

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

Fachbereich Rechtswissenschaft
Lehrstuhl für deutsches und Europäisches
Privat- und Wirtschaftsrecht

Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe

Paketanschrift: Universitätsstraße 10
78464 Konstanz

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

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

05.04.2024

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

Reader Teil 1

Terminplan

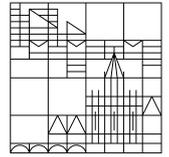
Literaturhinweise

Arbeitspapier 1. A. Grundlagen des Lauterkeitsrechts

Arbeitspapier 2. B. Europäisches Lauterkeitsrecht

Arbeitspapier 3. C. Sanktionen und Verfahren

Arbeitspapier 4. D. Die Generalklauseln

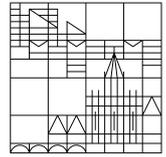


05.04.2024

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

Terminplan

- 08.04. Grundlagen des Lauterkeitsrechts; Europäisches Lauterkeitsrecht
- 15.04. Sanktionen und Verfahren
- 22.04. Fortsetzung: Sanktionen und Verfahren
- 29.04. Die Generalklauseln
- 06.05. Irreführende Werbung I
- 13.05. Irreführende Werbung II
- 20.05. - Pfingstmontag -
- 27.05. - Pfingstpause -
- 03.06. Irreführendes Unterlassen
- 10.06. Aggressive geschäftliche Handlungen und Verkaufsförderungsmaßnahmen
- 17.06. Belästigungen
- 24.06. Behinderung von Wettbewerbern; allgemeine Marktbehinderung
- 01.07. Lauterkeitsrechtlicher Leistungsschutz
- 08.07. Vergleichende Werbung
- 15.07. Rechtsbruch



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

Fachbereich Rechtswissenschaft
Lehrstuhl für deutsches und Europäisches
Privat- und Wirtschaftsrecht

Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe

Paketanschrift: Universitätsstraße 10
78464 Konstanz

Tel +49 7531 88-2309

Fax +49 7531 88-4528

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

05.04.2024

**Vorlesung Lauterkeitsrecht
SS 2024**

Universität Konstanz
Mo 17.00 - 18.30 Uhr, C 230
Jochen Glöckner

Literaturhinweise

A. Allgemeine Ausbildungsliteratur zum Lauterkeitsrecht

Berlit/Fritzsche/Lutzhöft/Münker, Wettbewerbsrecht. Praxishandbuch, 10. Aufl., 2017 (11. Aufl., 2024 erscheint voraussichtlich im Mai 2024; das Handbuch eignet sich eher für die Studienarbeit); *Boesche*, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., 2016; *Ekey*, Grundriss des Wettbewerbs- und Kartellrechts, 5. Aufl., 2021 (6. Aufl., 2024 erscheint voraussichtlich im Dez. 2024); *Emmerich/Lange*, Lauterkeitsrecht, 12. Aufl., 2022; *Ensthaler*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 3. Aufl., 2009 (stark wirtschaftswissenschaftlicher Zugang; Querbezüge zum Immaterialgüterrecht); *Götting/Kaiser*, Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht, 2. Aufl., 2016; *Hönn/Karb*, Klausurenkurs im Wettbewerbs- und Kartellrecht, 7. Aufl., 2019; *Jestaedt*, Wettbewerbsrecht – ein fallbezogenes Lehrbuch, 2007; *Köhler/Alexander*, Fälle zum Lauterkeitsrecht, 4. Aufl., 2021; *Lettl*, Lauterkeitsrecht, 5. Aufl., 2023; *Nordemann/Nordemann/Nordemann-Schiffel*, Wettbewerbs- und Markenrecht, 11. Aufl., 2012.

B. Literatur zu Einzelfragen

I. Grundlagen des Lauterkeitsrechts; historische Entwicklung; Schutzzweck; Struktur des UWG

1. Historische Entwicklung von den Anfängen bis heute

Ohly/Sattler, 120 Jahre UWG im Spiegel von 125 Jahren GRUR, GRUR 2012, 1231 ff.

2. Schutzzweckentwicklung vor 2004:

Zusammenfassend *Baudenbacher*, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, ZHR 144 (1980), 145 ff.

3. UWG-Novelle 2004

Berlit, Das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb - Von den guten Sitten zum unlauteren Verfälschen, WRP 2003, 563; *Micklitz/Keßler*, Funktionswandel des UWG, WRP 2003, 919; *Köhler*, UWG-Reform und Verbraucherschutz, GRUR 2003, 265; *Lettl*, Der Schutz der Verbraucher nach der UWG-Reform, GRUR 2004, 449; *Ohly*, Das neue UWG – Mehr Freiheit für den Wettbewerb?, GRUR 2004, 889; *Sosnitza*, Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld zwischen Europa und Deutschland. Zum Regierungsentwurf zur Reform des UWG vom 9.5.2003, GRUR 2003, 739; *Ullmann*, Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld von Europa und Deutschland, GRUR 2003, 817; *Fezer*, Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrechts, WRP 2001, 989; *ders.*, Plädoyer für eine offensive Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in das deutsche UWG - Originärer Verbraucherschutz durch Lauterkeitsrecht als Paradigma der europäischen Rechtsharmonisierung, WRP 2006, 781.

4. UWG-Novelle 2008

Peifer, Die Zukunft der irreführenden Geschäftspraktiken, WRP 2008, 556; *Scherer*, Ende der Werbung in Massenmedien?, WRP 2008, 563; *Steinbeck*, Die Zukunft der aggressiven Geschäftspraktiken, WRP 2008, 865; *Sosnitza*, Der Gesetzentwurf zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, WRP 2008, 1014; *Hoeren*, Das neue UWG – der Regierungsentwurf im Überblick, BB 2008, 1182; *Steinbeck*, Der Beispielskatalog des § 4 UWG – Bewährungsprobe bestanden, GRUR 2008, 848; *Köhler*, Die UWG-Novelle 2008, WRP 2009, 109; *Scherer*, „Case law“ in Gesetzesform - Die „Schwarze Liste“ als neuer UWG-Anhang, NJW 2009, 324; *Lettl*, Das neue UWG, GRUR-RR 2009, 41; *Bartenbach/Jung/Fock*, Das neue UWG nach Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, MittDtschPatAnw 2009, 99; *Schirmbacher*, UWG 2008 - Auswirkungen auf den E-Commerce, K&R 2009, 433; *Jungheim/Haberkamp*, Probleme der UWG-Novelle zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, VuR 2009, 250; *Lichtnecker*, Aus den Schwerpunktbereichen: Einführung in das Wettbewerbsrecht unter Berücksichtigung der UWG Reform 2008, ZJS 2009, 320; *Isele*, Von der „Wettbewerbshandlung“ zur „geschäftlichen Handlung“: Hat die „Änderung der Voreinstellung“ ausgedient?, GRUR 2009, 727; *Köhler*, Richtlinienkonforme Gesetzgebung statt richtlinienkonforme Auslegung: Plädoyer für eine weitere UWG-Novelle, WRP 2012, 251; *Klute*, Die aktuellen Entwicklungen im Lauterkeitsrecht, NJW 2012, 3409; *Klute*, Die aktuellen Entwicklungen im Lauterkeitsrecht, NJW 2014, 359.

5. UWG-Novelle 2015

Glöckner, UWG-Novelle mit Konzept und Konsequenzen, WRP 2014, 1399; *Köhler*, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UWG, WRP 2014, 1410; *ders.*, Der Regierungsentwurf zur UWG-Novelle 2015: Nur Klarstellungen oder doch tiefgreifende Änderungen?, WRP 2015, 275; Alternativentwurf (UWG-AE) zum Regierungsentwurf (UWG-E) eines 2. Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, WRP 2015, 1311; *Redeker/Pres*, UWG-Novelle 2015: Cursorische Betrachtung des Gesetzgebungsverfahrens, GRUR-Prax 2015, 99; *ders.*, UWG-Novelle 2015: Erste Betrachtung der finalen

Gesetzänderung, GRUR-Prax 2016, 7; *Sosnitza*, Der Regierungsentwurf zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, GRUR 2015, 318; *Kirchhoff*, Die UWG-Novelle 2015 – nur Kodifizierung der Rechtsprechung oder substantiell Neues?, WRP 2015, 659; *Klute*, Die aktuellen Entwicklungen im Lauterkeitsrecht, NJW 2015, 450; 2466; *Lettl*, BB-Rechtsprechungsreport zum Wettbewerbsrecht 2014/2015, BB 2015, 2371 *Ohly*, Das neue UWG im Überblick, GRUR 2016, 3; *Köhler*, Das neue UWG 2015: Was ändert sich für die Praxis?, NJW 2016, 593; *Scherer*, Die Neuregelung der aggressiven geschäftlichen Handlungen in § 4 a UWG, GRUR 2016, 233; *Reich*, Das UWG nach der UWG-Novelle 2015, VuR 2016, 257.

6. Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs

Eickemeier/Brodersen, Der Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, BB 2019, 1859; *Hohlweck*, Das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs – Heilmittel oder Placebo?, WRP 2020, 266; *Lettl*, Der Entwurf des Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, WM 2019, 289; *Würtenberger/Freischem*, Stellungnahme der GRUR zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, GRUR 2019, 59, *Möller*, Das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, NJW 2021, 1; *Corbet*, Das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs in der praktischen Umsetzung, MDR 2022, 273.

7. Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht

Köberlein, Mehr Rechtssicherheit für Influencer? – Das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, ZVertriebsR 2021, 299; *Heinze/Engel*, Der neue Schadensersatzanspruch für Verbraucher bei UWG-Verstößen, NJW 2021, 2609; *Schmidt-Kessel*, Paradigmenwechsel im UWG – Individualschutz für Verbraucher, VuR 2021, 121; *Büscher*, Neue Unlauterkeitstatbestände und Sanktionen im Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht – Teil 1, WRP 2022, 1; Teil 2, WRP 2022, 132; *Büscher*, Aus der Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Lauterkeitsrecht seit Ende 2021 (Teil 1), GRUR 2023, 291; *Köhler*, Der Schadensersatzanspruch für Verbraucher im UWG und seine Realisierung, GRUR 2022, 435; *Glöckner*, Der neue Individualanspruch der Verbraucher bei unlauteren geschäftlichen Handlungen, WRP 2022, 383.

8. Anwendungsbereich des UWG

a) Geschäftliche Handlung

Glöckner, Der gegenständliche Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts nach der UWG-Novelle 2008 - ein Paradigmenwechsel mit Folgen, WRP 2009, 1175; *Gomille*, Äußerungsfreiheit und geschäftliche Handlung, WRP 2009, 525; *Beater*, Allgemeinheitsinteressen und UWG, WRP 2012, 6; *Scherer*, Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal für die "Geschäftspraxis" nach Art. 2 d) UGP-RL - Weitreichende Konsequenzen für die "geschäftliche Handlung" nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG?, WRP 2014, 517; *Klute*, Die aktuellen Entwicklungen im Lauterkeitsrecht, NJW 2016, 3344; *Büscher*, Neue Unlauterkeitstatbestände und Sanktionen im Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht (Teil 1), WRP 2022, 1; *Wiedemann*, Werbung in Werken der Musik unter Berücksichtigung der lauterkeitsrechtlichen Kennzeichnungspflichten, GRUR 2023, 125; *Schmitt-Mücke*, In der ZDF-Mediathek und nicht in Hollywood, GRUR 2024, 95.

b) Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand

Hauck, Dabeisein ist alles - Der Rechtsschutz privater Unternehmen gegen die Teilnahme der öffentlichen Hand am Wettbewerb, WRP 2006, 323; *Guilliard*, Die Tätigkeiten der öffentlichen Hand als geschäftliche Handlung im UWG, GRUR 2018, 791; *Fabi/Struß*, Rechtsschutz gegen staatliche Pressetätigkeit - "Staatspresse" als unlauterer Wettbewerb, GRUR 2020, 144.

c) Abgrenzung zum privaten Handeln

Henning-Bodewig, Haften Privatpersonen nach dem UWG?, GRUR 2013, 26; *Oechsler/Dörrhöfer*, Der „Abbruchjäger“ als Sachwalter des UWG im Vertragsrecht, NJW 2019, 3105.

d) Abgrenzung zum vertragsrechtlichen Individualschutz

Scherer, Lauterkeitsrecht und Leistungsstörungsrecht - Veränderung des Verhältnisses durch § 2 I Nr 1 UWG?, WRP 2009, 761; *Köhler*, Zur „geschäftlichen Relevanz“ unlauterer geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern, WRP 2014, 259; *Svigac*, Die Schlechtleistung als Lauterkeitsverstoß, NJOZ 2013, 721; *Alexander*, Die Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie und die Auswirkungen auf das Lauterkeitsrecht, WRP 2014, 501; *Rauer/Shchavelev*, Der neue Verbraucherschadensersatz, GRURPrax 2022, 35; *Heinze/Engel*, Der neue Schadensersatzanspruch für Verbraucher bei UWG-Verstößen, NJW 2021, 2609; *Glöckner*, Der neue Individualanspruch der Verbraucher bei unlauteren geschäftlichen Handlungen, WRP 2022, 383.

e) Verhältnis zu spezielleren Regelungen, § 1 Abs. 2 UWG nF

Alexander, Verhältnis des UWG nF zu spezialgesetzlichen Regelungen und individueller Schadensersatz für Verbraucher, GRUR 2021, 1445; *Alexander*, Grundlagen, Auslegung und Auswirkungen des § 1 Abs. 2 UWG n.F., WRP 2022, 394.

f) Verhältnis zu verwaltungsrechtlichen Vorschriften, § 3a UWG

Ackermann, Der Rückzug des Zivilrechts von der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Handelns der öffentlichen Hand – Ende eines „zivilgerichtlichen Dilettierens“ oder Ende der Freiheit der privaten Marktteilnehmer, in: FS Tilmann zum 65. Geburtstag, 2003, S. 73.

g) Verhältnis zum Markenrecht

Fezer, Normenkonkurrenz zwischen Kennzeichenrecht und Lauterkeitsrecht, WRP 2008, 1; *Schreiber*, Wettbewerbsrechtliche Kennzeichenrechte?, GRUR 2009, 113; *Bornkamm*, Die Schnittstellen zwischen gewerblichem Rechtsschutz und UWG - Grenzen des lauterkeitsrechtlichen Verwechslungsschutzes, GRUR 2011, 1; *Sack*, Unlautere vergleichende Werbung und Markenrecht, WRP 2011, 288; *Fezer*, Kumulative Normenkonkurrenz zwischen Markenrecht und Lauterkeitsrecht – Schutzzweckkompatibilität zwischen Immaterialgüterrecht als Funktionseigentum und Wettbewerbsrecht, GRUR 2010, 953.

h) Geschäftliche Handlungen im Internet

Lorenz, Zur geschäftlichen Handlung und zum Handeln im geschäftlichen Verkehr bei Internetgeschäften; VuR 2013, 369; *Sosnitza*, Das Internet als Rahmenbedingung und neue Handlungsform im Marken- und Lauterkeitsrecht, GRUR-Beilage 2014, 93; *Glöckner/Kur*, Geschäftliche

Handlungen im Internet – Herausforderungen für das Marken- und Lauterkeitsrecht, GRUR-Beilage 2014, 29; *Schilling*, Geschäftsschädigende Äußerungen auf Bewertungsportalen im Internet: Wer haftet noch?, GRUR-Prax 2015, 313; *Gomille*, Die Verteidigung gegen unerwünschte Werbung, GRUR 2017, 241; *Hoffmann*, Die Entwicklung des Internetrechts bis Ende 2016, NJW 2017, 525; *di Fabio*, Werbeblocker im Lichte des Verfassungsrechts, MMR-Beilage 2016,1; *Ohly*, Die lauterkeitsrechtliche Haftung für Hyperlinks, NJW 2016, 1417; *Busche/Fischer*, Lauterkeitsrechtliche Haftung von Internetportalen, GRUR 2023, 23; *Dornis*, Lauterkeitsrecht im KI-Zeitalter – Grundlagen, Strukturen und Fallgruppen (Teil 1), GRUR 2023, 1729; (Teil 2), GRUR 2024, 25.

9. Wettbewerbsverhältnis und Mitbewerberbegriff

Dreyer, Konvergenz oder Divergenz – Der deutsche und der europäische Mitbewerberbegriff im Wettbewerbsrecht, GRUR 2008, 123; *Köhler*, Der „Mitbewerber“, WRP 2009, 499; *Sack*, Individualschutz gegen unlauteren Wettbewerb, WRP 2009, 1330; *Sack*, Neuere Entwicklungen der Individualklagebefugnis im Wettbewerbsrecht, GRUR 2011, 953; *Zenker*, Kein konkretes Wettbewerbsverhältnis zu Mitbewerber eines geförderten Unternehmens, GRUR-Prax 2014, 164; *Köhler*, Funktion und Anwendungsbereich des Mitbewerberbegriffs im UWG, GRUR 2019, 123; *Köhler*, Einheitlicher, gespaltener oder funktionaler Mitbewerberbegriff im UWG?, GRUR 2021, 426; *Wachsmuth*, Die Rechtsprechung der Instanzgerichte zum Recht des unlauteren Wettbewerbs XXIV, GRUR-RR 2024, 45.

10. Sonstiges

Podszun, Der „more economic approach“ im Lauterkeitsrecht, WRP 2009, 509; *Bülow*, Lauterkeitsrecht oder Unlauterkeitsrecht?, GRUR 2012, 889; *Hetmark*, „Wettbewerbsfunktionales Verständnis“ im Lauterkeitsrecht, GRUR 2014, 437; *Podszun/Busch/Henning-Bodewig*, Die Durchsetzung des Verbraucherrechts: Das BKartA als UWG-Behörde? – Ergebnisse des Professorengutachtens für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, GRUR 2018, 1004; *Maaßen*, „Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“ für Geschäftsgeheimnisse, GRUR 2019, 352; *Kiefer*, Dogmatische Verortung, praktische Konsequenzen und die Frage nach einem zu revidierenden Verständnis des Begriffes „Immaterialgüterrecht“, WRP 2018, 910; *Köhler*, Behördliche Durchsetzung des Lauterkeitsrechts – eine Aufgabe für das BKartA?, WRP 2018, 519; *Wolf*, Behördliche Durchsetzung des Lauterkeitsrechts zur Optimierung des Wettbewerbsschutzes, WRP 2019, 283; *Peukert*, Aufbau und innere Logik des UWG - Bestandsaufnahme und Alternativvorschlag, WRP 2019, 546; *Ahrens*, Die Zukunft des UWG - Wie wird sich das Lauterkeitsrecht in den nächsten Jahren entwickeln?, IPRB 2019, 109; *Münker*, Helmut Köhler und das Lauterkeitsrecht: Über 20 Jahre wissenschaftlich fundierter Einfluss auf Rechtsprechung und Gesetzgebung, WRP 2019, 1275; *Meier*, Private Enforcement der Rechnungslegung durch das Lauterkeitsrecht, GRUR 2019, 581; *Lerach*, „Schwanengesang des ‚fliegenden Gerichtsstands‘ im UWG?“ – Eine Zwischenbilanz, GRUR Prax 2020, 37; *Löffel*, Kein fliegender Gerichtsstand bei Verstößen in Telemedien, GRUR-Prax 2021, 761.

II. Europäisches Lauterkeitsrecht

1. Entstehung der UGP-Richtlinie

Glöckner, Under Construction! Aktuelle Entwicklungen in der Europäischen Gesetzgebung auf dem Gebiet des Lauterkeitsrechts, in: *Baudenbacher/Simon* (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Immaterialgüterrecht. Siebentes St.Galler Internationales Immaterialgüterrechtsforum 2003, 2004; *ders.*, Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken, deutsches UWG oder die schwierige Umsetzung von europarechtlichen Generalklauseln,

WRP 2004, 936; *Köhler/Lettl*, Das geltende europäische Lauterkeitsrecht, der Vorschlag für eine EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die UWG-Reform, WPR 2003, 1019; *Henning-Bodewig*, Das Europäische Wettbewerbsrecht: Eine Zwischenbilanz, GRUR Int. 2002, 389 ff.; *dies.*, Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken und UWG-Reform, GRUR 2004, 183; *Micklitz/Keßler*, Europäisches Lauterkeitsrecht, GRUR Int. 2002, 885; *Lettl*, Gemeinschaftsrecht und neues UWG, WRP 2004, 1079.

2. Omnibus-Richtlinie und Lauterkeitsrecht

Dröge, Der „New Deal for Consumers“ – ein Paradigmenwechsel im deutschen UWG, WRP 2019, 160; *Omsels*, Informationspflichten beim Ranking, WRP 2022, 275; *Weiden*, Neue Informationspflichten im Namen des Verbraucherschutzes, NJW 2021, 2233.

3. Umsetzung der UGP-Richtlinie

Seichter, Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, WRP 2005, 1087; *Köhler*, Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR 2005, 793; *Glöckner/Henning-Bodewig*, EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem „neuen“ UWG?, WRP 2005, 1311; *Ohly*, Das Herkunftslandprinzip im Bereich vollständig angeglichenen Lauterkeitsrechts, WRP 2006, 1401; *Keßler*, Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung – zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich, WRP 2007, 714; *Fezer*, Das Informationsgebot der Lauterkeitsrichtlinie als subjektives Verbraucherrecht, WRP 2007, 1021; *Köhler*, „Wettbewerbsbehandlung“ und „Geschäftspraktiken“, WRP 2007, 1393; *Ohly*, Bausteine eines europäischen Lauterkeitsrechts, zugleich Buchbesprechung von Jochen *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, WRP 2008, 177; *Mankowski*, Was ist eine „direkte Aufforderung zum Kauf“ an Kinder?, WRP 2008, 421; *Köhler*, Vom deutschen zum europäischen Lauterkeitsrecht – Folgen der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken für die Praxis, NJW 2008, 3032; *Scherer*, Die „wesentliche Beeinflussung“ nach der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, WRP 2008, 708; *Köhler*, Die Unlauterkeitstatbestände des § 4 UWG und ihre Auslegung im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR 2008, 841; *Scherer*, Verbraucherschadensersatz durch § 9 Abs. 2 UWG-RegE als Umsetzung von Art. 3 Nr. 5 Omnibus-RL – eine Revolution im Lauterkeitsrecht, WRP 2021, 561; *Kreitz*, Erweiterte Haftungsrisiken für Datenschutzverstöße durch den Individualanspruch des Verbrauchers gem. § 9 Abs. 2 UWG?, WRP 2023, 156.

4. Entstehung und Umsetzung der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie

Alexander, Grundstrukturen des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen durch das neue GeschGehG, GRUR 2019, 673; *dies.*, Gegenstand, Inhalt und Umfang des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen nach der Richtlinie (EU) 2016/943, GRUR 2017, 1034; *Endres*, Die Rechtsdurchsetzung nach dem neuen Geheimnisschutzgesetz, IPRB 2019, 45; *Gündoğdu/Hurst*, Änderungen für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen durch das GeschGehG - Eine Synopse, K&R 2019, 451; *Fuhlrott/Hieramente*, Arbeitsrechtlicher Handlungsbedarf durch das Geschäftsgeheimnisgesetz, DB 2019, 967; *Goldhammer*, Geschäftsgeheimnis-Richtlinie und Informationsfreiheit Zur Neudefinition des Geschäftsgeheimnisses als Chance für das öffentliche Recht, NVwZ 2017, 1809; *Kalbfuß*, Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen nach der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie, GRURPrax 2017, 391; *dies.*, Die EU-Geschäftsgeheimnis-Richtlinie Welcher Umsetzungsbedarf besteht in Deutschland?, GRUR 2016, 1009; *Kiefer*, Das Geschäftsgeheimnis nach dem Referentenentwurf zum Geschäftsgeheimnisgesetz: Ein Immaterialgüterrecht, WRP 2018, 910; *Klein/Wegener*, Wem gehören Geschäftsgeheimnisse?, GRURPrax 2017, 394; *Koós*, Die europäische Geschäftsgeheimnis-Richtlinie - ein gelungener Wurf?, MMR 2016, 224; *Maaßen*, "Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen" für Geschäftsgeheimnisse, GRUR 2019, 352;

McGuire, Neue Anforderungen an Geheimhaltungsvereinbarungen?, WRP 2019, 679; *Ohly*, Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz im Überblick, GRUR 2019, 441; juris Literaturnachweis zu *Scholtyssek/Judis/Krause*, Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz – Risiken, Chancen und konkreter Handlungsbedarf für Unternehmen, CCZ 2020, 23; *Steinmann*, Die Geschäftsgeheimnis-Richtlinie: Vorwirkung und unmittelbare Anwendbarkeit, WRP 2019, 703; *Wunner*, Die zivilrechtliche Haftung für Geheimnisverwertungen durch Beschäftigte im Lichte der Geschäftsgeheimnis-RL, WRP 2019, 710; *Partsch/Rump*, Auslegung der „angemessenen Geheimhaltungsmaßnahme“ im Geschäftsgeheimnis-Schutzgesetz, NJW 2020, 118.

5. Richtlinienkonforme Auslegung des geltenden UWG

Haberkamm, Wirklich nichts Neues? Das EuGH-Urteil Mediaprint und seine Implikationen für die UGP-Richtlinie, WRP 2011, 296; *Leible/Schäfer*, Proaktive Informationspflichten aus Art. 7 UGP-RL – eine wettbewerbsrechtliche Allzweckwaffe?, WRP 2012, 32; *AlexanderGlöckner*, Über die Schwierigkeit, Proteus zu beschreiben – die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland, GRUR 2013, 224; *Henning-Bodewig*, Der Schutzzweck des UWG und die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR 2013, 238; *Timm-Wagner*, Die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland, GRUR 2013, 245; *Köhler*, Richtlinienumsetzung im UWG – eine unvollendete Aufgabe, WRP 2013, 403; *Alexander*, Wege und Irrwege – Europäisierung im Kartell- und Lauterkeitsrecht, GRUR Int 2013, 636; *Glöckner*, Rechtsbruchtatbestand oder ... The Saga Continues!, GRUR 2013, 568; *Demuth*, „Good News?“ - Der EuGH äußert sich zum presserechtlichen Trennungsgebot, WRP 2014, 35; *Hama-cher*, „GOOD NEWS II“: Hat der EuGH die Vollharmonisierung des Lauterkeitsrechtes in Teilbereichen abgeschafft?, GRUR-Prax 2014, 365; *Hetmank*, Im Korsett der UGP-Richtlinie, GRUR 2015, 323.

6. Zum Internationalen Lauterkeitsrecht:

Sack, Internationales Lauterkeitsrecht nach der Rom II-VO, WRP 2008, 845; *Handig*, Neues im Internationalen Wettbewerbsrecht - Auswirkungen der Rom II-Verordnung, GRUR Int. 2008, 24; *Lindacher*, Die internationale Dimension lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsansprüche: Marktterritorialität versus Universalität, GRUR Int. 2008, 453; *Glöckner*, Der grenzüberschreitende Lauterkeitsprozess nach BGH v. 11.2.2010 - Ausschreibung in Bulgarien. Klärende Worte des Bundesgerichtshofs zum Ort der Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen und offene Fragen, WRP 2011, 137; *Sack*, Art. 6 Abs. 2 Rom II-VO und „bilaterales“ *unlauteres Wettbewerbsverhalten*, GRUR Int 2012, 601; *Henning-Bodewig*, Internationale Standards gegen unlauteren Wettbewerb, GRUR Int 2013, 1; *Fan*, Das neue chinesische UWG, GRUR Int. 2019, 144.

III. Rechtsfolgen; Lauterkeitsprozessrecht

1. Sanktionensystem

a) Verletzung wettbewerbslicher Verkehrspflichten

Döring, Die Haftung für eine Mitwirkung an Wettbewerbsverstößen nach der Entscheidung des BGH „Jugendgefährdende Medien bei eBay“, WRP 2007, 1131; ders., Die zivilrechtliche Inanspruchnahme des Access-Providers auf Unterlassung bei Rechtsverletzungen auf fremden Webseiten, WRP 2008, 1155; *Hoeren/Semrau*, Haftung des Merchant für wettbewerbswidrige Affiliate-Werbung, MMR 2008, 571; *Köhler*, „Täter“ und „Störer“ im Wettbewerbs- und Markenrecht – Zur BGH-Entscheidung „Jugendgefährdende Medien bei eBay“, GRUR 2008, 1; *Leistner/Stang*,

Die Neuerung der wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflichten – Ein Siegeszug der Prüfungspflichten?, WRP 2008, 533; *Loschelder/Dörre*, Wettbewerbsrechtliche Verkehrspflichten des Betreibers eines realen Marktplatzes, WRP 2010, 822; *Spindler*, Präzisierungen der Störerhaftung im Internet - Besprechung des BGH-Urteils „Kinderhochstühle im Internet“, GRUR 2011, 101.

b) Zurechnung von Verhalten Dritter

Isele, Die Haftung des Unternehmers für wettbewerbswidriges Verhalten von Laienwerbern, WRP 2010, 1215; *Ahrens/Richter*, Fingierte Belobigung im Internet – Eine lauterkeits- und vertragsrechtliche Analyse am Beispiel von Hotelbewertungsportalen, WRP 2011, 814; *Hartmann*, Der Kfz-Hersteller im Spannungsfeld zwischen Produkthaftungsrecht und UWG, BB 2012, 267; *Berger/Loeck*, Das Ende der ausufernden Beauftragtenhaftung im Wettbewerbsrecht – Neue Akzentuierung in der Rechtsprechung zur Beauftragtenhaftung nach § 8 II UWG, MMR 2011, 634; *Kieser/Kleinemenke*, Neues zur Affiliate-Werbung: Die Haftung des Affiliate für (Schutz-)Rechtsverletzungen des Advertisers, WRP 2012, 543; *Wiebe*, Providerhaftung in Europa: Neue Denkanstöße durch den EuGH (Teil 1), WRP 2012, 1182; *Hoppe-Jänisch*, Das Zögern zu Gunsten Dritter, GRUR 2015, 1075; *Busche/Fischer*, Lauterkeitsrechtliche Haftung von Internetportalen, GRUR 2023, 23; *Glöckner*, Die Haftungsregelungen im Gesetz über digitale Dienste, WRP 2023, 1027.

c) Haftung des Geschäftsführers

Ruess/Delpy, Neues zur Haftung der Geschäftsführer für wettbewerbsrechtliche Verstöße, GWR 2013, 455; *Hühner*, Haftet der Geschäftsführer persönlich? – Zur Außenhaftung von Organen bei Wettbewerbsverstößen und Verletzungen gewerblicher Schutzrechte, GRUR-Prax 2013, 459; *Goldmann*, Geschäftsführer „mbH“: Einschränkung der persönlichen Haftung von Organen bei Wettbewerbsverstößen, GRUR-Prax 2014, 404; *Büscher*, Aus der Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Lauterkeitsrecht seit Ende 2014, GRUR 2016, 113.

d) Unterlassungsanspruch und Rechtsnachfolge

Döring, Die aufschiebend befristet abgegebene strafbewehrte Unterlassungserklärung nach einem Wettbewerbsverstoß, WRP 2007, 728; *Mels/Franzen*, Rechtsnachfolge in die gesetzliche Unterlassungsschuld des Wettbewerbsrechts – Zugleich eine kritische Stellungnahme zur „Schuldnachfolge“-Entscheidung des BGH, GRUR 2008, 968 *Köhler*, Neubeurteilung der wettbewerblchen Haftung des Rechtsnachfolgers eines Unternehmers?, WRP 2010, 475; *Dassbach*, Der lauterkeitsrechtliche Unterlassungsanspruch, NJ 2016, 441; *Krüger*, Der Störerbegriff, ZUM 2016, 335; *Hermanns*, Der Unterlassungsanspruch als verkappter Rückrufanspruch?, GRUR 2017, 977; „Zwischenruf“ des Ausschusses für Wettbewerbs- und Markenrecht der GRUR zum Verhältnis von Unterlassung und Beseitigung im gewerblichen Rechtsschutz und insbesondere im Wettbewerbsrecht, GRUR 2017, 885.

e) Beseitigungsanspruch

Frenzel, Der Beseitigungsanspruch aus § 8 Abs. 1 S. 1 UWG unter besonderer Berücksichtigung der „berichtigenden Aufklärung“, WRP 2013, 1567; *Bunte*, Folgenbeseitigungsanspruch nach dem UWG bei unzulässigen AGB-Klauseln?, ZIP 2016, 956; *Köhler*, Der wettbewerbsrechtliche Beseitigungsanspruch – ein Folgenbeseitigungsanspruch?, WRP 2019, 269; *Kruis*, Beseitigungsanspruch nach § 8 UWG statt Musterfeststellungsklage? - Hard cases make bad law, ZIP 2019, 393; *Osburg*, Folgenbeseitigungsanspruch aus § 8 UWG? - Eine kritische Betrachtung, ZBB 2019, 384; *Scherer*, Prozessuale Fragestellungen beim „Folgenbeseitigungsanspruch“ im Lauterkeitsrecht, VuR 2019, 243.

f) Feststellungsklage

Menke, Die negative Feststellungsklage in der wettbewerbsrechtlichen Praxis, WRP 2012, 55.

g) Schadensersatz von Verbrauchern

Glöckner, Der neue Individualanspruch der Verbraucher bei unlauteren geschäftlichen Handlungen, WRP 2022, 383.

h) Gewinnherausgabe

Sack, Der Gewinnabschöpfungsanspruch in der geplanten UWG-Novelle, WRP 2003, 546; *Stadler/Micklitz*, Der Reformvorschlag der UWG-Novelle für eine Verbandsklage auf Gewinnabschöpfung, WRP 2003, 559; *Tilmann*, Gewinnherausgabe im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht – Folgerungen aus der Entscheidung „Gemeinkostenanteil“, GRUR 2003, 647; *Schaub*, Schadensersatz und Gewinnabschöpfung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, GRUR 2005, 918; *Pokrant*, Zum Verhältnis von Gewinnabschöpfung gemäß § 10 und Schadensersatz gemäß § 9 UWG, in: Festschrift für Eike Ullmann, 2006, S. 813; *Alexander*, Marktsteuerung durch Abschöpfungsansprüche; JZ 2006, 892; *ders.*, Nutzen und Zukunft der Gewinnabschöpfung in der Diskussion, WRP 2012, 1190; *Gärtner*, Der Gewinnabschöpfungsanspruch gemäß § 10 UWG – Leitfaden für eine effektive Anwendung in der Praxis, GRUR Int. 2008, 817; *Stadler*, Zur Zulässigkeit der Gewinnabschöpfungsklage eines Verbraucherverbands, JZ 2019, 203; *Podszun/Deuschle*, Schadensersatz bei Verstoß gegen eine Marktverhaltensregelung - Zur dogmatischen und systematischen Einordnung von § 9 UWG, WRP 2019, 1102; *Scherer*, Zahnloser Tiger oder schlagkräftiges Rechtsinstitut?, GRUR 2022, 787.

i) Vertragslösungsrecht?

Fezer, Das wettbewerbsrechtliche Vertragsauflösungsrecht in der UWG-Reform. Zur Notwendigkeit eines wettbewerbsrechtlichen Vertragsauflösungsrechts wegen Vorliegens verbraucher-schützender Regelungslücken und Durchsetzungsdefiziten bei bestimmten Fallkonstellationen unlauteren Wettbewerbs, WRP 2003, 127; *Weiler*, Ein lauterkeitsrechtliches Vertragslösungsrecht des Verbrauchers, WRP 2003, 423.

2. Abmahnung

Teplitzky, Die prozessualen Folgen der Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen zur unberechtigten Schutzrechtsverwarnung, WRP 2005, 1433; *ders.*, Die Regelung der Abmahnung in § 12 Abs. 1 UWG, ihre Reichweite und einige ihrer Folgen, in: Festschrift für Eike Ullmann, 2006, S. 999; *Dornis/Förster*, Die Unterwerfung: Rechtsnatur und Rechtsnachfolge, GRUR 2006, 195; *Strömer/Grootz*, Die „veranlasste Initiativunterwerfung“ – ein untauglicher Versuch?, WRP 2008, 1148; *Eichelberger*, Die Drittunterwerfung im Wettbewerbsrecht, WRP 2009, 270; *Ungewitter*, Zur Verjährung des Aufwendungsersatzanspruchs bei Abmahnungen, GRUR 2012, 69; *Buchmann*, Neuere Entwicklungen im Recht der lauterkeitsrechtlichen Abmahnung, WRP 2012, 1345; *Lotz/Klickermann*, Abmahnfähigkeit von unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen – Paradigmenwechsel in der wettbewerbsrechtlichen Klauselkontrolle?, WRP 2013, 1571; *Krbetschek/Schlingloff*, Bekämpfung von Rechtsmissbrauch durch Streitwertbegrenzung?, WRP 2014, 1; *Engling*, Zulässigkeit einer Abmahnung nach dem UWG wegen Verstößen gegen die DSGVO, DSB 2019, 36; *Corbet*, Das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs in der praktischen Umsetzung, MDR 2022, 273.

3. Verbandsklage

Welzel, Anforderungen an die Struktur von Abmahnvereinen seit der UWG-Novelle 1994 - Entgegnung auf Derleder/Zänker, GRUR 2003, 762; *Münker*, Verbandsklagen im sogenannten ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, in: Festschrift für Eike Ullmann, 2006, S. 781; *Dittmer*, Zur Verbandsklagebefugnis, EWIR 2006, 699; *Mankowski*, Können ausländische Schutzverbände der gewerblichen Wirtschaft „qualifizierte Einrichtungen“ im Sinne der Unterlassungsklagenrichtlinie sein und nach § 8 III Nr. 3 UWG klagen?, WRP 2010, 186; *Halfmeier/Rott*, Verbandsklage mit Zähnen? – Zum Vorschlag einer Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher, VuR 2018, 243; *Lettl*, Der Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, WM 2019, 289; *Glöckner*, Der neue Individualanspruch der Verbraucher bei unlauteren geschäftlichen Handlungen, WRP 2022, 383; *Scherer*, Abhilfensatzanspruch gem. Art. 9 Abs. 1 VerbandsklagenRL/§ 1 Abs. 1 Nr. 1 VDuG-E und Verbraucherschadensersatzanspruch gem. § 9 Abs. 2 UWG – Kollektivrechtsschutz contra Individualrechtsschutz?, VuR 2022, 443; *Schuschnigg*, Die Verbandsklagen-Richtlinie, EuZW 2022, 1043; *Schultze-Moderow/Steinle/Muchow*, Die neue Sammelklage – Ein Balanceakt zwischen Verbraucher- und Unternehmensinteressen, BB 2023, 72.

4. Vorläufiger Rechtsschutz

Holzappel, Zum einstweiligen Rechtsschutz im Wettbewerbs- und Patentrecht, GRUR 2003, 287; *Traub*, Der Anwendungsbereich des § 25 UWG, WRP 2000, 1046; *Teplitzky*, Die „Schutzschrift“ als vorbeugendes Verteidigungsmittel gegen einstweilige Verfügungen, NJW 1980, 1667; *Danckwerts*, Die Entscheidung über den Eilantrag, GRUR 2008, 763; *Doepner*, Selbstwiderlegung der Dringlichkeit in wettbewerbsrechtlichen Verfügungsverfahren; wider eine feste Zeitspanne, WRP 2011, 1384; *Schmitt-Gaedke*, Die Schutzschrift im einstweiligen Rechtsschutz, ZAP 2016, 83.

5. Strafvorschriften im UWG

Alexander, Die strafbare Werbung in der UWG-Reform, WRP 2004, 407; *Többens*, Die Straftaten nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (§§ 16 – 19 UWG), WRP 2005, 552; *Dornis*, Der „Anschein eines besonders günstigen Angebots“ i.S. des § 16 I UWG – Von Kaffeefahrten, Zeitschriftenwerbern und der Auslegung lauterkeitsrechtlicher Strafnormen, GRUR 2008, 742; *Brammsen/Apel*, Madoff, Phoenix, Ponzi und Co. – Bedarf das „Schneeballverbot“ der progressiven Kundenwerbung in § 16 II UWG der Erweiterung?, WRP 2011, 400; *Wünsche*, Abgrenzung zulässiger Multi-Level-Marketing-Systeme von unzulässiger progressiver Kundenwerbung, BB 2012, 273; *Kalbfuß*, Die neuere Rechtsprechung des BGH zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, WRP 2013, 584; *Ohly*, Der Geheimnisschutz im deutschen Recht: heutiger Stand und Perspektiven, GRUR 2014, 1; *Rauer*, Richtlinienentwurf: Europaweit einheitlicher Schutz von Geschäftsgeheimnissen, GRUR-Prax 2014, 2; *Koós*, Die europäische Geschäftsgeheimnis-Richtlinie – ein gelungener Wurf? Schutz von Know-how und Geschäftsinformationen - Änderung im deutschen Wettbewerbsrecht, MMR 2016, 224; *Kalbfus*, Die EU-Geschäftsgeheimnis-Richtlinie, GRUR 2016, 1009.

IV. Die Generalklausel

1. B2B und B2C

Schöttle, Aus eins mach zwei - die neuen Generalklauseln im Lauterkeitsrecht, GRUR 2009, 546; *Fezer*, Der Dualismus der Lauterkeitsrechtsordnungen des b2c-Geschäftsverkehrs und des b2b-Geschäftsverkehrs im UWG, WRP 2009, 1163; *Scherer*, Die „Verbrauchergeneralklausel“ des §

3 II 1 UWG - eine überflüssige Norm, WRP 2010, 586; *Fezer*, Eine Replik: Die Auslegung der UGP-RL vom UWG aus? Methodensynkretismus zur Abwehr des rechtsverbindlichen Richtlinienbegriffs der Unlauterkeit im Sinne des Art. 5 Abs. 2 lit. a und b UGP-RL, WRP 2010, 677; *Köhler*, Grenzstreitigkeiten im UWG. Zum Anwendungsbereich der Verbotstatbestände des § 3 Abs. 1 UWG und des § 3 Abs. 2 S. 1 UWG, WRP 2010, 1293; *Witt/Freudenberg*, Der Entwurf der Richtlinie über den Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Spiegel zentraler deutscher Verbotstatbestände, WRP 2014, 375; *Henning-Bodewig*, Lauterkeit im B2B-Verhältnis – „anständige Marktgepflogenheiten“, nicht „fachliche Sorgfalt“!, GRUR Int. 2015, 529.

2. Bedeutung und Anwendung

a) Unlauterkeit

Schünemann, „Unlauterkeit“ in den Generalklauseln und Interessenabwägung nach neuem UWG, WRP 2004, 925; *Sack*, Die lückenfüllende Funktion der Generalklausel des § 3 UWG, WRP 2005, 531; *Köhler*, „Fachliche Sorgfalt“ – Der weiße Fleck auf der Landkarte des UWG, WRP 2012, 22.

b) Spürbarkeit der Interessenbeeinträchtigung

Köhler, Die „Bagatellklausel“ in § 3 UWG, GRUR 2005, 1; *ders.*, Zur richtlinienkonformen Auslegung und Neureglung der „Bagatellklausel“ in § 3 UWG, WRP 2008, 10; *Mankowski*, Ist die Bagatellklausel des § 3 UWG bei belästigender Werbung (§ 7 UWG) zu beachten?, WRP 2008, 15.

3. Die „black list“

Alexander, Die „Schwarze Liste“ der UGP-Richtlinie und ihre Umsetzung in Deutschland und Österreich, GRUR Int. 2010, 1025; *ders.*, Praxisanforderungen für Werbung gegenüber Kindern und Jugendlichen, GRUR-Prax 2014, 489; *Balitzki*, Werbung mit ökologischen Selbstverpflichtungen, GRUR 2013, 670; *Jahn/Palzer*, Werbung gegenüber Kindern – „Dus“ and don'ts, GRUR 2014, 332; *Göckler*, Die Bedeutung der Purely Creative Entscheidung für die UGP-Richtlinie, WRP 2014, 1167; *Köhler*, Unbestellte Waren und Dienstleistungen – neue Normen, neue Fragen - Zugleich Besprechung zu BGH, Urt. v. 17. 8. 2011 – I ZR 134/10 – Auftragsbestätigung, GRUR 2012, 217; *Köhler*, „Gratuliere, Sie haben gewonnen!“ – neue Kontrollmaßstäbe für Gewinnmitteilungen, GRUR 2012, 1211; *Lober*, Du sollst nicht duzen – Zugleich eine Anmerkung zu BGH, Urt. v. 17.07.2013 (I ZR 34/12) – Runes of Magic, WRP 2014, 294; *Scherer*, Massiver Irrtum bei Nr. 17 der „Schwarzen Liste“ des UWG-Anhangs? - Zugleich Besprechung von EuGH, Urteil vom 18.10.2012 – C-428/11 – Purely Creative u. a./Office of Fair Trading, WRP 2013, 143; *Scherer*, Was bringt die „Schwarze Liste“ tatsächlich? - Bestandsaufnahme und Konsequenzen, WRP 2011, 393; *Scherer*, Zum Anwendungsbereich von Nr. 29 des UWG-Anhangs („Schwarze Liste“), WRP 2012, 139; *Scherer*, Die weißen Flecken in der Schwarzen Liste - Teleologische Tatbestandsrestriktion bei generell fehlender geschäftlicher Relevanz, WRP 2014, 771; *Gerecke*, Werbung gegenüber Kindern und Jugendlichen, NJW 2015, 3185; *Oechsler*, Die Schwarze Liste im Wettbewerbsrecht als negativer Safe Harbor, GRUR 2019, 136; *Büscher*, Neue Unlauterkeitstatbestände und Sanktionen im Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht (Teil 2), WRP 2022, 132; *Scherer*, der überflüssige Deal - Kein Mehrwert für Verbraucher, GRUR 2023, 29.

V. Irreführende Werbung

1. Allgemeiner Irreführungstatbestand

Kemper/Rosenow, Der Irreführungsbegriff auf dem Weg nach Europa. Zugleich Besprechung der „Orient-Teppichmuster“-Entscheidung des BGH vom 20.10.1999, I ZR 167/97 (WRP 2000, 517ff), WRP 2001, 370; *Wuttke*, Neues zur wettbewerbsrechtlichen Relevanz und Interessenabwägung bei der irreführenden Werbung - zugleich eine Anmerkung zu BGH v. 7.11.2002, I ZR 276/99 - Klosterbrauerei, WRP 2003, 839; *Sack*, Die relevante Irreführung im Wettbewerbsrecht, WRP 2004, 521; *Hoeren*, Zur irreführenden Werbung, EWiR 2003, 187 (zu BGH v. 24.10.2002, I ZR 50/00 – Computerwerbung II = EWiR 2003, 187); *Sosnitza*, Zur Irreführung im Lebensmittelrecht durch die Bezeichnung „naturrein“, ZLR 2001, 181 (zu OLG Köln v. 1.9.2000, 6 U 37/98 – naturrein = ZLR 2001, 168); *Gaugenrieder*, Zur Werbung für Koppelungsangebote, EWiR 2006, 383; *Usselman/Seichter*, „20 Prozent auf alles“ – aber teurer als vergangene Woche, WRP 2007, 1291; *Lettl*, Irreführung durch Lock(vogel)angebote im derzeitigen und künftigen UWG, WRP 2008, 155; *Möllers/Mederle*, Werbung von Rechtsanwälten, WRP 2008, 871; *Koppe/Zagouras*, Rechtsprobleme der Testwerbung, WRP 2008, 1035; *Jonas/Hamacher*, „MAC Dog“ und „shell de“ ade?, WRP 2009, 535; *Fischer*, Irreführung durch Werbung mit Prüfzeichen, Gütesiegeln und Gütezeichen, WRP 2009, 408; *Wiring*, § 5 UWG über irreführende geschäftliche Handlungen: Eine Norm, die irreführt?, NJW 2010, 580; *Sachs*, Werbung für kosmetische Mittel mit Studien- und Fachveröffentlichungen, WRP 2010, 26; *Blasek*, Kostenfallen im Internet – ein Dauerbrenner, GRUR 2010, 396; *Wiring*, § 5 UWG über irreführende geschäftliche Handlungen: Eine Norm, die irreführt?, NJW 2010, 580; *Lindacher*, Geltungswerteprobleme bei Black List-Irreführungsverboten – Zur Deutung der Merkmale „unwahre Angabe“ und „Erwecken des Eindrucks...“, WRP 2012, 40; *Roller*, Wettbewerbsrechtliche Grenzen einer Werbung mit einem Klimaschutz-Label („CO₂-Fußabdruck“), ZUR 2014, 211; *Wieddekind*, Praktische Hinweise zur Werbung mit Testergebnissen, GRUR-Prax 2013, 440; *Köhler*, Irreführende vergleichende Werbung, GRUR 2013, 761; *Schröler*, Wettbewerbsrechtliche Fragestellungen bei der Verlängerung und dem Abbruch von zeitlich befristeten Rabattaktionen, GRUR 2013, 564; *Sack*, Betriebliche Herkunftstäuschungen und § 5 UWG, WRP 2014, 1130; *ders.*, Irreführungsverbot und Interessenabwägung in der deutschen Rechtsprechung, GRUR 2014, 609; *Sternitzky/Goldammer*, „Der Beste, der Schnellste, der Günstigste“ – Superlativwerbung und Rechtsfolgen irreführender Werbung in Deutschland und dem Baltikum, GRUR Int. 2018, 223; *Kloth*, Dabei sein ist alles? Aktuelle Entwicklungen zum Ambush-Marketing bei Olympischen Spielen und anderen Sport-Großveranstaltungen, GRUR-Prax 2019, 245; *Scherer*, Strategien des Mitbewerbers zur Schaffung irreführender Werbung beim Konkurrenten, WRP 2019, 818; *Adinolfi*, Dynamische und personalisierte Preisfindung aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, IPRB 2019, 225; *Koch*, Kann die Äußerung unrichtiger Rechtsansichten wettbewerbsrechtlich verboten werden?, WRP 2019, 1259; *Wetting*, Humorvoll vergleichende Testsieger-Werbung – Der Kampf ums beste Netz, MMR 2019, 643; *Günther/Grupe*, Zulässigkeit der Blickfangwerbung von Legal-Tech-Unternehmen, MMR 2020, 145; *Schrader*, Neue Gewährleistungsregeln für „smarte Produkte“ als lauterkeitsrechtliche Herausforderung, WRP 2022, 138; *Steuer*, „Klimaneutrale“ Produkte im Lauterkeitsrecht, GRUR 2022, 1408.

2. Irreführendes Unterlassen

Fezer, Lebensmittelimitate, gentechnisch veränderte Produkte und CSR-Standards als Gegenstand des Informationsgebots i. S. des Art. 7 UGP-RL, WRP 2010, 577; *Peifer*, Aufräumen im UWG - Was bleibt nach der Kodifikation zum irreführenden Unterlassen für § 4 Nr 1, 4, 5 und 6 UWG?, WRP 2010, 1432; *Bornkamm*, Irrungen, Wirrungen – Der Tatbestand der Irreführung durch Unterlassen, WRP 2012, 1; *Steinbeck*, Irrwege bei der Irreführung durch Unterlassen, WRP

2011, 1221; *Alexander*, „Die Aufforderung zum Kauf“ im Lauterkeitsrecht, WRP 2012, 125; *Köhler*, Zum Vorenthalten wesentlicher Informationen am Beispiel der Impressumsangaben, WRP 2013, 1419; *Böhler*, Die wesentliche Information in § 5a II UWG – Eine Gratwanderung zwischen unternehmerischer Freiheit und Verbraucherschutz, GRUR 2018, 886; *Scherer*, Die Problematik des Medienbruchs - Bruchloses System oder unsystematische Regelungslücke?, WRP 2018, 659; *Ahrens*, Influencer Marketing – Regulierungsrahmen und Konsequenzen seiner Anwendung (Teil 1), GRUR 2018, 1211; *Peifer*, Influencer Marketing – Rechtlicher Rahmen und Regulierungsbedürfnis (Teil 2), GRUR 2018, 1218; *Böse*, Influencer-Marketing, MDR 2019, 769; *Leeb/Maisch*, Social-Media-Stars und -Sternchen im rechtsfreien Raum?, ZUM 2019, 29; *Rieken/Hermann*, Kennzeichnung von Influencer-Werbung, MarkenR 2019, 399; *Scherer*, Rezeption kommerzieller Kommunikation in sozialen Netzwerken durch minderjährige Nutzer, WRP 2019, 277; *Söbbing*, Werbekennzeichnungspflicht bei Influencer-Marketing, ITBR 2019, 284; *Gräbig*, Werbung mit Bewertungen, Rezensionen und Erfahrungsberichte, GRUR Prax 2019, 197; *S. Köhler*, Influencer-Marketing: Kennzeichnungspflichten nach UWG, GRUR Prax 2019, 343; *Alexander*, Überblick und Anmerkungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, WRP 2021, 136.

3. Sondertatbestände

Glöckner, Der Schutz vor Verwechslungsgefahr im Spannungsfeld von Kennzeichenrecht und verbraucherschützendem Lauterkeitsrecht, in: Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, *Ohly/Klippel* (Hrsg.), 2007, S. 146 ff.; *Fezer*, Imitationsmarketing als irreführende Produktvermarktung, GRUR 2009, 451; *von Nussbaum/Ruess*, Irreführung durch Marken - Die Neuregelung der Imitationswerbung in § 5 Abs. 2 UWG n.F., MarkenR 2009, 233; *Bornkamm*, Die Schnittstellen zwischen gewerblichem Rechtsschutz und UWG - Grenzen des lauterkeitsrechtlichen Verwechslungsschutzes, GRUR 2011, 1; *Kieth/Groeschke*, Erweiterung des Markenschutzes vor Verwechslungen durch das neue Lauterkeitsrecht, WRP 2009, 1343; *Lorenz*, Redaktionelle Werbung in Anzeigenblättern, WRP 2008, 1494; *Ruhl/Bohner*, Vorsicht Anzeige! Als Information getarnte Werbung nach der UWG-Reform 2008, WRP 2011, 296; *Goldmann*, Lauterkeitsrechtlicher Schutz gegen mittelbare Verwechslungsgefahr?, GRUR 2012, 857.

4. Feststellung der Irreführung

Westermann, Bekämpfung irreführender Werbung ohne demoskopische Gutachten, GRUR 2002, 403; *Ulbrich*, Der BGH auf dem Weg zum normativen Verbraucherleitbild?, WRP 2005, 940; *Reese*, Beweisanforderungen bei gesundheitsbezogener Werbung – Wann liegt eine hinreichend gesicherte wissenschaftliche Erkenntnis vor?, PharmR 2018, 380.

VI. Aggressive geschäftliche Handlungen

Nippe, Belästigende Wettbewerbshandlungen - Tatbestände, Rechtfertigungsgründe, Rechtsprechung, WRP 2007, 19; *Scherer*, Die „unsachliche“ Beeinflussung in § 4 Nr. 1 UWG, WRP 2007, 723; *Peterek*, Ausnutzen der Rechtsunkenntnis – Anwendungsfall des § 4 Nr. 2 UWG?, WRP 2008, 714; *Wasse*, Endlich: Die Unzulässigkeit der Scheibenwischerwerbung nach dem UWG, WRP 2010, 191; *Mankowski*, Scheibenwischerwerbung und andere belästigende Werbung an Auto und Fahrrad, GRUR 2010, 578; *Palzer*, Und willst kein braver Schuldner du sein, dann meld' ich bei der SCHUFA dich ein! – Ein lauterkeitsrechtlicher Blick auf ein ambivalentes Phänomen, WRP 2016, 427; *Alexander*, Werbeblocker und Medienfinanzierung, NJW 2018, 362; *Scherer*, Lauterkeitsrechtliche Grenzen bei Zahlungsaufforderungen durch Mahnschreiben, NJW 2018, 3609; *Scherer*, Verbraucherentscheidung für Werbeblocker - eine aggressive geschäftliche Handlung der Anbieter?, WRP 2019, 1.

1. Anreißen

Schwab, Denn sie wissen, was sie tun - notwendige wettbewerbsrechtliche Neubewertung des Anreißens bei unaufgefordertem Ansprechen von Passanten in der Öffentlichkeit. Anmerkungen zu gegenläufigen Urteilen der OLGe Köln und Frankfurt a. M., GRUR 2002, 579; *Gloy*, Zur Direktansprache von Passanten zu Werbezwecken, EWIR 2005, 805; *Isele*, Das gezielte und individuelle Ansprechen von Passanten in öffentlichen Verkehrsräumen, GRUR 2008, 1061; *Haslinger*, Werbung im Bestattungsbereich – immer wieder aktuell, WRP 2008, 1052.

2. Autoritätsmissbrauch

Lettl, Zum unlauteren Wettbewerb, wenn einem von einer Behörde versandten Elternbrief Werbung eines Dritten beigelegt wird, WuB V B § 1 UWG 4.02 (zu BGH v. 18.10.2001, I ZR 193/99 – Elternbriefe = GRUR 2002, 550); *Tieben*, Die Einflussnahme der öffentlichen Hand auf den Wettbewerb – Eine Analyse der neueren Rechtsprechung des BGH, WRP 2011, 1101.

3. „Unsachliche Werbung“

Hartwig, Meinungsfreiheit und lauterer Wettbewerb, GRUR 2003, 924; ders., „H.I.V. Positive II“ – zugleich Abschied vom Verbot „gefühlbetonter Werbung“, WRP 2003, 582; *Hösch*, Meinungsfreiheit und Wettbewerbsrecht am Beispiel der „Schockwerbung“, WRP 2003, 936; *Lange*, Zur Reichweite der Menschenwürdegarantie als Schranke kommerzieller Aufmerksamkeitswerbung (Fortführung von BVerfGE 102, 347 – Benetton-Werbung), JZ 2003, 624 (zu BVerfG v. 11.03.2003, 1 BvR 426/02 = GRUR 2003, 442); *Bottenschein*, „Regenwald Projekt“ und der Kaufzwang bei der akzessorischen Werbung, WRP 2002, 1107 (vgl. dazu noch OLG Hamm v. 12.11.2002, 4 U 109/02 - Krombacher = GRUR 2003, 975); *Hartwig*, Der BGH und das Ende des Verbots gefühlbetonter Werbung, NJW 2006, 1326; *Seichter*, Das Regenwaldprojekt - Zum Abschied von der Fallgruppe der gefühlbetonten Werbung, WRP 2007, 230; *Scherer*, Das Ende des Verdikts der „gefühlbetonten“ Werbung – Aufgabe der „Sachlichkeits“-Doktrin?, GRUR 2008, 490.

4. Werbung gegenüber Kindern

Böhler, Wettbewerbsrechtliche Schranken für Werbemaßnahmen gegenüber Minderjährigen – Einfluss der UGP-Richtlinie auf die kinderschützenden Beispieltatbestände des § 4 UWG, WRP 2011, 1028; *Jahn/Palzer*, Werbung gegenüber Kindern – “Dus” and don’ts, GRUR 2014, 332; *Alexander*, Fachliche Sorgfalt und Gewinnspielwerbung gegenüber Kindern - Zugleich eine Anmerkung zu BGH, Urteil vom 12.12.2013 - I ZR 192/12 – Goldbärenbarren, WRP 2014, 1010; *Gerecke*, Werbung gegenüber Kindern und Jugendlichen, NJW 2015, 3185.

5. Durchsetzung unwirksamer Verträge

Sack, Die Durchsetzung unlauter zustande gebrachter Verträge als unlauterer Wettbewerb?, WRP 2002, 396 (zu BGH v. 26.4.2001, I ZR 314/98 = WRP 2001, 1073).

VII. Verschleierung des Werbecharakters

Eckert/Freudenberg, Schleichwerbung mit Fantasieprodukten, GRUR 2012, 343; *Lichtnecker*, Ausgewählte Werbeformen im Internet unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung, GRUR 2014, 523; *Köberlein*, Mehr Rechtssicherheit für Influencer? – Das Gesetz zur Stärkung

des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, ZVertriebsR 2021, 299; *Nadi*, Die Erkennbarkeit des kommerziellen Hintergrunds eines Influencer-Beitrags, WRP 2021, 586.

VIII. Belästigung

Möller, Die Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen des Direktmarketings, WRP 2010, 321; *Lettl*, Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher nach § 7 Abs 2 Nr 2 Alt 1 UWG n F, WRP 2009, 1315; *Ernst*, Die Einwilligung in belästigende telekommunikative Werbung nach der neuen Rechtslage in UWG und BDSG, WRP 2009, 1455; *Boslak/Kreth*, Bei Anruf Werbung?, VW 2010, 441; *Weber*, E-Mail-Werbung im geschäftlichen Verkehr, WRP 2010, 462; *Jankowski*, Nichts ist unmöglich! – Möglichkeiten der formularmäßigen Einwilligung in die Telefonwerbung, GRUR 2010, 495; *Engels/Brunn*, Wettbewerbsrechtliche Beurteilung von telefonischen Kundenzufriedenheitsbefragungen, WRP 2010, 687; *Engels/Brunn*, Ist § 7 II Nr. 2 UWG europarechtswidrig?, GRUR 2010, 886; *Fezer*, Telefonmarketing im b2c- und b2b-Geschäftsverkehr. Abgrenzung der Anwendungsbereiche des § 7 Abs. 2 Nr. 2 1. und 2. Alt. UWG, WRP 2010, 1075; *Mankowski*, Postwurfsendung nein danke!, WRP 2012, 269; *Roßnagel/Jandt*, Rechtskonformes Direktmarketing – Gestaltungsanforderungen und neue Strategien für Unternehmen, MMR 2011, 86; *Köhler*, Ist die Regelung der Telefonwerbung im UWG richtlinienkonform?, WRP 2012, 1329; *Meyer*, Briefkastenwerbung in Plastikfolie und Gratiszeitungen, WRP 2012, 788; *Ernst*, Die Double-opt-in-Bestätigungsmail als Werbung?, WRP 2013, 160; *Faber*, Die Versendung unerwünschter E-Mail-Werbung – Widerruf und Privilegierung nach § 7 III UWG, GRUR 2014, 337; *Schirnbacher/Schätzle*, Einzelheiten zulässiger Werbung per E-Mail, WRP 2014, 1143; *Schulze*, Kein Freiwurf in Freiburg? – Zum Erfordernis der „Hartnäckigkeit“ von Briefwerbung nach § 7 II Nr. 1 UWG, GRUR-Prax 2016, 121; *Köhler*, Das Verbot der unzumutbaren Belästigung (§7 UWG) im Lichte des Unionrechts, WRP 2015, 798; *Schürmann/Günther*, Werbung über mobile Push- Dienste als unzumutbare Belästigung, MMR 2015, 419; *Groh*, Plädoyer für ein flankierendes Behördenmodell bei der Bekämpfung unerwünschter E-Mail-Werbung, GRUR 2015, 551; *Köbrich/Froitzheim*, Lass uns quatschen - Werbliche Kommunikation mit Chatbots, WRP 2017, 1188; *Gomille*, Die Verteidigung gegen unerwünschte Werbung, GRUR 2017, 241; *Schirnbacher*, Unzumutbare Belästigung durch Display-Werbung - wann ist nervig auch wettbewerbswidrig?, K&R 2019, 229; *Scherer*, Erbringung unbestellter Leistungen an Unternehmer, NJW 2020, 3273.

IX. Verkaufsförderungsmaßnahmen

Steinbeck, Übertriebenes Anlocken, psychischer Kaufzwang etc....gibt es sie doch noch?, GRUR 2005, 540; *Berlit*, Das „Traumcabrio“ - Preisausschreiben und Gewinnspiele im Lauterkeitsrecht, WRP 2005, 1213; *Kügele*, Wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Koppelungsangeboten, GRUR 2006, 105; *Dittmer*, Zur unlauteren Werbung bei einem Gewinnspiel, EWiR 2006, 157; *Steinbeck*, Zulässige wertvolle Zugabe ohne Wertangabe, GRUR 2006, 163; *Köhler*, Spendenwerbung und Wettbewerbsrecht, GRUR 2008, 281; *Scholz*, Ist Werbung für den Verkauf von Sachen mit der Behauptung, der Verkauf erfolge ohne Mehrwertsteuer, zulässig?, WRP 2008, 571; *Steinbeck*, Rabatte, Zugaben und andere Werbeaktionen: Welche Angaben sind notwendig?, WRP 2008, 1046; *Kappes*, Gutschein- und Bonussysteme im Apothekenwesen, WRP 2009, 250; *Köhler*, Ist der Unlauterkeitstatbestand des § 4 Nr. 6 UWG mit der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vereinbar?, GRUR 2009, 626; *Vollmerhaus*, Kopplungsangebote als unlautere Geschäftspraktiken, GPR 2009, 224; *Berlit*, Gewinnspiel im Einzelhandel - Stornierung des Kassensbons, WRP 2009, 1188; *Köhler*, Kopplungsangebote neu bewertet, GRUR 2010, 177; *Leible*, Gemeinschaftswidriges generelles Verbot der Kopplung von Warenabsatz und Gewinnspiel - Anmerkung zum EuGH-Urteil vom 14.01.2010, EuZW 2010, 186; *Alexander*, Privatrechtliche Durchsetzung des Verbots von Verkäufen unter Einstandspreis, WRP 2010, 727; *Köhler*, Neujustierung

des UWG am Beispiel der Verkaufsförderungsmaßnahmen, GRUR 2010, 767; *John*, Zur Frage der Unlauterkeit von Verkaufsförderungsmaßnahmen gegenüber drittverantwortlichen Marktteilnehmern. Zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 24-6-2010 - I ZR 182/08 - Brillenversorgung II, WRP 2011, 147; *Heermann*, Aktuelle Anwendungsfragen und -probleme zu § 4 Nr. 4 UWG, WRP 2011, 688; *Braun*, Bezahlte Sichtwahlplatzierung – nicht strafbar, aber immerhin unlauter?, A&R 2016, 207; *Fröhlich/Wehler*, Gewinnspiele als Mittel der Absatzförderung, GWR 2016, 433.

X. Behinderungen

1. § 4 Nr. 2 UWG

Amann, Zur Frage der Wettbewerbswidrigkeit von Äußerungen zur Unzulässigkeit der Weitergabe gebrauchter Software ohne Zustimmung des Rechteinhabers in geschäftlichen E-Mails, CR 2010, 15; *Brammsen/Apel*, Die „Anschwärzung“, § 4 Nr 8 UWG, WRP 2009, 1464.

2. § 4 Nr. 4 UWG

Sack, Vertriebsbindungen und Außenseiter, WRP 2000, 447 (zu BGH v. 15.7.1999: I ZR 130/96 = WRP 1999, 1022, I ZR 14/97 = WRP 1999, 1026 und I ZR 204/96 = WRP 1999, 1035); *Emmerich*, Wettbewerbswidrigkeit der Entfernung von Kontrollnummern, JuS 2000, 194 (zu BGH v. 15.7.1999, I ZR 14/97 = GRUR 1999, 1109); *Hoeren*, Rechtliche Möglichkeiten gegen Domain Grabbing, WuB V F § 14 MarkG 1.97 (zu LG Düsseldorf v. 4.4.1997, 34 O 191/96 – epon.de = GRUR 1998, 159); *Hoeren*, Wettbewerbswidrige Behinderung der Anbieter von Verschlüsselungssystemen durch den Verkauf von Piratenkarten zur Entschlüsselung von Pay-TV-Programmen, EWiR 1995, 1021 (zu OLG Frankfurt v. 13.6.1995, 6 U 14/95); *Hoeren*, Zum Vertrieb von Werbeblockern, EWiR 2004, 1193; *Fischer*, Zur Lauterkeit der Kündigungshilfe durch Vorlage vorgefertigter Kündigungsschreiben, WRP 2005, 1230; *Möller*, Neue Erscheinungsformen von Rabattwerbung und Rabatte zu Lasten Dritter, GRUR 2006, 292; *Dittmer*, Zur gezielten Behinderung von Mitbewerbern, EWiR 2006, 665; *Hagenkötter*, Die Unlauterkeit von Testfotos, WRP 2008, 39; *Schultz/Störing*, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Keyword-Advertising mit fremden Marken, WRP 2008, 741; *Isele*, Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Hausverboten gegenüber Konkurrenten, GRUR 2008, 1064; *Körber/Heinlein*, Das Ticket-Urteil des BGH und seine Auswirkungen auf den Handel mit Eintrittskarten, WRP 2009, 266; *Beater*, Das gezielte Behindern im Sinne von § 4 Nr. 10 UWG, WRP 2011, 7; *Köhler*, Internet-Werbeblocker als Geschäftsmodell, WRP 2014, 1017; *Glöckner*, Werbeblocker zwischen Lauterkeits- und Kartellrecht, WRP 2020, 143; *Holzgraefe/Thomale*, Die "Werbeblocker II"-Entscheidung des BGH - Einer verfassungsrechtliche Würdigung, ZUM 2019, 887; Pommerening, Unlauterer Versorgerwechsel? Zur Bedeutung des § 312 h BGB im Wettbewerbsrecht, GRUR-Prax 2019, 371; *Glöckner*, Werbeblocker zwischen Lauterkeits- und Kartellrecht, WRP 2020, 143.

Quiring, Die Abwerbung von Mitarbeitern im Licht der UWG-Reform - und vice versa, WRP 2003, 1181; *Köhler*, Zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit der telefonischen Ansprache von Beschäftigten am Arbeitsplatz zum Zwecke der Abwerbung, WRP 2002, 1 (zu OLG Stuttgart v. 17.12.1999, 2 U 133/99 = WRP 2000, 318; Revision anhängig); *Klein/Insam*, Telefonische Abwerbung von Mitarbeitern am Arbeitsplatz und im Privatbereich nach neuem UWG, GRUR 2006, 379; *Sosnizza/Kostuch*, Telefonische Mitarbeiterabwerbung am Arbeitsplatz, WRP 2008, 166; *Scherer*, Verleiten zum Vertragsbruch - Neukonzeption aufgrund § 4 Nr 10 UWG und der RL-UGP, WRP 2009, 518; *Ernst*, Headhunting per E-Mail, GRUR 2010, 963; *Götting/Hetmank*, Unlautere Leistungsübernahme durch Mitarbeiterabwerbung, WRP 2013, 421; *Götting*, Unlautere

Leistungsübernahme durch Mitarbeiterabwerbung, WRP 2013, 421, Werner, Eingriff in das (Rollen-)Spielsystem, CR 2013, 516; *Deutsch/Friedmann*, Unlauterer Schleichbezug durch Screen-Scraping, GRUR-Prax 2013, 174.

