

Prof. Dr. Rupprecht Podszun
Prof. Dr. Christoph Busch
Prof. Dr. Frauke Henning-Bodewig

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**

Wesentliche Ergebnisse

Teil A: Defizite der Verbraucherrechtsdurchsetzung

- (1) Das Verbraucherschutzniveau in Deutschland wird allgemein als hoch angesehen. Gleiches gilt grundsätzlich auch für die Effektivität der Verbraucherrechtsdurchsetzung. Der Schwerpunkt liegt bislang auf der zivilrechtlichen Durchsetzung.
- (2) In einigen Bereichen wird die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung durch behördliche Befugnisse ergänzt. Die sektorielle Verbraucherrechtsdurchsetzung durch die Bundesnetzagentur und die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht wird von den befragten Stakeholdern als wirksam eingeschätzt. Als weniger effektiv werden dagegen der Einsatz gewerberechtllicher Befugnisse durch kommunale Behörden, Landesbehörden sowie die strafrechtliche Verfolgung von Verbraucherrechtsverstößen durch die Staatsanwaltschaften eingeschätzt.
- (3) Eine Stärke des zivilrechtlichen Durchsetzungssystems ist die schnelle und effektive Abstellung von Rechtsverstößen auf der Basis von Unterlassungsansprüchen nach UWG und UKlaG. Dies geschieht vor allem im Wege der einstweiligen Verfügung sowie außergerichtlich durch Abgabe strafbewehrter Unterlassungserklärungen durch den Rechtsverletzer.
- (4) An Grenzen stößt die zivile Rechtsdurchsetzung in Fällen, in denen die Aufklärung des Sachverhaltes für Private nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist, etwa bei Fällen mit Auslandsbezug, bei Fällen, in denen es auf Finanzströme ankommt, bei intransparenten Geschäftsmodellen oder bei Verwendung von Algorithmen.
- (5) Streuschäden werden regelmäßig nicht kompensiert. Individualklagen einzelner Verbraucher gelangen regelmäßig wegen der „rationalen Apathie“ der Geschädigten nicht zu den Gerichten. Die rückwirkende Beseitigung von Folgen findet nur selten statt. Die Gewinnabschöpfung beim Rechtsverletzer spielt in der Praxis kaum eine Rolle. Rechtsverletzungen werden also für die Zukunft abgestellt, die Folgen werden aber nicht beseitigt. Die Präventionswirkung des Rechtsdurchsetzungssystems ist in einigen Konstellationen mithin begrenzt.

- (6) Inwieweit künftig eine Ausweitung von Folgenbeseitigungsansprüchen durch die Rechtsprechung oder die Einführung einer Musterfeststellungsklage Abhilfe schaffen werden, kann derzeit nicht beurteilt werden. Bei der Lösung der Streuschadensproblematik bestehen diesbezüglich jedoch zumindest Zweifel.
- (7) Die zivile Rechtsdurchsetzung ist wegen der *inter partes*-Wirkung von Unterlassungsurteilen aufwändig, da ggf. mehrere parallele Verfahren angestrengt werden müssen, um eine Breitenwirkung zu erzielen. Zudem verhindern Unternehmen mitunter durch strategisches Verhalten im Prozess Präzedenzentscheidungen.
- (8) In materieller Hinsicht sind Verbraucher- und Lauterkeitsrecht hinreichend flexibel, um neue Geschäftsmodelle und Verhaltensweisen (z.B. Influencer Marketing, Vergleichsplattformen) zu erfassen.
- (9) Ein gewisser Anpassungsdruck in Richtung einer Ausweitung der behördlichen Rechtsdurchsetzung ergibt sich durch die 2017 neugefasste CPC-Verordnung, die deutlich erweiterte Mindestbefugnisse vorsieht.
- (10) Verbraucherverbände sehen zwar Defizite in der Verbraucherrechtsdurchsetzung, sprechen sich jedoch in erster Linie für eine Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung aus. Wirtschaftsverbände sind in der Benennung von Defiziten zurückhaltender.

Teil B: Optionen der Befugnisergänzung

- (11) Das Rechtsdurchsetzungssystem könnte durch die Übertragung von Befugnissen auf das Bundeskartellamt geändert werden. Damit würde an das funktionierende System der behördlichen Durchsetzung von Kartellrecht angeknüpft. Das Bundeskartellamt hat mit der 9. GWB-Novelle 2017 bereits erste Befugnisse im Verbraucherrecht erhalten.
- (12) Ermittlungsdefizite bei Verbraucherrechtsverstößen könnten durch die Ausdehnung der Ermittlungsbefugnisse in §§ 57 ff. GWB auf Verbraucherrechtsverstöße teilweise behoben werden.
- (13) Daran anknüpfend könnte eine Abstellungsbefugnis wie in § 32 Abs. 1 GWB vorgesehen werden. In laufenden Verfahren könnten Rechtsverstöße durch eine Befugnis wie in § 32a GWB abgestellt werden.
- (14) Das Bundeskartellamt könnte die Befugnis erhalten, Allgemeinverfügungen zu

erlassen oder eigene Abstellungsverfügungen oder gerichtliche Entscheidungen für allgemeinverbindlich zu erklären. Damit würde der mangelnden Breitenwirkung im Zivilverfahren entgegengewirkt. Werden Präzedenzentscheidungen durch strategisches Prozessverhalten verhindert, könnte die Behörde nachträglich die Zuwiderhandlung feststellen (§ 32 Abs. 3 GWB).

- (15) Defizite bei der Schadenskompensation und beim Bereicherungsausgleich könnten durch eine behördliche Folgenbeseitigung mittels Rückerstattungsanordnungen entsprechend § 32 Abs. 2a GWB bzw. § 32b GWB (Verpflichtungszusage) teilweise ausgeglichen werden. Auch durch Gebotsverfügungen (§ 32 Abs. 2 GWB) könnte eine Folgenbeseitigung veranlasst werden. Das Zusammenspiel mit privaten Akteuren könnte durch eine Bindungswirkung von Entscheidungen und durch die Möglichkeit von eigenständigen Folgenbeseitigungsverfahren bei der Behörde nach gerichtlichen Entscheidungen gestärkt werden.
- (16) Ein zu geringes Präventionsniveau wegen der Fokussierung der privaten Rechtsdurchsetzung auf die Unterlassungsklage und der Schwächen des Gewinnabschöpfungsanspruchs könnte durch die Bebußung besonders schwerer Verstöße und die Bebußung der Verursachung von Streuschäden gelöst werden. Bußgelder könnten auch für Verstöße im Ermittlungsverfahren vorgesehen werden.
- (17) Das Bundeskartellamt könnte durch sein Informationshandeln das Niveau der Verbraucherrechtsdurchsetzung verbessern (z.B. durch Leitlinien, Verbraucheraufklärung, Naming and Shaming, Öffentlichkeitsarbeit). Die Behörde könnte zukünftig an Prozessen der Ko-Regulierung und Standardsetzung beteiligt werden.
- (18) Bei der Bewertung dieser Optionen ist zu berücksichtigen, dass das Bundeskartellamt lediglich subsidiär zu anderen Bundesbehörden tätig werden soll. Es stünde in Konkurrenz mit weiteren Behörden, was eine Abstimmung erforderlich macht.
- (19) Da verbraucherrechtliche Verstöße in vielen Fällen einen viel geringeren Unrechtsgehalt als kartellrechtliche Verstöße haben und auch von kleinen Unternehmen begangen werden, wäre aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und zur Vermeidung einer übermäßigen Belastung von Unternehmen zu erwägen,

das Einschreiten des Bundeskartellamts an besondere Voraussetzungen zu knüpfen. Dies könnte durch eine Konturierung des Aufgreifermessens oder durch Voraussetzungen in einzelnen Normen geschafft werden. Eine denkbare Voraussetzung wäre etwa die erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Beeinträchtigung der Interessen der Verbraucher. Die Einführung von Bußgeldern würde in besonderem Maße eine Prüfung des Bestimmtheitsgebots und der Verhältnismäßigkeit des behördlichen Vorgehens verlangen.

