



**Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum  
Wettbewerbsrecht**

**Forum Wettbewerbsrecht**

**Wien, 28. November 2022**

**Jörn Feddersen, Richter am Bundesgerichtshof**

# Gliederungsübersicht

## Rechtsbruch (§ 3a UWG)

- Urteil vom 22. Juli 2021 – I ZR 194/20 - Rundfunkhaftung
- Urteil vom 20. Oktober 2021 – I ZR 96/20 - Kurventreppenlift
- Urteil vom 18. November 2021 – I ZR 214/18 – Gewinnspielwerbung II
- Urteil vom 9. Dezember 2021 – I ZR 146/20 – Werbung für Fernbehandlung
- Urteil vom 10. März 2022 – I ZR 70/21 – Prozessvertretung durch Haftpflichtversicherer
- Urteil vom 14. Juli 2022 – I ZR 97/21 – dortmund.de

## Leistungsschutz (§ 4 Nr. 3 UWG)

- Urteil vom 1. Juli 2021 – I ZR 137/20 – Kaffeebereiter
- Urteil vom 22. September 2021 – I ZR 192/20 – Flying V

## Irreführung (§ 5 UWG)

- Urteil vom 20. Oktober 2021 – I ZR 17/21 – Identitätsdiebstahl II
- Urteil vom 25. November 2021 – I ZR 106/20 – Koppelungsangebot III

## Informationspflichten (§ 5a UWG)

- Urteil vom 7. April 2022 – I ZR 143/19 – Knuspermüsli II
- Urteil vom 19. Mai 2022 – I ZR 69/21 – Grundpreisangabe im Internet

## Unzumutbare Belästigungen (§ 7 UWG)

- Urteil vom 13. Januar 2022 – I ZR 25/19 – Inbox-Werbung II

# Gliederungsübersicht II

## Informationspflichten (§ 5a UWG)

- Urteil vom 13. Januar 2022 – I ZR 35/21 – Influencer III
- Urteil vom 7. April 2022 – I ZR 143/19 – Knuspermüsli II
- Urteil vom 19. Mai 2022 – I ZR 69/21 - Grundpreisangabe im Internet

## Unzumutbare Belästigungen (§ 7 UWG)

- Urteil vom 13. Januar 2022 – I ZR 25/19 – Inbox-Werbung II

# **Urteil vom 22. Juli 2021 – I ZR 194/20 – Rundfunkhaftung**

## Urteil vom 22. Juli 2021 – I ZR 194/20 – Rundfunkhaftung

### Sachverhalt:

Der Kläger ist der Bundesverband X e. V. Zu seinen Mitgliedern zählen unter anderem Landeslotteriegesellschaften. Nach seiner Satzung verfolgt der Verband den Zweck, die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften über das Glücksspiel zu kontrollieren.

Die Beklagte ist die Holdinggesellschaft der Mediengruppe R. . Zu dem Konzern gehören Rundfunkveranstalter, die die privaten Fernsehsender R. , R. p. , R. n. , V. und n. betreiben. Die von den Rundfunkveranstaltern angebotenen Werbezeiten werden über ein konzernangehöriges Unternehmen, die I. D. GmbH, zentral vermarktet. Die Beklagte erbringt für die Konzerngesellschaften auf der Grundlage von Kooperationsvereinbarungen entgeltliche Serviceleistungen im Bereich der Rechtsberatung.

Die Tochterunternehmen der Beklagten strahlten in der Zeit von Juni 2018 bis Februar 2019 Fernsehspots aus, in denen für Casino- und Automaten Spiele auf den Internetseiten "www.onlinecasino.de", "www.drückglück.de" und "www.wunderino.de" geworben wurde. In die Spots wurden die Domainnamen mit einem Bildelement farbig eingeblendet und im gesprochenen Begleittext genannt. Im Bild fand sich in kleiner Schrift der Hinweis, eine Teilnahme sei nur im Geltungsbereich des Glücksspielgesetzes von Schleswig-Holstein möglich. Die Anbieter der Online-Spiele waren Inhaber von befristeten, am 18. Dezember 2018 oder 7. Februar 2019 auslaufenden Erlaubnissen des Landes Schleswig-Holstein zur Veranstaltung von Online-Casinospielen im Gebiet des Bundeslandes. Die Erlaubnisse galten aufgrund des am 28. Juni 2019 in Kraft getretenen Gesetzes zur Übergangsregelung für Online-Spiele des Landes Schleswig-Holstein längstens bis zum 30. Juni 2021 weiterhin als erteilt. Seit dem Inkrafttreten des Staatsvertrags zur Neuregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland am 1. Juli 2021 gelten sie als Erlaubnisse für das Hoheitsgebiet von Schleswig-Holstein längstens bis zum 31. Dezember 2024 mit der Maßgabe fort, dass die in der Genehmigung sowie in den ergänzenden Nebenbestimmungen enthaltenen Regelungen Anwendung finden.

## Urteil vom 22. Juli 2021 – I ZR 194/20 – Rundfunkhaftung

Sachverhalt (Forts.):

In der Zeit von November 2018 bis Juni 2019 strahlten die Tochtergesellschaften der Beklagten Werbespots für kostenlose Casinospiele auf der Internetseite "www.mrgreen.de" aus. Der in Grün gehaltene, um eine männliche Silhouette ergänzte Domainname wurde in die Fernsehspots eingeblendet. Im gesprochenen Begleittext wurde das Angebot als "Mr. green" bezeichnet.

Angebote für Online-Spiele finden sich auch auf den in deutscher Sprache aufrufbaren Internetseiten "www.onlinecasino-eu.com", "www.drueckglueck.com", "www.wunderino.com" und "www.mrgreen.com". Dort können Nutzer gegen Entgelt an Casino- und Automatenspielen teilnehmen. Die Betreiber dieser Internetseiten verfügten nicht über Lizenzen zur Veranstaltung von Glücksspielen in Deutschland.

Kl. ist der Auffassung, es handele sich um unzulässige Glücksspielwerbung nicht nur hinsichtlich der „.de“-Seiten, sondern auch der (nicht ausdrücklich genannten) „.com“-Seiten.

## Urteil vom 22. Juli 2021 – I ZR 194/20 – Rundfunkhaftung

Antrag: (...) es zu unterlassen, in der Bundesrepublik Deutschland für nicht erlaubte Glücksspiele, insbesondere Online-Casino- und Automatenspiele zu werben, wenn dies wie in den [in den Unterlassungsantrag eingeblendeten] TV-Werbespots für Onlinecasino.de, DrückGlück.de, Wunderino.de und MrGreen.de geschieht.

LG: Klage erfolgreich

OLG: Berufung der Beklagten zurückgewiesen

BGH: Auf Revision der Beklagten Klage hinsichtlich der Werbung für „mrgreen.de“ abgewiesen und im Übrigen an das Berufungsgericht zurückverwiesen

Begründung OLG: Klage unabhängig davon begründet, ob die unmittelbar beworbenen Angebote in Schleswig-Holstein geduldet seien; die Werbewirkung erfasse nicht nur die direkt beworbenen „.de“-Seiten, sondern auch die „.com“-Angebote (Ähnlichkeit der Domainbezeichnungen und Internetauftritte); Bekl. hätte ihre Prüfungspflicht als Medienverbreiter verletzt, weil ihr der Verstoß durch die Abmahnung bekannt geworden sei und sie den Verstoß nicht unterbunden hätte. Ihr habe aufgrund der konzerninternen Aufgabenverteilung die Prüfungspflicht übernommen.

## Urteil vom 22. Juli 2021 – I ZR 194/20 – Rundfunkhaftung

- I. Zulässigkeit: Bestimmtheit des Antrags
  - Hinreichende Bestimmtheit des Antrags gem. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO
    - Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Verbotsantrag nicht derart undeutlich gefasst sein, dass
      - Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Abs. 1 ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind,
      - sich der Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und
      - letztlich die Entscheidung darüber, was dem Beklagten verboten ist, dem Vollstreckungsgericht überlassen bleibt.
    - Kommen die verbotsbegründenden Umstände in Unterlassungsantrag und -tenor nicht unmittelbar zum Ausdruck, so sind der Antrag und - ihm folgend - der Urteilstenor zur Bestimmung ihrer Bedeutung und Reichweite auszulegen. Dazu ist nicht allein auf ihren Wortlaut abzustellen, sondern sind ergänzend die Begründung des Unterlassungsbegehrens und die Entscheidungsgründe des Urteils heranzuziehen

## Urteil vom 22. Juli 2021 – I ZR 194/20 – Rundfunkhaftung

### I. Zulässigkeit: Bestimmtheit des Antrags (Forts.)

- OLG hat hinsichtlich der Ähnlichkeit der Domainnamen und der Internetauftritte auf die Feststellungen des LG Bezug genommen, das die Gestaltung beschrieben und auf Screenshots Bezug genommen hat; dies reicht aus
- Zwar ergibt sich aus dem Antrag nicht, welche konkreten Prüfungspflichten der Bekl. auferlegt werden sollen; es reicht jedoch aus, wenn sich – wie im Streitfall – die einzuhaltenden Prüfungspflichten aus Klagebegründung und Entscheidungsgründen ergeben

## Urteil vom 22. Juli 2021 – I ZR 194/20 – Rundfunkhaftung

### II. Begründetheit: Verstoß gegen § 3a UWG iVm GlüStV

- Werbung verstößt gegen das Werbeverbot gem. § 5 Abs. 5 GlüStV 2012, § 5 Abs. 7 GlüStV 2021 (wird ausgeführt)
- Handelt es sich um (mittelbare) Werbung für die „.com“-Seiten?

#### **Art. 2 Buchst. a RL 2006/114/EG**

Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet (...) „Werbung“ 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;

- Dieser lauterkeitsrechtliche Werbebegriff ist auch im Rahmen des GlüStV anwendbar
- Weiter Werbebegriff umfasst nicht nur unmittelbar produktbezogene Werbung, sondern auch Maßnahmen der mittelbaren Absatzförderung; deshalb nicht zwingend erforderlich, dass das Produkt, dessen Absatz gefördert werden soll, kenntlich gemacht wird

## Urteil vom 22. Juli 2021 – I ZR 194/20 – Rundfunkhaftung

### II. Begründetheit: Verstoß gegen § 3a UWG iVm GlüStV (Forts.)

- Handelt es sich um (mittelbare) Werbung für die „.com“-Seiten? (Forts.)
  - OLG: angegriffene Werbung hat absatzfördernde Wirkung zugunsten der „.com“-Seiten
  - BGH billigt diese Beurteilung
  - Tatgerichtliche Beurteilung, die revisionsrechtlich nur darauf geprüft wird, ob das Berufungsgericht einen unzutreffenden rechtlichen Maßstab zugrunde gelegt, bei seiner Würdigung gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen hat
    - Annahme, der Verkehr gehe von Angeboten eines Unternehmens aus, ist rechtsfehlerfrei
    - Ebenso Annahme, der Aufruf der in den Fernsehspots genannten Domainnamen erfolge nicht durch die Eingabe der vollständigen Internetadresse in den Browser, sondern über eine Suchmaschine, weil Verkehr lediglich die kennzeichnende Bezeichnung der Domain in Erinnerung behält
    - Ebenso Annahme, es sei nicht fernliegend, dass Nutzer im räumlichen Zusammenhang mit „.de“-Seiten angezeigte „.com“-Seiten aufruft
      - Zurechnungszusammenhang bleibt bestehen, wenn die in Rede stehende Handlung das Verhalten eines anderen wesentlich mitbestimmt und dieses eine nicht ungewöhnliche oder gänzlich unangemessene Reaktion darauf darstellt

## Urteil vom 22. Juli 2021 – I ZR 194/20 – Rundfunkhaftung

II. Begründetheit: Verstoß gegen § 3a UWG iVm GlüStV (Forts.)

- Verantwortlichkeit der Bekl. für den Verstoß
  - OLG: Bekl. habe für die Überprüfung der Fernsehspots auf unerlaubte Glücksspielwerbung einzustehen. Ihre Tochterunternehmen hätten die ihnen als wettbewerbsrechtliche Verhaltenspflichten obliegenden Prüfungspflichten aufgrund der konzerninternen Aufgabenverteilung auf die Beklagte ausgelagert. Die von der Beklagten durch die Kooperationsvereinbarungen übernommene Rechtsberatung habe die Überprüfung der Gesetzmäßigkeit der Rundfunkangebote erfasst und ihr die Erteilung von Weisungen ermöglicht.
  - BGH: Annahme der Übertragung einer wettbewerblichen Verkehrspflicht kommt in Betracht

## Urteil vom 22. Juli 2021 – I ZR 194/20 – Rundfunkhaftung

### II. Begründetheit: Verstoß gegen § 3a UWG iVm GlüStV (Forts.)

- Verantwortlichkeit der Bekl. für den Verstoß (Forts.)
  - Wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflichten sind den deliktischen Verkehrssicherungspflichten aufgrund Schaffung oder Aufrechterhaltung einer Gefahrenlage entlehnt.
    - Deliktische Verkehrssicherungspflichten können vertraglich auf einen anderen mit der Folge übertragen werden, dass der die Verkehrssicherungspflicht Übernehmende selbst gegenüber Dritten deliktsrechtlich verantwortlich werden kann.
    - Soweit eine Gefahrenquelle dem Einflussbereich des zunächst Verkehrssicherungspflichtigen ganz oder teilweise entzogen ist, kann sich eine neue Zuständigkeitsverteilung ergeben.
    - Wer aufgrund vertraglicher Vereinbarung den Gefahrenbereich nunmehr beherrscht, kann nach allgemeinen Deliktsgrundsätzen für die erforderlichen Sicherungsmaßnahmen verantwortlich sein. In diesem Fall verengt sich die Verkehrssicherungspflicht des ursprünglich Verantwortlichen auf Auswahl- und Überwachungspflichten
  - Diese Grundsätze sind auch für die wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflichten heranzuziehen.

## Urteil vom 22. Juli 2021 – I ZR 194/20 – Rundfunkhaftung

### II. Begründetheit: Verstoß gegen § 3a UWG iVm GlüStV (Forts.)

- Verantwortlichkeit der Bekl. für den Verstoß (Forts.)
  - Im Streitfall ist Bekl. gegenüber den Marktteilnehmern für die Einhaltung der wettbewerbsrechtlichen Prüfungspflichten der Rundfunkveranstalter verantwortlich
    - Die von der Bekl. aufgrund der Kooperationsvereinbarungen zu erbringende Rechtsberatung umfasst die Aufgabe, die von den Tochterunternehmen ausgestrahlte Fernsehwerbung bei Beanstandungen Dritter einer Prüfung auf ihre Rechtmäßigkeit zu unterziehen.
    - Mit einer solchen Prüfung kommt die Beklagte nicht nur ihren vertraglichen Pflichten gegenüber den Tochtergesellschaften nach, sondern nimmt damit zugleich die von den Rundfunkveranstaltern übernommenen lauterkeitsrechtlichen Verkehrspflichten zum Schutz der wettbewerblichen Interessen der Marktteilnehmer wahr.
    - Beklagte ist innerhalb des Konzerns weisungsbefugt und kann die weitere Ausstrahlung rechtswidriger Werbespots unterbinden.
      - Bekl. bearbeitet als Muttergesellschaft die im Konzern anfallenden Rechtsangelegenheiten zentral bearbeitet.
      - Bekl. hat sich vorprozessual auf eine Abmahnung des Kl. wegen ihrer Verantwortlichkeit für wettbewerbswidrige Werbung zur Unterlassung verpflichtet
      - Vortrag dazu, dass die Bekl. auf die Ausstrahlung der Fernsehspots keinen bestimmenden, durchsetzbaren Einfluss nehmen kann, liegt in der sekundären Darlegungslast der Bekl.

# Urteil vom 22. Juli 2021 – I ZR 194/20 – Rundfunkhaftung

## II. Begründetheit: Verstoß gegen § 3a UWG iVm GlüStV (Forts.)

- Verantwortlichkeit der Bekl. für den Verstoß (Forts.)
  - Aber: Prüfungspflicht der Bekl. aufgrund der Abmahnung erstreckte sich nicht auf die darin nicht genannten „.com“-Seiten
    - Vor Abmahnung bestand keine Prüfungspflicht, da Bekl. nicht von sich aus Glücksspiellizenz der Werbetreibenden überprüfen musste
    - Prüfungspflicht kommt in Betracht nach Hinweis auf klare Rechtsverletzung
      - Zumutbarkeit der Prüfung richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Funktion und Aufgabenstellung des in Anspruch Genommenen sowie mit Blick auf die Eigenverantwortung desjenigen, der den Rechtsverstoß selbst unmittelbar begangen hat
      - In diesem Zusammenhang kann es darauf ankommen, ob die geförderte Rechtsverletzung eines Dritten aufgrund einer unklaren Rechtslage erst nach eingehender rechtlicher oder tatsächlicher Prüfung festgestellt werden kann oder aber für den in Anspruch Genommenen offenkundig und unschwer zu erkennen ist.
      - Die Auslösung der Prüfungspflicht hat allerdings nicht zur Voraussetzung, dass die Rechtsverletzung aus dem beanstandeten Angebot selbst ersichtlich ist.
      - Gilt auch für Presseunternehmen oder Rundfunkveranstalter. Deren Arbeit darf im Interesse der Presse- oder Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) nicht unverhältnismäßig erschwert werden. Verantwortlichkeit setzt voraus, dass sich dem Presseunternehmen die Wettbewerbswidrigkeit einer Werbeanzeige oder eines Werbespots aufgrund der in der Abmahnung mitgeteilten oder sonst bekannt gewordenen Umstände unschwer erschließt.

## Urteil vom 22. Juli 2021 – I ZR 194/20 – Rundfunkhaftung

### II. Begründetheit: Verstoß gegen § 3a UWG iVm GlüStV (Forts.)

- Verantwortlichkeit der Bekl. für den Verstoß (Forts.)
  - Aber: Prüfungspflicht der Bekl. aufgrund der Abmahnung erstreckte sich nicht auf die darin nicht genannten „.com“-Seiten
    - Im Streitfall hat das OLG zu hohe Anforderungen an die Prüfungspflicht gestellt
      - Vorwurf der „Mitbewerbung“ der „.com“-Seiten erstmals in Abmahnung vom 18.2.2019 (hinsichtlich „Mrgreen“ sogar erst in Abmahnung vom 4.7.2019) enthalten, wobei auf die automatische Weiterleitung abgestellt wurde, nicht aber auf die ähnliche Gestaltung der Internetseiten und ihrer gleichzeitigen Anzeige auf Suchmaschinen
      - Aufgrund der Hinweise des Kl. musste sich Bekl. nicht aufdrängen, dass es sich bei der Werbung für die „.de“-Seiten um mittelbare Werbung für die „.com“-Seiten handelte; Prüfung unzumutbar
        - Eingehende rechtl. Überlegungen erforderlich; fehlende höchstrichterl. Klärung der mittelbaren Werbung

## Urteil vom 22. Juli 2021 – I ZR 194/20 – Rundfunkhaftung

II. Begründetheit: Verstoß gegen § 3a UWG iVm GlüStV (Forts.)

- Klage daher abzuweisen hinsichtl. Werbung für „mrgreen.com“
- Im Übrigen Zurückverweisung, da Klage auch auf fehlende Glücksspiellizenzen für die „.de“-Angebote gestützt war und das OLG hierzu keine Feststellungen getroffen hat

## Urteil vom 22. Juli 2021 – I ZR 194/20 – Rundfunkhaftung

### Leitsätze:

1. Ein Mischverband liegt nicht vor, wenn die vom Verband satzungsgemäß verfolgten Interessen seiner gewerblichen Mitglieder mit den von ihnen zu wahrenden Verbraucherinteressen übereinstimmen und deshalb nicht die Gefahr einer Interessenkollision besteht.
2. Eine Fernsehwerbung für Glücksspielangebote auf einer benannten Internetseite kann der mittelbaren Förderung des Absatzes von Glücksspielangeboten auf einer anderen Internetseite mit nahezu identischem Domainnamen und ähnlich gestaltetem Inhalt dienen.
3. Eine Holdinggesellschaft, die aufgrund der konzerninternen Aufgabenverteilung die wettbewerbsrechtlichen Prüfungspflichten der konzernangehörigen Rundfunkveranstalter übernimmt, hat für die Ausstrahlung rechtswidriger Werbung einzustehen, wenn sie einen bestimmenden, durchsetzbaren Einfluss auf die Tochterunternehmen hinsichtlich der Veröffentlichung der Werbung hat.
4. Die durch eine Abmahnung ausgelöste Prüfungspflicht eines Rundfunkveranstalters beschränkt sich auf grobe und unschwer erkennbare Rechtsverstöße. Eine aufwändige Prüfung der Sach- und Rechtslage unter Einbeziehung höchstrichterlich nicht geklärter Rechtsfragen ist einem Rundfunkveranstalter regelmäßig nicht zumutbar.

**Urteil vom 20. Oktober 2021 – I ZR 96/20 - Kurventreppenlift**

## Urteil vom 20. Oktober 2021 – I ZR 96/20 - Kurventreppenlift

Sachverhalt:

Die Klägerin ist eine in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlaG eingetragene Verbraucherzentrale. Die Beklagte vertreibt Treppenlifte in verschiedenen Varianten. Ist die Treppe gerade, so kann ein gerader Lift erworben werden. Der Modularlift besteht aus zusammengesetzten, als Standardbauteile gelieferten Schienen (Modulen), mit denen auch um eine Kurve gebaut werden kann, so dass dieses System auch für kurvenförmig verlaufende Treppen geeignet ist. Eine weitere Variante, der Kurventreppenlift, umfährt mit individuell angefertigten Schienen Kurven im Treppenhaus.

Die Beklagte informiert Verbraucher, die sich für Treppenliftsysteme interessieren, hinsichtlich des Widerrufsrechts in Bezug auf Kurventreppenlifte auf ihrer Internetseite wie folgt:

Bei Kurventreppenliften werden in der Regel die Schienen für eine Treppenliftanlage individuell geformt und exakt an die Gegebenheiten vor Ort angepasst. Ein Widerrufsrecht wird daher vom Gesetzgeber für individuell gefertigte Kurventreppenlifte ausgeschlossen. Ausnahme: Bei unserem Kurventreppenlift-Modell V. bleibt für Sie das gesetzlich vorgesehene 14-tägige Widerrufsrecht bestehen.

Die Klägerin verlangte - soweit vorliegend noch von Interesse - von der Beklagten mit Schreiben vom 18. April 2019, die Werbung gegenüber Verbrauchern zu unterlassen, soweit für Kurventreppenlifte außer dem Modell V. auf einen Ausschluss des gesetzlichen Widerrufsrechts hingewiesen wurde.

Die Klägerin hält die Werbung wegen fehlerhafter Information über das gesetzliche Widerrufsrecht für unlauter.

## Urteil vom 20. Oktober 2021 – I ZR 96/20 - Kurventreppenlift

Antrag: (...) der Beklagten zu untersagen, für den Fall, dass die Beklagte mit einem Verbraucher einen Vertrag außerhalb von Geschäftsräumen über die Lieferung und Montage eines Kurventreppenlifts schließt, den Verbraucher bereits dann nicht über das diesem zustehende gesetzliche Widerrufsrecht zu informieren, wenn nur ein Kurventeil der Laufschiene für den Treppenliftsitz anhand von am geplanten Einbauort ermittelten Maßen ("Schienen für eine Treppenliftanlage individuell geformt und exakt an die Gegebenheiten vor Ort angepasst", Anlage K 1) angefertigt wird, ausgenommen das Kurventreppenlift-Modell der Beklagten "V. ";

hilfsweise: der zu untersagen, für den Fall, dass die Beklagte mit einem Verbraucher einen Vertrag außerhalb von Geschäftsräumen über die Lieferung und Montage eines Kurventreppenlifts schließt, den Verbraucher bereits dann nicht über das diesem zustehende gesetzliche Widerrufsrecht zu informieren, sobald die Laufschiene für den Treppenliftsitz auch nur an einer Stelle anhand von am geplanten Einbauort ermittelten Maßen gebogen wird ("Schienen für eine Treppenliftanlage individuell geformt und exakt an die Gegebenheiten vor Ort angepasst", Anlage K 1) angefertigt wird, ausgenommen das Kurventreppenlift-Modell der Beklagten "V. ".

LG: Klage abgewiesen

OLG: Berufung der Klägerin zurückgewiesen; Begründung: Kein Verstoß gegen die Pflicht zur Belehrung über das Widerrufsrecht, da Verträge als Werklieferungsverträge nach § 312g Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB vom Widerrufsrecht ausgenommen.

BGH: (nach Zulassung der Revision) Auf Revision der Klägerin Verurteilung nach dem Hauptantrag

# Urteil vom 20. Oktober 2021 – I ZR 96/20 - Kurventreppenlift

Verstoß gegen § 3a UWG iVm § 312d, § 312g Abs. 1 BGB und Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EGBGB

## § 312d Abs. 1 BGB: Informationspflichten

Bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen ist der Unternehmer verpflichtet, den Verbraucher nach Maßgabe des Artikels 246a des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche zu informieren. Die in Erfüllung dieser Pflicht gemachten Angaben des Unternehmers werden Inhalt des Vertrags, es sei denn, die Vertragsparteien haben ausdrücklich etwas anderes vereinbart.

## § 312g BGB: Widerrufsrecht

(1) Dem Verbraucher steht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen ein Widerrufsrecht gemäß § 355 zu.

(2) Das Widerrufsrecht besteht, soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben, nicht bei folgenden Verträgen:

1. **Verträge zur Lieferung von Waren, die nicht vorgefertigt sind und für deren Herstellung eine individuelle Auswahl oder Bestimmung durch den Verbraucher maßgeblich ist oder die eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse des Verbrauchers zugeschnitten sind, (...)**

## Art. 246a § 1 Abs. 2 EGBGB: Informationspflichten

Steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht nach § 312g Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu, ist der Unternehmer verpflichtet, den Verbraucher zu informieren

1. über die Bedingungen, die Fristen und das Verfahren für die Ausübung des Widerrufsrechts nach § 355 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sowie das Muster-Widerrufsformular in der Anlage 2,

2. gegebenenfalls darüber, dass der Verbraucher im Widerrufsfall die Kosten für die Rücksendung der Waren zu tragen hat, und bei Fernabsatzverträgen zusätzlich über die Kosten für die Rücksendung der Waren, wenn die Waren auf Grund ihrer Beschaffenheit nicht auf dem normalen Postweg zurückgesendet werden können (...)

Der Unternehmer kann diese Informationspflichten dadurch erfüllen, dass er das in der Anlage 1 vorgesehene Muster für die Widerrufsbelehrung zutreffend ausgefüllt in Textform übermittelt.

## Urteil vom 20. Oktober 2021 – I ZR 96/20 - Kurventreppenlift

Verstoß gegen § 3a UWG iBvM § 312d, § 312g Abs. 1 BGB und Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EGBGB (Forts.)

- § 312d und Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EGBGB dienen dem Schutz der Verbraucher und sind deshalb Marktverhaltensregelungen iSv § 3a UWG
- Voraussetzungen des § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB:
  - Abschluss eines Vertrags zur Lieferung von Waren
  - Zu liefernde Waren nicht vorgefertigt
  - Für ihre Herstellung
    - ist eine individuelle Auswahl oder Bestimmung durch den Verbraucher maßgeblich oder
    - sie sind eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse des Verbrauchers zugeschnitten.

## Urteil vom 20. Oktober 2021 – I ZR 96/20 - Kurventreppenlift

- Voraussetzungen des § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB (Forts.)
  - Zu den Verträgen zur Lieferung von Waren iSv § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB zählen Kaufverträge (§ 433 BGB) und Werklieferungsverträge (§ 650 BGB), aber weder Dienstverträge (§ 611 BGB) noch - jedenfalls im Regelfall - Werkverträge (§ 631 BGB), wie sich bei richtlinienkonformer Auslegung des Art. 16 Buchst. c RL 2011/83/EG ergibt

### **Artikel 16 RL 2011/83/EG: Ausnahmen vom Widerrufsrecht**

Die Mitgliedstaaten sehen bei Fernabsatzverträgen und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen kein Widerrufsrecht nach den Artikeln 9 bis 15 vor, wenn (...)

c) Waren geliefert werden, die nach Kundenspezifikation angefertigt werden oder eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse zugeschnitten sind; (...)

### **Artikel 2 RL 2011/83/EG: Begriffsbestimmungen**

Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnen die Ausdrücke (...)

4. „nach Verbraucherspezifikation angefertigte Waren“ Waren, die nicht vorgefertigt sind und für deren Herstellung eine individuelle Auswahl oder Entscheidung durch den Verbraucher maßgeblich ist;

5. „Kaufvertrag“ jeden Vertrag, durch den der Unternehmer das Eigentum an Waren an den Verbraucher überträgt oder deren Übertragung zusagt und der Verbraucher hierfür den Preis zahlt oder dessen Zahlung zusagt, einschließlich von Verträgen, die sowohl Waren als auch Dienstleistungen zum Gegenstand haben;

6. „Dienstleistungsvertrag“ jeden Vertrag, der kein Kaufvertrag ist und nach dem der Unternehmer eine Dienstleistung für den Verbraucher erbringt oder deren Erbringung zusagt und der Verbraucher hierfür den Preis zahlt oder dessen Zahlung zusagt; (...)

## Urteil vom 20. Oktober 2021 – I ZR 96/20 - Kurventreppenlift

- Voraussetzungen des § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB (Forts.)
  - Zu den "Kaufverträgen iSd RL zählen nicht ausschließlich Kaufverträge im engeren Sinne (Kaufverträge im Sinne von §§ 433, 474 BGB), sondern auch bestimmte Arten von Verträgen, die eine Dienstleistung umfassen, nämlich Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter (Werklieferungsverträge im Sinne von § 650 BGB) und Verträge, die die Montage solcher Güter im Verbund mit einem Kaufabschluss vorsehen (zur RL 1999/44/EG vgl. EuGH, NJW 2017, 3215 Rn. 37 - Schottelius; BGH, VII. ZS, NJW 2018, 3380 Rn. 20 f.).
  - Zu den "Dienstleistungsverträgen" iSd RL gehören dagegen Dienstverträge im Sinne von § 611 BGB und Werkverträge im Sinne von § 631 BGB, wenn deren Gegenstand - wie im Regelfall - ein durch eine Dienstleistung herbeizuführender Erfolg wie die Herstellung oder Veränderung einer Sache ist (§ 631 Abs. 2 BGB).

