

Zivilrechtliche Anspruchskonkurrenz
- Unlautere AGB als Gegenstand von § 3a UWG und § 1 UKlaG -

Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechtswissenschaft der Fakultät für Rechtswissenschaft
der Universität Bielefeld

vorgelegt von

Marc Hartmann

Erstgutachter: Prof. Dr. Markus Artz

Zweitgutachter: Prof. Dr. Frank Weiler

Tag der mündlichen Prüfung: 09.04.2020

Meinen Eltern

Vorwort

Die Fakultät für Rechtswissenschaft hat diese Arbeit im Wintersemester 2019/2020 als Dissertation angenommen. Das Erstgutachten hat Prof. Dr. Markus Artz, das Zweitgutachten Prof. Dr. Frank Weiler erstellt, dem ich für die sehr zügige Begutachtung danken möchte. Der Kommission unter dem Vorsitzenden Prof. Dr. Florian Jacoby danke ich für die Ermöglichung einer Online-Disputation.

Die Arbeit ist während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Markus Artz entstanden. Die Zeit am Lehrstuhl, an dem ich auch als studentische Hilfskraft arbeiten durfte, war äußerst lehrreich und werde ich - auch über das Fachliche hinaus - stets in bester Erinnerung behalten. Dies nicht zuletzt wegen des hervorragenden Lehrstuhlteams, zu dem auch nach Fertigstellung dieser Arbeit der Kontakt fortbestehen möge.

Besonders möchte ich mich bei meinen Eltern Gudula und Peter Hartmann für ihre immerwährende Unterstützung bedanken. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg an Ostern 2020

Marc Hartmann

Inhaltsverzeichnis

Seite

1. Teil

Einführung und dogmatischer Hintergrund

A. Einführung	1
B. Genese des Anspruchsbegriffs	6
Zur endgültigen Trennung von formellem und materiellem Anspruch	7
C. Anspruchskonkurrenz – Definition und Lösung	15
I. Grundlagen der Rechtsanwendung und Entstehung von Konkurrenzen	15
II. Erscheinungsformen und Folgen der Anspruchskonkurrenz	20
1. Erscheinungsformen	21
a. Verhältnis der Tatbestände	21
aa. Unterschiedlichkeit	21
bb. Deckungsgleichheit	21
cc. Spezialität	22
dd. Überschneidung	22
b. Verhältnis der Rechtsfolgen	22
aa. Rechtsfolgenidentität	22
bb. Rechtsfolgendivergenz	24
cc. Rechtsfolgenwiderspruch	24
2. Folgen der Konkurrenz	25
a. Verdrängung	25
b. Parallelität	26
aa. Ohne Modifikation	26
bb. Mit Modifikation	26
III. Beantwortung der Konkurrenzfrage	27
1. Konkurrenzprobleme als Folge des Zusammenwirkens von Normen	27
2. Ansprüche im Bezugsrahmen des äußeren Systems	30
3. Bisherige Ansätze zur Auflösung von Anspruchskonkurrenzen	33
a. formal-begrifflicher Ansatz – lex specialis derogat legi generali“	33
b. Kombination aus begrifflichen und wertungsorientierten Elementen	35
aa. Sicherung des Anwendungsbereichs der engeren Norm	35
bb. Umgehungsgefahr bzw. Zweckvereitelung	36
c. Rein wertungsorientierter Ansatz – Normkomplex als abschließende Regelung	37
d. Abschließende Bewertung der Ansätze	38

4. Das innere System des Zivilrechts im Spiegel von Begriffs,- Interessen,- und Wertungsjurisprudenz	39
5. Ansprüche im Bezugsrahmen des inneren Systems – Konkurrenzsituationen als „Lücken“	44
a. Methodische Einordnung der Gesetzeskonkurrenz	45
b. Methodische Einordnung der Einwirkung	45
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse - methodisches Vorgehen in Konkurrenzsituationen	46
2. Teil	
Das Konkurrenzverhältnis zwischen § 3a UWG und § 1 UKlaG	
A. Die Entwicklung der Verbandsklagen nach UWG und UKlaG in der Gesamtrechtsordnung	48
B. Die Entwicklung kollektiver Rechtsbehelfe im europäischen Recht	52
C. Untersuchung des Konkurrenzverhältnisses	56
I. Anwendungsbereiche	56
1. UWG	56
a. Die „geschäftliche Handlung“, § 2 Abs.1 Nr.1 UWG	56
aa. „[...] jedes Verhalten einer Person [...]“	57
bb. „[...] zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens [...]“	58
cc. „[...] vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss [...]“	59
dd. „[...] das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrages über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt [...]“	59
b. Das Verwenden und Empfehlen von AGB als „geschäftliche Handlung“	60
aa. Verwenden	60
bb. Empfehlen	61
2. UKlaG	62
3. Bestimmung des Konkurrenzbereichs	67
4. Konkurrenzspezifische Auslegung	67
II. Schutzzwecke	69
1. UWG	70
a. Funktion der Schutzzweckbestimmung	70
b. Gliederung der Schutzzwecke	71
2. UKlaG	75
3. Bestimmung des Konkurrenzbereichs	75
4. Konkurrenzspezifische Auslegung	76

III. Das Verhältnis der Tatbestände	77
1. Der Rechtsbruchtatbestand	77
a. Einführung in die Entstehungsgeschichte und Entwicklung des Rechtsbruchtatbestandes	77
b. Der Rechtsbruchtatbestand de lege lata	84
aa. Normzweck und Tatbestandsmerkmale	86
(1) Einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandeln	87
(2) Regelung des Marktverhaltens	88
(3) Auch im Interesse der Marktteilnehmer	90
(4) Eignung zur spürbaren Interessenbeeinträchtigung	90
(5) Verbraucherbegriff nach der UGP-Richtlinie und UWG	91
(6) Der „Gewerbetreibende“ nach der UGP-Richtlinie und Unternehmer nach der UGP-Richtlinie und UWG	93
(7) Marktteilnehmer	94
(8) Mitbewerber	94
c. Vereinbarkeit des Rechtsbruchtatbestandes mit der UGP-Richtlinie	95
d. Vorschriften zur Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle als Marktverhaltensregeln i.S.v. § 3a UWG	96
aa. Einbeziehungskontrolle	96
bb. Inhaltskontrolle	98
2. § 1 UKlaG	98
a. Tatbestand	99
aa. Bestimmungen in AGB	99
bb. Unwirksamkeit nach den §§ 307 – 309 BGB	100
cc. Verwenden	100
dd. Empfehlen	101
ee. Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr	102
ff. Missbrauchskontrolle nach § 2b UKlaG	103
3. Bestimmung des Konkurrenzbereichs	105
4. Konkurrenzspezifische Auslegung	107
IV. Aktiv- und Passivlegitimation	108
1. Aktivlegitimationen	108
a. Anspruchsberechtigung der Verbände, § 8 Abs.3 S.1 Nr.2 UWG, § 3 Abs.1 S.1 Nr.2 UKlaG	111
b. Anspruchsberechtigung der qualifizierten Einrichtungen, §§ 8 Abs.3 S.1 Nr.3 UWG, 3 Abs.1 S.1 Nr.1 UKlaG jeweils i.V.m § 4 UKlaG	112
c. Anspruchsberechtigung der Industrie-, Handels,- oder Handwerkskammern, §§ 8 Abs.3 S.1 Nr.4 UWG, 3 Abs.1 S.1 Nr.3 UKlaG	114
d. Verbleibende Unterschiede	114
aa. Anspruchsberechtigung der Mitbewerber, § 8 Abs.3 Nr.1 UWG	114
bb. Kein Schutz der Unternehmer durch Verbraucherverbände, § 3 Abs.2 Nr.1 UKlaG	115

e. Konkurrenzspezifische Auslegung	115
2. Passivlegitimationen	116
a. UWG: § 8 Abs.1 S.1 („Wer“) i.V.m. § 2 Abs.1 Nr.1 UWG („geschäftliche Handlung“) i.V.m § 3a UWG	116
aa. Täter	120
bb. Teilnehmer	120
cc. Haftung für Mitarbeiter und Beauftragte, § 8 Abs.2 UWG	120
dd. Haftung für fremdes Verhalten	121
b. § 1 UKlaG („Wer“) („Verwender und Empfehler“)	122
aa. Verwender	122
bb. Empfehler	122
c. Bestimmung des Konkurrenzbereich	123
d. Konkurrenzspezifische Auslegung	123
V. Zuständigkeit	124
1. UWG	125
2. UKlaG	125
3. Vergleich	126
VI. Rechtsfolgen	127
1. UWG	127
a. Keine missbräuchliche Geltendmachung, § 8 Abs.4 UWG	127
b. Die Ansprüche nach § 8 Abs.1 UWG	128
aa. Beseitigung und Widerruf, § 8 Abs.1 S.1 Var.1 UWG	128
(1). Grundlagen und Voraussetzungen	128
(2). Reichweite des Beseitigungsanspruchs	129
(3). Reichweite des Widerrufsanspruchs	130
bb. Unterlassungsansprüche, § 8 Abs.1 S.1 Var.2, S.2 UWG	130
c. Auskunftsanspruch, § 8 Abs.5 S.1 UWG	131
iV.m. § 13 UKlaG	
d. Veröffentlichungsbefugnis, § 12 Abs.3 UWG	131
2. UKlaG	133
a. Auskunftsanspruch, § 13 UKlaG	133
b. Unterlassung („Verwenden“)	133
c. Widerruf („Empfehlen“)	134
d. Beseitigung	134
e. Weitere Folgen des Urteils	138
aa. Veröffentlichungsbefugnis, § 7 UKlaG	138
bb Wirkungen des Urteils, § 11 UKlaG	139
3. Bestimmung des Konkurrenzbereichs	141
4. Konkurrenzspezifische Auslegung	142
VII. Verjährung	143
1. UWG	143
2. UKlaG	145
3. Bestimmung des Konkurrenzbereichs	147
4. Konkurrenzspezifische Auslegung	147

Literaturverzeichnis

Ackermann, Brunhilde: 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, S.73 - 86

Ackermann, Thomas: Köndgen, Johannes (Hrsg.), Privat- und Wirtschaftsrecht in Europa, Festschrift für Wulf-Henning Roth zum 70. Geburtstag, 2016
(zitiert: *Autor*, in: FS Roth)

Ahrens, Hans-Jürgen: Kritikwürdig: Wettbewerbsrechtliche AGB-Kontrolle durch Mitbewerber, WRP 2012, I

ders.: Die Entstehung der zivilrechtlichen Sanktionen des UWG, WRP 1980, 129 – 133

Alexander, Christian; Bornkamm, Joachim; Buchner, Benedikt; Fritzsche, Jörg; Lettl, Tobias (Hrsg.): Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag, Jena, Freiburg, Bremen, Regensburg, Potsdam, 2014
(zitiert: *Autor*, in: FS Köhler)

Alexy, Robert: Recht, Vernunft, Diskurs – Studien zur Rechtsphilosophie, Kiel 1994
(zitiert: *Alexy*, Recht, Vernunft, Diskurs)

Althammer, Christoph: Streitgegenstand und Interesse: eine zivilprozessuale Studie zum deutschen und europäischen Streitgegenstandsbegriff, Passau 2012
(zitiert: Streitgegenstand und Interesse)

Arens, Peter: Zur Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründen, ACP 170 (1970), S.392 – 425

Artz, Markus; Gsell, Beate; Lima Marques, Cláudia; Meller-Hannich (Hrsg.): Wer ist Verbraucher? Verbraucherbegriffe, Verbraucherleitbilder und situative Differenzierungen im Verbraucherschutz, 2018
(zitiert: *Bearbeiter*, in: Wer ist Verbraucher?)

ders.: Verwendung unwirksamer AGB und Lauterkeitsrecht, in: FS Lindacher, 2017, S.15 – 22

Auer, Marietta: Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, Gießen, April 2014
(zitiert: *Auer*, Diskurs der Moderne)

Baldus, Christian: Export des Pandektensystems?, JRP 2008, S.23 – 26

Bäcker, Carsten: Juristisches Begründen – Subsumtion und Ponderation als Grundformen der Juristischen Methodenlehre, JuS 2019, S.321 - 327

Beater, Axel: Unlauterer Wettbewerb, Greifswald 2011
(zitiert: *Beater*, Unlauterer Wettbewerb)

ders.: Rechtsvergleichende und europarechtliche Bemerkungen zum neuen § 4 Nr.11 UWG, in: FS Schrickner, S.629 - 640

ders.: Schutzzweckdenken im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, JZ 1997, S.916 - 922

Becker, Guido M.: Zur Konkurrenz von Marken- und Geschmacksmusterschutz, Bremen 2013
(zitiert: *Becker*, Konkurrenz von Marken- und Geschmacksmusterschutz)

Boemke, Burkhard; Bernhard, Ulrici: BGB Allgemeiner Teil, Leipzig, 2. Auflage 2014
(zitiert: *Boemke/Ulrici*, BGB-AT)

Boente, Walter: Nebeneinander und Einheit im Bürgerlichen Recht – Zur Gliederung des Rechtsstoffs im Bürgerlichen Gesetzbuch, Bern/Lausanne 2011
(zitiert: *Boente*, Nebeneinander und Einheit im Bürgerlichen Recht)

de Boor, Hans-Otto: Gerichtsschutz und Rechtssystem – Ein Beitrag zum Kampfe gegen das aktionenrechtliche Denken, Leipzig 1941
(zitiert: *de Boor*, Gerichtsschutz und Rechtssystem)

Bork, Reinhard: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Hamburg, 4. Auflage 2016
(zitiert: *Bork*, BGB-AT)

Bornemann, Fritz: Zivilrecht im Querschnitt, Band IV – Die Lehre vom Anspruch, Heidelberg 1971
(zitiert: *Bornemann*, Die Lehre vom Anspruch)

Bruns, Rudolf: Der materiellrechtliche Anspruch und der Zivilprozess, in: FS Ekelöf, S.161 - 178

ders.: Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht – Eine Krebswucherung unserer Zivilistik?, JuS 1971, S.221 - 228

Brox, Hans; Wolf-Dietrich: Walker, Allgemeiner Teil des BGB, Gießen, 42. Auflage 2018
(zitiert: *Brox/Walker*, BGB-AT)

Brömmelmeyer, Christoph (Hrsg.): Die EU-Sammelklage – Status und Perspektiven, Frankfurt (Oder) 2013
(zitiert: *Autor*, in: Die EU-Sammelklage)

Busch, Christoph: Welche Folgen hat die Umsetzung der Lauterkeitsrichtlinie für das Vertragsrecht? Der Regierungsentwurf zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG aus der Perspektive des Gemeinschaftsprivatrechts, GPR 2008, S.158 – 164

Büscher, Wolfgang; Erdmann, Willi; Haedicke, Maximilian; Köhler, Helmut; Loschelder, Michael (Hrsg.): Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, Karlsruhe, Freiburg, München und Köln 2014
(zitiert: *Autor*, in: FS Bornkamm)

Bydlinski, Franz: System und Prinzipien des Privatrechts, Neudauberg 1995
(zitiert: *Bydlinski*, System und Prinzipien)

ders.: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien, 2. Auflage 1991
(zitiert: *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff)

Chelidonis, Apostolos: „Legalität und Legitimation“ – Gedanken zum Verhältnis von subjektivem Recht und Rechtsmissbrauch, JA 2010, S.726 – 736

Coing, Helmut (Hrsg.): Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, 3. Band, 1. Teilband, Das 19. Jahrhundert, Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht, München 1982
(zitiert: *Autor*, in: Coing – Privatrechtsgeschichte III/1)

ders. (Hrsg.): Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, 3. Band, 2. Teilband, Das 19. Jahrhundert, Gesetzgebung zum Allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht, München 1982
(zitiert: *Autor*, in: Coing – Privatrechtsgeschichte III/2)

ders.: Zur Geschichte des Privatrechtssystems, Frankfurt am Main 1961
(zitiert: *Coing*, Privatrechtssystem)

ders.: Lawson, Frederick H.; Grönfors, Kurt; Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit, Hamburg 1959
(zitiert: *Coing/Lawson/Grönfors*, Das subjektive Recht)

Dauner-Lieb, Barbara; Langen, Werner (Hrsg.): Nomos Kommentar BGB – Schuldrecht, Band 2/2: §§ 611 – 853, 3. Auflage 2016
(zitiert: *Bearbeiter*, in: Nomos BGB)

Dembowski, Hermann: Sollten Mitbewerber bei der AGB-Kontrolle im Abseits stehen?, in: FS Bornkamm, S.325 - 334

Dettmar, Jasmin Isabel: Unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch nach Maßgabe des § 4 Nr.11 UWG n.F., Bayreuth 2006
(zitiert: *Dettmar*, Unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch)

Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Stellungnahme zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 14.11.2014, abgerufen am 8.4.2016 unter: http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/18_wp/G_UWG_2_AendG/stellung_grur_refe.pdf?__blob=publicationFile

Dietz, Rolf: Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, Köln 1933
(zitiert: *Dietz*, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt)

Eichler, Hermann: Die Konkurrenz der vertraglichen und deliktischen Haftung im deutschen Recht, ACP 162 (1963), S.401 - 420

Ekelöf, Per Olof (Hrsg.): Festkrift till Per Olof Ekelöf, Stockholm 1972,
(zitiert: *Autor*, in: FS Ekelöf)

Elskamp, Gregor: Gesetzesverstoß und Wettbewerbsrecht – Zur wettbewerbsrechtlichen Unzulässigkeit von Verstößen gegen außerwettbewerbsrechtliche Normen, Stuttgart 2007
(zitiert: *Elskamp*, Gesetzesverstoß)

Emmenegger, Susan: Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe, 2004
(zitiert: *Emmenegger*, Bankorganisationsrecht)

ders.: Logische Studien zur Gesetzesanwendung, Heidelberg, 3. Aufl. 1963
(zitiert: *Engisch*, Logische Studien)

Ennecerus, Ludwig, Nipperdey, Hans Carl: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band 1: Allgemeine Lehren/Personen/Rechtsobjekte, 15. Aufl. 1959

Erman, Walter (Begr.)/Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg (Hrsg.): Erman BGB, 15. Auflage 2017, Band I §§ 1 – 761 BGB, AGG
(zitiert: *Bearbeiter*, in: Erman)

Fezer, Karl-Heinz; Büscher, Wolfgang; Obergfell, Eva Inés (Hrsg.): Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Konstanz, 3. Auflage 2016
(zitiert: *Bearbeiter*, in: Fezer/Büscher/Obergfell)

Band 1: Internationales Lauterkeitsrecht, Lauterkeitsrechtliche Spezialthemen, Geschichte – Systematik – Grundlagen, §§ 1 – 3 UWG

Band 2: §§ 3a bis 20 UWG, Anhang zu § 3 Abs.3 UWG

ders.: Unlauterkeit als unionsrechtlicher Rechtsbegriff in einem verbraucherbezogenen und mitbewerberbezogenen Lauterkeitsrecht, in: Freiheit und Fairnis im Wettbewerb, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Schutzverbandes gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V., 2013, S.29 – 42
(zitiert: *Fezer*, in: Freiheit und Fairness)

Fortunato, Sérgio Fernandes, Vom römisch-gemeinen Recht zum Bürgerlichen Gesetzbuch, ZJS 2009, S.327 – 338

Fritz, Roland; Herzberg, Anja; Kühnberger, Manfred (Hrsg.): Festschrift für Jürgen Keßler, Hamburg 2015
(zitiert: *Autor*, in: FS Keßler)

Frey-Gruber, Sarah: Der Rechtsbruchtatbestand im UWG, Bodenheim 2009
(zitiert: *Frey-Gruber*, Rechtsbruchtatbestand)

Georgiades, Apostolos: Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, München 1967
(zitiert: *Georgiades*, Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht)

Glöckner, Jochen: Henning-Bodewig, Frauke, EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem „neuen“ UWG?, WRP 2005, S.1311 – 1335

Grabitz, Eberhard (Begr.); Hilf, Meinhard; Nettesheim, Martin (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/EG, 40. Ergänzungslieferung 2009

Gruber, Urs Peter: Methoden des internationalen Einheitsrechts, Halle 2003
(zitiert: *Gruber*, Methoden des internationalen Einheitsrechts)

Göckler, Till: Die Klagebefugnis vertikaler Wirtschaftsverbände – Auf der Suche nach dem Schutz der sonstigen Marktteilnehmer im Wettbewerbsrecht, WRP 2016, S.434 - 439

Gödicke, Patrick/ Hammen, Horst/ Schur, Wolfgang/ Walker, Wolf-Dietrich (Hrsg.): Festschrift für Jan Schapp zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2010
(zitiert: *Autor*, in: FS Schapp)

Götting, Hans-Peter: Der Rechtsbruchtatbestand, in: FS Schricker, S.689 - 704

Grunsky, Wolfgang/ Jacoby, Florian; Zivilprozessrecht, Bielefeld 16. Auflage 2018
(zitiert: *Grunsky/Jacoby*, ZPO)

Gsell, Beate; Krüger, Wolfgang; Lorenz, Stephan; Mayer, Jörg (Gesamtherausgeber Zivilrecht): beck-online-Grosskommentar

Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse – Abschnitt 2: Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (Herausgeber: Artz, Markus)

(zitiert: *Bearbeiter*, in: Beck-OGK)

dies.: Substanzverletzung und Herstellung, München 2003
(zitiert: *Gsell*, Substanzverletzung und Herstellung)

Halfmeier, Axel: 50 Jahre Verbraucherverbandsklage – Möglichkeiten und Grenzen kollektiver Rechtsschutzinstrumente: Bilanz und Handlungsbedarf, Gutachten im Auftrag der Verbraucherzentrale Bundesverband, Lüneburg 2015
(zitiert: *Halfmeier*, 50 Jahre Verbraucherverbandsklage)

ders.: Popularklagen im Privatrecht – Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Verbandsklage, Bremen 2006
(zitiert: *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht)

Harte-Bavendamm, Henning, Henning-Bodewig, Frauke (Hrsg.): Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) – Mit Preisangabenverordnung, Hamburg/München, 4. Auflage 2016
(zitiert: *Bearbeiter*, in: Harte/Henning)

Häsemeyer, Ludwig: Die Rückbindung zivilrechtlicher Normen an die Zivilrechtsdogmatik, in: FS Schapp, S.241 - 256

Hasselblatt, Gordian N. (Hrsg.): Münchener Anwaltshandbuch – Gewerblicher Rechtsschutz, Köln, 5. Auflage 2017
(zitiert: *Bearbeiter*, in: Hasselblatt)

Hattenhauer, Hans: Einseitige private Rechtsgestaltung – Geschichte und Dogmatik, Heidelberg 2011
(zitiert: *Hattenhauer*, Private Rechtsgestaltung)

Hau, Wolfgang; Schmidt, Hubert (Hrsg.): Trierer Festschrift für Walter F. Lindacher zum 80. Geburtstag, 2017
(zitiert: *Autor*, in: FS Lindacher)

Heck, Philipp: Das Problem der Rechtsgewinnung, Tübingen 1912
(zitiert: *Heck*, Das Problem der Rechtsgewinnung)

ders., Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), S.1

Heermann, Peter W.; Schlinghoff, Jochen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bayreuth/Jena, 2. Aufl. 2014
(zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKO UWG)

Band 1: Grundlagen des Lauterkeitsrechts, Internationales Wettbewerbs- und Wettbewerbsverfahrensrecht, das Unionsrecht und die UGP-Richtlinie, Vorabentscheidungsverfahren - §§ 1 – 4 UWG

Band 2: §§ 5 – 20 UWG

Hefermehl, Wolfgang: Anmerkung zu BGH Urt. v. 21.05.1957 I ZR 19/56, GRUR 1957, S. 960 - 961.

Heldrich, Andreas, Schlechtriem, Peter, Schmidt, Eike (Hrsg.): Festschrift für Helmut Heinrichs zum 70. Geburtstag – Recht im Spannungsfeld von Theorie und Praxis, München 1998
(zitiert: *Autor*, in: FS Heinrichs)

Henckel, Wolfram: Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, Heidelberg 1961
(zitiert: *Henckel*, Parteilehre und Streitgegenstand)

Henning-Bodewig, Frauke: Der Schutzzweck des UWG und die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR 2013, S.238 – 244

Hensen, Horst-Diether: Zur Entstehung des AGB-Gesetzes, in: FS Heinrichs, S.335 - 354

Herberger, Maximilian; Martinek, Michael; Rüßmann, Helmut; Weth, Stephan; (Gesamtherausgeber.); juris Praxiskommentar BGB
(zitiert: *Bearbeiter*, juris-PK BGB)

Band 1 – Allgemeiner Teil
Vieweg, Klaus (Bandherausgeber)
Saarbrücken 8. Auflage 2017

Band 2 – Schuldrecht
Junker, Markus; Beckmann, Roland Michael; Rüßmann, Helmut (Bandherausgeber)
Saarbrücken 8. Auflage 2017

Huber, Peter: Irrtumsansfechtung und Sachmängelhaftung – Eine Studie zur Konkurrenzfrage vor der internationalen Vereinheitlichung des Vertragsrechts, Mainz 2000

(zitiert: *Huber*, Irrtumsansfechtung und Sachmängelhaftung)

Hoffmann, Jan-Felix: Zession und Rechtszuweisung, Heidelberg 2012

(zitiert: *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung)

Horn, Hans-Detlef (Hrsg.): Recht im Pluralismus – Festschrift für Walter Schmitt Glaeser zum 70. Geburtstag, Marburg/Bayreuth (u.a.) 2003

(zitiert: *Autor*, in: FS Glaeser)

Jahr, Günther: Anspruchsgrundlagenkonkurrenz und Erfüllungskonnexität, in: FS Lücke, S.297 - 322

Jacobs, Rainer; Lindacher, Walter F.; Teplitzky Otto (Hrsg.): UWG Großkommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Nebengesetzen, Berlin/New York, 1. Auflage 1991

(zitiert: *Bearbeiter*, in: Großkommentar UWG, 1. Aufl.)

Jakobs, Horst Heinrich, Schubert, Werner: Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen

Einführung, Biographien, Materialien
1978

(zitiert: *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs – Einführung)

Allgemeiner Teil

§§ 1 – 240

2. Teilband

1985

(zitiert: *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs – BGB AT)

Kapnopoulou, Ellissavet N.: Das Recht der missbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union, Tübingen 1998

(zitiert: *Kapnopoulou*, Recht der missbräuchlichen Klauseln)

Kaufmann, Horst: Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens, JZ 1964, S.482 - 489

Kelsen, Hans: Allgemeine Theorie der Normen, herausgegeben von Kurt Ringhofer und Robert Walter, Wien 1979

(zitiert: *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen)

Keller, Erhard, Plassmann, Clemens, von Falck, Andreas: Festschrift für Winfried Tilmann zum 65. Geburtstag, 2003

(zitiert: *Autor*, in: FS Tilmann)

Klein, Andreas: Konkurrenz und Auslegung – Der deliktsrechtliche Gehalt vertragsrechtlicher Normen, Berlin 1997
(zitiert: *Klein*, Konkurrenz und Auslegung)

Kleinheyer, Gerd; Schröder, Jan: Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, Bonn, Tübingen 6. Auflage 2017
(zitiert: *Kleinheyer/Schröder*, Juristen)

Klocke, Daniel: Überblick über die Konkurrenzen im Bürgerlichen Recht, JA 2013, S.581 – 584

ders.: Rechtsfortbildung im und am Unterlassungsklagengesetz, VuR 2013, S.203 - 207

Kollmann, Andreas: Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht, Heidelberg 1996
(zitiert: *Kollmann*, Begriffs- und Problemgeschichte formellen und materiellen Rechts)

Köbl, Ursula: Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB – Zugleich ein Beitrag zur Konkurrenzlehre, Erlangen (1970)
(zitiert: *Köbl*, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis)

Köhler, Helmut; Bornkamm, Joachim; Feddersen, Jörn (Hrsg.): Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG mit PAngV, UKlaG, DL-InfoV, Freiburg i.Br./Hamburg/Neusäß, 37. Auflage 2019
(zitiert: *Bearbeiter*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen)

Köhler, Helmut; Bornkamm, Joachim (Hrsg.): Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagengesetz, Dienstleistungs- Informationspflichten-Verordnung, Freiburg i. Br./Hamburg/Neusäß, 34. Auflage 2016
(zitiert: *Bearbeiter*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 34. Auflage 2016)

ders.: BGB – Allgemeiner Teil, München, 42. Auflage 2018
(zitiert: *Köhler*, BGB-AT)

ders.: Verbraucher und Unternehmer – zur Rollenverteilung im Lauterkeitsrecht, in: FS Roth, S.299 - 310

ders.: Alternativentwurf (UWG-AE) zum Regierungsentwurf (UWG-E) eines 2. Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, WRP 2015, S.1311 – 1318

ders.: UWG-Reform 2015: Im Regierungsentwurf nicht angesprochene Defizite bei der Umsetzung der UGP-Richtlinie, WRP 2015, S.1037 – 1041

ders.: Der Regierungsentwurf zur UWG-Novelle 2015: Nur Klarstellungen oder doch tiefgreifende Änderungen?, WRP 2015, S.275 - 285

ders.: Richtlinienumsetzung im UWG – eine unvollendete Aufgabe, WRP 2013, S.403 – 416

ders.: „Wettbewerbshandlung“ und Geschäftspraktiken“ – Zur richtlinienkonformen Auslegung des Begriffs der Wettbewerbshandlung und zu seiner Definition im künftigen UWG, WRP 2007, S.1393 – 1397

ders.: Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR 2005, S.793 – 802

ders.: Die „Bagatellklausel“ in § 3 UWG, GRUR 2005, S.1 - 9

ders.: Der Rechtsbruchtatbestand im neuen UWG, GRUR 2004, S.381 - 389

ders.: Zur wettbewerbsrechtlichen Sanktionierung öffentlich-rechtlicher Normen, in: FS Glaeser, S.499 - 508

ders.: Die wettbewerbsrechtlichen Abwehransprüche (Unterlassung, Beseitigung, Widerruf), NJW 1992, S. 137 - 142

dies.: Henning-Bodewig, Frauke, Vorschlag für eine Richtlinie zum Lauterkeitsrecht und eine UWG-Reform, WRP 2002, S.1317 - 1328

Krafft, Hartmut (Hrsg.): Freiheit und Fairness im Wettbewerb: Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Schutzverbandes gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V., München 2013
(zitiert: *Autor*, in: FS Schutzverband)

Kramer, Ernst A.: Juristische Methodenlehre, Basel/St. Gallen, 5. Auflage 2016
(zitiert: *Kramer*, Methodenlehre)

Kudlich, Hans; Christensen, Ralph: Die Kanones der Auslegung als Hilfsmittel für die Entscheidung von Bedeutungskonflikten, JA 2004, S.74 - 83

Kuhn, Thomas: Überschießende Umsetzung bei mindest- und vollharmonisierenden Richtlinien: Einheitliche oder gespaltene Auslegung?, EuR, 2015, S.216 – 237

Kulka, Michael: Welche "Interessen" schützt das UWG?, S.309 - 351

Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Olching, 6. Auflage 1991
(zitiert: *Larenz*, Methodenlehre)

ders.: Canaris, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, München, 3. Auflage 1995
(zitiert: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre)

Lenel, Otto: Der Prätor in der legis actio, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung, Band 30, Heft 1, 1909, S.329 - 354

Lent, Friedrich: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß
(zitiert: Die Gesetzeskonkurrenz, *Band 1*, *Band 2*)

Band 1: Die Gesetzeskonkurrenz im Strafrecht, Die bürgerlich-rechtliche Gesetzeskonkurrenz im allgemeinen, Einzelne Fälle von Gesetzeskonkurrenz, Leipzig 1912

Band 2: Die prozessuale Bedeutung der bürgerlich-rechtlichen Gesetzeskonkurrenz, Leipzig 1916

Leonhard, Rudolf (Hrsg.): Erläuterung des bürgerlichen Rechts, Heft 1 – Das neue Gesetzbuch als Wendepunkt der Privatrechts-Wissenschaft, Breslau 1900

Lettl, Andreas: Der Begriff des Mitbewerbers im Lauterkeitsrecht und Kartellrecht, in: FS Köhler, S.429 - 444

Martinek, Michael; Schmidt, Jürgen; Wadle, Elmar (Hrsg.); Festschrift für Günther Jahr zum 70. Geburtstag, Tübingen 1993
(zitiert: *Autor*, in: FS Jahr)

Mauchle, Yves: Normenkonkurrenzen im Obligationenrecht – zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, AJP/PJA 2012, S.933 – 952

Maunz, Theodor/Dürig, Günther (Begr.): Grundgesetz Kommentar

Band III, Art.16 – 22 GG
85. Ergänzungslieferung, November 2018

(zitiert: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig GG)

Medicus, Dieter; Petersen, Jens: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, München, 11. Auflage 2016
(zitiert: *Medicus/Petersen*, BGB-AT)

ders.: Anspruch und Einrede als Rückgrat einer zivilistischen Lehrmethode, AcP 174 (1974), S.313 - 331

Meller-Hannich, Caroline; Höland, Armin: Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente – Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Halle-Wittenberg 2011
(zitiert: *Meller-Hannich/Höland*, Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente)

dies.: Kollektiver Rechtsschutz im Verbraucherrecht, DRiZ 2011, S.164 – 176

dies.: Begriff und Leitbild des Verbrauchers im Zivilprozess, in: Wer ist Verbraucher?, S.193 - 211

Minas-von Savigny, Jutta: Negative Tatbestandsmerkmale – Ein Beitrag zur Rechtssatz- und Konkurrenzlehre, München 1972

Muther, Theodor: Zur Lehre von der römischen actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiskontestation und der Singularsukzession in Obligationen – Eine Kritik des Windscheidschen Buchs „Die actio des römischen Zivilrechts“, Erlangen 1857
(zitiert: *Muther*, Kritik)

Muthorst, Olaf: Grundlagen der Rechtswissenschaft, Methode – Begriff – System, Hamburg 2011
(zitiert: *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft)

Müller-Glöge, Rudi; Preis, Ulrich; Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Auflage 2019
(zitiert: *Bearbeiter*, in: Erfurter Kommentar)

Nikisch, Arthur: Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß, AcP 154 (1955), S.271 - 299

Nörr, Knut Wolfgang: Naturrecht und Zivilprozess – Studien zur Geschichte des deutschen Zivilprozessrechts während der Naturrechtsperiode bis zum beginnenden 19. Jahrhundert, Tübingen 1976
(zitiert: *Nörr*, Naturrecht)

Ohly, Ansgar: Das neue UWG im Überblick, GRUR 2016, S.1 - 7

ders.: Bodewig, Theo; Dreier, Thomas; Götting, Horst-Peter; Haedicke, Lehmann, Michael (Hrsg.), Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts - Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, 2005
(zitiert: *Autor*, in: FS Schricker)

ders., Sosnitza, Olaf: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung, München/Würzburg, 7. Auflage 2016
(zitiert: *Bearbeiter*, in: Ohly/Sosnitza)

Okuda, Masamichi: Über den Anspruchsbegriff im deutschen BGB, AcP 164 (1964), S.536 – 547

Ott, Edward E.: Die Methode der Rechtsanwendung, Zürich 1979
(zitiert: *Ott*, Rechtsanwendung)

Pawlowski, Hans-Martin: Einführung in die Juristische Methodenlehre – Ein Studienbuch zu den Grundlagenfächern Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie, Mannheim, 2. Auflage 2000
(zitiert: *Pawlowski*, Einführung)

ders., Methodenlehre für Juristen – Theorie der Norm und des Gesetzes, Mannheim, 3. Auflage 1999
(zitiert: *Pawlowski*, Methodenlehre)

Pfeiffer, Thomas: Was kann ein Verbraucher? Zur Relevanz von Informationsverarbeitungskapazitäten im AGB-Recht und darüber hinaus, NJW 2011, S.1 - 7

Pichler, Philipp Daniel: Das Verhältnis von Kartell- und Lauterkeitsrecht – Eine Standortbestimmung nach den Novellen von GWB und UWG, Stuttgart 2009
(zitiert: *Pichler*, Das Verhältnis von Kartell- und Lauterkeitsrecht)

Planck, Gottlieb: Windscheid als Mitarbeiter am Bürgerlichen Gesetzbuche, DJZ 1909, S.952 – 953

Podszun, Rupprecht; Busch, Christoph; Henning-Bodewig, Frauke: Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts? – Darstellung und Systematisierung von Möglichkeiten und Defiziten der privaten Durchsetzung des Verbraucherschutzes sowie Einbeziehung der Kartellbehörden zu dessen Durchsetzung; Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Februar 2018

dies., Die Durchsetzung des Verbraucherrechts: Das BKartA als UWG-Behörde? Ergebnisse des Professorengutachtens für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, GRUR 2018, S.1004 – 1011

Prütting, Hanns (Hrsg.): Rüßmann, Helmut, Verfahrensrecht am Anfang des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Gerhard Lücke zum 70. Geburtstag, 1997
(zitiert: *Autor*, in: FS Lücke)

Rauscher, Thomas; Krüger, Wolfgang (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen
(zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKO ZPO)

Band 3: §§ 1025 – 1109, EGZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, IZPR, EuZPR, 5. Auflage 2017

Recker, Wilfried: Der materiellrechtliche Anspruchsbegriff – Die historische, normlogische, faktenlogische, intensionale und funktionale Bestimmtheit des Begriffs, Köln 1974
(zitiert: *Recker*, Anspruchsbegriff)

Redeker, Sandra Sophia, Pres, Sascha: UWG-Novelle 2015: Erste Betrachtung der finalen Gesetzesänderung, GRUR-Prax 2016, S. 7 - 8

Reichhold, Hermann: Lauterkeitsrecht als Sonderdeliktsrecht – Zur Rolle zivilistischen Denkens bei der Anwendung von § 1 UWG, ACP 193 H.2/3, S.204 - 239

Reppen, Tilmann: Die soziale Aufgabe des Privatrechts – Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts, Tübingen 2001
(zitiert: *Reppen*, Aufgabe des Privatrechts)

Riehm, Thomas: Die überschießende Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht, JZ 2006, S.1035 – 1045

Riesenhuber, Karl: Verbraucherleitbilder und Methode, in: FS Roth, S.443 - 458

dies., (Hrsg.): Europäische Methodenlehre – Handbuch für Ausbildung und Praxis, Bochum 3. Auflage 2014 sowie 2. Auflage 2010
(zitiert: *Bearbeiter*, in: Riesenhuber)

Rimmelspacher, Bruno: Materieellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozeß, Bielefeld 1969
(*Rimmelspacher*, Anspruch und Streitgegenstandsprobleme)

Röhl, Klaus F.; Röhl, Hans Christian: Allgemeine Rechtslehre, Bochum/Konstanz, 3. Auflage 2008
(zitiert: *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre)

Rückert, Joachim; Seinecke, Ralf, (Hrsg.): Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, Frankfurt, 3. Auflage 2017
(zitiert: *Bearbeiter*, in: Rückert/Seinecke – Methodik)

Rüthers, Bernd: Hans Brox als Methodenlehrer – Von der Interessen – zur Wertungsjurisprudenz, *Rechtstheorie* 41 (2010), S.141 - 150

ders., Fischer, Christian, Birk, Axel: Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre; Bottighofen, Weimar; Schriesheim, 10. Auflage 2018
(zitiert: *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie)

Säcker, Franz Jürgen; Rixecker, Roland; Oetker, Hartmut; Limperg, Bettina (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
(zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKO BGB)

Band 1: §§ 1 – 240 BGB, AllgPersönIR, ProstG, AGG, 8. Auflage 2018

Band 2: §§ 241 – 310 BGB, 8. Auflage 2019

Band 6: §§ 705 – 853 BGB, PartGG, ProdHaftG, 7. Auflage 2017

Schapp, Jan: Methodenlehre des Zivilrechts, Gießen 1997
(zitiert: *Schapp*, Methodenlehre)

ders.: Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung, Berlin 1977
(zitiert: *Schapp*, Das subjektive Recht)

Schäfers, Dominik: Einführung in die Methodik der Gesetzesauslegung, *JuS* 2015, S.875 - 880

Scherer, Inge: Marktverhaltensregeln im Interesse der Marktbeteiligten – Funktionsorientierte Ausrichtung des neuen Rechtsbruchtatbestandes in § 4 Nr.11 UWG, *WRP* 2006, S.401 - 406

Schilling, Theodor: Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, Band 1, Luxemburg 1994
(zitiert: *Schilling*, Normen in gestuften Rechtsordnungen)

Schlechtriem, Peter H.: Vertragsordnung und außervertragliche Haftung – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Konkurrenz von Ansprüchen aus Vertrag und Delikt im französischen, amerikanischen und deutschen Recht, 1972

Schlosser, Hans: Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte – Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext, München 10. Auflage 2005
(zitiert: *Schlosser*, Privatrechtsgeschichte)

Schmidt, Eike: Verbraucherschützende Verbandsklagen, NJW 2002, S.25 - 30

ders.: Die AGB-Verbandsklagebefugnis und das zivilistische Anspruchsdenken, ZIP 1991, S.629 – 634

Schmidt, Jürgen: „Actio“, „Anspruch“, „Forderung“, in: FS Jahr, S.401 – 417

Schmidt, Karsten: Anspruchskonkurrenz bei der gesetzlichen Organhaftung von Unternehmensleitern (§§ 93 AktG, 43 GmbHG), in: FS Georgiades, S.297 - 322

Schmidt, Rudolf: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht, München 1915
(zitiert: *Schmidt*, Gesetzeskonkurrenz)

Schmoeckel, Mathias (Hrsg.): Rückert Joachim, Zimmermann, Reinhard:
Historisch-kritischer Kommentar zum BGB

Band I: Allgemeiner Teil, §§ 1 - 240
Frankfurt a.M./Bonn/Hamburg
2002

Band II: Schuldrecht Allgemeiner Teil
1. Teilband §§ 241 – 304
Hamburg 2007

(zitiert: *Bearbeiter*, in: HKK-BGB)

Schricker, Gerhard: Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, München 1970
(zitiert: *Schricker*, Gesetzesverletzung)

Schubert, Werner: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin, New York, 1983
(zitiert: *Schubert*, Vorlage der Redaktoren)

Schulze, Götz: Die Naturalobligation – Rechtsfigur und Instrumente des Rechtsverkehrs einst und heute – zugleich Grundlegung einer zivilrechtlichen Forderungslehre, Heidelberg 2008
(zitiert: *Schulze*, Naturalobligation)

Schwab, Dieter; Löhning, Martin: Einführung in das Zivilrecht mit BGB – Allgemeiner Teil, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, Kauf- und Deliktsrecht, 20. Auflage, Regensburg 2016
(zitiert: *Schwab/Löhning*, Einführung)

Schwab, Karl-Heinz: Der Stand der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß, JuS 1965, S.81 – 86

Simshäuser, Wilhelm: Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny – Eine Untersuchung am Beispiel rechtsfremder Klagen (zitiert: *Simshäuser*, Materielles Recht und Prozeßrecht)

Singbartl, Jan; Zintl, Josef: Ein autonomer Folgenbeseitigungsanspruch im AGB-Recht für Inhaber von Pfändungsschutzkonten mit unwirksamer Gebührenklausel?, VuR 2016, S.14 - 18

Starck, Christian (Hrsg.): Rangordnung der Gesetze – 7. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“, Göttingen 1994 (zitiert: *Autor*, in: Rangordnung der Gesetze)

Stathopoulos, Michaël P. u.a. (Hrsg.): Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag, München 2006 (zitiert: *Autor*, in: FS Georgiades)

Staudinger, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staudinger BGB)

Übersicht Einleitung zu Art.1 ff. EGBGB; Art.1-2, 50-218 EGBGB
Neubearbeitung 2018

Buch 1: Allgemeiner Teil
§§ 164 – 240 (Allgemeiner Teil 5)
Neubearbeitung 2014

Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse
§§ 305-310; UKlaG (Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen)
Neubearbeitung 2013

Stein, Fabian: Der Streitgegenstand im Zivilprozess, JuS 2016, S.122 - 126

Stein, Friedrich: Jonas, Martin (Hrsg.); ZPO – Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3, §§ 148 – 270, Tübingen, 23. Auflage 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Stein/Jonas)

Stoffels, Markus: AGB-Recht, Heidelberg 3. Auflage 2015 (zitiert: *Stoffels*, AGB-Recht)

Teplitzky, Otto; Pfeifer, Karl-Nikolaus; Leistner, Matthias, (Hrsg.): Grosskommentare der Praxis – UWG (zitiert: *Bearbeiter*, in: Großkommentar UWG)

Band 2: §§ 4 – 7 UWG, 2. Auflage 2013

Band 3: §§ 8 – 22 UWG, 2. Auflage 2015

Thomale, Chris: Der verdrängende Anspruch – Freie Anspruchskonkurrenz, Spezialität und Subsidiarität im Privatrecht, JuS 2013, S.296 – 301

Tuengler, Stefan; Ruess, Peter: In welchem Verhältnis stehen die Schutzvorschriften des AGB-Rechts zu den Bestimmungen des UWG?, WRP 2009, S.1336 - 1343

Ulmer, Peter; Brandner, Hans-Erich; Hensen, Horst-Dieter (Begr.): AGB-Recht Kommentar, 12. Auflage 2016
(zitiert: *Bearbeiter*, in: Ulmer/Brandner/Hensen)

von Savigny, Friedrich Carl, System des heutigen Römischen Rechts, V. Band 1841

ders., Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814
(zitiert: *Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit)

von Schall-Riauour, Graf Georg: Wettbewerbsverstöße durch Verletzung außewettbewerbsrechtlicher Normen, München 1968
(zitiert: *v. Schall-Riauour*, Wettbewerbsverstöße)

von Walter, Axel: Rechtsbruch als unlauteres Marktverhalten, München 2007
(zitiert: *von Walter*, Rechtsbruch)

Vossius, Oliver: Zu den dogmengeschichtlichen Grundlagen der Rechtsschutzlehre, München 1985
(zitiert: *Vossius*, Rechtsschutzlehre)

Vranes, Erich: *Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior* – Zur Rechtsnatur der “Konfliktlösungsregeln”, ZaöRV 65 (2005), S.391 - 405

Wadle, Elmar: Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs von 1896 – Etappe eines zögerlichen Beginns, JuS 1996, S.1064 – 1067

Walker, Wolf-Dietrich: Unterlassungsklagengesetz, Gießen 2016
(zitiert: *Walker*, UKlaG)

Walz, Christian: Das Ziel der Auslegung und die Rangfolge der Auslegungskriterien, ZJS 2010, S.482 - 490

Wandt, Manfred: Gesetzliche Schuldverhältnisse – Deliktsrecht – Schadensrecht – Bereicherungsrecht – GoA, Frankfurt a.M., 9. Auflage 2019
(zitiert: *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse)

Wank, Rolf: Die Auslegung von Gesetzen, Bochum, 6. Auflage 2015
(zitiert: *Wank*, Auslegung)

Weiss, Alexander: Schadensdogmatik und Anspruchskonkurrenz bei der Rückabwicklung von Verträgen im Dreipersonenverhältnis, NJW 2017, S.3478 - 3483

Weller, Marc-Philippe: Die Vertragstreue – Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue, Mannheim 2009
(zitiert: *Weller*, Vertragstreue)

Wiebe, Andreas: Das Leid des Verbrauchers mit dem Verbraucherleitbild, in: FS Köhler, S.799 - 811

Windscheid, Bernhard: Die Actio – Abwehr gegen Dr. Theodor Muther, Düsseldorf 1857

(zitiert: *Windscheid*, Abwehr)

ders.: Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856

(zitiert: *Windscheid*, Die actio des römischen Rechts)

Wolf, Manfred (Begr.); Neuner Jörg: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Augsburg, 11. Auflage 2016

(zitiert: *Wolf/Neuner*, BGB-AT)

Woopen, Herbert: Kollektiver Rechtsschutz – Ziele und Wege, NJW 2018, S.133 - 138

Wüstenbecker, Horst: Die subjektiven Privatrechte, JA 1984, S.227 - 233

Zeppernick, Jens Martin: Vorsprung durch Rechtsbruch im Spannungsverhältnis zwischen Konkurrentenschutz und Popularklage, Freiburg 2002

(zitiert: *Zeppernick*, Vorsprung durch Rechtsbruch)

Zimmermann, Reinhard (Hrsg.); Knütel, Rolf; Meincke, Jens Peter: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Regensburg/Bonn/Köln 1999

(zitiert: Autor, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik)

Zitelmann, Ernst: Irrtum und Rechtsgeschäft, Göttingen 1879

(zitiert: *Zitelmann*, Irrtum und Rechtsgeschäft)

Zhang, Chenguo: Kollektiver Rechtsschutz nach dem deutschen Unterlassungsklagengesetz (UKlaG), Frankfurt 2009

(zitiert: *Zhang*, Kollektiver Rechtsschutz)

Zippelius, Reinhold: Juristische Methodenlehre, Erlangen, 11. Auflage 2012

(zitiert: *Zippelius*, Methodenlehre)

Zivilrechtliche Anspruchskonkurrenz

- Unlautere AGB als Gegenstand von § 3a UWG und § 1 UKlaG -

1. Teil

Einführung und dogmatischer Hintergrund

A. Einführung

Ist der Tatbestand einer Rechtsnorm erfüllt, so treten die von ihr vorgesehenen Rechtsfolgen ein.¹ Ohne dieses Phänomen, wäre ein funktionierendes Rechtssystem nicht denkbar. Dieser Mechanismus kann deshalb auch als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips nach Art.20 Abs.2 S.2, Abs.3 GG in seiner Ausprägung der Verlässlichkeit der Rechtsordnung verstanden werden.² Und doch gibt es Ausnahmen von diesem Grundsatz. Man denke nur an die Verdrängung der Haftung aus c.i.c. durch das Gewährleistungsrecht, die Verdrängung des § 195 BGB durch § 548 BGB oder den gar gesetzlich angeordneten Ausschluss des Delikts- und Bereicherungsrechts nach § 993 Abs.1 HS.2 BGB.³ In all diesen Fällen konkurrieren mehrere Vorschriften um ihre Anwendbarkeit. Die Konkurrenz von Normen meint im Grundsatz die Erfüllung mehrerer Tatbestände durch einen Sachverhalt.⁴ Doch so klar wie die Beschreibung dessen, was unter einer Konkurrenz von Rechtsnormen zu verstehen ist, erscheint, so schwierig gestaltet sich der Umgang mit dieser. Während das Strafrecht in seinen §§ 52 – 55 StGB präzise Regelungen zur Lösung von Konkurrenzen

¹ Auf diese Selbstverständlichkeit weist auch *Gsell* (Substanzverletzung und Herstellung, S.332) hin.

