

UWG

Fritzsche / Münker / Stollwerck

2022

ISBN 978-3-406-78482-8

C.H.BECK

Auf eine genaue **Abgrenzung** zwischen einem Handeln und Unterlassen kommt es nur dann an, wenn Unlauterkeitstatbestände auf bestimmte Verhaltensweisen zugeschnitten sind (→ Rn. 68.1).

Dies war bei § 5a Abs. 1 aF der Fall, weil dieser Tatbestand nur für ein „**Verschweigen**“ von Angaben durch einen Unternehmer galt. Mit der Aufhebung dieses Unlauterkeitstatbestands ist an die Stelle des Verschweigens das Vorenthalten von wesentlichen Informationen getreten. Dem Vorenthalten ist eines Unterlassens sind gemäß § 5a Abs. 2 aktive Handlungen gleichgestellt. Daher hat die Abgrenzung zwischen Handeln und Unterlassen mit der Neuregelung an praktischer Bedeutung verloren.

Positives Tun und Unterlassen sind danach zu unterscheiden, worin bei einer objektiven und wertenden Betrachtung der **Unrechtsschwerpunkt** liegt. So wird bspw. eine unvollständige und dadurch irreführende Information eher als eine aktive Täuschung und damit ein positives Tun anzusehen sein. Denn das lauterkeitsrechtliche Unrecht folgt gerade aus dem Umstand, dass der Unternehmer lückenhaft informiert hat. Demgegenüber ist von einem Unterlassen auszugehen, wenn der Unternehmer eine notwendige Information gar nicht zur Verfügung stellt.

2. Auf einer Willensentschließung basierendes Verhalten

Das Handeln oder Unterlassen muss jeweils ursächlich auf eine **menschliche Entscheidung** in Form einer tatsächlichen oder rechtlichen Willensentschließung zurückzuführen sein. Das ist bei allen **bewussten Verhaltensweisen** zu bejahen.

Eine **technisch gestützte und automatisierte Umsetzung** der Willensentschließung steht der Einordnung als eine geschäftliche Handlung nicht entgegen. Es kommt mithin nicht darauf an, ob bspw. eine Werbeaussendung unmittelbar durch eine Person erfolgt oder mit Hilfe technischer Einrichtungen (Beispiele → Rn. 71.1 ff.).

Automatisch versendete **elektronische Nachrichten** (E-Mails) sind geschäftliche Handlungen (vgl. BGH GRUR 2016, 946 Rn. 23 ff. – Freunde finden; BGH GRUR 2013, 1259 Rn. 16 ff. – Empfehlung-E-Mail). Denn das Versenden solcher Nachrichten erfolgt, weil dies zuvor durch die entsprechende Programmierung so festgelegt wurde.

Ein gesetzliches Beispiel für automatisierte geschäftliche Handlungen sind **Anrufe durch Anrufmaschinen** (vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 2). Die Anrufmaschine ist lediglich ein technisches Hilfsmittel zur Umsetzung einer zuvor festgelegten Kommunikationsstrategie.

Zieht man eine Parallele zum allgemeinen Deliktsrecht, dann stehen auch Erklärungen und Informationen, die auf Basis eines „lernfähigen“ **Algorithmus** gezielt zusammengestellt werden, der Annahme einer geschäftlichen Handlung nicht entgegen (vgl. dazu BGH GRUR 2013, 751 Rn. 11 ff. – Autocomplete).

Damit vergleichbar ist der **Einsatz von „Chatbots“, „Socialbots“** und ähnlichen Softwareprogrammen, die mehr oder weniger selbstständig in der digitalen Welt aktiv sind und Kommunikationsinhalte verlaubaren. Auch deren Einsatz kann eine geschäftliche Handlung sein, wenn und weil diese automatisierten Äußerungen auf eine menschliche Willensentschließung zurückzuführen sind (dazu näher Janal/Isikay GRUR-Prax 2018, 393 ff. und Köbrich/Frotzheim WRP 2017, 1188 ff.).

Keine geschäftliche Handlung ist dagegen bei **technischen Fehlfunktionen** von Programmen und Geräten anzunehmen.

3. Entscheidungsspielraum

Von einer geschäftlichen Handlung kann nur ausgegangen werden, wenn dem Handelnden in seinem Verhalten ein **gewisser Entscheidungsspielraum** zusteht. Wer ohne einen solchen Entscheidungsspielraum nur Anweisungen ausführt (zB der Beschäftigte in einer Druckerei, die Werbeplakate herstellt; ein Bote, der eine Erklärung überbringt), begeht selbst keine geschäftliche Handlung. Allerdings kann diese Person lauterkeitsrechtlich ggf. als ein Teilnehmer in Anspruch genommen werden.

Unerheblich ist, ob das konkrete Verhalten durch die Rechtsordnung im Übrigen erlaubt oder verboten ist. Maßgeblich ist für § 2 Abs. 1 Nr. 2 allein, dass rein tatsächlich ein bewusstseinsgesteuertes Verhalten gegeben ist.

IV. Unternehmensbezug: Förderung des eigenen oder eines fremden Unternehmens

Geschäftliche Handlungen sind darauf ausgerichtet, die geschäftliche Tätigkeit eines Unternehmens zu fördern. Aus dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 Nr. 2 ergibt sich, dass eine solche Förderung nicht nur zugunsten des eigenen Unternehmens, sondern ebenso zugunsten eines fremden Unter-

nehmens erfolgen kann. Auch Konstellationen einer Doppelförderung, also einer Tätigkeit zugunsten des eigenen und eines fremden Unternehmens sind denkbar.

