

Fall 5: Die Klägerin, ein Verbraucherverband, nimmt die Beklagte, die Zeitschriftenabonnements vertreibt im Hinblick auf zwei Schreiben, die die Beklagte an eine Verbraucherin versandt hat, auf Unterlassung in Anspruch und den Ersatz von Abmahnkosten in Anspruch. In den als „Auftragsbestätigung“ bezeichneten Schreiben mit „persönlicher Kundennummer“ wurde der Verbraucherin jeweils mitgeteilt, sie habe eine Zeitschrift bestellt. Die Verbraucherin könne nach Erhalt des kostenlosen ersten Heftes acht Tage lang prüfen, ob sie die betreffende Zeitschrift weiterhin beziehen wolle. Falls dies nicht der Fall sei, genüge eine kurze Nachricht an die Beklagte. Die Rechnung folge mit der nächsten Lieferung. Die Beklagte trägt hingegen vor, dass sie selbst Opfer einer kriminellen Verhaltensweise geworden sei, da sie und ihre Vertriebspartnerin Opfer eines auf der unteren Vertriebsstufe begangenen, groß angelegten Betrugs durch unbekannte Täter geworden seien. Für kriminelle Handlungen, die von Personen außerhalb ihres Vertriebssystems verübt würden, müsse sie nicht einstehen. Auf eine Abmahnung der K durch einen Rechtsanwalt wegen dieser „Auftragsbestätigungen“ reagiert B nicht mit einer Abgabe der geforderten strafbewehrten Unterwerfungserklärung.

Ist der Unterlassungsanspruch begründet?

Ist der Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten begründet?

Welche prozessuale Folge hätte das Fehlen der Abmahnung gehabt?

Bearbeitungszeit: 5 Stunden

Lösungsübersicht Fall 5:

A. Frage 1: Ist der Unterlassungsanspruch begründet?

Der Klägerin (K) könnte gemäß § 8 I UWG ein Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte (B) bezüglich der Versendung als mit „Auftragsbestätigung“ bezeichneten Schreiben zustehen.

I. Aktivlegitimation der K, § 8 III Nr. 3 UWG

Die K ist als Verbraucherverband nach § 8 III Nr. 3 UWG aktivlegitimiert.

II. Unzulässige geschäftliche Handlung gemäß § 3 I UWG

Es müsste eine unzulässige unlautere geschäftliche Handlung gemäß § 3 I UWG vorliegen. Nach § 3 I UWG sind unlautere geschäftliche Handlungen unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.

1. Geschäftliche Handlung, § 2 I Nr. 1 UWG

Gemäß § 2 I Nr. 1 UWG definiert sich eine „geschäftliche Handlung“ als jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt.

Da vorliegend in Wirklichkeit noch kein Geschäftsabschluss getätigt wurde, liegt ein Verhalten zugunsten des eigenen Unternehmens vor einem Geschäftsabschluss vor, das objektiv mit der Förderung des eigenen Absatzes der B zusammenhängt, da Intention der B ist, dass die Verbraucherin die Rechnung für die Zeitschrift bezahlt.

Eine geschäftliche Handlung könnte jedoch vorliegend ausscheiden, da nur ein einzelner Verbraucher betroffen wurde. Nach der neuesten Rechtsprechung des BGH ist es jedoch irrelevant, ob das Verhalten eines Unternehmens zielgerichtet und systematisch eingesetzt wird.¹ Demgegenüber verlangt eine Ansicht in der Literatur, dass das Verhalten über den konkreten, individuellen Vertrag hinaus reichen muss. Da vorliegend jedoch selbst nach dem Vortrag der B ein „groß angelegter Betrug“ vorliegt, reicht das Verhalten jedenfalls über die Individualbeziehung hinaus. Somit liegt eine geschäftliche Handlung der Beklagten gemäß § 2 I Nr. 1 UWG nach beiden Ansichten vor.

2. Unlauterkeit gemäß § 3 UWG

Die geschäftliche Handlung müsste unlauter sein.

a) Unlauterkeit gemäß § 3 III UWG i.V.m. Nr. 29 Anhang zu § 3 III UWG

In Betracht kommt zunächst eine Unzulässigkeit gemäß § 3 III UWG i.V.m. Nr. 29 Anhang zu § 3 III UWG. Nach § 3 III UWG sind die im Anhang zu § 3 III UWG aufgeführten geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern stets unzulässig.

aa) Gegenüber Verbrauchern

Die geschäftliche Handlung der B müsste sich gegenüber Verbraucher im Sinne von § 2 II UWG i.V.m. § 13 BGB richten. Problematisch könnte vorliegend sein, dass konkret lediglich ein einziger Verbraucher betroffen ist und der Tatbestand des § 3 III UWG den Begriff im Plural verwendet. Jedoch ist es nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift als ausreichend anzusehen, dass lediglich ein Verbraucher betroffen ist, da mit der Vorschrift ein Schutz der Verbraucher wegen ihrer strukturellen Unterlegenheit normiert wurde. Daher ist es irrelevant, wie viele Verbraucher tatsächlich betroffen wurden.

