Eine entsprechende „Rahmenvereinbarung über die Zusammenarbeit“ hat sie auch mit der V. Bank H. geschlossen. Im Herbst 1994 unterzeichnete eine Kundin der genannten Bank zwei Anträge zur Eröffnung von Sparkonten, deren vorgedruckter Text unter Ziffer 3 wie folgt lautet: „Der Konto-/Depotinhaber ist mit der persönlichen und telefonischen Beratung in Geldangelegenheiten durch die Bank [] einverstanden. [] nicht einverstanden.“ In beiden Anträgen ist das Kästchen vor dem Wort „einverstanden“ angekreuzt. Anfang November 1995 rief ein Mitarbeiter der V. Bank H. die Kundin an und vereinbarte mit ihr einen Besuchstermin „wegen einer Steuerersparnisssache“. (BGH, NJOZ 2001, 360 – *Telefonanruf zu Werbezwecken*)

[Seit den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs Telefonwerbung I-VI ist anerkannt, dass ein Telefonanruf im Privatbereich zu Werbezwecken grundsätzlich gegen die guten Sitten des Wettbewerbs verstößt. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass der Schutz der Individualsphäre vorrangig gegenüber dem wirtschaftlichen Gewinnstreben von Wettbewerbern ist und dass es die berechtigten Interessen der gewerblichen Wirtschaft, ihre Produkte werbemäßig anzupreisen, angesichts der Vielfalt der Werbemethoden nicht erfordern, mit der Werbung auch in den privaten Bereich des umworbenen Verbrauchers einzudringen. Werbeanrufe sind nur dann zulässig, wenn der Umworbene zuvor ausdrücklich oder konkludent sein Einverständnis mit einem solchen Anruf erklärt hat (st. Rspr.; vgl. BGH, GRUR 1995, 220 – *Telefonwerbung V* m.w.N.; BGHZ 141, 124 ff.; 141, 137 ff.). Dies gilt auch für Anrufe, die – wie hier – der Vorbereitung eines häuslichen Vertreterbesuchs dienen (BGH, GRUR 2000, 818, 819 – *Telefonwerbung VI* m.w.N.). Es ist demnach grundsätzlich wettbewerbswidrig, den Inhaber eines Fernsprechanchlusses in dessen privatem Bereich ohne sein zuvor ausdrücklich oder konkludent erklärtes Einverständnis anzurufen, um einen Besuchstermin zu vereinbaren, der dem Neuabschluss eines Versicherungsvertrags dienen soll.

Fraglich ist, ob vorliegend ein wirksames Einverständnis der Kundin mit dem Anruf des Mitarbeiters der V. Bank H. vorlag. Der BGH nahm zunächst an, dass die in den Kontoeröffnungsanträgen enthaltene Einverständniserklärung als Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB zu behandeln sei. Dabei sei es ohne Bedeutung, ob der Kunde die Wahl zwischen bestimmten, vom Verwender vorgegebenen Alternativen habe (vgl. BGH, NJW 1992, 503 f.; NJW 1996, 1208 m.w.N.; GRUR 2000, 818, 819 – *Telefonwerbung VI*). Entscheidend sei, dass der Verwender – wie im vorliegenden Fall – bei der von den Kunden abzugebenden Erklärung die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit für sich ebenso in Anspruch nimmt wie bei der Vorformulierung eines Vertragstextes, und dass der Kunde nur darauf, ob er die Erklärung abgeben will, nicht aber auf ihren Inhalt Einfluss habe (vgl. BGHZ 141, 124 ff.). Es ist allerdings fraglich, ob dieser Zugang des Wettbewerbssenats mit der jüngeren Rechtsprechung zum AGB-Begriff in Einklang steht, vgl. BGHZ 153, 148). Zuletzt hat der I. Senat zum Ausdruck gebracht,

dass er allein den Einsatz von „opt-out Klauseln“ im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen für unwirksam hält (vgl. BGH, GRUR 2008, 1010 – Payback).

Für die Entscheidung des Rechtsstreits komme es nicht darauf an, ob der Begriff der Geldangelegenheiten nach heutigem Verständnis weit ausgelegt werden müsse und Geldanlagen in Versicherungen, Bausparverträgen oder sonstigen Finanzdienstleistungsprodukten umfasse. Denn die streitgegenständliche Klausel sei selbst dann, wenn das Einverständnis der Kundin zur – auch telefonischen – Beratung in Geldangelegenheiten weit auszulegen wäre und dementsprechend (auch) in Telefonwerbung für den Abschluss einer Kapitallebensversicherung bei der Beklagten eingewilligt worden wäre, jedenfalls als unangemessene Benachteiligung nach § 307 BGB unwirksam (BGH, GRUR 2000, 818, 819 – *Telefonwerbung VI*; vgl. auch BGHZ 141, 124 ff.; 141, 137 ff.)]

...