1. Unternehmen

- 75 Grundvoraussetzung ist in allen Fällen, dass die Handlung oder das Unterlassen einem Unternehmen zugutekommt. Der **Begriff des Unternehmens** ist formal vom Unternehmer (§ 2 Abs. 1 Nr. 8) zu unterscheiden. Das Unternehmen bezeichnet die nach außen in Erscheinung tretende Einheit, während der Unternehmer der Inhaber des Unternehmens ist. Gleichwohl besteht zwischen dem Unternehmen und dem Unternehmer eine enge inhaltliche Verknüpfung, denn jeweils müssen die Voraussetzungen für eine unternehmerische Tätigkeit erfüllt sein.
- 76 Nach der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 2 lit. b UGP-RL stimmen die Begriffe „Unternehmen“ und „Gewerbetreibender“ in ihrer Bedeutung und ihren rechtlichen Tragweite überein (EuGH GRUR 2013, 1159 Rn. 31 – BKK Mobil Oil). Die vom Unternehmen ausgeübte unternehmerische Tätigkeit setzt ein **selbstständiges und planmäßiges, auf eine gewisse Dauer angelegtes Anbieten oder Beziehen von Waren oder Dienstleistungen auf einem Markt** voraus (vgl. BGH GRUR 2009, 871 Rn. 33 – Ohrclips; BGHZ 167, 40 Rn. 14 = NJW 2006, 2250).
- 77 Ähnlich ging die deutsche Rechtsprechung bereits zu § 1 UWG 1909 davon aus, dass es sich beim **Handeln im geschäftlichen Verkehr** um eine selbständige, wirtschaftliche Zwecke verfolgende Tätigkeit handeln muss, in der eine Teilnahme am Erwerbsleben zum Ausdruck kommt und die sich auf Mitbewerber auswirken kann (BGH GRUR 1993, 761 (762) – Makler-Privatangebot).
- 78 Näher zum Begriff des Unternehmers → Rn. 346 ff.

2. Zugunsten des eigenen Unternehmens

- 79 Geschäftliche Handlungen zugunsten des eigenen Unternehmens sind alle Tätigkeiten, die bei einer wirtschaftlichen Betrachtung dem handelnden Unternehmen selbst zugutekommen. Dazu gehört insbesondere der **eigene Vertrieb oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen**.
- 80 Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 gelten dabei als Handlungen des Unternehmers auch Verhaltensweisen von Personen, die **im Namen oder im Auftrag des Unternehmers**, also des Unternehmensinhabers, handeln. Ein Handeln zugunsten des eigenen Unternehmens liegt mithin auch dann vor, wenn der Unternehmer Stellvertreter oder Absatzmittler (zB Handelsvertreter, Vertragshändler oder dergleichen) zum Vertrieb seiner Erzeugnisse einsetzt.
- 81 Die Einordnung einer geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen Unternehmens ist nicht davon abhängig, ob der Unternehmer für seine Tätigkeit von anderen Marktteilnehmern eine Gegenleistung erhält (BGH GRUR-RS 2021, 26642 Rn. 49 – Influencer I; BGH GRUR-RS 2021, 26632 Rn. 38 ff.; BGH GRUR 2018, 1251 Rn. 49 – Werblocker II). Daher können auch Handlungen, die **unentgeltlich** erfolgen (zB das Überlassen von kostenloser Software oder das Zurverfügungstellen von Internetdiensten ohne monetäres Entgelt), geschäftliche Handlungen sein. Für § 2 Abs. 1 Nr. 2 kommt es nicht darauf an, welche Finanzierungswege ein Unternehmer nutzt.

3. Zugunsten eines fremden Unternehmens

- 82 Der Begriff der geschäftlichen Handlung umfasst neben Verhaltensweisen zugunsten des eigenen Unternehmens auch solche, die der **Förderung eines Drittunternehmens** dienen (BGH GRUR 2020, 997 Rn. 12 – GRAZIA StyleNights).
- 83 Ein Verhalten zugunsten eines Drittunternehmens ist zu bejahen, wenn der Handelnde die Geschäftstätigkeit eines Dritten durch seinen Einsatz **unterstützt**. So liegt es bspw., wenn ein Interessenverband die Leistungen eines bestimmten Mitgliedsunternehmens empfiehlt oder umgekehrt ein Unternehmen zugunsten seiner Mitglieder kritisiert. Nimmt der Verband insoweit keine eigene Geschäftstätigkeit wahr, dann liegt in der Empfehlung die Förderung des empfohlenen Unternehmens gleichwohl eine geschäftliche Handlung.
- 84 Besteht eine **geschäftliche Beziehung** zu einem fremden Unternehmen, dann kann dies ein Indiz für ein Handeln zugunsten dieses Unternehmens sein (BGH GRUR-RS 2021, 26642 Rn. 30 – Influencer I; vgl. auch BGH GRUR 2021, 497 Rn. 25 – Zweitmarkt für Lebensversicherungen). Ebenfalls für eine geschäftliche Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens spricht es, wenn der Handelnde für seine Tätigkeit von dem Drittunternehmen eine **Gegenleistung** erhält (BGH GRUR-RS 2021, 26642 Rn. 50 – Influencer I).