Die geschäftliche Handlung richtete sich somit gegenüber Verbrauchern.

bb) Tatbestand der Nr. 29 Anhang zu § 3 III UWG

Die Voraussetzungen der Nr. 29 Anhang zu § 3 III UWG müssten erfüllt sein. Gemäß Nr. 29 Anhang zu § 3 III UWG stellt die Aufforderung zur Bezahlung nicht bestellter Waren oder Dienstleistungen oder eine Aufforderung zur Rücksendung oder Aufbewahrung nicht bestellter Sachen, sofern es sich nicht um eine nach den Vorschriften über Vertragsabschlüsse im Fernabsatz zulässige Ersatzlieferung handelt, eine unzulässige geschäftliche Handlung gemäß § 3 III UWG dar.

(1) Nicht bestellte Waren

¹ Vgl. **BGH GRUR 2012, 198 Rz. 12 – Auftragsbestätigung** (In Änderung der Rechtsprechung zu **BGH GRUR 2007, 789 Rz. 36 – Änderung der Voreinstellung I**).

Da tatsächlich kein Vertrag über die Zeitschriften vorab geschlossen wurde, handelt es sich bei den Zeitschriften um nicht bestellte Waren.

(2) Aufforderung zur Bezahlung

Zwar liegt aktuell keine Aufforderung zur Zahlung vor und es wurde auch aktuell keine nicht bestellte Ware übersandt. Jedoch könnte bereits mit der **Ankündigung der Rechnung und Übersendung** nicht bestellter Zeitungen eine Aufforderung zur Bezahlung im Sinne von Nr. 29 Anhang zu § 3 III UWG vorliegen.

Nach Nr. 29 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG (UGP-Richtlinie) ist die „Aufforderung des Verbrauchers zur sofortigen oder späteren Bezahlung oder zur Rücksendung oder Verwahrung von Produkten, die der Gewebetreibende **geliefert**, der Verbraucher aber nicht bestellt **hat**“ eine irreführende Geschäftspraktik. Dementsprechend muss nach dem Wortlaut des Nr. 29 des Anhangs I der UGP-Richtlinie eine Übersendung bereits erfolgt sein. Somit scheidet nach richtlinienkonformer Auslegung Nr. 29 Anhang zu § 3 III UWG an sich aus.

Jedoch könnte aufgrund **teleologischer Auslegung** dennoch Nr. 29 Anhang zu § 3 III UWG Anwendung finden. Sinn und Zweck des Nr. 29 Anhang zu § 3 III UWG ist es, dass Verbraucher vor aggressiven Geschäftspraktiken geschützt werden. Die unberechtigte bloße Ankündigung einer Rechnung und Übersendung von nicht bestellten Waren verunsichert den Verbraucher aber mindestens ebenso wie die mit einer Zahlungsaufforderung verbundene Übersendung unbestellter Ware. Damit besteht für den Verbraucher ein gleicher Druck und es ist eine gleiche oder sogar noch stärkere Belästigung gegeben.² Daher ist eine **teleologische Tatbestandsexension** des Nr. 29 Anhang zu § 3 III UWG vorzunehmen und bereits die Ankündigung von Rechnung und Übersendung von nicht bestellten Waren als ausreichend anzusehen.³

(3) Ausnahme wegen Einräumung einer Frist zur Prüfung von acht Tagen

Mit dem Hinweis, dass die Verbraucherin nach Erhalt des ersten kostenlosen Heftes acht Tage lang prüfen könne, ob sie die betreffende Zeitschrift weiterhin beziehen wolle, könnte eine Aufklärung über die fehlende Verpflichtung vorliegen. Nach der herrschenden Meinung in der Literatur entfällt der Tatbestand der Nr. 29 Anhang zu § 3 III UWG bei einer entsprechenden Aufklärung über eine fehlende Verpflichtung. Vorliegend wird der Verbraucherin jedoch eine bereits bestehende Rechtsbindung vorgespiegelt. Eine Aufklärung dahingehend, dass eine rechtliche Bindung nicht bestehe erfolgt mit der 8-tägigen Prüfungspflicht nicht.

(4) Keine zulässige Ersatzlieferung

² Vgl. **BGH GRUR 2012, 198 Rz. 12 – Auftragsbestätigung.**

³ **Anmerkung:** Aufgrund tw. **a.A.** in der Literatur ist eine Ablehnung der Anwendbarkeit des Nr. 29 Anhang zu § 3 III UWG wegen unzulässiger Analogie vorliegend gut vertretbar.

Eine zulässige Ersatzlieferung liegt bereits aufgrund der fehlenden Vertragsgrundlage nicht vor.