Die Telefonwerbung war seit der UWG-Reform 2004 bis zur UWG-Novelle 2022 in § 7 Abs. 2 Nr. 2 geregelt und steht durch den Fortfall der ersten Nummer nun in § 7 Abs. 2 Nr. 1. Das geltende UWG hat diese Vorschrift mit ihren strengen Begrenzungen nahezu unverändert übernommen. Die Vorschrift steht nicht in Widerspruch zur UGP-Richtlinie. Für individuelle Telefonwerbung lässt Art. 13 Abs. 3 Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG den Mitgliedstaaten nämlich ein Wahlrecht zwischen einem Opt-in-Modell und einem Opt-out-Modell. Nach Art. 5 Abs. 1, Abs. 5 i.V.m. Anh. I Nr. 26 S. 1 UGP-RL ist es zwar nur verboten, wenn Kunden durch *hartnäckiges* und unerwünschtes Ansprechen über Telefon geworben werden, außer in den Fällen und in den Grenzen, in denen dies nach dem einzelstaatlichen Recht gerechtfertigt ist, um eine einzelstaatliche Verpflichtung durchzusetzen. Diese Vorschrift läuft jedoch in Deutschland weitgehend leer; denn gem. Anh. I Nr. 26 S. 2 UGP-RL bleibt unter anderem die Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG und somit auch deren Art. 13 Abs. 3 von S. 1 unberührt. Demnach verbleibt den Mitgliedstaaten die Freiheit, zwischen dem Opt-in- und dem Opt-out-Modell zu wählen, ohne dass es aber auf ein hartnäckiges Ansprechen ankommen würde.

Die Telefonwerbung ist somit gegenüber einem Verbraucher nur dann nicht unlauter, wenn dieser seine ausdrückliche Einwilligung gegeben hat (sog. Opt-in-Lösung). Der unerbetene Telefonanruf stellt einen besonders intensiven Eingriff in die Privatsphäre des Verbrauchers dar; denn dieser wird unmittelbar und ohne Vorankündigung mit der Werbung konfrontiert und kommt nicht umhin, sich zumindest kurzzeitig auf ein Gespräch einzulassen. Mit dem Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen ist nunmehr eine vorherige *ausdrückliche* Einwilligung erforderlich. Eine konkludente Einwilligung, wie sie nach früherem Recht noch genügte, ist nicht mehr ausreichend. In der oben genannten Entscheidung hatte der Bundesgerichtshof die in AGB erteilte Einwilligung noch an der AGB-Kontrolle scheitern lassen.

In der Entscheidung *Einwilligung in Werbeanrufe II* (BGH, GRUR 2013, 531 – *Einwilligung in Werbeanrufe II*) hat der BGH diesen expansiven Zugang korrigiert. Das in Deutschland als Regelungsmodell gewählte opt in-Verfahren wirkt sich nur dann nicht als faktisches Verbot jeder Telefonwerbung im privaten Bereich aus, wenn eine im modernen Geschäftsleben praktikable Möglichkeit besteht, die Einwilligung zu erhalten. Das setzt voraus, dass die Einwilligung grundsätzlich auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam erteilt werden kann. Der Verbraucherschutz vor Aushöhlung des Verbots wird in richtlinienkonformer Auslegung nunmehr auf andere Weise bewirkt: Eine Einwilligung wird nur dann gem. Art. 2 S. 2 lit. f Richtlinie 2002/58/EG, Art. 2 lit. h Richtlinie 95/46/EG "in Kenntnis der Sachlage" erteilt, wenn der Verbraucher weiß, dass seine Erklärung ein Einverständnis darstellt und worauf sie sich bezieht. Die Einwilligung erfolgt für den konkreten Fall, wenn klar wird, welche Produkte oder Dienstleistungen welcher Unternehmen sie konkret erfasst. Generalanwalt Szpunar schloss sich dieser Auslegung bezogen auf Cookies an und betont, dass die bloße Teilnahme an einem Online-Gewinnspiel nicht automatisch auf die getrennt zu würdigende auf die Einwilligung bezogene

Willenserklärung schließen lasse (v. 21.03.2019, Rs. C-673/17 – *Planet49*, ECLI:EU:C:2019:246 Rn. 84 ff., 89). Der EuGH (Urt. v. 01.10.2019, Rs. C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801, Rn. 59) folgte dieser Auslegung. Eine Willensbekundung erfolgt nur dann „für den konkreten Fall“, wie es Art. 2 lit. h Richtlinie 95/46/EG fordert, wenn „*sie sich gerade auf die betreffende Datenverarbeitung (bezieht) (...) und (kann) nicht aus einer Willensbekundung mit anderem Gegenstand abgeleitet werden*“ (Rn. 58). Eine unangemessene Benachteiligung ist in der Verwendung sog. „opt-out“-Klauseln zu erblicken (BGH, GRUR 2008, 1010 – *Payback*).

Stets ist jedoch erforderlich, dass mit dem Telefonanruf eine Werbemaßnahme tatbestandlich verbunden ist. Hierbei ist das Ziel der Absatzförderung stets gegeben, wenn unmittelbar ein Geschäftsabschluss angestrebt wird. Nach überwiegender Ansicht soll aber auch dann von Werbung gesprochen werden können, wenn nur mittelbar das Ziel verfolgt wird, den Absatz von Waren oder Dienstleistungen zu fördern, wie dies der Geschäftsanbahnung oder Kundenzufriedenheitsumfragen der Fall ist (vgl. OLG Köln, MMR 2009, 267– *Demoskopie im Unternehmensauftrag*).