## Urteil vom 20. Oktober 2021 – I ZR 96/20 - Kurventreppenlift

- Systematik des Widerrufsrechts:
  - Bei "Kaufverträgen" iSd RL beginnt die Widerrufsfrist von 14 Tagen erst mit Lieferung der Sache an den Käufer (Art. 9 Abs. 2 Buchst. b RL, § 356 Abs. 2 Nr. 1 BGB)
    - Verkäufer ist deshalb in Fällen speziell hergestellter, anderweitig nicht absetzbarer Ware auf den Ausschluss des Widerrufsrechts angewiesen
  - Bei "Dienstleistungsverträgen" iSd RL beginnt die Widerrufsfrist mit dem Tag des Vertragsabschlusses (Art. 9 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie, § 355 Abs. 2 BGB)
    - Unternehmer kann sich vor Verlusten, die ihm im Falle eines Widerrufs durch die Fertigung speziell hergestellter, nicht anderweitig absetzbarer Ware entstehen, dadurch schützen, dass er mit der Leistungserbringung erst nach Ablauf der Widerrufsfrist beginnt.
    - Unternehmer hat gem. Art. 14 Abs. 3 RL/§ 357 Abs. 8 BGB für den Fall, dass der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausübt, nachdem er vom Unternehmer verlangt hat, mit der Dienstleistung während der Widerrufsfrist zu beginnen, einen Anspruch auf Wertersatz für die bis zum Widerruf erbrachten
    - Für den Fall der vollständigen Erbringung der Dienstleistung sieht Art. 16 Buchst. a RL/§ 356 Abs. 4 BGB den Ausschluss des Widerrufsrechts vor, wenn der Unternehmer die Erbringung der Dienstleistung mit der vorherigen ausdrücklichen Zustimmung des Verbrauchers und dessen Kenntnisnahme, dass er sein Widerrufsrecht bei vollständiger Vertragserfüllung durch den Unternehmer verliert, begonnen hatte.

## Urteil vom 20. Oktober 2021 – I ZR 96/20 - Kurventreppenlift

- Hier betroffener Vertrag ist Werkvertrag, nicht Werklieferungsvertrag, so dass § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht eingreift, also ein Widerrufsrecht des Verbrauchers gegeben ist
  - Abgrenzung von Kauf- und Werklieferungsverträgen gegenüber Werkverträgen
    - Es kommt darauf an, auf welcher der Leistungen bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Schwerpunkt liegt.
    - Abzustellen ist vor allem auf die Art des zu liefernden Gegenstands, das Wertverhältnis von Lieferung sowie Montage- und Bauleistung sowie die Besonderheiten des geschuldeten Ergebnisses.
    - Je mehr die mit dem Warenumsatz verbundene Übertragung von Eigentum und Besitz der zu liefernden Sache auf den Vertragspartner im Vordergrund steht und je weniger dessen individuelle Anforderungen und die geschuldete Montage- und Bauleistung das Gesamtbild des Vertragsverhältnisses prägen, desto eher ist die Annahme eines Kauf- oder Werklieferungsvertrags geboten.
    - Liegt der Schwerpunkt dagegen auf der Montage- und Bauleistung bei der Herstellung eines funktionstauglichen Werks, etwa auf Einbau und Einpassung einer Sache in die Räumlichkeit, und dem damit verbundenen individuellen Erfolg, liegt ein Werkvertrag vor (vgl. BGH, NJW-RR 2004, 850 [Solaranlage]; BauR 2018, 1879 [Einbauküche]; BGH, NJW 2018, 3380 Rn. 25 [Senkrechtlift]).

## Urteil vom 20. Oktober 2021 – I ZR 96/20 - Kurventreppenlift

- Hier Werkvertrag, nicht Werklieferungsvertrag (Forts.)
  - Diese Abgrenzung ist richtlinienkonform
    - EuGH: bei Kaufverträgen, die auch eine Dienstleistung umfassen, wie Verträgen über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter und Verträgen, die die Montage solcher Güter im Verbund mit einem Kaufabschluss vorsehen, liegt ein Kaufvertrag iSd RL vor, wenn die Dienstleistung den Verkauf lediglich ergänzt, nicht jedoch, wenn die Dienstleistung als Hauptgegenstand des Vertrags anzusehen ist (EuGH, NJW 2017, 3215 Rn. 37, 38, 44 - Schottelius).
    - Vgl. Erwägungsgrund 26 RL 2011/83/EU: Ein Vertrag, mit dem sich der Unternehmer verpflichtet, einen Wintergartenanbau zu errichten, ist als Dienstleistungsvertrag anzusehen, obwohl für die Herstellung des Wintergartens bewegliche Sachen zu liefern sind, aus denen der Wintergarten zusammengesetzt wird.
      - In diesen Fällen stellt also die Dienstleistung keine bloße Ergänzung eines Kauf- oder Werklieferungsvertrags dar, sondern ist als Hauptgegenstand des Vertrags anzusehen (vgl. BGH, NJW 2018, 3380 Rn. 26).

## Urteil vom 20. Oktober 2021 – I ZR 96/20 - Kurventreppenlift

- Hier Werkvertrag, nicht Werklieferungsvertrag (Forts.)
  - Abgrenzung im Streitfall: Es liegt ein Werkvertrag vor
    - OLG: Könne die Montage durch jede Fachfirma mit geringem Aufwand erfolgen, stehe die Lieferung des Produkts und nicht dessen Planung und Montage im Vordergrund. Planung und Montage stellten bloße Nebenleistungen dar und seien nach der Verkehrsanschauung der Lieferung des Systems zuzuordnen. Dabei komme es nicht darauf an, ob die Beklagte das Produkt individuell hergestellt habe und die individuelle Erstellung der Laufschiene im Vordergrund stehe. Dies stelle kein taugliches Kriterium zur Abgrenzung zwischen Werklieferungsvertrag und Werkvertrag dar und ändere nichts an der Einordnung als Werklieferungsvertrag.
    - BGH: Falscher rechtl. Maßstab
      - Geringer Montageaufwand rechtfertigt bei der anzustellenden Gesamtbetrachtung nicht die Einordnung als Werklieferungsvertrag
      - Bei der Abgrenzung ist auch der Aufwand für die individuelle Erstellung der Laufschiene zu berücksichtigen
      - EuGH: Bei der Prüfung, ob die Dienstleistung den Verkauf lediglich ergänzt oder als Hauptgegenstand des Vertrags anzusehen ist, kommt es nicht nur auf Montageleistungen, sondern auch auf Leistungen an, die in der Herstellung oder Erzeugung von für die Erbringung einer Werkleistung erforderlichen Waren besteht (vgl. EuGH, NJW 2017, 3215 - Schottelius).
      - Auch ein verhältnismäßig geringer Montageaufwand steht daher der Einordnung als Werkvertrag nicht entgegen, wenn der Vertragsgegenstand eine Anpassung typisierter Einzelteile an die individuellen Wünsche des Bestellers erfordert (vgl. BGH, NJW-RR 2004, 850; NJW 2018, 3380 Rn. 30).

## Urteil vom 20. Oktober 2021 – I ZR 96/20 - Kurventreppenlift

- Hier Werkvertrag, nicht Werklieferungsvertrag (Forts.)
  - Abgrenzung im Streitfall: Es liegt ein Werkvertrag vor (Forts.)
    - BGH:
      - Bei der anzustellenden Gesamtbetrachtung liegt der Schwerpunkt nicht auf der mit dem Warenumsatz verbundenen Übertragung von Eigentum und Besitz am zu liefernden Treppenlift, sondern auf der Herstellung eines funktionstauglichen Werks, das zu einem wesentlichen Teil in der Anfertigung einer passenden Laufschiene und ihrer Einpassung in das Treppenhaus des Kunden besteht.
      - Auch der hierfür an den individuellen Anforderungen des Bestellers ausgerichtete, erforderliche Aufwand spricht daher für das Vorliegen eines Werkvertrags. Bei der Bestellung eines Kurventreppenlifts, der durch eine individuell erstellte Laufschiene auf die Wohnverhältnisse des Kunden zugeschnitten wird, steht für den Kunden nicht die Übereignung, sondern der Einbau eines Treppenlifts als funktionsfähige Einheit im Vordergrund, für dessen Verwirklichung die Lieferung der Einzelteile einen zwar notwendigen, aber untergeordneten Zwischenschritt darstellt.
      - Im Streitfall handelt es sich deshalb um einen Werkvertrag, für den der Ausschluss des Widerrufsrechts gem. § 312g Abs. 2 nr. 1 BGB nicht gilt.

## Urteil vom 20. Oktober 2021 – I ZR 96/20 - Kurventreppenlift

- Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 UWG: Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr
  - Hier liegt Erstbegehungsgefahr vor
    - Erstbegehungsgefahr besteht, wenn ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, der Anspruchsgegner werde sich in naher Zukunft in der fraglichen Weise rechtswidrig verhalten
    - Die Werbung der Beklagten mit der Angabe, im Falle eines Kurventreppenlifts mit individuell geformten und an die Gegebenheiten vor Ort angepassten Laufschiene bestehe kein Widerrufsrecht des Verbrauchers, stellt einen ernsthaften und greifbaren Anhaltspunkt für die Annahme dar, dass die Beklagte Verbraucher bei dem außerhalb von Geschäftsräumen vorgenommenen Abschluss eines Vertrags über einen Kurventreppenlift mit individuell erstellter Laufschiene nicht in der rechtlich gebotenen Weise über das Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 BGB informieren wird.

## Urteil vom 20. Oktober 2021 – I ZR 96/20 - Kurventreppenlift

Leitsätze:

1. Ein Vertrag über die Lieferung und Montage eines Kurventreppenlifts mit einer individuell erstellten, an die Wohnverhältnisse des Kunden angepassten Laufschiene ist ein Werkvertrag. Wird ein solcher Vertrag außerhalb von Geschäftsräumen mit einem Verbraucher geschlossen, steht diesem ein Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 BGB zu, weil der in § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB vorgesehene Ausschluss dieses Rechts Werkverträge nicht erfasst.
2. Die werbliche Angabe eines Anbieters von Treppenliften, im Falle eines Kurventreppenlifts mit individuell geformten und an die Gegebenheiten vor Ort angepassten Laufschiene bestehe kein Widerrufsrecht des Verbrauchers, begründet Erstbegehungsgefahr für einen Verstoß gegen die Pflicht zur Information über das Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 BGB gemäß § 312d Abs. 1 und Art. 246a Abs. 2 Nr. 1 EGBGB.

**Urteil vom 18. November 2021 – I ZR 214/18 – Gewinnspielwerbung II**

# Urteil vom 18. November 2021 – I ZR 214/18 – Gewinnspielwerbung II

Sachverhalt:

Die Klägerin ist die Berufsvertretung der Apotheker im Bezirk N. . Es gehört zu ihren Aufgaben, die Einhaltung der Berufspflichten der Apotheker zu überwachen. Die Beklagte ist eine in den Niederlanden ansässige Versandapotheke, die verschreibungspflichtige Arzneimittel an Kunden in Deutschland liefert.

Im März 2015 warb die Beklagte deutschlandweit mit einem Flyer für ein "Großes Gewinnspiel", mit dem als Hauptpreis ein Gutschein für ein Elektrofahrrad im Wert von 2.500 € und als zweiter bis zehnter Preis jeweils eine elektrische Zahnbürste ausgelobt wurden. Voraussetzung für die Teilnahme an der Verlosung war das Einsenden eines Rezepts.

Die Klägerin hält diese Werbung für wettbewerbswidrig.

Sie mahnte die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 1. April 2015 erfolglos ab.

Meine neue Apotheke

## GROSSES GEWINNSPIEL

Sehr geehrte Frau [redacted]

Ihre Versandapotheke [redacted] möchte Sie bei einem gesunden und vitalen Start ins Jahr 2015 unterstützen. Machen Sie mit bei unserem Preisauslosien und gewinnen Sie einen Gutschein für ein hochwertiges **E-Bike** im Wert von **2.500 Euro**. Damit geht Ihnen unterwegs garantiert nie mehr die Puste aus!

**So geht's:**

- ✓ Nach dem nächsten Arztbesuch einfach das Rezept in den Freumschlag stecken
- ✓ Beiliegenden Bestellschein dazulegen
- ✓ Einsenden und automatisch an der Verlosung teilnehmen

Einsendeschluss ist der **31.03.2015**.  
Machen Sie mit – es lohnt sich!

Viel Glück wünscht Ihnen Ihre Versandapotheke [redacted]

Vorname [redacted]  
Nachname [redacted]  
Frau [redacted]  
[redacted]

1. Preis  
Gutschein  
E-Bike

2.-10. Preis  
Philips-Sonicare  
Diamond  
Clean-Set

**JETZT REZEPT EINSENDEN UND GEWINNEN!**

## Urteil vom 18. November 2021 – I ZR 214/18 – Gewinnspielwerbung II

Antrag: (...) es zu unterlassen, gegenüber Endverbrauchern in Deutschland ein Gewinnspiel auszuloben, das an die Einlösung eines Rezepts gekoppelt ist, wenn dies geschieht wie folgt: [es folgt Einblendung der Anzeige];  
ferner Abmahnkostenersatz

LG: Klage abgewiesen

OLG: Auf Berufung der Klägerin antragsgemäße Verurteilung; Begründung: Verstoß gegen das Verbot der Wertreklame gem. § 3a UWG iVm § 7 Satz 1 HWG

BGH: Auf Revision der Beklagten zunächst EuGH-Vorlage (GRUR 2020, 659 - Gewinnspielwerbung I); dann Aufhebung des OLG-Urteils, soweit Zahlungsantrag erfolgreich; im Übrigen Zurückweisung der Revision der Beklagten (es bleibt also bei der Verurteilung zur Unterlassung)

## Urteil vom 18. November 2021 – I ZR 214/18 – Gewinnspielwerbung II

### Verstoß gegen § 4 Nr. 11/§ 3a UWG iVm § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG

- Änderung des § 4 Nr. 11 UWG in § 3a UWG hat keine Rechtsänderung bewirkt, sondern das in § 3 aF enthaltene Spürbarkeitserfordernis in den Tatbestand des § 3a verschoben

### § 11 HWG

(1) Außerhalb der Fachkreise darf für Arzneimittel, Verfahren, Behandlungen, Gegenstände oder andere Mittel nicht geworben werden (...)

13. mit Preisausschreiben, Verlosungen oder anderen Verfahren, deren Ergebnis vom Zufall abhängig ist, sofern diese Maßnahmen oder Verfahren einer unzweckmäßigen oder übermäßigen Verwendung von Arzneimitteln Vorschub leisten, (...)

- § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG dient dem Schutz der Verbraucher und ist deshalb Marktverhaltensregelung iSv § 4 Nr. 11 UWG aF/§ 3a UWG
  - Vollharmonisierung durch UGP-RL steht der Anwendung des Rechtsbruchtatbestands nicht entgegen, da es sich bei dem Verbot in § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG um eine unionsrechtskonforme nationale Regelung in Bezug auf die Gesundheitsaspekte von Produkten dar, die deshalb gemäß Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2005/29/EG von dieser unberührt bleibt
  - Vgl. Erwägungsgrund 45 der RL 2001/83/EG (Arzneimittelkodex): "Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel, die ohne ärztliche Verschreibung abgegeben werden können, könnte sich auf die öffentliche Gesundheit auswirken, wenn sie übertrieben und unvernünftig ist. Die Werbung muss, wenn sie erlaubt wird, bestimmten Anforderungen genügen, die festgelegt werden müssen."
  - Vgl. EuGH, GRUR 2008, 267 - Gintec; dort: Arzneimittel als Preis einer Verlosung)

## Urteil vom 18. November 2021 – I ZR 214/18 – Gewinnspielwerbung II

### **Verstoß gegen § 4 Nr. 11/§ 3a UWG iVm § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG (Forts.)**

- OLG: Keine greifbaren Anhaltspunkte dafür, dass das Gewinnspiel einer unzweckmäßigen oder übermäßigen Verwendung von Arzneimitteln Vorschub leiste. Dafür genüge es nicht, dass der Kunde veranlasst werde, das ihm verschriebene Arzneimittel bei der Beklagten anstatt bei einer anderen Apotheke zu kaufen. Es erscheine wenig wahrscheinlich, dass ein Kunde einen Arzt veranlassen könnte, ein nicht benötigtes Arzneimittel zu verschreiben, um an dem Gewinnspiel teilnehmen zu können, zumal die meisten gesetzlich versicherten Patienten dafür eine Rezeptgebühr entrichten müssten.
- BGH: rechtsfehlerfreie Beurteilung

# Urteil vom 18. November 2021 – I ZR 214/18 – Gewinnspielwerbung II

## Verstoß gegen § 4 Nr. 11/§ 3a UWG iVm § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG

### § 7 HWG (seit 15. Dezember 2020 geltende Fassung)

(1) **Es ist unzulässig, Zuwendungen und sonstige Werbegaben (Waren oder Leistungen) anzubieten**, anzukündigen oder zu gewähren oder als Angehöriger der Fachkreise anzunehmen, es sei denn, dass

1. es sich bei den Zuwendungen oder Werbegaben um **Gegenstände von geringem Wert**, die durch eine dauerhafte und deutlich sichtbare Bezeichnung des Werbenden oder des beworbenen Produktes oder beider gekennzeichnet sind, oder um geringwertige Kleinigkeiten handelt; Zuwendungen oder Werbegaben sind für Arzneimittel **unzulässig, soweit sie entgegen den Preisvorschriften gewährt werden, die auf Grund des Arzneimittelgesetzes oder des Fünften Buches Sozialgesetzbuch gelten**;
2. die Zuwendungen oder Werbegaben in
  - a) einem bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden **Geldbetrag** oder
  - b) einer bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden Menge gleicher Ware gewährt werden;

Zuwendungen oder Werbegaben nach Buchstabe a sind für Arzneimittel **unzulässig, soweit sie entgegen den Preisvorschriften gewährt werden**, die aufgrund des Arzneimittelgesetzes oder des Fünften Buches Sozialgesetzbuch gelten; Buchstabe b gilt nicht für Arzneimittel, deren Abgabe den Apotheken vorbehalten ist; (...)

## Urteil vom 18. November 2021 – I ZR 214/18 – Gewinnspielwerbung II

### Verstoß gegen § 4 Nr. 11/§ 3a UWG iVm § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG (Forts.)

- § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG dient dem Schutz der Verbraucher und ist deshalb Marktverhaltensregelung iSv § 4 Nr. 11 UWG aF/§ 3a UWG
  - Vollharmonisierung durch UGP-RL steht der Anwendung des Rechtsbruchtatbestands nicht entgegen, da es sich bei dem Verbot in § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG um eine unionsrechtskonforme nationale Regelung in Bezug auf die Gesundheitsaspekte von Produkten dar, die deshalb gemäß Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2005/29/EG von dieser unberührt bleibt
  - Vgl. Erwägungsgrund 45 der RL 2001/83/EG (Arzneimittelkodex): "Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel, die ohne ärztliche Verschreibung abgegeben werden können, könnte sich auf die öffentliche Gesundheit auswirken, wenn sie übertrieben und unvernünftig ist. Die Werbung muss, wenn sie erlaubt wird, bestimmten Anforderungen genügen, die festgelegt werden müssen."
  - Vgl. EuGH, GRUR 2008, 267 - Gintec; dort: Arzneimittel als Preis einer Verlosung)

## Urteil vom 18. November 2021 – I ZR 214/18 – Gewinnspielwerbung II

### Verstoß gegen § 4 Nr. 11/§ 3a UWG iVm § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG (Forts.)

- § 7 HWG ist anwendbar
  - Nicht im Falle von Preisausschreiben ausgeschlossen durch § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13, da der Anwendungsbereich beider Vorschriften sich nicht vollständig deckt (Ausnutzung der Spielleidenschaft vs. unsachliche Beeinflussung durch den Wert der Werbegabe)
  - Es besteht auch ein Produktbezug
    - HWG gilt allein für produktbezogene Werbung
      - Nur für Produkt- und Absatzwerbung
      - Nicht dagegen für allgemeine Firmenwerbung (Unternehmens- und Imagewerbung), die ohne Bezugnahme auf bestimmte Produkte für das Ansehen und die Leistungsfähigkeit des Unternehmens allgemein wirbt.
      - Für die Frage, ob eine Werbung produktbezogen ist oder nicht, kommt es maßgeblich darauf an, ob nach ihrem Gesamterscheinungsbild die Darstellung des Unternehmens oder aber die Anpreisung bestimmter oder zumindest individualisierbarer Produkte im Vordergrund steht
      - Auch Werbung für das gesamte Warensortiment der Apotheke kann produktbezogen sein
      - Anwendung des HWG auf Sortimentswerbung ist unionsrechtl. Unbedenklich; RL 2001/83/EG ist darauf nicht anwendbar (so der EuGH, GRUR 2021, 1325 - DocMorris, auf Vorlage des BGH in dieser Sache): Das Verbot der Veranstaltung von Gewinnspielen zur Werbung für Dienstleistungen des Verkaufs von Arzneimitteln im Versandhandel ist unionsrechtlich nicht harmonisiert.
      - BGH hält daran fest, dass das HWG auch auf Sortimentswerbung anwendbar ist.

## Urteil vom 18. November 2021 – I ZR 214/18 – Gewinnspielwerbung II

### **BGH, GRUR 2020, 659 - Gewinnspielwerbung I**

Steht es mit den Bestimmungen des Titels VIII und insbesondere mit Art. 87 Abs. 3 der Richtlinie 2001/83/EG in Einklang, wenn eine nationale Vorschrift (hier: § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG) dahin ausgelegt wird, dass es einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Versandapotheke verboten ist, mit der Auslobung eines Gewinnspiels um Kunden zu werben, wenn die Teilnahme an dem Gewinnspiel an die Einreichung eines Rezepts für ein verschreibungspflichtiges Humanarzneimittel gekoppelt ist, der ausgelobte Gewinn kein Arzneimittel, sondern ein anderer Gegenstand ist (hier: ein Elektrofahrrad im Wert von 2.500 € und elektrische Zahnbürsten), und nicht zu befürchten ist, dass einer unzweckmäßigen oder übermäßigen Verwendung von Arzneimitteln Vorschub geleistet wird?

### **EuGH, GRUR 2021, 1325 - DocMorris**

1. Die Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel in der durch die Richtlinie 2012/26/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass sie auf eine nationale Regelung, die es einer Apotheke, die Arzneimittel im Versandhandel verkauft, verbietet, eine Werbeaktion in Form eines Gewinnspiels durchzuführen, bei dem die Teilnehmer Gegenstände des täglichen Gebrauchs, die keine Arzneimittel sind, gewinnen können und die Teilnahme die Einsendung der Bestellung eines verschreibungspflichtigen Humanarzneimittels und des entsprechenden Rezepts voraussetzt, nicht anwendbar ist.
2. Art. 34 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer solchen nationalen Regelung nicht entgegensteht.

## Urteil vom 18. November 2021 – I ZR 214/18 – Gewinnspielwerbung II

### **Verstoß gegen § 4 Nr. 11/§ 3a UWG iVm § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG (Forts.)**

- Werbegabe iSv. § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG
  - jede aus der Sicht des Empfängers nicht berechnete geldwerte Vergünstigung
  - So auch die Möglichkeit der Teilnahme an einem Gewinnspiel
- Unsachliche Beeinflussung iSv § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG
  - OLG: Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass ein Patient, der ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel benötige und von seinem Arzt das hierfür erforderliche Rezept erhalten habe, sich für die Einlösung des Rezepts bei der Versandapotheke der Beklagten entscheide, ohne zu erwägen, dass der Erwerb des Arzneimittels bei einer stationären Apotheke seinen persönlichen Bedürfnissen mehr entspreche. Versandapotheken könnten nur telefonisch und auf ausdrückliche Nachfrage beraten. Es könne für den Kunden bedeutsam sein, auch bei Einlösung eines Rezepts unaufgefordert beraten zu werden, beispielsweise im Hinblick auf Wechselwirkungen mit anderen Medikamenten. Hierfür sei der Apotheker ausgebildet. Die vom Kunden zu treffende Entscheidung für eine stationäre Apotheke oder eine Versandapotheke sei daher für seine Gesundheit relevant. Diese Entscheidung werde durch die in Rede stehende Werbung mit einem Gewinnspiel unsachlich beeinflusst.
  - BGH: rechtsfehlerfreie Beurteilung

## Urteil vom 18. November 2021 – I ZR 214/18 – Gewinnspielwerbung II

### **Verstoß gegen § 4 Nr. 11/§ 3a UWG iVm § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG (Forts.)**

- Kein Ausnahmefall gem. § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 HWG
  - Möglichkeit zur Gewinnspielteilnahme ist keine geringwertige Kleinigkeit
  - Keine in einem bestimmten Geldbetrag bestehende Werbegabe
  - Geldbetrag auch nicht "auf bestimmte Art zu berechnen", da hiervon nur einfach zu ermittelnde Preisnachlässe erfasst, nicht aber der Wert einer Gewinnchance
  - So auch die Möglichkeit der Teilnahme an einem Gewinnspiel
- Verbot ist mit Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) und Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) vereinbar
  - Betroffen ist nur die Warenverkehrsfreiheit, da es sich in erster Linie um eine Werbeaktion für Produkte (Arzneimittel) handelt (EuGH, GRUR 2021, 1325 - DocMorris)
  - Warenverkehrsfreiheit ist nicht berührt, da es sich nur um eine Bestimmung über Verkaufsmodalitäten handelt, die nicht geeignet ist, den Marktzugang für Arzneimittel zu versperren oder stärker zu behindern, als für inländische Erzeugnisse (EuGH, GRUR 2021, 1325 - DocMorris)
- Damit sind die Voraussetzungen eines Verstoßes gegen § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG erfüllt.

# Urteil vom 18. November 2021 – I ZR 214/18 – Gewinnspielwerbung II

## Verstoß gegen § 4 Nr. 11/§ 3a UWG iVm § 78 Abs. 1 Satz 1 und 4 AMG aF/§ 129 Abs. 3. Satz 3 SGB V und § 78 Abs. 1 Satz 1 AMG

Alte Rechtslage (Zeitpunkt der Werbung):

### § 78 Abs. 1 Satz 1 und 4 AMG (in der bis 7. September 2015 geltenden Fassung): Preise

(1) Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie wird ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium (...) durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates (...)

2. **Preise für Arzneimittel, die in Apotheken** oder von Tierärzten hergestellt und abgegeben werden (...)

**festzusetzen.** (...) Die **Arzneimittelpreisverordnung**, die auf Grund von Satz 1 erlassen worden ist, gilt auch für Arzneimittel, die gemäß § 73 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a in den Geltungsbereich dieses Gesetzes verbracht werden.

### § 73 Abs. 1 Nr. 1a AMG: Verbringungsverbot

(1) Arzneimittel, die der Pflicht zur Zulassung oder Genehmigung nach § 21a oder zur Registrierung unterliegen, **dürfen in den Geltungsbereich dieses Gesetzes nur verbracht werden**, wenn sie zum Verkehr im Geltungsbereich dieses Gesetzes zugelassen (...) und (...)

1a. im Falle des **Versandes an den Endverbraucher das Arzneimittel von einer Apotheke eines Mitgliedstaates der Europäischen Union** oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, welche für den **Versandhandel** nach ihrem nationalen Recht, soweit es dem deutschen Apothekenrecht im Hinblick auf die Vorschriften zum Versandhandel entspricht, oder nach dem deutschen Apothekengesetz befugt ist, entsprechend den deutschen Vorschriften zum Versandhandel oder zum elektronischen Handel versandt wird (...)

## Urteil vom 18. November 2021 – I ZR 214/18 – Gewinnspielwerbung II

### **Verstoß gegen § 4 Nr. 11/§ 3a UWG iVm § 78 Abs. 1 Satz 1 und 4 AMG aF/§ 129 Abs. 3. Satz 3 SGB V und § 78 Abs. 1 Satz 1 AMG (Forts.)**

- Alte Rechtslage: § 78 Abs. 1 Satz 1 und 4 AMG aF
  - § 78 AMG ist neben § 7 HWG anwendbar, da unterschiedlicher Regelungszweck (Verhinderung einer unsachlichen Beeinflussung/Verhinderung eines Preiswettbewerbs zwischen Apotheken)
  - Arzneimittelpreisrecht ist Marktverhaltensregelung
  - Verstoß ist gegeben: Preisrecht ist auch verletzt, wenn für das preisgebundene Arzneimittel zwar der korrekte Preis angesetzt wird, dem Kunden aber gekoppelt mit dem Erwerb Vorteile gewährt werden, die den Erwerb für ihn wirtschaftlich günstiger erscheinen lassen
  - Unionsrecht steht nicht entgegen:
    - Preisrecht ist mit Art. 34 und 36 AEUV nicht vereinbar, soweit damit ein absolutes Verbot des Preiswettbewerbs geregelt wird (EuGH, GRUR 2016, 1312 - Deutsche Parkinson Vereinigung; GRUR 2021, 1325 - DocMorris)
    - Hier führt das Verbot einer Werbung mit Teilnahmemöglichkeit am Gewinnspiel aber nicht zu einem absoluten Verbot des Preiswettbewerbs; keine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit, da bloße Verkaufsmodalität, die in- und ausländische Apotheken gleichermaßen betrifft (EuGH, GRUR 2021, 13225 - DocMorris)
  - Damit ist die Werbung nach altem Recht rechtswidrig

## Urteil vom 18. November 2021 – I ZR 214/18 – Gewinnspielwerbung II

**Verstoß gegen § 4 Nr. 11/§ 3a UWG iVm § 78 Abs. 1 Satz 1 und 4 AMG aF/§ 129 Abs. 3. Satz 3 SGB V und § 78 Abs. 1 Satz 1 AMG (Forts.)**

Neue Rechtslage (Zeitpunkt der Entscheidung des Revisionsgerichts):

**§ 129 Abs. 3 Satz 2 und 3 SGB V (in der bis 15. August 2022 geltenden Fassung)**

(3) (...) Apotheken **dürfen verordnete Arzneimittel** an Versicherte als Sachleistungen **nur abgeben** und können unmittelbar mit den Krankenkassen nur abrechnen, **wenn der Rahmenvertrag für sie Rechtswirkung** hat. Bei der Abgabe verordneter Arzneimittel an Versicherte als Sachleistungen sind Apotheken, für die der Rahmenvertrag Rechtswirkungen hat, **zur Einhaltung** der in der nach § 78 des Arzneimittelgesetzes erlassenen Rechtsverordnung **festgesetzten** Preisspannen und **Preise verpflichtet** und **dürfen Versicherten keine Zuwendungen** gewähren.