(5) Ausnahme wegen Irrtum der B

Letztlich könnte aufgrund des Irrtums der B über die Bestellung und der Behauptung, dass sie selbst Opfer eines Betrugs ist, eine Ausnahme von Nr. 29 Anhang zu § 3 III UWG gegeben sein. Jedoch ist in Nr. 29 Anhang zu § 3 III UWG kein subjektives Tatbestandsmerkmal enthalten und ist somit für den Tatbestand irrelevant. Das Problem der Verantwortlichkeit könnte allenfalls die Passivlegitimation in Zweifel ziehen. Eine Ausnahme vom Tatbestand des Nr. 29 Anhang zu § 3 III UWG scheidet hinsichtlich des Irrtums der B jedenfalls aus.

cc) Zwischenergebnis

Die geschäftliche Handlung ist gemäß § 3 III i.V.m. Nr. 29 Anhang zu § 3 III UWG unzulässig. (aA gut vertretbar)

b) Unlauterkeit gemäß §7 I 1 UWG

Des Weiteren könnte eine unzulässige geschäftliche Handlung gemäß § 7 I 1 UWG vorliegen. Gemäß § 7 I 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, unzulässig. Mit der Ankündigung der Zusendung nicht bestellter Waren, verbunden mit einer Rechnung, könnte eine unzumutbare Belästigung vorliegen.

aa) Belästigung

Zunächst müsste eine Belästigung vorliegen. Eine Belästigung verlangt eine aufdringliche geschäftliche Handlung, durch die sich der Angesprochene unter Druck gesetzt fühlt. Es genügt dabei schon die Belästigung selbst. Zu einer tatsächlichen Beeinflussung oder Überrumpelungsfolge, wie beispielsweise zu einem Vertragsabschluss, muss es nicht kommen. Die geschäftliche Handlung muss dabei **unabhängig von ihrem Inhalt** vom Marktteilnehmer **als störend empfunden** werden. Dabei ist vorliegend auf den hier maßgeblichen europäischen Referenzverbraucher und somit auf den durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen. Diesen beunruhigt die Ankündigung der Zusendung einer Rechnung, sowie nicht bestellter Waren stark, zumal für ihn dahingehend eine Unklarheit besteht, ob eine Rücksendungs-, Aufbewahrungs- oder Zahlungspflicht besteht. Daher wird die Ankündigung der Zusendung nicht bestellter Waren und der Zusendung einer Ware als sehr störend empfunden. Dementsprechend liegt eine Belästigung nach § 7 I 1 UWG vor.

bb) Unzumutbarkeit

Schließlich müsste die Belästigung durch die geschäftliche Handlung der B unzumutbar für die Marktteilnehmer sein. Für eine Unzumutbarkeit muss die Belästigung ein solches Ausmaß erreichen, dass sie von einem Großteil der Verbraucher als unerträglich empfunden wird. Dabei ist abzuwägen zwischen den Interessen des Unternehmens und denen des Verbrauchers, wobei hinsichtlich der Interessen des Verbrauchers insbesondere dessen Privat- und Individualsphäre berücksichtigt werden muss. Die **Erheblichkeit** der Störung ist hier als sehr groß einzustufen, zumal die Störung nicht in der Öffentlichkeit, sondern in der **Privatsphäre** der Verbraucher stattfindet. Auch ist diesbezüglich zu berücksichtigen, dass mit dem Vorgehen ein sehr großer **Summen- und Nachahmungseffekt** gegeben ist. Auch bestehen genügend **Ausweichmöglichkeiten** für das Unternehmen, insbesondere könnte eine bessere Auswahl der Vertriebspartner erfolgen. Die Behauptung, dass bei B ein eigener Irrtum über den vorliegenden Vertrag vorliegt ist in diesem Zusammenhang auch unerheblich, da dies lediglich ein Problem hinsichtlich der Passivlegitimation darstellen könnte.⁴ Unter Abwägung der Interessen ist daher festzustellen, dass hier die Interessen der Verbraucher deutlich überwiegen. Dementsprechend ist die geschäftliche Handlung als unzumutbar einzustufen.

cc) Zwischenergebnis

Die geschäftliche Handlung der B ist gemäß § 3 I i.V.m. § 7 I 1 UWG als unzumutbare Belästigung unzulässig.

c) Unlauterkeit gemäß § 3 I i.V.m. § 5 I Nr. 3⁵ UWG

Daneben kommt eine Unzulässigkeit gemäß § 3 I i.V.m. § 5 I Nr. 3 UWG in Betracht. Gemäß § 5 I S. 1 UWG handelt unlauter, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt. Irreführend ist diese nach § 5 I Nr. 3 UWG, wenn sie unwahre Angaben oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über die Person, Eigenschaften oder Rechte des Unternehmers wie Identität, Vermögen einschließlich der Rechte des geistigen Eigentums, den Umfang von Verpflichtungen, Befähigung, Status, Zulassung, Mitgliedschaften oder Beziehungen, Auszeichnungen oder Ehrungen, Beweggründe für die geschäftliche Handlung oder die Art des Vertriebs unwahre Angaben enthält oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben enthält.