3. Marktstörung

Schricker, Gratisverteilung von Tageszeitungen und das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, AfP 2001, 101; *Schulte-Nölke/Hawxwell*, Zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von Gratiszeitungen, EWiR 2004, 1053.

XI. Ausbeutung

1. Ergänzender Leistungsschutz

Hartwig, Zur Dauer des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes, EWiR 2003, 787 (zu BGH v. 7.11.2002, I ZR 64/00 - Präzisionsmessgeräte = GRUR 2003, 356); *Köhler*, Der ergänzende Leistungsschutz - Plädoyer für eine gesetzliche Regelung, WRP 1999, 1075; Bopp, Sklavischer Nachbau technischer Erzeugnisse - Anmerkungen zu BGH - Vakuumpumpen, GRUR 1997, 34; *Fezer*, Leistungsschutz im Wettbewerbsrecht, WRP 1993, 6; *Rauda*, Zum Einschleiben in fremde Serie, EWiR 2005, 323; Heyers, Wettbewerbsrechtlicher Schutz gegen das Einschleiben in fremde Serien, GRUR 2006, 23; *Stieper*, Das Verhältnis von Immaterialgüterrechtsschutz und Nachahmungsschutz nach dem neuen UWG, WRP 2006, 291; *Kiethe/Groeschke*, „Jeans“ - Verteidigung wettbewerblicher Eigenart von Modeneuheiten, WRP 2006, 794; *Lubberger*, Alter Wein in neuen Schläuchen – Gedankenspiele zum Nachahmungsschutz, WRP 2007, 873; *Köhler*, Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts zum Recht des geistigen Eigentums – zur Notwendigkeit einer Neubestimmung auf Grund der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR 2007, 548; *Ohly*, Designschutz im Spannungsfeld von Geschmacksmuster-, Kennzeichen- und Lauterkeitsrecht, GRUR 2007, 731; *Henning-Bodewig*, Relevanz der Irreführung, UWG-Nachahmungsschutz und die Abgrenzung Lauterkeitsrecht/IP-Rechte, GRUR Int. 2007, 986; *Fezer*, Normenkonkurrenz zwischen Kennzeichenrecht und Lauterkeitsrecht, WRP 2008, 1; *Aigner/Müller-Broich*, Der Schutz von Prestigeprodukten gemäß § 4 Nr. 9 b) UWG, WRP 2008, 438; *Eickmeier/Fischer-Zernin*, Ist der Formatschutz am Ende? – Der gesetzliche Schutz des Fernsehshowformats nach der „Sendeformat“-Entscheidung des BGH, GRUR 2008, 755; *Kaulmann*, Der Schutz des Werbeslogans vor Nachahmungen, GRUR 2008, 854; *Maume*, Der Amateurfußball in den Fängen des Wettbewerbsrechts, MMR 2008, 797; *Köhler*, Der Schutz vor Produktnachahmung im Markenrecht, Geschmacksmusterrecht und neuen Lauterkeitsrecht, GRUR 2009, 445; *Scherer*, Das Verhältnis des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes nach § 4 Nr. 9 UWG zur europarechtlichen Vollharmonisierung der irreführenden oder vergleichenden Werbung, WRP 2009, 1446; *Peukert*, hartplatzhelden.de – Eine Nagelprobe für den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, WRP 2010, 316; *Bartenbach/Jung/Fock*, Aktuelles aus dem Wettbewerbsrecht. Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz i.S.v. § 4 Nr. 9 UWG, MitttschPatAnw 2010, 230; *Ohly*, Hartplatzhelden.de oder: Wohin mit dem unmittelbaren Leistungsschutz?, GRUR 2010, 487; *Nemeczek*, Gibt es einen unmittelbaren Leistungsschutz im Lauterkeitsrecht?, WRP 2010, 1204; *ders.*, Wettbewerbliche Eigenart und die Dichotomie des mittelbaren Leistungsschutzes WRP 2010, 1315; *Ohly*, Ein Leistungsschutzrecht für Presseverleger?, WRP 2012, 41; *Nemeczek*, Wettbewerbsfunktionalität und unangemessene Rufausbeutung gem. § 4 Nr. 9 lit. b Alt. 1 UWG, WRP 2012, 1025; *Sack*, Leistungsschutz nach § 3 UWG, GRUR 2016, 782; *Ohly*, Anmerkungen zu BGH Urteil, Unlauteres Verhalten als Voraussetzung für wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz – Segmentstruktur, GRUR 2017, 79; *Schacht*, Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz für technische Merkmale – Rettungsboot oder Havarist?, GRUR 2017, 1203; *Büschler*, Neuere Entwicklungen im wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, GRUR 2018, 1;

Slopek/Weckwerth, Lauterkeitsrechtlicher Nachahmungsschutz gegen Lebensmittel-Lookalikes – Rechtsprechung und Best Practices, GRUR-Prax 2019, 374; *Billing*, Ergänzender Leistungsschutz von Gastronomiekonzepten, GRUR-Prax 2020, 58.

2. Schutz vor Rufausbeutung

Dittmer, Rufausbeutung (nicht nur) durch Bestellnummernübernahme, WRP 2005, 955; *Born*, Zur Zulässigkeit einer humorvollen Markenparodie, GRUR 2006, 192; vgl. auch BGH v. 10.4.2003, I ZR 276/00 - Tupperwareparty.

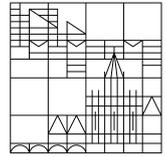
XII. Vergleichende Werbung

Ohly, Irreführende vergleichende Werbung. Anmerkung zu EuGH Pippig Augenoptik/Hartlauer, GRUR 2003, 641; *Glöckner*, Äquivalenzbehauptungen in der Werbung nach europäischem Marken- und Lauterkeitsrecht, ELR 2001, 344 (zu EuGH v. 25.10.2001, C-112/99 - Toshiba); Marx, Vergleichende Werbung – wie weit reicht die Harmonisierung?, EWS 2001, 353; *Sack*, Vergleichende Werbung nach der UWG-Novelle, WRP 2001, 327, *ders.*, Die Toshiba-Entscheidung des EuGH zur vergleichenden Werbung, WRP 2002, 363; *ders.*, Vergleichende Werbung und die Erheblichkeitsschwelle in § 3 des Regierungsentwurfs einer UWG-Novelle, WRP 2004, 30; *Hoeren*, EWIR 2003, 659 (zu BGH v. 2.10.2002, I ZR 90/00 – „Ersetzt“; *Köhler*, Was ist vergleichende Werbung?, GRUR 2005, 273; *Ohly*, Vergleichende Werbung für Zubehör und Warensortimente, GRUR 2007, 3; *Schmelz/Haertel*, Die Superlativreklame im UWG - Materielle und prozessuale Aspekte, WRP 2007, 127; *Lettl*, Lauterkeitsrechtliche Haftung von Presseunternehmen für „Rankings“, GRUR 2007, 936; *Sack*, Vergleichende Werbung ohne Vergleich, WRP 2008, 170; *Blankenburg*, Gespaltenes Verhältnis des Mitbewerberbegriffs im UWG? WRP 2008, 186; *Sack*, Ursprungsbezeichnungen in vergleichender Werbung, WRP 2008, 301; *Köhler*, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur vergleichenden Werbung: Analyse und Kritik, WRP 2008, 414; *Sack*, Der Mitbewerberbegriff des § 6 UWG, WRP 2008, 1141; *Blankenburg*, Neues zur vergleichenden Werbung, zur Verwechslungsgefahr und zur markenmäßigen Benutzung?, WRP 2008, 1294; *Römermann/Günther*, Der Werbevergleich - Humorvoll! Sarkastisch! Zulässig?, BB 2010, 137; *Ohly*, Zur Frage der Zulässigkeit humorvoller Werbevergleiche, GRUR 2010, 166; *Köhler*, „Gib mal Zeitung“ - oder „Scherz und Ernst in der Jurisprudenz“ von heute, WRP 2010, 571; *Berlit*, Der irreführende Werbevergleich, WRP 2010, 1105; *Alexander*, Markenschutz und berechnete Informationsinteressen bei Werbevergleichen, GRUR 2010, 482; *Peifer*, Vergleichende Werbung und sonst nichts?, WRP 2011, 1; *Sack*, Die unlautere Ausnutzung des Rufs von Marken im Marken- und Wettbewerbsrecht, WRP 2011, 155; *ders.*; Unlautere vergleichende Werbung und Markenrecht, WRP 2011, 288; *Scherer*, Kehrtwende bei der vergleichenden Werbung - Welche Konsequenzen hat die Änderung der BGH-Rechtsprechung?, GRUR 2012, 545; *Sack*, Die Verwechslungsgefahr im Marken- und Wettbewerbsrecht – einheitliche Auslegung?, WRP 2013, 8; *Sack*, Reformbedarf bei § 6 UWG, GRUR 2015, 130; *Eckel*, Die Kohärenz lauterkeitsrechtlicher Vollharmonisierung vergleichender Werbung nach Art. 4 lit. a RL 2006/114/EG, GRUR Int. 2016, 726; *Sack*, Reformbedarf bei § 6 UWG, GRUR 2015, 130; *Wetting*, Humorvoll vergleichende Testsieger-Werbung - Der Kampf ums beste Netz, MMR 2019, 643.

XIII. Rechtsbruch

Glöckner, Wettbewerbsbezogenes Verständnis der Unlauterkeit und Vorsprungserlangung durch Rechtsbruch, GRUR 2008, 960; *ders.*, Rechtsbruchstatbestand oder ... The Saga Continues!, GRUR 2013, 568; *Weber/Weber*, Unlauteres Marktverhalten des Importeurs bei Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen durch ausländische Lieferanten?, GRUR Int. 2008, 899; *Biber*, Die Kontrolle des Berufsrechts der Freiberufler – insbesondere der Rechtsanwälte – mit Hilfe von § 4 Nr.

11 UWG, WRP 2008, 723; *Günes*, Produktsicherheitsrecht und UWG, WRP 2008, 731; *Leupold*, Die Sportwettenentscheidungen des BGH vom 14.02.2008: Nicht nur Altlastenbeseitigung, WRP 2008, 920; *Hilgard*, Unlauteres Ausnutzen eines fremden Vertragsbruchs, MDR 2008, 1081; *Köhler*, Die Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln: ein Fall für das UWG - Zugleich Besprechung der BGH-Entscheidungen „Gewährleistungsausschluss im Internet“ und „Vollmachtsnachweis“, GRUR 2010, 1047; *Mees*, Einsatz und Verwendung von Gutscheinen sowie Leistungen Dritter beim Verkauf im Preis gebundener Bücher, GRUR 2012, 353; *Linsenbarth*, Datenschutz und Lauterkeitsrecht – Ergänzender Schutz bei Verstößen gegen das Datenschutzrecht durch das UWG?, WRP 2013, 576; *Wüstenberg*, Der Rechtsbruchtatbestand im Wandel und als Herausforderung, NJ 2016, 485; *Metzger*, Die Entwicklung des Rechtsbruchtatbestands nach der Umsetzung der UGP-Richtlinie – ein Zwischenbericht, GRUR Int. 2015, 687; *Schmitt*, Datenschutzverletzungen als Wettbewerbsverstöße?, WRP 2019, 27; *Dünkel*, Kollektiver Rechtsschutz bei Datenschutzrechtsverstößen - Durchsetzung der DSGVO durch deutsche Verbraucherverbände, DuD 2019, 483; *Weber*, Der Rechtsbruchtatbestand des § 3a UWG in Anwendung auf öffentlich-rechtliche Primärnormen, GRUR 2019, 905; *Ohly*, UWG-Rechtsschutz bei Verstößen gegen die Datenschutz-Grundverordnung?, GRUR 2019, 686.



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

Fachbereich Rechtswissenschaft
Lehrstuhl für deutsches und Europäisches
Privat- und Wirtschaftsrecht

Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe

Paketanschrift: Universitätsstraße 10
78464 Konstanz

Tel +49 7531 88-2309

Fax +49 7531 88-4528

jochen.gloeckner@uni-konstanz.de

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

05.04.2024

**Vorlesung Lauterkeitsrecht
SS 2024**

Universität Konstanz
Mo 17.00 - 18.30 Uhr, C 230
Jochen Glöckner

Arbeitspapier 1

Bitte lesen Sie vorbereitend:

BVerfG v. 1.8.2001, 1 BvR 1188/92 – *Schockwerbung* = GRUR 2001, 170, 173

BGH v. 20.10.1999, I ZR 167/97 – *Orient-Teppichmuster* = WRP 2000, 517, 520

BGH v. 5.2.1998, I ZR 211/95 – *Testpreis-Angebote* = GRUR 1998, 824

BGH v. 9.12.1982, I ZR 133/80 – *Rolls Royce* = GRUR 1983, 247, 249

BGH v. 12.07.2012, I ZR 54/11 – *Solarinitiative*, GRUR 2013, 301

A. Grundlagen des Lauterkeitsrechts

I. Begriffe

In den deutschsprachigen Rechtsräumen bezeichnet „Lauterkeitsrecht“ den Inbegriff der Normen, welche den Schutz der Lauterkeit des Wettbewerbs bezwecken. Ursprünglich wurde dafür der Begriff „Wettbewerbsrecht“ verwendet und sprachlich in einen Gegensatz zum „Kartellrecht“ gebracht. In gleichem Maße, in dem das Europäische Kartellrecht in den Art. 101 ff. AEUV (ex-Art. 81 ff. EG) an Bedeutung gewann, verschob sich die Terminologie: In Rückübersetzung der gebräuchlichen englischen Bezeichnung *competition law* (ebenso frz.: *droit de la concurrence*, it.: *diritto della concorrenza*) für die Art. 101 ff. AEUV i.V.m. der Fusionskontrolle, wurde es gebräuchlich, auch auf Deutsch von „Wettbewerbsrecht“ zu sprechen (z.B. *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht), wenn man Kartellrecht meinte. Das ist grundsätzlich begrüßenswert, da der Regelungsgegenstand der Art. 101 ff. AEUV – ebenso wie der des schweizerischen Kartellgesetzes oder des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen – über Kartelle i.e.S., das sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, weit hinausreicht und Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die sich an unterschiedliche Abnehmerkreise wenden, ebenso wie durch den Missbrauch

marktbeherrschender Stellungen sowie durch Unternehmenszusammenschlüsse umfasst. In diesem Sinne hat *Fikentscher* (Wettbewerb und Gewerblicher Rechtsschutz. Die Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsordnung, 1958, S. 197) schon im Jahr 1958 unter dem Eindruck des GWB zur Verwendung der Bezeichnung „Recht der Wettbewerbsbeschränkungen“ statt „Kartellrecht“ aufgefordert. Das hat sich (leider) nicht durchgesetzt. Zur Vermeidung von Verwechslungen zwischen „Wettbewerbsrecht“ im neueren europarechtlichen Verständnis und dem überkommenen nationalen Verständnis wurden auch die Regelungen über den unlauteren Wettbewerb zunehmend durch die Begriffe „Lauterkeitsrecht“ oder „Wettbewerbsrecht im engeren Sinne“ beschrieben.

II. Historische Entwicklung

Lauterkeits- und Kartellrecht haben als Rechtsgebiete bei weitem nicht die Tradition wie etwa das Bürgerliche Recht. Sie entwickelten sich erst im Gefolge der Gewährung allgemeiner Gewerbefreiheit, d.h. in Deutschland seit Erlass der Gewerbeordnung von 1869 durch den Norddeutschen Bund. Mit der Beseitigung der Zunftschranken setzte nicht nur eine stürmische wirtschaftliche Entwicklung ein, sondern es stellte sich auch heraus, dass die einmalige Freiheitsgewährung zur Schaffung einer Wettbewerbsordnung nicht genügte. Es bedurfte ihrer steten „Pflege“. Der einsetzende Konkurrenzkampf artete insofern aus, als in ganzen Branchen Praktiken wie Täuschung der Abnehmer, Nachahmung und Anschwärzung der Konkurrenten an der Tagesordnung waren. Durch solche Praktiken wurden die Nachfrageströme fehlgeleitet und der Wettbewerb denaturiert. Daneben wurde der Wettbewerb durch die Tendenz zur Selbstaufhebung bedroht. Im Gefolge der Depression von 1873 setzte eine rasch um sich greifende Kartellierung ein, die zunächst die Folgen der Krise lindern wollte („Kartelle als Kinder der Not“). Bald nahmen die Kartelle indes offensive Züge an. Hinzu kam eine sich verstärkende Konzentrationsbewegung. Im Folgenden wird die Reaktion der Rechtsordnung auf unlauteres Wettbewerbsverhalten dargestellt.

1. Französische Wurzeln

Die Ursprünge des modernen Lauterkeitsrechts werden im Allgemeinen in Frankreich erkannt. Um die Mitte des vorletzten Jahrhunderts artikuliert sich dort in Rechtsprechung und Literatur der Gedanke, dass das Prinzip der Wettbewerbsfreiheit die Bekämpfung von Missbräuchen bei ihrer Ausübung nicht ausschließt. Mit dieser Einsicht begann sich auch der Begriff der *concurrency déloyale* durchzusetzen. Die französische Rechtsprechung hat dabei zunächst ohne klare Angabe einer gesetzlichen Grundlage, vielleicht auch ohne Vorstellung darüber, wo diese zu suchen sein könnte, Schutzbedürfnissen nachgegeben, die ihr einleuchtend erschienen, und zahlreiche, auch heute noch anerkannte Fallreihen entwickelt. Danach erst wurde die deliktsrechtliche Generalklausel in Art. 1382 Code Civil der schon eingespielten Praxis untergeschoben.

2. Spezifisch deliktsrechtliche Probleme

In Deutschland finden sich erst ab 1860 und vor allem in den Geltungsgebieten des französischen Rechts, wo man sich auf die deliktsrechtliche Generalklausel des Art. 1382 Code Civil stützen konnte, Ansätze eines von sondergesetzlichen Vorschriften unabhängigen Kennzeichenschutzes. Immerhin lehnte aber das Oberhofgericht Mannheim noch im Jahr 1874 die auf den Begriff der *concurrency déloyale* gestützte französische Auffassung als willkürlich ab (insoweit abgedr. bei *J. Kohler*, Der unlautere Wettbewerb. Darstellung des Wettbewerbsrechts, 1914, S. 37 ff.). Einen weiteren Rückschlag für die deliktsrechtliche Lauterkeitskontrolle brachte das *Apollinarisbrunnen*-Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahr 1880 (RGZ 3, 67, 69): Dem 1874 in Kraft getretenen Markenschutzgesetz wurde die gesetzgeberische Entscheidung entnommen, dass jedes darin nicht verbotene Verhalten erlaubt sei. *Josef Kohler* kommentierte

diese Praxis mit der Äußerung, dass das Jahrzehnt der Jurisprudenz zwischen 1880 und 1890 nicht zu den Glanzzeiten des deutschen Rechts gehöre.

Was *Kohler* als „Ungeschick in der Handhabung des Rechts, einen öden Formalismus“ bezeichnete, war wohl ein rechtshistorischer Zufall: Wo in Frankreich eine Generalklausel existierte, die lediglich *faute* und *dommage* verlangte, hatte sich in der deutschen Gemeinrechtswissenschaft bereits der später in den §§ 823, 826 BGB niedergelegte Gedanke verfestigt, dass allein die schuldhafte Verletzung absoluter Rechtsgüter und daneben die „böslische Vermögensschädigung“ eine unerlaubte Handlung begründen könnten. Deshalb meinte die Rechtsprechung, nicht dem französischen Beispiel folgen zu können. Spezifische Probleme der deliktsrechtlichen Dogmatik vereitelten in Deutschland eine Lösung auf der Grundlage des damals geltenden Rechts.

3. Erlass lauterkeitsrechtlicher Sondergesetze

Erst zu Beginn der 90er-Jahre des 19. Jahrhunderts etablierte sich in Deutschland der Rechtsbegriff „unlauterer Wettbewerb“. Gleichzeitig setzten Bestrebungen ein, unlauterem Wettbewerb durch gesetzgeberische Maßnahmen entgegenzutreten. Als Resultat versuchte der Gesetzgeber im Jahr 1896, den Bedürfnissen der Praxis durch den Erlass des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs gerecht zu werden. Doch erst mit dem UWG aus dem Jahr 1909 (im Folgenden: aUWG), das eine Generalklausel nach dem Muster des § 826 BGB enthielt, „wurde der Bann gebrochen, die Rechtsprechung, die nach einer gesetzgeberischen Krücke suchte, hatte sie gefunden“ (*J. Kohler*, S. 57). Mit der Generalklausel wurde auch in Deutschland die Entwicklung eines Systems wettbewerblcher Verhaltensregeln durch die Rechtsprechung ausgelöst.

4. Entwicklung der Fallreihen

Nach Inkrafttreten des deutschen UWG von 1909 begannen die Gerichte, sich an ihren früheren Entscheidungen zu orientieren und Fallgruppen zu formen. Einflussreich war dabei die von *Josef Kohler* entwickelte Unterscheidung zwischen „Irreleitungen“ und „Feindseligkeiten“. Sie wurde in der Literatur weiterentwickelt und findet sich im Wesentlichen noch in der Systematik *Hefermehls* wieder, der die Formulierungen „Kundenfang“, „Behinderung“, „Ausbeutung“, „Marktstörung“ und „Vorsprungserlangung durch Rechtsbruch“ prägte. Den Sondertatbeständen kam hinter der „großen“ (§ 1 aUWG) und der „kleinen“ (§ 3 aUWG) Generalklausel nur geringe Bedeutung zu.

5. Weitere Entwicklung

Im Hinblick auf die weitere Entwicklung verdienen verschiedene Umstände Hervorhebung:

a) Auslagerung von UWG-Tatbeständen

(1) Bestechung

Während die Beamtenbestechung traditionell ihren Platz im allgemeinen Strafrecht findet (vgl. §§ 333, 334 StGB), wurde die einfache Angestelltenbestechung zunächst im Rahmen des UWG geahndet, obwohl das Bedürfnis nach strafrechtlicher Sanktionierung stets im Vordergrund stand. Entsprechend wurde der lauterkeitsrechtliche Bestechungstatbestand in § 12 aUWG der Beamtenbestechung nachgebildet. Die Vorschrift wurde im Zuge des Anti-Korruptionsgesetzes (Art. 4 Nr. 1 des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption vom 13. August 1997, BGBl. I, S. 2038) im Jahr 1997 aufgehoben und als § 299 mit den zusätzlichen Regelungen in den §§ 300-302 in das Strafgesetzbuch aufgenommen.

(2) Schutz bekannter Marken

Traditionell wurde bekannten Marken auch außerhalb des Warengleichartigkeitsbereichs Schutz gegen Verwässerung, Rufschädigung und Rufausbeutung auf lauterkeitsrechtlicher oder allgemein deliktsrechtlicher Grundlage gewährt. Mit dem MarkenG von 1994 wird dieser Schutz nunmehr auf der Grundlage von § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG gewährt. Es ist str., ob daneben noch der lauterkeitsrechtliche Schutz steht oder ob er durch die kennzeichenrechtliche Regelung verdrängt wird.

(3) Schutz geschäftlicher Bezeichnungen

Geschäftliche Bezeichnungen (Unternehmenskennzeichen, vgl. § 5 MarkenG) waren früher in § 16 aUWG auf lauterkeitsrechtlicher Grundlage geschützt. Auch sie werden nunmehr zeichenrechtlich geschützt (vgl. §§ 1 Nr. 2, 15 MarkenG).

(4) Schutz von Nachbarrechten

Weite Bereiche des sog. ergänzenden Leistungsschutzes wurden im Rahmen des kodifizierten Schutzes der verwandten Schutzrechte durch Gewährung urheberrechtlichen Leistungsschutzes z.B. für Lichtbilder, ausführende Künstler, Hersteller von Tonträgern und Sendeunternehmen überflüssig. Ähnliches gilt für den Schutz von Computerprogrammen und Datenbanken.

(5) Schutz von Formen äußerer Gestaltung

Auch die Nachahmung der äußeren Gestaltung, die früher häufig die Notwendigkeit lauterkeitsrechtlichen Schutzes begründete, ist heute durch immaterialgüterrechtliche Schutzinstrumente partiell verdrängt worden: So gewährt das Gemeinschaftsgeschmacksmuster auch ohne Eintragung einen dreijährigen Schutz für originelle Produktgestaltungen.

(6) Geheimnisschutz

Erst 2019 wurden die strafrechtlichen Vorschriften über den Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen aus dem UWG (§§ 17 – 19 UWG aF) in ein selbständiges Gesetz (Geschäftsgeheimnisgesetz) ausgelagert (vgl. dazu sogl.).

b) Erste Deregulierung des UWG

Vor allem in den 60er- und 70er-Jahren war es durch eine rege Tätigkeit der Abmahnvereine und eine klägerfreundliche bzw. wenig wettbewerbsorientierte Praxis der Gerichte zu einer – nicht nur im europäischen Umfeld – einzigartigen Strenge und Vielschichtigkeit des deutschen Lauterkeitsrechts gekommen. Anfang der 1990er-Jahre erkannte der EuGH in verschiedenen lauterkeitsrechtlichen Regelungen nicht zu rechtfertigende Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs. Dies löste eine erste Liberalisierungsdiskussion aus, die in die UWG-Novelle von 1994 mündete.

(1) Einschränkung der Verbandsklage 1994

Um den erwähnten Missständen bei der Durchsetzung („Abmahnvereine“) gegenzusteuern, schränkte der Gesetzgeber im Jahr 1994 die abstrakte Klageberechtigung der Mitbewerber und der Verbände nach § 13 Abs. 2 aUWG ein. Mitbewerber müssen seitdem auf demselben Markt tätig sein; gewerblichen Interessenverbänden muss eine „erhebliche Zahl von Gewerbetreibenden“ angehören, die auf demselben Markt tätig sind.

(2) Rabattgesetz – die Erste!

Die seinerzeit ebenfalls geplante Aufhebung des Rabattgesetzes scheiterte jedoch zunächst.

(3) Anpassung des Irreführungsstandards 1996 - 2000

Ohne eine Änderung des positiven Rechts vollzog sich die bei weitem bedeutendste Akzentverschiebung: Die Rechtsprechung übernahm zuletzt ausdrücklich (BGH, WRP 2000, 517, 520 –

Orient-Teppichmuster) das vom EuGH entwickelte Verbraucherleitbild für die Beurteilung irreführender Verbraucherwerbung, nachdem sie bereits vorher über mehrere Jahre ihre überstrenge Judikatur gelockert hatte (vgl. einerseits BGH, GRUR 1961, 544 – *Hühnergegacker*, sowie GRUR 1972, 129 – *Der meistgekauft der Welt*, andererseits BGH, GRUR 1996, 910 – *Der meistverkaufte Europas*).

c) Paradigmenwechsel bei der vergleichenden Werbung 1998

Über Jahrzehnte war die vergleichende Werbung innerhalb der Europäischen (Wirtschafts-) Gemeinschaft unterschiedlichen Prüfungsmaßstäben unterworfen gewesen, was grenzüberschreitende oder gar europaweite Marketingmaßnahmen verunmöglichte. Dabei hatte die Rechtsprechung in Deutschland den Grundsatz entwickelt, dass vergleichende Werbung wegen ihrer inhärent herabsetzenden oder ausbeutenden Wirkung im Grundsatz verboten sei, und allein unter besonderen Umständen (Informationsinteresse der Allgemeinheit) gerechtfertigt sein könne (vgl. die Darstellung in BGH, GRUR 1998, 824 – *Testpreis-Angebote*).

Im Jahr 1997 wurde die EG-Richtlinie über vergleichende Werbung erlassen (vgl. dazu noch AP 11), die den Gesetzgeber im Jahr 2000 zu einer grundlegenden Neuregelung, zunächst enthalten in den §§ 2, 3 S. 2 aUWG, veranlasste. Darin wurde in der Sache das Verbotsprinzip aufgegeben und durch das Missbrauchsprinzip ersetzt, auch wenn formal – durch die Vorschrift des § 3 S. 2 aUWG – am Verbotsprinzip festgehalten wurde.

d) Rabattgesetz, die Zweite! 2001

Ebenfalls auf die Europäische Gesetzgebung, nämlich auf die Niederlegung des Herkunftslandprinzips in der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und den von ihm ausgehenden Harmonisierungsdruck durch Inländerdiskriminierung, ist die ersatzlose Aufhebung des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung im Jahr 2001 zurückzuführen.

6. Neuarchitektur des UWG 2004

Am 7.7.2004 trat dann ein neues UWG in Kraft. Im Zuge der Reform hatte eine grundlegende Überarbeitung des Gesetzes stattgefunden. Die Arbeiten an dem Gesetz sind bereits vor dem Hintergrund der europäischen Bestrebungen zu würdigen, das Recht des unlauteren Wettbewerbs insgesamt zu harmonisieren.

Das UWG wurde als nicht mehr zeitgemäß und im internationalen Vergleich in einzelnen Bereichen besonders restriktiv erkannt. Durch den Entwurf ([Regierungsentwurf, BT-Drs.15/1487](#); [Empfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs.15/2795](#)) sollte eine grundlegende Modernisierung ermöglicht werden. Die Reform enthielt folgende materiellen Schwerpunkte:

Die Verbraucherinnen und Verbraucher (die zwar politisch korrekte, aber sprachlich redundante Formulierung hatte tatsächlich Eingang in den Gesetzestext gefunden, vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 UWG) wurden als Schutzsubjekte erstmals ausdrücklich im Gesetz erwähnt. Dadurch wurde die Rechtsprechung zum alten UWG aufgenommen und gleichzeitig eine Forderung der Verbraucherverbände erfüllt.

Die Generalklausel als Kernstück des aUWG (§ 1) blieb als § 3 ("Verbot unlauteren Wettbewerbs") erhalten. Sie wurde durch einen nicht abschließenden Katalog von Beispielfällen in den §§ 4-7 UWG 2004 ergänzt, der sowohl durch die Rechtsprechung seit langem gefestigte Fallgruppen aufnahm als auch aktuelle Probleme aufgriff.

Die Reglementierung der Sonderveranstaltungen wurde ersatzlos aufgehoben. Bestimmungen über Schlussverkäufe, Jubiläumsverkäufe und Räumungsverkäufe fielen ganz weg. Diese Sonderveranstaltungen unterliegen jedoch, auch nach den UWG-Novellen 2008 und 2015, den allgemeinen Bestimmungen des UWG, insbesondere dem in § 5 UWG 2004 (nunmehr §§ 5, 5a UWG) geregelten Verbot der irreführenden Werbung.

Unter bestimmten Voraussetzungen wurde den Verbänden ein Gewinnabschöpfungsanspruch zugestanden (§ 10). Dadurch sollte sichergestellt werden, dass sich unlautere Werbung, die Verbraucherinnen und Verbraucher übervorteilt, nicht lohnt.

7. UWG-Novelle 2008

Am 11.5.2005 wurde die EG-Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (im Folgenden stets: „UGP-Richtlinie“; „UGP-RL“) erlassen, die bis zum 12.6.2007 in innerstaatliches Recht umzusetzen war (vgl. dazu AP 2). Der Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie ist auf das Verhältnis B2C beschränkt. Die UGP-Richtlinie verfolgt das Ziel, das Recht der unlauteren Geschäftspraktiken in der Union vollständig anzugleichen und einen einheitlichen Rechtsrahmen zu schaffen. Die Umsetzung ist in Deutschland aufgrund des Gesetzentwurfs der Bundesregierung ([BT-Drs. 16/10145](#)) mit Wirkung zum 30.12.2008 erfolgt. Bereits beim ersten Hinsehen sind die erheblichen Änderungen erkennbar, welche das UWG 2008 gegenüber dem UWG 2004 erfahren hat.

Mit der Ersetzung des Begriffs der „Wettbewerbshandlung“ durch den der „geschäftlichen Handlung“ wurde der gegenständliche Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts klarer definiert: Zum einen werden auch Handlungen während oder nach Vertragsschluss erfasst, zum anderen ist kein (objektiver oder subjektiver) Finalzusammenhang mit der Absatzförderung mehr erforderlich.

Die Generalklausel in § 3 Abs. 1 UWG 2008 stellte nicht mehr auf die „nicht nur unerhebliche“ Beeinträchtigung des Wettbewerbs, sondern auf eine „spürbare“ Beeinträchtigung der Interessen von Marktteilnehmern ab.

Zudem enthielt § 3 Abs. 2 UWG 2008 erstmalig eine spezielle Regelung zur Unlauterkeit von geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern.

Gemäß § 3 Abs. 3 UWG 2008 wurde weiter die Vornahme der im neuen Anhang zum UWG genannten geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern (sog. *black list*) stets unzulässig.

Der Irreführungstatbestand in § 5 UWG 2008 wurde sprachlich neu gefasst; in § 5 Abs. 2 wurde ein Verbot der Irreführung durch Hervorrufen von Verwechslungsgefahr eingefügt.

In § 5a UWG 2008 wurde die Irreführung durch Unterlassen als selbständiger Tatbestand geregelt.

Der Tatbestand der Belästigung in § 7 UWG 2008 wurde nicht nur im Bereich der Telefonwerbung geändert und stellt seitdem einen eigenen Unlauterkeitstatbestand dar.

8. Gesetz gegen „unseriöse Geschäftspraktiken“

Das [Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken in den Bereichen Inkassowesen, Telefonwerbung und Abmahnwesen sowie im Zusammenhang mit datenschutzrechtlichen Einwilligungen](#) trat am 9.10.2013 in Kraft (mit Ausnahme von Art. 1 Nr. 1 a, Nr. 2, Nr. 4 und Art. 3, diese traten erst am 1.11.2014 in Kraft). Die Bußgeldobergrenze für Telefonwerbung wurde um das Sechsfache auf 300.000 Euro erhöht. Um überzogenen Abmahnungen entgegenzuwirken, wurden die Gegenstand- und Streitwerte angepasst. Die Darlegungs- und Informationspflicht der Inkassounternehmen, wessen Forderung von wem eingetrieben wird, wurde in §§ 11a RDG, 43d BRAO erweitert.

9. UWG-Novelle 2015

a) Beanstandungen der Kommission zur UWG-Novelle 2008

Bereits am 12.12.2011 hatte die Kommission die Umsetzung der UGP-Richtlinie ins deutsche Recht beanstandet und in dem von der UGP-Richtlinie geregelten Bereich eine noch weitergehende Rechtsangleichung gefordert. Da das deutsche UWG anders als die UGP-Richtlinie einem „integrierten Ansatz“ folgt, also den Mitbewerber- und Verbraucherschutz als Einheit ansieht, gestaltete sich die Angleichung im „B2C“-Bereich als schwierig. Zudem führten unterschiedliche Regelungsstrukturen wie -kulturen zu Abweichungen im Wortlaut der beiden Regelungen. Diese Unterschiede ließen sich zwar im Wege der richtlinienkonformen Auslegung durchweg beheben, führten jedoch zumindest partiell zu Rechtsunsicherheit.

b) Referentenentwurf

Infolge der Beanstandungen der Kommission zur Umsetzung der UGP-Richtlinie (s.o. A. II. 8.), legte das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz im September 2014 den Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG-RefE; abgedr. in WRP 2014, 1373) vor. Dieser sollte insbesondere in gesetzessystematischer Hinsicht noch einer vollständigeren Rechtsangleichung dienen und dem Transparenzgebot Rechnung tragen. An dem einheitlichen Schutzzweck von Verbrauchern, Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern sollte festgehalten werden. Zudem sollte eine Neustrukturierung der Generalklausel vorgenommen werden. Der § 3 Abs. 1 UWG-RefE diene hierbei als Dachkonstruktion, während in den § 3 Abs. 2 und Abs. 4 UWG-RefE zwei aufeinander abgestimmte, jedoch unabhängige Generalklauseln ausformuliert waren, die sich dadurch abgrenzten, ob geschäftliche Handlungen „sich an Verbraucher richten oder diese erreichen“ oder nicht. Auch sollte eine Neuregelung des Beispielkatalogs des § 4 UWG stattfinden. Ebenso wurde ein neuer § 4a UWG-RefE eingefügt, der den Verbraucher zusätzlich vor aggressiven Geschäftspraktiken schützen sollte. Der Entwurf wurde überwiegend kritisch von Wissenschaft, Verbänden und wirtschaftsjuristischer Praxis aufgenommen.

c) Regierungsentwurf

Daraufhin legte die Bundesregierung im Januar 2015 einen [„Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb“](#) vor. Hierbei wurde § 3 UWG-RegE grundlegend überarbeitet. § 3 Abs. 1 UWG-RegE sollte nun eine bloße Rechtsfolgenregelung sein, während die Absätze 2 und 3 UWG-RegE jeweils eine Generalklausel darstellen sollten, abhängig davon, ob der Adressat Verbraucher ist oder nicht. Überdies sollte dem Begriff der „fachlichen Sorgfalt“ nun auch bei der Bewertung einer geschäftlichen Handlung im B2B-Verhältnis eine zentrale Rolle zukommen. Der Begriff erschien jedoch stark auslegungsbedürftig und unbestimmt. In einer Stellungnahme [des Bundesrats](#) vom 6.3.2015 wurde bereits bei der Wahl des Maßstabs um eine geeignetere Formulierung gebeten. Die nunmehr enthaltene Formulierung „unternehmerischen Sorgfalt“ ließ allerdings bis zur schließlich verabschiedeten [Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 4.11.2015](#) auf sich warten und war selbst im zwischenzeitlich veröffentlichten [Regierungsentwurf vom 1.4.2015](#) noch nicht enthalten.

d) UWG 2015

Die verabschiedete Fassung enthielt im Vergleich zum letzten Regierungsentwurf erneut einige Neuerungen.

Letzten Endes wurde der Begriff der fachlichen Sorgfalt in § 2 Nr. 7 UWG durch den Begriff der unternehmerischen Sorgfalt ersetzt und die Begriffe der wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers sowie der geschäftlichen Entscheidung in Nrn. 8 und 9 neu eingefügt.

Die Generalklausel in § 3 UWG wurde neu gefasst: In Absatz 2 wurde eine eigene Generalklausel für geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern eingefügt, welche diese abschließend regelt. Absatz 1 normiert unverändert die Unzulässigkeit unlauterer geschäftlicher Handlungen. Im Geltungsbereich der UGP-Richtlinie, also bei geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern, ist darin aber nur noch eine Rechtsfolgenregelung zu sehen. Aus der Gesetzesnovelle ergeben sich, ausweislich der Gesetzesbegründung, keine inhaltlichen Änderungen.

Die offensichtlichsten Veränderungen betrafen die Liste von Konkretisierungstatbeständen in § 4: Die aggressiven Geschäftspraktiken in § 4 Nrn. 1, 2 UWG 2008 wurden in § 4a neu geregelt; die Verschleierungstatbestände in § 4 Nrn. 3–5 UWG 2008 wurden in die Irreführungstatbestände überführt. Das Koppelungsverbot in § 4 Nr. 6 UWG 2008 wurde aufgehoben. Es verblieben Tatbestände zum Schutz der Mitbewerber aus § 4 Nrn. 7 – 10 UWG 2008, die neu nummeriert als § 4 Nrn. 1 – 4 unverändert fortbestehen. Ihnen verdankt die Vorschrift ihre amtliche Überschrift „Mitbewerberschutz“ Da es sich ausschließlich um mitbewerberschützende Fallgruppen handelt, soll die Vorschrift außerhalb des Anwendungsbereichs der UGP-Richtlinie liegen (vgl. Beschlussempfehlung, aaO, BT-Drs. 18/6571 S. 14).

Der früher in § 4 Nr. 11 UWG normierte Rechtsbruchtatbestand wurde in § 3a überführt.

Es wurde ein neuer § 4a UWG geschaffen, der aggressive geschäftliche Handlungen normiert. Er dient vornehmlich der Angleichung an die UGP-Richtlinie, die in Art. 8 und 9 gesonderte Regelungen zu aggressiven Geschäftspraktiken enthält, geht aber über den Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie hinaus, indem er auch „sonstige Marktbeteiligte“ schützt.

Die Anpassungen in den §§ 5, 5a UWG waren zum einen redaktioneller Natur und dienten der Anpassung an den Wortlaut der UGP-Richtlinie. Zum anderen überführten sie die Regelungen des § 4 Nrn. 3–5 UWG 2008.

Die Vorschrift über die vergleichende Werbung in § 6 UWG wurde nicht verändert. Ebenso blieben die unzumutbaren Belästigungen aus § 7 UWG, die Rechtsfolgenregelungen aus §§ 8 ff. UWG und die Verfahrensvorschriften der §§ 12 ff. UWG unverändert. Der Anhang wurde lediglich an die mit der Novelle einhergehenden Änderungen und den Wortlaut der Richtlinie angepasst.

10. Umsetzung der Richtlinie über Geschäftsgeheimnisse 2019

Traditionell war der unternehmerische Geheimnisschutz im UWG geregelt, zul. §§ 17 – 19 UWG 2015. Angesichts der eingeschränkten Abstimmung der §§ 17 – 19 UWG auf den neu gefassten Anwendungsbereich des UWG und der geforderten Detailtiefe der Umsetzung der Geschäftsgeheimnisrichtlinie wurde der Geheimnisschutz komplett aus dem UWG ausgelagert und in dem Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (sog. Geschäftsgeheimnisgesetz; GeschGehG) neu geregelt. Dies wird der Nähe des Geheimnisschutzes zu den Immaterialgüterrechten, dem Vertrags- und dem Arbeitsrecht gerecht. Dennoch betont der Gesetzgeber trotz der Nachbildung der zivilrechtlichen Ansprüche (§§ 6 ff. GeschGehG) nach denen des Immaterialgüterrechts explizit, dass das Geschäftsgeheimnis kein Immaterialgut ist (Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 4.10.2018, BT-Drs. 19/4724 S. 31). Das Gesetz ist am 26.4.2019 in Kraft getreten (BGBl. 2019 I 466). Überblicksartig zu den Regelungen des GeschGehG *Alexander*, WRP 2019, 673; *Dann/Markgraf*, NJW, 2019 1774; *Ohly*, GRUR 2019, 441; *Thiel*, WRP 2019, 700.

11. Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs 2020

Am 02.12.2020 sind die Regelungen des Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (BGBl. 2020 I, S. 2568) in Kraft getreten. In Umsetzung des Koalitionsvertrages sollte der Miss-

brauch des Abmahnrechts verhindert werden. Zu diesem Zweck wurden die Anforderungen an die Aktivlegitimation institutioneller Kläger erhöht, der Anwendungsbereich der missbräuchlichen Abmahnung erweitert und die Rechtsfolgen der missbräuchlichen Geltendmachung von Ansprüchen verschärft.

12. Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht 2022

Das Gesetz vom 10.8.2021 ([BGBl. 2021 I, S. 3504](#)), das am 28.5.2022 in Kraft getreten ist, enthält in Umsetzung der Richtlinie 2019/2161 (vgl. dazu AP 2) einige wesentliche Änderungen, wie z.B. die sprachliche Ergänzung der Definition der geschäftlichen Handlung in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG durch das Unmittelbarkeitserfordernis, die alphabetische Neuulistung und Ergänzung der Liste der Definitionen in § 2 sowie der Neustrukturierung und -gestaltung der Irreführungsvorschriften in §§ 5, 5a und 5b UWG, mit denen die Vorgaben der UGP-RL umgesetzt werden. Neu ist auch der Schadensersatzanspruch für Verbraucher nach § 9 Abs. 2 UWG, wodurch Art. 11a Abs. 1 S. 1 UGP-RL umgesetzt wird, der die Verpflichtung der Mitgliedstaaten vorsieht, Verbrauchern, die durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigt wurden, Zugang zu wirksamen Rechtsbehelfen zu verschaffen.

13. Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz 2023

Eine weitere Modifikation hat das UWG durch die Umsetzung der Verbandsklagenrichtlinie (Richtlinie (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG) erfahren. Das Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz vom 8.12.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 272) enthält neben der Einführung des Verbraucherrechtedurchsetzungsgesetzes (VDuG) als eigenem Stammgesetz in Art. 12 Änderungen des UWG (vgl. dazu ausf. AP 2 u. AP 3).

III. Schutzzwecke des Lauterkeitsrechts

1. Entwicklung eines sozialschützenden Zugangs

Zeitgleich mit dem Aufblühen des Lauterkeitsrechts als Sonderdeliktsrecht schlich sich mit dem quantitativen Wachstum seiner Bedeutung auch eine qualitative Veränderung ein. *Kohler* hatte im Jahr 1914 das Wettbewerbsrecht auf die ausschließliche Grundlage des Persönlichkeitsrechts gestellt.

„Das Walten dieses Persönlichkeitsrechts im Verkehr ist offensichtlich. Jeder Verkehrtreibende ist frei im lauterem und redlichen Verkehr; jeder kann aber verlangen, dass er nicht durch Unlauterkeiten anderer Schädigungen erleidet.“ (*J. Kohler*, S. 17 ff., 18)

Bis in die 30er-Jahre hinein herrschte die Auffassung vor, geschützt sei die Persönlichkeit in ihrer gewerblichen Betätigung bzw. das Unternehmen. Damit diene das Lauterkeitsrecht ausschließlich dem Schutz der wettstreitenden Konkurrenten. Das Gemeinwohl werde allein mittelbar gefördert:

Im Wettbewerb „[...] soll derjenige zum Ziele gelangen, welcher am besten für die Menschheit wirkt, also die beste Leistung gibt, ... Wenn hier die Kräfte ringen ..., so sorgt zwar der Einzelne für seinen Vorteil, aber diese Einzelbestrebung ist nur dann eine berechnete, wenn sie in einer Art und Weise geschieht, dass hierdurch ... die Interessen der Gesamtheit gefördert werden. Das ist die soziale Seite des Handelns.“ (*Callmann*, Der unlautere Wettbewerb. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Notverordnung vom 9. März 1932 und zu den materiellrechtlichen Vorschriften des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen, 2. Aufl., 1932, S. 32 ff., 36 ff.)

Den ersten Schritt der Loslösung von einem solchen individualrechtlichen Verständnis machte das Reichsgericht. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1928 führte es im Zusammenhang mit der Klageberechtigung aus, „dass die Unterlassungsklage, die an sich nur den Konkurrenten schützen soll, in Wahrheit doch - wie das ganze Wettbewerbsgesetz - den Auswüchsen des Wettbewerbs auch im öffentlichen Interesse entgegentreten“ solle (RGZ 120, 47, 49 – *Großhändlerverband*). Konsequenterweise wurde die seinerzeit anerkannte Zulässigkeit einer Preisbindung der zweiten Hand durch das Erfordernis begrenzt, dass „hierdurch nicht eine künstliche unbillige Hochhaltung der Preise für den Verbraucher bewirkt“ werde. Dieses „sozialrechtliche“ Verständnis des Lauterkeitsrechts wurde in den 1930er-Jahren weitergeführt. So müsse das Rechtsinstitut der Verwirkung in Fällen ausscheiden, wo Interessen der Allgemeinheit auf dem Spiel ständen, weil durch das Verhalten des Verletzers nach wie vor das Publikum getäuscht werde (RG, GRUR 1933, 782, 786). In demselben Kontext ist nicht zuletzt die Entscheidung des Reichsgerichts zum *Benrather Tankstellen-Fall* zu nennen (RGZ 134, 342).

Der endgültige Durchbruch einer sozialrechtlichen Betrachtung des Lauterkeitsrechts in Deutschland wird mit dem *Diamantine-Urteil* aus dem Jahr 1936 (RG, GRUR 1936, 810) verbunden. Die Beklagte hatte Gutscheine für Schuhcreme dieses Namens in Verbindung mit der Teilnahmemöglichkeit an einer Lotterie kostenlos verteilt. Das Reichsgericht bestätigte zwar, dass der Zweck jeder Werbung darin bestehe, die Aufmerksamkeit des Publikums auf die gewerblichen Leistungen des werbenden Unternehmens zu lenken, und dass nicht bereits der Nachdruck, mit dem jener Zweck verwirklicht werde, zum Maßstab der Zulässigkeit genommen werden könne. Der Vorwurf der Unlauterkeit könne auch nicht darin gründen, dass die Überlegenheit der Werbung nur auf der Höhe des vom Werbenden eingesetzten Aufwandes beruhe, die seinen Konkurrenten nicht zur Verfügung stehe.

Dennoch sei ein solches Wettbewerbsverhalten unlauter. Bei dem Zweck des UWG, nicht nur den redlichen Konkurrenten zu schützen, sondern auch „im öffentlichen Interesse den Auswüchsen im Wettbewerb überhaupt zu steuern“, müsse auch in Betracht gezogen werden, ob eine Werbemaßnahme den Belangen der Allgemeinheit entspricht. Die darauffolgende Bezugnahme auf das „gesunde Volksempfinden“ kann wohl als zeittypische Formulierung vernachlässigt werden, da der Generalklausel ihretwegen kein besonderer Inhalt entnommen wurde. Insbesondere der Kontext macht deutlich, dass der *Diamantine*-Entscheidung keineswegs jene Vorstellungen einer korporatistischen und völkischen Wirtschaftsordnung zugrundelagen, die in instanzgerichtlichen Urteilen der Zeit bisweilen ausgesprochen wurden. Die eigentliche Schwäche der Urteilsbegründung liegt in der Anknüpfung an die „allgemein gültigen Grundsätze wirtschaftlicher Betriebsführung“ zur Abgrenzung legitimer Werbung von unlauterem Wettbewerbsverhalten. Wenn ein Unternehmer seine Ware, deren bestimmungsgemäßer Zweck darin besteht, verkauft zu werden, zu Zwecken des Wettbewerbs verschenke, so liege darin die Anwendung eines Werbemittels, das den Boden „sinngemäßer“ kaufmännischer Betätigung verlasse und die Erzeugnisse des Unternehmens einem Zweck dienstbar mache, der ihnen nach allgemeiner Wirtschaftsauffassung fremd sei. Jenseits aller bis heute tragfähigen Elemente der Urteilsbegründung müssen die „Grundsätze wirtschaftlicher Betriebsführung“ schlicht für unmaßgeblich für das Lauterkeitsurteil gehalten werden.

Im Jahr 1937 konstatierte *Eugen Ulmer* (*Wandlungen und Aufgaben im Wettbewerbsrecht*, GRUR 1937, 769, 770) demgemäß neben den „Verfeinerungen“ auch „grundsätzliche Wandlungen“ im Lauterkeitsrecht. Es vollziehe sich „ein breiter Einbruch des Gemeinschaftsgedankens“, „ein Wandel von einer individual- zu einer sozialetischen Beurteilung“. Soweit ersichtlich wurde zum ersten Mal ausdrücklich die Frage nach den vom Lauterkeitsrecht zu schützenden Interessen gestellt. Damit setzte die Debatte zum Schutzzweck des UWG ein. Neben dem „Schutz der schöpferischen wirtschaftlichen Leistung des Einzelnen“ erkannte *Ulmer* „das Interesse des Volksganzen an einer gesunden und sauberen Ordnung des Wirtschaftslebens“ sowie schließlich als Sonderinteresse das der Abnehmer, des Publikums, das in den abnehmerorientierten Fallreihen in erster Linie beeinträchtigt werde.

2. Schutzzweckdiskussion vor der UWG-Reform

Die erstmals von *Eugen Ulmer* in dieser Form ausgesprochene Reihung verschiedener Schutzgüter hat die Entwicklung des Lauterkeitsrechts in Deutschland bis heute maßgeblich beeinflusst. Sie entspricht der ganz herrschenden Meinung. Bisweilen wird diesbezüglich von der Dreidimensionalität oder auch „Schutzzwecktrias“ des Lauterkeitsrechts gesprochen.

Diese Schutzzweckmehrheit blieb jedoch nicht ohne Kritik. Im Hinblick auf den Schutz des Wettbewerbs entzündete sie sich zunächst an dem problematischen Verhältnis des Lauterkeitsrechts zum Kartellrecht. In jüngerer Zeit wird zudem der Inhalt des Schutzes von Allgemeininteressen hinterfragt.

a) Trennungstheorie

Nach dem Ende der nationalsozialistischen Diktatur und unter dem Eindruck der Kartellgesetzgebung wurden in der Literatur Stimmen laut, die das Lauterkeitsrecht zu seinen am Konkurrenzschutz ausgerichteten Ursprüngen zurückführen wollten. Auf *Würdinger* geht die Trennungstheorie zurück: Das Kartellrecht bezwecke den Schutz des Wettbewerbs als Institution der bestehenden Marktwirtschaft. Dem Lauterkeitsrecht sei die Vorstellung des Schutzes des Wettbewerbs als Institution fremd. Die Trennungstheorie konnte sich indes nicht durchsetzen. Sowohl das Kartellrecht als auch das Lauterkeitsrecht verfolgen den Schutz des Wettbewerbs.

b) Sperrwirkung des Kartellrechts

Angesichts der feststellbaren Überschneidungen der Anwendungsbereiche von Lauterkeits- und Kartellrecht wird heute zwar allgemein die These der Identität der Schutzobjekte akzeptiert. Allerdings wird darauf hingewiesen, dass insbesondere im Bereich der marktmachtorientierten Wettbewerbsstörungen die klaren Wertungen des Kartellrechts, d.h. insbesondere dessen Marktmachterfordernis beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, bei der Beurteilung der Unlauterkeit berücksichtigt werden müssen. Sie sollen insoweit eine Sperrwirkung entfalten. Die Anwendung des Lauterkeitsrechts „im Vorfeld“ des Kartellrechts sei deshalb nicht möglich.

An dieser Stelle soll keine Auseinandersetzung damit stattfinden. Es mag der Hinweis genügen, dass die Entwicklung der deutschen Rechtsprechung zu den unter der Kategorie der „Marktstörung“ zusammengefassten Fallreihen des Preiskampfs, des Anzapfens und des Verschenkens von Originalware zeigt, dass die lauterkeitsrechtliche Behandlung durchweg unabhängig von der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung erfolgt, auch wenn keine ausdrückliche Stellungnahme zu der Frage erfolgt ist. Im Übrigen sind die Problemfälle „im Vorfeld“ der klassischen Kartellrechtstatbestände, die seinerzeit für eine Diskussion gesorgt hatten, durch den Gesetzgeber geregelt worden – allerdings innerhalb des Kartellrechts, vgl. § 20 Abs. 2-4 GWB.

c) Inhalt des Allgemeininteresses

Kritisiert wurde ferner die Konturenlosigkeit des Begriffs der Allgemeininteressen. Das Allgemeininteresse kaschiere jedes beliebige Individualinteresse. Insoweit ist zu differenzieren: Gerade wenn mit dem Lauterkeitsrecht der Schutz der Wettbewerbsordnung verfolgt wird, werden Interessen der Allgemeinheit berücksichtigt. Die berücksichtigungsfähigen Interessen der Allgemeinheit sollten allerdings auf den Bestand und die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs beschränkt werden. Es ist zumindest fraglich, ob darüber hinaus andere Allgemeininteressen mit den Mitteln des Lauterkeitsrechts verfolgt werden können.

d) Ergebnis: Heterogene Schutzzwecke

Trotz aller Kritik hat sich die Anerkennung „sozialrechtlicher“ Aspekte des Lauterkeitsrechts unter Einbeziehung des Allgemeininteresses bis zur UWG-Reform als herrschende Meinung durchgesetzt (vgl. nur BVerfG, GRUR 2001, 170, 173 – *Schockwerbung*). Im Ergebnis werden mit dem Lauterkeitsrecht unterschiedliche Zwecke verfolgt.

Zum einen wird das Allgemeininteresse an einer funktionierenden Wettbewerbsordnung verfolgt. Sie verlangt nicht allein nach freiem, sondern auch nach unverfälschtem Wettbewerb. Verfälscht werden kann der Wettbewerb insbesondere durch Fehlleitungen der Nachfrage, die aus unlauterem Verhalten resultieren können. Ob darüber hinaus andere Allgemeininteressen verfolgt werden können und, wenn ja, welche, ist umstritten (dazu sogl.).

Daneben wird – historisch an erster Stelle – das Individualinteresse der Konkurrenten geschützt, die durch unlauteres Verhalten wirtschaftlich geschädigt werden.

Schließlich wird das Individualinteresse der Abnehmer und Konsumenten geschützt, von Irreführungen, aber auch von anderen Formen unangemessener Einflussnahme verschont zu bleiben.

Das Lauterkeitsrecht ist heute multifunktionales Marktverhaltensrecht: Es schützt einerseits subjektive Mitbewerber- und Abnehmerinteressen, trägt aber zugleich wesentlich zu den objektiven Rahmenbedingungen der wettbewerbsgesteuerten Marktwirtschaft bei. In Rechtsordnungen, in denen die objektiv-teleologische Methode als Obersatz der *Savigny'schen* Interpretationskriterien zum Standard der Gesetzesauslegung bzw. Normkonkretisierung zählt, muss dem Schutzzweck von Normen namentlich bei der Verwendung von Generalklauseln maßgebende Bedeutung zukommen. *E. Ulmer* war noch der Ansicht, die Komplexität der Zielsetzungen des Lauterkeitsrechts sei unschädlich, da die verschiedenen Schutzzwecke nicht kollidierten. Im Gegenteil verbürge die Mannigfaltigkeit der Kräfte bei der Einheitlichkeit der Entscheidung eine sachgerechte und festgefügte Ordnung. Das trifft in mancherlei Hinsicht zu. Dennoch gibt es eine Reihe von Fällen, in denen aus der Zweckmehrheit Probleme resultieren. Es bedeutet einen grundsätzlichen Unterschied, ob sich ein Verbotstatbestand aus dem Aspekt des Konkurrentenschutzes oder aus Konsumentenschutzüberlegungen rechtfertigt. Die gründliche Untersuchung von *Beater* weist zahlreiche Konstellationen nach, in denen eine konsumentenschutzorientierte Betrachtung des Lauterkeitsrechts zu anderen Ergebnissen führt als unter Zugrundelegung eines traditionell konkurrentenschützenden Ansatzes.

3. Schutzzwecke nach der UWG-Reform 2004

Gemäß § 1 sollte das UWG 2004 „dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb“ dienen und „zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb“ schützen. Annähernd wortgleich lautet heute § 1 Abs. 1 UWG.

Des Rückgriffs auf die „sonstigen Marktteilnehmer“ bedurfte es, weil durch die Anknüpfung der bürgerlich-rechtlichen Begriffe des Verbrauchers und des Unternehmers, vgl. § 2 Abs. 2 UWG 2004, ansonsten Schutzlücken entstanden wären.

Durch § 1 S. 2 UWG 2004 (§ 1 Abs. 1 S. 2 UWG) wurde klargestellt, dass neben den individuellen und kollektiven Einzelinteressen auch das Allgemeininteresse geschützt wird. Der oben dargestellten Sichtweise folgend konnte dieses Allgemeininteresse jedoch nur in dem Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb bestehen.

4. Schutzzweck des UWG 2008

Die UWG-Novelle 2008 diente der Umsetzung der UGP-Richtlinie. Deren Zweck besteht jedoch ausdrücklich im Schutz der Verbraucher. Vor diesem Hintergrund war vertreten worden, dass auch im deutschen Recht der lauterkeitsrechtliche Schutz von Mitbewerbern und Verbrauchern regelungstechnisch zu trennen sei. Nachdem jedoch der Europäische Gesetzgeber die Verbindung von Verbraucher- und Mitbewerberinteressen im Wettbewerb ausdrücklich anerkannte, und die UGP-Richtlinie freistellt, außerhalb ihres gegenständlichen Anwendungsbereichs zu legiferieren, machte der deutsche Gesetzgeber von der Möglichkeit Gebrauch, Wettbewerbs-handlungen, die zwischen Wettbewerbsteilnehmern begangen werden, weiterhin lauterkeits-

rechtlich zu kontrollieren. Dies kann auch in einem einzigen Regelwerk – hier dem UWG – erfolgen. Es folgt nicht zwingend eine Pflicht zur Ausgliederung des „B2C“-Bereiches aus dem UWG oder zur Einfügung einer weiteren auf den Schutz des Verbrauchers ausgerichteten Generalklausel, um den Verbraucherschutz und den Mitbewerberschutz völlig zu trennen. Vielmehr stellt die vom deutschen Gesetzgeber gewählte einheitliche Regelung des gegenständlichen Anwendungsbereiches („B2C“ und „B2B“) eine sinnvolle Verbindung der Schutzbereiche dar, welche sich in der Praxis bewährt hat. Hieran wurde auch bei den Neufassungen des UWG festgehalten. Das UWG sieht keine Änderungen der Schutzzwecke vor, so dass das UWG weiterhin dem Schutze der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb dient.

Freilich hatte das Anliegen des deutschen Gesetzgebers, unlautere geschäftliche Handlungen umfassend und im Hinblick auf alle betroffenen Interessen in einem Gesetz zu regeln, besondere „technische“ Schwierigkeiten mit sich gebracht: Zum einen hatte der deutsche Gesetzgeber Vorschriften, welche die UGP-Richtlinie nur für Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern vorsieht, überschießend für alle geschäftlichen Handlungen verbindlich gemacht und damit das deutsche Lauterkeitsrecht über den Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie hinaus zu deren Ausführungsgesetz gemacht. Zum anderen hatte der Gesetzgeber aber ausgerechnet innerhalb der Generalklausel eine Neuregelung geschaffen, welche die Struktur des UWG mit unnötigen Problemen belastete.

5. Schutzzweck des UWG 2015

Da durch die UWG-Novelle 2015 das UWG lediglich redaktionell an die UGP-Richtlinie angepasst wurde, hat sich im Rahmen des Schutzzwecks damit nichts Grundlegendes verändert.

6. Schutzzweck des UWG 2022

Mit dem Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht wurden im UWG in erster Linie (daneben sollte Influencern eine gesicherte Rechtsgrundlage gewährt werden und missbräuchliche Praktiken im Zusammenhang mit Verkaufsfahrten sollten unterbunden werden) die Änderungen der UGP-Richtlinie durch die Richtlinie (EU) 2019/2161 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union umgesetzt. Die in der Richtlinie enthaltenen Regelungen zielen insbesondere darauf ab, in grenzüberschreitenden Verstößen gegen Verbraucherschutzvorschriften eine effektive Sanktionierung zu sichern und den Verbrauchern einen Zugang zu angemessenen und wirksamen Rechtsbehelfen sowie bessere Transparenz im Online-Handel zu gewähren.

Der Schutzzweck des UWG wurde damit bestätigt; im Gegenteil wurde der Zweck des Verbraucherschutzes durch die Gewährung unmittelbarer Rechtsbehelfe im deutschen Recht verstärkt.

IV. Gegenständlicher Anwendungsbereich

1. Aufgabe der „Wettbewerbshandlung“ 2008

Der gegenständliche Anwendungsbereich des aUWG knüpfte unstreitig an das Vorliegen einer *Wettbewerbshandlung* an. Aus der verschiedentlichen Formulierung des Gesetzes (§§ 1, 3 aUWG „zu Zwecken des Wettbewerbs“) wurde der Schluss gezogen, jede Wettbewerbshandlung erfordere neben der objektiven Wettbewerbsrelevanz eine subjektive Wettbewerbsabsicht.

Für die Annahme einer Wettbewerbsabsicht war allerdings nicht erforderlich, dass sie das einzige oder auch nur das wesentliche Ziel der Handlung sein musste; notwendig war nach allgemeiner Ansicht nur, dass sie gegenüber anderen Motiven nicht ganz in den Hintergrund trat (BGHZ 3, 270, 276 – *Constanze I*; GRUR 1992, 450, 452 – *Beitragsrechnung*).

Im Übrigen wurde das Vorliegen einer Wettbewerbsabsicht vermutet, wenn Handlungen, die objektiv geeignet waren, relative Wettbewerbspositionen zu beeinflussen, innerhalb eines Wettbewerbsverhältnisses begangen wurden. Das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses wurde wiederum großzügig beurteilt. Auch sog. mittelbare Wettbewerbsverhältnisse zwischen Angehörigen verschiedener Wirtschaftsstufen genügten (zur extensiven Auslegung des Begriffs im Übrigen vgl. BGH, GRUR 1983, 247, 249 - *Rolls Royce*; GRUR 1985, 550, 552 - *Dimple*; GRUR 1988 453, 455 – *Ein Champagner unter den Mineralwässern*). Dadurch wurde das Erfordernis faktisch ausgehöhlt.

Die Rechtsprechung hat aber dennoch – trotz heftiger Kritik in der Literatur – bis zuletzt am Erfordernis des Vorliegens eines Wettbewerbsverhältnisses festgehalten. Es war in mehrerlei Hinsicht relevant: Es wurde zunächst als ungeschriebenes Erfordernis jeder objektiven Verhaltensnorm betrachtet, daneben begründete es die materiellrechtlich verstandene Aktivlegitimation des verletzten Wettbewerbers und schließlich darauf aufbauend dessen prozessuale Klageberechtigung.

Als Bestandteil der objektiven Verhaltensnorm ist das Wettbewerbsverhältnis indes allein bei einem dem deliktsrechtlich-konkurrentenschützenden Zugang verhafteten Verständnis des Lauterkeitsrechts denklogisch erforderlich. Wird der Schutz des Wettbewerbs in den Vordergrund gestellt, so ist es demgegenüber überflüssig und einem wirksamen Wettbewerbsschutz abträglich. Dem entspricht die von modernen Lauterkeitsrechtsordnungen, wie etwa dem schweizerischen oder spanischen UWG, eingeschlagene Lösung, auf das Erfordernis eines Wettbewerbsverhältnisses ganz zu verzichten.

Zur Abgrenzung des gegenständlichen Anwendungsbereichs des Lauterkeitsrechts musste lediglich eine *Wettbewerbshandlung* vorliegen. Wettbewerbshandlungen sind Handlungen, die *objektiv* auf eine Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse angelegt sind und nicht in einem völlig anderen Zusammenhang erfolgen. Das Verhalten musste in diesem Sinn marktrelevant, marktgeneigt oder wettbewerbsgerichtet sein. Das funktional-wettbewerbsbezogene Verständnis des Lauterkeitsrechts gebietet, bei der Frage nach dem Vorliegen einer Wettbewerbshandlung auch und gerade die Auswirkungen des fraglichen Verhaltens auf dem Markt zu beachten.

Aus Anlass der UWG-Reform 2004 war eine Aufgabe des Erfordernisses des Wettbewerbsverhältnisses zwar gefordert worden. Tatsächlich wurde ein konkretes Wettbewerbsverhältnis nicht mehr als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal aller Verhaltensnormen vorausgesetzt, sondern nur noch in bestimmten Tatbeständen (z.B. § 4 Nrn. 7-10 2004; heute § 4 Nrn. 1- 4) sowie zur Begründung der Aktivlegitimation des Mitbewerbers über §§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 2 Abs. 1 Nr. 3 benötigt.

Jedoch wurde in die – den gegenständlichen Anwendungsbereich des UWG umschreibende – Definition der Wettbewerbshandlung das Erfordernis aufgenommen, dass Handlungen „mit dem Ziel, zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens den Absatz oder den Bezug von Waren ... zu fördern“ (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2004), vorgenommen werden müssen. Nach zutreffender Auffassung war dieses Ziel zwar objektiv zu ermitteln (sog. objektive Finalität). Die wohl zahlenmäßig überwiegende Meinung interpretierte dieses „Ziel“ indes wie nach altem Recht subjektiv und hielt so an dem Erfordernis der Wettbewerbsförderungsabsicht im Sinne der Rechtsprechung „*Frank der Tat*“ fest.

2. „Geschäftliche Handlung“

Im Zuge der Umsetzung der UGP-Richtlinie wurde der Begriff der Wettbewerbshandlung im Jahr 2008 zur Umschreibung des gegenständlichen Anwendungsbereichs des UWG zugunsten des Begriffs der „geschäftlichen Handlung“ aufgegeben. Zu einem allgemeinen Übergang auf den in der Richtlinie verwendeten Begriff der Geschäftspraktik konnte man sich wegen der negativen Konnotation jedoch nicht durchringen.

Bedeutender als die Änderung der verwendeten Begrifflichkeit ist die Klarstellung, dass eine wettbewerbsrelevante Handlung auch in einem Verhalten zu erkennen sein kann, das vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss angesiedelt ist, § 2 Abs. 1 Nr. 1 (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG nF). Bei richtigem Verständnis konnte man dies zwar auch dem Begriff der Wettbewerbshandlung entnehmen; die Frage war jedoch umstritten. Dies bedeutet zunächst, dass das Zustandekommen eines Vertrages und nachvertragliche Handlungen Anknüpfungspunkt für das Lauterkeitsrecht sein können.

Fall 1: B und K handeln mit gebrauchten Elektroartikeln, die sie über das Internet vertreiben. B, der als gewerblicher Verkäufer bei eBay registriert ist, bot über diese Internetplattform gebrauchte Software und medizinische Geräte mit dem Hinweis an: "Wir verkaufen die Software wie oben beschrieben ohne Garantie und Gewährleistung". K hat den Gewährleistungsausschluss wegen eines Verstoßes gegen zwingende Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches für unwirksam gehalten und B deshalb auf Unterlassung in Anspruch genommen. (BGH v. 31.03.2010, I ZR 34/08, WRP 2010, 1475 – *Gewährleistungsausschluss im Internet*)

Auch die früher strittige Frage nach der Verwendung unwirksamer AGB gegenüber Vertragspartnern ist nunmehr im Sinne der Einbeziehung in den Anwendungsbereich des UWG zu entscheiden. Die Geltendmachung von Erfüllungsansprüchen wird nunmehr von der Rechtsprechung ebenfalls als lauterkeitsrechtlich relevant eingestuft (OLG München, WRP 2010, 295 – *Besuch durch Inkasso-Team*).

Durch die Definition der „geschäftlichen Handlung“ als ein „Verhalten“ – bis 2008 wurde die Wettbewerbshandlung als „Handlung“ qualifiziert – soll klargestellt werden, dass nicht nur positives Tun, sondern auch ein Unterlassen zur Anknüpfung in Betracht kommt.

