

# Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

mit PAngV

Herausgegeben von

**Prof. Dr. Wolfgang Büscher,**  
Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof i.R.

## Leseprobe

Carl Heymanns Verlag 2024

# Bearbeiter

Herausgegeben von

**Prof. Dr. Wolfgang Büscher,**  
*Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof i.R.*

Bearbeitet von

**Prof. Dr. Hans-Jürgen Ahrens,**  
*Universitätsprofessor, Universität Osnabrück, Richter am Oberlandesgericht Celle a.D.*  
§ 12 Abs. 2, Abs. 3, Abs. 4; § 12 Anh. I A.–C., E.–H.; § 12 Anh. II; § 13; § 13a; Vor  
§ 14, § 14; § 15; § 15a

**Prof. Dr. Wolfgang Büscher,**  
*Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof i.R.*  
Einl. B., D. I., II.; § 1; § 3 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3; § 4a; § 5, § 5a, § 5b, § 5c; § 7, § 7a;  
Anh. (zu § 3 Abs. 3) Nr. 1–3, 5–9, 11–27, 29–32

**Thomas Franzke,**  
*Richter am Oberlandesgericht Hamm*  
§ 2 Abs. 1 Nr. 2; § 16; § 19; § 20

**Dr. Martin Hohlweck,**  
*Richter am Oberlandesgericht Köln*  
Einl. A.; §§ 8–11; PreisAngV: § 13; § 15, § 16, Anlage (zu § 16), § 17, § 18, § 19

**Celso Lopez Ramos,**  
*Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Hamm*  
§ 6

**Dr. Asmus Maatsch,**  
*Richter am Bundesgerichtshof*  
§ 2 Abs. 1 Nr. 3, 5–10; Vorbem. § 4; § 4 Nr. 1, 2

**Lars Meinhardt,**  
*Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht München*  
§ 3a

**Prof. Dr. Mary-Rose McGuire,**  
*Universitätsprofessorin, Universität Osnabrück*  
Einl. C.

**Dr. Stefan Schilling,**  
*Richter am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg*  
§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 11; § 2 Abs. 2; § 3 Abs. 4; PreisAngVO: Einl.; §§ 1–12; § 14; § 20

**Michael Schmidt,**  
*Vorsitzender Richter am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg*  
§ 12 Abs. 1; § 12 Anh. I D.

## Bearbeiter

---

**Dr. Jan Tolkmitt,**  
*Richter am Bundesgerichtshof*  
Einl. D. III., IV.

**Annette Wille,**  
*Richterin am Bundesgerichtshof*  
§ 2 Abs. 1 Nr. 4; § 4 Nr. 3, 4; Anh. (zu § 3 Abs. 3) Nr. 4, 10, 28

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Bearbeiter . . . . .	VII
Benutzungshinweise . . . . .	IX
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XV
Literaturverzeichnis . . . . .	XXV

## Kommentar

<b>Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)</b> . . . . .	3
<b>Einleitung</b> . . . . .	31
§ 1 Zweck des Gesetzes; Anwendungsbereich . . . . .	184
§ 2 Begriffsbestimmungen . . . . .	232
§ 2 Abs. 1 Nr. 1 Begriffsbestimmungen: geschäftliche Entscheidung . . . . .	233
§ 2 Abs. 1 Nr. 2 Begriffsbestimmungen: geschäftliche Handlung . . . . .	238
§ 2 Abs. 1 Nr. 3 Begriffsbestimmungen: Marktteilnehmer . . . . .	283
§ 2 Abs. 1 Nr. 4 Begriffsbestimmungen: Mitbewerber . . . . .	285
§ 2 Abs. 1 Nr. 5 Begriffsbestimmungen: Nachricht . . . . .	301
§ 2 Abs. 1 Nr. 6 Begriffsbestimmungen: Online-Marktplatz . . . . .	308
§ 2 Abs. 1 Nr. 7 Begriffsbestimmungen: Ranking . . . . .	312
§ 2 Abs. 1 Nr. 8 Begriffsbestimmungen: Unternehmer . . . . .	314
§ 2 Abs. 1 Nr. 9 Begriffsbestimmungen: unternehmerische Sorgfalt . . . . .	324
§ 2 Abs. 1 Nr. 10 Begriffsbestimmungen: Verhaltenskodex . . . . .	331
§ 2 Abs. 1 Nr. 11 Begriffsbestimmungen: wesentliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers . . . . .	338
§ 2 Abs. 2 Definitionen: Verbraucherbegriff . . . . .	345
§ 3 Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen . . . . .	353
§ 3a Rechtsbruch . . . . .	428
§ 4 Mitbewerberschutz . . . . .	678
§ 4 Nr. 1 Mitbewerberschutz – Mitbewerberherabsetzung . . . . .	680
§ 4 Nr. 2 Mitbewerberschutz – Anschwärzung . . . . .	728
§ 4 Nr. 3 Mitbewerberschutz – Nachahmung . . . . .	764
§ 4 Nr. 4 Mitbewerberschutz – Gezielte Behinderung . . . . .	821
§ 4a Aggressive geschäftliche Handlungen . . . . .	891
§ 5 Irreführende geschäftliche Handlungen (Fassung vom 08.10.2023, gültig ab 13.10.2023) . . . . .	967
§ 5 Irreführende geschäftliche Handlungen (Fassung gültig bis 12.10.2023) . . . . .	968
§ 5a Irreführung durch Unterlassen . . . . .	1207
§ 5b Wesentliche Informationen . . . . .	1283
§ 5c Verbotene Verletzung von Verbraucherinteressen durch unlautere geschäftliche Handlungen . . . . .	1336
§ 6 Vergleichende Werbung . . . . .	1340
§ 7 Unzumutbare Belästigungen . . . . .	1448
§ 7a Einwilligung in Telefonwerbung . . . . .	1539

# Inhaltsverzeichnis

---

§ 8	Beseitigung und Unterlassung (Fassung vom 08.10.2023, gültig ab 13.10.2023) . . . . .	1547
§ 8a	Anspruchsberechtigte bei einem Verstoß gegen die Verordnung (EU) 2019/1150 . . . . .	1667
§ 8b	Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände (Fassung vom 08.10.2023, gültig ab 13.10.2023). . . . .	1668
§ 8c	Verbot der missbräuchlichen Geltendmachung von Ansprüchen; Haftung. . .	1678
§ 9	Schadensersatz . . . . .	1703
§ 10	Gewinnabschöpfung (Fassung vom 08.10.2023, gültig ab 13.10.2023). . . .	1768
§ 11	Verjährung . . . . .	1781
§ 12	Einstweiliger Rechtsschutz; Veröffentlichungsbefugnis; Streitwertminderung .	1819
§ 12 Anh. I . . . . .	2065	
§ 12 Anh. II Zwangsvollstreckung . . . . .	2216	
§ 13	Abmahnung; Unterlassungsverpflichtung; Haftung . . . . .	2256
§ 13a	Vertragsstrafe . . . . .	2311
Vorbemerkung zu § 14 Internationale Zuständigkeit, Rechtsweg. . . . .		2321
§ 14	Sachliche und örtliche Zuständigkeit; Verordnungsermächtigung . . . . .	2350
§ 15	Einigungsstellen . . . . .	2368
§ 15a	Überleitungsvorschrift zum Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs . . .	2387
§ 16	Strafbare Werbung. . . . .	2392
§ 17	(weggefallen) . . . . .	2408
§ 18	(weggefallen) . . . . .	2408
§ 19	Bußgeldvorschriften bei einem weitverbreiteten Verstoß und einem weitverbreiteten Verstoß mit Unions-Dimension . . . . .	2409
§ 20	Bußgeldvorschriften (Fassung vom 08.10.2023, gültig ab 13.10.2023) . . . .	2413
Anhang (zu § 3 Absatz 3) . . . . .		2418

## Preisangabenverordnung (PAngV) . . . . . 2589

<b>Einleitung PAngV . . . . .</b>		<b>2589</b>
§ 1	Anwendungsbereich; Grundsatz . . . . .	2617
§ 2	Begriffsbestimmungen . . . . .	2632
§ 3	Pflicht zur Angabe des Gesamtpreises . . . . .	2635
§ 4	Pflicht zur Angabe des Grundpreises . . . . .	2656
§ 5	Mengeneinheit für die Angabe des Grundpreises . . . . .	2666
§ 6	Preisangaben bei Fernabsatzverträgen . . . . .	2667
§ 7	Rückerstattbare Sicherheit . . . . .	2671
§ 8	Preisangaben mit Änderungsvorbehalt; Reisepreisänderungen . . . . .	2677
§ 9	Preisermäßigungen . . . . .	2679
§ 10	Preisangaben im Handel. . . . .	2681
§ 11	Zusätzliche Preisangabenpflicht bei Preisermäßigungen für Waren . . . . .	2688
§ 12	Preisangaben für Leistungen . . . . .	2693
§ 13	Gaststätten, Beherbergungsbetriebe . . . . .	2698
§ 14	Elektrizität, Gas, Fernwärme und Wasser . . . . .	2701
§ 15	Tankstellen, Parkplätze. . . . .	2706
§ 16	Verbraucherdarlehen . . . . .	2708
Anlage (zu § 16 PAngV) Berechnung des effektiven Jahreszinses . . . . .		2715
§ 17	Werbung für Verbraucherdarlehen . . . . .	2719
§ 18	Überziehungsmöglichkeiten . . . . .	2725

§ 19	Entgeltliche Finanzierungshilfen . . . . .	2726
§ 20	Ordnungswidrigkeiten . . . . .	2728
<b>Anhänge</b>		<b>2731</b>
Anhang 1	Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarkt-internen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) (Text von Bedeutung für den EWR) . . . . .	2733
Anhang 2	Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung (kodifizierte Fassung) (Text von Bedeutung für den EWR). . . . .	2758
Anhang 3	VERORDNUNG (EU) 2019/1150 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (Text von Bedeutung für den EWR). . . . .	2769
Anhang 4	RICHTLINIE (EU) 2020/1828 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 25. November 2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG (Text von Bedeutung für den EWR) . . . . .	2806
Anhang 5	Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz – UKlaG) . . . . .	2847
Anhang 6	Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) . . . . .	2868
	Entscheidungsregister . . . . .	2879
	Stichwortverzeichnis . . . . .	3055

führende und vergleichende Werbung getreten ist – nicht falsch, mehrdeutig oder irreführend sein dürfen.<sup>797</sup>

## 2. Gesundheitsbezogene Angaben (Art. 10 HCVO)

### a) Voraussetzungen, Marktverhaltensregelung

- 414 Nach Art. 10 (1) HCVO sind gesundheitsbezogene Angaben verboten, sofern sie nicht den allgemeinen Anforderungen in Kapitel II (Art. 3 ff.) und den speziellen Anforderungen in Kapitel IV der Verordnung (Art. 10 ff. HCVO) entsprechen, gemäß der Verordnung zugelassen und in die Liste der zugelassenen Angaben gem. Art. 13 und 14 HCVO aufgenommen sind. Diese Anforderungen müssen kumulativ erfüllt werden.<sup>798</sup>
- 415 Besondere Bedeutung kommt dabei dem Anforderungskatalog in Art. 3 (2) HCVO zu, der verschiedene Anforderungen an nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben i.S. der HCVO enthält. So dürfen diese Angaben nicht falsch, mehrdeutig oder irreführend sein, wobei hierdurch die ohnehin bestehenden allgemeinen Regelungen über den Täuschungsschutz bzw. die irreführende Werbung nicht verdrängt, sondern ergänzt werden.<sup>799</sup> Weiter dürfen nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben nicht erklären, suggerieren oder auch nur mittelbar zum Ausdruck bringen, dass eine ausgewogene und abwechslungsreiche Ernährung generell nicht die erforderlichen Mengen an Nährstoffen liefern kann – was aber nicht bedeutet, dass Angaben, die lediglich eine Ernährungssituation darstellen, verboten wären, wenn diese Angaben nicht zugleich zum Ausdruck bringen, dass die Ernährung generell nicht die erforderlichen Mengen an Nährstoffen liefern kann.<sup>800</sup>
- 416 Bei der Bestimmung des Art. 10 HCVO handelt es sich um eine Marktverhaltensregelung i.S. des § 3a UWG, deren Verletzung nach Ansicht des Bundesgerichtshofs ohne weiteres geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Mitbewerbern und Verbrauchern spürbar zu beeinträchtigen.<sup>801</sup> Ob diese Aussage in ihrer Allgemeinheit haltbar ist, ist durchaus diskutabel. Wenn der Unionsverordnungsgeber andererseits explizit zum Ausdruck bringt, dass gesundheitsbezogene Angaben i.S.v. Art. 10 HCVO verboten sein sollen, sofern sie nicht die dort genannten Voraussetzungen erfüllen, sollte eine Verneinung einer spürbaren Beeinträchtigung nicht vorschnell erfolgen, weil dies zum einen das strikte Verbot untergraben würde und zum anderen das Vertrauen der Verbraucher darin, dass gesundheitsbezogene Angaben *sämtliche* an sie gestellten Anforderungen erfüllen, stets Berücksichtigung finden sollte.

797 BGH, 12.02.2015, I ZR 36/11, GRUR 2015, 403 Rn. 18 – *Monsterbacke II*.

798 BGH, 10.03.2016, I ZR 180/15, MD (VSW) 2016, 629 Rn. 5 – *Dieses Produkt macht schlau*.

799 BGH, 02.06.2022, I ZR 93/21, WRP 2022, 1253 Rn. 20 – *7 x mehr*.

800 BGH, 02.06.2022, I ZR 93/21, WRP 2022, 1253 Rn. 33 – *7 x mehr*.

801 BGH, 07.04.2016, I ZR 81/15, GRUR 2016, 1200 Rn. 12 – *Repair-Kapseln*.

**b) Kommerzielle Mitteilung oder Werbung**

Die HCVO, und damit auch Art. 10, gilt nach Art. 1 (2) 1 für nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben, die in kommerziellen Mitteilungen bei der Kennzeichnung und Aufmachung von oder bei der Werbung für Lebensmittel gemacht werden, die als solche an den Endverbraucher abgegeben werden sollen. Nach Art. 2 (2) Nr. 1 HCVO bezeichnet der Begriff »Angabe« in dieser Verordnung jede Aussage oder Darstellung, die nach dem Unionsrecht oder den nationalen Vorschriften nicht obligatorisch ist, einschließlich Darstellungen durch Bilder, grafische Elemente oder Symbole in jeder Form, und mit der erklärt, suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Lebensmittel besondere Eigenschaften besitzt. Mit dieser Formulierung will der Gesetzgeber alle in der Etikettierung und Bewerbung von Lebensmitteln in irgendeiner Weise zum Ausdruck gebrachten Hinweise auf besondere Eigenschaften der betreffenden Lebensmittel erfassen.<sup>802</sup> Erfasst sind daher neben der Produktgestaltung selber und Werbeanzeigen auch Aussagen auf dem Internetauftritt des Herstellers oder in einem »Newsletter«.<sup>803</sup>

Art. 1 (2) HCVO trifft keine näheren Angaben zum Adressaten der kommerziellen Mitteilung und unterscheidet nicht danach, ob es sich um einen Endverbraucher oder einen Angehörigen medizinischer Fachkreise handelt. Daher muss lediglich die Ware selbst für den Verbraucher bestimmt sein, nicht jedoch die Mitteilung, deren Gegenstand sie bildet. Die HCVO gilt daher auch für nährwert- oder gesundheitsbezogene Angaben in kommerziellen Mitteilungen, die ausschließlich an medizinische Fachkreise gerichtet sind.<sup>804</sup>

**c) Lebensmittel**

Die HCVO gilt für Lebensmittel. Für diesen Begriff gelten die Begriffsbestimmungen in Art. 2 und 3 Nr. 3, 8 und 18 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit (Lebensmittel-Basis-VO). Nach Art. 2 Satz 1 dieser Verordnung sind Lebensmittel alle Stoffe oder Erzeugnisse, die dazu bestimmt sind oder von denen nach vernünftigem Ermessen erwartet werden kann, dass sie in verarbeitetem, teilweise verarbeitetem oder unverarbeitetem Zustand von Menschen aufgenommen werden. Lebensmittel sind auch Nahrungsergänzungsmittel, da diese nach Art. 2 lit. a der Richtlinie 2002/46/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Nahrungsergänzungsmittel spezielle Lebensmittel sind.<sup>805</sup> Nach Art. 2 (2) lit. d

802 BGH, 24.07.2014, I ZR 221/12, GRUR 2014, 1013 Rn. 22 – *Original Bach-Blüten*.

803 BGH, 07.04.2016, I ZR 81/15, GRUR 2016, 1200 Rn. 15 – *Repair-Kapseln*.

804 EuGH, 14.07.2016, C-19/15, GRUR 2016, 1090 Rn. 31 f. – *Verband Sozialer Wettbewerb/Innova Vital*.

805 BGH, 07.04.2016, I ZR 81/15, GRUR 2016, 1200 Rn. 15 ff. – *Repair-Kapseln*.

der Verordnung Nr. 178/2002 gehören »Arzneimittel« dagegen nicht zu den Lebensmitteln. Ein Produkt kann nicht gleichzeitig Arznei- und Lebensmittel sein.<sup>806</sup>