Erhält ein Unternehmer **keine Gegenleistung** von einem Dritten, dann bedeutet dies jedoch nicht, dass eine Fremdförderung ausgeschlossen ist. Vielmehr sind alle konkreten Umstände des Falles zu würdigen. Aus § 5a Abs. 4 S. 2 ergibt sich nichts anderes. Zwar liegt danach kein kommerzieller Zweck bei einem Handeln zugunsten eines fremden Unternehmens vor, wenn der Handelnde kein Entgelt oder keine ähnliche Gegenleistung erhält oder sich versprechen lässt. Jedoch gilt diese Regelung nach ihrer systematischen Stellung nur für das Nichtkenntlichmachen des kommerziellen Zwecks iSv § 5a Abs. 4 S. 1 und lässt keine Rückschlüsse auf das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung zu (aA Lettl WRP 2021, 1384 (1387 f.)).

4. Förderung des eigenen und eines fremden Unternehmens (Doppelförderung)

Nicht selten wird eine **geschäftliche Tätigkeit zugleich für das eigene Unternehmen und für ein Drittunternehmen** förderlich sein. In diesen Fällen liegt eine geschäftliche Handlung zugunsten des eigenen und eines fremden Unternehmens vor. Hierzu gehören insbesondere Konstellationen, in denen ein Unternehmen als Mittler auftritt und zB Informationen weiterverbreitet oder Transaktionen ermöglicht (Beispiele → Rn. 86.1 ff.).

Verbreitet ein Unternehmen im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit etwa die unlautere Werbung eines Dritten, dann kann dieses Verhalten sowohl der Förderung des eigenen Unternehmens als auch der Förderung eines fremden Unternehmens dienen.

Vermittelt ein Unternehmen mit Hilfe einer Software („App“) **Beförderungsleistungen** (wie etwa im Fall UBER), die von privaten Fahrern selbstständig erbracht werden, dann handelt der Vermittler sowohl zur Förderung des eigenen Unternehmens als auch zur Förderung der selbstständigen Tätigkeit der Fahrer (vgl. Alexander/Knauff GewArch 2015, 200 (204)).

Ebenfalls eine geschäftliche Handlung mit doppelter Zielsetzung liegt vor bei **Online-Vergleichsportalen**, auf denen Drittunternehmen ihre Waren oder Dienstleistungen anbieten. Der Portalbetreiber fördert dabei seine eigene unternehmerische Tätigkeit (Anbieten der Vermittlungs- und Transaktionsleistungen des Portals) und die Tätigkeit derjenigen Anbieter, die mit ihren Waren oder Dienstleistungen auf dem Portal vertreten sind und bei einer Vergleichsanfrage aufgelistet werden (Alexander WRP 2018, 765 (767); anders Franz WRP 2018, 20 (27 f.)).

Auch in den Fällen des **Influencer-Marketings** kann eine Tätigkeit zugunsten des eigenen und eines fremden Unternehmens vorliegen. Zu Einzelheiten → Rn. 144 ff.

V. Vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss

Der Begriff der geschäftlichen Handlung erstreckt sich auf Verhaltensweisen vor, bei und nach einem Geschäftsabschluss. Durch diese Umschreibung wird verdeutlicht, dass das Lauterkeitsrecht einen **umfassenden Schutzansatz** verfolgt und sein Anwendungsbereich insbesondere nicht mit dem Eingehen einer Vertragsbeziehung zwischen Marktakteuren endet.

Diese Fassung beruht auf der Vorgabe von Art. 2 lit. d UGP-RL. Sie hat eine – im Vergleich zum UWG 1909 und UWG 2004 – deutliche Erweiterung des Anwendungsbereiches des UWG zur Folge (→ Rn. 88.1 f.).

Der Anwendungsbereich des UWG 1909 (Handeln im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs) erstreckte sich ebenso wie der Anwendungsbereich des UWG 2004 (Wettbewerbsbehandlung) im Wesentlichen auf Verhaltensweisen vor dem Abschluss eines Vertrages. Der Abschluss eines Vertrages bildete gleichsam eine **sachliche Zäsur im Marktgeschehen**. Hieraus ergab sich zugleich die grundsätzliche, wenngleich nicht trennscharfe Abgrenzung zwischen dem Lauterkeitsrecht und dem Vertragsrecht (näher dazu Alexander, Vertrag und unlauterer Wettbewerb, 2002, 57 ff.). Der Fokus des UWG lag damit auf der Regelung des Wettbewerbsgeschehens, also des Marktverhaltens vor dem Abschluss eines Vertrages.

Die Erweiterung des Anwendungsbereiches des UWG ist eine Konsequenz des weiten Regelungsansatzes der UGP-RL. Die Richtlinie verfolgt das Ziel eines umfassenden Verbraucherschutzes, sodass es nur folgerichtig ist, wenn der Schutz nicht vor oder im Zeitpunkt des Vertragsschlusses endet, sondern darüber hinaus reicht. Damit änderte sich auch der rechtliche Charakter des Lauterkeitsrechts. Das Rechtsgebiet beschränkt sich nicht mehr auf Regelungen mit Wettbewerbsbezug, sondern umfasst auch jede darüber hinaus gehende geschäftliche Tätigkeit von Unternehmern. Das UWG erstreckt sich von der Vorbereitung über die Anbahnung und den Abschluss bis hin zur Abwicklung von Geschäften zwischen Marktakteuren. Aus dem Wettbewerbsrecht alter Prägung entstand damit das **Lauterkeitsrecht als Recht der geschäftlichen Handlungen**.

Als Geschäftsabschlüsse sind alle Transaktionen zwischen den Marktteilnehmern anzusehen, an denen ein Unternehmer beteiligt ist. Dabei handelt es sich um **Austauschgeschäfte** in Bezug

auf Waren oder Dienstleistungen. Diese betreffen das **Vertikalverhältnis**. Die rechtliche Qualität dieser Geschäfte (zB Kaufvertrag, Werkvertrag, Dienstvertrag, Reisevertrag, Leasing usw.) ist unerheblich. Gleichermaßen kommt es nicht darauf an, ob die Geschäfte wirksam zustande gekommen sind.