Gegenüber Gewerbetreibenden handelt es sich bei Telefonwerbung dann nicht um unlauteres Verhalten, wenn zumindest eine mutmaßliche Einwilligung des Betroffenen vorliegt. Zwar kann die Störung der beruflichen Tätigkeit ebenfalls ein gewisses Belästigungspotential aufweisen. Die Interessenlage kann sich jedoch anders als beim Verbraucher darstellen, wenn der Anruf im konkreten Interessenbereich des Angerufenen liegt. Die Rechtsprechung vertritt bei der Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung einen liberaleren Standpunkt (vgl. BGH, GRUR 2004, 520 – *Telefonwerbung für Zusatzeintrag*). Allein die Tatsache, dass die Telefonwerbung den Geschäftsgegenstand des Anzurufenden betrifft, rechtfertigt die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung jedoch nicht. Vielmehr muss der Werbende im Streitfall konkrete Umstände vortragen, aufgrund derer er davon ausgehen durfte, dass der Anzurufende der Telefonwerbung ein sachliches Interesse entgegenbringen wird. Auch die Veröffentlichung der Telefonnummer auf der Webseite des eigenen Unternehmens begründet nicht automatisch eine mutmaßliche Einwilligung in den Erhalt von Telefonwerbung (LG Flensburg, Urt. v. 08.04.2022 – 8 O 7/22 = GRUR-RS 2022, 30781).

Der neu durch das Gesetz für faire Verbraucherverträge vom 10.8.2021 in das UWG aufgenommene § 7a UWG sieht Dokumentations-, Aufbewahrungs- und Nachweispflichten zur Erteilung der Einwilligung des Verbrauchers in die Telefonwerbung vor. Der werbende Unternehmer muss die ausdrückliche Einwilligung dokumentieren und für einen Zeitraum von 5 Jahren ab Verwendung der Einwilligung aufbewahren, um im gegebenen Fall der Anfrage durch die Verwaltungsbehörde diese vorlegen zu können. Verstöße gegen § 7a Abs. 1, 2 stellen eine Ordnungswidrigkeit nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 dar.

Gegenüber Verbrauchern setzt der § 20 Abs. 1 Nr. 1 UWG den § 7 Abs. 1 iVm. § 7 Abs. 2 Nr. 1 und 2 auch durch, indem bei Verstoß gem. § 20 Abs. 2 eine Geldbuße iHv. bis zu 300.000 € angedroht wird. Verbraucher können sich selbst unerwünschter Telefonwerbung sonst auch über das Bürgerliche Recht erwehren. So kann ihnen vor allem ein Unterlassungsanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB iVm. § 1004 Abs. 1 BGB analog aufgrund des Eingriffs ins allgemeine Persönlichkeitsrecht zustehen. Gegenüber einem Unternehmer kann ein Anruf zu Werbezwecken ohne tatsächliche oder mutmaßliche Einwilligung einen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb begründen. Der Anspruch aus § 823 Abs. 1, § 1004 BGB analog ist nicht schon wegen der Subsidiarität des bürgerlichen Rechts gegenüber dem Lauterkeitsrecht und damit den §§ 7, 8 UWG ausgeschlossen, denn der betroffene Unternehmer steht nur im Vertikalverhältnis mit dem Anrufer und ist damit nicht Mitbewerber iSd. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG. Somit könnte er selbst gerade nicht aus Lauterkeitsrecht nach §§ 7 Abs. 1, 2 Nr. 1 iVm. § 8 Abs. 1, 3 Nr. 1 vorgehen (zum Ganzen Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 42. Aufl., 2024, § 7 Rn. 130).

4. Verwendung besonderer Fernkommunikationsmittel, § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG

Das Regelbeispiel erfasst die Werbung mittels E-Mail, Fax und SMS. Eine Differenzierung nach Zielpersonen – Verbraucher oder Gewerbetreibende – besteht im Gegensatz zur Telefonwerbung nicht. Die bisherige Beurteilung solcher Werbemethoden weicht von derjenigen der Telefonwerbung kaum ab (vgl. BGH, GRUR 1996, 208 – *Telefax-Werbung*; auch in Anbetracht der neueren technischen Entwicklungen bestätigt in BGH, GRUR 2007, 164 – *Telefax-Werbung II*; BGH, GRUR 2004, 517 – *E-Mail-Werbung*). Zwar ist das Belästigungspotential beim einmaligen Empfang einer E-Mail als relativ gering einzuschätzen; eine nicht unerhebliche Belästigung wird jedoch bewirkt, wenn diese Werbemethode systematisch angewendet wird, wozu sich die E-Mail-Werbung angesichts der geringen Kosten vorzüglich eignet. Auch § 7 Abs. 2 Nr. 2 widerspricht nicht Anh. I Nr. 26 UGP-RL. § 7 Abs. 2 Nr. 2 ist angelehnt an Art. 13 Abs. 1 Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG, wonach die Verwendung von automatischen Anrufsystemen, Faxgeräten und E-Mails nur bei vorheriger Einwilligung des Teilnehmers gestattet ist. Das UWG 2008 hat § 7 Abs. 2 Nr. 2 im Vergleich zur alten Rechtslage verschärft. Danach ist Werbung nur noch nach einer vorherigen *ausdrücklichen* Einwilligung des Adressaten zulässig.