² *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig GG, VII, Art.20 Rn.50.

³ Einen Überblick über typische Konkurrenzprobleme des Zivilrechts findet sich bei *Peters/Jacoby*, in: Staudinger BGB, § 195 Rn.34 ff.

⁴ *Bachmann*, in: MüKo BGB, § 241 Rn.35; *Grothe*, in: MüKo BGB, § 195 Rn.46; *Larenz*, Methodenlehre, S.266 *Peters/Jacoby*, in: Staudinger BGB, § 195 Rn.30; *Schmidt-Räntsch*; in: Erman, § 194 Rn.9.

strafbarkeitsbegründender Normen bereithält, offenbaren die Vorarbeiten zum BGB, dass der Gesetzgeber sich hierzu von Anbeginn zu einem bewussten Schweigen entschieden hat. Der Redaktor des Teilentwurfs zum Allgemeinen Teil *Albert Gebhard* konzipierte zwar folgende Vorschrift zur Lösung von Anspruchskonkurrenzen:

“Wenn einer Person mehrere Ansprüche zustehen, welche in ihrem Endzwecke auf Ein und Dasselbe gehen, so hat die Befriedigung des einen der Ansprüche das Erlöschen der übrigen zur Folge. Sind die Ansprüche von ungleichem Umfange und ist ein Anspruch von geringerem Umfange befriedigt worden, so bleiben die übrigen Ansprüche insoweit bestehen, als sie auf das zur vollständigen Befriedigung Fehlende gerichtet sind.”⁵

Die Vorschrift wurde von der 1. Kommission jedoch wieder gestrichen, da man der Auffassung war, dass der in ihr „[...] zum Ausdruck gebrachte Gedanke, richtig verstanden, selbstverständlich sei, die Fassung der Vorschrift aber zu Missverständnissen [...]“ führe und darüber hinaus „[...] auch eine andere befriedigende Fassung sich kaum finden lassen werde.“⁶

Wegen dieses Verzichts auf Seiten des Gesetzgebers, eine Regelung zur Behandlung von Konkurrenzen zu erlassen, verwundert es, dass bislang nur wenige und in jüngerer Zeit nahezu keine Arbeiten erschienen sind, die das Phänomen der

⁵ § 199 BGB-Teilentwurf von 1881, abgedruckt bei Schubert, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB – Allgemeiner Teil, Teil 2.

⁶ 61. Sitzung der 1. Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 22.2.1882, abgedruckt bei *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs – BGB AT, S.1246; dazu bereits *Klein*, Konkurrenz und Auslegung, S.38 f.

Anspruchskonkurrenz von ihrer Wurzel ausgehend begutachten.⁷ Überwiegend sind Ausführungen zur Anspruchskonkurrenz lediglich am Rande anzutreffen, wobei dann allein die Vertretbarkeit bestehender Lösungsansätze für das konkret aufgeworfene Problem erörtert werden.⁸ Dieser Befund erstaunt, schließlich entscheiden die Lehren der Anspruchskonkurrenz über das Bestehen oder Nichtbestehen von Ansprüchen und nehmen damit maßgebenden Einfluss auf die materielle Rechtslage.⁹

Da die Beantwortung von Konkurrenzfragen – wie zu zeigen sein wird – immer im Wege der Auslegung erfolgt, kann es

⁷ Zu nennen sind allein die Veröffentlichungen von (in chronologischer Reihenfolge) *Lent*, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, Band 1 (1912), Band 2 (1916); *Schmidt*, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht (1915), *Georgiades*, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht (1967), *Arens*, Zur Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründen, ACP 170 (1970), S.392.; *Minas-von Savigny*, Negative Tatbestandsmerkmale – Ein Beitrag zur Rechtssatz und Konkurrenzlehre (1972); *Jahr*, in: FS Lücke, Anspruchsgrundlagenkonkurrenz und Erfüllungskonnexität, S.297 (1997); *Boente*; Nebeneinander und Einheit im Bürgerlichen Recht (2012); *Mauchle*, AJP/PJA 2012, 933 ff.

⁸ So z.B. bei *Becker*, Zur Konkurrenz von Marken- und Geschmacksmusterschutz; *Bruns*, JuS 1971, S.221 ff; *Dietz*, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt; *Gruber*, Methoden des internationalen Einheitsrechts; *Eichler*, ACP 162 (1963), S.401 ff; *Gsell*, Substanzverletzung und Herstellung; *Huber*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung; *Klein*, Konkurrenz und Auslegung – Der deliktsrechtliche Gehalt vertragsrechtlicher Normen; *Köbl*, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis des BGB – Zugleich ein Beitrag zur Konkurrenzlehre; *Samhat*, Die Abgrenzung der Wahlschuld von der elektiven Konkurrenz nach dem BGB; *Schlechtriem*, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung; *Schmidt*, Anspruchskonkurrenz bei der gesetzlichen Organhaftung von Unternehmensleitern (§§ 93 AktG, 43 GmbHG) in: FS Georgiades, S.689 ff.; *Weiss*, NJW 2017, 3478 ff.

⁹ Darauf ebenfalls hinweisend *Klocke*, JA 2013, 581.

keine „universelle“ Konkurrenzlehre geben. Nach Herleitung der für den Umgang mit Konkurrenzverhältnissen gültigen Maßgaben, soll daher anhand eines konkreten Beispiels gezeigt werden, wie das Gesetz eine konkrete Konkurrenzsituation behandelt wissen will. Dabei werden Hintergründe und Zusammenhänge aufgezeigt, die hin zu einem schärferen Blick auf das Verständnis von Konkurrenzverhältnissen führen können. Die bisher vertretenen Meinungen zur Konkurrenzlehre sollen bei den jeweils auftretenden Sachfragen erörtert werden. Die besondere Schwierigkeit der Rechtsfindung im Bereich der Konkurrenzen liegt nämlich auch darin, zu erkennen, welche Fragen in welcher Reihenfolge gestellt werden müssen und anhand welcher Kriterien sie zu beantworten sind.¹⁰

Untersucht werden soll das Konkurrenzverhältnis zwischen den Ansprüchen nach § 3a UWG und § 1 UKlaG. Dies einerseits, weil die Ansprüche gemäß § 11 UWG und § 195 BGB unterschiedlichen Verjährungsfristen unterliegen, und dieses Problem häufig Gegenstand von Konkurrenzdiskussionen ist.¹¹ Zum anderen, weil bislang stark umstritten war, ob das UWG überhaupt Verstöße gegen die §§ 305 ff. BGB erfasst – die Verwendung unwirksamer AGB mithin als geschäftliche Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr 1 UWG zu qualifizieren ist⁻¹² und in welchem Verhältnis die Klagemöglichkeiten nach UWG und UKlaG überhaupt stehen.¹³ Weiterhin sind diese Fragen Gegenstand eines jüngeren BGH-Urteils¹⁴, das von einer Verbraucherzentrale handelt, die gegen eine Versicherung auf Unterlassung der Verwendung – ihrer Ansicht nach -

¹⁰ So auch *Huber*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S. 177.

¹¹ Siehe nur *Peters/Jacoby*, in: Staudinger BGB, § 195 Rn.33, 37 ff.

¹² Hierzu S.60 f.

¹³ *Artz*, in: FS Lindacher, S.15, 21 f.; *Metzger*, in: Großkommentar UWG, § 4 Nr.11 Rn.171.

¹⁴ BGH Urt. v. 14.12.2017 – I ZR 184/15 = GRUR 2018, 423.

unwirksamer Allgemeiner Versicherungsbedingungen geklagt und Recht bekommen hat. Der BGH hat in seinem Urteil den auch in dieser Arbeit zugrunde liegenden Ansatz vertreten, dass die Unterlassungsansprüche nach § 3a UWG und § 1 UKlaG selbstständig nebeneinander stehen.¹⁵ Das Urteil hat darüber hinaus die lange Zeit stark umstrittene Frage, ob § 1 UKlaG - wie § 8 Abs.1 S.1 UWG – einen Beseitigungsanspruch gewährt entschieden und zu Recht verneint.¹⁶ Wegen des starken unionsrechtlichen Einflusses dem die Materie unterliegt, handelt es sich zudem um hochgradig dynamische Rechtsfragen.¹⁷

Der vom BGH entschiedene Fall steht beispielhaft für die in dieser Arbeit zu untersuchende Kernproblematik, bei der ein Unternehmer gegenüber Marktteilnehmern unwirksame AGB verwendet und soll daher als Modellfall zu Grunde gelegt werden.

¹⁵ BGH Urt. v. 14.12.2017 – I ZR 184/15 = GRUR 2018, 423, Rz. 43 ff.

¹⁶ BGH Urt. v. 14.12.2017 – I ZR 184/15 = GRUR 2018, 423, Rz. 26 ff.; S.134 ff.

¹⁷ Hierzu auch *Woopan*, NJW 2018, 133 ff.

B. Genese des Anspruchsbegriffs

Während das objektive Recht nach heutiger Auffassung die Gesamtheit aller Rechtsnormen umfasst, beinhalten nur bestimmte Vorschriften subjektive Rechte.¹⁸ Abstrakt lassen sich diese als die dem Einzelnen verliehene Rechtsmacht zur Befriedigung bestimmter Interessen beschreiben.¹⁹ Die subjektiven Rechte lassen sich in absolute und relative Rechte aufgliedern. Während absolute Rechte – zu denen Persönlichkeits- und Herrschaftsrechte zählen – gegenüber jedermann wirken, richten sich relative Rechte lediglich gegen *ein bestimmtes* Rechtssubjekt.²⁰ Zu den relativen Rechten sind insbesondere Gestaltungs- und Gegenrechte sowie Ansprüche zu zählen.²¹

Nach der Legaldefinition in § 194 Abs.1 BGB ist ein Anspruch „[d]Das Recht von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen [...]“. Dem Inhaber eines Anspruchs wird also ein konkreter Vorteil aus der objektiven Rechtsordnung gewährt,

¹⁸ Siehe nur *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 20 Rn.1.

¹⁹ *Brox/Walker*, BGB-AT, S.273, 285; *Köhler*, BGB-AT, § 17 Rn.5; *Wolf/Neuner* (BGB-AT, § 20, Rn.2; § 10) weisen darauf hin, dass es sich hierbei um einen positivistischen Ansatz handelt, da es bestimmte subjektive Rechte gibt, die der Mensch allein aufgrund seines Menschseins innehat und ihm nicht erst durch das objektive Recht zuerkannt werden müssen. So haben die Verfasser des BGB das Prinzip des gegenseitigen Achtens, das Prinzip der Freiheit, des Sozialen sowie des Vertrauens zu den grundlegenden Wertungen des Zivilrechts gemacht, ohne dies ausdrücklich auszusprechen. Als Arbeitshypothese kann dieser positivistische Ansatz dennoch beibehalten werden, da die hier zu untersuchenden Unterlassungsansprüche eben nur bestehen, weil die Rechtsordnung sie ausdrücklich anerkennt.

²⁰ *Köhler*, BGB-AT, § 17 Rn.7 ff., 11 ff.

²¹ Eine exakte Unterscheidung absoluter und relativer Rechte ist nicht immer möglich. So nennt *Köhler* (BGB-AT, § 17 Rn.14 ff.) das Anwartschaftsrecht, die Mitgliedschaft sowie das Aneignungsrecht an herrenlosen Sachen als Beispiele für subjektive Rechte mit absoluten und relativen Elementen.

den er grundsätzlich verfolgen und eventuell gerichtlich²² durchsetzen darf.²³ Der Anspruch kann damit anschaulich auch als „[...] *das zentrale Vehikel der Rechtsverwirklichung und des Rechtsschutzes* [...]“²⁴ beschrieben werden.

Die Definition des Anspruchs findet sich seit Inkrafttreten des BGB unverändert im Allgemeinen Teil zu Beginn des Abschnitts über die Verjährung. Die Entwürfe des Redaktors des Allgemeinen Teils *Albert Gebhard* sowie die weiteren Materialien zu den Vorarbeiten zum BGB machen die Besonderheit des Anspruchsbegriffs deutlich. Während nämlich große Teile des BGB ihren Ursprung im gemeinen Recht als Fortentwicklung des antiken römischen Rechts haben²⁵, stellt der Anspruchsbegriff eine klare Abkehr hiervon dar.²⁶

Zur endgültigen Trennung von materiellem und formellem Anspruch

Viele Grundsätze des römischen Rechts galten im Gemeinen Recht noch bis ins 19. Jahrhundert fort.²⁷ Aufgrund der für das römische Recht charakteristischen Einheit von materiellem und formellem Recht, hing das Bestehen eines subjektiven Rechts

²² *Wolf/Neuner* weisen darauf hin, dass das Bestehen eines subjektiven Rechts nicht zwingend mit dessen gerichtlicher Einklagbarkeit gleichzusetzen ist, § 20 Rn.2.

²³ *Boemke/Ulrici*, BGB-AT, § 18 Rn.4.

²⁴ So *Schmidt*, ZIP 1991, 629, 630.

²⁵ *Knütel/Goetzmann*, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S.679, die in ihrem Beitrag ein Register aller in den Vorarbeiten zum BGB zitierten römischen Quellen bereitstellen.

²⁶ *Dorn*, in: HKK-BGB, § 241 Rn.18; *Hermann*, in: HKK-BGB, §§ 194 – 225, Rn.19 f.; Instruktiv auch *Leonhard*, Erläuterung des bürgerlichen Rechts, S.60 ff.

²⁷ *Boente*, Nebeneinander und Einheit, S.127; *Hattenhauer*, Private Rechtsgestaltung, S.87 f.

daher lange Zeit von dessen prozessualer Durchsetzbarkeit ab.²⁸ Konkret bedeutet dies, dass eine Klage nach römischem Recht nur zulässig war, wenn der Prätor - ein dem eigentlichen Gericht vorgeschaltetes, obrigkeitliches Organ - dem Kläger im Einzelfall eine *actio* gewährte und somit den Rechtsweg eröffnete.²⁹ Im Mittelalter³⁰ und insbesondere im Zeitalter der Aufklärung gewann das subjektive Recht des Einzelnen zunehmend an Bedeutung.³¹ Grund hierfür ist auch die Philosophie *Kants*, welcher den Menschen als Vernunftwesen betrachtet, der durch Freiheit und die natürliche Autonomie des Willens geprägt ist.³² *Kants* Philosophie ist vor diesem Hintergrund so zu interpretieren, dass er die Aufgabe des Rechts in der Gewährung eines Freiheitsraums des Menschen unter jeweiliger Beachtung der Freiheit anderer sieht.³³ Bezogen auf

²⁸ *Althammer*, Streitgegenstand und Interesse, S.21; *Bork*, BGB-AT, Rn.291; *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, S.107 f.; *Honsell*, Römisches Recht, S.83; *Medicus*, AcP 174 (1974), 313, 314; *Peters/Jacoby*, in: Staudinger BGB, § 194 Rn.2.

²⁹ Nach *de Boor* (Gerichtsschutz und Rechtssystem, S.10) standen die Prätores über dem Recht und konnten selbst neue Rechtsregeln oder Ausnahmen erlassen; Siehe auch *Honsell*, Römisches Recht, S.83 f.; *Kaufmann*, JZ1964, 482, 483; ausführlich *Lenel*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Band 30, 329 ff.

³⁰ Die das römische Recht aufarbeitenden Glossatoren entwickelten ein System subjektiver Rechte neben dem traditionellen Aktionensystem, dazu *Coing*, Subjektives Recht, S.13 f.; *ders.*, Privatrechtssystem, S.38 ff.; *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, S.108.

³¹ *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, S.109.

³² *Kant*, Grundlegung der Metaphysik der Sitten, S.56; dazu auch *Auer*, Diskurs der Moderne, S.27; *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, S.109; *Kollmann*, Begriffs- und Problemgeschichte formellen und materiellen Rechts, S.502 f.; *Wüstenbecker*, JA 1984, 227.

³³ So auch *Auer*, Diskurs der Moderne, S.16 f.; *Kollmann*, Begriffs- und Problemgeschichte formellen und materiellen Rechts, S.503; Zur Begrenzung des subjektiven Rechts durch die Rechte anderer siehe auch *Chelidonis*, JA 2010, 726, 730.

das Verhältnis von materiellem und formellem Recht bedeutet dies, dass die Rolle des Staates im Prozess zurückgedrängt wird.³⁴ Die Anerkennung materieller, subjektiver Rechte wurde so konsequent auch mit der rechtlichen Freiheit ihrer prozessualen Verfolgbarkeit verbunden, d.h. dem subjektiven Recht war die Möglichkeit seiner gerichtlichen Geltendmachung nunmehr grundsätzlich immanent.³⁵

Dieser zunächst nur in der Wissenschaft aufkommende Umschwung nahm im 18. und insbesondere 19. Jahrhundert auch rechtstatsächliche Gestalt an.³⁶ So ergab sich eine gesetzgeberische Trennung von materiellem und formellem Recht erstmals durch die naturrechtlichen Kodifikationen der *Allgemeinen Preußischen Gerichtsordnung* (1793) und dem *Allgemeinen Preußischen Landrecht* (1794) sowie dem *Code de procédure civile* (1806) und dem *Code civil* (1804) sowie der *Allgemeinen Österreichischen Gerichtsordnung* (1781) und dem *Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch* (1811).³⁷

Dieser Entwicklung stand die sog. Historische Rechtsschule um *Fridrich Carl von Savigny* kritisch gegenüber, die zunächst für eine Rückbesinnung auf das genuin römische Recht plädierte.³⁸

³⁴ *Kollmann*, Begriffs- und Problemgeschichte formellen und materiellen Rechts, S.503; *Nörr*, Naturrecht, S.48.

³⁵ *Kollmann*, Begriffs- und Problemgeschichte formellen und materiellen Rechts, S.503.

³⁶ *Hattenhauer*, Private Rechtsgestaltung, S.87 ff.; *Kaufmann*, JZ 1964, 482, 487; *ders.*, Privatrechtssystem, S.38 ff.; *Hattenhauer*, Private Rechtsgestaltung, S.94 f.

³⁷ Zu den Kodifikationen ausführlich *Dölemeyer*, in: *Coing - Privatrechtsgeschichte III/1*, S.1421 ff.; *Hattenhauer*, Private Rechtsgestaltung, S.89; *Kaufmann*, JZ 1964, 482, 487.

³⁸ Dazu ausführlich *Boente*, Nebeneinander und Einheit, S.36 - 81; *Fortunato*, ZJS 2009, 327, 330; *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung;

Auch wenn die Historische Rechtsschule viele Befürworter fand, markierten die Werke „*Die actio des römischen Rechts vom Standpunkte des heutigen Civilrechts.*“ sowie „*Die actio - Abwehr gegen Theodor Muther*“ von Bernhard Windscheid, aus den Jahren 1856 und 1857 die endgültige Abkehr vom traditionellen Verständnis der actio und bereiteten den Weg für die Trennung von materiellem und formellem Recht im BGB.³⁹

Wegen seiner teils widersprüchlicher Ausführungen⁴⁰ wird die Lehre Windscheids zwar auch kritisch beurteilt und in Frage gestellt⁴¹, jedoch verkennt diese Kritik, dass Windscheids Ziel

Schlosser, Privatrechtsgeschichte, S.145 ff; *Schulze*, Naturalobligation, S.140; *Simshäuser*, Materielles Recht und Prozeßrecht, S.52 ff.

³⁹ *Arens*, AcP 170 (1970), 392, 420; *Baldus*, JRP 2008, 23; *Boente*, Nebeneinander und Einheit, S.83; *Bruns*, in: FS Ekelöf, S.161, 163 f.; *Hermann*, in: HKK – BGB, §§ 194-225, Rn. 20; *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, S.114; *Kaufmann*, JZ 1964, 482, 488; *Medicus*, Allgemeiner Teil, Rn.74; *Peters/Jacoby*, in: Staudinger BGB, § 194 Rn.3; *Recker*, Anspruchsbegriff, S.39; *Rimmelspacher*, Anspruch und Streitgegenstandsprobleme, S. 16; *Schmidt*, in: FS Jahr, S.401, 403 ff.; *Weller*, Vertragstreue, S.108 f, 374.

⁴⁰ So schreibt er einerseits sehr klar, die „*Actio ist also der Ausdruck für dasjenige, was man von einem anderen Verlangen kann; suchen wir dafür nach einer kurzen Bezeichnung, so werden wir passend sagen können: Actio ist der Ausdruck für den Anspruch.*“, (*Windscheid, Die actio des römischen Rechts*, S.5) und weiter: „*Gewiß hat dieser Begriff [der Klagebefugnis] auch heutzutage Realität. Aber er gehört nicht in das materielle, sondern in das Prozessrecht.*“, (*Windscheid, Abwehr*, S.26) während an anderer Stelle zu lesen ist, „*Actio ist der Ausdruck für dasjenige, was uns aus unserem Standpunkt als Rechtsanspruch erscheint. Aber ist doch auch nur der Ausdruck dafür, es ist nicht identisch mit Rechtsanspruch*“ (*Windscheid, Die actio des römischen Rechts*, S.46) und letztlich „*[a] Actio ist die Befugnis, seinen Willen durch gerichtliche Verfolgung durchzusetzen.*“, (*Windscheid Die actio des römischen Rechts*, S.3.).

⁴¹ Siehe insbesondere *Boente*, Nebeneinander und Einheit, S.98,100 Fn.113 mwN; *de Boor*, S.19; siehe auch *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, S.115 sowie die zeitgenössische und zugleich polemische Kritik von *Muther*

mehr in einer sprachlichen Anpassung des Actionenrechts an eine moderne – auf die Trennung von formellem und materiellem Recht – abzielende Rechtsanschauung zu sehen ist, als in einer dogmatisch tiefgreifenden Neuerung.⁴² In der Zeit der naturrechtlichen Kodifikationsbewegung sowie des Liberalismus änderte sich das Verständnis des Gesetzesbegriffs von einer absolutistischen Betrachtungsweise, welche das Gesetz als Ausfluss des Herrscherwillens ansah, hin zum Normbefehl einer in größerem Maße demokratisch legitimierten Staatsgewalt.⁴³ *Windscheid* erkannte das aufkommende Bedürfnis nach weniger staatlichem Eingriff in private Rechtsbeziehungen und die damit einhergehende Unvereinbarkeit eines über dem Recht stehenden Gerichts⁴⁴ und

(Kritik, S.6), der *Windscheid* wegen der vornehmlich sprachlichen, aber eben nicht dogmatischen Neuerungen bezichtigt, lediglich ein „Dolmetscheramt“ übernommen zu haben; *Recker*, Anspruchsbegriff, S.39; siehe auch *Repgen* (Aufgabe des Privatrechts, S.180), der den Anspruchsbegriff *Windscheids* als „Mittelding“ zwischen Klage und Recht qualifiziert.

⁴² So auch *Boente*, Nebeneinander und Einheit, S.98; *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, S.115.

⁴³ *Coing*, in: *ders.* – Privatrechtsgeschichte III/1, S.3 ff.; *Hattenhauer*, Private Rechtsgestaltung, S.94; *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, S.109; *Schlosser*, Privatrechtsgeschichte, S.111; *Wesel*, Geschichte des Rechts in Europa, S.522.

⁴⁴ *Windscheid*, Die actio des römischen Rechts, S.4: „Bei uns steht der Richter unter dem Rechte; seine Aufgabe ist es, die von demselben gebotenen Zustände zu verwirklichen. Von dem römischen rechtspflegenden Magistratus sagt man nicht zu viel, wenn man ausspricht, dass er über dem Rechte stand. Nicht als ob er das Recht bei seiner Thätigkeit gar nicht in Betracht gezogen hätte: aber in der Theorie war er an dasselbe nicht gebunden, und was die Praxis angeht, so weiß Jeder, wie oft er seine Hülfe versagte, wo das ius civile ein Recht anerkannte, wie viel öfter er sie gewährte, wo dasselbe beim Bittenden nicht zur Seite stand.“; hierzu auch *Weller*, Vertragstreue, S.109.

forderte ein zeitgemäßes Recht unter Betonung der Privatautonomie im materiellen, wie auch formellen Recht⁴⁵.

Die große Akzeptanz, die *Windscheids* Vorstellung von der Selbstständigkeit materiellen und formellen Rechts hatte, zeigt sich auch in dem Beschluss der vom Justizausschuss des Bundesrats 1874 eingesetzten Vorkommission⁴⁶, wonach die Konzeption des BGB nach dem Vorbild „[...] *der neueren Doktrin des gemeinen Rechts* [...]“⁴⁷ zu erfolgen habe. Und so überrascht es nicht, dass *Windscheid* als Mitglied der ersten Kommission zur Ausarbeitung des BGB⁴⁸ maßgeblichen Einfluss auf die Gesetzgebungsarbeiten nahm.⁴⁹ Dies führte dazu, dass bereits zu Beginn der Arbeiten, von „*Ansprüchen*“ die Rede war.⁵⁰ Thematisch fiel die nähere Ausgestaltung des

⁴⁵ *Windscheid*, Die actio des römischen Rechts, S.230: „*So lange sie [die actionen] nicht entfernt, kann in Deutschland an ein volksthümliches Recht nicht gedacht werden. Die Wissenschaft hat keine dringendere Aufgabe, als sie [die actionen] in das Grab zu legen, welches sie längst suchen. Sie muß das, was in der Sprache der Actionen ausgedrückt ist, in die Sprache der Rechte übersetzen. Es ist dies weder eine schwere Arbeit, noch eine Arbeit, die im Einzelnen nicht schon vielfach gemacht worden wäre. Aber die Wissenschaft sollte einmal einen Generalvorsatz fassen, und sich des Actionenwesens ein für alle Male abthun.*“; hierzu auch *Boente*, *Nebeneinander und Einheit*, S.103 f.; *Kleinheyer/Schröder*, *Juristen*, S.473 f.; *Weller*, *Vertragstreue*, S.108.

⁴⁶ *Jakobs/Schubert*, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs – Einführung*, S.33.

⁴⁷ *Jakobs/Schubert*, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs – Einführung*, S.167.

⁴⁸ *Jakobs/Schubert*, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs – Einführung*, S.199 f.

⁴⁹ *Kleinheyer/Schröder*, *Juristen*, S.473; *Planck*, DJZ 1909, 952; *Rückert*, in: *ders./Seinecke - Methodik*, Rn.284.

⁵⁰ Siehe Anlage 6 zum Protokoll der 6. Sitzung vom 26.9.1874, in: *Jakobs/Schubert*, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs – Einführung*, S.219.

Anspruchsbegriffs in den Aufgabenbereich des für den Allgemeinen Teil zuständigen Redaktors *Albert Gebhard*⁵¹, der diesen unmittelbar mit der Verjährung verknüpfte.⁵² In diesem Zusammenhang wurde zunächst diskutiert, ob die Bezeichnung „*Anspruchsverjährung*“ oder „*Klageverjährung*“ dogmatisch kohärent sei.⁵³ Die Begründung *Gebhards*, wonach der Begriff „*Klageverjährung*“ abzulehnen sei, weil er den Verlust der Klagebefugnis impliziere, wobei es doch um den Verlust des Rechts selbst gehe, setzte sich schließlich durch und belegt, dass der Anspruchsbegriff isoliert vom formellen Recht konzipiert wurde.⁵⁴

⁵¹ Zu diesem *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs – Einführung, S.73.

⁵² *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs – Einführung, S.219, 222.

⁵³ *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs – BGB-AT, S.1003.

⁵⁴ Abgedruckt bei *Schubert*, Vorlage der Redaktoren, S.20; dazu auch *Reppen*, Aufgabe des Privatrechts, S.180, 185; Hiervon abzugrenzen ist die Frage nach dem Unterschied zwischen „*Streitgegenstand*“ und „*Anspruch*“. So ging der historische Gesetzgeber der ZPO aus dem Jahr 1877 von einer Identität des prozessualen und materiellrechtlichen Anspruchs aus (*Arens*, AcP 170 (1970), 392, 422; *Roth*, in: Stein/Jonas, vor § 253, Rn.7; *Schwab*, JuS 1965, 81). Der ZPO aus dem Jahr 1877 wurde nämlich der Anspruchsbegriff *Windscheids* zu Grunde gelegt, so wie er in § 154 BGB 1896 (wortgleich mit dem heutigen § 194 BGB) Eingang fand (*Nikisch*, AcP 154 (1955), 271, 273; *Roth*, in: Stein/Jonas, vor § 253, Rn.7; *Schwab*, JuS 1965, 81). So war zunächst das materielle Anspruchsverständnis auch für das Prozessrecht maßgeblich, so dass bereits nach dieser Auffassung die Antwort zur Auflösung von Anspruchskonkurrenzen allein im materiellen Recht zu suchen gewesen wäre. Insofern kam es zu einer Verkehrung des Bedeutungszusammenhangs zwischen formellem und materiellem Recht zugunsten des materiellen Rechts. Die Lehre plädierte jedoch bereits früh für die Aufstellung eines selbstständigen Streitgegenstandsbegriffs, da der materiellrechtliche Anspruchsbegriff zum einen strukturell lediglich den Streitgegenstand einer Leistungsklage beschreiben kann, nicht jedoch den der Gestaltungs- und Feststellungsklage, und zum anderen es zu Friktionen mit

Zusammenfassend hat sich gezeigt, dass das Bewusstsein über die Existenz eines materiellen, subjektiven Rechts nicht mehr mit einem Gerichtswesen vereinbar war, das dem Kläger nicht die volle Disposition über seine Rechte einräumte.⁵⁵ Im Ergebnis führte die Herausbildung der materiellen, subjektiven Rechte auf diese Weise zu einer Trennung von formellem und materiellem Recht im späteren BGB. Für die weitere Bearbeitung bedeutet dies, dass die Antwort zur Auflösung von Anspruchskonkurrenzen allein im materiellen Recht zu suchen ist.⁵⁶

den prozessrechtlichen Instituten der Anspruchshäufung, Klageänderung, Rechtshängigkeit und Rechtskraft kommt, sofern im Falle der materiellenrechtlichen Anspruchskonkurrenz *ipso iure* von mehreren Streitgegenständen ausgegangen wird (dazu ausführlich *Roth*, in: Stein/Jonas, vor § 253, Rn.8 f.; *Schapp*, Methodenlehre, S.39; *Schwab*, JuS 1965, 81 f.). Die heute h.M. geht daher vom zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff aus, wonach der Streitgegenstand aus dem Klageantrag und dem tatsächlichen Lebenssachverhalt besteht, aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet (*Grunsky/Jacoby*, ZPO, Rn.316; *Stein*, JuS 2016, 122, 123; *Peters/Jacoby*, in: Staudinger BGB, § 194 Rn.5).

⁵⁵ So auch *Hattenhauer*, Private Rechtsgestaltung, S.94 f.; *Schapp*, Das subjektive Recht, S.70; das subjektive Recht in seinen zeitgeschichtlichen Gesamtkontext einordnend *Auer*, Diskurs der Moderne, S.29 ff.

⁵⁶ So auch *Henckel*, Parteilehre und Streitgegenstand, S.280 f.; *Huber*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S.178; *Mauchle*, AJP/PJA 2012, 933, 934.

C. Anspruchskonkurrenz – Definition und Lösung

I. Grundlagen der Rechtsanwendung und Entstehung von Konkurrenzen

Erfüllt ein Sachverhalt die Voraussetzungen mehrerer Rechtsnormen, so ist in der allgemeinen Methodenlehre von (Normen-)Konkurrenz oder einem Zusammentreffen der Rechtssätze die Rede.⁵⁷ Diese Definition impliziert eine nicht gegebene Einfachheit, da jeweils nicht nur Tatbestände und Rechtsfolgen miteinander konkurrieren, sondern Vorschriften nach ganz h.M.⁵⁸ immer auch im Kontext ihres systematischen Gesamtzusammenhangs zu betrachten sind. Daher konkurrieren Rechtssätze nicht isoliert miteinander, sondern stets vor dem Hintergrund ihrer systematischen Einordnung in das jeweilige Gesetz.⁵⁹ Dies gilt insbesondere, wenn die konkurrierenden Vorschriften aus zwei unterschiedlichen Regelungswerken stammen. Das Erfordernis einer ganzheitlichen Betrachtung des Verhältnisses konkurrierender Normen zueinander tritt dabei aus der Perspektive der Rechtsanwendung deutlicher hervor.

⁵⁷ *Becker*, Konkurrenz von Marken- und Geschmacksmusterschutz, S.5; *Larenz*, Methodenlehre, S.266; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S.87; *Ott*, Rechtsanwendung, S.192; *Röhl/Röhl*, Rechtslehre, S.596; *Wank*, Auslegung, S.97; *Zippelius*, Methodenlehre, S.30.

⁵⁸ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S.442 ff.; *Kudlich/Christensen*, JA 2004, 74, 76; *Larenz*, Methodenlehre, S.324 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S.145 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn.744 ff.; *Röhl/Röhl*, Rechtslehre, S.622; *Schäfers*, JuS 2015, 875, 877.

⁵⁹ Explizit *Kramer*, Methodenlehre, S.116; siehe auch *Huber*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S.192; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn.770. In diese Richtung wohl auch *Becker*, Konkurrenz von Marken- und Geschmacksmusterschutz, S.5 f., jedoch betrachtet dieser die Konkurrenz von „Anwendungsbereichen von Normen oder Normkomplexen“ als isoliertes Problem und nicht als Teil einer ganzheitlichen Frage, welche sich allerdings stets bei konkurrierenden Rechtsnormen stellt. Insofern spricht *Thomale*, JA 2013, 296 von einer Konkurrenz der Ordnungssysteme.

Das Ziel der Rechtsanwendung besteht in der Erkenntnis, ob und bejahendenfalls welche Folgen das Gesetz für einen konkreten Lebenssachverhalt vorsieht. Bei der rechtlichen Beurteilung eines Sachverhalts steht der Rechtsanwender dabei vor der Aufgabe, zunächst die Rechtsnormen ausfindig zu machen, deren persönlicher, sachlicher, örtlicher und zeitlicher Anwendungsbereich auf das zu Bewertende Anwendung findet.⁶⁰

Dazu wird der Sachverhalt anhand des äußeren Systems⁶¹ bzw. der übergeordneten Einteilung⁶² der Gesamtrechtsordnung einem der „drei großen Rechtsgebiete“ – dem öffentlichen Recht, dem Strafrecht oder dem Zivilrecht – zugeordnet, woraufhin die Bestimmung eines oder gegebenenfalls mehrerer Teilgebiete erfolgt.⁶³ Ist der Sachverhalt also z.B. dem Zivilrecht zuzuordnen, so kann sich ergeben, dass die Antwort auf die rechtliche Beurteilung des Sachverhalts z.B. im Bürgerlichen Recht, Lauterkeitsrecht und/oder Handelsrecht zu finden ist.⁶⁴ Besonders anschaulich beschreibt *Engisch* diesen Prozess der

⁶⁰ Hierzu ausführlich *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, S.80 ff.

⁶¹ *Bydlinski*, System und Prinzipien, S.4 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn.140.

⁶² *Zippelius*, Methodenlehre, S.72.

⁶³ *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S.438; Anschaulich *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn.657 ff.; *Zippelius*, Methodenlehre, S.72. Konkurrieren Rechtsnormen unterschiedlicher Teilgebiete, so bestehen diese grundsätzlich nebeneinander. Siehe hierzu mit Beispielfall *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, S.89.

⁶⁴ Der hier dargestellte Ablauf der Rechtsfindung ist freilich eine idealtypische Beschreibung – aufgrund des Vorverständnisses des Rechtsanwenders wird dieser gedanklich in den meisten Fällen unmittelbar auf ein einschlägiges Teilgebiet „springen“, wenn nicht sogar auf eine einschlägige Vorschrift. So auch *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn.659; *Zippelius*, Methodenlehre, S.72.

Rechtsfindung mit einem ständigen Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Lebenssachverhalt und Rechtsnormen.⁶⁵

Auf der Ebene eines bestimmten Gesetzes angekommen, sucht der Rechtsanwender üblicherweise zunächst nach Vorschriften, welche die gewünschte Rechtsfolge vorsehen und richtet den Blick erst dann auf den Tatbestand der Normen.⁶⁶ Nach Auffindung einer potentiell einschlägigen Vorschrift und Auslegung des Tatbestandes gemäß der „klassischen“ Auslegungsmethoden⁶⁷ – Wortlaut, Systematik, Historie, Teleologie⁶⁸ - erfolgt sodann die eigentliche Subsumtion⁶⁹, also die Überprüfung, ob der Sachverhalt den Tatbestand erfüllt, wodurch bei positivem Ausgang die jeweilige Rechtsfolge ausgelöst wird, sofern nicht andere Vorschriften entgegenstehen.⁷⁰ Dieser konditionale Zusammenhang⁷¹ zwischen Tatbestand und Rechtsfolge, wonach bei Erfüllung des Tatbestandes die jeweilige Rechtsfolge einer Vorschrift ausgelöst wird, ist die Grundannahme des Rechts und wird

⁶⁵ *Engisch*, Logische Studien, S.15; übernommen von *Larenz*, Methodenlehre, S.281; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn.658 ff.; *Zippelius*, Methodenlehre, S.73.

⁶⁶ Dazu *Zippelius*, Methodenlehre, S.72.

⁶⁷ Ggfs. auch in ihrer europarechtlichen Ausprägung.

⁶⁸ Statt vieler *Larenz*, Methodenlehre, S.320 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S.141 ff.

⁶⁹ Auch bei den vorherigen Schritten bedient sich der Rechtsanwender der Subsumtionstechnik, indem er z.B. den Anwendungsbereich der in Betracht gezogenen Rechtsgebiete mit dem zu beurteilenden Sachverhalt abgleicht. Siehe dazu *Zippelius*, Methodenlehre, S.72, der den Vorgang mit einem „Heranfragen“ an den einschlägigen Normenkatalog umschreibt.

⁷⁰ Hierzu *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn.663 ff., die etwa die Verfassungswidrigkeit einer Vorschrift als Grund für den Nichteintritt einer Rechtsfolge nennen. Häufiger wird die Anordnung der Rechtsfolge aber an Gegennormen, wie z.B. der Verjährung, scheitern.

⁷¹ Siehe auch *Zippelius*, Methodenlehre, S.23, der in diesem Kontext von „*Konditionalprogramm*“ spricht.

daher auch als *juristische Kausalität*⁷² bezeichnet.⁷³ Das beschriebene Zusammenspiel zwischen Tatbestand und Rechtsfolge dürfte im Übrigen – wie eingangs bereits erwähnt - vom Rechtsstaatsprinzip nach Art.20 Abs.3 GG in seiner Ausprägung der Verlässlichkeit der Rechtsordnung erfasst sein.⁷⁴

Der beschriebene Vorgang der Rechtsfindung muss für die vollständige Bewertung des Sachverhalts sodann wiederholt werden. Aufgrund der Vielzahl an Vorschriften⁷⁵, kommt es häufig zu der Situation, dass ein Sachverhalt nicht nur den Tatbestand einer Norm, sondern mehrerer erfüllt.⁷⁶ Vor dem Hintergrund der juristischen Kausalität, ändert der Zustand der Konkurrenz jedoch nichts daran, dass alle angeordneten Rechtsfolgen grundsätzlich nebeneinander bestehen. Die h.M. geht daher nach dem Grundsatz der *freien Anspruchskonkurrenz* zu Recht davon aus⁷⁷, dass jeder der konkurrierenden Ansprüche

⁷² Kritisch *Klein*, Konkurrenz und Auslegung, S.19.

⁷³ Erstmals findet sich die Bezeichnung bei *Zitelmann*, Irrtum und Rechtsgeschäft, S.206; Zur juristischen Kausalität siehe auch *Gsell*, Substanzverletzung und Herstellung, S.332 f.; *Klein*, Konkurrenz und Auslegung, S.18.

⁷⁴ *Grzeszik*, in: Maunz/Dürig GG, Art.20, VII, Rn.50.

⁷⁵ Siehe nur *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S.596: „*Es gibt Recht im Überfluss. Für mehr oder weniger jeden Fall ist eine Vielzahl von Normen einschlägig [...] Die Konkurrenz von Normen ist daher längst nicht mehr die Ausnahme, sondern der Normalfall.*“

⁷⁶ So zur Entstehung von Normenkonkurrenzen auch *Ott*, Rechtsanwendung, S.192.

⁷⁷ Daher kann der Einwand von *Wank* (Auslegung, S.99 f.) nicht überzeugen, wonach bei Auffindung von mehreren Anspruchsgrundlagen generell zuerst deren Anwendbarkeit und danach das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen zu prüfen sei. *Wank* führt zur Begründung seiner These die *lex specialis* § 536a BGB an, welche die Prüfung des § 280 BGB überflüssig macht, jedoch ist das Verhältnis zweier Anspruchsgrundlagen nur selten derart evident. Für eine strikte Trennung von

besteht und nach den für ihn geltenden Regelungen - etwa hinsichtlich der Verjährung oder des Verschuldensmaßstabs - zu behandeln ist.⁷⁸

Zusammenfassend hat sich gezeigt, dass die Konkurrenzproblematik immer dann virulent wird, wenn ein Sachverhalt die *Tatbestände* mindestens zweier ausgelegter Vorschriften erfüllt. Anders gewendet genügt es nicht, wenn lediglich die Anwendungsbereiche oder Schutzzwecke zweier Gesetze oder Normen lose miteinander konkurrieren.⁷⁹ Erst die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen durch den Sachverhalt aktiviert die jeweiligen Vorschriften und fördert die Konkurrenzsituation zu Tage. In diesem Fall konkurrieren als Bestandteile der jeweiligen Vorschriften jedoch auch Anwendungsbereiche, Schutzzwecke sowie Rechtsfolgen und Nebenbestimmungen, wie etwa Verjährungs- oder Verschuldensmaßstäbe, miteinander. Aus ihnen lassen sich systematische Rückschlüsse auf die Bedeutung der jeweiligen Vorschrift in ihrem Ordnungssystem herstellen.⁸⁰ Die

Tatbestands- und Konkurrenzfrage auch *Gsell*, Substanzverletzung und Herstellung, S.12 f. *A.A. Mauchle*, AJP/PJA 2012, 933, 941, der jedoch übersieht, dass die juristische Kausalität aus dem der Grundsatz der freien Anspruchskonkurrenz gewonnen wird, nicht für eine Vermutung der kumulativen Anwendbarkeit der Ansprüche streitet. Die freie Anspruchskonkurrenz ist eine bloße Folge der juristischen Kausalität, jedoch befreit sie den Rechtsanwender keinesfalls davon, das Verhältnis der Ansprüche im Rahmen der Auslegung der Konkurrenzsituation zueinander zu überprüfen.

⁷⁸ *Bachmann*, in: MüKo BGB, § 241 Rn.41; *Gsell*, Substanzverletzung und Herstellung, S.332; *Klein*, Konkurrenz und Auslegung, S.18; *Klocke*, JA 2013, 581, 583; *Lakkis*, in: jurisPK-BGB, § 195 Rn.22; *Peters/Jacoby*, in: Staudinger BGB, § 195 Rn.32; *Schmidt*, in: FS Georgiades, S.689, 696; *Schmidt-Räntsch*, in: Erman, § 194 Rn.9; *Thomale*, JuS 2013, 296 f.

⁷⁹ *Ott* (Rechtsanwendung, S.193) spricht in diesen Fällen von „*möglicher Normenkonkurrenz*“.

⁸⁰ S.o. Fn.59.

konkurrierenden Vorschriften stehen damit stets ganzheitlich nebeneinander.⁸¹

II. Erscheinungsformen und Folgen der Anspruchskonkurrenz

Zur Systematisierung der Konkurrenzproblematik, bietet es sich zunächst an, das Phänomen der Anspruchskonkurrenz⁸² aufzugliedern in die Herausarbeitung ihrer Erscheinungsformen und die Analyse von Lösungen, also der Folgen jeweiliger Konkurrenzsituationen.⁸³ Diese beiden Ebenen werden bei der Behandlung von Konkurrenzen oft vermengt oder jedenfalls nicht klar voneinander unterschieden.⁸⁴ Es wird sich jedoch zeigen, dass die Beschreibung der Erscheinungsformen von Konkurrenzen dabei hilft, sich das Problem klarer vor Augen zu führen. Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt aber freilich darin, die jeweiligen Konsequenzen der Konkurrenzsituation zu analysieren.