- 90 Keine Geschäfte in diesem Sinne sind vertragliche Vereinbarungen zwischen Marktteilnehmern, die nicht auf einen Leistungsaustausch, sondern auf die Regelung sonstiger geschäftlicher Fragen gerichtet ist. Dazu gehören bspw. Kooperationen zwischen Unternehmen, Gesellschaftsverträge oder dergleichen.
- 91 Verhaltensweisen **vor dem Geschäftsabschluss** sind insbesondere alle Tätigkeiten, die der Vorbereitung und Anbahnung eines Vertrages dienen. Dazu gehören auch allgemein werbende oder imagefördernde Verhaltensweisen von Unternehmen. Ebenfalls vor Vertragsschluss bestehen typischerweise verbraucherschützende Informationspflichten (zB Art. 246 Abs. 1 EGBGB für Verbraucherverträge).
- 92 Mit Verhaltensweisen **bei einem Geschäftsabschluss** sind Tätigkeiten gemeint, die der Begründung von Vertragsbeziehungen (Abschluss eines Vertrages) oder der Änderung bzw. Anpassung von bereits bestehenden Vertragsverhältnissen dienen. Hierzu gehören bspw. das Einbeziehen von AGB oder Auskünfte über den Inhalt des abzuschließenden Vertrags.
- 93 Verhaltensweisen **nach einem Geschäftsabschluss** sind alle Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Abwicklung und Erfüllung der Leistungspflichten aus dem Geschäft, also während der laufenden Geschäftsbeziehung. Hierzu gehören weiterhin Auskünfte über Rechte aus dem Geschäft, etwa über das Bestehen eines Widerrufsrechts oder von Gewährleistungsrechten. Auch Verhaltensweisen, die auf eine Fortsetzung der Geschäftsbeziehung (zB eine Vertragsverlängerung) oder das Verhindern einer Geschäftsbeendigung gerichtet sind (zB die Beeinflussung eines Kunden, um dessen Wechsel zu einem anderen Anbieter zu verhindern) sind Verhaltensweisen nach einem Geschäftsabschluss.

VI. Unmittelbarer und objektiver Zusammenhang mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder des Abschlusses oder der Durchführung eines Vertrags über Waren und Dienstleistungen

- 94 Das strukturell wichtigste Teilelement der Definition der geschäftlichen Handlung in § 2 Abs. 1 Nr. 2 bildet das Erfordernis, wonach die Tätigkeit „mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen unmittelbar und objektiv zusammenhängt“. Diese sperrig ammutende und sprachlich wenig elegante Umschreibung dient zum einen der Abgrenzung zu nicht-geschäftlichen Handlungen, zum anderen der näheren Charakterisierung derjenigen Verhaltensweisen, die als geschäftliche Handlung einzuordnen sind. Bei der Auslegung ist von einem **funktionalen Verständnis** auszugehen (BGH GRUR-RS 2021, 26642 Rn. 30 – Influencer I; BGH GRUR-RS 2021, 26632 Rn. 23; BGH GRUR 2019, 1202 Rn. 13 – Identitätsdiebstahl). Dieser funktionale Ansatz kommt besonders bei dem Erfordernis des unmittelbaren und objektiven Zusammenhangs zum Tragen (→ Rn. 118 ff.).

1. Unternehmens- und Marktbezug

- 95 Aus der Formulierung ergibt sich zunächst, dass die maßgebliche Tätigkeit einen **Unternehmens- und Marktbezug** aufweisen muss. Bei dem Absatz und dem Bezug von Waren und Dienstleistungen handelt es sich ebenso wie bei dem Abschluss und der Durchführung von Verträgen um typische Verhaltensweisen in der Ausübung einer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit.
- 96 Der erforderliche **Marktbezug** ist zu bejahen, wenn das Handeln oder Unterlassen einen Einfluss auf das Marktgeschehen und/oder auf andere Marktteilnehmer entfalten kann und damit insbesondere eine **Außenwirkung** aufweist. Das trifft erst zu, wenn dieses Verhalten in der Außenwelt in Erscheinung tritt und sich auf gegenwärtige oder mögliche Mitbewerber, Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer auswirken kann (vgl. BGH GRUR 1971, 119 – Branchenverzeichnis zu § 1 UWG 1909).
- 97 Die höchstgerichtliche Rechtsprechung ist zum früheren Merkmal des **geschäftlichen Verkehrs** in § 1 UWG 1909 davon ausgegangen, dass als ein Handeln im geschäftlichen Verkehr jede der Förderung eines Geschäftszwecks dienende Tätigkeit im Gegensatz zu einer rein privaten oder amtlichen Betätigung zu betrachten ist, wobei es gleichgültig ist, ob die Tätigkeit sich in der Öffentlichkeit oder in einem privaten Rahmen abspielt (BGH GRUR 1959, 488 (489) – Konsumgenossenschaft; BGH GRUR 1953, 293 (294) – Fleischbezug). Letztlich genügt es, wenn durch

die Tätigkeit die Stellung des Unternehmens im Wettbewerb in irgendeiner Hinsicht gefördert wird (vgl. BGH GRUR 1986, 615 (618) – Reimportierte Kraftfahrzeuge).

2. Waren oder Dienstleistungen

Abweichend von dem Wortlaut der UGP-RL spricht das deutsche Recht durchgehend nicht von **Produkten**, sondern von Waren oder Dienstleistungen. Eine fehlerhafte Umsetzung des Unionsrechts liegt darin nicht, weil das Unionsrecht unter dem Begriff des Produkts Waren und Dienstleistungen zusammenfasst (→ Rn. 98.1).