- (20) Die Begrenzung des Aufgreifermessens würde den Überschneidungsbereich mit der privaten Rechtsdurchsetzung verringern. Für parallele Verfahren sind Abstimmungsmechanismen zwischen privater und behördlicher Rechtsdurchsetzung vorzusehen. Die in UWG und UKlaG aktivlegitimierten Akteure sollten in die Tätigkeit der Behörde eingebunden werden.
- (21) Die Ergänzung der Befugnisse könnte genutzt werden, um den Anforderungen der CPC-Verordnung zu genügen, soweit diese im Sinne eines Behördenmodells interpretiert wird.
- (22) Sowohl Verbraucher- als auch Wirtschaftsverbände stehen einer Ausweitung der behördlichen Befugnisse überwiegend kritisch gegenüber. Sie sehen einen Bedarf, wenn überhaupt, am ehesten bei Ermittlungsbefugnissen, Bußgeldern, Gebotsverfügungen sowie bei der Allgemeinverbindlicherklärung von Urteilen.

Inhalt

Einleitung.....	8
Teil A: Möglichkeiten und Defizite des bestehenden Rechtsdurchsetzungssystems..	9
I. Bestandsaufnahme: Verbraucherschutz durch UWG	10
1. Der über das UWG gewährte Verbraucherschutz	10
2. Die Durchsetzung der verbraucherschützenden Regelungen im UWG.....	22
3. Reformpläne: Collective redress/Musterfeststellungs- und Sammelklagen	45
4. Straf- und verwaltungsrechtliche Sanktionen bei Wettbewerbsverstößen..	46
5. Zusammenfassung.....	53
II. Kritik am Durchsetzungsregime	58
1. Die unionsrechtliche Perspektive, insb. CPC-VO	58
2. Rechtsvergleichende Überlegungen	66
3. Kritik aus rechtsökonomischer Sicht.....	70
4. Zusammenfassung.....	74
III. Case Studies	77
1. Influencer Marketing.....	77
2. Manipulierte Kundenbewertungen.....	103
3. Vergleichsportale / Rankings.....	115
4. Entgeltklauseln	132
5. Zusammenfassung.....	145
IV. Auswertung der Stakeholderbefragung.....	150
1. Methodik.....	150
2. Grundlagen der fragebogengestützten Erhebung	151
3. Ergebnisse der fragebogengestützten Erhebung	154
4. Zusammenfassung.....	165
V. Systematisierung von Durchsetzungsdefiziten	167
1. Ziele und Instrumente der Verbraucherrechtsdurchsetzung.....	167
2. Abstellung von Rechtsverstößen.....	168
3. Schadenskompensation und Bereicherungsausgleich	174
4. Präventionsfunktion.....	179
VI. Zusammenfassung	183
Teil B: Handlungsoptionen zur Ergänzung der Befugnisse des Bundeskartellamts	186
I. Tätigkeit des Bundeskartellamts im Überblick	187
1. Organisation.....	187
2. Befugnisse	190

3.	Rechtliche Einbettung	192
II.	Optionen der Befugnisergänzung	194
1.	Entscheidungen und Ermittlungen im Verwaltungsverfahren	194
2.	Bußgeldverfahren.....	225
3.	Informationshandeln des Bundeskartellamts.....	235
4.	Aufgreifermessen und Prioritätensetzung	242
5.	Organisation und Struktur	246
III.	Gestaltungskriterien einer Befugnisergänzung	251
1.	Institutionelles Design	251
2.	Vorstellungen der Stakeholder	263
3.	Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht	266
4.	Abstimmungsmechanismen mit anderen Behörden	272
5.	Abstimmungsmechanismen mit der privaten Rechtsdurchsetzung	274
IV.	Innovative Schutzmechanismen	289
1.	Marktsteuerung durch Selbst- und Ko-Regulierung / Standardisierung....	289
2.	Marktsteuerung durch technische Lösungen.....	294
V.	Zusammenfassung	297
1.	Handlungsoptionen und die Behebung von Durchsetzungsdefiziten.....	297
2.	Befugniserweiterungsmodelle	299
3.	Befugnisergänzung und Anforderungen der CPC-VO.....	301
	Kurzübersicht: Handlungsoptionen des Gesetzgebers im Verbraucherrecht.....	303
	Anhang 1: Fragebogen zur Verbraucherrechtsdurchsetzung an Stakeholder	308
	Anhang 2: Englischsprachige Fassung der wesentlichen Ergebnisse ("Key Results")	325

Einleitung

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat 2017 eine Studie ausgeschrieben zur Thematik „Darstellung und Systematisierung von Möglichkeiten und Defiziten der privatrechtlichen Durchsetzung des Verbraucherschutzes sowie Einbeziehung der Kartellbehörden zu dessen Durchsetzung“. Thematisch knüpft das Ministerium an die 9. GWB-Novelle 2017 an, mit der dem Bundeskartellamt in § 32e Abs. 5 GWB und § 90 Abs. 6 GWB erstmals explizit Befugnisse im Verbraucherrecht eingeräumt wurden.

Die Studie wurde von den Professoren Christoph Busch (Osnabrück), Frauke Henning-Bodewig (München) und Rupprecht Podszun (Düsseldorf) erstellt. Sie tragen die gemeinsame wissenschaftliche Verantwortung für die Studie. Die Studie spiegelt nicht die Auffassung von Institutionen wider, mit denen die Autoren verbunden sind, oder des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie. Gregor Schmieder (Düsseldorf) hat an der Erstellung der Studie wesentlich mitgewirkt.

In der Studie werden zwei Leitfragen untersucht:

Leitfrage 1: Welche Durchsetzungsdefizite, insbesondere bei Verstößen gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, bestehen bei Verbraucherschützenden Vorschriften in Deutschland?

Diese Leitfrage wird schwerpunktmäßig in Teil A der Studie beantwortet.

Leitfrage 2: Welche Optionen hat der Gesetzgeber, um Defizite in der Durchsetzung des Verbraucherschutzes durch Betrauung des Bundeskartellamts mit neuen Befugnissen abzubauen?

Diese Leitfrage wird schwerpunktmäßig in Teil B der Studie beantwortet.