## Urteil vom 18. November 2021 – I ZR 214/18 – Gewinnspielwerbung II

**Verstoß gegen § 4 Nr. 11/§ 3a UWG iVm § 78 Abs. 1 Satz 1 und 4 AMG aF/§ 129 Abs. 3. Satz 3 SGB V und § 78 Abs. 1 Satz 1 AMG (Forts.)**

- Neue Rechtslage: § 129 Abs. 3 Satz 2 und 3 SGB V iVm § 78 AMG
  - Werbung verstößt jedenfalls gegen § 129 SGB V
    - Wenn Rahmenvertrag für Apotheke keine Geltung hat, darf sie keine verschreibungspflichtigen Arzneimittel abgeben (§ 129 Abs. 3 Satz 2 SGB V)
    - Wenn Rahmenvertrag für sie Geltung hat, ist sie an das Preisrecht des § 78 AMG gebunden (§ 129 Abs. 3 Satz 3 SGB V)
  - Verbot ist mit Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) vereinbar, da nur Bestimmung über Verkaufsmodalitäten (s.o.)
  - Damit ist die Werbung auch nach neuer Rechtslage rechtswidrig

## Urteil vom 18. November 2021 – I ZR 214/18 – Gewinnspielwerbung II

### **Anspruch auf Abmahnkostenerstattung gem. § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG aF**

- Wettbewerbsverbände und Fachverbände, zu deren satzungsmäßigen Aufgaben die Verfolgung der in ihrem Gebiet auftretenden Wettbewerbsverstöße gehört, müssen in personeller und sachlicher Hinsicht so ausgestattet sein, dass sich für typische und durchschnittlich schwierige Abmahnungen die Einschaltung eines Rechtsanwalts erübrigt
- Die Abmahnung vom 1. April 2015 wegen der hier in Rede stehenden Gewinnspielwerbung stellte sich im Zeitpunkt ihres Zugangs bei der Beklagten als eine typische und durchschnittlich schwierige Abmahnung dar.
  - Sie lag zeitlich vor der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union "Deutsche Parkinson Vereinigung" vom 19. Oktober 2016 (GRUR 2016, 1312), die dem Senat Veranlassung gegeben hat, im vorliegenden Verfahren ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union zu richten.
  - Zum damaligen Zeitpunkt war nicht zweifelhaft, dass die in Rede stehende Werbung der Beklagten gegen § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG verstößt (vgl. BGH, GRUR 2010, 1136 Rn. 17 - UNSER DANKE SCHÖN FÜR SIE) und die Preisbindung für verschreibungspflichtige Arzneimittel mit dem Unionsrecht in Einklang steht
- Der Umstand, dass die Klägerin berechtigt gewesen wäre, von der Beklagten im Falle einer Abmahnung durch eigenes Personal pauschale Abmahnkosten zu verlangen, führt zu keinem anderen Ergebnis. Derartige Kosten sind der Klägerin nicht entstanden. Fiktive Kosten sind nicht erstattungsfähig (vgl. BGH, GRUR 2017, 926 - Anwaltsabmahnung)
- Im Ergebnis kein Anspruch auf Abmahnkostenerstattung

## Urteil vom 18. November 2021 – I ZR 214/18 – Gewinnspielwerbung II

### Leitsätze:

1. Eine Werbung, die nicht auf ein bestimmtes Arzneimittel abzielt, sondern auf das gesamte Sortiment verschreibungspflichtiger Arzneimittel, das von einer Apotheke angeboten wird, fällt nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmungen des Titels VIII der Richtlinie 2001/83/EG (Anschluss an EuGH, Urteil vom 15. Juli 2021 - C-190/20, GRUR 2021, 1325 Rn. 21 und 22 - DocMorris).
2. Der Begriff der "Werbung für Arzneimittel" im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWG stimmt nicht mit dem Begriff der "Werbung für Arzneimittel" im Sinne von Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG überein (Aufgabe BGH, Urteil vom 13. März 2008 - I ZR 95/05, GRUR 2008, 1014 Rn. 21 - Amlodipin), sondern geht darüber hinaus und erfasst auch eine Werbung für das gesamte Warensortiment der Apotheke (Festhaltung BGH, Urteil vom 24. November 2016 - I ZR 163/15, GRUR 2017, 635 Rn. 31 - Freunde werben Freunde; Urteil vom 29. November 2018 - I ZR 237/16, GRUR 2019, 203 Rn. 19 - Versandapotheke; Urteil vom 6. Juni 2019 - I ZR 206/17, GRUR 2019, 1071 Rn. 22 - Brötchen-Gutschein).
3. Die Werbung mit der Veranstaltung eines Gewinnspiels zur Förderung des Verkaufs von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln kann sowohl als Ankündigung einer gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG unzulässigen Werbegabe als auch als Verstoß gegen das Arzneimittelpreisrecht (§ 78 Abs. 1 Satz 1 AMG, §§ 1, 3 AMPPreisV, § 129 Abs. 3 Satz 2 und 3 SGB V) verboten werden.
4. Das Verbot der Veranstaltung eines solchen Gewinnspiels kann auch gegenüber einer in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union ansässigen Versandapotheke verhängt werden, weil es sich dabei nicht um eine nach Art. 34 AEUV verbotene Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit handelt, sondern um eine Verkaufsmodalität, die nicht geeignet ist, den Zugang von Erzeugnissen aus einem anderen Mitgliedstaat zum inländischen Markt zu versperren oder stärker zu behindern als für inländische Erzeugnisse (Anschluss an EuGH, Urteil vom 15. Juli 2021 - C-190/20, GRUR 2021, 1325 Rn. 35 - DocMorris, m.w.N.).

**Urteil vom 9. Dezember 2021 – I ZR 146/20 – Werbung für Fernbehandlung**

## Urteil vom 9. Dezember 2021 – I ZR 146/20 – Werbung für Fernbehandlung

Sachverhalt:

Die Klägerin ist die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. Die Beklagte, die Holdinggesellschaft eines Krankenversicherers, warb im Jahr 2017 auf ihrer Internetseite für ein Angebot ihrer Tochtergesellschaft o. Krankenversicherung AG. Gegenstand der Werbung war ein sogenannter digitaler Arztbesuch, bei dem Versicherten über eine Smartphone-App die Möglichkeit eröffnet wurde, Kontakt zu Ärzten der in der Schweiz ansässigen e. AG aufzunehmen. In der Werbung hieß es auszugsweise:

Erhalte erstmals in Deutschland Diagnosen, Therapieempfehlung und Krankschreibung per App.

Die Klägerin sieht darin einen Verstoß gegen das Verbot der Werbung für Fernbehandlungen gemäß § 3a UWG in Verbindung mit § 9 HWG. Die Beklagte hält dem entgegen, die beworbene Fernbehandlung werde von erfahrenen Ärzten der e. AG erbracht und sei in der Schweiz schon seit Jahren erlaubt. Sie beschränke sich zudem auf die Beratung bei allgemeinen medizinischen Problemen, bei denen ein persönlicher Kontakt zwischen Arzt und Patient nicht erforderlich sei.

## Urteil vom 9. Dezember 2021 – I ZR 146/20 – Werbung für Fernbehandlung

Anträge: (...) es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland für ärztliche Fernbehandlungen in Form eines digitalen Arztbesuchs zu werben, wobei mittels einer App in Deutschland lebenden Patienten, die bei der o. Krankenversicherung AG krankenversichert sind, angeboten wird, über ihr Smartphone von Ärzten, die im Ausland sitzen, Diagnosen, Therapieempfehlungen und Krankschreibungen zu erlangen, **insbesondere** wenn das geschieht wie nachfolgend eingeleitet und aus Anlage KR 1a ersichtlich:

[Es folgen 16 von der Klägerin als Anlage KR 1a eingereichte Screenshots, die die Werbung der Beklagten für den digitalen Arztbesuch zeigen, unter anderem mit folgenden Werbeaussagen:

Bleib einfach im Bett, wenn Du zum Arzt gehst. ... Erhalte erstmals in Deutschland Diagnosen, Therapieempfehlung und Krankschreibung per App. ... Alles per App - Diagnosen, Therapieempfehlung, Krankschreibung. ... Hochqualifiziertes Ärzteteam. Mit der e. -App ist der Arzt immer dabei. Die e. -Ärzte sind erfahrene Allgemein- und Notfallmediziner.

So einfach geht der Digitale Arztbesuch. Unser Kollege Max, der auch bei o. versichert ist, hat in seinem letzten Urlaub einen Digitalen Arztbesuch genutzt und ihn für uns dokumentiert. ... Max verletzt sich im Urlaub am Fuß. Er hat starke Schmerzen und einen Bluterguss am Zehennagel. Er weiß nicht genau, an wen er sich vor Ort wenden kann und kontaktiert den o. Concierge. ... Der Concierge erklärt Max, dass er alternativ zum traditionellen Arztbesuch den Digitalen Arztbesuch per App des Schweizer Anbieters e. AG nutzen kann und schickt ihm bei Interesse einen Zugangscode. Max verbindet sich jetzt per Video mit einer in der Schweiz ansässigen Ärztin. o. ist nicht Anbieter des Digitalen Arztbesuchs, sondern vermittelt lediglich den Kontakt zu den Schweizer Ärzten der e. AG, mit denen auch der Behandlungsvertrag zustande kommt. ... Die Ärztin lässt sich die Beschwerden schildern und Max zeigt ihr per Video den Bluterguss am Zeh. Sie empfiehlt Max Schmerzmittel, eine abschwellende Salbe und eine erneute Konsultation, sollten die Schmerzen länger als drei Tage anhalten. Drei Tage später geht es Max wieder super. Der Fuß tut nicht mehr weh und er hat seine Urlaubszeit nicht auf der Suche nach einem Arzt verschwendet. Der gesamte Vorfall wurde übersichtlich in der e. App dokumentiert.]

## Urteil vom 9. Dezember 2021 – I ZR 146/20 – Werbung für Fernbehandlung

LG: antragsgemäße Verurteilung der Beklagten

OLG: Zurückweisung der Berufung der Beklagten

BGH: Auf Revision der Beklagten Streichung von "insbesondere", ansonsten Zurückweisung der Revision (Kostenaufhebung)

## Urteil vom 9. Dezember 2021 – I ZR 146/20 – Werbung für Fernbehandlung

### Wiederholungsgefahr (und auch Erstbegehungsgefahr) für abstrakten Antrag fehlt

- Der nicht auf die konkrete Verletzungshandlung beschränkte Unterlassungshauptantrag ist auf das Verbot einer pauschalen Werbung für Fernbehandlungen als universelle Methode - von der Diagnose über die Therapieempfehlung bis zur Krankschreibung - gerichtet.
- Dafür besteht keine Wiederholungsgefahr
  - Wiederholungsgefahr erstreckt sich im Ausgangspunkt auf mit der konkreten Verletzungshandlung identische Verletzungshandlungen.
  - Im Interesse eines wirksamen Rechtsschutzes besteht eine Wiederholungsgefahr darüber hinausgehend für alle im Kern gleichartigen Verletzungshandlungen, in denen das Charakteristische der konkreten Verletzungsform zum Ausdruck kommt.
  - In dem Umfang, in dem der geltend gemachte Unterlassungsanspruch über eine zulässige Verallgemeinerung hinausgeht, fehlt es an der erforderlichen Wiederholungsgefahr. Der Unterlassungsanspruch ist in diesem Umfang unbegründet und der Klageantrag insoweit abzuweisen.
  - Charakteristisch für das von der Beklagten beworbene Fernbehandlungsangebot per App ist jedoch, dass die Fernbehandlung von in der Schweiz ansässigen Ärzten erbracht werden soll, deren Tätigkeit in der Schweiz seit Jahren erlaubt sei und deren Qualifikation derjenigen der in Deutschland praktizierenden Ärzte entspreche. Es sind keine Anhaltspunkte dafür festgestellt, dass die Beklagte in Zukunft auch für Fernbehandlungen durch ausländische Ärzte werben wird, obwohl diese weder das für deutsche Ärzte anzunehmende Qualifikationsniveau erreichen noch die Fernbehandlung nach dem vor Ort geltenden Recht erlaubt ist.
  - Keine pauschale Werbung mit ohne weiteres angebotenen ärztlichen Diagnosen etc. in Form des direkten Zugangs über die App zu einem Arzt (Kontaktaufnahme mit "Concierge" ist vorgeschaltet)

## Urteil vom 9. Dezember 2021 – I ZR 146/20 – Werbung für Fernbehandlung

### **Begehungsgefahr für konkretisierten Antrag: Verstoß gegen § 3a UWG iVm § 9 HWG**

- Geht ein Unterlassungsantrag über eine zulässige Verallgemeinerung hinaus, kann ein Verbot in Bezug auf die konkrete Werbemaßnahme ausgesprochen werden, wenn der Klage zu entnehmen ist, dass jedenfalls diese untersagt werden soll.
  - Dies ist grundsätzlich dann der Fall, wenn der Kläger mit einem **Inbesondere-Zusatz** im Klageantrag zum Ausdruck gebracht hat, dass er jedenfalls die Untersagung der beanstandeten Werbung in ihrer konkreten Ausgestaltung erstrebt

### **§ 9 HWG (in der seit dem 19. Dezember 2019 geltenden Fassung; Hinzufügung in rot)**

Unzulässig ist eine Werbung für die Erkennung oder Behandlung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden, die nicht auf eigener Wahrnehmung an dem zu behandelnden Menschen oder Tier beruht (Fernbehandlung). **Satz 1 ist nicht anzuwenden auf die Werbung für Fernbehandlungen, die unter Verwendung von Kommunikationsmedien erfolgen, wenn nach allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nicht erforderlich ist.**

## Urteil vom 9. Dezember 2021 – I ZR 146/20 – Werbung für Fernbehandlung

### Verstoß gegen § 3a UWG iVm § 9 HWG (Forts.)

- Marktverhaltensregelung, da dem Schutz der öffentlichen Gesundheit dienend; Verstoß ist deshalb auch geeignet, Verbraucherinteressen spürbar zu beeinträchtigen
  - Vollharmonisierung durch UGP-RL steht Anwendung des Rechtsbruchtatbestands nicht entgegen, da gem. Art. 3 Abs. 3 UGP-RL Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Gesundheits- und Sicherheitsaspekte von Produkten unberührt bleiben
- Intertemporale Problematik: Unterlassungsantrag ist nur begründet, wenn das beanstandete Verhalten der Beklagten sowohl zum Zeitpunkt seiner Vornahme im Jahr 2017 als auch zum Zeitpunkt der Entscheidung in der Revisionsinstanz rechtswidrig ist
- Verstoß gegen § 9 HWG aF liegt vor
  - Angebot von Diagnosen, Therapieempfehlungen und Krankschreibungen über Videoverbindung ist tatbestandsmäßige Fernbehandlung
  - Vollharmonisierung durch RL 2001/83/EG (Arzneimittelkodex) steht nicht entgegen, da es sich nicht um Arzneimittelwerbung iSd RL handelt
  - Keine einschränkende Auslegung dahin, dass eine berufsrechtlich zulässige Fernbehandlung nicht erfasst
    - Werbeverbot ist nicht davon abhängig, dass die Fernbehandlung berufsrechtlich zulässig ist
    - Vorschrift dient dem Gesundheitsschutz unabhängig von der berufsrechtl. Zulässigkeit der Fernbehandlung (Schutz vor unseriösen Anbietern)
  - Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit (Art. 49, 56 AEUV) stehen nicht entgegen
    - Betroffen ist Werbung eines deutschen Unternehmens für Behandlung durch Schweizer Ärzte

## Urteil vom 9. Dezember 2021 – I ZR 146/20 – Werbung für Fernbehandlung

### Verstoß gegen § 3a UWG iVm § 9 HWG (Forts.)

- Verstoß gegen § 9 HWG nF liegt ebenfalls vor
  - Gesetzgeber wollte mit der Schaffung des Ausnahmetatbestands gemäß § 9 Satz 2 HWG der Weiterentwicklung telemedizinischer Möglichkeiten Rechnung tragen und von der Einhaltung anerkannter fachlicher Standards bereits dann ausgegangen ist, wenn danach eine ordnungsgemäße Behandlung und Beratung unter Einsatz von Kommunikationsmedien grundsätzlich möglich ist
    - Es kommt auf eine abstrakte, generalisierende Bewertung an, da sich Werbung unabhängig von einer konkreten Behandlungssituation an eine Vielzahl nicht näher individualisierter Personen richtet
    - Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber von einem dynamischen Prozess ausgegangen ist, in dem sich mit dem Fortschritt der technischen Möglichkeiten auch der anerkannte fachliche Standard ändern kann
  - Der in § 9 Satz 2 HWG verwendete Begriff der allgemein anerkannten fachlichen Standards ist nicht unter Rückgriff auf das ärztliche Berufsrecht, sondern unter Rückgriff auf den entsprechenden Begriff gemäß § 630a Abs. 2 BGB und die dazu mit Blick auf die vom Arzt zu erfüllenden Pflichten aus einem medizinischen Behandlungsvertrag entwickelten Grundsätze auszulegen

### **§ 630a BGB: Vertragstypische Pflichten beim Behandlungsvertrag**

- (1) Durch den Behandlungsvertrag wird derjenige, welcher die medizinische Behandlung eines Patienten zusagt (Behandelnder), zur Leistung der versprochenen Behandlung, der andere Teil (Patient) zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet, soweit nicht ein Dritter zur Zahlung verpflichtet ist.
- (2) **Die Behandlung hat nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist.**

## Urteil vom 9. Dezember 2021 – I ZR 146/20 – Werbung für Fernbehandlung

### **Verstoß gegen § 3a UWG iVm § 9 HWG (Forts.)**

- Verstoß gegen § 9 HWG nF liegt ebenfalls vor (Forts.)
  - Fachlicher Standard gem. § 630a Abs. 2 BGB
    - Gibt Auskunft darüber, welches Verhalten von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt in der konkreten Behandlungssituation aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs im Zeitpunkt der Behandlung erwartet werden kann
    - Repräsentiert den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat
    - Bei der Bestimmung des anerkannten fachlichen Standards sind die Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften und die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses gemäß §§ 92, 136 SGB V zu berücksichtigen. Weiterhin können sich fachliche Standards auch unabhängig davon bilden.
  - Keine Feststellungen des OLG dazu, dass die beworbene umfassende Fernbehandlung allgemeinen fachlichen Standards entspricht; Revision macht auch nicht geltend, dass entsprechender Vortrag der insoweit darlegungsbelasteten Beklagten übergangen worden sei
  - Daher Aufrechterhaltung der Verurteilung, weil Sache entscheidungsreif (weiterer Sachvortrag der Parteien nicht zu erwarten)

## Urteil vom 9. Dezember 2021 – I ZR 146/20 – Werbung für Fernbehandlung

### Leitsätze:

1. Der für die Zulässigkeit der Werbung für eine ärztliche Fernbehandlung maßgebliche Begriff der "allgemein anerkannten fachlichen Standards" im Sinne von § 9 Satz 2 HWG ist unter Rückgriff auf den entsprechenden Begriff in § 630a Abs. 2 BGB und die dazu mit Blick auf die vom Arzt zu erfüllenden Pflichten aus einem medizinischen Behandlungsvertrag entwickelten Grundsätze auszulegen.
2. Die für einen geltend gemachten Verletzungsunterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr erstreckt sich im Ausgangspunkt auf mit der konkreten Verletzungshandlung identische Verletzungshandlungen. Im Interesse eines wirksamen Rechtsschutzes besteht eine Wiederholungsgefahr darüber hinausgehend für alle im Kern gleichartigen Verletzungshandlungen, in denen das Charakteristische der konkreten Verletzungsform zum Ausdruck kommt. In dem Umfang, in dem der geltend gemachte Unterlassungsanspruch über eine zulässige Verallgemeinerung hinausgeht, fehlt es an der erforderlichen Wiederholungsgefahr. Der Unterlassungsanspruch ist in diesem Umfang unbegründet und der Klageantrag insoweit abzuweisen, sofern auch greifbare Anhaltspunkte für eine Erstbegehungsgefahr fehlen.

**Urteil vom 10. März 2022 – I ZR 70/21 – Prozessvertretung durch Haftpflichtversicherer**

## Urteil vom 10. März 2022 – I ZR 70/21 – Prozessvertretung durch Haftpflichtversicherer

### Sachverhalt:

Der Kläger ist Rechtsanwalt in H. . Die Beklagte ist ein Versicherungsunternehmen.

Der Kläger erwirkte am 6. Dezember 2018 für einen Mandanten, der von einem Hund gebissen worden war, einen Vollstreckungsbescheid gegen eine bei der Beklagten haftpflichtversicherte, in H. wohnhafte Versicherungsnehmerin. Die Beklagte legte mit Schreiben vom 14. Dezember 2018 für ihre Versicherungsnehmerin Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid ein.

Der Kläger sieht darin eine unlautere Handlung unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs gemäß § 3a UWG. Er ist der Ansicht, die Beklagte sei zur Einlegung des Einspruchs prozessrechtlich nicht befugt gewesen, weil Haftpflichtversicherer nicht zu den in § 79 Abs. 2 Satz 2 ZPO enumerativ aufgeführten Personen gehörten, die in einem Parteiprozess vertretungsbefugt seien.

## Urteil vom 10. März 2022 – I ZR 70/21 – Prozessvertretung durch Haftpflichtversicherer

Antrag: (...) es zu unterlassen, in zivilrechtlichen Parteiprozessen ihre Versicherungsnehmer oder mitversicherte Personen zu vertreten, außer wenn sie Streitgenossin des Verfahrens ist und die Vertretung nicht im Zusammenhang mit einer entgeltlichen Tätigkeit steht.

LG: Antragsgemäße Verurteilung

OLG: Auf Berufung der Beklagten Aufhebung und Klageabweisung; Begründung: Strikte Auslegung von § 79 Abs. 2 Satz 2 ZPO verletze Art. 12 Abs. 1 GG

BGH: Auf Revision des Klägers Wiederherstellung der Verurteilung durch LG

# Urteil vom 10. März 2022 – I ZR 70/21 – Prozessvertretung durch Haftpflichtversicherer

## Verstoß gegen § 3a UWG iVm § 79 Abs. 2 Satz 2 ZPO

### § 79 ZPO: Parteiprozess

(1) Soweit eine Vertretung durch Rechtsanwälte nicht geboten ist, können die Parteien den Rechtsstreit selbst führen. Parteien, die eine fremde oder ihnen zum Zweck der Einziehung auf fremde Rechnung abgetretene Geldforderung geltend machen, müssen sich durch einen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen, soweit sie nicht nach Maßgabe des Absatzes 2 zur Vertretung des Gläubigers befugt wären oder eine Forderung einziehen, deren ursprünglicher Gläubiger sie sind.

(2) Die Parteien können sich durch einen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen. Darüber hinaus sind als Bevollmächtigte vertretungsbefugt nur

1. Beschäftigte der Partei oder eines mit ihr verbundenen Unternehmens (§ 15 des Aktiengesetzes); Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts (...) können sich auch durch Beschäftigte anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts (...) vertreten lassen,

**2. volljährige Familienangehörige (§ 15 der Abgabenordnung, § 11 des Lebenspartnerschaftsgesetzes), Personen mit Befähigung zum Richteramt und Streitgenossen, wenn die Vertretung nicht im Zusammenhang mit einer entgeltlichen Tätigkeit steht,**

3. Verbraucherzentralen (...) im Rahmen ihres Aufgabenbereichs,

4. Personen, die Inkassodienstleistungen erbringen (registrierte Personen nach § 10 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 des Rechtsdienstleistungsgesetzes) im Mahnverfahren (...)

(3) Das Gericht weist Bevollmächtigte, die nicht nach Maßgabe des Absatzes 2 vertretungsbefugt sind, durch unanfechtbaren Beschluss zurück. Prozesshandlungen eines nicht vertretungsbefugten Bevollmächtigten und Zustellungen oder Mitteilungen an diesen Bevollmächtigten sind bis zu seiner Zurückweisung wirksam. Das Gericht kann den in Absatz 2 Satz 2 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Bevollmächtigten durch unanfechtbaren Beschluss die weitere Vertretung untersagen, wenn sie nicht in der Lage sind, das Sach- und Streitverhältnis sachgerecht darzustellen.

## Urteil vom 10. März 2022 – I ZR 70/21 – Prozessvertretung durch Haftpflichtversicherer

### Verstoß gegen § 3a UWG iVm § 79 Abs. 2 Satz 2 ZPO (Forts.)

- § 79 Abs. 2 ZPO ist Marktverhaltensregelung iSv § 3a UWG
  - Zweck: Sicherstellung einer sachgerechten Vertretung der Partei im gerichtlichen Verfahren
  - Verstoß ist daher geeignet, die Interessen der Verbraucher und der Mitbewerber spürbar zu beeinträchtigen
- Vollharmonisierung durch UGP-RL steht Anwendung des Rechtsbruchtatbestands nicht entgegen
  - Nach Art. 3 Abs. 8 der UGP-RL bleiben alle spezifischen Regelungen für reglementierte Berufe unberührt, damit die strengen Integritätsstandards gewährleistet bleiben, die die Mitgliedstaaten den in dem Beruf tätigen Personen nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts auferlegen können.
  - Dementsprechend ist die Anwendung des § 3a UWG auf berufsrechtliche Bestimmungen zulässig, die das Marktverhalten in unionsrechtskonformer Weise regeln.
  - Die in § 79 Abs. 2 ZPO geregelte Berechtigung, als Vertreter einer Partei in einem zivilprozessualen Parteiprozess tätig zu werden, normiert - ebenso wie die im Rechtsdienstleistungsgesetz für die außergerichtliche Tätigkeit getroffenen Bestimmungen - den Umfang der Betätigung, die den Rechtsanwälten und damit Angehörigen eines zur Aufrechterhaltung eines strengen Integritätsstandards reglementierten Berufs vorbehalten ist

## Urteil vom 10. März 2022 – I ZR 70/21 – Prozessvertretung durch Haftpflichtversicherer

### **Verstoß gegen § 3a UWG iVm § 79 Abs. 2 Satz 2 ZPO (Forts.)**

- Angegriffenes Verhalten verstößt gegen § 79 Abs. 2 ZPO
  - Einspruchseinlegung gem. § 700 ZPO unterfällt § 79 ZPO, da Teil des im Buch 7 der ZPO geregelten Mahnverfahrens, das in § 79 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 ZPO ausdrücklich erwähnt
  - Beklagte ist nicht als Partei des Rechtsstreits gem. § 79 Abs. 1 Satz 1 ZPO zur Einlegung des Einspruchs berechtigt (formalisierter Parteibegriff)
  - Beklagte ist auch nicht nach dem Wortlaut des § 79 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 ZPO zur Vertretung berechtigt
  - Analoge Anwendung des § 79 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 ZPO kommt nicht in Betracht
    - Keine planwidrige Lücke angesichts eindeutiger Begriffswahl des Gesetzgebers, der eine Auswahlentscheidung getroffen hat
    - Keine vergleichbare Interessenlage mit dem vertretungsberechtigten Streitgenossen
      - Vertretungsberechtigung des Streitgenossen dient der Prozessökonomie; Möglichkeit der Nebenintervention bezieht sich auf Folgeprozess und steht daher nicht gleich
      - Streitgenosse ist nur vertretungsberechtigt, wenn die Vertretung nicht im Zusammenhang mit einer entgeltlichen Tätigkeit steht; hier aber Verpflichtung des Versicherers zur Abwehr von Ansprüchen im Rahmen des entgeltlichen Versicherungsvertrags
  - Art. 12 Abs. 1 GG nicht verletzt, da ausreichende Gründe des Gemeinwohls für die Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit vorliegen (Schutz der rechtssuchenden Bevölkerung und der funktionierenden Rechtspflege)

## Urteil vom 10. März 2022 – I ZR 70/21 – Prozessvertretung durch Haftpflichtversicherer

### **Verstoß gegen § 3a UWG iVm § 79 Abs. 2 Satz 2 ZPO (Forts.)**

- Prüfungs- und Entscheidungskompetenz des Prozessgerichts gem. § 79 Abs. 3 ZPO stehen der Anwendung des Lauterkeitsrechts nicht entgegen
  - § 3a UWG nicht anwendbar, wenn sich aus der gesetzlichen Primärnorm durch Auslegung, insbesondere aus dem Regelungszusammenhang ergibt, dass die dortige Rechtsfolgenregelung abschließend sein soll
    - Anwendungsausschluss des Lauterkeitsrechts kommt nur in Betracht,
      - wenn das verletzte Gesetz das Verhalten gerade im Hinblick auf die Auswirkungen im Wettbewerb abschließend sanktionieren soll und
      - eine parallele Anwendung des UWG das spezifische Sanktionssystem der jeweiligen Vorschrift unterlaufen würde
      - zB: das in sich abgeschlossene Rechtsschutzsystem des GWB schließt eine Verfolgung von Rechtsverstößen nach § 3a UWG aus
  - Auf einen Verstoß gegen die Vertretungsbefugnis aus § 79 Abs. 2 ZPO ist § 3a UWG anwendbar
    - Keine den lauterkeitsrechtlichen Rechtsbruchtatbestand ausschließende Regelung
      - Trifft Regelungen zu den Auswirkungen einer fehlenden Vertretungsbefugnis im konkreten Verfahren, nicht aber zu deren Auswirkungen im Wettbewerb
      - Unterschiedliche Regelungsziele: Schutz der rechtssuchenden Bevölkerung und geordnete Rechtspflege/Schutz vor Auswirkungen auf den Wettbewerb von vertretungsberechtigten Personen

## Urteil vom 10. März 2022 – I ZR 70/21 – Prozessvertretung durch Haftpflichtversicherer

### **Auch Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 1 UWG liegen vor**

- Wiederholungsgefahr ergibt sich aus der Einspruchseinlegung
- Beklagte hat durch die Einlegung eines Rechtsbehelfs in einem Mahnverfahren eine in H. wohnhafte Partei in einem Zivilverfahren vertreten hat und ist damit in Wettbewerb zu dem ebenfalls in H. und Umgebung als Rechtsanwalt tätigen Kläger getreten
- Nicht geltend gemacht und auch nicht ersichtlich, dass Kläger nur in unerheblichem Maße oder nur gelegentlich tätig ist, so dass auch die des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG nF erfüllt sind.