Mit den als „Auftragsbestätigung“ bezeichneten Schreiben mit „persönlicher Kundennummer“, mit welcher der Verbraucherin jeweils mitgeteilt wurde, sie habe eine Zeitschrift bestellt und sie könne nach Erhalt des kostenlosen ersten Heftes acht Tage lang prüfen, ob sie die betreffende Zeitschrift weiterhin beziehen wolle, könnte eine irreführende Angabe nach § 5 I Nr. 3 UWG vorliegen.

aa) Angabe

⁴ Vgl. **BGH GRUR 2012, 198 Rz. 17, 13 – Auftragsbestätigung.**

⁵ **Anmerkung:** Möglich wäre auch eine Prüfung gemäß § 5 I Nr. 7 UWG.

Es müsste eine Angabe im Sinne von § 5 I UWG vorliegen. Eine Angabe liegt vor bei einer Aussage, die sich auf eine Tatsache bezieht und daher nachprüfbar ist. Vorliegend ist die Aussage, ob eine Zeitschrift bestellt wurde dem Beweis zugänglich und somit liegt zumindest ein nachprüfbarer Tatsachenkern vor. Aufgrund des nachprüfbaren Tatsachenkerns ist eine Angabe im Sinne von § 5 I UWG gegeben.

bb) Irreführung

Die Angabe müsste irreführend sein. Irreführend ist eine Angabe dann, wenn eine Diskrepanz zwischen der Wirklichkeit und der Vorstellung der angesprochenen Verkehrskreise besteht. Der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher versteht die Aussage der Beklagten dahingehend, dass ein Recht des Unternehmens der Beklagten aufgrund einer vorherigen Bestellung begründet wurde und für den Verbraucher eine Verpflichtung zur Zahlung und Abnahme der Zeitschriften besteht. Tatsächlich besteht jedoch keine Verpflichtung zur Zahlung und Abnahme der Zeitschriften und damit auch kein Recht des Unternehmens. Dementsprechend besteht eine Diskrepanz zwischen der Wirklichkeit der Vorstellung der angesprochenen Verkehrskreise und es liegt eine irreführende Angabe vor.

cc) Geschäftliche Relevanz

Die Irreführung ist auch wettbewerbsrechtlich relevant, da die Angaben die Kaufentscheidung der Verbraucher beeinflussen kann.

dd) Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung, § 3 I UWG

Die sogenannte Bagatellklausel des § 3 I UWG ist in der geschäftlichen Relevanz der Irreführung bereits enthalten und somit erfüllt, weshalb es keiner besonderen Prüfung bedarf.

ee) Zwischenergebnis

Eine unzulässige geschäftliche Handlung gemäß § 3 I i.V.m. § 5 I Nr. 3 UWG liegt vor.

d) Unlauterkeit gemäß § 3 I i.V.m. § 4 Nr. 1, 1. Alt. UWG

Schließlich könnte eine Unzulässigkeit gemäß § 3 I i.V.m. § 4 Nr. 1, 1. Alt. UWG vorliegen. Nach § 4 Nr. 1, 1. Alt. UWG handelt unlauter, wer geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer durch Ausübung von Druck zu beeinträchtigen.

aa) Ausübung von Druck

Mit der Ankündigung einer Rechnung und der Zusendung nicht bestellter Waren wird ein Verbraucher erheblich unter Druck gesetzt und es liegt somit eine Druckausübung vor, da Unklarheit für den Verbraucher besteht, ob eine Rücksendungs-, Aufbewahrungs-, Zahlungspflicht oder zumindest Mitteilungspflicht besteht.

bb) Eignung zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit

Die Druckausübung müsste zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit geeignet sein. Bei der Beurteilung der Eignung ist auf den angesprochenen Verkehrskreis und damit vorliegend auf die Verbraucher abzustellen. Maßgeblich ist daher der sogenannte europäische Referenzverbraucher und somit der durchschnittlich informierte, angemessen aufmerksame und verständige Verbraucher. Dabei ist festzustellen, dass dieser nicht **über juristische Bildung verfügt**, so dass er sich über die **Erfolgsaussichten zu erwartender juristischer Maßnahmen** keine Kenntnis hat. Mangels juristischer Kenntnisse wird der maßgebliche Verbraucher daher rechtliche Sanktionen fürchten, falls er die Entscheidung nicht wie vom Unternehmen gewollt trifft. Daher ist mit der Druckausübung eine Eignung zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit gegeben.

cc) Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung

Die unlautere geschäftliche Handlung der B müsste schließlich geeignet sein, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen. Da vorliegend die Entscheidungsfreiheit der Marktgegenseite betroffen ist, ist eine Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung immer gegeben, da die Kaufentscheidung nicht mehr auf Grund einer zutreffenden Tatsachengrundlage getroffen werden kann und damit automatisch die „Schiedsrichterfunktion“ des Verbrauchers außer Kraft gesetzt ist. Die Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung liegt daher bei § 4 Nr. 1, 1. Alt. UWG tatbestandsimmanent vor.

dd) Zwischenergebnis

Auch eine Unzulässigkeit gemäß § 3 i.V.m. § 4 Nr. 1, 1. Alt. UWG ist gegeben.