Die Studie basiert methodisch auf der Auswertung von Rechtsprechung und Literatur, auf der Befragung einzelner Experten im Rahmen einer explorativen Vorstudie, einer fragebogengestützten Befragung relevanter Stakeholder sowie auf der Auswertung von Einsendungen an die Autoren. Am 15.12.2017 fand zudem in Berlin ein Workshop statt, an dem zahlreiche Vertreterinnen und Vertreter aus den betroffenen Kreisen teilnahmen. Die Studie wurde im Februar 2018 abgeschlossen, spätere Entwicklungen konnten vereinzelt noch berücksichtigt werden.

Teil A: Möglichkeiten und Defizite des bestehenden Rechtsdurchsetzungssystems

In Teil A des Gutachtens wird das derzeit verfügbare Instrumentarium zur Durchsetzung verbraucherrechtlicher Vorschriften auf mögliche Defizite untersucht. Dem Gutachtauftrag entsprechend liegt der Fokus dabei auf dem lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutz.

In Abschnitt I erfolgt zunächst eine umfassende Bestandsaufnahme des über das UWG gewährten Verbraucherschutzes, seine Einordnung in den lauterkeitsrechtlichen Ansatz und der zur Verfügung stehenden Durchsetzungsinstrumente.

Abschnitt II widmet sich der Kritik am geltenden Durchsetzungsregime aus rechtsvergleichender und rechtsökonomischer Perspektive. Untersucht wird auch, inwieweit das vornehmlich auf zivilrechtsrechtlicher Rechtsdurchsetzung beruhende System mit den Vorgaben des Unionsrechts, insbesondere der im Jahr 2017 neugefassten CPC-Verordnung, vereinbar ist.

Abschnitt III enthält vier Case Studies zu Sachverhaltskonstellationen, bei denen häufig ein Enforcement-Defizit beklagt wird, nämlich das sog. Influencer Marketing, digitale Kundenbewertungen, Vergleichsportale/Rankings und Entgeltklauseln. Anhand von Nahaufnahmen aus Rechtsprechung und Literatur wird dabei die Effektivität der Bekämpfung von Rechtsverstößen mit Hilfe des de lege lata zur Verfügung stehenden Durchsetzungsinstrumentariums einer eingehenden Analyse unterzogen.

In Abschnitt IV werden die Ergebnisse einer Stakeholderbefragung zusammengefasst, die im Rahmen des Gutachtens durchgeführt wurde. Hierzu wurden – nach einer explorativen Vorstudie, in der einzelne Fachleute aus Richterschaft, Anwaltschaft, Unternehmen und Verbänden befragt wurden – Erhebungen bei den in diesem Bereich tätigen Verbänden, denen bei der Rechtsdurchsetzung besondere Bedeutung zukommt, durchgeführt. Die Stakeholderbefragung liefert wichtige Erkenntnisse zur Frage, in welchen Bereichen die an der Verbraucherrechtsdurchsetzung beteiligten Akteure Defizite im bestehenden Durchsetzungsregime sehen.

Abschnitt V führt die Ergebnisse aus den vorangegangenen Abschnitten zusammen und nimmt eine Systematisierung der identifizierten Durchsetzungsdefizite vor.

Abschnitt VI enthält eine Zusammenfassung der in Teil A angestellten Überlegungen.

I. Bestandsaufnahme: Verbraucherschutz durch UWG

Das Gutachten erörtert die Frage, ob Durchsetzungsdefizite bei verbraucherschützenden Vorschriften, „insbesondere bei Verstößen i.S.d. UWG“ bestehen. Als erster Schritt ist daher zu untersuchen, auf welchem Wege das UWG de lege lata dem Verbraucher Schutz gewährt und wie dieser Schutz durchgesetzt wird.

1. Der über das UWG gewährte Verbraucherschutz

a. Verbraucherschutz als Normzweck des UWG

(1) Die Normzweckklausel des § 1 UWG

Gemäß § 1 UWG verfolgt das UWG einen dreifachen Schutzzweck. Es schützt die Mitbewerber, die Verbraucherinnen/Verbraucher, die sonstigen Marktteilnehmer und die Allgemeinheit vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Der Schutz der Verbraucher steht gleichberechtigt neben dem der Mitbewerber, während die Interessen der Allgemeinheit auf einen unverfälschten Wettbewerb beschränkt sind.¹

Der Schutz der Verbraucher war ursprünglich nicht Schutzzweck des deutschen (oder des ausländischen) Wettbewerbsrechts: Im Vordergrund des UWG von 1909 stand vielmehr der Schutz des Unternehmers vor unlauteren Wettbewerbshandlungen seiner Mitbewerber (sog. B2B-Schutz). Dies war und ist auch der Ansatz der bislang einzigen Regelung des unlauteren Wettbewerbsrechts auf internationaler Ebene (Art. 10^{bis} der Pariser Verbandsübereinkunft zum gewerblichen Rechtsschutz).² Der Schutz der Verbraucher erfolgte also zunächst nur reflexartig. Im Laufe der Zeit wurde jedoch anerkannt, dass Verbraucher von unlauteren Wettbewerbshandlungen genauso betroffen sind wie Wettbewerber. Spätestens mit der Einräumung der Aktivlegitimation für Verbraucherverbände (1965) waren daher bei der Auslegung der einzelnen Verbotstatbestände im Wege der Interessenabwägung stets auch die Interessen der Verbraucher am Unterbleiben der fraglichen unlauteren Handlung zu berücksichtigen. Bei der Neufassung des UWG im Jahre 2004 zog der Gesetzgeber aus diesem geänderten Schutzzweck die Konsequenzen, indem er in § 1 UWG den Schutz der Verbraucher als Normziel ausdrücklich klarstellte.

¹ Zum Verbraucherschutz als Normzweck des UWG vgl. etwa *Podszun* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 1 Rn. 52 ff.; *Ohly* in: Ohly/Sosnitzka, UWG, 2016, § 1 Rn. 19 ff.; *Köhler* in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 2018, § 1 Rn. 14 ff.; *Fezer* in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, 2016, § 1 Rn. 34 ff.; *Peukert* in: Teplitzky/Pfeifer/Leistner, GroKo-UWG, 2014, § 1 Rn. 37 ff.; *Sosnitzka* in: MüKoUWG, 2014, § 1 Rn. 25 ff.; *Götting* in: Götting/Nordemann, UWG, 2016, § 1 Rn. 8 ff., *Ernst* in: Ullmann, jurisPK-UWG, 2016, § 1 Rn. 3ff.

² Art. 10^{bis} PVÜ enthält seit über 100 Jahren ein „unfair competition law in a nutshell“, das neben einer Generalklausel drei Beispielfälle unlauteren Wettbewerbs (Hervorrufen von Verwechslungsgefahr, Herabsetzung, Irreführung) nennt. Der Schutz ist, wie bereits der enge Zusammenhang mit den IP-Rechten in der PVÜ nahelegt, auf Mitbewerber beschränkt; ausführlich dazu *Henning-Bodewig* in: Henning-Bodewig, International Handbook on Unfair Competition, 2013, S. 9. ff.; *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2015, 529.