Um als geschäftliche Handlung dem Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts unterworfen zu sein, benötigt das Verhalten (a) Unternehmensbezug und (b) Marktbezug.

a) Unternehmensbezug

Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG nF) muss das Verhalten, um eine geschäftliche Handlung zu sein, „zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens“ erfolgen. Mit dem Begriff des Unternehmens wird – ähnlich wie im Kartellrecht – die organisatorische Einheit umschrieben, in der eine gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit ausgeübt wird.

Funktional bedingt wird der Unternehmensbegriff jedoch im Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie erheblich weiter ausgelegt als im Kartellrecht. Die UGP-Richtlinie verwendet die Begriffe „Unternehmen“ und „Gewerbetreibender“ synonym (EuGH v. 03.10.2013, C-59/12 – BKK Mobil Oil, ECLI:EU:C:2013:634 = WRP 2013, 1454, Rn. 31). und stellt sie dem zu schützenden Verbraucher antinomisch gegenüber. Der Unternehmensbegriff wird vor dem Hintergrund des Schutzbedürfnisses der Verbraucher weit ausgelegt. Es bleibt nach deutschem Recht überdies die Möglichkeit, den Unternehmensbezug durch ein Handeln zugunsten eines anderen Unternehmens zu begründen.

b) Marktbezug

Der Marktbezug wird nach nunmehr geltendem Recht mit der Formulierung „Verhalten, [...] das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezuges von Waren oder Dienstleistungen [...] unmittelbar und objektiv zusammenhängt“ in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG umschrieben. Er liegt vor, wenn die Handlung ihrer Art nach auf die Marktteilnehmer einwirken und damit das Marktgeschehen beeinflussen kann.

Ausgegrenzt wird damit zunächst bloß internes Verhalten. Anweisungen an Mitarbeiter werden erst dann lauterkeitsrechtlich relevant, wenn sie befolgt und nach außen umgesetzt werden.

Daneben soll auch solches Verhalten nicht objektiv mit der Absatzförderung zusammenhängen, das deshalb nicht in funktionalem Zusammenhang mit der Absatzförderung steht, weil es vorrangig anderen Zielen als der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung von Verbrauchern in Bezug auf Produkte dient und sich lediglich reflexartig auf die Absatz- oder Bezugsförderung auswirkt (vgl. bereits o.). In Betracht kommen insbesondere die Unterrichtung der Öffentlichkeit, insbesondere der Verbraucher, aber auch die Verfolgung weltanschaulicher, sozialer, wissenschaftlicher, redaktioneller oder künstlerischer Ziele. Das war bereits unter der Geltung des UWG 2015 anerkannt.

Durch das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht (BGBl. 2021 I 3504) hat der Gesetzgeber in die Definition in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG zusätzlich das Unmittelbarkeitskriterium aufgenommen. Die geschäftliche Handlung muss nun in unmittelbarem Zusammenhang mit der Absatzförderung stehen. Der Gesetzgeber begründet die Änderung damit, dass es möglich sei, dass bei bestimmten Formen der Förderung des eigenen Unternehmens der unmittelbare Zusammenhang zur Absatzförderung fehle, insbesondere wenn ein Influencer Produkte empfehle, für die er jedoch keine Gegenleistung erhalte und die Erwähnung lediglich die eigene Bekanntheit fördere.

Die Aufnahme der Unmittelbarkeit in die Definition war zwar nicht erforderlich, bleibt aber auch unschädlich, da sie in aller Regel überflüssig ist: Bereits bei der Umsetzung der UGP-Richtlinie 2008 war die Aufnahme eines Unmittelbarkeitserfordernisses zur Eingrenzung des Anwendungsbereichs erwogen worden. Zu Recht wurde damals auf die Aufnahme des Kriteriums verzichtet, weil es innerhalb der UGP-Richtlinie allein den (beschränkten) Anwendungsbereich der Richtlinie B2C abbildet, vgl. Art. 2 lit. d UGPRL.

Ebenso wie der Unternehmensbezug durch die Begünstigung eines fremden Unternehmens geschaffen werden kann, kann auch der Marktbezug aus der Förderung fremden Absatzes entstehen. Diesem Umstand ist es zu verdanken, dass selbst das Verhalten von Medien in den Anwendungsbereich des UWG gelangen kann, wovon das UWG selbst ersichtlich ausgeht, indem es etwa in § 3 Abs. 3 i.V.m. Anh. Nr. 11 UWG die sog. „Schleichwerbung“ in redaktionellen Inhalten strikt verbietet.

Die UGP-Richtlinie steht der Erstreckung des Anwendungsbereichs des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb auf Handlungen zur Förderung des Wettbewerbs zugunsten fremder Unternehmen nicht entgegen. Die Förderung des Absatzes eines anderen Unternehmens, die nicht in dessen Namen oder Auftrag erfolgt, fällt nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie (vgl. Art. 2 lit. b UGPRL; EuGH v. 17.10.2013, C-391/12 - RLvS Verlagsgesellschaft/Stuttgarter Wochenblatt, GRUR 2013, 1245, Rn. 40).

Trotz der Aufnahme des Unmittelbarkeitserfordernisses in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG nF ist an der Schaffung des Marktbezuges durch die Förderung des fremden Absatzes festgehalten worden. Vor diesem Hintergrund muss auch im Hinblick auf Äußerungen, die nicht der Förderung eines eigenen Absatzes dienen, aufgrund einer Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls beurteilt werden, ob eine Handlung vorrangig der Förderung des fremden Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder aber anderen Zielen dient. Hierbei kommt es nicht nur auf die eigentlich in Rede stehende Handlung an, sondern auch auf die Begleitumstände.

(1) Eigenes erwerbswirtschaftliches Interesse

Ein sehr starkes Indiz für ein unmittelbares Ziel der Förderung fremden Absatzes stellt ein eigenes erwerbswirtschaftliches Interesse dar. Die unmittelbare Entgegennahme von Gegenleistungen für Kommunikationen führt etwa bei Äußerungen im redaktionellen Teil von Medienpublikationen stets zur Annahme einer geschäftlichen Handlung, vgl. § 3 Abs. 3 i.V.m. Anh. Nr. 11 UWG. Der Begriff der redaktionellen Werbung geht von einem weiten Begriff der Finanzierung durch einen Unternehmer aus, der jede Form der Gegenleistung in Form von Geld, Waren oder sonstigen Vermögenswerten umfasst. Nicht ausreichend ist demgegenüber bei Medienunter-

nehmen das bloße Interesse an der Erlangung von Anzeige- und Werbeaufträgen, weil anzeigenfinanzierte Medien regelmäßig darauf angewiesen sind, die werbenden Verkehrskreise zur Schaltung von Anzeigen zu bewegen.

Zwar ohne per se-Verbot, doch in entsprechender Wertung hat der Bundesgerichtshof in einem Fall eine geschäftliche Handlung bejaht, in dem eine Industrie- und Handelskammer, die einerseits in hoheitlicher Funktion Prüfungen zum „Bilanzbuchhalter (IHK)“ abnahm, andererseits gegen Entgelt Vorbereitungskurse dafür anbot, und auf Anfragen von Interessenten lediglich auf ihre eigenen Angebote, nicht aber auf Angebote privater Mitbewerber hinwies (BGH v. 22.04.2009, I ZR 176/06 - Auskunft der IHK, WRP 2009, 1369).

(2) Eigenes operatives Interesse an der Absatzförderung eines Dritten

Noch zum alten Recht entschied der Bundesgerichtshof, dass auch die kostenlose Abgabe von Abrechnungssoftware an Zahnärzte durch eine Krankenkasse als Wettbewerbshandlung zu qualifizieren sei. Die – seinerzeit noch erforderliche – Wettbewerbsabsicht ergebe sich gerade aus dem von der Krankenkasse verfolgten Ziel, dass sich Mitglieder der Kassenzahnärztlichen Vereinigung bei der Wahl eines Abrechnungsverfahrens speziell für die von ihr in Auftrag gegebene Software eines bestimmten Wettbewerbers entschieden. Ebenso entschied das Oberlandesgericht Stuttgart in dem Fall, in dem eine gesetzliche Krankenversicherung ihre Versicherten zum Bezug von Heilmitteln von einem Anbieter aufgefordert hatte, mit dem sie einen Exklusivbezugsvertrag geschlossen hatte (OLG Stuttgart v. 30.01.1998, 2 U 176/97 - Vermittlung der Direktversorgung durch eine Krankenkasse, NJWE-WettbR 1999, 3, 4).

(3) Angabe von Kontaktdaten

Im Rahmen der Gesamtwürdigung sind aber – selbst bei Fehlen eines wirtschaftlichen oder operativen Eigeninteresses – auch die übrigen äußeren Umstände zu würdigen, unter denen sich ein „Werbeüberschuss“ ergeben kann.

Die Betreiberin der Internetseite "www.bach-bluetentherapie.de" stellte auf dieser Website das "Institut für Bach-Blütentherapie Forschung und Lehre [...]" vor und hielt Informationen über die "Original Bach-Blütentherapie" bereit. Unter dem Stichwort „Bezugsquellen“ fanden sich ein Hinweis auf einen im Vereinigten Königreich niedergelassenen „Originalhersteller“ sowie unter „Bezugsquellen in Deutschland“ ein Hinweis auf die Bestellmöglichkeiten über die Apotheken und ein Hyperlink auf Amazon, der allerdings wiederum auf die Produkte des „Originalherstellers“ gerichtet war. Der Bundesgerichtshof erkannte den objektiven Zusammenhang mit der Förderung fremden Absatzes darin, dass die auf derselben Website genannten Bezugsquellen unmittelbar auf die Bestellmöglichkeiten ausschließlich der „Original-Bach-Blüten“ bei Amazon verwiesen (BGH v. 11.12.2014, I ZR 113/13 - Bezugsquellen für Bachblüten, GRUR 2015, 694, Rn. 30). Die Setzung des Hyperlinks wurde nicht als neutrale „Dienstleistung am Nutzer“, dem allein ein schnellerer Zugriff auf die maßgeblichen Produkte ermöglicht werde, verstanden. Gerade in der Beschleunigung und Erleichterung des Zugriffs ist die Wettbewerbsförderung zu erkennen.

(4) „Übermäßig werbender Charakter“

Vor allem im Bereich der redaktionellen Werbung schließt die Praxis aus den Gesamtumständen auf den objektiven Zusammenhang mit der Förderung des fremden Absatzes. Unter besonderer Berücksichtigung des grundrechtlichen Schutzes der Pressefreiheit hat der Bundesgerichtshof zwar das Setzen eines Hyperlinks in einem Online-Pressebericht über ein Unternehmen nicht für ausreichend gehalten, eine – damals noch erforderliche – Wettbewerbsabsicht zu begründen. Auch sei ein positiver Bericht über einen Unternehmer, der eine Person öffentlichen Interesses sei, nicht aus sich heraus wettbewerbsfördernd (BGH v. 01.04.2004, I ZR 317/01 – Schöner Wetten, GRUR 2004, 693, 694).

Zum einen hat der Bundesgerichtshof diese großzügige Betrachtung später ausdrücklich auf das Eingreifen des Grundrechtsschutzes zurückgeführt (BGH v. 11.12.2014, I ZR 113/13 - Bezugsquellen für Bachblüten, GRUR 2015, 694, Rn. 34, 35). Zum anderen wird auch bei redaktionellen Medien der objektive Zusammenhang mit der Absatzförderung dann bejaht, wenn die Äußerung übermäßig werbenden Charakter hat, den Boden sachlicher Darstellung verlässt, weil etwa ein Unternehmen oder seine Produkte namentlich genannt und angepriesen werden. Maßgeblich wird dabei auf die Umstände des Einzelfalls, insbesondere auf die Aufmachung, den Inhalt sowie darauf abgestellt, ob die Herausstellung der wettbewerbsrelevanten Information für die redaktionelle Zielsetzung des Beitrags erforderlich war.

(5) Bewerbung von Waren und Dienstleistungen auf Instagram

Für den Einsatz von sog. tap tags durch Influencer auf Instagram, mit denen auf die Unternehmensprofile der Hersteller bestimmter Produkte verlinkt wird, hat der Bundesgerichtshof die soeben genannten Kriterien für redaktionelle Veröffentlichungen von Medienunternehmen übertragen: In seiner Entscheidung *Influencer I* hat er festgehalten, dass ein in sozialen Medien veröffentlichter Beitrag mit Bezug auf Drittunternehmen eine geschäftliche Handlung darstellt, wenn der Influencer zwar keine Gegenleistung dafür erhält, der Beitrag nach seinem Gesamteindruck aber übertrieben werblich ist, also einen werblichen Überschuss enthält, sodass die Förderung fremden Wettbewerbs eine größere als nur eine notwendigerweise begleitende Rolle spielt. Ein werblicher Überschuss könne dann vorliegen, wenn in dem Text des Instagram-Beitrags ein in dem Bild zur Schau gestelltes Produkt in werbetypisch euphorischer Weise angepriesen wird. Dabei genüge es für die Annahme eines werblichen Überschusses allein nicht, dass Bilder mit „Tap Tags“ versehen sind, um die Hersteller der abgebildeten Waren zu bezeichnen. Die Verlinkung auf eine Internetseite des Herstellers des abgebildeten Produkts beinhaltet hingegen regelmäßig einen werblichen Überschuss, auch wenn auf der verlinkten Seite des Herstellers der Erwerb von Produkten nicht unmittelbar möglich ist (BGH v. 09.09.2021, I ZR 90/20 – Influencer I, GRUR 2021, 1000, Rn. 60 ff.).

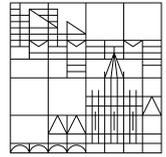
(6) Hervorhebung als Gegenleistung zur Unterstützung bei der Verfolgung von Zielen im Allgemeinwohl

Schließlich wird die Verknüpfung von im Allgemeininteresse tätigen staatlichen Einrichtungen mit wirtschaftlichen Interessen kooperierender Privater einen objektiven Zusammenhang mit der Absatzförderung begründen. Durch die Versendung von „Elternbriefen“ durch ein Amt für Soziale Dienste gemeinsam mit Werbeschreiben einer Sparkasse unter Portoübernahme durch die Sparkasse wurde die Absatzförderung darin erkannt, dass die erwerbswirtschaftlich handelnde Sparkasse in den Genuss der durch die Elternbriefe des Sozialamts ausgelösten Erwartung besonderer Seriosität gelangte (BGH v. 18.10.2001, I ZR 193/99 - Elternbriefe, WRP 2002, 527, 531).

Fall 2: Im Sommer 2008 schlossen sich eine Gemeinde sowie zwei verbundene Unternehmen, die Solarenergieanlagen herstellten und vertrieben, zu einer "Solarinitiative" zusammen, um den Ausbau der Solarenergie im Gemeindegebiet zu fördern. Sie kündigten in den Stadtnachrichten unter der Rubrik "Amtliche Bekanntmachungen und Informationen" an, dass den Hauseigentümern die Auswertungen der Dachflächen im Hinblick auf die Eignung zur Installation einer Solaranlage mitgeteilt werden. Die Veröffentlichung enthielt das Muster eines Anschreibens, das in der Folge allen Haushalten im Gemeindegebiet zugestellt wurde. In dem Schreiben wurden die kooperierenden Unternehmen besonders hervorgehoben. Zudem war das Schreiben nicht nur von dem Bürgermeister der Gemeinde, sondern auch dem Vorstand eines Unternehmens unterzeichnet. (BGH v. 12.07.2012, I ZR 54/11 – Solarinitiative, GRUR 2013, 301)

Ähnlich erkannte der Bundesgerichtshof einen objektiven Zusammenhang mit der Absatzförderung in der Hervorhebung eines Anbieters von Solarenergieanlagen, weil die konkrete Art der

Darstellung darauf gerichtet war, die Nachfrage nach Solaranlagen zu den kooperierenden Unternehmen zu lenken. Diese wurden in der Rubrik "Amtliche Bekanntmachungen und Informationen" und in den fraglichen Schreiben als einzige Anbieter von Solaranlagen namentlich genannt und prominent herausgestellt. Das reichte dem Bundesgerichtshof für die Annahme aus, dass die Förderung fremden Wettbewerbs nicht nur unbeabsichtigte Folge des Verhaltens der Gemeinde war, sondern es ihr auch darauf ankam, den Wettbewerb der kooperierenden Unternehmen zu fördern. Die Wettbewerbsförderung brauchte nicht das einzige oder das wesentliche Ziel der Gemeinde zu sein. Es genügte, dass es ihr auch neben anderen Zielen darauf ankam, den Wettbewerb der kooperierenden Unternehmen zu fördern. Deshalb war es auch nicht entscheidend, dass die Gemeinde mit den beanstandeten Maßnahmen auch oder in erster Linie den Klimaschutz fördern und hierzu auf die Unterstützung durch die kooperierenden Unternehmen zurückgreifen wollte (BGH v. 12.07.2012, I ZR 54/11 – Solarinitiative, GRUR 2013, 301, Rn. 21, 22).



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

Fachbereich Rechtswissenschaft
Lehrstuhl für deutsches und Europäisches
Privat- und Wirtschaftsrecht

Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe

Paketanschrift: Universitätsstraße 10
78464 Konstanz

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

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

05.04.2024

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

Arbeitspapier 2

Bitte lesen Sie vorbereitend:

EuGH v. 11.7.1974, Rs. 8/74 – *Dassonville*, Slg. 1974, 837

EuGH v. 20.2.1979, Rs. 120/78 – *Cassis-de-Dijon*, Slg. 1979, 649

EuGH v. 24.11.1993, verb. Rs. 267, 268/91 – *Keck*, Slg. 1993, I-6097

EuGH v. 8.3.2001, Rs. C-405/98 – *Gourmet*, Slg. 2001, I-1795

EuGH v. 23.4.2009, verb. Rs. C-261, 299/07 - *VTB-VAB*, Slg. 2009, I-2949

EuGH v. 14.1.2010, Rs. C-304/08 – *Plus*, Slg. 2010, I-217

BGH v. 5.10.2010, I ZR 4/06 – *Millionen-Chance II* = GRUR 2011, 532

BGH v. 26.11.1997, I ZR 148/95 – *Werbegewinnspiel im Ausland* = GRUR 1998, 419

EuGH v. 17.10.2013, Rs. C-391/12 – *Good News*, ECLI:EU:C:2013:669

EuGH v. 7.3.2013, Rs. C-343/12 – *Euronics*, ECLI:EU:C:2013:154

B. Europäisches Lauterkeitsrecht

I. Frühe Harmonisierungsbemühungen

Die Vorgeschichte der europäischen Harmonisierung des Lauterkeitsrechts reicht in die ersten Jahre der Gemeinschaft zurück. Bereits zu Beginn der 60er-Jahre hatte die Europäische Kommission beim Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht eine Bestandsaufnahme zum Recht des unlauteren Wettbewerbs in Auftrag gegeben. Unter der Leitung *Eugen Ulmers* entstand das umfangreiche Gutachten zum „Recht

des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG“. In dem ersten, 1965 erschienenen, Band schlug *Ulmer* den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages vor. Er sollte auf den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb durch eine von mehreren Einzeltatbeständen ergänzte Generalklausel gerichtet sein. Die Generalklausel werde sich zweckmäßigerweise an Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ anlehnen. Die Einzeltatbestände sollten die Herbeiführung einer Verwechslungsgefahr, die Anschwärtzung bzw. vergleichende Werbung, die Begründung einer Irreführungsgefahr und den Schutz von Unternehmensgeheimnissen regeln.

Die weitere Entwicklung wurde mit *Grimms* Märchen vom „Hans im Glück“ verglichen: Verschiedene Umstände, namentlich der Widerstand der 1972 der Gemeinschaft beigetretenen *common law*-Staaten Großbritannien und Irland, führten dazu, dass das anspruchsvolle Vorhaben umfassender Harmonisierung weiter und weiter eingeschränkt wurde, bis schließlich nicht mehr als die vergleichsweise bedeutungslose Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung (ABl. 1984 Nr. L 250/17) übrigblieb. Im Übrigen sei allein das traurige Ende des Märchens - dem „Hans im Glück“ fallen die für seinen Klumpen Gold eingetauschten Wetzsteine in einen Brunnen und sind verloren - ausgeblieben. Da es sich im Märchen indes – jedenfalls bei Zugrundelegung eines modernen und offenen Glücksbegriffs – um ein *happy end* handelt, lässt sich die Parallele aber durchaus auf den vorübergehenden Abschluss der Harmonisierungsbestrebungen erstrecken: Wie Hans am Ende froh ist, von einer erdrückenden Last befreit zu sein, so scheint in Äußerungen aus den Reihen der Kommission Anfang der 90er-Jahre eine gewisse Erleichterung durch, dass sich das (über-) anspruchsvolle Projekt totgelaufen hatte. Im Anschluss an den Maastrichter Vertrag 1992 mit seiner ausdrücklichen Niederlegung des Subsidiaritätsprinzips wurde die Reduzierung der Ansprüche damit gerechtfertigt, dass eine allgemeine Harmonisierung nicht erforderlich sei, weil zahlreiche Wettbewerbsbehandlungen nur lokale oder nationale Bedeutung hätten. Daneben sei eine solche Harmonisierung politisch nicht opportun: Generelle Regelungen zur Harmonisierung ließen sich politisch nur dann durchsetzen, wenn ihre Notwendigkeit für die Verwirklichung des Binnenmarktes feststehe.

In der Folge wurden einzelne Gesichtspunkte in verschiedenen Gemeinschaftsrechtsakten spezifisch geregelt (sog. *piecemeal approach*). Einem bereits in der Richtlinie über irreführende Werbung erteilten Harmonisierungsauftrag folgend wurde die Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung (ABl. 1997 Nr. L 290/18) erlassen. Deren prompter „Umsetzung“ durch den Bundesgerichtshof (BGH, GRUR 1998, 824, 827 - *Testpreis-Angebot*; ebenso OGH, GRUR Int. 1999, 794 – *AMC/ATC*) ist es zu verdanken, dass bereits vor der Änderung des UWG das erste Urteil des EuGH zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen vergleichender Werbung vorlag (EuGH v. 25.10.2001, Rs. C-112/99 – *Toshiba*, Slg. 2001, I-7945). Darauf wird später im Zusammenhang mit der Behandlung der vergleichenden Werbung eingegangen. Mittlerweile wurde die ebengenannte Richtlinie ohne substantielle Änderungen neu erlassen als Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung (ABl. 2006 Nr. L 376/21). Darüber hinausgehend sind Werberegulungen in verschiedenen produkt- oder medienspezifischen Unionsrechtsakten sowie vor allem die Fernabsatzrichtlinie für Finanzdienstleistungen, die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation zu nennen.

II. Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit

Das Scheitern der frühen Gesamtharmonisierung des Lauterkeitsrechts bildete nur den Auslöser zur aktuellen Entwicklung des Europäischen Lauterkeitsrechts. Die über viele Jahre unbefriedigenden Harmonisierungsversuche des Europäischen Gesetzgebers haben zunächst die

Rechtsprechung als „Motor der Integration“ herausgefordert. Als Schwungrad diente dabei zunächst die in Art. 34 AEUV (früher Art. 30 EGV; Art. 28 EG) niedergelegte Freiheit des Warenverkehrs. Für nationale Regelungen kommt daneben zunehmend der Dienstleistungsfreiheit Bedeutung zu, da zum einen das vertriebene Produkt selbst eine Dienstleistung sein kann und zum anderen Unternehmen, die Werbeleistungen anbieten, durch Werbebeschränkungen an der Erbringung ihrer Leistungen gehindert werden.

Die Entwicklung dieser Rechtsprechung – namentlich ihr „Aus-dem-Ruder-Laufen“ vor und nach der Rechtssache *Keck* (EuGH v. 24.11.1993, verb. Rs. C-267, 268/91 – *Keck u. Mithouard*, Slg. 1993, I-6097) sei kurz zusammengefasst:

Seit jeher war umstritten, ob neben diskriminierenden auch *unterschiedslos anwendbare Regelungen* unter das Verbot der Maßnahmen gleicher Wirkung des Art. 34 AEUV (früher Art. 30 EGV; Art. 28 EG) fallen können. In Betracht kommen nicht nur Produktnormen und technische Vorschriften, sondern auch die unterschiedlichen Regelungen der Mitgliedstaaten über Werbung. In solchen Fällen schadet nicht die Diskriminierung – d.h. die ungleiche Behandlung – dem Anbieter aus einem anderen Mitgliedstaat, sondern *die Gleichbehandlung* behindert ihn. Ein Diskriminierungsverbot hilft in solchen Fällen nicht weiter. Die Problematik spitzt sich auf die Frage zu, ob Art. 34 AEUV (früher Art. 30 EGV; Art. 28 EG) lediglich ein Diskriminierungs- oder darüber hinausgehend ein Beschränkungsverbot statuiert.

Der EuGH entschied diese Frage bereits 1974 in dem Vorabentscheidungsverfahren *Dassonville* (EuGH v. 11.7.1974, Rs. 8/74 – *Dassonville*, Slg. 1974, 837) und stellte fest, dass jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, als Maßnahme gleicher Wirkung anzusehen sei. Die endgültige Klarstellung erfolgte im Jahr 1979 im Urteil in der Rechtssache *Cassis de Dijon* (EuGH v. 20.2.1979, Rs. 120/78 – *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 649): Nach einer deutschen Regelung mussten Fruchtsaftliköre einen Mindestgehalt von 25% an Weingeist haben, weshalb der in Frankreich hergestellte Fruchtsaftlikör Cassis de Dijon mit einem Weingeistgehalt von nur 15-20% vom deutschen Markt ausgeschlossen wurde. Die zu untersuchende Vermarktungsregel war unterschiedslos für in- und ausländische Waren anwendbar. Der Gerichtshof bejahte gleichwohl die Anwendbarkeit von Art. 30 EGV (jetzt Art. 34 AEUV).

Zugleich reagierte der EuGH auf das damit geschaffene Bedürfnis nach einer Erweiterung der Rechtfertigungsgründe: Nach der Formulierung aus dem Urteil *Cassis-de-Dijon* sind Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung ergeben, nur zulässig, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um *zwingenden Erfordernissen* gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, *der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes*. Damit gelang dem EuGH der vollständige Durchbruch zu einem Verständnis der Warenverkehrsfreiheit, das vom *Herkunftslandprinzip* ausgeht. Liegen keine „zwingenden Erfordernisse“ vor, so gibt es keinen stichhaltigen Grund dafür, zu verhindern, dass in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellte und in den Verkehr gebrachte alkoholische Getränke in die anderen Mitgliedstaaten eingeführt werden. Güter, die bereits den Vorschriften des Herstellungsstaates nicht entsprechen, müssen selbstverständlich auch von den anderen Mitgliedstaaten nicht akzeptiert werden.

Durch *Dassonville* wurden die Regeln des nationalen Lauterkeitsrechts auf den Prüfstand der Warenverkehrsfreiheit gestellt, in *Cassis-de-Dijon* wurde der Schutz der Lauterkeit des Handelsverkehrs sowie der Verbraucher als grundsätzlich zu berücksichtigendes „zwingendes Erfordernis“ anerkannt. Dennoch verstrich einige Zeit, bevor die Bedeutung der europarechtlichen Vorgaben für die mitgliedstaatlichen Lauterkeitsrechtsordnungen allgemein wahrgenommen wurde. Nach 1979 kam es zwar zu zahlreichen Urteilen des EuGH über mitgliedstaatliche Regelungen lauterkeitsrechtlicher Natur. Da die ersten Entscheidungen des EuGH die jeweils streitgegenständlichen mitgliedstaatlichen Regelungen billigten oder keine Abweichung vom

geltenden Recht bewirkten, schien die Relevanz der europarechtlichen Kontrolle unter dem Prüfungsmaßstab der Grundfreiheiten jedoch zunächst begrenzt. Das änderte sich schlagartig mit einigen Urteilen aus den frühen 90er-Jahren. In *GB-INNO* (EuGH v. 7.3.1990, Rs. C-362/88 – *GB-INNO-BM*, Slg. 1990, I-667) ging es um die luxemburgische Regelung, wonach bei Angeboten, die mit einem Preisnachlass verbunden sind, weder die Dauer des Angebots angegeben noch auf die früheren Preise hingewiesen werden durfte. In der Rechtssache *Yves Rocher* (EuGH v. 18.5.1993, Rs. C-126/91 – *Yves Rocher*, Slg. 1993, I-2361) war das deutsche Verbot der Werbung mit Eigenpreisvergleichen in § 6e aUWG Streitgegenstand. Sie gaben den Anstoß zu einer ersten Deregulierungsdebatte zum deutschen UWG und zu der Gesetzesnovelle von 1994 (vgl. dazu bereits AP 1).

Der Einfluss der Warenverkehrsfreiheit auf nationale Lauterkeitsregeln ist gleichwohl begrenzt. Dafür ist die sog. *Keck*-Rechtsprechung des EuGH verantwortlich. Die Leiter zweier Supermärkte, *Keck* und *Mithouard*, wurden in einem Strafverfahren beschuldigt, entgegen dem französischen allgemeinen Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis Bier und Kaffee unter dem Einstandspreis verkauft zu haben. Die Angeklagten machten geltend, das Verbot verstoße gegen die Vorschriften über die Freiheit des Warenverkehrs.

Der EuGH hielt es für notwendig, seine bisherige Rechtsprechung zu überprüfen und klarzustellen. Bereits die Begründungen zahlreicher früherer Entscheidungen gerade aus dem Bereich des Lauterkeitsrechts hatten gezeigt, dass es einer spezifischen Verbindung zwischen der mitgliedstaatlichen Regelung und der Handelsbeschränkung bedurfte. So entschied der EuGH, dass *die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, nicht geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beschränken*. Ausdrücklich stellte der Gerichtshof klar, dass dies nur dann zutrefte, wenn die fragliche Bestimmung für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gilt, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, *und der Absatz inländischer Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berührt wird* (EuGH v. 14.11.1993, verb. Rs. C-267, 268/91 – *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, I-6097 Rn. 16).

Mit dem *Keck*-Urteil schien der gesamte Bereich der nationalen Lauterkeitsrechte als *Beschränkung der Verkaufsmodalitäten* außerhalb des Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts zu liegen. Der EuGH stellte jedoch bereits ein Jahr später im Urteil *Clinique* klar, dass für alle nationalen Regelungen betreffend Bezeichnung, Form, Abmessungen, Gewicht, Aufmachung, Etikettierung und Verpackung *von Waren* nach wie vor die alte Rechtsprechung vor *Keck* gilt (EuGH v. 2.2.1994, Rs. C-315/92 – *Clinique*, Slg. 1994, I-317 N. 13). Zahlreiche lauterkeitsrechtliche Vorschriften knüpfen an das Produkt bzw. seine Ausstattung an und verbleiben so im Regelungsbereich der *Cassis*-Rechtsprechung.

Der Verwendung des Prädikats „bestimmt“ zur Kennzeichnung der Verkaufsmodalitäten im Sinne der *Keck*-Formel bedeutet nun allerdings nicht, dass die privilegierten Verkaufsmodalitäten weitergehende Voraussetzungen erfüllen müssten. *Bestimmte Verkaufsmodalitäten* in diesem Sinne sind vielmehr sämtliche *rechtlich und tatsächlich unterschiedslos anwendbaren* Maßnahmen, wie sich aus der klarstellenden Formulierung des EuGH im unmittelbar folgenden sofern-Satz der *Keck*-Formel ergibt, in welcher der Gerichtshof das Argument der handelspolitischen Neutralität der Regelungen (im Folgenden kurz: *Marktneutralität*) betont, und damit zugleich den eigentlichen Hauptzweck der Entscheidung, die Rückführung der Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit auf das Erfordernis eines *spezifischen Binnenmarktbezuges*, offenlegt: Von der *Keck*-Formel profitieren nur solche Regelungen, die den Absatz inländischer Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten *rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren*.

Der Zugriff der Warenverkehrsfreiheit ist demgemäß davon abhängig, ob durch die nationale Regelung der *Marktzugang* von Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten erschwert wird, d.h. ihm Hindernisse bereitet werden, die inländischen Anbietern in dieser Form nicht im Wege stehen

(zu den verfahrensrechtlichen Anforderungen sogl.). Bereits im Urteil *Keck* wurde dieser Gesichtspunkt hervorgehoben. Wenn die mitgliedstaatlichen Regelungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten und den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren, „so ist die Anwendung derartiger Regelungen auf den Verkauf von Erzeugnissen aus einem anderen Mitgliedstaat, die den von diesem Staat aufgestellten Bestimmungen entsprechen, nicht geeignet, den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut. Diese Regelungen fallen daher nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 30 EWG-Vertrag.“ (Rn. 17). Leider wurde aus dem Duktus der Begründung nicht deutlich, dass damit der eigentlich relevante Obersatz der künftigen Prüfung benannt wurde. Im *TK-Heimdienst*-Urteil des EuGH griff der EuGH bei der Beurteilung, ob eine „bestimmte Vertriebsregelung“ im Sinne der *Keck*-Doktrin vorlag, jedoch unmittelbar auf die Prüfung zurück, ob der *Marktzugang* der Waren aus anderen Mitgliedstaaten stärker behindert wird als der von einheimischen Waren (EuGH v. 13.1.2000, Rs. C-254/98 – *TK-Heimdienst*, Slg. 2000, I-151 Rn. 29). In seiner Entscheidung der Rechtssache *Gourmet* hat der EuGH zunächst die *Keck*-Formel vollends vom Kopf auf die Füße gestellt. Er zitiert zwar die maßgebenden Erwägungsgründe des *Keck*-Urteils, hebt indes nur noch auf die Frage der Marktzugangsbeschränkung ab:

„Nach Randnummer 17 des Urteils *Keck* und *Mithouard* fallen nationale Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, nur dann nicht in den Anwendungsbereich des Artikels 30 EG-Vertrag, wenn sie nicht geeignet sind, den Marktzugang für Erzeugnisse aus einem anderen Mitgliedstaat zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tun.“ (EuGH v. 8.3.2001, Rs. C-405/98 – *Gourmet*, Slg. 2001, I-1795 N. 17)

III. Das Problem: Marketing im Internet

Konnte bis Mitte der 1990er-Jahre gut mit der beschriebenen Mischung aus punktueller Harmonisierung und Negativ-Integration gelebt werden, wurde die Problematik der Rechtsverschiedenheit Ende der 1990er-Jahre durch die wachsende Bedeutung des Internet als *global marketplace* virulent. Die oben zitierten Äußerungen zur Begrenztheit des Harmonisierungsbedarfs lassen sich als Fazit der Bemühungen bis Ende der 80er-Jahre nachvollziehen. Mit dem Entstehen der Informations- bzw. Kommunikationsgesellschaft, der Verbreitung des Internet und dem damit verbundenen Aufkommen von Online Marketing und E-Commerce sind jedoch tatsächliche Veränderungen eingetreten, welche die These von der Beschränktheit des Harmonisierungsbedarfs nicht mehr als vertretbar erscheinen lassen.

1. Normenkumulation durch kollisionsrechtliches Marktortprinzip

In den nationalen Kollisionsrechtsordnungen ist für den Bereich lauterkeitsrechtlicher Ansprüche eine allgemeine Tendenz hin zum Marktort- oder Auswirkungsprinzip feststellbar. Seit längerem wurde auf europäischer Ebene an der Vereinheitlichung des auf außervertragliche Verpflichtungen anzuwendenden Rechts gearbeitet. Auf der Grundlage der Vergemeinschaftung dieses Sektors auf der Ebene der EU wird in Anlehnung an die geläufige Bezeichnung des Übereinkommens von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von 1980 allgemein nur noch von der „Rom II-Verordnung“ gesprochen, die 2007 verabschiedet wurde und seit Januar 2009 anzuwenden ist (Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABl. 2007 Nr. L 199/40). Sie hält folgende Kollisionsnorm bereit:

„Artikel 6 Rom II-VO

Unlauterer Wettbewerb und den freien Wettbewerb einschränkendes Verhalten

(1) Auf außervertragliche Schuldverhältnisse aus unlauterem Wettbewerbsverhalten ist das Recht des Staates anzuwenden, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Interessen der Verbraucher beeinträchtigt worden sind oder wahrscheinlich beeinträchtigt werden.

(2) Beeinträchtigt ein unlauteres Wettbewerbsverhalten ausschließlich die Interessen eines bestimmten Wettbewerbers, ist Artikel 4 anwendbar.“

Ausgangspunkt für die Begründung marktrelevanter Auswirkungen bzw. einer wettbewerbslichen Interessenkollision ist damit beim *Online Marketing* der weltweit mögliche Abruf der Websites, der zumindest potentiell zur Kumulation sämtlicher nationaler Lauterkeitsrechtsordnungen führen kann. Diese Rechtskumulation ist rechtspolitisch unbefriedigend. Das ökonomische Potential des Online Marketing und des E-Commerce würden durch die nationale Rechtszersplitterung über Gebühr gebremst. Daneben würde der Wettbewerb durch die Drohung der Anwendung einer Vielzahl - u.U. kaum vorhersehbarer - verschiedener Lauterkeitsordnungen beeinträchtigt, wenn das potentiell weltweite Internetangebot als Teil des jeweils betroffenen Produktmarkts und seine preisbremsende Wirkung entfielen.

2. Herkunftslandprinzip in der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr

Der europäische Gesetzgeber hat das Problem früh erkannt und wie bereits bei der Fernsehrichtlinie (Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl. 1989 Nr. L 298/23; 2010 in geänderter Fassung durch die Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste), ABl. 2010 Nr. L 95/1, zul. Geändert durch die Richtlinie (EU) 2018/1808) mit der Niederlegung des Herkunftslandprinzips in Art. 3 Abs. 2 als Kernregelung der [Richtlinie 2000/31/EG](#) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr", ABl. 2000 Nr. L 178/1) reagiert und im Anwendungsbereich der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr die Geltung des Herkunftslandprinzips angeordnet, das allein im Bereich grenzüberschreitender E-Mail-Werbung, Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Anh. Spiegelstr. 8, sowie im Fall von Gesundheitsgefährdungen, Art. 3 Abs. 4, durchbrochen wird.

Das Herkunftslandprinzip besagt, dass Verhalten im Anwendungsbereich der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr allein an demjenigen Recht gemessen wird, das am Ort seiner Herkunft gilt. Das Herkunftslandprinzip der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr bietet der Kritik breite Angriffsfläche: *Fezer* und *Koos* haben zutreffend darauf hingewiesen, dass die sekundärrechtliche Niederlegung eines materiell-rechtlich verstandenen Herkunftslandprinzips dessen Einschränkungen bei marktneutralen Beschränkungen des Warenverkehrs (*Keck-Doktrin*) übergeht und faktisch zu einer Privilegierung des Online- gegenüber dem Offline-Marketing führt. Generell wird ein „*race to the bottom*“ befürchtet. Das liegt insbesondere daran, dass der „harmonisierte Bereich“ in der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr – anders als in der Fernsehrichtlinie – weiter definiert wird und Wettbewerbs-handlungen erfasst, die gerade *nicht harmonisiert* sind. Dementsprechend hat sich die deutsche Regierung nur unter der Bedingung mit der Regelung einverstanden erklärt, dass weiter an harmonisierenden Maßnahmen gearbeitet werde. Überdies kann das gemeinschaftsrechtlich begründete Herkunftslandprinzip nur im europäischen Rahmen gelten. Als missliche Konsequenz hätte man mit einer Rechtsspaltung zu leben: Bei „Europäischen Sachverhalten“ müsste die Eingriffsmöglichkeit der nach der Auswirkungstheorie berufene Rechtsordnung auf das Maß der Rechtsordnung des Herkunftslandes beschränkt werden, bei „internationalen Sachverhal-

ten“ nicht. In der Literatur ist zu Recht die Meinung geäußert worden, dass ein europarechtliches Herkunftslandprinzip allein dem weiteren Ausbau der „Festung Europa“ dient.

IV. Auflösung der Problematik durch den Unionsgesetzgeber

Mit dem Erscheinen des Internet, der Problematik des Online Marketing, der handelsbeschränkenden Wirkung der Normkumulation und der Niederlegung des Herkunftslandprinzips in der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr als *Katalysator* wurde ein Harmonisierungsbedürfnis ausgelöst, das schließlich von der Kommission als Protagonist angegangen wurde. Die DG Verbraucherschutz entstand erst im Jahr 1996 aus der Dienststelle Verbraucherschutz bei der Kommission. Bereits 1997 fand eine weitere Restrukturierung statt: Die Generaldirektion Verbraucherschutz wurde umbenannt in „Verbraucherschutz und Schutz der Verbrauchergesundheit“ („Sanco“). Im Jahr 2000 beauftragte die DG Sanco das Institut für Europäisches Wirtschafts- und Verbraucherrecht e.V. mit einer Studie über die *Realisierbarkeit eines allgemeinen Rechtsrahmens zur Lauterkeit im Handelsverkehr*, die unter der Federführung von Hans-W. Micklitz im November 2000 erstellt wurde. Im Hintergrund der Studie sind einerseits die internationalen Entwicklungen – insbesondere die aus TRIPs resultierenden Verpflichtungen – zu erkennen. Andererseits geht die Studie auf „hausgemachte“ Probleme des Europarechts zurück: Zunächst sollten die Schwierigkeiten behoben werden, die aus den divergierenden Standards bei der Anwendung der Irreführungsrichtlinie resultieren. Vor allem aber sollte mit der Studie das Ziel verfolgt werden, die disparaten und nicht ganz widerspruchsfreien Regelungen, die auf unterschiedliche Weise ins Lauterkeitsrecht intervenieren, durch ein kohärentes System zu ersetzen.

Im Oktober 2001 wurde ein *Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union* verabschiedet. Sein Titel ist an sich irreführend (in verschiedenen Publikationen wird es treffender als „Grünbuch über lautere Geschäftspraktiken“ bezeichnet), denn in der Sache zielt es allein auf die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen „in Sachen lauterer/guter Geschäftspraktiken“. Mit ihm sollte „eine breit angelegte Debatte darüber in Gang gesetzt werden, wie das Funktionieren des Binnenmarkts im B2C-Bereich, d.h. Transaktionen zwischen gewerblichem Handel und Endverbrauchern, verbessert werden kann“. Tatsächlich antworteten nicht weniger als 169 Organisationen auf das Grünbuch und zwölf Mitgliedstaaten befürworteten, dass die Kommission eine Rahmenrichtlinie über lautere Geschäftspraktiken ausarbeite.

Die Kommission legte dem folgend am 18. Juni 2003 einen Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (KOM (2003) 356 endg.) vor. Die Richtlinie wurde vom Rat am 21. April 2005 beschlossen (Richtlinie 2005/29/EG; im Folgenden: UGP-Richtlinie, UGP-RL). Die UGP-Richtlinie war bis zum 12. Juni 2007 umzusetzen (Art. 19 Abs. 1). Dies ist in Deutschland erst mit Wirkung vom 30. Dezember 2008 geschehen (zur Entstehung des geltenden UWG vgl. bereits AP 1). Die Vorschriften der UGP-Richtlinie waren aber bereits seit dem 12. Dezember 2007 bei der Auslegung der UWG-Tatbestände im Wege richtlinienkonformer Auslegung zu berücksichtigen (vgl. Art. 19 Abs. 2).

Die jüngste Neuerung erfolgte durch die Richtlinie (EU) 2019/2161 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union vom 27.11.2019 (ABl. 2019 Nr. L 328/7). Die Änderungen der UGP-Richtlinie traten nach Art. 8 am 07.01.2020 in Kraft. Weil die Richtlinie mehrere verbraucherschützende EU-Richtlinien änderte, wird sich landläufig verkürzend als „Omnibus-Richtlinie“ bezeichnet. Eine konsolidierte Fassung der UGP-Richtlinie unter Aufnahme der Änderungen durch die Omnibus-Richtlinie ist [hier verfügbar](#). Die Omnibus-Richtlinie war bis zum 28. Mai 2022 umzusetzen (Art. 17 Abs. 1). Dieser Verpflichtung ist der deutsche Gesetzgeber durch das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 10. August 2021 nachgekommen. Das Gesetz ist mit Wirkung vom 28. Mai 2022 in Kraft getreten.

1. Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken („UGP-Richtlinie“)

a) Inhalt

Der sachliche Geltungsbereich der Richtlinie wird zwar von dem *weit gefassten Konzept der „unlauteren Geschäftspraktiken“* bestimmt (Art. 3 Abs. 1 UGP-RL). Die Kommission wollte die Richtlinie aber auf *Geschäfte zwischen Unternehmen und Verbrauchern* (sog. B2C-Transaktionen) beschränken. Nach Ansicht der österreichischen und der deutschen Regierung sollte die Richtlinie demgegenüber auch für Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen (B2B-Transaktionen) gelten. Da kein anderer Mitgliedstaat sich für eine Ausdehnung der Rahmenrichtlinie auf Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen ausgesprochen habe, sah die Kommission jedoch keinen Grund, ihre ursprüngliche Position, nur Geschäfte zwischen Unternehmen und Verbrauchern abzudecken, zu überdenken. Neben diesem veröffentlichten Argument wird in der Diskussion regelmäßig das Argument bemüht, eine Gesamtharmonisierung unter Einbeziehung des B2B-Bereichs sei politisch nicht realisierbar gewesen. Schließlich steht unausgesprochen das Selbstverständnis der für Verbraucherschutz zuständigen DG SANCO im Hintergrund, kein Mandat für die Harmonisierung außerhalb des B2C-Bereichs zu haben. Insofern konnten sich die durchaus zahlreichen Stimmen, die einen umfassenden Anwendungsbereich der Richtlinie gefordert hatten, nicht durchsetzen: Erfasst wird nach wie vor nur verbrauchergerichtetes Marktverhalten der Unternehmen, Art. 2 lit. d, 3 Abs. 1 UGP-RL.

Die ersten Entscheidungen des EuGH hielten für die Abgrenzung allein für maßgeblich, ob die Geschäftspraktik unmittelbar gegenüber den Verbrauchern ausgeübt wird und im Zusammenhang mit der Absatzförderung steht, nicht jedoch ob Verbraucherinteressen unmittelbar betroffen sind. In der Entscheidung *VTB-VAB* (EuGH v. 23.04.2009, verb. Rs. C-261, 299/07 – *VTB-VAB*, Slg. 2009, I-2949) ging es um die Anwendung des belgischen Verbots von Koppelungsgeschäften auf das Angebot von Dienstleistungen im Bereich der Pannen- und Unfallhilfe, das kostenlos an den Erwerb von Kraftstoff gebunden wurde. In einer solchen Konstellation ist die unmittelbare Berührung von Verbraucherinteressen fernliegend, erhält der Verbraucher doch über die auf einem hochgradig transparenten Markt im Wettbewerb befindliche Hauptleistung (Kraftfahrzeugtreibstoff) hinaus ohne weitere Kosten eine in ihrem wirtschaftlichen Wert ebenfalls gut einzuschätzende Zusatzleistung (Pannendienst). Unmittelbar negativ betroffen werden von einer solchen Koppelungsmaßnahme ausschließlich die Mitbewerber auf dem Treibstoffmarkt und die Anbieter von Pannendienstleistungen. Gleichwohl befand der EuGH, dass das belgische Koppelungsverbot innerhalb des Anwendungsbereichs der UGP-Richtlinie liege, weil die geregelte Geschäftspraktik, nämlich die Verbindung von Zusatzleistungen mit einer Hauptleistung, unmittelbar gegenüber Verbrauchern durchgeführt werde. In weiteren Entscheidungen ließ der EuGH es genügen, dass mitgliedstaatliche Regelungen jedenfalls auch dem Schutz von Verbrauchern dienen (EuGH v. 09.11.2010, Rs. C-540/08 – *Mediaprint*, Slg. 2010, I-10957 Rn. 21).

Erst die jüngsten Entscheidungen machen ein gewachsenes Problembewusstsein deutlich: In der das belgische Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis betreffenden Entscheidung *Euronics* gab der EuGH trotz der entgegenstehenden Ansicht des vorlegenden Gerichts zu verstehen, dass das belgische Verbot möglicherweise doch nicht dem Verbraucherschutz diene (EuGH v. 07.03.2013, Rs. C-343/12 – *Euronics*, ECLI:EU:C:2013:154, Rn. 17, 31). In der Entscheidung *Good News* schränkte der EuGH an anderer Stelle den Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie ein (EuGH v. 17.10.2013, Rs. C-391/12 – *Good News*, ECLI:EU:C:2013:669).

Der der Beschränkung des Anwendungsbereichs der UGP-Richtlinie auf B2C-Konstellationen im Ausgangspunkt zugrundeliegende Zugang ist zweifellos *unbefriedigend*. Zumindest eines der Regelungsziele der Richtlinie, nämlich die „Vereinfachung der bestehenden Vorschriften und, soweit möglich, Entreglementierung als prioritäres Anliegen“, wurde aufgegeben: Durch die Beschränkung des gegenständlichen Anwendungsbereichs der Richtlinie kann es zu einer

weiteren Rechtsspaltung im Recht des unlauteren Wettbewerbs kommen. An die Stelle der unterschiedlichen Behandlung nationaler und europäischer Sachverhalte auf der Grundlage der Negativ-Integration durch die Grundfreiheiten und der unterschiedlichen Behandlung von Offline- und Online-Marketing auf der Grundlage der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr kann die Verschiedenheit der Regelungen des Wettbewerbsverhaltens gegenüber Verbrauchern im Verhältnis zum Wettbewerbsverhalten gegenüber gewerblich tätigen Abnehmern treten. Diese Rechtsspaltung ist insoweit umso überflüssiger, als die Irreführungsrichtlinie zum Schutz gewerblicher Adressaten fortbesteht. Sie wurde als Folge der Änderungen in einer kodifizierten Fassung als Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung neu erlassen.

Die gegen den ursprünglichen Vorschlag gerichtete, grundlegendere Kritik, dass ein solcher trennender Zugang *die wesensmäßige Verknüpfung von Verbraucher- und Wettbewerberinteressen im Wettbewerb ignoriere*, wurde demgegenüber gehört. Tatsächlich hat selbst Wettbewerbsverhalten gegenüber Nicht-Verbrauchern wie etwa die individuelle Behinderung oder Ausbeutung Auswirkungen auf den Wettbewerb und damit letztlich für die Verbraucher, ebenso wie in entgegengesetzter Richtung Wettbewerbsverhalten gegenüber Verbrauchern wie etwa Irreführungen oder aggressive Werbung wegen der damit verbundenen Bedarfsumleitung die Wettbewerber schädigt. Fälle wie *VTB-VAB* oder *Euronics* machen diese Problematik und ihre unbefriedigende Bewältigung durch die UGP-Richtlinie wie die dazu ergangene Rechtsprechung überdeutlich.

Während die Richtlinie in der Fassung des ursprünglichen Vorschlags – anders als insbesondere die Irreführungsrichtlinie – allein dem Schutz der Verbraucher dienen sollte, Art. 1, 5 Abs. 2 2. Spiegelstr. des urspr. Vorschlags, wurde in der verabschiedeten Fassung die wesensimmanente Verknüpfung der betroffenen Interessen ausdrücklich anerkannt (EGr. 6 S. 1, EGr. 8 UGP-RL) und den Mitbewerbern die Klagebefugnis erteilt (Art. 11 Abs. 1 UGP-RL: „einschließlich Mitbewerbern“). Mittelfristig sollte die im B2B-Bereich nach wie vor bestehende Rechtsspaltung durch weitergehende Harmonisierungsbemühungen beseitigt werden (vgl. EGr. 8 S. 4 UGP-RL). Die vorerst im Fall einer auf den Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie beschränkten Umsetzung eintretende Rechtsspaltung führte allerdings zum Fortgelten der oben dargestellten Grundsätze für den B2B-Bereich. Nicht zu vernachlässigen ist jedoch, dass der vom EuGH inzwischen in weiteren Entscheidungen seit *VTB-VAB* bestätigte „weite Anwendungsbereich“ der UGP-Richtlinie bei wörtlichem Verständnis auch geschäftliche Handlungen erfasst, die klassischerweise als Wettbewerbsverhalten „B2B“ verstanden worden wären. Zu denken ist insbesondere an die nicht-irreführende Herabsetzung von Mitbewerbern gegenüber Verbrauchern, die keine Verwechslungsgefahr begründende Produktimitation, den Rechtsbruch durch direkt gegenüber Verbrauchern durchgeführte Verhaltensweisen oder Maßnahmen des Preiswettbewerbs gegenüber Verbrauchern. Es verwundert kaum, dass relativ kurz nach der *VTB-VAB*-Entscheidung die deutschsprachige Fassung der UGP-Richtlinie berichtigt wurde: Aus „Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern“ wurden durchweg „Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern“. Durch ein Arbeitsdokument bekräftigte die Europäische Kommission am 03.12.2009 die Sichtweise des EuGH.

b) Herkunftslandprinzip

Wie bereits die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und der Vorschlag für eine Verordnung über Verkaufsförderung begründete der Richtlinienvorschlag eine Verpflichtung des Herkunftsstaates, die Geschäftspraktiken der in ihm niedergelassenen Gewerbetreibenden zu kontrollieren (Prinzip der „*Kontrolle an der Quelle*“, Art. 4 Abs. 1 des urspr. Vorschlags) und gestattete den Gewerbetreibenden zugleich, sich darauf zu verlassen, dass es mit der Einhaltung der Vorschriften ihres Herkunftsstaates sein Bewenden hat („*Herkunftslandprinzip i.e.S.*“, Art. 4 Abs. 2 des urspr. Vorschlags).

Bezeichnenderweise wurde nur die Anwendung des Herkunftslandprinzips begründet: Die durch die Richtlinie herbeigeführte Konvergenz schaffe die Voraussetzungen für die Einführung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung. Dieser Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung (*Herkunftslandprinzip i.e.S.*) fügt sich als materiellrechtliches Prinzip in die Dogmatik der Grundfreiheiten und insb. die *Cassis-Rspr.* des EuGH, auch wenn er *im Fall der Totalharmonisierung* an sich als *überflüssig* erscheint.

Dogmatische Schwierigkeiten bereitet dagegen die Verankerung des ergänzenden Prinzips der „Kontrolle an der Quelle“. Es tritt – jedenfalls beim reinen Wettbewerbsexport – in *Konflikt mit dem kollisionsrechtlichen Marktortprinzip*. Angesichts dessen ist es zu begrüßen, dass nach der politischen Einigung auf die Niederlegung des Prinzips der Kontrolle an der Quelle verzichtet wurde.

Dennoch bestehen über den *rechtlichen Gehalt* des in Art. 4 UGP-RL geregelten *Herkunftslandprinzips unterschiedliche Vorstellungen*: Während insb. die deutsche Regierung davon ausgeht, dass mit der politischen Einigung das Herkunftslandprinzip „gestrichen“ worden sei bzw. es sich bei der in Art. 4 UGP-RL enthaltenen Regelung um einen akzeptablen Kompromiss handele, nimmt die Kommission an, dass mit dieser Regelung die *Möglichkeit der Rechtfertigung durch zwingende Erfordernisse* ausgeschlossen werden soll. Letzteres ist richtig. Die allein beschlossene Aufgabe des Prinzips der Kontrolle an der Quelle führt zwar zur Kollisionsrechtskompatibilität der Gesamtregelung, da das international-privatrechtliche Marktortprinzip auch beim reinen Exportwettbewerb nicht durchbrochen werden muss, lässt aber die Geltung des Herkunftslandprinzips i.e.S. bestehen. Die dagegen vorgetragenen Argumente (Konterkarierung des Verbraucherschutzziels; politischer Druck auf die Mitgliedstaaten – „*race to the bottom*“; Notwendigkeit der Anwendung ausländischen Rechts durch die Gerichte) werden indes durch die materielle Harmonisierung gemildert und *idealiter* auf Null reduziert, wenn und weil die rechtlichen Anforderungen des Herkunftsstaates gleich (hoch) sind oder zumindest sein müssen wie die des Marktstaates. Insoweit zutreffend wurde festgestellt, dass das angestrebte Konzept des „Ursprungslandes“ durch die umfassende Harmonisierung irrelevant geworden sei.

Es bleibt allerdings der nicht ganz von der Hand zu weisende Einwand bestehen, dass die Herstellung dieser vollharmonisierten Rechtslage in einer Union von zwischenzeitig 28 Mitgliedstaaten nicht von heute auf morgen zu erreichen sein wird. Das Europäische Markenrecht zeigt zwar, dass die Entwicklung einer in sich weitgehend stimmigen Dogmatik durch die Europäischen Gerichte möglich ist, aber eben auch zugleich, dass sie – selbst in einem gegenständlich sehr viel begrenzteren und homogeneren Rechtsgebiet – über mehr als ein Jahrzehnt dauern kann. So lange kann es auf der Grundlage des Herkunftslandprinzips gem. Art. 4 UGP-RL zur Inländerdiskriminierung kommen. Sie zu verhindern, wird Aufgabe der mitgliedstaatlichen Gerichte sein.

c) Bedeutung der Ko-Regulierung

Die Ko-Regulierung wurde bereits im Richtlinienentwurf als Regelungsinstrument weitgehend aufgegeben. Immerhin gestattet Art. 10 UGP-RL den Mitgliedstaaten, die *Kontrolle unlauterer Geschäftspraktiken* durch die *Urheber nationaler Kodizes* zuzulassen, sofern diese Kontrolle nur *neben der staatlichen Kontrolle* steht.

d) Rechtsfolgen

Die UGP-Richtlinie hatte die Durchsetzung der materiell einheitlichen Standards weitgehend in das Regulierungsermessen der Mitgliedstaaten gestellt. Mit dem Dieselskandal, der im Hintergrund der Omnibus-Richtlinie stand, änderte sich das grundlegend. In die UGP-Richtlinie wurde zum einen ein neuer Art. 11a eingefügt, der ausdrücklich verlangt, dass auch Individualansprüche der Verbraucher begründet werden, und zum anderen ein neuer Art. 13 Abs. 2, der verlangt, dass im Rahmen der Verhängung von Sanktionen entweder Geldbußen im Verwaltungs-

verfahren verhängt werden können oder gerichtliche Verfahren zur Verhängung von Geldbußen eingeleitet werden können oder beides erfolgen kann, wobei sich der Höchstbetrag solcher Geldbußen auf mindestens 4 % des Jahresumsatzes des Gewerbetreibenden in dem (den) betreffenden Mitgliedstaat(en) beläuft.

e) Umsetzung im UWG

Das im Jahre 2004 erlassene deutsche UWG entsprach inhaltlich bereits weitgehend den Vorgaben der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken aus dem Jahre 2005. Das betrifft insbesondere die Struktur, die Verwendung einer zweigliedrigen Generalklausel mit vergleichbaren Tatbestandselementen sowie deren Konkretisierung durch Sondertatbestände. Es stellte sich somit die Frage, wie weitgehend das UWG von 2004 als Folge der Umsetzungspflicht zu ändern war.

Das traditionell mit zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln versehene UWG hätte sicher die Flexibilität geboten, im Wege richtlinienkonformer Auslegung die aus der UGP-Richtlinie resultierenden Pflichten umzusetzen. Dem Unionsrecht entspringt aber auch eine Pflicht, diese Umsetzung transparent zu vermitteln. Es genügt nicht, dass das mitgliedstaatliche Recht durch die Gerichte im Sinne der Regelungen einer Richtlinie ausgelegt und angewendet wird. Im Zentrum der Umsetzungspflicht stehen die Herstellung von Publizität, Klarheit und Bestimmtheit. In der Entscheidung *Kommission ./. Schweden* (EuGH v. 07.05.2002, Rs. C-478/99 – *Kommission ./. Schweden*, Slg. 2002, I-4147 Rn. 15 ff.) fasste der EuGH seine ständige Rechtsprechung in der Weise zusammen, dass jeder Mitgliedstaat, der Adressat einer Richtlinie ist, die Verpflichtung hat, in seiner nationalen Rechtsordnung alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die volle Wirksamkeit der Richtlinie gemäß ihrer Zielsetzung zu gewährleisten. Unerlässlich ist es, dass die sich aus den nationalen Umsetzungsmaßnahmen ergebende Rechtslage hinreichend bestimmt und klar ist und dass die Begünstigten in die Lage versetzt werden, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen (vgl. insb. EuGH v. 10.05.2001, Rs. C-114/99 – *Kommission ./. Niederlande*, Slg. 2001, I-3541 Rn. 17). Besonders wichtig ist die letzte Voraussetzung, wenn die Richtlinie darauf abzielt, den Angehörigen anderer Mitgliedstaaten Ansprüche zu verleihen.

Insoweit stellte sich bereits ab 2005 die Frage, auf welche Weise bewährte Gesetzgebungstechnik mit den unionsrechtlichen Vorgaben verknüpft werden sollte. Dass es zahlreicher – auch bedeutender – Anpassungen an die Vorgaben der UGP-Richtlinie bedurfte, war unübersehbar. Doch verfolgte der deutsche Gesetzgeber mit der UWG-Novelle 2008 erklärtermaßen das Ziel, so „minimal invasiv“ wie möglich in die damals erst vier Jahre alte Struktur des UWG einzugreifen. Dieser Umstand sowie die dynamische Entwicklung des Unionsrechts in seiner Ausprägung durch die Rechtsprechung des EuGH führten zu etlichen Abweichungen zwischen den Regelungen der totalharmonisierenden UGP-Richtlinie und dem seit 2008 geltenden UWG, was den Gerichten in weiten Bereichen die anspruchsvolle Aufgabe richtlinienkonformer Auslegung stellte. Im Hinblick auf das unionsrechtliche Transparenzgebot war dieser Umstand unbefriedigend – nicht allein für die Europäische Kommission als Hüterin der Verträge.

Danach stellte sich insbesondere im Hinblick auf die im Dezember 2011 erfolgte Beanstandung der Europäischen Kommission die Frage nach der Richtlinienkonformität des geltenden UWG. Die Kommission nahm an, dass etliche Bestimmungen der UGP-Richtlinie entweder keine Entsprechung im deutschen UWG fänden oder dort zumindest falsch umgesetzt worden seien. Außerdem hätten weiterhin Vorschriften zu unlauteren Praktiken, die über die Richtlinienvorschriften hinausgingen und somit dem Harmonisierungszweck des verbraucherbezogenen Bereichs zuwiderliefen, bestanden.

(1) Begriff der Geschäftspraktik

Der Gesetzgeber hat bereits 2008 die Verwendung des Begriffs der Wettbewerbshandlung aufgegeben und durch den Begriff der geschäftlichen Handlung ersetzt (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG nF), da ihm die begriffliche Abweichung zur „Geschäftspraktik“ der UGP-Richtlinie zu groß erschien (vgl. bereits AP 1).

(2) Das Kriterium der Unmittelbarkeit

Weiterhin problematisch war die Beschränkung des Anwendungsbereichs der UGP-Richtlinie auf Geschäftspraktiken, die „unmittelbar“ mit der Absatzförderung zusammenhängen. Die Formulierung steht in engem Zusammenhang mit der Definition der kommerziellen Kommunikationen in Art. 2 lit. f der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr. Letztere umfasst nämlich alle Formen der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes dienen. Dem Kriterium der Unmittelbarkeit in Art. 2 lit. d UGP-RL könnte damit eine bewusst ausgrenzende Funktion zukommen, so dass geschäftliches Verhalten, welches lediglich mittelbar mit der Absatzförderung zusammenhängt (zu denken ist insbesondere an Maßnahmen allgemeiner Imagepflege, z.B. Eventsponsoring, Imagewerbung etc.), von der UGP-Richtlinie nicht erfasst würde. Im Ergebnis ist eine solche Deutung aber abzulehnen, da das Kriterium der Unmittelbarkeit nicht besonders trennscharf ist. Zahlreiche Geschäftspraktiken, die sich auf den ersten Blick gegen einen Mitbewerber richten, können zugleich eine unmittelbare Geschäftspraxis gegenüber dem Verbraucher darstellen, wenn durch diese Geschäftspraxis die Kaufentscheidung des Verbrauchers beeinflusst wurde. Der Gesetzgeber hat deshalb zu Recht 2008 darauf verzichtet, in § 2 Abs. 1 Nr.1 UWG ein Unmittelbarkeitserfordernis einzuführen. Dies wurde erst durch die Umsetzung der RL (EU) 2019/2161 geändert (vgl. AP 1).

Fall 1: VTB-VAB (im Folgenden: VTB), eine Gesellschaft, die Dienstleistungen im Bereich der Pannen- und Unfallhilfe erbringt, klagt gegen Total Belgium NV, die vor allem Kraftstoffe an Tankstellen vertreibt. Seit dem 15. Januar 2007 bietet Total Verbrauchern, die Inhaber einer TOTAL-CLUB-Karte sind, für jedes Tanken von mindestens 25 l Kraftstoff für das eigene Kraftfahrzeug oder mindestens 10 l für das eigene Kleinkraftfahrzeug einen unentgeltlichen Pannendienst für die Dauer von drei Wochen (TOTAL ASSISTANCE) an. Am 5. Februar 2007 hat VTB bei der Rechtbank van koophandel te Antwerpen Klage gegen Total Belgium NV auf Unterlassung dieser Geschäftspraxis mit der Begründung erhoben, sie stelle ein durch Art. 54 des belgischen Gesetzes verbotenes Koppelungsangebot dar. Abgesehen von einigen festgelegten Ausnahmen dürfen Verkäufer Verbrauchern hiernach keine Koppelungsgeschäfte anbieten (EuGH v. 23.4.2009, verb. Rs. C-261, 299/07 – VTB-VAB, Slg. 2009, I-2949).

(3) Herkunftslandprinzip

Wie bereits oben (vgl. Herkunftslandprinzip) dargelegt wurde, ist Art. 4 UGP-RL richtigerweise so auszulegen, dass mit dieser Regelung die *Möglichkeit der Rechtfertigung durch zwingende Erfordernisse* ausgeschlossen werden soll, nicht jedoch, dass es sich um einen endgültigen Verzicht auf das Herkunftslandprinzip oder einen Kompromiss diesbezüglich handelt. Der deutsche Gesetzgeber verzichtete aber, aufgrund der vorangegangenen politischen Auseinandersetzung, auf die Einführung einer Norm, die klarstellt, dass im Anwendungsbereich der Richtlinie weder die Warenverkehrs- noch die Dienstleistungsfreiheit aus Gründen eingeschränkt werden darf, die mit dem durch die Richtlinie geregelten Sachverhalt zusammenhängt.

(4) Generalklausel

a. B2B und B2C

Besondere Bedeutung genießt in beiden Regelungswerken die jeweilige Generalklausel. Der deutsche Gesetzgeber hatte zur Umsetzung der UGP-Richtlinie zunächst den Weg beschritten, die bewährte Generalklausel mit gewissen Modifikationen (Anknüpfung an geschäftliche Handlung, Spürbarkeit der Interessenbeeinträchtigung statt Nicht-Unerheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung) in § 3 Abs. 1 UWG 2008 beizubehalten, gleichzeitig aber eine den Art. 5 Abs. 2, 2 lit. e, h UGP-RL annähernd wortlautidentische Fassung in §§ 3 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG 2008 aufzunehmen. Beide Regelungen wurden durch die Formulierung verbunden, dass geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern „jedenfalls dann unzulässig“ seien, wenn sie die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 erfüllten.

Diese Formulierung ist durch die Änderungen der UWG-Novelle 2015 weggefallen, weil der ursprüngliche Wortlaut eine Deutung zuließ, die nicht mit der UGP-Richtlinie vereinbar war. Nunmehr ist klargestellt, dass geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern allein unter den von der UGP-Richtlinie vorgegebenen Voraussetzungen, nämlich allein unter den Voraussetzungen des Absatzes 2, unlauter sein können. § 3 Abs. 1 lautet nunmehr nur noch „unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig“. Der Zusatz der Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung der Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern ist weggefallen. Das Kriterium der Spürbarkeit soll aber auch weiterhin, jedoch anders als bisher nicht erst bei der Rechtsfolge, sondern bereits im Rahmen der Unlauterkeit, zu berücksichtigen sein. Jedenfalls für den durch die Richtlinie erfassten B2C-Bereich ist in Absatz 1 nunmehr nur noch eine Rechtsfolgenregelung zu sehen. (vgl. zur Generalklausel ausführlich AP 4)

b. „Schwarze Liste“

Weiter hat der Gesetzgeber eine schwarze Liste dem UWG als Anhang beigefügt. Zu diesem Zweck hat er einen § 3 Abs. 3 UWG eingeführt, wonach die im Anhang aufgeführten geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern stets unzulässig sind.

(5) Irreführende Geschäftspraktiken

Änderungsbedarf hatte sich bereits bei der Novelle 2008 bei der Regelung irreführender Geschäftspraktiken ergeben. Der Gesetzgeber hatte zunächst durch die Anknüpfung an „irreführende geschäftliche Handlungen“ den Anwendungsbereich von § 5 erweitert, da Art. 6 UGP-RL nicht nur Werbung erfasst. § 5 UWG 2004 hingegen war auf diese beschränkt gewesen.

§ 5 Abs. 1 Satz 2 UWG definiert seit der Novelle 2008, wann eine geschäftliche Handlung irreführend ist. Ab dem 28. Mai wird § 5 Abs. 2 UWG nF dieselbe Vorschrift enthalten. § 5 Abs. 2 UWG, der Art. 6 Abs. 2 lit. a UGP-RL umsetzt, enthält ebenfalls seit 2008 eine Regelung zur Verwechslungsgefahr mit einem anderen Produkt, die künftig in § 5 Abs. 3 Nr. 1 UWG nF enthalten sein wird. § 5 Abs. 3 Nr. 2 UWG nF enthält die durch Art. 6 Abs. 2 lit. c UGP-RL nF geforderte Regelung zu „dual quality goods“.