⁸¹ In diese Richtung wohl auch *Mauchle*, AJP/PJA 2012, 933, 935 f., der vorschlägt, dass im Falle der Anspruchskonkurrenzen eigentlich von „Normenkomplexxkonkurrenz“ oder „Rechtsgrundlagenkonkurrenz“ zu sprechen wäre – wenn diese Bezeichnungen nur weniger ungenau wären - um darauf aufmerksam zu machen, dass Ansprüche mit all ihren zusammenhängenden Vorschriften und auch außerhalb ihrer isolierten Tatbestände liegenden Wertungen miteinander konkurrieren. So auch *Huber*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S.178; *Klocke*, JA 2013, 581, 582; *Larenz*, Methodenlehre, S.436

⁸² Die Konkurrenz von Ansprüchen steht im Mittelpunkt der Untersuchung, jedoch lassen sich die dabei entwickelten Grundsätze ebenso auf die Konkurrenz anderer Rechtsgrundlagen *mutatis mutandis* übertragen. So auch *Huber*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S.177; *Mauchle*, AJP/PJA 2012, 933, 936.

⁸³ So auch *Mauchle*, AJP/PJA 2012, 933, 934 f.; *Ott*, Rechtsanwendung, S.194 ff.

⁸⁴ So z.B. bei *Larenz*, Methodenlehre, S.266 f; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S.87 f.

1. Erscheinungsformen

Die Uneinheitlichkeit der Diskussion um die Konkurrenzen zeigt sich bereits bei der Terminologie ihrer Erscheinungsformen.⁸⁵ Dargestellt werden sollen die denkbaren Strukturverhältnisse⁸⁶ von Tatbeständen und Rechtsfolgen untereinander. Wie oben beschrieben, spielen für die anschließende Bewertung der Konkurrenzen auch die Anwendungsbereiche der Gesetze, in welchen die Normen geregelt sind, sowie die Schutzzwecke dieser Gesetze eine Rolle. Da es hierbei aber darum gehen wird, systematische Schlüsse aus diesen zu ziehen, bleiben Tatbestände und die ihnen zugehörigen Rechtsfolgen als Auslöser der Konkurrenz die Eckpfeiler der Diskussion.

a. Verhältnis der Tatbestände

Beim Verhältnis der Tatbestände, sind im Kern vier Konstellationen zu unterscheiden:⁸⁷

aa. Unterschiedlichkeit

Zunächst ist es denkbar, dass sich die Tatbestände zweier Ansprüche völlig unterscheiden, wie z.B. § 433 BGB und § 833 BGB. Ob sich hieraus ein konkurrenzrechtliches Problem ergibt, hängt in diesem Fall ausschließlich von den Rechtsfolgen der Ansprüche ab.

bb. Deckungsgleichheit

Demgegenüber können sich die Tatbestände zweier Ansprüche theoretisch auch vollständig decken.⁸⁸

⁸⁵ Siehe nur *Larenz*, Methodenlehre, S.267 Fn.25; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S.88 Fn.28;

⁸⁶ Diese Bezeichnung findet sich bei *Ott*, Rechtsanwendung, S.192.

⁸⁷ *Mauchle*, AJP/PJA 2012, 933, 936.

⁸⁸ In diesem Zusammenhang diskutiert *Mauchle* (AJP/PJA 2012, 933, 936) eine Vorschrift, die alternativ zwei Rechtsfolgen vorsieht. Dogmatisch

cc. Spezialität

Enthält ein Anspruch in seinem Tatbestand alle Merkmale eines anderen Anspruchs und zusätzlich ein weiteres, so ist dieser *lex specialis*.⁸⁹ In diesem Fall lässt sich aus dem Verhältnis der Tatbestände allein nicht schließen, ob beide Ansprüche nebeneinander bestehen bleiben, oder aber die spezielle Vorschrift die allgemeine verdrängt.⁹⁰

dd. Überschneidung

Ohne in einem Spezialitätsverhältnis zu stehen, können sich die Tatbestände zweier Ansprüche letztlich überschneiden, so dass sie teilweise dieselben Sachverhalte erfassen, aber auch jeweils einen eigenständigen Anwendungsbereich haben.⁹¹ Als Beispiele lassen sich § 3a UWG und § 1 UklG nennen.

b. Verhältnis der Rechtsfolgen

Auch beim Verhältnis der Rechtsfolgen sind vier Konstellationen denkbar:⁹²

aa. Rechtsfolgenidentität

Oftmals haben zwei Vorschriften denselben Anspruchsinhalt⁹³ und unterliegen dabei auch denselben Modalitäten. So ordnen

handelt es sich hierbei jedoch um eine elektive Konkurrenz und im Kern einen Anspruch.

⁸⁹ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S.465; *Kramer*, Methodenlehre, S.118 f; *Larenz*, Methodenlehre, S.267 f.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S.88; *Mauchle*, AJP/PJA 2012, 933, 936; *Schilling*, Normen in gestuften Rechtsordnungen, S.447 f.; *Mayer-Maly*, in: Rangordnung der Gesetze, S.122, 138 f.; *Zippelius*, Methodenlehre, S.31 f.

⁹⁰ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S.465; *Larenz*, Methodenlehre, S.267 f.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S.88

⁹¹ *Larenz*, Methodenlehre, S.268 f.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S.89; *Mauchle*, AJP/PJA 2012, 933, 936.

⁹² *Mauchle*, AJP/PJA 2012, 933, 936

⁹³ Insbesondere *Georgiades* (Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht, S.164) prägte die Lehre von der sog. Anspruchsnormenkonkurrenz, die mittlerweile wohl als wiederlegt gelten kann (so allerdings auch heute noch *Wolf/Neuner*, BGB-AT, S.258 f.), wonach es sich in diesem Fall lediglich um einen Anspruch handle, der mehrfach begründet sei. Als Hauptargument nannte *Georgiades* zum einen die Schwäche der Lehre der Anspruchskonkurrenz, welche aufgrund der Annahme der Selbstständigkeit der Ansprüche die u.U. wechselseitige Beeinflussung der Normen nicht adäquat erklären könne – so z.B. bei Ausdehnung einer kürzeren Verjährungsfrist auf einen Anspruch, welcher eigentlich später verjährt (*ibd.*, Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht, S.169 f.). Diese These vermag nicht zu überzeugen, da auch mithilfe der Auslegung und Rechtsfortbildung – etwa in Form der erweiternden Auslegung, Analogie oder teleologischen Extension – eine gegenseitige Beeinflussung der Vorschriften dogmatisch sauber erklärt werden kann (ausführlich *Arens*, AcP 170 (1970), 392, 399 – 406; *Huber*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S.186). Einen weiteren Nachteil sieht *Georgiades* in der Lehre von der Anspruchskonkurrenz darin, dass bei Annahme zweier selbstständiger Ansprüche, der Schuldner sich zwei Gläubigern ausgesetzt sehen könnte, obwohl er nur einmal zur Leistung verpflichtet ist (*ibd.*, Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht, S.179). Materiell ist dem entgegenzusetzen, dass Zedent und Zessionar Gesamtgläubiger gem. § 428 BGB sind, der Schuldner also weiterhin nur zur einmaligen Leistung verpflichtet bleibt (*Arens*, AcP 170 (1970), 392, 407; *Huber*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S.184). Zwar wäre der Schuldner noch der Gefahr ausgesetzt, in zwei Prozesse – inklusive der Gefahr der Kostentragung im Falle des Unterliegens – verwickelt zu werden, jedoch ließe sich dies von vornherein verhindern, indem man materiell die selbstständige Abtretung eines der Ansprüche an die Zustimmung des Schuldners knüpft oder die beschränkte Abtretung als unzumutbar für den Schuldner erklärt (*Arens*, AcP 170 (1970), 392, 412; *Huber*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S.187). Schlussendlich begründet *Georgiades* seine Ansicht mit dem Argument der Wiederannäherung von materiellrechtlichen und prozessualen Anspruch (*ibd.*, Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht, S.239 ff.). Zwar nähert *Georgiades* wegen der von ihm vorgeschlagenen Individualisierungskriterien – Personen- und Leistungsidentität (*ibd.*, Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht, S.157 ff.) – an den eingliedrigen, allerdings nicht an den herrschenden zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff an (zum

§ 823 Abs.1 und 2 BGB in ihren Rechtsfolgen Schadensersatz an und unterliegen der regelmäßigen Verjährung nach § 195 BGB.

bb. Rechtsfolgendivergenz

Die Rechtsfolgen konkurrierender Ansprüche können darüber hinaus auch unterschiedlich sein, ohne sich dabei zu widersprechen.⁹⁴ So kann der Anspruchsinhalt ein anderer sein, oder der Umfang bzw. die Modalitäten des Anspruchs können sich unterscheiden. Als Beispiel lassen sich hier § 3a UWG und § 1 UKlaG nennen. Beide sehen in ihren Rechtsfolgen einen Anspruch auf Unterlassung vor, jedoch verjährt der lauterkeitsrechtliche Anspruch gemäß § 11 UWG nach sechs Monaten, während der konkurrierende Anspruch aus dem UKlaG der dreijährigen Verjährung nach § 195 BGB unterliegt.

cc. Rechtsfolgenwiderspruch

Letztlich ist der praktisch nur selten auftretende Fall zu nennen, dass sich die Rechtsfolgen der konkurrierenden Ansprüche widersprechen. In diesem Fall kann denklogisch nur eine der beiden Vorschriften zur Anwendung gelangen.⁹⁵

Bei der Konkurrenz von Ansprüchen ist zu unterscheiden, ob die konkurrierenden Vorschriften dieselben oder unterschiedliche Anspruchsziele gewähren. Während der erste Fall von der h.M. als (echte) Anspruchskonkurrenz bezeichnet wird, handelt sich

Streitgegenstandsbegriff s.o. Fn.50; *Arens*, AcP 170 (1970), 392, 419 f.; *Huber*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S.188 f.).

⁹⁴ *Mauchle*, AJP/PJA 2012, 933, 936.

⁹⁵ *Larenz*, Methodenlehre, S.266; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S.87; *Mauchle*, AJP/PJA 2012, 933, 936 f.

bei unterschiedlichen Rechtsfolgen um eine unechte oder kumulative Anspruchskonkurrenz.⁹⁶

Von der bloßen Beschreibung der Konkurrenzsituation ist die Frage nach der Konsequenz, mit anderen Worten, wie das Gesetz die Konkurrenz behandelt wissen will⁹⁷, zu trennen.

2. Folgen der Konkurrenz

Als mögliche Folgen⁹⁸ der Konkurrenzsituation kommen im Grundsatz lediglich zwei in Betracht:

a. Verdrängung

Zunächst ist denkbar, dass eine Anspruchsnorm den konkurrierenden Anspruch vollständig, d.h. samt seiner Modalitäten, wie z.B. der Verjährung oder dem Haftungsmaßstab, ganzheitlich ausschließt. Diese Verdrängung eines gesamten Normkomplexes wird seit *Dietz*⁹⁹ als Gesetzeskonkurrenz¹⁰⁰ bezeichnet.¹⁰¹

⁹⁶ *Bachmann*, in: MüKo BGB, § 241 Rn.36; *Bork*, BGB-AT, Rn.293 *Klocke*, JA 2013, S.581; *Lakkis*, in: jurisPK BGB, § 195 Rn.22; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn.76; *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, § 1 Rn.5 f.

⁹⁷ So auch *Becker*, Konkurrenz von Marken- und Geschmacksmusterschutz, S.8.

⁹⁸ Siehe hierzu auch *Mauchle*, AJP/PJA 2012, 933, 935, der in diesem Kontext von „Anwendungsverhältnis“ spricht.

⁹⁹ *ebd.*, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, S.16

¹⁰⁰ Zur früheren Bedeutung *Huber*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S.179 f.

¹⁰¹ *Bachmann*, in: MüKo BGB, § 241 Rn.37, der aufgrund der besseren Verständlichkeit aber den Begriff der „verdrängenden Konkurrenz“ vorschlägt; *Grothe*, in: MüKo BGB, § 195 Rn.47; *Larenz*, Methodenlehre, S.267 Fn.25; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S.88 Fn.28; *Peters/Jacoby*, in: Staudinger BGB, § 195 Rn.31.

b. Parallelität

Ferner kann sich aber auch ergeben, dass beide Ansprüche nebeneinander Anwendung finden.

aa. Ohne Modifikation

Sofern die konkurrierenden Ansprüche uneingeschränkt nebeneinander Anwendung finden, ist terminologisch, je nachdem ob die Normen unterschiedliche oder dieselben Anspruchsinhalte vorsehen, zwischen kumulativer Konkurrenz bzw. Anspruchshäufung und (echter) Anspruchskonkurrenz zu unterscheiden.¹⁰²

bb. Mit Modifikation

Schließlich ist es auch möglich, dass die Ansprüche zwar nebeneinander anwendbar sind, aber dass einzelne Normen eines Anspruchs – etwa hinsichtlich der Verjährung – die entsprechenden Vorschriften des anderen Anspruchs an deren Stelle treten und jene für die konkrete Konkurrenzsituation verdrängen.¹⁰³ Dieses Phänomen wird oft auch mit dem auf *Georgiades* zurückgehenden Begriff der „Einwirkung“ beschrieben.¹⁰⁴ *Klein* verneint die Möglichkeit einer Einwirkung von Normen mit der Begründung, dass dieser „Ansatz“ offen lasse, wie sich der Prozess der Einflussnahme von Normen auf andere Vorschriften vollziehe.¹⁰⁵ Dabei verkennt *Klein* jedoch, dass es sich bei der „Einwirkung“ lediglich um eine begriffliche

¹⁰² *Bachmann*, in: MüKo BGB, § 241 Rn.36, 40; *Klocke*, JA 2013, 581; *Lakkis*, in: jurisPK-BGB, § 195 Rn.22; *Peters/Jacoby*, in: Staudinger BGB, § 195 Rn.32; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, S.256.

¹⁰³ *Bachmann*, in: MüKo BGB, § 241 Rn.43; *Huber*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S.182, 189 f.; *Larenz*, Methodenlehre, S.267 f.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S.88 f; *Peters/Jacoby*, in: Staudinger BGB, § 195 Rn.32 ff.; *Schmidt-Räntsch*, in: Erman, § 194 Rn.9.

¹⁰⁴ *Georgiades*, Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht, S.86.

¹⁰⁵ *ibd.*, Konkurrenz und Auslegung, S.23 f.

Beschreibung handelt, die gar keine Voraussetzungen aufstellen will, sondern die nähere Ausgestaltung der Methodenlehre überlässt.¹⁰⁶

III. Beantwortung der Konkurrenzfrage

1. Konkurrenzprobleme als Folge des Zusammenwirkens von Normen

Nachdem die möglichen Ergebnisse einer Konkurrenzsituation aufgezeigt wurden, stellt sich die zentrale Frage, wie man im konkreten Fall zu der Erkenntnis gelangt, ob eine Gesetzes- oder Anspruchskonkurrenz, mit oder ohne Einwirkung, vorliegt? Mit anderen Worten wie lässt sich herausfinden, wie das Gesetz eine Konkurrenzsituation behandelt wissen will?¹⁰⁷

Hierbei mag folgende Überlegung helfen: Ansprüche fassen, wie gleichsam alle Arten von Normen, rechtliche Vorstellungen in Worte.¹⁰⁸ Worte als Bausteine von Sprache geben dem Recht Kontur und machen es überhaupt erst erfahrbar, so dass sich sagen lässt, dass es kein Recht außerhalb von Sprache gibt.¹⁰⁹ Da Wörter aber oft mehrdeutig sind, bedürfen sie der Interpretation, um den mit ihnen beabsichtigten Sinngehalt transportieren zu können.¹¹⁰ Dies gilt umso mehr für die in

¹⁰⁶ *Huber*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S.199 f. Und so geht *Klein* an anderer Stelle selbst davon aus, dass die Möglichkeit der Ausweitung und Beschränkung von einzelnen Vorschriften besteht, *ebd.*, Konkurrenz und Auslegung, S.28.

¹⁰⁷ *Becker*, Konkurrenz von Marken- und Geschmacksmusterschutz, S.8.

¹⁰⁸ In Anlehnung an *Zippelius*, Methodenlehre, S.15.

¹⁰⁹ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn.150; *Schäfers*, JuS 2015, 875; *Zippelius*, Methodenlehre, S.15.

¹¹⁰ Ausführlich *Alexy*, Recht, Vernunft, Diskurs, S.71 ff.; *Schäfers*, JuS 2015, 875; *Zippelius*, Methodenlehre, S.16.

abstrakt-generellen Worten niedergelegten Voraussetzungen von Rechtsvorschriften.¹¹¹

Ob sich ein bestimmter Sachverhalt unter den Tatbestand einer Norm subsumieren lässt, kann der Rechtsanwender daher oft nur unter Zuhilfenahme von Auslegungsmitteln beurteilen.¹¹² Auslegung wird dabei als Prozess des „Verdeutlichens“ und „Entfaltens“, zur Hervorbringung des im Normtext enthaltenen Sinns, verstanden.¹¹³ Und doch handelt es sich bei der Auslegung lediglich um ein Hilfsmittel, welches dem Rechtsanwender den Weg bis zu der von ihm zu treffenden Subsumtionsentscheidung weist.¹¹⁴

Stellt sich heraus, dass der Sachverhalt die Tatbestände mehrerer Vorschriften erfüllt, so setzt sich der Prozess des Auslegens – nun auf einer konkurrenzspezifischen Ebene – fort.¹¹⁵ Auf dieser Ebene hat der Rechtsanwender nun zu erwägen, ob er endgültig bei seiner Subsumtionsentscheidung, also dem Bestehen der Ansprüche, bleibt, oder etwa die Verdrängung bzw. Modifikation einzelner Ansprüche geboten ist.

¹¹¹ *Kudlich/Christensen*, JA 2004, 74; *Larenz*, Methodenlehre, S.312; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S.133; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, S.104; *Schäfers*, JuS 2015, 875 f.; *Zippelius*, Methodenlehre, S.16.

¹¹² *Kudlich/Christensen*, JA 2004, 74, 75; *Larenz*, Methodenlehre, S.312; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S.133; *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, S.104; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S.606; *Schäfers*, JuS 2015, 875 f.

¹¹³ *Kudlich/Christensen*, JA 2004, 74; *Larenz*, Methodenlehre, S.313; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S.134.

¹¹⁴ Ähnlich *Kudlich/Christensen*, JA 2004, 74; zur Subsumtion auch instruktiv *Bäcker*, in: JuS 2019, 321, 324 f.

¹¹⁵ *Mauchle*, AJP/PJA 2012, 933, 935.

An diesem Punkt offenbart sich das Unbehagen¹¹⁶ der zivilrechtlichen Methodenlehre bei der Auflösung von Anspruchskonkurrenzen. Man ist sich einig darüber, dass Normen ausgelegt werden müssen, um Zweifel bei der Subsumtion zu reduzieren. Außerdem ist es überwiegende Meinung, dass Ansprüche andere Ansprüche ausschließen oder modifizieren können - teilweise sogar müssen, um ihren Regelungsgehalt nicht zu unterminieren.¹¹⁷ Doch wie, wenn nicht unter Ausschöpfung aller zur Verfügung stehenden Methoden der Auslegung und Rechtsfortbildung, sollen der Anlass zur Durchbrechung der freien Anspruchskonkurrenz im Einzelfall erkannt und einem adäquaten Ergebnis zugeführt werden?¹¹⁸ Es lässt sich der Eindruck gewinnen, dass Rechtsprechung und Lehre teils resigniert ob der Tatsache sind, dass es bislang nicht gelungen ist, eine konsistente Konkurrenzdogmatik zu entwickeln, die den Umgang mit dieser regelmäßig auftretenden Situation vereinfacht. Doch das Hoffen auf eine „Anleitung“, die sich wie eine Schablone auf eine Konkurrenzsituation legen ließe und ihren Ausgang hervorbringt, wird unerfüllt bleiben. Es gilt zu akzeptieren, dass jedes Zusammentreffen von Ansprüchen ein unvorhersagbares Ergebnis zur Folge hat.¹¹⁹ Dies gilt schließlich schon für die erste Ebene der Auslegung, wo es ausschließlich um die Frage der Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen durch den Sachverhalt geht. Bei Vorliegen mehrerer Ansprüche wird der

¹¹⁶ Siehe nur *Bruns* (JuS 1971, 221), der fragt ob Konkurrenzprobleme als „Krebswucherungen der Zivilistik“ zu gelten haben.

¹¹⁷ So z.B. bei der Erstreckung der kurzen Verjährungsfrist des § 548 BGB auf alle Ersatzansprüche, die dem Vermieter gegen den Mieter zustehen. Siehe nur *Bachmann*, in: MüKo BGB, § 241 Rn.43.

¹¹⁸ So auch *Zippelius*, Methodenlehre, S.33.

¹¹⁹ Sodass sich bereits im Ansatz pauschale Lösungen verbieten, wonach sich etwa stets die für den Gläubiger günstigere Verjährungsfrist durchsetze, *Eichler*, AcP 162 (1963), 401, 420.

Prozess der Rechtsanwendung um die Variable des Zusammenspiels der Ansprüche untereinander erweitert, die Anzahl der möglichen Lösungen potenziert.

2. Ansprüche im Bezugsrahmen des äußeren Systems

Damit ist die Frage ins Zentrum gerückt, nach Maßgabe welcher Kriterien sich bestimmen lässt, ob und in welcher Form einem Anspruch in der Konkurrenzsituation Vorrang zu gewähren ist. Eine erste Orientierung, wie ein Geflecht aus Ansprüchen aufzulösen ist, lässt sich aus der Rechtssetzungsentscheidung des Gesetzgebers ableiten.

Dieser verfolgt mit dem Erlass von Rechtssätzen bestimmte Regelungsabsichten, die in dem Wortlaut der Vorschrift sowie der systematischen Einordnung ihren Ausdruck finden.¹²⁰ Bei Erforschung der hinter den jeweiligen Normen stehenden Zwecke und Interessenbewertungen, hat der Rechtsanwender daher den Weg des Gesetzgebers zurückzuverfolgen.¹²¹

Da es im Ansatz grundsätzlich offen ist, ob ein Problem mit den Mitteln des Zivilrechts oder des öffentlichen Rechts gelöst werden soll, trifft der Gesetzgeber mit der Schaffung privatrechtlicher Ansprüche eine erste, zentrale Weichenstellung in Bezug auf das äußere System der Rechtsordnung.¹²² Innerhalb

¹²⁰ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn.139 ff.

¹²¹ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn.142; Hinsichtlich des Ziels der Auslegung, wird an dieser Stelle der wohl herrschenden Vereinigungstheorie gefolgt (dazu *Larenz*, Methodenlehre, S.318; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S.139 f) wohl aber in der bei *Walz* (ZJS 2010, 482, 486) anklingenden Differenzierung, wonach es primär auf den Willen des Gesetzgebers ankommt, welcher aber stets an etwaig geänderte Verhältnisse anpasst werden muss. So auch *Bydlinski* (Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S.436), der darauf hinweist, dass die Auslegung vom Verständnis der Rechtsordnung in ihrer ihrer jeweils aktuellen Ausprägung handelt.

¹²² *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S.438; *Schmidt*, in: FS Jahr, S.401.

des Zivilrechts lässt sich mit Blick auf das äußere System sodann weiter differenzieren – sind die Ansprüche etwa im Schuldrecht des BGB oder im Sonderprivatrecht verortet? Diese Perspektive erweitert sich darüber hinaus um die für die jeweiligen Ansprüche geltenden Hilfsnormen und einschränkenden Rechtssätze.¹²³ Erst unter Berücksichtigung aller aufeinander bezogenen Rechtssätze, ergibt sich ein für den Rechtsanwender vollständiges Bild. Im Umkehrschluss lassen sich freilich mittelbar auch aus solchen Vorschriften Erkenntnisse ableiten, die gerade keine Anwendung auf den jeweiligen Anspruch finden.¹²⁴

Das Zusammenspiel der Ansprüche mit ihren jeweils zusammenhängenden Hilfsnormen und einschränkenden Rechtssätzen wird besonders durch die Betrachtungsweise *Henckels* deutlich. Danach ist der Anspruch funktional als Subsumtionsnorm für ein auf Tun oder Unterlassen gerichtetes Verlangen konzeptualisiert.¹²⁵ Für diesen Zweck genügt es aber freilich nicht, **für den Anspruchsinhalt**, etwa Schadensersatz oder Unterlassung, **nur eine einzige Vorschrift** zur Verfügung zu stellen.¹²⁶ Daher muss das Gesetz – idealtypisch gesprochen - **so viele** Anspruchsnormen bereitstellen, wie Lebenssachverhalte den jeweiligen Anspruchsinhalt rechtfertigen.¹²⁷ Vor diesem Hintergrund lässt sich die große Anzahl an

¹²³ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn.139.

¹²⁴ In diese Richtung auch *Larenz*, Methodenlehre, S.264; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S.85: „*Schon die bisherigen Ausführungen lassen erkennen, daß die in einem Gesetz enthaltenen Rechtssätze nicht einfach nebeneinander stehen, sondern in verschiedener Weise aufeinander bezogen sind und erst in ihrer wechselseitigen Verschränkung und ihrem Zusammenspiel eine Regelung ergeben.*“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

¹²⁵ *Henckel*, Parteilehre und Streitgegenstand, S.259 f.; übernommen von *Arens*, AcP 170 (1970), 392, 423.

¹²⁶ *Henckel*, Parteilehre und Streitgegenstand, S.260.

¹²⁷ *Henckel*, Parteilehre und Streitgegenstand, S.260.

Anspruchsgrundlagen¹²⁸ erklären, die vom Gesetzgeber thematisch und systematisch anhand des äußeren Systems des Privatrechts zu verorten waren und sind.¹²⁹ Aus dieser Perspektive erklärt sich, warum mehrere Ansprüche aus thematisch verschiedenen Bereichen des Privatrechts unter Umständen durch einen Sachverhalt verwirklicht werden.¹³⁰

Der Gesetzgeber hat durch die systematische Einordnung des Anspruchs, der auf ihn bezogenen Hilfsnormen und einschränkenden Vorschriften sowie insbesondere die Formulierung des Tatbestandes, die Möglichkeit den endgültigen Rechtssatz weitreichend zu justieren. Der abstrakt generellen Charakteristik von Rechtsnormen sowie der Vielgestaltigkeit möglicher Lebenssachverhalte, ist es aber geschuldet, dass Vorschriften vom Rechtsanwender **ausgelegt oder fortgebildet** werden müssen, damit die von den Normen vorgesehenen Rechtsfolgen nur in den vom Gesetzgeber vorgesehenen Sachverhalten ausgelöst werden.

Das Erfordernis der Auslegung oder Rechtsfortbildung wird im Falle der Anspruchskonkurrenz besonders greifbar, wenn sich die Rechtsfolgen zweier Vorschriften widersprechen, wozu es aufgrund der oben dargelegten Normenvielfalt regelmäßig kommen kann.¹³¹ Aber auch in allen anderen Fällen, hat der Rechtsanwender stets zu hinterfragen, ob und wie die Ansprüche nebeneinander Anwendung finden sollen.

¹²⁸ In dem Verständnis von *Bork* (BGB-AT, S.125), wonach *Anspruchsgrundlage* den Tatbestand meint, der einen Anspruch gewährt.

¹²⁹ *Henckel*, Parteilehre und Streitgegenstand, S.260.

¹³⁰ *Henckel*, Parteilehre und Streitgegenstand, S.259.

¹³¹ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn.270 f.

3. Bisherige Ansätze zur Auflösung von Anspruchskonkurrenzen

Insbesondere in der Literatur haben sich bestimmte Argumentationsmuster herausgebildet, welche teils als Konfliktlösungsregeln¹³² bezeichnet werden und der Auflösung von Konkurrenzsituationen dienen sollen.¹³³ Diese lassen sich in drei Gruppen einteilen:¹³⁴

- Formal-begrifflicher Ansatz
- Kombination aus begrifflichen und wertenden Elementen
- Rein wertungsbasierte Ansätze

a. Formal-begrifflicher Ansatz – „*lex specialis derogat legi generali*“

Die Kernaussage des formal-begrifflichen Ansatzes, der vor allem unter der Bezeichnung „*lex specialis derogat legi generali*“ bekannt ist, wird dabei oftmals in einer gänzlich abstrakten Formel erklärt: Ordnet das Gesetz für die Merkmale $a+b=x$ und für $a+b+c=y$ an, so verdränge der speziellere Tatbestand ($a+b+c$) den allgemeinen ($a+b$) in dem von ihm erfassten Bereich in Form der Gesetzeskonkurrenz.¹³⁵ Das Gesetz sage in diesem Fall nämlich aus, dass die Rechtsfolge x sich bei Hinzutreten von c in y ändere. Der Tatbestand $a+b$ dürfe

¹³² Schilling, Normen in gestuften Rechtsordnungen, S.396; Vranes, ZaöRV 65 (2005), 391.

¹³³ Da sich die von ihnen erfassten Probleme, beim Untersuchungsgegenstand bereits im Ansatz nicht stellen, sollen die Begründungsregeln der „*lex posterior derogat legi anteriori*“ sowie „*lex superior derogat legi inferiori*“ nicht behandelt werden. Zu beiden: Kramer, Methodenlehre, S.121 ff.; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn.772 f.; ausführlich zur „*lex superior*-Regel“ Schilling, Normen in gestuften Rechtsordnungen, S.401 ff.; Vranes, ZaöRV 65 (2005), 391 ff.

¹³⁴ So auch Huber, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S.202 ff.; Mauchle, AJP/PJA 2012, 933, 938 ff.

¹³⁵ So Dietz, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung Delikt, S.22 ff.; ähnlich kryptisch Kramer, Methodenlehre, S.117 f

als eigenständige Regelung nämlich nicht auch im Falle des Vorliegens von c die Rechtsfolge x anordnen, da der Gesetzgeber dies mit dem Erlass einer in diesem Sinne spezielleren Regel zum Ausdruck bringe.¹³⁶

Der formell-begriffliche Ansatz kann aber insbesondere aufgrund seiner Abstraktheit keine Hilfestellung zur Auflösung von Normkonkurrenzen bieten. Es stellt sich die Frage, wann sich zwei Tatbestände derart gleichen, dass bei Hinzutreten eines weiteren Merkmals eine *lex specialis* vorliegt.¹³⁷ Zwar fordert *Dietz* eine strenge begriffliche Vergleichbarkeit der Vorschriften¹³⁸, wie jedoch bereits gezeigt, bestehen bei Anspruchskonkurrenzen nicht nur die einzelnen Ansprüche nebeneinander, sondern stets deren gesamten Regelungskomplexe. Ein Konkurrenzverhältnis nun allein nach Maßgabe der terminologischen Ausgestaltung der Tatbestände aufzulösen, erscheint ferner zu kurz gedacht und dogmatisch unvertretbar.¹³⁹ Ein weiterer Kritikpunkt setzt bei der Rechtsfolge dieses Ansatz an, welche in der vollständigen Verdrängung eines Anspruchs liegen soll. Zur Begründung wird angeführt, dass die *lex specialis* die sachnähere Vorschrift sei, welche dem Sachverhalt am ehesten gerecht werde.¹⁴⁰ Unter **Auslassung von Wertungen**, kann allerdings nicht pauschal davon ausgegangen werden, dass der engere Tatbestand stets die sachnähere – geschweige denn sachgerechtere - Regelung ist.

¹³⁶ So insbesondere *Dietz*, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung Delikt, S.31; siehe auch *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S.465; *Huber* Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S.203 ff. sowie *Larenz*, Methodenlehre, S.267; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S.88; *Mauchle*, AJP/PJA 2012, 933, 938.

¹³⁷ So auch *Huber* Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S.214.

¹³⁸ *Dietz*, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung Delikt, S.24.

¹³⁹ So auch *Huber* Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S.214

¹⁴⁰ *Mayer-Maly*, in: Rangordnung der Gesetze, S. 123, 139.

Auch die Begründung, wonach bei Vorliegen einer *lex specialis* der Wille des Gesetzgebers die Verdrängung der *lex generalis* verlange, kann nicht Platz greifen – zumindest nicht ohne gesetzliche Anordnung oder entsprechende Hinweise in der Gesetzesbegründung. Wie gezeigt¹⁴¹, wird die Anspruchskonkurrenz in den Vorarbeiten zum BGB nur kurz behandelt und die für sie vorgesehene Regelung mit der Begründung verworfen, dass sich eine zweifelsfreie Formulierung des maßgebenden Grundsatzes¹⁴² nicht finden lasse.¹⁴³

Zusammenfassend hat sich damit gezeigt, dass die formalbegriffliche Spezialitätslehre weder hinsichtlich der Qualifikation noch hinsichtlich der Erklärung einer Gesetzeskonkurrenz überzeugen kann.¹⁴⁴

b. Kombination aus begrifflichen und wertungsorientierten Elementen

Im Zusammenhang mit der Kombination von begrifflichen und wertungsorientierten Elementen werden zwei Argumentationsmuster unterschieden, die von der **Sicherung des Anwendungsbereichs** der speziellen Norm und der **Umgehungsgefahr bzw. Zweckvereitelung** handeln.

aa. Sicherung des Anwendungsbereichs der engeren Norm

Bei dem Argument der Sicherung des Anwendungsbereichs der speziellen Vorschrift geht es um die Annahme, dass der

¹⁴¹ S.2.

¹⁴² Der wohl lediglich darin bestehen soll, dass der Inhalt eines mehrfach begründeten Anspruchs nur einmal verlangt werden kann.

¹⁴³ Dazu auch *Huber* Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S.211, 216.

¹⁴⁴ So auch *Huber*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S.216; *Klein*, Konkurrenz und Auslegung, S.56.

Gesetzgeber keine Vorschriften schaffen will, die im Ergebnis unangewendet bleiben.¹⁴⁵

Diese Gefahr wird von den Vertretern dieses Ansatzes in verschiedenen Situationen gesehen, die sich im Kern darum drehen, dass sich ein Gläubiger - im Falle einer für ihn in der Rechtsfolge günstigeren *lex generalis* – stets auf diese berufen würde, wodurch die *lex specialis* unangewendet bliebe.¹⁴⁶ Angefangen bei der Problematik einer dogmatisch nachvollziehbaren Identifizierung von *lex specialis* und *lex generalis*, die bereits bei der ersten Ansicht kritisiert wurde, ist auch die Annahme des ausnahmslosen Berufens auf die günstigere *lex generalis* zu bezweifeln. Es mag Fälle geben, in denen dem Gläubiger mit den Rechtsfolgen der *lex specialis* gedient ist.¹⁴⁷ Diese Zweifel verstärken sich umso mehr in der Variante bloß überschneidender Tatbestände.¹⁴⁸ Spätestens hier greift das Argument der Sicherung des Anwendungsbereichs eines Tatbestandes denklogisch ins Leere.¹⁴⁹

Damit muss auch der Ansatz der Sicherung des Anwendungsbereichs aufgrund seiner Pauschalität abgelehnt werden.¹⁵⁰

bb. Umgehungsgefahr bzw. Zweckvereitelung

Die Theorie der Zweckvereitelung bzw. Umgehungsgefahr geht davon aus, dass eine spezielle Vorschrift dann exklusiv

¹⁴⁵ Dietz, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, S.50 ff; Larenz, Methodenlehre, S.268; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S.88; Schmidt, Gesetzeskonkurrenz, 45.

¹⁴⁶ Dietz, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, S.55 ff.; Schmidt, Gesetzeskonkurrenz, S.45, 83 f.

¹⁴⁷ Huber, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S.218.

¹⁴⁸ Dietz, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, S.55 ff.; Schmidt, Gesetzeskonkurrenz, S.83.

¹⁴⁹ So auch Huber, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S.218.

¹⁵⁰ So wohl auch Huber, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S.230.

anwendbar ist, wenn andernfalls ihr Zweck unterlaufen würde.¹⁵¹ Als Beispiel lassen sich etwa eine kürzere Verjährungsfrist oder ein strengerer Verschuldensmaßstab anführen.¹⁵² Positiv an diesem Ansatz ist das Abstellen auf den Normzweck und das Zulassen von Wertungen.¹⁵³ Dabei darf es aber nicht auf die isolierte Betrachtung der Normen ankommen, denn dann würde der beschränkenden Vorschrift immer der Vorrang zu gewähren sein. Vielmehr muss sich aus einem konkreten Vergleich der einschlägigen Vorschriften ergeben, dass die strengere Vorschrift exklusiv anzuwenden ist. Da auch diese Theorie lediglich auf den Vergleich einzelner Vorschriften abstellt, liefert sie nur einen bruchstückhaften Beitrag in einer auf die ganzheitliche Betrachtung von Rechtssätzen angelegten Konkurrenzdiskussion.

c. Rein wertungsorientierter Ansatz – Normkomplex als abschließende Regelung

Eng verwandt mit dem Ansatz der Umgehungsgefahr, ist die Theorie vom abschließenden Normkomplex.¹⁵⁴ Danach tritt Gesetzeskonkurrenz dann ein, wenn sich aufgrund gesetzesimmanenter Wertungen die ausschließliche Anwendbarkeit eines Normkomplexes gegenüber einem anderen ergibt. Im Unterschied zur Fallgruppe der Sicherung des Anwendungsbereichs kommt es hier aber nicht darauf an, dass einzelne Wertungen bei Nichtbeachtung der Ausschlusswirkung umgangen würden. Vielmehr muss sich aus dem Regelungskomplex insgesamt ergeben, dass in ihm eine

¹⁵¹ *Huber*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S.220 m.w.N.; *Kramer*, Methodenlehre, S.119.

¹⁵² *Mauchle*, AJP/PJA 2012, 933, 944.

¹⁵³ So auch *Huber*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S.220. f.; *Mauchle*, AJP/PJA 2012, 933, 944.

¹⁵⁴ Dazu *Huber*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S.231 f.; *Mauchle*, AJP/PJA 2012, 933, 948.

abschließende Regelung getroffen wurde. Dieser Ansatz liefert keine Hinweise darauf, wann von einem abschließenden Charakter auszugehen ist, jedoch sind daran hohe Voraussetzungen zu knüpfen, da andernfalls die durch den Gesetzgeber vorgenommene Differenzierung in Form verschiedener Regelungskomplexe missachtet würde.¹⁵⁵

d. Abschließende Bewertung der Ansätze

Die bisher entwickelten Ansätze zur Qualifikation und Auflösung von Anspruchskonkurrenzen liefern lediglich rudimentäre Lösungsansätze, die jedoch aufgrund ihrer Pauschalität abzulehnen sind.

Dies vermag jedoch nicht zu verwundern, da die Beurteilung von Konkurrenzen – wie bereits gezeigt – eine ganzheitliche Betrachtung der konkurrierenden Rechtssätze unter voller Ausschöpfung des Methodenkanons erfordert. Anspruchskonkurrenzen beinhalten komplexe Auslegungsprobleme, die über die eindimensionale Auslegung und Rechtsfortbildung zum Zweck der Subsumtionsentscheidung hinausgehen. Das Scheitern der oben dargestellten Ansätze liegt also bereits darin begründet, dass versucht wird mit einem Weniger an methodischen Mitteln - zumeist schematische Antworten - auf ein dynamisches Rechtsproblem zu geben. Als Ergebnis der vorangegangenen Lösungsansätze bleibt die Erkenntnis, dass sich dort keine starren Lösungskriterien aufstellen lassen, wo keine zu finden sind.

¹⁵⁵ Huber, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S.234 f.; Mauchle, AJP/PJA 2012, 933, 948.

4. Das innere System des Zivilrechts im Spiegel von Begriffs-, Interessen-, und Wertungsjurisprudenz

Aufschluss über das Verhältnis konkurrierender Ansprüche lässt sich vielmehr aus dem Modell des inneren Systems des Zivilrechts in Verbindung mit den methodologischen Grundannahmen der Begriffs-, Interessen-, und Wertungsjurisprudenz gewinnen.

Während sich anhand des äußeren Systems die formale Einteilung des Privatrechts abbilden lässt - was freilich auch nur nach Maßgabe der inhaltlichen Aussagen der Normen möglich ist¹⁵⁶ - wird mit Hilfe des inneren Systems versucht, eine vertiefte Diskussion über die gemeinsamen Prinzipien und Wertungen¹⁵⁷ der zivilrechtlichen Normen zu führen.¹⁵⁸ Aus welcher Perspektive die Erkenntnisse über die systembildenden Gemeinsamkeiten gewonnen werden, bestimmt sich sodann nach der Begriffs-, Interessen-, und Wertungsjurisprudenz.

Um sich über die Funktion und Entstehungsweise dieser auch als Subsumtionsmodelle¹⁵⁹ bezeichneten Ansätze bewusst zu werden, ist zu berücksichtigen, dass die Arbeiten¹⁶⁰ von Savigny noch immer den Ausgangspunkt der heutigen Methodenlehre darstellen.¹⁶¹ Bis dahin bediente sich die Jurisprudenz nämlich den Argumentationsmustern der praktischen und politischen

¹⁵⁶ Dazu Kramer, Methodenlehre, S.97.

¹⁵⁷ An diesem Punkt zeigt sich auch die enge Verflechtung mit der insbesondere von Heck (Das Problem der Rechtsgewinnung, S.33 f.) begründeten Interessenjurisprudenz.

¹⁵⁸ Bydlinski, System und Prinzipien, S.31 f.; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn.142 ff.; Kramer, Methodenlehre, S.97; Röhl/Röhl, Rechtslehre, S.438 ff.

¹⁵⁹ Pawlowski, Methodenlehre, S.68.

¹⁶⁰ Insbesondere *ebd.*, Vom Berufe unserer Zeit.

¹⁶¹ Larenz, Methodenlehre, S.11; Pawlowski, Einführung, S.78; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn.700 f.

Philosophie.¹⁶² Dies hatte zur Folge, dass insbesondere moralische, religiöse und metaphysische Überlegungen bei der Auslegung und Anwendung des Rechts Berücksichtigung fanden.¹⁶³ Durch die Philosophie *Kants*¹⁶⁴ begann die Jurisprudenz zudem sich von diesen stark wertbezogenen Postulaten zu lösen und einen eigenen Aufgabenbereich zu begründen, der in der Sicherstellung von Freiheitssphären besteht.¹⁶⁵

Diese Entwicklung markierte den Beginn der sog. Begriffsjurisprudenz, welche - ihrem Namen entsprechend - auf die Schaffung eines kohärenten Systems durch die logische Ableitung von Begriffen abzielte unter die unmittelbar subsumiert werden sollte.¹⁶⁶ Der Grund für die Entstehung der Begriffsjurisprudenz bestand in der Kritik an der von *Kant* aufgestellten „Freiheitsdoktrin“.¹⁶⁷ Da dieser Ansatz im Vergleich zu der oben erwähnten philosophischen Herangehensweise als zu konturlos wahrgenommen wurde, sah man in der strikten Argumentation anhand von Worten die Chance, dem Recht wieder einen festen Bezugspunkt zu verleihen.¹⁶⁸ Ansatzpunkt für die Entwicklung der Begriffsjurisprudenz waren Ausschnitte früherer Arbeiten von *Savignys*, dessen Ziel es war, das Recht aus sich selbst heraus weiter zu entwickeln und daneben auch logische Elemente

¹⁶² *Pawlowski*, Einführung, S. 78.

¹⁶³ *Pawlowski*, Einführung, S. 78.

¹⁶⁴ Hierzu bereits oben S.8.

¹⁶⁵ *Pawlowski*, Einführung, S. 78.

¹⁶⁶ *Bydlinski*, System und Prinzipien, S.61; zu den Anfängen der Begriffsjurisprudenz, bei denen es nicht um die Ableitung von Gesetzesbegriffen, sondern zunächst um die Ableitung von seitens der Rechtsdogmatik geschaffenen Begriffen ging, siehe *Pawlowski*, Einführung, S. 78 (insbes. 80) ff.

¹⁶⁷ *Pawlowski*, Einführung, S. 78 f.

¹⁶⁸ *Pawlowski*, Einführung, S. 78 f.

verwendete.¹⁶⁹ Die Begriffsjurisprudenz bediente sich sodann nur noch der logischen Elemente. Da ein allein nach naturwissenschaftlicher Logik aufgebautes Rechtssystem aber aufgrund der Bedeutungsvielfalt von Worten¹⁷⁰ realitätsferne Ergebnisse produziert, wird sie heute – zumindest in ihrer Reinform – zu Recht abgelehnt.¹⁷¹

Die ihr nachfolgende und insbesondere von *Heck* begründete Interessenjurisprudenz¹⁷² wendete sich von der höchst abstrakten Systematik der Begriffsjurisprudenz ab und rückte die wiederstreitenden Interessen innerhalb eines Rechtsstreits in den Mittelpunkt. Die Aufgabe von Rechtsnormen sah *Heck* darin, bestimmte menschliche Interessenkonflikte zu lösen. Dabei gebe die jeweilige Rechtsnorm vor, zu wessen Gunsten und zu wessen Lasten der Interessenkonflikt aufzulösen ist.¹⁷³ Der Rechtsanwender habe folglich herauszuarbeiten, welche menschlichen Interessenkonflikte eine Vorschrift lösen soll und ob es darüber hinausgehende Interessen der Gemeinschaft gibt, die zum Erlass der Vorschrift geführt haben.¹⁷⁴ Der Interessenbegriff *Hecks* wurde jedoch wegen seiner Unschärfe kritisiert. Unklar blieb nämlich, ob sich die Auslegung tatsächlich nur an Interessen der Beteiligten orientieren sollte¹⁷⁵, oder aber nach Maßgabe der Bewertungsentscheidungen der

¹⁶⁹ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S.113 f.

¹⁷⁰ Dazu bereits oben S.27 f.

¹⁷¹ So auch *Bydlinski*, System und Prinzipien, S.61,63; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn.492 ff.

¹⁷² *ebd.*, Das Problem der Rechtsgewinnung; Gesetzesauslegung und Interessensjurisprudenz.

¹⁷³ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 115.

¹⁷⁴ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 115.

¹⁷⁵ Hiervon ausgehend *Pawlowski*, Einführung, S.90; in abgeschwächter Form *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S.127 f.; *Larenz*, Methodenlehre, S.53, 119

Rechtsordnung, deren Aufgabe auch darin gesehen wurde, die Interessen der Gemeinschaft zu bewahren.¹⁷⁶

Genau an dieser Stelle setzte die so genannte Wertungsjurisprudenz¹⁷⁷ an und entwickelte die Grundrichtung der Auslegung fort. Beide Ansätze lassen sich aber miteinander harmonisieren.¹⁷⁸ Während der Interessensjurisprudenz vorgeworfen wird dann keine Antworten auf Auslegungsfragen zu geben, wenn eine Regelungslücke durch veränderte Wertvorstellungen entstanden ist, erlaubt die Wertungsjurisprudenz gerade diese geänderten Wertvorstellungen zur Grundlage der Auslegung zu machen.¹⁷⁹ Zur Harmonisierung der beiden Ansätze, seien auf einer ersten Stufe also die Interessenkonflikte herauszuarbeiten, die der frühere Gesetzgeber mit den im Streitfall einschlägigen Normen lösen wollte.¹⁸⁰ Lässt sich hieraus kein eindeutiges Ergebnis gewinnen, so könne auf einer tieferen Ebene die einschlägigen Vorschriften als Ausprägung einer feststehenden Werteordnung

¹⁷⁶ Dazu *Rüthers*, *Rechtstheorie* 41 (2010), 141, 146; siehe auch *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, S.123 f.