Die am 25. Mai 2018 in Kraft getretene Datenschutzgrundverordnung (Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung; ABl. 2016 Nr. L 119/1) lässt die Datenschutzrichtlinie für die elektronische Kommunikation unberührt. Neben § 7 Abs. 2 UWG sind also die Vorgaben aus der DSGVO anzuwenden. Die Einwilligungserklärung muss daher kumulativ den Anforderungen aus DSGVO und UWG erfüllen. § 7 Abs. 2 UWG ist insoweit strenger, als für E-Mail-Werbung immer eine ausdrückliche Einwilligung gefordert wird und diese nicht auf berechnete Interessen nach Art. 6 Abs. 1 lit. f. DSGVO gestützt werden kann. Nach anderer Auffassung setzt sich die weitere Definition der Einwilligung in Art. 4 Nr. 11 DSGVO durch.

§ 7 Abs. 3 enthält Ausnahmen vom Erfordernis der Einwilligung des Adressaten in die Zusendung von E-Mail-Werbung. Dem Werbenden soll es im Rahmen bestehender Kundenbeziehungen möglich sein, für den Absatz ähnlicher Waren und Dienstleistungen per E-Mail zu werben, ohne vorher das Einverständnis des Kunden eingeholt zu haben. Dies gilt freilich nur solange, bis dieser die weitere Nutzung untersagt (sog. Opt out-Modell). § 7 Abs. 3 ist mit dem Unionsrecht konform. Denn nach Art. 13 Abs. 2 Datenschutzrichtlinie besteht vom Erfordernis der Einwilligung des Empfängers in die Zusendung von Werbe-E-Mails eine Ausnahme. Danach ist eine Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte gegenüber natürlichen und juristischen Personen auch ohne die Einwilligung des Empfängers zulässig, wenn der Werbende die elektronischen Kontaktinformationen für E-Mails von dem Kunden im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produkts erhalten hat, sofern der Kunde klar und deutlich die Möglichkeit erhält, eine solche Nutzung seiner elektronischen Kontaktinformationen bei deren Erhebung und bei jeder Übertragung gebührenfrei und problemlos abzulehnen, und sofern er diese Nutzung nicht von vorneherein abgelehnt hat.

Auch im Datenschutzrecht besteht mit Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DSGVO ein weitreichender Erlaubnistatbestand für Direktmarketing. Ergibt sich aus den Vorgaben des strengeren § 7 Abs. 3 UWG die Zulässigkeit, so ist anzunehmen, dass auch datenschutzrechtlich die werbliche Ansprache von Bestandskunden per E-Mail nicht zu beanstanden ist. So ist anzunehmen, dass die lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit von E-Mail-Werbung auf das Ergebnis der in EG 47 erläuterten notwendigen datenschutzrechtlichen Interessensabwägung hinweist (*Uecker*, ZD 2019, 248, 250). Zu berücksichtigen ist indes das absolute Widerspruchsrecht der betroffenen Person nach Art. 21 Abs. 2, 3 DSGVO.

5. Anonyme Werbung, § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 liegt eine unzumutbare Belästigung bei anonymer Werbung mit Nachrichten vor. Das Transparenzgebot soll die Durchsetzung von Ansprüchen gegen den Werbenden erleichtern. Der Begriff der Nachrichten ist in § 2 Abs. 1 Nr. 5 definiert und umfasst Telefonanrufe ebenso wie Fax-, E-Mail- und SMS-Nachrichten. Der Empfänger muss jederzeit die Möglichkeit haben, die Einstellung der Nachrichten zu verlangen. Des Weiteren dürfen für die Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten nur die Kosten für den Basistarif für die Übermittlung einer solchen Erklärung anfallen. Diese Voraussetzung ist dann nicht erfüllt, wenn eine Mehrwertdienstnummer angerufen werden muss.

Ein Transparenzgebot enthält auch Art. 6 lit. b Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr 2000/31/EG, wonach Personen, in deren Auftrag kommerzielle Kommunikationen erfolgen, klar identifizierbar sein müssen. Ähnliches ergibt sich aus Art. 13 Abs. 4 Datenschutzrichtlinie, wonach anonyme Direktwerbung sowohl gegenüber natürlichen als auch gegenüber juristischen Personen auf jeden Fall verboten ist.