V. Passivlegitimation

Die B müsste auch passiv legitimiert sein gemäß § 8 I UWG. Dafür müsste das Unternehmen Täter oder Teilnehmer bei dem Verstoß gegen § 3 III UWG i.V.m. Nr. 29 UWG-Anhang, bzw. § 7 I 1 UWG, bzw. § 3 I i.V.m. § 5 I Nr. 3, bzw. § 3 I i.V.m. § 4 I Nr. 1, 1. Alt. UWG sein. Vorliegend wird die B als Täterin belangt. Die Beklagte trägt jedoch vor, dass sie selbst Opfer einer kriminellen Verhaltensweise geworden sei, da sie und ihre Vertriebspartnerin Opfer eines auf der unteren

Vertriebsstufe begangenen, groß angelegten Betrugs durch unbekannte Täter geworden seien. Für kriminelle Handlungen, die von Personen außerhalb ihres Vertriebssystems verübt würden, müsse sie nicht eintreten. Fraglich ist aber, ob sich die B auf einen eigenen Irrtum berufen kann, indem sie aufgrund eines Betrugs ihr gegenüber irrtümlich eine tatsächliche Bestellung annahm. Die Handlung der unbekanntes Täter auf unterster Betriebsstufe könnte der B jedoch gemäß § 8 II UWG zugerechnet werden. Gemäß § 8 II UWG ist ein Unterlassungsanspruch auch gegen den Unternehmensinhaber begründet, soweit ein Mitarbeiter oder Beauftragte eines Unternehmens Zuwiderhandlungen in einem Unternehmen begeht.

1. Mitarbeiter oder Beauftragter

Bei den unbekanntes Tätern müsste es sich um Mitarbeiter oder Beauftragte handeln. Die im Unternehmen der B Verantwortlichen Mitarbeiter beauftragten die Vertriebsfirma. Die Vertriebsfirma selbst beschäftigte und beauftragte Werber, welche die kriminellen Handlungen ausübten. Die B selbst trägt auch vor, dass das Aufforderungsschreiben die Folge eines auf der untersten Vertriebsstufe begangenen Betrugs darstellt. Zwar ist aufgrund der Sachverhaltsangaben unklar, ob aufgrund der Vertriebsstruktur eine Eingliederung in die betriebliche Organisation der B dergestalt vorlag, dass die B einen **durchsetzbaren Einfluss** auf die unterste Vertriebsstufe hatte und ihr die Tätigkeit der unbekanntes Täter zu Gute kam und diese als Beauftragte der B i.S.d. § 8 II UWG anzusehen sind. Die von den Aufforderungsschreiben ausgehende Belästigung der Adressatin stellt sich aber klar als Folge und Realisierung eines in der Sphäre der Beklagten begründeten Risikos dar. Mit dem Vertriebssystem der B begründet diese nämlich gerade das Risiko, dass Zeitschriftenwerber, die sich unrechtmäßig Provision verschaffen wollen, dieses System ausnutzen durch Vortäuschung von Kaufabsichten real existierender Personen. Da das Vertriebssystem die Risikosphäre der B betrifft, begründet dies sogar ungeachtet einer Wissenszurechnung nach § 166 Abs. 1 BGB eine Haftung der Beklagten nach § 8 II UWG für die von ihr unmittelbar oder mittelbar eingesetzten Zeitschriftenwerber.⁶ Aufgrund der begründeten Risikosphäre sind die Handlungen der unbekanntes Täter dem Unternehmensinhaber zuzurechnen.

2. Unternehmensinhaberin

Die B ist auch Unternehmensinhaberin.

3. Zwischenergebnis

Aufgrund der dem Unternehmen der B zuzurechnenden Handlung der unbekanntes Täter liegt eine Passivlegitimation der B nach § 8 I, II UWG vor.

VI. Wiederholungsgefahr

⁶ Vgl. **BGH GRUR** 2012, 198 Rz. 13 ff. – **Auftragsbestätigung**.

Aufgrund von § 8 I UWG müsste schließlich für den Unterlassungsanspruch noch Wiederholungsgefahr vorliegen. Wiederholungsgefahr ist zu bejahen, wenn die ernsthafte und greifbare Möglichkeit besteht, dass die konkrete Verletzungshandlung in gleicher Form erneut begangen wird. Die Wiederholungsgefahr wird dabei vermutet. Die Vermutung der Wiederholungsgefahr wäre typischerweise nur durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auszuräumen.⁷ Da keine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben wurde, konnte die Wiederholungsgefahr somit nicht ausgeschlossen werden.