¹⁷⁷ *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, S.327 f. zeigen auf, dass die Wertungsjurisprudenz auch eine große Angriffsfläche für Kritiker bietet. Dem ist zuzugeben, dass eine wertbasierte Auslegung auch konturlos bzw. aufgrund der fließenden Übergänge bei der Argumentation als Risiko für die Rechtssicherheit erscheinen mag. In der Tat geht mit der Weite der möglichen Argumentationsmuster eine große Verantwortung für den Rechtsanwender einher – hieran erinnert auch *Häsemeyer*, in: FS Schapp, S.241, 252. Andererseits besteht nur mit einem sich stets weiterentwickelnden und nach Maßgabe konsistenter Methodik anpassbaren Recht die Möglichkeit, adäquate Lösungen auf immer neue Konfliktlagen zu liefern, so auch *Häsemeyer*, in: FS Schapp, S.241, 254.

¹⁷⁸ Siehe *Wolf/Neuner*, *BGB-AT*, S.92, die von einer Verkehrung des Verhältnisses von Interessen der Beteiligten zugunsten der Wertungen der Rechtsordnung sprechen.

¹⁷⁹ *Pawlowski*, *Einführung*, S.90.

¹⁸⁰ *Pawlowski*, *Methodenlehre*, S.70.

verstanden und dahingehend untersucht werden.¹⁸¹ Zusammenfassend hilft die Wertungsjurisprudenz den Konflikt zwischen zwei Gesetzgebern – nämlich dem damaligen und dem hypothetischen „aktuellen“ Gesetzgeber – aufzulösen.¹⁸²

Bei der werteorientierten Auslegung sind in heutiger Zeit insbesondere auch Einflüsse des (EU-)Verfassungsrechts von übergeordneter Bedeutung.¹⁸³ So lässt sich anhand von Art.169 AEUV, Art.38 EU-Grundrechtecharta beispielweise explizit die Schaffung eines hohen Verbraucherschutzniveaus in den nationalen Rechtsordnungen als Ziel ausmachen.¹⁸⁴

Für die Beantwortung von Konkurrenzfragen bedeutet dies, dass der Rechtsanwender im Rahmen der konkurrenzspezifischen Auslegung zu hinterfragen hat, ob für die konkrete Konkurrenzlage der Grundsatz der freien Anspruchskonkurrenz Bestand hat, oder ob dieser aufgrund gesetzesspezifischer Wertungen zu durchbrechen ist. Die Harmonisierung dieser Konfliktlage ist sodann durch Abwägung der verschiedenen norminternen Zwecke und Wertungen vorzunehmen.¹⁸⁵ Denklogisch ist zunächst zu untersuchen, ob die Wertungen eines Normkomplexes derart überwiegen, dass dieser den anderen Normkomplex in Form der Gesetzeskonkurrenz verdrängt, oder etwa in Gestalt der Einwirkung nur einzelne Vorschriften übergreifen.

¹⁸¹ Pawlowski, Methodenlehre, S.70 f.

¹⁸² Pawlowski, Einführung, S.91.

¹⁸³ Wolf/Neuner, BGB-AT, S.93.

¹⁸⁴ In diese Richtung auch Schwab/Löhning (Einführung, S.32), welche von einem prägenden Einfluss des Verbraucherschutzes auf die dogmatischen Grundlagen des Zivilrechts ausgehen.

¹⁸⁵ So auch Huber, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, 234, 240; Klocke, JA 2013, 581, 582;

5. Ansprüche im Bezugsrahmen des inneren Systems – Konkurrenzsituationen als „Lücken“

Sind die jeweiligen Normzwecke, Interessen und/oder Wertungen herausgearbeitet, stellt sich die Aufgabe die hieraus gewonnen Erkenntnisse auch methodisch in Form zu gießen.

Denklogisch ist dabei zuerst zu fragen, ob eine Gesetzeskonkurrenz vorliegt, also die vollständige Verdrängung eines konkurrierenden Anspruchs.¹⁸⁶ Dies setzt den Vergleich der vollständigen Rechtssätze voraus, also aller zu Tatbestand und Rechtsfolge gehörenden Bestandteile. Greift der Anwendungsvorrang hinsichtlich eines Teilaspekts, wie z.B. der Verjährungsregel, nicht, so ist die Gesetzeskonkurrenz abzulehnen, sofern nicht einem Vergleichsbestandteil überragende Bedeutung zuzumessen ist, was jedoch nur in seltenen Ausnahmefällen anzunehmen ist. Daraufhin ist zu untersuchen, ob eine Anspruchskonkurrenz mit Einwirkung vorliegt und wie weit der Übergriff der verdrängenden Vorschriften reicht.

Ist die parallele Anwendung der konkurrierenden Vorschriften nicht möglich – etwa weil sich deren Rechtsfolgen widersprechen - entsteht eine so genannte Kollisionslücke.¹⁸⁷

¹⁸⁶ *Klocke*, JA 2013, 581, 582; *Wank* (Auslegung, S.100), der jedoch, wie oben gezeigt, dafür plädiert die Vorschriften bereits vor Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen, auf eine mögliche Gesetzeskonkurrenz untersuchen möchte, was im Ergebnis abzulehnen ist, siehe Fn.73.

¹⁸⁷ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn.274, 845, die jedoch lediglich bei sich von vornherein widersprechenden Vorschriften von einer „Kollisionslücke“ sprechen („a“ und „non a“ als Rechtsfolge). Der Begriff sollte jedoch ausgedehnt werden auch auf die Fälle der Einwirkung, sowie der qua Auslegung festgestellten Gesetzeskonkurrenz.

a. Methodische Einordnung der Gesetzeskonkurrenz

Mit *Huber* wird eine Gesetzeskonkurrenz hier so verstanden, dass ein Normkomplex einen anderen Normkomplex dergestalt verdrängt, dass dieser von vornherein nicht zur Anwendung gelangt.¹⁸⁸ Da der weichende Normkomplex an sich erfüllt ist und damit vorliegen würde, wird bei Annahme der Gesetzeskonkurrenz eine einschränkende Regel dahingehend zugefügt, dass Normkomplex B nicht bei gleichzeitigem Vorliegen von Normkomplex A gelten solle. Es handelt sich damit um die auf dem Differenzierungsgebot beruhende teleologische Reduktion.¹⁸⁹

b. Methodische Einordnung der Einwirkung

Im Falle der Einwirkung – wenn also ein Teil eines Normkomplexes auf einen anderen erstreckt werden soll – handelt es sich konsequenterweise um eine teleologische Extension hinsichtlich der erstreckten Vorschriften und gleichzeitig eine teleologische Reduktion im Fall der verdrängten Vorschriften.¹⁹⁰

¹⁸⁸ *Huber*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelgewährleistung, S.198.

¹⁸⁹ *Huber*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelgewährleistung, S.199.

¹⁹⁰ *Huber*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelgewährleistung, S.199 f.

III. Zusammenfassung der Ergebnisse – methodisches Vorgehen in Konkurrenzsituationen

Es hat sich gezeigt, dass aufgrund der Konzeption des Anspruchs im BGB, welches einen vom formellen Recht losgelösten Anspruchsbegriff enthält, die Antwort auf die Frage nach dem Umgang mit Konkurrenzsituationen allein im materiellen Recht zu finden ist (B., S.6 ff.).

Anspruchskonkurrenz bedeutet, dass ein Sachverhalt die *Tatbestände* mehrerer Anspruchsgrundlagen erfüllt – ein konkurrieren von Anwendungsbereichen oder Schutzzwecken zweier Gesetze genügt hierfür nicht (C. I., S.15 ff.). Dabei sind verschiedene Erscheinungsformen von Konkurrenzen zu unterscheiden. Zum einen können die Tatbestände konkurrierender Ansprüche vollständig differieren oder deckungsgleich sein, in einem Spezialitätsverhältnis zueinanderstehen oder sich nur teilweise überschneiden. Zum anderen kann sich auf der Rechtsfolgenseite ergeben, dass sich die Rechtsfolgen gleichen, unterscheiden oder einander widersprechen (C. II. 1., S.21 ff.). Als mögliche Folgen der Anspruchskonkurrenz sind die vollständige Verdrängung eines Rechtssatzes, die Parallelität der Ansprüche (Grundsatz der freien Anspruchskonkurrenz) oder die Einwirkung einer Anspruchsgrundlage (z.B. Einwirkung auf die Verjährungsmodalitäten eines Anspruchs) auf die andere zu unterscheiden (C. II. 2., S.25 ff.).

Ferner hat sich gezeigt, dass Anspruchskonkurrenzen stets die Folge des Zusammenwirkens von Normen sind. Bei der Rechtsanwendung ist der zu beurteilende Sachverhalt zunächst anhand der Gesamtrechtsordnung zu bewerten, d.h. es ist unter Zuhilfenahme der Methodenlehre festzustellen, ob und welche Tatbestände erfüllt sind. Steht als Ergebnis fest, dass mehr als ein Anspruch für einen Sachverhalt besteht, so ist nach Identifizierung des Konkurrenzbereichs im Rahmen einer konkurrenzspezifischen Auslegung zu untersuchen, ob die

Vorschriften nebeneinander bestehen bleiben, oder aber Gesetzeskonkurrenz bzw. eine sog. Einwirkung erforderlich ist (C. III. 1., S.27 ff.). Das äußere System der Rechtsordnung liefert weitere Begründungszusammenhänge für die Entstehung von Anspruchskonkurrenzen. Der Gesetzgeber hat ideell so viele Anspruchsgrundlagen zu schaffen, wie Sachverhalte eine bestimmte Rechtsfolge (z.B. Unterlassung) rechtfertigen (C. III. 2., S.30 ff.). Schließlich stellen sich Fälle der Gesetzeskonkurrenz und der Einwirkung als Kollisionslücken dar, die anhand des inneren Systems des Zivilrechts aufzulösen sind. Die Kollisionslösung erfolgt dabei insbesondere durch die Ansätze der Interessen- und Wertungsjurisprudenz (C. III. 4. und 5., S.39 ff., S.44 ff.).

Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse soll im zweiten Teil der Arbeit das Verhältnis von § 3a UWG und § 1 UKlaG geklärt werden.

2. Teil

Das Konkurrenzverhältnis zwischen § 3a UWG und § 1 UKlaG

Als konkretes Beispiel für die hier zu untersuchende Konkurrenzsituation sei an den bereits zu Beginn der Arbeit erwähnten und einfach zu bildenden Fall erinnert, bei dem ein Unternehmer gegenüber Marktteilnehmern unwirksame AGB verwendet oder diese jedenfalls empfiehlt.

Hier stellt sich die Frage, ob gegen den Unternehmer Unterlassung aus § 3a UWG **und** § 1 UKlaG verlangt werden kann, oder ein Anspruch den anderen verdrängt bzw. – etwa hinsichtlich der Verjährung – modifiziert.

A. Die Entwicklung der Verbandsklagen nach UWG und UKlaG in der Gesamtrechtsordnung

Dogmatischer Ausgangspunkt der Geltendmachung von – an sich fremden - Ansprüchen im Interesse der Allgemeinheit ist im deutschen Recht das UWG 1896.¹⁹¹ Der Grundgedanke, wonach bestimmte Gesetzesverstöße nicht nur individuelle Belange betreffen, liegt den Verbandsklagen nach UWG und UKlaG gleichermaßen zugrunde und zeigt deren enge dogmatische Verknüpfung auf.¹⁹² § 1 Abs.1 Satz 2 UWG 1896 sah eine Verbandsklagebefugnis für Wirtschaftsverbände zur

¹⁹¹ Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27.5.1896, RGBl 1896, S.145.

Dies gilt zumindest für das Verständnis der Verbandsklage in ihrer heutigen Gestalt. Die wenigen bis dahin noch bestehenden Popularklagebefugnisse galten als überkommene Relikte früherer Zeit. Insofern lässt sich von einer Renaissance der Verbandsklage durch das UWG 1896 sprechen; *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, S.221.

¹⁹² *Schlosser*, in: Staudinger BGB, Einl. UKlaG, Rn.1; *Zhang*, Kollektiver Rechtsschutz, S.11.

Bekämpfung irreführender Werbung vor. Beweggrund für die Einführung einer derartigen Klagebefugnis war die Erwägung, dass die Lauterkeit des Wettbewerbs als besonders schützenswertes Gut¹⁹³ durch eine Ausweitung der Aktivlegitimierten effektiver zu gewährleisten sei.¹⁹⁴ Folglich war für die Klageberechtigung weder Voraussetzung, dass die mit den falschen Werbeangaben verfolgten Ziele tatsächlich eingetreten sind¹⁹⁵, noch das Bestehen eines besonderen rechtlichen Interesses¹⁹⁶. Mit dem UWG von 1909 wurde die Klagebefugnis der Gewerbeverbände auf sämtliche Wettbewerbsverstöße ausgedehnt.

1965 schließlich wurde die Anzahl der Aktivlegitimierten durch Aufnahme der Verbraucherverbände in den Kreis der Klagebefugten nach § 13 Abs.1a UWG a.F. erweitert.¹⁹⁷ Die bis dahin fehlende Klagebefugnis der Verbraucherverbände hatte dazu geführt, dass unzulässige Wettbewerbshandlungen zulasten der Verbraucher nur selten durch die von anderen Interessen bewogenen Mitbewerber und Gewerbeverbände verfolgt wurden.¹⁹⁸ Vor diesem Hintergrund verwundert es, dass die

¹⁹³ RT-Drucks.-Nr. 1151 (9.Legislaturperiode, Session 1995/97,9), Aktenstück Nr.35, S.100.

¹⁹⁴ RT-Drucks.-Nr. 1151 (9.Legislaturperiode, Session 1995/97,9), Aktenstück Nr.35, S.104; so auch *Halfmeier*, 50 Jahre Verbraucherverbandsklage, S.12 f.; *Schlosser*, in: Staudinger BGB, Einl. UKlaG, Rn.1.

¹⁹⁵ RT-Drucks.-Nr. 1151 (9.Legislaturperiode, Session 1995/97,9), Aktenstück Nr.35, S.103.

¹⁹⁶ RT-Drucks.-Nr. 1151 (9.Legislaturperiode, Session 1995/97,9), Aktenstück Nr.35, S.104.

¹⁹⁷ Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, des Warenzeichengesetzes und des Gebrauchsmustergesetzes vom 21.7.1965, BGBl I vom 30.7.1965 S.625.

¹⁹⁸ BT-Drucks. 4/2217, S.3; dazu auch *Halfmeier*, 50 Jahre Verbraucherverbandsklage, S.14.

Klagebefugnis der Verbraucherverbände zunächst lediglich auf solche Gesetzesverstöße beschränkt werden sollte, bei denen man abstrakt eine wesentliche Betroffenheit der Verbraucher annahm.¹⁹⁹ Während der Vorschlag der SPD-Fraktion für eine alle Ansprüche des UWG umfassende Klagebefugnis der Verbraucherverbände nicht die nötige Mehrheit fand, wurde eine Aktivlegitimation letztlich für solche Verstöße eingeräumt, die „wesentliche Belange der Verbraucher berührt“.²⁰⁰

Ab Beginn der 1960er Jahre und damit teilweise parallel fand eine intensive Diskussion über die Kodifizierung des AGB-Rechts statt, welche 1976 in der Verabschiedung des AGB-Gesetzes mündete.²⁰¹ § 13 AGBG sah, wie auch das UWG 1965, eine Klagebefugnis für Verbraucher- und Wirtschaftsverbände sowie Industrie- und Handelskammern wie auch Handwerkskammern vor. Gegenüber dem auch angedachten Modell einer zentralen Verbraucherschutz- oder AGB-Kontrollbehörde²⁰², wurde die Einführung einer Verbandsklage

¹⁹⁹ So insbesondere im Falle der irreführenden Werbung BT-Drucks. 4/2217, S.5; Der Vorschlag der SPD-Opposition, nach dem Verbraucherverbänden eine Klagebefugnis für alle Ansprüche des UWG eingeräumt werden sollte, konnte sich nicht durchsetzen, BT-Drucks. 4/2001, S.1; *Halfmeier*, 50 Jahre Verbraucherverbandsklage, S.15; *Pahlow*, in: Großkommentar UWG, Einl. B, Rn.42.

²⁰⁰ BT-Drucks. 4/3403, S.2; *Halfmeier*, 50 Jahre Verbraucherverbandsklage, S.15

²⁰¹ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbestimmungen (AGB-Gesetz) vom 9.12.1976, BGBl. I 1976 I, S.3317; Zur Gesetzesgeschichte des AGB-Gesetzes ausführlich *Hensen*, in: FS Heinrichs, S.335 ff.; *Micklitz/Rott*, in: MüKO ZPO, Vor §§ 1 ff. UKlaG, Rn.8 f.; siehe auch *Halfmeier*, 50 Jahre Verbraucherverbandsklage, S.16.

²⁰² Zur aktuellen Diskussion Verstöße gegen UWG, AGB-Recht sowie andere verbraucherschützende Vorschriften stärker durch Behörden verfolgen zu lassen siehe die vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie in Auftrag gegebene Studie von *Podszun/Busch/Henning-Bodewig* (Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts? – Darstellung und Systematisierung

gegen rechtswidrige AGB als „kleine Lösung“ bezeichnet.²⁰³ Eine von *Meller-Hannich* und *Höland* durchgeführte Studie zur Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente macht hingegen deutlich, dass sich das Modell der Verbandsklage grundsätzlich bewährt hat und als erfolgreich einzustufen ist.²⁰⁴

Im Rahmen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes²⁰⁵, wurde das AGB-Gesetz schließlich aufgehoben.²⁰⁶ Dabei wurden dessen materiellrechtlichen Vorschriften der §§ 1 – 11 AGBG in die §§ 305 – 310 BGB verlagert, während sich der prozessrechtliche Teil der §§ 13 – 22a AGBG in dem nunmehr etablierten Unterlassungsklagengesetz wiederfindet.²⁰⁷ Die §§ 1a, 2, 2a und 4 a UKlaG regeln darüber hinaus weitere

von Möglichkeiten und Defiziten der privaten Durchsetzung des Verbraucherschutzes sowie Einbeziehung der Kartellbehörden zu dessen Durchsetzung, Februar 2018) (abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/behoerdliche-durchsetzung-des-verbraucherrechts.html>) (abgerufen am 20.03.2019); *dies.*, GRUR 2018, 1004 ff.

²⁰³ *Halfmeier*, 50 Jahre Verbraucherverbandsklage, S.16; *Hensen*, in: FS Heinrichs, S.353

²⁰⁴ *Meller-Hannich/Höland*, Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente; die Ergebnisse finden sich zusammengefasst in DRiZ 2011, 164 ff.; siehe auch *Meller-Hannich*, in: Die EU-Sammelklage, S.33, 54 ff.; dazu auch *Halfmeier*, 50 Jahre Verbraucherverbandsklage, S.20 ff.

²⁰⁵ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl I Nr. 61/2001 vom 29.11.2001 S. 3138 ff

²⁰⁶ Dazu *Micklitz/Rott*, in: MüKO ZPO, Vor §§ 1 UKlaG, Rn.12 ff.

²⁰⁷ Diese formaljuristische Aufgliederung des AGB-Gesetzes in BGB und UKlaG warf die hier nicht weiter zu behandelnde Frage auf, ob die Ansprüche des Unterlassungsklagengesetzes mit der h.M. als materiellrechtliche oder aber prozessrechtliche Ansprüche zu qualifizieren sind, dazu ausführlich *Micklitz/Rott*, in: MüKO ZPO, § 1 UKlaG, Rn.2 ff.; *Schlosser*, in: Staudinger BGB, § 1 UKlaG Rn.4 f.; ausführlich auch *Zhang*, Kollektiver Rechtsschutz, S.17 ff.

Verbandsklagerechte bei Verstößen gegen andere Verbraucherschützende Vorschriften.²⁰⁸

B. Die Entwicklung kollektiver Rechtsbehelfe im europäischen Recht

Mit Art.4 der Richtlinie 1984/450/EWG über irreführende Werbung²⁰⁹ wurde erstmals auch im europäischen Sekundärrecht eine Möglichkeit zur Durchsetzung allgemeiner Interessen im Wege kollektiver Rechtsschutzinstrumente geschaffen.²¹⁰ Nach dieser Regelung sollten bestimmte Organisationen oder Personen, die an der Verhinderung irreführender Werbung zugunsten von Verbrauchern und Mitbewerbern ein berechtigtes Interesse haben, eine Klagebefugnis nach nationalem Recht erhalten. Darauf folgte die Einführung weiterer Kollektivklagebefugnisse, wie z.B. in Art.7 Abs.2 der Richtlinie 1993/13/EWG²¹¹ über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.²¹² Durch die Richtlinie 1998/27/EG²¹³ über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen wurden neben den zwei genannten,

²⁰⁸ Kritisch dazu *Micklitz/Rott*, in: MüKO ZPO, Vor §§ 1 ff. UKlaG, Rn.12; Stoffels, AGB-Recht, Rn.1224 f.

²⁰⁹ Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, ABl Nr. L 250 vom 19.9.1984 S. 17 – 20.

²¹⁰ *Micklitz*, in: MüKO UWG, Art.11 UGP-Ril., Rn.5.

²¹¹ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl Nr. L 95 vom 21.4.1993, S.29 – 34

²¹² Wie auf S.50 gezeigt, sah das deutsche Recht in § 13 AGB-Gesetz eine solche Klagemöglichkeit bereits vor; dazu *Halfmeier*, 50 Jahre Verbraucherverbandsklage, S.17 f.

²¹³ Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl Nr.L 166 vom 11.6.1998, S.51 – 55

sieben weitere Verbandsklagebefugnisse²¹⁴ in einer gemeinsamen Richtlinie zusammengeführt. Dabei zielt die Richtlinie weniger auf die Schaffung eines kohärenten Systems von Unterlassungsklagen ab, sondern will lediglich Regeln für die grenzüberschreitende Geltendmachung von Verbraucherverbandsklagen aufstellen.²¹⁵ Inzwischen ist sie durch die Richtlinie 2009/22/EG²¹⁶ abgelöst worden, was jedoch vor allem aus Gründen der Übersichtlichkeit erfolgte²¹⁷, wie insbesondere die Auflistung von geänderten und neu erlassenen

²¹⁴ 1. Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Fall von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl L 372 vom 31. 12. 1985, S. 31.

2. Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl L 42 vom 12. 2. 1987, S. 48), zuletzt geändert durch die Richtlinie 98/7/EG, ABl L 101 vom 1. 4. 1998, S. 17.

3. Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität: Artikel 10 bis 21, ABl L 298 vom 17. 10. 1989, S. 23, geändert durch die Richtlinie 97/36/EG, ABl L 202 vom 30. 7. 1997, S. 60.

4. Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen, ABl L 158 vom 23. 6. 1990, S. 59.

5. Richtlinie 92/28/EWG des Rates vom 31. März 1992 über die Werbung für Humanarzneimittel, ABl L 113 vom 30. 4. 1992, S. 13.

6. Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien, ABl L 280 vom 29. 10. 1994, S. 83.

7. Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl L 144 vom 4. 6. 1997, S. 19.

²¹⁵ Witt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, Vor § 1 UKlaG, Rn.6; Stoffels, AGB-Recht, Rn.1219.

²¹⁶ Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl Nr. L 110 vom 1.5.2009, S. 30.

²¹⁷ Erwägungsgrund 1 S.2 Richtlinie 2009/22/EG.

Richtlinien zeigt.²¹⁸ Außerdem enthält die das Verbraucherrecht maßgeblich beeinflussende sog. Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU²¹⁹ in ihrem Art.23 Abs.2 eine Regelung, welche den Schutz der von ihr verbürgten Rechte mithilfe des kollektiven Rechtsschutzes vorsieht. Als jüngste Ansätze der EU auf dem Gebiet des kollektiven Rechtsschutzes sind zum einen die

²¹⁸ 1. Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl L 171 vom 7.7.1999, S. 12.

2. 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 L 178 vom 17.7.2000, S. 1).

3. Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel: Artikel 86 bis 100, ABl L 311 vom 28.11.2001, S. 67.

4. Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, ABl L 271 vom 9.10.2002, S. 16.

5. Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, ABl L 149 vom 11.6.2005, S. 22.

6. Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl L 376 vom 27.12.2006, S. 36.

7. Richtlinie 2008/122/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Januar 2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen, ABl L 33 vom 3.2.2009, S. 10.

²¹⁹ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl L 304 vom 22.11.2011, S. 64.

Empfehlung 2013/396/EU über die gemeinsamen Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren zu nennen, deren Schwerpunkt auf kollektiven Schadensersatzverfahren liegt. Der deutsche Gesetzgeber hat sich dazu entschlossen, die nach Art.288 Abs.5 AEUV unverbindliche Empfehlung nicht umzusetzen.²²⁰ Zum anderen ist der Vorschlag²²¹ der EU-Kommission zur Stärkung von Verbraucherrechten in der EU vom 11.04.2018 zu nennen. Der Vorschlag zielt insbesondere auf die Verschärfung kollektiver Rechtsschutzinstrumente durch Einführung finanzieller Strafen für Unternehmer, die gegen Verbraucherrechte verstoßen, sowie die Verbesserung der Transparenz des Onlinehandels ab.

²²⁰ BT-Drucks. 18/6422 vom 14.10.2015.

²²¹ Abrufbar unter: https://ec.europa.eu/germany/news/20180411-verbraucherrechte_de (abgerufen am 29.03.2019).

C. Untersuchung des Konkurrenzverhältnisses

Um eine genaue Aussage über das Verhältnis zweier Anspruchsgrundlagenkomplexe treffen zu können, sind zunächst auch die Anwendungsbereiche und Schutzzwecke zu untersuchen.²²²

I. Anwendungsbereiche

Artikel 2 Richtlinie 2005/29/EG

Definitionen

Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

[...]

d) „Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern“ (nachstehend auch „Geschäftspraktiken“ genannt) jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt [...]

Artikel 3 Richtlinie 2005/29/EG

Anwendungsbereich

(1) Diese Richtlinie gilt für unlautere Geschäftspraktiken im Sinne des Artikels 5 zwischen Unternehmen und Verbrauchern vor, während und nach Abschluss eines auf ein Produkt bezogenen Handelsgeschäfts.

§ 2 UWG

Definitionen

(1) Im Sinne dieses Gesetzes bedeutet

1. "geschäftliche Handlung" jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt; als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen auch Rechte und Verpflichtungen;

[...]

1. UWG

a. Die „geschäftliche Handlung“, § 2 Abs.1 Nr.1 UWG

Der Begriff der „geschäftlichen Handlung“ markiert den sachlichen Anwendungsbereich des UWG und grenzt es gleichzeitig vom allgemeinen Deliktsrecht ab.²²³ Nur bei

²²² So auch *Becker*, Konkurrenz von Marken- und Geschmacksmusterschutz, S.6.

²²³ *Bähr*, in: MüKO UWG, § 2 Rn.7; *Köhler*, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 2 Rn.3.

Vorliegen einer „geschäftlichen Handlung“ stellt sich die Frage nach der Unzulässigkeit i.S.d. §§ 3 Abs.1, 7 Abs.1 UWG.

Die Definition der geschäftlichen Handlung dient der Umsetzung des Begriffs der „Geschäftspraktik“ nach Art.2 lit.d UGP-Richtlinie und erweitert diesen in *fünffacher* Hinsicht, indem er Maßnahmen im Vertikalverhältnis gegenüber sonstigen Marktteilnehmern, Maßnahmen gegenüber Mitbewerbern, Maßnahmen beim Bezug von Waren und Dienstleistungen, Maßnahmen Dritter, die nicht im Namen und/oder im Auftrag des Unternehmers handeln oder nicht Unternehmer sind, zur Förderung des Absatzes oder Bezugs eines fremden Unternehmens und letztlich Maßnahmen, die außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie liegen²²⁴ erfasst.²²⁵

aa. „[...] *jedes Verhalten einer Person* [...]“

Eine geschäftliche Handlung setzt zunächst das Verhalten einer Person voraus. Person kann dabei eine natürliche Person sowie jedes Personengebilde sein, welches deliktsrechtlich verantwortlich handeln kann.²²⁶ Im Unterschied zur UGP-Richtlinie ist für den Anwendungsbereich des UWG nur relevant, dass die jeweils handelnde Person marktbezogen tätig ist.²²⁷

Erfasst sein soll positives Tun sowie Unterlassen, weshalb der Gesetzgeber im Gegensatz zum UWG 2004 klarstellend den Begriff des „Verhaltens“ gegenüber der „Wettbewerbshandlung“²²⁸ eingeführt hat. Diese Änderung hat

²²⁴ Wie z.B. der Rechtsbruchtatbestand gem. § 3a UWG.

²²⁵ Köhler, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 2 Rn.8.

²²⁶ Bähr, in: MüKO UWG, § 2 Rn.26; Köhler, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 2 Rn.11.

²²⁷ Keller, in: Harte/Henning, § 2 Rn.21 ff.

²²⁸ Hierzu Köhler, GRUR 2005, 793, 794 f.; *ders.*, WRP 2007, 1393.

jedoch rein deklaratorischen Charakter, da die „Handlung“ formaljuristisch in der deutschen Dogmatik stets auch ein Unterlassen erfasst hat.²²⁹ Damit sind alle menschlichen Verhaltensweisen, wie z.B. auch Äußerungen erfasst.²³⁰

bb. „[...] zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens [...]“

Die Handlung muss darüber hinaus der Förderung des eigenen oder eines fremden Unternehmens dienen.

Der Begriff des Unternehmens bzw. unternehmerischen Handelns ist zum Schutz der anderen Marktteilnehmer weit auszulegen, so dass insbesondere nicht auf die Rechtsform, sondern auf die tatsächliche Stellung im Wettbewerb abzustellen ist.²³¹ Erforderlich ist damit „[...] ein selbstständiges und planmäßiges, auf eine gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt [...]“²³². Im Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie – und zur Vermeidung einer gespaltenen Auslegung auch darüber hinaus - ist auf den Begriff des „Gewerbetreibenden“ in Art.2 lit.b UGP-Richtlinie abzustellen, der durch den Unternehmerbegriff in § 14 BGB umgesetzt wird.²³³

Der Begriff der geschäftlichen Handlung erfasst auch jedes Verhalten „[...] zugunsten [...] eines fremden Unternehmens [...]“. Während über die Definition des Unternehmers nach § 2 Abs.1 Nr.6 UWG bereits Personen die „[...] im Namen oder Auftrag [...]“ eines Unternehmers handeln, miterfasst sind, werden so auch sonstige Dritte Teil des Personenkreises, deren

²²⁹ Kritisch daher Köhler, in: ders./Bornkamm/Fedderson, § 2 Rn.10.

²³⁰ Köhler, in: ders./Bornkamm/Fedderson, § 2 Rn.11.

²³¹ Köhler, in: ders./Bornkamm/Fedderson, § 2 Rn.21.

²³² So z.B. BGH Urt. v. 4.12.2008 - I ZR 3/06 = GRUR 2009, 871; Bähr, in: MüKO UWG, § 2 Rn.41; Köhler, in: ders./Bornkamm/Fedderson, § 2 Rn.21.

²³³ Hierzu S.93.

Verhalten sich lauterkeitsrechtlich beurteilen lässt.²³⁴
Gegenüber der UGP-Richtlinie handelt es sich hierbei um eine zulässige Erweiterung des Anwendungsbereichs.²³⁵

cc. „[...] vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss [...]“
Gegenüber dem UWG 2004 sind seit Umsetzung der UGP-Richtlinie²³⁶ im Jahr 2008 nicht nur Handlungen vor einem Vertragsschluss, sondern auch solche, die bei²³⁷ oder nach²³⁸ diesem erfolgen, vom Anwendungsbereich des UWG erfasst. Damit wurde das UWG vom reinen Wettbewerbsrecht zu einem Recht der unlauteren Handlungen.²³⁹

dd. „[...] das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt [...]“

Die Handlung muss schließlich mit der Förderung des Absatzes des Unternehmens *objektiv* zusammenhängen. Hierbei ist zu beachten, dass die UGP-Richtlinie nach Art.2 lit.d einen

²³⁴ Zu denken wäre beispielsweise an vereinzelte Handlungen von Unternehmensverbänden, die gerade nicht im Namen oder Auftrag ihrer Mitglieder erfolgen oder eindeutiger, die Förderung außenstehender Unternehmen. Hierzu Köhler, in: *ders./Bornkamm/Fedderson*, § 2 Rn.57 f.

²³⁵ Köhler, in: *ders./Bornkamm/Fedderson*, § 2 Rn.54.

²³⁶ Art.3 Abs.1 UGP-Richtlinie.

²³⁷ Etwa die Durchführung eines auf gesetzeswidrigen AGB beruhenden Vertrages, Bähr, in: *MüKO UWG*, § 2 Rn.148.

²³⁸ Z.B. § 3 Abs. 3 UWG iVm Anhang Nr. 27: das Abhalten von der Durchsetzung von dem Versicherungsnehmer zustehenden Rechten aus dem Versicherungsvertrag, indem Unterlagen verlangt werden, die zur Geltendmachung des Anspruchs nicht erforderlich sind, oder indem Schreiben zur Geltendmachung des Anspruchs systematisch nicht beantwortet werden. Hierzu auch Fezer, in: *ders./Büscher/Obergfell*, § 2 Rn.112.

²³⁹ Köhler, in: *ders./Bornkamm/Fedderson*, § 2 Rn.31.

„unmittelbaren“ Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Unternehmers und der Absatzförderung erfordert.

Der deutsche Gesetzgeber hat hingegen das Wort „objektiv“ eingeführt, da er unter Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs der UGP-Richtlinie nicht nur unlautere geschäftliche Handlungen von Unternehmern gegenüber Verbrauchern regeln wollte, sondern auch gegenüber anderen Marktteilnehmern.²⁴⁰ Insbesondere sollen nach der Vorstellung des Gesetzgebers auch solche Handlungen erfasst sein, die sich nur mittelbar auf den Absatz eines Unternehmers auswirken. Hierzu zählen beispielsweise Absatz- und Werbebehinderungen, Betriebsstörungen (z.B. Betriebsspionage), sowie unberechtigte Abmahnungen anderer Unternehmen.²⁴¹ Da der Gesetzgeber für diese Konstellationen das Wort „unmittelbar“ sprachlich für zu eng hielt, entschied er sich für Einführung des Wortes „objektiv“.²⁴²

b. Das Verwenden und Empfehlen von AGB als „geschäftliche Handlung“

aa. Verwenden

§ 2 Abs.1 Nr.1 UWG

*„jedes Verhalten einer Person zugunsten des **eigenen** [...] **Unternehmens** [...] **bei** [...] einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes [...] **oder** mit dem Abschluss [...] eines Vertrags über Waren und Dienstleistungen objektiv zusammenhängt;“*

Das Verwenden von AGB beinhaltet – als Gegenstand eines positiven Tuns – das Verhalten einer Person, nämlich des

²⁴⁰ BT-Drucks. 16/10145, S.20 f.

²⁴¹ BT-Drucks. 16/10145, S. 21.

²⁴² BT-Drucks. 16/10145, S. 21; *Bähr*, in: MüKO UWG, § 2 Rn.103; *Köhler*, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 2 Rn.53.

Verwenders. Außerdem dient das Verwenden von AGB – durch Schaffung einer in der Regel günstigen Vertragssituation zugunsten des Verwenders in Person des Unternehmers – oft der Förderung des Absatzes.²⁴³ Im Einzelfall kommt es hierauf aber nicht an, da es sich bei dem Merkmal der Absatzförderung lediglich um eine alternative Voraussetzung des § 2 Abs.1 Nr.1 UWG handelt. Das Verwenden von AGB steht jedenfalls immer im objektiven Zusammenhang mit dem Abschluss eines Vertrages über Waren oder Dienstleistungen, da es objektiv darauf gerichtet ist, die Entscheidung des Vertragspartners ob, wie und unter welchen Bedingungen er den Vertrag eingehen möchte, zu beeinflussen.²⁴⁴ Das Verwenden von AGB stellt damit eine geschäftliche Handlung dar.²⁴⁵

bb. Empfehlen

§ 2 Abs.1 Nr.1 UWG

*„jedes Verhalten einer Person zugunsten [...] eines **fremden Unternehmens** vor [...] einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes [...] **oder** mit dem Abschluss [...] eines Vertrags über Waren und Dienstleistungen objektiv zusammenhängt;“*

Ein Empfehlen von AGB zeichnet sich dadurch aus, dass der Empfehlende gerade nicht Vertragspartner werden möchte.²⁴⁶ Das Empfehlen stellt – wie das Verwenden – ein Verhalten einer Person, hier des Empfehlenden, dar.

²⁴³ So BGH Urt. v. 31.3.2010 – I ZR 34/08 Rn.18 = GRUR 2010, 1117; besprochen von Köhler, GRUR 2010, 1047.

²⁴⁴ So auch OLG Hamm Urt. v. 12.1.2013 – 4 U 107/11 = NJOZ 2013, 545; Keller, in: Harte/Henning, § 2 Rn.100; Köhler, in: ders./Bornkamm/Feddersen, § 2 Rn.50.

²⁴⁵ Keller, in: Harte/Henning, § 2 Rn.30; Köhler, in: ders./Bornkamm/Feddersen, § 2 Rn.78.

²⁴⁶ Walker, UKlaG, § 1 Rn.11.

Werden die AGB von einem externen Rechtsanwalt oder von einem Verband ausgearbeitet und empfohlen, so liegt eine geschäftliche Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens vor, welche in der Regel – mit demselben Argument wie oben, nämlich der Schaffung einer günstigen Vertragssituation zugunsten des Verwenders – der Förderung des Absatzes dient.²⁴⁷ Aufgrund der bereits oben dargestellten Alternativität des Merkmals der Absatzförderung, kommt es hierauf auch an dieser Stelle nicht im Einzelfall an. Sofern der Empfänger der Empfehlung beabsichtigt, die empfohlene AGB zu verwenden, muss denklogisch auch an dieser Stelle von einem objektiven Zusammenhang mit dem Abschluss eines Vertrages über Waren und Dienstleistungen ausgegangen werden.

Bezogen auf das Merkmal der „geschäftlichen Handlung“ besteht der einzige Unterschied zwischen den beiden Begriffen somit darin, dass das „Empfehlen“ dem „Verwenden“ zeitlich vorgelagert ist.

2. UKlaG

Das Unterlassungsklagengesetz enthält keine Vorschrift, die den persönlichen oder sachlichen Anwendungsbereich des Gesetzes systematisch definiert. In dem allein § 15 UKlaG²⁴⁸ enthaltenden Abschnitt 5 des Gesetzes grenzt das Unterlassungsklagengesetz lediglich negativ ab, dass das Arbeitsrecht von seinem sachlichen Anwendungsbereich ganzheitlich ausgeschlossen ist. In der Gesetzesbegründung²⁴⁹ zu § 310 Abs.4 BGB 2002 heißt es dazu, dass das System der Unterlassungsansprüche des UKlaG nicht für arbeitsrechtliche

²⁴⁷ Freilich wird idR auch eine geschäftliche Handlung des Empfehlenden vorliegen.

²⁴⁸ Vorgängerregelung: § 23 Abs.1 AGBG.

²⁴⁹ BT.-Drucks.14/7052, S.189.

Streitigkeiten geeignet sei, da § 6 Abs.1 S.1 UKlaG zum einen die Zuständigkeit der Zivilgerichte für Klagen nach dem Gesetz anordnet, was zu Friktionen mit arbeitsgerichtlicher Rechtsprechung führen könne. Zum anderen würde sich – da Arbeitnehmer Verbraucher sind²⁵⁰ - die Frage anschließen, ob Gewerkschaften oder Verbraucherschutzverbände für die Geltendmachung der Unterlassungsansprüche aktivlegitimiert sein sollen.

Versucht man aus der Struktur des Unterlassungsklagengesetzes Erkenntnisse über dessen Anwendungsbereich zu gewinnen, so ergibt sich folgendes Bild:

Das UKlaG enthält insgesamt sechs Abschnitte. Der Abschnitt 1 des Gesetzes regelt in seinen §§ 1, 1a, 2, 2a, 4a UKlaG materielle Unterlassungs-, Widerrufs-, und Beseitigungsansprüche. Die restlichen Vorschriften²⁵¹ des UKlaG setzen hingegen jeweils voraus, dass ein Tatbestand dieser materiellen Vorschriften erfüllt ist. Daraus lässt sich schließen, dass sich der Anwendungsbereich des Unterlassungsklagengesetzes aus den materiellen Tatbeständen des ersten Abschnitts ergibt.

Da die materiellen Tatbestände der §§ 1, 1a, 2, 2a, 4a UKlaG jedoch unverbunden nebeneinanderstehen, haben sie keinen kohärenten Anwendungsbereich.²⁵² Die Anwendbarkeit des

²⁵⁰ Siehe nur BAG Urt. v. 25. 5. 2005 - 5 AZR 572/04 = NZA 2005, 1111; *Preis*, in: Erfurter Kommentar, § 611a Rn.182.

²⁵¹ §§ 2b, 3, 3a, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 12a, 13, 13a, 14 UKlaG. Denklogisch von dieser Feststellung ausgenommen sind § 15 UKlaG, der das Arbeitsrecht vom Anwendungsbereich des UKlaG ausnimmt sowie die Überleitungsvorschriften § 16 UKlaG und - in abgeschwächter Form - § 17 UKlaG.

²⁵² So auch *Micklitz/Rott*, (in: MüKo ZPO, vor § 1 UKlaG, Rn.12), die das UKlaG auch als „*Torso*“ bezeichnen, in dem lediglich die ursprünglichen verfahrensrechtlichen Vorschriften des AGBG „notdürftig miteinander

UKlaG ergibt sich daher aus der Erfüllung jeweils einer der genannten Tatbestände des Gesetzes.

Die eklektische Struktur des UKlaG lässt sich damit erklären, dass der Gesetzgeber das aus insgesamt nur 24 Vorschriften bestehende Unterlassungsklagengesetz als zentrales Umsetzungsgesetz für mittlerweile 23 thematisch verschiedene Richtlinien²⁵³ nutzt. Was die Schutzrichtung dieser

verklebt wurden“. Weiterhin sei das UKlaG zum „Sammelbecken“ für Unterlassungsansprüche aus „allen möglichen Rechtsgebieten geworden.“.

²⁵³ Stand: März 2019:

1. Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl. EG Nr. L 167 S. 10).
2. 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. EG Nr. L 290 S. 18) sowie Artikel 13 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (ABl. EG Nr. L 201 S. 37).
3. Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft (ABl. EG Nr. L 204 S. 37), geändert durch die Richtlinie 98/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juli 1998 (ABl. EG Nr. L 217 S. 18).
4. Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG (ABl. EG Nr. L 271 S. 16).
5. Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates (ABl. EU Nr. L 145 S. 1, 2005 Nr. L 45 S. 18).
6. Richtlinie 2006/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2006 zur Änderung der Richtlinie 2004/39/EG über Märkte für Finanzinstrumente in Bezug auf bestimmte Fristen (ABl. EU Nr. L 114 S. 60).
7. Richtlinie 2006/49/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten (ABl. EU Nr. L 177 S. 201).
8. Richtlinie 2006/73/EG der Kommission vom 10. August 2006 zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie (ABl. EU Nr. L 241 S. 26).
9. Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (ABl. EU Nr. L 255 S. 22).

-
10. Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG (Zahlungsdiensterichtlinie – ABl. EU Nr. L 319 S. 1).
 11. Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates (Verbraucherkreditrichtlinie – ABl. EU Nr. L 133 S. 66).
 12. Richtlinie 2008/122/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Januar 2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen (ABl. L 33 vom 3.2.2009, S. 10).
 13. Richtlinie 2009/110/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten, zur Änderung der Richtlinien 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2000/46/EG (ABl. L 267 vom 10.10.2009, S. 7).
 14. Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) (ABl. L 302 vom 17.11.2009, S. 1)
 15. Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2003/41/EG und 2009/65/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010 (ABl. L 174 vom 1.7.2011, S. 1).
 16. Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 304 vom 22.11.2011, S. 64).
 17. Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) (ABl. L 201 vom 31.7.2002, S. 37), die zuletzt durch Artikel 2 der Richtlinie 2009/136/EG (ABl. L 337 vom 18.12.2009, S. 11) geändert worden ist.
 18. Richtlinie 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (ABl. L 48 vom 23.2.2011, S. 1).
 19. Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten) (ABl. L 165 vom 18.6.2013, S. 63).
 20. Richtlinie 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Februar 2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 (ABl. L 60 vom 28.2.2014, S. 34).
 21. Richtlinie 2014/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontoentgelten, den Wechsel von Zahlungskonten und den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen (ABl. L 257 vom 28.8.2014, S. 214).
 22. Richtlinie (EU) 2015/2302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 90/314/EWG des Rates (ABl. L 326 vom 11.12.2015, S. 1).

Sekundärrechtsakte betrifft, so handelt es sich hierbei überwiegend um Verbraucherschützende Richtlinien. Ein Sachverhalt zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher ist jedoch keine konstitutive Voraussetzung für die Erfüllung des persönlichen Anwendungsbereich des Unterlassungsklagengesetzes, da – wie sich aus der Aktivlegitimation der Industrie- und Handelskammern sowie Handwerkskammern nach § 3 Abs.1 Nr.3 UKlaG mittelbar ergibt – auch die Interessen von Unternehmern geschützt werden sollen. Ausgehend von den materiellen Tatbeständen des ersten Abschnitts, erfasst der persönliche Anwendungsbereich des Unterlassungsklagengesetzes folgende Subjekte in ihrer Rolle als Passivlegitimierte:

- Verwender und Empfehler unwirksamer AGB²⁵⁴; § 1 UKlaG
- Juristische oder natürliche Personen²⁵⁵, die in anderer Weise als durch Verwendung oder Empfehlung von AGB gegen § 271a Abs.1 bis 3, § 286 Abs. 5 oder des § 288 Abs.6; § 1a UKlaG verstoßen
- Juristische oder natürliche Personen, die in anderer Weise als durch Verwendung oder Empfehlung unwirksamer AGB gegen Verbraucherschutzgesetze – insbesondere nach § 2 Abs.2 UKlaG - verstoßen; § 2 UKlaG
- Juristische oder natürliche Personen, die gegen § 95b Abs.1 UrhG verstoßen; § 2a UKlaG
- Juristische oder natürliche Personen, die innergemeinschaftlich gegen Gesetze zum Schutz der Verbraucherinteressen im Sinne von Artikel 3 Buchstabe b

23. Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG (ABl. L 337 vom 23.12.2015, S. 35; L 169 vom 28.6.2016, S. 18).

²⁵⁴ Hierzu S.122.