#### d) Gesundheitsbezug

- 420 Erfasst werden »Angaben«, durch die erklärt, suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Lebensmittel besondere Eigenschaften besitzt. Es sollen alle in der Etikettierung und Bewerbung von Lebensmitteln in irgendeiner Weise zum Ausdruck gebrachten Hinweise auf besondere Eigenschaften der betreffenden Lebensmittel erfasst werden. Der Anwendungsbereich der HCVO wird daher dadurch eröffnet, dass über bestimmte Lebensmittel Aussagen erfolgen oder Darstellungen gegeben werden, die bei einem normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher den Eindruck hervorrufen können, ein Lebensmittel besitze besondere Eigenschaften.<sup>807</sup>
- 421 Es genügt, wenn auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Zusammenhang zwischen einer Lebensmittelkategorie, einem Lebensmittel oder einem seiner Bestandteile einerseits und der Gesundheit andererseits besteht. Der Begriff »Zusammenhang« ist dabei weit zu verstehen. Der Begriff »gesundheitsbezogene Angabe« erfasst jeden Zusammenhang, der eine Verbesserung des Gesundheitszustands dank des Verzehrs des Lebensmittels impliziert. Darüber hinaus wird jeder Zusammenhang erfasst, der impliziert, dass für die Gesundheit negative oder schädliche Auswirkungen, die in anderen Fällen mit einem solchen Verzehr einhergehen oder sich ihm anschließen, fehlen oder geringer ausfallen. Dabei sind sowohl die vorübergehenden und flüchtigen Auswirkungen als auch die kumulativen Auswirkungen des wiederholten und längerfristigen Verzehrs eines bestimmten Lebensmittels auf den körperlichen Zustand zu berücksichtigen.<sup>808</sup> Daher genügt die Bewerbung eines Produkts mit der Aussage »so wichtig wie das tägliche Glas Milch« im Hinblick auf die verbreitete Meinung, Kinder und Jugendliche sollten täglich ein Glas Milch trinken, um einen ausreichenden Zusammenhang zwischen dem beworbenen Produkt und der Gesundheit der Verbraucher herzustellen.<sup>809</sup> Auch die Bezeichnung eines Produkts (Kräutertee) mit dem Zusatz »Detox« kann als »Entgiftung« verstanden werden und ist dann eine gesundheitsbezogene Angabe.<sup>810</sup>
- 422 Vor dem Hintergrund dieser neueren Rechtsprechung ist die zunächst vom Bundesgerichtshof gestellte Frage, ob Aussagen betreffend das »allgemeinen Wohlbefinden« in Abgrenzung zum »gesundheitsbezogenen Wohlbefinden« nicht unter die HCVO fallen,<sup>811</sup> überholt. Wenn bereits eine nur flüchtige Auswirkung auf den körperlichen Zustand auch nur in dem Sinn, dass eine negative Folge ausbleibt, genügt, um den

806 EuGH, 23.11.2016, C-177/15, GRUR 2017, 100 Rn. 41 f. – *Nelsons*.

807 BGH, 09.10.2014, I ZR 162/13, GRUR 2015, 498 Rn. 19 – *Combiotik*.

808 BGH, 26.02.2014, I ZR 178/12, GRUR 2014, 500 Rn. 16 – *Praebiotik*.

809 BGH, 12.02.2015, I ZR 36/11, GRUR 2015, 403 Rn. 34 – *Monsterbacke II*.

810 BGH, 29.03.2017, I ZR 71/16, MD (VSW) 2017, 578 Rn. 9 ff. – *Detox*.

811 BGH, 13.01.2011, I ZR 22/09, GRUR 2011, 246 Rn. 9 – *Gurktaler Kräuterlikör*.

Gesundheitsbezug herzustellen,<sup>812</sup> sind kaum noch Aussagen denkbar, die lediglich einen Bezug auf das »allgemeine« Wohlbefinden aufweisen.<sup>813</sup> Demzufolge handelt es sich bei der Bewerbung eines Bieres als »bekömmlich« um eine gesundheitsbezogene und damit gemäß Art. 4 (3) Satz 1 HCVO unzulässige Angabe.<sup>814</sup> Angaben über die Dauer und das Ausmaß einer Gewichtsabnahme gelten im Hinblick auf Art. 12 lit. b) bereits von Gesetzes wegen als gesundheitsbezogene Angaben, selbst wenn sie keinen Zusammenhang zur Gesundheit zum Ausdruck bringen.<sup>815</sup> Zudem erwartet der Verkehr von einer Gewichtsabnahme regelmäßig einen positiven Einfluss auf die Gesundheit.<sup>816</sup>

Die Frage, ob sich eine Angabe auf die Gesundheit bezieht, ist anhand der in Art. 13 (1), 14 (1) HCVO aufgeführten Fallgruppen zu beurteilen. Nach Art. 13 (1) HCVO zählen Angaben, die die Bedeutung eines Nährstoffs oder einer anderen Substanz für Wachstum, Entwicklung und Körperfunktionen (lit. a) oder die psychischen Funktionen oder Verhaltensfunktionen (lit. b) beschreiben oder darauf verweisen, zu den gesundheitsbezogenen Angaben. Aussagen zur Bedeutung von Substanzen für den Zustand von Haut, Haaren und Fingernägeln sind in die Liste der zugelassenen gesundheitsbezogenen Angaben gemäß Art. 13 der Verordnung (EU) 432/2012<sup>817</sup> aufgenommen worden. Daraus folgt, dass es sich auch bei solchen Aussagen um gesundheitsbezogene Angaben handelt.<sup>818</sup> Nach Art. 14 lit. b HCVO gehören ferner Angaben über die Entwicklung und die Gesundheit von Kindern zu den gesundheitsbezogenen Angaben.<sup>819</sup> Der Gesundheitsbegriff umfasst auch das seelische Gleichgewicht. Dies folgt daraus, dass Art. 13 (1) lit. b HCVO auch Angaben erfasst, die auf psychische Funktionen oder Verhaltensfunktionen Bezug nehmen.<sup>820</sup>

Nach Erwägungsgrund 16 der HCVO kommt es darauf an, wie Angaben über Lebensmittel vom Verbraucher verstanden werden. Dabei ist vom normal informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher auszugehen. Es gilt kein statistischer, sondern ein normativer Maßstab, nach dem die nationalen Gerichte und Verwaltungsbehörden gehalten sind, von ihrer eigenen Urteilsfähigkeit unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auszugehen. Daher liegt eine gesundheitsbezogene Angabe auch dann vor, wenn nach dem Verständnis des Durchschnittsverbrauchers, das naturgemäß auch durch Vorerwartungen und Kennt-

812 Vgl. EuGH, 06.09.2012, C-544/10, GRUR 2012, 1161 Rn. 38 ff. – *Deutsches Weintor*.

813 Büscher, GRUR 2013, 969, 976.

814 BGH, 17.05.2018, I ZR 252/16, GRUR 2018, 1266 Rn. 37 ff. – *Bekömmliches Bier*.

815 Hagenmeyer, WRP 2019, 422 Rn. 24.

816 OLG Hamburg, 22.12.2021, 3 U 50/21, juris Rn. 43 – *Fatburner*.

817 Verordnung (EU) Nr. 432/2012 der Kommission zur Festlegung einer Liste zulässiger anderer gesundheitsbezogener Angaben über Lebensmittel als Angaben über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos sowie die Entwicklung und die Gesundheit von Kindern.

818 BGH, 07.04.2016, I ZR 81/15, GRUR 2016, 1200 Rn. 21 – *Repair-Kapseln*.

819 BGH, 10.12.2015, I ZR 222/13, GRUR 2016, 412 Rn. 22 – *Lernstark*.

820 BGH, 24.07.2014, I ZR 221/12, GRUR 2014, 1013 Rn. 23 – *Original Bach-Blüten*.

nisse geprägt wird, ein Zusammenhang zwischen dem Bestandteil eines Lebensmittels und dem Gesundheitszustand des Konsumenten suggeriert wird.<sup>821</sup> Zu berücksichtigen ist der gesamte Zusammenhang der Aussage, insbesondere auch die Aufmachung und Präsentation des Produkts.<sup>822</sup> Daher können auch Bestandteile, die isoliert als Herkunftshinweis verstanden werden könnten, diesen Zusammenhang begründen, wenn sie aus Sicht des Verbrauchers auch einen beschreibenden Bezug auf den körperlichen Zustand haben (wie es bei »Praebiotik® + Probiotik®« der Fall ist).<sup>823</sup>

- 425 Allein der Umstand, dass auf der Produktverpackung eine Dosierungsanleitung angebracht ist, weist allerdings noch nicht darauf hin, dass die in der Verpackung enthaltenen Mittel besondere Eigenschaften besitzen, da auch Nahrungsergänzungsmittel in dosierter Form abzugeben sind (vgl. Art. 2 lit. a der Richtlinie 2002/46/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Nahrungsergänzungsmittel).<sup>824</sup> Ebenfalls nicht zu berücksichtigen sind Verkaufsmodalitäten wie der Verkauf in einer Apotheke, da die HCVO ausschließlich produktbezogene Regelungen enthält.<sup>825</sup>
- 426 Der in Art 14 (1) lit. b HCVO verwendete Begriff »Angaben über die Entwicklung und Gesundheit von Kindern« ist in der Verordnung nicht definiert. Sein Inhalt ist daher nach seinem Wortlaut unter Berücksichtigung des Regelungszusammenhangs und des mit der Regelung verfolgten Zwecks zu ermitteln. Danach kommen als Angaben über die Entwicklung und die Gesundheit von Kindern zunächst solche in Betracht, die ausdrücklich einen Zusammenhang zwischen dem Verzehr eines Lebensmittels oder eines seiner Bestandteile und einer Funktion des kindlichen Organismus behaupten. Zu den Angaben über die Entwicklung und die Gesundheit von Kindern zählen darüber hinaus auf die Gesundheit oder die Entwicklung bezogene Angaben, mit denen Lebensmittel beworben werden, die insbesondere zum Verzehr durch Kinder bestimmt sind, wobei es nicht erforderlich ist, dass sie ausschließlich für Kinder bestimmt sind. Die Abbildung eines Mädchens auf dem Produkt, zusammen mit Angaben wie »lernstark« und »mit Eisen ... zur Unterstützung der Konzentrationsfähigkeit« kann das Verständnis nahelegen, dass das Produkt einen Bezug zur Gesundheit von Kindern hat (Art. 14 [1] lit. b HCVO).<sup>826</sup> Eine ausdrückliche Verwendung des Ausdrucks »Kinder« oder die Abbildung eines Kindes sind nicht erforderlich.<sup>827</sup>
- 427 Eine Aussage oder eine Darstellung stellt nur dann eine Angabe über ein Lebensmittel dar, wenn mit ihr zumindest mittelbar zum Ausdruck gebracht wird, dass das Lebensmittel eine besondere Eigenschaft besitzt. Eine solche Angabe liegt dann nicht vor, wenn eine Aussage oder Darstellung aus der Sicht der angesprochenen Verbraucher

821 BGH, 26.02.2014, I ZR 178/12, GRUR 2014, 500 Rn. 17 f. – *Praebiotik*.

822 BGH, 10.12.2015, I ZR 222/13, GRUR 2016, 412 Rn. 44 – *Lernstark*.

823 BGH, 26.02.2014, I ZR 178/12, GRUR 2014, 500 Rn. 21 – *Praebiotik*.

824 BGH, 24.07.2014, I ZR 221/12, GRUR 2014, 1013 Rn. 27 – *Original Bach-Blüten*.

825 BGH, 24.07.2014, I ZR 221/12, GRUR 2014, 1013 Rn. 28 – *Original Bach-Blüten*.

826 BGH, 10.12.2015, I ZR 222/13, GRUR 2016, 412 Rn. 42 – *Lernstark*.

827 BGH, 10.12.2015, I ZR 222/13, GRUR 2016, 412 Rn. 37 ff. – *Lernstark*.

lediglich auf eine **gattungsbezogene Eigenschaft** eines Lebensmittels hinweist, die alle Lebensmittel der angesprochenen Gattung besitzen. In einem solchen Fall fehlt der Aussage oder Darstellung die Lenkungswirkung, deren Regulierung die Beschränkungen rechtfertigt, die die HCVO hinsichtlich der Verwendung nährwert- und gesundheitsbezogener Angaben vorsieht. Informationen über Eigenschaften eines Lebensmittels stellen daher auch dann, wenn sie sich auf Nährstoffe oder andere Substanzen beziehen, keine Angaben Art. 2 (2) Nr. 1 HCVO dar, wenn mit ihnen keine besonderen Eigenschaften des Lebensmittels herausgestellt, sondern lediglich objektive Informationen über die Beschaffenheit oder die Eigenschaften der Gattung von Lebensmitteln mitgeteilt werden, zu der das beworbene Lebensmittel gehört. Nach dem Erwägungsgrund 5 der HCVO sind von ihr allgemeine Bezeichnungen wie etwa »Digestif« oder »Hustenbonbon« auszunehmen, die traditionell zur Angabe einer Eigenschaft einer Kategorie von Lebensmitteln verwendet werden, die Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit haben können.<sup>828</sup>

Eine Aussage oder Darstellung, die dem Verbraucher lediglich vermittelt, um welche Art von Lebensmittel es sich im konkreten Fall handelt (wie die Bezeichnung »ENERGY & VODKA« für ein Getränk), stellt daher keine Angabe i.S. des Art. 2 (2) Nr. 1 HCVO dar.<sup>829</sup> Gleichmaßen wird mit der Bezeichnung »Bach-Blüten-Produkt« auch keine besondere Eigenschaft des so bezeichneten Produkts zum Ausdruck gebracht. Das gilt auch für Verbraucher, die die Bach-Blüten-Therapie kennen und darüber informiert sind, gegen welche körperlichen oder seelischen Leiden die Bach-Blüten-Präparate helfen sollen, und die deshalb wissen, dass diese Präparate das seelische Gleichgewicht wiederherstellen sollen. Für solche Verbraucher stellt die Bezeichnung »Original Bach-Blüten« zwar eine Angabe über ein Produkt dar, die Gesundheitsbezug aufweist. Sie geht aber nicht über die Information hinaus, dass das Produkt zur Gattung der »Bach-Blüten-Produkte« gehört.<sup>830</sup>

### e) Spezifische und Nichtspezifische Angaben – Abgrenzung

Nach Art. 10 (1) HCVO sind gesundheitsbezogene Angaben verboten, sofern sie nicht den allgemeinen Anforderungen in Kapitel II und den speziellen Anforderungen in Kapitel IV entsprechen, gemäß der HCVO zugelassen und in die Liste der zugelassenen Angaben gemäß den Artikeln 13 und 14 HCVO aufgenommen sind. Für Verweise auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile des Nährstoffs oder Lebensmittels für die Gesundheit im Allgemeinen oder das gesundheitsbezogene Wohlbefinden enthält Art. 10 (3) eine Sonderregel; sie sind nur zulässig, wenn ihnen eine in einer der Listen nach Artikel 13 oder 14 enthaltene spezielle gesundheitsbezogene Angabe beigelegt ist.

Solche Verweise auf nichtspezifische Vorteile stellen zwar ebenfalls gesundheitsbezogene Angaben i.S. des Art. 2 (2) Nr. 1 HCVO dar.<sup>831</sup> Auch mit ihnen wird erklärt, sugge-

828 BGH, 09.10.2014, I ZR 167/12, GRUR 2014, 1224 Rn. 13 – *ENERGY & VODKA*.

829 BGH, 09.10.2014, I ZR 167/12, GRUR 2014, 1224 Rn. 13 – *ENERGY & VODKA*.

830 BGH, 24.07.2014, I ZR 221/12, GRUR 2014, 1013 Rn. 22 – *Original Bach-Blüten*.

831 BGH, 17.01.2013, I ZR 5/12, GRUR 2013, 958 Rn. 11 – *Vitalpilze*.

## A. Allgemeines

### I. Schutzzweck

Der Tatbestand des § 4 Nr. 3 regelt den **lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz** 1 bzw. den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz. Wettbewerbsrechtliche Ansprüche gegen unlauteres Nachahmen einer Ware oder Dienstleistung bezwecken in erster Linie den **Schutz der individuellen Leistung des Herstellers** vor einer unlauteren Übernahme seines Leistungsergebnisses.<sup>1</sup> Daneben dienen sie dem Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb (§ 1 Satz 2).<sup>2</sup> Die Interessen der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer als Abnehmer von Produktnachahmungen sollen durch den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz nicht geschützt werden.<sup>3</sup> Dementsprechend hat der Gesetzgeber den Tatbestand des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes den Regelungen zum Mitbewerberschutz in § 4 zugeordnet.<sup>4</sup>

### II. Struktur

Im Interesse der Wettbewerbsfreiheit ist vom **Grundsatz der Nachahmungsfreiheit** 2 auszugehen.<sup>5</sup> Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz sieht keinen allgemeinen Schutz von Innovationen oder des bloßen Leistungsergebnisses gegen Nachahmungen vor.<sup>6</sup> Die Nachahmung einer Ware oder Dienstleistung ist als solche nicht nach § 4 Nr. 3 unlauter. Hinzutreten müssen besondere Begleitumstände wie die in § 4 Nr. 3 lit. a bis c geregelten Tatbestände, aufgrund derer die nachahmende Handlung des Mitbewerbers unlauter wird. Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz begründet demnach kein subjektives Recht an dem geschaffenen Leistungsergebnis, sondern kommt nur bei einer unlauteren Verwertung des Leistungsergebnisses und damit bei einem wettbewerbsrechtlich missbilligten Verhalten des nachahmenden Mitbewerbers zum Tragen.<sup>7</sup> Er bietet daher keinen Schutz vor Erfolgsunrecht, sondern Schutz vor

1 BGH, 24.05.2007, I ZR 104/04, GRUR 2007, 984 Rn. 23 – *Gartenliege*; BGH, 28.05.2009, I ZR 124/06, GRUR 2010, 80 Rn. 17 – *LIKEaBIKE*; BGH, 02.12.2015, I ZR 176/14, GRUR 2016, 730 Rn. 21 – *Herrnhuter Stern*; BGH, 26.01.2023, I ZR 15/22, GRUR 2023, 736 Rn. 13 – *KERRYGOLD*.