Des Weiteren wurde durch das Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken in § 7 Abs. 2 Nr. 3 lit. b UWG eine Bezugnahme auf § 6 Abs. 1 TMG integriert. Dies soll der Umsetzung des Art. 13 Abs. 4 Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG dienen, der 2009 geändert wurde. Hiernach muss der kommerzielle Charakter klar erkennbar sein und die natürliche oder juristische Person, in deren Auftrag die kommerzielle Kommunikation erfolgt, muss klar identifizierbar sein. Bei Verkaufsförderungsmaßnahmen, Preisausschreiben oder Gewinnspielen müssen zudem die Bedingungen klar erkennbar und leicht zugänglich sein.

IV. Weitere Formen unzumutbarer Belästigungen

Der Beispielskatalog des § 7 Abs. 2 UWG hat keinen abschließenden Charakter. Unzumutbare Belästigungen können nach der gesetzlichen Konzeption somit auch durch andere geschäftliche Handlungen bewirkt werden (vgl. § 7 Abs. 1: „insbesondere“).

In jüngerer Zeit stellte sich, unter anderem im Hinblick auf die im Dezember 2011 erfolgte Beanstandung der Kommission, die Frage nach der Richtlinienkonformität des § 7 Abs. 1 UWG. Die Kommission vertrat die Auffassung, dass § 7 Abs. 1 Satz 1 mit den Art. 8 und 9 UGP-RL unvereinbar sei. Die Vorschrift gehe über die geltenden Bestimmungen der Richtlinie hinaus, da sie eine Art Generalklausel enthalte und nicht auf die Kausalität zwischen einer erheblichen Beeinträchtigung des Durchschnittsverbrauchers und einer geschäftlichen Entscheidung abstelle.

Diese Kritik verkannte die Struktur des Belästigungstatbestandes, der – trotz des insoweit irreführenden Begriffs – gerade nicht die aggressiven Geschäftspraktiken der Art. 8, 9 UGP-RL regelt, sondern an die individuelle Beeinträchtigung der Privatsphäre anknüpft. Der Tatbestand wird im Hinblick auf die § 7 Abs. 2 – 4 UWG aus den in Art. 13 Datenschutzrichtlinie für die elektronische Kommunikation (2002/58) eröffneten Regelungsspielräumen gespeist. Im Hinblick auf § 7 Abs. 1 UWG sollte auf den Hinweis des Unionsgesetzgebers in EGr. 7 S. 4 UGP-RL reagiert werden und im Übrigen die Generalklausel des Art. 5 Abs. 2 UGP-RL durch einen wertungsoffenen Tatbestand konkretisiert werden dürfen. Im Rahmen der UWG-Novelle 2015 wurden keine Änderungen an § 7 UWG vorgenommen.

In der RL (EU) 2019/2161 gab auch der Unionsgesetzgeber zu erkennen, dass ihm an diesem Rechtsgebiet wenig gelegen ist, denn er stellte in dem neuen Art. 3 Abs. 5 UGP-RL den Mitgliedstaaten frei, Bestimmungen zum Schutz der berechtigten Interessen der Verbraucher in Bezug auf aggressive oder irreführende Vermarktungs- oder Verkaufspraktiken im Zusammenhang mit unerbetenen Besuchen eines Gewerbetreibenden in der Wohnung eines Verbrauchers oder Ausflügen, die von einem Gewerbetreibenden in der Absicht oder mit dem Ergebnis orga-

nisiert werden, dass für den Verkauf von Produkten bei Verbrauchern geworben wird oder Produkte an Verbraucher verkauft werden, zu erlassen, wenn diese verhältnismäßig, nicht diskriminierend und aus Gründen des Verbraucherschutzes gerechtfertigt sind.

1. Gezieltes Ansprechen in der Öffentlichkeit („Anreißen“)

Das gezielte Ansprechen von Personen in der Öffentlichkeit, das sog. „Anreißen“, wurde bereits durch die Rechtsprechung zu § 1 aUWG als grundsätzlich unlauter angesehen. Einer der Leitscheidungen zum sog. „Anreißen“ (BGH, GRUR 1960, 431 – *Kraftfahrzeugnummernschilder*) lag ein durchaus beachtliches Bedrohungspotential zugrunde: Kraftfahrzeuge werden bei den Zulassungsstellen angemeldet. Die Zulassungsstellen weisen die Kennzeichen zu und versehen sie mit Zulassungs- und TÜV-Plaketten. Die Anfertigung der Kennzeichen erfolgt jedoch durch private Schilderdruckereien. Behördengängern, die ihr Fahrzeug anmelden wollen, liegt im Allgemeinen wenig daran, sich nach der Zuweisung eines Kennzeichens von der Zulassungsstelle erst weit zu entfernen, um „ihre“ Nummernschilder drucken zu lassen, und anschließend wieder zur Bestempelung zur Zulassungsstelle zurückzukehren. Für die Schilderhersteller bedeutet demgemäß der Betrieb einer Niederlassung in oder bei der Zulassungsstelle einen erheblichen Wettbewerbsvorteil. Der Beklagte hatte sich in der Nähe der Zulassungsstelle aufgehalten und Personen, die sie mit einem Zulassungsschein verließen, angesprochen und auf seine auf der gegenüberliegenden Straßenseite befindlichen Betriebsräume hingewiesen. An derselben Straße befanden sich noch mindestens vier weitere Unternehmen desselben Geschäftszweigs.