²⁵⁵ *Ernst*, in: MüKO BGB, § 288 Rn.47; *Krüger*, in: MüKO BGB, § 271a Rn.3.

der Verordnung (EG) Nr.2006/2004²⁵⁶ iVm Anhang Art.3
lit.a Verordnung (EG) Nr.2006/2004 verstoßen; § 4a UKlaG

3. Bestimmung des Konkurrenzbereichs

Während das UWG einen präzisen formulierten Anwendungsbereich mit dem Begriff der „geschäftlichen Handlung“ festlegt, hat das Unterlassungsklagengesetz keinen einheitlichen Anwendungsbereich, sondern definiert sich über die materiellen Tatbestände des ersten Abschnitts des Gesetzes. Der Anwendungsbereich des UWG ist dabei bewusst weit gefasst, um maßgeblichen Einfluss auf die Lauterkeit des Wettbewerbs nehmen zu können. Die Struktur des Unterlassungsklagengesetzes ist dem vom Gesetzgeber verfolgten Konzept geschuldet, eine große Anzahl von Richtlinien in einem Regelwerk umzusetzen. Eine punktuelle Überschneidung der beiden Gesetze ergibt sich u.a. in der Erfassung des Verwendens und Empfehlens unwirksamer AGB. Während § 1 UKlaG auf diesen Anwendungsfall zugeschnitten ist, erfasst der Anwendungsbereich des UWG mit einem deutlich höheren Abstraktionsgrad auch das Verwenden und Empfehlen unwirksamer AGB.

4. Konkurrenzspezifische Auslegung

Bei der Auslegung dieses Befundes ist insbesondere § 8 Abs.5 S.2 UWG zu berücksichtigen, nach dem die Regelungen des UWG – mit Ausnahme der entsprechend anzuwendenden §§ 13, 4a UKlaG - abschließend sind und ein Wettbewerbsverstoß nicht auch nach dem UKlaG verfolgt werden kann.²⁵⁷ Soll allein

²⁵⁶ Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Oktober 2004 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden („Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz“) (ABl. EG Nr. L 364 S.1).

²⁵⁷ BT.-Drucks. 15/1487, S.23.

ein Verstoß gegen das UWG gerichtlich geltend gemacht werden, richtet sich die Zuständigkeit ausschließlich nach § 14 UWG und nicht nach § 6 UKlaG. Zur effektiven Durchsetzung der Unterlassungsklagenrichtlinie ist § 8 Abs.5 S.2 UWG aber wohl in solchen Fällen richtlinienkonform zu reduzieren, in denen ein Verstoß gegen eine der Umsetzung einer Verbraucherschützenden Richtlinie dienenden Regelung geltend gemacht wird.²⁵⁸

Ein weiteres Argument für die parallele Anwendbarkeit und gegen die Spezialität des UKlaG liefert der BGH in seinem aktuellen Urteil zu dieser Frage. Die offene Struktur des UKlaG führe dazu, dass das Gesetz kein in sich geschlossenes Rechtsschutzsystem enthält und daher nicht geeignet sei, eine ausschließliche Anwendbarkeit zu begründen.²⁵⁹ Ausgehend vom ersten Teil der Arbeit²⁶⁰, bei dem das Argument des abgeschlossenen Normkomplexes bereits behandelt wurde, erweist sich das Argument des BGH als systemkonform. Die Voraussetzungen für die Annahme eines geschlossenen Normkomplexes sind zwar nicht klar definiert, jedoch hoch anzusiedeln, da andernfalls vom Gesetzgeber vorgenommene Differenzierungen, die ihren Niederschlag in verschiedenen Vorschriften gefunden hat, umgangen würde.

²⁵⁸ Köhler, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 8 Rn.5.1; *Ottöffilling*, in: *MüKO UWG*, § 8 Rn.482; *Paal*, in: *Großkommentar UWG*, § 8 Rn.283.

²⁵⁹ BGH Urt. v. 14.12.2017 – I ZR 184/15 = GRUR 2018, 423 Rz.47.

²⁶⁰ S.37.

II. Schutzzwecke

Richtlinie 2005/29/EG

Erwägungsgrund 6 Sätze 2, 3

Im Einklang mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip schützt diese Richtlinie die Verbraucher vor den Auswirkungen solcher unlauteren Geschäftspraktiken, soweit sie als wesentlich anzusehen sind, berücksichtigt jedoch, dass die Auswirkungen für den Verbraucher in manchen Fällen unerheblich sein können. Sie erfasst und berührt nicht die nationalen Rechtsvorschriften in Bezug auf unlautere Geschäftspraktiken, die lediglich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigen oder sich auf ein Rechtsgeschäft zwischen Gewerbetreibenden beziehen; die Mitgliedstaaten können solche Praktiken, falls sie es wünschen, unter uneingeschränkter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht weiterhin regeln.

Erwägungsgrund 8

Diese Richtlinie schützt unmittelbar die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher vor unlauteren Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern. Sie schützt somit auch mittelbar rechtmäßig handelnde Unternehmen vor Mitbewerbern, die sich nicht an die Regeln dieser Richtlinie halten, und gewährleistet damit einen lautereren Wettbewerb in dem durch sie koordinierten Bereich. Selbstverständlich gibt es andere Geschäftspraktiken, die zwar nicht den Verbraucher schädigen, sich jedoch nachteilig für die Mitbewerber und gewerblichen Kunden auswirken können. Die Kommission sollte sorgfältig prüfen, ob auf dem Gebiet des unlauteren Wettbewerbs über den Regelungsbereich dieser Richtlinie hinausgehende gemeinschaftliche Maßnahmen erforderlich sind, und sollte gegebenenfalls einen Gesetzgebungsvorschlag zur Erfassung dieser anderen Aspekte des unlauteren Wettbewerbs vorlegen.

Artikel 1

Zweck der Richtlinie

Zweck dieser Richtlinie ist es, durch Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über unlautere Geschäftspraktiken, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher beeinträchtigen, zu einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts und zum Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus beizutragen.

§ 1 UWG Zweck des Gesetzes

¹Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. ²Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.

1. UWG

a. Funktion der Schutzzweckbestimmung

§ 1 UWG ist teleologischer Ausgangspunkt aller lauterkeitsrechtlichen Auslegungsfragen.²⁶¹ Die Vorschrift legt im Rahmen einer Zweckbestimmung²⁶² die vom Lauterkeitsrecht geschützten Personenkreise fest und anerkennt darüber hinaus auch ein Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb. Neben den anderen Auslegungsmethoden nimmt die teleologische Auslegung damit einen besonderen Stellenwert ein, indem sie es dem Rechtsanwender ermöglicht, den Auslegungsvorgang stets auf einen allgemeingültigen Kern rückzubeziehen.²⁶³ Köhler spricht diesbezüglich von einem „[...] *hermeneutischen Zusammenhang der wechselseitigen Erhellung* [...]“ zwischen der Schutzzweckbestimmung und den Beispieltatbeständen der §§ 4 - 6 UWG, wobei dieser Zusammenhang wohl auch zu den anderen Vorschriften des UWG anzunehmen ist.²⁶⁴ Dies kommt der Kohärenz und einheitlichen Anwendung des Lauterkeitsrechts zugute, da sie an die Stelle der oft bruchstückhaften Argumentation anhand von Fallgruppen²⁶⁵, die vor Einführung der Schutzzweckklausel im Jahr 2004 erforderlich war, tritt.²⁶⁶ Es zeigt sich damit, dass § 1 UWG eine

²⁶¹ Köhler, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 1 Rn.8.; *Podszun*, in: *Harte/Henning*, § 1 Rn.1.

²⁶² „Dieses Gesetz *dient* dem Schutz [...]“

²⁶³ Köhler, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 1 Rn.6; siehe insofern auch *Beater* (JZ 1997, 916), der von der teleologischen Auslegung als „[...] *wichtigsten Auslegungsaspekt* [...]“ spricht.

²⁶⁴ Köhler, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 1 Rn.8; **a.A.** offenbar *Podszun* (in: *Harte/Henning*, § 1 Rn.19), der lediglich von der Ausstrahlung des § 1 UWG auf die restlichen Vorschriften ausgeht und nicht auch die umgekehrte Reihenfolge für möglich hält.

²⁶⁵ Auf die damit zusammenhängenden Probleme zum vormaligen Rechtsstand weist *Beater* (JZ 1997, 916) hin.

²⁶⁶ In diese Richtung auch *Köhler*, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 1 Rn.6.

wichtige Rolle im Rahmen der Subsumtionsentscheidung²⁶⁷ des Rechtsanwenders zukommt. Darüber hinaus ermöglicht die Schutzzweckklausel eine explizite Diskussion über das innere System²⁶⁸ des Lauterkeitsrechts, aus der sich auch Erkenntnisse für Konkurrenzsituationen ergeben können.

b. Gliederung der Schutzzwecke

Der Ansatz der UGP-Richtlinie besteht darin, den Binnenmarkt insbesondere durch den Schutz der Verbraucher zu fördern.²⁶⁹ Aus den Erwägungsgründen 6 und 8 der UGP-Richtlinie geht hervor, dass dadurch zwar mittelbar auch rechtmäßig handelnde Unternehmer geschützt werden sollen. Der europäische Gesetzgeber sieht aber gerade im Verbraucher den zentralen Akteur, um das Funktionieren des Binnenmarktes sicherzustellen und will daher das Vertrauen des Verbrauchers in den Binnenmarkt mit der Richtlinie stärken.²⁷⁰

Indem das UWG ursprünglich als reines Mitbewerberschutzrecht konzipiert war, verfolgte das deutsche Lauterkeitsrechts zunächst einen diametral anderen Ansatz. Unter der Generalklausel des § 1 UWG 1909²⁷¹ entwickelte man aber allmählich auch den seit der UWG Reform 2004²⁷² explizit genannten Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher, der sonstigen Marktteilnehmer sowie des Interesses der

²⁶⁷ Zur Subsumtionsentscheidung S.28.

²⁶⁸ Hierzu S.39 ff.

²⁶⁹ Vgl. Erwägungsgründe 1, 3, 4 – 8, 10 – 16, 20, 23, 24 sowie Art.1 UGP-Richtlinie

²⁷⁰ Vgl. Erwägungsgründe 4 und 13 UGP-Richtlinie; hierzu auch *Micklitz*, in: MüKO UWG, Art.1 UGP-Richtlinie, Rn.1 ff.

²⁷¹ „*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.*“

²⁷² BGBl.2004 Teil I Nr.32 vom 7.7.2004. S.1414.

Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.²⁷³ Der deutsche Gesetzgeber hat sich mit der Regelung aller am Wettbewerb beteiligten Personen(gruppen) in einer Kodifikation für einen sogenannten „integrierten Ansatz“ bzw. für die Einführung einer „Schutzzwecktrias“²⁷⁴ entschieden.²⁷⁵

Möchte man den unterschiedlichen Schutzzwecken Kontur verleihen, so ist zunächst zwischen Schutzsubjekten und Schutzobjekten zu unterscheiden, die jeweils gleichrangig nebeneinanderstehen.²⁷⁶ Schutzsubjekte des UWG sind die Mitbewerber, Verbraucherinnen und Verbraucher sowie alle übrigen Personen die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind²⁷⁷. Schutzobjekt des

²⁷³ Hierzu *Fezer*, in; *ders./Büscher/Obergfell*, § 1 Rn.53 ff.; zu den Begriffen siehe S.91 ff.

²⁷⁴ Missverständlich insofern *Ebert-Weidenfeller* (in: *Hasselblatt*, § 12 Rn.10, 12) der die Schutzzwecktrias in Mitbewerbern, Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern sehen will. Dies überzeugt schon deshalb nicht, weil die Begriffe der Mitbewerber und Verbraucher in der Definition der sonstigen Marktteilnehmer nach § 2 Nr.2 UWG enthalten sind. *Sosnitza* (in: *MüKO UWG*, § 1 Rn.7 ff.) zeichnet nach, dass das Verständnis von drei zentral zu schützenden Säulen im Lauterkeitsrecht historisch gewachsen ist. Während von Beginn an der Schutz der Mitbewerber anerkannt war, führte ein sozialrechtliches Verständnis des UWG nach dem zweiten Weltkrieg allmählich zu der heutigen Auffassung, dass auch die Interessen der Allgemeinheit sowie der Verbraucher (und im weiteren Verlauf aller im Wettbewerb aufeinandertreffenden Interessen), die einen zumindest auch wettbewerbsrechtlichen Bezug haben, integraler Bestandteil eines lautereren Wettbewerbs sind (*Sosnitza*, in: *MüKO UWG*, § 1 Rn.9; hierzu auch *Fezer*, in: *Freiheit und Fairness*, S.29, 31).

²⁷⁵ *Fezer*, in: *FS Schutzverband*, S.29, 31; kritisch *Henning-Bodewig*, *GRUR* 2013, 238 f.; *Köhler*, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 1 Rn.45; ausführlich *Sosnitza*, *MüKO UWG*, § 1 Rn.3 ff.

²⁷⁶ *Ebert-Weidenfeller*, in: *Hasselblatt*, § 12 Rn.10; *Podszun*, in: *Harte/Henning*, § 1 Rn.2 f.

²⁷⁷ Die Einbeziehung auch dieser Personen in die Tatbeständen der §§ 3a, 4a, 5 und 7 UWG soll sicherstellen, dass der Schutz im Vertikalverhältnis nicht

Lauterkeitsrechts ist schließlich das Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb²⁷⁸.

Wie oben bereits angedeutet, dient § 1 UWG als Auslegungshilfe, ist aber auch seinerseits auslegungsbedürftig.²⁷⁹ Das hinsichtlich der Mitbewerber geschützte Interesse liegt in dem Schutz der wettbewerblichen Entfaltungsfreiheit, wozu im Kern freilich das ungehinderte Platzieren von Angeboten am Markt zählt, aber auch periphere Tätigkeiten wie z.B. Forschung, Herstellung, Finanzierung, Außendarstellung, Werbung sind erfasst.²⁸⁰ Da die Schutzsubjekte aber in § 1 S.1 UWG im Rahmen einer Aufzählung gleichberechtigt nebeneinander stehen, führt dies zu der Erkenntnis, dass die Vorschrift – eben wegen der nichtvorhandenen Konkretheit – den Rechtsanwender stets zu einer umfassenden Interessenabwägung zwischen den Interessen des Handelnden²⁸¹ und des/der Betroffenen²⁸² anleitet.²⁸³ Bei der Abwägung ist insbesondere das Maß an Schutzbedürftigkeit des Betroffenen – auch „Schutzhöhe“ genannt – zu berücksichtigen.²⁸⁴ Ableitungen über die Schutzhöhe lassen sich

nur genuin Verbraucher erfasst, sondern sich u.a. auch Arbeitnehmer, Freiberufler, juristische Personen des öffentlichen Rechts oder etwa Verbände bezieht; *Köhler*, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 2 Rn.89.

²⁷⁸ Und eben nicht *sonstige* Allgemeininteressen wie Wohlförderung, Umweltschutz, Volksgesundheit etc., *Kulka*, in: FS Keßler, S.309, 328; *Podszun*, in: *Harte/Henning*, § 1 Rn.4.

²⁷⁹ So auch *Podszun*, in *Harte/Henning*, § 1 Rn.5.

²⁸⁰ *Köhler*, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 1 Rn.10.

²⁸¹ Der aufgrund des den Anwendungsbereich des UWG aktivierenden Merkmals der „geschäftlichen Handlung“ nach § 2 Abs.1 Nr.1 UWG immer nur Unternehmer sein kann.

²⁸² Wozu alle Marktteilnehmer zählen können.

²⁸³ *Köhler*, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 1 Rn.11; *Podszun*, in *Harte/Henning*, § 1 Rn.7; *Sosnitza*, in: MüKO UWG, § 1 Rn.15.

²⁸⁴ *Köhler*, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 1 Rn.11.

aus den sog. Leitbildern gewinnen.²⁸⁵ Während bislang kein Mitbewerberleitbild existiert, was zu einer immer neuen und damit „offenen“ Abwägung führt, gibt das Verbraucherleitbild dem Rechtsanwender zumindest eine gewisse Mindestschutzhöhe zum Austarieren der involvierten Interessen an die Hand.²⁸⁶ Maßgabe ist hierfür nach Art.5 Abs.2 lit.b sowie Erwägungsgrund 18 UGP-Richtlinie der „[...] *Durchschnittsverbraucher, der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist, unter Berücksichtigung sozialer, kultureller und sprachlicher Faktoren* [...]“.²⁸⁷ Unter dem Oberbegriff des Schutzes der geschäftlichen Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers²⁸⁸ haben sich die Gewährleistung richtiger und pflichtgemäßer Informationen sowie die Gewährleistung der freien Willensbildung als zentrale Eckpfeiler des Verbraucherschutzes unter dem Einfluss der UGP-Richtlinie herausgebildet.²⁸⁹

Der Schutz des Interesses der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb ist so zu verstehen, dass der Rechtsanwender die konkret wiederstreitenden Interessen der Parteien auch in Gemeinwohlerwägungen mit lauterkeitsrechtlichen Bezug einzubetten hat.²⁹⁰

²⁸⁵ Köhler, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 1 Rn.11.

²⁸⁶ Hierzu grundlegend *Meller-Hannich*, in: *Wer ist Verbraucher?*, S.193 ff.; *Pfeiffer*, NJW 2011, 1 ff.; *Podszun*, in *Harte/Henning*, § 1 Rn.54 ff.; *Riesenhuber*, in: *FS Roth*, S.443.

²⁸⁷ Kritisch und das Einbringen empirischer Elemente fordernd *Wiebe*, in: *FS Köhler*, S.799, 810.

²⁸⁸ Siehe hierzu auch Erwägungsgrund 7 UGP-Richtlinie.

²⁸⁹ *Köhler*, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 1 Rn.17 f.; *Podszun*, in *Harte/Henning*, § 1 Rn.61 ff.

²⁹⁰ *Podszun*, in *Harte/Henning*, § 1 Rn.3.

2. UKlaG

Das Unterlassungsklagengesetz dient der Bekämpfung verschiedener Rechtsverletzungen mit dem Instrument der Verbandsklage.²⁹¹ Aufgrund der Vielgestaltigkeit seiner materiellen Tatbestände, ist der Schutzzweck des Gesetzes anhand des sie einenden Rechtsschutzmechanismus auszumachen. Mithilfe der überindividuellen Verbandsklage soll der Rechtsverkehr vor den in den materiellen Tatbeständen²⁹² des ersten Abschnitts des Gesetzes normierten Rechtsverletzungen geschützt bzw. freigehalten werden.²⁹³ Es dient damit nur mittelbar den Interessen der durch die Rechtsverletzungen im konkreten Fall Betroffenen.²⁹⁴

3. Bestimmung des Konkurrenzbereichs

Auch beim Schutzbereich bietet sich damit ein ähnliches Bild, wie schon hinsichtlich der Anwendungsbereiche der beiden Gesetze. § 1 UWG zählt, auch wenn seinerseits auslegungsbedürftig, die Schutzzwecke des UWG explizit auf, während das Unterlassungsklagengesetz - allein schon aufgrund des Nichtvorhandenseins eines kohärenten Anwendungsbereichs - auch keinen konkret zu benennenden Schutzzweck hat. Allerdings fällt auf, dass die Schutzzwecke des UWG durch die Nennung von Personen(gruppen) primär subjektiv geprägt ist, und am Rande auch das Interesse der Allgemeinheit am lauterem Wettbewerb schützt.

²⁹¹ Köhler, in: *ders./Bornkamm/Fedderson*, Vorbemerkung zum UKlaG Rn.1.

²⁹² §§ 1, 1a, 2, 2a, 4a UKlaG.

²⁹³ Köhler, in: *ders./Bornkamm/Fedderson*, Vorbemerkung zum UKlaG Rn.1.; Walker, UKlaG, Einleitung Rn.6; Witt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, Vorbemerkungen zum UKlaG Rn.2.;

²⁹⁴ Schmidt, NJW 2002, 25, 28; Witt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, Vorbemerkungen zum UKlaG Rn.3.

Das Unterlassungsklagengesetz hingegen enthält einen ausschließlich abstrakten Schutzzweck, der in dem Freihalten des Rechtsverkehrs von Gesetzesverstößen nach Maßgabe §§ 1, 1a, 2, 2a, 4a UKlaG besteht.

Eine Überschneidung lässt sich allenfalls in der Gewährleistung eines überindividuellen Schutzes erkennen. Für das UWG ergibt sich dies aus § 1 S.2 UWG, während dies für das Unterlassungsklagengesetz aus dem einzig vorgesehenen Rechtsschutzmechanismus folgt.

4. Konkurrenzspezifische Auslegung

Für die konkurrenzspezifische Auslegung hat dieses eher lose Nebeneinanderstehen der Schutzzwecke zur Folge, dass an dieser Stelle weder Gesetzeskonkurrenz, noch ein Einwirken eines Gesetzes auf das andere in Betracht kommen. Wenn überhaupt spricht dieser Befund für die parallele Anwendbarkeit beider Ansprüche im Sinne einer wechselseitigen Verstärkung hinsichtlich des sie einenden Ziels überindividuellen Schutz zu bieten.

III. Das Verhältnis der Tatbestände

Wie sich im ersten Teil der Arbeit herausgestellt hat, führt allein die Erfüllung der Tatbestände zur konkreten Konkurrenzproblematik zwischen mehreren Ansprüchen.²⁹⁵

Es stellt sich daher die Frage, ob das Verwenden oder Empfehlen unwirksamer AGB durch einen Unternehmer gegenüber Marktteilnehmern die Tatbestände von § 3a UWG und § 1 UKlaG erfüllt und in welchem Verhältnis die Ansprüche aus konkurrenzrechtlicher Sicht zueinanderstehen.²⁹⁶

1. Der Rechtsbruchtatbestand § 3a UWG

§ 3a UWG Rechtsbruch

Unlauter handelt, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen.

a. Einführung in die Entstehungsgeschichte und Entwicklung des Rechtsbruchtatbestandes²⁹⁷

Das erste Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs²⁹⁸ enthielt lediglich Einzeltatbestände unlauteren Wettbewerbs und keine Generalklausel²⁹⁹. Eine Regelung zur wettbewerbsrechtlichen Sanktionierung im Falle der Verletzung

²⁹⁵ S.19.

²⁹⁶ Vgl. bereits S.4 f.

²⁹⁷ Hierzu auch ausführlich *Dettmar*, Unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch, S.11 ff.; *Elskamp*, Gesetzesverstoß, S.33 ff.; *Metzger*, in: Großkommentar UWG, § 4 Nr.11, Rn.1 ff.; *Schaffert*, in: MüKO UWG, § 4 Nr.11 UWG, Rn.5 ff.

²⁹⁸ Vom 27.5.1896, RGBI 1896, S.145.

²⁹⁹ Zuweilen wird § 1 Abs.1 S.1 UWG 1896 zum Verbot der irreführenden Werbung als „kleine“ Generalklausel bezeichnet; so z.B. bei *Elskamp*, Gesetzesverstoß, S. 33.

außerwettbewerblicher Normen war nicht vorgesehen. Dabei zeigte sich schnell, dass ein derart ausgestaltetes Gesetz ohne Generalklausel lediglich schlaglichtartigen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb bieten konnte.³⁰⁰ Um das Entstehen zu großer Schutzlücken zu vermeiden, machte das RG daher § 823 Abs.2 BGB sowie insbesondere § 826 BGB für das Wettbewerbsrecht fruchtbar.³⁰¹ Dies führte dazu, dass der Gesetzgeber zunächst sogar starke Zweifel hinsichtlich der Einführung einer zusätzlichen wettbewerbsrechtlichen Generalklausel hatte.³⁰² Unter Verweis auf die hohen Voraussetzungen des § 826 BGB entschied sich der Gesetzgeber letztlich aber doch für die Einführung einer Generalklausel.³⁰³

Nach § 1 UWG 1909³⁰⁴ konnte nunmehr jemand der „[...] *im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen* [...]“ auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

³⁰⁰ von *Walter*, Rechtsbruch, S.10; *Wadle*, JuS 1996, 1064, 1067; *Zeppernik*, Vorsprung durch Rechtsbruch, Rn.34; Zu den „per-se-Verboten“ des UWG 1896 *Reichold*, ACP 193 (1993), 204, 220.

³⁰¹ Siehe z.B. RGZ 48, 114; RGZ 56, 271; selbst nach Erlass von § 1 UWG a.F. wurde § 826 BGB parallel angewendet RGZ 77, 217, 220; dazu auch *Ahrens*, WRP 1980, 129, 132; *Reichold*, ACP 193 (1993), 204, 220; *Schricker*, Gesetzesverletzung, 92 ff.; *Wadle*, JuS 1996, 1064, 1067; *Zeppernik*, Vorsprung durch Rechtsbruch, Rn.34.

³⁰² RT-Drucks.-Nr. 1109 (12. Legislaturperiode I. Session 1907/1909), S.10: „Bei dieser Rechtslage wird zwar von der ausdrücklichen Aufnahme einer Generalklausel in das Wettbewerbsgesetz abgesehen werden können, zumal auch grundsätzliche Erwägungen die Wiederholung des allgemeinen Rechtssatzes in einem Spezialgesetz als überflüssig, ja als schädlich erscheinen lassen.“

³⁰³ RT-Drucks.-Nr.1390 (12. Legislaturperiode I. Session 1907/1909), S.8435; Zur Ungeeignetheit des § 826 BGB als wettbewerbsrechtliche Generalklausel auch *Reichold*, ACP 193 (1993), 204, 219.

³⁰⁴ Vom 7.6.1909, RGBI 1909, S.499.

Im Jahr 1911 hatte das Reichsgericht sich erstmalig mit der Frage zu befassen, ob die Verletzung einer **außerhalb des Wettbewerbsrechts** liegenden Vorschrift den Tatbestand des § 1 UWG a.F. erfüllt und damit wettbewerbsrechtlich sanktioniert werden kann.³⁰⁵ Gegenstand des Verfahrens war die Verletzung einer Vorschrift über die Apothekenbindung für bestimmte Arzneimittel durch einen Drogisten. Das RG verneinte einen Verstoß gegen § 1 UWG a.F., da es sich bei der verletzten Vorschrift lediglich um einen Ordnungswidrigkeitstatbestand handelte. Zudem sei der konkrete Verstoß als solcher, also der Verkauf apothekenpflichtiger Arzneimittel in einer Drogerie, als Verstoß gegen ein Gesetz nicht als schlechthin sittenwidrig i.S.d. Wettbewerbsrechts zu qualifizieren.³⁰⁶ Damit machte das Reichsgericht deutlich, dass nicht jeder Gesetzesverstoß ipso iure ein Sittenverstoß ist.

Nach einer zunächst sehr liberalen Rechtsprechung³⁰⁷, führte eine Entscheidung aus dem Jahr 1927 zu einem Umschwung. In diesem Fall war es der Betreiber eines Sicherheitsunternehmens, der seinen Mitarbeitern einen untertariflichen Lohn zahlte, um seine Dienstleistung am Markt günstiger anbieten zu können.³⁰⁸ Das RG bejahte die Sittenwidrigkeit fortan, wenn der Rechtsbruch zu einem Vorsprung gegenüber sich gesetzestreu verhaltenden Mitbewerbern geführt hat.³⁰⁹ Der Vorwurf der Sittenwidrigkeit entfiel, wenn der beklagte Unternehmer

³⁰⁵ RGZ 77, 217.

³⁰⁶ RGZ 77, 217, 220.

³⁰⁷ Dazu *Schaffert*, in: MüKO UWG, § 4 Nr.11, Rn. 6 f.

³⁰⁸ RGZ 117, 16.

³⁰⁹ RGZ 117, 16, 20 ff.

darlegen konnte, dass sich ein Großteil der Mitbewerber ebenfalls sittenwidrig verhält.³¹⁰

Mit einer Entscheidung aus dem Jahr 1941 wurde ein vorläufiger Schlusspunkt in der Entwicklung des Rechtsbruchtatbestandes gesetzt.³¹¹ In diesem Fall entschied das RG, dass es nicht sittenwidrig sei, die Tätigkeit eines Darlehensvermittlers und Immobilienmaklers auszuüben, obwohl, dem Betreiber die Ausübung des Gewerbes behördlich nach § 35 GewO a.F. wegen Unzuverlässigkeit untersagt wurde. Grund hierfür sei, dass der Beklagte nunmehr lediglich als Komplementär einer Kommanditgesellschaft auftrete und damit nicht gegen die polizeiliche Anordnung verstoße.³¹² Eine geschäftliche Handlung sei darüber hinaus nur dann sittenwidrig, wenn die von ihr verletzte Norm *Ausdruck einer sittlichen Auffassung* sei.³¹³ Dies sei nicht der Fall, wenn eine Vorschrift lediglich der staatlichen Zweckmäßigkeit³¹⁴ diene und „[...] *das Gebiet des geschäftlichen Anstandes* [...]“³¹⁵ nicht berühre. Die Verletzung derartiger Vorschriften könne nur dann sittenwidrig sein, wenn die konkrete Handlung „[...] *aus sonstigen Gründen dem gesunden Volksempfinden widerstrebe*.“

Damit unterschied das RG zwischen sittlich fundierten³¹⁶ und sittlich neutralen Normen.³¹⁷ Die Verletzung sittlich fundierter

³¹⁰ OLG Stuttgart JW 1933, 2294; OLG Oldenburg JW 1934, 1129; *Dettmar*, Unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch, S.14.

³¹¹ RGZ 166, 315, 319 f.

³¹² RGZ 166, 315, 320.

³¹³ RGZ 166, 315, 319.

³¹⁴ So hier für eine Untersagungsverfügung nach § 35 GewO a.F.

³¹⁵ RGZ 216, 315, 319.

³¹⁶ Der Begriff geht zurück auf *Hefermehl*, GRUR 1957, 558, 560; *Dettmar*, Unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch, S.22.

Normen hatte stets die Sittenwidrigkeit der Handlung zur Folge, während sittlich neutrale Regelungen lediglich unter Hinzuziehung weiterer Umstände als sittenwidrig galten³¹⁸.

Festzuhalten bleibt, dass damit bereits das Reichsgericht die Erfüllung der Fallgruppe des Rechtsbruchs abhängig von der konkret verletzten Vorschrift machte.³¹⁹ *Von Walter* fasst diese Entwicklung prägnant folgendermaßen zusammen: „*Damit war der Grundstein für die grundlegende Wandlung der Fallgruppe Rechtsbruch im UWG (1909) vom Schutzgesetz für den Wettbewerb weg und hin zu einem Exekutionsgesetz für Primärnormen gelegt.*“³²⁰

Der Bundesgerichtshof knüpfte zunächst an die Rechtsprechung des Reichsgerichts an und führte mit dem Begriffspaar der „wertbezogenen Normen“ lediglich einen neuen Oberbegriff ein, der einer weitergehenden Differenzierung dienen sollte. Fortan unterschied der BGH nämlich zwischen sittlich fundierten Normen, die, wie oben beschrieben, einer sittlichen Auffassung Ausdruck verliehen und solchen Regelungen, die zum Schutz wichtiger Allgemeingüter³²¹ bestimmt waren.³²² Die Verletzung

³¹⁷ *Schricker*, Gesetzesverletzung, S.29; *Zeppernick*, Vorsprung durch Rechtsbruch, S.23.

³¹⁸ Wie z.B. die Ausnutzung der Gesetzestreue von Mitbewerbern zur Schaffung eines eigenen Vorteils RGZ 166, 315, 319.

³¹⁹ *Frey-Gruber*, Rechtsbruchtatbestand, S.23; *von Walter*, Rechtsbruch, S.16.

³²⁰ *von Walter*, Rechtsbruch, S.17.

³²¹ So z.B. Gesundheitsbelange der Allgemeinheit (insbesondere geschützt durch Vorschriften des Heilpraktikergesetzes, Heilmittelwerbegesetzes, des Gesetzes über das Apothekenwesen, das Gesetz über die Ausübung der Zahnarztheilkunde, des Lebensmittelrechts sowie der Kosmetikverordnung), Rechtspflege (insbesondere geschützt durch das Rechtsberatungsgesetz, Bundesrechtsanwaltsordnung, Steuerberatungsgesetz), Rundfunkfreiheit,

wertbezogener Normen hatte regelmäßig ohne das Hinzutreten weiterer Umstände, die Annahme der Sittenwidrigkeit der Wettbewerbshandlung zur Folge.³²³

Mit den Arbeiten von v. *Schall-Riauour*³²⁴ und *Schricker*³²⁵ wurde in der Literatur erstmals Kritik an dem Argumentationsmuster der bisherigen Rechtsprechung laut. Im Kern wendeten sich beide gegen die aus der Unbestimmtheit der verwendeten Begriffe resultierende Rechtsunsicherheit, die zu „*inkonsequenten*“³²⁶ und „*willkürlichen*“³²⁷ Ergebnissen führe.

Während die Stimmen in der Literatur gegen die Unterscheidung wertbezogener und wertneutraler Normen weiter zunahm³²⁸, blieb der BGH lange Zeit bei seiner Rechtsprechung.

Erstmals in der Entscheidung „*TIAPRIDAL*“³²⁹ näherte sich der BGH zögerlich der Literatur an und führte aus, dass auch bei Verletzung einer an sich wertbezogenen Vorschrift nicht ohne

Umweltschutzvorschriften, *Götting/Hetmank*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, § 3a Rn.2; *Frey-Gruber*, Rechtsbruchtatbestand, S.26 f.

³²² *Frey-Gruber*, Rechtsbruchtatbestand, S.25.

³²³ Siehe z.B. BGHZ 81, 130, 132; BGHZ 114, 354, 360; *Schaffert*, in: MüKO UWG, § 4 Nr.11 Rn.8.

³²⁴ Wettbewerbsverstöße durch Verletzung außerwettbewerblicher Normen, 1969.

³²⁵ Gesetzesverletzung und Sittenverstoss, 1970.

³²⁶ *von Schall-Riauour*, Wettbewerbsverstoß, 1969 S.65.

³²⁷ *Schricker*, Gesetzesverletzung, S.240;

³²⁸ Dazu *Frey-Gruber*, Rechtsbruchtatbestand, S.34 ff.; *Schaffert*, in: MüKO UWG, § 4 Nr.11 Rn.9.

³²⁹ BGH Urt. v. 17.07.1997 - I ZR 58/95 = GRUR 1998, 407.

Weiteres eine Sittenwidrigkeit der Wettbewerbshandlung angenommen werden könne.³³⁰

Eine endgültige Wende nahm die Rechtsprechung des BGH mit der Entscheidung „Abgasemissionen“³³¹. Hiernach sei der Begriff der Sittenwidrigkeit in § 1 UWG a.F. wettbewerbsbezogen auszulegen, so dass der jeweils verletzten Primärnorm zumindest eine „*sekundäre wettbewerbsrechtliche Schutzfunktion*“ zukommen müsse, um unter die Fallgruppe des Rechtsbruchs zu subsumieren zu sein.³³² Der BGH schloss sich damit der erstmals von *Schricker*³³³ propagierten Lehre vom Schutzzweck der (verletzten) Norm an.

Mit der Reform des Wettbewerbsrechts im Jahr 2004, wurde der Rechtsbruchtatbestand, dem zu diesem Zeitpunkt eine fast 100 Jährige Historie an Rechtsprechung und Literatur vorausging in § 4 Nr. 11 UWG a. F. kodifiziert.³³⁴ Der Gesetzgeber formulierte den neuen Tatbestand, der auf einen Entwurf von *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig*³³⁵ zurückgeht, ausdrücklich in Anlehnung an die geänderte Rechtsprechung des BGH.³³⁶

³³⁰ BGH Urt. v. 17.07.1997 - I ZR 58/95 = GRUR 1998, 407, 411; in diesem Sinne auch BGH Urt. v. 03.12.1998 - I ZR 119/96 = GRUR 1999, 1128 sowie BGH Urt. v. 06.10.1999 - I ZR 46/97 = GRUR 2000, 237.

³³¹ BGH, Urt. v. 11.05.2000 - I ZR 28/98 = GRUR 2000, 1076.

³³² BGH, Urt. v. 11.05.2000 - I ZR 28/98 = GRUR 2000, 1076, 1079.

³³³ Gesetzesverletzung und Sittenverstoss.

³³⁴ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb UWG vom 3.7.2004, BGBl I Nr.32, S.1414.

³³⁵ WRP 2002, 1317, 1319, 1326.

³³⁶ BT-Drucks. 15/1487, S.19.

Im Rahmen der Umsetzung³³⁷ der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken³³⁸ ist der Rechtsbruchtatbestand nicht geändert worden. Gleichwohl ergeben sich aus dem vollharmonisierenden Charakter der Richtlinie vielseitige Auslegungsprobleme, die auch Einfluss auf die Konkurrenzproblematik nehmen.³³⁹

b. Der Rechtsbruchtatbestand de lege lata

Mit dem zweiten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb³⁴⁰ wurde der Rechtsbruchtatbestand von § 4 Nr.11 UWG a.F. in eine eigenständige Vorschrift, § 3a UWG n.F., ausgelagert. Dabei wurde auch die Spürbarkeitsklausel aus § 3 Abs.1 UWG a.F. eigens in § 3a UWG integriert³⁴¹, da sich das Erfordernis der Spürbarkeit bei § 4 UWG nach h.M. bereits nach alter Rechtslage aus der Prüfung des Tatbestandes ergab.³⁴²

³³⁷ Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22.12.2008, BGBl I Nr.64, S.2949

³³⁸ Richtlinie 2005/29/EG v. 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 149/22.

³³⁹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 3a Rn.1.7 ff.

³⁴⁰ BGBl I Nr.49 vom 9.12.2015, S.2158.

³⁴¹ Wohl zurückgehend auf die Stellungnahme der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 14.11.2014, S.9, die auch bereits empfahl, den Rechtsbruchtatbestand in eine eigenständige Vorschrift, § 3a UWG n.F., auszulagern.

³⁴² Ohly, GRUR 2016, 3, 4; Für § 4 Nr.7-10 UWG a.F., welche § 4 Nr.1-4 UWG n.F. entsprechen Köhler, GRUR 2005, 1, 7; die übrigen verbraucherschützenden Tatbestände der §§ 4a, 5, 5a UWG erhalten nunmehr eine eigene, auf die Abnehmerrelevanz abstellende Spürbarkeitsklausel.

Die in der Gesetzesbegründung recht kurz gehaltenen Ausführungen zur Auslagerung des Rechtsbruchtatbestandes lassen darauf schließen, dass die Reform nicht mit einer inhaltlichen Änderung verbunden sein sollte.³⁴³ Der Hintergrund der Auslagerung des Rechtsbruchtatbestandes liegt vielmehr in der systematischen Erwägung, eine bessere Transparenz des UWG zu schaffen.³⁴⁴ Der neue § 4 UWG dient nach der Auflösung des Beispielkatalogs³⁴⁵ nunmehr ausschließlich dem Schutz der Mitbewerber, während der Rechtsbruchtatbestand als Mischtatbestand auch Verbraucher und alle anderen Marktteilnehmer schützt.

Die UGP-Richtlinie beschränkt ihren Anwendungsbereich nach Art.1 und 3 Abs.1 auf verbrauchergerichtete³⁴⁶ Geschäftspraktiken eines Unternehmers. Erwägungsgrund 8 Satz 2 der UGP-Richtlinie stellt klar, dass so – quasi als Reflex des unmittelbaren Verbraucherschutzes - aber auch rechtmäßig handelnde Unternehmer geschützt werden mögen.³⁴⁷ Dies hat allerdings keinerlei Einfluss auf den Anwendungsbereich der Richtlinie, sondern ist im Bereich des Schutzzwecks relevant.³⁴⁸

Das UWG hat demgegenüber einen deutlich größeren Anwendungsbereich, indem es neben Verbraucherinnen und Verbrauchern sowie Unternehmern auch auf Mitbewerber und sonstige Marktteilnehmer Anwendung findet. Klarstellend muss hervorgehoben werden, dass diese Personengruppen nicht den Kreis derer vergrößern, die Verursacher einer wettbewerbswidrigen Handlung sein können, weshalb sie

³⁴³ BT-Drucks. 18/6571, S.14

³⁴⁴ *Ohly*, GRUR 2016, 1, 4; *Redeker/Pres*, GRUR-Prax 2016, 7, 8.

³⁴⁵ Dazu *Ohly*, GRUR 2016, 3, 4.

³⁴⁶ *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311, 1324.

³⁴⁷ Dazu *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311, 1320.

³⁴⁸ Vgl. zu den Schutzzwecken S.69 ff.

lediglich die passive Rolle von Schutzsubjekten einnehmen. Dies folgt systematisch bereits daraus, dass die die Unlauterkeit begründenden Tatbestände ausschließlich an das Merkmal der „geschäftlichen Handlung“ nach § 2 Abs.1 Nr.1 UWG anknüpfen, welche nur von Unternehmern ausgehen kann.³⁴⁹

Die überschießende Umsetzung des Anwendungsbereichs ist bereits vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Methodik als zulässig zu betrachten³⁵⁰, wird aber deklaratorisch auch von Erwägungsgrund 6 Sätze 2 und 3 aufgegriffen.³⁵¹

aa. Normzweck und Tatbestandsmerkmale des § 3a UWG

Der Hauptzweck der Vorschrift liegt darin, Marktteilnehmer auch bei Verletzung außerhalb des Wettbewerbsrechts geregelter Normen zu schützen und Verstöße wettbewerbsrechtlich zu sanktionieren.³⁵² Da auf diese Weise an sich wettbewerbsfremde Materien in den Sanktionskatalog des UWG integriert werden, wird § 3a UWG auch als „Transformationsvorschrift“ bezeichnet.³⁵³ Der Rechtsbruchtatbestand hat damit eine ähnliche Funktion wie § 823 Abs.2 BGB.³⁵⁴

³⁴⁹ Zum Begriff der geschäftlichen Handlung S.50 ff.

³⁵⁰ Richtlinien sind nur innerhalb ihres Anwendungsbereichs für die Mitgliedstaaten verbindlich. Zur überschießenden Umsetzung allgemein *Kuhn*, EuR 2015, 216, 219 f.; *Riehm*, JZ 2006, 1035, 1045; Für das UWG explizit *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 2. Aufl., § 15 Rn.9; Nichts anderes kann für sog. „doppelrelevante Handlungen“ gelten, die die Interessen der Verbraucher und Mitbewerber schädigen, **a.A.** *Köhler*, WRP 2015, 275, 281 Rn.57.

³⁵¹ Dazu *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311, 1320.

³⁵² *Beater*, in: FS Schrickler, S.629 f.; *Metzger*, in: Großkommentar UWG, § 4 Nr.11, Rn.13; *Ohly*, in: *ders./Sosnitza*, § 3a Rn.1

³⁵³ *Metzger*, in: Großkommentar UWG, § 4 Nr.11, Rn.13; *Ohly*, in: *ders./Sosnitza*, § 3a, Rn.1

³⁵⁴ Ausführlich *Frey-Gruber*, Rechtsbruchtatbestand, S.63 ff.; *Ohly*, in: *ders./Sosnitza*, § 3a Rn.1

Voraussetzung für eine (auch) wettbewerbsrechtliche Sanktion ist jedoch, dass die verletzte Vorschrift „[...] *zumindest einen sekundären Bezug zu Gunsten des Wettbewerbs* [...]“³⁵⁵ aufweist, da es nicht die Aufgabe des Wettbewerbsrechts ist, ausnahmslos alle Gesetzesverstöße zu sanktionieren.³⁵⁶ Ein Schutz sonstiger Allgemeininteressen durch das UWG besteht nicht.³⁵⁷

(1) Einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandeln

Weiterhin setzt der Rechtsbruchtatbestand eine Zuwiderhandlung gegen eine gesetzliche Vorschrift voraus. Art.2 EGBGB definiert den Begriff der gesetzlichen Vorschrift und erfasst jede Rechtsnorm, die Außenwirkung hat und verbindliche Vorschriften für das Verhalten von Menschen aufstellt.³⁵⁸ Die Norm stellt damit auf ein materielles Gesetz ab, unerheblich ist hingegen, ob dieses auch in einem formellen Verfahren zustande gekommen ist.³⁵⁹

Ein Zuwiderhandeln liegt vor, wenn der Tatbestand einer Vorschrift vollständig erfüllt ist.³⁶⁰ Dabei spielen subjektive Elemente nur dann eine Rolle, wenn die Primärnorm solche aufweist.³⁶¹ Jedenfalls setzt der Rechtsbruchtatbestand selbst -

³⁵⁵ BT-Drucks. 15/1487, S.19.

³⁵⁶ BT-Drucks. 15/1487, S.19; Köhler, GRUR 2004, 381, 382.

³⁵⁷ BT-Drucks. 15/1487, S.19; Köhler, GRUR 2004, 381, 382.

³⁵⁸ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, § 3a Rn.1.52; Merten, in: Staudinger BGB, Art. 2 EGBGB, Rn.2.

³⁵⁹ Merten, in: Staudinger BGB, Art. 2 EGBGB, Rn.3; dies verkennend Dettmar, Unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch, S.159.

³⁶⁰ Köhler, in: ders./Bornkamm/Fedderson, § 3a Rn.1.84; Metzger, in: Großkommentar UWG, § 4 Nr.11, Rn.39.

³⁶¹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, § 3a Rn.1.87; Metzger, in: Großkommentar UWG, § 4 Nr.11, Rn.39.

im Gegensatz zu § 1 UWG 1909 - keine subjektiven Merkmale voraus.³⁶²

(2) Regelung des Marktverhaltens

Bei der verletzten Vorschrift muss es sich um eine Regelung handeln, die auch dazu bestimmt ist, das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln. Dieser Teil des Tatbestandes ist in Anlehnung an die insbesondere von *Schricker* angestoßene und oben dargestellte Entwicklung von Literatur und Rechtsprechung eingeführt worden, um den Anwendungsbereich des Rechtsbruchtatbestandes auf für den Wettbewerb relevanten Normen zu begrenzen.³⁶³ Er dient daher der Umsetzung der in der Entscheidung „Abgasemissionen“ des BGH erstmals auftauchenden Wendung, nach der der verletzten Vorschrift „*zumindest eine sekundäre wettbewerbsbezogene Schutzfunktion*“³⁶⁴ zukommen müsse.³⁶⁵

Das Gesetz definiert den Begriff der Marktverhaltensregelung nicht und auch die Gesetzesbegründung verwendet ihn ohne nähere Erläuterung.³⁶⁶ Der Begriff des Marktverhaltens ist teleologisch im Lichte der „geschäftlichen Handlung“ nach § 2 Abs.1 Nr.1 UWG zu verstehen. Die Bedeutung lässt sich jedoch neben dem Wortlaut auch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift ableiten.³⁶⁷ Es muss sich um eine Tätigkeit am Markt handeln, die in den Bereich des Austauschs von Waren und

³⁶² BGH Urt. v. 23.6.2005 - I ZR 194/02 – GRUR 2005, 778; *Frey-Gruber*, Rechtsbruchtatbestand, S.66; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 3a, Rn.1.86; Metzger, in: Großkommentar UWG, § 4 Nr.11, Rn.40.

³⁶³ BT-Drucks. 15/1487, S.19.

³⁶⁴ BGH Urt. v. 11.5.2000 – I ZR 28/98 – GRUR 2000, 1076, 1079.

³⁶⁵ Dazu *Köhler*, GRUR 2004, 381, 382.

³⁶⁶ Dazu *Götting/Hetmank*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, § 3a Rn.62.

³⁶⁷ So auch v. *Jagow*, in: Harte/Henning, § 3a Rn.25.