Zu den Produkten iSd UGP-RL gehören gem. **Art. 2 lit. c UGP-RL** alle Waren oder Dienstleistung, einschließlich Immobilien, digitaler Dienstleistungen und digitaler Inhalte, sowie Rechte und Verpflichtungen. **98.1**

Die Begriffe Waren und Dienstleistungen sind **in einem weiten Sinne** zu verstehen. Das UWG kennt keine Ausnahmereiche für bestimmte Arten von Gütern, sodass sämtliche Leistungen, die auf Märkten gehandelt werden können, Waren oder Dienstleistungen iSd Gesetzes sein können. **99**

Der Begriff der **Ware** in § 2 Abs. 1 Nr. 2 entspricht nicht dem (engeren) Begriff der Ware in § 241a Abs. 1 BGB (→ Rn. 100.1). Vielmehr ist von dem weiten Warenbegriff des europäischen Primärrechts auszugehen. **100**

§ 241a Abs. 1 BGB beschränkt den Begriff der Ware auf bewegliche Sachen, die nicht auf Grund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden. Diese spezifische Definition dient der Umsetzung von Art. 2 Nr. 3 RL 2011/83/EU. **100.1**

Waren iSv Art. 34 AEUV sind Erzeugnisse, die einen **Geldwert** haben und **Gegenstand von Handelsgeschäften** sein können (vgl. EuGH Slg. 1968, 633 (642) = BeckRS 2004, 73554 – Kunstschätze). Unerheblich ist dabei, ob es sich um körperliche oder unkörperliche Gegenstände handelt. Neben beweglichen Gegenständen können auch unbewegliche Gegenstände, insbesondere Grundstücke, Waren sein. Ebenfalls den Waren zuzuordnen sind leitungsgebundene Stoffe (zB Fernwärme, Gas, Wasser) oder digitale Inhalte. **101**

Dienstleistungen sind nicht nur Leistungen, die Gegenstand eines Dienstvertrages iSv § 611 BGB sein können. Auch hier ist von dem weiten Begriffsverständnis des Unionsrechts auszugehen. Gemäß Art. 57 Abs. 1 AEUV sind Dienstleistungen „Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen.“ Dazu gehören nach Art. 57 Abs. 2 AEUV insbesondere **gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten**. Als Dienstleistungen gelten auch „Rechte und Verpflichtungen“. **102**

Der Unionsgesetzgeber hat klargestellt, dass die UGP-RL auch für Geschäftspraktiken gilt, die **digitale Dienstleistungen** und **digitale Inhalte** betreffen (→ Rn. 103.1). **103**

Die entsprechende Anpassung in Art. 2 lit. c UGP-RL erfolgte durch **Art. 3 Abs. 1 lit. a Omnibus-RL** (ABl. L 328/7). Die Begriffe „digitale Dienstleistungen“ und „digitale Inhalte“ sind weder in der UGP-RL noch in der Omnibus-RL definiert. Nach Erwägungsgrund 30 Omnibus-RL sind diese Begriffe im Sinne der **RL (EU) 2019/770** (ABl. L 136/1) auszulegen. Entsprechende Definitionen sieht auch die **RL (EU) 2019/771** (ABl. L 136/28). Im deutschen Recht finden sich die Definitionen in § 327 Abs. 2 BGB. **103.1**

Digitale Inhalte sind Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden (Art. 2 Nr. 1 RL (EU) 2019/770; Art. 2 Nr. 6 RL (EU) 2019/771; § 327 Abs. 2 S. 1 BGB). Zu Einzelheiten → Rn. 104.1. **104**

Digitale Inhalte in diesem Sinne „umfassen eine einmalige Bereitstellung, eine Reihe einzelner Bereitstellungen sowie eine fortlaufende Bereitstellung über einen bestimmten Zeitraum. Fortlaufende Bereitstellung sollte nicht unbedingt bedeuten, dass es sich dabei um eine langfristige Bereitstellung handelt. Beispielsweise sollte das Streaming eines Videoclips unabhängig von der tatsächlichen Abspieldauer der audiovisuellen Datei als eine fortlaufende Bereitstellung über einen bestimmten Zeitraum betrachtet werden. Es kann daher schwierig sein, zwischen unterschiedlichen Arten digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen zu unterscheiden, da beide eine fortlaufende Bereitstellung durch den Unternehmer während der Vertragslaufzeit umfassen können“ (Erwägungsgrund 30 Omnibus-RL). **104.1**

Bei **digitalen Dienstleistungen** handelt es sich um Dienstleistungen, die dem Verbraucher die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu solchen Daten ermöglichen, oder Dienstleistungen, die die gemeinsame Nutzung der vom **105**

Verbraucher oder von anderen Nutzern der entsprechenden Dienstleistung in digitaler Form hochgeladenen oder erstellten Daten oder sonstige Interaktionen mit diesen Daten ermöglichen (Art. 2 Nr. 2 RL (EU) 2019/770; Art. 2 Nr. 7 RL (EU) 2019/771; § 327 Abs. 2 S. 2 BGB). Zu Einzelheiten → Rn. 105.1.

- 105.1** Zu digitalen Dienstleistungen gehören beispielsweise Dienste zur gemeinsamen Nutzung von Video- oder Audioinhalten und andere Formen des Filehostings, Textverarbeitung oder Spiele, die in der Cloud angeboten werden, Cloud-Speicher, Webmail, soziale Medien und Cloud-Anwendungen (Erwägungsgrund 30 Omnibus-RL).