VII. Ergebnis

Der K steht gegen die B ein Anspruch auf Unterlassung aufgrund der Versendung der „Auftragsbestätigung“ gemäß § 8 I i.V.m. § 3 III UWG i.V.m. Nr. 29 UWG-Anhang, bzw. gemäß § 8 I i.V.m. § 7 I 1 UWG, bzw. gemäß § 8 I i.V.m. §§ 3 I, 5 I Nr. 3, bzw. gemäß § 8 I i.V.m. §§ 3 I, 4 I Nr. 1, 1. Alt. UWG zu.

B. Frage 2: Ist der Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten begründet?

Der K könnte gegen die B ein Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten gemäß § 12 I 2 UWG zustehen. Nach § 12 I 2 UWG kann der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangt werden, soweit die Abmahnung berechtigt war.

I. Berechtigte Abmahnung

Die Abmahnung müsste berechtigt gewesen sein. Eine Abmahnung ist dann berechtigt, wenn hinsichtlich eines konkret beanstandeten Verhaltens ein Unterlassungsanspruch besteht und sie erforderlich ist, um dem Abgemahnten einen Weg zu weisen, den Abmahnenden ohne Inanspruchnahme der Gerichte klaglos zu stellen.⁸

1. Aktivlegitimation der K, § 8 III Nr. 3 UWG

Die abmahnende K ist als Verbraucherverband nach § 8 III Nr. 3 UWG aktivlegitimiert.

2. Konkret bezeichnetes Verhalten beanstandet

Die K hat mit ihrer Abmahnung gegenüber der B die Versendung von „Auftragsbestätigungen“ und somit ein konkret bezeichnetes Verhalten beanstandet.

3. Aufforderung zu Unterlassung und Abgabe einer Unterwerfungserklärung

Die B wurde seitens, der K auch zur Unterlassung und Abgabe einer Unterwerfungserklärung bezüglich der beanstandeten Handlung, dem Versenden von „Auftragsbestätigungen“, aufgefordert.

⁷ Vgl. BGH GRUR 2000, 605 ff., 608 – comtes/ComTel.

⁸ Vgl. BGH WRP 2009, 441, 442 – pcb.

Die Tatsache, dass der Aufforderung der K seitens der B nicht nachgekommen wurde, ist unschädlich und spielt für die Frage, ob die Abmahnung berechtigt war, keine Rolle.

4. Unterlassungsanspruch der K gegen die B gemäß § 8 I UWG

Der K steht gegen die B ein Anspruch auf Unterlassung gemäß § 8 I i.V.m. § 3 III i.V.m. Nr. 29 UWG-Anhang, bzw. gemäß § 8 I i.V.m. § 7 I 1 UWG, bzw. gemäß §§ 8 I, § 3 I i.V.m. § 5 I Nr. 3, § 4 I Nr. 1, 1. Alt. UWG zu, s.o. A. VII.

5. Passivlegitimation der B, § 8 I UWG

Die abgemahnte B ist als potentielle Verletzerin gemäß § 8 I UWG passivlegitimiert, s.o. A. VI.

6. Zwischenergebnis

Es liegt eine begründete und berechtigte Abmahnung vor seitens der K.

II. Erforderlichkeit der Aufwendungen

Die Aufwendungen müssten erforderlich gewesen sein. Die Aufwendungen sind erforderlich, wenn sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig sind. Dabei ist auf den mutmaßlichen Willen (§ 683 BGB) des Abgemahnten zu achten, in dessen Interesse die Abmahnkosten so gering wie möglich zu halten sind. Es kommt darauf an, ob es für erforderlich angesehen werden durfte, einen Rechtsanwalt einzuschalten. Nicht erforderlich sind daher die Anwaltsgebühren in einfach gelagerten Fällen, in denen typische Wettbewerbsverstöße auch **von Nichtjuristen unschwer selbst verfolgt** werden können.

Der vorliegende Fall ist keineswegs als einfach einzustufen. Es muss aber berücksichtigt werden, dass bei **Verbänden gemäß § 8 III Nr. 2 – 4 UWG** regelmäßig von einer entsprechenden **Personal- und Sachausstattung** ausgegangen werden kann, welche eine außergerichtliche Geltendmachung bei **Fällen mittleren Schwierigkeitsgrades** ermöglicht. Der in Frage stehende Fall ist aber deutlich als überdurchschnittlich schwierig einzustufen aufgrund der komplizierten und aufwendigen Subsumtionsarbeit unter neues Recht. Auch ein Verband nach § 8 III Nr. 2 - 4 UWG kann daher eine außergerichtliche Verfolgung nicht selbst erledigen. Daher war die Einschaltung eines Anwalts bei dem gegebenen schwer zu verfolgenden Wettbewerbsverstoß notwendig gewesen und die Aufwendungen sind erforderlich gewesen.

III. Ergebnis

Der K steht gegen die B aufgrund der berechtigten Abmahnung ein Anspruch auf Ersatz der erforderlich gewesenen Abmahnkosten gemäß § 12 I 2 UWG zu.

C. Frage 3: Welche prozessuale Folge hätte das Fehlen der Abmahnung gehabt?

Das Fehlen der Abmahnung könnte in prozessualer Hinsicht einerseits Folgen hinsichtlich der Zulässigkeit der Klage, andererseits bezüglich der Kostentragung nach sich ziehen.