Das UWG von 2004 verfolgt damit, was den Schutzzweck betrifft, einen sog. integrierten Ansatz, d.h. es trennt nicht zwischen dem Schutz der Unternehmer, Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmern, sondern verbindet diesen Schutz miteinander. Dahinter steht der Gedanke, dass es sich bei der Beurteilung einer geschäftlichen Handlung aus Verbraucher- und Mitbewerbersicht in der Regel um „zwei Seiten derselben Medaille“ handelt; z.B. schadet irreführende Werbung sowohl den Interessen der Verbraucher (1. Stufe) als auch denen der gesetzestreuen Mitbewerber (2. Stufe). Die meisten Vorschriften des UWG betonen folglich diese Verbindung zwischen den Interessen von Verbrauchern und Mitbewerbern, sind also im Grundsatz sowohl B2B als auch B2C-Regelungen. Dies erklärt auch, warum Mitbewerber und ihre Verbände auch gegen die Verletzung verbraucherschützender Normen vorgehen können.³

Die Differenzierung zwischen Unternehmer und Verbraucher ist damit im deutschen Lauterkeitsrecht weniger ausgeprägt als in denjenigen Rechtsordnungen, die spezifische Gesetze jeweils zum Schutz der Mitbewerber und Verbraucher kennen. Gleichwohl spielt sie auch im UWG eine Rolle. Zurückzuführen ist dies vor allem auf europäische Vorgaben, die zunehmend zwischen sog. B2C- und B2B-Regelungen trennen. Am deutlichsten kommt dies im Irreführungsrecht zum Ausdruck, wo die Richtlinie 2005/29/EG nur für Verbraucher, die Richtlinie 2006/114/EG nur für Unternehmer gilt. Diese vor allem auf die unterschiedlichen Generaldirektionen (und ihre Kompetenzen) zurückzuführende Aufspaltung ist für das nationale Recht zwar nicht bindend, da es Sache der Mitgliedstaaten ist, welcher Regelungsansatz bei der Umsetzung zugrunde gelegt wird. Sie hat jedoch auch im deutschen Recht dazu geführt, dass nunmehr einige Vorschriften im UWG *expressis verbis* den Verbraucherschutz adressieren.

(2) Der Begriff des Verbrauchers

Als Verbraucher gilt gemäß § 2 Abs. 2 UWG unter Verweis auf die Legaldefinition in § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, „die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen Tätigkeit zugerechnet werden können“. Im Einzelfall kann die Abgrenzung nicht unproblematisch sein.⁴ Gerade wegen des integrierten Ansatzes des UWG wird diskutiert, ob das Schutzbedürfnis kleiner Unternehmer nicht dem des Verbrauchers entspricht oder ob ein Abstellen auf den Begriff des Kunden nicht sachgerechter wäre.⁵ In einigen EU-Staaten hat diese Diskussion dazu geführt, dass man die als zu einseitig empfundene Ausrichtung des Unionsrechts auf den Verbraucherschutz durch eine Erstreckung auch auf (kleinere oder mittlere) Unternehmer „korrigiert“ hat, z.B. die auf B2C beschränkte „black list“ der RL 2005/29/EG auch im B2B-Bereich anwendet. Für das

³ Dazu ausführlich unter A.I.2.d., A.II.2.d.

⁴ Neben der Auslegung des Kriteriums „überwiegend“ ist es vor allem die Abgrenzung Verbraucher/Arbeitnehmer und die Frage der Einbeziehung von Idealvereinen/Stiftungen, die in der Praxis eine Rolle spielt; dazu etwa *Keller* in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG*, 2016, § 2 Rn. 238 ff.

⁵ Vgl. *Busch/Dannemann/Schulte-Nölke*, MMR 2016, 787.

deutsche Recht wird eine derartige generelle Erstreckung abgelehnt, da insbesondere die dann noch weitreichenderen Informationspflichten für Unternehmer zu belastend sein könnten und die unter die „black list“ fallenden Sachverhalte ohne weiteres bereits über die (für alle Marktbeteiligten geltenden) Grundtatbestände des UWG erfassbar sind.

(3) Schutz der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers

Sofern es um den Schutz des Verbrauchers im UWG geht, ist dieser nach h.M. ein funktionsbezogener Schutz.⁶ Das UWG soll zum Funktionieren des Marktes beitragen, es gilt neben dem Kartellrecht als eines der „Grundgesetze der Wirtschaft“. Ein funktionierender Wettbewerb setzt jedoch Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der Marktakteure voraus. Während beim Schutz der Mitbewerber die freie Entfaltung der unternehmerischen Tätigkeit im Vordergrund steht, ist es beim Verbraucher der Aspekt der Konsumentensouveränität. Der durch das UWG gewährte Schutz des Verbrauchers soll also vor allem Verfälschungen der wirtschaftlichen Entscheidungsgrundlage verhindern, insbesondere durch ein Verbot irreführender oder aggressiver Praktiken. Denn auch wenn Beeinflussungen der Abnehmer nicht per se unlauter sind, muss die Möglichkeit einer „informierten Entscheidung“ jedenfalls soweit gewahrt bleiben, dass der Verbraucher die ihm in der Marktwirtschaft zugeordnete Rolle, als Schiedsrichter über Erfolg oder Misserfolg von Angeboten der Unternehmen zu fungieren, ausüben kann. Große Bedeutung haben in diesem Zusammenhang auch Informationspflichten. Sie ermöglichen nach dem von der Kommission zugrunde gelegten Informationsmodell häufig erst eine rationale Entscheidung des Verbrauchers, werden jedoch z.T. auch als „information overload“ kritisch gesehen,⁷ wie etwa die überbordenden Informationspflichten aus dem Unionsrecht, die über § 5a Abs. 2-4 UWG zu beachten sind (dazu unter A.I.1.b.(4)). Daneben schützt das UWG auch in gewissem Umfang die Privatsphäre des Verbrauchers vor werblichen Übergriffen, z.B. durch das Verbot belästigender Werbung in § 7 UWG.

(4) Generalpräventiver Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen

Bereits der Entstehungsgeschichte nach ist das deutsche Lauterkeitsrecht eng mit dem Zivilrecht verbunden; es gilt als „ausgegliedertes Deliktsrecht“ und verdankt seine Entstehung vor allem dem Umstand, dass die Rechtsprechung aus dogmatischen Gründen die Anwendung der deliktsrechtlichen Vorschriften des BGB auf das „neue Delikt“ des unlauteren Wettbewerbs ablehnte. Einig war man sich jedoch darüber, dass der lauterkeitsrechtliche Schutz eng mit dem BGB verzahnt bleiben sollte. Dies hat

⁶ Ausführlich dazu etwa *Ohly* in: *Ohly/Sosnitzka*, UWG, 2016, § 1 Rn. 20 ff.; *Köhler* in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, UWG, 2018, § 1 UWG Rn. 17; *Podszun* in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, 2016, § 1 Rn. 52 ff.; *Fezer* in: *Fezer/Büscher/Obergfell*, UWG, 2016, § 1; *Sosnitzka* in: *MüKoUWG*, 2014, § 1 Rn. 25 ff.; *Fritzsche* in: *Teplitzky/Pfeifer/Leistner*, *GroKo-UWG*, 2014, § 1 Rn. 239.