## Urteil vom 10. März 2022 – I ZR 70/21 – Prozessvertretung durch Haftpflichtversicherer

Leitsätze:

1. § 79 Abs. 2 ZPO ist eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG.
2. Ein Haftpflichtversicherer ist im gegen seinen Versicherungsnehmer geführten Prozess nicht gemäß § 79 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 ZPO vertretungsbefugt.

**Urteil vom 14. Juli 2022 – I ZR 97/21 – dortmund.de**

## Urteil vom 14. Juli 2022 – I ZR 97/21 – dortmund.de

### Sachverhalt:

Die Klägerin ist ein Verlag und vertreibt neben Tageszeitungen in Form von Printmedien auch digitale Medien, zum Beispiel das Nachrichtenportal "R. ....". Die beklagte Stadt betreibt die Internetseite "dortmund.de". Auf diesem Stadtportal werden neben amtlichen Mitteilungen auch redaktionelle Inhalte veröffentlicht. Nach der Eigenwerbung soll das Stadtportal "dortmund.de" umfassend und aktuell über das Geschehen in Stadt, Verwaltung und Stadtbezirken informieren, die neuesten Meldungen veröffentlichen und Veranstaltungen bekannt machen. (...)

Die Internetseite "dortmund.de" war im Mai 2017 in die Hauptrubriken "Leben in Dortmund", "Freizeit und Kultur", "Wirtschaft", "Tourismus", "Rathaus & Bürgerservice" und diese wiederum in Unterrubriken gegliedert. Zu diesem Zeitpunkt fand sich dort auch eine (Unter-)Rubrik "Marktplatz", über die Onlinewerbung verschiedener Anbieter abrufbar war, die zur Finanzierung des Portals beitrug. Am 15. Mai 2017 waren auf dem Stadtportal unter anderem die im Hilfsantrag näher bezeichneten Artikel, Interviews und Veranstaltungshinweise veröffentlicht.

Die Klägerin ist der Auffassung, das Stadtportal "dortmund.de" verstoße gegen das Gebot der Staatsferne der Presse und sei deshalb wettbewerbswidrig.

## Urteil vom 14. Juli 2022 – I ZR 97/21 – dortmund.de

Antrag: (...) es zu unterlassen,

1. das Telemedienangebot "dortmund.de" vom 15. Mai 2017 zu verbreiten/verbreiten zu lassen und/oder öffentlich zugänglich zu machen, wenn dies geschieht, wie auf dem USB-Stick Anlage K 1 wiedergegeben.
2. Hilfsanträge bezogen auf einzelne Artikel

In der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht hat die Beklagte folgende Erklärung abgegeben:

Die Beklagte verpflichtet sich gegenüber der Klägerin, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 EUR, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten,

zu unterlassen,

1. in dem Telemedienangebot "dortmund.de" entgeltliche kommerzielle Werbung zu veröffentlichen und/oder veröffentlichen zu lassen,
2. die Berichterstattung über die BVB-Meisterfeier unter dem Titel "Borussia Dortmund", soweit es sich um Sportberichterstattung handelt, zu veröffentlichen und/oder veröffentlichen zu lassen, wie geschehen in dem Telemedienangebot "dortmund.de" aus Mai 2012, abgerufen am 15. Mai 2017.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat die Beklagte diese Erklärung dahin ergänzt, dass auch unentgeltliche kommerzielle Werbung von der Erklärung umfasst sei.

Urteil vom 14. Juli 2022 – I ZR 97/21 – dortmund.de

LG: Klage mit dem Hauptantrag erfolgreich

OLG: Auf Berufung der Beklagten Abweisung der Klage. Begründung: Keine Verletzung des Gebots der Staatsferne der Presse; jedenfalls keine Wiederholungsgefahr, da nochmalige Bereitstellung des Telemedienangebots vom 15. Mai 2017 nicht ernsthaft zu besorgen

BGH: Zurückweisung der Revision der Klägerin

Urteil vom 14. Juli 2022 – I ZR 97/21 – dortmund.de

Zulässigkeit der Klage: Anträge durch Bezugnahme auf USB-Stick hinreichend bestimmt?

## Urteil vom 14. Juli 2022 – I ZR 97/21 – dortmund.de

Begründetheit der Klage: Verstoß gegen § 3a UWG iVm Gebot der Staatsferne der Presse

- Gebot der Staatsferne der Presse ist Marktverhaltensregelung iSv. § 3a UWG
  - Abgeleitet aus der objektiv-rechtlichen Komponente der Pressefreiheit de Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG
  - Betrifft das „Wie“ der staatlichen Betätigung: Staat darf sich nur in engen Grenzen auf dem Gebiet der Presse betätigen
  - Marktverhaltensregelung, da nicht bestimmte Anbieter vom Markt ferngehalten werden, sondern das Marktverhalten des Staats im Interesse der anderen Marktteilnehmer und der Bürger reguliert wird

## Urteil vom 14. Juli 2022 – I ZR 97/21 – dortmund.de

### Begründetheit der Klage (Forts.)

- Gebot der Staatsferne der Presse im Streitfall nicht verletzt
  - Informationstätigkeit von Hoheitsträgern ist nur im Rahmen der ihnen zugewiesenen Aufgaben gestattet
    - Staatliche Öffentlichkeitsarbeit ist notwendig, um den Grundkonsens im demokratischen Gemeinwesen lebendig zu erhalten und die Mitwirkung der Bürger an der demokratischen Willensbildung zu ermöglichen:
    - Darlegung und Erläuterung der Politik hinsichtlich getroffener Maßnahmen und künftiger Vorhaben angesichts bestehender oder sich abzeichnender Probleme
    - sachgerechte, objektiv gehaltene Information über den Bürger unmittelbar betreffende Fragen und wichtige Vorgänge auch außerhalb oder weit im Vorfeld der eigenen gestaltenden politischen Tätigkeit (BGH, GRUR 2019, 189 [juris Rn. 24] - Crailsheimer Stadtblatt II, mwN).

## Urteil vom 14. Juli 2022 – I ZR 97/21 – dortmund.de

### Begründetheit der Klage (Forts.)

- Gebot der Staatsferne der Presse im Streitfall nicht verletzt (Forts.)
  - Hier betroffene Kompetenznorm: kommunale Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG, Art. 78 Abs. 1 Satz 1 und 2 LV NRW); gemeindliche Informationspflicht gem. § 23 GemO NRW
    - Gemeinden haben das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln.
    - Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sind diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindegewohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen
    - Auch: Angelegenheiten im Vorfeld künftiger Aufgabenwahrnehmung

## Urteil vom 14. Juli 2022 – I ZR 97/21 – dortmund.de

### Begründetheit der Klage (Forts.)

- Gebot der Staatsferne der Presse im Streitfall nicht verletzt (Forts.)
  - Nicht erlaubt: jegliche pressemäßige Äußerung, die irgendeinen Bezug zur örtlichen Gemeinschaft aufweist
    - Innere Grenze: Erfordernis eines spezifischen Orts- und Aufgabenbezugs (kein allgemeines politisches Mandat)
    - Äußere Grenze: Institutsgarantie der Presse
      - ausufernde hoheitliche Öffentlichkeitsarbeit birgt Gefahren für die Neutralität der Kommunikationsprozesse; die öffentliche Hand muss sich in Art, Frequenz und Umfang in Zurückhaltung üben, zumal staatlichen Publikationen eine erhöhte Glaubwürdigkeit und damit ein besonderes Beeinflussungspotential zukommt
      - Anwendbar nicht nur auf Druckerzeugnisse, sondern auch Telemedienangebote: alle mittelbaren und subtilen Einflussnahmen des Staats werden erfasst
      - Zwischen der gemeindlichen Kompetenz (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG) und Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ist mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung ein sachgerechter Ausgleich zu finden
      - Auch bei unzureichender Versorgung mit Informationen über das örtliche Geschehen darf der Staat nicht losgelöst von seinem Aufgabenbereich tätig werden

## Urteil vom 14. Juli 2022 – I ZR 97/21 – dortmund.de

### Begründetheit der Klage (Forts.)

- Gebot der Staatsferne der Presse im Streitfall nicht verletzt (Forts.)
  - Berufungsgericht:
    - Nicht feststellbar, dass durch den Betrieb des Stadtportals ein Leserverlust bei der privaten Presse und eine unzulässige Meinungsbildung „von oben nach unten“ drohe
    - Die im Hauptmenü vorrangig eingestellten Rubriken „Leben in Dortmund“ und „Freizeit und Kultur“ gäben nicht allein presseähnliche Inhalte wieder
    - Berichterstattung habe einzeln oder in der Gesamtbetrachtung keine besondere Bedeutung

## Urteil vom 14. Juli 2022 – I ZR 97/21 – dortmund.de

### Begründetheit der Klage (Forts.)

- Gebot der Staatsferne der Presse im Streitfall nicht verletzt (Forts.)
  - BGH: Rechtsfehlerfreie Würdigung des Berufungsgerichts
  - Vorzunehmen ist wertende Gesamtbetrachtung im Einzelfall
  - Je stärker die kommunale Publikation die Grenzen zulässiger Berichterstattung überschreitet und als funktionales Äquivalent einer Zeitung wirkt, desto eher ist ein Leserverlust bei der privaten Presse zu erwarten und ist Institutsgarantie der freien Presse betroffen; einzelne, die Grenzen zulässiger staatlicher Öffentlichkeitsarbeit überschreitende Artikel allein begründen keinen Verstoß gegen das Gebot der Staatsferne der Presse
  - Zu würdigen: optische Gestaltung, redaktionelle Elemente der meinungsbildenden Presse (Glossen, Kommentare oder Interviews), Frequenz des Vertriebs, Anzeigenschaltung (möglicherweise zulässiger fiskalischer Randnutzen), Gratis-Verteilung erhöht Substitutionsgefahr
    - pressemäßiger Darstellungselemente und regelmäßige Erscheinungsweise allein machen Angebot nicht automatisch unzulässig; aber: Grenze wird überschritten, wenn das Druckwerk nicht mehr als staatliche Publikation erkennbar ist
    - Online-Informationsangebote:
      - Unterliegen nach ihren technischen Gegebenheiten nicht den für Druckerzeugnisse bestehenden Kapazitätsbeschränkungen, daher quantitatives Verhältnis zwischen zulässigen und unzulässigen Beiträgen regelmäßig weniger aussagekräftig als bei Printmedien.
      - Bedeutsam, ob gerade die das Gebot der Staatsferne der Presse verletzenden Beiträge besonderes Gewicht haben und das Gesamtangebot prägen (zB Verlinkungen auf diese Beiträge von der Startseite; Verlinkung auf meistgelesene Beiträge)

## Urteil vom 14. Juli 2022 – I ZR 97/21 – dortmund.de

Begründetheit der Klage (Forts.)

- Gebot der Staatsferne der Presse im Streitfall nicht verletzt (Forts.)
  - BGH: Rechtsfehlerfreie Würdigung des Berufungsgerichts (Forts.)
    - Quantität und Qualität der unzulässigen Beiträge berücksichtigt
    - Umfassende Beurteilung des Angebots nur auf Grundlage substantiierten Vortrags der Klägerin zu einzelnen Artikeln und zur Gesamtbetrachtung
    - Keine zu strengen Anforderungen an pressesubstituierenden Gesamtcharakter
    - Verwendung pressemäßiger Darstellungselemente ist nicht per se unzulässig; ebenso internettypische Gestaltungsformen (zB Verlinkungen)
    - Hilfsantrag ebenfalls unbegründet, da einzelne unzulässige Artikel keine Verletzung des Verbots der Staatsferne der Presse begründen können

## Urteil vom 14. Juli 2022 – I ZR 97/21 – dortmund.de

### Leitsätze:

1. Die Bezugnahme im Klageantrag auf ein zu den Akten gereichtes digitales Speichermedium, auf dem ein Telemedienangebot als konkrete Verletzungsform dokumentiert ist, kann zur Konkretisierung eines Unterlassungsantrags gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ausreichen.
2. Die Marktverhaltensregelung des aus der Institutsgarantie der Presse gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG abgeleiteten Gebots der Staatsferne der Presse schützt auch vor Substitutionseffekten kommunaler Online-Informationsangebote, die dazu führen, dass die private Presse ihre besondere Aufgabe im demokratischen Gemeinwesen nicht mehr erfüllen kann.
3. Bei Online-Informationsangeboten, die nach ihren technischen Gegebenheiten nicht den für Druckerzeugnisse bestehenden Kapazitätsbeschränkungen unterliegen, ist das quantitative Verhältnis zwischen zulässigen und unzulässigen Beiträgen für die erforderliche wertende Gesamtbetrachtung der Publikation regelmäßig weniger aussagekräftig als bei Printmedien. Für die Gesamtbetrachtung kann deshalb bedeutsam sein, ob gerade die das Gebot der Staatsferne verletzenden Beiträge das Gesamtangebot prägen (Weiterführung von BGH, Urteil vom 20. Dezember 2018 - I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 - Crailsheimer Stadtblatt II).

**Urteil vom 1. Juli 2021 – I ZR 137/20 - Kaffeebereiter**

## Urteil vom 1. Juli 2021 – I ZR 137/20 - Kaffeebereiter

Sachverhalt:

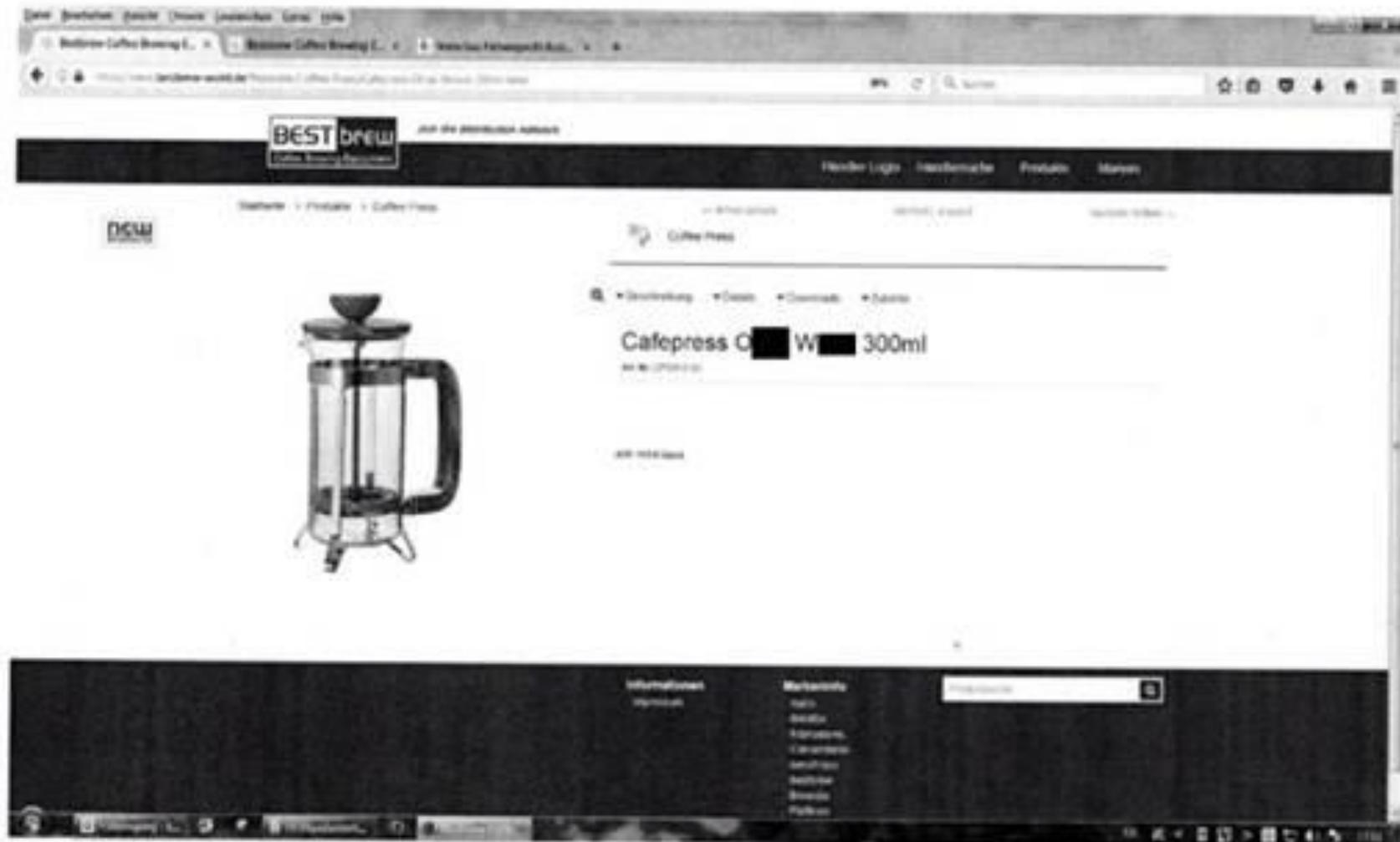
Die in der Schweiz ansässige Klägerin ist Herstellerin des Kaffeebereiters "Ch. ", der in verschiedenen Farben und Versionen angeboten wird. Dieser Kaffeebereiter wird von der Klägerin seit Jahrzehnten vermarktet. In Deutschland werden hiervon jährlich über 20.000 Stück verkauft. In den Jahren 2005 und 2009 vertrieb die Klägerin unter der Zweitmarke "Melior" identisch gestaltete Kaffeebereiter. Die Beklagte zu 1 (im Folgenden "die Beklagte"), deren Geschäftsführer der Beklagte zu 2 (im Folgenden "der Beklagte") ist, bot den in der Anlage zur Klage abgebildeten Kaffeebereiter "O. W. " auf ihrer Internetseite [www.bestbrew-world.de](http://www.bestbrew-world.de) in zwei Größen (300 ml und 600 ml) an. Nachfolgend sind die beiden Kaffeebereiter einander gegenübergestellt:



# Urteil vom 1. Juli 2021 – I ZR 137/20 - Kaffeebereiter

Sachverhalt (Forts.):

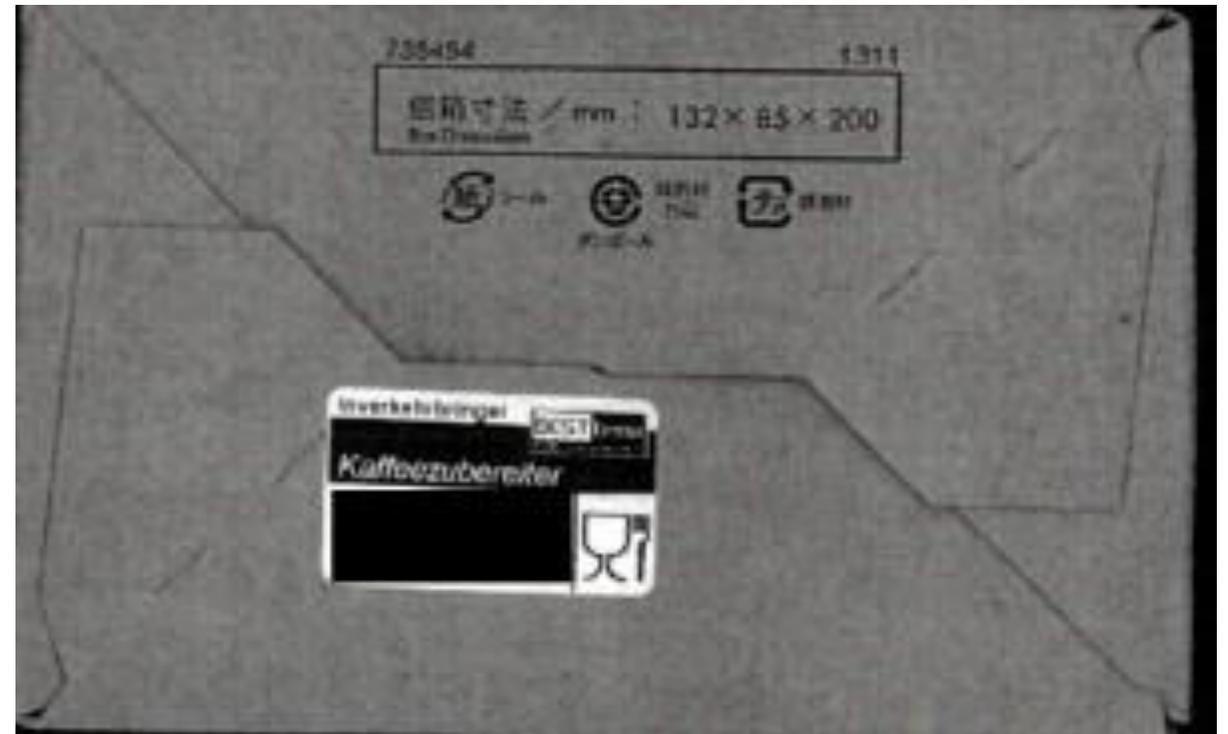
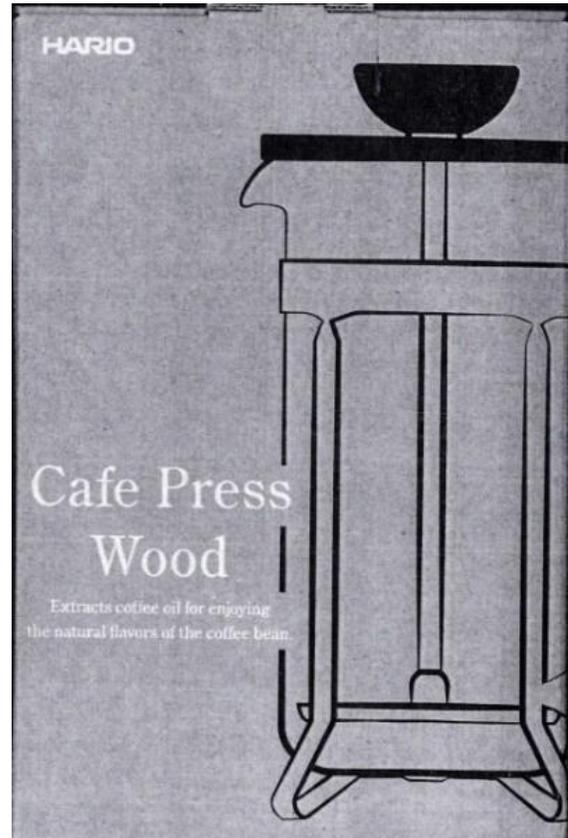
Die Angebotsseiten der Beklagten waren wie folgt gestaltet:



## Urteil vom 1. Juli 2021 – I ZR 137/20 - Kaffeebereiter

Sachverhalt (Forts.):

Der Kaffeebereiter der Beklagten wird in einer Kartonverpackung vertrieben, auf deren Vorderseite außer einer Zeichnung des Kaffeebereiters und der Bezeichnung "Cafe Press Wood" die Angabe "HARIO" zu sehen ist; auf der Unterseite der Kartonverpackung ist ein Aufkleber angebracht, auf dem unter der Überschrift "Inverkehrbringer" die Wörter "BESTbrew", "Kaffeezubereiter" sowie der Name und die Anschrift des Beklagten zu lesen sind:



## Urteil vom 1. Juli 2021 – I ZR 137/20 - Kaffeebereiter

Antrag: (...) es zu unterlassen, Kaffeebereiter gemäß Abbildung in Anlage zur Klage anzubieten, zu bewerben und/oder in den Verkehr zu bringen und/oder anbieten, bewerben und/oder in den Verkehr bringen zu lassen.

LG: Klage erfolgreich

OLG: Berufung der Bekl. zurückgewiesen

BGH: Auf Revision der Bekl. Aufhebung und Zurückverweisung an das OLG

Begründung OLG: Produkt der Kl. habe durchschnittl. wettbewerbl. Eigenart, die nicht durch ihren Vertrieb eines Kaffeebereiters unter dem Marke „Melior“ in Frage gestellt werde; fast identische Nachahmung; vermeidbare Herkunftstäuschung, da Verkehr das Produkt der Bekl. für eine neue Serie oder um eine Zweitmarke des Originalherstellers halte oder lizenz- oder gesellschaftsvertragliche Beziehungen annehme

## Urteil vom 1. Juli 2021 – I ZR 137/20 - Kaffeebereiter

Verstoß gegen § 4 Nr. 3 Buchst. a UWG?

- Voraussetzungen
  - Mitbewerber
  - Nachahmung
  - Wettbewerbliche Eigenart des Originalprodukts
  - Besondere unlauterkeitsbegründende Umstände
    - vermeidbare Täuschung über die betriebliche Herkunft (Buchst. a) oder
    - unangemessene Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung des nachgeahmten Produkts (Buchst. b).
  - Wechselwirkung zwischen Grad der wettbewerblichen Eigenart, Art und Weise und Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblichen Umständen
    - Je größer die wettbewerbliche Eigenart und je höher der Grad der Übernahme sind, desto geringere Anforderungen sind an die besonderen Umstände zu stellen, die die Unlauterkeit der Nachahmung begründen und umgekehrt

## Urteil vom 1. Juli 2021 – I ZR 137/20 - Kaffeebereiter

- Wettbewerbliche Eigenart
  - OLG:
    - durchschnittl. wettbewerbbl. Eigenart des Produkts der Kl.; für schlüssige Darlegung sei Vortrag der Kl. zum Marktumfeld nicht erforderlich;
    - Gesamteindruck des Kaffeebereiters "Ch. " werde nach der maßgeblichen Verkehrsauffassung durch insgesamt vier Gestaltungsmerkmale geprägt, die in Kombination geeignet seien, auf die betriebliche Herkunft und die Besonderheiten des Produkts hinzuweisen. Der zylinderförmige Kaffeebereiter aus Glas weise eine Trägerkonstruktion aus Metall mit vier vertikalen Haltestreben sowie einen horizontalen Haltering auf. Die vertikalen Haltestreben verjüngten sich pfeilartig am Übergang zum horizontalen Haltering und gingen am unteren Ende in nach außen abgeknickte Füße über. Der Haltering sei mit einem bogenförmigen Griff aus Kunststoff und der Haltering und der Griff seien mit einer gut sichtbaren Schraube verbunden. Der Kaffeebereiter weise außerdem einen kuppelartig abgerundeten Deckel mit einem kugelförmigen Knopf auf
    - Vermarktung seit mehr als 50 Jahren; jährlich würden über 20.000 Exemplare verkauft

## Urteil vom 1. Juli 2021 – I ZR 137/20 - Kaffeebereiter

- Wettbewerbliche Eigenart (Forts.)
  - BGH:
    - Beurteilung des Gesamteindrucks rechtsfehlerfrei
    - Beurteilung der Darlegungslast zutreffend:
      - Kl. trägt grds. Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen aller Tatbestandsvoraussetzungen des § 4 Nr. 3 UWG. Soweit es die wettbewerbliche Eigenart des Produkts betrifft, muss er zu dem Produkt und dessen Merkmalen, die seine wettbewerbliche Eigenart begründen, konkret vortragen. Der Kläger muss deshalb das Produkt, für das er Schutz beansprucht, detailliert beschreiben. Hierfür kann er sich Abbildungen bedienen, soweit diese die in Rede stehende Ware und die die wettbewerbliche Eigenart begründenden Merkmale deutlich erkennen lassen. Unklarheiten der Abbildungen gehen zu seinen Lasten. Im Regelfall wird der Kläger gehalten sein, dem Gericht das Produkt vorzulegen. Im Streitfall hat Kl. ein Exemplar des Kaffeebereiters "Ch. " zu den Gerichtsakten gereicht.