3. Förderung des Absatzes oder des Bezugs

- 106** Die marktbezogene Tätigkeit eines Unternehmers weist einen geschäftlichen Charakter auf, wenn sie darauf ausgerichtet ist, innerhalb des Marktgeschehens das Unternehmen und/oder seine Leistungen bekanntzumachen und zu etablieren sowie mit anderen Marktteilnehmern zu kommunizieren und zu interagieren.
- 107** Indem das Gesetz den Absatz und den Bezug von Waren oder Dienstleistungen erwähnt, nimmt es insbesondere die **marktbezogenen Transaktionen** in den Blick. Dies beschränkt sich nicht allein auf die unmittelbare Anbahnung und Vorbereitung von Austauschgeschäften, sondern erstreckt sich auf alle Maßnahmen, mit denen der Unternehmer darauf abzielt, die eigene Marktposition aufzubauen und zu festigen. Erfasst ist dabei nicht nur auf die **Gewinnung neuer Kunden** gerichtete Verhaltensweisen, sondern der Anwendungsbereich des Gesetzes erstreckt sich auch auf die **Erhaltung eines bisherigen Kundenstammes** (BGH GRUR 1970, 465 (467) – Prämixe; BGH GRUR 1959, 488 (489) – Konsumgenossenschaft; s. bereits RGZ 59, 1 (2)).
- 108** Geschäftliche Handlungen können einer konkreten Transaktion weit vorgelagert sein, ohne dass eine Förderung des Absatzes oder des Bezugs dadurch ausgeschlossen wäre. Ein wichtiges Element der Absatz- oder Bezugsförderung bildet bspw. die **Datengewinnung**, um auf dieser Grundlage in einen direkten Kontakt mit potenziellen Interessenten und Kunden zu treten. Daher hat die Rechtsprechung das Erheben von personenbezogenen Daten von Teilnehmern eines vom Unternehmer veranstalteten Gewinnspiels auf einer Messe mit Recht als geschäftliche Handlung eingestuft (BGH GRUR 2014, 683 Rn. 17 – Nordjob-Messe). Zur datenschutzrechtlichen Einordnung → Rn. 108.1.
- 108.1** Das Erheben von Daten ist unter der Geltung der DS-GVO eine **Verarbeitung** von personenbezogenen Daten iSv Art. 4 Nr. 2 DS-GVO.
- 109** Die Förderung des Absatzes betrifft Verhaltensweisen, die darauf ausgerichtet sind, Waren und Dienstleistungen an andere Marktteilnehmer zu vertreiben. Typischerweise geht es hierbei um den **Absatzwettbewerb**.
- 110** Die ausdrückliche Erwähnung des Bezugs von Waren und Dienstleistungen verdeutlicht, dass geschäftliche Handlungen auch solche Tätigkeiten sein können, die auf eine Nachfrage von Waren oder Dienstleistungen gerichtet sind. Hier geht es um Verhaltensweisen im **Nachfragewettbewerb**.
- 111** Bei dem **Anwerben von Mitgliedern durch Idealvereine** richtet sich die lauterkeitsrechtliche Einordnung des Verhaltens als geschäftliche Handlung nach den konkreten Umständen. Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass solche Maßnahmen aufgrund des fehlenden Geschäftsbezuges nicht als eine geschäftliche Handlung anzusehen sind (vgl. BGH GRUR 1997, 907 (908) – Emil-Grünbär-Klub; BGH GRUR 1968, 205 (207) – Teppichreinigung; BGH GRUR 1972, 427 (428) – Mitgliederwerbung).
- 112** Eine Mitgliederwerbung kann jedoch dann auf die Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen gerichtet und damit als eine geschäftliche Handlung zu qualifizieren sein, wenn der **Verband selbst eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit ausübt** oder durch seine Tätigkeit **ein fremdes Unternehmen fördert**. Entscheidend ist, ob diese Werbung in die Öffentlichkeit getragen wird und ihrer Art nach geeignet ist, nicht nur den Mitgliederbestand der miteinander in Konkurrenz stehenden Verbände, sondern mittelbar auch den Wettbewerb ihrer Mitglieder zu fördern (BGH GRUR 1972, 427 (428) – Mitgliederwerbung; BGH GRUR 1968, 205 (207) – Teppichreinigung). Dafür kommt es nicht auf die Organisation des Verbandes oder dessen Satzungsregeln, sondern allein auf dessen tatsächliches Auftreten an (vgl. BGH GRUR 1973, 371 (372) – Gesamtverband) (Beispiele → Rn. 112.1 ff.).
- 112.1** Die Rechtsprechung hat bspw. einen **geschäftlichen Charakter bejaht** für das Werberundschreiben eines Idealvereins, in welchem dieser Verein einen Beratungsdienst für Erben seiner Mitglieder ankündigte

(BGH GRUR 1984, 283 (284) – Erbenberatung): Der Verein trete mit dem Beratungsangebot auf den Markt, auf dem andere gewerbliche Unternehmen gleiche oder ähnliche Dienste anböten, wie etwa Anlageberater, Steuerberater oder Rechtsanwälte. Auch wenn der Verein nach seiner Satzung keinen Gewinn erwirtschaften dürfe, vermehre er doch durch das Beratungsangebot den Kreis der betreuten Personen.