⁷ Zu den Informationspflichten (und der Kritik an ihrem Übermaß) vgl. etwa *Ohly*, GRUR 2004, 889, 894 ff.

auch den später hinzugekommenen Verbraucherschutz in eine bestimmte Richtung gelenkt. Gedacht war an folgende „Aufgabenteilung“:

Das Vertragsrecht soll die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers schützen, indem dieser sich vom Vertrag mittels Anfechtung, Rücktritt, Widerruf etc. lösen, bzw. Ausgleichsansprüche nach Gewährleistungsrecht oder c.i.c. geltend machen kann. Das UWG soll demgegenüber generalpräventiv eine Verfälschung der Entscheidungsgrundlage unterbinden. Dies dient (aus heutiger Sicht) wiederum dem übergeordneten Ziel des Funktionierens des Wettbewerbs und mittelbar auch den Interessen der Mitbewerber und der anderen Marktteilnehmer. Das Lauterkeitsrecht trägt damit den kollektiven Interessen der Verbraucher Rechnung,⁸ während sich – was mitunter aus Verbrauchersicht als nicht mehr zeitgemäß kritisiert wird⁹ – die Rechte des einzelnen Verbrauchers aus dem BGB ergeben. Bisherige gesetzgeberische Versuche einer engeren Verzahnung zwischen UWG und BGB beim individuellen Verbraucherschutz waren nicht erfolgreich: so wurde ein 1998 eingeführtes Vertragslösungsrecht des Verbrauchers wegen Irreführung (§ 13a UWG a.F.) bei der Neufassung des UWG im Jahre 2004 wieder aufgehoben und stattdessen ein Gewinnabschöpfungsanspruch in § 10 UWG eingeführt.¹⁰

b. Unterschiedliche Ansatzpunkte für den Verbraucherschutz im UWG

(1) Überblick

Dem integrierten Ansatz des UWG folgend dienen die wichtigsten Vorschriften des UWG sowohl den Interessen der Mitbewerber als auch denen der Verbraucher. Dies gilt insbesondere für die Generalklausel in § 3 Abs. 1 UWG und den Grundtatbestand der Irreführungen, § 5 UWG (dazu noch unten).

Daneben gibt es jedoch auch Vorschriften im UWG, die direkt und unmittelbar auf den Schutz der Interessen der Verbraucher bezogen sind, d.h. in tatbestandlicher Hinsicht nur anwendbar sind, wenn es um eine geschäftliche Handlung gegenüber einem Verbraucher geht (Verbrauchertatbestände). Wie erwähnt, ist diese explizite Ausrichtung auf den Verbraucherschutz im Wesentlichen auf das Unionsrecht zurückzuführen, dessen wichtigste Regelung in diesem Bereich, die Richtlinie 2005/29/EG, auf „B2C“ beschränkt ist. Da man eine generelle Erstreckung des Schutzes auf alle Marktbeteiligten (insb. bei den Informationspflichten und den per se-

⁸ So die ganz überwiegende Meinung in der Literatur, vgl. etwa *Köhler* in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 2018, § 1 Rn. 17 ff.; *Podszun* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 1, Rn. 59 ff.; *Sosnitza* in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 1 Rn. 26; *Sosnitza* in: MüKoUWG, 2014, § 1 Rn. 30 ff.; *Fritzsche* in: Teplitzky/Pfeifer/Leistner, UWG, 2014, § 1 Rn. 290 ff.

⁹ Aus der Literatur vgl. etwa *Augenhofer*, WRP 2006, 169; *Keßler*, WRP 2005, 164; *Koos* in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, 2013, § 9 Rn. 3.; *Glöckner* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, Einl. B. Rn. 387 ff.; *Micklitz* in: MüKoUWG, 2014, § 10 Rn. 3. Auch der REFIT-Report fordert eine engere Verzahnung von (europäischem) Lauterkeits- und Vertragsrecht; vgl. Study for the Fitness Check of EU Consumer and Marketing Law, Main Report, 2017, S. 2010 ff.

¹⁰ Zu den Gründen BT-Drucks. 15/1487, S. 23.

Verboten der „black list“) als nicht interessengerecht ansah, kam es im Zuge der Reformen von 2008 und 2015 zu einer stärkeren Differenzierung zwischen den einzelnen Schutzobjekten. Teile des Irreführungstatbestands in § 5a UWG (Irreführung durch Unterlassen) gelten z.B. nunmehr nur für Verbraucher und es wurde in § 3 Abs. 2 UWG eine (fast wörtlich mit der UGP-Richtlinie übereinstimmende) „Verbrauchergeneralklausel“ aufgenommen.

Auf den ersten Blick weniger offensichtlich, jedoch in der Praxis umso wichtiger, ist schließlich der indirekte Verbraucherschutz des UWG über den sog. Rechtsbruchtatbestand (§ 3a UWG). Hierüber können Verstöße gegen außerhalb des UWG angesiedelte Marktverhaltensregelungen, auch solche zum Schutz der Verbraucher, bei Überschreiten einer gewissen Erheblichkeitsschwelle als unlauterer Wettbewerb untersagt werden (dazu unten).

Im Ergebnis gewährt das UWG den Interessen der Verbraucher deshalb auf mehreren Wegen Schutz:

- durch explizit auf Verbraucher zugeschnittene Vorschriften (B2C-Normen),
- durch Vorschriften, die sowohl den Verbraucher als auch den Mitbewerber schützen (B2B/B2C-Normen),
- durch die Einbeziehung verbraucherschützender Marktregulierungen über den Rechtsbruchtatbestand, § 3a UWG,
- durch die Einbeziehung von Informationspflichten des Unionsrechts über den Tatbestand der Irreführung durch Unterlassen, § 5a Abs. 2-4 UWG.

Diese Ansätze des Rechtsschutzes für Verbraucher sind nicht scharf voneinander trennbar, sondern überschneiden sich teilweise. Dies gilt insbesondere für die nach § 5a UWG einbezogenen Informationspflichten und den Rechtsbruchtatbestand in § 3a UWG.¹¹

Der auf den genannten Wegen gewährte Verbraucherschutz ist unmittelbarer Natur. Daneben besteht ein indirekter (reflexartiger) Schutz der Verbraucher auch bei Vorschriften, die primär den Interessen der Mitbewerber dienen, deren Respektierung jedoch letztlich auch den Verbrauchern zugutekommt. So adressieren die seit der Reform von 2015 in § 4 UWG zusammengefassten Sachverhalte unmittelbar den Schutz der Unternehmer, nicht der Verbraucher.¹² Mit der Normzweckklausel des § 1 UWG ist dies vereinbar, da diese nur das Dach, unter dem die einzelnen Vorschriften stehen, umreißt und nichts über die primäre Schutzrichtung der Norm aussagt.

¹¹ Nach überwiegender Meinung geht in diesen Fällen § 5a UWG vor; vgl. *Ohly* in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 2016, § 3a Rn. 8 ff.

¹² Auch im B2B-Bereich ist der Verbraucher jedoch nicht schutzlos, allerdings wird ihm der Schutz aus anderen Gründen und auf anderer Rechtsgrundlage gewährt. So ist der Tatbestand der unzulässigen Nachahmung in § 4 Nr. 3 UWG eng mit den IP-Rechten verbunden und folglich auf die Interessen der Mitbewerber zugeschnitten. Die Verbraucherinteressen in diesem Bereich sind jedoch gleichfalls (unmittelbar) geschützt, nämlich durch ein explizites Verbot der Irreführung durch verwechslungsfähige Waren, Marken, Aufmachungen etc. in § 5 Abs. 2 UWG.