## Urteil vom 1. Juli 2021 – I ZR 137/20 - Kaffeebereiter

- Wettbewerbliche Eigenart (Forts.)
  - BGH:
    - Beurteilung der Darlegungslast zutreffend (Forts.)
      - Bekl. trifft Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, die das Entstehen der an sich gegebenen wettbewerblichen Eigenart hindern oder eine an sich bestehende wettbewerbliche Eigenart schwächen oder entfallen lassen.
      - Das Vorliegen vorbekannter Gestaltungen auf dem Markt ist ein Umstand, der das Entstehen einer aufgrund des Gesamteindrucks der Merkmale des Erzeugnisses an sich gegebenen wettbewerblichen Eigenart hindern kann. Es ist daher nicht Sache des Klägers, sondern der Beklagten, zum wettbewerblichen Umfeld des in Rede stehenden Produkts vorzutragen und die Marktbedeutung von Produkten darzulegen, mit denen sie die wettbewerbliche Eigenart des nachgeahmten Produkts in Frage stellen wollen

## Urteil vom 1. Juli 2021 – I ZR 137/20 - Kaffeebereiter

- Wettbewerbliche Eigenart (Forts.)
  - OLG: Vertrieb unter dem Zweitkennzeichen „Melior“ schade nicht; Bekl. hätten Vortrag der Kl. über Vertrieb im unteren dreistelligen Bereich nicht bestritten; jedenfalls insoweit keine Beweislast der Kl., sondern nur eine sekundäre Darlegungslast, der genügt sei; Bekl. hätte darlegen müssen, dass Zweitmarkenvertrieb im nennenswertem Umfang erfolgt sei; soweit Bekl. Vertrieb im Jahr 2005 und 2009 vortrage, reiche dies allein wegen des Zeitablaufs nicht, heute die wettbewerbbl. Eigenart zu verneinen

## Urteil vom 1. Juli 2021 – I ZR 137/20 - Kaffeebereiter

- Wettbewerbliche Eigenart (Forts.)
  - BGH:
    - wettbewerbliche Eigenart kann entfallen, wenn der Verkehr dessen prägende Gestaltungsmerkmale aufgrund der Marktverhältnisse nicht (mehr) einem bestimmten Hersteller oder einem mit diesem durch einen Lizenz- oder Gesellschaftsvertrag verbundenen Unternehmen zuordnet.
    - Dies kann bei Vertrieb unter verschiedenen Herstellermarken der Fall sein
      - Wegen Herkunftshinweisfunktion der Marke nimmt der Verkehr regelmäßig an, dass verschiedene Marken auf eine unterschiedliche betriebliche Herkunft der entsprechend gekennzeichneten Produkte hinweisen
      - Geht der Verkehr aufgrund der verschiedenen Kennzeichen allerdings davon aus, es handele sich bei dem beanstandeten Produkt um eine neue Serie oder eine Zweitmarke des Originalherstellers oder es bestünden zu ihm zumindest lizenz- oder gesellschaftsvertragliche Beziehungen, kann das Angebot eines Produkts unter verschiedenen Herstellermarken für die Annahme einer wettbewerblichen Eigenart auch unschädlich sein.
      - Dies unterliegt der tatrichterlichen Würdigung der relevanten Umstände des Einzelfalls

## Urteil vom 1. Juli 2021 – I ZR 137/20 - Kaffeebereiter

- Wettbewerbliche Eigenart (Forts.)
  - BGH:
    - Bekl. insoweit grds. darlegungs- und beweispflichtig (s.o.)
    - Soweit Bekl. zum Umfang der Fremd- oder Zweitkennzeichnung nicht in vollem Umfang aus eigener Anschauung vortragen kann, trägt Kl. allerdings eine sekundäre Darlegungslast
    - Im Streitfall:
      - Bekl. kann zum Umfang des Zweitmarkenvertriebs nicht aus eigener Anschauung vortragen, daher sekundäre Darlegungslast der Kl.
      - OLG ist zu Unrecht von unstreitigem Vortrag der Kl. zum Zweitmarkenvertrieb ausgegangen (Tatbestand und Urteilsgründe des LG nennen diesen Vortrag als streitig)
      - OLG hat zu geringe Anforderungen an die sekundäre Darlegungslast der Kl. gestellt

## Urteil vom 1. Juli 2021 – I ZR 137/20 - Kaffeebereiter

- Wettbewerbliche Eigenart (Forts.)
  - BGH:
    - Umfang der sekundären Darlegungslast richtet sich nach der Intensität des Sachvortrags der beweisbelasteten Partei. Er findet seine Grenzen in der Zumutbarkeit der den Prozessgegner treffenden Offenbarungspflicht. Ob hiernach Parteivortrag der sekundären Darlegungslast genügt, hat das Tatgericht im Einzelfall zu beurteilen.
    - Die insoweit gebotene tatgerichtliche Würdigung der Umstände des konkreten Einzelfalls kann in der Revisionsinstanz nur beschränkt darauf überprüft werden, ob das Berufungsgericht bei seiner Würdigung einen falschen rechtlichen Maßstab angelegt, gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen hat
    - Angabe des Jahresabsatzes und des prozentualen Anteils des Zweitmarkenvertriebs am Jahresabsatz reicht nicht aus (vgl. BGH, GRUR 2018, 311 Rn. 26 – Handfugenhant)
    - Im Streitfall:
      - Vortrag der Kl. lässt nicht erkennen, wann die Kl. in welchem Umfang unter der Zweitmarke vertrieben hat, und ist deshalb für Bekl. nicht einlassungsfähig
      - Weiterer Vortrag der Kl. auch deshalb erforderlich, weil Bekl. Vertrieb durch großen Filialisten in den Jahren 2005 und 2009 behauptet hat

## Urteil vom 1. Juli 2021 – I ZR 137/20 - Kaffeebereiter

- Wettbewerbliche Eigenart (Forts.)
  - OLG: Vertrieb im Jahr 2005 und 2009 könne wegen Zeitablaufs dahinstehen, weil nicht ersichtlich sei, dass Verkehr auch 15 Jahre später noch an diese Verkaufsaktionen denke
  - BGH: OLG hat zu Unrecht Zeitpunkt seiner Entscheidung zugrunde gelegt
    - bei der Prüfung, ob eine vermeidbare Herkunftstäuschung hervorgerufen wird, ist auf den Zeitpunkt der Markteinführung der Nachahmung abzustellen.
    - Daraus ergibt sich, dass dieser Zeitpunkt auch für die Prüfung der Frage maßgeblich ist, ob die an sich gegebene wettbewerbliche Eigenart durch einen Vertrieb des in Rede stehenden Produkts unter einem Zweitkennzeichen entfallen ist. Die wettbewerbliche Eigenart muss grundsätzlich im Zeitpunkt des Angebots der Nachahmung auf dem Markt noch bestehen
    - Im Streitfall:
      - OLG hat zum Zeitpunkt der Markteinführung des Produkts der Bekl. keine Feststellungen getroffen.
      - Auch nicht festgestellt, zu welchem Zeitpunkt das Internetangebot der Beklagten abrufbar war.
      - Legt man zugrunde, dass Markteintritt vor dem Zeitpunkt der Abmahnung (27. April 2017) gelegen haben muss, hat der Zweitmarkenvertrieb allenfalls acht Jahre zurückgelegen; damit ist Vortrag der Bekl. nicht unerheblich

## Urteil vom 1. Juli 2021 – I ZR 137/20 - Kaffeebereiter

- Vermeidbare Herkunftstäuschung
  - OLG: Anbringung der Marke "BESTbrew" im Online-Shop sei nicht geeignet, einer Herkunftstäuschung entgegenzuwirken. Es sei fraglich, ob es ausreichend sei, die Marke nur im Online-Shop und nicht auf dem Produkt selbst anzubringen. Jedenfalls aber liege die Gefahr einer Herkunftstäuschung im weiteren Sinne nahe.
  - Dies hält der Nachprüfung durch den BGH nicht stand.

## Urteil vom 1. Juli 2021 – I ZR 137/20 - Kaffeebereiter

- Vermeidbare Herkunftstäuschung (Forts.)
  - unmittelbare Herkunftstäuschung
    - Verkehr nimmt an, Nachahmung sei das Originalprodukt
  - Herkunftstäuschung im weiteren Sinne:
    - Verkehr hält die Nachahmung für eine neue Serie oder ein unter einer Zweitmarke vertriebenes Produkt des Originalherstellers oder
    - Verkehr geht von geschäftlichen oder organisatorischen Beziehungen zwischen den beteiligten Unternehmen aus (aufgrund Lizenz- oder Gesellschaftsvertrags)
    - Gericht kann Verkehrsverständnis aufgrund eigener Sachkunde feststellen, wenn dafür keine besonderen Kenntnisse oder Erfahrungen erforderlich
    - Herkunftstäuschung kann durch eine deutlich sichtbare, sich vom Originalprodukt unterscheidende Kennzeichnung der Nachahmung ausgeräumt werden, wenn die angesprochenen Verkehrskreise diese einem bestimmten Unternehmen nicht allein anhand ihrer Gestaltung zuordnen, sondern sich beim Kauf auch an den Herstellerangaben in der Werbung, den Angebotsunterlagen oder an der am Produkt angebrachten Herstellerkennzeichnung orientieren

## Urteil vom 1. Juli 2021 – I ZR 137/20 - Kaffeebereiter

- Vermeidbare Herkunftstäuschung (Forts.)
  - Im Streitfall kann keine unmittelbare Herkunftstäuschung angenommen werden
    - Abzustellen ist auf die Erwerbssituation, im Streitfall (Erwerb über das Internet) auf die Gestaltung des Internetangebots der Bekl.
      - Eine abweichende Herstellerkennzeichnung ist grundsätzlich geeignet, einer unmittelbaren Herkunftstäuschung entgegenzuwirken. Dabei kommt es allein auf die Erkennbarkeit der abweichenden Herstellerkennzeichnung in der Erwerbssituation an.
      - Ist die abweichende Herstellerkennzeichnung in der Erwerbssituation nicht erkennbar, kommt es nicht darauf an, ob sie auf dem Produkt angebracht oder in anderer Weise angegeben ist.
      - Nach den Feststellungen des OLG wird die bei dem Angebot der Bekl. angegebene Bezeichnung "BESTbrew" vom angesprochenen Verkehr als Marke verstanden.
      - Danach ist für die rechtliche Nachprüfung in der Revisionsinstanz mangels abweichender Feststellungen des Berufungsgerichts zugunsten der Beklagten zu unterstellen, dass die angesprochenen Verkehrskreise in dieser Bezeichnung ein abweichendes Herstellerkennzeichen sehen, das der Gefahr einer Herkunftstäuschung in der Erwerbssituation entgegenwirkt.

## Urteil vom 1. Juli 2021 – I ZR 137/20 - Kaffeebereiter

- Vermeidbare Herkunftstäuschung (Forts.)
  - BGH hat bisher offengelassen, ob eine nicht schon im Zeitpunkt der Werbung oder des Kaufs, sondern erst nachfolgend auftretende Herkunftstäuschung Ansprüche aus wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz begründen kann.
  - Diese Frage muss auch im Streitfall nicht entschieden werden:
    - Zeichen „BestBrew“ ist auch auf der Kartonverpackung angegeben; Feststellung der markenmäßigen Wahrnehmung gilt auch hierfür
    - Jedenfalls deutliche weitere Herstellerangabe „HARIO“ auf dem Karton, die einer unmittelbaren Herkunftstäuschung entgegenwirkt

## Urteil vom 1. Juli 2021 – I ZR 137/20 - Kaffeebereiter

- Vermeidbare Herkunftstäuschung (Forts.)
  - Im Streitfall kann auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen auch keine Herkunftstäuschung im weiteren Sinne angenommen werden
    - Annahme lizenzvertraglicher Verbindungen durch den Verkehr
      - bei einer deutlichen Kennzeichnung der Produkte mit einem abweichenden Herstellerkennzeichen müssen für die Hinweise vorliegen, die diese Annahme rechtfertigen.
      - So etwa, wenn Bekl. zuvor Originalprodukte der Kl. vertrieben hat
    - Für die Annahme, der Verkehr gehe von einer neue Serie oder einer Zweitmarke des Originalherstellers aus, müssen entsprechende Feststellungen zum Verständnis dieser Verkehrskreise getroffen werden
      - Im Streitfall dazu keine Feststellungen getroffen

## Urteil vom 1. Juli 2021 – I ZR 137/20 - Kaffeebereiter

Haftung des Bekl. zu 2?

- OLG hat Haftung des Bekl. zu 2 nicht begründet
- BGH: Urteil insoweit „nicht mit Gründen versehen“ iSv. § 547 Nr. 6 ZPO
  - Der absolute Revisionsgrund des § 547 Nr. 6 ZPO liegt vor, wenn Entscheidungsgründe entweder völlig fehlen oder sie unverständlich, verworren oder nichtssagend sind oder Ausführungen enthalten, die wegen ihrer Dürftigkeit und Unvollständigkeit den Urteilsausspruch nicht tragen und deshalb in Wirklichkeit nicht erkennen lassen, welche Überlegungen maßgebend waren; sind die Entscheidungsgründe hingegen lediglich fehlerhaft oder knapp, weil zum Beispiel Parteivorbringen nicht ausreichend gewürdigt wird, so fehlt es nicht im Sinne des § 547 Nr. 6 ZPO an der Begründung.
  - Dem Begründungserfordernis ist bereits dann Genüge getan, wenn die Entscheidungsgründe erkennen lassen, welche tatsächlichen Feststellungen und welche rechtlichen Erwägungen für die getroffene Entscheidung maßgeblich waren. Eine Entscheidung ist erst dann nicht mit Gründen versehen, wenn auf einzelne Ansprüche oder auf einzelne selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel überhaupt nicht eingegangen wird

## Urteil vom 1. Juli 2021 – I ZR 137/20 - Kaffeebereiter

Haftung des Bekl. zu 2? (Forts.)

- Haftung des Bekl. zu 2 kommt in Betracht
  - Als persönliche Haftung in seiner Eigenschaft als Inverkehrbringer
  - Als Geschäftsführerhaftung
  - Es fehlt an jeder Begründung des OLG; auch das in Bezug genommen Urteil des Landgerichts enthält insoweit keine Ausführungen

## Urteil vom 1. Juli 2021 – I ZR 137/20 - Kaffeebereiter

### Leitsätze:

1. Der Kläger, der wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz beansprucht, hat zu seinem Produkt und dessen Merkmalen, die seine wettbewerbliche Eigenart begründen, konkret vorzutragen. Hat er diesen Anforderungen genügt, trifft den Beklagten die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, die das Entstehen der an sich gegebenen wettbewerblichen Eigenart hindern oder eine an sich bestehende wettbewerbliche Eigenart schwächen oder entfallen lassen. Danach ist es Sache des Beklagten, zum wettbewerblichen Umfeld des in Rede stehenden Produkts vorzutragen und die Marktbedeutung von Produkten darzulegen, mit denen er die wettbewerbliche Eigenart des nachgeahmten Produkts in Frage stellen will.

2. Bei der Prüfung, ob durch eine Nachahmung eine vermeidbare Herkunftstäuschung hervorgerufen wird, ist auf den Zeitpunkt der Markteinführung der Nachahmung abzustellen. Daraus ergibt sich, dass dieser Zeitpunkt auch für die Prüfung der Frage maßgeblich ist, ob die an sich gegebene wettbewerbliche Eigenart des klägerischen Produkts durch einen Vertrieb unter einem Zweitkennzeichen entfallen ist. Die wettbewerbliche Eigenart muss grundsätzlich im Zeitpunkt des Angebots der Nachahmung auf dem Markt noch bestehen.

**Urteil vom 22. September 2021 – I ZR 192/20 – Flying V**

## Urteil vom 22. September 2021 – I ZR 192/20 – Flying V

### Sachverhalt:

Die in den USA ansässige Klägerin vertreibt in ihrem Konzern unter der Hauptmarke "Gibson" elektrische Gitarren (E-Gitarren). Kopien dieser Gitarren werden von der Klägerin unter der Zweitmarke "Epiphone" zu günstigeren Preisen angeboten. Sie ist Inhaberin sämtlicher mit dem Geschäft mit E-Gitarren verbundener Nutzungsrechte der 1902 gegründeten Gibson Inc., die unter anderem das bekannte Modell "Les Paul" vertrieb. In den Jahren 1957/1958 entwickelte die Gibson Inc. mehrere Gitarrentypen, die modernistische Erscheinungsformen aufwiesen, die von den bis dahin typischen "bauchigen", an die hergebrachten akustischen Gitarren angelehnten Gestaltungen von E-Gitarren abwichen. Zu diesen neu gestalteten E-Gitarren zählte das Modell "Flying V". Diese Gitarre wies einen V-förmigen Korpus und eine entsprechend gestaltete Kopfplatte auf.

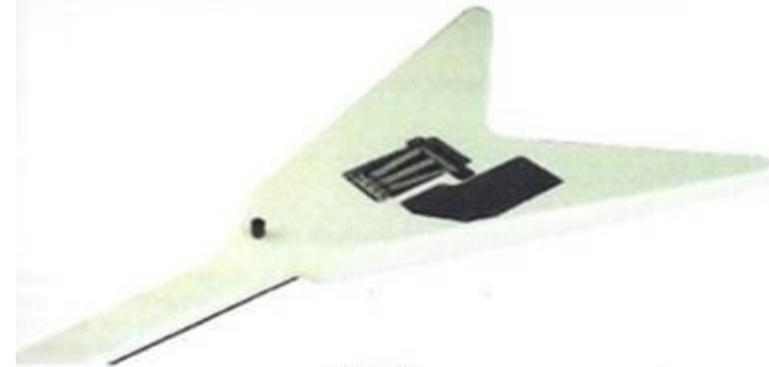
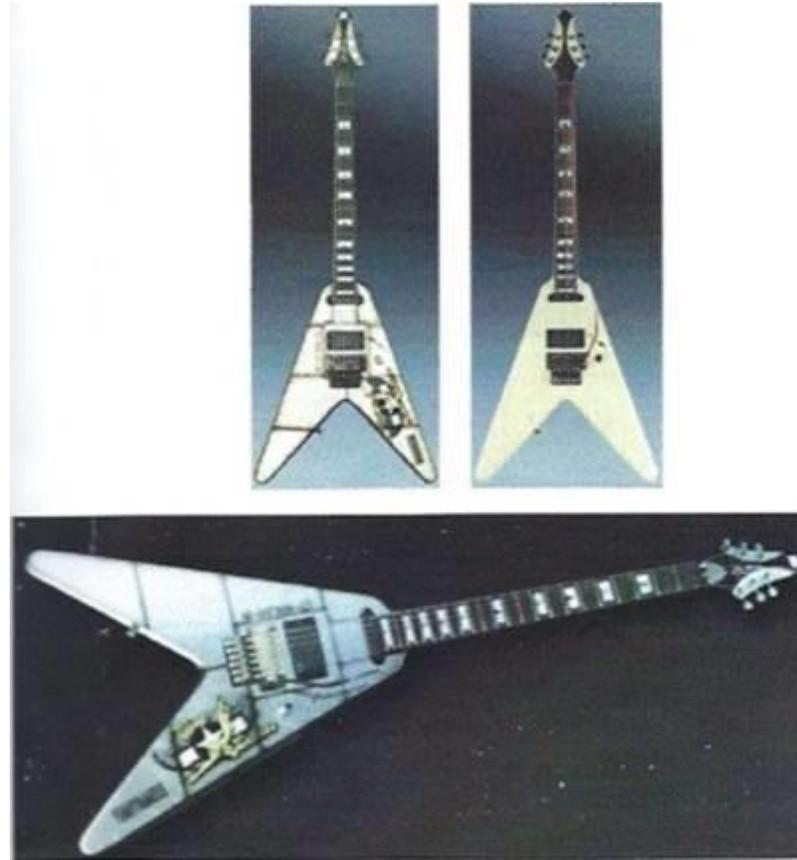
Dieses Modell wurde anfangs kaum nachgefragt und deshalb zunächst vom Markt genommen. Erst in den 1960er Jahren wurde es wieder angeboten. Zu dieser Zeit fingen Blues-Musiker und später bekannte Rockmusiker wie insbesondere Jimmy Hendrix an, die Gitarre bei öffentlichen Auftritten einzusetzen. Dadurch wurde sie bekannt. Die "Flying V" wurde seit den 1960er Jahren von der Gibson Inc. und wird nunmehr von der Klägerin im Preissegment ab 1.500 € bis 3.500 € vertrieben. Außerdem wird sie von der Klägerin unter der Zweitmarke "Epiphone" zu Preisen unterhalb von 1.000 € verkauft. Die Gitarre wird aktuell auch von bekannten Musikern wie Lenny Kravitz und den Schenker-Brüdern der deutschen Band "Scorpions" - teilweise exklusiv - benutzt.



## Urteil vom 22. September 2021 – I ZR 192/20 – Flying V

Sachverhalt (Forts.):

Die in Deutschland ansässige Beklagte stellt ebenfalls E-Gitarren her. In den 1990er Jahren übernahm sie den deutschen Gitarrenhersteller FRAMUS. Im Mai 2014 bot die Beklagte unter der Marke FRAMUS und der Bezeichnung "Flying V" verschiedene E-Gitarren für Preise ab 2.500 € an. Die Gitarren waren wie aus diesen Abbildungen ersichtlich gestaltet.



## Urteil vom 22. September 2021 – I ZR 192/20 – Flying V

Antrag: (...) es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland Gitarren anzubieten, die gemäß folgenden Abbildungen gestaltet sind [siehe vorstehende Abbildungen]

Ferner Auskunftserteilung und Abmahnkostenerstattung

LG: Antragsgemäße Verurteilung

OLG: Auf Berufung der Beklagten Abweisung der Klage; Begründung: Keine vermeidbare Herkunftstäuschung gemäß § 4 Nr. 3 Buchst. a UWG, keine unangemessene Rufausbeutung oder unangemessene Ausnutzung der Wertschätzung gemäß § 4 Nr. 3 Buchst. b UWG, keine unlautere Behinderung gem. § 4 Nr. 4 UWG.

BGH: Zurückweisung der Revision der Klägerin

### **§ 4 UWG Mitbewerberschutz**

Unlauter handelt, wer (...)

3. Waren oder Dienstleistungen anbietet, die eine Nachahmung der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers sind, wenn er

a) eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft herbeiführt,

b) die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausnutzt oder beeinträchtigt oder

c) die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen unredlich erlangt hat;

4. Mitbewerber gezielt behindert.

## Urteil vom 22. September 2021 – I ZR 192/20 – Flying V

### **Verstoß gegen § 4 Nr. 9 UWG aF/§ 4 Nr. 3 UWG nF**

- Voraussetzungen
  - Mitbewerber
  - Nachahmung
  - Wettbewerbliche Eigenart des Originalprodukts
  - Besondere unlauterkeitsbegründende Umstände
    - vermeidbare Täuschung über die betriebliche Herkunft (Buchst. a) oder
    - unangemessene Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung des nachgeahmten Produkts (Buchst. b).
  - Wechselwirkung zwischen Grad der wettbewerblichen Eigenart, Art und Weise und Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblichen Umständen
    - Je größer die wettbewerbliche Eigenart und je höher der Grad der Übernahme sind, desto geringere Anforderungen sind an die besonderen Umstände zu stellen, die die Unlauterkeit der Nachahmung begründen und umgekehrt

## Urteil vom 22. September 2021 – I ZR 192/20 – Flying V

### Verstoß gegen § 4 Nr. 9 UWG aF/§ 4 Nr. 3 UWG nF (Forts.)

- Verkehrsanschauung
  - Abzustellen ist auf Anschauung derjenigen Verkehrskreise, denen das als Nachahmung beanstandete Produkt zum Erwerb angeboten wird, weil diese durch die die wettbewerbliche Eigenart ausmachenden Merkmale des Produkts oder der Dienstleistung in ihrer wirtschaftlichen EntschlieÙung angesprochen werden
    - Nicht maßgeblich: Vorstellung der Verkehrskreise, die mit dem angebotenen Produkt zwar in Berührung kommen, aber nicht durch das in Rede stehende Angebot in ihrer Erwerbsentscheidung berührt sind
    - Annahme gespaltener Verkehrskreise kommt nur in Betracht, wenn sie sich - wie etwa der allgemeine Verkehr und Fachkreise oder unterschiedliche Sprachkreise - objektiv voneinander abgrenzen lassen
    - Tatgericht kann die Verkehrsauffassung auch dann aufgrund eigener Sachkunde beurteilen, wenn seine Mitglieder nicht zum durch das beanstandete Angebot angesprochenen Verkehrskreis gehören, wenn dafür keine besonderen Kenntnisse und Erfahrungen erforderlich sind.
      - Insbesondere können Gerichte, die ständig mit Wettbewerbs- und Markensachen befasst sind, aufgrund ihrer besonderen Erfahrung die erforderliche Sachkunde erworben haben, um eigenständig beurteilen zu können, wie Fachkreise oder Verkehrskreise, denen sie nicht angehören, eine bestimmte Aussage verstehen
  - Im Streitfall hat OLG rechtsfehlerfrei auf die Nutzergruppe der Hobby- und Profigitarristen der Musikgattung Rock und Heavy Metal abgestellt, die sich für E-Gitarren in einem hochpreisigen Bereich interessieren

## Urteil vom 22. September 2021 – I ZR 192/20 – Flying V

### Verstoß gegen § 4 Nr. 9 UWG aF/§ 4 Nr. 3 UWG nF (Forts.)

- Wettbewerbliche Eigenart
  - konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale des Erzeugnisses sind nach der Verkehrsanschauung geeignet, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen.
    - Fehlt, wenn der Verkehr die prägenden Gestaltungsmerkmale des Erzeugnisses nicht (mehr) einem bestimmten Hersteller oder einer bestimmten Ware zuordnet.
    - zB weil ein ursprünglich wettbewerblich eigenartiges Produkt nicht mehr oder nur noch in einer abweichenden Erscheinungsform oder mit abweichenden besonderen Merkmalen vertrieben wird und deshalb die zunächst herkunftshinweisenden Merkmale nicht mehr aufweist
    - Namentliche Kenntnis des Herstellers ist nicht erforderlich; erforderlich ist aber, dass der Verkehr annimmt, die Ware stamme von einem bestimmten Hersteller, wie auch immer dieser heißen möge, oder sei von einem mit diesem verbundenen Unternehmen in Verkehr gebracht worden

## Urteil vom 22. September 2021 – I ZR 192/20 – Flying V

### Verstoß gegen § 4 Nr. 9 UWG aF/§ 4 Nr. 3 UWG nF (Forts.)

- Wettbewerbliche Eigenart (Forts.)
  - Die eine wettbewerbliche Eigenart begründenden Merkmale müssen vom Kläger konkret vorgetragen und vom Tatgericht festgestellt werden.
    - Sie bestimmen nicht nur den wettbewerbsrechtlichen Schutzgegenstand und seinen Schutzzumfang, sondern sind auch für die Feststellung einer Verletzungshandlung maßgeblich.
    - Gerade die übernommenen Gestaltungsmittel müssen diejenigen sein, die die wettbewerbliche Eigenart des nachgeahmten Produkts begründen.
  - Die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen und ihre Würdigung liegen auf tatgerichtlichem Gebiet.
    - in der Revisionsinstanz jedoch daraufhin zu überprüfen, ob die Beurteilung des Berufungsgerichts von seinen getroffenen Feststellungen getragen wird.
      - Berufungsurteil muss deshalb nachvollziehbar darlegen
        - den für die Feststellung der Schutzfähigkeit entscheidenden Gesamteindruck einer Gestaltung,
        - die den Gesamteindruck tragenden einzelnen Elemente sowie
        - die die Besonderheit des nachgeahmten Produkts ausmachenden Elemente

## Urteil vom 22. September 2021 – I ZR 192/20 – Flying V

### Verstoß gegen § 4 Nr. 9 UWG aF/§ 4 Nr. 3 UWG nF (Forts.)

#### - Wettbewerbliche Eigenart (Forts.)

- OLG: wettbewerbliche Eigenart ergebe sich aus der prägnanten Gestaltung des Korpus im Zusammenspiel mit der Kopfplatte und einem auf diese Weise hervorgerufenen Gesamteindruck, durch den sich die "Flying V" von anderen auf dem Markt befindlichen E-Gitarren abhebe.

- Korpus als symmetrisches V mit gleich langen, unten abgerundeten Schenkeln gestaltet.
- Übergang in den Gitarrenhals sei nicht fließend, sondern erfolge mittels zweier beidseitig vorhandener Einbuchtungen.
- Kopfplatte stelle sich als symmetrisches Dreieck als Fortsetzung des Korpus dar. Dieser Effekt werde durch die abgerundete Gestaltung des Dreiecks als Spiegel der abgerundeten Schenkel verstärkt.
- Das dadurch bedingte Zusammenwirken von Korpus und pfeilförmiger Kopfplatte gebe der Gitarre ein leicht "waffenartiges Gepräge" (Pfeil und Bogen), wirke dabei aber, auch aufgrund der Rundung von Schenkel und Kopfplatte, recht elegant.
- Die geometrische Dreiecksform finde ihren Widerhall in den als Dreieck angeordneten Tonreglern, deren Gestaltung **technisch nicht zwingend** und damit im Rahmen der Bewertung der wettbewerblichen Eigenart zu berücksichtigen sei.
- Das Design sei bei Markteinführung Ende der 1950er Jahre geradezu revolutionär gewesen. Gibson habe sich mit den "Modernist"-Gitarren, zu denen die "Flying V" gehöre, ganz erheblich von der traditionellen, "bauchigen" Korpusform elektrischer Gitarren entfernt, die sich an die hergebrachten akustischen Gitarren angelehnt hätten.