In seiner Begründung hat der Bundesgerichtshof maßgeblich darauf abgestellt, dass die Einwirkung auf die Willensfreiheit der Angesprochenen jedenfalls dann nicht mit den Anforderungen des lautereren Wettbewerbs vereinbar wäre, wenn die Mitbewerber diese Werbemethode nachahmen würden, wozu sie aus naheliegenden Gründen gezwungen seien.

Dem Gericht stand erkennbar die Vorstellung vor Augen, dass die Angestellten der einschlägig tätigen Unternehmen alsbald vor den Toren der Zulassungsstellen warten und sich auf die potentiellen Kunden stürzen würden. In einer solchen Situation würde wohl tatsächlich in relevanter Weise in die Entscheidungsautonomie der Marktgegenseite eingegriffen. Dasselbe mag auch für den Einsatz von „Schleppern“ für Hotels oder Taxis in Flughäfen oder Bahnhöfen gelten. Das bloße individuelle Ansprechen von Passanten auf öffentlichen Straßen oder Plätzen wird jedoch im Regelfall nicht zu einer vergleichbaren Einflussnahme führen. Diese – nunmehr über § 4a zu berücksichtigenden – Aspekte werden heute von der Rechtsprechung anerkannt.

Ausdrücklich festgehalten hat die Rechtsprechung demgegenüber an der Begründung der Unlauterkeit durch den Aspekt der Belästigung in der Entscheidung *Ansprechen in der Öffentlichkeit I* (GRUR 2004, 699), insbesondere, wenn der Werbende nicht als solcher erkennbar ist. In der Folgeentscheidung *Ansprechen in der Öffentlichkeit II* (GRUR 2005, 443) bestätigte der BGH diese Grundsätze, wenn das Ansprechen „zu zunächst nicht eindeutig erkennbaren Werbezwecken“ erfolgt.

Die aus der „insbesondere“-Formulierung folgende Unsicherheit hinsichtlich der Behandlung erkennbarer Werbemaßnahmen hat der BGH in letzterer Entscheidung ebenfalls geklärt: Wenn der Werbende von vornherein als solcher eindeutig erkennbar ist, kann die gezielte Direktansprache von Passanten auf öffentlichen Straßen oder Plätzen zu Werbezwecken nicht ohne weiteres als unzumutbare Belästigung des Angesprochenen angesehen werden. Weil die Kontaktaufnahme zu Werbezwecken für den Passanten in solchen Fällen in aller Regel nicht überraschend und unvorhergesehen ist, hat er fast immer die Möglichkeit, sich einem Gespräch ohne große Mühe durch Nichtbeachtung des Werbenden oder eine kurze abweisende Bemerkung oder Geste zu entziehen. Anders liegt es aber, wenn dies nach den gegebenen Verhältnissen (z.B. in einer engen Straße) nicht möglich ist oder wenn der Werbende einen erkennbar entgegenstehenden Willen des Angesprochenen missachtet, etwa indem er diesen am Weitergehen

hindert oder ihm folgt. In solchen Fällen ist die Anwendung des § 7 auch dann geboten, wenn sich der Werbende von vornherein als solcher zu erkennen gegeben hat.

Die danach anzunehmende Unlauterkeit wird auch nicht dadurch ausgeräumt, dass dem auf diese Weise geworbenen Kunden ein Widerrufsrecht nach §§ 312b, 312g, 355 BGB zusteht (BGH, GRUR 2004, 699, 701 – *Ansprechen in der Öffentlichkeit*). Denn der Schutzzweck des BGB besteht nicht darin, den Kunden vor derartigen Vertriebsformen zu schützen; vielmehr soll dem Kunden die rechtliche Möglichkeit gegeben werden, sich von unüberlegt geschlossenen Verträgen zu lösen. Der Widerruf beseitigt allerdings lediglich die vertragliche Bindung, nicht jedoch die wettbewerbswidrige Belästigung.

2. Haustürwerbung

Die bisherige Rechtsprechung zur Haustürwerbung ist vergleichsweise liberal. Dies wurde vor allem damit begründet, dass die Haustürwerbung – im Gegensatz zur Telefonwerbung – traditionell üblich sei. Die unterschiedliche Behandlung von Haustürwerbung und Telefonwerbung erscheint nicht sachgerecht. Das Argument, die Haustürwerbung finde fast ausschließlich tagsüber und nur an Werktagen statt, während Telefonwerbung zeitlich unbeschränkter möglich sei, vermag nicht zu überzeugen. Die Haustürwerbung weist ein hohes Belästigungspotential auf und verlangt vom Umworbenen grundsätzlich mehr Anstrengungen zur „Abwehr“ des Werbenden; es ist grundsätzlich schwieriger, den vor einem stehenden Werber abzuweisen, als ein Telefongespräch zu beenden (vgl. BGH, NJW 1996, 929, 930 – *Telefonwerbung als Haustürgeschäft*). Die Haustürwerbung stellt auch im Vergleich zum Ansprechen in der Öffentlichkeit den schwerwiegenderen Eingriff dar, da in weit höherem Maß in die Privatsphäre vorgedrungen wird. Die Annahme, der Durchschnittsbürger fühle sich in den eigenen vier Wänden sicherer und es falle ihm deshalb leichter, unerwünschte Werber abzuweisen, trifft nicht zu. Denn der Straßenwerber kann – im Gegensatz zum Haustürwerber – durch schlichtes Weitergehen abgeschüttelt werden.