(2) Spezifische Tatbestände zum Schutz der Verbraucher (B2C)

Wie erwähnt, gibt es vor allem infolge der Vorgaben der RL 2005/29/EG auch im UWG Tatbestände, die speziell auf den Schutz der Verbraucher zugeschnitten sind, m.a.W. nur eingreifen, wenn es um eine natürliche Person geht, die den Verbraucherbegriff (§ 2 Abs. 2 UWG, § 13 BGB) erfüllt. So gelten über die Generalklausel des § 3 Abs. 3 UWG die im UWG-Anhang aufgeführten 31 per se-Verbote (nur) zugunsten der Verbraucher, während die Grundtatbestände im UWG, auf denen sie beruhen, dem Schutz aller Marktbeteiligten dienen. Im Übrigen handelt es sich zumeist um Modifizierungen von Tatbeständen, die entsprechend dem integrierten Ansatz des UWG in ihrem Grundtatbestand für alle Marktbeteiligten gelten, bei denen jedoch bestimmte Abwandlungen – häufig Informationspflichten – dem Schutz des Verbrauchers vorbehalten bleiben sollen. Insbesondere das Verbot der Irreführung durch Unterlassen in § 5a UWG verankert in den Abs. 2-4 spezielle Regelungen, die Informationspflichten nur gegenüber Verbrauchern begründen. Auch das Verbot aggressiver Geschäftspraktiken in § 4a UWG ist in einigen Varianten auf Verbraucher beschränkt; gleiches gilt für das Verbot belästigender Werbung in § 7 UWG. Als Auffangtatbestand, etwa für neue, nicht von den spezifisch geregelten Tatbeständen erfasste geschäftliche Praktiken, kommt schließlich die „Verbrauchergeneralklausel“ in § 3 Abs. 2 UWG in Betracht, während die Generalklausel in Abs. 1 für alle Marktteilnehmer gilt. Da die Verbrauchergeneralklausel infolge ihrer Verweisungstechnik auch für andere Verbrauchertatbestände des UWG (mit Ausnahme der „black list“ von per se-Verboten nach § 3 Abs. 3 UWG) Bedeutung hat, statuiert sie zugleich als generelle Voraussetzung, dass eine Handlung, um unlauter gegenüber dem Verbraucher zu sein, geeignet sein muss, das Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen¹³.

(3) Integrierter Verbraucherschutz (B2C/B2B)

Trotz der Ausrichtung einzelner Vorschriften auf den Schutz des Verbrauchers oder des Mitbewerbers dienen die meisten Vorschriften im UWG – insb. in ihrem grundlegenden Verbotstatbestand – nach wie vor sowohl den Interessen der Mitbewerber als auch denen der Verbraucher. Das gilt insbesondere für den wichtigen Schutz vor irreführenden geschäftlichen Handlungen in § 5 und § 5a Abs. 1 UWG und das (in der Praxis weniger wichtige) Verbot der aggressiven geschäftlichen Handlungen in § 4a UWG. Es gilt im Grundsatz jedoch auch für § 6 UWG (vergleichende Werbung) sowie § 7 UWG (belästigende geschäftliche Handlungen). In all diesen Tatbeständen stehen die Interessen der Verbraucher gleichberechtigt neben denen der Mitbewerber und sonstigen Marktteilnehmern. Sie sind folglich unmittelbar zu berücksichtigen.

¹³ S. BGH, 14.1.2016, Az. I ZR 65/14, GRUR 2016, 946 – *Freunde finden*.

(4) Erweiterung des Verbraucherschutzes durch unionsrechtliche Informationspflichten; § 5a Abs. 2-4 UWG

§ 5a UWG regelt die sog. Irreführung durch Unterlassen. Während der Grundtatbestand in § 5a Abs. 1 UWG, der an § 5 Abs. 1 UWG anknüpft, umfassend dem Schutz der Verbraucher und aller anderen Marktteilnehmer dient, gelten die Abs. 2-4 ausschließlich für Verbraucher. Nach Abs. 2 handelt dabei unlauter, wer die Entscheidungsfreiheit von Verbrauchern durch das Vorenthalten von Informationen, die im konkreten Fall als „wesentlich“ anzusehen sind, beeinflusst. Gemäß § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG sind dies Informationen über die wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung, die Identität oder Anschrift des Unternehmers, den Endpreis, Zahlungs- und Lieferbedingungen sowie das Bestehen eines Rechts zum Rücktritt oder Widerruf.¹⁴

§ 5a Abs. 4 UWG präzisiert die Informationspflichten gegenüber dem Verbraucher dadurch, dass im Ergebnis eine Reihe von Verbraucherregelungen des Unionsrechts in den Irreführungstatbestand einbezogen werden. So sind als unwiderlegbar wesentlich alle Informationen anzusehen, „die dem Verbraucher aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Verordnungen oder Rechtsvorschriften zur Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Richtlinien für kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung und Marketing nicht vorenthalten werden dürfen“. Damit gelten die Informationspflichten aus folgenden Richtlinien, die sämtlich in das deutsche Recht umgesetzt wurden, auch für das UWG:

- Richtlinie 2011/83 (Verbraucherrechte)
- Richtlinie 90 /314 (Pauschalreisen)
- Richtlinie 94/47 (Teilnutzung)
- Richtlinie 98/6 (Preisangaben)
- Richtlinie 2001/83 (Arzneimittel)
- Richtlinie 2000/31 (E-Commerce)
- Richtlinie 87/102 (Verbraucherkredit)
- Richtlinie 2002/65 (Finanzdienstleistungen)
- Richtlinie 85/611 (neu: RL 2009/65; Wertpapiere)
- Richtlinie 2002/92 (Versicherungsvermittlung)
- Richtlinie 2002/83 (Lebensversicherung)
- Richtlinie 2004/39 (Finanzinstrumente)
- Richtlinie 92/49 (Direktversicherung)
- Richtlinie 2003/71 (Wertpapieren)

¹⁴ Ausführlich zu § 5a Abs. 2-4 UWG etwa *Dreyer* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 5a Rn. 84 ff.; *Ohly* in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 5a Rn. 86 ff.; *Köhler* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 5a Rn. 3.1 ff.; 4.1 ff.; 5.1 ff.; *Peifer* in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, 2016, § 5a Rn. 30 ff.; *Lindacher* in: Teplitzky/Pfeifer/Leistner, GroKo-UWG, 2014, § 5a Rn. 19 ff.; *Alexander* in: MüKoUWG, 2014, § 5a Rn. 83 ff.; *Götting* in: Götting/Nordemann, UWG, 2016, § 1 Rn. 8 ff.; *Seichter* in: jurisPK-UWG, 2016, § 5a Rn. 57 ff.

Zusätzlich werden noch Informationspflichten aus anderen Richtlinien als wesentlich angesehen – wenn wohl auch nicht als „unwiderlegbar“ wesentlich¹⁵ – nämlich etwa die der Richtlinien 1999/44 (Verbrauchsgüterkauf), 98/79 (Medizinprodukte), 2006/123 (Dienstleistungen), 2001/83 (Arzneimittel), 2001/37 (Tabakprodukte) und der VO Nr. 192/2006 (Lebensmittelwerbung).