## Urteil vom 22. September 2021 – I ZR 192/20 – Flying V

### Verstoß gegen § 4 Nr. 9 UWG aF/§ 4 Nr. 3 UWG nF (Forts.)

#### - Wettbewerbliche Eigenart (Forts.)

##### ▪ BGH: rechtsfehlerfreie Beurteilung

##### ▪ Geometrische Dreiecksform von Korpus und Kopfplatte und Anordnung der Tonregler berücksichtigungsfähig?

- Technisch notwendige Merkmale können aus Rechtsgründen keine wettbewerbliche Eigenart begründen.
- Technisch notwendig ist eine Gestaltung, wenn der erstrebte technische Erfolg nur durch das übernommene Gestaltungselement und nicht auf andere Weise erreicht werden kann.
- Die Übernahme solcher - nicht oder nicht mehr unter Sonderrechtsschutz stehender - Gestaltungsmerkmale ist mit Rücksicht auf den Grundsatz des freien Stands der Technik wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden.
- Merkmale, die nicht technisch notwendig, sondern nur technisch bedingt, aber ohne Qualitätseinbußen frei austauschbar sind, können eine wettbewerbliche Eigenart (mit)begründen, sofern der Verkehr wegen dieser Merkmale auf die Herkunft der Erzeugnisse aus einem bestimmten Unternehmen Wert legt oder mit ihnen gewisse Qualitätserwartungen verbindet.
- Eine Kombination einzelner technischer Gestaltungsmerkmale kann ebenso wie eine Kombination technischer und ästhetischer Merkmale der Formgestaltung wettbewerbliche Eigenart begründen, selbst wenn die einzelnen Merkmale für sich genommen nicht geeignet sind, im Verkehr auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen hinzuweisen
- OLG hat Anordnung der Tonregler zu Recht als nicht technisch notwendig angesehen



## Urteil vom 22. September 2021 – I ZR 192/20 – Flying V

### Verstoß gegen § 4 Nr. 9 UWG aF/§ 4 Nr. 3 UWG nF (Forts.)

- Grad der wettbewerblichen Eigenart
  - OLG: im Mai 2014 nicht mehr gesteigert, aber noch durchschnittlich. Es handele sich mittlerweile nicht mehr um eine neue Gestaltung mit Pioniercharakter, sondern um ein seit Jahrzehnten auf dem Gitarrenmarkt vertretenes Modell, dessen ursprünglich herausragendes Charakteristikum, der V-förmige Korpus, von verschiedenen anderen auch bekannten Herstellern übernommen und für eigenständige Gestaltungen umgesetzt worden sei. Zwar habe die "Flying V" der Klägerin ihren Status als "das Original" dadurch nicht verloren. Daraus folge aber nicht "umgekehrt", dass es sich hierbei immer noch um ein besonders bekanntes Produkt handele
  - BGH: rechtsfehlerfreie Beurteilung
    - Grad der wettbewerblichen Eigenart eines Produkts kann durch seine tatsächliche Bekanntheit bei den angesprochenen Verkehrskreisen verstärkt werden (langjährige Marktpräsenz, umfangreiche Bewerbung, Prämierungen, Absatzzahlen, Marktanteil, aktive Verteidigung gegen Nachahmungen)
    - OLG hat diese Umstände, soweit geltend gemacht, berücksichtigt

## Urteil vom 22. September 2021 – I ZR 192/20 – Flying V

### Verstoß gegen § 4 Nr. 9 UWG aF/§ 4 Nr. 3 UWG nF (Forts.)

#### - Nachahmung

- Setzt voraus, dass das Produkt oder ein Teil davon mit dem Originalprodukt übereinstimmt oder ihm zumindest so ähnlich ist, dass es sich nach dem jeweiligen Gesamteindruck in ihm wiedererkennen lässt.
- Die übernommenen Gestaltungsmittel müssen diejenigen sein, die die wettbewerbliche Eigenart des nachgeahmten Produkts begründen.
- Aufgrund der Merkmale, die die wettbewerbliche Eigenart ausmachen, muss der Grad der Nachahmung festgestellt werden. Bei einer (nahezu) unmittelbaren Übernahme sind geringere Anforderungen an die Unlauterkeitskriterien zu stellen als bei einer lediglich nachschaffenden Übernahme.
  - Eine nahezu identische Nachahmung liegt vor, wenn nach dem Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Erzeugnisse die Nachahmung nur geringfügige Abweichungen vom Original aufweist.
  - Eine nachschaffende Übernahme ist demgegenüber gegeben, wenn die fremde Leistung lediglich als Vorbild genutzt wird und eine bloße Annäherung an das Originalprodukt festzustellen ist

## Urteil vom 22. September 2021 – I ZR 192/20 – Flying V

### Verstoß gegen § 4 Nr. 9 UWG aF/§ 4 Nr. 3 UWG nF (Forts.)

- Nachahmung (Forts.)
  - OLG: nachschaffende Übernahme, da Modell der Klägerin zwar als Original und Vorbild erkennbar, aber die Gitarre der Beklagten bei der Korpus- und Kopfplattenform im maßgeblichen Gesamteindruck nicht lediglich unerhebliche Abweichungen aufweise.
    - Kopfplatte sei zwar pfeilförmig gestaltet, ihre Seiten wirkten aber in ihrer optischen Gestaltung nach innen gewölbt, so dass sich die Kopfplatte nicht so sehr als Fortsetzung des Korpus darstelle.
    - Gitarre der Beklagten verfüge nur über einen einzigen Tonregler, während die Gitarre der Klägerin das markante "Reglerdreieck" aufweise.
    - Gitarre der Beklagten weise eine andere Gestaltung der Tonabnehmer auf, die dem oberen Teil des Korpus eine andere Optik verleihe
    - abweichende Gestaltungselemente seien nicht technisch zwingende, sondern lediglich technisch bedingte, ohne Qualitätseinbußen frei wählbare und daher austauschbare Merkmale
  - BGH: rechtsfehlerfreie Beurteilung
    - Bei der Beurteilung des Gesamteindrucks kommt es weniger auf die Unterschiede und mehr auf die Übereinstimmungen der Produkte an, weil der Verkehr diese erfahrungsgemäß nicht gleichzeitig wahrnimmt und miteinander vergleicht, sondern seine Auffassung aufgrund eines Erinnerungseindrucks gewinnt, in dem die übereinstimmenden Merkmale stärker hervortreten als die unterscheidenden
    - OLG hat dies berücksichtigt

## Urteil vom 22. September 2021 – I ZR 192/20 – Flying V

### Verstoß gegen § 4 Nr. 9 UWG aF/§ 4 Nr. 3 UWG nF (Forts.)

- Vermeidbare Herkunftstäuschung
  - Unmittelbare Herkunftstäuschung: angesprochenen Verkehrskreise nehmen an, bei der Nachahmung handele es sich um das Originalprodukt.
  - Mittelbare Herkunftstäuschung (Herkunftstäuschung im weiteren Sinne):
    - Verkehr hält die Nachahmung für eine neue Serie oder ein unter einer Zweitmarke vertriebenes Produkt des Originalherstellers oder
    - Verkehr geht von geschäftlichen oder organisatorischen - wie lizenz- oder gesellschaftsvertraglichen - Beziehungen zwischen den beteiligten Unternehmen aus
      - Hierfür bedarf es konkreter Hinweise (zB Vertrieb der Originalprodukte durch späteren Nachahmer oder früheres Bestehen eines Lizenzvertrags)
  - OLG: keine vermeidbare Herkunftstäuschung
    - Keine unmittelbare Herkunftstäuschung, da Verkehr im Segment der hier betroffenen hochpreisigen Gitarren recht fundierte Marktkenntnisse habe, nicht "auf Sicht" kaufe, sondern sich für den Hersteller interessiere
    - Keine mittelbare Herkunftstäuschung, da Verkehr nicht von einer Zweitmarke der Klägerin ausgehe und keine Anhaltspunkte für lizenzrechtl. Verbindungen bestünden
  - BGH: rechtsfehlerfreie Beurteilung

## Urteil vom 22. September 2021 – I ZR 192/20 – Flying V

### Verstoß gegen § 4 Nr. 9 UWG aF/§ 4 Nr. 3 UWG nF (Forts.)

- Unangemessene Ausnutzung der Wertschätzung
  - Unlautere Anlehnung an die fremde Leistung durch erkennbare Bezugnahme auf den Mitbewerber oder seine Produkte
    - Erforderlich ist eine Gesamtwürdigung, bei der alle relevanten Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Grad der Anlehnung sowie die Stärke des Rufs des nachgeahmten Produkts, zu berücksichtigen sind.
    - Schon die Annäherung an die verkehrsbekanntesten Merkmale eines fremden Produkts als solche kann grds. zu einer für die Annahme einer Rufausbeutung erforderlichen Übertragung der Gütevorstellung führen.
    - Bei einer identischen Nachahmung gilt ein strenger Maßstab
    - Allerdings nicht ausreichend, wenn lediglich Assoziationen an ein fremdes Produkt und damit Aufmerksamkeit erweckt werden.
  - OLG: kein unangemessener Imagetransfer
    - Gitarre der Beklagten sei kein technisch minderwertiges Produkt, auf das der Verkehr Qualitätsvorstellungen des Originals übertrage
    - Nicht ersichtlich, dass die Beklagte mit ihrem Produkt in einen von der Klägerin geschaffenen Markt eindringe oder ohne nennenswerte eigene Investitionen eine von der Klägerin mit hohen Investitionen geschaffene Leistung übernommen habe
    - Nicht ersichtlich, dass Beklagte ohne eigene Leistung an erheblichen Werbeaufwendungen der Klägerin partizipieren wolle

## Urteil vom 22. September 2021 – I ZR 192/20 – Flying V

### Verstoß gegen § 4 Nr. 9 UWG aF/§ 4 Nr. 3 UWG nF (Forts.)

- Unangemessene Ausnutzung der Wertschätzung (Forts.)
  - BGH: rechtsfehlerfreie Beurteilung
    - Verwechslung der Nachahmung mit dem Original durch Dritte ("post sale confusion") maßgeblich, bei der ein Erwerber mit dem "Schein-Original auftritt und bei Dritten Eindruck schindet?
      - BGH hat für das Warenssegment der Luxusuhren eine gemäß § 1 UWG 1909 sittenwidrige Handlung angenommen, wenn durch ein in den äußeren kennzeichnenden Merkmalen nahezu identisch nachgeahmtes Luxusprodukt zwar nicht der Käufer, wohl aber Dritte, die beim Käufer die Nachahmung sähen, zur irrigen Vorstellung über die Echtheit verleitet würden. Die sich daraus ergebende Möglichkeit, mit der billigen Nachahmung die Wirkung einer typischen Luxusware erreichen zu können, appelliere an das Prestigedenken der Käufer und locke mit dem vom Hersteller des Originalprodukts durch seine Gestaltungsform geschaffenen Image zum Kauf an. Indem der Nachahmer sich dies zunutze mache, hänge er sich in einer den guten Sitten im Wettbewerb widersprechenden Weise an den Prestigewert und den guten Ruf des klägerischen Modells an, um den Verkauf der eigenen billigen Nachahmung zu fördern (BGH, GRUR 1985, 876, 878 - Tchibo/Rolux).
      - BGH lässt offen, ob diese Fallgruppe weiterhin Gültigkeit hat, da ihre Voraussetzungen nicht vorliegen
        - Keine identische Nachahmung
        - Gut informierter Kundenkreis, der nicht fehlgeleitet werde
        - Keine Übertragung von Prestige eines Luxusprodukts auf eine billige Nachahmung, da Gitarren der Parteien im gleichen Preissegment betroffen

## Urteil vom 22. September 2021 – I ZR 192/20 – Flying V

### Verstoß gegen § 4 Nr. 9 UWG aF/§ 4 Nr. 3 UWG nF (Forts.)

- Unangemessene Ausnutzung der Wertschätzung (Forts.)
  - BGH: rechtsfehlerfreie Beurteilung
    - Verwässerung der Wertschätzung nach den Grundsätzen der Entscheidung "Les-Paul-Gitarren"?
      - BGH hat im Hinblick auf das ebenfalls von der Klägerin vertriebene E-Gitarrenmodell "Les Paul" 1998 entschieden, dass grundsätzlich eine gemäß § 1 UWG 1909 unlautere Anlehnung an den guten Ruf eines Originalherstellers vorliegt, wenn die Originalgitarre berühmt und auch Jahrzehnte nach Markteinführung gleichsam ein objektiver Maßstab für das Angebot anderer Hersteller ist, sie von der Beklagten nicht in der Technik und dem Klang, sondern in ihrer äußeren Gestaltung nahezu vollständig nachgeahmt wird, die nachgeahmte E-Gitarre eine geringere Qualität als das Original aufweist, sie zu einem drei- bis viermal niedrigeren Preis vertrieben wird und außerdem gleich oder fast gleich aussehende Kopien in solcher Zahl auf den Markt gekommen sind, dass ein Wettwerber deshalb - auch unter Berücksichtigung der sonstigen Umstände - davon ausgehen konnte, dass auch solche Nachahmungen vom Hersteller der Originalgitarre allgemein hingenommen werden. In einem solchen Fall wird der Originalhersteller nach der Lebenserfahrung regelmäßig in seinem Bemühen erheblich behindert, den Ruf der Ware aufrechtzuerhalten (BGH, BGHZ 138, 143 [juris Rn. 36] - Les-Paul-Gitarren).
      - Auch die Voraussetzungen dieser Fallgruppe liegen, wie das OLG zu Recht entschieden hat, nicht vor

## Urteil vom 22. September 2021 – I ZR 192/20 – Flying V

### Verstoß gegen § 4 Nr. 10 UWG aF/§ 4 Nr. 4 UWG nF

- Gezielte Behinderung
  - Voraussetzungen
    - Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten der Mitbewerber, die über die mit jedem Wettbewerb verbundene Beeinträchtigung hinausgeht und
    - bestimmte Unlauterkeitsmerkmale aufweist.
      - Verfolgung des Zwecks, Mitbewerber an ihrer Entfaltung zu hindern und sie dadurch zu verdrängen, oder
      - wenn die Behinderung dazu führt, dass die beeinträchtigten Mitbewerber ihre Leistung am Markt durch eigene Anstrengung nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen können.
    - Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, lässt sich nur aufgrund einer Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Interessen der Mitbewerber, Verbraucher und sonstiger Marktteilnehmer sowie der Allgemeinheit beurteilen
  - OLG: keine Anhaltspunkte für eine systematische Nachahmung einer Vielzahl von Produkten der Klägerin; weder massenhafter noch billiger Vertrieb von Nachahmungen; Gitarren der Beklagten vielmehr ebenso teuer und hochwertig wie die Gitarren der Klägerin
  - BGH: rechtsfehlerfreie Beurteilung

## Urteil vom 22. September 2021 – I ZR 192/20 – Flying V

### Leitsätze:

1. Die Rechtsprechung, nach der eine unlautere Nachahmung unter dem Gesichtspunkt der Rufausbeutung vorliegen kann, wenn durch ein in den äußeren kennzeichnenden Merkmalen nahezu identisch nachgeahmtes Luxusprodukt zwar nicht der Käufer, wohl aber Dritte, die beim Käufer die Nachahmung sähen, zur irrigen Vorstellung über die Echtheit verleitet würden (BGH, Urteil vom 8. November 1984 - I ZR 128/82, GRUR 1985, 876, 878 [juris Rn. 17 f.] - Tchibo/Rolux), ist nicht anwendbar, wenn das "Original" und die Nachahmung qualitativ ebenbürtig sind und sich im gleichen hochpreisigen Marktsegment bewegen.
2. Sind das "Original" und die - nicht nahezu identische - Nachahmung einer E-Gitarre qualitativ gleichwertig und werden sie im gleichen hochpreisigen Marktsegment angeboten, kommt eine unlautere Nachahmung gemäß § 4 Nr. 3 UWG oder eine Mitbewerberbehinderung gemäß § 4 Nr. 4 UWG auch dann nicht in Betracht, wenn das Originalprodukt berühmt und auch Jahrzehnte nach der Markteinführung noch gleichsam ein objektiver Maßstab für das Angebot anderer Hersteller ist (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 5. März 1998 - I ZR 13/96, BGHZ 138, 143 [juris Rn. 36] - Les-Paul-Gitarren).

**Urteil vom 20. Oktober 2021 – I ZR 17/21 – Identitätsdiebstahl II**

## Urteil vom 20. Oktober 2021 – I ZR 17/21 – Identitätsdiebstahl II

### Sachverhalt:

Die Klägerin ist ein in die Liste qualifizierter Einrichtungen im Sinne von § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG eingetragener Verbraucherschutzverband. Die Beklagte ist ein Inkassounternehmen. Sie verschickte im Juni 2018 im Auftrag der T. G. GmbH & Co. KG (T. ) die als Anlage K3 vorgelegte Zahlungsaufforderung über einen Betrag von 635,07 € an die Zeugin Z. . Als Grund der Forderung ist dort angegeben: "Mobilfunkvertrag vom 01.11.2017 (Telnr. ...)".

Der zugrundeliegende Vertrag wurde unter Verwendung des Namens und einer früheren Anschrift der Zeugin Z. mit der T. geschlossen. Ein Vertragsschluss zwischen der Zeugin Z. selbst und der T. erfolgte nicht. Nachdem zwei von der Beklagten an die frühere Anschrift der Zeugin versandte Zahlungsaufforderungen als unzustellbar zurückgekommen waren, ermittelte die Beklagte die neue Anschrift der Zeugin und versandte an diese die streitgegenständliche Zahlungsaufforderung. Die Zeugin reagierte hierauf nicht. Gegen einen anschließend an sie ergangenen Mahnbescheid legte sie Widerspruch ein. Auf eine entsprechende Beschwerde der Zeugin bei der Klägerin mahnte diese die Beklagte erfolglos ab.

## Urteil vom 20. Oktober 2021 – I ZR 17/21 – Identitätsdiebstahl II

Antrag: (...) es zu unterlassen, gegenüber einem Verbraucher in einem Forderungsschreiben zugunsten eines Auftraggebers der Beklagten zu behaupten, der Verbraucher sei aufgrund des Abschlusses eines Mobilfunkvertrags unter Zuweisung einer bestimmten Mobilfunknummer zur Zahlung einer Vergütung ("Hauptforderung" nebst "Inkassovergütung") verpflichtet, wenn in Wahrheit das im Inkassoschreiben genannte Mobilfunkverhältnis zwischen dem Auftraggeber der Beklagten und dem Verbraucher gar nicht existiert, wie geschehen in dem Forderungsschreiben nach Anlage K3 in Bezug auf den angeblich am 01.11.2017 geschlossenen Mobilfunkvertrag zur Telefonnummer (...)

LG: Klage abgewiesen

OLG: Auf Berufung der Klägerin antragsgemäße Verurteilung; Begründung: Unlautere Irreführung

BGH: Zurückweisung der Revision der Beklagten

## Urteil vom 20. Oktober 2021 – I ZR 17/21 – Identitätsdiebstahl II

### **Verstoß gegen § 5 Abs. 1 UWG**

- Geschäftliche Handlung (+)
- Konkludente Behauptung, es sei zu einem Vertragsschluss gekommen, ist unwahre Angabe iSv § 5 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 UWG
- Angabe zur Täuschung geeignet
  - Strittig, ob bei unwahren Angaben das Erfordernis der Täuschungseignung erforderlich ist
  - Hier ist Angabe jedenfalls zur Täuschung geeignet
    - OLG: Durchschnittsverbraucher könne angesichts zahlreicher leicht zugänglicher Möglichkeiten zum Abschluss eines Mobilfunvertrags annehmen, er habe versehentlich oder nicht mehr erinnerlich den behaupteten Vertrag geschlossen
    - BGH: rechtsfehlerfreie Feststellung des Verkehrsverständnis durch das Tatgericht
- Geschäftliche Relevanz (+)
  - OLG: Die mit der Zahlungsaufforderung verbundene unwahre Angabe sei geeignet gewesen, die angeschriebene Verbraucherin zur Zahlung des verlangten Entgelts und damit zur Erfüllung des behaupteten Vertrags und so zu dessen Behandlung als wirksam zu veranlassen.
  - BGH: Auch diese Feststellung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden

## Urteil vom 20. Oktober 2021 – I ZR 17/21 – Identitätsdiebstahl II

### Verstoß gegen § 5 Abs. 1 UWG (Forts.)

- Problem des "Identitätsdiebstahls" steht Annahme einer unlauteren Irreführung nicht entgegen
  - unbekannter Dritter hat unter dem Namen der Zeugin Z. die auf den Abschluss des Mobilfunkvertrags gerichtete Willenserklärung gegenüber der T. abgegeben
  - Irrtum des Unternehmers über den Umstand einer vorhergehenden Bestellung durch den zur Zahlung aufgeforderten Verbraucher ändert an der Unlauterkeit einer geschäftlichen Handlung auch dann nichts, wenn dieser Irrtum nicht vorwerfbar ist (vgl. BGH, GRUR 2019, 1202 Rn. 26 - Identitätsdiebstahl I).
  - Die Annahme einer irreführenden Handlung im Sinne von Art. 6 der UGP-RL, dessen Umsetzung § 5 UWG dient, setzt grundsätzlich nicht voraus, dass der Gewerbetreibende vorsätzlich eine objektiv falsche Angabe macht (vgl. EuGH, GRUR 2015, 600 - UPC Magyarorszá; BGH, GRUR 2019, 1202 Rn. 26 - Identitätsdiebstahl I)
  - Bei einer Geschäftspraxis, die - wie im Streitfall - alle in Art. 6 Abs. 1 der UGP-RL (§ 5 Abs. 1 UWG) genannten Voraussetzungen einer den Verbraucher irreführenden Praxis erfüllt, nicht mehr geprüft zu werden, ob eine solche Praxis auch den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Buchst. a der RL widerspricht

## Urteil vom 20. Oktober 2021 – I ZR 17/21 – Identitätsdiebstahl II

### Verstoß gegen § 5 Abs. 1 UWG (Forts.)

- Keine Wertungswidersprüche zwischen § 5 Abs. 1 und Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG

#### **Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG**

Folgende geschäftliche Handlungen sind gegenüber Verbrauchern stets unzulässig: (...)

Aggressive geschäftliche Handlungen (...)

29. Aufforderung zur Bezahlung nicht bestellter Waren oder Dienstleistungen

die Aufforderung zur Bezahlung nicht bestellter, aber gelieferter Waren oder erbrachter Dienstleistungen oder eine Aufforderung zur Rücksendung oder Aufbewahrung nicht bestellter Waren;

- Voraussetzungen dieser Vorschrift sind nicht erfüllt
  - Erforderl. ist, dass an zur Zahlung aufgeforderten Verbraucher eine nicht bestellte Ware tatsächl. geliefert oder eine nicht bestellte DL tatsächl. erbracht wurde (vgl. Wortlaut der RL)
  - An der Auffassung, dass bereits die Ankündigung einer Lieferung von diesem Tatbestand erfasst wird (BGH, GRUR 2012, 82 - Auftragsbestätigung), hält der BGH nicht fest; ebenso nicht daran, dass die bloße Einrichtung eines E-Mail-Kontos, von dem der zur Zahlung aufgeforderte Verbraucher nichts weiß und auf das er auch keinen Zugriff hat, den Tatbestand erfüllt (BGH, GRUR 2019, 1202 - Identitätsdiebst. I).
  - Hier: An Z. wurde weder eine Ware geliefert noch wurde ihr gegenüber eine Dienstleistung erbracht; Einrichtung des Mobilfunkanschlusses erfolgt ohne Kenntnis von Z, sie erhielt keine SIM-Karte und konnte den Anschluss nicht nutzen

## Urteil vom 20. Oktober 2021 – I ZR 17/21 – Identitätsdiebstahl II

### **Verstoß gegen § 5 Abs. 1 UWG (Forts.)**

- Keine Wertungswidersprüche (Forts.)
  - Nichterfüllung von Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG steht Annahme einer unlauteren Handlung nach § 5 Abs. 1 UWG nicht entgegen
    - Die allgemeinen Vorschriften der Unlauterkeit wegen irreführender und aggressiver Geschäftspraktiken werden durch die spezielleren Tatbestände im Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG nicht verdrängt, sondern lediglich ergänzt.
    - Wird ein Verhalten von den Tatbeständen des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG nicht erfasst, folgt daraus nicht, dass es hinzunehmen ist. Vielmehr greift dann die Prüfung nach den allgemeinen Bestimmungen über unlautere Geschäftspraktiken ein
    - Es fehlt an einem Wertungswiderspruch, da die Tatbestände unterschiedliche Zielrichtungen haben
      - Nr. 29 soll durch die Lieferung einer Ware oder Erbringung einer Dienstleistung begründete besondere Drucksituation vermeiden
      - Das Irreführungsverbot schützt die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers dahingehend, dass er seine Entscheidung auf Grundlage zutreffender und vollständiger Informationen treffen kann

## Urteil vom 20. Oktober 2021 – I ZR 17/21 – Identitätsdiebstahl II

### **Verstoß gegen § 5 Abs. 1 UWG (Forts.)**

- Verhältnismäßigkeit ist gewahrt
  - Irreführungsverbot steht unter dem Vorbehalt des u.a. in Erwägungsgrund 6 Satz 2 UGP-RL angeführten Verhältnismäßigkeitsprinzips
  - Unverhältnismäßigkeit ergibt sich im vorliegenden Fall nicht daraus, dass die in der Zahlungsaufforderung enthaltene Falschangabe für die Beklagte möglicherweise nicht zu vermeiden war
    - Fehlendes Verschulden des Gewerbetreibenden in einer Konstellation wie der vorliegenden ändert nichts daran, dass ihm die Herbeiführung der beim Verbraucher eingetretenen Irreführung als unlauteres Verhalten anzulasten ist.
    - Der Umstand, dass ein Ordnungsmittel nach § 890 ZPO nur bei Verschulden festgesetzt werden darf, lässt die Erhebung einer Klage im vorliegenden Fall nicht als schikanös erscheinen; Titel erfasst erst recht einen schuldhaften Verstoß
    - Ob Verschulden vorliegt, ist dann im Ordnungsmittelverfahren zu prüfen
  - Behauptung der Revision, es bedürfte zur Vermeidung von Identitätsdiebstählen eines wirtschaftlich unverhältnismäßigen Aufwands, steht der Annahme der Verhältnismäßigkeit nicht entgegen, da es an Vortrag dazu fehlt, wie der Vertrag im Streitfall abgeschlossen wurde

## Urteil vom 20. Oktober 2021 – I ZR 17/21 – Identitätsdiebstahl II

Leitsätze:

1. Ein Irrtum des Unternehmers über den Umstand einer vorhergehenden Bestellung durch den zur Zahlung aufgeforderten Verbraucher ist im Rahmen der Prüfung der Unlauterkeit einer geschäftlichen Handlung unter dem Gesichtspunkt der Irreführung auch dann nicht zu seinen Gunsten zu berücksichtigen, wenn dieser Irrtum nicht vorwerfbar ist (Bestätigung von BGH, Urteil vom 6. Juni 2019 - I ZR 216/17, GRUR 2019, 1202 Rn. 26 = WRP 2019, 1471 - Identitätsdiebstahl I).
2. Eine unzulässige geschäftliche Handlung nach Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG kann nur dann angenommen werden, wenn eine nicht bestellte Ware tatsächlich geliefert oder eine nicht bestellte Dienstleistung tatsächlich erbracht wurde. Das bloße Inaussichtstellen einer Warenlieferung oder Dienstleistungserbringung genügt nicht (Aufgabe von BGH, Urteil vom 17. August 2011 - I ZR 134/10, GRUR 2012, 82 Rn. 12 = WRP 2012, 198 - Auftragsbestätigung).
3. Waren sind nur dann als "geliefert" und Dienstleistungen nur dann als "erbracht" im Sinne von Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG anzusehen, wenn sie den zur Zahlung aufgeforderten Verbraucher in einer Weise erreicht haben, dass dieser tatsächlich in der Lage ist, sie zu nutzen oder sonst über deren Verwendung zu bestimmen (Klarstellung von BGH, Urteil vom 6. Juni 2019 - I ZR 216/17, GRUR 2019, 1202 Rn. 32 - Identitätsdiebstahl).

**Urteil vom 25. November 2021 – I ZR 148/20 – Koppelungsangebot III**

## Urteil vom 25. November 2021 – I ZR 148/20 – Koppelungsangebot III

### Sachverhalt:

Die Parteien sind Wettbewerber auf dem Markt der Vermietung von Wasserspendern an gewerbliche Kunden. Üblicherweise wird dabei neben der Vermietung des Geräts auch die Erbringung von Serviceleistungen angeboten, zu denen die regelmäßige Überprüfung der Geräte und die Durchführung erforderlicher Pflegeleistungen wie Reparaturen und der Austausch von Verschleißteilen zählen. Die Beklagte bietet die Serviceleistungen separat an, so dass der Kunde entweder nur das Gerät mieten oder daneben zusätzlich die Serviceleistung in Anspruch nehmen kann. Die Mietverträge haben regelmäßig eine feste Laufzeit von mindestens fünf Jahren. Im dritten Quartal 2016 erteilte die Beklagte ihren Vertriebsmitarbeitern die Weisung, in die Servicevereinbarung stets "0,00 €" einzutragen und die Servicegebühr stattdessen in den Mietpreis einzukalkulieren ("Altverträge"). Seit September 2018 lässt die Beklagte ihre Vertriebsmitarbeiter eine Servicegebühr von "1,00 €" eintragen ("Neuverträge").

## Urteil vom 25. November 2021 – I ZR 148/20 – Koppelungsangebot III

Antrag: (...) es zu unterlassen, im Zusammenhang mit dem Abschluss von Mietverträgen über Wasserspender gleichzeitig den Abschluss von gesonderten Verträgen über die Erbringung von Serviceleistungen für die Mietgeräte anzubieten, bei denen die Servicegebühr mit 0,00 € oder 1,00 € ausgewiesen ist, wenn die Servicegebühr zuvor in die Gerätemiete eingerechnet worden ist, sofern nicht üblicherweise tatsächlich eine gesonderte Servicegebühr, die nicht in die Miete einkalkuliert ist, gefordert wird.