Dienstleistungen fällt.³⁶⁸ Demgegenüber sind solche Tätigkeiten, die lediglich der Vorbereitung einer Tätigkeit am Markt dienen oder dieser nachfolgen, nicht vom Begriff des Marktverhaltens erfasst.³⁶⁹ Insbesondere Marktzutrittsregelungen sind ausweislich der Gesetzesbegründung vom Anwendungsbereich des Rechtsbruchtatbestandes ausgenommen.³⁷⁰ Hiermit sind solche Vorschriften gemeint, die vor allem Kommunen oder bestimmten Unternehmen den Marktzutritt nicht etwa wegen ihres (zu befürchtenden) Verhaltens am Markt, sondern ganz im Gegenteil zu ihrem eigenen Schutz verbieten.³⁷¹ Bereits vor der Kodifikation des Rechtsbruchtatbestandes entschied der BGH in seiner Entscheidung *Elektroarbeiten* zu § 1 UWG a.F. überzeugend, dass es nicht Sinn und Zweck der Fallgruppe Rechtsbruch sei, „[...] den Anspruchsberechtigten zu ermöglichen, Wettbewerber unter Berufung darauf, daß ein Gesetz ihren Marktzutritt verbiete, vom Markt fernzuhalten, wenn das betreffende Gesetz, den Marktzutritt nur aus Gründen verhindern will, die den Schutz des lautereren Wettbewerbs nicht berühren.“³⁷²

Zusammengefasst lässt sich damit sagen, dass Marktverhaltensregelungen solche Vorschriften sind, die nicht das „ob“, sondern das „wie“ des Wettbewerbs regeln.³⁷³

³⁶⁸ Ohly, in: *ders./Sosnitza*, § 3a, Rn.15.

³⁶⁹ So z.B. Produktion, Forschung, Entwicklung, Schulung von Mitarbeitern Köhler, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 3a UWG Rn.1.62; v. *Walter*, Rechtsbruch, S.88

³⁷⁰ BT-Drucks. 15/1487 S.41; dazu ausführlich *Frey-Gruber*, Rechtsbruchtatbestand, S.85 ff.; *Götting*, in: FS Schrickler, 689, 695 f.

³⁷¹ Köhler, in: FS Glaeser, 499, 504 f.; zur wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen ausführlich *Ackermann*, in: FS Tilmann, 73 ff.; v. *Walter*, Rechtsbruch, S.100 ff.

³⁷² BGH Urt. v. 25.4.2005 – I ZR 250/00 – BGHZ 150, 343, 347.

³⁷³ *Götting/Hetmank*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, § 3a Rn.62; *Metzger*, in: Großkommentar UWG, § 4 Nr.11, Rn.35.

(3) Auch im Interesse der Marktteilnehmer

Die Primärnorm muss weiterhin auch dazu bestimmt sein, das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln. Das Wort „*auch*“ knüpft an die Formulierung des BGH bzw. der Gesetzesbegründung an, wonach die verletzte Vorschrift eine **zumindest sekundäre** wettbewerbsrechtliche Schutzfunktion haben muss.³⁷⁴ Unschädlich ist daher, wenn neben die Regelung der Interessen der Marktteilnehmer weitere Zwecke treten, oder aber der Schutz der Marktteilnehmerinteressen nur subsidiärer Zweck der verletzten Vorschrift ist.³⁷⁵ Nicht ausreichend ist damit der Fall, dass sich der Schutz der Marktteilnehmer lediglich als bloßer Reflex ergibt, ohne dass die Vorschrift den Schutz an sich bezweckt.³⁷⁶

Ausgangspunkt der Überlegung, was letztlich zu den Interessen der Marktteilnehmer zählt, ist die Schutzzweckbestimmung des § 1 UWG.³⁷⁷ Diese legt die grundlegenden Schutzzwecke für alle Tatbestände des UWG fest und hat auch wegen ihrer systematischen Stellung „an der Spitze“ des UWG Einfluss auf die Auslegung von § 3a UWG.³⁷⁸

(4) Eignung zur spürbaren Interessenbeeinträchtigung

Dogmatischer Anknüpfungspunkt des Merkmals der spürbaren Interessenbeeinträchtigung ist der Schutzzweck nach § 1

³⁷⁴ BT-Drucks. 15/1487, S.19; BGH Urt. v. 11.5.2000 I ZR 28/98 = GRUR 2000, 1076, 1079.

³⁷⁵ v. Jagow, in: Harte/Henning, § 3a Rn.22; Köhler, GRUR 2004, 381, 383; Köhler, in: ders./Bornkamm/Feddersen, § 3a Rn.1.61.; kritisch Ohly, in: ders./Sosnitza, § 3a Rn.21, 25.

³⁷⁶ Köhler, in: ders./Bornkamm/Feddersen, § 3a Rn.1.64; Metzger, in: Großkommentar UWG, § 4 Nr.11, Rn.60.

³⁷⁷ Elskamp, Gesetzesverstoß, S.130; Frey-Gruber, Rechtsbruchtatbestand, S.70; Pichler, Das Verhältnis von Kartell- und Lauterkeitsrecht, S.406; Scherer, WRP 2006, 401.

³⁷⁸ Frey-Gruber, Rechtsbruchtatbestand, S.70; Scherer, WRP 2006, 401.

Abs.1 UWG sowie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gemäß Art.6 S.2 UGP-Richtlinie.³⁷⁹ Der Sinn und Zweck liegt darin, solche Wettbewerbsverstöße ungeahndet zu lassen, die außer den im konkreten Fall Betroffenen kaum andere Marktteilnehmer beeinträchtigt.³⁸⁰ Die geschäftliche Handlung muss ausweislich des Wortlauts nur objektiv geeignet sein und nicht tatsächlich die Interessen der Marktteilnehmer beeinträchtigen.³⁸¹ Bei den beeinträchtigten Interessen, muss es sich um die nach § 1 Abs.1 UWG geschützten handeln. Eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Allgemeinen ist daher nicht ausreichend,³⁸² was mit Blick auf § 1 Abs.2 UWG verwundern mag. Die Spürbarkeit bemisst sich nach dem jeweils betroffenen Schutzzweck und ist bereits dann zu bejahen, wenn die Beeinträchtigung tatsächlich mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eintreten kann.³⁸³ Mögliche Kriterien der Spürbarkeit können die Schwere, Häufigkeit oder Dauer der Zuwiderhandlung sein.³⁸⁴

(5) Verbraucherbegriff nach der UGP-Richtlinie und UWG

Der Verbraucherbegriff nach Art.2 lit.a der UGP-Richtlinie wird über die Verweisung von § 2 Abs.2 UWG durch § 13 BGB umgesetzt. Der 2013 neu gefasste³⁸⁵ § 13 BGB dient jedoch insbesondere der Umsetzung des Verbraucherbegriffs nach Maßgabe von Erwägungsgrund 17 und Art.2

³⁷⁹ Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 3a Rn.1.96.

³⁸⁰ Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 3a Rn.1.96.

³⁸¹ So auch Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 3a Rn.1.98.

³⁸² Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 3a Rn.1.98.

³⁸³ Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 3a Rn.1.99.

³⁸⁴ Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 3a Rn.1.104.

³⁸⁵ Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20.9.2013, BGBl I 2013 Nr.58 vom 27.9.2013, S.3642.

Nr.1 Verbraucherrechtlicher Richtlinie^{386,387} Da das Unionsrecht zwei Verbraucherbegriffe unterscheidet,³⁸⁸ nämlich den lauterkeitsrechtlichen der UGP-Richtlinie und den vertragsrechtlichen insbesondere der sog. Verbraucherrechtlicher Richtlinie, führt der Verweis im Ergebnis zu einer richtlinienwidrigen Umsetzung.³⁸⁹ Denn während der vertragsrechtliche Verbraucherbegriff des BGB lediglich den Abschluss von Rechtsgeschäften erfasst, bezieht der lauterkeitsrechtliche Verbraucherbegriff nach Art.3 Abs.1 i.V.m. Art.2 lit.a UGP-Richtlinie auch Situationen vor und nach dem Abschluss eines Geschäfts ein.³⁹⁰ Es zeigt sich, dass der Tatbestand des vertragsrechtlichen Verbraucherbegriffs zu kurz gefasst ist. Binnensystematisch führt dies zu einer Friktion mit solchen Unlauterkeitstatbeständen des UWG, die auf Situationen vor oder nach Vertragsschluss Bezug nehmen.³⁹¹

§ 2 Abs.2 UWG i.V.m. § 13 BGB sind daher zunächst richtlinienkonform dahingehend fortzubilden, dass der Verbraucherbegriff sich auch auf die Phasen vor und nach

³⁸⁶ Richtlinie 2011/83/EU vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 304/64. Köhler (WRP 2015, 1311, 1313) macht darauf aufmerksam, dass die Vorschrift falsch umgesetzt ist. Für dual-use Fälle ergibt sich aus Erwägungsgrund 17 nämlich, dass diese als Verbrauchergeschäft gelten sollen, sofern „[...] der gewerbliche Zweck im Gesamtzusammenhang des Vertrages nicht überwiegend [...]“ ist. Im Falle einer exakt hälftigen Nutzung führt die Anwendung des § 13 BGB allerdings dazu, dass die kontrahierende Person nicht mehr unter den Verbraucherbegriff fällt, WRP 2015, 1311, 1313.

³⁸⁷ Köhler, WRP 2015, 1037, 1037 f.

³⁸⁸ Dazu Köhler, in: ders./Bornkamm/Fedderson, § 2 Rn.161.

³⁸⁹ Köhler, in: FS Roth, S.299, 300;4 ders., WRP 2015, 1311, 1313; ders. WRP 2013, 403, 405 Rn.15; ders./Bornkamm/Fedderson, § 2, Rn.162.

³⁹⁰ Köhler, in: ders./Bornkamm/Fedderson, § 2, Rn. 161 f.

³⁹¹ Dazu Micklitz, in: MüKo BGB, § 13 Rn.85, 89.

Abschluss eines Rechtsgeschäfts erstreckt. Die Möglichkeit nationales Recht richtlinienkonform auszulegen oder fortzubilden genügt den Anforderungen des EuGH an die Umsetzung von Richtlinien indes nicht. Es bedarf stets einer eindeutigen Umsetzungsvorschrift.³⁹²

(6) Der „Gewerbetreibende“ nach der UGP-Richtlinie und Unternehmer nach der UGP-Richtlinie und UWG

Aufgrund des Anwendungsbereichs des UWG, welcher durch das Merkmal der „geschäftlichen Handlung“ eröffnet wird, kann der Rechtsbruch nach § 3a UWG nur von einem Unternehmer gemäß § 2 Abs.1 Nr.6 UWG begangen werden.

Während die Richtlinie in Art.2 lit.b den Begriff des „Gewerbetreibenden“ verwendet, wird dieser im deutschen Recht mit dem Begriff des „Unternehmers“ nach § 2 Abs.1 Nr.6 UWG umgesetzt. Die Vorschrift setzt die Richtlinie nahezu wortgleich um, mit dem Unterschied, dass die Wendung „[...] *die im Geschäftsverkehr* [...] handelt.“ in dem Zentralbegriff der geschäftlichen Handlung³⁹³ im UWG aufgeht.³⁹⁴ Zu beachten ist überdies, dass Personen, die nach § 2 Nr.6 UWG „[...] im Namen oder Auftrag [...]“ eines Unternehmers handeln, denklogisch ebenfalls die Unternehmereigenschaft erfüllen müssen, da auch diese Personen mit der Aufnahme in die Unternehmerdefinition des UWG dieselben Verhaltensanforderungen sowie Haftungstatbestände treffen.³⁹⁵

³⁹² Siehe nur EuGH Urt. v. 10.5.2011, Rs.C-144/49 – Kommission/Niederlande.

³⁹³ S.56 ff.

³⁹⁴ Zum alten Unternehmerbegriff *Busch*, GPR 2008, 158, 160.

³⁹⁵ Siehe hierzu EuGH Urt. v. 17.10.2013 – C 391/12 = WRP 2013, 1574; *Köhler*, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 2 Rn.121.

Zur gleichwohl vorgesehenen Haftung gemäß unselbstständig Beschäftigter nach § 8 Abs. 2 UWG siehe S.107.

(7) Marktteilnehmer

Zu den Marktteilnehmern zählen neben Mitbewerbern und Verbrauchern, „[...] *alle Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind* [...]“. Der Begriff wird in §§ 1, 3a, 4a, 5 Abs.1 S.1, 7 Abs.1, 2 UWG verwendet und verdeutlicht einerseits, dass sich der Schutz im Vertikalverhältnis nicht nur auf Verbraucher beschränkt, sondern auch alle anderen Personen erfasst, die als Nachfrager oder Anbieter in Erscheinung treten.³⁹⁶ Andererseits schützt er in den entsprechenden Tatbeständen auch solche Unternehmer, die nicht in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zum Verletzer stehen und macht das Wettbewerbsrecht auf diese Weise zu einem umfassend schützendem Marktrecht.³⁹⁷

(8) Mitbewerber

Der Begriff des „Mitbewerbers“ ist in § 2 Nr.3 UWG definiert, während eine Definition im europäischen Sekundärrecht fehlt. In der UGP-Richtlinie³⁹⁸ und der Werberichtlinie³⁹⁹ wird der Begriff des Mitbewerbers allerdings erwähnt. Nach der Rechtsprechung des EuGH sei dann von einem Mitbewerber auszugehen, wenn die von ihm angebotenen Waren oder Dienstleistungen in gewissem Maße substituierbar seien.⁴⁰⁰ Unter der Annahme, dass das UKlaG die AGB-Kontrolle abschließend regelt, hat zuletzt *Ahrens* der Möglichkeit einer durch Mitbewerber initiierten gerichtlichen Klauselkontrolle im

³⁹⁶ Köhler, in: *ders./Bornkamm/Fedderson*, § 2 Rn.89.

³⁹⁷ Keller, in: *Harte/Henning*, § 2 Rn.108.

³⁹⁸ Erwägungsgründe 6, 8; Art.3a Abs.1 lit.d, h, Art.4 Abs.1, Art.7 Abs.1, Art.11 Abs.1.

³⁹⁹ Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung (siehe dort: Erwägungsgründe 9, 14, 15; Art.2 lit.c; Art.4 lit. f, h; Art.5 Abs.1).

⁴⁰⁰ EuGH Urt. v. 19. 4. 2007 - C-381/05, Rn.28; hierzu ausführlich auch *Lettl*, in: *FS Köhler*, S.429, 430.

Anschluss zur BGH-Entscheidung „missbräuchliche Vertragsstrafe“⁴⁰¹ widersprochen.⁴⁰² Da es sich bei dem von *Ahrens* angeführten Argument um den Untersuchungsgegenstand handelt, ergibt sich die Position hierzu aus dem weiteren Verlauf der Arbeit.

c. Vereinbarkeit des Rechtsbruchtatbestandes mit der UGP-Richtlinie

Die nach den Erwägungsgründen 7, 12, 14 und 15 sowie Art.1, 4 und 3 Abs.5 UGP-Richtlinie bei Geschäftspraktiken von Unternehmern gegenüber Verbrauchern grundsätzlich vollharmonisierende Richtlinie beinhaltet keinen Rechtsbruchtatbestand. Ob der von § 3a UWG vorgesehene Mechanismus – Unlauterkeit einer geschäftlichen Handlung aufgrund der Verletzung einer *außerhalb* der Umsetzung der UGP-Richtlinie stehenden Vorschrift – innerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie Bestand haben kann, hängt von der jeweils in das UWG überführten Norm ab.

Die Richtlinie klammert aus ihrem sachlichen Anwendungsbereich nach Art.3 Abs.2, 3 sowie Abs.8-10 UGP-Richtlinie u.a. Regelungen zum Vertragsrecht sowie Gesundheits- und Sicherheitsaspekte von Produkten aus. Mag man die im Rahmen dieser Untersuchung relevanten Regelungen der § 305 - 310 BGB nicht zum Vertragsrecht zählen, bietet Art.3 Abs.4 UGP-Richtlinie ein weiteres Einfallstor für EU-Verordnungsrecht sowie Umsetzungsrecht, das „[...] *besondere Aspekte lauterer Geschäftspraktiken regeln[t]* [...]“, worunter sich das auf der Klauselrichtlinie beruhende AGB-Recht ohne ernsthafte Zweifel auch

⁴⁰¹ BGH Urt. v. 31.05.2012 - I ZR 45/11 = GRUR 2012, 949.

⁴⁰² *Ahrens*, WRP 2012, I; hierzu ausführlich *Dembowski*, in: FS Bornkamm, S.325 ff.

subsumieren lässt.⁴⁰³ Hinsichtlich der Vereinbarkeit des Rechtsbruchtatbestandes in Verbindung mit den §§ 305 – 310 BGB bestehen daher keine Bedenken.

d. Vorschriften zur Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle als Marktverhaltensregeln i.S.v. § 3a UWG

Die §§ 305 Abs.2 (ggfs. i.V.m. § 310 Abs.3), § 305 c Abs.1 BGB sowie §§ 307 – 309 BGB könnten schließlich ebenfalls Marktverhaltensregeln sein, deren Verstoß geeignet ist die Interessen der Marktteilnehmer zu beeinträchtigen.

aa. Einbeziehungskontrolle

Fraglich ist, ob auch die Verletzung der Regelungen zur Einbeziehung von AGB unter § 3a UWG zu subsumieren ist.

Dafür müsste es sich bei den §§ 305 Abs.2 (ggfs. i.V.m. § 310 Abs.3), § 305 c Abs.1 BGB zunächst um Marktverhaltensregeln handeln. Wie oben⁴⁰⁴ bereits dargelegt muss es sich dafür um solche Vorschriften handeln, die im Zusammenhang mit dem Austausch von Waren oder Dienstleistungen stehen und nicht bloß einer Tätigkeit am Markt vorgelagert sind. Der mit dem Austausch von Waren und Dienstleistungen verbundene Vertragsschluss geht im Geschäftsverkehr nahezu ausschließlich mit der Verwendung von AGB einher. Die §§ 305 Abs.2 (ggfs. i.V.m. § 310), § 305 c Abs.1 BGB regeln die inhaltlichen Gestaltungsmöglichkeiten zwar nicht, legen aber fest, welche Modalitäten der Verwender für eine wirksame Einbeziehung seiner AGB zu beachten hat. Zwar ist das Verhalten, an welches die Vorschriften zur Einbeziehungskontrolle anknüpfen dem Vertragsschluss vorgelagert. Jedoch steht die Art und Weise der

⁴⁰³ Köhler (in: *ders./Bornkamm/Fedderson*, § 3a Rn.1.12, 1.23, 1.286), bejaht die Vereinbarkeit des Rechtsbruchtatbestandes in Verbindung mit den §§ 307 ff. BGB über Art.3 Abs.2 und andererseits über Art.3 Abs.4 UGP-Richtlinie.

⁴⁰⁴ S.88 f.

Gestaltung von AGB bereits in einem zeitlich und qualitativ so engem Zusammenhang mit dem Vertragsschluss, dass Handlungen, die zur Einbeziehung von AGB führen jedenfalls keine bloßen Vorbereitungshandlungen darstellen, die als Marktzutrittsregeln von den Marktverhaltensvorschriften abzugrenzen sind.⁴⁰⁵ Damit stellen auch die Vorschriften zur Einbeziehungskontrolle, Marktverhaltensregeln dar.

Weiterhin müsste eine Verletzung dieser Vorschriften geeignet sein, die Interessen der Marktteilnehmer zu beeinträchtigen. Dieses Erfordernis ist im Einklang mit § 1 S.1 UWG zu lesen. Es ist daher zu fragen, ob die Vorschriften zur Einbeziehung von AGB vom UWG geschützte Interessen der Marktteilnehmer betreffen. Die Einbeziehungskontrolle soll, ganz deutlich wird dies bei § 305 c Abs.1 BGB, sicherstellen, dass der Vertragspartner in Kenntnis der auch inhaltlich erwartbaren AGB, seine geschäftliche Entscheidung zum Abschluss des Vertrages trifft.⁴⁰⁶ Diese Überlegungen gelten gleichermaßen für b to c wie b to b Geschäfte. In Ermangelung expliziter Regelungen, sind die geschützten Interessen der sonstigen Marktteilnehmer an die geschützten Verbraucherinteressen – wenn auch in abgeschwächter Form – angelehnt.⁴⁰⁷ Die in dieser Konstellation betroffenen Interessen der Unternehmer als Nachfrager in Form von § 2 Abs.1 Nr.2 UWG sind, auch wenn die Anforderungen an die Einbeziehung im Vergleich zu Verbraucherverträgen erleichtert ist, als durchaus parallel zu betrachten. Die Vorschriften zur Einbeziehung von AGB sind gegenüber Verbrauchern und Unternehmern als Marktverhaltensregeln zu qualifizieren.⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ Vgl. S.88 f.

⁴⁰⁶ Basedow, in: MüKo BGB, § 305 Rn.55.; ders., in: MüKo BGB, § 305c Rn.1.

⁴⁰⁷ Köhler, in: ders./Bornkamm/Fedderson, § 1 Rn.45 ff.

⁴⁰⁸ So auch Metzger, in: Großkommentar UWG, § 4 Nr.11 Rn.173.

bb. Inhaltskontrolle

Noch deutlicher gestaltet sich diese Feststellung bezüglich der §§ 307 – 309 BGB. Die Vorschriften legen die Möglichkeiten der inhaltlichen Ausgestaltung von Verträgen durch AGB fest und stehen damit als Marktverhaltensregelungen unmittelbar mit dem Vertragsschluss zusammen.⁴⁰⁹ Die durch unwirksame AGB benachteiligten Vertragspartner (Verbraucher und Unternehmer) sind regelmäßig in ihren wirtschaftlichen Interessen beeinträchtigt. Durch die jeweilige Gestaltung der AGB können Vertragspartner z.B. davon abgehalten werden, Ansprüche oder Gestaltungsrechte geltend zu machen und dadurch unmittelbare wirtschaftliche Einbußen erleiden.⁴¹⁰ Wie oben bereits ausgeführt ist aufgrund der größeren Geschäftserfahrenheit gegenüber Unternehmern hierfür ein strengerer Maßstab heranzuziehen. Bezüglich der §§ 307 – 309 BGB erscheint darüber hinaus auch das geschützte wirtschaftliche Interesse der Mitbewerber verletzt zu sein, wenn andere Unternehmen aufgrund ihrer AGB-widrigen Vertragsgestaltung Kosten einsparen.⁴¹¹

2. § 1 UKlaG

§ 1 UKlaG Unterlassungs- und Widerrufsanspruch bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Wer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen, die nach den §§ 307 bis 309 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unwirksam sind, verwendet oder für den rechtsgeschäftlichen Verkehr empfiehlt, kann auf Unterlassung und im Fall des Empfehlens auch auf Widerruf in Anspruch genommen werden.

⁴⁰⁹ Köhler, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 3a Rn.1.288; kritisch Ohly, in: *ders./Sosnitza*, § 3a Rn.78 f.

⁴¹⁰ BGH Urt. v. 31. 5. 2012 – I ZR 45/11, Rn. 46 = GRUR 2012, 949; Köhler, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 3a Rn.1.289; Ohly, in: *ders./Sosnitza*, § 3a Rn.78.

⁴¹¹ Köhler, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 3a Rn.1.289.

§ 2b UKlaG Missbräuchliche Geltendmachung von Ansprüchen

¹Die Geltendmachung eines Anspruchs nach den §§ 1 bis 2a ist unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist, insbesondere wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Anspruchsgegner einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen. ²In diesen Fällen kann der Anspruchsgegner Ersatz der für seine Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen verlangen. ³Weitergehende Ersatzansprüche bleiben unberührt.

a. Tatbestand des § 1 UKlaG

§ 1 UKlaG ist im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung und der damit einhergehenden Einführung des Unterlassungsklagengesetzes an die Stelle des § 13 Abs.1 AGBG getreten und in seinem Wortlaut – abgesehen von dem Verweis auf die ebenfalls zu diesem Zweck neuerlassenen §§ 307 – 309 BGB – unverändert geblieben. Er dient darüber hinaus der Umsetzung von Art.7 der Klauselrichtlinie.

aa. Bestimmungen in AGB

Der Unterlassungs- und Widerrufsanspruch setzt das Vorliegen von AGB nach Maßgabe von § 305 BGB voraus. Die nach § 310 Abs.3 Nr.2 BGB für die materielle Überprüfung im Zwei-Parteien-Prozess nach den §§ 307 – 309 BGB ausreichende, einmalige Verwendung der AGB genügt hingegen nicht, um die Klausel zum Gegenstand des Verfahrens nach § 1 UKlaG zu machen. Dies entspricht dem überindividuellen Zweck des Verbandsklageverfahrens und ist auch mit Art.7 Abs.2 Klauselrichtlinie vereinbar, der die Einführung eines derartigen Verfahrens für solche Klauseln vorschreibt, die „[...] *die im*

*Hinblick auf eine allgemeine Verwendung abgefasst wurden [...]“.*⁴¹²

bb. Unwirksamkeit nach den §§ 307 – 309 BGB

Maßstab der Überprüfung der AGB bilden die §§ 307 – 309 BGB sowie – über den Wortlaut hinaus – auch das sonstige zwingende Recht⁴¹³. Eine Einbeziehungskontrolle nach §§ 305 Abs.2, 3; 305a; 305c Abs.1⁴¹⁴ BGB findet nicht statt. Wie oben dargestellt, liegt dies an dem Charakter der Verbandsklage als abstraktes Rechtsverletzungsverfahren. Etwaige Einbeziehungsfehler hängen hingegen vom Einzelfall ab und können daher nicht Gegenstand des Verfahrens nach § 1 UKlaG sein.⁴¹⁵ Da sich die Frage der Umgehung nach § 306a BGB auf den Inhalt einer Regelung bezieht, kann sie im Klauselverfahren des Unterlassungsklagengesetzes überprüft werden.⁴¹⁶

cc. Verwenden

Die erste Tathandlung liegt im Verwenden der unwirksamen AGB. Der Begriff des Verwendens ist weiter als in § 305

⁴¹² *Köhler*, in: *ders./Bornkamm/Fedderson*, § 1 UKlaG Rn.3; *Witt* in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 1 Rn.4a.

⁴¹³ Mit Übersicht bei *Micklitz/Rott*, in: *MüKo ZPO*, § 1 UKlaG Rn.17.

⁴¹⁴ Wobei überraschende Klauseln nach § 307 Abs.1 BGB unwirksam sein können, *Schlosser*, in: *Staudinger BGB*, § 1 UKlaG 17.

⁴¹⁵ Mit Ausnahme von BGH Urt. v. 12.12.2007 - IV ZR 130/06 Rn. 8 f. = NJW 2008, 1160, wo eine analoge Anwendbarkeit von § 1 UKlaG für den Fall der Änderung von Krankenversicherungsbedingungen durch den Versicherer nach § 178g Abs.3 VVG aF (jetzt § 203 Abs.3 VVG) bejaht wurde; *Schlosser*, in: *Staudinger BGB*, § 1 UKlaG Rn.12, 16; *Walker*, in: *Nomos BGB*, § 1 UKlaG Rn.6.

⁴¹⁶ *Baetge*, in: *juris-PK BGB*, § 1 UKlaG Rn.24; *Köhler*, in: *ders./Bornkamm/Fedderson*, § 1 UKlaG Rn.4; *Witt* in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 1 Rn.4b.

Abs.1 BGB auszulegen.⁴¹⁷ *Schlosser* geht davon aus, dass die auf § 1 AGBG zurückgehende Vorschrift des § 305 Abs.1 S.1 BGB nicht mehr auf den später erlassenen, verfahrensrechtlichen Teil abgestimmt wurde.⁴¹⁸ Für eine weite Auslegung spricht in sachlicher Hinsicht aber der besondere, präventive Zweck des abstrakten Kontrollverfahrens.⁴¹⁹ Nach der Lesart des § 305 Abs.1 S.1 BGB wären nämlich nur solche Klauseln vom Verwendungsbegriff umfasst, die bereits Gegenstand einer bereits verdichteten rechtlichen Sonderbeziehung sind.⁴²⁰ Löst man sich von diesem engeren Verständnis, so genügt es, wenn die unwirksamen AGB abstrakt bereits in irgendeiner Form in den rechtsgeschäftlichen Verkehr gelangt sind.⁴²¹ Es reicht außerdem aus, wenn der Eindruck erweckt wird, dass vertragliche Verpflichtungen begründet werden sollen, indem sich eine Vertragspartei auf die AGB beruft, Rechte aus ihr ableitet, oder durch öffentlichen Aushang auf diese aufmerksam macht, sie auf einer Website wiedergibt, oder auf einer Rechnung abdruckt.⁴²²

dd. Empfehlen

Empfehlen ist das Nahelegen bzw. Anraten gegenüber einer Vielzahl⁴²³ möglicher Verwender, bestimmte AGB zu nutzen.⁴²⁴

⁴¹⁷ *Baetge*, in: *jurs-PK BGB*, § 1 UKlaG Rn.27; *Schlosser*, in: *Staudinger BGB*, § 1 UKlaG Rn.19

⁴¹⁸ *Schlosser*, in *Staudinger BGB*, § 305 Rn.33; S.43 ff.

⁴¹⁹ *Micklitz/Rott*, in: *MüKo ZPO*, § 1 UKlaG Rn.23.

⁴²⁰ So aber *Basedow*, in: *MüKo BGB*, § 305 Rn.9.

⁴²¹ *Schlosser*, in: *Staudinger BGB*, § 305 Rn.33.

⁴²² *Baetge*, in: *jurs-PK BGB*, § 1 UKlaG Rn.27; *Köhler*, in: *ders./Bornkamm/Fedderson*, § 1 UKlaG Rn.8; *Walker*, in: *Nomos BGB*, § 1 UKlaG Rn.10.

⁴²³ **a.A.** *Köhler* (in: *ders./Bornkamm/Fedderson*, § 1 UKlaG Rn.9) der wohl auch eine einmalige Empfehlung ausreichen lassen möchte. Hierfür spricht im ersten Zugriff, dass von *Köhler* angeführte Rechtsschutzargument, wonach eine Empfehlung gegenüber einem Großunternehmen bereits zu

Ein Empfehlen kann freilich auch schon dann bejaht werden, wenn der Empfehler einerseits betont nicht zur Verwendung bestimmter Klauseln zu raten, ihren Inhalt aber andererseits für unbedenklich erklärt.⁴²⁵

ee. Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr

Als immanente Merkmale eines jeden materiellen Unterlassungsanspruchs, sind in den Tatbestand - hier als ungeschriebene Voraussetzungen - eine Erstbegehungs- bzw. Wiederholungsgefahr hineinzulesen.⁴²⁶ Einerseits ergeben sich diese Voraussetzungen nicht aus dem europäischen Sekundärrecht, andererseits sind sie mit diesem jedoch vereinbar, da ihr Vorliegen eng mit der ratio des Unterlassungsanspruchs verknüpft ist. Anders gewendet ist die Gewährung eines Unterlassungsanspruchs dann ohne Sinn, wenn ohnehin nicht damit zu rechnen ist, dass sich die mit ihm abzuwehrende Gefahr nicht realisieren wird.⁴²⁷ Insofern gelten dieselben Grundsätze, wie sie im Rahmen von § 8 Abs.1 UWG Anwendung finden.⁴²⁸

einer vielfachen Verwendung der Klauseln führen kann. Dieses Argument verkennt jedoch, dass der Unterlassungsanspruch bereits im Moment des Empfehlens der rechtswidrigen AGB besteht – unabhängig davon, ob diese auch tatsächlich verwendet werden. Zudem müsste im Einzelfall überprüft werden, wem gegenüber die AGB empfohlen wurden. Daher ist – erneut wegen des überindividuellen Zwecks des Verbandsklageverfahrens - eine Vielzahl an Empfehlungen zu fordern.

⁴²⁴ Köhler, in: *ders./Bornkamm/Fedderson*, § 1 UKlaG Rn.9; Witt in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 1 Rn.27; *Schlosser*, in: *Staudinger BGB*, § 1 UKlaG Rn.33.

⁴²⁵ Witt in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 1 Rn.27a; *Schlosser*, in: *Staudinger BGB*, § 1 UKlaG Rn.33.

⁴²⁶ Witt in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 1 Rn.37.

⁴²⁷ Witt in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 1 Rn.37.

⁴²⁸ BGH, Urt. v. 6. 12. 2012 – III ZR 173/12 Rn.17 = NJW 2013, 593; *Micklitz/Rott*, in: *MüKo ZPO*, § 1 UKlaG Rn.31.

Eine Erstbegehungsgefahr liegt hinsichtlich des Verwendens vor, wenn der potentielle Verwender durch die Beifügung von AGB oder durch Bezugnahme auf sie etwa in Werbeunterlagen, Vertragsangeboten oder Rechnungen seine ernstliche Nutzungsabsicht zu erkennen gibt.⁴²⁹ Bezüglich des Empfehlens kann eine Erstbegehungsgefahr etwa dann bejaht werden, wenn der Empfehler die Versendung von Formularen mit den unwirksamen AGB ankündigt.⁴³⁰

Wurden die rechtswidrigen AGB bereits verwendet, so wird in Anlehnung an die Konzeption der Definition der AGB in § 305 Abs.1 BGB („Vielzahl“) die Wiederholungsgefahr vermutet.⁴³¹ Gleiches gilt im Falle der Empfehlung unwirksamer AGB.⁴³² Die Vermutung kann – abgesehen von Einzelfällen wie der Umwandlung nach § 2 Nr.1 UmwG - grundsätzlich nur mithilfe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung widerlegt werden.⁴³³

ff. Missbrauchskontrolle nach § 2b UKlaG

Die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von Verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts⁴³⁴ sich auf § 2 UKlaG a.F. beziehende Missbrauchskontrolle ist nach ihrer Auslagerung in

⁴²⁹ *Walker*, UKlaG, § 1 Rn.9; **a.A.** *Schlosser* (in: Staudinger BGB, § 1 UKlaG Rn.20), der eine Erstverwendungsgefahr nicht ausreichen lassen will, aber über eine weite Auslegung des Verwendungsbegriffs überwiegend zu denselben Ergebnissen kommt.

⁴³⁰ *Walker*, UKlaG, § 1 Rn.9

⁴³¹ *Köhler*, in: *ders./Bornkamm/Fedderson*, § 1 UKlaG Rn.10; *Micklitz/Rott*, in: *MüKo ZPO*, § 1 UKlaG Rn.31; *Schlosser*, in: Staudinger BGB, § 1 UKlaG Rn.20; *Witt* in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 1 Rn.37.

⁴³² *Köhler*, in: *ders./Bornkamm/Fedderson*, § 1 UKlaG Rn.10

⁴³³ *Köhler*, in: *ders./Bornkamm/Fedderson*, § 1 UKlaG Rn.10; *Witt* in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 1 Rn.37; *Schlosser*, in: Staudinger BGB, § 1 UKlaG Rn.20; *Walker*, UKlaG, § 1 Rn.9.

⁴³⁴ BGBl. I Nr.8 v. 23.2.2016.

den neu geschaffenen § 2b UKlaG auch auf §§ 1, 1a und 2a UKlaG anwendbar^{435, 436} Die Regelung ist ausdrücklich an § 8 Abs.4 UWG angelehnt und entspricht ihr wortgleich.⁴³⁷ Es handelt sich um eine materiell-rechtliche Einwendung und nicht um eine Prozessvoraussetzung.⁴³⁸ Zwar spricht die Vorschrift von einer „*unzulässigen*“ Geltendmachung, jedoch ist dies nicht im prozessualen Sinne zu verstehen. Systematisch spricht hierfür, dass die Vorschrift im materiell-rechtlichen Teil des UKlaG geregelt ist.⁴³⁹

Ziel der Regelung ist es, die Entstehung sogenannter Gebührenvereine zu unterbinden, deren Geschäftsmodell einzig in der Generierung von Rechtsverfolgungskosten liegt.⁴⁴⁰ Diese gesetzgeberische Absicht ist als konform mit Art.7 Abs.2 der Klauselrichtlinie sowie mit Art.3 Unterlassungsklagenrichtlinie zu betrachten, die jeweils die Einräumung einer Klagebefugnis für solche Organisationen fordern, die „[...] *ein berechtigtes Interesse* [...]“ am Schutz der Verbraucher haben.⁴⁴¹ Gleichwohl offenbart sich an dieser Stelle der nur sehr begrenzte Anwendungsbereich der Vorschrift. Als Korrektiv gegen missbräuchliche Rechtsverfolgung dient nach der Konzeption des UKlaG nämlich bereits die Klagebefugnis. Während gewerbliche Verbände etwa im Falle bloßer Abmahntätigkeiten bereits die Voraussetzungen von § 3 Abs.1 S.1 Nr.2 UKlaG nicht erfüllen, ist bei Verbraucherverbänden, die auf der Liste

⁴³⁵ Sowie weiterhin qua Verweis auch auf § 4a UKlaG.

⁴³⁶ BT.-Drucks 18/4631, S.24.

⁴³⁷ BT.-Drucks 18/4631, S.24.

⁴³⁸ *Witt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 2b UKlaG Rn.5; so wohl auch *Köhler/Feddersen*, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 8 Rn.4.4; *a.A. Walker*, UKlaG, § 2b Rn.4.

⁴³⁹ *Witt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 2b UKlaG Rn.5.

⁴⁴⁰ BT-Drucks. 14/2658, S.55; *Micklitz/Rott*, in: MüKO UWG, § 2b UKlaG Rn.2.

⁴⁴¹ Ähnlich *Witt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 2b Rn.2.

der qualifizierten Einrichtungen nach § 4 Abs.1 UKlaG stehen zu vermuten, dass diese im Interesse des Verbraucherschutzes handeln.⁴⁴² Da die Liste der Umsetzung von Art.4 Abs.3 Unterlassungsklagenrichtlinie dient, ergibt sich die Vermutung bereits aus dem effet utile der Richtlinie. Der auf diese Weise begrenzte Anwendungsbereich von § 2b UKlaG erfährt im Falle des hier zu untersuchenden § 1 UKlaG eine weitere Relativierung, als die Feststellung eines Verstoßes gegen die §§ 307 – 309 BGB regelmäßig anspruchsvoll ist und zudem die Streitwerte gering sind.⁴⁴³ Hat ein Verband diese Hürden genommen, so soll eine Missbräuchlichkeit nur dann zu bejahen sein, wenn die Geltendmachung des Anspruchs nach den *gesamten Umständen des Einzelfalls* von sachfremden Motiven geleitet ist – wie einer z.B. im Falle des § 1 UKlaG kaum nachweisbaren - primären Gewinnmaximierung.⁴⁴⁴ Und so überrascht es nicht, dass bislang offenbar in keinem Verfahren das Vorliegen von § 2b UKlaG bei Geltendmachung des Anspruchs nach § 1 UKlaG bejaht wurde.

3. Bestimmung des Konkurrenzbereichs

Die Genese der beiden Anspruchsgrundlagen hat aufgezeigt, warum es sich bei § 3a UWG und § 1 UKlaG um strukturell grundverschiedene Tatbestände handelt. Während die Aufgabe von § 3a UWG seit jeher darin besteht, quasi als „Scharnier“⁴⁴⁵ den Sanktionskatalog des UWG auch auf bestimmte, außerhalb

⁴⁴² Micklitz/Rott, in: MüKO ZPO, § 2b UKlaG, Rn.4.

⁴⁴³ Micklitz/Rott, in: MüKo ZPO, § 2b UKlaG, Rn.6, die aufgrund dessen eine missbräuchliche Geltendmachung des Anspruchs nach § 1 UKlaG für „[...] kaum denkbar [...]“ halten; ebenso Witt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 2b Rn.1, 7.

⁴⁴⁴ Witt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 2b Rn.7,8 m.w.N.

⁴⁴⁵ So Busch (GPR 2008, 158, 162) zu verbraucherschützenden Informationspflichten des BGB, die ebenfalls über § 4 Nr.11 UWG a.F. (jetzt: § 3a UWG) Einzug in das Lauterkeitsrecht erhalten.

des Lauterkeitsrechts geregelte Normverstöße zu erstrecken, ist § 1 UKlaG auf die Konstellation der Verwendung und Empfehlung unwirksamer AGB zugeschnitten.

Tatbestandlich hat dies zur Folge, dass § 3a UWG wegen seiner generalklauselartigen Charakteristik der Tathandlung des „Zuwiderhandelns“ durch eine präzise Umschreibung der Anforderungen an die außerhalb des Lauterkeitsrechts verletzte Norm, einschränkende Merkmale⁴⁴⁶ gegenüberstellt, um den Rechtsbruchtatbestand einzugrenzen. § 1 UKlaG kann aufgrund seiner Eindimensionalität unmittelbar die zu sanktionierende Tathandlung⁴⁴⁷ benennen. Die einzige Einschränkung ergibt sich daraus, dass eine einmalige Verwendung – im Gegensatz zu § 310 Abs.3 Nr.2 BGB – wegen des überindividuellen Charakters des Unterlassungsklagengesetzes nicht ausreicht.

Bei den Vorschriften zur Einbeziehungskontrolle **und** Inhaltskontrolle handelt es sich zudem um Marktverhaltensregeln, da diese im Zusammenhang mit einer Tätigkeit am Markt stehen – konkret einem Vertragsschluss – und daher keine bloße Vorbereitungshandlung für den Marktzutritt darstellen. Auf den ersten Blick bemerkenswert ist, dass § 3a UWG dadurch hinsichtlich der bei § 1 UKlaG ausgeschlossenen Einbeziehungskontrolle sogar einen weitergehenden Schutz bietet und auch diesen Teil der AGB-Vorschriften erfasst. Dies rechtfertigt sich jedoch damit, dass im UWG mit der Klagebefugnis der Mitbewerber nicht nur überindividuelle Interessen geschützt sind.

⁴⁴⁶ „[...] die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen.“

⁴⁴⁷ Das Verwenden oder für den rechtsgeschäftlichen Verkehr Empfehlen von gemäß §§ 307 – 309 BGB unwirksamen AGB.

Auf etwaige Unterschiede hinsichtlich des Verbots der missbräuchlichen Geltendmachung nach § 8 Abs.4 UWG und § 2b UKlaG soll unten im Rahmen der Rechtsfolgen eingegangen werden.⁴⁴⁸

4. Konkurrenzspezifische Auslegung

Abgesehen davon, dass unter „lex specialis“ nach dem hier vertretenen Ansatz eine Vorschrift verstanden wird, die alle Merkmale einer allgemeinen Vorschrift und mindestens eine weitere Voraussetzung enthält⁴⁴⁹, was bereits nicht auf das Verhältnis der hier zu untersuchenden Normen zutrifft, kommt § 1 UKlaG diese Aufgabe auch nicht in funktionaler Sicht zu. Wie gezeigt, ist der Schutzbereich des Wettbewerbsrechts bewusst weit angelegt, hierfür spricht insbesondere der Erlass einer Vorschrift wie § 3a UWG mit seiner Funktion an sich außerhalb des Wettbewerbsrechts liegende Sachverhalte lauterkeitsrechtlich sanktionieren zu können. Aus dieser gesetzgeberischen Grundentscheidung folgt bereits, dass, sofern die Voraussetzungen des Rechtsbruchtatbestandes erfüllt sind, grundsätzlich ein Zugewinn an Rechtsschutz geschaffen werden soll. Dies zeigt sich deutlich bei der von § 3a UWG erfassten Frage der Einbeziehung von AGB, die aus dem ausschließlich überindividuelle Zwecke verfolgenden UKlaG ausgenommen ist. Eine § 3a UWG in Gänze verdrängende Gesetzeskonkurrenz durch § 1 UKlaG kommt daher nicht in Betracht und würde zudem den Schutzzwecken der Vorschriften widersprechen. Darüber hinaus gibt es auch keinen Anlass, aus Konkurrenzgesichtspunkten rechtsfortbildend in dieses

⁴⁴⁸ S.127, 141.

⁴⁴⁹ Zur Definition einer lex specialis S.33 f.

Verhältnis einzugreifen, da die Vorschriften nicht miteinander konfliktieren, sondern einander verstärken.⁴⁵⁰

IV. Aktiv- und Passivlegitimation

1. Aktivlegitimationen

Art.11 Richtlinie 2005/29/EG

Durchsetzung

(1) Die Mitgliedstaaten stellen im Interesse der Verbraucher sicher, dass geeignete und wirksame Mittel zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken vorhanden sind, um die Einhaltung dieser Richtlinie durchzusetzen.

Diese Mittel umfassen Rechtsvorschriften, die es Personen oder Organisationen, die nach dem nationalen Recht ein berechtigtes Interesse an der Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken haben, einschließlich Mitbewerbern, gestatten,

a) gerichtlich gegen solche unlauteren Geschäftspraktiken vorzugehen.

[...]

Artikel 7 Richtlinie 1993/13/EWG

(1) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, daß im Interesse der Verbraucher und der gewerbetreibenden Wettbewerber angemessene und wirksame Mittel vorhanden sind, damit der Verwendung mißbräuchlicher Klauseln durch einen Gewerbetreibenden in den Verträgen, die er mit Verbrauchern schließt, ein Ende gesetzt wird.

(2) Die in Absatz 1 genannten Mittel müssen auch Rechtsvorschriften einschließen, wonach Personen oder Organisationen, die nach dem innerstaatlichen Recht ein berechtigtes Interesse am Schutz der Verbraucher haben, im Einklang mit den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften die Gerichte oder die zuständigen Verwaltungsbehörden anrufen können, damit diese darüber entscheiden, ob Vertragsklauseln, die im Hinblick auf eine allgemeine Verwendung abgefasst wurden, mißbräuchlich sind, und angemessene und wirksame Mittel anwenden, um der Verwendung solcher Klauseln ein Ende zu setzen.

[...]

Artikel 3 Richtlinie 2009/22/EG

Klagebefugte Einrichtungen

Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck „qualifizierte Einrichtung“ jede Stelle oder Organisation, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats ordnungsgemäß errichtet wurde und ein berechtigtes Interesse daran hat, die Einhaltung der in Artikel 1 genannten Bestimmungen sicherzustellen; er bezeichnet insbesondere

a) in Mitgliedstaaten, in denen solche Stellen bestehen, eine oder mehrere unabhängige öffentliche Stellen, die speziell für den Schutz der in Artikel 1 genannten Interessen zuständig sind, und/oder

b) Organisationen, deren Zweck im Schutz der in Artikel 1 genannten Interessen besteht, entsprechend den im Rahmen der nationalen Rechtsvorschriften festgelegten Kriterien.

⁴⁵⁰ In diese Richtung auch *Artz*, in: FS Lindacher, S.15, 21; *Tüngler/Ruess*, WRP 2009, 1336, 1339 f.

Art.4 Richtlinie 2009/22/EG

Grenzüberschreitende Verstöße innerhalb der Gemeinschaft

[...]

(2) Im Hinblick auf grenzüberschreitende Verstöße innerhalb der Gemeinschaft und unbeschadet der Rechte, die anderen Stellen gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften zustehen, teilen die Mitgliedstaaten auf Antrag ihrer qualifizierten Einrichtungen der Kommission mit, dass diese Einrichtungen berechtigt sind, eine in Artikel 2 vorgesehene Klage zu erheben. Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission Namen und Zweck dieser qualifizierten Einrichtungen mit.

(3) Die Kommission erstellt ein Verzeichnis der in Absatz 2 bezeichneten qualifizierten Einrichtungen und gibt darin deren Zweck an. Dieses Verzeichnis wird im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht; Änderungen an diesem Verzeichnis werden unverzüglich veröffentlicht und eine aktualisierte Liste wird alle sechs Monate veröffentlicht.

§ 8 UWG

Beseitigung und Unterlassung

[...]