Auch im Zusammenhang mit Haustürwerbung gilt, dass die §§ 312b ff. BGB lediglich vor den Folgen des Vertragsschlusses schützen können, der aufgrund der Überrumpelung vorschnell abgeschlossen wurde. Das BGB bietet jedoch keinen Schutz vor der Belästigung an sich, die von einer Haustürwerbung ausgeht.

Das Unionsrecht enthält in der UGP-Richtlinie eine Regelung zur Haustürwerbung. Danach ist es unlauter und mithin verboten, die Aufforderung des Verbrauchers bei persönlichen Besuchen in dessen Wohnung, diese zu verlassen bzw. nicht zurückzukehren, nicht zu beachten. Eine Ausnahme gilt nur in den Fällen, in denen ein solches Verhalten nach den nationalen Vorschriften gerechtfertigt ist, um eine vertragliche Verpflichtung durchzusetzen (vgl. Art. 5 Abs. 1, Abs. 5 i.V.m. Anh. I Nr. 25 UGP-RL). Eine französische Regelung, die den Verkauf von pädagogischen Materialien und den Abschluss von Unterrichtsverträgen im Wege der Haustürwerbung verbietet, wurde vom EuGH nicht als Verstoß gegen Art. 28 EG (jetzt 34 AEUV) eingestuft (EuGH v. 16.5.1989, Rs. C-382/87 – *Buet*, Slg. 1989, 1235).

Durch die Änderung der UGP-Richtlinie (hierzu bereits AP 2) wurde klargestellt, dass nationale Regelungen für Haustürgeschäfte wie auch Kaffeefahrten erlassen werden können, um ein legitimes Verbraucherinteresse zu schützen. Viele Mitgliedstaaten hatten Bestimmungen erlassen, um besonderen Auswüchsen auf nationaler Ebene begegnen zu können. Deren Anerkennung sei nach Ansicht der Kommission aus Gründen der öffentlichen Ordnung und der Achtung des Privatlebens geboten. Dabei hob die Kommission zwar bereits im Richtlinienvorschlag hervor, dass solche nationalen Regelungen zwar der Totalharmonisierung der Richtlinie zuwiderliefen, rechtfertigte diese Ausnahme jedoch mit den allenfalls als geringfügig einzustufenden Auswirkungen auf den Binnenmarkt ([KOM \(2018\) 185 endg.](#), S. 17). In Art. 3 Abs. 5 UGP-RL 2019 findet sich eine entsprechende Freistellung.

3. Zusendung unbestellter Waren

Die Wettbewerbswidrigkeit der Zusendung unbestellter Waren wird darin gesehen, dass mit ihr Unannehmlichkeiten für den Empfänger verbunden sind, die so weit gehen können, dass er sich nicht aufgrund qualitativer oder preislicher Vorzüge für ein Behalten der Ware entscheidet, sondern weil er sich den Belästigungen entziehen will, die ihm durch die Rücksendung drohen.

Die Zusendung unbestellter Waren mit der Aufforderung, sie zu bezahlen oder zurückzusenden, ist zwar als Angebot zum Abschluss eines Vertrags über den Erwerb der betreffenden Ware anzusehen. Das Schweigen hierauf ist jedoch keine Annahme, auch wenn der Absender erklärt, der Vertrag gelte im Falle der Nichtablehnung oder Nichtrücksendung als geschlossen. Dies ergibt sich aus § 241a Abs. 1 BGB, wonach keine Ansprüche des Absenders gegen den Empfänger bestehen, wenn jener unbestellte Ware zusendet und es sich beim Empfänger um einen Verbraucher handelt. Bei unbestellter Zusendung an einen Unternehmer gelten indes die allgemeinen Grundsätze; der Empfänger muss die Ware auf Verlangen herausgeben, ist aber – auch wenn Porto beigelegt ist – zur Rücksendung nicht verpflichtet. Mit § 241a BGB wurde Art. 9 Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG umgesetzt, wonach es unzulässig ist, dass einem Verbraucher ohne vorherige Bestellung Waren geliefert oder Dienstleistungen erbracht werden, wenn damit eine Zahlungsaufforderung verbunden ist. Nach der UGP-Richtlinie gilt eine solche Geschäftspraxis ebenfalls als unlauter (Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Anhang I Nr. 29). Seit der Aufhebung der Fernabsatzrichtlinie ist die vertragsrechtliche Vorschrift in Art. 27 VerbraucherrechteRL 2011/83 enthalten, und knüpft an das gem. Anh. I Nr. 29 UGP-RL unlautere unerbetene Übersenden an.