Im Rahmen der UWG-Novelle 2015 wurde in § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG durch den Zusatz, dass die irreführende geschäftliche Handlung geeignet sein muss, Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, das Spürbarkeitskriterium eingefügt. Es muss nunmehr im Tatbestand und nicht mehr bei der Rechtsfolge geprüft werden (s.o.). Da darin schlicht die Anpassung an die UGP-Richtlinie liegt, sollen wie bisher dieselben Voraussetzungen gegenüber sonstigen Marktteilnehmern gelten. Neben der Eignung zur Beeinflussung der Entscheidung ist eine weitere Prüfung der spürbaren Beeinträchtigung nicht mehr erforderlich. Die früher gesondert in § 4 Nr. 4 und 5 UWG 2008 geregelten Fälle von nicht klar und eindeutig bezeichneten Verkaufsförderungsmaßnahmen, Preisausschreiben oder Gewinnspielen wurden gestrichen, weil sie vom Regelungsgehalt der §§ 5 und 5a UWG erfasst sind. Im Ergebnis sollen sich auch im Rahmen der Irreführung keine wesentlichen Änderungen ergeben.

(6) Irreführung durch Unterlassen

Eine Lücke im UWG 2004 wurde auch inhaltlich bei der Regelung der Irreführung durch Unterlassen erblickt. Art. 7 UGP-RL enthält eine abgestufte Regelung, wann eine Irreführung durch Unterlassen vorliegen soll. § 5 Abs. 2 UWG 2004 sprach zwar von dem „Verschweigen einer Tatsache“, die detaillierten Regelungen des Art 7 Abs. 4, 5 UGP-RL gingen darüber aber in erheblichem Maße hinaus. Der Gesetzgeber hat daher mit gutem Grund entschieden, die weitreichenden Vorgaben zunächst in § 5a UWG 2008 zu übernehmen. Durch die UWG-Novelle 2015 wurde auch diese Vorschrift noch weiter an den Wortlaut der UGP-Richtlinie angepasst. Der Gesetzgeber hat nunmehr in § 5a Abs. 1 Nr. 1 UWG die in Art. 7 Abs. 1 UGP-RL enthaltene Voraussetzung eingefügt, dass das Vorenthalten einer Information nur unlauter ist, wenn der Verbraucher die Information benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung treffen zu können. Zur Anpassung an Art. 7 Abs. 2 UGP-RL wurde in § 5a Abs. 2 UWG konkretisiert, dass ein „Vorenthalten“ auch anzunehmen ist, wenn die wesentlichen Informationen verheimlicht oder in unklarer, unverständlicher oder zweideutiger Weise oder nicht rechtzeitig bereitgestellt werden. Der Hinweis auf die Bedeutung räumlicher oder zeitlicher Beschränkungen durch die gewählten modernen Kommunikationsmittel bei der Beurteilung, ob Informationen vorenthalten wurden, der die Vorgabe des Art. 7 Abs. 3 UGP-RL umsetzt, wurde bereits durch die Novelle 2015 von Absatz 2 nach Absatz 5 verschoben. Wie schon bei der Irreführung erwähnt, sind unter § 5a auch Fälle zu fassen, die früher in § 4 Nr. 4 und 5 UWG 2008 normiert waren. Zudem wurde Nr. 4 (Verschleierung des Werbecharakters von geschäftlichen Handlungen) mit derselben Begründung gestrichen, dass sein Regelungsgehalt vollständig von § 5a UWG erfasst sei.

Mit der Umsetzung der Omnibus-Richtlinie wurden zahlreiche Einzelregelungen umgesetzt, mit denen die Verfälschung des Wettbewerbs auf Online-Marktplätzen verhindert werden soll: Nach Art. 3 Nr. 1 RL (EU) 2019/2161 bezieht die Definition des Produktes nach Art. 2 Abs. 1 lit. c UGP RL neu sich künftig auch auf digitale Dienstleistungen sowie digitale Inhalte und es wurden in Art. 2 Abs. 1 lit. m, n UGP-RL neu Definitionen für Ranking und Online-Marktplätze aufgenommen (vgl. §§ 2 Abs. 1 Nr. 2, 6, 7 UWG). Der Katalog der wesentlichen Informationen wurde ergänzt, so dass die Benennung des Händlers auf einem Online-Marktplatz umfasst wird (vgl. § 5b Abs. 1 Nr. 6 UWG). Nach dem eingefügten Art. 7 Abs. 4a UGP-RL neu wurden Parameter für Online-Suchmaschinen als wesentlich erklärt, vgl. § 5b Abs. 2 UWG. Wesentlich sind schließlich Informationen darüber, wie der Händler sicherstellt, dass Bewertungen durch einen Käufer des Produktes abgegeben wurden, vgl. Art. 7 Abs. 6 UGP-RL neu, entspr. § 5b Abs. 3 UWG.

(7) Aggressive Geschäftspraktiken

Eine Anpassung des UWG in Bezug auf die aggressiven Geschäftspraktiken war nur teilweise geboten. Zwar gab es im UWG 2004 und 2008 keine unmittelbare Entsprechung zu Art. 8 und 9 UGP-RL. § 4 Nr. 1 UWG 2004 untersagte jedoch bereits eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Verbraucher durch Ausübung von Druck, in menschenverachtender Weise oder durch sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss. In Verbindung mit § 4 Nr. 2 UWG war dieser Tatbestand ausreichend, den relativ unbestimmten Vorgaben der UGP-Richtlinie zu genügen.

Gleichwohl wurde im Zuge der UWG-Novelle 2015 ein neuer, eng an die Art. 8, 9 UGP-RL angelehnter § 4a UWG geschaffen, der allerdings nicht auf geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern beschränkt ist. § 4 Nr. 1, 2 UWG 2008 wurde daher gestrichen.

Zu beachten ist, dass die belästigenden Geschäftspraktiken in Art. 8, 9 UGP-RL entgegen gelegentlich vertretener Auffassung nicht mit der Belästigung nach § 7 UWG inhaltlich gleichzusetzen sind. Bedarf es für die Belästigung nach § 7 UWG nur einer Beeinträchtigung der Individualsphäre, nicht aber einer Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit, so wird letzteres in Art. 8 UGP-RL vorausgesetzt. Insoweit ergibt sich ein Konflikt zwischen § 7 UWG und dem mit

der Richtlinie verfolgten Ziel der Vollharmonisierung. Nach EGr. 7 bezieht sich die UGP-Richtlinie aber „nicht auf die gesetzlichen Anforderungen in Fragen der guten Sitten und es Anstands“, wobei als Beispiel das Ansprechen von Personen auf der Straße zu Verkaufszwecken genannt wird. Deshalb durfte der Gesetzgeber in § 7 UWG geschäftliche Handlungen verbieten, die eine unzumutbare Belästigung darstellen, auch wenn die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher nicht beeinträchtigt wird. Das hat der Unionsgesetzgeber in EGr. 54 ff. RL 2019/2161 bestätigt und hervorgehoben, dass zahlreiche Fälle des Direktmarketings den Binnenmarkt nicht betreffen und daher nicht von deren Anwendungsbereich betroffen würden. Vor diesem Hintergrund hat der deutsche Gesetzgeber bereits 2008 die Regelung des § 7 UWG „neben“ die Tatbestände unlauterer geschäftlicher Handlungen gestellt. Die Sondertatbestände über Telefaxe und E-Mail, lassen sich demgegenüber über parallele Unionsrechtsakte sowie Art. 3 Abs. 4 UGP-RL stützen.

Nicht unumstritten waren weiterhin die Regelungen des § 4 Nr. 7-11 UWG 2004. Zwar gilt die UGP-Richtlinie nicht für das in diesen Ziffern geregelte Verhältnis „B2B“. Grundsätzlich bleiben diese Nummern deshalb von der Richtlinie unberührt (vgl. oben). Die Kritik setzte aber an dem Punkt an, dass Verbraucherinteressen nicht unabhängig von den Interessen der Mitbewerber zu sehen sind, denn häufig wird der Verbraucher dadurch geschädigt, dass ein Wettbewerber unlauter angeschwärzt worden ist oder sein Angebot den Verbraucher nicht erreicht hat und der Verbraucher deshalb den Vertrag gerade nicht mit dem Wettbewerber schließen konnte, weil ihm das vom unlauter handelnden Mitbewerber vorliegende Angebot subjektiv vorteilhafter erscheint. Hier zeigt sich erneut die Schwäche des Schlüsselbegriffs der „Unmittelbarkeit“, auf welchen in solchen Fällen als Einfallstor wertender Entscheidungen zurückgegriffen werden muss. Deshalb erscheint es zweifelhaft, ob die UGP-Richtlinie dies bedacht hat. Da sie die Tatbestände der §§ 4 Nrn. 7 - 11 UWG 2004 jedoch offenbar als nicht erfasst ansieht, sind diese zunächst im UWG 2008 erhalten geblieben, auch wenn in Einzelfällen fraglich sein kann, ob Verbraucherinteressen unmittelbar geschädigt werden. In der UWG-Novelle 2015 blieben sie unnummeriert als § 4 Nrn. 1 - 4 UWG erhalten. Der Rechtsbruchtatbestand in § 4 Nr. 11 UWG 2008 wurde in § 3a UWG überführt.

(8) Anhang

Anhang I UGP-RL, der Tatbestände enthält, die gem. Art. 5 Abs. 5 UGP-RL unter allen Umständen zum Verbot führen, wurde vom deutschen Gesetzgeber durch die Regelungen in § 3 Abs. 3 i.V.m. dem Anhang umgesetzt. Die positive Bedeutung des Anhangs war und ist gering – die Wettbewerbswidrigkeit der darin geregelten Tatbestände liegt auf der Hand. Von erheblicher Bedeutung ist und war demgegenüber die negative Wirkung, die aus dem abschließenden Charakter der so begründeten Liste von Per se-Verboten resultiert. Ihr war der Tatbestand in § 4 Nr. 6 UWG 2008 „zum Opfer gefallen“, der nicht mehr angewendet wurde (vgl. EuGH v. 14.1.2010, Rs. C-304/08 – *Plus*, Slg. 2010, I-217; BGH, GRUR 2011, 532, 534 f. – *Millionen-Chance II*) und in der UWG-Novelle 2015 ersatzlos gestrichen wurde.

Bei der UWG-Novelle 2022 wurde § 7 Abs. 1 Nr. 1 in Nr. 26 Anh. UWG überführt und es wurden neue Tatbestände aufgenommen. So muss offenbart werden, wenn einzelne Suchergebnisse als Werbemaßnahme oder für eine anderweitige Zahlung höher bewertet wurden, vgl. Nr. 11a UGP-RL neu, entspr. Nr. 11a Anh. UWG. Unterbunden wird der Weiterverkauf von Eventtickets, die nicht im regulären Ticketverkauf erlangt wurden (vgl. Nr. 23a UGP-RL neu, entspr. Nr. 23a Anh. UWG), sowie der Einsatz von Bewertungen, bei denen nicht überprüft wurde, ob sie auf einen Käufer oder Nutzer des Produktes zurückgehen (vgl. Nr. 23b UGP-RL neu, entspr. Nr. 23b Anh. UWG), wie auch die Übersendung falscher Bewertungen zur Absatzförderung (vgl. Nr. 23c UGP-RL neu, entspr. Nr. 23c Anh. UWG).

(9) Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen waren im UWG traditionell zivilrechtlich niedergelegt, wobei Unterlassungsansprüche eine tragende Rolle hatten. In Umsetzung der Omnibus-Richtlinie wurden Schadensersatzansprüche von Verbrauchern gewährt (§ 9 Abs. 2 UWG nF; dazu AP 4) und es wurden verbraucherverletzende Tatbestände zu Ordnungswidrigkeiten erklärt (§§ 5c, 19, 20 UWG).

2. Weitere Harmonisierung im Bereich B2B

a) Geschäftsgeheimnisrichtlinie

Außerhalb des Bereichs B2C hat die Europäische Union ebenfalls wieder die Harmonisierungsbestrebungen aufgenommen: Am 8.6.2016 verabschiedete das Europäische Parlament die Richtlinie [2016/943/EU](#) über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung. Der Gesetzgeber hat sie mit dem am 26.4.2019 in Kraft getretenen Geschäftsgeheimnisgesetz umgesetzt (BGBl. 2019, I S. 466; hierzu bereits AP 1).

b) Umsetzung der Richtlinie über unlautere Handelspraktiken in der Lebensmittelversorgungskette

Nachdem die Kommission einen besseren Schutz von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) in der Handelskette bei Lebensmitteln seit 2014 mittels freiwilliger Initiativen und Regulierungsmaßnahmen auf nationaler Ebene angeregt hatte ([Mitteilung der Kommission v. 15.7.2014 gegen unlautere Handelspraktiken zwischen Unternehmen in der Lebensmittelversorgungskette, KOM \(2014\) 472 endg.](#); [Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, KOM \(2016\) 32 endg.](#)), legte sie am 12.4.2018 auf Aufforderungen des Parlamentes und des Rates einen Richtlinienentwurf über die unlauteren Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Lebensmittelversorgungskette (KOM (2018) 173 final) vor. Die Richtlinie über unlautere Handelspraktiken (nachfolgend: UHP-RL) wurde am 17. April 2019 verabschiedet (ABl. 2019 Nr. L 111/59). Die Mitgliedstaaten hatten sie gem. Art. 13 Abs. 1 bis zum 1.5.2021 umzusetzen. In Deutschland wurde die Richtlinie durch das am 24.8.2021 neu gefasste Agrarorganisationen-und-Lieferketten-Gesetz – AgrarOLkG (BGBl. 2021 I Nr. 60, S. 4037) umgesetzt. Die durch die UHP-Richtlinie bezweckte Mindestharmonisierung (vgl. Art. 1 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1 UHP-RL) soll die negativen Folgen der ungleichen Verhandlungsposition von KMU gegenüber ihren Käufern ausgleichen und so zur Steigerung der Gesamteffizienz der Lebensmittelkette wie auch zu einem faireren Wettbewerb beitragen.

Der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinie folgt nach Art. 1 Abs. 2 einem dynamischen Konzept, das sich an den jeweiligen Umsätzen von Lieferanten und Käufern orientiert und so die Unterschiede in der Verhandlungsmacht anhand der relativen Größe der beiden Unternehmen zueinander bestimmt. Diese Gestaltung des persönlichen Anwendungsbereichs wurde zuletzt noch durch die Tschechische Republik kritisiert, die forderte, den Anwendungsbereich auf den gesamten B2B-Bereich zu erstrecken (Erklärung zum Richtlinienentwurf vom 22. März 2019, [ST 7607/19 ADD 1 REV 1](#), S. 3 f.). Der Ausgleich ungleicher Verhandlungspositionen und die Verhinderung daraus resultierender Missbräuche wurden in Deutschland im Kartellrecht in § 20 GWB verortet. Auch die Kommission erkannte die Verwandtschaft zur Missbrauchskontrolle in Art. 102 AEUV an, welche durch den Richtlinienentwurf ergänzt werden sollen, da sich Art. 102 AEUV auf den – im Rahmen der Lebensmittelversorgungskette häufig nicht vorliegenden – Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung beschränkt (Kommission, Richtlinienentwurf vom 12.4.2018 über die unlauteren Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Lebensmittelversorgungskette, KOM (2018) 173 final, S. 4). Zur Eröffnung des Anwendungsbereichs muss zudem entweder der Lieferant oder der Käufer in der Union niedergelassen sein, vgl. Art. 1 Abs. 2 UAbs. 4 UHP-RL.

Das Verbot der Handelspraktiken erfolgt nach Art. 3 UHP-RL. Dieser unterscheidet zwischen verbotenen unlauteren Handelspraktiken (Abs. 1) und solchen Handelspraktiken, die verboten sind, sofern es an einer klaren und eindeutigen Vereinbarung der Praktiken in einer Liefer- oder Folgevereinbarung fehlt (Abs. 2).

Unlauter gem. Absatz 1 sind zusammengefasst

- die Nichteinhaltung von in lit. a festgelegten Zahlungsfristen;
- die kurzfristige Stornierung von Bestellungen verderblicher Agrar- und Lebensmittelerzeugnisse i.S.d. Art. 2 Nr. 5, vgl. lit. b);
- die einseitige Änderung von Liefer- oder Zahlungsbedingungen, Preisen oder Qualitätsstandards (lit. c) sowie die Verweigerung einer schriftlichen Bestätigung der Bedingung einer Liefervereinbarung (lit. f);
- Zahlungsverlangen, die nicht im Zusammenhang mit dem Verkauf stehen (lit. d) oder für Qualitätsminderungen sowie dem Verlust der Erzeugnisse (lit. e);
- Entschädigungsverlangen für die Kosten der Bearbeitung von Kundenbeschwerden (lit. i);
- die nach der Geschäftsgeheimnisrichtlinie 2016/943/EU rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen (lit. g);
- die Androhung oder Ergreifung von Vergeltungsmaßnahmen, wenn der Lieferant vertragliche oder gesetzliche Rechte geltend macht (lit. h).

Handelt es sich bei klar und eindeutig zu vereinbarenden Handelspraktiken um Zahlungsverlangen (Art. 3 Abs. 2 lit. b bis f UHP-RL), so steht die Praktik unter dem zusätzlichen Vorbehalt des Absatz 3, auf Verlangen des Lieferanten eine Kostenschätzung sowie deren Grundlage – letzteres gilt nicht für lit. c – vorzulegen. Zusammenfassend betrifft Absatz 2 folgende Handelspraktiken

- die Rückgabe unverkaufter Erzeugnisse (lit. a);
- Zahlungen für Lagerung, Angebot, Listung oder Bereitstellung der Erzeugnisse (lit. b);
- Zahlungen für Preisnachlässe des Käufers im Rahmen einer Verkaufsaktion (lit. c), die unter dem zusätzlichen Vorbehalt des Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2 stehen;
- Zahlungen für Werbung (lit. d), Vermarktung (lit. e) sowie für Personal oder Einrichtung der Räumlichkeiten (lit. f).

Die UHP-Richtlinie bezweckt zudem, die effektive und wirksame Durchsetzung der Vorschriften zu gewährleisten. Die Durchsetzung wird dabei nationalen Behörden überlassen (Art. 4) die hierzu jedoch eine Reihe neuer Befugnisse erhalten sollen, vgl. Art. 6 Abs. 1. Hierzu zählen die Befugnis zur Einleitung und Durchführung von Untersuchungen (lit. a), zum Auskunftsverlangen (lit. b), zur Nachprüfung vor Ort (lit. c), über die Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 3 zu entscheiden und die Einstellung der Handelspraktik zu verlangen (lit. d). Zudem soll sie Geldbußen und andere Sanktionen, einschließlich einstweiliger Sanktionen, verhängen oder veranlassen können (lit. e) sowie Entscheidungen über lit. d bis e veröffentlichen können (lit. f.).

Zur Überwindung eines „Angstfaktors“ bei KMU, wenn sich diese gegenüber der stärkeren Vertragspartei auf die Gewährleistungen der Richtlinie berufen, soll neben Art. 3 Abs. 1 lit. h UHP-RL die Identität des Beschwerdeführers auf Antrag geheim gehalten werden können, vgl. Art. 5 Abs. 3 UHP-RL.

V. Harmonisierung der Durchsetzung des Lauterkeitsrechts

1. Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz

a) Entwicklung

Im Hintergrund der vergleichsweise plötzlichen Begeisterung der Brüsseler Verbraucherschützer für das Lauterkeitsrecht stehen rechtlich vergleichsweise einfach gelagerte Sachverhalte, in denen ganz eindeutig unseriöse Geschäftemacher das Durchsetzungsdefizit ausnutzen, welches beim sog. *off-shore*-Wettbewerb entsteht. Beispielhaft sei der Fall genannt, welcher der Entscheidung des deutschen Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1997 – *Werbegewinnspiel im Ausland*, GRUR 1998, 419 – zugrundelag:

Fall 2: Der Beklagte betrieb in G (Deutschland) einen Einzelhandel mit "Textilien, Geschenkartikeln und Neuheiten", für den er zeitweise die Firma "D. S." führte. Er unterhielt dort ein Postfach auf den Namen "D. S. International" und in A. ein Postfach auf den Namen "D. S." In Frankreich wohnhafte Verbraucher erhielten in französischer Sprache abgefasste Schreiben, in denen ihnen die Zusendung von Waren mit einem zugesicherten Wert von mehr als 600 FF versprochen wurde, falls der Einsender seinerseits zuvor 99 FF per Scheck oder internationaler Postanweisung an die "D. S., Postfach G." übersende. In anderen Schreiben wurde die Zusendung von Geld- oder Sachpreisen im Wert von 100 bis 10.000 FF versprochen, wenn die Empfänger zuvor an die "D. S. - Postfach - A. - Allemagne" eine Summe von 59,90 FF schickten. Wer zahlte, erhielt entweder Waren unter dem versprochenen Wert oder überhaupt nichts. Der Kläger ist ein in Bonn ansässiger Verbraucherschutzverein, zu dessen satzungsgemäßen Aufgaben es gehört, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen und zu fördern. Er verfolgt insbesondere den Zweck, unlauteren Wettbewerb erforderlichenfalls durch Einleitung gerichtlicher Maßnahmen zu unterbinden. Der Kläger hat das Verhalten des Beklagten als einen Verstoß gegen §§ 3 und 5 UWG beanstandet.

Der BGH wies die Klage als unbegründet ab. Anwendbar sei auf der Grundlage der Marktortregel allein französisches Recht. Das deutsche UWG könne daher keinen Unterlassungsanspruch begründen. Auf die Verletzung französischen Rechts habe der Kläger sich aber nicht berufen. Immerhin ließ der BGH offen, ob die Klagebefugnis des Verbrauchervereins u.U. auch Verletzungen des französischen Wettbewerbsrechts umfasse.

Der kaltschnäuzige Umgang der deutschen Justiz mit den Interessen der geschädigten französischen Konsumenten ist bei der Kommission nicht unbemerkt geblieben. Das Durchsetzungsdefizit war eines der von der DG Sanco seit dem Grünbuch über Verbraucherschutz verfolgten Kernthemen. Es wurde erkannt, dass bei so evidenten Wettbewerbsverstößen ein verwaltungsrechtlicher Durchsetzungsmechanismus unabdingbar ist. Am 18. Juli 2003 legte die Kommission deshalb einen Vorschlag für eine Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz vor.

Der Schutz der Verbraucher gegen grenzüberschreitende Verstöße erfordere die Einrichtung eines *Netzes öffentlicher Durchsetzungsbehörden* im gesamten Binnenmarkt. Die bestehenden nationalen Durchsetzungsregelungen für die Gesetze zum Schutz der Verbraucherinteressen seien nicht an die Erfordernisse einer Durchsetzung im Binnenmarkt angepasst. Eine wirksame und effiziente Zusammenarbeit bei der Durchsetzung sei in solchen Fällen gegenwärtig nicht möglich. Am 29.12.2004 ist die [Verordnung \(EG\) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz](#) (ABl. 2004 Nr. L 364/1) in Kraft getreten, Art. 22. Aus der englischen Bezeichnung „Consumer Protection Co-operation“ wird die verbreitete Kurzbezeichnung „CPC-Verordnung“ abgeleitet.

Die Verordnung wurde durch die Nachfolgeregelung in der Verordnung (EU) Nr. 2017/2394 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2017 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 (ABl. 2017 Nr. L 345/1, im Folgenden: CPC-Verordnung oder CPC-VO) abgelöst, die aber erst seit dem 17. Januar 2020 gilt und die Durchsetzungsmöglichkeiten verbessert. Diese soll eine stärkere Koordinierung der nationalen Behörden und eine schnellere und konsequente Durchsetzung der Verbraucherschutzvorschriften fördern, die zur Bekämpfung weit verbreiteter Verstöße und zur Bewältigung der übrigen Herausforderungen des digitalen Binnenmarktes erforderlich wurde. Eine entscheidende Neuerung besteht hierbei in der Schaffung von Mindestbefugnissen der Durchsetzungsbehörden, Art. 9 Abs. 4 CPC-VO. Nachfolgend wird die seit Januar 2020 geltende Rechtslage dargestellt.

b) Inhalt

Der Schutz der Verbraucher gegen grenzüberschreitende Verstöße erfordere es, das durch die Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz errichtete *Netz öffentlicher Durchsetzungsbehörden* durch eine verbesserte Koordinierung der teilnehmenden Behörden zu effektivieren (EGr. 4). Die bestehenden nationalen Durchsetzungsregelungen für die Gesetze zum Schutz der Verbraucherinteressen und das durch die Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz errichtete Netz seien nicht mehr an die Erfordernisse einer Durchsetzung im Binnenmarkt, insbesondere auch infolge der zunehmenden Rechtsverstöße im digitalen Umfeld, angepasst. Eine wirksame und effiziente Zusammenarbeit bei der Durchsetzung sei in solchen Fällen gegenwärtig nicht möglich (EGr. 3). In der Verordnung werden die Bedingungen festgelegt, unter denen die zuständigen Behörden, die in den Mitgliedstaaten als für die Durchsetzung des Unionsrechts zum Schutz der Verbraucherinteressen verantwortlich benannt wurden, untereinander und mit der Kommission zusammenarbeiten und Aktionen koordinieren, um die Einhaltung dieser Rechtsvorschriften und das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts sicherzustellen und um den Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher zu fördern, Art. 1. Das für den Anwendungsbereich der Verordnung maßgebende „Unionsrecht zum Schutz der Verbraucherinteressen“ wird gem. Art. 3 Nr. 1 CPC-VO im Anhang der Verordnung abschließend aufgeführt. Dabei handelt es sich um den Gesamtbestand der Richtlinien zum Schutz der wirtschaftlichen Verbraucherinteressen. Dazu gehören auch die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die Irreführungsrichtlinie.

Jeder Mitgliedstaat hat gem. Art. 5 Abs. 1 CPC-VO die *zuständigen Behörden* und eine zentrale Verbindungsstelle zu benennen, die für die Anwendung dieser Verordnung verantwortlich sind. Die zuständigen Behörden müssen gem. Art. 9 Abs. 1 über die *erforderlichen Ermittlungs- und Durchsetzungsbefugnisse* verfügen.

Dem Anliegen, die Durchsetzung effektiver zu gestalten, wird die CPC-Verordnung gerecht, indem sie zum einen Mindestbefugnisse einführt (vgl. Art. 9 Abs. 1 CPC-VO) und zum anderen den Katalog von Befugnissen überarbeitet und teilweise ausweitet. Dabei trennt sie im Gegensatz zu Art. 4 Abs. 3 VO (EG) Nr. 2004/2006 zwischen Ermittlungs- (Art. 9 Abs. 3 CPC-VO) und Durchsetzungsbefugnissen (Art. 9 Abs. 4 CPC-VO). Dabei wurden Befugnisse teils unter Anpassungen auf online Sachverhalte übernommen, jedoch auch einige neu geschaffen. Zu den von der Vorgängerregelung VO (EG) Nr. 2004/2006 weitgehend übernommenen Befugnissen gehört das Recht, relevante Dokumente aller Art und jeder Form einzusehen (Art. 9 Abs. 3 lit. a CPC-VO), von jedermann einschlägige Auskünfte anzufordern und erforderlichenfalls durch gerichtliche Anordnung zu erzwingen (lit. b), Prüfungen vor Ort vorzunehmen (lit. c), Verkäufer oder Dienstleistungserbringer schriftlich aufzufordern, Verstöße einzustellen (lit. d) bzw. von ihnen eine verbindliche Verpflichtung einzuholen, den innergemeinschaftlichen Verstoß einzustellen und diese schriftliche Verpflichtung zu veröffentlichen (Art. 9 Abs. 4 lit. b, Abs. 7 CPC-

VO). Darüber hinaus ist die Behörde nun zu Testeinkäufen mit verdeckter Identität befugt (Art. 9 Abs. 3 lit. d CPC-VO), kann vorläufige Maßnahmen bei der Gefahr einer schwerwiegenden Schädigung von Kollektivinteressen erlassen (Art. 9 Abs. 4 lit. a CPC-VO) und zusätzliche Abhilfepflichten entgegennehmen oder versuchen zu erwirken (Art. 9 Abs. 3 lit. c CPC-VO). Zudem kann sie Verbraucher darüber informieren, wie sie Entschädigungsansprüche geltend machen. Weiterhin kann sie im Gegensatz zu Art. 4 Abs. 3 lit. f CPC-VO 2004 nicht mehr nur eine Einstellung des Verstoßes fordern, sondern nach Art. 9 Abs. 4 lit. f CPC-VO die Einstellung oder Untersagung bewirken. Stehen der Behörde keine anderen wirksamen Mittel zur Verfügung und besteht das Risiko einer schwerwiegenden Schädigung der Kollektivinteressen von Verbrauchern, ist sie zudem befugt, Online-Schnittstellen zu entfernen, den Zugang zu ihnen zu beschränken oder beim Zugriff auf die Schnittstellen Warnhinweise anzeigen zu lassen (Art. 9 Abs. 4 lit. g lit. i CPC-VO) und kann hierzu auch Hosting-Anbieter verpflichten (lit. ii) oder den Domännennamen entfernen (lit. iii). Zudem erhält sie nach Art. 9 Abs. 4 lit. h, Abs. 4 UAbs. 2, Abs. 5 CPC-VO die Befugnis Sanktionen zu verhängen. Dies ist ein maßgeblicher Unterschied zur Vorgängerregelung.

Die zuständigen Behörden sollen im Wege der *Amtshilfe* tätig werden (Kap. III), d.h. auf Antrag der ersuchenden Behörde. Die Amtshilfe beschränkt sich zunächst auf die *Erteilung von Auskünften*, Art. 11 Abs. 1 CPC-VO. Auskünfte müssen innerhalb von 30 Tagen mitgeteilt werden, sofern nichts anderes vereinbart wurde. Die ersuchte Behörde stellt erforderlichenfalls entsprechende Ermittlungen an oder ergreift alle anderen erforderlichen oder angemessenen Maßnahmen, um die geforderten Auskünfte zu beschaffen, Art. 11 Abs. 2 CPC-VO. Wann ein solches Ersuchen abgelehnt werden kann, ist in Art. 14 Abs. 1 CPC-VO detailliert geregelt.

Sehr viel weiterreichend ist das *Durchsetzungsersuchen* gem. Art. 12 CPC-VO: Auf Antrag einer ersuchenden Behörde hat die ersuchte Behörde bei Durchsetzungsersuchen grundsätzlich alle erforderlichen und verhältnismäßigen Durchsetzungsmaßnahmen zu ergreifen, indem sie die Befugnisse gemäß Art 9 CPC-VO sowie alle zusätzlichen Befugnisse, über die sie nach nationalem Recht verfügt, ausübt. Sind die ersuchende und die ersuchte Behörde uneins, ob bzw. welche Maßnahmen zu treffen sind, so gibt nach Art. 14 Abs. 4 CPC-VO zunächst die Kommission eine Stellungnahme ab. Im Übrigen regelt Art. 14 Abs. 2 CPC-VO detailliert, wann eine ersuchte Behörde das Durchsetzungsersuchen ablehnen kann. Die Voraussetzungen sind als hoch zu bewerten. Bei der Ablehnung eines Durchsetzungs- oder Amtshilfeersuchens muss die ersuchende Behörde und die Kommission nach Art. 14 Abs. 3 CPC-VO informiert und ggf. ein Vermittlungsverfahren nach Abs. 4 eingeleitet werden.

Die Bestimmungen über die gegenseitige Amtshilfe gelten jedoch lediglich für *Verstöße innerhalb der Union, weitverbreitete Verstöße und weitverbreitete Verstöße mit Unions-Dimension*, Art. 2 Abs. 1 CPC-VO. Die Verordnung ist insoweit auch auf Verstöße anwendbar, die vor Beginn oder Abschluss der Durchsetzung abgeschlossen wurden. Unter Verstößen innerhalb der Union werden Handlungen oder Unterlassungen verstanden, die gegen die im Anhang aufgeführten Gesetze zum Schutz der Verbraucherinteressen (vgl. dazu o.) verstoßen und die *Kollektivinteressen* von Verbrauchern schädigen oder schädigen können, die *in einem anderen Mitgliedstaat* oder anderen Mitgliedstaaten als dem Mitgliedstaat ansässig sind, in dem der Verstoß seinen Ursprung hatte oder stattfand, Art. 3 Nr. 2 CPC-VO. Weitverbreitete Verstöße kennzeichnet nach Art. 3 Nr. 3 CPC-VO, dass sie die Kollektivinteressen von Verbrauchern schädigen oder schädigen können, die in mindestens *zwei anderen Mitgliedstaaten* als dem Mitgliedstaat ansässig sind, in dem der Verstoß seinen Ursprung hatte oder stattfand (lit. a) oder, dass alle Handlungen oder Unterlassungen desselben Unternehmers *in mindestens drei Mitgliedstaaten gleichzeitig* stattfinden sowie *gemeinsame Merkmale* aufweisen, einschließlich derselben unerlaubten Verhaltensweise und derselben verletzten Interessen (lit. b). Ein weiterverbreiteter Verstoß mit Unions-Dimension liegt vor, wenn ein weitverbreiteter Verstoß die Kollektivinteressen von Verbrauchern *in mindestens zwei Dritteln der Mitgliedstaaten*, die zusammen *mindestens zwei Drittel der Bevölkerung der Union* ausmachen, geschädigt hat, schädigt

oder voraussichtlich schädigen kann, Art. 3 Nr. 4 CPC-VO. Infolgedessen ist der Anwendungsbereich der CPC-VO umfassender als der ihrer Vorgängerregelung, die „innergemeinschaftlichen Verstößen“ umfasste und lediglich auf die nun als Verstöße innerhalb der Union bezeichneten Zuwiderhandlungen anwendbar war.

Die CPC-Verordnung ist am 16.1.2018 in Kraft getreten, Art. 42 CPC-VO. Sie gilt insgesamt aber erst seit dem 17.1.2020.

c) Zuständigkeit in Deutschland

In Deutschland trat am 21. Dezember 2006 das [Gesetz über die Durchführung der Verbraucherschutzgesetze bei innergemeinschaftlichen Verstößen](#) (VSchDG; BGBl. 2006, I S. 3367) in Kraft, welches der Durchführung der Verordnung Nr. 2006/2004/EG über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz dient. Dieses Gesetz benennt in § 2 die für die Durchführung der Verordnung in Deutschland zuständigen Behörden. Grundsätzlich ist gemäß § 2 Nr. 1 VSchDG das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz zuständige Behörde. In den Nrn. 2 - 5 des § 2 sind von dieser Regelung Ausnahmen festgeschrieben, so dass bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 2 Nr. 2 lit. a oder b VSchDG die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht zuständig ist, bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Nr. 3 VSchDG das Luftfahrt-Bundesamt und bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Nr. 4 und 6 VSchDG die jeweils nach Landesrecht zuständige Behörde. In § 3 VSchDG wird zudem das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz als zentrale Verbindungsstelle im Sinne des Art. 4 Abs. 1 der Verordnung festgelegt.

Das Gesetz über die Durchführung der Verbraucherschutzgesetze bei innergemeinschaftlichen Verstößen wurde an die Neuerungen der CPC-Verordnung angepasst (Gesetzesänderung vom 21.5.2021 (BGBl. I S. 990) und 25.6.2021 (BGBl. I S. 2123)).

2. Richtlinie über Verbandsklagen 2020

a) Entwicklung

Bereits Ende der 1990er-Jahre war erkannt worden, dass kollektive Verbraucherinteressen über individuelle Verbraucherinteressen hinausreichen und gesonderten Schutzes bedürfen. Kollektivinteressen sind die Interessen, bei denen es sich nicht um eine bloße Kumulierung von Interessen durch einen Verstoß geschädigter Personen handelt. Dem diente zunächst die sog. Unterlassungsklagenrichtlinie (Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl. 1998 Nr. L 166/51; neuerlassen in kodifizierter Form als Richtlinie 2009/22/EG, ABl. 2009 Nr. L 110/30).

Die Unterlassungsklagenrichtlinie gewährleistete zunächst die Vertretung der Kollektivinteressen von Verbrauchern im Binnenmarkt, indem sie vorsah, dass alle EU-Länder über Unterlassungsverfahren verfügen, um Verstöße gegen EU-Verbraucherrechte, dazu gehörten auch die Rechte aus der UGP-Richtlinie, zu stoppen. Die Richtlinie harmonisierte einige Elemente des Unterlassungsverfahrens EU-weit. Sie ermöglichte es außerdem den qualifizierten Einrichtungen eines jeden EU-Landes (vgl. dazu noch AP 3) – vor allem Verbraucherverbänden und/oder unabhängigen öffentlichen Stellen –, eine Unterlassungsklage in dem EU-Land einzureichen, in dem der Verstoß begangen wurde.

Der „Fitness Check“ der verbraucherrechtlichen Vorschriften ergab jedoch, dass die Begrenzung der Harmonisierung auf Unterlassungsklagen nachteilig war. Vor allem kollektive Schäden (insbesondere sog. Streuschäden) würden nicht hinreichend verfolgt und wirkten sich wettbewerbsverzerrend aus (vgl. den Bericht über kollektiven Rechtsschutz der Kommission vom 25.1.2018 (COM (2018) 40 final). Vor diesem Hintergrund hat die Kommission am 11.4.2018 im

Rahmen des „New Deal for Consumers“ einen Vorschlag für eine Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher vorgelegt (COM(2018) 184 final).

Am 7.12.2018 hat der Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments seinen Bericht zu dem Kommissionsentwurf vorgelegt und darin einige Änderungsvorschläge unterbreitet (online abrufbar unter: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0447_DE.html, zuletzt abgerufen am 3.4.2024). Auf dieser Grundlage wurde die Richtlinie (EU) 2020/1828 vom 25.11.2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher erlassen (ABl. 2020 Nr. L 409/1). Bis zum 25.12.2022 waren die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Verbandsklagenrichtlinie in nationales Recht umsetzen, während die Regelungen spätestens am 25.6.2023 in Kraft treten müssen. In Deutschland wurde am 29.3.2023 ein Regierungsentwurf zur Umsetzung vorgelegt, ehe die Richtlinie schließlich durch das Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz vom 8.12.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 272) umgesetzt wurde.

b) Inhalt

(1) Anwendungsbereich:

Der Anwendungsbereich der Verbandsklagenrichtlinie ist im Vergleich zu dem der Unterlassungsklagen-RL erweitert. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Anhang I VerbandsklagenRL nennt 66 Unionsrechtsakte, darunter auch die UGP-Richtlinie (Anh. I Abs. 14) und die Irreführungsrichtlinie (Anh. I Abs. 15), bei deren Verstöße Verbandsklagen möglich sein sollen, sofern die Verstöße den kollektiven Interessen der Verbraucher schaden oder schaden können. Anders als die Unterlassungsklagen-Richtlinie umfasst die Verbandsklagenrichtlinie auch Wirtschaftsbereiche wie Energie, Telekommunikation, Gesundheit und Umwelt.

Obgleich mit dem Änderungsantrag 63 des Europäischen Parlaments in Anh. I Abs. 59a auch die Richtlinie (EU) 2014/104 über Kartellschadensersatz hinzugefügt werden sollte, entzog sich der Europäische Gesetzgeber dieser Weiterung.

Was die für die Anwendungsbereichseröffnung geforderte Breitenwirkung eines Verstoßes gegen die in Anhang I des Entwurfs genannten Unionsrechtsakte anbelangt, hatte das Europäische Parlament überdies vorgeschlagen, in einem Erwägungsgrund 6a klarzustellen, dass diese „beginnt, sobald zwei Verbraucher betroffen sind“ (Bericht des Rechtsausschusses v. 7.12.2018, A/2018/0447, Antrag Nr. 6 zu Erwägungsgrund 6 a). Dieser Vorschlag wurde in der Richtlinie nicht aufgenommen. Gemäß EGr. 12 Satz 2 Verbandsklagenrichtlinie obliegt es vielmehr den Mitgliedstaaten, die für Verbandsklagen geltenden Vorschriften beispielsweise hinsichtlich der Zulässigkeit, der Beweismittel oder der Rechtsbehelfe festzulegen. So sollten beispielsweise die Mitgliedstaaten entscheiden, welchen Grad der Ähnlichkeit die Einzelansprüche aufweisen müssen oder welche Mindestzahl von Verbrauchern von einer Verbandsklage auf Abhilfe betroffen sein muss, damit eine Verbandsklage in einer Angelegenheit zulässig ist.

(2) Aktivlegitimation nur für qualifizierte Einrichtungen

In Parallele zu der Unterlassungsklagen-Richtlinie sieht auch Art. 4 VerbandsklagenRL Verbandsklagen nur durch qualifizierte Einrichtungen vor. Ad hoc gegründete Verbände nach Art US-amerikanischer class actions sind im Regelfall (zu Ausnahmen vgl. Art. 4 Abs. 5 VerbandsklagenRL) nicht aktivlegitimiert. Gleichzeitig bedeutet das, dass auch die betroffenen Verbraucher selbst nicht am Verfahren beteiligt sind. Das individuelle Klagerecht der Verbraucher lässt die Richtlinie nach Art. 2 Abs. 2 VerbandsklagenRL unberührt.

Im Unterschied zu der Unterlassungsklagen-RL dürfen die qualifizierten Einrichtungen keinen Erwerbszweck verfolgen, Art. 4 Abs. 3 lit. c VerbandsklagenRL, und müssen die Quelle der für ihre Tätigkeit verwendeten Mittel offenlegen, Art. 4 Abs. 3 lit. f VerbandsklagenRL. Die zuerst

genannte Voraussetzung setzt das deutsche Recht bereits in § 606 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 ZPO, § 4 Abs. 2 Satz 1 UKlaG um.

(3) Klageziele:

Nach Art. 7 Abs. 4 VerbandsklagenRL kann die Verbandsklage nicht nur auf Unterlassung, sondern auch auf Abhilfe gerichtet sein. Gemäß Art. 9 Abs. 1 VerbandsklagenRL zählen zur Abhilfe Schadenersatz, Reparatur, Ersatzleistung, Preisminderung, Vertragsauflösung oder Erstattung des gezahlten Preises. Strafschadenersatz ist gem. EGr. 10, 42 VerbandsklagenRL nicht vorgesehen. Ein Verband kann dabei gem. EGr. 35 VerbandsklagenRL mehrere unterschiedliche Maßnahmen mit einer Klage anstreben.

Die Möglichkeit, nach Art. 6 Abs. 2 RL-Entwurf anstelle einer Schadensersatzklage eine Feststellungsklage zu erheben, wenn die Quantifizierung des Schadens sich als komplex darstellt, wurde nach der Ablehnung durch das Europäische Parlament (Bericht des Rechtsausschusses v. 7.12.2018, A/2018/0447, Antrag Nr. 63) und des Rates (Beratungsergebnisse zum Richtlinienvorschlag über kollektiven Rechtsschutz v. 28.11.2019, 2018/0089(COD), online abrufbar unter: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14600-2019-INIT/DE/pdf>, zuletzt abgerufen am 3.4.2024) nicht in die Richtlinie übernommen.

Rechtsverstöße von Unternehmen, die sich in verschiedenen Mitgliedstaaten auswirken, sollen gem. Art. 6 Abs. 2 VerbandsklagenRL möglichst in einer einzigen grenzüberschreitenden Verbandsklage geltend gemacht werden.

(4) Verfahren:

Der Verbandsklagenrichtlinie ist es insbesondere an einem effektiven und effizienten Rechtsschutz gelegen: Gemäß Art. 17 Abs. 1 VerbandsklagenRL treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die Verbandsklagen zügig behandelt werden. Verbandsklagen zur Erwirkung einer Unterlassungsentscheidung sind nach Art. 17 Abs. 2 VerbandsklagenRL im summarischen Verfahren zu behandeln.

Wird ein Verfahren durch einen Abhilfevergleich abgeschlossen, so bedarf dieser Vergleich zunächst der gerichtlichen Bestätigung. Liegt die Bestätigung aber vor, so sind die betroffenen Verbraucher an diesen nach Art. 11 Abs. 4 VerbandsklagenRL gebunden.

c) Umsetzung

Vor der Umsetzung der Verbandsklagenrichtlinie existierten bereits Vorschläge, wie der Umsetzungsspielraum vom nationalen Gesetzgeber ausgefüllt werden kann. Von entscheidender Bedeutung ist dabei die von der Richtlinie ganz ungeklärte Frage, wie die Abhilfe umgesetzt, d.h. die Leistung des verletzenden Unternehmens an die geschädigten Verbraucher erfolgen kann.

So hatten die Wirtschaftsverbände der deutschen Wirtschaft gemeinsam ein Konzept zur Umsetzung der Richtlinie vorgelegt. Dieses enthielt einen zweistufigen Verfahrensablauf, der vorsah, dass bei einer erfolgreichen kollektiven Abhilfeklage auf erster Stufe eine Verurteilung des beklagten Unternehmens zur Errichtung eines Abhilfefonds auf zweiter Stufe folgt. Die erste Stufe sollte dabei der Klärung aller wesentlichen Fragen dienen, während die zweite Stufe den repräsentierten Verbrauchern die Möglichkeit geben sollte, ihre Ansprüche anzumelden, die dann in einem gerichtlichen Verteilungsverfahren verteilt werden (<https://www.gdv.de/resource/blob/71522/dc65ef7b610a1d1c5c9c769d3f82aa1f/gutachten-verbandsklagerecht-download-data.pdf>, zuletzt abgerufen am 03.04.2024).

Nach monatelangen Auseinandersetzungen innerhalb der Bundesregierung wurde erst Ende März 2023 ein [gemeinsamer Gesetzesentwurf](#) vorgelegt. Schließlich wurde die Umsetzung der

Richtlinie durch das Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz vom 08.12.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 272) beschlossen.

Die Umsetzung beruht auf der Schaffung eines neuen Stammgesetzes (Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz; VDuG) zur Umsetzung der Verbandsklagerichtlinie sowie Abänderungen von Rechtsnormen weiterer Gesetze – darunter auch des UWG.

Klagebefugt sind gem. § 2 Abs. 1 VDuG qualifizierte Verbraucherverbände (Nr. 1) und qualifizierte Einrichtungen aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Nr. 2). Abweichend vom Referentenentwurf, welcher höhere Anforderungen an die qualifizierten Verbraucherverbände stellte, verlangt der Regierungsentwurf gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 VDuG-RegE nur, dass die Verbände in die Liste nach § 4 UKlaG eingetragen (lit. a) und nicht mehr als fünf Prozent ihrer finanziellen Mittel durch Zuwendungen von Unternehmen beziehen (lit. b). Damit wurden das Niveau der Anforderungen an nationale Verbraucherverbände gesenkt und an das für qualifizierte Einrichtungen aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union geltende Niveau angeglichen, wodurch eine potentielle Inländerdiskriminierung verhindert werden soll.

§ 3 Abs. 1 VDuG sieht die ausschließliche Zuständigkeit der Oberlandesgerichte vor. Die Anforderungen an das Verbraucherquorum wurden gleichfalls in § 4 VDuG übernommen. Die klageberechtigte Stelle muss nachvollziehbar darlegen, dass von der Abhilfeklage Ansprüche von mindestens 50 Verbrauchern betroffen sein können.

Das VDuG hat den Vorschlag einer im Grundsatz zweistufigen Ausgestaltung übernommen: Die eigentliche Abhilfeklage endet zunächst mit einem Abhilfegrundurteil. Hält das Gericht die Abhilfeklage dem Grunde nach für gerechtfertigt, so kann es ein Abhilfegrundurteil erlassen, § 16 Abs. 1 VDuG. Nach dessen Verkündung fordert das Gericht die Parteien auf, einen schriftlichen Vergleichsvorschlag zur Umsetzung des Abhilfegrundurteils zu unterbreiten, § 17 Abs. 1 VDuG. Kommt es daraufhin zu keinem wirksamen Vergleichsschluss, so entscheidet das Gericht durch Abhilfeendurteil, §§ 17 Abs. 2, 18 VDuG.

Darauf folgt das Umsetzungsverfahren, §§ 22 ff. VDuG. Vorgesehen ist zunächst die Bestellung eines Sachwalters, § 23 VDuG, der einen Umsetzungsfonds errichtet, § 25 VDuG. Am Umsetzungsverfahren nehmen alle Verbraucher teil, die ihre Ansprüche wirksam zum Verbandsklagenregister angemeldet haben, § 26 VDuG.

Berechtigte Ansprüche der Verbraucher auf Zahlung werden unmittelbar durch Zahlung aus dem Umsetzungsfonds erfüllt, § 25 Abs. 3 VDuG. Es ist Aufgabe des Sachwalters, die berechtigten Ansprüche der Verbraucher auf Zahlung zu erfüllen oder dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Erfüllung berechtigter Ansprüche, die nicht auf Zahlung gerichtet sind, zu setzen, § 27 Nr. 10 VDuG.

Die Anmeldung von Ansprüchen oder Rechtsverhältnissen, die Gegenstand einer Verbandsklage sind, kann bis zum Ablauf von drei Wochen nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung zur Eintragung in das Verbandsklagenregister erfolgen, § 46 VDuG.

Auswirkungen auf das Lauterkeitsrecht hat die Umsetzung der Verbandsklagerichtlinie insoweit, als die Durchsetzungsmöglichkeiten von Ansprüchen auf Schadensersatz von Verbrauchern gem. § 9 Abs. 2 UWG im Wege der Verbandsklage erweitert werden und der Tatbestand der Gewinnabschöpfung auf die grob fahrlässige Vornahme einer nach § 3 oder § 7 unzulässigen geschäftlichen Handlung ausgeweitet wird (näheres vgl. AP 3).

3. Verschärfung der Sanktionen nach UGP-RL neu

Die Richtlinie (EU) 2019/2161 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union vom 27.11.2019 (ABl. 2019 Nr. L 328/7) sieht Änderungen der UGP-Richtlinie (im Folgenden: „UGP-RL neu“) vor, die am 07.01.2020 in Kraft getreten sind. Die Mitgliedstaaten mussten die Neuregelungen gem. Art. 7 RL 2019/2161 bis zum 28.11.2021

umsetzen und die neuen Vorschriften ab dem 28.5.2022 anwenden. In Deutschland wurden die Änderungen durch das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 10.08.2021 (BGBl. 2021 I Nr. 53, S. 3504) umgesetzt.

a) Direktansprüche der Verbraucher

Nach Art. 11a Abs. 1 UGP-RL neu haben Verbraucher, die durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigt wurden, Direktansprüche. Sie können Ersatz des ihnen entstandenen Schadens sowie gegebenenfalls Preisminderung oder Beendigung des Vertrags verlangen. Es obliegt gem. Art. 11a Abs. 1 Satz 2 UGP-RL neu den Mitgliedstaaten, die Voraussetzungen für die Anwendung und die Folgen der Rechtsbehelfe festzulegen.

b) Umsetzung

In Umsetzung des Art. 11a Abs 1 S. 1 UGP-RL neu schuf der Gesetzgeber in § 9 Abs. 2 UWG einen Schadensersatzanspruch für Verbraucher, die durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigt wurden. Hinzu kam auch die eigene Verjährungsfrist in § 11 Abs. 1 von einem Jahr und in § 14 Abs. 4 UWG der Verweis auf die allgemeinen Zuständigkeitsvorschriften in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Auch Bußgeldtatbestände wurden in den §§ 5c, 19, 20 UWG geschaffen.

VI. Ausblick

1. Gesetzgebung

a) REFIT zum Verbraucher- und Marketingrecht

In einem durch die Kommission 2017 abgeschlossenen Eignungstest des Verbraucher- und Marketingrechts der EU (sog. REFIT oder Fitness Check) stellte die Kommission in ihrem Bericht ([Kommission, Report on the Fitness Check, SWD \(2017\) 209 endg.](#)) einen Überarbeitungsbedarf des geltenden EU-Rechts fest. Dabei waren sowohl die UGP-Richtlinie (vgl. bereits oben) wie auch die Irreführungsrichtlinie Gegenstand des Testes. Zusammen mit zwei weiteren Richtlinienvorschlägen schloss die Kommission der Überprüfung ihre Mitteilung über die Neugestaltung der Rahmenbedingungen für die Verbraucher an (Kommission, Mitteilung v. 11.4.2018, KOM (2018) 183 endg.), in der sie ihre neuen Vorschläge und Initiativen konkretisiert. Dieses Projekt wurde, wie oben dargestellt, abgeschlossen.

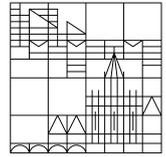
Offen blieb allerdings das Schicksal der Irreführungsrichtlinie. Die dazu vorgebrachten Vorschläge betrafen jedoch nur am Rande die Irreführungsrichtlinie. Obwohl die Überarbeitung der Richtlinie (vgl. [Mitteilung der Kommission v. 27.11.2012 zum Schutz von Unternehmen vor irreführenden Vermarktungspraktiken und zur Gewährleistung der wirksamen Durchsetzung sowie zur Überarbeitung der Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung, KOM \(2012\) 702 endg.](#)) eigens für die Überprüfung im Rahmen des REFIT zurückgestellt wurde, unterbreitete die Kommission keine Änderungsvorschläge für die Irreführungsrichtlinie.

Vielmehr beschränkte sich die Kommission darauf, das Verhältnis zwischen Plattformen und Unternehmen statt den B2B-Bereich allgemein zu überarbeiten und unterbreitete daher nur hierfür einen Verordnungsvorschlag für dort auftretende Handelspraktiken ([Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.4.2018 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, KOM \(2018\) 238 endg.](#)). Die Verordnung (EU) 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten wurde am 12.6.2019 verabschiedet (ABl. 2019 Nr. L 186/57-79) und gilt gemäß Art. 19 Abs. 2 VO 2019/1150 seit dem 12.7.2020. Überblicksartig zum Regelungsgehalt der Verordnung *Busch*, GRUR 2019, 788.

b) ePrivacy-Verordnung

Bereits 2017 unterbreitete die Kommission zusammen mit dem Vorschlag für die Datenschutz-Grundverordnung auch den Vorschlag für eine Verordnung über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation; KOM (2017) 10 endg.), die allgemein als ePrivacy-Verordnung bekannt ist. Anders als ursprünglich geplant, trat diese jedoch nicht in Kraft, da die Einzelheiten weiterhin umstritten waren. Sie sollte auch Regelungen zur unerbetenen Werbung enthalten und hätte sich damit auf die Fassung des § 7 UWG ausgewirkt (vgl. hierzu *Köhler*, WRP 2017, 1291). Im Dezember 2019 hat die Kommission angekündigt, den Verordnungsentwurf nicht weiter zu verhandeln, sondern einen gänzlich neuen Entwurf vorlegen zu wollen.

Dem folgten zahlreiche Entwurfstexte, die bis heute zu keinem endgültigen Ergebnis führten. Zwar ist nach dem Wechsel der EU-Ratspräsidentschaft zum 1. Januar 2021 und jahrelangem Tauziehen der portugiesischen Ratspräsidentschaft gelungen, die Mitgliedstaaten von ihrem Vorschlag vom 5. Januar 2021 zu überzeugen. Die Trilog-Verhandlungen haben inzwischen begonnen, welchen die Version des EU-Ministerrats vom 10. Februar 2021 zugrunde liegt. Angesichts einiger Unstimmigkeiten über den Verordnungstext ist nicht damit zu rechnen, dass die Verordnung vor 2023 in Kraft treten wird und aufgrund der möglichen Übergangszeit bis zu 24 Monaten kann es sein, dass die Verordnung erst ab 2025 zur Anwendung kommt.



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

Fachbereich Rechtswissenschaft
Lehrstuhl für deutsches und Europäisches
Privat- und Wirtschaftsrecht

Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe

Paketanschrift: Universitätsstraße 10
78464 Konstanz

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

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

05.04.2024

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

Arbeitspapier 3

C. Lauterkeitsrechtliches Sanktionensystem und Prozessrecht

I. Sanktionensystem

Zunächst ist klarzustellen, dass es sich auch bei den die Rechtsfolgen betreffenden Normen um materielles Recht handelt. Diese Regelungen stehen allerdings in sehr engem Zusammenhang mit Fragen des Prozessrechts. So betrifft etwa die Frage, wer aus der Verletzung einer lauterkeitsrechtlichen Norm Ansprüche ableiten kann, die materiellrechtliche Frage der Aktivlegitimation. Davon zu trennen, aber häufig inhaltlich verbunden, ist die Frage, wer diese Ansprüche gerichtlich durchzusetzen berechtigt ist. Diese Frage betrifft die prozessuale Seite, die sog. Klagebefugnis.

Das Lauterkeitsrecht ist als Sonderdeliktsrecht entstanden. Seine Durchsetzung erfolgt daher in Deutschland bis heute schwerpunktmäßig mit den Mitteln des Zivilrechts. Nicht zu verkennen ist aber, dass in den letzten Jahren ein in seinen Folgen nur schwer absehbarer Systemwechsel stattgefunden hat:

1. Strafrechtliche Durchsetzung

Strafrechtliche Normen gehören demgegenüber seit jeher zum Kernbestand des Lauterkeitsrechts. Bereits das UWG von 1896 verhängte Strafsanktionen gegen bestimmte Formen der irreführenden Werbung, des Geheimnisverrats und der Bestechung. Allerdings wurden klassische Straftatbestände aus dem UWG «ausgelagert» (vgl. bereits AP 1): Im Jahr 1997 wurde die Bestechung aus dem UWG ins StGB „umgezogen“, § 299 StGB. Durch das Geschäftsgeheimnisschutzgesetz wurden im Jahr 2019 auch die in §§ 17 bis 19 UWG aF geregelten Straftatbestände zum Geheimnisschutz in das neue Gesetz überführt.

2. Verwaltungsrechtliche Durchsetzung

a) Keine allgemeine polizeirechtliche Relevanz lauterkeitsrechtlicher Regelungen

Das Verwaltungsrecht hat sich vergleichsweise schwer mit der Durchsetzung des Lauterkeitsrechts getan. Lediglich Verstöße gegen bestimmte Nebengesetze verwaltungsrechtlicher Natur, insbesondere die Preisangabenverordnung (PAngV), wurden traditionell als Ordnungswidrigkeiten geahndet (vgl. § 10 PAngV; dazu sogl.). Eine allgemeine Durchsetzung der Einhaltung der objektiven Verhaltensnormen des Lauterkeitsrechts auf der Grundlage der polizeirechtlichen Generalklauseln findet hingegen nicht statt, obwohl es naheliegend wäre, im – als Zweck des Lauterkeitsrechts anerkannten – Schutz des Wettbewerbs ein schutzwürdiges Allgemeininteresse zu erkennen.

Unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Sicherheit wird neben verschiedenen Einzelrechtsgütern wie dem Staat und seinen Einrichtungen sowie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre und Vermögen der Einzelnen die Rechtsordnung als Ganzes polizeirechtlich geschützt. Wird eine Rechtsnorm verletzt, so erübrigt sich eine besondere Prüfung der Individual- oder Kollektivrechtsgüter. Zu beachten ist indes das allgemeine Subsidiaritätsprinzip. Materien, die durch den Gesetzgeber anderen staatlichen Einrichtungen, namentlich den Gerichten, übertragen worden sind, gehören nicht in den Aufgabenbereich der Polizei. Öffentlich-rechtliche Vorschriften zielen auf die Durchsetzung durch den Staat selbst und gehören damit stets zum Schutzgut der öffentlichen Sicherheit. Im Gewerbepolizeirecht traditioneller Prägung fehlen allerdings bislang wettbewerbsverhaltensbezogene Regelungen.

Die lauterkeitsrechtlichen Normen begründen regelmäßig nach allgemeiner Auffassung nur zivilrechtliche Ansprüche. Insoweit ist das Subsidiaritätsprinzip zu beachten, d.h. die Polizeibehörden sind nur ausnahmsweise befugt, zum Schutz privater Rechte einzugreifen, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig (ggf. vorläufiger Rechtsschutz!) zu erlangen ist und ohne polizeiliche Hilfe die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert würde (vgl. § 2 Abs. 2 bwPolG). Bei Verstößen gegen pönalisierte Privatrechtsnormen greift das Subsidiaritätsprinzip allerdings nicht ein (BVerwG, NJW 1978, 1492, 1493). Damit zählen jedenfalls die mit Strafsanktionen ausgestatteten Verhaltensnormen des Lauterkeitsrechts zum Bestand der die öffentliche Sicherheit konstituierenden Vorschriften. Im Fall ihrer objektiven Verletzung, d.h. unabhängig vom Vorliegen der subjektiven Anforderungen der jeweiligen Strafnormen, wären die allgemeinen Polizeibehörden *de iure* befugt, eine Unterlassungs- oder Beseitigungsverfügung zu erlassen. Insbesondere durch § 16 Abs. 1, Abs. 2 UWG werden markt- bzw. konsumentenvermittelte Wettbewerbsverstöße (Irreführung, Schneeballwerbung) erfasst und strafrechtlich sanktioniert, die folglich durch die Polizeibehörden verfolgt werden könnten.

Außerhalb des Anwendungsbereichs der strafbewehrten Verhaltensnormen des Lauterkeitsrechts kommt eine Verfolgung von Lauterkeitsverstößen durch die Polizeibehörden auf der Grundlage des Schutzes der öffentlichen Sicherheit wegen des polizeirechtlichen Subsidiaritätsprinzips nicht in Betracht. Möglich bleibt ein Rückgriff auf den komplementären Begriff der öffentlichen Ordnung. In der wegweisenden Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts wurde die öffentliche Ordnung definiert als „Gesamtheit jener ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beobachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen Gemeinschaftslebens betrachtet wird“ (PrOVGE 91, 139, 140 – *Damenboxkämpfe*). Verfassungsrechtlicher Kritik wird mit dem Hinweis begegnet, dass die grundrechtlichen Gewährleistungen eine restriktive und freiheitliche Handhabung des Begriffs der öffentlichen Ordnung sichern. Ein Lauterkeitsverstoß i.S.v. § 3 UWG wird angesichts der Zielverschiedenheit der Normen und des Gebots der restriktiven Auslegung der polizeirechtlichen Generalklausel nur höchst selten einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung i.S.d. Polizeirechts begründen.

b) Besondere Rechtsgebiete mit verwaltungsrechtlicher Durchsetzung

Die Preisangabenverordnung ist demgegenüber seit jeher verwaltungsrechtlich konzipiert. Verstöße werden als Verwaltungsunrecht behandelt und werden mit Bußgeldern sanktioniert.

Bei vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstößen gegen § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG (unerlaubte Telefonwerbung) können seit der Novellierung durch das Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen von 2009 und dem Gesetz über unseriöse Geschäftspraktiken von 2013 von der Bundesnetzagentur Geldbußen von bis zu 300.000 € verhängt werden. Von dieser Möglichkeit macht die Bundesnetzagentur realen Gebrauch. Allein 2021 hat sie Bußgelder in Höhe von 1.435.000 € verhängt. Im März 2017 verhängte sie gegen ein Unternehmen, das durch Telefonanrufe insbesondere Hausnotrufe für Senioren beworben hat, ein Bußgeld in Höhe von 200.000 €. Den Senioren wurde häufig ein Vertreterbesuch zum Thema Hausnotruf angekündigt, wodurch sich viele der Angerufenen überrumpelt fühlten. Von den Anrufern wurde ein Überraschungsmoment erzielt, durch den die Senioren nicht mehr in der Lage waren eine abgewogene Entscheidung zu treffen. Auch das Anrufen zum Zwecke der Vereinbarung von Beratungsterminen stellt einen Werbeanruf in diesem Sinne dar (vgl. Bundesnetzagentur, < https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2017/28122017_Telekommunikation.html>, site zul. besucht am 05.04.2024).

Erhebliche Folgen hat die Novellierung des UWG 2022 auf der Grundlage der Neuregelungen in Art. 13 UGP-RL. Der Gesetzgeber musste in weitem Umfang auch eine Grundlage für Sanktionen gegen Lauterkeitsverstöße im Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie schaffen. Der neu eingefügte § 5c enthält das Verbot der Verletzung von Verbraucherinteressen, wenn es sich um einen weitverbreiteten Verstoß oder einen weitverbreiteten Verstoß mit Unionsdimension im Sinne der Verordnung über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden handelt (CPC-VO; VO (EU) 2017/2394). Dadurch können die nationalen Behörden bei bestimmten Verstößen gegen nationale Vorschriften, die die UGP-RL umsetzen, Geldbußen festsetzen. So wurden in § 5a Abs. 2, 3 UWG einige die Verbraucherrechte verletzende Tatbestände aufgezählt, deren Verstoß gem. § 19 UWG eine Ordnungswidrigkeit darstellt, die wiederum mit einer Geldbuße geahndet werden kann. Die Ahndung der Ordnungswidrigkeit muss jedoch gem. § 19 Abs. 3 UWG im Rahmen einer koordinierten Durchsetzungsmaßnahme nach Art. 21 CPC-VO durchgeführt werden.

Daneben kommt der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung auf der Grundlage des [Gesetzes über die Durchführung der Verbraucherschutzgesetze bei innergemeinschaftlichen Verstößen](#) vom 21. Dezember 2006, welches der Durchführung der EG-Verordnung 2006/2004 dient, größere Bedeutung zu. Die EG-Verordnung 2006/2004 wurde durch die Nachfolgeregelung in der Verordnung (EU) Nr. 2017/2394 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2017 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 (ABl. 2017 Nr. L 345/1, im Folgenden: CPC-Verordnung) abgelöst. Die CPC-Verordnung gilt bereits seit dem 17.1.2020. Sie regelt die Bedingungen, unter denen die zuständigen Behörden in den Mitgliedstaaten, die als für die Durchsetzung der Gesetze zum Schutz der Verbraucherinteressen verantwortlich benannt wurden, untereinander und mit der Kommission zusammenarbeiten, um die Einhaltung dieser Rechtsvorschriften und das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts sicherzustellen und um den Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher zu fördern, Art. 1 VO CPC-VO (vgl. dazu bereits AP 2).

Um das EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz an die durch die CPC-Verordnung bewirkten Änderungen anzupassen, hat die Bundesregierung aber am 3.12.2019 einen Gesetzesentwurf zur Änderung des EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetzes sowie des Gesetzes über die Errichtung des Bundesamts für Justiz veröffentlicht, welcher durch Gesetzesänderung vom 21.05.2021 (BGBl. I S. 990) und 25.06.2021 (BGBl. I S. 2123) umgesetzt wurde.

Mit der am 9. Juni 2017 in Kraft getretenen 9. GWB-Novelle hat der Gesetzgeber dem Bundeskartellamt neue Kompetenzen im Bereich des Verbraucherschutzes übertragen. Das Bundeskartellamt kann künftig bei begründetem Verdacht auf gravierende Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften, wie beispielsweise das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) oder rechtliche Vorgaben für Allgemeine Geschäftsbedingungen, Sektoruntersuchungen durchführen. Ebenso kann sich das Bundeskartellamt künftig in laufende gerichtliche verbraucherrechtliche Rechtsstreitigkeiten einschalten.

3. Zivilrechtliche Sanktionen

Im UWG von 1909 ergaben sich die Rechtsfolgen teilweise unmittelbar aus den materiellen Normen (vgl. §§ 1, 3 aUWG). Hinsichtlich anderer Normen waren die Rechtsfolgen dagegen erst unter Heranziehung der Reserveregulierung des § 13 aUWG ersichtlich.

Im Zuge der UWG-Reform im Jahr 2004 wurde das Rechtsfolgensystem übersichtlicher gestaltet. Die zivilrechtlichen Rechtsfolgen ergeben sich seitdem nicht mehr aus den materiellen Normen, sondern einheitlich aus den in Kapitel 2 unter der Überschrift „Rechtsfolgen“ niedergelegten §§ 8-10 UWG. Durch die Novellen von 2008 und 2015 blieben diese Vorschriften im Wesentlichen unberührt. In diesen Vorschriften wird Bezug genommen auf § 3 und § 7 UWG (vgl. §§ 8 Abs. 1, 9, 10 Abs. 1 UWG). § 3 UWG stellt klar, dass unlautere geschäftliche Handlungen unzulässig sind. In den Beispielskatalogen der §§ 4-6 UWG wird – wenn auch nicht mehr ausdrücklich auf § 3 Bezug genommen wird – konkretisiert, welche geschäftlichen Handlungen unlauter i.S.v. § 3 Abs. 1 UWG sind. § 7 UWG wurde als eigenständiger Verbotstatbestand ausgestaltet. Die Verbote, d.h. die objektiven Verhaltensnormen, und die Anspruchsgrundlagen, d.h. die Sanktionsnormen, sind somit gänzlich voneinander getrennt.

In § 8 Abs. 1 UWG sind der Unterlassungs- und der Beseitigungsanspruch – bei ihnen handelt es sich um *negatorische* Ansprüche – geregelt, während sich aus § 9 UWG die Voraussetzungen für den – *reparatorischen* – Schadensersatzanspruch ergeben. Diese Ansprüche waren dem UWG bereits vor der Reform 2004 bekannt. Erweitert wurde das Sanktionensystem durch den Gewinnabschöpfungsanspruch in § 10 UWG. Dabei handelt es sich um einen Anspruch sui generis. Allerdings ist die in den §§ 8-10 UWG erfolgte Aufzählung nicht abschließend.

a) Negatorische Ansprüche

aa) Unterlassungsanspruch

(1) Überblick

Mit der Unterlassungsklage wird der Rechtsschutz gegen unmittelbar drohende Maßnahmen unlauteren Wettbewerbs angestrebt. Der zugrundeliegende und von § 8 Abs. 1 UWG normierte Unterlassungsanspruch hat präventive Funktion. Er dient der Schadensverhütung. Einzige materielle Anspruchsvoraussetzung ist das Bestehen einer *Verletzungsgefahr*. Der Wettbewerbsverstoß braucht noch nicht eingetreten zu sein. Der Klageberechtigte muss die Störungshandlung nicht erst hinnehmen, sondern kann sie durch die gerichtliche Untersagung bereits im Vorfeld verhindern. Die Unterlassungsklage stellt damit ein effektives Mittel im Kampf gegen den unlauteren Wettbewerb dar.

Die Normierung der Unterlassungsklage zeigt deutlich das Ineinandergreifen von materiellem und prozessuellem Recht. Die Regelungen, welche einen Unterlassungsanspruch an einen Lauterkeitsverstoß knüpfen, begründen einen materiellrechtlichen Unterlassungsanspruch. Der Gegenansicht, wonach es sich um einen ausschließlich prozessualen, vom Bestehen eines materiellrechtlichen Anspruchs unabhängigen Rechtsbehelf handele, kann nicht gefolgt werden.