(3) Die Ansprüche aus Absatz 1 stehen zu:

1. jedem Mitbewerber;

2. rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmern angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, wenn sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen und soweit die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt;

3. qualifizierten Einrichtungen, die nachweisen, dass sie in der Liste der qualifizierten Einrichtungen nach § 4 des Unterlassungsklagengesetzes oder in dem Verzeichnis der Europäischen Kommission nach Artikel 4 Absatz 3 der Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. L 110 vom 1.5.2009, S. 30) eingetragen sind;

4. den Industrie- und Handelskammern oder den Handwerkskammern.

§ 3 UKlaG

Anspruchsberechtigte Stellen

(1) ¹Die in den §§ 1 bis 2 bezeichneten Ansprüche auf Unterlassung, auf Widerruf und auf Beseitigung stehen zu:

1. qualifizierten Einrichtungen, die nachweisen, dass sie in der Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 oder in dem Verzeichnis der Europäischen Kommission nach Artikel 4 Absatz 3 der Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. L 110 vom 1.5.2009, S. 30) eingetragen sind,

2. rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmen angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, wenn sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen, und soweit die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt,

3. den Industrie- und Handelskammern oder den Handwerkskammern.

²Der Anspruch kann nur an Stellen im Sinne des Satzes 1 abgetreten werden.“

(2) Die in Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 bezeichneten Stellen können die folgenden Ansprüche nicht geltend machen:

1. Ansprüche nach § 1, wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber einem Unternehmer (§ 14 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) oder einem öffentlichen Auftraggeber (§ 99 Nummer 1 bis 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) verwendet oder wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen zur ausschließlichen Verwendung zwischen Unternehmern oder zwischen Unternehmern und öffentlichen Auftraggebern empfohlen werden,

[...]

§ 8 Abs.3 UWG dient der Umsetzung von Art.11 Abs.1 UGP-Richtlinie i.V.m. Art.3 Unterlassungsklagenrichtlinie, während § 3 Abs.1 UKlaG den kerngleichen Art.7 Abs.2 i.V.m. Art.3 Unterlassungsklagenrichtlinie umsetzt, was den Gesetzgeber dazu bewogen hat, einen weitgehenden Gleichlauf der Aktivlegitimationen⁴⁵¹ herzustellen.⁴⁵² Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von Verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts, besteht eine Übereinstimmung der §§ 8 Abs.3 S.1 Nr.2 UWG, 3 Abs.1 S.1 Nr.2 UKlaG und §§ 8 Abs.3 S.1 Nr.3 UWG, 3 Abs.1 S.1 Nr.1 UKlaG sowie bezüglich der bereits zuvor identischen § 8 Abs.3 S.1 Nr.4 UWG und § 3 Abs.1 S.1 Nr.3 UKlaG.⁴⁵³

Dies erlaubt es, die genannten Vorschriften unmittelbar gemeinsam zu behandeln und den Blick sodann auf die noch verbleibenden Unterschiede nach § 8 Abs.1 S.1 Nr.1 UWG sowie § 3 Abs.2 Nr.1 UKlaG zu richten.

⁴⁵¹ Die Begriffe der materiell-rechtlichen Aktivlegitimation und der formell-rechtlichen Klagebefugnis können hier synonym verwendet werden, da es um die Geltendmachung eigener Ansprüche im eigenen Namen geht. So auch der Sprachgebrauch in der Gesetzesbegründung (BT.-Drucks. 15/1487, 22 f.). Hierzu *Köhler/Feddersen*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 8 Rn.3.8.

⁴⁵² So explizit BT.-Drucks. 18/4631 S.24.

⁴⁵³ Hierzu ausführlich *Witt*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 3 Rn.7a

a. Anspruchsberechtigung der Verbände, §§ 8 Abs.3 Nr.2 UWG, 3 Abs.1 S.1 Nr.2 UKlaG

Die den Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen eingeräumte Anspruchsberechtigung ist Ausdruck des überindividuellen Charakters der Verbandsklage. Hinsichtlich der Regelung im UWG lässt sich dieser Gedanke auch in dem Zweck des Schutzes der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb nach § 1 S.2 UWG wiederfinden.⁴⁵⁴

Die Angleichung von § 3 Abs.1 S.1 Nr.2 UKlaG an § 8 Abs.3 Nr.2 UWG, durch die besonderen Anforderungen an die klagebefugten Unternehmen, welche vormals lediglich für Klagen nach § 2 UKlaG galten, führt allerdings zu einer erheblichen Einschränkung der Klagebefugnis für AGB-Verbandsklagen.⁴⁵⁵ Der Hintergrund dieses Umschwungs liegt in der nunmehr auch für Klagen nach § 1 UKlaG gültigen Voraussetzung, nach der nur solche Verbände klagebefugt sind, „[...] *die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt* [...]“ wie das zuwiderhandelnde Unternehmen vertreibt. Dadurch sind solche Verbände nicht mehr klageberechtigt, deren Unternehmen in einem Vertikalverhältnis zum Zuwiderhandelnden stehen.⁴⁵⁶ Der Wunsch des Gesetzgebers an eine vollständige Angleichung von § 3 Abs.1 S.1 Nr.2 UKlaG an § 8 Abs.3 Nr.2 UWG war offenbar so groß, dass er sehenden Auges erneut die oben beschriebene Beschränkung der Klagebefugnis in Kauf nahm, die der BGH in einem Urteil zu § 3 Abs.1 S.1 Nr.2 UKlaG 2000

⁴⁵⁴ Köhler/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 8 Rn.3.30.

⁴⁵⁵ Zur alten Rechtslage Göckler, WRP 2016, 434, 436 Rn.21 sowie zur Einschränkung 437 Rn.22; Witt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 3 Rn.7a.

⁴⁵⁶ Göckler, WRP 2016, 434, 436 Rn.15; Witt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 3 Rn.7a.

mangels sachlicher Gründe für die Ungleichbehandlung als verfassungsrechtlich bedenklich einstuft.⁴⁵⁷

Die Klagebefugnis der Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen fällt nicht in den Anwendungsbereich der - abgesehen vom mittelbar beabsichtigten Schutz der Mitbewerber nach Erwägungsgrund 8 UGP-Richtlinie – primär auf den Verbraucherschutz abzielenden Art.11 Abs.1 UGP-Richtlinie⁴⁵⁸ und Art.7 Abs.2 sowie Art.3 Unterlassungsklagenrichtlinie und ist mit den für sie maßgeblichen Sekundärrechtsakten daher vereinbar.

b. Anspruchsberechtigung der qualifizierten Einrichtungen, §§ 8 Abs.3 Nr.3 UWG, 3 Abs.1 S.1 Nr.1 UKlaG jeweils i.V.m. § 4 UKlaG

Maßgaben für die Klagebefugnis der qualifizierten Einrichtungen ergeben sich aus Art. Art.11 Abs.1 UGP-Richtlinie sowie Art.7 Abs.2 Klauselrichtlinie jeweils i.V.m. Art.3, 4 Unterlassungsklagenrichtlinie. Die sich hieraus ergebenden Anforderungen sehen lediglich vor, dass die nach dem jeweils *nationalen Recht* ordnungsgemäß gegründeten

⁴⁵⁷ BGH Urt. v. 25.9.2002 - VIII ZR 253/99 = GRUR 2003, 262, 264; Göckler, WRP 2016, 438 Rn.40; Witt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 3 Rn.7a.

⁴⁵⁸ Interessanterweise enthält Art.11 Abs.1 UGP-Richtlinie jedoch eine weite Formulierung, wonach Interventionsmöglichkeiten gerichtlicher oder verwaltungsbehördlicher Art für „[...] *Personen oder Organisationen, die nach dem nationalen Recht ein berechtigtes Interesse an der Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken haben, einschließlich Mitbewerbern* [...]“ geschaffen werden sollen. Da der Anwendungsbereich der Richtlinie sich allerdings lediglich auf verbrauchergerichtete Geschäftspraktiken bezieht, handelt es sich hierbei dogmatisch wohl eher um eine Empfehlung als eine verbindliche Richtlinienanordnung. Missverständlich insofern Micklitz (in: MüKO UWG, Art.11 UGP-Richtlinie Rn.11), der zunächst nur von Sanktionsformen zugunsten von Verbraucherinteressen spricht.

Stellen oder Organisationen, die den Verbraucherinteressen dienen, eine – bezogen auf die Unterlassungsklagenrichtlinie⁴⁵⁹ – (ggfs. auch grenzüberschreitende) Klagebefugnis zusteht.⁴⁶⁰ Eine Grenze besteht dabei freilich hinsichtlich der Anforderungen, die das nationale Recht an die Einrichtungen stellt, um als klagebefugt zu gelten. Die Anforderungen an den Erhalt der Klagebefugnis dürfen nicht zu hoch oder gar willkürlich sein, so dass das Ziel der Richtlinien nach einer effektiven Verfolgung der Rechtsverstöße gefährdet würde.

Der deutsche Gesetzgeber hat die Voraussetzungen für den Erhalt der Klagebefugnis in § 4 Abs.2 UKlaG aufgestellt. Dabei sorgen insbesondere die Merkmale der „[...] *nicht nur vorübergehend[en]* [...]“ Interessenwahrnehmung der Verbraucher, einer Mindestmitgliederzahl von 75 natürlichen Personen und der Rückgriff auf die bisherige Tätigkeit, die als Prognose für die auch zukünftige Erfüllung der satzungsmäßigen Aufgaben dient, für ausgewogene Voraussetzungen, welche die Effektivität der Interessenwahrnehmung einerseits und die realistische Möglichkeit der Aufnahme in die Liste der Verbraucherverbände gewährleistet.⁴⁶¹

⁴⁵⁹ Nach Art.11 Abs.1 lit.b UGP-Richtlinie und Art.7 Abs.2 HS.2 Klauselrichtlinie ist auch die vom deutschen Gesetzgeber nicht genutzte und von der Unterlassungsklagenrichtlinie nicht erfasste Möglichkeit einer verwaltungsbehördlichen Kontrollinstanz angesprochen.

⁴⁶⁰ Hierzu auch *Witt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 3 Rn.2; § 4 Rn.2.

⁴⁶¹ Zu den einzelnen Voraussetzungen *Bornkamm*, in: Köhler/*ders.*/Feddersen, § 8 Rn.3.55 – 3.59.

c. Anspruchsberechtigung der Industrie-, Handels- oder Handwerkskammern, §§ 8 Abs.3 Nr.4 UWG, 3 Abs.1 S.1 Nr.3 UKlaG

Außerdem sind auch die Industrie-, Handels- und Handwerkskammern klagebefugt. Eine analoge Anwendung auf andere öffentlich-rechtliche Kammern wird aufgrund des abschließenden Regelungscharakters von § 8 Abs.3 UWG bzw. § 3 Abs.1 UKlaG abgelehnt und ist auch mangels Regelungslücke nicht erforderlich, da diesen eine Klagebefugnis als Verbänden zur Förderung gewerbliche oder selbstständiger beruflicher Interessen zukommen kann.⁴⁶²

d. Verbleibende Unterschiede

aa. Anspruchsberechtigung der Mitbewerber, § 8 Abs.3 Nr.1 UWG

Nach § 8 Abs.3 Nr.1 UWG haben auch Mitbewerber die Möglichkeit, gegen unlautere geschäftliche Handlungen klageweise vorzugehen.⁴⁶³ Die Nennung der Mitbewerber an erster Stelle in der Auflistung der klagebefugten Subjekte kann als Reminiszenz an das vormalige Verständnis des UWG als Gesetz, welches seinen Hauptzweck in dem Schutz der Mitbewerber hatte, gesehen werden.⁴⁶⁴

Die Formulierung der Klagebefugnis ist deutlich zu weit geraten, da sie auf den ersten Blick jeden Mitbewerber erfasst. Tatsächlich knüpft der Tatbestand an die Rechtsprechung zum Merkmal des „unmittelbar Verletzten“ im UWG 1909 an, so dass lediglich solche Mitbewerber klagebefugt sind, die von der unlauteren geschäftlichen Handlung auch tatsächlich betroffen

⁴⁶² *Goldmann*, in: *Harte/Henning*, § 8 Rn.349; *Ohly*, in: *ders./Sosnitza*, § 8 Rn.113.

⁴⁶³ Zum Begriff des Mitbewerbers siehe S.94 f.

⁴⁶⁴ So *Goldmann*, in: *Harte/Henning*, § 8 Rn.242.

sind.⁴⁶⁵ Bezogen auf den hier interessierenden § 3a UWG bedeutet dies freilich, dass der jeweilige Mitbewerber von der verletzten Vorschrift außerhalb des UWG geschützt sein muss.⁴⁶⁶

bb. Kein Schutz der Unternehmer durch Verbraucherverbände, § 3 Abs.2 Nr.1 UWG

Handelt es sich bei den unwirksamen AGB um solche, die lediglich gegenüber Unternehmern oder einem öffentlichen Auftraggeber verwendet oder empfohlen wurden, sind Verbraucherschutzverbände nach § 3 Abs.2 Nr.1 UKlaG nicht klagebefugt. Die Regelung rechtfertigt sich daraus, dass in diesem Fall keine Verbraucherinteressen berührt sind und ist daher auch mit Art.7 Abs.2 Klauselrichtlinie und Art.1, 3 Unterlassungsklagenrichtlinie vereinbar.⁴⁶⁷ Werden die AGB sowohl gegenüber Unternehmern, als auch Verbrauchern verwendet, sind die Verbraucherverbände insoweit klagebefugt, müssen ihren Klageantrag aber dementsprechend beschränken, um im Erfolgsfall nicht doch teilweise zu unterliegen.⁴⁶⁸

e. Konkurrenzspezifische Auslegung

Der bedeutendste Unterschied hinsichtlich der Aktivlegitimation liegt in der Klagebefugnis der Mitbewerber nach § 8 Abs.3 Nr.1 UWG. Aus unionsrechtlichen – und damit nicht aus konkurrenzspezifischen Gründen – erscheint jedoch eine

⁴⁶⁵ BT.-Drucks 15/1487, S.22, wonach lediglich abstrakt betroffene Mitbewerber ausdrücklich nicht klagebefugt sein sollen; *Goldmann*, in: *Harte/Henning*, § 8 Rn.274 f.; *Köhler/Feddersen*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 8 Rn.3.26, 3.28.

⁴⁶⁶ *Goldmann*, in: *Harte/Henning*, § 8 Rn.280.

⁴⁶⁷ *Köhler*, in: *ders./Feddersen*, § 3 UKlaG Rn.7; kritisch *Micklitz/Rott*, in: *MüKO ZPO*, § 3 UKlaG, Rn.18.

⁴⁶⁸ *Micklitz/Rott*, in: *MüKo ZPO*, § 3 UKlaG, Rn.18; *Witt*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 3 Rn.12.

richtlinienkonforme Extension der Klagebefugnis verbunden mit einer richtlinienkonforme Reduktion von § 8 Abs.5 S.2 UWG geboten, wenn es um die Verletzung verbraucherschützenden Umsetzungsrechts geht.⁴⁶⁹ § 2 UKlaG setzt nämlich u.a. die Richtlinie 2009/22/EG über Unterlassungsklagen um, welche in ihrem Art.1 Abs.2 anordnet, dass ein Verstoß gegen Transformationsvorschriften der in Anhang I genannten Richtlinien nach dem jeweiligen nationalen Umsetzungsgesetz - hier also § 2 UKlaG – zu ahnden ist. Da in Nr.11 des Anhangs der Unterlassungsklagenrichtlinie auch die UGP-Richtlinie aufgeführt ist, bedeutet dies, dass die Vorschriften des UWG, welche der Umsetzung der UGP-Richtlinie dienen im Falle ihrer Verletzung auch nach § 2 UKlaG verfolgt werden können.⁴⁷⁰

2. Passivlegitimationen

a. UWG: § 8 Abs.1 S.1 UWG („Wer“) i.V.m. § 2 Abs.1 Nr.1 UWG („geschäftliche Handlung“) i.V.m. § 3a UWG

§ 8 UWG

Beseitigung und Unterlassung

(1) ¹Wer eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, kann auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. ²Der Anspruch auf Unterlassung besteht bereits dann, wenn eine derartige Zuwiderhandlung gegen § 3 oder § 7 droht.

[...]

Nach der Systematik der UGP-Richtlinie, sind die Gewerbetreibenden nach Art.2 lit.b UGP-Richtlinie⁴⁷¹ Verbotsadressaten bei adäquat-kausaler Verwirklichung einer unlauteren Geschäftspraktik.⁴⁷² Sofern eine Person im Namen

⁴⁶⁹ Zu § 8 Abs.5 S.2 UWG siehe S.67 f.

⁴⁷⁰ Siehe auch Köhler, in: ders./Bornkamm/Feddersen, 34. Auflage 2016, § 2 UKlaG Rn.11a.

⁴⁷¹ Zur Umsetzung des Begriffs im deutschen Recht siehe S.93.

⁴⁷² Köhler/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 8 Rn.2.1a.

oder Auftrag des Gewerbetreibenden handelt und damit ebenfalls unter Art.2 lit.b UGP-Richtlinie fällt, muss es dem Verletzten nach nationalem Recht gemäß Art.11 Abs.1 Unterabsatz 4 lit.a UGP-Richtlinie freistehen, beide Unternehmer haftbar zu machen.⁴⁷³ Konkreter wird die UGP-Richtlinie hinsichtlich der Passivlegitimation nicht und überlässt den Mitgliedstaaten damit einen sehr weitreichenden Gestaltungsspielraum.⁴⁷⁴ *Fritzsche* schließt aus den Vorgaben nach Art.11 Abs.1 und Art.13 UGP-Richtlinie wonach die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass „[...] *wirksame Mittel zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken vorhanden sind* [...]“ sowie „[...] *wirksame, verhältnismäßige und abschreckende* [...]“ Sanktionen bei Verstößen gegen die Umsetzungsvorschriften der Richtlinie zur Verfügung stehen müssen, das Erfordernis auch eine Teilnehmer- sowie Gehilfenhaftung mit Durchgriffsmöglichkeit auf den Geschäftsherrn⁴⁷⁵ vorzusehen.

Das UWG wird diesen rudimentären Vorgaben gerecht. Es stellt zwar keine eigenen Voraussetzungen zur Haftungssystematik⁴⁷⁶ auf, übernimmt jedoch als Sonderdeliktsrecht die zivilrechtlichen Grundsätze von Täterschaft und Teilnahme, die sich wiederum nach den komplexen strafrechtlichen Haftungsregeln der §§ 25 – 26 StGB richten.⁴⁷⁷

⁴⁷³ *Köhler/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 8 Rn.2.1a.

⁴⁷⁴ *Fritzsche*, in: MüKO UWG, § 8 Rn.232.

⁴⁷⁵ So geschehen in § 8 Abs.2 UWG.

⁴⁷⁶ Mit Ausnahme von § 8 Abs.2 UWG.

⁴⁷⁷ *Fritzsche*, in: MüKO UWG, § 8 Rn.229; *Goldmann*, in: Harte/Henning, § 8 Rn.352, 357; siehe auch *Köhler/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 8 Rn.2.2 ff., welche die Rechtsentwicklung von der Störerhaftung bis zur Haftung von Täter und Teilnehmer nach heutigem UWG nachzeichnen; *Paal*, in: Großkommentar UWG, § 8 Rn.91; *Ohly*, in: *ders./Sosnitza*, § 8 Rn.119.

Nach § 8 Abs.1 UWG ist Täter, wer eine nach § 3 UWG oder § 7 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt bzw. wer droht eine derartige Zuwiderhandlung vorzunehmen.⁴⁷⁸ Um diese scheinbar uferlose Weite anfänglich einzugrenzen und ihr etwas Struktur zu verleihen, ist daran zu erinnern, dass nach der Systematik des UWG nur passivlegitimiert ist⁴⁷⁹, wer eine geschäftliche Handlung begehen kann und auch die weiteren Voraussetzungen einer Verbotsnorm nach § 3 Abs.1 UWG oder § 7 UWG erfüllt, was dann im Ergebnis zur anspruchsauslösenden *unlauteren* geschäftlichen Handlung führt.⁴⁸⁰ Fehlt es bei einem Beteiligten an der Erfüllung eines dieser Merkmale, so bedarf es für dessen Haftung nach § 8 Abs.1 UWG des Hinzutretens eines Zurechnungsgrundes.⁴⁸¹

Die Übernahme externer Haftungsdogmatik - hier des BGB und insbesondere des StGB – hat zur Folge, dass für jede vermeintlich unlautere geschäftliche Handlung zu bewerten und abzugleichen ist, inwieweit eine Adaption mit der Dogmatik des UWG möglich, aber auch im Sinne einer effektiven Rechtsverfolgung erforderlich ist. Ein maßgeblicher Unterschied zwischen diesen externen Verantwortlichkeitsgrundsätzen und der Konzeption des UWG ist, dass letztes grundsätzlich auf subjektive Vorwerfbarkeitselemente verzichtet und damit keinen schuldhaften Verstoß voraussetzen.

⁴⁷⁸ *Fritzsche*, in: MüKO UWG, § 8 Rn.229; *Goldmann*, in: Harte/Henning, § 8 Rn.350; *Köhler/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 8 Rn.2.1.

⁴⁷⁹ S.56 ff.

⁴⁸⁰ *Goldmann*, in: Harte/Henning, § 8 Rn.351; *Köhler/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 8 Rn.2.5 f. *Ohly*, in: *ders./Sosnitza*, § 8 Rn.114.

⁴⁸¹ *Goldmann*, in: Harte/Henning, § 8 Rn.351.

Wegen dieser Gemengelage ist für die Erörterung der Passivlegitimation die konkret zu untersuchende Konstellation - also der Verstoß gegen § 3a UWG durch Verletzung der §§ 305 Abs.2 (ggfs. i.V.m. § 310), 305 c Abs.1, 307 – 309 BGB - in den Blick zu nehmen. Dabei ist zunächst zu fragen, auf welche Handlungen für die Haftungsfrage abzustellen ist.

Hinsichtlich der §§ 307 – 309 BGB gilt: Das Stellen der AGB klärt lediglich, auf wessen Initiative die AGB für den zu schließenden Vertrag hinzugezogen wurden und stellt insofern auch eine mittelbare Abgrenzung zu den das AGB-Recht ausschließenden, im Einzelnen ausgehandelten Vertragsbedingungen nach § 305 Abs.1 S.3 BGB dar.⁴⁸² Die Tathandlung liegt damit im *Verwenden* der nach §§ 307 – 309 BGB unwirksamen AGB.

Für die ebenfalls mit dem UWG verfolgbaren Verstöße gegen §§ 305 Abs.2, (ggfs. i.V.m. § 310), 305 c Abs.1 BGB liegt die Tathandlung jeweils in dem Nichthinweisen auf die AGB als Vertragsbestandteil, dem Nichtverschaffen einer zumutbaren Kenntnisnahme vom Inhalt der AGB, sowie – erneut – dem *Verwenden* derart ungewöhnlicher AGB, dass der Vertragspartner nicht mit ihnen zu rechnen brauchte.⁴⁸³

⁴⁸² Basedow, in: MüKo BGB, § 305 Rn.21; Lehmann-Richter, in: Beck -OGK BGB (Stand: 1.9.2017), § 305 Rn.123, 145.

⁴⁸³ Abstrakt im Folgenden: das „Nichtbeachten“ der Einbeziehungsvoraussetzungen.

Es ergeben sich für die verschiedenen Tathandlungen folgende Konstellationen:

aa. Täter

Täter der Verwendungsvarianten ist, wer die nach §§ 307 – 309 BGB unwirksamen oder § 305c BGB überraschenden AGB i.S.v. § 305 Abs.1 S.1 BGB verwendet.

Ein Unterschied zwischen Neben- und Mittäterschaft ist in Ermangelung subjektiver Elemente für den Verstoß gegen § 3a UWG i.V.m. §§ 305 Abs.2, (ggfs. i.V.m. § 310), 305 c Abs.1 BGB oder §§ 307 – 309 BGB nicht erforderlich. Denkbar sind Konstellationen bei denen auf Verwenderseite zwei oder mehr Personen tätig sind.

bb. Teilnehmer

Problemlos können über §§ 830 Abs.2 BGB i.V.m. §§ 26, 27 StGB⁴⁸⁴ auch Konstellationen der Anstiftung und der Beihilfe zur Verwendung oder Nichtbeachtung der Einbeziehungsvoraussetzungen erfasst werden. Mit der Variante des Hilfeleistens im Rahmen der Beihilfe könnte somit auch ein „Empfehlen“ zur Verwendung oder der Nichtbeachtung der Einbeziehungsvoraussetzungen geahndet werden.

cc. Haftung für Mitarbeiter und Beauftragte, § 8 Abs.2 UWG

§ 8 UWG

Beseitigung und Unterlassung

[...]

(2) Werden die Zuwiderhandlungen in einem Unternehmen von einem Mitarbeiter oder Beauftragten begangen, so sind der Unterlassungsanspruch und der Beseitigungsanspruch auch gegen den Inhaber des Unternehmens begründet.

[...]

⁴⁸⁴ *Wagner*, in: MüKo BGB, § 830 Rn.20.

§ 8 Abs.2 UWG ist eine selbstständige Anspruchsgrundlage, die es dem Verletzten erlaubt, bei wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen von Mitarbeitern oder Beauftragten eines Unternehmens, unmittelbar auf den Unternehmensinhaber durchzugreifen, ohne dass dieser sich exkulpieren könnte.⁴⁸⁵ Demnach kann auch gegen den Unternehmensinhaber vorgegangen werden, wenn Mitarbeiter oder Beauftragte unwirksame AGB verwenden, oder aber die Nichteinbeziehungsvoraussetzungen beachten.

dd. Haftung für fremdes Verhalten

Auch die Haftung von Organen und Repräsentanten nach §§ 31, 89 BGB (analog)⁴⁸⁶ bei Verwendung unwirksamer AGB oder Nichtbeachtung der Einbeziehungsvoraussetzungen ist möglich bzw. bei Fehlen eines Organs nach den Grundsätzen der Haftung für Organisationmängel.⁴⁸⁷

Entsprechendes gilt für die Haftung von Gesellschaftern, während die Haftung für Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen möglich, aber wegen § 8 Abs.2 UWG praktisch bedeutungslos ist.⁴⁸⁸

⁴⁸⁵ *Goldmann*, in: Harte/Henning, § 8 Rn.563; *Köhler/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 8 Rn.2.32; *Paal*, Großkommentar UWG, § 8 Rn.143.

⁴⁸⁶ *Paal*, in: Großkommentar UWG, § 8 Rn.166.

⁴⁸⁷ *Goldmann*, in: Harte/Henning, § 8 Rn.553 ff.; *Köhler/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 8 Rn.2.19 ff.

⁴⁸⁸ *Goldmann*, in: Harte/Henning, § 8 Rn.556; *Köhler/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 8 Rn.2.21, 2.23.

b. § 1 UKlaG („Wer“) („Verwender“ und „Empfeher“)

Im Rahmen von § 1 UKlaG richtet sich der jeweilige Anspruch gegen den Verwender bzw. Empfeher der nach §§ 307 – 309 BGB unwirksamen AGB.

aa. Verwender

Verwender ist, entsprechend dem weiten Verständnis des Verwendens nach § 1 UKlaG⁴⁸⁹, derjenige in dessen Namen Verträge unter Zugrundelegung der unwirksamen AGB geschlossen werden, oder aber lediglich durch sein Verhalten im Rechtsverkehr den Eindruck erweckt, dass die jeweiligen AGB im Falle eines Vertragsschlusses Bestandteil der Einigung werden sollen^{490, 491}.

bb. Empfeher

Empfeher ist⁴⁹², wer anderen zur Zugrundelegung unwirksamer AGB rät.⁴⁹³ Dies können Verbände, Körperschaften des öffentlichen Rechts, Verfasser von Formularbüchern, Anwälte

⁴⁸⁹ Dazu bereits S.60 f.

⁴⁹⁰ So z.B. beim Onlinestellen von AGB auf der Unternehmenshomepage.

⁴⁹¹ *Schlosser*, in: Staudinger BGB, § 1 UKlaG Rn.29; *Walker*, UKlaG, § 1 Rn.10; **a.A. Witt** (in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 UKlaG Rn.25), nach dem Verwender sei, wer die AGB stellt. Hierbei handelt es sich einerseits um einen terminologischen Zirkelschluss und andererseits verkennt diese Ansicht, dass es im Rahmen von § 1 UKlaG gerade nicht auf das Verständnis von § 305 Abs.1 S.1 BGB ankommt. Systematisch kann der Begriff des „Stellens“ fruchtbar gemacht werden, dann jedoch unter Berücksichtigung der Weiterungen des § 1 UKlaG – in diesem Fall würden die Begriffe des „Verwendens“ und des „Stellens“ funktional als Synonyme dienen.

⁴⁹² Zum Begriff des „Empfehlens“ S.61 f.

⁴⁹³ *Köhler*, in: *ders./Bornkamm/Fedderson*, § 1 UKlaG Rn.9.

oder Notare sein. Nicht von dem Begriff erfasst ist jedoch, wer sich in wissenschaftlichen Abhandlungen zu AGB äußert.⁴⁹⁴

c. Bestimmung des Konkurrenzbereich

Während das UWG sich des austarierten Haftungssystems des StGB bedient, dreht sich bei § 1 UKlaG alles um die Begriffe von „Verwender“ und „Empfeher“. Dies führt dazu, dass über § 8 Abs.2 UWG z.B. auch problemlos Mitarbeiter oder Beauftragte eine anspruchsauslösende geschäftliche Handlung begehen können, während im UKlaG allein die Argumentation anhand der Begrifflichkeiten „Verwender“ und „Empfeher“ zur Verfügung steht.

d. Konkurrenzspezifische Auslegung

Aus diesen Gründen bietet es sich an, die Haftungsregeln des UWG auch im UKlaG anzuwenden.⁴⁹⁵ Hierfür spricht zum einen, dass der Gesetzgeber bereits hinsichtlich der Aktivlegitimation einen weitreichenden Gleichlauf geschaffen hat. Zudem würde sich die spärliche Diskussion über die Reichweite von „Verwender“ und „Empfeher“ im Rahmen des UKlaG erledigen. Erzielt werden kann dieses Ergebnis über eine teleologische Extension der Haftungsregeln des § 8 Abs.1, 2 UWG i.V.m. § 830 BGB i.V.m §§ 25, 26 StGB auf § 1 UKlaG.

⁴⁹⁴ Köhler, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 1 UKlaG Rn.9; *Schlosser*, in: *Staudinger BGB*, § 1 UKlaG Rn.30 ff.; *Witt* in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 1 UKlaG Rn.28 ff.

⁴⁹⁵ So auch *Micklitz/Rott*, in: *MüKO ZPO*, § 1 UKlaG Rn.28 ff.

V. Zuständigkeit

§ 14 UWG Örtliche Zuständigkeit

(1) ¹Für Klagen auf Grund dieses Gesetzes ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Beklagte seine gewerbliche oder selbständige berufliche Niederlassung oder in Ermangelung einer solchen seinen Wohnsitz hat. ²Hat der Beklagte auch keinen Wohnsitz, so ist sein inländischer Aufenthaltsort maßgeblich.

(2) ¹Für Klagen auf Grund dieses Gesetzes ist außerdem nur das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Handlung begangen ist. ²Satz 1 gilt für Klagen, die von den nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten erhoben werden, nur dann, wenn der Beklagte im Inland weder eine gewerbliche oder selbständige berufliche Niederlassung noch einen Wohnsitz hat.

§ 5 UKlaG Anwendung der Zivilprozessordnung und anderer Vorschriften
Auf das Verfahren sind die Vorschriften der Zivilprozessordnung und § 12 Absatz 1, 2, 4 und 5 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb anzuwenden, soweit sich aus diesem Gesetz nicht etwas anderes ergibt.

§ 6 UKlaG Zuständigkeit

(1) Für Klagen nach diesem Gesetz ist das Landgericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk der Beklagte seine gewerbliche Niederlassung oder in Ermangelung einer solchen seinen Wohnsitz hat. Hat der Beklagte im Inland weder eine gewerbliche Niederlassung noch einen Wohnsitz, so ist das Gericht des inländischen Aufenthaltsorts zuständig, in Ermangelung eines solchen das Gericht, in dessen Bezirk

1.

die nach den §§ 307 bis 309 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unwirksamen Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendet wurden,

2.

gegen Verbraucherschutzgesetze verstoßen wurde oder

3.

gegen § 95b Abs. 1 des Urheberrechtsgesetzes verstoßen wurde.

(2) Die Landesregierungen werden ermächtigt, zur sachdienlichen Förderung oder schnelleren Erledigung der Verfahren durch Rechtsverordnung einem Landgericht für die Bezirke mehrerer Landgerichte Rechtsstreitigkeiten nach diesem Gesetz zuzuweisen. Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen.

(3) Die vorstehenden Absätze gelten nicht für Klagen, die einen Anspruch der in § 13 bezeichneten Art zum Gegenstand haben.

Um einen möglichst vollständigen Überblick hinsichtlich der Ansprüche gemäß § 3a UWG und § 1 UKlaG zu erhalten, sollen auch die gerichtlichen Zuständigkeiten kurz erörtert werden. Da es sich um prozessuale Bestimmungen handelt, sind diese von der Konkurrenzdiskussion freilich ausgenommen.

1. UWG

§ 14 UWG enthält Sonderregeln zur örtlichen Zuständigkeit gegenüber den §§ 12 ff. ZPO. Der Kläger hat hiernach die Wahl zwischen den Gerichtsständen nach § 14 Abs.1 und Abs.2 UWG, wobei es sich um ausschließliche Gerichtsstände handelt, so dass Gerichtsstandsvereinbarungen unwirksam und ein rügeloses Einlassen nicht möglich ist.⁴⁹⁶ Nach § 14 Abs.1 UWG kann der Kläger die Klage am Ort der inländischen gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Niederlassung, hilfsweise am inländischen Wohnsitz geltend machen.⁴⁹⁷ Nach § 14 Abs.2 UWG kann die Klage auch am Ort der Begehung der unlauteren geschäftlichen Handlung erhoben werden. Außer für Mitbewerber gilt dies für die anderen Klagebefugten jedoch nur, wenn der Beklagte im Inland keine gewerbliche oder selbstständige berufliche Niederlassung noch einen Wohnsitz hat, weshalb die Regelung stark umstritten ist.⁴⁹⁸

2. UKlaG

§ 5 UKlaG stellt einerseits klar, dass für die gerichtliche Geltendmachung der Ansprüche des UKlaG die ZPO gilt und verweist gleichzeitig auf § 12 Abs.1, 2, 4 und 5 UWG. Dies hat einen Gleichlauf zwischen UWG und UKlaG für das Erfordernis der Abmahnung, die Glaubhaftmachung im einstweiligen Rechtsschutz und die Streitwertbegünstigung zur Folge.

§ 6 UKlaG regelt die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Landgerichte für grundsätzlich alle auf das UKlaG gestützten Klagen.⁴⁹⁹ Örtlich ist primär das Landgericht zuständig, in

⁴⁹⁶ Köhler/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 14 Rn.1.

⁴⁹⁷ Einzelheiten bei Köhler/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 14 Rn.5 ff.

⁴⁹⁸ Hierzu Köhler/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 14 Rn.13.

⁴⁹⁹ Ausnahme nach § 6 Abs.3 UKlaG für Auskunftsklagen.

dessen Bezirk, der Beklagte seine gewerbliche Niederlassung, oder, falls eine solche nicht vorhanden ist, seinen Wohnsitz hat. Fehlt es an beidem, so ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Tathandlung begangen – also die unwirksamen AGB verwendet - wurden. § 6 Abs.2 S.1 UKlaG enthält schließlich eine Konzentrationsermächtigung für Landesregierungen, um die Streitigkeiten nach dem UKlaG einem bestimmten Landgericht zuzuweisen.⁵⁰⁰

3. Vergleich

Während sich die sachliche Zuständigkeit für Klagen, die sich auf das UWG stützen, nach dem Streitwert richtet, erklärt § 6 UKlaG die Landgerichte für ausschließlich zuständig. Nach beiden Gesetzen richtet sich die örtliche Zuständigkeit primär nach der gewerblichen Niederlassung bzw. dem Wohnsitz. Wenig nachvollziehbar ist, dass nach § 14 Abs.2 S.2 UWG nur Mitbewerber die Klage am Ort der Begehung der unlauteren geschäftlichen Handlung erheben können, wenn der Beklagte zugleich im Inland eine gewerbliche bzw. selbstständige berufliche Niederlassung oder einen Wohnsitz hat. Den Aktivlegitimierten nach § 8 Abs.3 Nr.2 – 4 UWG steht der Gerichtsstand des Tatorts in diesen Fällen nicht offen. Allerdings haben Kläger nach § 6 Abs.1 UKlaG diese Möglichkeit gleichsam auch nur dann, wenn der Beklagte keine gewerbliche Niederlassung, oder Wohnsitz im Inland hat.

⁵⁰⁰ Hiervon haben Gebrauch gemacht: *Bayern* (§ 6 GZVJu, BayGVBl 2012, 295: Landgerichte München I, Nürnberg-Fürth und Bamberg); *Brandenburg* (2. GerZV, GVBl BrB 2007, 113: LG Potsdam); *Hessen* (§ 43 JuZuV, GVBl. 2013, 386: Landgericht Frankfurt a. M.); *Mecklenburg-Vorpommern* (§ 4 Nr.6 KonzVO GVOBl M-V 1994, 514: Landgericht Rostock); *Nordrhein-Westfalen* (KonzVO-UKlaG GVBl NRW 2002, 446: Landgerichte Düsseldorf, Dortmund und Köln); *Sachsen* (§ 7 SächsJOrgVO, GVBl. 2016, 103: Landgericht Leipzig); vgl. *Köhler*, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 6 UKlaG Rn.4.

VI. Rechtsfolgen

1. UWG

§ 8 UWG Beseitigung und Unterlassung:

(1) ¹Wer eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, kann auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. ²Der Anspruch auf Unterlassung besteht bereits dann, wenn eine derartige Zuwiderhandlung gegen § 3 oder § 7 droht.

[...]

(4) ¹Die Geltendmachung der in Absatz 1 bezeichneten Ansprüche ist unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist, insbesondere wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen. ²In diesen Fällen kann der Anspruchsgegner Ersatz der für seine Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen verlangen. ³Weiter gehende Ersatzansprüche bleiben unberührt.

(5) ¹§ 13 des Unterlassungsklagengesetzes ist entsprechend anzuwenden; in § 13 Absatz 1 und 3 Satz 2 des Unterlassungsklagengesetzes treten an die Stelle der dort aufgeführten Ansprüche nach dem Unterlassungsklagengesetz die Ansprüche nach dieser Vorschrift. ²Im Übrigen findet das Unterlassungsklagengesetz keine Anwendung, es sei denn, es liegt ein Fall des § 4a des Unterlassungsklagengesetzes vor.

a. Keine Missbräuchliche Geltendmachung, § 8 Abs.4 UWG

Wie die Klauselrichtlinie, enthält die UGP-Richtlinie in Art.11 Abs.1 Unterabsatz 2 die Einschränkung, wonach Rechtsschutzmöglichkeiten gegen unlautere Geschäftspraktiken nur für solche Personen oder Organisationen bestehen müssen, die ein „[...] *berechtigtes Interesse* [...]“ an der Bekämpfung haben. Umsetzungsvorschrift ist § 8 Abs.4 S.1 UWG. Da § 2b UKlaG an § 8 Abs.4 S.1 UWG angepasst wurde, kann auf tatbestandlicher Ebene grundsätzlich auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Dies gilt auch für die Einordnung des Tatbestandes als materiell-rechtliche Einwendung, denn auch § 8 Abs.4 UWG ist im materiell-rechtlichen Teil normiert.⁵⁰¹ Da nach § 8 Abs.3 Nr.1 UWG jedoch auch Mitbewerber klagebefugt sind, für die die Vermutung der nicht-missbräuchlichen Geltendmachung der

⁵⁰¹ So wohl auch Köhler/Feddersen, in: Köhler./Bornkamm/Feddersen, § 8 Rn.4.4.

Verbände nicht streitet, hat der Missbrauchstatbestand an dieser Stelle eine größere Bedeutung.⁵⁰²

b. Die Ansprüche nach § 8 Abs.1 UWG

Art.11 Abs.2 Unterabsatz 1 lit.a und b sowie Unterabsatz 3 UGP-Richtlinie trägt den Mitgliedstaaten auf, Regelungen zu erlassen, um begangene unlautere Geschäftspraktiken einzustellen, bevorstehende zu verbieten und hierfür auch ein beschleunigtes Verfahren mit vorläufiger oder gar endgültiger Wirkung einzurichten.

Die Vorschriften finden sich in § 8 Abs.1 UWG sowie den §§ 938 ff. ZPO für den einstweiligen Rechtsschutz umgesetzt.⁵⁰³

Im Folgenden sollen die in § 8 Abs.1 UWG enthaltenen Ansprüche inklusive ihrer jeweiligen Reichweite erörtert werden, wobei die Voraussetzungen zur Erstbegehungs- und Wiederholungsgefahr identisch mit den Wertungen des § 1 UKlaG sind⁵⁰⁴, so dass auf die dortigen Ausführungen verwiesen wird.⁵⁰⁵

aa. Beseitigung und Widerruf, § 8 Abs.1 S.1 Var.1 UWG

(1). Grundlagen und Voraussetzungen

Der Beseitigungsanspruch ist seit 2004 ausdrücklich im UWG geregelt, war aber bereits zuvor gewohnheitsrechtlich anerkannt.⁵⁰⁶ Im Unterschied zum Unterlassungsanspruch, der sich gegen zukünftige unlautere geschäftliche Handlungen

⁵⁰² D. Baetge, in: jurisPK-BGB, § 2b UKlaG Rn.13.

⁵⁰³ Für den einstweiligen Rechtsschutz sind die Maßgaben des § 12 Abs.2 UWG zu beachten, der eine Erleichterung von dem Erfordernis der Glaubhaftmachung vorsieht.

⁵⁰⁴ Köhler, in: ders./Bornkamm/Feddersen, § 1 UKlaG Rn.10; Micklitz/Rott, in: MüKO ZPO, § 1 UKlaG, Rn.31.

⁵⁰⁵ S.102 f.

⁵⁰⁶ BT.-Drucks. 15/1487, S.22; Ohly, in: ders./Sosnitza, § 8 Rn.67.

richtet, wendet sich der Beseitigungsanspruch gegen eine zurückliegende, rechtswidrige Verletzungshandlung deren Folgen auch weiterhin bestehen.⁵⁰⁷

Materielle Voraussetzung des Beseitigungsanspruchs ist damit das Fortdauern einer widerrechtlichen, körperlichen⁵⁰⁸ Beeinträchtigung, z.B. Rückzahlung zuvielgeleisteter Zahlungen aufgrund einer rechtsverletzenden Information oder Klausel⁵⁰⁹, während der Widerrufsanspruch auf unkörperliche Störungen, wie z.B. die Rücknahme der Empfehlung unwirksamer AGB - bezogen sein kann.⁵¹⁰

(2). Reichweite des Beseitigungsanspruchs

Der Inhalt des Beseitigungsanspruchs richtet sich nach der jeweiligen Verletzungshandlung bzw. dem Umfang ihrer Folgen.⁵¹¹ Er muss weiterhin geeignet, erforderlich und dem Täter zumutbar sein.⁵¹² Bezogen auf die Verwendung unwirksamer AGB, bedeutet dies, dass je nach beanstandeter Klausel die Rückabwicklung von Zuvielgeleistetem, oder aber der Hinweis an die Vertragspartner zur Ungültigkeit der jeweiligen Klausel vom Beseitigungsanspruch umfasst sein kann.

⁵⁰⁷ *Bornkamm*, in: Köhler/ders./Feddersen, § 8 Rn.1.101; *Goldmann*, in: Harte/Henning, § 8 Rn.172; *Ohly*, in: *ders./Sosnitza*, § 8 Rn.69, 71.

⁵⁰⁸ Z.B. wettbewerbswidriger Vertrieb nachgeahmter Gegenstände *Bornkamm*, in: Köhler/ders./Feddersen, § 8 Rn.1.124.

⁵⁰⁹ LG Berlin, Urt. v. 29.04.2011 – 103 O 198/10 = BeckRS 2011, 11068; KG, Urt. v. 27.03.2013 - 5 U 112/11 = BeckRS 2013, 09271; *Micklitz/Rott*, in: MüKO ZPO, § 1 UKlaG, Rn.9.

⁵¹⁰ *Bornkamm*, in: Köhler/ders./Feddersen, § 8 Rn.1.109 ff.; 1.127; *Ohly*, in: *ders./Sosnitza*, § 8 Rn.77 f.

⁵¹¹ *Bornkamm*, in: Köhler/ders./Feddersen, § 8 Rn.1.113.

⁵¹² *Bornkamm*, in: Köhler/ders./Feddersen, § 8 Rn.1.122.

(3). Reichweite des Widerrufsanspruchs

Grundsätzlich hat der Widerruf in derselben Weise zu erfolgen, wie die verletzende Äußerung, wobei der genaue Inhalt jedoch im jeweiligen Urteil festgelegt wird.⁵¹³ Der den Beseitigungs- und Widerrufsanspruch begrenzende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der beim Widerruf einer ehrverletzenden Äußerung eine Rolle spielen kann und dazu führt, dass der Widerruf nicht gegenüber dem Gläubiger persönlich zu erfolgen hat um diesem Genugtuung zu verschaffen, wird im Falle des Widerrufs unwirksamer AGB nicht zum Tragen kommen.⁵¹⁴ Der Widerruf wird damit gegenüber den Empfängern der Empfehlung zur erfolgen haben, oder aber, sofern der Empfängerkreis nicht bestimmbar ist, öffentlich wie z.B. durch Veröffentlichung des Urteils gemäß § 12 Abs.3 UWG.⁵¹⁵

bb. Unterlassungsansprüche, § 8 Abs.1 S.1 Var. 2, S.2 UWG

Der Umfang der gesetzlichen Unterlassungsansprüche richtet sich in sachlicher Hinsicht nach der begangenen bzw. drohenden Verletzungshandlung.⁵¹⁶ Konkret bedeutet dies, dass es dem Verletzer untersagt wird, die beanstandeten AGB weiterhin zu verwenden. Freilich gilt auch in diesen Fällen die Kerntheorie⁵¹⁷, da die Prüfung von AGB aber oftmals komplex

⁵¹³ *Goldmann*, in: *Harte/Henning*, § 8 Rn.175; *Bornkamm*, in: *Köhler/ders./Feddersen*, § 8 Rn.1.143.

⁵¹⁴ Dazu *Bornkamm*, in: *Köhler/ders./Feddersen*, § 8 Rn.1.135 f.

⁵¹⁵ *Bornkamm*, in: *Köhler/ders./Feddersen*, § 8 Rn.1.143.

⁵¹⁶ Dabei ist anzumerken, dass die Frage, inwieweit ähnliche Verletzungshandlungen drohen, unter der Wiederholungsgefahr und nicht im Rahmen der Erstbegehungsgefahr erörtert werden, da sich nach Maßgabe der Kerntheorie die durch die Verletzungshandlung begründete Wiederholungsgefahr auch auf alle im Kern gleichartigen Verletzungshandlungen erstreckt; *Bornkamm*, in: *Köhler/ders./Feddersen*, § 8 Rn.1.38, 1.64; *Ohly*, in: *ders./Sosnitza*, § 8 Rn.35.