Der EuGH wertete zuletzt einen Fall, in dem SIM-Karten vermarktet wurden, auf denen bestimmte Dienste – wie Internetzugangs- und Mailbox-Dienste vorinstalliert und aktiviert sind, ohne dass der Verbraucher zuvor angemessen darüber aufgeklärt wurde, dass diese Dienste vorinstalliert und -aktiviert sind oder welche Kosten hierfür anfallen als einen Anwendungsfall des Anh. I Nr. 29 UGP-RL (EuGH v. 13.09.2018, verb. Rs. 54 f./17 – *AGCM ./ Vodafone und Wind*, ECLI:EU:C:2018:710).

4. Laienwerbung

Laienwerbung wurde bereits im Hinblick auf die Frage einer unangemessenen unsachlichen Beeinflussung des Werbenden bzw. des Geworbenen im Rahmen des § 4a UWG diskutiert (vgl. insoweit AP 6). Die Influencer Werbung stellt in der Regel eine geschäftliche Handlung und damit keine Laienwerbung dar. Eine solche würde zudem nur vorliegen, wenn ein direkter Kontakt des Influencers zu anderen Verbrauchern hergestellt wird, welcher eine individuelle Kundenbearbeitung ermöglicht (Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 42. Aufl., 2024, § 3 UWG Rn. 6.31).

Eine derartige Beeinflussung lässt sich mittlerweile nicht mehr allein auf die Gewährung einer nicht unerheblichen Prämie stützen. Allerdings kommen andere Unlauterkeitstatbestände in Betracht, nach denen die konkrete Handlung unzulässig sein kann. So kann insbesondere die Gefahr einer unzumutbaren Belästigung i.S.d. § 7 Abs. 1 UWG gegeben sein:

Fall 2: Ein Augenoptiker warb mit einer „Kunden werben Kunden“-Aktion. Dabei sollte der werbende Kunde unter verschiedenen Prämien aussuchen können, die jeweils einen Wert von ca. 30 € besaßen, sofern der geworbene Neukunde einen Auftrag im Mindestwert von 100 € abschloss. (BGH, GRUR 2006, 949 – *Kunden werben Kunden*)

[„17 c) Werbung durch Einsatz von Laien ist ... nur unzulässig, wenn andere Umstände als die ausgesetzte Prämie als solche die Unlauterkeit begründen. Dies kann der Fall sein, wenn die Gefahr einer Irreführung oder einer unzumutbaren Belästigung (vgl. § 7 Abs. 1 UWG) des umworbenen Kunden durch den Laienwerber besteht, die Werbung auf eine Verdeckung des Prämieninteresses und damit auf eine Täuschung über die Motive des Werbenden angelegt ist (sog. verdeckte Laienwerbung) oder sie sich auf Waren

oder Dienstleistungen bezieht, für die besondere Maßstäbe gelten. Die Gefahr, dass der Laienwerber unlautere Mittel einzusetzen versucht, mag im Einzelfall auch wegen der von einer besonders attraktiven Prämie ausgehenden Anreizwirkung bestehen (vgl. Fezer/Steinbeck, UWG, § 4-1 Rdn. 391; Gloy/Loschelder/Jaeger-Lenz, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 2. Aufl., § 68 Rdn. 125). Maßgeblich ist aber immer eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls (Köhler aaO § 4 UWG Rdn. 1.176; Fezer/Steinbeck aaO Rdn. 390). Die vom Berufungsgericht in den Vordergrund gestellten Gesichtspunkte reichen danach nicht aus, um die Werbung der Beklagten als unlauter zu beanstanden.

...

20 bb) Auch eine mit Werbemaßnahmen verbundene Belästigung ist grundsätzlich hinzunehmen. Unlauter ist eine Wettbewerbshandlung erst, wenn sie Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt (§ 7 Abs. 1 UWG). Allein darin, dass der Laienwerber sich in erster Linie an Personen wendet, zu denen er in einer bestimmten Beziehung steht, und diese sich einer solchen Werbemaßnahme möglicherweise weniger leicht entziehen können als den Werbeversuchen Fremder, liegt noch kein Umstand, der die mit der Laienwerbung verbundene Belästigung als unzumutbar i.S. von § 7 Abs. 1 UWG erscheinen lässt. Ein solcher Belästigungsgrad ist regelmäßig erst gegeben, wenn die Gefahr besteht, dass der Laienwerber zu Mitteln greift, die auch berufsmäßigen Werbern verboten sind (vgl. Köhler aaO § 4 UWG Rdn. 1.177). Im vorliegenden Fall bestehen keine Anhaltspunkte für die Annahme, dass durch die beanstandete Werbung der Beklagten die Gefahr begründet wird, der Laienwerber werde zu Mitteln greifen, die die umworbenen Neukunden in einer Weise belästigen, die über das mit der Werbung verbundene Maß an persönlicher Ansprache hinausgeht.“

Wie bereits im AP 6 erläutert, erklärte der BGH die Werbeaktion jedoch wegen eines Verstoßes gegen das Heilmittelwerbegesetz i.V.m. § 4 Nr. 11 UWG 2004 (inzwischen § 3a UWG) für unzulässig.]