Insgesamt erfolgt somit über § 5a Abs. 2-4 UWG eine Einbeziehung einer Vielzahl von Informationspflichten aus europäischen Richtlinien und Verordnungen zum Verbraucherschutz, die ein engmaschiges Netz von Informations- und Aufklärungspflichten der Unternehmen gegenüber dem Verbraucher begründen.

c. Die Einbeziehung außerwettbewerbsrechtlicher Verbraucherschutznormen über § 3a UWG (Rechtsbruch)

(1) Weit gefasster Begriff der Marktregulierung im Interesse der Verbraucher

Gemäß § 3a UWG handelt unlauter im Sinne des UWG, wer einer außerwettbewerbsrechtlichen Norm zuwiderhandelt, sofern diese 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. Erfasst sind somit im Grundsatz Verstöße gegen fast alle Normen, die dem Schutz der Verbraucher dienen.¹⁶ (zu § 3a UWG vgl. auch die Ausführungen unter A.I.4.b.(2)).

Der Begriff der Normen zur Marktregulierung im Interesse (auch) der Verbraucher wird weit ausgelegt. Ausgeklammert sind nach h.M. nur keine Normqualität aufweisende Regelungen wie DIN-Normen, Selbstverpflichtungen etc.¹⁷ Bedenken bestehen z.T. bei Marktregulierungen, die die Abnehmer nicht in ihrer Eigenschaft als Verbraucher ansprechen, sondern in ihrer Eigenschaft als Mensch allgemein, etwa Vorschriften zum Jugendschutz und zur Verhinderung von Diskriminierungen allgemeiner Art.¹⁸

Auch unter Berücksichtigung dieser Einschränkungen werden über § 3a UWG jedoch zahlreiche Normen einbezogen, die (auch) dem Verbraucherschutz dienen, z.B.

- produktspezifische Regelungen (etwa Werberegulungen für Arzneimittel, Heilmittel, Medizinprodukte, Lebensmittel, Kosmetikprodukte),
- vertriebsbezogene Regelungen (etwa Preisangaben, medienspezifische

¹⁵ Nach EuGH, WRP 2017, 13 – *Canal Digital Danmark* ist die Liste der als unwiderlegbar wesentlich anzusehenden Informationspflichten abschließend. Der Begriff der „Wesentlichkeit“ hat im deutschen Recht zu etlichen Streitfragen (und Gerichtsentscheidungen) geführt; vgl. dazu *Köhler* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 5a Rn. 3.20 ff., *Dreyer* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 5a Rn. 84 ff.

¹⁶ Zum Rechtsbruchtatbestand ausführlich etwa *Metzger* in: Teplitzky/Peifer/Leistner, GroKo-UWG, 2013, § 4 Nr. 11 a.F.; *Ohly* in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 3a Rn. 14 ff.; v. *Jagow* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 3a Rn. 25 ff.

¹⁷ Ausführlich dazu von *Jagow* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 3a Rn. 11 ff.

¹⁸ *Ohly* in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 3a Rn. 25. A.A. wohl die h.M.; der Meinungsstand ist wiedergegeben bei *Ohly* in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 3a Rn. 24.

- Vorschriften),
- zivilrechtliche Vorschriften (etwa AGB, Fernabsatzregelungen, Datenschutz).

Die Einbeziehung über § 3a UWG setzt die Erfüllung des Tatbestandes der Primärnorm voraus. Diese kann auf unterschiedlichem Wege selbst Rechtsfolgen für die Normverletzung bereitstellen. Häufig wird es sich um öffentlich-rechtliche (verwaltungsrechtliche) Sanktionen handeln, zumal die EU-Kommission die öffentlich-rechtliche Rechtsdurchsetzung bei neueren Verbraucherschutzregelungen, etwa auf dem Gebiet der Finanzdienstleistungen, Telekommunikation, Energie, Lebensmittel bevorzugt, was z.T. auch den deutschen Gesetzgeber bindet.

Da es bei § 3a UWG nicht um das in der Primärnorm enthaltene Verbot geht, sondern um die Auswirkungen, die ein Verstoß hiergegen auf das Marktgeschehen hat, erlaubt die Transformationsnorm des § 3a UWG – unabhängig von der Sanktionierung der Primärnorm – eine Qualifizierung als Wettbewerbsdelikt und damit die Nutzung des zivilrechtlichen Durchsetzungsinstrumentariums des UWG. Dieses gilt aus der Sicht der Betroffenen gegenüber der verwaltungsrechtlichen Rechtsdurchsetzung häufig als effizienter, da die Verwaltung nach dem Opportunitäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip arbeitet, während im UWG die Betroffenen „die Sache selbst in die Hand nehmen können“ (vgl. auch die Stakeholderbefragung, A.IV.3.f.). Andererseits werden jedoch auch Bedenken gegen eine zu effiziente Rechtsdurchsetzung über § 3a UWG geäußert,¹⁹ da sie zu einem von der Primärnorm nicht gewollten „over-enforcement“ führen könnte.

Nicht alle Primärnormen sind verwaltungsrechtlich sanktioniert. Im Folgenden sollen drei Normenkomplexe mit unterschiedlicher Sanktionierung der jeweiligen Primärnorm näher erörtert werden, nämlich Preisangaben, Datenschutz und AGB.

(2) Verwaltungsrechtliche Sanktionierung der Primärnorm (Beispiel Preisangaben)

Vorschriften über Preise gelten traditionell als wichtige Marktregulierung im Interesse der Verbraucher und damit zugleich als „Paradefall“ des Rechtsbruchtatbestands.²⁰ Die deutsche Preisangaben-Verordnung (PAngV) beruht in wesentlichen Teilen auf der RL 98/6/EG über die Angabe der Grundpreise, geht jedoch z.T. auch darüber hinaus. Die Einbeziehung der PAngV über § 3a UWG wird daher neuerdings als problematisch angesehen, da sie teilweise einen höheren Schutzstandard als die – eine Totalharmonisierung anstrebende – UGP-Richtlinie begründe. Da die fraglichen Vorschriften, die einen über die UGP-Richtlinie hinausgehenden Verbraucherschutz gewähren, jedoch ihrerseits wiederum auf Richtlinien beruhen, die lediglich einen Mindeststandard statuieren, wird eine Subsumtion der PAngV unter den

¹⁹ So *Ohly* in: *Ohly/Sosnitzer*, UWG, 2016, § 3a Rn. 9.

²⁰ Vgl. etwa BGH, 17.7.2008 Az. I ZR 139/05, GRUR 2009, Rn. 73 –*Telefonieren für 0 Cent*. Ausführlich zur Preisangaben-VO *Weidert* in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, 2016, Kommentierung PAngV.

Rechtsbruchtatbestand überwiegend als europarechtskonform angesehen.²¹

Die PAngV wird verwaltungsrechtlich durchgesetzt, d.h. Verstöße stellen nach § 10 PAngV eine Ordnungswidrigkeit i.S.v. § 3 Abs. 1 Nr. 2 des Wirtschaftsstrafgesetzes dar und vorsätzliche Verstöße können mit Geldbuße bis zu 25.000 Euro geahndet werden. Zuständig sind nach §§ 35 ff. OWiG die Verwaltungsbehörden.