Der Unterlassungsanspruch zielt darauf, eine zukünftige konkrete Verletzungshandlung zu untersagen. Daraus resultiert auch die Notwendigkeit der Rechtswidrigkeit des Verhaltens in der Zukunft. Bei Rechtsänderungen sind Rechtsverstöße in der Vergangenheit im Hinblick auf den Unterlassungsanspruch unerheblich. Die korrespondierende Pflicht zur Unterlassung muss zwar hinreichend genau bestimmt sein, damit der Schuldner sein Verhalten daran ausrichten kann. Jedoch ist es nicht möglich, dem Normadressaten ein bestimmtes Wettbewerbsverhalten positiv vorzuschreiben. Grundsätzlich kann auf dem Wege der Unterlassungsklage die Verurteilung zur Vornahme einer Handlung nicht durchgesetzt werden.

Gegen erneute Wettbewerbsverstöße muss im Regelfall wiederum mit der Unterlassungsklage vorgegangen werden. Zweifelhaft ist die Rechtslage, wenn sich die neuerlichen Störungen materiell betrachtet als *bloße Modifikation* des bereits untersagten Wettbewerbsverstoßes darstellen. Im Interesse effektiven Rechtsschutzes muss auch im Vollstreckungsverfahren durch Auslegung ermittelt werden können, ob ein vollstreckbarer, auf Unterlassung gerichteter Entscheid auch die nunmehr fragliche Verletzungshandlung umfasst. Die Praxis wendet diesbezüglich die sog. „*Kerntheorie*“ an. Danach erstreckt sich die Wirkung eines Unterlassungsgebots zwar grundsätzlich auf die im Tenor beschriebene unlautere Handlung. Spätere Änderungen dieser Verletzungsform werden jedoch von der Urteilswirkung mit umfasst, wenn die Abänderung den „Kern der Verletzungsform“ unberührt lässt.

In der Praxis ist die Unterlassungsklage der weitaus wichtigste Rechtsbehelf. Wie im gesamten Gewerblichen Rechtsschutz hat sie sich als Mittel eines effektiven Präventivrechtsschutzes erwiesen. Die Unterlassungsklage setzt an der Wurzel des Wettbewerbsverhaltens an. Sie bekämpft die Ursache der Wettbewerbsbeeinträchtigung und dient nicht lediglich der Folgenbeseitigung. Die richterlich ausgesprochene Unterlassungsverpflichtung besitzt überdies weitergehende praktische Bedeutung. Ihr Effekt erschöpft sich nicht im Verhältnis des Klägers zum Beklagten, sondern sie wirkt im Ergebnis auch zum Vorteil der übrigen Marktteilnehmer und des Wettbewerbs, da sich die Untersagung des Wettbewerbsverstoßes auch zu ihren Gunsten auswirkt. Aufgrund ihrer einfachen und raschen Durchsetzungsmöglichkeit (im selben Urteil kann die Vollstreckungsmaßnahme, nämlich die Verhängung eines Ordnungsgeldes bis zu einer Höhe von € 250.000 für jeden Fall des Zuwiderhandelns angedroht werden, § 890 ZPO) erfreut sich die Unterlassungsklage insbesondere im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes großer Beliebtheit.

(2) Materielle Voraussetzungen

(a) Verletzungsgefahr

Der Unterlassungsanspruch setzt lediglich voraus, dass eine künftige Verletzung zu befürchten ist. Er erfasst bereits die Gefährdung wirtschaftlicher Interessen durch Maßnahmen unlauteren Wettbewerbs. Für die materielle Begründetheit der Klage kommt es nicht darauf an, ob die Verletzungsgefahr erstmalig droht (Erstbegehungsgefahr, § 8 Abs. 1 S. 2 UWG) oder ob bereits eine Beeinträchtigung eingetreten ist und weitere zu befürchten sind (Wiederholungsgefahr, § 8 Abs. 1 S. 1 UWG). Beiden Fallalternativen ist die zeitliche Beziehung auf einen zukünftigen Wettbewerbsverstoß gemeinsam. Sie unterscheiden sich lediglich im Hinblick auf dessen Qualifikation als bevorstehendes Erstereignis bzw. wiederholendes Ereignis, ohne dass sich daraus Unterschiede hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen oder der Rechtsfolgen ergeben. Dennoch sind die beiden Ausprägungen der Verletzungsgefahr zu trennen, da sie in beweisrechtlicher Hinsicht unterschiedlichen Anforderungen unterliegen. Im Rahmen einer Unterlassungsklage wegen Erstverletzungsgefahr hat der Kläger das unmittelbare Bestehen eines Wettbewerbsverstoßes zu beweisen. Besteht hingegen Wiederholungsgefahr, so trifft den Kläger die Beweislast allein dafür, dass bereits ein Wettbewerbsverstoß begangen wurde; die Wiederholungsgefahr wird in diesem Fall vermutet, und es obliegt dem Beklagten, sie zu entkräften.

Der Unterlassungsanspruch ist in die Zukunft gerichtet. Durch ihn sollen weitere unlautere Verhaltensweisen verhindert werden, weshalb auf die Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abzustellen ist. Dies bedeutet, dass in diesem Zeitpunkt noch alle Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs gegeben sein müssen. Ändert sich die Rechtslage, wie etwa durch die UWG-Novellen 2008, 2015 oder 2022, so kommt es infolgedessen darauf an, ob auch nach der neuen Rechtslage die fragliche Verhaltensweise durch das Lauterkeitsrecht verboten ist.

Die Indizwirkung der Erstverletzung kann überdies nur dann bejaht werden, wenn der Verletzer bereits zum Zeitpunkt der rechtsverletzenden geschäftlichen Handlung von der Warnfunktion des Tatbestandes erreicht wurde. Ein Verletzungsunterlassungsanspruch kann deshalb bei Rechtsänderungen nur gewährt werden, wenn das beanstandete Wettbewerbsverhalten bereits zur Zeit seiner erstmaligen Begehung rechtswidrig war und das so beschriebene und den Gegenstand des Unterlassungsantrags bildende Verhalten auch nach nunmehr geltendem Recht noch rechtswidrig ist.

(aa) Vorbeugender Unterlassungsanspruch, § 8 Abs. 1 S. 2 UWG

In der Terminologie hat sich für den Unterlassungsanspruch wegen Erstbegehungsfahr weitgehend die Bezeichnung „vorbeugender Unterlassungsanspruch“ eingebürgert. In dieser Variante wird die präventive Funktion des Unterlassungsanspruchs am deutlichsten. Der Kläger braucht nicht einmal den Eintritt einer Verletzungshandlung abzuwarten, sondern kann bereits gegen den erstmaligen, unmittelbar bevorstehenden, Wettbewerbsverstoß gerichtliche Schritte ergreifen. Ebenso wenig hängt der vorbeugende Unterlassungsanspruch davon ab, dass dem Kläger aus der bevorstehenden unlauteren Wettbewerbshandlung ein Schaden entstehen wird. Die Erstbegehungsfahr muss allerdings im Zeitpunkt der Urteilsfällung noch vorliegen.

Die Erstbegehungsfahr muss objektiv vorliegen. Bei der Ermittlung ist daher die objektive Prognose eines mit dem Spezialwissen des Urteilenden ausgestatteten verständigen Durchschnittsbetrachters zugrunde zu legen. Die besonderen Befürchtungen des von der unlauteren Maßnahme möglicherweise Betroffenen dürfen keine Rolle spielen. In der Praxis lassen sich trotz der grundsätzlichen Einzelfallabhängigkeit der Erstbegehungsfahr gewisse typische Fallgruppen ausmachen.

Erstbegehungsfahr besteht insbesondere, wenn der Normadressat erkennbare *Vorbereitungsmaßnahmen* zur Begehung eines Wettbewerbsverstoßes trifft. Diesbezüglich kommt eine Vielzahl von Handlungsvarianten in Betracht, wie zum Beispiel die Herstellung von zum Kauf bestimmten Produkten oder die Weigerung, die künftige Verbreitung von Mitgliederverzeichnissen zu unterlassen. Erstbegehungsfahr kann im Einzelfall auch bei Absichtserklärungen, Warnungen, Werbung für noch zu produzierende Waren etc. in Betracht kommen. In der Praxis stellt die Berühmung den wichtigsten Fall der Erstbegehungsfahr dar. Berühmung liegt vor, wenn eine Person für sich die Berechtigung zu einer bestimmten wettbewerbswidrigen Handlungsweise reklamiert und den Eindruck erweckt, in Zukunft entsprechend vorzugehen.

Die Erstbegehungsfahr kann – anders als die Wiederholungsfahr, dazu sogl. – vom Beklagten relativ leicht ausgeschlossen werden. Die Umstände, welche die Begehungsfahr begründen, können regelmäßig durch kontradiktorisches Verhalten beseitigt werden. Es genügt, dass der Beklagte die Vorbereitungshandlungen einstellt oder von Ankündigungen Abstand nimmt. Zu Recht hat der Bundesgerichtshof Wegfall der Erstbegehungsfahr auch in einem Fall angenommen, in dem der Verletzer von einer Durchführung der beanstandeten Aktion mit der Einschränkung Abstand genommen hatte, „diese würde höchstrichterlich für zulässig erachtet“. Die Verteidigung seines Rechtsstandpunktes mit allen juristischen Mitteln stehe dem Wegfall der Erstbegehungsfahr nicht im Wege. Die Beurteilung der Erstbegehungsfahr werde maßgebend durch das tatsächliche Verhalten des Verletzers und nicht durch dessen zur Wahrung seiner Interessen im Rechtsstreit eingenommenen rechtlichen Standpunkt bestimmt (BGH, GRUR 1992,

116, 117 – *Topfgucker-Scheck*). Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Erstbegehungsgefahr trifft den Kläger.

(bb) Verletzungsunterlassungsanspruch, § 8 Abs. 1 S. 1 UWG

Ein materiellrechtlicher Unterlassungsanspruch ist auch dann gegeben, wenn die Gefahr der nochmaligen Vornahme einer unlauteren Wettbewerbshandlung besteht (Wiederholungsgefahr). Die so umschriebene Konstellation wird als Verletzungsunterlassungsanspruch bezeichnet. Er unterliegt in beweisrechtlicher Hinsicht zwei Voraussetzungen: Zum Vorliegen eines konkreten Wettbewerbsverstoßes muss eine auf diesen Verstoß bezogene Wiederholungsgefahr treten. Dieser Umstand begründet den maßgebenden Unterschied zum vorbeugenden Unterlassungsanspruch. Im Fall der Wiederholungsgefahr ist die bevorstehende Verletzungshandlung durch das in der Vergangenheit liegende Ereignis bereits weitgehend konkretisiert, während im Fall der Erstbegehungsgefahr die Konkretisierung fehlt und die Prognostizierbarkeit der drohenden Verletzungshandlung bedeutend schwieriger ist.

Hinsichtlich der Beweislastverteilung unterscheidet sich der Verletzungsunterlassungsanspruch deswegen deutlich vom vorbeugenden Unterlassungsanspruch. Im Ergebnis bringt der Verletzungsunterlassungsanspruch eine spürbare Beweiserleichterung zugunsten des Klägers. Dieser ist zwar für das Vorliegen der Wiederholungsgefahr beweispflichtig, weil es sich um eine anspruchsbegründende Tatsache handelt. Ist die Verletzungshandlung aber bereits erfolgt, so besteht grundsätzlich eine tatsächliche Vermutung für das Bestehen von Wiederholungsgefahr mit Bezug auf im Kern gleichartige Verletzungshandlungen. Damit hat der Kläger lediglich das Vorliegen einer konkreten Verletzungshandlung in der Vergangenheit zu beweisen. Dem Beklagten obliegt es dann, den Fortfall der Wiederholungsgefahr zu beweisen.

Die Wiederholungsgefahr muss objektiv vorliegen. Es handelt sich um eine Tatfrage, deren Beantwortung von der inneren Willensrichtung des Handelnden und damit von einer subjektiven Tatsache abhängt. Darauf dürfte es auch zurückzuführen sein, dass die Frage nach dem Vorliegen der Wiederholungsgefahr und die Frage nach ihrer Nachweisbarkeit regelmäßig nicht klar getrennt werden. Bei der Feststellung der Wiederholungsgefahr ist auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abzustellen, wobei der bereits begangene Wettbewerbsverstoß sowie die persönliche und wirtschaftliche Stellung der beteiligten Parteien zugrunde zu legen ist.

Die Wiederholungsgefahr ist konkret nur mit Blick auf die bereits begangene Verletzungshandlung zu bestimmen. Das ist vor allem für die überwiegend kundenschützenden Tatbestände von Bedeutung. Wiederholungsgefahr kann auch dann bestehen, wenn der Verletzer durch im Kern identisches Wettbewerbsverhalten die Interessen Dritter verletzt hat. Das Vorliegen der Wiederholungsgefahr hängt nicht davon ab, ob für den Verletzten selbst die Gefahr besteht, erneut geschädigt zu werden. Demgegenüber kommt es darauf an, dass der Normadressat des vergangenen und des bevorstehenden Wettbewerbsverstoßes übereinstimmen.

Im Einzelfall kann es trotz eines vorausgegangenen Wettbewerbsverstoßes an der Wiederholungsgefahr fehlen, wenn das einmalige wettbewerbswidrige Verhalten auf das Versehen einer Person zurückzuführen ist, die in keiner Beziehung zum Beklagten steht und für die der Beklagte nicht einzustehen hat. Auch die Tatsache, dass der Verletzer die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens aus entschuldbaren Gründen nicht kannte, vermag im Einzelfall die Wiederholungsgefahr auszuschließen. Eine Wiederholungsgefahr scheidet zwangsläufig dann aus, wenn die nochmalige Begehung der Verletzungshandlung objektiv unmöglich ist. Das kann beispielsweise die Folge der Zerstörung eines bestimmten Gegenstands sein. Es handelt sich dabei aber um sehr seltene Fälle.

Im Regelfall wird die Abgabe einer vorbehaltlosen Unterlassungserklärung, einer sog. „*Unterwerfungserklärung*“, durch den Verletzer erforderlich sein, um die (aufgrund der konkreten Verletzungshandlung bestehende) Vermutung der Wiederholungsgefahr entfallen zu lassen. Sie muss

allerdings nach h.M. *strafbewehrt* sein, d.h. der Verletzer ist verpflichtet, eine angemessene Vertragsstrafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu übernehmen. Begründet wird dies damit, dass nur dann die Unterwerfung eine Sicherheit für die Befolgung der Unterlassungserklärung bietet. Obwohl die Vertragsstrafenvereinbarungen gem. § 339 BGB ein Vertrag ist, genügt für den Wegfall der Wiederholungsgefahr grundsätzlich der Zugang einer strafbewehrten Unterlassungserklärung des Schuldners, die sich als Ausdruck eines ernsthaften Unterlassungswillens darstellt. Dafür ist erforderlich, dass die strafbewehrte Unterlassungserklärung bis zu ihrer Annahme oder Ablehnung durch den Gläubiger bindend ist, damit dieser sie jederzeit annehmen und so die Vertragsstrafeverpflichtung begründen kann. Nur dann ist die erforderliche Abschreckungswirkung gegeben, die den Wegfall der Wiederholungsgefahr schon mit Zugang der strafbewehrten Unterlassungserklärung rechtfertigt.

Die Unterlassungserklärung muss nach zutreffender Ansicht aber *nicht gegenüber dem Verletzten* abgegeben werden. Der Wegfall der Wiederholungsgefahr im Fall einer Unterlassungserklärung gründet in der Annahme eines *abstrakten Schuldanerkenntnisses*, das dem Adressaten der Unterlassungserklärung die Durchsetzung seiner Ansprüche erleichtert. Dieser spezifische Erfolg der Unterlassungserklärung tritt auch dann ein, wenn die Erklärung einem Dritten gegenüber abgegeben wird. Der Umstand, dass die rechtsgeschäftliche Verpflichtung nur gegenüber dem Dritten eingegangen wird, steht bei der Beurteilung der Wiederholungsgefahr nicht entgegen. Es ist undenkbar, dass ein und dieselbe Verletzungshandlung gegenüber einem Gläubiger unterlassen, anderen gegenüber aber erneut begangen werden könnte. Allerdings ist bei der Beurteilung der Wiederholungsgefahr zu berücksichtigen, dass der Normadressat seine Unterlassungserklärung u.U. missbräuchlich gegenüber solchen Dritten abgeben kann, die im Fall der Zuwiderhandlung gar nicht zur Rechtsverfolgung bereit sind. Daneben ist unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben im Fall der Drittunterwerfung eine Offenbarungspflicht des Normadressaten anzunehmen, um den Verletzten vor dem Kostenrisiko einer mangels Wiederholungsgefahr unbegründeten Unterlassungsklage zu schützen.

Schließlich vermag der Inhaber eines Verletzungsunterlassungsanspruchs nicht, eine Unterlassungsklage erfolgreich durchzusetzen, obwohl der Normadressat eine qualifizierte Unterlassungserklärung abgegeben hat, indem er die Unterlassungserklärung nicht annimmt. Die Praxis löst dieses Problem, indem sie für den Wegfall der Wiederholungsgefahr allein auf die Ernsthaftigkeit der abgegebenen Erklärung, nicht aber auf deren „Annahme“ abstellt. Das ist konsequent, denn auch ein vom Gläubiger nicht angenommenes Schuldversprechen begründet zwar keine selbständige Verpflichtung, kann aber als *Beweismittel* für das Bestehen der anerkannten Verpflichtung Bedeutung haben.

(b) Dauergefahr

Die Unterlassungsklage ist sodann bei andauernden Verletzungshandlungen (Dauergefahr) gegeben. Zwar ist die Unterlassungsklage grundsätzlich zukunftsbezogen. Im Interesse einer effektiven Sanktionierung unlauteren Wettbewerbsverhaltens kann aber auch gegen fortdauernde Wettbewerbsverstöße ein Unterlassungsanspruch geltend gemacht werden. Für den Verletzten wäre es untragbar, einen gegenwärtig anhaltenden Wettbewerbsverstoß sanktionslos zu lassen und erst dessen Wiederholung abwarten zu müssen.

(3) Unterlassungsbegehren und Urteilsfassung

Die im Prozessrecht anzusiedelnde Formulierungsfrage bewegt sich im Spannungsverhältnis von effektivem Rechtsschutz einerseits und Rechtssicherheit andererseits. Zwischen beiden Grundsätzen besteht ein Zielkonflikt. Je nachdem, welche Anforderungen an die Konkretetheit der Formulierung des Unterlassungsbegehrens gestellt werden, verschiebt sich der Schwerpunkt bei der Realisierung der Ziele. Werden allgemein gehaltene Formulierungen zugelassen, so werden die lauterkeitsrechtlichen Bestimmungen umfassend sanktioniert. Andererseits geht damit ein Verlust

an Rechtssicherheit einher, da eine lediglich verallgemeinernde Beschreibung keinen Erkenntniszuwachs im Vergleich zu den notwendig allgemein formulierten Gesetzesbestimmungen bedeutet und den Wirtschaftsteilnehmern damit keine zuverlässigen Verhaltensmaßregeln an die Hand gäbe. Wird demgegenüber ein hoher Konkretisierungsgrad in Form einer genauen Verhaltensbeschreibung gefordert, so vermag eine derartige punktuelle Bestimmung der beanstandeten Verhaltensweise zwar ein hohes Maß an Rechtssicherheit zu vermitteln. Zugleich wird aber die Effektivität der Rechtsdurchsetzung in Frage gestellt, da dem Verletzer vielfältige und vergleichsweise leicht zu realisierende Umgehungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Im Vollstreckungsverfahren kann der Urteilstenor aus Gründen der Rechtssicherheit nur in begrenztem Umfang ausgelegt werden. Abzulehnen ist jedoch die Auffassung, dass der Urteilstenor im Vollstreckungsverfahren keiner Interpretation zugänglich sei. Vielmehr muss durch die Anwendung der bereits genannten „Kerntheorie“ auch das Bedürfnis nach effektivem Rechtsschutz berücksichtigt werden.

Das mit der Unterlassungsklage begehrte Verbot ist auf ein genau umschriebenes, *bestimmtes Verhalten* zu richten. Der Gegenstand des Unterlassungsbefehls muss genügend individualisiert sein, so dass er der Rechtskraft fähig ist und ohne nochmalige materielle Prüfung vollstreckt werden kann. Die Bestimmtheit eines Unterlassungsantrages ist grundsätzlich unproblematisch gegeben, wenn der Kläger lediglich das Verbot der Handlung begehrt, so wie sie konkret begangen worden ist, da für den Beklagten in diesem Fall nicht zweifelhaft sein kann, was er in der Zukunft zu unterlassen hat. Die jüngere Rechtsprechung löst das Problem vor allem dadurch, dass Unterlassungsanträge, bei denen die konkrete Verletzungsform als Konkretisierung einer abstrakten Umschreibung des Verhaltens spezifizierend angefügt wird („wenn dies geschieht wie ...“), sowohl als hinreichend bestimmt als auch als hinreichend beschränkt betrachtet werden.

Nicht dem Bestimmtheitserfordernis genügen aber Begehren, die eine in der Rechtsprechung entwickelte allgemeine Fallgruppe wettbewerbswidrigen Verhaltens oder die gesetzlichen Bestimmungen lediglich wiederholen, wie etwa der Antrag, es dem Beklagten zu untersagen, Tätigkeiten auf dem Gebiet der Steuerrechtshilfe i.S.d. § 1 StBerG anzubieten, ausgenommen die erlaubnisfreien Tätigkeiten gem. § 6 Nrn. 3, 4 StBerG (BGH, GRUR 2002, 77 – *Unzulässige Werbung mit Buchführungsleistungen*). Gleiches gilt für Formulierungen, die so allgemein gehalten sind, dass sie jeden Rückschluss auf das dem Unterlassungsantrag zugrunde liegende Verhalten verhindern, so z.B. der Antrag, dem Beklagten zu untersagen „Preise herabsetzend und/oder ironisch vergleichend gegenüberzustellen“ (BGH, GRUR 2002, 72 – *Preisgegenüberstellung im Schaufenster*).

Fall: Der Kläger ist ein Verein, zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben es gehört, für die Interessen der Konsumenten einzutreten. Er ist in die Liste qualifizierter Verbraucherverbände nach § 4 UKlaG eingetragen. Die Beklagte beschäftigt sich u. a. mit der Vermittlung von Gewinnspielen. Der Kläger nimmt die Beklagte auf Unterlassung von Werbeanrufen bei Verbrauchern, welche die Beklagte eingeräumt hat, in Anspruch und hat in erster Instanz auch den Ersatz von Abmahnkosten verlangt.

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250 000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zum Zwecke des Wettbewerbes Verbraucher ohne ihr vorheriges Einverständnis zu Werbezwecken anzurufen oder anrufen zu lassen. (OLG Zweibrücken v. 26.02.2009, 4 U 51/08; BGH, GRUR Prax 2011, 176 – *Verbotsantrag bei Telefonwerbung*)

Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Verbotsantrag nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Abs. 1 ZPO) nicht er-

kennbar abgegrenzt sind, sich der Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und letztlich die Entscheidung darüber, was dem Beklagten verboten ist, dem Vollstreckungsgericht überlassen bliebe. Aus diesem Grund sind insbesondere Unterlassungsanträge, die lediglich den Wortlaut eines Gesetzes wiederholen, grundsätzlich als zu unbestimmt und damit unzulässig anzusehen.

Etwas anderes kann dann gelten, wenn entweder bereits der gesetzliche Verbotstatbestand selbst entsprechend eindeutig und konkret gefasst oder der Anwendungsbereich einer Rechtsnorm durch eine gefestigte Auslegung geklärt ist, sowie auch dann, wenn der Kläger hinreichend deutlich macht, dass er nicht ein Verbot im Umfang des Gesetzeswortlauts beansprucht, sondern sich mit seinem Unterlassungsbegehren an der konkreten Verletzungshandlung orientiert. Von letztgenannter Möglichkeit wird in der Praxis weitgehend Gebrauch gemacht („... wenn dies wie in Anl. K 1 stattfindet“).

(4) Reichweite der Untersagungskompetenz

Bereits angesprochen wurde die Möglichkeit, dass der Unterlassungsantrag nicht zu unbestimmt, sondern zu weit gefasst wird, was zu einer teilweisen Klagabweisung führen muss. Die damit angesprochene Problematik erstreckt sich aber auch auf die Fassung des Urteilstenors. Grundsätzlich darf dem Normadressaten nur ein Verhalten untersagt werden, das selbst einen Wettbewerbsverstoß enthält. Vorbereitungshandlungen sind *per se* nicht wettbewerbswidrig und dürfen daher an sich auch nicht untersagt werden.

(5) Untersagungsurteil und positives Tun

Im Einzelfall mag ein Untersagungsurteil für den Beklagten die Notwendigkeit positiven Tuns begründen. Wird etwa eine bestimmte Werbung im Internet verboten, so muss der Beklagte, um dem Verbot zu genügen, entweder seine Website anpassen oder sie vom Netz nehmen. Es war aber seit jeher unumstritten, dass die Verpflichtung zur Unterlassung einer Handlung, durch die ein fortdauernder Störungszustand geschaffen wurde, mangels abweichender Anhaltspunkte regelmäßig dahin auszulegen ist, dass sie nicht nur die Unterlassung derartiger Handlungen, sondern auch die Vornahme möglicher und zumutbarer Handlungen zur Beseitigung des Störungszustands umfasst. Eher überraschend erschien allerdings die daraus abgeleitete Annahme, dass im Fall eines gerichtlichen Vertriebsverbots auch bereits an den Groß- und Einzelhandel verkaufte Waren zurückzurufen sind (BGH v, 19.11.2015, I ZR 109/14 – Hot Sox, GRUR 2016, 720).

(6) Sanktionierung

Untersagungsurteile werden durch Ordnungsmittel (Ordnungsgeld und -haft) sanktioniert. Sie werden auf Antrag des Klägers bereits mit dem Unterlassungsausspruch angedroht, vgl. § 890 Abs. 2 ZPO. Bei Ordnungsgeldern wird das Höchstmaß, max. € 250.000, konkret benannt. Verstößt der Beklagte schuldhaft (dieses Erfordernis wird von § 890 Abs. 1 ZPO zwar nicht genannt; da der Verhängung von Ordnungsmitteln auch ein repressives Element eigen ist, geht die h.M. aber von einem Verschuldenserfordernis aus, BVerfGE 20, 323, 332) gegen ein Untersagungsurteil, so ist das Ordnungsmittel, regelmäßig Ordnungsgeld, vom Prozessgericht des ersten Rechtszuges auf Antrag des Klägers festzusetzen. Das Ordnungsgeld ist an die Staatskasse, nicht den Unterlassungsgläubiger, zu entrichten.

Als Vollstreckungsmaßnahme bedarf die Verhängung eines Ordnungsgeldes der Androhung. Die Androhung kann jedoch mit dem Untersagungsurteil verknüpft werden und wird dies auch regelmäßig.

bb) Beseitigungsanspruch, § 8 Abs. 1 S. 1 UWG

(1) Überblick

Der Beseitigungsanspruch war im aUWG nicht ausdrücklich geregelt, aber gewohnheitsrechtlich anerkannt. Er konnte begründet werden mit der auch § 1004 BGB zugrundeliegenden Wertung, dass der potentielle Inhaber eines Schadensersatzanspruchs nicht die Entstehung eines Schadens abwarten muss, um diesen dann ersetzt zu verlangen, sondern bereits vorher einen Anspruch auf Unterlassung (vgl. o.) und Beseitigung hat. Seit 2004 wird der Beseitigungsanspruch in § 8 Abs. 1 S. 1 UWG ausdrücklich genannt.

Der Beseitigungsanspruch dient der Aufhebung eines durch unlauteres Wettbewerbsverhalten hervorgerufenen und fortdauernden Störungszustands. Er ist auf die Abwehr gegenwärtiger Beeinträchtigungen gerichtet. *Besondere Ausprägungen* des Beseitigungsanspruchs finden sich mit dem *Widerrufsanspruch* und dem Anspruch auf *Urteilspublikation*. Auch die *Feststellungsklage* kann als besondere Beseitigungsmaßnahme verstanden werden.

Der Beseitigungsanspruch besteht als eigenständiger Anspruch neben dem Unterlassungsanspruch. Beiden Ansprüchen ist die Abwehr von Wettbewerbsverstößen gemeinsam. Sie unterscheiden sich jedoch grundsätzlich im Blick auf Voraussetzungen, Anspruchsinhalt und Funktion. Der Anspruch auf Unterlassung dient der Abwehr zukünftiger Ansprüche, während sich der Beseitigungsanspruch durch seine Gegenwartsbezogenheit auszeichnet.

Das Verhältnis zwischen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch einerseits und Beseitigungs- und Schadenersatzanspruch andererseits ist indes nicht ganz unproblematisch. Mit dem Unterlassungsanspruch hat der Beseitigungsanspruch gemeinsam, unmittelbar auf die Behebung eines wettbewerbswidrigen Zustandes gerichtet zu sein. Im Einzelfall können sich die beiden Ansprüche sogar decken. Das wird in den Fällen der *fortdauernden Störung* relevant. Der Verletzer kann einen eingetretenen Störungszustand nur beseitigen, indem er die Fortsetzung der Störungshandlung unterlässt oder – anders betrachtet – kann er dem Unterlassungsanspruch nur durch aktive Behebung der andauernden Beeinträchtigung nachkommen. Deshalb wird häufig vertreten, dass auch der Unterlassungsanspruch auf Vornahme bestimmter Handlungen und damit auf Beseitigung gerichtet sein könne.

In den Entscheidungen *Hot Sox* (GRUR 2016, 720), *Rückruf von RESCUE-Produkten* (GRUR 2017, 208) und *Luftentfeuchter* (GRUR 2017, 823) hat der BGH den Umfang des Unterlassungsanspruchs ausgeweitet. Nach seiner Auffassung führt eine Unterlassungspflicht über das bloße Unterlassen hinaus zu der Verpflichtung, mögliche und zumutbare Handlungen vorzunehmen, um einen Störungszustand, der bereits in der Vergangenheit durch die zu unterlassende Handlung entstanden ist, zu beseitigen. Bezieht sich das Verbot auf bestimmte Produkte, müssen diese darüber hinaus, soweit sie vor dem Verbot bereits an Abnehmer ausgeliefert wurden, grundsätzlich von diesen zurückgerufen werden.

Andererseits haben auch Beseitigungs- und Schadenersatzanspruch Gemeinsamkeiten, soweit der Beseitigungsanspruch auf die Wiederherstellung des Zustandes gerichtet ist, der vor dem störenden Verhalten bestand. Ein solcher „*Folgenbeseitigungsanspruch*“ ist strukturverwandt mit dem auf Naturalrestitution gerichteten Schadenersatzanspruch. Dogmatisch sollten die zwei Ausprägungen des „*Beseitigungsanspruchs*“ unterschieden werden, wie folgendes Beispiel deutlich macht:

Bsp.: B hat wettbewerbswidrige Plakate drucken lassen, die er durch U seit einer Woche aufhängen lässt. Ständig werden weitere Plakate in den Verkehr gebracht.

Mit Blick auf die zukunftsgerichtete Beseitigung fortdauernder Störungen (d.h. das fortgesetzte Aufhängen weiterer störender Plakate) sind Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch bezüglich ihrer zeitlichen Perspektive vergleichbar. Das gestattet zunächst, sie unabhängig von der oft

schwierigen Abgrenzung von positivem Tun und Unterlassen als Abwehransprüche gleichen Voraussetzungen zu unterwerfen. Es sollte daher unerheblich sein, ob es zur „Unterlassung“ der fortgesetzten Störung eines positiven Tuns als „unselbständiger Nebenpflicht“ bedarf, wie etwa im Beispielsfall einer Aufforderung an die Werbeagentur, die Verbreitung der Plakate einzustellen. Probleme werden erst durch das Vollstreckungsrecht aufgeworfen, da auf Leistung bzw. Unterlassung gerichtete Urteile unterschiedlichen Vollstreckungsregeln unterliegen: Mit der Unterlassungsklage kann der Beklagte zwar auch zur Bewirkung der Einstellung der Plakataktion durch positives Tun gezwungen werden. Das vollstreckungsrechtliche Mittel bleibt jedoch die mittelbare Handlungserzwingung durch Ordnungsgelder gem. § 890 ZPO. Strebt der Verletzte demgegenüber eine unmittelbare Vollstreckung durch Ersatzvornahme an, so ist er gezwungen, eine Beseitigungsklage zu erheben. Dieser Umstand verdeutlicht die Selbständigkeit der beiden Klagearten. Konsequenterweise bilden beide Ansprüche verschiedene Streitgegenstände. Allerdings ist der Übergang vom Unterlassungs- auf den Beseitigungsanspruch und umgekehrt als sachdienliche Klagänderung regelmäßig zulässig.

Schwerer fällt die Behandlung in der Vergangenheit eingetretener Störungen, wie im Eingangsbeispiel die bereits aufgehängten Plakate. Ihre Entfernung bildet zwar das Lehrbuchbeispiel für den Beseitigungsanspruch i.e.S., der treffender vielleicht „Folgenbeseitigungsanspruch“ genannt werden könnte. Wegen seiner auf die Beseitigung existenter Störungszustände und damit ebenfalls repressiven Natur steht er dem Schadenersatzanspruch durch Naturalrestitution näher als dem Unterlassungsanspruch. Der Beseitigungsanspruch ist formal zwar klar vom Anspruch auf Schadenersatz zu trennen. Beide Ansprüche unterscheiden sich in ihrer Konzeption und Zielsetzung. Der verschuldensunabhängige Beseitigungsanspruch dient als negatorischer Anspruch der Beseitigung fortbestehender Störungen. Demgegenüber ist die Funktion des verschuldensabhängigen Schadenersatzanspruchs eine wiederherstellende. Er ist auf die Behebung der aus einem Wettbewerbsverstoß resultierenden Folgen gerichtet. Im Einzelfall können sich jedoch – wie soeben ausgeführt – die Inhalte von Beseitigungsanspruch und Schadenersatzanspruch überschneiden. Das ist der Fall, wenn der Schadenersatz in Form der Naturalrestitution zu leisten und damit auf die Beseitigung des Störungszustands gerichtet ist. Da der Beseitigungsanspruch – anders als der Schadenersatzanspruch – kein Verschuldensfordernis aufstellt, stellt sich hier das Abgrenzungsproblem aus der Perspektive der Anspruchskonkurrenzen. Die Unterscheidung von Störung und Störungsfolgen wird in manchem Einzelfall schwierig zu treffen sein.

(2) Materielle Voraussetzungen

Das Bestehen eines Beseitigungsanspruchs setzt materiellrechtlich den Fortbestand einer rechtswidrigen Störung voraus (fortdauernder Störungszustand). Der zugrundeliegende Wettbewerbsverstoß muss sich weiterhin schädigend auswirken, und seine Wirkung darf nicht mit der einmaligen Vornahme erschöpft sein. Das Reichsgericht sprach metaphorisch von einer „stetig neu fließenden und fortwirkenden Quelle der Verletzung“ (RGZ 163, 210, 215). In der Konsequenz entfällt der Beseitigungsanspruch mit Wegfall des Störungszustands.

Ein Beseitigungsanspruch kann daneben auch im Falle latenter Störungszustände gegeben sein, wie z.B. bei der Anfertigung unrichtigen Werbematerials, das noch nicht versandt wurde. Beide Fälle weisen aber auf eine besondere Problemstellung hin, die mit dem Begriff der „latenten“ Störung eher verschleiert als erklärt wird. Der Sache nach geht es nämlich gar nicht um die Beseitigung eingetretener Störungen, sondern um die Beseitigung tatsächlicher Umstände, die das zukünftige Eintreten einer Störung besonders wahrscheinlich machen. Die Anerkennung des Beseitigungsanspruchs in den genannten Fallgestaltungen mag im Interesse effektiven Lauterkeitsschutzes geboten sein. Die gesetzgeberische Entscheidung, nach der im Wege der Beseitigungsklage lediglich gegen bestehende Verletzungen vorgegangen werden kann, darf indes nicht ignoriert werden. Solange noch keine Störung eingetreten ist, bleibt im Regelfall allein die Unterlassungsklage, die stets eine konkrete Störungsgefahr voraussetzt. Unter dem Gesichtspunkt des

mangelnden Interesses wird man jedoch ausnahmsweise davon ausgehen können, dass gleichwohl bestimmte Maßnahmen verlangt werden können, wenn (a) der Kläger einen Unterlassungsanspruch hat, (b) die beantragten Maßnahmen der Sicherung des Unterlassungsanspruchs dienen und (c) der Beklagte kein schutzwürdiges Interesse am Fortbestehen seiner Dispositionsfreiheit im Hinblick auf die Gegenstände hat, die in Vorbereitung eines wettbewerbsverletzenden Verhaltens geschaffen wurden, weil eine UWG-konforme Nutzung der Güter etc. gar nicht möglich ist. In beiden oben genannten Beispielfällen begründen die genannten Umstände zwar auch ohne Weiteres die Verletzungsgefahr, so dass ein Konflikt des Beseitigungsanspruchs mit den Anspruchsvoraussetzungen des Unterlassungsanspruchs nicht entsteht. Die letzte Voraussetzung, die allein die ausnahmsweise Gewährung eines Beseitigungsanspruchs unter dem Gesichtspunkt des „mangelnden Interesses“ tragen kann, zwingt zu einer besonders sorgfältigen Prüfung der Erforderlichkeit der beantragten Maßnahme. In ähnlicher Weise wird die Möglichkeit eines „*vorbeugenden Beseitigungsanspruchs*“ gegen eine bloß drohende Störung angenommen, soweit damit ein Handeln begehrt wird, zu dessen Vornahme der Schuldner auch im Rahmen der Unterlassungsklage gehalten wäre.

(3) Inhalt

Das UWG sieht keine inhaltliche Konkretisierung der möglichen Beseitigungsmaßnahmen vor. Der Anspruchsinhalt ist daher aufgrund der maßgebenden Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu bestimmen. Es kommt auf den Umfang und die Art des Störungszustands an. Die Variationsbreite der möglichen Gegenstände des Beseitigungsanspruchs ist angesichts der Vielgestaltigkeit der möglichen Störungszustände denkbar weit.

In der Lehre wird demgegenüber außerhalb des Lauterkeitsrechts überwiegend, im Lauterkeitsrecht teilweise der Grundsatz vertreten, dass der Beseitigungsanspruch nicht bestimmte Handlungen zum Gegenstand habe, sondern dass es dem Schuldner überlassen bleiben müsse, auf welche Weise er den angestrebten Erfolg der Störungsbeseitigung herbeiführe.

Diese Meinung wird für den lauterkeitsrechtlichen Beseitigungsanspruch indes überwiegend abgelehnt. Zum einen sei sie mit dem Gebot der Bestimmtheit des Klagantrags nicht vereinbar, zum anderen verlagere sie den Rechtsstreit in unzumutbarem Maße in die Vollstreckungsinstanz.

Bei der Entscheidung dieser Frage muss der objektive Zweck der (ungeschriebenen) Regel maßgebend sein, die dem Verpflichteten lediglich die Beseitigung der Störung aufgibt. Dabei kann die Parallele zum Unterlassungsanspruch durchaus hilfreich sein. Beim Unterlassungsanspruch wird der Verpflichtete unstreitig insoweit geschützt, als es seiner Entscheidung überlassen bleibt, auf welche Weise er seine wirtschaftlichen Interessen nunmehr verfolgt. Die Rechtsordnung untersagt ihm nur sehr spezifische Verhaltensformen und folgt damit zum einen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Auf diese Weise wird zum anderen aber auch gewährleistet, dass über den Einfallreichtum des Gerichts hinaus die durch das Lauterkeitsrecht geschützten Interessen des Klägers mit den wirtschaftlichen Interessen des Beklagten weitestgehend vereinbart werden können. Die Kreativität der Beteiligten wird auch im Streitfall ausgenutzt, was ökonomisch sinnvoll und daher erwünscht ist. Davon ausgehend muss zunächst untersucht werden, ob im Fall eines auf Beseitigung gerichteten Urteils tatsächlich anderes gilt.

Durch die Verurteilung zur Vornahme bestimmter Maßnahmen wird der Normadressat in der Tat in seiner Dispositionsfreiheit weitergehend beeinträchtigt als bei einer „offenen“ Verurteilung zur Beseitigung einer konkreten Störung. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass das Gericht den Urteilsspruch nicht ohne eingehende Erörterung insbesondere der Beseitigungsmaßnahmen fällen wird. Die Kreativität und ggf. Expertise des Normadressaten bei der Suche nach einem die Interessen beider Parteien optimal vereinbarenden Weg zur Störungsbeseitigung kann daher auch bereits im Erkenntnisverfahren fruchtbar gemacht werden. Wird der Normadressat durch die Gefahr „überschießender“ Sanktionen unter Druck gesetzt, so wird seine interessenwahrende

Aktivität in prozessökonomischer Weise bereits im Erkenntnisverfahren sogar gefördert. Eine erwünschte Einbindung des Normadressaten kann daher auch dann erfolgen, wenn die Verurteilung auf die Vornahme bestimmter Beseitigungsmaßnahmen gerichtet ist.

Das setzt allerdings voraus, dass das Gericht den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in seiner Ausprägung als Erforderlichkeitsprinzip („Gebot des mildesten Mittels“) streng befolgt. Das Gericht kann dem Normadressaten nur solche konkreten Maßnahmen aufgeben, die *in concreto* zur wirksamen Störungsbeseitigung erforderlich sind.

Von der soeben beschriebenen Maßnahmenkompetenz des Gerichts ist seine Möglichkeit zu unterscheiden, den Beklagten zunächst allgemein zur Beseitigung einer konkret beschriebenen Wettbewerbsverletzung zu verurteilen und im Anschluss daran bestimmte Maßnahmen beispielhaft aufzuzählen, die es dazu für geeignet hält. Mit dieser Variante kann das Gericht insbesondere auf einen nicht erwiesenen Vortrag des Beklagten reagieren, nach dem eine bestimmte Maßnahme ebenso gut zur Störungsbeseitigung geeignet sei wie eine andere, die der Kläger beantragt hat und deren Wirksamkeit für das Gericht feststeht (Prognoserisiko der Beseitigungsmaßnahme). Folgt der Beklagte dem Vorschlag des Gerichts, so ist er gegenüber zwangsweiser Durchsetzung durch den Kläger sicher, da die Erfüllungsqualität der getroffenen Maßnahme durch das Prozessgericht rechtskräftig festgestellt wurde. Folgt er den Vorschlägen nicht, indem er versucht, die Verletzung auf andere Weise zu beseitigen, so handelt er „auf eigene Gefahr“. Der Chance der weitestgehenden Verfolgung seiner wirtschaftlichen Ziele steht das Risiko gegenüber, mit Zwangsmaßnahmen durch den Kläger (im Regelfall einem Anspruch auf Erstattung der Kosten der Ersatzvornahme) überzogen zu werden.

Die begehrte Beseitigungsmaßnahme muss zur Aufhebung des Störungszustands *geeignet, erforderlich und verhältnismäßig* sein. Damit erfordert die Ermittlung der konkreten Beseitigungsmaßnahme eine sorgfältige Interessenabwägung. Leitmaxime ist die effektive Beseitigung des Störungszustands. Die Beseitigungsmaßnahme darf jedoch keinen Strafcharakter annehmen. Insbesondere ist der Erforderlichkeitsgrundsatz zu beachten. Der Anspruch kann nur das jeweils mildeste Mittel zur Verletzungsbeseitigung tragen. So reicht es aus, unzutreffende Bezeichnungen auf Geschäftspapieren zu überkleben oder zu überdrucken, ohne dass ihre Vernichtung angeordnet zu werden braucht. Allerdings kann es darüber hinaus auch geboten sein, durch entsprechend offene Fassung des Urteilstenors dem Schuldner die Entscheidungsfreiheit über das Mittel zur Beseitigung der – allerdings konkret zu bezeichnenden – Verletzung zu belassen, wenn die Frage nach der Geeignetheit bestimmter Maßnahmen beim Entscheid des Prozessgerichts mit einem erheblichen, von erst später feststellbaren Tatsachen abhängigen, Prognoserisiko behaftet ist. Die vom BGH vorgenommene inhaltliche Ausweitung des Unterlassungsanspruchs auch auf die Beseitigung führt dazu, dass der Unterlassungsanspruch, der tatbestandlich gerade keinem Verhältnismäßigkeitsvorbehalt unterliegt, zu einer Umgehung des Verhältnismäßigkeitsprinzips führen kann.

Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist auch die Notwendigkeit, dem Verletzer eine angemessene Frist zur Beseitigung zu setzen (sog. *Aufbrauchsfrist*). Unter diesem Blickwinkel ist eine Frist von 30 Tagen ab Rechtskraft des Urteils zur Entfernung einer unzulässigen Bezeichnung auf Schrifftafeln, Werbematerial, Briefpapier aber nicht zu kurz.

Die Art der Beseitigungsmaßnahme ist regelmäßig sowohl im Klagantrag als auch im Urteilstenor inhaltlich konkret anzugeben. Daraus ist aber nicht zu schließen, dass der Beseitigungsanspruch in jedem Fall nur eine bestimmte Beseitigungsmaßnahme zum Inhalt haben könnte. Es ist durchaus denkbar, dass für die Beseitigung des Störungszustands mehrere äquivalente Maßnahmen in Betracht kommen. Im Einzelfall ist genau zu ermitteln, ob die avisierten Maßnahmen tatsächlich als gleichwertig zu betrachten sind. In BGH, GRUR 1954, 337 – *Radschutz*, wurden als Beseitigungsmöglichkeiten die Unkenntlichmachung bestimmter Textstellen oder die Vernichtung der

Druckschrift selbst als gangbare Alternativen angesehen. In diesen Fällen können mehrere Beseitigungsmaßnahmen angegeben werden, wobei die Art der Beseitigungsmaßnahmen jeweils inhaltlich konkret zu bestimmen ist.

Wird wie hier und mit der ganz h.M. davon ausgegangen, dass sowohl Klagantrag als auch Urteilstenor auf die Vornahme bestimmter Maßnahmen gerichtet sein können, so stellt sich natürlich die Frage der Fassung des Urteilstenors und des Entscheids über die Kosten, wenn das Gericht zwar eine Verletzung feststellt, aber zu deren Beseitigung andere als die vom Kläger beantragten Maßnahmen für ausreichend hält. Davon ist zunächst der Fall zu unterscheiden, in dem der Kläger selbst unter Beachtung des Bestimmtheitsgebots einen „offenen“ Klagantrag stellt. Hier ist der Klage stattzugeben. Der Kläger obsiegt in vollem Umfang; die Kosten trägt der Beklagte. Ebenso ist aber auch der Fall zu behandeln, in dem der Kläger in seinem Begehren bestimmte Maßnahmen nur beispielhaft aufgenommen hat, weil der „Insbesondere“-Zusatz weder eine Einschränkung noch eine Erweiterung des im Obersatz formulierten Begehrens darstellt. Darüber hinaus ist anerkannt, dass der Kläger ausnahmsweise alternative Maßnahmen beantragen kann, wenn insgesamt zwar verschiedene Maßnahmen, aber auch nicht mehr als diese zur Beseitigung in Betracht kommen. Folgt das Gericht in diesem Fall dem Antrag auch nur im Hinblick auf eine Beseitigungsmaßnahme, so hat der Kläger gleichfalls in vollem Umfang obsiegt. In allen anderen Fällen hat das Gericht die Klage im Grundsatz mit der Folge der Kostenteilung insoweit abzuweisen, als es den Beklagten nicht zu der beantragten Beseitigungsmaßnahme verurteilt.

Ein Abnehmer kann sich im Wege der Beseitigungsklage nicht von Verträgen lösen, zu deren Abschluss er durch Maßnahmen unlauteren Wettbewerbs bestimmt wurde. Das UWG kennt kein allgemeines Rücktrittsrecht des Abnehmers.

cc) Widerrufsanspruch

Der Widerruf ist eine besondere Ausprägung der Störungsbeseitigung. Der Anwendungsbereich des Widerrufsanspruchs erfasst Störungszustände unkörperlicher Art. Die Berichtigung zielt auf die Beseitigung fortdauernder Wirkungen, die von ruf- oder kreditschädigenden Äußerungen ausgehen.

Aus dem systematischen Zusammenhang und der Funktion der Berichtigung als Störungsbeseitigungsmaßnahme ergibt sich, dass ein fortdauernder Störungszustand materielle Voraussetzung der Berichtigungsklage ist. Die unrichtigen Äußerungen müssen sich deshalb weiterhin schädigend auswirken. Das ist der Fall, wenn beim Publikum der Glaube an die aufgestellten Behauptungen fortbesteht. Insbesondere bei Maßnahmen der Werbung ist zu untersuchen, ob es sich um Äußerungen innerhalb einer ihrer Natur nach „kurzlebigen“ Aktion gehandelt hat, oder ob das Bewusstsein des Publikums durch die Maßnahme anhaltend beeinflusst wurde.

Der Störungszustand muss ferner durch unrichtige oder sonst irreführende Äußerungen hervorgerufen worden sein. Es ergibt sich aus dem Wesen des Widerrufs, dass er nur gegen objektiv unrichtige Äußerungen eingesetzt werden kann. Damit ist zugleich klargestellt, dass es sich um Behauptungen *tatsächlicher Art* handeln muss, denn nur sie lassen sich im Wege des Beweises überprüfen. Der Widerruf einer subjektiven Meinungsäußerung oder eines Werturteils verstieße gegen das Grundrecht auf Meinungsfreiheit und kann daher nicht eingeklagt werden. Zivilrechtlich wird der Verletzte insoweit nur durch die Ansprüche auf Unterlassung und Geldentschädigung geschützt.

Der Widerrufsanspruch setzt kein Verschulden voraus. Im Hinblick auf die Ausgestaltung des Widerrufsanspruchs gelten die für den Beseitigungsanspruch entwickelten Grundsätze. Der begehrte Widerruf muss geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein.

Insbesondere die Erforderlichkeitsprüfung verlangt beim Widerrufsanspruch besondere Sorgfalt. Die besondere Form der Beseitigung wirkt durch das geforderte Eingeständnis einer Unwahrheit für den Normadressaten demütigend und damit besonders belastend. Unter diesen Umständen

können andere Maßnahmen als mildere Mittel zur Beseitigung der Störungswirkungen in Betracht kommen. Bei Presseangriffen wird häufig die Urteilspublikation für ausreichend erachtet. Weiterhin entwickelte die Praxis die Rechtsinstitute der „*Richtigstellung der Sachlage*“ und des „*eingeschränkten Widerrufs*“. „*Richtigstellung der Sachlage*“ oder „*Ergänzung*“ kann verlangt werden, wenn die Behauptung nicht schlechthin unwahr ist, sondern dem Publikum nur einen unzutreffenden Eindruck vermittelt, weil sie unvollständig, übertrieben oder missverständlich ist. So kann etwa von einem Medienunternehmen, das sich eine unrichtige Äußerung Dritter nicht zueigen gemacht hat, nur ein „*Abrücken*“ von der Äußerung des Dritten verlangt werden (BGH, GRUR 1976, 651 – *Der Fall Bittenbinder*). Dasselbe gilt, wenn die Äußerung nur teilweise unwahr ist.

Insbesondere bei vermindertem Rechtsbewährungsbedürfnis kommt nur ein Anspruch auf „*eingeschränkten Widerruf*“ in Betracht. Das ist der Fall, wenn unwahre Aussagen ursprünglich richtig oder rechtmäßig waren, nachträglich aber unrichtig oder rechtswidrig geworden sind. Daneben kann in zahlreichen Fällen die Unwahrheit der Behauptung vom regelmäßig beweisbelasteten Verletzten nicht bewiesen, bzw. im Fall des § 4 Nr. 2 UWG vom ausnahmsweise beweisbelasteten Verletzer nicht ausgeräumt werden. Bei allen drei Fallgruppen kann dem Verletzer ein umfassender Widerruf nicht angesonnen werden. In allen Fällen bildet ein „*eingeschränkter Widerruf*“ die geeignete Form der Störungsbeseitigung. Die Einschränkung kann insbesondere durch Erläuterungen wie „*rücke von der Behauptung ab*“ oder „*halte die Behauptung nicht mehr aufrecht*“, zum Ausdruck gebracht werden.

Der Widerruf muss Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht werden. Wegen der höheren „*Zielgenauigkeit*“ wird die Mitteilung an Dritte – das sind die Empfänger der beanstandeten Äußerung – für den Normadressaten regelmäßig weniger belastend sein. Als Mitteilungsformen kommen insbesondere Briefe und Rundschreiben in Betracht. Ist allerdings der Adressatenkreis der beanstandeten Äußerung bereits unbestimmt, wird nur die Veröffentlichung zur Störungsbeseitigung geeignet sein. In Anbetracht der Beseitigungsfunktion des Widerrufsanspruchs, muss sich die Berichtigung im Fall der Veröffentlichung grundsätzlich der gleichen Form wie die ursprünglichen Äußerungen bedienen und an denselben Adressatenkreis richten. Andererseits darf dies nicht zulasten der Wirksamkeit der Berichtigung gehen, was insbesondere dann Bedeutung erlangt, wenn die vergleichbare Publikationsform erst längere Zeit nach dem Wettbewerbsverstoß erneut erscheint.

Die Bestimmung des Wortlauts sowie die konkrete Durchführung der Berichtigung haben im Urteil zu erfolgen. Das Gericht ist zu Präzisierungen des vom Kläger begehrten Textes der Richtigstellung befugt, vorausgesetzt dass diese nicht über den gestellten Antrag hinausgehen.

dd) Klage auf Urteilspublikation

Insoweit ist zu differenzieren: Die Rechtsprechung hat den Grundsatz entwickelt, dass ein Anspruch auf Veröffentlichung eines lauterkeitsrechtlichen Urteils auf negatorischer (Störungsbeseitigung) oder reparatorischer (§ 249 Abs. 1 BGB) Grundlage bestehen kann. Die Voraussetzungen dafür bestehen einerseits im Bestehen eines Beseitigungs- oder Schadensersatzanspruchs sowie andererseits eines Unterlassungs-, Widerrufs-, Beseitigungs- oder Schadensersatzurteils.

Neben dieser materiellrechtlichen Anspruchsgrundlage für eine Urteilspublikation steht die Urteilspublikation auf der Grundlage von § 12 Abs. 2 UWG. Dabei handelt es sich um ein prozessuales Instrument.

ee) Anspruch auf Gegendarstellung

Die Gegendarstellung unterscheidet sich vom Widerruf dadurch, dass nicht der Normadressat, sondern der Verletzte als Urheber der zu veröffentlichenden Erklärung in Erscheinung tritt. Für den Verletzten hat die Gegendarstellung zwar den Nachteil, dass vom Normadressaten keinerlei

Stellungnahme zu seiner beanstandeten Äußerung abgegeben wird. Der Wiederherstellungseffekt der Gegendarstellung bleibt mit Rücksicht auf den nur gering veranschlagten Richtigkeitsgehalt von Erklärungen eines Betroffenen in eigener Sache hinter der Richtigstellung durch den Verletzer zurück. Auf der anderen Seite ist das Recht zur Gegendarstellung dadurch auch wesentlich flexibler. Der Anspruch auf Gegendarstellung ist nicht lauterkeitsrechtlich oder allgemein zivilrechtlich geregelt, sondern in den Mediengesetzen, z.B. § 9 bwMedienG für Hörfunk und Fernsehen und in § 11 bwPresseG für die Presse.

b) Reparatorische Ansprüche

aa) Allgemeines

Zu den reparatorischen Klagen sind die Klagen auf Schadensersatz, Schmerzensgeld und Gewinnherausgabe zu rechnen. Ihnen ist gemeinsam, dass es sich ihrer primären Funktion nach um Wiedergutmachungsklagen handelt. Neben der Ausgleichsfunktion ist ihnen zusätzlich auch Präventions- und Sanktionswirkung beizumessen. In der lauterkeitsrechtlichen Praxis kommt ihnen eine nur untergeordnete Rolle im Vergleich zu den Abwehrklagen zu.

Die reparatorischen Ansprüche bestehen kumulativ neben den Abwehransprüchen, weil beiden Anspruchskategorien unterschiedliche Funktionen zuzuschreiben sind.

Komplizierter ist das Verhältnis des Schadensersatzanspruchs zum bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Gewinnherausgabe. Grundsätzlich ist daher davon auszugehen, dass die beiden Ansprüche unabhängig voneinander geltend gemacht werden können. Davon sind jedoch Ausnahmen anzuerkennen (sog. Verquickungsverbot). Das ist zunächst der Fall, wenn der Schadensersatz teilweise oder ausschließlich auf der Grundlage des vom Verletzer erzielten Gewinns oder in Analogie zu diesem errechnet wird. Dann ist die Einbeziehung des Verletzergewinns in die Schadensberechnung notwendig bei der Bemessung des Gewinnherausgabeanspruchs zu berücksichtigen. Im Falle der ausschließlichen Bestimmung des Schadensersatzes nach dem Verletzergewinn besteht keine Veranlassung, dem Kläger neben dem Schadensersatz, der sich faktisch mit dem Gewinnherausgabeanspruch deckt, auch noch letzteren zuzugestehen. Auch wenn der Verletzte seinen Schadensersatzanspruch auf andere Weise berechnet und den Anspruch auf Gewinnherausgabe geltend macht, so mindert der erfolgreich durchgesetzte bzw. durchsetzbare Anspruch auf Gewinnherausgabe den durch den Wettbewerbsverstoß verursachten Schaden und ist somit nach den allgemeinen Grundsätzen im Wege der Vorteilsausgleichung anzurechnen.

bb) Schadensersatzanspruch des Mitbewerbers, § 9 Abs. 1 UWG

Der lauterkeitsrechtliche Schadensersatzanspruch gem. § 9 Abs. 1 UWG zielt auf den Ausgleich der durch einen Wettbewerbsverstoß verursachten materiellen Nachteile. Bezogen auf den Anspruchsinhalt unterscheidet er sich vom in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch dadurch, dass ein Wettbewerbsverstoß regelmäßig bereits begangen sein wird, weil anderenfalls der anspruchsbegründende Schaden kaum eingetreten sein kann. Die weiteren Abwehransprüche unterscheiden sich vom Schadensersatzanspruch dadurch, dass sie nach ihrer Wirkung eine geringere Reichweite besitzen. Während die Abwehransprüche lediglich die Beseitigung des Störungszustands bezwecken, umfasst der Schadensersatzanspruch darüber hinausgehend die Beseitigung der wirtschaftlich nachteiligen Folgen des Störungszustands.

Der lauterkeitsrechtliche Schadensersatzanspruch hat primär im Interesse des Verletzten Ausgleichsfunktion. Es handelt sich dabei um die charakteristische Wirkung des Schadensersatzanspruchs. Darüber hinaus ist seine Präventions- oder Sanktionsfunktion im Hinblick auf den Verletzer anzuerkennen. Mit dem Schadensersatzanspruch soll verhindert werden, dass sich der Wettbewerbsverstoß als lohnendes Geschäft für den Verletzer erweist. Die Präventions- oder

Sanktionsfunktion leitet sich zwar aus der Ausgleichsfunktion ab, doch handelt es sich nicht um deren bloße Nebenfolge. Vielmehr kommt ihr eigenständige Bedeutung zu.

In der lauterkeitsrechtlichen Praxis hat die Schadensersatzklage im Vergleich zu den Abwehrklagen nur geringe Bedeutung erlangt. Das liegt insbesondere an den *praktischen Schwierigkeiten sowohl bei der Ermittlung des Schadenseintritts als auch bei der anschließenden Schadensberechnung*. Der lauterkeitsrechtlich relevante Schaden ist schwer greifbar und vielgestaltig. Anders als im herkömmlichen Schadensersatzrecht bildet der Eintritt eines konkreten Schadens im Lauterkeitsrecht die Ausnahme. Hinzu kommt, dass sich eingetretene mittelbare Schäden, wie z.B. Umsatzrückgang, Marktverwirrung oder Störung der Kundenbeziehungen, nicht notwendig als eindeutige Folge eines Wettbewerbsverstößes bestimmen lassen. Es kommen vielmehr weitere Ursachen in Betracht, wie veränderte Konjunkturlage, Preisgestaltung, Änderung der Verbrauchergewohnheiten etc.

Der Nachweis der haftungsausfüllenden Kausalität ist für den Geschädigten regelmäßig nur unter großen Schwierigkeiten zu führen. Das zeigt sich beim Schadensposten des entgangenen Gewinns. Der wirtschaftliche Erfolg und korrespondierend die Gewinneinbuße des Verletzten hängen regelmäßig von einer Vielzahl von Faktoren ab.

(1) Verschulden

Der lauterkeitsrechtliche Schadensersatzanspruch setzt Verschulden des Verletzers voraus. Auf den Verschuldensgrad kommt es im Rahmen von § 9 Abs. 1 UWG im Einzelnen für die Haftungsbegründung nicht an. Das Verschuldenserfordernis erstreckt sich auf sämtliche, die Unlauterkeit des Wettbewerbsverhaltens begründenden Tatbestandsmerkmale.

Fahrlässigkeit ist die Außerachtlassung der im Verkehr nach den konkreten Einzelfallumständen gebotenen Sorgfalt. Es gilt ein objektiver Fahrlässigkeitsbegriff, d.h. das Maß der im Einzelfall erforderlichen Sorgfalt ist objektiv unter Außerachtlassung der individuellen Verhältnisse des Handelnden zu bestimmen. Die Objektivierung des Sorgfaltsmaßstabs bedarf für die praktische Handhabung und aus Gründen der Sachgerechtigkeit weiterer Konkretisierung. Der Sorgfaltsbegriff ist deshalb typisiert. Die im Einzelfall zu beachtenden Sorgfaltsanforderungen hängen neben dem Situationstyp maßgeblich vom Verkehrskreis ab, dem der Schädiger *in concreto* zuzurechnen ist. Der Handelnde hat diejenige Sorgfalt anzuwenden, die von einem mit durchschnittlichen Fähigkeiten und Kenntnissen ausgestatteten Vertreter der betreffenden Berufs- oder Menschengruppe erwartet werden können. Konkret vorhandenes Sonderwissen ist jedoch zu berücksichtigen. So wird der im Einzelfall gebotene Sorgfaltsmaßstab näher ausdifferenziert: An einen Großhändler sind im Einzelfall strengere Sorgfaltsanforderungen zu stellen als an einen Kleinhändler. Im Ergebnis fließt mit der Typisierung des Fahrlässigkeitsbegriffs eine subjektive Komponente in die Bemessung der Sorgfaltsanforderungen ein.

Im Hinblick auf die Tatbestandsverwirklichung eines Wettbewerbsverstößes wird zumindest der Vorwurf der Fahrlässigkeit regelmäßig gelingen. Das Verschulden kann allerdings im Einzelfall ausgeschlossen sein, wenn der Handelnde sein Wettbewerbsverhalten aufgrund eines unverschuldeten Rechtsirrtums für zulässig erachtete (sog. „Vorsatztheorie“). In sachlicher Hinsicht ist danach zu differenzieren, ob sich der Irrtum auf das Vorliegen von Tatbestandsmerkmalen (Tatbestandsirrtum) oder aber auf die Rechtswidrigkeit seines Wettbewerbsverhaltens (Irrtum über die Rechtswidrigkeit) bezieht.

Der *Tatbestandsirrtum*, z.B. Unkenntnis der Eintragung einer verletzten Marke oder Firma, Bestehen eines Geheimnisses, lässt den Vorsatz entfallen. In einem weiteren Schritt bleibt aber zu überprüfen, ob der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht und damit eine Schadensersatzpflicht besteht. Der Normadressat handelt fahrlässig, wenn er die im Einzelfall erforderlichen und zumutbaren Erkundigungen nicht eingezogen hat.

Die Schadensersatzpflicht des Handelnden setzt grundsätzlich nicht voraus, dass er sich der Rechtswidrigkeit bzw. Unlauterkeit seines Verhaltens bewusst war. Vor allem eine *unrichtige Rechtsauffassung* vermag den Schädiger nicht zu entlasten. Nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen kann daher die schuldausschließende Wirkung eines Irrtums über die Rechtswidrigkeit bzw. Unlauterkeit anerkannt werden. Insofern ist ein strenger Maßstab anzulegen. Ein entschuldbarer Rechtsirrtum ist nur dann anzuerkennen, wenn der Handelnde die gebotene Sorgfalt beachtet hat. Grundvoraussetzung ist stets, dass er hinsichtlich des intendierten Wettbewerbsverhaltens *rechtskundigen Rat* einholt. Unterlässt er das, so setzt er sich dem Fahrlässigkeitsvorwurf aus, denn er darf sich bei ungewisser Rechtslage weder lediglich auf die für ihn vorteilhafte Ansicht stützen, noch den Dingen ohne Einholung von Erkundigungen ihren Lauf lassen. Die Unbedenklichkeitserklärung durch ein Sachverständigengutachten schließt jedoch nicht per se das Verschulden des Handelnden aus. Vielmehr darf er sich nicht unbesehen auf eine derartige Expertise verlassen, sondern hat im Rahmen seines Sachverständnisses selbst eine Überprüfung anzustellen. Unter diesen Prämissen ist ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit unverschuldet, wenn sich bei komplexer Rechtslage noch keine herrschende Auffassung herauskristallisiert hat, wenn sich eine unvorhersehbare Praxisänderung vollzieht oder wenn die Rechtsprechung neue Unlauterkeitstatbestände entwickelt.

Ein Sonderfall im Bereich des Schadensersatzes ist in § 9 Abs. 3 UWG geregelt. Danach ist der Schadensersatzanspruch gegenüber verantwortlichen Personen von periodischen Druckerzeugnissen auf Fälle vorsätzlichen Handelns beschränkt. Im früheren UWG war dieses „Presseprivileg“ nur für den Fall der irreführenden Angaben i.S.v. § 3 aUWG. vorgesehen (vgl. § 13 Abs. 6 Nr. 1 S. 2 aUWG). Ob und inwieweit dieses Privileg auch auf andere Wettbewerbsverstöße erstreckt werden konnte, war umstritten.

Seit der UWG-Reform 2004 bezieht sich das Haftungsprivileg auf alle Fälle unlauteren Handelns i.S.v. § 3 UWG (seit der UWG-Novelle 2008 auf § 3 und § 7 UWG). Dies folgt in erster Linie aus dem Zweck des Presseprivilegs, das in Anbetracht der Reichweite der Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) keine Beschränkung auf Fälle irreführender Werbung gebietet. Dieser Zweck rührt ferner aus der weiten wettbewerbsrechtlichen Verantwortung der Presse her, die sich auch auf fremdverfasste Inhalte, insbesondere Anzeigen, erstreckt. Eine Ausdehnung des Schadensersatzes auch auf Fälle fahrlässiger Unkenntnis vom Wettbewerbsverstoß brächte unzumutbare Folgen für das für die Presse unverzichtbare Anzeigengeschäft mit sich.

Das Privileg des § 9 Abs. 3 UWG gilt dem Wortlaut nach nur für periodische Druckschriften, wovon Zeitungen, Zeitschriften und sonstige auf wiederkehrendes, nicht notwendig regelmäßiges Erscheinen angelegte Druckwerke zu fassen sind. Zum Kreis der privilegierten Personen gehören der Redakteur, der Verleger, der Herausgeber, der Drucker und der Verbreiter der Druckschrift.

(2) Schadensarten

Die schadensrechtlich relevante Vermögensminderung ist grundsätzlich in zweierlei Ausprägung möglich. Sie kann sich zum einen in einer tatsächlich eingetretenen Vermögenseinbuße manifestieren, indem durch das schädigende Ereignis die Vermögensaktiva vermindert oder die Passiva erhöht werden (positiver Schaden bzw. „*damnum emergens*“). Der Schaden kann bei unverändertem Vermögenszustand aber auch in der Verhinderung eines Vermögenszuwachses durch das schädigende Ereignis bestehen. Es handelt sich insofern um die Fallgruppe des entgangenen Gewinns („*lucrum cessans*“). Der Wert der Unterscheidung ist allerdings zweifelhaft, wie gerade angesichts unlauterer Wettbewerbspraktiken augenscheinlich wird: Der durch eine unlautere Herabsetzung verursachte Schaden mag primär darin erkannt werden, dass die Absatzchancen des verletzten Unternehmens am Markt sinken und ihm dadurch ein Gewinn entgeht. Aus dem damit scheinbar gegebenen *lucrum cessans* des Unternehmens wird jedoch im selben Augenblick ein *damnum emergens* des Unternehmensinhabers, weil der (Ertrags-) Wert seines Wirtschaftsgutes ebenso fällt.

Schadensersatz kann nach den allgemeinen Regeln in Form der Naturalrestitution oder als Geldersatz geleistet werden. In der Praxis spielt der Naturalersatz jedoch kaum eine Rolle, da sich die denkbaren Maßnahmen regelmäßig bereits mit der Beseitigungsklage realisieren lassen und zudem regelmäßig den entstandenen Schaden nicht umfassend abdecken.

Die Bestimmung der Schadenshöhe erweist sich im Lauterkeitsrecht regelmäßig als problembehaftet. Die Schadensberechnung nimmt daher nur einen untergeordneten Stellenwert ein. Angesichts der Quantifizierungsproblematik kommt in der gerichtlichen Praxis der Schadensschätzung auf der Grundlage von § 287 ZPO überragende Bedeutung zu. In einer Vielzahl von Entscheidungen bildet sie die alleinige Grundlage bei der Ermittlung des Haftungsumfangs. Lassen sich bestimmte Schadenspositionen aussondern und damit konkret ermitteln, so kommt die Schadensschätzung ergänzend zur Bestimmung des nicht ziffernmäßig quantifizierbaren Schadens zum Zuge.

(3) Berechnungsmodi

Neben der den Regelfall bildenden konkreten Schadensberechnung stehen dem Verletzten im Einzelfall auch abstrakte Methoden zur Ermittlung seines Schadensumfangs zur Verfügung. In Betracht kommt einerseits die Schadensberechnung anhand fiktiver Lizenzgebühren (Lizenzanalogie), andererseits die Schadensberechnung anhand des vom Verletzer erzielten Gewinns. Es handelt sich insofern um verschiedene Arten der Schadensberechnung, nicht aber um eigenständige Ansprüche.