2 BGH, 24.05.2007, I ZR 104/04, GRUR 2007, 984 Rn. 23 – *Gartenliege*; BGH, 28.05.2009, I ZR 124/06, GRUR 2010, 80 Rn. 17 – *LIKEaBIKE*; BGH, 02.12.2015, I ZR 176/14, GRUR 2016, 730 Rn. 21 – *Herrnhuter Stern*; BGH, 26.01.2023, I ZR 15/22, GRUR 2023, 736 Rn. 13 – *KERRYGOLD*.

3 *Köhler*/Bornkamm/Fedderson, § 4 Rn. 3.2 und 3.4a.

4 Vgl. Begr. Ausschussempfehlung zu § 4 UWG-E, BT-Drucks. 18/6571, S. 14.

5 Begr. RegE zu § 4 Nr. 9 UWG 2004, BT-Drucks. 15/1487, S. 18; BGH, 04.05.2016, I ZR 58/14, BGHZ 210, 144 Rn. 77 – *Segmentstruktur*.

6 BGH, 04.05.2016, I ZR 58/14, BGHZ 210, 144 Rn. 96 – *Segmentstruktur*; BGH, 15.12.2016, I ZR 197/15, GRUR 2017, 734 Rn. 22 – *Bodendübel*.

7 BGH, 04.05.2016, I ZR 58/14, BGHZ 210, 144 Rn. 94 – *Segmentstruktur*; BGH, 15.12.2016, I ZR 197/15, GRUR 2017, 734 Rn. 74 – *Bodendübel*; BGH, 11.01.2018, I ZR 187/16, GRUR 2018, 832 Rn. 46 – *Ballerinaschuh*.

**Verhaltensunrecht**, das an die unlautere Art und Weise der Nachahmung der fremden Leistung anknüpft.<sup>8</sup>

### III. Verhältnis des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes zu anderen Bestimmungen

#### 1. Verhältnis zu anderen lauterkeitsrechtlichen Bestimmungen

##### a) Verhältnis zu § 4 Nr. 4 UWG

- 3 Nach früherer Rechtsprechung konnte eine Nachahmung auch unter dem Gesichtspunkt der gezielten **Behinderung** des Mitbewerbers unlauter sein.<sup>9</sup> Bei der gezielten Behinderung handelt es sich jedoch nicht um ein ungeschriebenes Unlauterkeitsmerkmal im Rahmen des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes nach § 4 Nr. 3, sondern um einen eigenständigen Unlauterkeitstatbestand nach § 4 Nr. 4. Unter dem Gesichtspunkt der Behinderung kann sich die Unlauterkeit einer Nachahmung daher **allein aus § 4 Nr. 4** ergeben (vgl. § 4 Nr. 4 Rdn. 4 und 64 bis 66).<sup>10</sup> Die Unlauterkeitstatbestände des § 4 Nr. 3 lit. a bis c und des § 4 Nr. 4 können allerdings ggf. nebeneinander Anwendung finden. Liegt kein Unlauterkeitstatbestand nach § 4 Nr. 3 lit. a bis c vor, kann wegen der grds. bestehenden Nachahmungsfreiheit das Nachahmen einer fremden Ware oder Dienstleistung allerdings nur ausnahmsweise und unter besonderen Umständen als gezielte Behinderung i.S. des § 4 Nr. 4 angesehen werden.<sup>11</sup>

##### b) Verhältnis zu Anh. (zu § 3 Abs. 3) Nr. 13, § 5 Abs. 1 und 2 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 UWG

- 4 Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz wegen vermeidbarer betrieblicher Herkunftstäuschung (§ 4 Nr. 3 lit. a) oder wegen unangemessener Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung (§ 4 Nr. 3 lit. b) weist Berührungspunkte zu **lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutzbestimmungen** auf. Anh. (zu § 3 Abs. 3) Nr. 13 sieht ein Verbot der absichtlichen Täuschung über die betriebliche Herkunft einer beworbenen Ware oder Dienstleistung vor. Nach § 5 Abs. 1 und 2 Nr. 1 sind irreführende Angaben über die betriebliche Herkunft einer Ware oder Dienstleistung unlauter. Gem. § 5 Abs. 3 Nr. 1 ist eine geschäftliche Handlung irreführend, wenn sie im Zusammenhang mit der Vermarktung von Waren oder Dienstleistungen eine Verwechslungsgefahr mit einer anderen Ware

8 BGH, 02.12.2015, I ZR 176/14, GRUR 2016, 730 Rn. 22 – *Herrnhuter Stern*; Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 4 Rn. 3.4; *Ohly/Sosnitza*, § 4 Rn. 3/3.

9 BGH, 11.01.2007, I ZR 198/04, GRUR 2007, 795 Rn. 50 – *Handtaschen*; BGH, 26.06.2008, I ZR 170/05, GRUR 2008, 1115 Rn. 32 – *ICON*; BGH, 27.03.2013, I ZR 9/12, GRUR 2013, 1213 Rn. 63 – *SUMO*.

10 BGH, 04.05.2016, I ZR 58/14, BGHZ 210, 144 Rn. 79 – *Segmentstruktur*; vgl. BGH, 20.09.2018, I ZR 71/17, GRUR 2019, 196 Rn. 32 – *Industrienähmaschinen*; BGH, 22.09.2021, I ZR 192/20, GRUR 2022, 160 Rn. 70 – *Flying V*.

11 BGH, 11.01.2007, I ZR 198/04, GRUR 2007, 795 Rn. 51 – *Handtaschen*; BGH, 26.06.2008, I ZR 170/05, GRUR 2008, 1115 Rn. 32 – *ICON*.

oder Dienstleistung hervorruft. Die Tatbestände des Anh. (zu § 3 Abs. 3) Nr. 13 und des § 5 bezwecken in Umsetzung der UGP-RL den Verbraucherschutz. Dagegen dient der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz nach § 4 Nr. 3 vorrangig dem Schutz der Individualinteressen des Herstellers (Rdn. 1). Der Unlauterkeitstatbestand des § 4 Nr. 3 ist daher **neben** den Unlauterkeitstatbeständen des Anh. (zu § 3 Abs. 3) Nr. 13 und des § 5 **und unabhängig von den Voraussetzungen der verbraucherschützenden Tatbestände** anwendbar.<sup>12</sup>

### c) Verhältnis zu § 6 Abs. 2 Nr. 3, 5, 6 UWG

Nach § 6 Abs. 2 ist im Rahmen der **vergleichenden Werbung** das Herbeiführen der 5 Gefahr von Verwechslungen zwischen den vomwerbenden und einem Mitbewerber angebotenen Waren oder Dienstleistungen (Nr. 3), die Herabsetzung oder Verunglimpfung der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers (Nr. 5) und die Darstellung einer Ware oder Dienstleistung als Imitation oder Nachahmung einer unter einem geschützten Kennzeichen vertriebenen Ware oder Dienstleistung (Nr. 6) unlauter. Die Werbung für eine Nachahmung kann den Tatbestand der vergleichenden Werbung erfüllen, wenn der Originalhersteller oder seine Produkte ausdrücklich<sup>13</sup> oder mittelbar<sup>14</sup> in Bezug genommen werden. In diesem Fall kann der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz neben dem Tatbestand der vergleichenden Werbung anwendbar sein.<sup>15</sup> Da es sich bei der Vorschrift des § 6 Abs. 2, der Art. 4 der Werbe-RL umsetzt, auch im Verhältnis zu Gewerbetreibenden<sup>16</sup> um vollharmonisiertes Recht handelt (vgl. Erwägungsgrund 9 Werbe-RL),<sup>17</sup> dürfen die Zulässigkeitsvoraussetzungen der vergleichenden Werbung durch § 4 Nr. 3 allerdings nicht unterlaufen werden. Daher kann wegen des **Vorrangs des Unionsrechts** eine nach § 6 Abs. 2 zulässige vergleichende Werbung nicht als nach § 4 Nr. 3 unlauter angesehen werden.<sup>18</sup>

### d) Verhältnis zu § 3 Abs. 1 UWG

Der in § 4 Nr. 3 vorgesehene Nachahmungsschutz greift nicht bereits bei der Aus- 6 nutzung eines fremden Leistungsergebnisses und der damit einhergehenden Beein-

12 BGH, 28.05.2009, I ZR 124/06, GRUR 2010, 80 Rn. 17 – *LIKEaBIKE*; BGH, 02.12.2015, I ZR 176/14, GRUR 2016, 730 Rn. 19 – *Herrnhuter Stern*; *Ohly/Sosnitza*, § 4 Rn. 3/20; Büscher, GRUR 2018, 1, 4; differenzierend *Köbler/Bornkamm/Feddersen*, § 4 Rn. 3.16a; Sack, WRP 2017, 650, 653 f.

13 EuGH, 18.06.2009, C-487/07, GRUR 2009, 756 Rn. 80 – *L'Oréal/Bellure*.

14 BGH, 06.12.2007, I ZR 169/04, GRUR 2008, 628 Rn. 21 – *Imitationswerbung*.

15 BGH, 01.10.2009, I ZR 94/07, GRUR 2010, 343 Rn. 42 – *Oracle*.

16 Vgl. EuGH, 18.06.2009, C-487/07, GRUR 2009, 756 Rn. 80 – *L'Oréal/Bellure*; EuGH, 18.11.2010, C-159/09, GRUR 2011, 159 Rn. 20 – *Lidl*; *Köbler/Bornkamm/Feddersen*, § 6 Rn. 11.

17 Vgl. Art. 8 (1) Werbe-RL; EuGH, 08.04.2003, C-44/01, GRUR 2003, 533 Rn. 44 – *Pip-pig Augenoptik*.

18 BGH, 19.05.2010, I ZR 158/08, GRUR 2011, 79 Rn. 33 – *Markenbefischen*; BGH, 28.09.2011, I ZR 48/10, GRUR 2011, 1158 Rn. 26 – *Teddybär*.

trächtigung der Möglichkeit des Herstellers ein, die Entwicklungs- und Markterschließungskosten nebst einem angemessenen Gewinn zu erwirtschaften. Erforderlich ist zusätzlich ein unlauteres Verhalten des nachahmenden Mitbewerbers, wie es in den Tatbeständen des § 4 Nr. 3 lit. a bis c geregelt ist.<sup>19</sup> Ob über die **Generalklausel des § 3 Abs. 1 ein unmittelbarer wettbewerbsrechtlicher Schutz des Leistungsergebnisses** im Hinblick auf seine wirtschaftliche Verwertung gewährt werden kann, wenn kein Unlauterkeitsstatbestand nach § 4 Nr. 3 lit. a bis c gegeben ist (dazu § 3 Abs. 1 Rdn. 70 ff.), ist höchstrichterlich noch nicht geklärt.<sup>20</sup>

- 7 Nach der Rspr. des BGH kommt ein **unmittelbarer Leistungsschutz allenfalls** in Betracht, wenn das durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Interesse des Herstellers an der wirtschaftlichen Verwertung seines Leistungsergebnisses gegenüber der Wettbewerbsfreiheit und damit den Interessen der Allgemeinheit sowie gegenüber den ebenfalls durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Interessen des Nachahmenden überwiegt.<sup>21</sup> Der BGH hat ein unmittelbares wettbewerbsrechtliches Leistungsschutzrecht nicht ausgeschlossen, wenn der Hersteller erhebliche Investitionen in das Leistungsergebnis getätigt hat und die Erbringung sowie der Bestand des Leistungsergebnisses ansonsten ernsthaft in Gefahr gerieten.<sup>22</sup> Insoweit muss die Gefahr eines Marktversagens, d.h. die Gefahr bestehen, dass ohne die Gewährung des Rechtsschutzes weder der Originalhersteller noch Mitbewerber in den betreffenden Markt investieren.<sup>23</sup>
- 8 Für den unmittelbaren Schutz eines auf eine stetige Ergänzung oder Erweiterung ausgerichteten Produkts gegen das Einschleichen einer Nachahmung in eine fremde Serie<sup>24</sup> oder für den unmittelbaren Schutz einer Modeneuheit vor Nachahmungen innerhalb eines begrenzten Zeitraums, z.B. während einer Modesaison,<sup>25</sup> besteht nach der neueren Rspr. des BGH kein Anlass mehr. Die gewerblichen Schutzrechte (insb. die drei-

19 BGH, 04.05.2016, I ZR 58/14, BGHZ 210, 144 Rn. 94 und 96 – *Segmentstruktur*.

20 Vgl. BGH, 28.10.2010, I ZR 60/09, BGHZ 187, 255 Rn. 19 – *Hartplatzhelden.de*; BGH, 19.11.2015, I ZR 149/14, GRUR 2016, 725 Rn. 24 – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm II*; BGH, 04.05.2016, I ZR 58/14, BGHZ 210, 144 Rn. 97 – *Segmentstruktur*.

21 BGH, 28.10.2010, I ZR 60/09, BGHZ 187, 255 Rn. 25 – *Hartplatzhelden.de*; BGH, 19.11.2015, I ZR 149/14, GRUR 2016, 725 Rn. 25 – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm II*; BGH, 04.05.2016, I ZR 58/14, BGHZ 210, 144 Rn. 97 – *Segmentstruktur*.

22 BGH, 28.10.2010, I ZR 60/09, BGHZ 187, 255 Rn. 25 – *Hartplatzhelden.de*; BGH, 19.11.2015, I ZR 149/14, GRUR 2016, 725 Rn. 26 – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm II*.

23 BGH, 19.11.2015, I ZR 149/14, GRUR 2016, 725 Rn. 28 – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm II*.

24 BGH, 04.05.2016, I ZR 58/14, BGHZ 210, 144 Rn. 95 f. – *Segmentstruktur*; anders noch BGH, 06.11.1963, Ib ZR 37/62, BGHZ 41, 55 und 58 f. – *Klemmbausteine*; BGH, 07.05.1992, I ZR 163/90, GRUR 1992, 619, 620 – *Klemmbausteine II*.

25 BGH, 04.05.2016, I ZR 58/14, BGHZ 210, 144 Rn. 95 f. – *Segmentstruktur*; anders noch BGH, 19.01.1973, I ZR 39/71, BGHZ 60, 168, 170 f. – *Modeneuheit*; BGH, 10.11.1983, I ZR 158/81, GRUR 1984, 453, 453 f. – *Hemdblusenkleid*; BGH, 06.11.1997, I ZR 102/95, GRUR 1998, 477, 479 f. – *Trachtenanker*.

dimensionale Warenformmarke, das eingetragene Design oder das Gemeinschaftsgeschmacksmuster) bieten insoweit ausreichende Schutzmöglichkeiten.<sup>26</sup>

Ein **Schutz des Leistungsergebnisses** als solches sollte **über die Generalklausel** des § 3 Abs. 1 auch **ansonsten nicht** gewährt werden. Anderenfalls würde richterrechtlich ein Leistungsschutzrecht geschaffen, das dem Hersteller – abweichend von dem in § 4 Nr. 3 geregelten Verhaltensunrecht (Rdn. 2) – ein ausschließliches Recht zur Verwertung des geschaffenen Leistungsergebnisses zuwiese. Auf diese Weise würde über das Wettbewerbsrecht faktisch ein weiteres gewerbliches Schutzrecht geschaffen, für das angesichts der bestehenden Immaterialgüterrechte kein Bedarf besteht.<sup>27</sup>

## 2. Verhältnis zum Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen

Wer den Tatbestand des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes wegen unredlicher Erlangung für die Nachahmung erforderlicher Kenntnisse oder Unterlagen (§ 4 Nr. 3 lit. c UWG) erfüllt, kann sich zugleich ein Geschäftsgeheimnis i.S. des § 2 Nr. 1 GeschGehG zunutze gemacht und dadurch gegen ein Handlungsverbot nach § 4 GeschGehG verstoßen haben. In diesem Fall stehen wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche aus § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 UWG in **Anspruchskonkurrenz** zu Ansprüchen aus §§ 6, 10 GeschGehG.<sup>28</sup> Zur **Vermeidung von Wertungswidersprüchen** kann die Kenntnis von einem Geschäftsgeheimnis allerdings nicht als nach § 4 Nr. 3 lit. c UWG unredlich angesehen werden, wenn sie aufgrund einer nach § 3 GeschGehG erlaubten Handlung, insb. eines Reverse Engineerings i.S. des § 3 Abs. 1 Nr. 2 GeschGehG, erlangt worden ist.<sup>29</sup>

## 3. Verhältnis zu Sonderschutzrechten

### a) Allgemeines

Der **lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz** bzw. wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz ist nach Schutzzweck, Voraussetzungen und Rechtsfolgen anders als die Sonderschutzrechte ausgestaltet.<sup>30</sup> Er schützt nicht wie die Immaterialgüterrechte vor Erfolgsunrecht, sondern vor **Verhaltensunrecht**. Ansprüche aus lauterkeitsrechtlichem Nachahmungsschutz können deshalb unabhängig von Ansprüchen aus einem Sonder-

26 BGH, 04.05.2016, I ZR 58/14, BGHZ 210, 144 Rn. 95 f. – *Segmentstruktur*; BGH, 11.01.2018, I ZR 187/16, GRUR 2018, 832 Rn. 67 – *Ballerinaschuh*.

27 Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 3 Rn. 2.28; einschränkend *Ohly/Sosnitza*, § 4 Rn. 3/78b; s. auch BGH, 04.05.2016, I ZR 58/14, BGHZ 210, 144 Rn. 96 – *Segmentstruktur*.