Demgegenüber lag nach der Rechtsprechung **keine geschäftliche Tätigkeit** vor bei der Tätigkeit eines Fachverbands mit ideeller Zielsetzung, der Fachbetriebe als Mitglieder zu gewinnen versuchte, die bereits Mitglieder eines anderen Fachverbandes waren (BGH GRUR 1968, 205 (207) – Teppichreinigung). 112.2

Ebenfalls nicht als geschäftliche Tätigkeit anzusehen ist die **gewerkschaftliche Mitgliederwerbung**, weil diese der Verwirklichung der sozialen und gesellschaftlichen Aufgaben der Gewerkschaften dient (BAG GRUR 2006, 244 (245) – Mitgliederwerbung von Gewerkschaften). Zur sonstigen koalitionspolitischen Betätigung von Gewerkschaften → Rn. 161 ff. 112.3

4. Abschluss oder Durchführung eines Vertrags

Die geschäftliche Tätigkeit eines Unternehmers beschränkt sich nicht auf die Vorbereitung und Anbahnung von Vertragsabschlüssen. Der Anwendungsbereich des UWG kann sich vielmehr weitergehend auch auf solche Tätigkeiten erstrecken, die in konkrete Verträge einmünden und im Rahmen eines Vertragsverhältnisses vorgenommen werden. Dieser Teil der Definition korrespondiert mit der Formulierung, wonach geschäftliche Handlungen Verhaltensweisen „**vor, bei und nach einem Geschäftsabschluss**“ erfassen können. 113

Ein sachlicher Bezug zum Abschluss von Verträgen ist bei Verhaltensweisen anzunehmen, die in einem Zusammenhang mit dem **Eingehen und der Ausgestaltung von Vertragsverhältnissen** stehen. Dazu gehören zB Aussagen bei Vertragsanbahnung, Vertragsverhandlungen, vertragsbegleitende Absprachen usw. 114

Handlungen zur Durchführung eines Vertrags umfasst Maßnahmen in **Erfüllung der sich aus dem Vertrag ergebenden Pflichten** (Leistungs- oder Nebenpflichten). Weitergehend können auch Verhaltensweisen erfasst sein, die der **Durchsetzung vertraglicher Rechte** dienen wie zB ein Zahlungsverlangen, eine Fristsetzung oder Mahnung. Die Durchführung des Vertrages umfasst weiterhin Tätigkeiten, die auf eine Beendigung des Vertragsverhältnisses gerichtet sind oder eine solche gerade verhindern sollen. 115

Nicht jede vertragsbezogene Verhaltensweise eines Unternehmers erfüllt jedoch nach der Rechtsprechung die Anforderungen einer geschäftlichen Handlung und unterliegt damit einer lauterkeitsrechtlichen Kontrolle. Insbesondere ist nicht jede **Verletzung einer vertraglichen Pflicht** zugleich eine geschäftliche Handlung (→ Rn. 116.1 f.). 116

Nach alter Rechtslage sah die Rechtsprechung in der Verletzung vertraglicher Pflichten einschließlich der **Nicht- oder Schlechterfüllung** bei Abwicklung eines Vertragsverhältnisses grundsätzlich kein lauterkeitsrechtlich relevantes Verhalten (vgl. BGH GRUR 2015, 692 Rn. 15 – Hohlkammerprofilplatten; BGH GRUR 2007, 987 Rn. 24 – Änderung der Voreinstellung I; BGH GRUR 2007, 805 Rn. 13 f. – Irreführen der Kontoauszug; BGH GRUR 2002, 1093 (1094) – Kontostandsauskunft). 116.1

Eine Ausnahme erkannte die Rechtsprechung an, wenn ein Unternehmer die Irreführung seiner Kunden oder ein sonstiges vertragswidriges Verhalten zu **Mitteln seines Wettbewerbs** machte (BGH GRUR 2007, 987 Rn. 36 – Änderung der Voreinstellung I; BGH GRUR 2002, 1093 (1094) – Kontostandsauskunft). Gleiches galt, wenn das vertragswidrige Verhalten auf eine Neubegründung oder Erweiterung von Vertragspflichten des Kunden gerichtet war (vgl. BGH GRUR 2009, 876 Rn. 14 – Änderung der Voreinstellung II). 116.2

Eine geschäftliche Handlung kann bei einem Verhalten des Unternehmers vorliegen, das sich auf die geschäftliche Entscheidung von Verbrauchern im Rahmen eines **bereits bestehenden Vertragsverhältnisses** auswirkt (BGH GRUR 2013, 945 Rn. 26 – Standardisierte Mandatsbearbeitung) (Beispiele → Rn. 117.1 ff.). 117

Die **Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses** ist eine geschäftliche Handlung, weil diese Vereinbarung unabhängig von ihrer Durchsetzbarkeit dazu geeignet ist, dem Unternehmer Kosten zu ersparen, indem er die Verbraucher davon abhält, Gewährleistungsansprüche geltend zu machen. Der Unternehmer kann dadurch in die Lage versetzt werden, günstigere Preise zu kalkulieren und so seinen Warenabsatz zu fördern (BGH GRUR 2010, 117 Rn. 18 – Gewährleistungsausschluss im Internet). 117.1

Ebenso liegt eine geschäftliche Handlung vor, wenn ein Unternehmen seinen Kunden durch sein Verhalten im Rahmen der Vertragsdurchführung daran **hindert, zukünftig Dienstleistungen eines Wettbewerbers in Anspruch zu nehmen** (BGH GRUR 2009, 876 Rn. 25 – Änderung der Voreinstellung II). 117.2

- 117.3** Dagegen kann eine **mangelhafte oder sonst nicht vertragsgemäße Leistung** eines Unternehmers als solche zwar vertragliche Rechte des Kunden begründen. Jedoch stellt sie für sich genommen keinen lauterkeitsrechtlichen Verstoß dar. Denn die Schlechtleistung ist für sich genommen nicht objektiv darauf gerichtet, den Kunden von der Geltendmachung solcher Rechte abzuhalten (BGH GRUR 2013, 945 Rn. 26 – Standardisierte Mandatsbearbeitung).