(a) Konkrete Schadensberechnung

(aa) *beim positiven Schaden*

Im Rahmen der konkreten Schadensberechnung ist die tatsächlich erlittene Vermögenseinbuße des Verletzten zu ermitteln. Typologisch betrachtet lassen sich – trotz der Vielfalt der im einzelnen möglichen Schadenspositionen – im Wesentlichen zwei Grundkategorien des positiven Schadens unterscheiden: Es handelt sich zum einen um die finanziellen Einbußen, die aus der durch den Wettbewerbsverstoß hervorgerufenen Marktverwirrung hervorgerufen werden (*Marktverwirrungsschaden*), zum anderen um die dem Verletzer aus der Wahrnehmung seiner rechtlichen Ansprüche entstehenden Kosten (*Rechtsverfolgungskosten*).

i. Marktverwirrungsschaden

Die Reichweite des Marktverwirrungsschadens ist in den Einzelheiten umstritten. Weitgehend werden zum einen die Marktentwirkungskosten (z.T. sog. „Rettungsaufwand“), zum anderen die durch den Wettbewerbsverstoß hervorgerufene, fortdauernde und messbare Ansehensminderung des Verletzten unter den Begriff subsumiert. Teilweise wird weitergehend auch die Absatzbeeinträchtigung als Facette des Marktverwirrungsschadens angesehen, oder aber nur die dem Produkt oder dem Wettbewerber trotz ergriffener Gegenmaßnahmen weiter anhaftende Ansehensminderung als relevanter Marktverwirrungsschaden begriffen.

Zunächst ist die als Folge einer Marktverwirrung eingetretene konkrete Gewinneinbuße vom Marktverwirrungsschaden i.e.S. zu unterscheiden. Während der Marktverwirrungsschaden i.e.S. dem positiven Schaden zuzurechnen ist, ist die konkrete Gewinneinbuße schadensrechtlich als entgangener Gewinn (vgl. o.) einzuordnen.

Früher ging man zwar davon aus, dass der Zustand der Marktverwirrung als solcher für sich betrachtet noch keinen rechtlich ersatzfähigen Schaden darstelle. Dieser bestehe erst in den dem Verletzten aus der Marktverwirrung entstandenen finanziellen Einbußen. Aufgrund der Arbeiten von *Köhler* herrscht heute indes die Auffassung vor, dass mit der Marktverwirrung bereits die Störung eintritt, welche die Abwehransprüche begründet - vergleichbar einer Sachbeschädigung

oder Körperverletzung. Nur eine solche Betrachtung gestattet auch die bruchfreie Lösung der Problematik um die Marktentwirkungskosten: Maßnahmen zur Marktentwirkung dienen der Beseitigung der haftpflichtbegründenden Marktverwirrung, ähnlich wie etwa Heilmaßnahmen oder Reparaturen der Beseitigung einer Körperverletzung oder Sachbeschädigung. Die z.T. verwendete Bezeichnung „Rettungsaufwand“ ist deswegen durchaus treffend. Vergleichbar einer Automobilreparatur ist es indes auch bei der Marktentwirkung möglich, dass der mit der Marktverwirrung eingetretene Schaden durch die „Reparatur“-Maßnahme nicht vollständig beseitigt werden kann. Bei der Beschädigung eines Automobils ist unstreitig, dass neben den Reparaturkosten auch der sog. „merkantile Minderwert“ ersetzt verlangt werden kann. In diesem Sinne ist auch die verbleibende Marktverwirrung ersatzfähig, die durch Marktentwirkungsmaßnahmen nicht beseitigt werden kann. Sie ist im Regelfall nur der Schadensschätzung gem. § 287 ZPO zugänglich.

Ersatzfähige Marktentwirkungskosten sind diejenigen Aufwendungen, die der Verletzte gezielt zur Behebung der ansehensmindernden Folgen des gegen ihn gerichteten Wettbewerbsverstoßes tätigt, und stellen nur in Höhe des zur Beseitigung erforderlichen Aufwands einen rechtlich ersatzfähigen Schaden dar. Unstreitig sind die Aufwendungen für Inserate zur Richtigstellung, Aufklärungsschreiben und gezielte Abwehrwerbung erstattungsfähige Kosten.

Fraglich ist, ob auch Marktentwirkungskosten in Gestalt eines erhöhten allgemeinen Werbeaufwands ersatzfähig sind. Die Rechtsprechung hat den Grundsatz aufgestellt, dass nur solcher Werbeaufwand, der unmittelbaren und erkennbaren Bezug auf die unlautere Werbung des Gegners nimmt, als Rettungsaufwand ersatzfähig ist. Die Richtigkeit dieser Annahme kann indes durchaus bezweifelt werden. Immerhin hatte der Bundesgerichtshof selbst in älteren Entscheidungen auch allgemeinen Werbeaufwand für anteilig ersatzfähig gehalten, wenn er geeignet erschien, die schädlichen Wirkungen der Verletzungshandlungen auszugleichen.

Der Bundesgerichtshof erkennt deshalb jedenfalls dann eine Ausnahme an, wenn die Richtigstellung schädigender Äußerungen auf der Ebene rationaler Argumente nicht mehr möglich ist. Wegen einer „spezifischen Verknüpfung der Marktgeltung einer Ware mit der Werbung“ könne „zur Schadlosstellung von Einbrüchen in das „Image“ der Ware eine besondere Werbeaktion auf Kosten des Schädigers erforderlich“ sein. Anzeigenwerbung könne funktionale Bedeutung für den Ruf eines Produktes haben, die ihr in anderen Fällen der Rufschädigung nicht zukomme.

Weiter stellt sich die Frage, ob der Aufwand, der von *eigenen Mitarbeitern* zur Marktentwirkung betrieben wird (Kundengespräche durch Verkaufspersonal), als Rettungsaufwand ersatzfähig ist. Z.T. wird das mit der Begründung abgelehnt, dass nur extra dafür eingestellte Mitarbeiter bzw. gesondert zu vergütende Arbeitszeit bereits eingestellter Mitarbeiter einen ersatzfähigen Schaden begründen.

Dem liegt eine unzutreffende Betrachtung zugrunde: Wenn ein Richtigstellungsaufwand durch die Mitarbeiter des verletzten Unternehmens betrieben wurde, steht damit auch der Schaden fest. Denn die Mitarbeiter hätten sonst andere Tätigkeiten ausführen können, für die sie bezahlt werden (z.B. Regale aufräumen, Waren nachsortieren, Lieferungen auspacken etc.), und die so liegenbleiben oder unsorgfältiger ausgeführt werden müssen. Es spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass ein mit Erwerbsabsicht tätiges Unternehmen seine Angestellten nicht fürs Nichtstun bezahlt. Im Schadensrecht ist anerkannt, dass auch im Fall der Beseitigung von Schäden durch eigene festangestellte Mitarbeiter jedenfalls dann ein Schaden vorliegt, wenn die Beseitigungsmaßnahme selbst im Rahmen des ausgeübten Gewerbes erfolgt (z.B. Reparatur des beschädigten Vorführgewagens durch die Kfz-Werkstatt des Autohändlers). Denn dann werden die Angestellten von ihrer bestimmungsgemäßen und gewinnorientierten Tätigkeit abgehalten. Bereits darin ist der ersatzfähige Schaden zu erkennen.

Der Fall der Schadensbeseitigung muss vom Fall der *Schadensbearbeitung* unterschieden werden. Der administrative Aufwand zur Abwicklung von Schäden ist nach – wenngleich bestrittener – h.M. vom Verletzten selbst zu tragen, soweit er nicht zulässigerweise an Dritte delegiert wird

(z.B. durch Beauftragung von Rechtsanwälten) und dafür Kosten entstehen. Weitgehend unstreitig sind vorbereitende Aufwendungen, die allgemein dazu dienen sollen, einen erwarteten Schaden so gering wie möglich zu halten, ohne letztlich dem Schädiger zugute zu kommen, nicht ersatzfähig.

Fiktive Marktentwirkungskosten stellen nach h.M. keinen rechtlich ersatzfähigen Schaden dar. Tatsächlich ist davon auszugehen, dass, wenn der Gläubiger die Marktentwirkung unterlässt, die Kosten der hierfür erforderlichen Maßnahmen sich nicht in einer entsprechenden Gewinnsteigerung wiederfinden lassen. Das gestattet den Rückschluss, dass die „fiktiven Marktentwirkungskosten“ den Umfang des tatsächlich eingetretenen Marktverwirrungsschadens übersteigen, und rechtfertigt zugleich, sie für nicht erstattungsfähig zu halten.

ii. *Rechtsverfolgungskosten*

Zu den im Rahmen des Schadenersatzanspruchs zu ersetzenden Kosten der Rechtsverfolgung – dazu zählen auch die Kosten der Beweissicherung – sind nur diejenigen zu rechnen, die dem Verletzten vor Einleitung des Wettbewerbsprozesses entstanden sind. Die Erstattung der Prozesskosten richtet sich demgegenüber nach der ZPO (vgl. § 91 ff.). In diesem Sinne kann man zu den im Rahmen des Schadenersatzanspruchs zu erstattenden Schadensposten insb. die Anwaltskosten wegen vorgerichtlicher Abmahnung, Aufwendungen für die Erstattung von Sachverständigengutachten, Aufwendung für Recherchen etc. zählen.

(bb) *beim entgangenen Gewinn*

Die konkrete Berechnung des entgangenen Gewinns kommt nur sehr eingeschränkt zum Zuge. Eine konkrete Schadensberechnung ist allerdings möglich, wenn der Schädiger – etwa durch Anschwärmung gegenüber dem Vertragspartner – einzelne Geschäfte an sich zieht, die ohne den Wettbewerbsverstoß vom Geschädigten getätigt worden wären oder wenn Geschäftspartner des Geschädigten ihre geschäftlichen Beziehungen aufgrund des Wettbewerbsverstoßes des Schädigers abbrechen. Insoweit kann der Verletzte vortragen und beweisen, welchen Nettogewinn er aus diesem Vertrag erzielt hätte.

Schwieriger ist die Beurteilung, wenn Wettbewerbsverstöße publikumsbezogen sind. Wenn der Gewinn nach dem Wettbewerbsverstoß signifikant absinkt und keine anderen plausiblen Ursachen dafür in Betracht kommen, kommt auch hier die Geltendmachung des entgangenen Gewinns in Betracht. Im Regelfall wird es aber an der Voraussetzung, dass keine anderen plausiblen Ursachen in Betracht kommen, gerade fehlen.

In dem *Tolbutamid*-Urteil (BGH GRUR 1980, 841 – *Tolbutamid*) ging es um die Berechnung des Schadens, der durch eine Patentverletzung entstanden war. Durch die Patentverletzung war der Umsatz des Verletzten nur auf einem – nämlich dem vom Patentschutz erfassten – Produkt eingebrochen. Davon ausgehend verlangte die Kl. entgangenen Gewinn auf der Basis des Umsatzverlustes, wovon sie einen Gewinnanteil von 10 % und einen Deckungsbeitrag von 26 % geltend machte. Das wurde vom Bundesgerichtshof ebenso wie schon von der Vorinstanz beanstandet. Auch unter sog. „Rennern“ sei die Ertragslage so unterschiedlich, dass einzelne zu diesem Kreis zählende Erzeugnisse aus produktionsbedingten Umständen, kaufmännischen Erwägungen, Marktücksichten, längerfristigen Planungen und Erwägungen oder gar Fehlkalkulationen einen weitaus geringeren Gewinnanteil abwürfen.

(b) *abstrakte Methoden der Schadensberechnung*

(aa) *hypothetische Lizenzgebühr*

Die Schadensberechnung auf Basis einer *hypothetischen Lizenzgebühr* wurde in der Rechtsprechung des Reichsgerichts für Fälle der Verletzung von Immaterialgüterrechten entwickelt und

vom Bundesgerichtshof auf die Verletzung sachlich vergleichbarer Rechtspositionen ausgedehnt. Bei der Schadensberechnung in Form der Lizenzanalogie handelt es sich um eine normative Art der Schadensbestimmung (abstrakte Schadensberechnung). Die Schadensberechnung fußt auf der Fiktion eines Lizenzvertrags zwischen dem Schädiger und dem Verletzten. Darauf, ob der Geschädigte dem Verletzer in Realität überhaupt eine Lizenz erteilt hätte, kommt es nicht an. Der Haftungsumfang ermittelt sich aus der hypothetischen Lizenzgebühr, die für die Inanspruchnahme des verletzten Immaterialgüterrechts unter angemessenen Bedingungen zu entrichten gewesen wäre. Dabei wird davon ausgegangen, dass der Geschädigte zumindest einen Gewinn in Höhe der entgangenen Lizenzgebühr hätte erzielen können. Der Berechnungsmethode liegt die Überlegung zugrunde, dass der Schädiger aus Gründen der Billigkeit im Ergebnis nicht besser stehen darf als der Rechtstreue, der sich ordnungsgemäß um die Einräumung einer Lizenz bemüht. Die Problematik der Berechnungsmethode besteht darin, dass die Präventions- und Sanktionsfunktion des Schadenersatzes eingeschränkt wird: Im schlechtesten Fall hat der Verletzer lediglich die regulären Gebühren zu entrichten. Im Ergebnis ist die Gewährung von Schadenersatz auf der Grundlage der Lizenzanalogie nur eine zweitbeste Lösung. Auch rechtspolitisch ist es allemal sinnvoller, den konkret entstandenen Schaden so großzügig zu schätzen, dass der Rückgriff auf die Lizenzanalogie nicht erforderlich ist.

Im Zusammenhang mit lauterkeitsrechtlichen Verletzungstatbeständen kann die Schadensberechnung anhand der Lizenzanalogie ohnehin nur eingeschränkt zur Bestimmung des Haftungsumfangs herangezogen werden. Voraussetzung ist, dass Art und Umfang der durch das Lauterkeitsrecht gewährten Rechtsposition dem Immaterialgüterrechtsschutz in sachlicher Hinsicht vergleichbar sind. Dem Berechtigten muss ein Alleinbenutzungsrecht und korrespondierend eine gegenüber jedermann durchsetzbare Ausschlussbefugnis zustehen. Bei sonstigen Wettbewerbsverstößen scheidet die Berechnung nach der Lizenzanalogie von vornherein aus. Damit kommen als mögliche Anwendungsfälle der Lizenzanalogie die Produktnachahmung gem. § 4 Nr. 3 UWG sowie die unbefugte Verwertung von Betriebsgeheimnissen, Geschäftsgeheimnissen oder anvertrauter Vorlagen gem. § 4 Abs. 3 GeschäftsGehG in Frage.

(bb) Berechnung nach dem Gewinn des Verletzers

Die Ermittlung des Haftungsumfangs auf Grundlage des vom Verletzer erzielten Gewinns ist eine eigenständige abstrakte Art der Schadensberechnung, die nicht mit dem bereicherungs- bzw. GoA-rechtlichen Gewinnherausgabeanspruch (dazu u.) zu verwechseln ist. Die Berechnungsmethode findet – wie auch die Lizenzanalogie – nur Anwendung auf Fallkonstellationen, in denen die durch das UWG geschützten Rechtspositionen dem Immaterialgüterrechtsschutz sachlich vergleichbar sind. Der Verletzergewinn dient als Bezugsgröße für die Ermittlung des dem Geschädigten durch den Wettbewerbsverstoß entgangenen Gewinns. Ohne Bedeutung ist es, ob der Verletzte den Gewinn tatsächlich hätte realisieren können. Der Verletzte kann indes nicht den gesamten Verletzergewinn als Schadenersatz fordern. Vielmehr sind diejenigen Gewinnfaktoren zu berücksichtigen, die nicht im Wettbewerbsverstoß des Schädigers begründet liegen, und dementsprechend den Haftungsumfang im Vergleich zum Gesamtgewinn des Verletzers schmälern. Im Übrigen sind vom erzielten Erlös des Verletzers seine eigenen Kosten abzuziehen. Insoweit wurden früher auch die Gemeinkosten als abzugsfähig anerkannt, mit der Folge, dass der rechnerisch verbleibende Gewinn minimiert wurde. Mit der Entscheidung *Gemeinkostenanteil* (GRUR 2001, 329) hat der BGH die Rechtsstellung des Gläubigers insoweit entscheidend verbessert. Im Ergebnis erweist sich diese Berechnungsform im Hinblick auf die Schadensberechnung jedoch als in gleichem Maße problembehaftet wie die Ermittlung des dem Geschädigten entgangenen Gewinns selbst. Immerhin bietet diese Variante der Schadensberechnung den Vorteil, dass der Verletzte nicht gehalten ist, zur Begründung seiner Ersatzforderung auch noch geheimhaltungsbedürftige Daten in den Prozess einzuführen.

Die drei Berechnungsarten dürfen nicht miteinander vermengt werden, wenn sie sich inhaltlich auf dieselbe Schadensposition beziehen. Davon abgesehen bestehen keine Bedenken gegen die

kombinierte Anwendung der Berechnungsmethoden. Auf dieser Grundlage ist das Verhältnis der Berechnungsarten im Einzelfall zu bestimmen. Die konkrete Berechnung des entgangenen Gewinns und die abstrakte Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie oder dem Verletzergewinn dürfen nicht verquickt werden (Verquickungsverbot).

cc) Schadensersatzanspruch des Verbrauchers § 9 Abs. 2 UWG

Während der Individualschutz im Lauterkeitsrecht bisher wenig bis kaum Beachtung fand und die geschädigten Verbraucher auf die Rechtsbehelfe des Bürgerlichen Rechts, insb. die Arglistanfechtung, Gewährleistungsansprüche bei Kauf-, Werk-, Miet- oder Pauschalreiseverträgen oder die Haftung aus vorvertraglichem Verschulden verwiesen wurden, stießen diese Instrumente spätestens mit den Diesel-Fällen an ihre Grenzen: Die vertragsrechtlichen Ansprüche versagten entweder, weil die Händler gar keine Kenntnis von den Abschaltmechanismen hatten, oder weil sie – wiederum infolge mangelnder Kenntnis – verjährt waren.

In unmittelbarer Folge des Dieselskandals gelangte im Rahmen des „New Deal for Consumers“ durch Art. 3 Nr. 5 Omnibus-RL der neue Art. 11a Abs. 1 in die UGP-Richtlinie. Danach haben „Verbraucher, die durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigt wurden, ... Zugang zu angemessenen und wirksamen Rechtsbehelfen, einschließlich Ersatz des dem Verbraucher entstandenen Schadens sowie gegebenenfalls Preisminderung oder Beendigung des Vertrags“. Auf dessen Grundlage führte der deutsche Gesetzgeber den Individual-Schadensersatzanspruch für Verbraucher ein. Mit der Umsetzung des Art. 11a Abs. 1 UGP-RL wurde in § 9 Abs. 2 UWG erstmals ein Schadensersatzanspruch für Verbraucher bei Lauterkeitsverstößen geschaffen.

Hierzu hat der deutsche Gesetzgeber in § 11 Abs. 1 UWG auch eine eigene Verjährungsfrist von einem Jahr und in § 14 Abs. 4 UWG zur gerichtlichen Zuständigkeit für Schadensersatzansprüche aus § 9 Abs. 2 UWG einen Verweis auf die allgemeinen Zuständigkeitsvorschriften in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten eingefügt.

(1) Unzulässige geschäftliche Handlung

Anknüpfungspunkt für die Haftung ist die unzulässige geschäftliche Handlung iSd § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG.

Voraussetzung ist, dass dem Verbraucher der Schaden durch eine unlautere Geschäftshandlung entstanden ist, sodass Verstöße gegen die § 7 UWG, sofern er Verbraucher betrifft, die §§ 3a, 4, 6 und Nummer 32 des Anhangs nicht haftungsbegründend sind. Die Gesetzesbegründung macht deutlich, dass der Gesetzgeber den Anspruch lediglich bei Verstößen gegen Vorschriften, welche die UGP-RL umsetzen, erfassen wollte (RegE, BT-Drs. 19/27873, S. 41). Das ermöglicht die Korrektur einer zu weitgehenden Ausschlusswirkung durch eine richtlinienkonforme Auslegung des § 9 Abs. 2 S. 2 UWG.

Die Anknüpfung an die UGP-Richtlinie hat zur Folge, dass nach § 5b Abs. 4 UWG auch alle unionsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich Informationspflichten bei Verstößen zu individualrechtlichen Schadensersatzansprüchen führen können. Dasselbe gilt für die Generalklausel des § 3 Abs. 2 UWG, der zu einem europäischen Rechtsbruchtatbestand führen könnte.

(2) Vertragskausalität

Im Unterschied zum Referentenentwurf enthält das verabschiedete Gesetz die Voraussetzung, dass der Verbraucher durch die unlautere geschäftliche Handlung zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst worden sein muss. Diese Voraussetzung stellt den erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen der unzulässigen geschäftlichen Handlung und dem entstandenen Schaden her. Es reicht nicht aus, dass die geschäftliche Handlung abstrakt-generell das Risiko einer auf falscher Grundlage getroffenen Entscheidung birgt, es muss vielmehr auch im konkreten Einzelfall dazu gekommen sein. Der Verbraucher muss durch die unzulässige geschäftliche

Handlung eine Entscheidung im konkreten Einzelfall getroffen haben, die er ohne die geschäftliche Handlung nicht getroffen hätte.

Das führt nicht dazu, dass jeder Lauterkeitsverstoß haftungsbegründend ist. Vielmehr muss der Verbraucher grundsätzlich seine „Veranlassung“ darlegen, dass er ohne den Lauterkeitsverstoß den Vertrag nicht geschlossen hätte. Dabei kann ihm jedoch der Schutzzweck der verletzten Norm eine Vermutung hinsichtlich der Kausalität des Vertragsabschlusses bieten. Je stärker der Lauterkeitsverstoß, desto eher greift die Vermutung, so z.B. bei dem Fall des hartnäckigen und unerwünschten Ansprechens von Verbrauchern im Wege der Telefonwerbung (Nr. 26 Anh. zu § 3 Abs. 3 UWG).

(3) Schaden

Gelingt dem Verbraucher der Nachweis der Vertragskausalität oder wird sie bei wesentlichen Lauterkeitsverstößen vermutet, so ist nicht entscheidend, dass die Gegenleistung tatsächlich objektiv werthaltig ist. Der Schutzzweck der UGP-Richtlinie ist nicht auf Schutz vor objektiv nachteiligen Geschäften gerichtet, sondern vielmehr vor unzulässiger Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung durch unlautere Geschäftspraktiken.

Nach der Regierungsbegründung gewährt § 9 Abs. 2 S. 1 UWG neben der Beseitigung des durch die unzulässige geschäftliche Handlung verursachten Schadens auch den Ersatz des weiteren daraus entstehenden Schadens iSd §§ 249 ff. BGB.

(4) Verschulden

Hierzu gelten dieselben bereits oben dargestellten Grundsätze für den Schadensersatz nach § 9 Abs. 1 UWG.

(5) Verhältnis zu anderen Ansprüchen des Verbrauchers

Grundsätzlich spricht der offen gehaltene Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 UGP-RL im Grundsatz für eine Anspruchskonkurrenz und gegen einen Vorrang des Vertragsrechts. Dagegen spricht jedoch der Schutz der – ebenfalls in weiten Bereichen unionsrechtlich motivierten – Nacherfüllungsbefugnis. Jedenfalls dann, wenn durch den lauterkeitsrechtlichen Anspruch die Wertungen des Vertragsrechts unterlaufen würden, sollte von solchen vertragsrechtlichen Ansprüchen eine Sperrwirkung ausgehen. Das wäre insbesondere beim kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht relevant.

Dogmatisch ist die Sperrwirkung damit zu begründen, dass die vertragsrechtlichen Regelungen zum einen spezieller sind, vgl. Art. 3 Abs. 4 UGP-RL, und zum anderen gem. Art. 3 Abs. 2 UGP-RL „unberührt“ bleiben. Damit ist nicht eine generelle Subsidiarität des § 9 Abs. 2 S. 1 UWG zu verstehen. Vielmehr kann danach kein Schadensersatz gem. § 9 UWG verlangt werden, solange und soweit der andere Vertragspartner noch zur Nacherfüllung berechtigt ist und die Nacherfüllung den Schaden beseitigen kann.

dd) Gewinnherausgabe

Seit langem ist anerkannt, dass der Verletzte bei Eingriffe in eigene Rechte mit Zuweisungsgehalt einen Anspruch auf Gewinnherausgabe aus § 687 Abs. 2 BGB (Geschäftsanmaßung; Vorsatz erforderlich) oder aus § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB (Eingriffskondiktion) hat; umstritten ist allerdings, ob der gem. § 818 Abs. 2 BGB herauszugebende Wert des erlangten „etwas“ (nach der Rspr. die Anmaßung der Rechtsposition, die allein dem Inhaber zugestanden hätte) der Gewinn aus dem Geschäft oder aber lediglich die ersparte Lizenzgebühr ist (Rspr.: lediglich ersparte Lizenzgebühr, BGH, GRUR 1982, 301 – *Kunststoffhohlprofil II*). Jedenfalls aber hat der Rechteinhaber im Fall wissentlichen Eingriffs über § 687 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf die Herausgabe des gesamten Gewinns.

ee) Schmerzensgeld

Ersatz für immaterielle Schäden kann der Verletzte nicht verlangen, wie sich aus § 253 Abs. 2 BGB ergibt, da durch Lauterkeitsverstöße keines der dort genannten Rechtsgüter verletzt wird.

In Betracht kommt allerdings eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bzw. des Unternehmenspersönlichkeitsrecht durch Äußerungen im Wettbewerb, welche nach den von der Rspr. entwickelten Grundsätzen bei immateriellen Schäden eine angemessene Entschädigung in Geld gebieten können. Auf diese Rechtsprechung kann wohl – ungeachtet der sonst bestehenden Sperrwirkung lauterkeitsrechtlicher Ansprüche im Hinblick auf konkurrierende zivilrechtliche Ansprüche – zurückgegriffen werden, da § 8 UWG gerade keine Ansprüche der unmittelbar geschädigten Adressaten der Werbung regelt (ähnlich für Verstöße gegen § 7 UWG BGH, GRUR 2009, 980 – *E-Mail-Werbung II*).

c) Der Gewinnabschöpfungsanspruch gem. § 10 UWG als Anspruch sui generis

aa) Normzweck

Der Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG erweitert das zivilrechtliche Sanktionsinstrumentarium und soll Rechtsschutzlücken vor allem bei den sog. Streuschäden schließen, die durch die Schädigung einer Vielzahl von Abnehmern bei gleichzeitig geringer Schadenshöhe beim Einzelnen gekennzeichnet sind. Ein Rechtsdurchsetzungsdefizit rührte in diesen Fällen daher, dass die Betroffenen in Anbetracht des nur geringen eigenen Schadens in der Regel von der Geltendmachung der ihnen zustehenden Rechte absahen. Da auch die Mitbewerber in solchen Fällen entweder gar keinen Schaden haben oder einen Schadensersatzanspruch nicht durchsetzen können und Unterlassungsansprüche nur in die Zukunft gerichtet sind, konnte der Schädiger den rechtswidrig erzielten Gewinn behalten. Der Unterbindung solcher Vorgehensweisen dient § 10 UWG. Die Vorschrift soll keinen Interessenausgleich zwischen dem Schädiger und den Geschädigten schaffen; vielmehr soll § 10 UWG eine Abschreckungsfunktion erfüllen und schwerwiegende Wettbewerbsverstöße unterbinden („unlauterer Wettbewerb lohnt sich nicht!").

bb) Rechtsnatur

Der Gewinnabschöpfungsanspruch setzt zwar eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Zuwiderhandlung gegen § 3 oder § 7 UWG, also eine unerlaubte Handlung, voraus. Jedoch besteht ein Unterschied zum Schadensersatzanspruch hinsichtlich der Rechtsfolgen, da der erlittene Schaden nicht ausgeglichen wird.

Eine Entsprechung zum Bereicherungsanspruch besteht insofern, als die Rechtsfolge auf die Herausgabe von etwas Erlangtem (§ 812 Abs. 1 S. 1 BGB) gerichtet ist; indes ergeben sich aufgrund der Verschuldensabhängigkeit des § 10 UWG auf der Tatbestandsebene Unterschiede zu einem Bereicherungsanspruch. Im Übrigen ist das Erlangte auch nicht an denjenigen abzuführen, auf dessen Kosten es erlangt wurde, sondern nach § 10 Abs. 1 UWG kommt die Abschöpfung dem Bundeshaushalt zugute. Somit stellt der Gewinnabschöpfungsanspruch einen Anspruch eigener Art dar.

cc) Tatbestand

Der Verletzer muss einen Gewinn zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern erzielen. Ein Gewinn liegt vor, wenn sich die Vermögenslage des Unternehmens durch die Zuwiderhandlung verbessert hat. Im Grundsatz errechnet sich der Gewinn aus den Umsatzerlösen abzüglich der Kosten. Der Gewinn muss gerade auf dem betreffenden Wettbewerbsverstoß beruhen (Kausalität). Praktische Schwierigkeiten können sich hierbei etwa ergeben, wenn bei umfangreichen Werbeaktionen lediglich einzelne Aussagen unwahr sind. Die Berufung auf den Wegfall der Bereicherung

(§ 818 Abs. 3 BGB) ist nur eingeschränkt erfolversprechend, da im Fall des Vorsatzes die Bösgläubigkeit (§ 819 Abs. 1 BGB) stets zu bejahen wäre. Allein bei grob fahrlässiger Unkenntnis kommt der Entreichungseinwand in Betracht.

Abzugrenzen ist der Gewinn zu Lasten der Abnehmer vom Gewinn auf Kosten der Mitbewerber. Nur ersterer wird von § 10 Abs. 1 UWG erfasst. Ein Gewinn ist zu Lasten von Abnehmern erzielt, wenn ihm unmittelbar ein Vermögensnachteil auf Seiten der Abnehmer gegenübersteht; es muss eine Vermögensverschiebung vom Vermögen des Abnehmers auf das Vermögen der Verletzers erfolgen. Dabei muss der Vermögensnachteil nicht bei jedem einzelnen Abnehmer festgestellt werden. Entsprechend dem Zweck des Gewinnabschöpfungsanspruchs sind diejenigen Geschäfte erfasst, aus denen den Abnehmern an sich zivilrechtliche Ansprüche zur Sicherung ihrer Vermögensinteressen gegen den Verletzer zustehen. Herauszugeben ist also der Gewinn, der dem Zuwiderhandelnden deshalb verbleibt, weil die Abnehmer die ihnen zustehenden Rechte und Ansprüche zur Sicherung ihrer Vermögensinteressen nicht geltend machen.

Abnehmer i.S.v. § 10 Abs. 1 UWG sind nicht nur Verbraucher, sondern alle unmittelbaren Vertragspartner. Um eine „Vielzahl von Abnehmern“ handelt es sich nach der Gesetzesbegründung, wenn ein größerer Personenkreis betroffen ist. Die Untergrenze dürfte – entsprechend dem AGB-Recht (vgl. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB: „Vielzahl von Verträgen“) – bei drei Abnehmern liegen.

§ 10 Abs. 1 S. 1 UWG verlangt Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit. Vorsatz liegt vor, wenn der Täter den Tatbestand der §§ 3 oder 7 UWG mit Wissen und Wollen erfüllt. Bedingter Vorsatz genügt zwar, muss sich nach allgemeiner Auffassung aber zumindest aus einer „Parallelwertung in der Laiensphäre“ auch auf den Unlauterkeitsvorwurf beziehen. Nach bisheriger Rechtslage verlangte die Norm vorsätzliches Handeln, grobe Fahrlässigkeit reichte nicht aus. Dieser Umstand schränkte die Effektivität des Rechtsbehelfs drastisch ein. In überschießender Umsetzung der europäischen Verbandsklagerichtlinie wurde durch das Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz (VRUG) vom 08.10.2023 daher eine Erweiterung des Tatbestands auf Fälle grob fahrlässiger Vornahmen einer unzulässigen geschäftlichen Handlung vorgenommen. Dies soll zur Erleichterung der Gewinnabschöpfung beitragen.

Eine weitere Erleichterung der Gewinnabschöpfung soll dadurch erzielt werden, dass in Fällen, in denen zwischen den Parteien streitig ist, ob ein Verletzergewinn erzielt wurde oder wie hoch dieser ist, das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung entscheiden kann, § 10 Abs. 1 S. 2 UWG.

Nach § 10 Abs. 2 UWG sind auf den Gewinn die Leistungen anzurechnen, die der Schuldner auf Grund der Zuwiderhandlung an Dritte oder an den Staat erbracht hat. Dies folgt aus dem Normzweck des § 10 Abs. 1 UWG. Denn ein Gewinnabschöpfungsanspruch soll verhindern, dass dem Verletzer ein Gewinn aus dem Wettbewerbsverstoß verbleibt; wird dieser Gewinn durch Leistungen an Dritte oder an den Staat aufgezehrt, so gibt es nichts mehr abzuschöpfen. Der Gewinnabschöpfungsanspruch ist jedoch subsidiär gegenüber individuellen Ansprüchen Dritter, wie beispielsweise dem Anspruch geschädigter Mitbewerber oder Verbraucher aus § 9 UWG. Von § 10 Abs. 2 UWG werden nur tatsächlich erbrachte Leistungen einschließlich Erfüllungssurrogaten erfasst. Der Zuwiderhandelnde kann sich daher nicht darauf berufen, dass er mit der Geltendmachung etwaiger Ansprüche rechnen muss oder bereits auf Zahlung verklagt wurde.

dd) Rechtsfolge

Der Anspruch aus § 10 Abs. 1 UWG ist gerichtet auf Herausgabe des (verbliebenen) Gewinns an den Bundeshaushalt. Der Anspruch ist also, ähnlich wie beim unechten Vertrag zugunsten Dritter, auf Leistung an einen Dritten gerichtet. Damit soll einer missbräuchlichen Geltendmachung des Anspruchs vorgebeugt werden. Eine Klage, die mit Hilfe eines am Gewinn zu beteiligenden Prozessfinanzierers geltend gemacht wird, dient diesem Gemeinwohlziel nicht und ist nach der

Rechtsprechung des BGH nach § 242 BGB unzulässig (BGH, GRUR 2019, 850 Rn. 23 - *Prozessfinanzierer II*; BGH, GRUR 2018, 1166 Rn. 42 – *Prozessfinanzierer*). Auf den Gewinnabschöpfungsanspruch kann § 8 Abs. 4 UWG, der als Korrektiv zur weiten Anspruchsberechtigung nach § 8 Abs. 3 UWG dient, weder direkt noch analog angewandt werden (BGH, GRUR 2018, 1166 Rn. 36 – *Prozessfinanzierer*).

Mit dem Inkrafttreten des VRuG verliert das vom BGH erkannte Verbot der Prozessfinanzierung allerdings an Bedeutung. Nach § 10 Abs. 6 S. 1 UWG ist die Beteiligung von gewerblichen Prozessfinanzierern möglich, wenn das Bundesamt für Justiz zuvor die Inanspruchnahme dieser Finanzierung bewilligt hat. Eine solche Bewilligung wird nach § 10 Abs. 6 S. 2 UWG erteilt, wenn die die beabsichtigte Rechtsverfolgung nicht missbräuchlich ist und die Aufwendungen für den Prozessfinanzierer üblich und angemessen sind.

Nach § 10 Abs. 4 UWG haben die Gläubiger dem Bundesamt für Justiz über die Geltendmachung von Ansprüchen nach § 10 Abs. 1 UWG Auskunft zu erteilen. Zweck dieser Regelung ist es, der zuständigen Stelle Klarheit darüber zu verschaffen, wer im Einzelnen mit welchem Ziel Ansprüche aus § 10 UWG geltend macht, da aus dem abgeführten Gewinn ggf. Aufwendungsersatzansprüche der Gläubiger zu befriedigen sind (vgl. § 10 Abs. 5). Zudem können durch die Auskunftserteilung möglicherweise unnötige Prozesse vermieden werden. Zu den erstattungsfähigen Aufwendungen nach § 10 Abs. 5 S. 1 UWG gehören zum einen die Aufwendungen, die eigentlich der Schuldner nach § 91 ZPO erstatten müsste, aber nicht erstattet. Denn vom Gläubiger kann nicht verlangt werden, durch das Betreiben der Zwangsvollstreckung eventuell neue finanzielle Risiken einzugehen. Zum anderen kann der Gläubiger aber auch Erstattung verlangen für erforderliche Aufwendungen, die ihm der Schuldner eigentlich nicht zu erstatten hat (z.B. Prozesskosten bei Teilunterliegen). Vorprozessuale Aufwendungen, die nicht unter § 91 ZPO fallen, können ebenfalls verlangt werden, soweit sie für die Rechtsverfolgung erforderlich waren und vom Schuldner nicht erstattet worden sind.

4. Aktivlegitimation, § 8 Abs. 3 UWG

§ 8 Abs. 3 UWG regelt, wer zur Geltendmachung von Ansprüchen auf Unterlassung und Beseitigung berechtigt (aktivlegitimiert) ist. Die Aktiv- oder Sachlegitimation ist keine Prozessvoraussetzung, sondern die Bedingung der materiellen Begründetheit der Klage. Aktivlegitimiert ist der Träger eines Rechts bzw. Inhaber eines Anspruchs.

a) Mitbewerber, § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG

Im früheren Recht wiesen die materiellen Rechtsnormen des UWG die oben beschriebenen Ansprüche den sog. „unmittelbar Verletzten“ zu. Wer durch einen Verstoß gegen eine lauterkeitsrechtliche Verhaltensnorm unmittelbar verletzt wurde, ergab sich aus dem zugrundeliegenden konkreten Wettbewerbsverhältnis. Letztverbraucher wurden deshalb niemals unmittelbar verletzt, wengleich sie z.B. bei Irreführungen durch an sie gerichtete geschäftliche Handlungen primär betroffen sind. Daran ändert nach der UWG-Reform 2004 auch die Erwähnung der Verbraucher in der Schutzzweckbestimmung des § 1, die durch die UWG-Novellen 2008 und 2015 unverändert übernommen wurde, nichts. Denn diese Bestimmung besagt nicht, *wie* der lauterkeitsrechtliche Verbraucherschutz sichergestellt werden soll.

Während im früheren Recht zwischen der Anspruchsberechtigung des „unmittelbar Verletzten“ und der Anspruchsberechtigung des Mitbewerbers nach § 13 Abs. 2 Nr. 1 aUWG unterschieden wurde, kennt § 8 Abs. 3 Nr. 1 nur noch die Anspruchsberechtigung des Mitbewerbers, zu dem gem. § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG ein konkretes Wettbewerbsverhältnis bestehen muss. In der Sache läuft dies auf eine Beschränkung der Anspruchsberechtigung auf den unmittelbar verletzte Mitbewerber hinaus. Die lediglich abstrakt betroffenen Mitbewerber nach § 13 Abs. 2 Nr. 1 aUWG haben kein schutzwürdiges Eigeninteresse an der Geltendmachung von Abwehransprüchen, da sie einen anspruchsberechtigten Wirtschafts- oder Verbraucherverband zur Bekämpfung des

Wettbewerbsverstöße einschalten können. Die Einschränkung in § 13 Abs. 2 Nr. 1 aUWG, wonach die Anspruchsberechtigung nur für solche Wettbewerbsverstöße bestand, die geeignet waren, den Wettbewerb auf dem relevanten Markt zu beeinträchtigen, ist in der Generalklausel des § 3 aufgegangen (vgl. dazu AP 4).

Durch das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs vom 26.11.2020 (BGBl. 2020, I S. 2020, 2568), welches zum 01.12.2021 in Kraft trat, wurde der anspruchsberechtigte Mitbewerberkreis enger gezogen: Nunmehr sind nur noch diejenigen Mitbewerber anspruchsberechtigt, die Waren oder Dienstleistungen in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich vertreiben oder nachfragen.

Zu beachten ist, dass die Einschränkung der Anspruchsberechtigten nach § 8 Abs. 3 UWG sich nur auf die Ansprüche aus Absatz 1 bezieht. Das hat zur Folge, dass ein Mitbewerber iSd § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG möglicherweise zwar keinen Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1, jedoch einen Schadensersatzanspruch nach § 9 Abs. 1 UWG geltend machen kann. Der Grund liegt darin, dass der primäre Zweck des Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs war, missbräuchliche Abmahnungen zu vermeiden, die stets auf Unterlassungsansprüche gestützt sind. Diesem Zweck würde eine analoge Anwendung der Einschränkungen bezüglich der Anspruchsberechtigung auf den Schadensersatz zuwiderlaufen.

b) Wirtschaftsverbände, § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG

Neben Mitbewerbern sind Wirtschaftsverbände aktivlegitimiert (Nr. 2). Diese Regelung entspricht dem Schutzzweck des Lauterkeitsrechts, das neben Individualinteressen auch die Interessen der Mitbewerber und der Allgemeinheit geschützt sind. Der Gesetzgeber hatte sich bei der Novelle 2004 bewusst gegen das für Verbraucherverbände praktizierte Listenmodell entschieden (BT-Drs. 15/1487 S. 22 f.).

Andererseits sollten Missstände verhindert werden, die auf der Grundlage einer allzu breiten Aktivlegitimation entstanden waren: Nachdem die Rechtsprechung die Ersatzfähigkeit der Abmahnkosten begründet hatte, hatten sich in erheblichem Umfang „Abmahnvereine“ gebildet, um das geschaffene wirtschaftliche Potential auszuschöpfen. Mit der UWG-Novelle von 1994 wurde die Klageberechtigung der Verbände erheblich eingeschränkt, um eine missbräuchliche Ausnutzung zu verhindern.

Daher müssen Wirtschaftsverbände, um aktivlegitimiert zu sein, nicht allein rechtsfähig sein - denn nur rechtsfähige Verbände sind parteifähig im Sinne des § 50 Abs. 1 ZPO - und den Zweck verfolgen, die gewerblichen oder selbständiger beruflichen Interessen seiner Mitglieder zu fördern - der Zweck muss nicht in einer Satzung festgelegt sein; es kommt auf die tatsächliche Ausübung an. Auch Verbände, deren satzungsmäßiger Zweck die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs ist, können aktivlegitimiert sein. Die Rechtsprechung verlangt in diesem Fall aber, dass die Tätigkeit des Verbandes aber über die bloße Inanspruchnahme der Klagebefugnis hinausgeht, z.B. durch Testkäufe, Abmahntätigkeiten oder Beobachtung des Wettbewerbs (BGH, GRUR 1990, 282 – *Wettbewerbsverein IV*). Nach Ansicht von *Goldmann* ist die Forderung einer weitergehenden Aktivität des Verbandes aber zu viel verlangt, wenn man, wie auch die Rechtsprechung, davon ausgeht, dass die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen gemeinhin der Förderung gewerblicher Interessen dient (*Goldmann*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl. 2016, § 8 Rn. 298).

Darüber hinaus müssen Verbände in der Lage sein, ihre satzungsgemäßen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen. Dazu gehört vor allem eine hinreichende personelle, sachliche sowie finanzielle Ausstattung. Weiter muss dem Verband eine „erhebliche Zahl“ von Unternehmen angehören. Dabei ist nicht auf eine bestimmte Mindestanzahl abzustellen, sondern es ist Voraussetzung, dass dem Verband genügend Unternehmer angehören, um den Verband bezogen auf den sachlichen und räumlichen Markt derart repräsentativ

erscheinen zu lassen, dass ein legitimes Interesse an einem lauterkeitsrechtlichen Vorgehen gewährleistet erscheint und daher die Missbräuchlichkeit des Vorgehens ausgeschlossen werden kann (statt vieler BGH, GRUR 2015, 1240, Rn. 14 – *Der Zauber des Nordens*). Zu guter Letzt müssen die Interessen der Mitglieder berührt sein.

Mit dem Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs wurde die Aktivlegitimation von Wirtschaftsverbänden weiter eingeschränkt: Zum einen wandte der Gesetzgeber sich nunmehr doch dem Eintragungssystem zu. § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG verweist diesbezüglich auf § 8b UWG. Zum anderen übernimmt § 8b UWG, der die Eintragungsfähigkeit eines solchen qualifizierten Wirtschaftsverbandes regelt, nicht allein die bereits bekannten und oben beschriebenen materiellen Anforderungen in § 8b Abs. 2 Nr. 3 UWG, sondern begründet weitere Voraussetzungen: Der Verband muss mindestens 75 Mitglieder haben (Nr. 1), er muss zum Zeitpunkt der Antragstellung seit mindestens einem Jahr seinen satzungsmäßigen Aufgaben nachgekommen sein (Nr. 2) und er darf seine Mitglieder nicht unangemessen begünstigen (Nr. 4).

Geht das Bundesamt nach unbeanstandeter Feststellung davon aus, dass die Eintragungsvoraussetzungen vorliegen, obwohl der Verband beispielsweise nicht über hinreichende finanzielle Mittel verfügt und daher Dritte, die am eventuellen Gewinn zu beteiligen sind, zur Prozessfinanzierung einschaltet, hindert dies nicht die Aktivlegitimation, kann aber dazu führen, dass die Klage rechtsmissbräuchlich ist (BGH, GRUR 2018, 1166 Rn. 17 f., 42 – *Prozessfinanzierer*). Das Gericht kann des Weiteren prüfen, ob die Prozessführung im konkreten Einzelfall im Satzungszweck des Verbandes liegt (BGH, GRUR 2012, 415 Rn. 11 – *Überregionale Klagebefugnis*).

Dem Gesetzeszweck entsprechend müssen die qualifizierten Wirtschaftsverbände über die Anzahl der im Vorjahr ausgesprochenen Abmahnungen, die aufgrund von Abmahnungen vereinbarten strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungen und die Höhe der entstandenen Ansprüche auf Aufwendungsersatz sowie verwirkte Vertragsstrafen mitteilen und Bericht erstatten, § 8b Abs. 3 UWG iVm § 4b Abs. 3 UKlaG.

c) Qualifizierte Verbraucherverbände, § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG

Des Weiteren sind qualifizierte Verbraucherverbände zum Schutze von Verbraucherinteressen (Nr. 3) aktivlegitimiert. Die aktuelle Fassung der Vorschrift verzichtet auf das in § 1 aUWG enthaltene Erfordernis, dass durch die angegriffene Handlung wesentliche Belange der Verbraucher berührt sein müssen. Die Gesetzesbegründung ging davon aus, dass „von vornherein kein Interesse an einer Klage“ bestehe, wenn dies nicht der Fall sei (BT-Drs. 15/1487, S. 23). Die Verbraucherverbände seien in der Vergangenheit sehr maßvoll mit der Klagebefugnis umgegangen. Missbräuche der Klagebefugnis könnten zudem durch § 8 Abs. 4 UWG aF vermieden werden.

aa) Deutsche Verbraucherverbände, § 8 Abs. 3 Nr. 3 Alt. 1 UWG

Alt. 1 regelt die Klagebefugnis deutscher Verbraucherverbände. Diese müssen in die Liste nach § 4 Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) eingetragen sein, die beim Bundesjustizamt eingesehen werden kann (https://www.bundesjustizamt.de/SharedDocs/Downloads/DE/Verbraucherschutz/Liste_qualifizierter_Einrichtungen.pdf?__blob=publicationFile&v=18, Stand Januar 2024). Die Eintragung ist konstitutiv und kann nicht durch das Gericht nachgeprüft werden. Das Gericht kann den Rechtsstreit jedoch aussetzen und das Bundesamt für Justiz auffordern, die Eintragung zu überprüfen, wenn es begründete Zweifel am Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen hat, § 4 Abs. 4 UKlaG. An das Vorliegen begründeter Zweifel sind jedoch strenge Anforderungen zu stellen (BGH, GRUR 2010, 852 Rn. 11 – *Gallardo Spyder*). Durch die sprachliche Anpassung des § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG ist nicht mehr der „Nachweis“ der Eintragung materiell-rechtliche Voraussetzung der Anspruchsberechtigung, sondern die Eintragung selbst. In der Praxis ändert das jedoch nichts, da die Verbraucherverbände im Verfahren weiterhin die Eintragung nachweisen müssen.

bb) Ausländische Verbraucherverbände, § 8 Abs. 3 Nr. 3 Alt. 2

Zu den im weiteren klagebefugten Verbraucherverbänden zählen auf der Grundlage der Verbandsklagen-RL (EU) 2020/1828 EU-ausländische Verbraucherschutzorganisationen, die in einem bei der Kommission geführten Verzeichnis registriert sind, vgl. § 8 Abs. 3 Nr. 3 Alt. 2 UWG. Die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen obliegt allein dem jeweiligen Mitgliedstaat und kann nicht durch ein deutsches Gericht nachgeprüft werden.

d) Doppelnatur der qualifizierenden Erfordernisse in § 8 Abs. 3 Nrn. 2, 3

Nach h.M. haben die besonderen Anforderungen des § 8 Abs. 3 Nrn. 2 und 3 Doppelfunktion, weil sie über die Aktivlegitimation auch die (prozessuale) Klagebefugnis regeln. Nach anderer Ansicht hat die Neuregelung im geltenden UWG dazu geführt, dass es sich dabei insgesamt um ausschließlich materielle Anforderungen handelt, die allein die Begründetheit der Klage betreffen. Die praktische Relevanz der Auseinandersetzung resultiert aus der Behandlung im Prozess: Wird etwa die ausreichende Ausstattung eines Verbandes bestritten, so ist diese Voraussetzung nach der zweitgenannten Auffassung als materielle Frage im Wege des Strengbeweises nach der ZPO zu klären. Die erstgenannte Auffassung gelangt demgegenüber zum Freibeweis, ähnlich etwa wie bei einer (bestrittenen) Prozessfähigkeit einer Partei.

e) Berufsständische Kammern und Organisationen, § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG

Schließlich zählen zum Kreis der Aktivlegitimierten auch die Industrie- und Handelskammern sowie die Handwerkskammern (Nr. 4). Durch die Formulierung „den nach der Handwerksordnung errichteten Organisationen und anderen berufsständischen Körperschaften des öffentlichen Rechts im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben sowie den Gewerkschaften im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben bei der Vertretung selbstständiger beruflicher Interessen“ in der neuen Fassung werden nunmehr nicht nur Körperschaften des öffentlichen Rechts, sondern auch die privatrechtlich organisierten Landes- und Bundesinnungsverbände des Handwerks erfasst. Sie sollten den besonderen Anforderungen der §§ 8 Abs. 3 Nr. 2, 8b UWG entzogen werden.

5. Passivlegitimation

Der Begriff der Passivlegitimation wird ebenso häufig missverstanden wie der der Aktivlegitimation: Passiv legitimiert ist derjenige, der durch den erhobenen Anspruch verpflichtet wird. Es handelt sich deswegen um eine Frage des materiellen Rechts. Wird „der Falsche“ verklagt, so hat das Gericht in der Sache zu entscheiden und die Klage mangels Begründetheit abzuweisen. Nur vor diesem Hintergrund ist es zutreffend, unter Passivlegitimation die Frage zu verstehen, gegen wen die lauterkeitsrechtlichen Ansprüche im Wege der Klageerhebung zutreffenderweise geltend zu machen sind. Bei der Prüfung der Passivlegitimation geht es mithin um die Ermittlung des Anspruchsverpflichteten. Das UWG enthält keine explizite Regelung der Passivlegitimation. Sie ergibt sich deswegen aus den allgemeinen Grundsätzen: Passiv legitimiert ist, wer unlauteren Wettbewerb begeht (sog. Handelndenhaftung). Insoweit ist zu differenzieren:

a) Negatorische Klagen

aa) Beteiligung an fremden Wettbewerbsverstößen

Passiv legitimiert ist zunächst, wer durch sein eigenes Verhalten einen Wettbewerbsverstoß zu begehen droht oder bereits begangen hat. Auf die Art oder den Umfang des Tatbeitrags kommt es in diesem Zusammenhang grundsätzlich nicht an. Etwa im Falle der Verbreitung wettbewerbswidriger Äußerungen durch Medien haftet somit neben dem Urheber jeder an der Weitergabe und der Verbreitung Beteiligte, soweit sein Verhalten eine geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG darstellt; die zuletzt genannte Voraussetzung hat nach jüngerer Rechtsprechung jedoch zur Folge, dass Personen, die zwar rein tatsächlich an einer Verletzung mitwirken,

aber – wie etwa Plakatkleber oder Prospektverteiler – nicht entscheidungsbefugt und in völlig untergeordneter Stellung ohne eigenen Entscheidungsspielraum tätig sind, in der Regel nur bei vorsätzlichem Handeln als Gehilfen zur Verantwortung gezogen werden können (BGH, GRUR 2011, 340 – *Irische Butter*, Rn. 27). Art und Umfang des Tatbeitrags können zudem bei der Bestimmung von Inhalt und Umfang des Abwehrens eine Rolle spielen. Vom Gehilfen kann lediglich die Unterlassung seiner Gehilfentätigkeit gefordert werden.

Nach den auch im Lauterkeitsrecht anzuwendenden Regelungen in § 830 BGB erfolgt zunächst eine Zurechnung fremder Wettbewerbsverletzungen bei Mittätern, § 830 Abs. 1 BGB. Daneben haftet lauterkeitsrechtlich, wer sich als Anstifter oder Gehilfe an einer fremden Rechtsverletzung beteiligt, § 830 Abs. 2 BGB. In allen Fällen wird jedoch der sog. doppelte Gehilfenvorsatz, d.h. einerseits bezogen auf die fremde Haupttat und ihre Rechtswidrigkeit, andererseits auf den eigenen Tatbeitrag, verlangt.

Um die daraus resultierenden Probleme zu überwinden, machte die Praxis in der Vergangenheit von der Begründung der Haftung über die zu § 1004 BGB entwickelten Grundsätze der Störerhaftung Gebrauch. In Anlehnung an die aus dem allgemeinen Deliktsrecht stammende Terminologie bei quasi-negatorischen Ansprüchen wird der Verletzer auch häufig „Handlungsstörer“ genannt.

An der Anwendung der Störerhaftung wurde kritisiert, dass die einschränkenden Tatbestandserfordernisse der geschäftlichen Handlung bzw. des Doppelvorsatzes unterlaufen würden. Darauf hat die Praxis reagiert und bei verhaltensbezogenen Verletzungen die Störerhaftung aufgegeben. Festgehalten wurde an ihr jedoch bei erfolgsbezogenen Verletzungen:

Fall 1: Die Klägerin ist Inhaberin der Rechte an dem Musiktitel "Sommer unseres Lebens". Mit Hilfe der Staatsanwaltschaft wurde ermittelt, dass dieser Titel vom Internetanschluss des Beklagten aus auf einer Tauschbörse zum Herunterladen im Internet angeboten worden war. Der Beklagte war in der fraglichen Zeit zwar in Urlaub, betrieb aber in der fraglichen Zeit einen W-LAN-Router, wobei er es bei der Installation im Jahr 2006 bei den werkseitigen Standardsicherheitseinstellungen des WLAN-Routers belassen und das voreingestellte Passwort nicht durch ein persönliches, ausreichend langes und sicheres Passwort ersetzt hatte. Die Klägerin begehrt vom Beklagten Unterlassung, Schadensersatz und Erstattung von Abmahnkosten. (BGH, GRUR 2010, 633 – *Sommer unseres Lebens*)

Der BGH hat angenommen, dass eine für eine Haftung des Beklagten auf Schadensersatz erforderliche Zurechnung des Drittverhaltens als Täter oder Teilnehmer einer Urheberrechtsverletzung mangels Vorsatzes nicht in Betracht kommt. Davon zu unterscheiden ist jedoch die Haftung auf Unterlassung. Insoweit rekurriert der BGH nach wie vor auf die allgemeine Störerhaftung. Auch privaten Anschlussinhabern obliegt nach Ansicht des BGH eine Pflicht zu prüfen, ob ihr W-LAN-Anschluss durch angemessene Sicherungsmaßnahmen vor der Gefahr geschützt ist, von unberechtigten Dritten zur Begehung von Urheberrechtsverletzungen missbraucht zu werden. Dem privaten Betreiber eines W-LAN-Netzes kann jedoch nicht zugemutet werden, ihre Netzwerksicherheit fortlaufend dem neuesten Stand der Technik anzupassen und dafür entsprechende finanzielle Mittel aufzuwenden. Ihre Prüfpflicht bezieht sich daher auf die Einhaltung der im Zeitpunkt der Installation des Routers für den privaten Bereich marktüblichen Sicherungen. Diese Pflicht hatte der Beklagte nach Auffassung des Bundesgerichtshofs verletzt. Ein adäquater Passwortschutz war auch für private W-LAN-Nutzer bereits im Jahre 2006 üblich und zumutbar. Er lag im vitalen Eigeninteresse aller berechtigten Nutzer und war mit keinen Mehrkosten verbunden.

Bei der lauterkeitsrechtlichen Haftung geht die Praxis inzwischen anders vor: Hier findet die bisherige Störerhaftung keine Anwendung mehr. Eine mögliche Haftungslücke verhindert der Bundesgerichtshof, indem er eine eigene täterschaftliche Haftung annimmt, welche durch Verstöße

gegen wettbewerbsrechtliche Verkehrspflichten und die daraus abgeleiteten Prüfungspflichten begründet wird (grundlegend BGH, WRP 2007, 1173 - *Jugendgefährdende Medien bei eBay*; vgl. dazu AP 4). Täter kann hiernach allerdings nur sein, wer selbst alle Voraussetzungen des § 3 UWG erfüllt, also insbesondere eine geschäftliche Handlung i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 vornimmt.

Mit der Haftung auf Unterlassen verbunden ist die Berechtigung der Abmahnung, weshalb die Klägerin auch einen Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten hatte. Seit der Urheberrechtsnovelle, wirksam seit dem 1.9.2008, ist die Höhe der Abmahnkosten bei Urheberrechtsverletzungen durch Verbraucher auf € 100 begrenzt, § 97a Abs. 2 UrhG.

bb) Haftung für das Verhalten Dritter

Die Haftung der Rechtsträger von Unternehmen wird regelmäßig über § 31 BGB begründet. Juristische Personen, aber auch Personengesellschaften haften für das Verhalten ihrer Organe und müssen sich deren Anweisungen bzw. deren Unterlassen als eigene Tatbeiträge zurechnen lassen. Betriebsinhaber haften daneben auf der Grundlage von § 8 Abs. 2 UWG für Angestellte und Beauftragte – allerdings nur zur Begründung negatorischer Ansprüche. Wegen reparatorischer Ansprüche kann bei Schädigungen durch Nicht-Organe eine Unternehmenshaftung nur auf der Grundlage von § 831 begründet werden. Darüber hinaus kommt eine lauterkeitsrechtliche Haftung für das Verhalten Dritter nicht in Betracht.

cc) Sonderregelungen für Wettbewerbshandlungen im Internet

Sonderregelungen hinsichtlich der Haftung gelten allerdings für geschäftliche Handlungen im Internet auf der Grundlage der §§ 7 ff. TMG bzw. seit Februar 2024 den Art. 4 ff. Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste; ABl. 2022 Nr. L 277/1). In Umsetzung der Vorgaben der EG-Richtlinie 2000/31 über den elektronischen Geschäftsverkehr (E-Commerce-Richtlinie) bzw. auf der Grundlage der unmittelbar anwendbaren entsprechenden Regelungen des Gesetzes über digitale Dienste werden die Provider, die nach allgemeinen Grundsätzen in erheblichem Umfang von der lauterkeitsrechtlichen Haftung für Verkehrspflichtverletzungen bedroht wären, von dieser Haftung befreit:

Fall 2: Die Klägerin ist die Herstellerin der weltweit unter der Bezeichnung „ROLEX“ vertriebenen Uhren. Die Uhren tragen auf dem Ziffernblatt und auf der Armbandschließe die Bezeichnung „ROLEX“ sowie das Bildemblem einer stilisierten fünfzackigen Krone. Sie ist Inhaberin einer Gemeinschaftsmarke mit dem Wortbestandteil „ROLEX“ in Verbindung mit der Abbildung einer stilisierten fünfzackigen Krone und einer weiteren Gemeinschaftsmarke, die aus der Abbildung einer stilisierten fünfzackigen Krone besteht. Die Beklagte zu 1 ist Inhaberin der Internetadresse www.ebay.de. Sie betreibt den entsprechenden Internetauftritt in redaktioneller und technischer Hinsicht für die Beklagte zu 2. Beide Beklagte veranstalten auf der Grundlage ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen Fremdauktionen im Internet, bei denen sie auf der einen Seite privaten oder gewerblich tätigen Anbietern die Möglichkeit einräumen, Waren im Internet anzubieten, und auf der anderen Seite Interessenten den Zugriff auf diese Versteigerungsangebote eröffnen. Auf der Internetplattform der Beklagten wurden im Zeitraum vom 7. Juni 2000 bis zum 25. Januar 2001 zahlreiche Uhren angeboten, die mit der Bezeichnung „ROLEX“ und teilweise zusätzlich mit weiteren für die Klägerin geschützten Marken versehen waren. Es handelte sich dabei zum Teil um Fälschungen. Die Beklagten machen geltend, dafür hafteten sie jedenfalls nicht, weil es sich nach ihren AGB sowie der Erscheinung der Angebote auf den Angebotsseiten allein um Angebote der Verkäufer handele. (BGH, GRUR 2007, 708 – *Internet-Versteigerung II*)

KAPITEL II Gesetz über digitale Dienste

HAFTUNG DER ANBIETER VON VERMITTLUNGSDIENSTEN

Artikel 4 „Reine Durchleitung“

(1) Bei der Durchführung eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der darin besteht, von einem Nutzer bereitgestellte Informationen in einem Kommunikationsnetz zu übermitteln oder Zugang zu einem Kommunikationsnetz zu vermitteln, haftet der Diensteanbieter nicht für die übermittelten oder abgerufenen Informationen, sofern er

- a) die Übermittlung nicht veranlasst,
- b) den Adressaten der übermittelten Informationen nicht auswählt und
- c) die übermittelten Informationen nicht auswählt oder verändert.

(2) Die Übermittlung von Informationen und die Vermittlung des Zugangs nach Absatz 1 umfassen auch die automatische kurzzeitige Zwischenspeicherung der übermittelten Informationen, soweit dies nur zur Durchführung der Übermittlung im Kommunikationsnetz geschieht und die Informationen nicht länger gespeichert werden, als es für die Übermittlung üblicherweise erforderlich ist.

(3) Dieser Artikel lässt die Möglichkeit unberührt, dass eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde nach dem Rechtssystem eines Mitgliedstaats vom Diensteanbieter verlangt, eine Zuwiderhandlung abzustellen oder zu verhindern.

Artikel 5 „Caching“

(1) Bei der Durchführung eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der darin besteht, von einem Nutzer bereitgestellte Informationen in einem Kommunikationsnetz zu übermitteln, haftet der Diensteanbieter nicht für die automatische, zeitlich begrenzte Zwischenspeicherung, die dem alleinigen Zweck dient, die Übermittlung der Information an andere Nutzer auf deren Anfrage effizienter oder sicherer zu gestalten, sofern seitens des Anbieters folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- a) er verändert die Informationen nicht,
- b) er beachtet die Bedingungen für den Zugang zu den Informationen,
- c) er beachtet die Regeln für die Aktualisierung der Informationen, die weithin in der Branche anerkannt und verwendet werden,
- d) er beeinträchtigt die zulässige Anwendung von Technologien zur Sammlung von Daten über die Nutzung der Informationen, die weithin in der Branche anerkannt und verwendet werden, nicht und
- e) er handelt zügig, um von ihm gespeicherte Informationen zu entfernen oder den Zugang zu ihnen zu sperren, sobald er tatsächliche Kenntnis davon erhält, dass die Informationen am ursprünglichen Ausgangsort der Übermittlung aus dem Netz entfernt wurden oder der Zugang zu ihnen gesperrt wurde oder eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde die Entfernung oder Sperrung angeordnet hat.

(2) Dieser Artikel lässt die Möglichkeit unberührt, dass eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde nach dem Rechtssystem eines Mitgliedstaats vom Diensteanbieter verlangt, eine Zuwiderhandlung abzustellen oder zu verhindern.

Artikel 6 Hosting

(1) Bei der Durchführung eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der in der Speicherung der von einem Nutzer bereitgestellten Informationen besteht, haftet der Diensteanbieter nicht für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen, sofern er

a) keine tatsächliche Kenntnis von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder rechtswidrigen Inhalten hat und sich in Bezug auf Schadenersatzansprüche auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst ist, aus denen eine rechtswidrige Tätigkeit oder rechtswidrige Inhalte offensichtlich hervorgeht, oder

b) sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erlangt, zügig tätig wird, um den Zugang zu den rechtswidrigen Inhalten zu sperren oder diese zu entfernen.

(2) Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn der Nutzer dem Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird.

(3) Absatz 1 findet keine Anwendung auf die Verbraucherschutzrechtliche Haftung von Online-Plattformen, die Verbrauchern das Abschließen von Fernabsatzverträgen mit Unternehmen ermöglichen, wenn die Online-Plattform die spezifischen Einzelinformationen dazu darstellt oder die betreffende Einzeltransaktion anderweitig in einer Weise ermöglicht, bei der ein durchschnittlicher Verbraucher davon ausgehen kann, dass die Information oder das Produkt oder die Dienstleistung, die bzw. das Gegenstand der Transaktion ist, entweder von der Online-Plattform selbst oder von einem ihrer Aufsicht unterstehenden Nutzer bereitgestellt wird.

(4) Dieser Artikel lässt die Möglichkeit unberührt, dass eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde nach dem Rechtssystem eines Mitgliedstaats vom Diensteanbieter verlangt, eine Zuwiderhandlung abzustellen oder zu verhindern.

Artikel 7 Freiwillige Untersuchungen auf Eigeninitiative und Einhaltung der Rechtsvorschriften

Die Anbieter von Vermittlungsdiensten kommen für die in den Artikeln 4, 5 und 6 genannten Haftungsausschlüsse auch dann in Betracht, wenn sie auf Eigeninitiative nach Treu und Glauben und sorgfältig freiwillige Untersuchungen durchführen oder andere Maßnahmen zur Erkennung, Feststellung und Entfernung rechtswidriger Inhalte oder zur Sperrung des Zugangs zu rechtswidrigen Inhalten treffen oder die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um den Anforderungen des Unionsrechts und des nationalen Rechts im Einklang mit dem Unionsrecht und insbesondere den Anforderungen dieser Verordnung nachzukommen.

Artikel 8 Keine allgemeine Verpflichtung zur Überwachung oder aktiven Nachforschung

Anbietern von Vermittlungsdiensten wird keine allgemeine Verpflichtung auferlegt, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hindeuten.

[Anspr. auf Unterlassung aus §§ 14 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 5 MarkenG

I. Die jeweiligen Verkäufer verletzen das Markenrecht der Klägerin, indem sie identische Zeichen für identische Waren ohne die Zustimmung des Rechtsinhabers verwenden. Auf das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr kommt es nach Ansicht des BGH

nicht an (nach jüngerer Rechtsprechung des EuGH wäre wohl zusätzlich eine Verletzung von Markenfunktionen zu prüfen, doch vorliegend zu bejahen).

II. Eine Teilnahme der Beklagten an diesen Markenrechtsverletzungen liegt jedoch nicht vor, da sie die Rechtsverletzungen nicht in Kauf nahm, sondern im Gegenteil auf die Einhaltung der Rechtsvorschriften drängte

III. In Betracht kommt jedoch eine Störerhaftung. Fraglich ist aber insoweit, ob die allgemeinen Regelungen durch die Sondervorschriften im Gesetz über digitale Dienste ausgeschlossen sind. Es ist davon auszugehen, dass die geltenden Regelungen im Gesetz über digitale Dienste inhaltsgleich den von ihnen abgelösten Regelungen in der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr sind, die im Telemediengesetz umgesetzt wurden:

„1. Ob der Klägerin ein Unterlassungsanspruch zusteht, ist nach dem zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Recht zu beurteilen (BGH, GRUR 2004, 860 – *Internet-Versteigerung I*, m.w.N.). Das Teledienstegesetz wurde zum 1. März 2007 durch das Telemediengesetz ersetzt. Die Regelungen zur Verantwortlichkeit (§§ 7 bis 10 TMG) sind jedoch gegenüber der vorherigen Rechtslage inhaltlich unverändert geblieben (vgl. die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks.16/3078, S. 11 f.).

2. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts finden die Haftungsprivilegien des Telemediengesetzes bzw. des Teledienstegesetzes keine Anwendung auf Unterlassungsansprüche (BGH, GRUR 2004, 860 – *Internet-Versteigerung I*; BGH, GRUR 2007, 724 – *Meinungsforum*, unter II.1.b.)“ (BGH, GRUR 2007, 708 – *Internet-Versteigerung II*)

„cc) Nach dem vom Berufungsgericht als unstrittig angesehenen Parteivorbringen handelt es sich bei den Angebotsbeschreibungen eines Anbieters, der sich der Plattform der Beklagten für Fremdversteigerungen bedient, nicht um eigene Informationen der Beklagten, die sie zur Nutzung durch Dritte bereithält und für die sie gemäß § 8 Abs. 1 TDG [inzw. § 7 Abs. 1 TMG] „nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich ist“. Vielmehr sind dies fremde Informationen i.S. des § 11 Satz 1 TDG [inzw. § 10 Satz 1 TMG], für die die Beklagte nur unter den dort genannten Voraussetzungen verantwortlich ist. Denn nach den vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen werden die Angebote der Versteigerer in einem automatischen Verfahren ins Internet gestellt; eine Prüfung durch die Beklagte, die dazu führen könnte, daß sie sich die Inhalte zu eigen macht, findet nicht statt (so auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.2.2004 – I-20 U 204/02, Umdruck S. 15; Ehret, CR 2003, 754, 758; a.A. wohl Hoeren, MMR 2002, 113 f. u. 115).