28 Vgl. BGH, 13.12.2007, I ZR 71/05, GRUR 2008, 727 Rn. 20 – *Schweißmodulgenerator*; BGH, 16.12.2021, I ZR 186/20, MMR 2022, 773 Rn. 22; GK/Dornis, § 4 Nr. 3 Rn. 166 und 245; Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 4 Rn. 3.63.

29 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Alexander, vor § 1 GeschGehG Rn. 67; GK/Dornis, § 4 Nr. 3 Rn. 246 und 251; tendenziell BGH, 16.12.2021, I ZR 186/20, MMR 2022, 773 Rn. 22.

30 BGH, 24.01.2013, I ZR 136/11, GRUR 2013, 951 Rn. 20 – *Regalsystem*; BGH, 04.05.2016, I ZR 58/14, BGHZ 210, 144 Rn. 37 – *Segmentstruktur*; jeweils m.w.N.

schutzrecht bestehen, weil sie besondere Unlauterkeitsmerkmale wie die in § 4 Nr. 3 lit. a bis c UWG geregelten Tatbestände aufweisen. Sie knüpfen damit an **besondere Begleitumstände** an, die außerhalb der sondergesetzlichen Tatbestände liegen.<sup>31</sup> Es handelt sich deshalb nicht um einen »ergänzenden« wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, sondern um einen eigenständigen lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz.<sup>32</sup>

- 12 Bei den Ansprüchen aus lauterkeitsrechtlichem Nachahmungsschutz und den Ansprüchen aus Sonderschutzrechten handelt es sich um eigenständig **nebeneinander stehende prozessuale Ansprüche**, die bei gleichzeitiger gerichtlicher Geltendmachung zu einer objektiven Klagehäufung führen.<sup>33</sup> Zwischen den Ansprüchen aus lauterkeitsrechtlichem Nachahmungsschutz und den Ansprüchen aus Sonderschutzrechten sind allerdings Wertungswidersprüche zu vermeiden.<sup>34</sup>
- 13 Der an ein Verhaltensunrecht des Nachahmenden anknüpfende lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz ist – anders als ein Immaterialgüterrecht – als solcher **nicht übertragbar**.<sup>35</sup> Für ihn gelten **keine festen zeitlichen Grenzen** wie für die Gewährung von Sonderrechtsschutz.<sup>36</sup>

#### b) Verhältnis zum Urheberrecht

- 14 Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst können urheberrechtlichen Schutz genießen (§ 2 Abs. 1 UrhG). Zugleich können sie als Waren Gegenstand des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes sein. Ansprüche aus lauterkeitsrechtlichem Nachahmungsschutz können **neben urheberrechtliche Ansprüche** treten, weil die in § 4 Nr. 3 lit. a bis c UWG normierten Unlauterkeitstatbestände nicht in den Schutzbereich des Urheberrechts fallen.<sup>37</sup> Sie können auch dann gegeben sein, wenn die nachgeahmte Ware nicht als persönliche geistige Schöpfung nach § 2 Abs. 2 UrhG urheberrechtlich schutzfähig<sup>38</sup> oder ihr Hersteller nicht Schöpfer i.S. des § 7 UrhG ist<sup>39</sup>.

31 BGH, 28.05.2009, I ZR 124/06, GRUR 2010, 80 Rn. 18 – *LIKEaBIKE*; BGH, 22.01.2015, I ZR 107/13, GRUR 2015, 909 Rn. 23 – *Exzenterzähne*; jeweils m.w.N.

32 *Köhler*/Bornkamm/Fedderson, § 4 Rn. 3.4.

33 Büscher, GRUR 2018, 1.

34 BGH, 02.12.2004, I ZR 30/02, BGHZ 161, 204, 213 – *Klemmbausteine III*; BGH, 15.12.2016, I ZR 197/15, GRUR 2017, 734 Rn. 22 und 24 – *Bodendübel*; BGH, 15.10.2020, I ZR 210/18, GRUR 2020, 1311 Rn. 57 – *Vorwerk*; vgl. zu § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, Abs. 2 UWG 2015 BGH, 15.08.2013, I ZR 188/11, BGHZ 198, 159 Rn. 64 – *Hard Rock Café*; BGH, 23.06.2016, I ZR 241/14, GRUR 2016, 965 Rn. 23 – *Baumann II*; BGH, 15.02.2018, I ZR 138/16, GRUR 2018, 924 Rn. 65 – *ORTLIEB*; BGH, 15.02.2018, I ZR 201/16, GRUR 2018, 935 Rn. 57 – *goFit*.

35 BGH, 02.12.2015, I ZR 176/14, GRUR 2016, 730 Rn. 22 – *Herrnhuter Stern*.

36 BGH, 04.05.2016, I ZR 58/14, BGHZ 210, 144 Rn. 91 – *Segmentstruktur*; BGH, 11.01.2018, I ZR 187/16, GRUR 2018, 832 Rn. 46 – *Ballerinaschuh*.

37 BGH, 01.12.2010, I ZR 12/08, GRUR 2011, 134 Rn. 65 – *Perlentaucher*; BGH, 12.05.2011, I ZR 53/10, GRUR 2012, 58 Rn. 41 – *Seilzirkus*.

38 Vgl. BGH, 04.05.2016, I ZR 58/14, BGHZ 210, 144 Rn. 56 – *Segmentstruktur*.

39 BGH, 02.12.2015, I ZR 176/14, GRUR 2016, 730 Rn. 21 – *Herrnhuter Stern*.

## c) Verhältnis zum Designrecht

Die zwei- oder dreidimensionale Erscheinungsform einer Ware kann durch ein eingetragenes **Design** (§ 1 Nr. 1, § 2 Abs. 1 DesignG), ein eingetragenes **Gemeinschaftsgeschmacksmuster** (Art. 1 [2] lit. b, Art. 3 lit. a GGV) oder ein nicht eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster (Art. 1 [2] lit. a, Art. 3 lit. a GGV) geschützt sein. In derartigen Fällen können Ansprüche aus lauterkeitsrechtlichem Nachahmungsschutz **unabhängig von design- oder geschmacksmusterrechtlichen Ansprüchen** gegeben sein, weil die zusätzlich zur Nachahmung erforderlichen Begleitumstände (§ 4 Nr. 3 lit. a bis c UWG) nicht in den Schutzbereich des Design- oder Geschmacksmusterrechts fallen.<sup>40</sup> Die vom lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz erfasste Ware muss nicht die für ein eingetragenes Design oder ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster geltenden Schutzvoraussetzungen der Neuheit und Eigenart (§ 2 Abs. 1 DesignG, Art. 4 [1] GGV) erfüllen.<sup>41</sup> Die zeitliche Befristung des Schutzes eines Erzeugnisses als eingetragenes Design (§ 27 Abs. 2 DesignG) oder als eingetragenes (Art. 12 GGV) oder nicht eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster (Art. 11 [1] GGV) ist wegen der unterschiedlichen Schutzrichtungen auf den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz nicht übertragbar.<sup>42</sup>

## d) Verhältnis zum Markenrecht

Ist eine Kennzeichnung oder eine Warenform als Marke registriert, stellen die spezialgesetzlichen Bestimmungen des MarkenG in ihrem Anwendungsbereich und ihrer Zielrichtung eine in sich geschlossene Regelung dar. Wegen des **Vorrangs des Markenrechts** ist für einen lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz der Kennzeichnung oder der Warenform wegen vermeidbarer betrieblicher Herkunftstäuschung oder wegen unangemessener Ausnutzung oder Beeinträchtigung ihrer Wertschätzung (§ 4 Nr. 3 lit. a oder b UWG) grds. kein Raum, weil diese Gesichtspunkte in § 14 Abs. 2 Satz 1 MarkenG, Art. 9 (2) UMG geregelt sind.<sup>43</sup>

Dagegen können Ansprüche aus lauterkeitsrechtlichem Nachahmungsschutz **neben markenrechtlichen Ansprüchen** gegeben sein, **wenn** sie an den im MarkenG nicht geregelten Unlauterkeitstatbestand des § 4 Nr. 3 lit. c UWG oder an einen anderen

40 BGH, 15.09.2005, I ZR 151/02, GRUR 2006, 79 Rn. 18 – *Jeans*; BGH, 28.05.2009, I ZR 124/06, GRUR 2010, 80 Rn. 18 – *LIKEaBIKE*; BGH, 11.01.2018, I ZR 187/16, GRUR 2018, 832 Rn. 46 – *Ballerinaschuh*.

41 BGH, 08.11.1984, I ZR 128/82, GRUR 1985, 876, 877 – *Tchibo/Rolex*; Harte/Henning/Sambuc, § 4 Rn. 169; Köhler/*Bornkamml/Feddersen*, § 5 Rn. 9.24.

42 BGH, 15.09.2005, I ZR 151/02, GRUR 2006, 79 Rn. 18 – *Jeans*; BGH, 09.10.2008, I ZR 126/06, GRUR 2009, 79 Rn. 26 – *Gebäckpresse*; BGH, 04.05.2016, I ZR 58/14, BGHZ 210, 144 Rn. 95 f. – *Segmentstruktur*; BGH, 11.01.2018, I ZR 187/16, GRUR 2018, 832 Rn. 46 – *Ballerinaschuh*.

43 BGH, 22.11.2001, I ZR 138/99, BGHZ 149, 191, 195 f. – *shell.de*; BGH, 10.04.2003, I ZR 276/00, GRUR 2003, 973, 974 – *Tupperwareparty*; BGH, 30.04.2009, I ZR 42/07, BGHZ 181, 77 Rn. 40 – *DAX*; vgl. auch BGH, 12.01.2023, I ZR 86/22, GRUR 2023, 808 Rn. 45 – *DACHSER*.

vom Markenrecht nicht erfassten Sachverhalt anknüpfen,<sup>44</sup> also insb. nicht die Gewährleistung der betrieblichen Herkunft des Produkts durch die Kennzeichnung betreffen<sup>45</sup>. Letzteres ist z.B. der Fall, wenn markenrechtlicher Schutz für eine Kennzeichnung und wettbewerbsrechtlicher Schutz für das darunter präsentierte konkrete Leistungsergebnis begehrt wird.<sup>46</sup> Ist allerdings die beschreibende Verwendung der Kennzeichnung nach § 23 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 MarkenG, Art. 14 (1) lit. b und (2) UMV markenrechtlich zulässig, weil die Benutzung den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel entspricht, so kann die Vermarktung des darunter präsentierten Leistungsergebnisses nicht als unlauter i.S. des § 4 Nr. 3 UWG angesehen werden.<sup>47</sup>

- 18 **Kein Vorrang des Markenrechts** besteht, wenn eine Kennzeichnung oder eine Warenform nicht als Marke geschützt ist. Die fehlende Inanspruchnahme eines registerrechtlichen Markenschutzes schließt die Heranziehung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes nicht aus.<sup>48</sup> Gleiches gilt, wenn eine Warenform nicht als Marke schutzfähig ist (§ 3 Abs. 2 MarkenG, Art. 7 [1] lit. e UMV).<sup>49</sup> Da der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz nur so lange andauert, wie die wettbewerbliche Eigenart des Originalprodukts erhalten bleibt und die besonderen Unlauterkeitsmerkmale des Verhaltens des Nachahmenden vorliegen (Rdn. 110), besteht nicht die Gefahr, dass die Warenform im Widerspruch zu den sondergesetzlichen Wertungen zeitlich unbegrenzt monopolisiert wird (str.).<sup>50</sup>

#### e) Verhältnis zum Patentrecht

- 19 Ein technisches Erzeugnis kann als Patent geschützt oder schutzfähig sein. **Unabhängig von** einem bestehenden oder möglichen **Patentschutz** kann das technische Erzeugnis wettbewerbsrechtlichen Schutz gegen Nachahmungen genießen, wenn außerhalb der patentrechtlichen Tatbestände liegende besondere Begleitumstände wie die in § 4 Nr. 3 lit. a bis c UWG geregelten Unlauterkeitstatbestände vorliegen.<sup>51</sup> Die Gewährung

<sup>44</sup> GK/Dornis, § 4 Nr. 3 Rn. 160.

<sup>45</sup> BGH, 15.10.2020, I ZR 210/18, GRUR 2020, 1311 Rn. 58 – *Vorwerk*.

<sup>46</sup> BGH, 21.09.2006, I ZR 270/03, GRUR 2007, 339 Rn. 23 – *Stufenleitern*; BGH, 30.04.2008, I ZR 123/05, GRUR 2008, 793 Rn. 26 – *Rillenkoffer*; BGH, 30.04.2009, I ZR 42/07, BGHZ 181, 77 Rn. 40 – *DAX*.

<sup>47</sup> BGH, 30.04.2009, I ZR 42/07, BGHZ 181, 77 Rn. 44 – *DAX*.

<sup>48</sup> Vgl. BGH, 10.04.2003, I ZR 276/00, GRUR 2003, 973, 974 – *Tupperwareparty*; GK/Dornis, § 4 Nr. 3 Rn. 161; jurisPK-UWG/Spoelne, § 4 Nr. 3 Rn. 14; a.A. OLG Frankfurt, 21.03.2019, 6 U 41/18, GRUR-RS 2019, 6070 Rn. 19.

<sup>49</sup> BGH, 24.01.2013, I ZR 136/11, GRUR 2013, 951 Rn. 20 – *Regalsystem*; BGH, 15.12.2016, I ZR 197/15, GRUR 2017, 734 Rn. 27 – *Bodendübel*; Büscher, GRUR 2018, 1, 2.

<sup>50</sup> BGH, 15.12.2016, I ZR 197/15, GRUR 2017, 734 Rn. 27 – *Bodendübel*; OLG Köln, 29.11.2019, 6 U 82/19, WRP 2020, 225 Rn. 28 – *Standbeutelverpackung für Fruchtsaft*; a.A. FBO/Götting/Hetmank, § 4 Nr. 3 Rn. 48, 51; Sosnitzer, MarkenR 2015, 1, 5; Ullmann, FS Fezer, 2016, S. 195, 201.

<sup>51</sup> BGH, 22.01.2015, I ZR 107/13, GRUR 2015, 909 Rn. 22 f. – *Exzenterzähne*; BGH, 15.12.2016, I ZR 197/15, GRUR 2017, 734 Rn. 21 – *Bodendübel*.

lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes setzt nicht voraus, dass das technische Erzeugnis eine Erfindung i.S. des § 1 Abs. 1 PatG darstellt.<sup>52</sup>

Die Verwirklichung des Tatbestands des § 4 Nr. 3 UWG kommt auch in Betracht, wenn der **Patentschutz** für das technische Erzeugnis **abgelaufen** ist und seine vormalig patentgeschützten Merkmale nunmehr zum freien Stand der Technik gehören (Rdn. 38; str.).<sup>53</sup> Der Ablauf des Patentschutzes schließt nicht aus, dass das technische Erzeugnis als konkretes Leistungsergebnis wettbewerbsrechtlichen Schutz genießt, weil im konkreten Einzelfall einer der in § 4 Nr. 3 lit. a bis c UWG vorgesehenen Unlauterkeitstatbestände verwirklicht ist.<sup>54</sup> Es besteht kein Wertungswiderspruch zum Patentrecht, weil durch den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz die vormalige Monopolstellung des Patentinhabers nicht verlängert wird, sondern Schutz nur gegen Verhaltensunrecht gewährt wird (Rdn. 2).

#### 4. Verhältnis zum Unionsrecht

##### a) Verhältnis zur Richtlinie 2005/29/EG (UGP-RL)

Die UGP-RL enthält Regelungen zum Vertrieb von Produktnachahmungen, die die Gefahr der Irreführung über die kommerzielle Herkunft des Produkts (**Art. 6 [1] lit. b**) oder der Verwechslung mit einem anderen Produkt (**Art. 6 [2] lit. a**) begründen oder bei deren Bewerbung über den Hersteller getäuscht wird (**Anh. I Nr. 13**). Die unionsrechtlichen Bestimmungen der Art. 6, Anh. I Nr. 13 UGP-RL erfassen unlautere Geschäftspraktiken, die den Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher bezwecken (**Art. 1 UGP-RL**). Die Vorschrift des § 4 Nr. 3 UWG dient dem **Schutz der individuellen Leistung des Herstellers** vor unlauterer Übernahme seines Leistungsergebnisses und daneben dem Interesse der Öffentlichkeit an einem unverfälschten Wettbewerb, aber nicht dem Verbraucherschutz (Rdn. 1). Damit fällt sie **nicht** in den **Anwendungsbereich der UGP-RL**.<sup>55</sup> Insoweit ist ohne Bedeutung, dass die Verbraucher durch den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz nach § 4 Nr. 3 lit. a UWG reflexartig vor einer Täuschung über die betriebliche Herkunft geschützt werden (str.).<sup>56</sup>

52 Vgl. MünchKomm/Wiebe, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 85a.

53 BGH, 22.01.2015, I ZR 107/13, GRUR 2015, 909 Rn. 23 – *Exzenterzähne*; BGH, 15.12.2016, I ZR 197/15, GRUR 2017, 734 Rn. 22 – *Bodendübel*; a.A. FBO/Götting/Hetmank, § 4 Nr. 3 Rn. 50 f.; tendenziell auch *Obly/Sosnitza*, § 4 Rn. 3/16 und 3/62.

54 EuGH, 14.09.2010, C-48/09, GRUR 2010, 1008 Rn. 61 – *Lego*; BGH, 22.01.2015, I ZR 107/13, GRUR 2015, 909 Rn. 35 f. und 41 – *Exzenterzähne*; vgl. BGH, 15.12.2016, I ZR 197/15, GRUR 2017, 734 Rn. 54 und 66 – *Bodendübel*.