⁵¹⁷ Vgl. Fn.516.

ausfällt, würde sie aber wohl lediglich im Falle einer grammatikalischen Umformulierung greifen, während leichte inhaltliche Veränderung wohl eine neue Klage erforderlich machen würden. Dies kann jedoch allein unter Berücksichtigung des Einzelfalls beurteilt werden.

c. Auskunftsanspruch, § 8 Abs.5 S.1 UWG i.V.m. § 13 UKlaG

§ 8 Abs.5 S.1 UWG ordnet die entsprechende Anwendung des § 13 UKlaG an, der den klagebefugten Verbänden sowie den Industrie- und Handelskammern einen Auskunftsanspruch – hier für die Geltendmachung der Ansprüche nach § 8 Abs.1 UWG – gewährt. Der Anspruch kommt daher ausdrücklich nicht den Mitbewerbern zu. Die Anspruchsverpflichteten, zu denen all jene zählen, die „[...] *geschäftsmäßig Post-, Telekommunikations- oder Telemediendienste* [...]“ erbringen, haben nach schriftlicher Versicherung, dass die Auskunft der Geltendmachung von Ansprüchen nach § 8 Abs.1 UWG dienen und nicht anderweitig beschaffen können, Namen und Adresse der jeweiligen Anspruchsgegner mitzuteilen, sofern diese Informationen aus den Bestandsdaten erteilt werden kann. Freilich ist die Verweigerung der Einwilligung des Betroffenen für den Anspruch unbeachtlich, § 13 Abs.2 S.2 UKlaG. Die auskunftgebende Stelle hat sodann nach § 13 Abs.3 UKlaG einen Anspruch auf Ersatz der durch die Auskunft entstandenen Kosten, die der Kläger bei erfolgreicher Klage vom Anspruchsgegner jedoch zurückverlangen kann.

d. Veröffentlichungsbefugnis, § 12 Abs.3 UWG

Die Vorschrift dient der Umsetzung von Art.11 Abs.2 Unterabsatz 3 lit.a UGP-Richtlinie und ähnelt im Kern Art.2 Abs.1 lit.b Unterlassungsklagenrichtlinie⁵¹⁸. Es handelt sich um

⁵¹⁸ Dazu unten S.138 f..

eine Maßnahme der Störungsbeseitigung und ist vor diesem Hintergrund Ausprägung des allgemeinen Rechtsgedankens, dass die Veröffentlichung ein angemessenes Mittel zur Beseitigung andauernder Störungen- etwa von Fehlvorstellungen in der Öffentlichkeit - sein kann.⁵¹⁹ Der obsiegende Kläger kann grundsätzlich durch gerichtliche Befugnis ein Urteil veröffentlichen und die Kosten ersetzt verlangen, muss aber seinerseits insbesondere die Grenzen von § 3 Abs.1 i.V.m. § 4 Nr.1 UWG beachten.⁵²⁰

Voraussetzung des Anspruchs ist zunächst, dass der Kläger auf Unterlassung geklagt bzw. Rechtsschutz über eine einstweilige Verfügung erlangt hat, wobei als jeweilige Unterfälle der Unterlassungsklage auch Beseitigungs-, Löschungs-, und Widerrufsklagen erfasst sind.⁵²¹ Eine analoge Anwendung auf Schadensersatzklagen ist zudem möglich.⁵²² Die obsiegende Partei hat in ihrem Antrag auf Veröffentlichung ihr berechtigtes Interesse darzulegen. Das Gericht hat auf dieser Grundlage eine umfassende Interessenabwägung – ausgerichtet am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – vorzunehmen und alle Vor- und Nachteile der jeweils obsiegenden und unterliegenden Partei zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen.⁵²³ Maßgebliche Faktoren sind dabei die Schwere, die Dauer des Verstoßes, die Zeit, die der Verstoß bereits zurückliegt sowie etwaige Nachteile der Veröffentlichung für den unterliegenden

⁵¹⁹ Köhler/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 12 Rn.4.17, 4.2.; Ohly, in: ders./Sosnitza, § 12 Rn.212 f.

⁵²⁰ Hierzu sowie zu den möglichen Voraussetzungen Köhler/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 12 Rn.4.17 f.

⁵²¹ Köhler/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 12 Rn.4.3; Ohly, in: ders./Sosnitza, § 12 Rn.214.

⁵²² Köhler/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 12 Rn.4.3.

⁵²³ Ohly, in: ders./Sosnitza, § 12 Rn.218.

Teil.⁵²⁴ Die Entscheidung des Gerichts ist sodann eine Ermessensentscheidung, in der – sofern die Befugnis erteilt wird – Art und Umfang der Bekanntmachung festgelegt werden, die sich an der Frage orientieren, wie der Störungszustand am ehesten beseitigt werden kann.⁵²⁵ Der Antragsteller hat lediglich einen begrenzten Zeitraum von drei Monaten, um von der Befugnis Gebrauch zu machen, damit diese nicht auf längere Zeit noch als Druckmittel gegen den Klagegegner verwendet werden kann.⁵²⁶

2. § 1 UKlaG

a. Auskunftsanspruch, § 13 UKlaG

Zur Geltendmachung der Ansprüche nach § 1 UKlaG, steht dem Kläger ein Auskunftsanspruch nach Maßgabe von § 13 UKlaG zu. Hinsichtlich des Auskunftsanspruchs kann auf den § 13 UKlaG in Bezug nehmenden § 8 Abs.5 S.1 UWG verwiesen werden.⁵²⁷

b. Unterlassung („Verwenden“)

Der Unterlassungsanspruch richtet sich gegen die weitere Verwendung der unwirksamen AGB.⁵²⁸ Dabei wird der Verwender nach § 9 Abs.3 UKlaG auch dazu verpflichtet, die Verwendung inhaltsgleicher AGB zu unterlassen. Ausdrücklich

⁵²⁴ Köhler/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 12 Rn.4.7; Ohly, in: ders./Sosnitza, § 12 Rn.218.

⁵²⁵ Ohly, in: ders./Sosnitza, § 12 Rn.222.

⁵²⁶ Ohly, in: ders./Sosnitza, § 12 Rn.219, 223 – gleichwohl kann die Partei auch nach den drei Monaten das Urteil veröffentlichen, muss dann jedoch die Kosten hierfür selbst tragen, was auch in dem Fall der Überschreitung der Befugnis etwa hinsichtlich der Veröffentlichungsart gilt.

⁵²⁷ S.131.

⁵²⁸ Köhler, in: ders./Bornkamm/Feddersen, § 1 UKlaG Rn.12; Schlosser, in: Staudinger BGB, § 1 UKlaG Rn.21; Walker, in: UKlaG, § 12 Rn.1; Witt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 Rn.34.

bezieht sich der Anspruch nur auf Unterlassungsklagen, jedoch ist auch eine analoge Anwendung auf Beseitigungs- und Schadensersatzklagen möglich.⁵²⁹

c. Widerruf („Empfehlen“)

Der Empfehler hat die Empfehlung der unwirksamen AGB zukünftig zu unterlassen sowie seine Empfehlung zu widerrufen, um den Rechtsverkehr von den unwirksamen AGB zu bereinigen.⁵³⁰ Gemäß § 9 Abs.4 UKlaG hat der Widerruf in gleicher Weise zu erfolgen, wie die Empfehlung verbreitet wurde.⁵³¹

d. Beseitigung

Unterdessen ist die Frage, ob und in welchem Umfang § 1 UKlaG auch einen Beseitigungsanspruch gewährt, durch den BGH geklärt worden.⁵³² Das Meinungsspektrum vor Erlass des Urteils, lässt sich wie folgt skizzieren:

Die Anerkennung eines Beseitigungsanspruchs sei, so eine vertretene Auffassung, durch die Klauselrichtlinie zwingend geboten.⁵³³ Und tatsächlich verwendet die Richtlinie in Art.7 Abs.1 neben der in Richtlinien häufig zu lesenden Forderung an die Mitgliedstaaten „[...] *angemessene und wirksame Mittel* [...]“ zur Bekämpfung verbrauchrechtswidriger Praktiken – hier der Verwendung unwirksamer AGB - vorzusehen, die ungewöhnlich stringente Formulierung, wonach diese Mittel derart beschaffen sein sollen, dass sie „[...] *der Verwendung mißbräuchlicher Klauseln durch einen Gewerbetreibenden, in den Verträgen, die er mit Verbrauchern schließt, ein Ende* [...]“

⁵²⁹ Köhler/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 12 Rn.4.3.

⁵³⁰ Walker, UKlaG, § 1 Rn.13; Witt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 Rn.40.

⁵³¹ Hierzu auch Schlosser, in: Staudinger BGB, § 1 UKlaG Rn.26.

⁵³² BGH Urt. v. 14.12.2017 – I ZR 184/15 = GRUR 2018, 423 Rz.26 ff.

⁵³³ So Klocke, VUR 2013, 203, 205; Micklitz/Rott, in: MüKO ZPO, § 1 UKlaG, Rn.6.

setzen. In Kombination mit dem Grundsatz des *effet utile* ergebe sich aus dieser Formulierung, dass das nach nationalem Recht jeweils stärkste Rechtsinstitut angewandt werden müsse.⁵³⁴ Aufgrund der Ähnlichkeit des den Beseitigungsanspruch gewährenden § 8 UWG und § 1 UKlaG gebiete die Anerkennung des Beseitigungsanspruchs für beide Ansprüche auch das europarechtliche Äquivalenzprinzip.⁵³⁵ Dieses Argument verkennt jedoch, dass das Äquivalenzprinzip wohl nur dann betroffen sein dürfte, wenn im Rahmen *einer* Vorschrift zwischen nationalen und solchen mit europarechtlicher Relevanz unterschieden würde. Aus rein praktischer Sicht spreche für die Anerkennung eines Beseitigungsanspruchs, dass aufgrund des Zwei-Parteien-Prozesses jeder Geschädigte einzeln klagen müsse, wenn er z.B. Schadensersatz gelten machen wolle, wovon jedoch insbesondere bei kleineren Beträgen oft Abstand genommen würde.⁵³⁶

Gegen die Anerkennung eines Beseitigungsanspruchs wird teilweise eingewendet, dass auch der Unterlassungs- und Widerrufsanspruch bereits als wirksame Mittel im Sinne von Art.7 Klauselrichtlinie angesehen werden können und somit nicht das aus Verwendersicht einschneidendste Mittel erforderlich sei, wenn sich ein solches Erfordernis nicht aus anderen Gründen ergebe.⁵³⁷ Teils wird das Nichtbestehen eines Beseitigungsanspruchs auch ohne nähere Begründung

⁵³⁴ *Klocke*, VUR 2013, 203, 205; *Micklitz/Rott*, in: MüKO ZPO, § 1 UKlaG Rn.6.

⁵³⁵ *Klocke*, VUR 2013, 203, 206.

⁵³⁶ *Singbartl/Zintl*, VuR 2016, 14, 15 f.

⁵³⁷ *Witt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 Rn.35; für eine Einschätzungsprärogative des nationalen Gesetzgebers *Pfeiffer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art.7 Richtlinie 93/13/EWG Rn.3.

angenommen.⁵³⁸ Nach *Schlosser* regelt § 1 UKlaG als Ausschnitt des Beseitigungsanspruchs explizit den Widerrufsanspruch gegen Verwender woraus im Umkehrschluss zu folgern sei, dass ein vollumfänglicher Beseitigungsanspruch nicht besteht.⁵³⁹ Gegen einen Beseitigungsanspruch spricht darüber hinaus auch die Tatsache, dass der Gesetzgeber einen solchen mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts in § 2 UKlaG ausdrücklich normiert und § 1 UKlaG hingegen unangetastet ließ.⁵⁴⁰

In seinem aktuellen Urteil legt der BGH das Problem ausführlich anhand der einzelnen Kanones aus und lehnt die Annahme eines Beseitigungsanspruchs zu Recht ab.

So spreche zunächst der klare Wortlaut gegen die Annahme eines Beseitigungsanspruchs, da § 1 UKlaG explizit nur einen Unterlassungsanspruch für den Fall der Verwendung unwirksamer AGB normiert.⁵⁴¹

Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift, wonach der Gesetzgeber § 1 UKlaG in Kenntnis der Rechtsprechung⁵⁴² zu § 13 AGBG erlassen hat, in den seinerzeit auch kein Beseitigungsanspruch hineingelesen wurde, streite ebenfalls für dessen Ablehnung.⁵⁴³

Überzeugend erscheint auch das vom BGH angeführte systematische Argument. Das Unterlassungsklagengesetz differenziere zwischen verschiedenen Rechtsfolgen und regelt in § 7 UKlaG sogar einen speziellen Beseitigungsanspruch in Form

⁵³⁸ BGH, Urt. v. 12. 12. 2007 - IV ZR 144/06 Rn.22 = NJW-RR 2008, 624; *Walker*, UKlaG, § 1 Rn.12.

⁵³⁹ *ebd.*, in: Staudinger BGB, § 1 UKlaG Rn.23.

⁵⁴⁰ BT.-Drucks. 18/4631, S.20.

⁵⁴¹ BGH Urt. v. 14.12.2017 – I ZR 184/15 = GRUR 2018, 423 Rz.29.

⁵⁴² BGH Urt. v. 11.2.1981 – VIII ZR 335/79 = NJW 1981, 1511, 1512.

⁵⁴³ BGH Urt. v. 14.12.2017 – I ZR 184/15 = GRUR 2018, 423 Rz.30.

einer Veröffentlichungsbefugnis. Schließlich habe der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von Verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts⁵⁴⁴ in § 2 UKlaG sogar ausdrücklich einen Beseitigungsanspruch eingeführt, ohne jedoch § 1 UKlaG zu ändern.⁵⁴⁵

Weiterhin sei eine erweiternde Auslegung auch nicht nach dem Sinn und Zweck von § 1 UKlaG geboten.⁵⁴⁶ Dieser bestehe darin, den Rechtsverkehr von sachlich unangemessenen Klauseln freizuhalten. Deshalb dürfe der nach dem Unterlassungsklagengesetz Verpflichtete die betreffende Klausel zukünftig nicht mehr verwenden und sich bei der Durchführung laufender Verträge nicht mehr auf diese berufen. Gerade in dem letzten Aspekt erschöpfe sich die Reichweite des Unterlassungsanspruch, indem er bezüglich laufender Verträge das Ergehen widersprüchlicher Entscheidungen verhindere.⁵⁴⁷

Außerdem sei ein Beseitigungsanspruch – hier in Gestalt einer Unterrichtungspflicht über die Unwirksamkeit der verwendeten AGB – auch aus unionsrechtlichen Gesichtspunkten abzulehnen.⁵⁴⁸ An dieser Stelle legt der BGH den Schwerpunkt seiner Argumentation auf Art.6 Abs.1 der Klauselrichtlinie, wonach nationale Rechtsordnungen lediglich die Unverbindlichkeit unwirksamer AGB für den Verbraucher vorsehen müssen. Und so bezieht der BGH die von den Mitgliedstaaten einzuführenden angemessenen und wirksamen Mittel nach Art.7 Abs.1 Richtlinie 93/13/EWG - neben der Schaffung von Klagebefugnissen für Personen oder Organisationen, die ein Interesse am Schutz der Verbraucher

⁵⁴⁴ BGBl I Nr.8 vom 23.2.2016, S.233.

⁵⁴⁵ BGH Urt. v. 14.12.2017 – I ZR 184/15 = GRUR 2018, 423 Rz.32.

⁵⁴⁶ BGH Urt. v. 14.12.2017 – I ZR 184/15 = GRUR 2018, 423 Rz.33.

⁵⁴⁷ BGH Urt. v. 14.12.2017 – I ZR 184/15 = GRUR 2018, 423 Rz.34.

⁵⁴⁸ BGH Urt. v. 14.12.2017 – I ZR 184/15 = GRUR 2018, 423 Rz.35.

haben - auf die Unverbindlichkeit unwirksamer Klauseln.⁵⁴⁹ Auf den letzten Halbsatz von Art.7 Abs.1 der Klauselrichtlinie, der den oben erwähnten Eindruck nahelegt, das jeweils schärfste Mittel der nationalen Rechtsordnung sei auf unwirksame Klauseln anzuwenden, geht der BGH nicht ein. In der Tat würde diese Lesart die Bedeutung des Nebensatzes überstrapazieren. Die Argumentation des BGH erscheint daher systematisch überzeugend.

Schließlich lasse sich – so der BGH - die Pflicht zur Annahme eines Beseitigungsanspruchs auch nicht aus Art.2 lit.b der Richtlinie 2009/22/EG herleiten. Die Vorschrift stellt es den Mitgliedstaaten durch Verwendung der Worte „können“ und „gegebenenfalls“ nämlich frei, den Verwender durch die mitgliedstaatlichen Gerichte oder Verwaltungsbehörden zu einer Richtigstellung zu verurteilen.

e. Weitere Folgen des Urteils

§ 7 Veröffentlichungsbefugnis:

¹Wird der Klage stattgegeben, so kann dem Kläger auf Antrag die Befugnis zugesprochen werden, die Urteilsformel mit der Bezeichnung des verurteilten Beklagten auf dessen Kosten im Bundesanzeiger, im Übrigen auf eigene Kosten bekannt zu machen. ²Das Gericht kann die Befugnis zeitlich begrenzen.

§ 11 Wirkungen des Urteils:

¹Handelt der verurteilte Verwender einem auf § [1](#) beruhenden Unterlassungsgebot zuwider, so ist die Bestimmung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen als unwirksam anzusehen, soweit sich der betroffene Vertragsteil auf die Wirkung des Unterlassungsurteils beruft. ²Er kann sich jedoch auf die Wirkung des Unterlassungsurteils nicht berufen, wenn der verurteilte Verwender gegen das Urteil die Klage nach § [10](#) erheben könnte.

aa. Veröffentlichungsbefugnis, § 7 UKlaG

§ 7 UKlaG dient der Umsetzung von Art.2 Abs.1 lit.b Unterlassungsklagenrichtlinie, der es den Mitgliedstaaten anheimstellt mindestens Teile des Urteils zu veröffentlichen, um

⁵⁴⁹ BGH Urt. v. 14.12.2017 – I ZR 184/15 = GRUR 2018, 423 Rz.36 f.

die Wahrscheinlichkeit gleichgelagerter Verstöße für die Zukunft zu reduzieren.⁵⁵⁰

Im Erfolgsfall hat der Kläger danach die Möglichkeit einen Antrag auf Veröffentlichung der Urteilsformel inklusive der Bezeichnung des Verurteilten zu stellen. Er muss hierfür darlegen, worin sein Interesse an der Urteilsbekanntmachung besteht und den Antrag spätestens vor Abschluss der letzten mündlichen Verhandlung stellen.⁵⁵¹ Das Gericht hat daraufhin abzuwägen, ob die Veröffentlichung der Urteilsformel erforderlich erscheint, um die Störung zu beseitigen.⁵⁵² Die Veröffentlichung findet sodann im Bundesanzeiger auf Kosten des Beklagten statt, wodurch der Sinn und Zweck der Vorschrift – nämlich Bekanntwerden der Entscheidung, um der weiteren Verwendung der für unwirksam erklärten Klauseln entgegenzuwirken – unterlaufen wird, da der Bundesanzeiger wohl kaum eine ausreichend große Breitenwirkung hat.⁵⁵³ Wird dem Kläger die Veröffentlichung im Bundesanzeiger nicht zugesprochen, oder möchte er wegen wegen der größeren Breitenwirkung ohnehin lieber in der Presse veröffentlichen, so ist ihm dies bei eigener Kostentragung möglich.⁵⁵⁴ Dies zeigt die begrenzte Bedeutung von § 7 UKlaG auf.

bb. Wirkungen des Urteils, § 11 UKlaG

Um das im Verbandsprozess erstrittene Urteil auch für Klauselgegner im Individualprozess fruchtbar zu machen, enthält § 11 S.1 UKlaG die Möglichkeit einer Rechtskrafterstreckung. Voraussetzung hierfür ist, dass gegen

⁵⁵⁰ Hierzu auch *Witt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 7 UKlaG Rn.2.

⁵⁵¹ *Köhler*, in: *ders./Bornkamm/Fedderson*, § 7 UKlaG Rn.3.

⁵⁵² *Köhler*, in: *ders./Bornkamm/Fedderson*, § 7 UKlaG Rn.7; *Witt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 7 UKlaG Rn.4.

⁵⁵³ So auch *Micklitz/Rott*, in: MüKO ZPO, § 7 UKlaG Rn.1.

⁵⁵⁴ *Köhler*, in: *ders./Bornkamm/Fedderson*, § 7 UKlaG Rn.1, 12; *Witt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 7 UKlaG Rn.5.

den Verwender ein Unterlassungsurteil ergangen ist und er diesem durch Verwendung derselben oder aber inhaltsgleichen Klausel⁵⁵⁵ zuwiderhandelt, der Vertragspartner sich im Grundsatz auf die Unwirksamkeit beruft und dem Verwender nicht die Einrede nach § 11 S.2 UKlaG zusteht. § 11 UKlaG ist Ausfluss von Art.7 Klauselrichtlinie und insgesamt als probates und wirksames Mittel gegen die Verwendung unwirksamer Klauseln zu beurteilen. Umstritten ist jedoch, ob die Rechtskrafterstreckung automatisch greifen muss, oder ob es ausreicht, dass der Verbraucher sich zunächst auf das Unterlassungsurteil berufen muss. Die Diskussion entstand durch das *Invitel*-Urteil des EuGH, in dem dieser ausführte, dass die nationalen Gerichte „[...] *auch in der Zukunft von Amts wegen alle im nationalen Recht vorgesehenen Konsequenzen zu ziehen* [...]“ haben, damit eine einmal für unwirksam erklärte Klausel auch in nachfolgenden Verfahren für den Verbraucher unverbindlich bleibt.⁵⁵⁶ Wenig überzeugend möchte *Witt* die präzisierende Auslegung der Klauselrichtlinie durch den EuGH nicht gelten lassen und hält die im deutschen Recht verankerte Einredelösung für vereinbar mit Art.7, was vor dem *Invitel*-Urteil sicherlich richtig war.⁵⁵⁷ Zwar führt *Witt* hierfür das *Pannon*-Urteil des EuGH an, nach dem das nationale Gericht eine in einem anderen Verfahren für unwirksam erklärte Klausel anwenden darf, wenn sich der Verbraucher – nach einem Hinweis des Gerichts – auf die Unwirksamkeit nicht berufen möchte, doch erscheint das *Invitel*-Urteil eine Fortentwicklung der früheren Auffassung des EuGH zu sein. Insgesamt ist § 11 UKlaG aus diesem Grund dahingehend richtlinienkonform zu reduzieren, dass das nationale Gericht von Amts wegen die

⁵⁵⁵ Siehe § 9 Nr.3 UKlaG.

⁵⁵⁶ EuGH, Urt. v. 26. 4. 2012 – C-472/10 Rn.43 = GRUR 2012, 939.

⁵⁵⁷ *Witt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, §11 UKlaG Rn.2a.; ohne Begründung auch *Köhler*, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 11 UKlaG Rn.1.

Unwirksamkeit der Klausel festzustellen hat.⁵⁵⁸ Diese Annahme greift gem. § 11 S.2 UKlaG nur dann nicht, wenn der Verwender sich darauf beruft, die Klage nach § 10 UKlaG erheben zu können, der BGH oder der Gemeinsame Senat die Verwendung der Bestimmung für dieselben Rechtsgeschäfte für wirksam erklärt hat und die Zwangsvollstreckung unzumutbar in den Geschäftsbetrieb des Verwenders eingreifen würde.

3. Bestimmung des Konkurrenzbereichs

Die missbräuchliche Geltendmachung nach § 8 Abs.4 UWG und § 2b UKlaG ist jeweils identisch geregelt, hat jedoch im UWG wegen der Klagebefugnis der Mitbewerber eine größere Bedeutung, da in diesen Fällen die Klagebefugnis nicht ohnehin vermutet wird.

Auf Anspruchsebene liegt der größte Unterschied im nach UWG bestehenden Beseitigungsanspruch, der den klagebefugten Verbänden, wie gezeigt, nach dem UKlaG nicht zusteht.

Hinsichtlich der Unterlassungs- und Widerrufsansprüche bestehen im Falle der Verwendung und Empfehlung unwirksamer AGB keine Unterschiede.

Die Auskunftsansprüche, die sich über § 8 Abs.5 UWG beide nach Maßgabe von § 13 UKlaG richten, sind ebenfalls gleichartig, gilt jedoch im UWG auch für den dort bestehenden Beseitigungsanspruch.

Die Veröffentlichungsbefugnisse nach § 12 Abs.3 UWG und § 13 UKlaG unterscheiden sich darin, dass innerhalb des Unterlassungsklagengesetzes lediglich eine Veröffentlichung im

⁵⁵⁸ So auch *Baetge*, in: *jurisPK-BGB*, § 11 UKlaG Rn.5; *Micklitz/Rott*, in: *MüKO ZPO*, § 11 UKlaG, Rn.10.

Bundesanzeiger beantragt werden kann. Zudem enthält das UKlaG keine Dreimonatsfrist zur Geltendmachung der Befugnis, die im UWG jedoch dem Schutz von Mitbewerbern vor schikanöser Inanspruchnahme dient.

Schlussendlich enthält das UWG keinen § 11 UKlaG vergleichbaren Tatbestand, nach dem der Klauselgegner sich auf die Unwirksamkeit einer Klausel berufen kann, nachdem diese bereits Gegenstand eines anderen Verfahrens war und es sich um denselben Verwender handelt. Allerdings ist § 11 UKlaG eine von § 1 UKlaG unabhängig geregelte Einrede, was daran zu erkennen ist, dass sich „[...] *der betroffene Vertragsteil* [...]“ auf die Unwirksamkeit der Klausel berufen muss. Dies hat zur Folge, dass z.B. auch Mitbewerber oder gar Verbraucher im Zwei-Parteien-Prozess sich auf § 11 UKlaG berufen können.

4. Konkurrenzspezifische Auslegung

Eine teleologische Extension des Beseitigungsanspruchs auf § 1 UKlaG kommt mangels Regelungslücke nicht in Betracht, da der Gesetzgeber mit dem Widerrufsanspruch lediglich einen Ausschnitt des Beseitigungsanspruchs regeln wollte und dieses Bild bei der letzten Reform des UKlaG auch nicht korrigiert, sondern mit der Erwähnung eines Beseitigungsanspruchs allein in § 2 UKlaG, sogar untermauert hat. Der Gesetzgeber hat sich damit bewusst dazu entschieden, einen Beseitigungsanspruch im Falle unwirksamer AGB nur im Regelungskonzept des UWG vorzusehen.

Die Veröffentlichungsbefugnis nach § 7 UKlaG erweist sich, wie oben dargestellt, wegen der mangelnden Breitenwirkung des Bundesanzeigers als stumpfes Schwert. Dennoch ist von einer teleologischen Extension der Regelung in § 12 Abs.3 UWG grundsätzlich Abstand zu nehmen. Der Gesetzgeber hat, wie im Falle von § 1 UKlaG, die Modalitäten der Veröffentlichung

nach seinen Vorstellungen in § 7 UKlaG geregelt. Eine Konkurrenzsituation darf nicht dazu ausgenutzt werden, die gewünschten oder günstigsten Regelungen zu übertragen und für andere Normbereiche furchtbar zu machen. Wie im ersten Teil dieser Arbeit dargestellt, ist von der Selbstständigkeit der Ansprüche und seiner dazugehörigen Verästelungen auszugehen. Ein Übergreifen von Vorschriften auf einen anderen Normkomplex muss sich aus dogmatischen Erwägungen aufdrängen.⁵⁵⁹

VII. Verjährung

1. UWG

§ 11 Verjährung

(1) Die Ansprüche aus §§ 8, 9 und 12 Absatz 1 Satz 2 verjähren in sechs Monaten.

(2) Die Verjährungsfrist beginnt, wenn

1. der Anspruch entstanden ist und

2. der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

[...]

Bereits § 11 UWG 1896 sah eine sechsmonatige Verjährungsfrist für Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche vor, wobei sich der Verjährungsbeginn ebenfalls nach dem subjektiven Element der Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände sowie des Anspruchsverpflichteten richtete.⁵⁶⁰

Die Verjährung sanktioniert einerseits die auf die Nichtverfolgung seiner Ansprüche bezogene Untätigkeit des Gläubigers und schützt auf diese Weise auch den Verletzer für den es durch den immer größer werdenden zeitlichen Abstand vom potentiell anspruchsbegründenden Ereignis schwieriger

⁵⁵⁹ Vgl. S.27 ff.44 f.;

⁵⁶⁰ Hierzu sowie zur Entwicklung von § 11 UWG ausführlich *Toussaint*, in: Großkommentar UWG, § 11 Rn.1 ff.

wird, sich zu verteidigen.⁵⁶¹ Weiterhin dient die Verjährung freilich dem Rechtsfrieden und damit mittelbar auch der Entlastung der Gerichte.⁵⁶² Diese Zwecke wiegen im Wettbewerbsrecht gegenüber dem allgemeinen Zivilrecht umso schwerer, als sich der Anspruchsverpflichtete oftmals einer Vielzahl möglicher Anspruchsinhaber gegenüber sieht, so dass es auch um den Schutz des Verpflichteten vor schikanöser Inanspruchnahme durch Mitbewerber geht.⁵⁶³ Neben dem Schutz des Schuldners vor der Inanspruchnahme durch eine Vielzahl von Anspruchsgegnern, kommt § 11 UWG dem Erfordernis einer schnellen Abwicklung von Wettbewerbsstreitigkeiten nach.⁵⁶⁴ Die gerade heutzutage technologisch bedingte Dynamik des Wirtschaftsverkehrs gestaltet die Tatsachenfeststellung im Prozess unverhältnismäßig schwerer.⁵⁶⁵ Wettbewerbsverstöße unterliegen als Sonderfall unerlaubter Handlungen den allgemeinen Verjährungsvorschriften des BGB, soweit nicht das Wettbewerbsrecht selbst eigene Regelungen aufgestellt hat.⁵⁶⁶ Daher verdrängt § 11 UWG die §§ 195, 199 BGB zur Verjährungsfrist und zum Verjährungsbeginn, während für ihn die Vorschriften der Hemmung, Ablaufhemmung und Neubeginn der Verjährung gemäß §§ 203 – 213 BGB sowie die Rechtsfolgen der Verjährung der Verjährung nach §§ 214 – 218 BGB gelten.⁵⁶⁷

⁵⁶¹ Köhler, in: *ders./Bornkamm/Fedderson*, § 11 Rn.1.2; *Toussaint*, in: Großkommentar UWG, § 11 Rn.5.

⁵⁶² Köhler, in: *ders./Bornkamm/Fedderson*, § 11 Rn.1.2; *Toussaint*, in: Großkommentar UWG, § 11 Rn.5.

⁵⁶³ *Toussaint*, in: Großkommentar UWG, § 11 Rn.6.

⁵⁶⁴ Köhler, in: *ders./Bornkamm/Fedderson*, § 11 Rn.1.2.

⁵⁶⁵ In diese Richtung auch Köhler, in: *ders./Bornkamm/Fedderson*, § 11 Rn.1.2.

⁵⁶⁶ *Toussaint*, in: Großkommentar UWG, § 11 Rn.7.

⁵⁶⁷ Hierzu auch *Toussaint*, in: Großkommentar UWG, § 11 Rn.7.

Die kurze Verjährungsfrist gilt nach § 11 Abs.1 UWG für die hier im Mittelpunkt stehenden Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung bzw. Widerruf. Sie beginnt nach § 11 Abs.2 UWG einerseits mit der Entstehung des Anspruchs, womit die Erfüllung eines Tatbestandes nach § 3 UWG oder § 7 UWG durch eine geschäftliche Handlung gemeint ist, sowie die Fälligkeit des Anspruchs.⁵⁶⁸ Für die Unterlassungsansprüche bedeutet dies, dass die Verjährung mit Eintritt der Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr zu laufen beginnt.⁵⁶⁹ Beginn der Verjährung für den Beseitigungs- bzw. Widerrufsanspruch ist entsprechend der Zeitpunkt, ab dem die fortdauernde Störung vorauszusehen ist.⁵⁷⁰ Weiterhin muss nach § 11 Abs.2 Nr.2 UWG auch subjektiv der Anspruchsinhaber Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen sowie der Person des Schuldners haben bzw. aufgrund grob fahrlässiger Unkenntnis nicht haben.⁵⁷¹

2. UKlaG

§§ 195, 199 BGB

§ 195 Regelmäßige Verjährungsfrist
Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre.

§ 199 Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist und Verjährungshöchstfristen

(1) Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt, soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist, mit dem Schluss des Jahres, in dem

1. der Anspruch entstanden ist und
2. der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

[...]

⁵⁶⁸ Köhler, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 11 Rn.1.19; *Toussaint*, in: *Großkommentar UWG*, § 11 Rn.46

⁵⁶⁹ *Toussaint*, in: *Großkommentar UWG*, § 11 Rn.50; *Schulz*, in: *Harte/Henning*, § 11 Rn.70.

⁵⁷⁰ *Toussaint*, in: *Großkommentar UWG*, § 11 Rn.53.

⁵⁷¹ *Toussaint*, in: *Großkommentar UWG*, § 11 Rn.55 ff.

(4) Andere Ansprüche als die nach den Absätzen 2 bis 3a verjähren ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an.

(5) Geht der Anspruch auf ein Unterlassen, so tritt an die Stelle der Entstehung die Zuwiderhandlung.

§ 1 UKlaG verjährt nach Maßgabe der §§ 195 ff. BGB, während die Vorgängerregelung einer zweijährigen Verjährung nach § 13 Abs.4 AGBG unterlag.⁵⁷² Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz⁵⁷³ führte zu einer großen Vereinheitlichung der Verjährungsfristen, in deren Zuge die allgemeinen Vorschriften nun überall dort Anwendung finden, wo zivilrechtliche Gesetze – so wie das Unterlassungsklagengesetz – keine eigenen Verjährungsregeln aufstellen.⁵⁷⁴ Gemäß § 199 Abs.1, 5 BGB beginnt die Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres zu laufen, in dem der Anspruch (auf Widerruf) entstanden ist bzw. unwirksame AGB verwendet wurden und in dem der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen sowie der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht erlangt hat.⁵⁷⁵ Hinsichtlich der Erstbegehungs- und Wiederholungsgefahr gelten dieselben Voraussetzungen wie im Rahmen von § 11 UWG. Unabhängig von der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis, verjähren die Ansprüche gemäß § 199 Abs.4 BGB nach einer Höchstfrist von 10 Jahren nach ihrer Entstehung.⁵⁷⁶

⁵⁷² Hierzu *Witt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 Rn.41.

⁵⁷³ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl I Nr. 61, vom 29.11.2001 Seite 3138.

⁵⁷⁴ BT.-Drucks. 14/6040, S.275; *Peters/Jacoby*, in: Staudinger BGB, § 195 Rn.5, 11, 14.

⁵⁷⁵ *Köhler*, in: *ders./Bornkamm/Feddersen*, § 1 UKlaG Rn.19.

⁵⁷⁶ *Micklitz/Rott* (in: MüKO ZPO, § 1 UKlaG Rn.52) sehen in der kenntnisunabhängigen Verjährung einen Verstoß gegen den unionsrechtlichen Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes und fordern daher im Anwendungsbereich der Klauselrichtlinie eine unionsrechtskonforme

3. Bestimmung des Konkurrenzbereichs

Die unterschiedlichen Verjährungsregeln machen das Konkurrenzverhältnis zwischen § 3a UWG und § 1 UKlaG endgültig greifbar. Nicht nur, dass die wettbewerbsrechtliche Verjährung nach 6 Monaten eintritt, sondern auch der Verzicht auf die Einführung einer Jahresendverjährung wie in § 199 Abs.1 BGB machen den Unterschied deutlich. Ausgehend von einer Verwendung oder Empfehlung unwirksamer AGB am 1.1. eines Jahres, ergibt sich so eine um 3,5 Jahre längere Verjährungsdauer für § 1 UKlaG.

4. Konkurrenzspezifische Auslegung

An dieser Stelle wird die Verschiedenheit von UWG und UKlaG besonders deutlich. Während das UWG von Beginn an primär auf den Wettbewerb zwischen den am Markt auftretenden Mitbewerbern ausgerichtet wurde, worin auch der Grund für die kurze Verjährungsdauer zu sehen ist, hat das UKlaG zur effektiven Bekämpfung der in ihm enthaltenen Verbotstatbestände eine längere Verjährungsfrist vorgesehen. Wie dargestellt, wurde diese durch Inkrafttreten des UKlaG sogar von zwei auf drei Jahre verlängert. Und so stellt es sich dar, dass UWG und UKlaG eigene Regelungsziele verfolgen, die einen Eingriff jeweils systemfremd erscheinen ließen. Der grundsätzlich weit konzeptualisierte § 3a UWG erfasst – man möge beinahe sagen beiläufig – auch die Situation des Verwendens und Empfehlens unwirksamer AGB, während § 1 UKlaG auf genau diese Situation zugeschnitten ist. Die Antwort auf die Frage, warum keine Erstreckung einer der Verjährungsvorschriften angezeigt ist, ergibt sich aus der Klagebefugnis und den jeweiligen Zwecken der Verjährungsvorschriften. So würde die kurze Verjährungsregel

Auslegung dahingehend, dass die zehnjährige Verjährungsfrist nicht zu laufen beginnt, wenn die Klausel noch verwendet wird.

des UWG dem Ansinnen des UKlaG die Verwendung oder Empfehlung unwirksamer AGB effektiv zu bekämpfen nicht gerecht.⁵⁷⁷ Abgesehen von den nach § 8 Abs.3 Nr.1 UWG klagebefugten Mitbewerbern, sind alle nach § 8 Abs.3 Nr.2, 3 UWG und § 3 Abs.1 UKlaG aktivlegitimierten Verbände und Kammern frei, ihre Klage nach den Maßgaben des UWG und / oder des UKlaG zu erheben.

⁵⁷⁷ So wohl auch *Kapnopolou*, Recht der missbräuchlichen Klauseln, S.251.

D. Zusammenfassung der Ergebnisse und abschließende Betrachtung

Der erste Teil der Arbeit hat gezeigt, dass allein die Auslegung eine Antwort auf Konkurrenzfragen geben kann. Ziel der Auslegung in Konkurrenzsituationen ist es, unter voller Ausschöpfung des Methodenkanons, auszutarieren, wie das Gesetz eine konkrete Konkurrenzsituation behandelt wissen will. In Betracht kommen der Regelfall des selbstständigen Nebeneinanders der Rechtssätze (Grundsatz der „freien Anspruchskonkurrenz“), die vollständige Verdrängung eines Normkomplexes und letztlich das teilweise Übergreifen einzelner Rechtssätze auf den anderen Normkomplex.

Methodisch hat der Rechtsanwender bei der Untersuchung eines Konkurrenzverhältnisses stets die vollständigen Rechtssätze miteinander zu vergleichen. Daher sind neben den Tatbeständen, welche die Konkurrenzproblematik auslösen, auch jeweils die Anwendungsbereiche, Schutzwecke sowie alle weiteren gesetzlichen Maßgaben, die sich auf die jeweiligen Vorschriften beziehen – wie z.B. die Verjährung oder Klagebefugnis – in die Diskussion einzubeziehen. Es bietet sich daher an, in einem ersten Schritt – nach Auslegung der Vorschriften – die jeweiligen Konkurrenzbereiche der zu untersuchenden Ansprüche zu definieren. Erst hiernach sind dann Überlegungen zur konkurrenzspezifischen Auslegung bzw. Rechtsfortbildung anzustellen.

Die Untersuchung des Konkurrenzverhältnisses zwischen § 3a UWG und § 1 UKlaG hat ergeben, dass die Vorschriften im Verhältnis der freien Anspruchskonkurrenz nebeneinanderstehen.

Hinsichtlich der Anwendungsbereiche (2. Teil I., S.56 ff.) von UWG und UKlaG hat sich gezeigt, dass beide Gesetze einen

grundlegend anderen Ansatz verfolgen. Während das UWG über das Merkmal der „geschäftlichen Handlung“ seinen Anwendungsbereich präzise formuliert, zeichnet sich das UKlaG durch eine offene Struktur aus. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass der Gesetzgeber das UKlaG als zentrales Umsetzungsinstrument vieler Richtlinien verwendet. Für die Konkurrenzdiskussion hat dieses Ergebnis zur Folge, dass das UKlaG – da es keinen abgeschlossenen Regelungscharakter hat – das UWG nicht verdrängen kann. Das UWG erfasst über seinen deutlich abstrakteren Anwendungsbereich gleichsam das Verwenden und Empfehlen unwirksamer AGB. Eine Verdrängung des UKlaG kommt dadurch allerdings nicht in Frage, da § 1 UKlaG in diesem Fall leerlaufen würde.

Ähnliches ergibt sich für die Schutzzwecke der beiden Gesetze (2. Teil II., S.69 ff.). Der Zweck des Unterlassungsklagengesetzes ist in der Freihaltung des Rechtsverkehrs vor den in §§ 1, 1a, 2, 2a, 4a UKlaG geregelten Rechtsverletzungen zu sehen. Es verfolgt damit allein einen überindividuellen Zweck. Das UWG verfolgt durch den seit jeher angelegten Mitbewerberschutz auch individuelle Zwecke. Konkurrenzspezifisch spricht dieser Befund ebenfalls für ein Nebeneinander der beiden Regelungswerke, da die Schutzzwecke nicht konfliktieren, sondern einander ergänzen.

Die Tatbestände (2. Teil III., S.77 ff.) unterscheiden sich insoweit, als § 1 UKlaG auf die Verwendung und Empfehlung unwirksamer AGB zugeschnitten ist und § 3a UWG aufgrund seines vergleichsweise hohen Abstraktionsgrades darüber hinaus auch die Vorschriften zur Einbeziehung von AGB erfasst. Ein Übergreifen der Einbeziehungskontrolle auf § 1 UKlaG kommt aufgrund des eindeutigen Wortlauts der Vorschrift nicht in Betracht. Da die Einbeziehungskontrolle auf die konkret individuellen Umstände des Vertragsschlusses abstellt, ist ein

Übergreifen dieser Kontrollmöglichkeit auf das UKlaG nicht mit dessen überindividuellen Charakter vereinbar.

Hinsichtlich der Aktivlegitimation (2. Teil IV. 1., S.108 ff.) besteht der größte Unterschied der beiden Regelungskomplexe in der vielfach erwähnten Klagemöglichkeit der Mitbewerber. Außerdem sind Verbraucherverbände nicht klagebefugt, wenn die betreffende Klausel lediglich gegenüber Unternehmern oder einem öffentlichen Auftraggeber verwendet wurden, § 3 Abs.2 Nr.1 UKlaG. Aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, sollte auf Seite der Passivlegitimation (2. Teil IV. 2., S.116 ff.) §§ 8 Abs.1 UWG, 2 UWG iVm § 830 BGB iVm §§ 25, 26 StGB teleologisch extendiert werden. Dies würde einerseits die Debatte um die Reichweite der Begriffe „Verwender“ und „Empfeher“ in § 1 UKlaG beenden, als auch einen Gleichlauf zwischen UWG und UKlaG herstellen, der hinsichtlich der Aktivlegitimation schließlich schon (weitgehend) besteht.

Bei den Rechtsfolgen (2. Teil VI., S.127 ff.) steht die Frage zur Annahme eines Beseitigungsanspruchs innerhalb von § 1 UKlaG im Mittelpunkt der Diskussion. Der BGH hat in seinem jüngsten Urteil⁵⁷⁸ einen Beseitigungsanspruch im Rahmen von § 1 UKlaG überzeugend abgelehnt. Als Hauptargumente dienten dem BGH zum einen die letzte größere Gesetzesänderung des Unterlassungsklagengesetzes im Jahr 2016 durch das Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts, bei dem in Kenntnis der Rechtsprechung ein Beseitigungsanspruch allein in § 2 UKlaG installiert wurde. Zum anderen sei ein Beseitigungsanspruch vor dem Hintergrund von Art.6 Abs.1 der Klauselrichtlinie, wonach lediglich die Unverbindlichkeit

⁵⁷⁸ BGH Urt. v. 14.12.2017 – I ZR 184/15 = GRUR 2018, 423 Rz.46.

unwirksamer Klauseln erforderlich ist, auch aus unionsrechtlichen Gesichtspunkten nicht geboten.

UWG und UKlaG sehen ein Verbot der missbräuchlichen Geltendmachung von Ansprüchen nach § 8 Abs.1 UWG sowie §§ 1, 1a, 2, 2a UKlaG vor. Wegen der Klagebefugnis der Mitbewerber, für welche die Vermutung einer legitimen Geltendmachung nicht Platz greift, kommt diesem Instrument innerhalb des UWG eine größere Bedeutung zu.

Hinsichtlich der Veröffentlichungsbefugnis hat sich gezeigt, dass das UWG in der freien Wahl des Mediums zwar weiter als das UKlaG ausgestaltet ist, welches lediglich eine Veröffentlichung im Bundesanzeiger erlaubt. Zum Schutz unterliegender Mitbewerber ist der Kostenerstattungsanspruch für die Veröffentlichung jedoch auf drei Monate nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils begrenzt.

Ein weiterer Unterschied zwischen den beiden Gesetze ergibt sich aus Art.11 UKlaG, der eine Rechtskrafterstreckung zugunsten eines Klauselgegners vorsieht, der sich auf die Unwirksamkeit einer Klausel berufen kann, wenn der Verwender in einem anderen Verfahren mit der betreffenden Klausel bereits unterlegen ist. Wie gezeigt, ist die Rechtskrafterstreckung nach der *Inivtel*-Entscheidung⁵⁷⁹ des EuGH zugunsten von Verbrauchern vom nationalen Richter sogar von Amts wegen vorzunehmen.

Der offenkundigste Unterschied der beiden Normkomplexe liegt in der Verjährung (2. Teil VII., S.143 ff.). Ein Übergreifen einer der Verjährungsregeln würde sich aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtungen der Gesetze, die sich nur teilweise überschneiden, als Eingriff in die Binnensystematik des betroffenen Regelungswerks darstellen und ist aus diesem Grund abzulehnen. Das UWG bleibt auch heute unter

⁵⁷⁹ EuGH Urt. v. 26. 4. 2012 – C-472/10 = GRUR 2012, 939.

Einbeziehung eines fundierten Verbraucherschutzes auf die Spezifika des Handelns von Mitbewerbern am Markt ausgerichtet. Hierdurch entstehende Rechtsschutzlücken, die etwa in der kurzen Verjährung liegen können, fängt das UKlaG, wie im Falle der Verwendung oder Empfehlung unwirksamer AGB, punktuell auf und flankiert so den durch das UWG gewährten Schutz. Hinsichtlich der Verjährung sorgt es dafür, dass Verstöße angemessen lange verfolgbar bleiben und wird so seinem überindividuellen Schutzzweck gerecht.

Schlussendlich hat sich gezeigt, dass das Gesetz von einer Parallelität der Anspruchssysteme des § 3a UWG und § 1 UKlaG ausgeht und die Vorschriften in einem Verhältnis der funktionalen Ergänzung stehen.⁵⁸⁰

⁵⁸⁰ So im Ergebnis auch BGH Urt. v. 14.12.2017 – I ZR 184/15 = GRUR 2018, 423 Rz.48; *Artz*, in: FS Lindacher, S.15, 21 f.; *Metzger*, in: Großkommentar UWG § 4 Nr.11 Rn.171.