34

dd) Wie sich aus dem Gesamtzusammenhang der gesetzlichen Regelung ergibt, findet die Haftungsprivilegierung des § 11 TDG n.F. [inzw. § 10 TMG] indessen keine Anwendung auf Unterlassungsansprüche. Dies kommt im Wortlaut des § 11 Satz 1 TDG [inzw. § 10 Satz 1 TMG] nur insofern zum Ausdruck, dass dort von der Verantwortlichkeit des Diensteanbieters die Rede ist. Damit ist lediglich die strafrechtliche Verantwortlichkeit und die Schadensersatzhaftung angesprochen. § 11 TDG [inzw. § 10 TMG] besagt indessen nichts darüber, ob ein Diensteanbieter nach den allgemeinen deliktsrechtlichen Maßstäben oder als Störer auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann, wenn eine Veröffentlichung in dem von ihm betriebenen Dienst die (Marken-)Rechte eines Dritten verletzt (vgl. Lehment, WRP 2003, 1058, 1063; Spindler/Volkman, WRP 2003, 1, 3; Hoeren, MMR 2002, 113; a.A. Ehret, CR 2003, 754, 759 f.).

35

Dass das Haftungsprivileg des § 11 Satz 1 TDG [inzw. § 10 Satz 1 TMG] Unterlassungsansprüche nicht berührt, wird auch durch die Bestimmung des § 8 Abs. 2 TDG [inzw. § 7

Abs. 2 u. 3 TMG] nahegelegt. Dort heißt es einerseits in Satz 1 [inzw. Abs. 2], daß „Diensteanbieter i.S. der §§ 9 bis 11 [inzw. §§ 8 bis 10]... nicht verpflichtet (sind), die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen“. In Satz 2 [inzw. Abs. 3 Satz 1] wird dann jedoch klargelegt, daß „Verpflichtungen zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen ... auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit des Diensteanbieters nach den §§ 9 bis 11 [inzw. §§ 8 bis 10] unberührt (bleiben)“. § 8 Abs. 2 Satz 2 TDG [inzw. § 7 Abs. 3 Satz 1 TMG] ist auf alle Diensteanbieter nach §§ 9 bis 11 TDG [inzw. §§ 8 bis 10 TMG] anwendbar (Freytag in Moritz/Dreier, Rechts-Handbuch zum E-Commerce, 2002, Rdn. D 116 u. 122).

36

Die Regelung des deutschen Gesetzgebers in § 8 Abs. 2 Satz 2 TDG [inzw. § 8 Abs. 3 Satz 1 TMG] deckt sich insofern mit Art. 14 der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr (vgl. die Begründung des Entwurfs eines Gesetzes über die rechtlichen Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr – EGG –, BT-Drucks. 14/6098, S. 23). Die Bestimmung des Art. 14 der Richtlinie 2000/31/EG betrifft das Hosting, also einen Dienst zur Speicherung fremder Inhalte. Nach der Regelung in Absatz 1, die der deutsche Gesetzgeber durch § 11 TDG [inzw. § 10 TMG] umgesetzt hat, müssen die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass der Diensteanbieter in einem solchen Fall „nicht für die von einem Nutzer gespeicherten Informationen verantwortlich ist“, wenn er „keine tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information (hat)“ oder nach Erlangung der Kenntnis „unverzüglich tätig (wird), um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren“. Absatz 3 macht jedoch deutlich, dass Unterlassungsansprüche von diesem Privileg nicht erfasst zu sein brauchen (vgl. dazu auch Erwägungsgrund 46 der Richtlinie). Dort heißt es:

37

Dieser Artikel lässt die Möglichkeit unberührt, dass ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde nach den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten vom Diensteanbieter verlangt, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern, oder dass die Mitgliedstaaten Verfahren für die Entfernung einer Information oder die Sperrung des Zugangs zu ihr festlegen.

38

Dass Unterlassungsansprüche von dem Haftungsprivileg ausgenommen sind oder ausgenommen sein können, erklärt auch, weswegen Art. 14 Abs. 1 lit. a der Richtlinie und ihm folgend § 11 Satz 1 Nr. 1 Alt. 2 TDG n.F. [inzw. § 10 Satz 1 Nr. 1 Alt. 2 TMG] für Schadensersatzansprüche geringere Anforderungen stellt als für die Verantwortlichkeit im übrigen: Eine Schadensersatzhaftung dürfen die Mitgliedstaaten bereits dann vorsehen, wenn der Diensteanbieter zwar keine Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information hat, wenn ihm aber Tatsachen oder Umstände bekannt sind, „aus denen die rechtswidrige Handlung oder Information offensichtlich wird“. Wäre auch der Unterlassungsanspruch von der Haftungsprivilegierung in Art. 14 der Richtlinie und § 11 Satz 1 Nr. 1 Alt. 1 TDG n.F. [inzw. § 10 Satz 1 Nr. 1 Alt. 1 TMG] erfasst, hätte dies die schwer verständliche Folge, daß an den Unterlassungsanspruch höhere Anforderungen gestellt wären als an den Schadensersatzanspruch.“ (BGH, GRUR 2004, 860 – *Internet-Versteigerung I*)

Ob diese Rechtsprechung nach einer jüngeren Entscheidung des EuGH v. 23.03.2010, Rs. C-236/08 – *Google France, Slg. 2010, I-2417*, aufrechterhalten werden konnte, erschien zwar zunächst fraglich (anders aber BGH, GRUR 2011, 152 – *Kinderhochstühle im Internet*). Nach ihr ist Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr dahin auszulegen, dass die darin aufgestellte Regel auf den Anbieter eines Internetreferenzierungsdienstes (Google) Anwendung

findet, wenn dieser keine aktive Rolle gespielt hat, die ihm eine Kenntnis der gespeicherten Daten oder eine Kontrolle über sie verschaffen konnte. Einschränkungen hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs lässt das Urteil demgegenüber nicht erkennen.

In der Zwischenzeit hat aber der EuGH selbst zu erkennen gegeben, dass der Unterlassungsanspruch durch die die Kenntnis des Diensteanbieters begründende Abmahnung nicht eingeschränkt wird (EuGH v. 03.10.2029, Rs. C-18/18 – Glawischnig-Pieszek ./ Facebook, WRP 2019, 1452 Rn. 28 ff., 35).

b) Reparatorische Klagen

Die Passivlegitimation bei Wiedergutmachungsklagen folgt den dargestellten Grundsätzen zu den Abwehrklagen. Weitere Voraussetzung bei der Klage auf Schadenersatz oder Genugtuung ist indes, dass der Verletzer schuldhaft gehandelt hat. Haben mehrere gemeinsam durch einen Wettbewerbsverstoß einen Schaden verschuldet, so haften sie gemäß § 840 BGB dem Verletzten gegenüber als Gesamtschuldner. Die Haftung für das Verhalten Dritter bestimmt sich bei Schadenersatzansprüchen indes nach §§ 31, 831 BGB. Denkbar ist stets die Begründung einer Eigenhaftung unter dem Gesichtspunkt des Organisationsverschuldens.

Geschäftsführer haften zum einen, wenn sie die Handlung selbst begangen oder selbst in Auftrag gegeben haben (BGH, GRUR 2014, 883, Rn. 14 m.w.N. – *Geschäftsführerhaftung*). Darüber hinaus haftet ein Geschäftsführer nicht bereits, weil er Kenntnis von Wettbewerbsverstößen hatte und es unterlassen hat, diese zu unterbinden. Zusätzlich bedarf es entweder einer Garantstellung im deliktsrechtlichen Sinne (aaO Rn. 15 ff.). Er muss also aus Ingerenz, Gesetz, Vertrag oder Vertrauensstellung verpflichtet sein, den drohenden Erfolg abzuwenden. Der Geschäftsführer haftet aber aus Organisationsverschulden, wenn er sich durch die Organisation seines Unternehmens bewusst der Möglichkeit verschließt, von Wettbewerbsverstößen Kenntnis zu erlangen (aaO Rn. 26).

II. Lauterkeitsprozessrecht

Im prozessualen Bereich enthält das UWG einige Sonderregelungen:

1. „Fliegender Gerichtsstand“

Die allgemeinen Gerichtsstandsregeln der §§ 12 ff. ZPO werden durch § 14 UWG überlagert. Der allgemeine Gerichtsstand des Delikts gem. § 33 ZPO (Möglichkeit der Klage am Handlungs- als auch an allen Erfolgsorten) wird dadurch eingeschränkt: Durch § 14 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 UWG darf auf den Begehungsort nur dann zurückgegriffen werden, wenn der vermeintliche Verletzer im Geltungsbereich des Gesetzes keinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Allerdings gilt diese Einschränkung nur für die Kläger gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4. Dem (unmittelbar verletzten) Wettbewerber i.S.v. § 8 Abs. 1 Nr. 1 steht nach wie vor der sog. fliegende Gerichtsstand zur Verfügung, wie § 14 Abs. 2 S. 2 klarstellt. Danach kann der Kläger das Gericht anrufen, „in dessen Bezirk die Zuwiderhandlung begangen wurde“. Bei Wettbewerbsverstößen in Druckschriften ist Begehungsort nicht nur der Ort des Erscheinens, sondern grundsätzlich auch jeder Ort ihrer Verbreitung.

Auf europäischer Ebene ist darüber hinaus die Verordnung Nr. 1215/2012 (EuGVVO; „Brüssel Ia-VO“) zu beachten. Hierbei ist für die die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit vor allem Art. 7 Nr. 2 EuGVVO relevant.

2. Einstweilige Verfügung

Im gesamten gewerblichen Rechtsschutz hat der vorläufige Rechtsschutz überragende Bedeutung. Im Regelfall ist er gerade nicht vorläufig, denn in über 80 % aller Streitigkeiten kommt es nicht mehr zur Durchführung eines Hauptsacheverfahrens.

Der Erlass einer einstweiligen Verfügung setzt einen Verfügungsanspruch, das ist das durch das vorläufige Verfahren zu sichernde Recht, z.B. der Unterlassungsanspruch aus §§ 3, 8 Abs. 1 UWG oder §§ 7, 8 Abs. 1 UWG, und einen Verfügungsgrund, das ist der Grund, weshalb im Eilverfahren entschieden werden soll, voraus. Das UWG erleichtert den Erlass einstweiliger Verfügungen, indem § 12 Abs. 2 eine widerlegliche Vermutung für die Dringlichkeit als Verfügungsgrund aufstellt. Diese Vermutung der Dringlichkeit wird allerdings widerlegt, wenn der Kläger durch sein zögerliches Vorgehen selbst zu erkennen gibt, dass er es nicht besonders eilig hat. Die Oberlandesgerichte bemessen die Frist, innerhalb derer ein Kläger vorzugehen hat, um die Dringlichkeitsvermutung zu erhalten, zwischen einem und fünf Monaten.

Die einstweilige Verfügung könnte unter bestimmten Umständen ohne vorherige Anhörung des Verfügungsgegners ergehen, vgl. § 937 Abs. 2 ZPO. Um daraus resultierende Rechtsnachteile für den Verfügungsgegnern zu vermeiden, akzeptiert die Praxis sog. *Schutzschriften*. Dabei handelt es sich um Schriftsätze, welche vorsorglich an alle für den Erlass einstweiliger Verfügungen (zur Zuständigkeit vgl. o.) zuständigen Gerichte versandt werden, und in denen zu einem eigenen kritischen Wettbewerbsverhalten Stellung genommen wird. Stellt nun ein Dritter einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wegen dieses Wettbewerbsverhaltens, so ist das angerufene Gericht gehalten, die bei ihm eingegangene und registrierte Schutzschrift zu berücksichtigen, wenn bzw. bevor es eine Verfügung ohne mündliche Verhandlung erlässt. Seit dem 1. Januar 2016 gibt es das Schutzschriftenregister. Sobald eine Schutzschrift im Register eingestellt ist, gilt sie als bei allen ordentlichen Gerichten und den Arbeitsgerichten eingereicht. So wird die mühsame Anfertigung und Versendung von Schutzschriften für alle Landgerichte vermieden. Die elektronische Einreichung ist inzwischen zwingend: Seit dem 1. Januar 2017 sind Rechtsanwälte gem. § 43c BRAO verpflichtet, die Schutzschriften elektronisch einzureichen.

3. Abschlussschreiben und Abschlusserklärung

Nach Erlass einer einstweiligen Verfügung können die Parteien die erlassene Verfügung anerkennen. Die dahingehende Aufforderung des Antragstellers an den Antragsgegner wird als Abschlussschreiben, die darauffolgende Anerkennung als Abschlusserklärung bezeichnet. Ist eine einstweilige Verfügung ergangen, kann der Antragsteller den Antragsgegner auffordern, diese als verbindliche Regelung anzuerkennen. Adressat der Abschlusserklärung ist der Antragsteller. Sie muss nach allgemeiner Auffassung schriftlich abgegeben werden und muss dem Adressaten zugehen. Eine Annahme ist nach überwiegender Meinung hingegen nicht nötig, „da in der Abschlusserklärung nur eine einseitige Erklärung im Sinne eines auch einseitig möglichen Rechtsbehelfsverzichts gesehen wird“ (*Retzer*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, 5. Aufl., 2021, § 12 Rn. 447). Der Wirkungseintritt der Abschlusserklärung soll damit allein davon abhängen, ob die inhaltlichen Anforderungen erfüllt sind. Grob gesprochen, muss auf jegliche zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe verzichtet werden (zum Inhalt vgl. *Retzer*, aaO Rn. 635). Ab dem Erhalt einer inhaltlich ausreichenden Abschlusserklärung fehlt dem Antragsgegner das Rechtsschutzbedürfnis für eine Hauptsacheklage.

III. Zukunft des „private enforcement“ im Lauterkeitsrecht

Das Lauterkeitsrecht im Besonderen, aber auch diejenigen Vorschriften, die unmittelbar den Schutz wirtschaftlicher Verbraucherinteressen bezwecken, wurden in weiten Bereichen dem sog. „private enforcement“ überlassen. Eine verwaltungsbehördliche Durchsetzung gab es nur in Ausnahmefällen; der Gesetzgeber vertraute auf den mittelbaren Schutz der Allgemeininteressen am Schutz der Lauterkeit des Handelsverkehrs und der Verbraucherinteressen durch die Rechtsdurchsetzung durch die wirtschaftlich Betroffenen, insbesondere die Mitbewerber, und institutionelle Kläger. Die Verbandsklage hat hier eine über hundertjährige Tradition.

Dem wurde bisher im Wesentlichen durch drei prägende Gestaltungselemente Rechnung getragen:

- weite Fassung der Aktivlegitimation, § 8 UWG; vgl. dazu bereits o.
- Erstattung der Abmahnkosten, § 13 Abs. 3 UWG
- „fliegender Gerichtsstand“, § 14 UWG.

Missbrauchsgefahren wird seit inzwischen 30 Jahren auf unterschiedlichem Wege Rechnung getragen:

- An die Ausstattung von Industrieverbänden wurde bereits gem. § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG aF besondere Anforderungen gestellt.
- Nicht jede Rechtsverletzung begründet einen Abwehranspruch. Mit der UWG-Novelle 2004 wurde die Einschränkung vom Abwehranspruch im Rahmen von § 13 aUWG zur materiellen Anforderung der Spürbarkeit (zunächst im Rahmen von § 3 UWG 2004 bzw. § 3 Abs. 1 UWG 2008, inzwischen nach den von der Praxis entwickelten Grundsätzen) in den Verletzungstatbestand verlagert.
- Die rechtsmissbräuchliche Geltendmachung negatorischer Ansprüche war bereits gem. § 8 Abs. 4 UWG aF unzulässig.

1. Jüngere Änderungen

Bereits das Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken von 2013 hatte zum Ziel, missbräuchliche Geschäftspraktiken, insbesondere missbräuchliche Abmahnungen, einzudämmen. Zwar hat es dazu beigetragen, aber dennoch sah der Gesetzgeber in diesem Bereich noch Handlungsbedarf. Daher erließ er das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs, welches mit Ausnahme der Regelungen zur Anspruchsberechtigung am 02.12.2020 in Kraft getreten ist. Die §§ 8 Abs. 3 UWG, § 3 Abs. 1 UKlaG und § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BuchPrG sind am 1.12.2021 in Kraft getreten (BGBl. 2020, I S. 2020, 2568).

Im Hinblick auf die gerügten Missstände wurden alle genannten „Wohltaten“ zugunsten des Klägers eingeschränkt und die Anforderungen an die Geltendmachung von Ansprüchen verschärft:

a) Verengung der Aktivlegitimation

Durch zwei Änderungen in § 8 Abs. 3 UWG wurde die Aktivlegitimation eingeschränkt:

- Mitbewerber sind nur noch aktivlegitimiert, wenn sie „in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich“ Waren oder Dienstleistungen vertreiben oder nachfragen (vgl. bereits o.).
- Industrieverbände sind nur noch aktivlegitimiert sein, wenn sie „in der Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände nach § 8b eingetragen sind“; insoweit wurde in § 8b eine neue Vorschrift geschaffen. Zusätzlich wurden die materiellen Anforderungen verschärft.

b) Einschränkung des Anspruchs auf Erstattung der Abmahnkosten

Die Abmahnkosten sind für Mitbewerber gem. § 13 Abs. 4 nicht ersatzfähig bei

„1. im elektronischen Geschäftsverkehr oder in Telemedien begangenen Verstößen gegen gesetzliche Informations- und Kennzeichnungspflichten oder

2. sonstigen Verstößen gegen die Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1; L 314 vom 22.11.2016, S. 72; L 127 vom 23.5.2018, S. 2) und das Bundesdatenschutzgesetz durch Unternehmen sowie gewerblich tätige Vereine, sofern sie in der Regel weniger als 250 Mitarbeiter beschäftigen.“

- c) Wegfall des fliegenden Gerichtsstandes bei Verstößen im Internet und für institutionelle Kläger

Zur Entscheidung sind gem. § 14 Abs. 2 S. 1 ausschließlich diejenigen Gerichte berufen, in deren Bezirk der Beklagte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Auf den sog. „fliegenden Gerichtsstand“ des Deliktsortes können gem. § 14 Abs. 2 Satz 2 nur noch Mitbewerber zurückgreifen, und auch nur dann, wenn die Verletzung nicht im Internet begangen wurde.

- d) Formale Anforderungen an die Abmahnung

Überdies wurden die Anforderungen an die Abmahnung verschärft. In § 13 Abs. 2 werden detaillierte formale Anforderungen an die Abmahnung gestellt. Aufwendungsersatz kann, unabhängig von der Berechtigung der Abmahnung, nur verlangt werden, wenn die Formerfordernisse eingehalten werden.

- e) Verschärfung des Missbrauchsverbots

Weiter wurde das Missbrauchsverbot verschärft. Die frühere Regelung zur missbräuchlichen Geltendmachung negatorischer Ansprüche in § 8 Abs. 4 UWG aF wurde in eine ausführlichere Neuregelung in § 8c UWG überführt, die allerdings im Wesentlichen die von der Praxis bereits entwickelten Grundsätze kodifizierte.

- f) Einschränkung der Geltendmachung von Vertragsstrafen

Ein Kernelement der sog. Unterwerfungserklärung, mit der lauterkeitsrechtliche Streitigkeiten außergerichtlich beigelegt werden, stellt der Abschluss einer Vertragsstrafenvereinbarung gem. §§ 339 BGB dar. Er sorgt dafür, dass für den Fall einer erneuten Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsversprechen ein scharfes Sanktionsschwert bereitliegt, das den Verletzer hinreichend zur Einhaltung des Versprechens anhält.

Die Vereinbarung und Geltendmachung von Vertragsstrafen wird in § 13a eingeschränkt. Von Bedeutung sind diesbezüglich der Ausschluss der Vereinbarung einer Vertragsstrafe zugunsten von Mitbewerbern bei einer erstmaligen Abmahnung bei Verstößen nach § 13 Abs. 4, wenn der Abgemahnte in der Regel weniger als 100 Mitarbeiter beschäftigt. Außerdem dürfen Vertragsstrafen eine Höhe von 1 000 Euro nicht überschreiten, wenn die Zuwiderhandlung angesichts ihrer Art, ihres Ausmaßes und ihrer Folgen die Interessen von Verbrauchern, Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern in nur unerheblichem Maße beeinträchtigt und wenn der Abgemahnte in der Regel weniger als 100 Mitarbeiter beschäftigt.

2. Beziehungslose Regelungen oder Paradigmenwechsel

Es fällt natürlich auf, dass die deutlichen Einschränkungen des überaus effektiven private enforcement praktisch zeitgleich mit einer Verschärfung der lauterkeitsrechtlichen Anforderungen im Zeichen des Verbraucherschutzes erfolgen. Darin könnten beziehungslose Reaktionen des Gesetzgebers auf unterschiedliche Bedürfnisse erkannt werden. Denkbar wäre aber auch, dass der Gesetzgeber die erhöhten Lasten der unionsrechtlichen Vorgaben durch eine „Befreiung“ gerade kleiner Unternehmer von den Bürden der deutschen Durchsetzung kompensiert. Noch weitergehend darf die Frage gestellt werden, ob das Modell des private enforcement vor dem Hintergrund einer neuen verwaltungsrechtlichen Durchsetzung rechtspolitisch bewusst aufgegeben wird.

IV. Elemente der außergerichtlichen Streitbeilegung

1. Abmahnung

a) Begriff und Konzept

Von großer praktischer Bedeutung ist im Lauterkeitsrecht wie im gesamten gewerblichen Rechtsschutz die Abmahnung. Darunter versteht man die Aufforderung, einen bestimmten Wettbewerbsverstoß einzustellen, meist begleitet von der Aufforderung, eine vertragsstrafenbewehrte Unterwerfungserklärung abzugeben. Ca. 90 % aller Wettbewerbsverstöße werden so außergerichtlich geklärt.

Mit der Neufassung des UWG im Jahr 2004 hat der Gesetzgeber erstmals auch eine gesetzliche Grundlage für die Abmahnung geschaffen, inzwischen § 13 UWG. Demnach „sollen“ die zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten zunächst eine Abstellung des Verhaltens durch eine Abmahnung versuchen und erst nach erfolgloser Abmahnung gerichtlichen Schutz in Anspruch nehmen. Damit hat der Gesetzgeber jedoch weitgehend das nachvollzogen, was bereits vor der UWG-Reform 2004 Stand der Dinge war. Es besteht zwar keine Rechtspflicht des Gläubigers lauterkeitsrechtlicher Ansprüche, den Verletzer abzumahnern. Der Gläubiger riskiert jedoch, trotz Obsiegens im Prozess auf der Grundlage von § 93 ZPO mit den Verfahrenskosten belastet zu werden, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt. Reagiert der Verletzer nicht adäquat, so gibt er Anlass zur Klage, selbst wenn er lediglich keine gesicherte Unterwerfungserklärung abgibt.

Die unberechtigte oder missbräuchliche Abmahnung kann ihrerseits als Behinderungsmaßnahme einen Lauterkeitsverstoß begründen. Darüber hinaus kann sie Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb begründen.

Der zwingende Inhalt einer Abmahnung ist nun in § 13 Abs. 2 geregelt und hat Bedeutung für die Entstehung des Aufwendungsersatzanspruchs nach § 13 Abs. 3 (vgl. auch untenstehend).

b) Kosten der Abmahnung

Die Kosten einer berechtigten Abmahnung kann der Abmahnende auf Basis des § 13 Abs. 3 ersetzt verlangen. Bis zum Inkrafttreten des UWG 2004 wurden dem Abmahnenden die Kosten einer Abmahnung nach ganz h.M. auf der Grundlage der §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB ersetzt, obgleich diese Begründung dogmatisch nicht unproblematisch war. Entscheidend war jedoch, dass durch eine solche Regelung die Zahl potentieller Rechtsdurchsetzer entscheidend vergrößert wurde, was zu einer rechtspolitisch erwünschten und angestrebten Intensivierung der Rechtsdurchsetzung führte. In diesem Sinne hatte der Gesetzgeber bereits in § 13 Abs. 5 a.F. (§ 8 Abs. 4) den „Ersatz von Aufwendungen“ ausdrücklich anerkannt.

Den Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten hat jedoch nur, wer abmahnbefugt ist. Das sind die in § 8 Abs. 3 Genannten.

Die Erstattung von Abmahnkosten schuf für Gewerbetreibende und sog. „Abmahnvereine“ die Möglichkeit, sich mittels der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen eine Einnahmequelle zu erschließen. Dieser Anreiz ist als solcher in der Logik der Rechtsdurchsetzung durch Dritte durchaus erforderlich. Es erwies sich jedoch als notwendig, den Auswüchsen zu steuern. Auf dieser Grundlage wurde der Missbrauchstatbestand des § 13 Abs. 5 aF (inzwischen § 8c) eingeführt. Die Vorschrift wurde zunächst nur wenig angewendet, hat jedoch mit der Zeit geradezu unerwartet Konturen erlangt: Missbräuchlich ist es insbesondere, wenn mehrere Gläubiger miteinander verbunden und meist durch ein und denselben Anwalt vertreten in abgestimmtem Verhalten in verschiedenen Prozessen gegen den Schuldner vorgehen. Zudem betont der BGH immer wieder, dass der Missbrauch in der überwiegenden Verfolgung sachfremder Ziele begründet ist, was im

Einzelfall sorgfältig zu prüfen ist. Anhaltspunkte können sich daraus ergeben, dass die Abmahn-tätigkeit in keinem vernünftigen wirtschaftlichen Verhältnis zur gewerblichen Tätigkeit des Ab-mahnenden steht, der Anspruchsberechtigte die Belastung des Gegners mit möglichst hohen Prozesskosten bezweckt, der Abmahnende systematisch überhöhte Abmahngebühren oder Ver-tragsstrafen verlangt oder der Abmahnende an der Verfolgung des Wettbewerbsverstoßes kein nennenswertes wirtschaftliches Interesse hat (BGH, GRUR 2016, 961 Rn. 15 – *Herstellerpreis-empfehlung bei Amazon*; WRP 2018, 180 Rn. 21 – *Abmahnaktion II*).

Ein Missbrauch gem. § 8c UWG schließt die Abmahnbefugnis aus. Bisher war die Anspruchsgel-tendmachung unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuch-lich war, insbesondere, wenn sie vorwiegend dazu diente, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen, § 8 Abs. 4 UWG aF.

Da nun § 13 Abs. 5 einen allgemeinen Aufwendungsersatzanspruch bei unberechtigter Abmah-nung vorsieht, kommt § 8c Abs. 3 nur dann eigenständige Bedeutung zu, wenn der zu Unrecht Abgemahnte Rechtsverteidigungskosten geltend macht, die die Grenze des § 13 Abs. 5 S. 2 übersteigen.

Hinsichtlich der Frage, wann eine Abmahnung „berechtigt“ i.S.d. § 13 Abs. 3 ist, stellt die ganz herrschende Meinung im Schrifttum aufgrund der nun erfolgten Normierung der Abmahnung nicht mehr wie bisher auf das mutmaßliche Interesse des Abgemahnten – als Geschäftsherrn der GoA, § 683 BGB – ab, sondern auf die Frage, ob der in der Abmahnung behauptete Unterlassungsan-spruch tatsächlich besteht.

Der Aufwendungsersatzanspruch nach § 13 Abs. 3 entsteht nur dann, wenn der Abmahnende die Vorgaben des § 13 Abs. 2 beachtet hat. Damit ist die Einhaltung nicht nur materiell-rechtliche Voraussetzung für die Entstehung des Anspruchs nach § 13 Abs. 3, sondern führt bei Nichtbe-achtung zu einem Kostenerstattungsanspruch des Abgemahnten, § 13 Abs. 5. Der Abmahnende kann damit Ersatz der Rechtsverteidigerkosten geltend machen. Der Regelungsgehalt des § 13 Abs. 5 geht über den des § 8 Abs. 4 S. 2 UWG aF hinaus, da er nicht nur missbräuchliche Ab-mahnungen betrifft, sondern bei jeder unberechtigten Abmahnung und sogar bei einer berechtig-ten Abmahnung, die aber den formellen Anforderungen des § 13 Abs. 2 nicht entspricht, zur An-wendung kommt.

Zu ersetzen sind stets nur die tatsächlich angefallenen Kosten, und auch diese nur im Rahmen der Erforderlichkeit. Zur Beauftragung eines Anwalts sind im Regelfall nur Wettbewerber berech-tigt; bei Verbänden ist anzunehmen, dass sie eine ausreichende Eigenausstattung haben.

c) Missbräuchliche Abmahnung

Auch wenn bereits das Gesetz gegen unlautere Geschäftspraktiken darauf zielte, missbräuchli-che Abmahnungen zu verhindern, geht das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs weiter.

Gegenstand von lauterkeitsrechtlichen Abmahnungen sind häufig Wettbewerbsverstöße im Ba-gatellbereich oder gegen Marktverhaltensregelungen nach §§ 3, 3a UWG, durch die es für Mit-bewerber nicht zu einer spürbaren Wettbewerbsverzerrung kommt. Insbesondere im Online-Han-del führt die Komplexität der zu beachtenden Vorschriften und die Möglichkeit, solche Verstöße mit geringem Aufwand aufzuspüren, zu einer regen Abmahntätigkeit, die mit hohen Kosten für die betroffenen Unternehmer verbunden ist.

Der Schutz über § 8c gegen missbräuchliche Abmahnungen reicht für sich allein nicht weit genug, da es im Einzelfall schwierig ist, den Nachweis zu führen, dass eine Abmahnung vorwiegend dazu dient, einen Aufwendungsersatzanspruch gegen den Abgemahnten zu erzielen. Durch das Gesetz über unseriöse Geschäftspraktiken 2013 wurden daher die finanziellen Anreize für Ab-

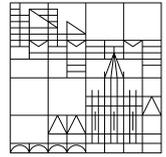
mahnungen deutlich verringert und die Position des Abgemahnten gegenüber einem missbräuchlich Abmahnenden gestärkt. Dadurch sollte die Zahl der Abmahnungen abnehmen, die weniger im Interesse eines lauterer Wettbewerbs als zur Gebührenerzielung ausgesprochen werden. Auch das führte aber nicht zu dem gewünschten Erfolg, weshalb durch das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs weitere Regeln getroffen wurden, um missbräuchlichen Abmahnungen zu begegnen. Durch die Einführung des § 8c erhielt der Rechtsmissbrauch einen eigenen Paragrafen. § 8c Abs. 1 entspricht § 8 Abs. 4 S. 1 UWG aF ohne den „insbesondere“ –Teil. Es ist weiterhin auf die gesamten Umstände abzustellen, wobei § 8c Abs. 2 sieben Regelbeispiele aufzählt, der durch die Zweifelsregelung den Nachweis erleichtert, dass die Geltendmachung missbräuchlich ist.

Für Abmahnungen nach dem UWG wurde im Gerichtskostengesetz (GKG) bereits 2013 eine neue Wertvorschrift für bestimmte Streitsachen mit klar bestimmbareren Tatbestandsmerkmalen eingeführt. Diese Regelung ermöglicht es abgemahnten Privatpersonen, selbst zu erkennen, ob in ihrem Fall eine Gebührenreduzierung von Rechtsanwaltskosten anzuwenden ist oder nicht.

Nach § 12 Abs. 3 kann das Gericht in einem Rechtsstreit anordnen, dass die Gerichtskosten von einer Partei nur aus einem geringeren Streitwert zu erheben sind, wenn bei der Berechnung der Prozesskosten nach dem vollen Streitwert die wirtschaftliche Lage dieser Partei erheblich gefährdet würde. Für Verfahren nach dem UWG wurde eine eigenständige für die Gebührenberechnung relevante Wertvorschrift in das GKG eingestellt. Der Kostenstreitwert soll sich nach § 51 Abs. 2 GKG nach der sich aus dem Antrag des Klägers für ihn ergebenden Bedeutung der Sache bestimmen. Hat die Sache für den Beklagten erheblich weniger Bedeutung als für den Kläger, ist der Streitwert angemessen zu mindern, § 51 Abs. 3 Satz 1 GKG. Bestehen keine genügenden Anhaltspunkte für die Bestimmung des Streitwerts, so sieht das Gesetz einen fiktiven Streitwert von 1 000 Euro vor, § 51 Abs. 3 Satz 2 GKG.

2. Vertragsstrafe

Bislang existierten keine gesetzlichen Vorgaben zur Vertragsstrafe außer der Erwähnung in § 12 Abs. 1 S. 1 UWG aF. Nunmehr wurde mit § 13a eine Vorschrift eingefügt, der im Wesentlichen die von der Rechtsprechung ohnehin herangezogenen Kriterien übernimmt und bestimmt, dass bei der Festlegung einer „angemessenen Vertragsstrafe“ bestimmte Umstände zu berücksichtigen sind (§ 13a Abs. 1 Nrn. 1-4 UWG). Zu den Einschränkungen vgl. bereits o.



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

Fachbereich Rechtswissenschaft
Lehrstuhl für deutsches und Europäisches
Privat- und Wirtschaftsrecht

Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe

Paketanschrift: Universitätsstraße 10
78464 Konstanz

Tel +49 7531 88-2309

Fax +49 7531 88-4528

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

05.04.2024

**Vorlesung Lauterkeitsrecht
SS 2024**

Universität Konstanz
Mo 17.00 - 18.30 Uhr, C 230
Jochen Glöckner

Arbeitspapier 4

Bitte lesen Sie vorbereitend:

EuGH v. 18.10.2012, Rs. C-428/11 – Purely Creative, ECLI:EU:C:2012:651

BGH v. 12.07.2007, I ZR 18/04 – Jugendgefährdende Medien bei eBay = WRP 2007, 1173

BGH v. 12.7.2012, I ZR 54/11 – Solarinitiative = GRUR 2013, 301

D. Die „große“ Generalklausel – Methodik und abstrakte Ausfüllung

I. Historische Entwicklung

Die Abgrenzung lauterer von unlauteren geschäftlichen Handlungen ist das Kernproblem des Lauterkeitsrechts. Das UWG 1909 (aUWG) führte den Begriff der Unlauterkeit indes primär in seinem amtlichen Titel und die Einzelnormen verwendeten den Begriff nur am Rande (vgl. etwa im erst 2000 eingeführten § 2 Abs. 2 Nr. 4 aUWG). Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche waren gem. § 1 aUWG unmittelbar an den Verstoß gegen die guten Sitten geknüpft.

§ 1 aUWG:

„Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.“

1. UWG 1909: Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Sittenwidrigkeit

Seit jeher wurde der Unlauterkeitsbegriff in § 1 aUWG wegen der korrespondierenden Formulierung in § 826 BGB und der darauf bezogenen Erläuterung in den Gesetzesmotiven mit der Formulierung umschrieben, dass gegen die guten Sitten verstoße, was dem „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ (so bereits RGZ 80, 219, 221 [1912]: das Reichsgericht bezog sich ausdrücklich auf seine etablierte Rechtsprechung zu § 826 BGB) oder dem „Anstandsgefühl des redlichen, verständigen und gerecht denkenden Durchschnittsgewerbetreibenden“ widerspreche.

Diese sog. Anstandsformel wurde sogar dahingehend erweitert, dass nach einem gebräuchlichen Obersatz ein Wettbewerbsverhalten nicht nur dann gegen die guten Sitten verstoße, wenn es dem Anstandsgefühl der beteiligten Verkehrskreise widerspreche, sondern auch dann, wenn die Wettbewerbshandlung von der Allgemeinheit missbilligt und für untragbar angesehen werde (BGH, GRUR 1970, 523, 524 – *Telefonwerbung I*; GRUR 1989, 753, 754 – *Telefonwerbung II*; GRUR 1990, 280, 281 – *Telefonwerbung III*). Besonders deutlich hat sich der Bundesgerichtshof in seiner *Busengrapscher*-Entscheidung (BGH, GRUR 1995, 592, 594) geäußert: Die Diskriminierung eines Bevölkerungsteils allein zum Zweck der Absatzförderung entspreche nicht den Anschauungen der großen Mehrheit des Publikums und der Wettbewerbsteilnehmer.

Die Anknüpfung an den Sittenverstoß wurde zwar bereits mit der UWG-Novelle 2004 aufgegeben (vgl. dazu sog.). Die zu § 1 aUWG entstandene Diskussion ist aber dennoch nicht überholt oder überflüssig: Zum einen feiert der Anstandsbegriff innerhalb des Verstoßes gegen die berufliche Sorgfaltspflicht Urstände (vgl. nur Art. 2 lit. h UGP-RL, §§ 3 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG „anständige Marktgepflogenheiten“). Zum anderen werden alle methodischen Fragen, die aus Anlass des Sittenverstoßes bereits diskutiert wurden, durch die Anwendung der nunmehr geltenden unbestimmten Rechtsbegriffe in gleicher Weise aufgeworfen.

a) Allgemeine Kritik an der Anstandsformel

So alt die Anstandsformel ist – im Zusammenhang der §§ 138 Abs. 1, 826 BGB wird sie immer noch verwendet –, so lange ist sie heftiger Kritik ausgesetzt. Der sprachliche Widerspruch, der dadurch entsteht, dass auf das „Gefühl“ der „Denkenden“ abgestellt werden soll, das Spannungsverhältnis zwischen der gleichzeitig geforderten „Billigkeit“ (*ius aequum*) und „Gerechtigkeit“ (*ius strictum*), die praktischen Probleme der Definition der maßgebenden Adressaten sowie der Einbindung der Richterinnen und Richter (vgl. die berühmte Sentenz von *Baumbach*, letzten Endes entscheide das Anstandsgefühl älterer Richter in hoher Stellung, die das praktische Geschäftsleben ganz überwiegend nie kennengelernt haben) sind unbestreitbar. Dennoch ist die insoweit vorgetragene Kritik vor dem Hintergrund der Funktion der Anstandsformel nicht stichhaltig.

Die Anstandsformel ist eine in höchstem Maße abstrakte und damit auch inhaltsleere Umschreibung, eine Weiterverweisung von einem sehr unbestimmten Rechtsbegriff auf einen noch unbestimmteren. Einen Erkenntnisgewinn brachte die Anstandsformel demgemäß niemals. Allein auf sie gestützte Ergebnisse sind notwendigerweise Produkte eines logischen Zirkels. Andererseits sind derartige Hilfskonstruktionen nicht ungewöhnlich in einem Rechtssystem, das sich in weitem Umfang auf Generalklauseln mit sehr vagen Rechtsbegriffen stützt. Solange sich die Rechtsanwender der Leerformelhaftigkeit bewusst bleiben, trifft die Anstandsformel allein der Vorwurf der Redundanz. Semantische und sprachphilosophische Kritik prallt an ihr ab. Dasselbe gilt hinsichtlich der angesprochenen Problematik der Auswahl der „billig und gerecht Denkenden“ sowie der Feststellung ihres Anstandsgefühls. Denn es entspricht allgemeiner Auffassung, dass die Konkretisierung der „guten Sitten“ auf der Basis der Anstandsformel als Rechtsfrage betrachtet wird. In der Sache geht es bei der Frage nach der Sittenwidrigkeit auch über die Anstandsformel um ein normatives Urteil. Der Ausgangspunkt der Anstandsformel ist nur scheinbar ein mit den Methoden empirischer Sozialforschung darstellbarer *consensus omnium*.

b) Problematik der Anknüpfung an die Missbilligung durch die Allgemeinheit

Die eigentliche Gefährlichkeit der Anstandsformel ergab sich aus der mangelnden Anbindung der – normativen – Ausfüllung des Sittenverstoßes in § 1 aUWG an die Schutzzwecke des Lauterkeitsrechts. Mit der klassischen Anknüpfung an das Anstandsgefühl der Durchschnittsgewerbetreibenden war in den Anfangszeiten des UWG immerhin der Konnex zwischen dem Obersatz der Unlauterkeitsprüfung und dem damaligen Ziel des Konkurrentenschutzes gewahrt gewesen.

Durch die Anbindung des Unlauterkeitsurteils an die Frage, ob eine Wettbewerbshandlung *von der Allgemeinheit missbilligt und für untragbar angesehen* wird, würde allerdings methodisch der Weg zu einem lauterkeitsrechtlichen Scherbengericht gebahnt: Allgemeines Aufsehen, öffentliche Proteste, Sensationsjournalismus im Trash-TV, shit storms, likes und frowns auf sozialen Medien könnten auf direktem Weg zum Unlauterkeitsurteil führen.

Freilich ist auch dieser Teil des so oft wiederholten Obersatzes *de iure* nicht wörtlich zu verstehen: Wettbewerbshandlungen sind nach der Praxis nicht deshalb unlauter, weil die Allgemeinheit sie *objektiv*, d.h. *tatsächlich* missbilligt und für untragbar erachtet, sondern weil das Gericht die lauterkeitsrechtliche Generalklausel *normativ* dahingehend konkretisiert, dass die Allgemeinheit das fragliche Wettbewerbsverhalten nicht hinzunehmen hat. *De facto* ist der Einfluss der gesellschaftlichen „Außenwirkung“ von Wettbewerbshandlungen auf die lauterkeitsrechtliche Beurteilung jedoch nicht zu verkennen. Er wurde deutlich bei den Entscheidungen des BGH (GRUR 1995, 744 – *Feuer, Eis & Dynamit I*), wo sich die Zuschauer des gleichnamigen Kinofilms von dem massiven Product Placement derart düpiert fühlten, dass die Zeitungen davon berichteten, sowie bei der spektakulären *Benetton*-Plakataktion (BGH, GRUR 1995, 598 – *Ölverschmutzte Ente*), die zu massiven Umsatzeinbrüchen etlicher *Benetton*-Filialen und einer Vielzahl von Beschwerden beim Deutschen Werberat (der höchsten Anzahl seit seiner Gründung im Jahr 1972) führte.

c) Konkretisierung der Generalklausel durch die Rechtsprechung

Maßgebend ist, dass der Gesetzgeber auf die Ausfüllung einer Generalklausel durch die Gerichte vertraut hat. Induktionsmaterial für die Auffindung ergänzender Entscheidungsnormen im Rahmen der Generalklausel stand dabei bereits zum Zeitpunkt ihres Erlasses 1909 zur Verfügung. Auf der Grundlage des allgemeinen Deliktsrechts und des UWG von 1896 hatten die Gerichte Schutz vor Irreführungen, vor der Begründung einer Verwechslungsgefahr, vor Anschwärmungen sowie vor Geheimnisverrat im Wettbewerb gewährt. Seit den 1920er-Jahren entwickelte sich das Lauterkeitsrecht in Deutschland rasant fort. Die Gerichte bedienten sich in großzügiger Weise der Generalklausel und bauten die Marktverhaltensnormen stetig aus.

Daneben trat der Erlass lauterkeitsrechtlicher Sondergesetze (RabattG, ZugabeVO) in den 1930er-Jahren. Als Ergebnis wurden nicht nur die bereits genannten Fallgruppen von einem Lauterkeitsrecht erfasst, das um ein Vielfaches rigoroser war als im Zeitpunkt seiner Entstehung. Bereits im Jahr 1931 stellte das Reichsgericht fest, dass das Gefühl für das, was Anstand und Sitte im Geschäftsverkehr erfordern, feiner geworden sei (RGZ 134, 342, 355 – *Benrather Tankstellen*). Im Jahr 1968 nannte *Reimer* das auf der Grundlage der Generalklausel geschaffene Normenwerk einzigartig „in seiner Dichte und in seinen feinen Verästelungen“. Die Generalklausel erfasste – im Zusammenspiel mit jüngeren Sondertatbeständen – weitere Fallreihen. Dazu zählten insbesondere zahlreiche Ausbeutungstatbestände, die Fälle des Marktmachtmissbrauchs und die verschiedenen Konstellationen, unter denen besonders aggressive Werbung untersagt wurde. Die Instrumentalisierung des Lauterkeitsrechts zur Durchsetzung allgemeiner, meist verwaltungsrechtlicher Ge- und Verbote unter dem Gesichtspunkt des wettbewerbswidrigen Erlangens eines Vorsprungs durch Rechtsbruch führte zu einer vieldiskutierten „Hypertrophie des Lauterkeitsrechts“ in Deutschland.

d) Versuche einer dogmatischen Erfassung

Versuche, den Zugriffsbereich (verstanden als Gegensatz zum Anwendungsbereich) des Lauterkeitsrechts zu definieren oder auch nur die unlauteren Wettbewerbshandlungen zu kategorisieren, scheiterten weitgehend. Selbst entschiedene Verfechter einer materialen Betrachtungsweise waren außerstande, einheitliche oder sich ergänzende Kriterien der Unlauterkeit zu entwickeln, und präsentierten statt dessen „topoi-Kataloge“, welche lediglich Erörterungsgesichtspunkte enthielten, die zu einer Minderbewertung kollidierender Wettbewerbsinteressen führen konnten. Die Einteilung der für unlauter gehaltenen Wettbewerbshandlungen erfolgte in der Praxis nach dem formalen Gesichtspunkt der darstellerischen Zweckmäßigkeit. Lauterkeitsrecht war nicht definiert, sondern nur durch sog. Fallgruppen oder Fallreihen erklärt.

Auch die in den Standardwerken verfolgte Frage nach dem Schutzzweck des Lauterkeitsrechts (vgl. dazu bereits AP 1) lieferte keine Antwort auf die gestellte Frage. Das kann kaum verwundern, weil die Fallreihenbildung viel älter ist als die Schutzzweckdiskussion. Der unbestreitbare Vorteil einer Generalklausel besteht zwar darin, dass sich nur mit ihr der proteusartigen Verwandlungsfähigkeit der Unredlichkeit im geschäftlichen Verkehr beikommen lässt. Auf der anderen Seite ist eine inhaltlich nicht weiter determinierte Generalklausel besonders anfällig, zu einem Sammelbecken unterschiedlichster Entscheidungsgesichtspunkte zu denaturieren.

e) Generalklausel und Rechtssicherheit

Die lauterkeitsrechtlichen Generalklauseln machen deutlich, dass darin weniger ein Problem unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit zu erkennen ist. Im Gegenteil haben die durch die Rechtspraxis verfestigten Fallgruppen oftmals den Charakter selbständiger Gebote und Verbote gewonnen. Gefahr droht eher deshalb, weil sich die gedanklichen Produkte der Fallgruppenbildung im Lauf der Zeit über das Gesetz selbst erheben und ein schwer kontrollierbares Eigenleben entfalten. Dadurch werden Wertungswidersprüche und Friktionen nicht weniger herausgefordert als durch einen Gesetzesperfektionismus, der das Ziel hätte, die Generalklausel durch entsprechende Einzeltatbestände ersetzen zu wollen.

2. Die Generalklausel nach der UWG-Novelle 2004

Auch im UWG von 2004 konnte – trotz der Kodifizierung zahlreicher Fallreihen in den §§ 4, 7 (vgl. dazu AP 1) – auf eine „große“ Generalklausel nicht verzichtet werden. Wegen der Einführung einer vorangestellten Schutzzweckklausel in § 1 und eines Definitionenkatalogs in § 2 befand sie sich aber erst in § 3. Die Vorschrift bildete zwar nach wie vor das Herzstück des novellierten UWG, wich aber in einigen wesentlichen Punkten von der Generalklausel des § 1 aUWG ab: Das aUWG hatte seine Sanktionen allein an den Umstand geknüpft, dass Wettbewerbshandlungen sittenwidrig waren. Das UWG a.F. verlangte nunmehr, dass Wettbewerbshandlungen unlauter und zudem geeignet seien, den Wettbewerb nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen.

a) Unlauterkeit

Die Rechtsprechung zu § 1 aUWG hatte darauf abgestellt, ob die Wettbewerbshandlung dem Anstandsgefühl eines verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden widersprach oder von der Allgemeinheit missbilligt und für untragbar gehalten wurde (vgl. bereits o.; BGH, GRUR 2001, 1181, 1182 – *Telefonwerbung für Blindenwaren*). Der Begriff des Verstoßes „gegen die guten Sitten“ wurde im 2004 novellierten UWG durch den Begriff der Unlauterkeit ersetzt. Als Grund dafür wurde zum einen das veränderte Sprachempfinden genannt: Der Begriff der Sittenwidrigkeit sei veraltet, da er den Handelnden unnötig mit dem Makel der Unsittlichkeit belaste. Zum anderen werde der Begriff der Unlauterkeit auch im Gemeinschaftsrecht insbesondere zu Art. 28, 30 EG (nunmehr Art. 34, 36 AEUV) verwendet (vgl. v. 20.2.1979, Rs. 120/78 – *Cassis de*

Dijon, Slg. 1979, 649, 662); die Übernahme dieses Begriffs ins UWG habe somit eine weitreichende sprachliche Kompatibilität mit dem Gemeinschaftsrecht zur Folge.

aa) keine Definition, sondern Konkretisierung

Anders als später in der UGP-Richtlinie wurde im UWG 2004 aber kein Versuch unternommen, das Erfordernis der Unlauterkeit zu definieren. Allein in den Gesetzgebungsmaterialien findet sich der Hinweis, dass unlauter „alle Handlungen (seien, d. Verf.), die den anständigen Gepflogenheiten in Handel ... zuwiderlaufen“ (Begr. RegE, BT-Drs. 15/1487, S. 16). Diese Begrifflichkeit ist sprachlich an Art. 10^{bis} PVÜ angelehnt und muss mit dieser Vorschrift die Kritik teilen, ein veraltetes, an der Geschäftsmoral und einem sehr statischen Wettbewerbsmodell orientiertes Wettbewerbsverständnis zugrunde zu legen.

Der angreifbaren Definition bedurfte es auch nicht. Während im früheren Recht die Generalklausel des § 1 aUWG im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung durch die Schaffung diverser Fallgruppen handhabbar gemacht wurde (vgl. bereits o.), wurde die Unlauterkeit gem. § 3 UWG 2004 wenn schon nicht definiert, so doch durch gesetzlich geregelte Beispielskataloge in den §§ 4 - 7 UWG 2004 konkretisiert.

Nachdem in den Spezialtatbeständen der §§ 4 - 7 UWG 2004 die Beispiele der Unlauterkeit von Wettbewerbshandlungen konkret aufgeführt wurden, stellte sich indes die Frage nach dem Verhältnis der wettbewerblichen Generalklausel des § 3 zu den Beispielstatbeständen in besonderer Weise: Durch die Kodifikation war nämlich fraglich geworden, wie weit auf die Generalklausel zurückgegriffen werden durfte, ohne den Willen des Gesetzgebers bei der Formulierung der Sondertatbestände zu übergehen. Eine Auffassung wollte auf die Generalklausel nur noch in „Extremfällen“ zurückgreifen. Das war mit der Struktur der Generalklausel sicher nicht vereinbaren. Dem entspricht, dass die Rechtsprechung seit 2004 verschiedentlich von der Generalklausel Gebrauch gemacht hat, ohne den Rückgriff auf diese jeweils in besonderer Weise methodisch zu rechtfertigen.

bb) Verhältnis zu Konkretisierungstatbeständen

Stets zu beachten blieb jedoch, dass durch den Rückgriff auf die Generalklausel keine mit der Ausgestaltung der Sondertatbestände zum Ausdruck gebrachte Wertentscheidung des Gesetzgebers konterkariert werden durfte. So hatte der Gesetzgeber 2004 die Vorschriften für Sonderveranstaltungen aufgehoben, um die Rahmenbedingungen des Wettbewerbs im Einzelhandel zu liberalisieren. Es wäre ganz verfehlt gewesen, an dieser Stelle den nur vermeintlich gebotenen „Schutz“ über die Generalklausel zu gewähren. Wenn der Gesetzgeber Verkaufsförderungsmaßnahmen ausdrücklich allein im Fall ihrer qualifizierten Intransparenz verbietet, vgl. § 4 Nr. 4 UWG 2004, so können dieselben Maßnahmen nicht auf der Grundlage der Generalklausel umfassend verboten werden.

cc) Konkretisierungsdelegation an die Rechtsprechung

Mit dem Verzicht auf eine vollständige Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals der Unlauterkeit hatte der Gesetzgeber eine entsprechende Delegation der Rechtsetzungsbefugnis an die Gerichte vorgenommen. Hieran hat sich auch durch die UWG-Novellen 2008 und 2015 nichts geändert (vgl. u.). Wie bislang wird es auch weiterhin Aufgabe der Rechtsprechung sein, im Einzelnen zu konkretisieren, welche Handlungsweisen als unlauter anzusehen sind. Diese Konkretisierung erfolgt durch Entscheidungen höchstrichterlicher Rechtsprechung, die sich zur Herausarbeitung rechtssatzförmiger Regeln verdichten können.

dd) Auslegungsmaximen

Fraglich ist, anhand welcher Kriterien Maßstäbe für eine Konkretisierung anzulegen sind. Bereits im Rahmen von § 1 aUWG. war anerkannt, dass sich die Beurteilung der Lauterkeit einer Wettbewerbshandlung am Schutzzweck des Gesetzes orientieren muss (BVerfG, WRP 2003, 69, 71 – *Veröffentlichung von Anwaltsranglisten*; vgl. in der Folge: BGH, WRP 2006, 1109 – *Rechtsanwalts-Ranglisten*). Die Schutzzwecke spielen dabei sowohl eine legitimierende als auch eine begrenzende Rolle. Demnach kann der Richter einerseits im Zuge der Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals der Unlauterkeit eine lauterkeitsrechtliche Verhaltensnorm nur auf den Schutz der Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb und auf den Schutz des Allgemeininteresses an einem unverfälschten Wettbewerb stützen (§ 1 UWG), nicht jedoch auf außerwettbewerbliche (Allgemein-)Interessen wie etwa den Natur- oder den Arbeitnehmerschutz. Andererseits reicht es nicht aus, eine Norm mit einem oder mehreren der in § 1 genannten Schutzzwecke zu rechtfertigen. Vielmehr hat der Richter stets zu prüfen, ob die aufzustellende Norm auch tatsächlich erforderlich und geeignet ist, diese Schutzzwecke zu verwirklichen. Diese Verhältnismäßigkeitsprüfung ist aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten, da Eingriffe in das Marktverhalten zugleich einen Eingriff in Grundrechte darstellen. Übersehen oder verkennen die Gerichte die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte im konkreten Fall, so verletzen sie als Träger öffentlicher Gewalt die dadurch betroffene Prozesspartei in ihren Grundrechten (BVerfGE 89, 214, 229 f.).

Bei der Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals der Unlauterkeit ist zudem der Vorrang des Unionsrechts vor dem nationalen Recht zu berücksichtigen (vgl. BGH, WRP 2008, 661 – *ODDSET*). Soweit das UWG europäische Richtlinien umsetzt, sind demzufolge die entsprechenden europäischen Grundrechte zu beachten (vgl. OLG Hamburg, GRUR-RR 2010, 253, 256 – *Social Report*). Außerrechtliche Maßstäbe, wie „anständige Marktgepflogenheiten“, der „allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben“ sind ebenso wie unter der Geltung des § 1 aUWG weiterhin geeignet, im Rahmen der Auslegung von § 3 herangezogen zu werden. Allerdings hat der BGH (GRUR 2006, 773 - *Probeabonnement*) bereits klargestellt, dass der Wettbewerb in bedenklicher Weise beschränkt würde, wenn durch ein Abstellen auf „das Anstandsgefühl des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden“ sowie „die Verkehrssitte“ und damit „die im Verkehr herrschende tatsächliche Übung“ das Übliche zur Norm erhoben würde (siehe hierzu bereits die Kritik o. I 1 b).

ee) Kein subjektiver Tatbestand

Der Begriff der Unlauterkeit in § 3 UWG 2004 hingegen erforderte nicht generell die Verwirklichung eines subjektiven Tatbestandes. Einzelne Fälle unlauteren Handelns waren aber überhaupt nicht denkbar, ohne dass auch ein subjektiver Tatbestand verwirklicht wurde. Dies galt beispielsweise im Fall des Vernichtungswettbewerbs für den Vernichtungszweck. Die Klärung der Frage, in welchen Fällen des unlauteren Handelns im Sinne des § 3 ein subjektives Tatbestandsmerkmal erforderlich sein sollte, wurde allerdings vom Gesetzgeber bewusst der Rechtsprechung überlassen. Diese hat den subjektiven Tatbestand als Voraussetzung der Unlauterkeit inzwischen jedoch abgelehnt (BGH, GRUR 2009, 1080, 1082 – *Auskunft der IHK*).

b) Eignung zur nicht nur unerheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung

Die Eignung zur nicht nur unerheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs stellte ein Tatbestandsmerkmal des Wettbewerbsverstoßes i.S.v. § 3 UWG 2004 dar. Sie betraf also die Begründetheit des Anspruchs. Dabei wurde diese Eignung nicht bereits durch eine etwa festgestellte Unlauterkeit generell indiziert. Daraus folgte, dass der Verletzte die Tatsachen darzulegen und im Streitfall zu beweisen hatte, aus denen sich eine nicht nur unerhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen

Marktteilnehmer ergab. Eine Beweislastumkehr wurde durch die sprachliche Fassung des § 3 demnach nicht bewirkt (str.).

Es wurde weitgehend die Meinung vertreten, bei dem Erfordernis der Eignung zur „nicht nur unerheblichen“ Wettbewerbsbeeinträchtigung hätte es sich um eine sog. „Bagatellklausel“ gehandelt, die aus dem prozessrechtlichen Kontext des § 13 Abs. 2 Nr. 1, 2 aUWG „befördert“ worden sei und materiell-rechtlichen Charakter erhalten hätte. In dieselbe Richtung weisen die Gesetzgebungsmaterialien:

Nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers bestand der Zweck der Generalklausel darin, die Verfolgung bloßer Bagatellfälle auszuschließen. Ein Grund dafür sollte sein, im Allgemeininteresse an einer funktionsfähigen Rechtspflege eine sachlich nicht gebotene Inanspruchnahme der Gerichte zu verhindern (*de minimis non curat praetor*). Die Regelung in § 3 UWG 2004 sollte demnach eine Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sein und sollte in erster Linie eine rechtsmissbräuchliche Geltendmachung von wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen verhindern. Ziel sollte es dagegen nicht sein, unlautere Wettbewerbshandlungen zu einem beachtlichen Teil zu legalisieren. Der Wortlaut („nicht nur unerheblich“) sollte vielmehr deutlich machen, dass die Messlatte lauterkeitsrechtlicher Relevanz niedrig zu hängen sei.

Dieser Einschätzung des Gesetzgebers konnte bereits unter der Geltung des UWG 2004 nicht gefolgt werden. Es war gerade darüber zu entscheiden, *wann* eine Inanspruchnahme der Gerichte sachlich nicht geboten war. Die Ausführungen zur Begründung einer Bagatellklausel standen in unauflöselichem Widerspruch zu den Ausführungen, wonach die Messlatte niedrig zu hängen sei.

Die unlautere Wettbewerbshandlung musste nach § 3 nicht tatsächlich zu einer Wettbewerbsbeeinträchtigung führen; die bloße Eignung zur Beeinträchtigung des Wettbewerbs reichte aus. Da es diesbezüglich nach der Gesetzesbegründung auf den Wettbewerb als Institution nicht ankam, insbesondere also marktstrukturelle Überlegungen ausschieden, sollte hier auf die Wirkungen wettbewerbswidrigen Verhaltens auf das Marktgeschehen im Sinne des Wettbewerbsprozesses selbst abzustellen sein.

Auch insoweit waren die Ausführungen in den Gesetzgebungsmaterialien widersprüchlich. Freilich musste nicht der Wettbewerb als Institution gefährdet sein – nichts anderes gilt aber im Kartellrecht: auch dort genügt die Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf einem konkreten, nach Produkt, Raum und Zeit abgegrenzten Markt. Das Marktgeschehen, von welchem die Begründung sprach, war aber nichts anderes als der Wettbewerb, der kartell- wie lauterkeitsrechtlich geschützt wird.

Der einzige Unterschied bestand in der Schutzrichtung: Während das Kartellrecht nach wie vor schwerpunktmäßig auf die Vermeidung monopolistischer Marktstrukturen gerichtet ist, schützt das Lauterkeitsrecht vor Wettbewerbsverfälschungen durch individuelles Wettbewerbsverhalten. Der jeweils durch eine unlautere Wettbewerbshandlung betroffene Markt kann geographisch und produktbezogen sehr klein sein; im Hinblick auf die Beeinträchtigung des jeweils betroffenen Marktes wurde aber selbstverständlich der Wettbewerb beeinträchtigt. Nur im Hinblick darauf waren auch die Ausführungen zur Bagatellklausel sinnvoll. Ob eine Beeinträchtigung der Marktchancen der Mitbewerber eintreten konnte, hing von der Größe eines erzielten Wettbewerbsvorsprungs ab. In die Betrachtung flossen dabei die Marktverhältnisse sowie die Art, Schwere, Häufigkeit oder Dauer des Wettbewerbsverstoßes ein.

c) Rechtsfolgen

Im Gegensatz zu § 1 aUWG ergaben sich die Rechtsfolgen nicht aus § 3 UWG 2004 selbst. § 3 erklärte unlautere Wettbewerbshandlungen lediglich für unzulässig. Die zivilrechtliche Rechtsfolgenanordnung ergab sich nach der neuen Gesetzssystematik vielmehr aus den §§ 8-10 UWG. Daran halten auch das UWG 2008 und 2015 fest (vgl. bereits AP 3).

Eine Nichtigkeit von Folgeverträgen – d.h. solchen Verträgen, die aufgrund von Verstößen gegen § 3 geschlossen wurden – gem. § 134 oder § 138 BGB kam in aller Regel nicht in Betracht, da § 3 kein Verbotstatbestand im Sinne des § 134 BGB war und sich § 138 BGB primär gegen den Inhalt eines Rechtsgeschäfts richtet, nicht aber gegen die – unlautere – Anbahnung seines Zustandekommens.

3. Die Generalklausel nach der UWG-Novelle 2008

Zur Umsetzung der UGP-Richtlinie ist am 30.12.2008 das Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb in Kraft getreten. Die Generalklausel wurde wie folgt geändert:

§ 3 UWG 2008 Verbot unlauteren Wettbewerbs

(1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.

(2) Geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern sind jedenfalls dann unzulässig, wenn sie nicht der für den Unternehmer geltenden fachlichen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, die Fähigkeit des Verbrauchers, sich auf Grund von Informationen zu entscheiden, spürbar zu beeinträchtigen und ihn damit zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Dabei ist auf den durchschnittlichen Verbraucher oder, wenn sich die geschäftliche Handlung an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet, auf ein durchschnittliches Mitglied dieser Gruppe abzustellen. Auf die Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds einer auf Grund von geistigen oder körperlichen Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit besonders schutzbedürftigen und eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern ist abzustellen, wenn für den Unternehmer vorhersehbar ist, dass seine geschäftliche Handlung nur diese Gruppe betrifft.

(3) Die im Anhang dieses Gesetzes aufgeführten geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern sind stets unzulässig.

Die Neufassung 2008 brachte vier grundsätzliche Änderungen:

a) Geschäftliche Handlung als Anknüpfung zur Bestimmung des gegenständlichen Anwendungsbereichs

Der deutsche Gesetzgeber gab zunächst die Verwendung des ehrwürdigen Begriffs der Wettbewerbshandlung zur Bestimmung des gegenständlichen Anwendungsbereichs des UWG auf. Zu groß erschien ihm die begriffliche Abweichung von der „Geschäftspraktik“ der UGP-Richtlinie. Handlungen während und nach Vertragsschluss hätten nicht notwendigerweise etwas mit Wettbewerb zu tun (Begr. RegE, BT-Drs. 16/10145, S. 20). Auf der anderen Seite wollte er aber weder den Begriff der Geschäftspraxis noch gar der Geschäftspraktik übernehmen, weil diesen in der deutschen Sprache eine abwertende Bedeutung zukomme, der die ebenfalls erfassten lautereren Verhaltensformen diskreditiere. Der Gesetzgeber hat sich insoweit für den Begriff der „geschäftlichen Handlung“ entschieden.

Eine inhaltliche Problemstellung ergab sich aus der – neben dem Marktbezug – zweiten Voraussetzung der Wettbewerbshandlung gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2004, wonach mit dem Ziel gehandelt werden musste, zugunsten eines Unternehmens den Absatz oder den Bezug von Waren oder Dienstleistungen zu fördern. Ein solches Merkmal – unabhängig davon, ob dieses Ziel subjektiv interpretiert wird, was durch die Formulierung nahegelegt wurde, oder objektiv, was der Struktur des Wettbewerbsschutzes entspricht – kennt die UGP-Richtlinie nicht.

Zu Recht tauschte der Gesetzgeber deshalb das Wettbewerbsförderungsziel gegen ein objektives Kriterium ein. Er führte auch kein Unmittelbarkeitserfordernis, wie es von der Lit. z.T. gefordert worden war, ein, sondern stellte in § 2 Abs. 1 Nr. 1 lediglich auf einen objektiven Zusammenhang zwischen dem fraglichen Verhalten und der Absatzförderung ab. Der BGH bestätigte diesen Zugang (BGH, WRP 2009, 1086 Rn. 25 – *Änderung der Voreinstellung II*), der bis heute Bestand hat.

b) Spürbarkeit der Interessenbeeinträchtigung

In der Literatur war darauf hingewiesen worden, dass Art. 5 Abs. 1 UGP-RL unlautere Geschäftspraktiken schlechthin für unzulässig erkläre, während § 3 UWG 2004 die Eignung verlange, den Wettbewerb nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen. Wegen des unterschiedlichen Schutzzwecks der UGP-Richtlinie entspreche das Erfordernis der Eignung zur wesentlichen Beeinflussung des Verbraucherverhaltens in Art. 5 Abs. 2 lit. b UGP-RL nicht dem Erfordernis der Wettbewerbsbeeinträchtigungseignung des § 3 UWG 2004.

Tatsächlich korrespondierte das zweite Tatbestandsmerkmal in § 3 UWG 2004 jedenfalls nach der Anpassung der Standards (Spürbarkeit statt Nicht-Unerheblichkeit) in der UWG-Novelle 2008 mit dem Erfordernis der wesentlichen Beeinflussung des Verbraucherverhaltens in Art. 5 Abs. 2 lit. b UGP-RL: Gewisse auch nach der Novelle 2008 noch bestehende Unterschiede gingen auf die unterschiedlichen Regelungstechniken von UGP-Richtlinie und UWG zurück: Während die UGP-Richtlinie unter den Unlauterkeitsbegriff ein qualitatives (Verstoß gegen die berufliche Sorgfaltspflicht) und ein quantitatives (wesentliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens) Element fasst, verwendete das UWG bis zur Novelle 2015 den Begriff der Unlauterkeit lediglich für das qualitative Element und baute hierauf das System der Konkretisierungen in den §§ 4-6 UWG 2008 auf, so dass formal und anwendungstechnisch für jedes nach diesen Vorschriften unlautere Wettbewerbsverhalten das quantitative Element der nicht nur unerheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung – nunmehr der spürbaren Interessenbeeinträchtigung – aus § 3 Abs. 1 UWG 2008 zu prüfen blieb. Die danach insbesondere im Wettbewerbsprozess zu stellenden Anforderungen haben Anlass zur Diskussion gegeben. Erst durch die Novelle 2008 wurde der Belästigungstatbestand in § 7 von diesem Erfordernis befreit.

Weil die UGP-Richtlinie in den Art. 6-8 aber nicht allein das qualitative Element (etwa: „Ein Verstoß gegen die berufliche Sorgfaltspflicht liegt insbesondere vor, wenn ...“), sondern über Art. 5 Abs. 4 UGP-RL die Unlauterkeit insgesamt konkretisiert, fand das Kriterium der wesentlichen Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Entscheidung gem. Art. 5 Abs. 2 lit. b, wie in Art. 2 lit. e und k UGP-RL (geschäftliche Entscheidung) definiert, bis zur Novelle 2015 ausschließlich im Rahmen der Generalklausel Anwendung. Die Sondertatbestände der Art. 6-8 UGP-RL werden demgegenüber – anders als die §§ 4-6 UWG 2008 dies waren – sprachlich mit der Notwendigkeit belastet, auch das quantitative Element mitregeln zu müssen. Sie tun dies durch die (leider nicht einheitlich gebrauchte) Formulierung „und die somit einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er sonst nicht getroffen hätte“ (so in Art. 7 Abs. 1 UGP-RL; ähnlich Art. 6 Abs. 1 und 2, 7 Abs. 2, 8 UGP-RL).

Dieses Kriterium entspricht der Definition der wesentlichen Beeinflussung in Art. 2 lit. e UGP-RL indes nur partiell, nämlich im Hinblick auf deren letzten Halbsatz, nicht aber im Hinblick auf das vorgelagerte und zugleich weitergehende Erfordernis, „die Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, spürbar zu beeinträchtigen“. Weitergehender Begründungen, insbesondere zur spürbaren Beeinträchtigung der Fähigkeit, eine informierte Entscheidung zu treffen, bedarf es daher im Rahmen der Sondertatbestände nicht. Das ist nachvollziehbar, weil insoweit bereits die Irreführung bzw. die Aggressivität nicht allein die Unlauterkeit konkretisieren, sondern zugleich unwiderlegbar die spürbare Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit indizieren. Wegen der Totalharmonisierung durfte auch im Rahmen der deutschen Umset-

zungstatbestände (§§ 4 Nr. 1, 2, 5, 5a UWG 2008) nichts anderes gelten. Insoweit indizierte also die besondere Verletzungsform die Spürbarkeit der Interessenverletzung. Separat zu prüfen blieb allein die wettbewerbliche Relevanz der Irreführung bzw. unangemessenen Einflussnahme.

Im Ergebnis verlangt die UGP-Richtlinie damit innerhalb der Fallgruppen der Irreführung und der aggressiven Geschäftspraktiken nicht mehr als die Eignung zur Veranlassung einer geschäftlichen Entscheidung, die anderenfalls nicht getroffen worden wäre. Die geschäftliche Entscheidung wird durch Art. 2 lit. k UGP-RL sehr breit definiert und umfasst alle Rechtshandlungen, die auf den Vertragsschluss, die Erfüllung oder die Erhaltung von Verträgen gerichtet sind. Verkürzt wurde diese Eignung als „Relevanz für die Verbraucherentscheidung“ oder „geschäftliche Relevanz“ bezeichnet.