55 Begr. Ausschussempfehlung zu § 4 UWG-E, BT-Drucks. 18/6571, S. 14; BGH, 28.05.2009, I ZR 124/06, GRUR 2010, 80 Rn. 17 – *LIKEaBIKE*; BGH, 12.05.2011, I ZR 53/10, GRUR 2012, 58 Rn. 40 – *Seilzirkus*.

56 *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 4 Rn. 3.16a; *Obly/Sosnitza*, § 4 Rn. 3/10; a.A. Sack, WRP 2017, 650 Rn. 32.

## bb) Unterwerfungserklärung

## aaa) Inhalt: Grundsätze

- 17 Eine Unterlassungserklärung muss, um die durch eine Verletzungshandlung begründete Gefahr der Wiederholung entsprechender Wettbewerbsverstöße auszuräumen, eindeutig und hinreichend bestimmt sein und den ernstlichen Willen des Schuldners erkennen lassen, die betreffende Handlung nicht mehr zu begehen, und daher durch ein angemessenes Vertragsstrafversprechen abgesichert sein. Sie muss außerdem den bestehenden gesetzlichen Unterlassungsanspruch nach Inhalt und Umfang voll abdecken und dementsprechend uneingeschränkt, unwiderruflich, unbedingt und grundsätzlich auch ohne die Angabe eines Endtermins erfolgen.<sup>35</sup> Die Unterwerfungserklärung muss nach Inhalt und Umfang – ebenso wie der Antrag und die Urteilsformel – dem Unterlassungsanspruch entsprechen. Eine Unterwerfungserklärung, die sich nur auf die konkrete Verletzungsform unter Ausschluss kerngleicher Verstöße bezieht, genügt daher nicht.<sup>36</sup> Gleiches gilt für eine im laufenden Verfahren abgegebene Unterlassungserklärung, die sich ausdrücklich auf einen nicht Streitgegenständlichen Sachverhalt bezieht.<sup>37</sup> Bestehen am Inhalt der Unterwerfungserklärung auch nur geringe Zweifel, dann reicht sie grundsätzlich nicht aus, die Besorgnis eines künftigen Wettbewerbsverstoßes auszuräumen.<sup>38</sup> Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob die Unterlassungsverpflichtungserklärung die Wiederholungsfahr beseitigt, ist derjenige der Abgabe der Erklärung.<sup>39</sup>
- 18 Für die Ausräumung der Wiederholungsfahr genügt bereits die Abgabe der Unterwerfungserklärung; ihre Annahme durch den Gläubiger ist nicht erforderlich.<sup>40</sup> Einen Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Vertragsstrafe hat der Gläubiger aber nur, wenn er die Unterwerfungserklärung auch annimmt.<sup>41</sup> Nimmt er eine Unterwerfungserklärung an, die hinter der ursprünglich verlangten Erklärung zurückbleibt, verzichtet er mit dem Abschluss des Vertrags i.d.R. auf einen möglichen weitergehenden Anspruch. Die Geltendmachung dieses weitergehenden Anspruchs ist ihm dann grundsätzlich verwehrt. Das gilt jedoch nur im Hinblick auf diejenigen Streitgegenstände, die mit der Abmahnung geltend gemacht und für die nachfolgend eine Unterlassungsverpflichtungserklärung abgegeben worden ist.<sup>42</sup> Nach früherer Rechtsprechung änderte sich nichts im Fall der Ablehnung der Unterwerfungserklärung durch den Gläubiger; die Wiederholungsfahr lebte in diesem Fall nicht wieder auf. Mit einer Entscheidung

35 BGH, 21.02.2008, I ZR 142/05, GRUR 2008, 815 Rn. 14 – *Buchführungsbüro*.

36 BGH, 17.09.2015, I ZR 92/14, GRUR 2016, 395 Rn. 42 f. – *Smartphone-Werbung*.

37 BGH, 13.09.2018, I ZR 117/15, GRUR 2018, 1258 Rn. 56 – *YouTube-Werbekanal II*.

38 BGH, 16.11.1995, I ZR 229/93, GRUR 1997, 379, 380 – *Wegfall der Wiederholungsfahr II*.

39 BGH, 17.09.2015, I ZR 92/14, GRUR 2016, 395 Rn. 34 – *Smartphone-Werbung*.

40 BGH, 13.11.2013, I ZR 77/12, GRUR 2014, 595 Rn. 16 – *Vertragsstrafenklausel*.

41 BGH, 18.05.2006, I ZR 32/03, GRUR 2006, 878 Rn. 14 – *Vertragsstrafvereinbarung*.

42 HansOLG Hamburg, 26.04.2018, 3 U 96/17, GRUR-RR 2018, 479 Rn. 65 – *Kausale Therapie*.

aus dem Jahr 2022 hat der Bundesgerichtshof diese Rechtsprechung aufgegeben. Lehnt der Gläubiger die Annahme der strafbewehrten Unterlassungserklärung gegenüber dem Schuldner ab, fehlt es ab dem Zugang der Ablehnung an einer verhaltensteuernden Vertragsstrafandrohung, die den Schuldner von zukünftigen Verstößen abhalten soll, weil er nicht mehr damit rechnen muss, dass der Gläubiger durch die Annahme der strafbewehrten Unterlassungserklärung eine Vertragsstrafverpflichtung begründet hat. Die durch die Verletzungshandlung begründete Vermutung der Wiederholungsgefahr kann mit einer strafbewehrten Unterlassungserklärung nur solange widerlegt werden, wie die erforderliche Abschreckungswirkung durch eine – nach Ablehnung durch den Gläubiger nicht mehr bestehende – effektive Sanktionsdrohung (weiterhin) gesichert ist.<sup>43</sup> In dieser Situation bleibt dem Schuldner daher keine andere Möglichkeit, als zu versuchen, eine Unterwerfungserklärung gegenüber einem Dritten abzugeben, oder bei gerichtlicher Geltendmachung die Ansprüche des Gläubigers sofort anzuerkennen.<sup>44</sup> Vor diesem Hintergrund wird das gerichtliche Vorgehen des Gläubigers, der die Annahme der Unterwerfungserklärung abgelehnt hat, auch nicht pauschal als rechtsmissbräuchlich oder wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig abgelehnt werden können.<sup>45</sup>

### bbb) Einschränkungen und Bedingungen

Die Unterwerfungserklärung muss grundsätzlich uneingeschränkt und unbedingt erfolgen.<sup>46</sup> Beschränkungen, die lediglich einer Begrenzung des Unterlassungsanspruchs des Gläubigers nach materiellem Recht entsprechen, sind jedoch unbedenklich. Dem Wegfall der Wiederholungsgefahr steht es nicht entgegen, dass der Anspruchsgegner es ablehnt, seine Unterlassungserklärung auf ein Verhalten zu erstrecken, das ihm nicht verboten werden kann.<sup>47</sup> Gleiches gilt für Bedingungen der Unterwerfungserklärung. Diese ist zwar grundsätzlich bedingungsfeindlich;<sup>48</sup> zulässig sind aber solche Einschränkungen, die der materiellen Rechtslage entsprechen.

Zulässig ist daher die auflösende Bedingung (mit Wirkung ex nunc) einer Änderung oder Klärung der Rechtslage durch Gesetz oder höchstrichterliche Rechtsprechung.<sup>49</sup> Unzulässig ist dagegen die Bedingung »einer anderweitigen rechtskräftigen Hauptsacheentscheidung eines bundesdeutschen Gerichts in gleicher Sache«, da durch sie die Wirksamkeit bereits im Hinblick auf den rechtskräftigen Ausgang eines beliebigen

43 BGH, 01.12.2022, I ZR 144/21, GRUR 2023, 255 Rn. 41 – *Wegfall der Wiederholungsgefahr III*.

44 BGH, 01.12.2022, I ZR 144/21, GRUR 2023, 255 Rn. 44 f. – *Wegfall der Wiederholungsgefahr III*.

45 Offen Lerach, WRP 2023, 184 Rn. 18 ff.

46 BGH, 21.02.2008, I ZR 142/05, GRUR 2008, 815 Rn. 14 – *Buchführungsbüro*.

47 BGH, 21.02.2008, I ZR 142/05, GRUR 2008, 815 Rn. 14 – *Buchführungsbüro*.

48 BGH, 01.04.1993, I ZR 136/91, GRUR 1993, 677, 679 – *bedingte Unterwerfung*.

49 BGH, 01.04.1993, I ZR 136/91, GRUR 1993, 677, 679 – *bedingte Unterwerfung*; OLG Frankfurt, 04.05.2017, 6 W 21/17, WRP 2017, 876 Rn. 4.

anderen Verfahrens in gleicher Sache in Frage gestellt wird.<sup>50</sup> Unbedenklich ist der übliche Zusatz »ohne Anerkennung einer Rechtspflicht, aber gleichwohl rechtsverbindlich«, durch den lediglich eine Präjudizwirkung der Unterwerfungserklärung für weitere Ansprüche (z.B. auf Schadensersatz) ausgeschlossen wird.<sup>51</sup> Erforderlich ist dieser Zusatz allerdings nicht, da in der Unterwerfungserklärung als solcher keine Anerkennung der Berechtigung einer vorausgegangenen Abmahnung liegt.<sup>52</sup>

- 21 Zulässig ist es ferner, wenn sich der Schuldner eine (ihm materiell zustehende) Aufbrauchsfrist vorbehält.<sup>53</sup> Streitig ist, ob der Schuldner die Haftung für Erfüllungsgehilfen entsprechend § 278 BGB ausschließen kann. Die Erfüllungsgehilfenhaftung nach § 278 BGB gilt im Verfahren nach § 890 ZPO nicht, die Verhängung von Ordnungsmitteln setzt vielmehr grundsätzlich Verschulden des Schuldners voraus.<sup>54</sup> Es sprechen daher gute Gründe dafür, dass auch eine Unterwerfungserklärung unter Ausschluss der Haftung für Erfüllungsgehilfen die Wiederholungsgefahr beseitigt.<sup>55</sup>
- 22 Weitere in der Literatur genannte Einschränkungen wie räumliche oder zeitliche Beschränkungen<sup>56</sup> dürften nur in Ausnahmefällen zulässig sein. So erscheint es zweifelhaft, ob eine Unterwerfungserklärung mit einem Anfangstermin, der gerade die beanstandete Verletzungshandlung nicht erfasst und daher den Gläubiger zwingt, insoweit eine einstweilige Verfügung zu erwirken, tatsächlich ausreichend ist, um den Unterlassungsanspruch entfallen zu lassen.<sup>57</sup> Der Umstand, dass ein ausländischer Schuldner die Vereinbarung eines Gerichtsstandes in Deutschland für die Geltendmachung der Vertragsstrafe verweigert, spricht gegen die Ernstlichkeit der Unterwerfungserklärung, da bei einem in Deutschland erwirkten Unterlassungstitel dem Gläubiger das Ordnungsmittelverfahren vor dem deutschen Gericht zur Verfügung stünde.<sup>58</sup>
- 23 Ob eine **Teilunterwerfungserklärung** möglich ist, ist fraglich. Im Jahr 2000 hat sich der Bundesgerichtshof noch auf den Standpunkt gestellt, es begründe keine Zweifel an der Ernstlichkeit der Unterwerfungserklärung, wenn der Anspruchsgegner sie nur hinsichtlich eines abgrenzbaren Teils des Unterlassungsanspruchs abgibt, weil er hin-

50 BGH, 01.10.1996, VI ZR 206/95, GRUR 1997, 125, 128 – *Künstlerabbildung in CD-Einlegeblatt*.

51 BGH, 04.05.2017, I ZR 208/15, GRUR 2017, 823 Rn. 14 – *Luftentfeuchter*; jurisPK-UWG/Spoenle, § 13 Rn. 93.

52 BGH, 24.09.2013, I ZR 219/12, GRUR 2013, 1252 Rn. 10 – *Medizinische Fußpflege*.

53 Köhler/*Bornkamml/Fedderson*, § 13 Rn. 191; *Ohly/Sosnitza*, § 8 Rn. 12.

54 Zöller/Stöber, § 890 Rn. 5.

55 *Ohly/Sosnitza*, § 8 Rn. 12; Teplitzky/Kessen, Kap. 8 Rn. 29a; a.A. OLG Frankfurt, 12.12.2002, 6 W 120/02, GRUR-RR 2003, 198, 199 f. – *Erlassvertrag*; jurisPK-UWG/Spoenle, § 13 Rn. 95; offen gelassen in BGH, 21.04.2016, I ZR 100/15, GRUR 2016, 1316 Rn. 37 – *Notarielle Unterlassungserklärung*.

56 Köhler/*Bornkamml/Fedderson*, § 13 Rn. 188 f.; *Ohly/Sosnitza*, § 8 Rn. 12.

57 So aber BGH, 31.05.2001, I ZR 82/99, GRUR 2002, 180, 181 – *Weit-vor-Winter-Schluss-Verkauf*.

58 KG, 25.04.2014, 5 U 178/11, GRUR-RR 2014, 351, 352 – *Ausländischer Gerichtsstand*.

sichtlich des betreffenden Teils des Streits eine gerichtliche Auseinandersetzung – aus welchen Gründen auch immer – vermeiden möchte, hinsichtlich des anderen Teils aber eine gerichtliche Klärung anstrebt.<sup>59</sup> In einer späteren Entscheidung hat der Bundesgerichtshof dagegen die Frage, inwieweit eine Teilunterwerfungserklärung zu einer Beschränkung des Unterlassungsanspruchs führen könne, ausdrücklich offen gelassen. Sie führe aber jedenfalls dann nicht zu einem auch nur teilweisen Wegfall des Unterlassungsanspruchs, soweit der Schuldner keine nachvollziehbaren Gründe für die Einschränkung habe.<sup>60</sup> Solange die Teilunterwerfung einen eindeutig abgrenzbaren Teil der geltend gemachten Ansprüche abdeckt, sprechen aber keine zwingenden Gründe dafür, den Anspruchsteller auch insoweit in eine gerichtliche Auseinandersetzung zu treiben.<sup>61</sup>

### ccc) Vertragsstrafe

Um als ernstlich anerkannt zu werden, muss die Unterlassungserklärung durch das Versprechen einer angemessenen Vertragsstrafe abgesichert werden.<sup>62</sup> Die Vertragsstrafe dient einmal als ein pauschalierter (Mindest-) Schadensersatzanspruch des Gläubigers für künftige Rechtsverletzungen. In erster Linie besteht ihre Funktion jedoch darin, den Unterlassungsschuldner dadurch zur Einhaltung der von ihm versprochenen Unterlassungspflicht zu bewegen, dass er auf Grund der versprochenen Strafe vor weiteren Verstößen zurückschreckt.<sup>63</sup> Im Fall der Unterwerfungserklärung gegenüber einem Verband kann die Schadensersatzfunktion vernachlässigt werden; das führt aber nicht dazu, dass die Höhe einer einem Verband gegenüber versprochenen Vertragsstrafe allgemein niedriger zu bemessen wäre.<sup>64</sup>

Die Vertragsstrafe kann in **bestimmter Höhe** vereinbart werden. Einzelheiten zur Höhe der Vertragsstrafe sind seit dem 02.12.2020 in § 13a geregelt. Verspricht der Schuldner auf Verlangen des Gläubigers eine unangemessen hohe Vertragsstrafe, so schuldet er lediglich eine Vertragsstrafe in angemessener Höhe (§ 13a Abs. 4).

Verlangt der Gläubiger eine zu hohe Vertragsstrafe, ist der Schuldner nicht gehindert, mit einem geänderten Angebot einer angemessenen Vertragsstrafe zu reagieren. Da die Wiederholungsgefahr bereits durch die Abgabe der Unterwerfungserklärung ausgeräumt wird, genügt auch ein solches geändertes Angebot, um den Unterlassungsanspruch entfallen zu lassen.<sup>65</sup>

Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe kann auch in der Form erfolgen, dass dem Gläubiger für den Fall einer künftigen Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungspflicht

59 BGH, 19.10.2000, I ZR 89/98, GRUR 2001, 422, 424 – *Arzneimittel-Reimport*.

60 BGH, 15.02.2007, I ZR 114/04, GRUR 2007, 871 Rn. 41 – *Wagenfeld-Leuchte*.

61 jurisPK-UWG/Spoenle, § 13 Rn. 94.

62 BGH, 21.02.2008, I ZR 142/05, GRUR 2008, 815 Rn. 14 – *Buchführungsbüro*.

63 BGH, 30.09.1993, I ZR 54/91, GRUR 1994, 146, 147 – *Vertragsstrafebemessung*; BGH, 13.11.2013, I ZR 77/12, GRUR 2014, 595 Rn. 16 – *Vertragsstrafenklausel*.

64 BGH, 07.10.1982, I ZR 120/80, GRUR 1983, 127, 128 – *Vertragsstrafeversprechen*.

65 BGH, 13.11.2013, I ZR 77/12, GRUR 2014, 595 Rn. 18 – *Vertragsstrafenklausel*.

### c) Antragszusätze

#### aa) »insbesondere«-Antragszusatz

- 147 Der Unterlassungsantrag kann auch dergestalt gefasst werden, dass er das beanstandete Verhalten verallgemeinernd umschreibt und im Nebensatz »insbesondere« auf die konkrete Verletzungshandlung abstellt. Dem entspricht es, wenn der Nebensatz mit den Worten »beispielsweise wie geschehen ...« eingeleitet wird.
- 148 Ein solcher Antrag ist zunächst nichts anderes als ein auf ein abstrakt verallgemeinertes Verbot (Schlechthinverbot) gerichteter Antrag.<sup>344</sup> Durch die »insbesondere«-Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform wird der allgemeine Teil des Antrags, grundsätzlich weder eingeschränkt noch erweitert.<sup>345</sup> Deshalb erfasst ein abstrakt gehaltener Verfügungsantrag, der die konkrete Verletzungsform nur »insbesondere« in Bezug nimmt, die beanstandete Verletzungshandlung nicht, wenn diese von der abstrakten Umschreibung maßgeblich abweicht.<sup>346</sup> Der »insbesondere«-Zusatz stellt keinen eigenen Streitgegenstand dar und ist daher kein echter – sondern ein unechter<sup>347</sup> – Hilfsantrag<sup>348</sup>, über den nur zu entscheiden ist, wenn feststeht, dass die Klage mit dem Hauptantrag keinen Erfolg hat.<sup>349</sup> Deshalb ist auch eine Anschlussberufung, die dazu dient, »insbesondere« auch das Verbot der konkreten Verletzungsform in das ursprünglich abstrakt formulierte Unterlassungsbegehren einzubeziehen, unzulässig.<sup>350</sup> Änderung

---

344 HansOLG Hamburg, 28.08.2020, 3 W 51/20, WRP 2020, 1610, Os. 1 und juris Rn. 3 – *Die Nr. 1 mit Sternchen*; OLG Köln, 27.11.2020, 6 U 65/20, WRP 2021, 371, Rn. 41 – 100,– € *günstiger als 299,– €*.