I. Folgen für die Zulässigkeit der Klage

Fraglich ist zunächst, ob eine fehlende Abmahnung sich auf die Zulässigkeit der Klage auswirken würde. Mit der Abmahnung könnte ein einfacherer Weg als der der Klage zur Erreichung des Rechtsschutzziels nicht genutzt worden sein und damit mit der fehlenden Abmahnung das **Rechtsschutzbedürfnis** entfallen sein. Dem ist jedoch insoweit entgegenzutreten, dass mit einer Abmahnung völlig andere Rechtsfolgen als mit einem Urteil erwirkt werden. Daher stellt eine Abmahnung kein einfacherer Weg zur Erreichung des angestrebten Rechtsschutzzieles dar. Dementsprechend entfällt das Rechtsschutzbedürfnis aufgrund einer fehlenden Abmahnung nicht. Somit wirkt sich eine fehlende Abmachung nicht auf die Zulässigkeit der Klage aus.

II. Folgen für die Kostentragung

Schließlich könnte sich die fehlende Abmahnung auf die Kostentragung auswirken. Gemäß **§ 91 I 1 ZPO** trägt an sich grundsätzlich die unterliegende Partei alle Kosten des Rechtsstreits. Nachdem vorliegend die B in der Hauptsache unterliegt trifft somit an sich die B auch die Pflicht zur Kostentragung gemäß § 91 I 1 ZPO. Jedoch besteht mit **§ 93 ZPO** eine abweichende Regelung zur Kostentragung trotz Obsiegens durch den Kläger, wenn keine Veranlassung zur Klage bestand und der Beklagte den geltend gemachten Anspruch sofort anerkennt. Soweit die B durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterwerfungserklärung die Wiederholungsgefahr ausräumt und so außergerichtlich der Rechtskonflikt erledigt worden wäre, bestünde keine Veranlassung zur Klage. Eine Veranlassung zur Klage bestünde erst dann, wenn die B trotz Aufforderung auf einer Berechtigung zur beanstandeten geschäftlichen Handlung beharrt und somit eine geforderte Unterlassungserklärung außergerichtlich nicht abgibt. Soweit außergerichtlich keine Abmahnung erfolgt, droht daher für die Klagepartei die Gefahr, dass sie trotz Obsiegens gemäß § 93 ZPO die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

III. Ergebnis

Zwar wirkt sich das Fehlen der Abmahnung nicht auf die Zulässigkeit der Klage aus, jedoch besteht die Gefahr, dass ohne vorherige Abmahnung der obsiegende Kläger die Kosten des Verfahrens gemäß § 93 ZPO zu tragen hat.

Wiederholungsfragen UWG – Teil V:

1. Was versteht man unter einem Boykott?

⇒ Vgl. § 21 GWB: Unter einem Boykott versteht man die Aufforderung eines Unternehmens oder Vereinigungen von Unternehmen an andere Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen, zu Liefersperren oder Bezugssperren, in der Absicht, bestimmte Unternehmen unbillig zu beeinträchtigen.

2. Kommt bei einer Preisunterbietung regelmäßig § 4 Nr. 10 UWG zur Anwendung?

⇒ Nein. Die Unterbietung der Preise von Mitbewerbern ist grundsätzlich unbedenklich und ureigenste Erscheinungsform eines Systems unverfälschten Wettbewerbs, weshalb nur ein schmaler Anwendungsbereich für § 4 Nr. 10 UWG bleibt. Nur in wenigen umstrittenen Fällen kommt bei einer Preisunterbietung § 4 Nr. 10 UWG tatsächlich zur Anwendung, z.B. bei Preisunterbietung in Vernichtungsabsicht.⁹ In jedem Fall müssen jedoch die Wertungen des GWB berücksichtigt werden: Ist die Preisunterbietung nach dem GWB erlaubt, kann sie nicht nach § 4 Nr. 10 UWG als unzulässig angesehen werden.

3. In welchen Schritten empfiehlt sich die Prüfung der Unrichtigkeit von Werbebehauptungen?¹⁰

- (1) An welche Verkehrskreise wendet sich die Werbebehauptung?
- (2) Wie versteht der jeweils angesprochene Verkehrskreis die Behauptung?
- (3) Stimmt der ermittelte Sinn der Werbebehauptung nach (2) mit der „Wirklichkeit“ überein?

4. Bei welchen drei Gruppen kann eine unwahre Angabe oder eine zur Täuschung geeignete Angabe i.S.d. § 5 I S. 1 UWG vorliegen?

a) Bei objektiv unrichtigen Aussagen

⇒ **Ausnahme:** Keine unwahre Angabe i.S.d. § 5 I S. 1 UWG liegt vor, wenn der angesprochene Verkehrskreis die Werbung trotz objektiv unrichtiger Angabe richtig versteht oder wenn „schreiend“ offensichtlich eine falsche Angabe vorliegt,¹¹ da die angesprochenen Verkehrskreise die offensichtlich falsche Angabe nicht ernst nehmen und daher keine Fehlvorstellung bilden (Beispiel: „Tante Emma“ bezeichnet ihren Laden als den „größten Lebensmittelmarkt Würzburgs“.)

b) Bei missverständlichen Aussagen

c) Bei objektiv richtigen Aussagen

⁹ Vgl. ausführlich hierzu Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 6, Rn. 10 ff., S. 68 ff.