Die Struktur der objektiven Verhaltensnormen der UGP-Richtlinie macht allerdings nicht deutlich, ob diese geschäftliche Relevanz der konkreten Geschäftspraktik insgesamt oder allein ihrem spezifischen Unlauterkeitsgehalt anhaften muss. Der deutschen Lauterkeitsrechtsordnung sind beide Aspekte vertraut: Im Rahmen des allgemeinen Erfordernisses der Wettbewerbsbehandlung wurde traditionell verlangt, dass sich das geschäftliche Verhalten eines Gewerbetreibenden auf gegenwärtige oder potentielle Mitbewerber auswirken kann. Bei unmittelbar verbraucherbezogenem Verhalten ist das der Fall, wenn deren geschäftliche Entscheidung beeinflusst wird. Im Rahmen der Wettbewerbsrelevanz wird auf das gesamte konkrete Wettbewerbsverhalten abgestellt, durch welches der Wettbewerber auf den tatsächlichen oder potentiellen Kundenkreis Einfluss zu nehmen sucht.

Daneben wird im deutschen Recht insbesondere im Rahmen des Irreführungstatbestandes seit jeher die wettbewerbliche Relevanz geprüft. Sie wird zwar ebenfalls als Eignung definiert, eine Marktentscheidung zu beeinflussen. Insoweit geht es allerdings sehr eindeutig nicht um die Relevanz der konkreten angegriffenen Geschäftspraktik – etwa eines Plakats oder eines Fernsehspots –, sondern um die spezifische Relevanz ihres wettbewerbsverfälschenden Bestandteils, d.h. z.B. der irreführenden Angabe. Die UGP-Richtlinie ist insoweit mehrdeutig. Zumindest in Art. 7 Abs. 1, 2 und Art. 8 wird durch die Verwendung von „somit“ bzw. „dadurch“ (engl. *thereby*) bzw. „und dies veranlasst“ sprachlich klargestellt, dass das Erfordernis geschäftlicher Relevanz sich auf das irreführende Unterlassen bzw. die unzulässige Beeinflussung beziehen muss. In Art. 6 Abs. 1, 2 UGP-RL fehlt ein solcher Hinweis jedoch – Analogie oder Umkehrschluss? Für eine auf die Geschäftspraktik als solche bezogene Auslegung der geschäftlichen Relevanz spricht insbesondere die Struktur der Generalklausel. Nach ihr ist die Eignung, eine geschäftliche Entscheidung zu veranlassen, nicht im Hinblick auf den Verstoß gegen die berufliche Sorgfaltspflicht, sondern im Hinblick auf die Geschäftspraktik zu prüfen. Dagegen lässt sich aus systematischen Gesichtspunkten allerdings immerhin ins Feld führen, dass das Erfordernis der allgemeinen Wettbewerbsrelevanz sich bereits aus der Definition der Geschäftspraktik (unmittelbarer Zusammenhang mit Absatzförderung etc.) ergibt.

Ein schlüssiges System ergibt sich allein, wenn das Erfordernis geschäftlicher Relevanz in den Sondertatbeständen durchweg auf die unlauterkeitsbegründenden Umstände gestützt wird, wie es die oben zitierten Formulierungen verlangen. Für die Analogie spräche, dass Werbung mit falschen, aber nicht irreführenden Tatsachen mangels Wettbewerbsrelevanz der Irreführung nicht verboten werden müsste. Schließlich gestattet eine solche Auslegung einen Gleichlauf mit der an Nicht-Verbraucher gerichteten irreführenden Werbung, die gem. Art. 2 lit. b Irreführungsrichtlinie geeignet sein muss, „infolge der ihr innewohnenden Täuschung“ das wirtschaftliche Verhalten ihrer Adressaten zu beeinflussen.

Eine solche Deutung „passt“ nicht zuletzt zu dem Verzicht auf das weitere Erfordernis der spürbaren Beeinträchtigung der Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, wie es für die Generalklausel in Art. 5 Abs. 2 lit. b, 2 lit. e UGP-RL erforderlich ist: Soweit die Irreführung bzw. die unangemessene Einflussnahme wettbewerblich relevant sind, weil sie

geeignet sind, die geschäftliche Entscheidung der Adressaten zu beeinflussen, ergibt sich bereits aus der Natur der Lauterkeitsverstöße, dass sie den Wettbewerb auch spürbar beeinflussen. Bei den besonders groben Verstößen, die in Anhang I aufgezählt sind, wird die wettbewerbliche Relevanz ebenfalls fingiert.

In diesem Sinne hat auch der deutsche Gesetzgeber bei der UWG-Novelle 2015 nicht allein die Strukturen der Verhaltensnormen an diejenigen der UGP-Richtlinie angepasst – auch die §§ 4a, 5, 5a enthalten nunmehr ausdrückliche Erfordernisse, dass die geschäftlichen Handlungen geeignet sein müssen, „den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte“, sondern auch das Erfordernis eines spezifischen Pflichtwidrigkeitszusammenhangs der Unlauterkeit verdeutlicht (Begr. RegE, BT-Drs. 18/4535, S. 15).

c) Zwei Generalklauseln?

Neben die frühere Generalklausel, die unter der beschriebenen Modifizierung in § 3 Abs. 1 UWG 2008 bestehen blieb, trat ein „verbraucherrechtlicher Konkretisierungsstatbestand“ in Abs. 2. Mit dieser Neuregelung sollte offensichtlich das Bewährte bewahrt und gleichzeitig das Neue vollumfänglich aufgenommen werden. Dieser Versuch ist indes missglückt.

aa) Verhältnis Abs. 1 – Abs. 2

Insbesondere die gewählte Regelungstechnik warf verschiedene Probleme auf. Uneingeschränkt zuzustimmen ist der Einschätzung des Gesetzgebers, wonach mit der Neuregelung keine wesentlichen Änderungen einhergehen. Tatsächlich wäre es hilfreich gewesen, entweder in den Gesetzgebungsmaterialien oder aus Transparenzgesichtspunkten vorzugsweise im Gesetz selbst klarzustellen, dass die (modifizierte) Generalklausel in § 3 Abs. 1 im Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie entsprechend deren Anforderungen auszulegen ist. Die Schaffung einer zweiten Generalklausel für verbrauchergerichtetes Wettbewerbsverhalten in § 3 Abs. 2 kompromittierte jedoch im günstigsten Fall das vom deutschen Gesetzgeber ebenfalls verfolgte Ziel, an dem einheitlichen und integrierten Schutz gegen alle Formen unlauteren Wettbewerbsverhaltens festzuhalten, und verstieß im ungünstigeren Fall gegen die Vorgaben der UGP-Richtlinie:

Durch die Verwendung des Begriffs „jedenfalls“ in § 3 Abs. 2 UWG 2008 wurde zwar zutreffend klargestellt, dass die Erfüllung der in § 3 Abs. 2 UWG niedergelegten Voraussetzungen der UGP-Richtlinie die Unzulässigkeit selbständig begründete. Die Formulierung „jedenfalls“ legte aber sprachlich nahe, dass geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern auch dann nach § 3 Abs. 1 unzulässig sein konnten, wenn die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 nicht erfüllt waren, was zugleich unterstellt, dass der Maßstab des § 3 Abs. 1 ein möglicherweise strengerer, jedenfalls aber anderer als der des § 3 Abs. 2 UWG 2008 war.

Geht man davon aus, dass durch die Formulierung „geschäftliche Handlung gegenüber Verbrauchern“ der gesamte Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie erfasst und durch die Formulierung des § 3 Abs. 2 UWG die gesamte Definition der Unlauterkeit gem. Art. 5 Abs. 2 UGP-RL abgebildet werden sollte, so war demgegenüber wegen der mit der UGP-Richtlinie angestrebten Totalharmonisierung die Annahme weitergehender Unzulässigkeit nicht zu vereinbaren. Innerhalb des Anwendungsbereichs der UGP-Richtlinie enthält deren Generalklausel den einzigen, gemeinschaftsweit geltenden Maßstab (vgl. EGr. 13 S. 2). Der materielle Inhalt des Art. 5 Abs. 2 UGP-RL „sperrt“ daher für von der Richtlinie erfasste Geschäftspraktiken den Rückgriff auf andere Maßstäbe.

bb) Richtlinienkonformität der Generalklauseln

Die Europäische Kommission beanstandete mit ihrem Schreiben vom 12.12.2011 die Umsetzung der UGP-RL im Rahmen des § 3 Abs. 1 und Abs. 2. Hierunter fiel unter anderem das oben dargestellte unklare Verhältnis der zwei Generalklauseln des § 3 zueinander. Darüber hinaus fehle in § 3 Abs. 1 die Bezugnahme auf die Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung. Dies würde den Gerichten in Deutschland augenscheinlich die Möglichkeit eröffnen, Verhaltensweisen zu sanktionieren, die nicht die Anforderungen des Art. 5 UGP-RL erfüllten. Die Kommission wies darauf hin, dass auch in § 3 Abs. 2 vereinzelt Tatbestandelemente fehlten, die in der Richtlinie festgelegt seien und Art. 5 Abs. 3 UGP-RL in § 3 Abs. 2 UWG zu ungenau umgesetzt werde.

d) § 3 Abs. 1, 2 und die Konkretisierungstatbestände

Mit der UWG-Novelle 2008 hat der Gesetzgeber die sprachliche Anknüpfung der Konkretisierungstatbestände an die Generalklausel durch die alte Formulierung „unlauter im Sinne des § 3“ aufgegeben, weil sie den unzutreffenden Eindruck erwecke, § 3 UWG definiere den Begriff der Unlauterkeit, wohingegen sich aus § 3 UWG 2004 und § 3 UWG nur die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen eine unlautere Handlung unzulässig sei, ergäben. Diese Begründung überzeugt kaum, doch überwand diese Streichung jedenfalls für den Gesetzgeber die schwer zu beantwortende Frage, wie sich die Konkretisierungen in den §§ 4-6 UWG 2008 (nunmehr §§ 3a-6) zu den zwei Tatbeständen in § 3 Abs. 1 und 2 verhalten. Nach einer klassischen Einteilung in verbraucher- und konkurrentenschützende Tatbestände läge eine Zuordnung nahe. Demgegenüber macht bereits § 5 deutlich, dass bestimmte Konkretisierungstatbestände sowohl Verbraucher als auch Konkurrenten schützen können. Andere Tatbestände machen die Mehrdimensionalität des lauterkeitsrechtlichen Schutzes besonders deutlich: § 4 Nr. 9 lit. a UWG 2008 (nunmehr § 4 Nr. 3 lit. a) wird z.B. traditionell als mitbewerberschützender Tatbestand verstanden. Die Begründung einer Verwechslungsgefahr für Verbraucher stellt demgegenüber auch den Verbraucherschutz auf die Probe. Vorzugswürdig erscheint erneut eine integrierte Behandlung der Generalklausel, die gestattet, die Konkretisierungstatbestände als Tatbestände zur Konkretisierung der Gesamt-Generalklausel zu interpretieren. So scheint auch der BGH zu argumentieren, vgl. z.B. „Die Werbung verstößt auch gegen § 3 i.V.m. § 5a Abs. 2 und 3 Nr. 3 UWG 2008. Nach § 5a Abs. 2 UWG 2008 handelt unlauter, wer die Entscheidungsfähigkeit von Verbrauchern i.S. des § 3 Abs. 2 UWG 2008 dadurch beeinflusst, ...“ (BGH v. 22.4.2009, I ZR 14/07, Rn. 30 – 0,00 € Grundgebühr).

e) Per-se Verbote

Schließlich hat der Gesetzgeber mit § 3 Abs. 3 UWG 2008 die Einbeziehung der in Analogie zur Regelungsstruktur der UGP-Richtlinie geschaffenen „Schwarzen Liste“ von Per se-Verboten bewirkt. Unproblematisch erscheint die Anbindung der nach dem Modell der UGP-Richtlinie in einen Anhang aufgenommenen „Schwarzen Liste“ von Per se-Verboten über § 3 Abs. 3. Der Ausschluss der Wertungsmöglichkeit („unter allen Umständen“) ist durch die gewählte Formulierung („stets“) adäquat zum Ausdruck gebracht. Das Verbot der Abwägung wird von den Europäischen Gerichten sehr ernst genommen (vgl. EuGH v. 18.10.2012, Rs. C-428/11 – *Purely Creative*).

II. Die geltende Generalklausel

1. Änderungen

Die Generalklausel wurde durch die UWG-Novelle 2015 neu gefasst – die nachfolgenden Änderungen des UWG betrafen § 3 nicht mehr. Die Änderungen sind in der Sache lediglich klarstellender Natur, weil für die Anwendung der Generalklausel im B2C-Bereich bereits bisher die

UGP-Richtlinie maßgeblich war. Durch die totalharmonisierende Wirkung der UGP-Richtlinie bestand auch unter dem UWG 2008 keinerlei Spielraum für die Gesetzesanwendung. Auch für den von der UGP-Richtlinie nicht erfassten B2B-Bereich waren keine Änderungen beabsichtigt.

Weil die gesamte UWG-Novelle den Zweck verfolgte, die bestehenden Vorschriften des UWG weiter an den Wortlaut der UGP-Richtlinie anzupassen und die Änderungen der Generalklausel in § 3 UWG die bestehenden Ungenauigkeiten ausräumen sollten, wurde die Struktur der Regelungen in den Absätzen 1 und 2 maßgeblich verändert.

a) Reichweite der Verbraucherschützenden Generalklausel, § 3 Abs. 2

§ 3 Abs. 2 stellt einen eigenständigen Tatbestand dar, d.h. seine Voraussetzungen sind nicht zusätzlich zu den konkretisierenden Fallgruppen der Verbraucherschützenden Tatbestände zu prüfen. Voraussetzung für die Anwendbarkeit ist das Vorliegen einer (1) geschäftlichen Handlung sowie das (2) Gerichtetsein der Handlung an Verbraucher. Für die Unlauterkeit bedarf es zudem, dass die Handlung (3) nicht der unternehmerischen Sorgfalt entspricht und, dass die Handlung (4) geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen. Für die beiden materiellen Voraussetzungen der Unlauterkeit befindet sich nunmehr jeweils eine Legaldefinition im Gesetz in § 2 Abs. 1 Nr. 9 bzw. Nr. 11 UWG. Sie werden als Unwert- sowie Relevanzkriterium bezeichnet.

Wörtlich muss die Handlung an Verbraucher gerichtet sein oder Verbraucher erreichen. Diese Formulierung wurde an solche der UGP-Richtlinie, allerdings teils in anderem inhaltlichen Kontext, angelehnt. An Verbraucher gerichtet ist eine geschäftliche Handlung, wenn sie gewollt überwiegend in den privaten Bereich des Adressaten eingreifen soll. Hier wird noch zu klären sein, ob es auf die subjektive Verbrauchervorstellung ankommt oder die objektive Auslegung (so *Podszun*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 5. Aufl., 2021, § 3 Rn. 72). Ausreichend ist nach dem Wortlaut aber bereits, wenn die geschäftliche Handlung Verbraucher erreichen kann. An dieser Stelle wird sich die Frage stellen, wie breit dieses Merkmal auszulegen ist, da es das Einfallstor für die strengen Anforderungen des verbraucherbezogenen Lauterkeitsschutzes ist.

b) „Scharnierfunktion“ von § 3 Abs. 1 für Verbraucherschützende Tatbestände

Im Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie dient § 3 Abs. 1 nunmehr lediglich als Überleitung zu den Rechtsfolgenvorschriften aus §§ 8 ff. UWG. Über den Begriff „unlauter“ führt die Verbraucherschützende Generalklausel zwar zu § 3 Abs. 1 UWG. Über diesen gelangt man sodann weiter in die Rechtsfolgenvorschriften der §§ 8 ff. UWG. Denn Absatz 1 stellt für unlautere Handlungen, deren Unzulässigkeit fest. Einen eigenen materiellen Gehalt hat Absatz 1 im Bereich der UGP-Richtlinie jedoch nicht mehr. Er fungiert in diesem Bereich ausschließlich als „Scharnier-“ (so *Ohly*, GRUR 2016, 1229) oder „Brückennorm“ (so *Podszun*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 5. Aufl., 2021, § 3 Rn. 27) ins Rechtsfolgenrecht.

c) Auffangfunktion von § 3 Abs. 1 als echte Generalklausel außerhalb des Anwendungsbereichs der UGP-Richtlinie

Außerhalb des Anwendungsbereichs der UGP-Richtlinie ist § 3 Abs. 1 weiterhin der Auffangtatbestand für unlautere geschäftliche Handlungen, die nicht von den mitbewerberschützenden Sondertatbeständen erfasst werden. Der Auffangtatbestand des Absatzes 1 muss im Lichte der in § 1 UWG genannten Schutzzwecke ausgelegt werden. Eine Anlehnung an die Auslegung im Sinne der UGP-Richtlinie ist zwar nicht erforderlich, wohl aber wünschenswert. Als Beispiel für einen möglichen Anwendungsfall nennt die Gesetzesbegründung selbst den Fall menschenverachtender geschäftlicher Handlungen, der früher von § 4 Nr. 1 UWG 2008 erfasst wurden, welcher in § 4a überführt wurde, in dem der Schutz menschenverachtender geschäftlicher Handlungen nunmehr aber nicht mehr enthalten ist.

d) Verlust des quantitativen Elements in § 3 Abs. 1

Durch die UWG-Novelle 2015 ist das Spürbarkeitserfordernis des Absatz 1 – das Erfordernis, dass die geschäftliche Handlung geeignet sein muss, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen – weggefallen. Es stellt sich somit die Frage, ob nach wie vor ein solches Spürbarkeitserfordernis besteht. Nach dem allgemeinen Gedanken, dass Gerichte nicht über Kleinigkeiten entscheiden sollen (*de minimis non curat praetor*) ist jedenfalls generell eine Spürbarkeitsschwelle zu fordern. Davon geht auch die Gesetzesbegründung aus. Nach ihr soll es Sache der Rechtsprechung sein, angemessene Spürbarkeitserfordernisse aufzustellen und dadurch insbesondere Bagatellabmahnungen zu verhindern (BT-Drs. 18/6571, S. 15). Eine andere Frage ist, ob die alte Rechtsprechung angesichts des geänderten Wortlauts ohne weiteres fortgeführt werden kann. Angesichts der ausdrücklichen Ermunterung durch den Gesetzgeber sollte das Spürbarkeitskriterium weiterhin geprüft werden, allerdings im Rahmen der Unlauterkeit der geschäftlichen Handlung.

2. Anwendungsbeispiele

a) Arrondierung der Konkretisierungstatbestände

Im Zuge der UWG-Novelle 2004 war in den Einzeltatbeständen der §§ 4, 7 lediglich die (vermeintlich) „gesicherte Erkenntnis“ zum Stand der lauterkeitsrechtlichen Verhaltensnormen niedergelegt worden. Tatsächlich enthielten diese Einzeltatbestände mit Ausnahme der Regelungen zum Telemarketing keinen einzigen sachlich umstrittenen Tatbestand, bei welchem das Argument herangezogen werden konnte, aus der Auseinandersetzung im Gesetzgebungsverfahren hätte auf einen hinreichend geäußerten Begrenzungswillen des Gesetzgebers geschlossen werden können. Im Übrigen bezweckte der Gesetzgeber mit der Kodifikation der Beispieltatbestände keine Änderung der bestehenden Fallgruppen. Daher konnte beispielsweise die Nachahmung eines fremden Produktes nach § 3 unlauter sein, obgleich keiner der Fälle des § 4 Nr. 9 lit. a-c UWG 2004 vorlag (vgl. BGH, NJW-RR 2008, 124 – *Handtaschen*). Ebenso sollte das gezielte Abwerben von Mitarbeitern aufgrund der Generalklausel beurteilt werden, um die rechtlich geschützten Interessen aller Beteiligten bei der Entscheidung abwägen zu können (BGH, NJW 2006, 262 – *Direktansprache am Arbeitsplatz II*).

b) Allgemeine Marktbehinderung

Eine weitere Fallgruppe, in welcher der Gesetzgeber sogar die Kodifizierung verweigerte und der Wissenschaft und Praxis die Rechtsentwicklung auf der Grundlage der Generalklausel aufgab, stellt die allgemeine Marktbehinderung dar (BGH, GRUR 2010, 455 – *Stumme Verkäufer II*; vgl. hierzu auch AP 9).

c) Verletzung einer wettbewerblichen Verkehrspflicht

Fall 1: Der Kläger ist ein Interessenverband des Videofachhandels, dem mehr als 1.600 Videothekare aus dem gesamten Bundesgebiet angehören und zu dessen satzungsgemäßen Zwecken auch die Förderung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder zählt. Die Beklagte betreibt die Internetplattform eBay, auf der jedermann, also nicht nur Gewerbetreibende, beliebige Waren zum Verkauf gegen Höchstgebot anbieten kann. Die Nutzung der Internetplattform setzt für Verkäufer wie Kaufinteressenten eine Registrierung voraus, bei der dem Nutzer per E-Mail die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten übersandt werden. In § 1 der AGB heißt es: „eBay wird selbst nicht Vertragspartner der ausschließlich zwischen den Nutzern dieses Marktplatzes geschlossenen Verträge. Auch die Erfüllung dieser über die eBay-Website geschlossenen Verträge erfolgt ausschließlich zwischen den Nutzern.“ In § 5 der AGB werden die Nutzer auf verbotene Artikel wie jugendgefährdende Artikel hingewiesen sowie darauf, dass ein Nutzer

gesperrt wird, wenn er gegen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder gegen geltendes Recht verstößt. Die Beklagte führt umfangreiche Stichprobenkontrollen durch, um rechtswidrige Angebote wie jugendgefährdende Artikel von ihrer Website entfernen zu können. Die gesamte Internetversteigerung erfolgt automatisch durch entsprechende Computerprogramme. Am 21. Juli 2001 wurden auf der Auktionsplattform der Beklagten das Spiel "Wolfenstein 3D" sowie die Tonträger "Der Clou" und "Der nette Mann" der Gruppe "Böhse Onkelz" angeboten, die sämtlich wegen volksverhetzenden Inhalts allgemein beschlagnahmt worden waren. Außerdem wurden im Juli 2001 gewaltverherrlichende Medien wie das Spiel "Mortal Kombat2" und die DVD "Braindead-Uncut" sowie jugendgefährdende Schriften wie das Video "Blade" auf der Internetplattform der Beklagten angeboten. Nachdem die Beklagte vom Kläger auf diese Sachverhalte hingewiesen worden war, entfernte sie jeweils unverzüglich die beanstandeten Angebote. Der Kläger hat ferner das Angebot zahlreicher weiterer indizierter Medienträger auf der Auktionsplattform der Beklagten am 28. August 2001 sowie im Mai 2002 beanstandet, wobei es sich bei einem der beanstandeten Filme um eine nicht indizierte Filmversion und bei einem Teil von ca. 80 monierten Computerspielen um nicht zu beanstandende Zusätze (Softwarepatches zu gleichnamigen Computerspielen) handelte. Die Beklagte entfernte die Spieleangebote, nachdem sie durch den Kläger von ihnen erfahren oder sie bereits selbst aufgespürt hatte. Die Klägerin beantragte, es zukünftig zu unterlassen, Schriften – Ton- und Bildträger, Datenspeicher und Abbildungen und andere Schriften gleichstehende Darstellungen –, die nach §§ 18, 24 JuSchG in die Liste der jugendgefährdenden Schriften aufgenommen und deren Aufnahme in die Liste gemäß § 24 Abs. 3 JuSchG im Bundesanzeiger bekanntgemacht worden sind, sowie Schriften volksverhetzenden Inhalts (§ 130 Abs. 2 StGB) sowie gewaltverherrlichenden Inhalts (§ 131 StGB) zu bewerben und öffentlich in Medien – insbesondere im Internet – zum Kauf anzubieten oder anbieten zu lassen (BGH, WRP 2007, 1173 – Jugendgefährdende Medien bei eBay).

Anm.: Die nachfolgend wiedergegebenen Entscheidungsgründe beziehen sich noch auf den in § 4 Nr. 11 UWG 2004 geregelten Rechtsbruchtatbestand. Die Ausführungen lassen sich aber auf den inzwischen in § 3a niedergelegten Tatbestand übertragen.

[I. Anspruch auf Unterlassung aus §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 15 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 24 Abs. 3, 27 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 JuSchG

1. Der Verkauf indizierter jugendgefährdender, volksverhetzender und gewaltverherrlichender Medien im Wege der Internetauktion ist als Form des Versandhandels nach dem Jugendschutzgesetz verboten und strafbar (§§ 15 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 24 Abs. 3, 27 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 JuSchG).

„Allerdings bestimmt § 1 Abs. 4 JuSchG, dass ein Versandhandel einen Vollzug des Geschäfts "ohne persönlichen Kontakt zwischen Lieferant und Besteller oder ohne dass durch technische oder sonstige Vorkehrungen sichergestellt ist, dass kein Versand an Kinder und Jugendliche erfolgt", voraussetzt. Die an Sinn und Zweck dieser Bestimmung unter Berücksichtigung des Willens des Gesetzgebers orientierte Auslegung ergibt, dass bei Vorliegen technischer oder sonstiger Vorkehrungen, die sicherstellen, dass kein Versand an Kinder und Jugendliche erfolgt, kein Versandhandel im Sinne des Jugendschutzgesetzes vorliegt (OLG München GRUR 2004, 963, 964; Scholz/Liesching aaO § 1 JuSchG Rdn. 21; Nikles/Roll/Spürck/Umbach aaO § 1 JuSchG Rdn. 23). Der gesetzlichen Bestimmung liegt die Erwägung zugrunde, dass die für einen effektiven Kinder- und Jugendschutz notwendige Sicherstellung eines Versandes nur an Erwachsene nicht nur durch einen persönlichen Kontakt zwischen Lieferant und Besteller erreicht werden könne, sondern auch durch technische Vorkehrungen wie z.B. sichere Altersverifikationssysteme (vgl. Vorschlag des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, BT-Drucks. 14/9410, S. 30).

Es ist nichts dazu festgestellt oder vorgetragen, dass die Verkäufer in den vom Kläger beanstandeten Fällen ein Altersverifikationssystem eingesetzt haben. Deshalb ist davon auszugehen, dass die beanstandeten Internetauktionen auch nach der gegenwärtigen Rechtslage gegen das Verbot des Versandhandels mit indizierten jugendgefährdenden, gewaltverherrlichenden und volksverhetzenden Medien verstoßen würden.“

2. „Verstöße gegen das Verbot des Versandhandels mit solchen Medien beeinträchtigen nach Ansicht des Bundesgerichtshofs auch wettbewerblich geschützte Interessen der Verbraucher im Sinne des § 3 UWG. Die Beschränkung des Versandhandels mit indizierten Medien dient insbesondere dem Schutz der Kinder und Jugendlichen, bei denen es sich um besonders schutzwürdige Verbraucher handelt. Die erhebliche Bedeutung dieses Jugendschutzes findet Ausdruck in der strafrechtlichen Ahndung von Zuwiderhandlungen gegen das Verbot des Versand- und damit auch Internethandels mit derartigen Medien.

Dass die Beschränkung des Versandhandels mit jugendgefährdenden Medien wettbewerbliche Interessen der Verbraucher schützt, zeigt sich auch in ihrer Qualität als Marktverhaltensregelung gemäß § 4 Nr. 11 UWG (Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl., § 4 UWG Rdn. 11.35 a.E. und 11.180; Münch-Komm.UWG/Schaffert, § 4 Nr. 11 UWG Rdn. 181; Link in Ullmann, jurisPK-UWG, § 4 Nr. 11 Rdn. 159). Denn § 3 und § 4 Nr. 11 UWG schützen dieselben Interessen der Marktteilnehmer. In beiden Fällen ist derselbe Wettbewerbsbezug der Interessenbeeinträchtigung erforderlich. Wird gegen verbraucherschützende Marktverhaltensnormen verstoßen, so wird der Wettbewerb im Sinne des § 3 UWG zum Nachteil der Verbraucher beeinträchtigt.“

3. Der Rechtsverstoß knüpft insoweit allerdings an den Versandhandel, nicht aber an den Betrieb der Vertriebsplattform.

„Zwar können die Versteigerer durch das Angebot jugendgefährdender Medien im Wege der Internetauktion unlautere Wettbewerbshandlungen gemäß §§ 3, 4 Nr. 11 UWG begangen haben. Die Beklagte verstößt aber dadurch, dass sie den Anbietern ihre Plattform zur Verfügung stellt und dort jugendgefährdende Angebote veröffentlicht werden können, nicht selbst gegen das Verbot des Versandhandels mit jugendgefährdenden Medien. Die Beklagte bietet diese Medien nicht selbst an. Eine Haftung der Beklagten als Teilnehmerin scheidet ebenfalls aus. Die hier allein in Betracht zu ziehende Gehilfenstellung setzt zumindest einen bedingten Vorsatz voraus, der das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit einschließen muss (vgl. BGHZ 42, 118, 122 f.; 148, 13, 17 - *ambiente.de*). Da die Beklagte die Angebote nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vor Veröffentlichung auf ihrer Auktionsplattform nicht zur Kenntnis nimmt, sondern sie im Rahmen des Registrierungsverfahrens automatisch durch den Anbieter ins Internet gestellt werden, scheidet eine vorsätzliche Teilnahme der Beklagten aus. Die Beklagte hat keine Kenntnis von konkret drohenden Haupttaten, so dass es an dem erforderlichen Gehilfenvorsatz fehlt (vgl. BGHZ 158, 236, 250; BGH, WRP 2007, 964, Rn. 31 – Internet-Versteigerung I und II).“

Die Beklagte haftet daher auch nicht als Täter oder Teilnehmer von Wettbewerbsverstößen nach § 4 Nr. 11 UWG a.F (nunmehr § 3a UWG).

II. Anspruch auf Unterlassung aus §§ 8, 3 UWG

„In Betracht kommt aber ein täterschaftlicher Verstoß der Beklagten gegen die Generalklausel des § 3 UWG. Der Bundesgerichtshof hat als neue Fallreihe der Unlauterkeit die der wettbewerblichen Gefahrbegründung erkannt (siehe bereits AP 3): Derjenige, der durch sein Handeln im geschäftlichen Verkehr in einer ihm zurechenbaren Weise die Gefahr eröffnet, dass Dritte Interessen von Marktteilnehmern verletzen, die durch das

Wettbewerbsrecht geschützt sind, kann eine unlautere Wettbewerbshandlung begehen, wenn er diese Gefahr nicht im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren begrenzt. Die Beklagte hat in ihrem eigenen geschäftlichen Interesse eine allgemein zugängliche Handelsplattform geschaffen, deren Nutzung in naheliegender Weise mit der Gefahr verbunden ist, schutzwürdige Interessen von Verbrauchern zu beeinträchtigen. Der Beklagten ist auch bekannt, dass Versteigerer unter Nutzung ihrer Handelsplattform mit konkreten Angeboten gegen das Jugendschutzgesetz verstoßen. Ihr Verhalten ist wettbewerbswidrig, wenn sie es unterlässt, im Hinblick auf die ihr konkret bekannt gewordenen Verstöße zumutbare Vorkehrungen zu treffen, um derartige Rechtsverletzungen künftig soweit wie möglich zu verhindern, und es infolge dieses Unterlassens entweder zu weiteren derartigen Verstößen von Versteigerern gegen das Jugendschutzrecht kommt oder derartige Verstöße ernsthaft zu besorgen sind.“

1. Wettbewerbshandlung

„Die Bereitstellung der Plattform für Internetauktionen stellt eine Wettbewerbshandlung der Beklagten im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar. Die Beklagte erhält eine Provision für jedes auf ihrer Handelsplattform erfolgreich vermittelte Geschäft.“

2. Unlauterkeit der Wettbewerbshandlung:

„Die Beklagte hat durch die Bereitstellung ihrer Internetplattform Dritten ermöglicht, mühelos Angebote im Internet zu veröffentlichen, die gegen das Jugendschutzrecht verstoßen. Sie hat damit in zurechenbarer Weise die ernsthafte Gefahr einer Verletzung des Jugendschutzrechts durch Dritte verursacht.“

a) „Dem Geschäftsmodell der Beklagten ist die ernstzunehmende Gefahr immanent, dass es von Verkäufern zum Vertrieb indizierter jugendgefährdender, volksverhetzender und gewaltverherrlichender Medien und damit für die Begehung von Straftaten und unlauteren Wettbewerbshandlungen genutzt wird. Eine solche Gefahr folgt insbesondere aus der durch die Möglichkeit zur freien Wahl eines Pseudonyms gewährleisteten Anonymität der Verkäufer, aus der problemlosen Abwicklung im Fernabsatz und aus der für das Internet typischen, deutlich herabgesetzten Hemmschwelle potentieller Käufer, sich für den Erwerb jugendgefährdender Medien zu interessieren. Für Kaufinteressenten besteht insbesondere nicht mehr die Notwendigkeit, ein Ladengeschäft persönlich aufzusuchen und sich dabei dem Risiko auszusetzen, als Interessent derartiger Medien erkannt zu werden. Die potentiellen Käufer werden auch erwarten, aufgrund der Vielzahl der auf der Plattform der Beklagten handelnden Verkäufer dort einen umfassenderen Marktüberblick über jugendgefährdende Medien zu erhalten als bei Besuch eines einschlägigen Ladengeschäfts. Es liegt für sie deshalb zumindest nahe, auf der Plattform der Beklagten nach entsprechenden Medien zu suchen. Für Verkäufer, denen diese Umstände bekannt sind, ist es daher besonders attraktiv, jugendgefährdende Medien über die weithin bekannte, marktführende Auktionsplattform der Beklagten anzubieten.“

Das Risiko, dass Kinder und Jugendliche von Angeboten jugendgefährdender Medien in Internetauktionen auf dem Marktplatz der Beklagten erfahren, ist vor dem Hintergrund der weitverbreiteten Internetnutzung und der großen Bekanntheit der Beklagten bei dieser Personengruppe sowie wegen des bei Heranwachsenden verbreiteten Reizes, aus pädagogischen Gründen auferlegte Verbote zu übertreten, sehr hoch. Es entspricht der Lebenserfahrung, dass die Möglichkeit zur Kenntniserlangung von Angeboten auch zu Käufen bzw. zur Teilnahme an einer Internetauktion führen kann.“

b) Auf der Auktionsplattform der Beklagten wurden in verschiedenen Fällen volksverhetzende, gewaltverherrlichende und indizierte jugendgefährdende Medien angeboten. Die jeweiligen Anbieter haben gegen Vorschriften des Jugendschutzgesetzes

verstoßen (vgl. o.). Für sie begründeten die Rechtsverletzungen zugleich Wettbewerbsverstöße (vgl. o.). Insoweit hat sich die oben beschriebene Gefahr realisiert.

c) Wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht

„Im Hinblick darauf, dass die Beklagte mit ihrer Internetplattform die ernsthafte Gefahr einer Verletzung des Jugendschutzrechts und damit auch der lauterkeitsrechtlich geschützten Verbraucherinteressen eröffnet hat, kommt unter dem Aspekt der Verletzung einer wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflicht eine Haftung der Beklagten nach § 3 UWG in Betracht (vgl. MünchKomm.UWG/Fritzsche, § 8 Rdn. 260; MünchKomm.BGB/Wagner, § 823 Rdn. 532). Wer durch sein Handeln im geschäftlichen Verkehr die Gefahr schafft, dass Dritte durch das Wettbewerbsrecht geschützte Interessen von Marktteilnehmern verletzen, ist wettbewerbsrechtlich dazu verpflichtet, diese Gefahr im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren zu begrenzen (vgl. Schieferdecker, Die Haftung der Domainvergabestelle, 2003, S. 150; Freytag, Haftung im Netz, 1999, S. 74; Spindler/Volkman, WRP 2003, 1, 7). Im Bereich der deliktischen Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB sind Verkehrspflichten als Verkehrssicherungspflichten in ständiger Rechtsprechung anerkannt (vgl. nur RGZ 54, 53, 57 f.; BGHZ 60, 54, 55; 108, 273, 274; 123, 102, 105 f.). Verkehrspflichten hat der Bundesgerichtshof auch bereits im Immaterialgüterrecht sowie der Sache nach im Wettbewerbsrecht angenommen (vgl. BGH, Urt. v. 9.6.1983 - I ZR 70/81, GRUR 1984, 54, 55 - Kopierläden, für das Urheberrecht; Urt. v. 23.3.1995 - I ZR 92/93, GRUR 1995, 601 = WRP 1995, 691 - Bahnhofs-Verkaufsstellen, für das Wettbewerbsrecht; zur auf die Verletzung von Verkehrspflichten gestützten Begründung wettbewerbsrechtlicher Verantwortung der Presse für Anzeigen vgl. Ahrens in Gloy/Loschelder, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 3. Aufl., § 73 Rdn. 73). Dieser Rechtsprechung aus unterschiedlichen Rechtsbereichen ist der allgemeine Rechtsgrundsatz gemeinsam, dass jeder, der in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenquelle schafft oder andauern lässt, die ihm zumutbaren Maßnahmen und Vorkehrungen treffen muss, die zur Abwendung der daraus Dritten drohenden Gefahren notwendig sind. Wer gegen eine wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht verstößt, ist Täter einer unlauteren Wettbewerbshandlung.

Der Annahme wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten steht nicht entgegen, dass diese auf die Abwehr der Beeinträchtigung wettbewerbsrechtlich geschützter Interessen von Marktteilnehmern gerichtet sind und damit auf die Abwendung eines Verhaltens. Die Verkehrspflichten wurden zwar im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB zur Abwendung eines Erfolgsunrechts, nämlich einer Rechtsgutverletzung, entwickelt. Der Rechtsgedanke der Verkehrspflichten, dass der Verantwortung für eine Gefahrenquelle in den Grenzen der Zumutbarkeit eine Pflicht zu gefahrverhütenden Maßnahmen entspricht, gilt aber unabhängig davon, ob sich die Gefahr in einem Erfolgs- oder in einem Handlungsunrecht realisiert (vgl. Schieferdecker aaO S. 153).“

d) Konkretisiert als Prüfungspflicht

„Die wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht eines Telediensteanbieters hinsichtlich rechtsverletzender fremder Inhalte konkretisiert sich als Prüfungspflicht. Voraussetzung einer Haftung des Telediensteanbieters ist daher eine Verletzung von Prüfungspflichten. Deren Bestehen wie Umfang richtet sich im Einzelfall nach einer Abwägung aller betroffenen Interessen und relevanten rechtlichen Wertungen. Überspannte Anforderungen dürfen im Hinblick darauf, dass es sich um eine erlaubte Teilnahme am geschäftlichen Verkehr handelt, nicht gestellt werden. Entsprechend den zur Störerhaftung entwickelten Grundsätzen kommt es entscheidend darauf an, ob und inwieweit dem in Anspruch Genommenen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten ist (vgl. BGH, Urt. v. 10.10.1996 - I ZR 129/94, GRUR 1997, 313, 315 f. = WRP 1997, 325 - Architektenwettbewerb; BGHZ 148, 13, 17 f. - ambiente.de; 158, 236, 251 - Internetversteigerung I, je-

weils m.w.N.). Damit wird einer unangemessenen Ausdehnung der Haftung für Rechtsverstöße Dritter entgegengewirkt.

Der Beklagten dürfen keine Anforderungen auferlegt werden, die ihr von der Rechtsordnung gebilligtes Geschäftsmodell gefährden oder ihre Tätigkeit unverhältnismäßig erschweren. In diesem Zusammenhang ist die Regelung des § 7 Abs. 2 TMG zu beachten, der Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr in das deutsche Recht umsetzt. Danach sind Diensteanbieter nicht verpflichtet, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hindeuten.

Andererseits ist der Schutz der Kinder und Jugendlichen vor dem Inhalt jugendgefährdender Medien ein Rechtsgut von hoher Bedeutung. Das ergibt sich insbesondere aus der Strafbewehrung der Zuwiderhandlung gegen das Verbot des Versand- und damit auch Internethandels mit derartigen Medien. Zum Schutz dieses Rechtsguts reicht es nicht aus, allein die Anbieter in Anspruch zu nehmen. Dies würde eine Vielzahl von Abmahnungen und gegebenenfalls Gerichtsverfahren erfordern. Für außenstehende Anspruchsinhaber wird es auch allenfalls sporadisch, nicht jedoch systematisch und annähernd umfassend möglich sein, die Anbieter zu identifizieren, die zudem häufig nicht unter ihrem richtigen Namen auftreten. Schließlich könnte eine wettbewerbsrechtliche Inanspruchnahme der Anbieter notwendig immer erst nach einer gewissen Zeit zu einer Rücknahme oder Sperrung des Angebots führen, so dass dessen jugendgefährdende Wirkung schon eingetreten wäre. Würde eine Haftung der Beklagten für die Angebote jugendgefährdender Schriften auf ihrer Plattform grundsätzlich ausgeschlossen, so ergäben sich folglich empfindliche Lücken im Rechtsschutz.

Bei der gebotenen Abwägung dieser Gesichtspunkte kann die Bereitstellung der Internet-Auktionsplattform durch die Beklagte für sich allein nicht schon Prüfungspflichten der Beklagten begründen. Die Beklagte nimmt die Angebote nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vor Veröffentlichung auf ihrer Auktionsplattform nicht zur Kenntnis. Sie werden vielmehr im Rahmen des Registrierungsverfahrens automatisch durch den Anbieter ins Internet gestellt. Der Beklagten ist es als Betreiberin einer Plattform für Internetauktionen nicht zuzumuten, jedes Angebot vor Veröffentlichung im Internet auf eine mögliche Rechtsverletzung hin zu untersuchen. Dem entspricht die gesetzliche Regelung in § 7 Abs. 2 TMG, die eine entsprechende Verpflichtung ausschließt.

Eine Handlungspflicht der Beklagten entsteht aber, sobald sie selbst oder über Dritte Kenntnis von konkreten jugendgefährdenden Angeboten erlangt hat. Ab Kenntniserlangung kann sie sich nicht mehr auf ihre medienrechtliche Freistellung von einer Inhaltskontrolle der bei ihr eingestellten Angebote berufen (vgl. MünchKomm.UWG/Fritzsche, § 8 Rdn. 265). Ist die Beklagte auf eine klare Rechtsverletzung hingewiesen worden, besteht für sie ein lauterkeitsrechtliches Handlungsgebot. Es ist mit der Lauterkeit des Wettbewerbs nicht vereinbar, wenn die Beklagte bewusst in Kauf nimmt, ihre Umsätze mit Provisionen für Auktionsgeschäfte zu erzielen, die aufgrund von Angeboten abgeschlossen worden sind, die gegen das Jugendschutzrecht verstoßen.“

e) Umfang der Prüfungs- und Überwachungspflicht

„Die Beklagte ist nicht nur verpflichtet, das konkrete jugendgefährdende Angebot, von dem sie Kenntnis erlangt hat, unverzüglich zu sperren. Sie muss auch Vorsorge dafür treffen, dass es möglichst nicht zu weiteren gleichartigen Rechtsverletzungen kommt (vgl. BGHZ 158, 236, 252; BGH, Urt. v. 19.4.2007 - I ZR 35/04, Tz 45 - Internet-Versteigerung I und II). Solche gleichartigen Rechtsverletzungen sind nicht nur Angebote, die mit den bekannt gewordenen Fällen identisch sind, also das Angebot des gleichen Artikels durch denselben Versteigerer betreffen. Vielmehr hat die Beklagte auch zu

verhindern, dass die ihr konkret benannten jugendgefährdenden Medien durch andere Bieter erneut über ihre Plattform angeboten werden. Eine solche Prüfungs- und Überwachungspflicht ist schon deshalb notwendig, weil sich andernfalls der Versteigerer, dessen Angebot gelöscht wurde, ohne weiteres unter einem anderen Mitgliedsnamen bei der Beklagten registrieren lassen und das Angebot wiederholen könnte. Sie steht daher auch mit § 7 Abs. 2 TMG in Einklang, der die effektive Durchsetzung von Löschungs- und Sperrungsansprüchen nach den allgemeinen Gesetzen gewährleisten soll. Es ist nichts dafür vorgetragen oder ersichtlich, dass es der Beklagten unmöglich oder unzumutbar sein könnte, ihre Plattform mit Hilfe einer entsprechenden Filtersoftware auf das Angebot eines bestimmten, konkreten jugendgefährdenden Mediums abzusuchen.

Ferner kommen als gleichartig mit einem bestimmten Verstoß gegen das Jugendschutzrecht auch solche Angebote in Betracht, bei denen derselbe Versteigerer auf demselben Trägermedium (z.B. Bildträger, Tonträger, Printmedium, Computerspiel) Inhalte derselben jugendgefährdenden Kategorie (z.B. Verherrlichung der NS-Ideologie, Anreize zur Gewalttätigkeit, Pornographie) anbietet. Einer Pflicht, derartige Angebote zu identifizieren, steht § 7 Abs. 2 TMG ebenfalls nicht entgegen. Diese Vorschrift schließt es aus, Diensteanbieter zu verpflichten, in von ihnen gespeicherten fremden Informationen nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Hat ein Internet-Auktionshaus aber Kenntnis von einem konkreten Verstoß eines bestimmten Versteigerers gegen das Jugendschutzrecht, so liegt der Hinweis auf eine rechtswidrige Tätigkeit bereits vor. Es liegt nach der Lebenserfahrung nahe, dass ein Versteigerer eines jugendgefährdenden Mediums als Anbieter weiterer Medien jedenfalls derselben Kategorie in Betracht kommt. Unter Berücksichtigung des hohen Stellenwertes eines effektiven Jugendschutzes rechtfertigt es diese gegenüber der Gesamtheit aller Versteigerer signifikant erhöhte Wahrscheinlichkeit einer rechtswidrigen Tätigkeit, dem Diensteanbieter eine entsprechende Prüfungspflicht in Bezug auf Versteigerer aufzuerlegen, die bereits wegen Zuwiderhandlungen gegen das Jugendschutzrecht aufgefallen sind. Da bei dieser Bietergruppe aufgrund eines konkreten Verstoßes Hinweise auf eine rechtswidrige Tätigkeit vorliegen, kann insoweit von der Beklagten verlangt werden, im Rahmen ihrer Möglichkeiten durch eine effektive Überwachung weitere Rechtsverletzungen zu verhindern (vgl. Art. 14 Abs. 3 der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr). Auch nach Erwägungsgrund 48 der Richtlinie können von Diensteanbietern, die Informationen ihrer Nutzer speichern, angemessene Kontrollen verlangt werden, um bestimmte Arten rechtswidriger Tätigkeiten aufzudecken und zu verhindern. Eine Prüfungspflicht für gleichartige Rechtsverletzungen in dem dargelegten Umfang steht daher mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang.

Zur Möglichkeit, sinnvoll und praktikabel Kategorien jugendgefährdender Medien zu bilden und mit zumutbarem Aufwand entsprechende Angebote bei einem bestimmten Versteigerer zu identifizieren, sind bisher keine Feststellungen getroffen.

Die Prüfungspflicht der Beklagten bezieht sich dagegen nicht auf alle in die Liste nach §§ 18, 24 JuSchG aufgenommenen jugendgefährdenden Medien. Die Beklagte braucht nicht die Gesamtheit der auf ihrer Auktionsplattform freigeschalteten Angebote daraufhin zu überprüfen, ob sie indizierte Medien betreffen. Ebenso wenig trifft sie eine solche Prüfungspflicht für die Angebote derjenigen Versteigerer, die bereits durch ein gegen das Jugendschutzrecht verstoßendes Angebot aufgefallen sind. Eine auf die gesamte Liste bezogene Überwachungspflicht wird durch § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG ausgeschlossen, der einer derartigen aktiven Suchpflicht entgegensteht (vgl. Sobola/Kohl, CR 2005, 443, 446; Leible/Sosnitza, WRP 2004, 592, 596; Heß, Die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für Informationen im Internet nach der Novellierung des Teledienstgesetzes, 2005, S. 76). Zur Begründung einer Prüfungspflicht bedarf es eines konkreten Hinweises auf ein jugendgefährdendes Angebot bei einem bestimmten Versteigerer. Für eine sol-

che Konkretisierung hinsichtlich der Gesamtheit der Versteigerer, die die Auktionsplattform der Beklagten nutzen, reicht es nicht aus, dass es in der Vergangenheit bereits derartige Angebote bei anderen Versteigern gegeben hat. Ebenso wenig liegt bezüglich eines bestimmten Versteigerers eine Konkretisierung der Rechtsgefährdung auf den Gesamthalt der Liste jugendgefährdender Medien schon dann vor, wenn er ein Trägermedium einer bestimmten jugendgefährdenden Kategorie angeboten hat. So wird etwa ein Versteigerer indizierter Horrorfilme nicht mit erhöhter Wahrscheinlichkeit auch Medien anbieten, die die NS-Ideologie verherrlichen.“

f) Verpflichtung zur Sperrung von Auktionsangeboten

„Eine Verpflichtung der Beklagten zur Sperrung von Auktionsangeboten für jugendgefährdende Medien besteht zudem nur insoweit, als nicht durch technische oder sonstige Vorkehrungen sichergestellt ist, dass kein Versand an Kinder und Jugendliche erfolgt (§ 1 Abs. 4 JuSchG). Werden solche Vorkehrungen getroffen, ist die Internetauktion mit dem Jugendschutzrecht vereinbar, so dass auch ein Wettbewerbsverstoß ausscheidet (vgl. oben II 5 a bb (4)).

Die Anforderungen an das Altersverifikationssystem ergeben sich aus dem Schutzzweck des Jugendschutzrechts. Die besonderen Regelungen für die vom Jugendschutzgesetz als Versandhandel bezeichneten Geschäfte bezwecken zu verhindern, dass Minderjährige jugendschutzrelevante Medieninhalte wahrnehmen. Für einen effektiven Kinder- und Jugendschutz ist deshalb einerseits eine zuverlässige Altersverifikation vor dem Versand der Medien erforderlich. Andererseits muss aber auch sichergestellt sein, dass die abgesandte Ware nicht von Minderjährigen in Empfang genommen wird (vgl. OLG München GRUR 2004, 963, 964 f.). So lässt sich etwa durch das Postidentverfahren vor Versendung der Ware ausreichend gewährleisten, dass der Kunde volljährig ist (OLG München GRUR 2004, 963, 965; Scholz/Liesching aaO § 1 JuSchG Rdn. 24; Nikles/Roll/Spürck/Umbach aaO § 1 JuSchG Rdn. 23). Außerdem muss die Ware in einer Weise versandt werden, die regelmäßig sicherstellt, dass sie dem volljährigen Kunden, an den sie adressiert ist, persönlich ausgehändigt wird. Das kann etwa durch eine Versendung als "Einschreiben eigenhändig" gewährleistet werden.

Der Beklagten ist die Prüfung zuzumuten, ob ein von einem Verkäufer angewandtes Altersverifikationssystem ausreichend ist. Sie unterliegt keiner Verpflichtung, den Handel mit jugendgefährdenden Medien auf ihrem Internet-Marktplatz zuzulassen. Tut sie dies, ist es sachgerecht und notwendig, eine für sie als Betreiberin der Handelsplattform bestehende Prüfungspflicht auch auf die für den Versandhandel mit derartigen Erzeugnissen geltenden jugendschutzrechtlichen Vorgaben und insbesondere die Einhaltung der sich aus § 1 Abs. 4 JuSchG ergebenden Erfordernisse zu beziehen. Der Beklagten steht frei, den Handel mit jugendgefährdenden Medien auf ihrer Handelsplattform generell zu unterbinden.“

g) Verstoß gegen Prüfungspflicht

„Soweit eine Prüfungspflicht besteht, schuldet die Beklagte angemessene Bemühungen, entsprechende Angebote aufzudecken und zu entfernen. Sofern trotz angemessener Bemühungen ein vollständiger Ausschluss der fraglichen Angebote von der Handelsplattform technisch oder faktisch zuverlässig nicht möglich ist, fehlt es an einem Verstoß der Beklagten gegen die Prüfungspflicht.

Die Prüfungspflicht der Beklagten beschränkt sich auf Medien, deren Aufnahme in die Liste jugendgefährdender Medien oder deren allgemeine Beschlagnahme als gewaltverherrlichend oder volksverhetzend öffentlich bekanntgemacht worden ist. Eine eigene Beurteilung, welche Medien als jugendgefährdend anzusehen sind, ist der Beklagten grundsätzlich nicht zuzumuten.“

„Eine aus der wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflicht abzuleitende Prüfungspflicht bestand für die Beklagte im vorliegenden Fall spätestens ab Juli 2001. Denn zu diesem Zeitpunkt ist die Beklagte nach den getroffenen Feststellungen durch den Kläger auf verschiedene Fälle auf ihrer Plattform rechtswidrig angebotener jugendgefährdender Medien hingewiesen worden.“

3. Wiederholungs-/Erstbegehungsgefahr

„Ein Unterlassungsanspruch des Klägers setzt weiter Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr voraus. Für die Annahme von Wiederholungsgefahr ist eine vollendete Verletzung nach Begründung der Prüfungspflicht erforderlich. Eine solche Verletzung würde zum einen vorliegen, wenn es infolge einer Verletzung der Prüfungspflicht der Beklagten zu mindestens einem weiteren jugendgefährdenden Angebot eines von dem Kläger zuvor auf der Plattform der Beklagten konkret beanstandeten Mediums bei demselben oder einem anderen Versteigerer gekommen ist. Wiederholungsgefahr wäre zum anderen auch gegeben, wenn ein Anbieter, der der Beklagten bereits in der Vergangenheit wegen eines Verstoßes gegen den Jugendschutz bekannt geworden ist, nachfolgend Inhalte derselben jugendgefährdenden Kategorie auf demselben Trägermedium ohne ausreichende Altersverifikation zur Auktion anbietet, sofern die Beklagte insoweit nach den oben (unter II 5 e) dargelegten Grundsätzen zur Prüfung verpflichtet war. Feststellungen dazu, ob die Beklagte ihre Prüfungspflichten in dieser Hinsicht verletzt hat, hat das Berufungsgericht bislang nicht getroffen. Dem festgestellten Sachverhalt ist lediglich zu entnehmen, dass die Beklagte die konkret beanstandeten Angebote jeweils unverzüglich entfernt hat.

Sollte sich ergeben, dass die Beklagte ihre Prüfungspflichten verletzt hat, könnte ein Unterlassungsanspruch des Klägers auch unter dem Aspekt der Erstbegehungsgefahr begründet sein. Steht fest, dass die Beklagte die ihr obliegenden Prüfungspflichten verletzt, kann die ernstliche, unmittelbar bevorstehende Gefahr drohen, dass es in Zukunft zu identischen oder gleichartigen Angeboten kommt.“

4. Ergebnis:

Unterlassungsanspruch gemäß §§ 3, 8 Abs. 1 und 3 Nr. 2 UWG (+) ... Ob die Auferlegung von Prüfpflichten in Zukunft aufrechterhalten werden kann, ist allerdings nach einer jüngeren Entscheidung des EuGH v. 23.3.2010, Rs. C-236/08 bis C-238/08 – Google France fraglich; vgl. bereits AP 3. Nach dieser Entscheidung könnten die Haftungsprivilegien der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr auch auf den Unterlassungsanspruch Anwendung finden, so dass eine Haftung erst ab Kenntnis von rechtswidrigen Inhalten in Betracht käme.]

...

In der Rechtssache *Halzband* hat der BGH seine Rechtsauffassung zur Verselbständigung der Haftung wegen der Verletzung wettbewerblicher Verkehrspflichten bestätigt. Im zugrundeliegenden Fall war das eBay-Konto des auf Unterlassung, Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht in Anspruch genommenen Beklagten von dessen Ehefrau zum Verkauf von unter dem Gesichtspunkt der Rufausbeutung und Irreführung möglicherweise lauterkeitsrechtsverletzendem Schmuck genutzt worden:

„Es kommt [...] eine Haftung des Bekl. als Täter einer Urheberrechts- und/oder Markenrechtsverletzung sowie eines Wettbewerbsverstoßes in Betracht, weil dieser, auch wenn er die Verwendung der Zugangsdaten zu seinem Mitgliedskonto bei eBay durch seine Ehefrau weder veranlasst noch geduldet hat, nicht hinreichend dafür gesorgt hat, dass seine Ehefrau keinen Zugriff auf die Kontrolldaten und das Kennwort dieses Mitgliedskontos erlangte. Benutzt ein Dritter ein fremdes Mitgliedskonto bei eBay, nachdem

er an die Zugangsdaten dieses Mitgliedskontos gelangt ist, weil der Inhaber diese nicht hinreichend vor dem Zugriff Dritter gesichert hat, muss der Inhaber des Mitgliedskontos sich so behandeln lassen, wie wenn er selbst gehandelt hätte. Eine insoweit bei der Verwahrung der Zugangsdaten für das Mitgliedskonto gegebene Pflichtverletzung stellt einen eigenen, gegenüber den eingeführten Grundsätzen der Störerhaftung (vgl. zu ihr im UrheberR etwa BGHZ 156, BGHZ 156, 1 [11ff.] = GRUR 2003, 958 – Paperboy; Schrickler/Wild, UrheberR, 3. Aufl., § 97 Rdnrn. 36aff.; zur Störerhaftung im MarkenR BGH, GRUR 2008, 702 Rdnrn. 49ff. = WRP 2008, 1104 – Internet-Versteigerung III; Hacker, in: Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 14 Rdnrn. 202ff.) und den nach der neueren Senatsrechtsprechung gegebenenfalls bestehenden Verkehrspflichten im Bereich des Wettbewerbsrechts (vgl. BGHZ 173, 188 Rdnrn. 22ff. = GRUR 2007, 890 – Jugendgefährdende Medien bei eBay) selbstständigen Zurechnungsgrund dar. [...]

Das vorstehend dargestellte Haftungsmodell belastet den Bekl. nicht in unverhältnismäßiger Weise. Damit wird lediglich unter Berücksichtigung der neuen technischen Entwicklungen der Grundsatz fortgeschrieben, dass derjenige, dem ein rechtlich geschützter Bereich zur Nutzung und gegebenenfalls auch zur Gewinnerzielung zugewiesen ist, im Rahmen seiner Verantwortlichkeit für diesen Bereich für Rechtsverletzungen haftet, wenn er pflichtwidrig Sicherungen unterlässt, die im Interesse Dritter oder der Allgemeinheit bestehen. Der Bekl. wird insoweit nicht in einer dem Schutz seiner Ehe gem. Art. 6 I GG widersprechenden Weise beeinträchtigt. Unstreitig besteht für seine Ehefrau die Möglichkeit, kostenlos ein eigenes Mitgliedskonto bei eBay einzurichten.“ (BGH v. 11.3.2009, I ZR 114/06 - Halzband = GRUR 2009, 597, Rn. 16, 23)

d) Verletzung der Pflicht zu wettbewerblicher Neutralität

Eine besondere Konstellation lag den Entscheidungen BGH, GRUR 2009, 1080 – *Auskunft der IHK*; GRUR 2013, 301 - *Solarinitiative* zugrunde: Die beklagte Handelskammer nahm Prüfungen zum „Bilanzbuchhalter (IHK)“ ab und bot im Vorfeld hierfür Vorbereitungskurse an. Bei zwei durchgeführten Testanrufen bei der Beklagten ergab sich, dass die Mitarbeiter der Handelskammer das eigene Fortbildungsangebot bewarben und Hinweise auf Lehrgänge privater Anbieter bewusst unterließen, obwohl diese Mitbewerber die Handelskammer über ihre Angebote informiert hatten. Der BGH machte deutlich, dass zwar grundsätzlich kein Wettbewerber Angaben über Konkurrenzangebote machen müsste, wegen der amtlichen Funktion der Handelskammer und des damit verbundenen Vertrauens der Öffentlichkeit, Auskünfte objektiv und sachgerecht zu erteilen seien. Deshalb sah der BGH einen Verstoß gegen § 3 UWG a.F. und § 3 Abs. 1 UWG 2008 als gegeben an.

Fall 2: K betreibt in der Gemeinde Ö ein Elektrofachgeschäft und veräußert und installiert Photovoltaikanlagen. Die Gemeinde Ö sowie die zur W-Gruppe gehörenden Unternehmen U1 und U2, die Systeme zur solaren Stromerzeugung erstellen, schlossen sich im Sommer 2008 zur "Solarinitiative Ö." zusammen, um den Ausbau der Solarenergie im Gemeindegebiet von Ö. zu fördern. Am 5. Dezember 2008 kündigten Ö und U1 in den Ö. Stadtnachrichten unter der Rubrik "Amtliche Bekanntmachungen und Informationen" an, dass den Hauseigentümern die von U2 erstellten Auswertungen der Dachflächen im Hinblick auf die Eignung zur Installation einer Solaranlage mitgeteilt würden. Im Dezember 2016 und Januar 2017 versandte die Ö Rundschreiben an die Hauseigentümer, in denen jene unter Hervorhebung der Kooperation der Gemeinde Ö mit der Unternehmensgruppe W in der Solarinitiative zur Ausstattung ihrer Häuser mit Photovoltaikanlagen aufgefordert wurden. Sowohl in der Veröffentlichung als auch in den Rundschreiben wurden die Firmenlogos von U1 und U2 verwendet. K nimmt darauf Ö, U1 und U2 auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch. (BGH v. 12.7.2012, I ZR 54/11)

[A. Anspruch des K gegen Ö auf Unterlassung aus §§ 8 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 1, 3 Abs. 1 UWG

I. Aktivlegitimation des K:

Die Wettbewerbsstellung des K als Anbieter von Solaranlagen wird durch die Aktivität der Ö berührt (im einzelnen sogl.). Damit entstand ein konkretes Wettbewerbsverhältnis, das seine Aktivlegitimation als Mitbewerber i.S.d. §§ 8 Abs. 3 Nr. 3, 2 Abs. 1 Nr. 3 begründet.

II. Unterlassungsanspruch gem. §§ 8 Abs. 1 i.V.m. 3 Abs. 1 UWG

1. Anwendbarkeit des UWG

Die Eröffnung des gegenständlichen Anwendungsbereichs des UWG ist im Hinblick auf das Verhalten der Ö, bei der es sich nicht um ein Unternehmen i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 6, sondern um eine Gebietskörperschaft handelt und die mit ihrer Beteiligung an der „Solarinitiative“ überdies im öffentlichen Interesse an der Förderung umweltfreundlicher und regenerativer Energiequellen tätig wurde, nicht unproblematisch.

a) Nach dem UWG 2004 wurde der Anwendungsbereich des UWG vom Begriff der „Wettbewerbshandlung“ umschrieben. Demzufolge war zunächst zu prüfen, ob das Schreiben der Gemeinde eine Wettbewerbshandlung sei. Eine Wettbewerbshandlung erforderte die Absicht, eigenen oder fremden Wettbewerb zu fördern. Das bejahte der BGH, weil die Ö bei der Veröffentlichung vom 5. Dezember 2008 mit dem Ziel handelte, den Absatz der Waren und die Erbringung von Dienstleistungen durch U1 und U2 zu fördern. Bei der Ö als Gemeinde, die selbst nicht erwerbswirtschaftlich tätig geworden sei, könne zwar nicht vermutet werden, dass sie mit dem Ziel gehandelt habe, den Wettbewerb zu fördern. Das müsse vielmehr gesondert festgestellt werden: Vorliegend habe die Ö durch die Veröffentlichung in den Stadtnachrichten die Nachfrage nach Solaranlagen wecken wollen und habe dadurch den Produktabsatz U1 und U2 gefördert. Nicht entscheidend sei, ob Ö in erster Linie habe den Klimaschutz fördern wollte und allein hierfür auf U1 und U2 zurückgreifen wollte.

b) Die Veröffentlichung erfüllt zugleich die Voraussetzungen einer geschäftlichen Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2008 und 2015, da dieser nicht enger als der Begriff der Wettbewerbshandlung ist.

2. Verletzung von § 3 Abs. 1 (nach UWG 2008 – Original)

a) Unlauterkeit

Die Ableitung von Ansprüchen aus der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel setzt voraus, dass die betreffende Verhaltensweise von ihrem Unlauterkeitsgehalt her den in den §§ 4 bis 6 UWG angeführten Beispielfällen unlauteren Verhaltens entspricht. Ein Rückgriff auf die Generalklausel ist insbesondere in Fällen geboten, in denen die Tatbestände der §§ 4 bis 6 UWG zwar bestimmte Gesichtspunkte der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung erfassen, aber keine umfassende Bewertung der Interessen der durch das Wettbewerbsverhältnis betroffenen Marktteilnehmer ermöglichen.

Die Ö ist wegen des ihr in amtlicher Funktion entgegengebrachten Vertrauens gehalten, Auskünfte und Empfehlungen objektiv und sachgerecht zu erteilen, weil sie zu neutraler und objektiver Amtsführung verpflichtet ist. Diesem Gebot genügt das Verhalten der Ö nicht, da sie die U1 und U2 als Anbieter von Solaranlagen in den beanstandeten Verlautbarungen empfohlen hat. Die Angaben sind so gestaltet, dass die angesprochenen Verbraucher ihnen entnehmen, U1 und U2 seien besonders vertrauenswürdige Unternehmen der Solarbranche. Zu diesem Eindruck tragen die Veröffentlichung in den amtli-

chen Bekanntmachungen und Informationen und die blickfangmäßige Verwendung des Logos von U1 und U2 bei.

Die Gemeinde Ö hat dadurch einen einzelnen Anbieter von Solaranlagen ohne sachlichen Grund in unlauterer Weise bevorzugt. Daran ändert der Umstand nichts, dass die Verbraucher aufgefordert werden, sich mit einer Solarfirma ihrer Wahl in Verbindung zu setzen. Durch die Angabe eines Ansprechpartners bei U1 und U2, die Angabe der kostenlosen Telefonnummer und der E-Mail-Adresse wird die Nachfrage der Verbraucher zu U1 und U2 gelenkt.

Daneben ist das Spürbarkeitskriterium nunmehr Bestandteil des materiellen Unlauterkeitstatbestandes. Es ist zwar in der Generalklausel des Absatz 1 nicht mehr enthalten, soll laut der Gesetzesbegründung aber weiterhin enthalten sein (können). Die Konstituierung etwaiger Spürbarkeitsvorbehalte soll nunmehr vollständig der Rechtsprechung überlassen sein. Zumindest um Bagatellabmahnungen auszuschließen, ist das Spürbarkeitserfordernis regelmäßig zu prüfen. Vorliegend ist das Verhalten der Ö geeignet, die Interessen von Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen. Die in Rede stehenden Mitteilungen richteten sich flächendeckend an alle potentiellen Interessenten von Solaranlagen im Stadtgebiet von Ö, die in Häusern mit für Solaranlagen geeigneten Dachflächen wohnten. Sie berühren nachhaltig Mitbewerber, die mit U1 und U2 um dieselben potentiellen Kunden konkurrieren.

B. Anspruch des K gegen Ö auf Schadensersatz aus §§ 9, 3 Abs. 1 UWG

Der Schadensersatzanspruch gegen die Ö folgt aus § 9 Satz 1 UWG. Die Ö hat den Wettbewerbsverstoß fahrlässig und damit schuldhaft begangen.

C. Anspruch des K gegen U1, U2 auf Unterlassung aus §§ 8 Abs. 3 Nr. 3, Abs. 1, 3 Abs. 1

I. Aktivlegitimation als Mitbewerber: Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis ist im Verhältnis zwischen K einerseits und U1, U2 andererseits jedenfalls zu bejahen.

II. Wettbewerbsverletzung gem. §§ 3 ff. UWG

1. Das UWG geht von der lauterkeitsrechtlichen Haftung des jeweils Handelnden aus. Das war hinsichtlich der Veröffentlichung im Amtsblatt und der Rundschreiben die Gemeinde Ö, nicht aber U1 oder U2. Es bedarf daher eines Zurechnungstatbestandes.

a) Teilnahme: Eine Haftung der U1, U2 könnte sich gem. § 840 Abs. 2 BGB aus der Teilnahme an dem Wettbewerbsverstoß der Ö ergeben. Die Gehilfenhaftung setzt neben einer objektiven Beihilfehandlung zumindest einen bedingten Vorsatz in Bezug auf die Haupttat voraus, der das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit einschließen muss. Im Streitfall bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass U1, U2 zumindest mit bedingtem Vorsatz und in dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gehandelt haben. Somit scheidet eine Haftung als Teilnehmer aus.

b) Störerhaftung: Bis 2007 (vgl. o. BGH – *Jugendgefährdende Medien auf eBay*) wendete die Praxis auf die negatorischen Ansprüche wegen Lauterkeitsverstößen die Grundsätze der Störerhaftung an. Weil auf diese Weise die Regelungen über den gegenständlichen Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts frustriert werden können, hat der Bundesgerichtshof diese Praxis aufgegeben. Die Störerhaftung ist in Fällen des Verhaltensunrechts, um die es bei Wettbewerbsverstößen geht, ausgeschlossen.

c) Haftung wegen der Verletzung wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten: Einer Haftung unter dem Gesichtspunkt der Verletzung einer wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflicht liegt der Gedanke zugrunde, dass derjenige, der in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenquelle schafft oder andauern lässt, die ihm zumutbaren Maßnahmen und Vorkehrungen treffen muss, die zur Abwendung der daraus Dritten drohenden Gefahren notwendig sind. Wer gegen eine wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht verstößt, ist selbst Täter einer unlauteren geschäftlichen Handlung.

Im Hinblick darauf hat der BGH vorliegend die Haftung der U1, U2 zu Recht abgelehnt, weil sie keine Pflicht zur Prüfung treffe, ob die Ö gegen das Gebot zur neutralen und objektiven Amtsführung verstoße. Adressat dieses Gebots ist ausschließlich die Ö. Dritte wie hier die U1 und U2 sind regelmäßig nicht verpflichtet zu prüfen, ob eine öffentlich-rechtliche Körperschaft das ihr auferlegte Gebot zur objektiven und neutralen Amtsführung beachtet. Sie können vielmehr grundsätzlich darauf vertrauen, dass die öffentlich-rechtliche Körperschaft die Einhaltung der Grenzen dieses Gebots in eigener Verantwortung prüft.

2. Ansprüche gegen U1 und U2 bestehen demnach nicht.]