345 BGH, 02.02.2012, I ZR 81/10, GRUR 2012, 945, Rn. 22 – *Tribenuronmethyl*; BGH, 09.11.2017, I ZR 134/16, GRUR 2018, 417, Rn. 28 – *Resistograph*; BGH, 12.12.2019, I ZR 117/17, GRUR 2020, 405, Rn. 15 – *ÖKO-TEST II*; HansOLG Hamburg, 01.03.2018, 3 U 214/16, MarkenR 2018, 307, juris Rn. 100; vgl. auch: OLG Karlsruhe, 21.08.2020, 4 U 214/18, MD (VFW) 2020, 826, Rn. 49 – *Magic Asia Noodle Cup Shrimps*.

346 HansOLG Hamburg, 28.08.2020, 3 W 51/20, WRP 2020, 1610, Os. 2 und juris Rn. 5 – *Die Nr. 1 mit Sternchen* (dort ging der Antrag – schlechthin – dahin, ein Produkt nicht mit der Aussage »die Nr. 1« zu bewerben, obwohl die angegriffene Angabe in der konkreten Werbung mit einem »\*« versehen und der damit angesprochene »Nr. 1«-Bereich in der Sternchenauflösung konkret bezeichnet worden war); HansOLG, 11.11.2021, 5 U 188/19, GRUR-RR 2022, 128, juris Rn. 53 – *EVEREST*.

347 *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 12, Rn. 1.46 f.; Teplitzky/Schwippert, Kap. 51, Rn. 30.

348 BGH, 25.04.1991, I ZR 134/90, GRUR 1991, 772, 773, juris Rn. 16 – *Anzeigenrubrik I*; BGH, 20.03.1997, I ZR 241/94, GRUR 1997, 672, 673, juris Rn. 24 – *Sonderpostenhändler*; BGH, 05.11.2015, I ZR 50/14, GRUR 2016, 705, Rn. 13 – *ConText*; OLG Celle, 18.06.2018, 13 U 35/18, MD (VSW) 2018, 644, juris Rn. 10 – *Botanicals, Contura Verde Duo-Aktiv Kapseln*; OLG München, 01.07.2021, 29 U 1698/14, GRUR-RR 2021, 525, Rn. 26.

349 BGH, 19.07.2018, I ZR 268/14, WRP 2019, 193, Rn. 16 – *Champagner Sorbet II*.

350 BGH, 25.04.1991, I ZR 134/90, GRUR 1991, 772, 773, juris Rn. 16 – *Anzeigenrubrik I*.

oder Rücknahme des Zusatzes sind keine Klagänderung oder Klagrücknahme<sup>351</sup> und können daher auch keine Kostennachteile nach sich ziehen.<sup>352</sup> Erfasst der abstrakt formulierte Antragsteil auch erlaubte Handlungen, ist der Antrag insgesamt unbegründet, wenn nicht die »insbesondere« in Bezug genommene konkrete Verletzungsform als Minus zum abstrakten Antragsteil Verbotgegenstand sein kann<sup>353</sup>, etwa weil der Anspruchsteller den weitergehenden Antrag ausdrücklich aufrechterhalten will.

Die Konkretisierung im »insbesondere«-Zusatz dient allerdings als Auslegungshilfe für die Verallgemeinerung und darf nicht unbeachtet bleiben.<sup>354</sup> Durch den mit »insbesondere« eingeleiteten Teil eines Unterlassungsantrags soll das beantragte Verbot nicht auf ähnliche Verletzungsformen erstreckt werden, was den Antrag unbestimmt machen würde.<sup>355</sup> Er dient vielmehr zum einen der Erläuterung des in erster Linie beantragten abstrakten Verbots, indem er beispielhaft verdeutlicht, was unter der im abstrakten Antragsteil genannten Form zu verstehen ist.<sup>356</sup> Das kann nur ausnahmsweise einmal

351 BGH, 25.04.1991, I ZR 134/90, GRUR 1991, 772, 773, juris Rn. 16 – *Anzeigenrubrik I*; FBO/Büschler, § 12, Rn. 303; Harte/Henning/Brüning, Vor § 12, Rn. 111; Köhlerl/Bornkamm/Feddersen, § 12, Rn. 1.46; Teplitzky/Schwippert, Kap. 51, Rn. 41.

352 Teplitzky/Schwippert, Kap. 51, Rn. 41.

353 BGH, 12.09.2013, I ZR 208/12, GRUR 2013, 1259, juris Rn. 14 – *Empfehlungs-E-Mail*; BGH, 09.12.2021, I ZR 146/20, GRUR 2022, 399, Rn. 17 – *Werbung für Fernbehandlung*; HansOLG Hamburg, 01.03.2018, 3 U 214/16, MarkenR 2018, 307, Os. 1 und juris Rn. 100; s.a. Rdn. 149; OLG Frankfurt, 14.02.2019, 6 U 3/18, WRP 2019, 648, juris Rn. 41 – »*World's Lightest*«; HansOLG, 14.10.2021, 5 W 40/21, GRUR 2022, 565, juris Rn. 10 – *Grand Step Shoes (Urheberrechtssache)*.

354 Vgl. BGH, 28.11.1996, I ZR 197/94, GRUR 1997, 767, 768 – *Brillenpreise II*; BGH, 12.07.2001, I ZR 40/99, GRUR 2002, 86, 88, juris Rn. 57 – *Laubhefter*; BGH, 09.11.2017, I ZR 134/16, GRUR 2018, 417, Rn. 28 – *Resistograph*; BGH, 31.10.2018, I ZR 73/17, GRUR 2019, 82, Rn. 20f. – *Jogginghosen*.

355 BGH, 11.10.1990, I ZR 35/89, GRUR 1991, 254, 257, Ls. und juris Rn. 19 – *Unbestimmter Unterlassungsantrag I*; BGH, 16.07.1998, I ZR 6/96, GRUR 1999, 235, 238 – *Wheels Magazin*.

356 Vgl. BGH, 25.04.1991, I ZR 134/90, GRUR 1991, 772, 773 – *Anzeigenrubrik I*; BGH, 08.10.1998, I ZR 94/97, WRP 1999, 509, 511 – *Kaufpreis je nur 1 DM*; BGH, 08.10.1998, I ZR 107/97, WRP 1999, 512, 515 – *Aktivierungskosten*; BGH, 02.06.2005, I ZR 252/02, GRUR 2006, 164, Rn. 14 – *Aktivierungskosten II*; BGH, 30.04.2008, I ZR 73/05, GRUR 2008, 702, Rn. 26 – *Internet-Versteigerung III*; BGH, 02.02.2012, I ZR 81/10, GRUR 2012, 945, Rn. 22 – *Tribenuronmethyl*; BGH, 05.11.2015, I ZR 50/14, GRUR 2016, 705, Rn. 13 – *ConText*; BGH, 18.10.2017, I ZR 84/16, WRP 2018, 320, Rn. 32 – *Kraftfahrzeugwerbung*; BGH, 31.10.2018, I ZR 73/17, GRUR 2019, 82, Rn. 21 – *Jogginghosen*; BGH, 12.12.2019, I ZR 117/17, GRUR 2020, 405, Rn. 15 – *ÖKO-TEST II*; BGH, 11.02.2021, I ZR 227/19, WRP 2021, 610, Rn. 22 – *Rechtsberatung durch Architektin*; OLG Celle, 18.06.2018, 13 U 35/18, MD (VSW) 2018, 644, juris Rn. 10 – *Botanicals, Contura Verde Duo-Aktiv Kapseln*; OLG Stuttgart, 05.07.2018, 2 U 167/17, WRP 2018, 1252, juris Rn. 11 – *Werbung auf Grabsteinen*; OLG Stuttgart, 27.02.2020, 2 U 257/19, WRP 2020, 509, juris Rn. 24 – *Reifensofortverkauf*; HansOLG, 14.10.2021, 5 W 40/21, GRUR 2022, 565, juris Rn. 10 – *Grand Step Shoes (Urheberrechtssache)*.

anders zu verstehen sein.<sup>357</sup> Zum anderen macht der Kläger auf diese Weise deutlich, dass er – falls er mit dem abstrakt formulierten Verbot nicht durchdringt – jedenfalls die Unterlassung des konkret beanstandeten Verhaltens begehrt.<sup>358</sup> Der »insbesondere«-Zusatz kann den allgemeiner gehaltenen Antragsteil konkretisieren und damit hinreichend bestimmen machen. Insoweit ist der BGH in der Vergangenheit recht großzügig – vielleicht zu großzügig – gewesen.<sup>359</sup> Stellt sich die konkrete Verletzungsform – wie regelmäßig – als Minus zu einem unbestimmt formulierten abstrakten Antragsteil dar, kann sie – unter Zurückweisung des weitergehenden Antrags und mit entsprechender Kostenfolge<sup>360</sup> – jedenfalls als solche Verbotsgegenstand sein.<sup>361</sup>

357 BGH, 13.05.2022, V ZR 7/21, WRP 2022, 1140, Rn. 16.

358 Vgl. BGH, 29.03.1974, I ZR 15/73, GRUR 1975, 75, 76 – *Wirtschaftsanzeigen public relations*; BGH, 13.03.2003, I ZR 143/00, GRUR 2003, 886, 887, juris Rn. 20 – *Erbenermittler*; BGH, 02.02.2012, I ZR 81/10, GRUR 2012, 945, Rn. 22 – *Tribenuronmethy*; BGH, 05.11.2015, I ZR 50/14, GRUR 2016, 705, Rn. 13 – *ConText*; BGH, 18.10.2017, I ZR 84/16, WRP 2018, 320, Rn. 32 – *Kraftfahrzeugwerbung*; BGH, 31.10.2018, I ZR 73/17, GRUR 2019, 82, Rn. 21 – *Jogginghosen*; BGH, 12.12.2019, I ZR 117/17, GRUR 2020, 405, Rn. 15 – *ÖKO-TEST II*; HansOLG Hamburg, 01.03.2018, 3 U 214/16, MarkenR 2018, 307, juris Rn. 102; BGH, 11.02.2021, I ZR 227/19, WRP 2021, 610, Rn. 22 – *Rechtsberatung durch Architektin*; OLG Köln, 27.11.2020, 6 U 65/20, WRP 2021, 371, Rn. 41 – *100,- € günstiger als 299,- €*.

359 Vgl. BGH, 06.12.2001, I ZR 214/99, GRUR 2002, 985, juris Rn. 28 – *WISO*; BGH, 06.12.2001, I ZR 316/98, GRUR 2002, 996, 999, juris Rn. 124 – *Bürgeranwalt*; BGH, 30.04.2008, I ZR 73/05, GRUR 2008, 702, Rn. 26 – *Internet-Versteigerung III*; anders noch BGH, 18.02.1993, I ZR 219/91, GRUR 1993, 565, 567, juris-Rn. 7 und 22 – *Faltenglätter* (»insbesondere-Zusatz« führt nur Beispielsfall an, ohne dass damit die wettbewerbswidrigen Merkmale hinreichend bestimmt benannt werden); vgl. auch FBO/Büschler, § 12, Rn. 301; *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 12, Rn. 1.46 (Zusatz vermag einen zu unbestimmten Klageantrag nicht zu retten).

360 Vgl. BGH, 14.01.2016, I ZR 61/14, GRUR 2016, 516, Rn. 45 – *Wir helfen im Trauerfall* (20 %); BGH, 31.10.2018, I ZR 73/17, GRUR 2019, 82, Rn. 22 – *Jogginghosen*; OLG Frankfurt, 26.04.2016, 6 W 29/16, Ls. und juris Rn. 8 (25 %).

361 Vgl. BGH, 23.06.1994, I ZR 15/92, BGHZ 126, 287, 296 – *Rotes Kreuz*; BGH, 17.10.1996, I ZR 153/94, GRUR 1997, 308, 311, juris Rn. 34 – *Wärme fürs Leben*; BGH, 08.10.1998, I ZR 107/97, WRP 1999, 512, 515, juris Rn. 26 – *Aktivierungskosten*; BGH, 03.12.1998, I ZR 74/96, GRUR 1999, 760 – *Auslaufmodelle II*; BGH, 16.11.2000, I ZR 186/98, GRUR 2001, 446, 447, juris Rn. 16 – *1-Pfennig-Farbbild*; BGH, 11.12.2003, I ZR 50/01, GRUR 2004, 605, 607, juris Rn. 26f. – *Dauertiefpreise*; BGH, 30.04.2008, I ZR 73/05, GRUR 2008, 702, Rn. 32 – *Internet-Versteigerung III*; BGH, 04.11.2010, I ZR 118/09, GRUR 2011, 539, Rn. 13 – *Rechtsberatung durch Lebensmittelchemiker*; BGH, 10.02.2011, I ZR 136/09, GRUR 2011, 444, Rn. 13 – *Flughafen Frankfurt-Hahn*; BGH, 29.04.2010, I ZR 99/08, GRUR 2011, 82, Rn. 37 – *Preiswerbung ohne Umsatzsteuer*; BGH, 12.09.2013, I ZR 208/12, GRUR 2013, 1259, juris Rn. 14 – *Empfehlungs-E-Mail*; BGH, 31.10.2018, I ZR 73/17, GRUR 2019, 82, Rn. 21f. – *Jogginghosen*; BGH, 09.12.2021, I ZR 146/20, GRUR 2022, 399, Rn. 17 – *Werbung für Fernbehandlung*; BGH, 02.06.2022, I ZR 140/15, GRUR 2022, 1308, Rn. 29 – *You Tube II*.

Das aber nicht, wenn der Kläger trotz eines Hinweises des Gerichts auf die Unbestimmtheit des abstrakt formulierten Antragsteils ein uneingeschränktes Verbot begehrt.<sup>362</sup> Es ist nicht Sache des Gerichts, einen zu weit gefassten Antrag so umzuformulieren, dass er Erfolg hat oder haben könnte.<sup>363</sup> Im Zweifelsfall sollte die konkrete Verletzungsform mit einem echten Hilfsantrag angegriffen werden.<sup>364</sup>

Allerdings unterliegt auch der »insbesondere«-Zusatz den allgemeinen Regeln und muss daher seinerseits dem Bestimmtheitsgrundsatz entsprechen.<sup>365</sup> Werden auch im »insbesondere«-Zusatz die Merkmale nicht hinreichend bestimmt benannt, die das begehrte allgemeine Verbot tragen könnten, kann der Zusatz die hinreichende Bestimmtheit des unbestimmten verallgemeinernden Antragsteils nicht bewirken.<sup>366</sup> Ebenso kann der »insbesondere«-Zusatz zwar hinreichend bestimmt sein, aber sachlich zu weit gehen.<sup>367</sup> Wählt der Kläger eine Verallgemeinerungsform, deren abstrakter Inhalt die »insbesondere«-Variante nicht mehr umfasst, kann der Klage nicht in dieser Variante stattgegeben werden, weil die mit »insbesondere« beginnenden Teile des Klageantrags keinen eigenen Streitgegenstand enthalten und daher nicht als echte Hilfsanträge anzusehen sind. In einem solchen Fall ist der gesamte Antrag wegen Widersprüchlichkeit unbestimmt.<sup>368</sup>

#### bb) »solange«/»sofern«-Antragszusatz

Vielfach werden in einen Antrag erläuternde Zusätze aufgenommen, die nicht der Konkretisierung des Antrags dienen, sondern vor allem ein Begründungselement dar-

362 Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 12, Rn. 1.44.

363 BGH, 05.06.1997, I ZR 69/95, GRUR 1998, 489, 492 – *Unbestimmter Unterlassungsantrag III*; BGH, 10.12.1998, I ZR 141/96, GRUR 1999, 509, 511 f. – *Vorratslücken*; BGH, 16.03.2000, I ZR 229/97, GRUR 2002, 187, 188 – *Lieferstörung*.

364 Siehe dazu Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 12, Rn. 1.46 ff.

365 Vgl. BGH, 28.11.1996, I ZR 197/94, GRUR 1997, 767, 768 – *Brillenpreise II*; BGH, 12.07.2001, I ZR 40/99, GRUR 2002, 86, 88, juris Rn. 57 – *Laubhefter*; BGH, 04.10.2007, I ZR 143/04, GRUR 2008, 84, Rn. 19 – *Versandkosten*; BGH, 02.02.2012, I ZR 81/10, GRUR 2012, 945, Rn. 22 – *Tribenuronmethyl*; BGH, 05.11.2015, I ZR 50/14, GRUR 2016, 705, Rn. 13 – *ConText*; BGH, 12.12.2019, I ZR 117/17, GRUR 2020, 405, Rn. 15 – *ÖKO-TEST II*.