Ferner Abmahnkostenerstattung

LG: Klage stattgegeben

OLG: Berufung der Beklagten zurückgewiesen; Begründung: Durch die niedrige Preisangabe gelange der Kunde zur falschen Einschätzung, das Angebot der Beklagten sei besonders günstig

BGH: Auf Revision der Beklagten Aufhebung und Abweisung der Klage

## Urteil vom 25. November 2021 – I ZR 148/20 – Koppelungsangebot III

### **Zulässigkeit der Klage: Bestimmtheit des Antrags**

- Unterlassungsantrag - und nach § 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO eine darauf beruhende Verurteilung - nicht derart undeutlich gefasst sein, dass der Streitgegenstand und der Umfang der Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Abs. 1 ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich die beklagte Partei deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und die Entscheidung darüber, was ihr verboten ist, letztlich dem Vollstreckungsgericht überlassen bleibt
- Zusatz "üblicherweise" im "sofern"-Zusatz des Antrags ist unbedenklich, da er lediglich ein für den Verbotsumfang bedeutungsloses Begründungselement dar

## Urteil vom 25. November 2021 – I ZR 148/20 – Koppelungsangebot III

### **Begründetheit der Klage: unzulässiges Koppelungsangebot?**

- Werbung für Angebote, bei denen mehrere Waren und/oder Dienstleistungen in der Weise angeboten werden, dass bei Erwerb des einen Produkts das andere Produkt ohne Berechnung oder unter Berechnung eines nominellen Betrags abgegeben wird (sog. Kopplungsangebote), ist wettbewerbsrechtlich grundsätzlich zulässig.
  - Die Möglichkeit, Güter und Dienstleistungen zu Gesamtangeboten (insbesondere Komplettangeboten) zusammenzustellen und dementsprechend zu bewerben, gehört zur Freiheit des Wettbewerbs.
  - Das gilt auch dann, wenn ein Teil der auf diese Weise gekoppelten Waren oder Leistungen ohne gesondertes Entgelt abgegeben wird (vgl. BGHZ 151, 84, 88 [juris Rn. 21] - Kopplungsangebot I).
- Bestimmte Anforderungen müssen aber erfüllt sein, um der Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung und Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise entgegenzuwirken
  - § 5 UWG: Es darf nicht über den Wert des Angebots getäuscht werden (BGH, GRUR 2002, 979, 980 - Kopplungsangebot II).
  - § 5a UWG: Transparenz zur Wahrung der Rationalität der Nachfrageentscheidung
  - §§ 4a, 3 Abs. 1 UWG: Verhinderung einer Anlockwirkung, die die Rationalität der Nachfrageentscheidung auf Seiten der angesprochenen Verkehrskreise über Gebühr zurückdrängt (vgl. BGH, GRUR 2002, 979 - Kopplungsangebot II).

## Urteil vom 25. November 2021 – I ZR 148/20 – Koppelungsangebot III

### Verstoß gegen § 5 Abs. 1 UWG

- Kopplungsangebote sind danach irreführend im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 Nr. 2 UWG, wenn sie über den tatsächlichen Wert des Angebots, insbesondere über den Wert der angebotenen Zusatzleistung, zu täuschen geeignet sind.
- OLG: Vertragsgestaltung hinsichtlich der Angabe eines Serviceentgelts von "0,00 €" bzw. "1,00 €" irreführend, weil die Quersubventionierung der Serviceleistungen durch die Gerätemiete für die Kunden der Beklagten nicht erkennbar sei. Bei den zu diesem Kundenkreis gehörenden Kleinbetrieben, Gewerbetreibenden und Einzelhandelsgeschäften könne nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass ihre Inhaber die Vorstellung hätten, das monatliche Entgelt sei in den verlangten Mietpreis eingerechnet.
- BGH: rechtsfehlerhafte Würdigung
  - OLG hat zu Unrecht einen gespaltenen Verkehrskreis angenommen
    - Differenzierung innerhalb eines einzigen angesprochenen Verkehrskreises widerspricht dem Grundsatz, dass es bei der Beurteilung der Irreführungsgefahr auf die Auffassung des durchschnittlich verständigen und vernünftigen Marktteilnehmers ankommt
    - Ausnahme nur dann, wenn die Sicht verschiedener Verkehrskreise zu ermitteln ist, die sich - wie etwa der allgemeine Verkehr und Fachkreise oder unterschiedliche Sprachkreise - objektiv voneinander abgrenzen lassen.
    - Innerhalb eines einzigen Verkehrskreises - wie hier der gewerblichen Kundinnen und Kunden der Beklagten - scheidet eine gesplattene Verkehrsauffassung dagegen aus

## Urteil vom 25. November 2021 – I ZR 148/20 – Koppelungsangebot III

### **Verstoß gegen § 5 Abs. 1 UWG (Forts.)**

- BGH: rechtsfehlerhafte Würdigung (Forts.)
  - OLG hat Verkehrsverständnis erfahrungswidrig ermittelt
    - Ermittlung des Verkehrsverständnisses ist nicht Tatsachenfeststellung im eigentlichen Sinn, sondern Anwendung spezifischen Erfahrungswissens
    - Verbrauchern ist bekannt, dass Unternehmer etwaige Kosten für Nebenleistungen regelmäßig durch den Preis der Hauptleistung abdecken.
      - Erkennen schon Verbraucher eine solche Quersubventionierung, weiß der Kreis der - einheitlich zu bestimmenden - gewerblichen Kunden der Beklagten erst recht, dass ihr ein rentables Wirtschaften nur möglich ist, wenn sie vermeintlich kostenlose oder preisgünstige Nebenleistungen - wie hier den Service - durch die Hauptleistung - hier die Gerätemiete - mitfinanziert.

# Urteil vom 25. November 2021 – I ZR 148/20 – Koppelungsangebot III

## Verstoß gegen § 5a Abs. 1 UWG aF

### § 5a Abs. 1 und 2 UWG (bis zum 27.5.2022 geltende Fassung): Irreführung durch Unterlassen

- (1) Bei der Beurteilung, ob das Verschweigen einer Tatsache irreführend ist, sind insbesondere deren Bedeutung für die geschäftliche Entscheidung nach der Verkehrsauffassung sowie die Eignung des Verschweigens zur Beeinflussung der Entscheidung zu berücksichtigen.
- (2) Unlauter handelt, wer im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände **dem Verbraucher** eine wesentliche Information vorenthält,
  1. die der Verbraucher je nach den Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und
  2. deren Vorenthalten geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. (...)

### § 5a Abs. 1 UWG (ab dem 28. Mai 2022 geltende Fassung): Irreführung durch Unterlassen

- (1) Unlauter handelt auch, wer einen Verbraucher **oder sonstigen Marktteilnehmer** irreführt, indem er ihm eine wesentliche Information vorenthält,
  1. die der Verbraucher oder der sonstige Marktteilnehmer nach den jeweiligen Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und
  2. deren Vorenthalten dazu geeignet ist, den Verbraucher oder den sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

## Urteil vom 25. November 2021 – I ZR 148/20 – Koppelungsangebot III

### Verstoß gegen § 5a Abs. 1 UWG aF (Forts.)

- Bei Koppelungsangeboten ist eine Transparenz des Angebots zu fordern, um dem gewissen Irreführungs- und Preisverschleierungspotential entgegenzuwirken, das die von Koppelungsangeboten geförderte Heterogenität des Angebots birgt (vgl. BGHZ 151, 84, 89 [juris Rn. 23] - Koppelungsangebot I; BGH, GRUR 2002, 979 - Koppelungsangebot II).
  - Transparenzgebot im Verhältnis zu Verbrauchern: § 5a Abs. 2 UWG aF und nF
  - Transparenzgebot im Verhältnis zu Unternehmern: § 5a Abs. 1 UWG aF und § 5a Abs. 2 nF
- Irreführung durch Verschweigen von Tatsachen gem. § 5a Abs. 1 UWG aF ist 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.
  - Voraussetzung: Verletzung einer Aufklärungspflicht
  - Inwieweit ist Verkehr auf die Mitteilung der Tatsache angewiesen?
  - Ist dem Unternehmer eine Aufklärung zumutbar?

## Urteil vom 25. November 2021 – I ZR 148/20 – Koppelungsangebot III

### Verstoß gegen § 5a Abs. 1 UWG aF (Forts.)

- OLG: realistischer Preisvergleich nicht möglich, weil die einzelnen Preisbestandteile - Gerätemiete für Wasserspender sowie Servicekosten - nicht allgemein bekannt seien. Durch die niedrige Preisangabe gelange der Kunde zu der falschen Einschätzung, das Angebot der Beklagten sei besonders günstig, weil es einen besonders preiswerten Service einschließe.
- BGH: rechtsfehlerhaft
  - Unternehmer trifft nach § 5a Abs. 1 UWG keine allgemeine Aufklärungspflicht über Tatsachen, die für die geschäftliche Entscheidung des angesprochenen Verkehrs möglicherweise von Bedeutung sind. Er ist nicht generell verpflichtet, auch auf weniger vorteilhafte oder gar negative Eigenschaften des eigenen Angebots hinzuweisen
  - Es ist vielmehr Sache der Verbraucher und der sonstigen Marktteilnehmer selbst, Preisvergleiche anzustellen und sich Gedanken über die Preiswürdigkeit des Angebots zu machen.
  - Zumindest anhand des letztlich maßgebenden Gesamtpreises sind Preisvergleiche immer möglich.
  - Im Angebot der Beklagten wird der Gesamtpreis des Angebots genannt

## Urteil vom 25. November 2021 – I ZR 148/20 – Koppelungsangebot III

### Verstoß gegen § 4a Abs. 1 UWG oder § 3 Abs. 1 UWG

- Übermäßige Anlockwirkung
  - Verbot aggressiver geschäftlicher Handlungen (§ 4a UWG)
  - Gegenüber Verbrauchern: Verbot von gegen die unternehmerische Sorgfalt verstoßenden geschäftlichen Handlungen (§ 3 Abs. 2 UWG)
  - Gegenüber sonstigen Marktteilnehmern: wettbewerbsrechtliche Generalklausel (§ 3 Abs. 1 UWG), sofern die betreffende Verhaltensweise von ihrem Unlauterkeitsgehalt her den in den §§ 3a bis 7 UWG angeführten Beispielfällen unlauteren Verhaltens entspricht
- Im Streitfall keine Anhaltspunkte für eine übermäßige Anlockwirkung

Ergebnis: Klageabweisung durch den BGH, da zulässiges Koppelungsangebot

## Urteil vom 25. November 2021 – I ZR 148/20 – Koppelungsangebot III

Leitsatz:

Die an die Preisinformation bei Koppelungsangeboten 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 - Koppelungsangebot I; Urteil vom 27. Februar 2003 - I ZR 253/00, BGHZ 154, 105 - Gesamtpreisangebot).

**Urteil vom 7. April 2022 – I ZR 143/19 – Knuspermüsli II**

## Urteil vom 7. April 2022 – I ZR 143/19 – Knuspermüsli II

### Sachverhalt:

Die Beklagte stellt unter anderem das vorverpackte Lebensmittel "Dr. O. Vitalis Knuspermüsli Schoko + Keks" her und vertreibt dieses in einer quaderförmigen Kartonverpackung. Eine der Schmalseiten der Verpackung enthält unter der Überschrift "Nährwertinformation" Angaben zum Brennwert und zu den Mengen an Fett, gesättigten Fettsäuren, Kohlenhydraten, Zucker, Eiweiß und Salz, und zwar zum einen bezogen auf 100 Gramm des Produkts zum Zeitpunkt des Verkaufs und zum anderen auf eine Portion des zubereiteten Lebensmittels, bestehend aus 40 Gramm dieses Produkts und 60 Milliliter Milch mit einem Fettgehalt von 1,5%. Auf der Vorderseite der Verpackung werden die Angaben zum Brennwert und zu den Mengen an Fett, gesättigten Fettsäuren, Zucker und Salz einer solchen Portion des zubereiteten Lebensmittels wiederholt, wobei zusätzlich noch das Gewicht einer solchen Portion mit 100 Gramm angegeben ist.

Der Kläger ist der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände. Nach seiner Auffassung verstößt die Aufmachung des Produkts der Beklagten dadurch gegen die Lebensmittelinformationsverordnung, dass auf der Vorderseite der Verpackung der Brennwert nicht bezogen auf 100 Gramm des Produkts zum Zeitpunkt des Verkaufs, sondern bezogen auf 100 Gramm des zubereiteten Lebensmittels angegeben ist. Die weiteren auf der Vorderseite der Verpackung vorhandenen Nährwertinformationen beanstandet der Kläger nicht. Er hat die Beklagte erfolglos abgemahnt.

Urteil vom 7. April 2022 – I ZR 143/19 – Kn

Antrag: (...) es zu unterlassen, im Rahmen geschäftlicher Handlungen für Vitalis Müsli wie in der [nebenstehend wiedergegebenen] Anlage K 2 abgebildet mit Nährwertinformationen pro Portion zu werben bzw. werben zu lassen, ohne zusätzlich den Brennwert bezogen auf 100 Gramm des Produkts zum Zeitpunkt des Verkaufs, das heißt des nicht zubereiteten Produkts, anzugeben.

LG: antragsgemäße Verurteilung

OLG: Auf Berufung der Beklagten Abweisung der Klage

BGH: Auf Revision des Klägers Wiederherstellung des Urteils des LG



## Urteil vom 7. April 2022 – I ZR 143/19 – Knuspermüsli II

### **Zulässigkeit der Klage: Klagebefugnis des Klägers**

- § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG regelt nicht nur die sachlich-rechtliche Anspruchsberechtigung, sondern auch die prozessuale Klagebefugnis.
  - Sachurteilsvoraussetzung, die im Zeitpunkt der beanstandeten Wettbewerbshandlung bestanden haben und auch im Revisionsverfahren noch fortbestehen muss.
  - Ob die Voraussetzungen der Klagebefugnis erfüllt sind, hat das Revisionsgericht ohne Bindung an die vom Berufungsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen zu prüfen. Das Revisionsgericht hat selbständig festzustellen, ob die Voraussetzungen für die Klagebefugnis erfüllt sind; es kann sich hierbei des Freibeweises bedienen
- Auch nach neuer Rechtslage setzt Klagebefugnis der Verbraucherverbände Eintragung in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlaG voraus
  - Kläger war und ist in die Liste eingetragen

# Urteil vom 7. April 2022 – I ZR 143/19 – Knuspermüsli II

## Begründetheit der Klage:

### Artikel 30 VO 1169/2011 (LMIV): Inhalt

(1) Die **verpflichtende** Nährwertdeklaration enthält **folgende Angaben**:

a) Brennwert und

b) die Mengen an Fett, gesättigten Fettsäuren, Kohlenhydraten, Zucker, Eiweiß und Salz.

Gegebenenfalls kann in unmittelbarer Nähe zur Nährwertdeklaration eine Angabe erscheinen, wonach der Salzgehalt ausschließlich auf die Anwesenheit natürlich vorkommenden Natriums zurückzuführen ist.

(2) Der Inhalt der verpflichtenden Nährwertdeklaration gemäß Absatz 1 kann durch die Angabe der Mengen eines oder mehrerer der nachfolgenden Stoffe ergänzt werden:

a) einfach ungesättigte Fettsäuren,

b) mehrfach ungesättigte Fettsäuren,

c) mehrwertige Alkohole,

d) Stärke,

e) Ballaststoffe;

f) jegliche in Anhang XIII Teil A Nummer 1 aufgeführten und gemäß den in Anhang XIII Teil A Nummer 2 angegebenen Werten in signifikanten Mengen vorhandenen Vitamine oder Mineralstoffe.

(3) **Enthält die Kennzeichnung eines vorverpackten Lebensmittels die verpflichtende Nährwertdeklaration gemäß Absatz 1, so können die folgenden Angaben darauf wiederholt werden:**

a) der Brennwert oder

b) der Brennwert zusammen mit den Mengen an Fett, gesättigten Fettsäuren, Zucker und Salz. (...)

# Urteil vom 7. April 2022 – I ZR 143/19 – Knuspermüsli II

## Begründetheit der Klage (Forts.):

### **Artikel 31 LMIV: Berechnung**

(1) Der Brennwert ist unter Verwendung der in Anhang XIV aufgeführten Umrechnungsfaktoren zu berechnen.

(2) Die Kommission kann durch delegierte Rechtsakte gemäß Artikel 51 Umrechnungsfaktoren für die in Anhang XIII Teil A Nummer 1 genannten Vitamine und Mineralstoffe festlegen, um den Gehalt solcher Vitamine und Mineralstoffe in Lebensmitteln genauer zu berechnen. Diese Umrechnungsfaktoren werden in Anhang XIV hinzugefügt.

(3) Der Brennwert und die Nährstoffmengen gemäß Artikel 30 Absätze 1 bis 5 sind diejenigen des Lebensmittels **zum Zeitpunkt des Verkaufs**. Gegebenenfalls können sich diese Informationen **auf das zubereitete Lebensmittel** beziehen, sofern ausreichend genaue Angaben über die Zubereitungsweise gemacht werden und sich die Informationen auf das verbrauchsfertige Lebensmittel beziehen. (...)

### **Artikel 32 Abs. 2 LMIV: Angabe je 100 g oder je 100 ml**

(2) Der Brennwert und die Nährstoffmengen gemäß Artikel 30 Absätze 1 bis 5 sind **je 100 g oder je 100 ml** anzugeben.

### **Artikel 33 Abs. 2 LMIV: Angabe je Portion oder je Verzehreinheit**

(2) Abweichend von Artikel 32 Absatz 2 dürfen in den Fällen gemäß Artikel 30 Absatz 3 Buchstabe b die Nährstoffmengen und/oder der Prozentsatz der in Anhang XIII Teil B festgelegten Referenzmengen auch nur **je Portion oder je Verzehreinheit** ausgedrückt werden.

## Urteil vom 7. April 2022 – I ZR 143/19 – Knuspermüsli II

### Begründetheit der Klage (Forts.):

- Rechtsbruchtatbestand oder Informationspflichtverletzung?
  - BGH bisher: Unlauterkeit des Verstoßes gegen Informationspflichten in Bezug auf kommerzielle Kommunikation kann sich sowohl aus § 3a als auch § 5a UWG ergeben
    - Wertungswidersprüche zu Art. 7 Abs. 1 und 5 UGP-RL konnten bisher nicht entstehen
      - Informationspflichten in Bezug auf kommerzielle Kommunikation konnten nach der Rspr. des BGH eine Unlauterkeit nach § 3a UWG nur dann begründen, wenn diese ihre Grundlage im Unionsrecht haben.
      - Verstoß gegen eine solche Informationspflicht nur dann spürbar iSv § 3a UWG an, wenn - wie nach § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG erforderlich - der Verbraucher die ihm vorenthaltene wesentliche Information je nach den Umständen benötigt, um eine informierte Entscheidung zu treffen, und deren Vorenthalten geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte (vgl. BGH, GRUR 2019, 82 Rn. 31 - Jogginghosen)
  - Nunmehr drohen Wertungswidersprüche, weil der neue Schadensersatzanspruch von Verbrauchern (§ 9 Abs. 2 Satz 1 UWG) nur Verstöße gegen § 5a UWG erfasst
    - BGH ändert daher seine Rspr.: Informationspflichtverletzung bei kommerzieller Kommunikation unterfällt künftig allein dem § 5a UWG
    - Nicht von der Änderung erfasst: Verletzung andere Informationspflichten, die nicht die kommerzielle Kommunikation betreffen; sie können weiterhin unter § 3a UWG subsumiert werden.

## Urteil vom 7. April 2022 – I ZR 143/19 – Knuspermüsli II

### Verstoß gegen § 5a UWG:

- Von der LMIV vorgeschriebene Angaben sind wesentliche Informationen iSv § 5a Abs. 4 aF/§ 5b Abs. 4 nF
  - Vollharmonisierung durch UGP-RL steht Anwendung der LMIV nicht entgegen
    - Art. 3 Abs. 3 und Erwägungsgrund 9 Satz 2 UGP-RL: Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Gesundheits- und Sicherheitsaspekte von Produkten (also auch des Lebensmittelrechts) bleiben unberührt.
    - Kein Fall der Kollision iSv Art. 3 Abs. 4 UGP-RL
      - Gem. Art. 3 Abs. 4 UGP-RL gehen bei Kollision mit unionsrechtl. Vorschriften über besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken diese Vorschriften der UGP-RL vor
      - So sind die Kennzeichnungsvorschriften für Lebensmittel der LMIV zu entnehmen und können aus § 5a UWG keine weitergehenden Pflichten folgen
      - Keine Kollision liegt vor, wenn die unionsrechtl. Vorschriften über Art. 7 Abs. 5 (§ 5a Abs. 4 aF/§ 5b Abs. 4 nF) in die UGP-RL integriert werden; dann ergänzen sich die Vorschriften
      - So im Streitfall: Liste nach Art. 7 Abs. 5 UGP-RL ist nicht erschöpfend; Nährwertdeklaration auf der Verpackung eines Lebensmittels ist kommerzielle Kommunikation

## Urteil vom 7. April 2022 – I ZR 143/19 – Knuspermüsli II

### Verstoß gegen § 5a UWG (Forts.):

- Vorenthalten wesentlicher Informationen
  - Vorwurf: Beklagte hätte auf der Schauseite nicht Brennwert für 100g des zubereiteten Produkts, sondern von 100g des Produkts zum Zeitpunkt des Verkaufs angeben müssen
    - Verpflichtende Nährwertdeklaration gem. Art. 30 Abs. 1 LMIV auf der Schmalseite des Produkts ist nicht angegriffen
    - Schauseite enthält freiwillige wiederholende Angaben iSv Art. 30 Abs. 3 Buchst. b LMIV
    - Sowohl bei verpflichtenden als auch bei freiwilligen Angaben sind grds. gem. Art. 31 Abs. 3 Unterabs. 1 LMIV der Brennwert und die Nährstoffmengen zum Zeitpunkt des Verkaufs anzugeben; "gegebenenfalls" können sich die Angaben auch auf das zubereitete Lebensmittel beziehen (Unterabs. 2)
      - Brennwert und Nährstoffmengen sind gem. Art. 32 Abs. 2 LMIV grds. je 100g/100ml anzugeben
      - Bei freiwilligen wiederholenden Angaben dürfen die Nährstoffmengen (aber nicht der Brennwert) lediglich je Portion angegeben werden (Art. 33 Abs. 2 Unterabs. 1 LMIV)
        - Wenn hiervon Gebrauch gemacht wird, muss gem. Art. 33 Abs. 2 Unterabs. 2 LMIV der Brennwert je 100g/100ml und zusätzlich je Portion angegeben werden.
        - Aber liegen die Voraussetzungen des Art. 31 Abs. 3 Unterabs. 2 LMIV vor, dürfte also die Beklagte auf das zubereitete Lebensmittel abstellen?

## Urteil vom 7. April 2022 – I ZR 143/19 – Knuspermüsli II

### **Verstoß gegen § 5a UWG (Forts.):**

#### **EuGH, GRUR 2021, 1550 - Dr. August Oetker Nahrungsmittel:**

Art. 31 Abs. 3 Unterabs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 (...) ist dahin auszulegen, dass diese Bestimmung allein für Lebensmittel gilt, bei denen eine Zubereitung erforderlich und die Zubereitungsweise vorgegeben ist.

- Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt
  - Produkt der Beklagten kann auf unterschiedliche Weise zubereitet werden (zB durch Zugabe von Milch, Joghurt oder Quark mit unterschiedlichen Fettgehalten, Fruchtsäften, Früchten, Konfitüre oder Honig)
  - Somit ist für das Produkt der Beklagten keine bestimmte Zubereitungsweise vorgegeben.

## Urteil vom 7. April 2022 – I ZR 143/19 – Knuspermüsli II

### **Verstoß gegen § 5a UWG (Forts.):**

- Relevanz der Informationspflichtverletzung (§ 5a Abs. 2 Nr. 1 und 2 aF/§ 5a Abs. 1 Nr. 1 und 2 nF)
  - zusätzliche Tatbestandsmerkmale, die selbständig zu prüfen sind
  - Unternehmer, der geltend macht, dass - abweichend vom Regelfall - der Verbraucher eine ihm vorenthaltene wesentliche Information für eine Kaufentscheidung nicht benötigt und das Vorenthalten dieser Information den Verbraucher nicht zu einer anderen Kaufentscheidung veranlassen kann, trifft sekundäre Darlegungslast
  - Im Streitfall sekundäre Darlegungslast nicht erfüllt, so dass Relevanz anzunehmen ist.

## Urteil vom 7. April 2022 – I ZR 143/19 – Knuspermüsli II

### Gewährung einer Aufbrauchsfrist

- Voraussetzungen (vgl. BGH GRUR 2013, 1254 - Matratzen Factory Outlet; GRUR 2016, 1031 - Wärmetauscher)
  - Dem Schuldner entstehen durch ein sofort mit der Zustellung des Titels uneingeschränkt zu beachtendes Verbot unverhältnismäßige Nachteile
  - Die Belange sowohl des Gläubigers als auch der Allgemeinheit werden durch eine befristete Fortsetzung des Wettbewerbsverstoßes nicht unzumutbar beeinträchtigt
  - Bei der Interessenabwägung zu berücksichtigende Umstände
    - Verschulden
    - Längere unbeanstandete Vornahme des nun angegriffenen Verhaltens
    - Verurteilung in den Vorinstanzen kann Schuldner dazu veranlassen, sich auf einen ungünstigen Ausgang des Revisionsverfahrens einzustellen
  - Prozessual:
    - Antrag auf Gewährung kann auch in der Revisionsinstanz erfolgreich sein, wenn die zu Grunde liegenden Tatsachen unstreitig oder in den Tatsacheninstanzen festgestellt sind
    - Beklagter muss substantiiert darlegen, dass die Voraussetzungen für die Gewährung einer Aufbrauchsfrist vorliegen, Insbesondere in welchem Zeitraum er die Umstellung und den Aufbrauch bewerkstelligen kann

## Urteil vom 7. April 2022 – I ZR 143/19 – Knuspermüsli II

### **Gewährung einer Aufbrauchsfrist (Forts.)**

- Im Streitfall abgelehnt:
  - Beklagte war durch erstinstanzliche Verurteilung gewarnt; sie verhielt sich mindestens fahrlässig, weil sie sich erkennbar im Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegte
  - Interessen der Verbraucher werden nicht unerheblich beeinträchtigt
  - Beklagte kann Vernichtung der Lebensmittel durch Umetkettierung oder Neuverpackung vermeiden

## Urteil vom 7. April 2022 – I ZR 143/19 – Knuspermüsli II

### Leitsätze:

1. In Fällen der Verletzung einer Informationspflicht in Bezug auf kommerzielle Kommunikation ist die Unlauterkeit allein nach § 5a Abs. 2 und 4 UWG und nicht nach § 3a UWG zu beurteilen (Aufgabe von BGH, Urteil vom 31. Oktober 2013 - I ZR 139/12, GRUR 2014, 576 Rn. 15 = WRP 2014, 689 - 2 Flaschen GRATIS und Abgrenzung zu BGH, Beschluss vom 10. Februar 2022 - I ZR 38/21, GRUR 2022, 500 [juris Rn. 60 bis 66] = WRP 2022, 452 - Zufriedenheitsgarantie).
2. Die Gewährung einer Aufbrauchfrist setzt voraus, dass dem Schuldner eines Unterlassungsanspruchs durch ein sofort mit der Zustellung des Titels uneingeschränkt zu beachtendes Verbot unverhältnismäßige Nachteile entstehen und die Belange sowohl des Gläubigers als auch der Allgemeinheit durch eine befristete Fortsetzung des Wettbewerbsverstoßes nicht unzumutbar beeinträchtigt werden. In der danach erforderlichen Interessenabwägung kann sich zu Lasten des Schuldners auswirken, dass er sich aufgrund einer Verurteilung in den Vorinstanzen oder aufgrund des Verlaufs des Revisionsverfahrens, etwa wegen einer vom Senat veranlassten Vorabentscheidung durch den Gerichtshof der Europäischen Union, auf einen für ihn ungünstigen Ausgang des Revisionsverfahrens einstellen konnte und musste (Fortführung von BGH, Urteil vom 16. November 1973 - I ZR 98/72, GRUR 1974, 474, 476 [juris Rn. 23] = WRP 1974, 85 - Großhandelshaus; Urteil vom 24. September 2013 - I ZR 89/12, GRUR 2013, 1254 Rn. 44 = WRP 2013, 1596 - Matratzen Factory Outlet und Urteil vom 10. Mai 2016 - X ZR 114/13, GRUR 2016, 1031 Rn. 42 - Wärmetauscher).

# **Urteil vom 19. Mai 2022 – I ZR 69/21 - Grundpreisangabe im Internet**

## Urteil vom 19. Mai 2022 – I ZR 69/21 - Grundpreisangabe im Internet

### Sachverhalt:

Der Kläger, ein eingetragener Verein, ist ein Interessenverband von Online-Unternehmen. Der Beklagte ist Online-Händler.

Der Kläger stellte am 13. Oktober 2019 fest, dass der Beklagte im Internet Kraftfahrzeugzubehör - ein Hydro-Stößel-Additiv mit einem Volumen von 300 ml und eine Keramik-Paste mit einem Gewicht von 50 g - anbot, ohne den Grundpreis anzugeben (siehe Abbildungen nächste Folie).

In einem vorangegangenen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist der Beklagte verpflichtet worden, es zu unterlassen, Angebote für Kraftfahrzeugzubehör zu veröffentlichen und/oder unter Angabe von Preisen zu bewerben und/oder Angebote bzw. Preiswerbung zu unterhalten, ohne den Grundpreis und den Gesamtpreis unmissverständlich, klar erkennbar und gut lesbar anzugeben. Soweit der Kläger außerdem begehrt hatte, dem Beklagten zu verbieten, Kraftfahrzeugzubehör anzubieten und/oder zu bewerben, ohne den Grundpreis in unmittelbarer Nähe des Gesamtpreises anzugeben, ist sein Antrag zurückgewiesen worden.

Der Kläger ist der Ansicht, der Beklagte habe den Grundpreis "in unmittelbarer Nähe" des Gesamtpreises anzugeben.

Nach Fahrzeug einkaufen: **Marke** - **Modell** - **Fahrzeugspez.** - **Motorisierung** - **Leis.**

Marke und Modell auswählen oder Schlüsselnummern (HSN/EIN) eingeben

**Großartige Angebote auf AmazonBasics und mehr**

**Anlage K 7**



**LIQUI MOLY 1009 Hydro-Stößel-Additiv, 300 ml**  
 von Liqui Moly  
 4.5 Sterne (259 Kundenrezensionen)  
 41 beantwortete Fragen  
 September 10, 11 als Motoradditive

Preis: **11,99 €** kostenlose Lieferung.  
 Alle Preisangaben inkl. deutscher USt.  
 Weitere Informationen

Neu (1) ab 11,99 € • KOSTENLOSER Versand

Größe: **300 ml**

2 x 300 ml	3 x 300 ml
23,99 €	21,99 €

**300 ml**  
**11,99 €**

- Hochleistungsadditiv, das die Geräuschbildung vermindert und verklebter Hydro-Stößel löst
- Verbessert die Schmier Eigenschaften des Öles
- Geeignet für den Einsatz in Turbo- und Katalysatorfahrzeugen
- Beseitigt Motorgeräusche bedingt durch Hydrostößel
- Lieferumfang: Liqui Moly 1009 Hydro-Stößel-Additiv



**11,99 €**  
 kostenlose Lieferung.  
**Lieferung Donnerstag, 17. Okt.:**  
 Bestellen Sie innerhalb 17 Stdn. und 44 Min. per **2-Tage-Versand** an der Kasse. Siehe Details.