5. Unmittelbarer und objektiver Zusammenhang

- 118** Für eine geschäftliche Handlung ist es erforderlich, dass die zu beurteilende Verhaltensweise mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen „unmittelbar und objektiv zusammenhängt“.
- 119** Diese Formulierung lehnt sich an Art. 2 lit. d UGP-RL an. Nach der unionsrechtlichen Definition ist erforderlich, dass die maßgebliche Verhaltensweise „**unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt**“.
- 120** Der deutsche Gesetzgeber wollte mit der ausdrücklichen Aufnahme des Unmittelbarkeitserfordernisses eine **Klarstellung** vornehmen und verweist in der amtlichen Begründung beispielhaft auf die Fälle des Influencer-Marketings (Begr. zum RegE, BT-Drs. 19/27873, S. 32).
- 121** Die Merkmale „unmittelbar“ und „objektiv“ sind bei der Auslegung gemeinsam zu betrachten, da sie innerhalb der Definition eine **Funktionseinheit** bilden. Sie dienen dem Ziel, Handlungen, die nicht an den Maßstäben des UWG zu beurteilen sind, von den geschäftlichen Handlungen abzugrenzen. Praktisch besonders bedeutsam ist insbesondere die Abgrenzung zu den redaktionellen Handlungen von Medien (→ Rn. 179 ff.) und den Beiträgen von Influencern in sozialen Netzwerken (→ Rn. 144 ff.).
- 122** Bei der Bestimmung des unmittelbaren und objektiven Zusammenhangs ist von der Sichtweise eines verständigen Betrachters auszugehen. Es kommt demgegenüber nicht auf subjektive Elemente des Handelnden, also die inneren Einstellungen, Motive oder Absichten an. Insbesondere ist eine spezielle Wettbewerbsabsicht (→ Rn. 122.1 ff.) nicht erforderlich.
- 122.1** Das Merkmal der Wettbewerbsabsicht entstammt der früheren **Rechtsprechung zu § 1 UWG 1909** und dem dortigen Merkmal des Handelns im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs. Teilweise wurde an der Wettbewerbsabsicht auch noch unter der Geltung des UWG 2004 festgehalten.
- 122.2** Nach der alten Rechtsprechung genügte es, wenn der Unternehmer jedenfalls auch mit einer Wettbewerbsabsicht gehandelt hätte. Diese Absicht brauchte nicht die einzige und auch nicht die wesentliche Zielsetzung des Handelns zu sein. Vielmehr ließ es die Rechtsprechung bereits genügen, wenn diese **Absicht nicht völlig hinter anderen Beweggründen zurücktrat** (BGH GRUR 2007, 805 Rn. 15 – Irreführender Kontoauszug; BGH GRUR 2002, 1093 (1094) – Kontostandsauskunft). Bei der Handlung eines Wirtschaftsunternehmens, die objektiv geeignet war, dessen Absatz oder Bezug zu fördern, bestand eine tatsächliche Vermutung für eine entsprechende Absicht (BGH GRUR 2007, 805 Rn. 15 – Irreführender Kontoauszug; BGH GRUR 2003, 800 (801) – Schachcomputerkatalog; BGH GRUR 2002, 1093 (1094) – Kontostandsauskunft).
- 122.3** Die **Funktion** dieses Merkmals bestand darin, Verhaltensweisen aus dem Anwendungsbereich des UWG „herauszufiltern“, bei denen die Anwendung der strengen Maßstäbe des Lauterkeitsrechts nicht sachgerecht war. Diese „Filterfunktion“ kommt nach dem geltenden Recht dem Erfordernis des objektiven Zusammenhangs zu. Trotz dieser Ähnlichkeiten kann die ältere Rechtsprechung nicht unbesehen auf das geltende Recht übertragen werden. Vielmehr ist stets im Einzelfall zu prüfen, ob in den Fällen, in denen die frühere Rechtsprechung eine Wettbewerbsabsicht verneint hat, nach dem geltenden Recht auch ein objektiver Zusammenhang fehlt.
- 123** Der unmittelbare und objektive Zusammenhang ist nicht im Sinne eines strengen Kausalitätserfordernisses zu verstehen. Vielmehr geht es um einen **normativen Wertungszusammenhang**, wobei die Frage zu beantworten ist, ob im konkreten Fall die Anwendung des Lauterkeitsrechts sachgerecht und geboten ist. Das ist der Fall, wenn die geschäftliche Handlung lauterkeitsrechtlich geschützte Interessen der Marktteilnehmer berührt und das Lauterkeitsrecht geeignete Maßstäbe zur Beurteilung der entsprechenden Verhaltensweise bereithält.
- 124** Der Begriff des unmittelbaren und objektiven Zusammenhangs ist sehr offen. Aus der Formulierung ist abzuleiten, dass die zu beurteilende Handlung **keine spezielle Erfolgsbezogenheit** aufweisen muss. Es ist daher weder erforderlich, dass der Handelnde anderen Marktteilnehmern einen irgendwie gearteten „Nachteil“ zufügt (BGH GRUR 2007, 805 Rn. 16 – Irreführender Kontoauszug) noch kommt es darauf an, ob sich der Handelnde durch sein Verhalten einen „Vorteil“ oder „Vorsprung“ im Vergleich zu Konkurrenten verschafft.