366 BGH, 18.02.1993, I ZR 219/91, GRUR 1993, 565, 566, juris Rn. 22 – *Faltenglätter*; BGH, 31.10.2018, I ZR 73/17, GRUR 2019, 82, Rn. 22 – *Jogginghosen*; BGH, 11.02.2021, I ZR 227/19, WRP 2021, 610, Rn. 22 f. – *Rechtsberatung durch Architektin*.

367 BGH, 13.03.2003, I ZR 143/00, GRUR 2003, 886, 887, juris Rn. 20 – *Erbenermittler*.

368 Vgl. BGH, 20.03.1997, I ZR 241/94, GRUR 1997, 672, 673 – *Sonderpostenhändler*; BGH, 02.02.2012, I ZR 81/10, GRUR 2012, GRUR 2012, 945, Rn. 22 – *Tribenuronmethyl*; BGH, 05.11.2015, I ZR 50/14, GRUR 2016, 705, Rn. 13 – *ConText*; BGH, 12.12.2019, I ZR 117/17, GRUR 2020, 405, Rn. 16 – *ÖKO-TEST II*; siehe auch: OLG Frankfurt, 20.09.2018, 6 U 127/17, WRP 2018, 1499, juris Rn. 15; FBO/Büscher, § 12, Rn. 302; Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 12, Rn. 1.46; Teplitzky/Schwippert, Kap. 51, Rn. 40.

stellen, indem sie – auch im Umkehrschluss – zum Ausdruck bringen, warum der im Antrag zuvor angeführte Unterlassungsanspruch geltend gemacht wird.

- 152 Derartige Zusätze werden mit Formulierungen wie: »... , solange (sofern/soweit) nicht ...«, »... , wenn nicht...« oder »... , es sei denn (ohne), dass (zu)... « verwendet, die einen Nebensatz einleiten. Beanstandet der Anspruchsteller etwa, dass der Wettbewerber ein tatsächlich nicht in Italien gebackenes Brot in einer Aufmachung vertreibt, die den Eindruck einer Herstellung in Italien vermittelt, dann bringt ein gegen die konkrete Verletzungsform gerichtetes Verbot, dem der Zusatz », solange dieses Produkt nicht tatsächlich in Italien hergestellt worden ist. « folgt, die Selbstverständlichkeit zum Ausdruck, dass das Verbot von nicht in Italien hergestellten Broten nicht mehr gelten soll, wenn die Brote (künftig) tatsächlich in Italien hergestellt würden. Der Zusatz wird nicht verwendet, um den Inhalt des Verbots selbständig festzulegen. Er macht aber auch hier deutlich, in welchem Umfang der Kläger über die Umstände des konkret beanstandeten Verhaltens hinaus andere Verletzungshandlungen als im Kern gleichartig ansieht.<sup>369</sup> In einem solchen Fall stellt sich ein »solange nicht«-/»wenn nicht«-/»sofern nicht«-/Zusatz lediglich als ein für den Verbotsumfang bedeutungsloses Begründungselement und eine unschädliche Überbestimmung dar.<sup>370</sup> Das hat seinen Platz regelmäßig in der Antragsbegründung und muss als solches nicht Gegenstand des Antrags sein. In einem auf Untersagung einer irreführenden Werbung gerichteten Unterlassungsantrag muss deshalb auch nicht verbal zum Ausdruck gebracht werden, aufgrund welchen Verkehrsverständnisses die in dem Antrag hinreichend bestimmt umschriebene Handlung irreführend ist.<sup>371</sup> Erschöpft sich der Zusatz in einem Begründungselement oder einer Klarstellung, dann wird die Bestimmtheit des Antrags insgesamt nicht durch die Verwendung unbestimmter Begriffe im Zusatz berührt.<sup>372</sup> Ist der »solange«-Zusatz im Sinne einer konditionalen Verknüpfung (»nur wenn«) oder zeitlich (»bis«) zu verstehen, kann er allerdings eine bloße Ungewissheit zum Ausdruck bringen und wäre dann unzulässig.<sup>373</sup> Auch dann, wenn der Gegenstand des begehrten Verbots im Hauptteil des Antrags schon nicht hinreichend bestimmt bezeichnet ist und der Zusatz den

---

369 BGH, 10.02.2011, I ZR 183/09, GRUR 2011, 340, Rn. 24 – *Irische Butter*.

370 BGH, 06.10.1999, I ZR 92/97, GRUR 2000, 616, 617, juris Rn. 19 – *Auslaufmodelle III*; BGH, 10.02.2011, I ZR 183/09, GRUR 2011, 340, Rn. 24 – *Irische Butter*; BGH, 30.07.2015, I ZR 250/12, GRUR 2016, 406, Rn. 34 – *Piadina-Rückruf*; BGH, 25.11.2021, I ZR 148/20, GRUR 2022, 241, Rn. 10 – *Kopplungsangebot III*; OLG Köln, 09.09.2022, 6 U 92/22, WRP 2022, 1409, juris Rn. 29 – *Matratzen-UVF, Mondpreise*; KG, 05.09.2017, 5 U 150/16, GRUR-RR 2018, 78, 79 – *Spam-Krokodil*.

371 BGH, 06.12.2007, I ZR 184/05, GRUR 2008, 726, Rn. 14 – *Duftvergleich mit Markenparfüm*.

372 Vgl. BGH, 15.07.1999, I ZR 204/96, GRUR 1999, 1017, 1018, juris Rn. 17 – *Kontrollnummernbeseitigung*; BGH, 20.10.1999, I ZR 167/97, GRUR 2000, 619, 620, juris Rn. 17 – *Orient-Teppichmuster*; BGH, 21.07.2016, I ZR 26/15, GRUR 2016, 1076, Rn. 13 – *LGA tested*.

373 BGH, 30.07.2015, I ZR 250/12, GRUR 2016, 406, Rn. 33 – *Piadina-Rückruf*.

eigentlichen Kern des begehrten Verbots enthält, kann er nicht als bloßes Begründungselement angesehen werden und muss deshalb seinerseits hinreichend bestimmt sein.<sup>374</sup>

### cc) Sonstige einschränkende Zusätze

Grundsätzlich brauchen Ausnahmetatbestände in den Klageantrag nicht aufgenommen 153 zu werden; denn es ist nicht Sache des Klägers, den Beklagten darauf hinzuweisen, was ihm erlaubt ist<sup>375</sup>, sondern Sache des Schuldners selbst, Wege zu finden, die aus dem Verbot herausführen.<sup>376</sup>

Das gilt allerdings nur dann, wenn der Klageantrag die konkrete Verletzungsform beschreibt. Ist der Unterlassungsantrag über die konkrete Verletzungsform hinaus verallgemeinernd abstrakt gefasst, ist es erforderlich, erlaubte Verhaltensweisen von dem weit gefassten Verbot auszunehmen.<sup>377</sup> Die Ausnahme muss ebenfalls hinreichend bestimmt beschrieben werden. Wird die Darstellung der erlaubten Verhaltensweise im Nebensatz mit Formulierungen wie »...«, soweit nicht...«, »...«, es sei denn...« o.ä. eingeleitet, müssen die Umstände, die sodann den Ausnahmetatbestand beschreiben, so genau umschrieben werden, dass im Vollstreckungsverfahren erkennbar ist, welche konkreten Handlungen von dem Verbot ausgenommen sind.<sup>378</sup> Gleiches gilt, wenn der Unterlassungsanspruch ausdrücklich beschränkt werden soll (»mit Ausnahme von...«; »Ausgenommen von dem Verbot sind...«). So etwa im Umfang einer vom Schuldner bereits abgegebenen Unterlassungsverpflichtungserklärung, die den Unter-

374 BGH, 12.07.2001, I ZR 40/99, GRUR 2002, 86, 88, juris Rn. 56 – *Laubhefter*.

375 BGH, 29.04.2010, I ZR 202/07, GRUR 2010, 749, Rn. 25 f. – *Erinnerungswerbung im Internet*; BGH, 04.11.2010, I ZR 118/09, GRUR 2011, 742, Rn. 15 – *Rechtsberatung durch Lebensmittelchemiker*; BGH, 25.06.2015, I ZR 145/14, GRUR 2015, 1019, Rn. 12 – *Mobiler Buchhaltungsservice*; BGH, 02.02.2012, I ZR 81/10, GRUR 2012, 945, Rn. 24 – *Tribenuronmethyl*; BGH, 03.11.2016, I ZR 227/14, GRUR 2017, 418, Rn. 34f. – *Optiker-Qualität*; BGH, 26.07.2018, I ZR 226/14, GRUR 2018, 1246, Rn. 28 – *Kraftfahrzeugfelgen II*; BGH, 11.02.2021, I ZR 227/19, WRP 2021, 610, Rn. 18 – *Rechtsberatung durch Architektin*; KG, 18.09.18, 5 U 15/17, MD (VSW) 2019, 50, 52; OLG Stuttgart, 29.07.2021, 2 U 136/21, WRP 2021, 1498, juris Rn. 30 – *KIS-SYO, Stieleis Flecki*.

376 OLG Nürnberg, 16.08.2022, 3 U 29/22, GRUR 2022, 1612, juris Rn. 13 – *Mineralwasserkersten*.

377 BGH, 29.04.2010, I ZR 202/07, GRUR 2010, 749, Rn. 26 – *Erinnerungswerbung im Internet*; BGH, 02.02.2012, I ZR 81/10, GRUR 2012, 945, Rn. 25 – *Tribenuronmethyl*; BGH, 03.11.2016, I ZR 227/14, GRUR 2017, 418, Rn. 34f. – *Optiker-Qualität*; BGH, 11.02.2021, I ZR 227/19, WRP 2021, 610, Rn. 20 – *Rechtsberatung durch Architektin*.

378 BGH, 29.04.2010, I ZR 202/07, GRUR 2010, 749 Rn. 25f. – *Erinnerungswerbung im Internet*; BGH, 04.11.2010, I ZR 118/09, GRUR 2011, 539, Rn. 15 – *Rechtsberatung durch Lebensmittelchemiker*; BGH, 02.02.2012, I ZR 81/10, GRUR 2012, 945, Rn. 25 – *Tribenuronmethyl*; BGH, 18.10.2012, I ZR 137/11, GRUR 2013, 409, Rn. 21 – *Steuerbüro*; BGH, 11.02.2021, I ZR 227/19, WRP 2021, 610, Rn. 20 – *Rechtsberatung durch Architektin*.

lassungsanspruch noch nicht voll abdeckt. Auch kann der Anspruchsteller seinen Anspruch, obwohl er weitergehen könnte, eingrenzen.<sup>379</sup>

### dd) Zusätze mit Verhaltensaufforderungen

- 154 Ein Zusatz kann grundsätzlich nicht mit Erfolg darauf gerichtet sein, dem Schuldner aufzugeben, was er zu unternehmen hat, um künftig eine Verletzungshandlung, etwa eine Irreführung, zu vermeiden. Darin liegt eine positive Verhaltensaufflage für den Verletzer<sup>380</sup>, die der Anspruchsteller, wenn es – wie meist – mehrere Möglichkeiten gibt, dem Verbot Folge zu leisten, in der Regel nicht beanspruchen kann.<sup>381</sup> Weder der Anspruchsteller noch das Gericht haben zu entscheiden, welche Maßnahmen der Verletzer zu treffen hat, um z.B. eine Irreführung auszuschließen, weshalb für positive Auflagen an den Verletzer im Rahmen des Unterlassungsgebots kein Raum ist.<sup>382</sup> Es ist Sache des Verletzers, Maßnahmen zu ergreifen, durch die einem Verbot Folge geleistet und etwa eine Irreführung beseitigt wird.<sup>383</sup> Dennoch mag es Fälle geben, in denen positiv festgelegt werden kann, welche Maßnahme zur Vermeidung von Irreführungen erforderlich ist<sup>384</sup>, weil die im Zusatz gewählte Einschränkung die einzig denkbare oder die am wenigsten einschneidende ist.<sup>385</sup>
- 155 Die Abgrenzung zwischen einem Zusatz mit bloßem Begründungselement und einem solchen, der positiv ein bestimmtes Handeln verlangt, kann im Einzelfall schwierig sein. So hat der BGH im Falle des Angebots von mechanisch hergestellten Web-

---

379 Vgl. BGH, 27.05.1987, I ZR 121/85, GRUR 1987, 839 – *Professorentitel in der Arzneimittelwerbung* (auf aufklärenden Hinweis über die Herkunft beschränktes Verbot der Führung eines Professorentitels); BGH, 16.02.1989, I ZR 76/87, GRUR 1989, 445, 446, juris Rn. 26 – *Professorenbezeichnung in der Arztwerbung* (unbeschränktes Verbot der Führung eines Professorentitels).

380 Teplitzky/Schwippert, Art. 51, Rn. 21.

381 BGH, 03.05.1963, Ib ZR 93/61, GRUR 1963, 539, 541 – *echt skai*; BGH, 15.06.1966, Ib ZR 72/64, GRUR 1967, 30, 34 – *Rum-Verschnitt*.

382 BGH, 20.10.1999, I ZR 167/97, GRUR 2000, 619, 620, juris Rn. 17 – *Orient-Teppichmuster*.

383 BGH, 15.07.1999, I ZR 204/96, GRUR 1999, 1017, 1018, juris Rn. 17 – *Kontrollnummernbeseitigung*; BGH, 20.10.1999, I ZR 167/97, GRUR 2000, 619, 620, juris Rn. 17 – *Orient-Teppichmuster*; BGH, 29.04.2010, I ZR 202/07, GRUR 2010, 749, Rn. 25 – *Erinnerungswerbung im Internet*; BGH, 10.02.2011, I ZR 183/09, GRUR 2011, 340, Rn. 27 – *Irische Butter*; BGH, 02.02.2012, I ZR 81/10, GRUR 2012, 945, Rn. 24 – *Tribenuronmethyl*; BGH, 21.09.2017, I ZR 74/16, Rn. 46 – *Kulturchampignons*; Ahrens/Bacher, Kap. 21, Rn. 17; FBO/Büscher, § 12, Rn. 305; Harte/Henning/Brüning, vor § 12, Rn. 108; Teplitzky/Schwippert, Kap. 51, Rn. 25.

384 Vgl. BGH, 11.04.2002, I ZR 317/99, GRUR 2002, 706, 708, juris Rn. 34 – *vossius.de* (Verpflichtung, dem Benutzer der Internetseite der Beklagten deutlich zu machen, dass es sich nicht um die Homepage der Kläger handelt; dort aber unzutreffend als einschränkende Beschreibung einer erlaubten Verhaltensweise behandelt, obwohl eine konkrete Handlung »auf der ersten sich öffnenden Internet-Seite« vorgeschrieben wurde).

385 Teplitzky/Schwippert, Kap. 51, Rn. 28.

Erlass einer Beschlussverfügung<sup>8</sup> ohne Überraschungsbedarf auf eine Abmahnung verzichtet werden kann, weil der Antragsgegner ohne Abmahnung keine Schutzschrift hinterlegen kann.<sup>9</sup> Der Erlass von **Schubladenverfügungen** (zuvor § 13 Rdn. 4) wird an dieser Anforderung zur Gewährung rechtlichen Gehörs scheitern.

Die **Abmahnung konkretisiert** das zwischen Gläubiger und Schuldner bestehende 8 wettbewerbsrechtliche **Deliktsrechtsverhältnis zu einer Sonderverbindung** eigener Art, die als gesetzliches Schuldverhältnis zu qualifizieren ist<sup>10</sup> und seit der Schuldrechtsreform einen Fall des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB darstellt. Das gilt allerdings nur für eine berechnete Abmahnung, weil nur bei ihr ein Unterlassungsanspruch besteht.<sup>11</sup> Aus der Sonderverbindung erwachsen allein Sekundärpflichten gegenseitiger Rücksichtnahme, insbesondere zur Aufklärung über eine gegenüber einem Dritten abgegebene Unterwerfung, die bereits zuvor die Wiederholungsfahr hat entfallen lassen.<sup>12</sup>

### III. Notwendiger Inhalt des Abmahnschreibens

#### 1. Überblick

Was eine Abmahnung **formell** enthalten muss, ist durch § 13 Abs. 2 UWG 2020 erst- 9 mals gesetzlich geregelt worden. Darunter sind nur Mindestanforderungen zu verstehen, die hinter den Anforderungen zurückbleiben, die schon bisher für notwendig gehalten wurden. Die Abmahnung muss insgesamt geeignet sein, dem Abgemahnten einen Weg zu weisen, den Unterlassungsgläubiger ohne Inanspruchnahme der Gerichte klaglos

- 
- 8 BVerfG, 30.09.2018, 1 BvR 1783/17, GRUR 2018, 1288 Rn. 24 – *Die F-Tonbänder*; BVerfG, 03.06.2020, 1 BvR 1246/20, GRUR 2020, 773 Rn. 19 – *Personalratswahlen bei der Bundespolizei*; BVerfG, 27.07.2020, 1 BvR 1379/20, GRUR 2020, 1119 Rn. 13 – *Zahnabdruckset*; BVerfG, 17.06.2020, 1 BvR 1380/20, WRP 2020, 1177 Rn. 16; BVerfG, 30.07.2020, 1 BvR 1422/20, WRP 2020, 1293 Rn. 17. Siehe auch BVerfG, 30.09.2018, 1 BvR 2421/17, GRUR 2018, 1291 Rn. 36 – *Steuersparmodell eines Fernsehmoderators* (zum fehlenden Gegenstandsverlangen); BVerfG, 11.01.2021, 1 BvR 2681/20, NJW 2021, 1587 Rn. 29; BVerfG, 01.12.2021, 1 BvR 27085/19, NJW 2022, 1083 Rn. 26 – *Mann über Bord*; BVerfG, 24.03.2022, 1 BvR 375/21, NJW 2022, 2100 Rn. 9; BVerfG, 27.10.2022, 1 BvR 1846/22, WRP 2023, 47 Rn. 24 f. – *Islamisten arbeiten am Flughafen*.
- 9 Ahrens/Achilles, Wettbewerbsprozess<sup>9</sup>, Kap. 2 Rn. 2. Zum Zusammenhang zwischen Abmahnung und Antragschrift im Hinblick auf die Rechtsprechung des BVerfG Ahrens/Scharen, Wettbewerbsprozess<sup>9</sup>, Kap. 53 Rn. 6; Mantz, WRP 2020, 416, 419 f.; Mantz, NJW 2020, 2007, 2008; Bornkamm, GRUR 2020, 715, 724 und GRUR 2020, 1163, 1164; Dissmann, GRUR 2020, 1152, 1160.
- 10 BGH, 19.10.1989, I ZR 63/88, GRUR 1990, 381 – *Antwortpflicht des Abgemahnten*; BGH, 17.12.2020, I ZR 228/19, GRUR 2021, 714 Rn. 40 – *Saints Row*.
- 11 BGH, 01.12.1994, I ZR 139/92, GRUR 1995, 167, 168 – *Kosten bei unbegründeter Abmahnung*; BGH, 17.12.2020, I ZR 228/19, GRUR 2021, 714 Rn. 42 – *Saints Row* (Urheberrechtssache) = NJW 2021, 2023 m. Bespr. Dubovitskaya NJW 2021, 1996 ff.
- 12 BGH, 19.10.1989, I ZR 63/88, GRUR 1990, 381 f. m. w. Nachw. – *Antwortpflicht des Abgemahnten*.

zu stellen.<sup>13</sup> Mit der Neuregelung sucht das UWG den Anschluss an **vergleichbare** Anforderungen gem. § 97a Abs. 2 UrhG.