**Auf Lager.**  
 Menge: 1

**11,99 €** • kostenlose Lieferung

Verkauf und Versand durch WHH Car&Bike. Für weitere Informationen, Impressum, AGB und Widerrufsrecht klicken Sie bitte auf den Verkäufernamen.

Neu (1) ab **11,99 €** • KOSTENLOSER Versand

Teilen

**Schnäppchen**  
 LIQUI MOLY 5100 mit Vergaser-Rel...  
 Liqui Moly  
**EUR 7,99**   
 • kostenloser Versand  
 4.5 Sterne (241)

**Hinweise und Aktionen**

Größe: 300 ml

**Kunden, die diesen Artikel angesehen haben, haben auch angesehen** Seite 1 von 15

 LIQUI MOLY 5129 Motor System Reiniger Benzol, 300 ml 4.5 Sterne (411) 8,18 € (2,73 € / 100 ml) <input type="button" value="prime"/>	 LIQUI MOLY 1014 Ventil Sauberer, 150 ml 4.5 Sterne (107) 5,49 € (3,66 € / 100 ml) <input type="button" value="prime"/>	 LIQUI MOLY 1012 Öl Additiv, 200 ml 4.5 Sterne (93) 9,71 € (4,86 € / 100 ml) <input type="button" value="prime"/>	 LIQUI MOLY 2427 Pro-Line Motorspülung, 500 ml 4.5 Sterne (228) 11,95 € (23,90 € / 100 ml) <input type="button" value="prime"/>
---	--	--	--

**kwb GERMANY GMBH**  
 Wasser muss raus? Awb Pumpe mit 3000 l/h Leit...  
 4.5 Sterne (18)  
**EUR 14,82**

**Kunden, die diesen Artikel gekauft haben, kauften auch**

**Großartige Angebote auf AmazonBasics und mehr**

**Anlage K 7a**



**LIQUI MOLY 3418 Keramik-Paste, 50 g**  
 von Liqui Moly  
 4.5 Sterne (157 Kundenrezensionen)  
 43 beantwortete Fragen  
 in Filzstoffe, Klotzstoffe & Lichtschaffe

Preis: **7,99 €** kostenlose Lieferung.  
 Alle Preisangaben inkl. deutscher USt.  
 Weitere Informationen

Neu (1) ab 7,99 € • KOSTENLOSER Versand

Größe: **50 gr.**

- Verhindert Festbrennen und Kaltverschweißen
- Vermeidet Rückglatten (Dick-Slip) auch bei hohen Flächenpressungen
- Neutral gegenüber allen bekannten Dichtungsmaterialien
- Sehr hohe Druckaufnahmefähigkeit
- Lieferumfang: Liqui Moly 3418 Keramik-Paste

**7,99 €**  
 kostenlose Lieferung.  
**Lieferung 18. - 21. Okt., wenn Sie Standardversand an der Kasse wählen.** Siehe Details.

**Auf Lager.**  
 Menge: 1

**7,99 €** • kostenlose Lieferung

Verkauf und Versand durch WHH Car&Bike. Für weitere Informationen, Impressum, AGB und Widerrufsrecht klicken Sie bitte auf den Verkäufernamen.

Neu (1) ab **7,99 €** • KOSTENLOSER Versand

Teilen

**Schnäppchen**  
 Liqui Moly 3078 Bremsen-Anti-Qu...  
 Liqui Moly  
**EUR 1,49**  
 • kostenloser Versand  
 4.5 Sterne (7)

**Licargo**  
 Weil Dein Auto es wert ist

Premium Mikrofaser Feigebürste zur extrem schonenden und effektiven R...  
 4.5 Sterne (18)  
**EUR 15,90**

**Hinweise und Aktionen**

Größe: 50 gr.

**Wird oft zusammen gekauft**

+ +   
**Gesamtpreis: EUR 21,16**  
 Alle drei in den Einkaufswagen

- Dieser Artikel: LIQUI MOLY 3418 Keramik-Paste, 50 g EUR 6,99
- HAZET Bremsenbürste (zweifach, versetzt angeordnete Borsten) 4060-2 EUR 9,70
- ATE 01990210022 Universalverschleißstoff Plastilube EUR 4,47 (8,94 € / 100 ml)

**Kunden, die diesen Artikel angesehen haben, haben auch angesehen**

 LIQUI MOLY 3077 Bremsen-Anti-Quersch-Paste, 100 g 4.5 Sterne (96) 8,99 € (8,99 € / 100 ml) <input type="button" value="prime"/>	 LIQUI MOLY 3080 Kupfer-Paste, 100 g 4.5 Sterne (171) 8,49 € (8,49 € / 100 ml) <input type="button" value="prime"/>	 ATE Plastilube Bremsen-Schmierpaste 75ml 4.5 Sterne (18) 6,10 € (8,13 € / 100 ml)	 LIQUI MOLY 4058 Radnaben-Paste (Profilnetz), 200 ml 4.5 Sterne (51) 20,66 € (10,33 € / 100 ml) <input type="button" value="prime"/>
---	--	---	---

**Kunden, die diesen Artikel gekauft haben, kauften auch**

## Urteil vom 19. Mai 2022 – I ZR 69/21 - Grundpreisangabe im Internet

Anträge: (...) es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr betreffend Kraftfahrzeugzubehör Angebote zu veröffentlichen und/oder unter Angabe von Preisen zu werben und/oder Angebote bzw. Preiswerbung zu unterhalten, bei denen es sich nach Volumen von 10 ml und mehr angebotene und/oder beworbene Ware in Fertigpackungen, offenen Packungen oder als Verkaufseinheiten ohne Umhüllung handelt, für die nicht gleichzeitig der Preis je Mengenangabe (Grundpreis) "in unmittelbarer Nähe" (als Konkretisierung des Merkmals "klar erkennbar") zum Gesamtpreis angegeben werden. Ausgenommen sind kosmetische Mittel, die ausschließlich der Färbung oder Verschönerung der Haut, des Haares oder der Nägel dienen, und/oder bei denen es sich um nach Gewicht von 10 g und mehr angebotene und/oder beworbene Ware in Fertigpackungen, offenen Packungen oder als Verkaufseinheiten ohne Umhüllung handelt, für die nicht gleichzeitig der Preis je Mengeneinheit (Grundpreis) "in unmittelbarer Nähe" (als Konkretisierung des Merkmals "klar erkennbar") zum Gesamtpreis angegeben werden. Ausgenommen sind kosmetische Mittel, die ausschließlich der Färbung oder Verschönerung der Haut, des Haares oder der Nägel dienen, wenn dies wie nachstehend wiedergegeben erfolgt [es folgen Abbildungen]

LG: Klage abgewiesen

OLG: Berufung der Klägerin zurückgewiesen; Begründung: Kein Verstoß gegen §. 2 Abs. 1 Satz 1 PAngV, da das in dieser Vorschrift genannte Kriterium "in unmittelbarer Nähe" nicht richtlinienkonform sei

BGH: Auf Revision der Klägerin antragsgemäße Verurteilung

# Urteil vom 19. Mai 2022 – I ZR 69/21 - Grundpreisangabe im Internet

## **Zulässigkeit der Klage: Rechtsschutzbedürfnis**

- Kläger hat Unterlassungsverfügung erlangt, die dem Beklagten Angebot untersagt, ohne den "Grundpreis und Gesamtpreis unmissverständlich, klar erkennbar und gut lesbar anzugeben"; Beklagter hat Abschlusserklärung abgegeben
- Kläger hat gleichwohl ein berechtigtes Interesse an der Erlangung des hier begehrten Hauptsachetitels
  - Aus dem im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergangenen Urteil ergibt sich, dass der Vollstreckungstitel nicht die Verpflichtung des Beklagten umfassen soll, den Grundpreis "in unmittelbarer Nähe" des Gesamtpreises anzugeben.

# Urteil vom 19. Mai 2022 – I ZR 69/21 - Grundpreisangabe im Internet

## Begründetheit der Klage: Verstoß gegen § 5a UWG aF/§ 5b UWG nF iVm § 2 Abs. 2 Satz 2 PAngV

### § 2 Abs. 1 PAngV (bis zum 27. Mai 2022 geltende Fassung): Grundpreis

- (1) Wer Verbrauchern gewerbs- oder geschäftsmäßig oder wer ihnen regelmäßig in sonstiger Weise Waren in Fertigpackungen, offenen Packungen oder als Verkaufseinheiten ohne Umhüllung nach Gewicht, Volumen, Länge oder Fläche anbietet, hat neben dem Gesamtpreis auch den Preis je Mengeneinheit einschließlich der Umsatzsteuer und sonstiger Preisbestandteile (Grundpreis) **in unmittelbarer Nähe des Gesamtpreises** gemäß Absatz 3 Satz 1, 2, 4 oder 5 anzugeben. Dies gilt auch für denjenigen, der als Anbieter dieser Waren gegenüber Verbrauchern unter Angabe von Preisen wirbt. Auf die Angabe des Grundpreises kann verzichtet werden, wenn dieser mit dem Gesamtpreis identisch ist.

### § 4 Abs. 1 PAngV (ab dem 28. Mai geltende Fassung): Pflicht zur Angabe des Grundpreises

- (1) Wer als Unternehmer Verbrauchern Waren in Fertigpackungen, offenen Packungen oder als Verkaufseinheiten ohne Umhüllung nach Gewicht, Volumen, Länge oder Fläche anbietet oder als Anbieter dieser Waren gegenüber Verbrauchern unter Angabe von Preisen wirbt, hat neben dem Gesamtpreis auch den Grundpreis **unmissverständlich, klar erkennbar und gut lesbar** anzugeben. Auf die Angabe des Grundpreises kann verzichtet werden, wenn dieser mit dem Gesamtpreis identisch ist.

# Urteil vom 19. Mai 2022 – I ZR 69/21 - Grundpreisangabe im Internet

## Verstoß gegen § 5a UWG aF/§ 5b Abs. 4 UWG nF iVm § 2 Abs. 2 Satz 2 PAngV aF

- Tatbestandsmerkmale des § 2 Abs. 2 Satz 2 PAngV aF:
  - Gewerbsmäßiges Angebot von Waren in Fertigpackungen nach Gewicht und Volumen
    - Fertigpackung ist in § 42 Abs. 1 MessEichG legaldefiniert: Verpackungen beliebiger Art, in die in Abwesenheit des Käufers Erzeugnisse abgepackt und die in Abwesenheit des Käufers verschlossen werden, wobei die Menge des darin enthaltenen Erzeugnisses ohne Öffnen oder merkliche Änderung der Verpackung nicht verändert werden kann
    - Anbieten: jede gezielt auf den Absatz eines bestimmten Produkts gerichtete werbliche Ankündigung, durch die der Verbraucher so viel über das Produkt und dessen Preis erfährt, dass er sich für den Kauf entscheiden kann
  - Nicht weniger als 10g oder ml Nenngewicht oder -volumen oder bestimmte Kosmetikprodukte (§ 9 Abs. 4 und 5 PAngV aF/§ 4 Abs. 3 Nr. 1 und 7 PAngV nF)
  - "in unmittelbarer Nähe"
    - BGH bejaht auch das Vorliegen dieses Merkmals
      - Es stimmt zwar nicht mit dem Wortlaut, wohl aber mit der inhaltlichen Regelung des Art. 4 Abs. 1 Satz 1 der RL 98/6/EG überein, wonach Verkaufspreis und der Preis je Maßeinheit unmissverständlich, klar erkennbar und gut lesbar sein müssen: nur dann klar erkennbar, wenn er in unmittelbarer Nähe des Verkaufspreises steht
      - Zulässige Konkretisierung durch den nationalen Verordnungsgeber (vgl. Art. 288 Abs. 3 AEUV: RL-Ziel ist verbindlich; Mitgliedstaaten entscheiden über Form und Mittel)

# Urteil vom 19. Mai 2022 – I ZR 69/21 - Grundpreisangabe im Internet

## **Verstoß gegen § 5a UWG aF/§ 5b Abs. 4 UWG nF iVm § 2 Abs. 2 Satz 2 PAngV aF**

### - Voraussetzungen des § 5a UWG:

- Wesentliche Information
  - § 5a Abs. 4 UWG aF/§ 5b UWG nF: als wesentlich gelten unionsrechtlich vorgeschriebene Informationen bei kommerzieller Kommunikation ; dazu zählen die Vorschriften über die Preisangabe
- Vorenthalten (+)
- Relevanz (+)

## Urteil vom 19. Mai 2022 – I ZR 69/21 - Grundpreisangabe im Internet

### Leitsätze:

1. § 2 Abs. 1 Satz 1 PAngV geht mit seiner Forderung, den Grundpreis in unmittelbarer Nähe des Gesamtpreises anzugeben, nicht über die Mindestharmonisierung der Richtlinie 98/6/EG hinaus. § 2 Abs. 1 Satz 1 PAnGV konkretisiert damit lediglich das Erfordernis der klaren Erkennbarkeit des Grundpreises aus Art. 4 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 98/6/EG.
2. Da der Grundpreis als Preis je Maßeinheit auf den Verkaufspreis bezogen ist, ist er nicht schon dann klar erkennbar, wenn er für sich genommen deutlich wahrnehmbar ist. Vielmehr ist er nur dann als solcher klar erkennbar, wenn er in dem Sinne in unmittelbarer Nähe des Verkaufspreises steht, dass er zusammen mit diesem auf einen Blick wahrgenommen werden kann (Fortführung von BGH, Urteil vom 26. Februar 2009 - I ZR 163/06, GRUR 2009, 982 = WRP 2009, 1248 - Dr. Clauder's Hufpflege).

**Urteil vom 13. Januar 2022 – I ZR 25/19 – Inbox-Werbung II**

## Urteil vom 13. Januar 2022 – I ZR 25/19 – Inbox-Werbung II

### Sachverhalt:

Die Parteien beliefern Endkunden mit Strom. Die Streithelferin der Beklagten ist eine Werbeagentur.

Die Beklagte beauftragte die Streithelferin mit der Schaltung von Werbeeinblendungen in E-Mail-Postfächern von Nutzern des kostenlosen E-Mail-Dienstes T-Online. Die Werbung wurde dergestalt umgesetzt, dass im privaten Postfach eines Nutzers dieses E-Mail-Dienstes am 15. Januar 2017 in dem Bereich, in dem die eingegangenen E-Mails listenförmig angezeigt werden (nachfolgend: Inbox), eingebettet in eingegangene E-Mails die nachfolgend eingeblendete Werbung mit folgendem Text erschien: "e. Mehr Sparen: Günstig Strom und Gas. Jetzt top e. Preise mit attraktivem Bonus sichern! Mehr erfahren auf e. .de".

Entsprechende Werbeeinblendungen erschienen bereits am 12. Dezember 2016 und 13. Januar 2017 in der Inbox des Nutzers.

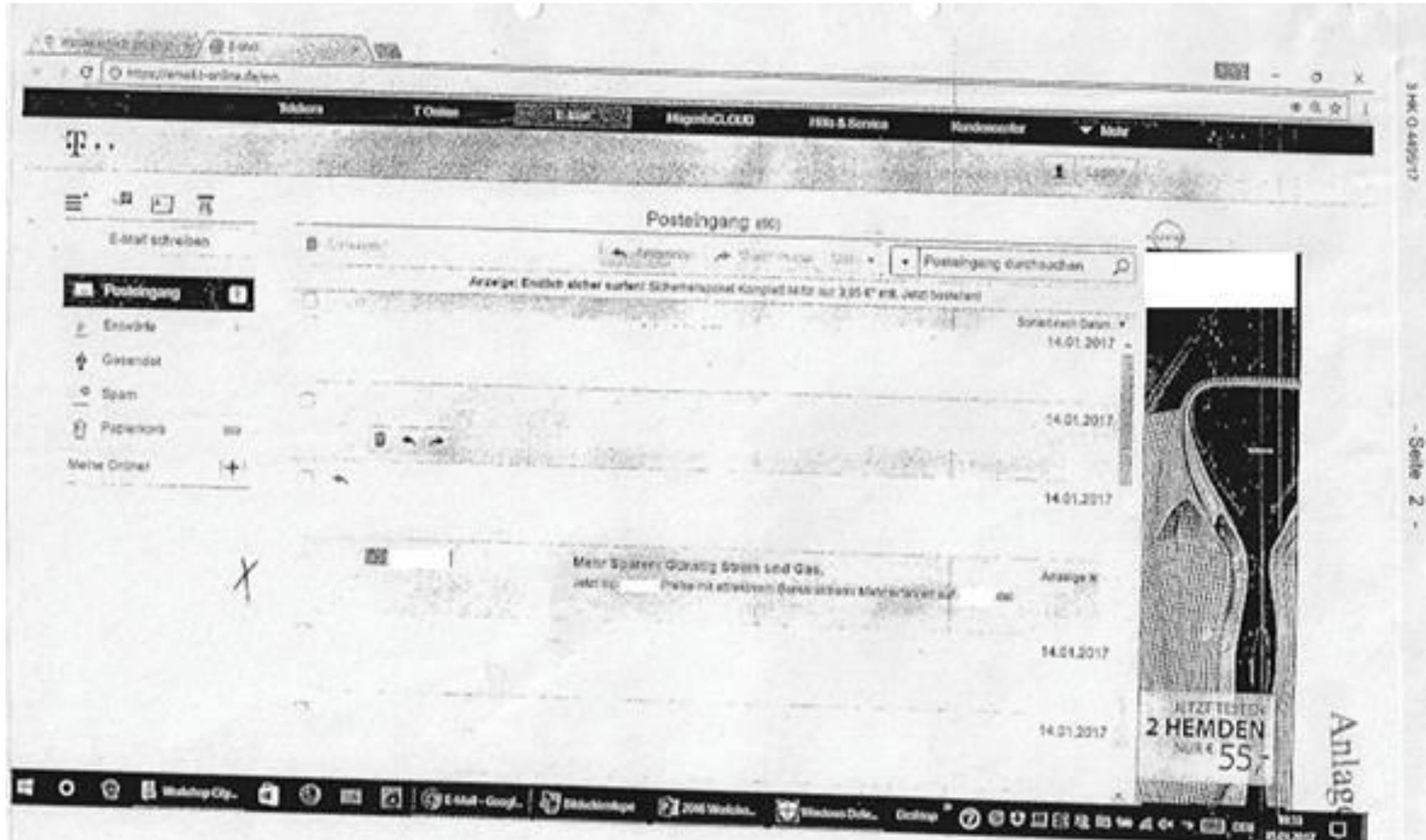
Derartige Werbung wird auf speziellen Werbeflächen in der Inbox des Postfachs des kostenlosen E-Mail-Dienstes der Telekom Deutschland GmbH eingeblendet. Sie wird als "T-Online.de Mail Ad" bezeichnet und konnte von Werbekunden dieses Anbieters gebucht werden. Auf der vom Nutzer eines solchen kostenlosen E-Mail-Postfachs aufgerufenen Internetseite war an der entsprechenden Stelle der Inbox ein JavaScript-Code eines Adservers (TAG) eingebunden. Dadurch wurde beim Öffnen der Internetseite eine Anfrage (Adrequest) an den Adserver geschickt, ein Werbebanner aus dem Pool einzublenden. Der Adserver sandte sodann die entsprechenden Parameter an den Internetbrowser des Nutzers, wodurch in der Inbox des Nutzers ein nach dem Zufallsprinzip ausgewähltes Werbebanner eingeblendet wurde. Klickte der Nutzer auf die eingeblendete Werbung, wurde die Eingabe zunächst an den Adserver weitergeleitet, der den Klick protokollierte und den Browser auf die Seite des Werbenden weiterleitete.

## Urteil vom 13. Januar 2022 – I ZR 25/19 – Inbox-Werbung II

Sachverhalt (Forts.):

Die in der Inbox erscheinende Werbung war mit dem Wort "Anzeige" versehen und konnte durch Klicken auf das daneben zu findende Kreuz-Symbol "x" aus der Inbox entfernt werden. Die Werbung erschien - anders als die in der Inbox angezeigten E-Mails des Nutzers - grau unterlegt und enthielt weder ein Datum noch einen Absender. Außerdem konnte sie mit den vom Anbieter des E-Mail-Dienstes für E-Mails vorgesehenen Bearbeitungsoptionen nicht archiviert, beantwortet oder weitergeleitet werden. Sie wurde auch nicht in die vom Dienst ausgewiesene Anzahl ungelesener E-Mails des Nutzers eingerechnet und belegte keinen Speicherplatz im Posteingang des Nutzers.

Urteil vom 13. Januar 2022 – I ZR 25/19 – Inbox-Werbung II



Urteil vom 13. Januar 2022 – I ZR 25/19 – Inbox-Werbung II

Angriff der Klägerin: unzumutbare Belästigung und Irreführung

Antrag: 1. (...) es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Werbung über das emailaccount "T-online.de" zu betreiben im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Strom an Letztverbraucher, wenn dies so geschieht wie folgt (Anlage K3) [es folgt eine Einblendung der oben wiedergegebenen Werbung].

2. Zahlung von Abmahnkosten

Landgericht: Klage erfolgreich

Oberlandesgericht: Auf Berufung der Beklagten Abweisung der Klage

BGH: Auf Revision des Klägers zunächst EuGH-Vorlage (GRUR 2020, 420 – Inbox-Werbung I); nunmehr Wiederherstellung des Urteils des LG

Begründung OLG: Keine unzumutbare Belästigung iSv. § 7 Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 1 UWG; keine Werbung mit Nachrichten iSv. § 7 Abs. 4 Buchst. a UWG; kein Ansprechen iSv. § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG; keine verschleierte Werbung gem. § 5a Abs. 6 UWG

## Verstoß gegen § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG

### § 7 UWG: Unzumutbare Belästigungen

(1) Eine geschäftliche Handlung, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, ist unzulässig. Dies gilt insbesondere für Werbung, obwohl erkennbar ist, dass der angesprochene Marktteilnehmer diese Werbung nicht wünscht.

#### (2) Eine unzumutbare Belästigung ist stets anzunehmen

1. bei Werbung unter Verwendung eines in den Nummern 2 und 3 nicht aufgeführten, für den Fernabsatz geeigneten Mittels der kommerziellen Kommunikation, durch die ein Verbraucher hartnäckig angesprochen wird, obwohl er dies erkennbar nicht wünscht;

2. bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung oder gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer ohne dessen zumindest mutmaßliche Einwilligung,

3. bei Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine, eines Faxgerätes oder elektronischer Post, ohne dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt, oder

4. bei Werbung mit einer Nachricht,

a) bei der die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird oder

b) bei der gegen § 6 Absatz 1 des Telemediengesetzes verstoßen wird oder in der der Empfänger aufgefordert wird, eine Website aufzurufen, die gegen diese Vorschrift verstößt, oder

c) bei der keine gültige Adresse vorhanden ist, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

## Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG (Forts.)

- Keine Interessenabwägung im Einzelfall erforderlich („ist stets anzunehmen“)
- Umsetzung von Art. 13 Abs. 1 der RL 2002/85 (DatenschutzRL), daher richtlinienkonform auszulegen

### **Artikel 1 RL 2002/58: Geltungsbereich und Zielsetzung**

Diese Richtlinie dient der Harmonisierung der Vorschriften der Mitgliedstaaten, die erforderlich sind, um einen gleichwertigen Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten, insbesondere des **Rechts auf Privatsphäre**, in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich der elektronischen Kommunikation sowie den freien Verkehr dieser Daten und von elektronischen Kommunikationsgeräten und -diensten in der Gemeinschaft zu gewährleisten.

### **Artikel 13 Abs. 1 RL 2002/58/EG: Unerbetene Nachrichten**

Die Verwendung von automatischen Anrufsystemen ohne menschlichen Eingriff (automatische Anrufmaschinen), Faxgeräten oder elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung darf nur bei **vorheriger Einwilligung der Teilnehmer** gestattet werden.

### **Artikel 2 Satz 2 Buchst. h RL 2002/58/EG: Begriffsbestimmungen**

(...) Weiterhin bezeichnet im Sinne dieser Richtlinie der Ausdruck

h) "**elektronische Post**" jede über ein öffentliches Kommunikationsnetz verschickte Text-, Sprach-, Ton- oder Bildnachricht, die im Netz oder im Endgerät des Empfängers gespeichert werden kann, bis sie von diesem abgerufen wird.

- Inbox-Werbung ist elektronische Post iSd RL
  - Textnachricht iSv. Art. 2 Satz 2 Buchst. h (+)
  - Nachricht iSv. Art. 2 Satz 2 Buchst. d (+)

**Art. 2 Satz 2 Buchst. d RL**

"**Nachricht**" [ist] jede Information, die zwischen einer endlichen Zahl von Beteiligten über einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst ausgetauscht oder weitergeleitet wird. Dies schließt nicht Informationen ein, die als Teil eines Rundfunkdienstes über ein elektronisches Kommunikationsnetz an die Öffentlichkeit weitergeleitet werden, soweit die Informationen nicht mit dem identifizierbaren Teilnehmer oder Nutzer, der sie erhält, in Verbindung gebracht werden können.

- Nachricht zwischen endlichen Zahl von Beteiligten weitergeleitet (+)
  - Weiterleitung an den Nutzer des E-Mail-Accounts erfolgte dadurch, dass die Nachricht infolge der durch den Nutzer mittels Einloggens vorgenommenen Öffnung der Internetseite seines E-Mail-Accounts vom Betreiber des Adservers in Echtzeit in die Inbox der E-Mail-Accountseite übermittelt und dort dem Nutzer dieses E-Mail-Accounts angezeigt wurde
  - Über öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst weitergeleitet (+)
    - E-Mail-Dienst ist ein elektronischer Kommunikationsdienst
- EuGH (GRUR 2022, 87 - StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz; auf Vorlage des BGH):  
Einblendung von Werbenachrichten in der Inbox eines Nutzers eines E-Mail-Dienstes in einer Form, die der einer tatsächlichen E-Mail ähnlich ist, und an derselben Stelle wie eine solche E-Mail, eine „Verwendung (...) elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung“

Urteil vom 13. Januar 2022 – I ZR 25/19 – Inbox-Werbung II

- Inbox-Werbung ist Direktwerbung iSd RL
  - Direktwerbung wird bezweckt, wenn mit der Nachricht ein kommerzielles Ziel verfolgt wird und sie sich direkt und individuell an einen Verbraucher richtet (EuGH (GRUR 2022, 87 - StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz))
  - Werbung richtete sich zudem direkt und individuell an einen Verbraucher, weil sie in Form einer E-Mail direkt in der Inbox des privaten E-Mail-Postfachs des betreffenden Nutzers erschien (vgl. EuGH, GRUR 2022, 87 Rn. 48 - StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz)
    - Zufallsauswahl steht nicht entgegen, da Adressaten als Nutzer eines bestimmten E-Mail-Postfachs individualisiert sind, weil der Nutzer erst Zugang zu seiner Inbox erhält, nachdem er seine Anmeldedaten und sein Passwort eingegeben hat (vgl. EuGH, GRUR 2022, 87 Rn. 50 f. - StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz)

Urteil vom 13. Januar 2022 – I ZR 25/19 – Inbox-Werbung II

- Nutzer hat nicht eingewilligt
  - Gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist die Verwendung einer elektronischen Post für die Zwecke der Direktwerbung nur bei vorheriger ausdrücklicher Einwilligung der Teilnehmer gestattet
  - Begriff der Einwilligung ist unionsrechtlich vorbestimmt
  - Art. 2 Abs. 2 Buchst. f RL 2002/58/EG: "Einwilligung" eines Nutzers oder Teilnehmers ist die Einwilligung der betroffenen Person iSd RL 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr zu verstehen.
    - Art. 2 Buchst. h RL 95/46/EG: "Einwilligung der betroffenen Person" ist jede Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, dass personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet - **aufgehoben mit Wirkung vom 25. Mai 2018 durch DSGVO**
    - Art. 4 Nr. 11 DSGVO: "Einwilligung" der betroffenen Person ist jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist.
    - Im Streitfall liegt weder nach alter noch neuer Rechtslage eine Einwilligung vor; Beklagte hat ungeachtet eines Hinweises des LG eine Einwilligung in die konkreten Werbeeinblendungen nicht substantiiert vorgetragen

## Urteil vom 13. Januar 2022 – I ZR 25/19 – Inbox-Werbung II

Leitsatz:

Eine wirksame Einwilligung in eine Inbox-Werbung (automatisierte Werbeeinblendung auf bestimmten dafür vorgesehenen Flächen in der E-Mail-Inbox des Nutzers), die eine Werbung unter Verwendung elektronischer Post im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG darstellt, liegt nicht vor, wenn der Nutzer, der eine unentgeltliche, durch Werbung finanzierte Variante eines E-Mail-Dienstes gewählt hat, sich allgemein damit einverstanden erklärt, Werbeeinblendungen zu erhalten, um kein Entgelt für die Nutzung des E-Mail-Dienstes zahlen zu müssen. Erforderlich ist vielmehr, dass der betroffene Nutzer vor einer Einwilligungserklärung klar und präzise über die genauen Modalitäten der Verbreitung einer solchen Werbung und insbesondere darüber informiert wird, dass Werbenachrichten in der Liste der empfangenen privaten E-Mails angezeigt werden. (

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

**Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum  
Wettbewerbsrecht**

**Forum Wettbewerbsrecht**

**Wien, 28. November 2022**

**Jörn Feddersen, Richter am Bundesgerichtshof**