¹⁰ Vgl. ausführlich Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 14, Rn. 34 ff, S. 194 ff.

¹¹ Vgl. Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 14, Rn. 32, S. 193.

⇒ Auch sachlich richtige Angaben können nach den Umständen des Einzelfalles zur Täuschung der Durchschnittsverbraucher über die im Gesetz genannten Bezugspunkte geeignet sein.¹²

5. Welche Besonderheit regelt das UWG bei einem Verstoß gegen das Irreführungsverbot hinsichtlich der Rechtsfolgen?

⇒ Neben den allgemeinen Rechtsfolgen der §§ 8 ff. UWG normiert § 16 I UWG ergänzend strafrechtliche Folgen bei Verstößen gegen das Irreführungsverbot.

6. Unterscheiden Sie das Rechtsschutzbedürfnis von der Wiederholungsgefahr:¹³

a) Wiederholungsgefahr:

➔ Bei der Wiederholungsgefahr handelt es sich um eine materielle Anspruchsvoraussetzung des Unterlassungsanspruchs. Zwar trägt der Kläger die Beweislast für das Vorliegen der Wiederholungsgefahr, jedoch wird die Wiederholungsgefahr bei Wettbewerbsverstößen durch den erstmaligen Verstoß vermutet. Fehlt die Wiederholungsgefahr, wird die Klage als unbegründet abgewiesen.

b) Rechtsschutzbedürfnis:

➔ Das Rechtsschutzbedürfnis stellt keine materielle Anspruchsvoraussetzung dar. Fehlt das Rechtsschutzbedürfnis ist die Klage als unzulässig abzuweisen. Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt beispielsweise, wenn der Kläger bereits einen rechtskräftigen Titel erstritten hat, aus welchem er vorgehen kann.

7. Ist § 5 I S. 2 Nr. 2 UWG bei geographischen Herkunftsangaben neben den §§ 126 ff. MarkenG anwendbar (vgl. ausführlich Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, 8. Aufl., § 15 Rn. 36 ff., S. 226 f.)?

➔ Nach dem BGH enthält das MarkenG hinsichtlich des Kennzeichenschutzes und des Schutzes geographischer Herkunftsangaben eine grundsätzlich abschließende Sonderregelung, weshalb die Anwendung der Vorschriften des UWG und damit auch des § 5 I S. 2 Nr. 2 UWG nur dann greifen sollen, soweit das MarkenG keine Regelung enthält („**Vorrangthese**“). (Allerdings ist diese Vorrangthese in jüngerer Zeit vom BGH wegen des unterschiedlichen Unwertgehalts der jeweiligen Normen und der unterschiedlichen Schutzsubjekte immer mehr zurückgenommen worden.)

➔ Gegen die Auffassung des BGH, dass die Regelungen im MarkenG zu den geographischen Herkunftsangaben subjektive Ausschließlichkeitsrechte darstellen spricht jedoch einerseits, dass sich der Schutz geographischer Herkunftsangaben nicht auf eine bestimmte Person beschränkt, sondern von allen Ortsansässigen in Anspruch genommen werden kann. Des

¹² Vgl. Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 14, Rn. 33, S. 193.

¹³ Vgl. Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 21, Rn. 13 f., S. 326.

Weiteren spricht gegen eine abschließende Sonderregelung, dass der Schutz der geographischen Herkunftsangaben historisch aus dem Wettbewerbsrecht stammt, welchem subjektive Rechte an Wettbewerbspositionen fremd sind. Für die Anwendbarkeit des § 5 I S. 2 Nr. 2 UWG neben den §§ 126 ff. UWG sprechen auch die Vorschriften des § 2 MarkenG, des § 128 III MarkenG und des § 19 d MarkenG, wonach ausdrücklich Ansprüche aus anderen Vorschriften unberührt bleiben. Zudem sind auch die durch die jeweiligen Gesetze geschützten Rechtssubjekte unterschiedlich.

8. Welche Voraussetzungen sind insbesondere an einen Test zu stellen, damit eine Werbung mit Testergebnissen nach § 5 I 2 Nr. 1 UWG zulässig ist (vgl. Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, 8. Aufl., § 15 Rn. 26 f., S. 222)?

- ➔ Dem Test muss ein Vergleich mehrerer Produkte nach objektiven Kriterien zugrunde liegen.
- ➔ Die Durchführung des Tests muss durch ein unabhängiges und neutrales Institut erfolgt sein.
- ➔ Die Testergebnisse müssen repräsentativ sein.