- 10 (1) § 13 Abs. 2 Nr. 1 verlangt die Angabe von Name und Firma des Abmahnenden sowie im Falle einer Vertretung zusätzlich Name und Firma des Vertreters. Gemäß Nr. 2 sind die Voraussetzungen der Anspruchsberechtigung nach § 8 Abs. 3 UWG darzulegen. Zusammenfassend geht es um die Angabe der Grundlagen für die **Gläubigerposition** des Abmahners.
- 11 (2) Das konkret beanstandete **Wettbewerbsverhalten**, also der Sachverhalt und eine summarische rechtliche Einordnung, aus der die angegriffene Verletzungsform zu ersehen ist, ist gemeint, wenn § 13 Abs. 2 Nr. 4 UWG 2020 verlangt, dass die Rechtsverletzung und deren tatsächliche Umstände anzugeben sind.<sup>14</sup> Das für Unterlassungsanträge geltende Bestimmtheitserfordernis (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) ist für Abmahnschreiben irrelevant.<sup>15</sup>
- 12 (3) Das Verlangen einer durch **Vertragsstrafe gesicherten**<sup>16</sup> **Unterlassungsverpflichtungserklärung**.<sup>17</sup>
- 13 (4) die Setzung einer **angemessenen Frist** für die Abgabe der Erklärung und
- 14 (5) die **Androhung** gerichtlicher Maßnahmen verstehen sich von selbst, denn damit wird das Ziel einer außergerichtlichen Beilegung des Rechtsstreits anvisiert.
- 15 (6) § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG 2020 sieht vor, dass der Abmahnende schon in der Abmahnung erklären muss, ob er einen **Aufwendungsersatzanspruch** geltend machen will und **welche Höhe** der Anspruch auf **welcher Berechnungsgrundlage** hat. Das ist in seriöser Abmahnpraxis schon bisher angegeben worden, zumeist schon wegen des Ziels, für den Aufwendungsersatzanspruch mit der Unterwerfungserklärung eine vertragliche Verpflichtung zur Tragung des finanziellen Aufwands zu erlangen. Zumindest war es üblich, damit bei Berechnung von Anwaltsgebühren den Gegenstandswert vertraglich festzulegen. Nunmehr müssen im Interesse der Transparenz darüber hinausgehend weitere Angaben gemacht werden (näher unten zu den **Abmahnkosten** § 13 Rdn. 129 ff.). Bei Verbandsabmahnungen mit Berechnung einer Pauschale ist deren Betrag zu nennen. »In« der Abmahnung bedeutet nicht, dass die Berechnung im selben Schriftstück genannt sein muss. Es darf bei **Anwaltsabmahnungen** auch auf eine Anlage zum Abmahnschreiben Bezug genommen werden, vor allem also auf eine der Abmahnung bereits beigefügte anwaltliche Gebührenrechnung.

---

13 BGH, 31.10.2018, I ZR 73/17, GRUR 2019, 82 Rn 24 und 35 m.w.N. – *Jogginghosen*.

14 Überzogen die Anforderungen in OLG Hamm, 02.02.2023, 4 U 167/22, GRUR-RR 2023, 306 Rn. 33 iVm 19 – Sonnenschirmständer.

15 BGH, 28.07.2022, I ZR 205/20, GRUR 2022, 1447 Rn. 41 – Servicepauschale.

16 Ausgenommen im Fall des § 13a, OLG Schleswig, 03.05.2021, 6 W 5/21, WRP 2021, 950 Rn. 15 f. m. abl. Bespr. Mörger, WRP 2021, 885 ff.; kritisch auch Meinhardt, WRP 2022, 9 Rn. 37 f.

17 Jedoch nur eine verschuldensgebundene Verpflichtung, HansOLG Hamburg, 28.11.2019, 15 U 29/19, WRP 2020, 499, 501 Rn. 32.

## 2. Vorformulierte Unterwerfungserklärung

Nicht notwendig, aber **üblich** und zweckmäßig ist die **Beifügung einer Unterwerfungserklärung**, in der die gewünschte Unterlassungsverpflichtung und die Art der Vertragsstrafenverpflichtung **vorformuliert** sind, auch wenn der zu Recht Abgemahnte verpflichtet ist, die Unterwerfung **eigenverantwortlich** zu formulieren.<sup>18</sup> Das empfiehlt sich im Interesse der Klarheit des Verlangens, der Vermeidung zeitlicher Verzögerungen durch nachfolgenden Formulierungsstreit und der **Vorbereitung eines** eventuell erforderlich werdenden späteren **Klageantrags**. Die Abmahnung ist dann Vertragsangebot (s. unten § 13 Rdn. 77); anderenfalls wird sie als geschäftsähnliche Handlung qualifiziert,<sup>19</sup>

## 3. Gläubigerstellung

Die Erfordernisse des § 13 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UWG 2020 verlangen Angaben zur Gläubigerstellung des Abmahners. Sie müssen bei einem Mitbewerber (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG) ergeben, dass er **als Unternehmer** zu dem Abgemahnten in einer **konkreten Wettbewerbsbeziehung** i.S. des § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG (ex Nr. 3) steht.<sup>20</sup> Angaben zur Marktstellung sind erforderlich, soweit diese nicht offenkundig ist. Dazu gehört nach der Gesetzesbegründung die Mitteilung, in welcher Größenordnung Verkäufe getätigt werden, ohne dass konkrete Umsatzzahlen oder eine Steuerberaterbescheinigung zu nennen ist.<sup>21</sup> Die **Größenordnung der Marktstellung** muss in angemessener Relation zur Anzahl der ausgesprochenen Abmahnungen stehen.<sup>22</sup> Das spricht dafür, eine Angabe zur Zahl dieser Abmahnungen in einer zurückliegenden Zeitperiode von ca. sechs Monaten zu verlangen. Entbehrlich sind all diese Angaben, wenn ein Mitbewerber die **Verletzung einer individuellen Rechtsposition** verfolgt (Rufschutz, Leistungsschutz, Behinderung), was der Gesetzgeber offenbar übersehen hat.

Die **Angabe zum abmahnenden Gläubiger** muss mit derjenigen Person **identisch** sein, die nach erfolglos bleibender außergerichtlicher Streitbeilegung gerichtlich gegen den Abgemahnten vorgeht.<sup>23</sup> Anderenfalls fehlt es an einer Abmahnung, wenn ein anders firmierender Kläger den Unterlassungsanspruch geltend macht.

18 BGH, 16.11.2006, I ZR 191/03, GRUR 2007, 607 Rn. 24 – *Telefonwerbung für »Individualverträge«*.

19 BGH, 27.01.2021, I ZR 17/18, GRUR 2021, 752 Rn. 17 – berechnete Gegenabmahnung; s. auch KG, 30.11.2020, 5 W 1120/20, GRUR-RR 2021, 459 Rn. 19.

20 BGH, 23.03.2023, I ZR 17/22, GRUR 2023, 1116 Rn. 27 ff. – Aminosäurekapseln; OLG Düsseldorf, 14.11.2011, I-20 W 132/11, WRP 2012, 595, 596. Zur notwendigen Darlegung der Inhaberschaft eines Rechts OLG Frankfurt, 28.08.2017, 11 W 16/17, WRP 2017, 1521, 1522 Rn. 8 (urheberrechtlicher Lichtbildschutz).

21 RegE BT-Drucks. 19/12084 S. 24.

22 RegE BT-Drucks. 19/12084 S. 23.

23 Missachtet von OLG Nürnberg im Ausgangsverfahren zu BayVfGH, 26.10.2012, Vf. 101-VI-11, WRP 2013, 228 m. Anm. Ahrens.

- 19 Ein Verband von Gewerbetreibenden (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG) hat die Grundlagen seiner **Verbandsklagebefugnis nachprüfbar** darzustellen. In der Rechtsprechung sind vor der UWG-Novelle 2020 verschiedene Darlegungsanforderungen aufgestellt worden. Dazu gehörten konkrete **Angaben zur Mitgliederstruktur**.<sup>24</sup> Die Rechtsprechung begnügte sich jedoch oftmals mit Angaben, die der Abgemahnte faktisch kaum nachprüfen konnte. Dies betraf insbesondere die Zugehörigkeit einer ausreichenden Zahl von **Mitgliedern** aus derjenigen **Branche**, zu der der Abgemahnte gehörte. Sie sollten – jedenfalls im Abmahnstadium – nicht genannt werden müssen.<sup>25</sup> Das leistete dem Auftreten unseriöser Verbände Vorschub. Aufgrund des § 8b UWG müssen **Wirtschaftsverbände** beim Bundesamt für Justiz **gelistet** werden. Damit ist eine Prüfung der in § 8b genannten Anforderungen verbunden. Auf der **Ermächtigungsgrundlage des § 8b Abs. 3** beruht eine **VO** über Anforderungen, die dem **Bundesamt für Justiz** gegenüber zu erfüllen sind; sie sind Gegenstand der Prüfung durch das Amt. Ein Wirtschaftsverband kann sich grundsätzlich mit dem Hinweis auf die Listung begnügen; die Listung soll in gleicher Weise die Gerichte entlasten.<sup>26</sup> Nicht abgedeckt wird dadurch allerdings das nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG auch weiterhin geltende Erfordernis, dass die **Zu widerhandlung die Interessen der Verbandsmitglieder** berühren muss. Dazu sind gem. § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG Darlegungen im Abmahnschreiben erforderlich.<sup>27</sup>
- 20 **Qualifizierte Einrichtungen** nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG können sich mit dem Eintragungsnachweis begnügen. Bei den **Berechtigten des § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG** ergibt sich die Abmahnbefugnis in der Regel bereits aus deren Rechtsstatus oder deren Aufgabenstellung, sodass die Befugnis offenkundig ist.<sup>28</sup>

#### 4. Tathandlung und rechtliche Einordnung

- 21 Der **Sachverhalt** und der daraus abgeleitete **rechtliche Vorwurf** sind **so genau** anzugeben, dass der **Abgemahnte in die Lage** versetzt wird, die behauptete **Verletzungshandlung** unter den in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu **würdigen**.<sup>29</sup> Die tatsächlichen und rechtlichen Angaben zu einem behaupteten

24 OLG Saarbrücken, 27.11.2017, 1 W 38/17, GRUR-RR 2018, 262 Rn. 26 und 29 – *Vorgerichtliche Legitimation*.

25 OLG Frankfurt, 06.11.2000, 6 W 161/00, GRUR-RR 2001, 287. Anspruch auf vorgegerichtliche Überlassung einer nicht anonymisierten Mitgliederliste verneint von OLG Saarbrücken, 27.11.2017, 1 W 38/17, GRUR-RR 2018, 262 Rn. 28 – *Vorgerichtliche Legitimation*. Anders im Prozess: BGH, 18.10.1995, I ZR 126/93, GRUR 1996, 217, 2018 – *Anonymisierte Mitgliederliste*.

26 RegE BT-Drucks. 19/12084 S. 24.

27 Ahrens/Achilles, Wettbewerbsprozess<sup>9</sup>, Kap. 2 Rn. 25.

28 Ahrens/Achilles, Wettbewerbsprozess<sup>9</sup>, Kap. 2 Rn. 25.

29 BGH, 22.01.2009, I ZR 139/07, GRUR 2009, 502 Rn. 13 – *pcb*; BGH, 05.12.2012, I ZR 36/11, GRUR 2015, 403 Rn. 44 – *Monsterbacke*; BGH, 21.01.2021, I ZR 17/18, GRUR 2021, 752 Rn. 26 – berechtigte Gegenabmahnung; OLG Saarbrücken, 16.03.2015, 1 W 7/15, MDR 2015, 1154; OLG Frankfurt, 30.11.2017, 1 W 40/17, WRP 2018, 235, 236 Rn. 10.

Wettbewerbsverstoß müssen so konkret sein, dass der **Streitgegenstand** des bevorstehenden gerichtlichen Verfahrens **erkennbar** ist. Nuancierungen können bereits den Streitgegenstand verschieben. Das ist auch im Falle eines etwaigen späteren Wegfalls einer Rechtsgrundlage des abgemahnten Unterlassungsanspruchs für die Möglichkeit einer Kündigung der Unterwerfungsvereinbarung bedeutsam. Die Tatbeschreibung muss so präzise sein, dass die **Tathandlung identifizierbar** ist. Es gilt aber nicht das Bestimmtheitsgebot des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.<sup>30</sup> Diese schon bisher gestellten Anforderungen an eine Abmahnung nimmt das neue Recht in § 13 Abs. 2 Nr. 4 UWG auf.

Bei Schutzrechtsverletzungen ist das **Schutzrecht** anzugeben. Geht der Abmahnende aus **mehreren Schutzrechten** vor, ist aber nur in Bezug auf ein Schutzrecht eine Schutzrechtsverletzung zu bejahen, liegt eine insgesamt erfolgreiche Abmahnung vor.<sup>31</sup> Die **prozessualen Streitgegenstandsdifferenzierungen** – kumulatives oder gestaffeltes Vorgehen – sind außergerichtlich **unerheblich**. Zu den Folgen für die Abmahnkosten-erstattung unten § 13 Rdn. 128.

Eine **rechtliche Einordnung** ist bisher **nur** dann erforderlich gehalten worden, wenn ein Lebenssachverhalt Grundlage für verschiedene rechtliche Angriffe sein kann, und ohne die Angabe das Ziel der Abmahnung nicht zu erschließen ist.<sup>32</sup> Darüber geht § 13 Abs. 2 Nr. 4 UWG nicht hinaus. Eine umfassende Rechtsbelehrung ist jedoch nicht zu verlangen. Allerdings fördert es die Bereitschaft zur Unterwerfung, wenn **aktuelle Entscheidungen** zugunsten der Position des Abmahners angegeben werden. Die **selektive Auswahl** von Entscheidungen unter Verschweigen entgegenstehender Rechtsprechung kann als **Betrug** zu werten sein. Im Übrigen schaden aber Fehler und Ungenauigkeiten der mitgeteilten rechtlichen Bewertung, etwa eine zu starke Verallgemeinerung der Unterlassungsverpflichtung, nicht.<sup>33</sup>

Inhaltlich von der Abmahnung **nicht erfasste Verletzungsformen**, also Verhaltensweisen außerhalb des kerngleichen gerügten Verletzungsbereichs bedürfen im Falle eines nachfolgend beabsichtigten gerichtlichen Vorgehens einer **selbständigen Abmahnung**.

**Verlangt** der **Gläubiger** mit einer von ihm vorgeschlagenen Unterwerfungserklärung **mehr** als ihm zusteht, **verfehlt** die Abmahnung deshalb **nicht** ihre **Hinweisfunktion**.<sup>34</sup>

30 BGH, 28.04.2016, I ZR 254/14, GRUR 2016, 1300 Rn. 67 – *Kinderstube*; BGH, 21.01.2021, I ZR 17/18, GRUR 2021, 752 Rn. 26 – berechnigte Gegenabmahnung.

31 BGH, 28.04.2016, I ZR 254/14, GRUR 2016, 1300 Rn. 67 – *Kinderstube*.

32 Vgl. BGH, 12.02.2015, I ZR 36/11, GRUR 2015, 403 Rn. 44 – *Monsterbacke II*; Hans-OLG Hamburg, 03.03.1996, 3 W 17/96, WRP 1996, 773; OLG Frankfurt, 30.11.2017, 1 W 40/17, WRP 2018, 235, 236 Rn. 10.

33 OLG Celle, 22.01.2015, 13 U 25/14, WRP 2015, 472, 474.

34 Vgl. BGH, 16.11.2006, I ZR 191/03, GRUR 2007, 607 Rn. 24 – *Telefonwerbung für »Individualverträge«*; BGH, 21.01.2021, I ZR 17/18, GRUR 2021, 752 Rn. 26 – *Berechnigte Gegenabmahnung*.