Gleichwohl werden Verstöße gegen die PAngV zumeist über das Wettbewerbsrecht unterbunden und zwar – häufig auf Klagen von Mitbewerbern und Verbänden – sowohl über den Rechtsbruch-Tatbestand des § 3a UWG als auch direkt auf der Grundlage des Irreführungsverbots in § 5 UWG.²² Im Ergebnis unterliegen Preisangaben damit umfassend dem UWG und werden hier von der Rechtsprechung wegen ihrer großen anlockenden Wirkung besonders streng beurteilt.²³

In den Fällen, in denen es parallel hierzu zu einer Ahndung durch die Verwaltungsbehörden, etwa durch Bußgeldbescheide, kommt, kann dieses Nebeneinander von public enforcement der Primärnorm und private enforcement des UWG zu divergierenden Entscheidungen führen. Dies führt zu z.T. komplizierten Abgrenzungen, die den unterschiedlichen Schutzziele der Normen Rechnung zu tragen versuchen und die zumeist auf einen Vorrang der zivilrechtlichen Durchsetzung hinauslaufen; hierauf wird unter A.I.4.b.(2) noch ausführlicher eingegangen werden.

(3) Öffentlich-rechtliche Sanktionierung der Primärnorm auf unterschiedlichem Wege (Beispiel Datenschutz)

Die mit Big Data – d.h. dem Aufbau und der automatisierten Auswertung großer Datenbestände – im Zusammenhang stehende aktuelle Diskussion²⁴ kreist regelmäßig um die Fragen, ob es ein Recht an Daten gibt, wem dieses zusteht, wie eine kartellrechtliche Bewertung erfolgt²⁵ und auf welchem Wege der personenbezogene Schutz der Betroffenen erfolgen kann. Im Zusammenhang mit dem UWG spielt Big Data eine Rolle z.B. bei neuen Geschäftsmodellen wie *personal pricing*, bei Bewertungsportalen, etc.

Der Datenschutz ist gegenwärtig im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) geregelt, das auf der Richtlinie 95/46/EG beruht. Ab dem 25.5.2018 gilt jedoch unmittelbar die europäische Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO). Diese schreibt in Art. 46 die

²¹ Kritisch insb. Köhler, WRP 2013, 723; Nachweise für die h.M. bei Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 3a Rn. 7a.

²² Weidert in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 5 D, Rn. 15 ff.

²³ Weidert in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 5 D, Rn. 15 ff.

²⁴ Vgl. Zech, WRP 2013, 1434; Metzger, GRUR Int. 2015, 687; Paall/Hennemann, NJW 2017, 1697.

²⁵ Z.B. wie Marktmacht bestimmt wird. Paall/Hennemann, NJW 2017, 1697, 1699 sehen nach der 9. GWB-Novelle das BKartA als gut gerüstet an; jedoch würden außer-ökonomische Zielsetzungen durch die Kartellrechtspraxis bislang allenfalls mittelbar adressiert; genannt wird insofern das Verfahren des BKartA gegen Facebook (marktmisbräuchliche datenschutzwidrige Nutzungsbedingungen).

Kontrolle durch nationale Behörden vor, während auf europäischer Ebene die Datenschutz-Behörde in Brüssel (als federführende Aufsichtsbehörde) zuständig ist. Zur DS-GVO wurde in Deutschland im Frühjahr 2017 das „Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU“ verabschiedet, das ab dem 25.5.2018 zusammen mit der DS-GVO die Grundlage des deutschen Datenschutzrechts bilden wird.

Die Zuständigkeitsregeln im Einzelnen bleiben nach der Neuregelung im Wesentlichen unverändert. Zuständig sind bislang in Deutschland auf Landesebene örtliche Datenschutzbeauftragte und seit dem 1.1.2016 auf Bundesebene die „Beauftragte für den Datenschutz und Informationsfreiheit“ (BfDI). Dabei handelt es sich um eine unabhängige oberste Bundesbehörde mit Sitz in Bonn.²⁶

Gemäß Art. 58 DS-GVO haben die Aufsichtsbehörden umfassende Untersuchungs- und Abhilfebefugnisse, die von der Verwarnung bis zu Geldbußen reichen; letztere müssen nach Art. 79 „in jedem Einzelfall wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein. Der Bußgeldrahmen wurde signifikant erhöht.

Auch die Rechte der Verbraucher wurden in der DS-GVO erweitert, z.B. durch eine Verschärfung der Anforderungen an die Einwilligung in die Datennutzung, durch die Statuierung neuer Informationspflichten, durch das „Recht auf Vergessenwerden“ etc.

Ausdrücklich geregelt ist in der DS-GVO auch der Ersatz materieller und immaterieller Schäden. Im deutschen Recht sind daneben noch Ansprüche aus anderen Normen möglich, etwa § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. der verletzten Datenschutznorm. Aktivlegitimiert sind nach § 8 Abs. 3 des aktuell geltenden BDSG auch die Verbände, was nach dem Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts vom 17.2.2016 (BGBl I S233) nunmehr auch in § 2 Abs. 2 UKlaG bestimmt wird.

Ob das Datenschutzrecht generell unter § 3a UWG fällt, ist in der Literatur nicht unumstritten.²⁷ Überwiegend wird eine Einbeziehung bejaht, da es sich um den Schutz marktbezogener Verbraucherinteressen handelt. Aber auch nach der einschränkenden Gegenposition, wonach es hier zum Teil nicht um wirtschaftliche, sondern persönlichkeitsrechtliche Verbraucherinteressen geht, besteht Einigkeit, dass die Verwendung von Daten zu kommerziellen Zwecken (§§ 28, 29 BDSG) von § 3a UWG erfasst ist. Die Unterlassung der Information des Verbrauchers über das Widerspruchsrecht hinsichtlich der Nutzung und Übermittlung seiner personenbezogenen Daten zu Zwecken der Marktforschung oder Werbung kann deshalb zugleich unlauter i.S.v. § 3a UWG sein.²⁸ Gleiches gilt für Handlungen, die dazu dienen, die Einwilligung des Adressaten (§ 4a BDSG) zu erlangen; derartige Praktiken können aber auch unmittelbar unter dem Aspekt der Belästigung oder der

²⁶ Die vorherige Angliederung beim Bundesinnenministerium war vom EuGH, 9.3.2010, Rs. C-518/07, NJW 2010, 1265 wegen der Weisungsgebundenheit beanstandet worden.

²⁷ Vgl. *Ohly* in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 2016, 3a Rn. 79.

²⁸ Vgl. *v. Jagow* in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, 2016, § 3a Rn. 33.

aggressiven geschäftlichen Handlung (§ 4a UWG) als unlauter angegriffen werden.²⁹

Jedenfalls in den Fällen, in denen das Datenschutzrecht eine Marktverhaltensregel i.S.v. § 3a UWG darstellt, was in der Mehrzahl aller Fälle gegeben sein wird, sind über § 8 Abs. 3 UWG zusätzlich zu den Verbänden auch die Mitbewerber des den Verstoß begehenden Unternehmens aktivlegitimiert. In der Literatur wird dies teils begrüßt, da ansonsten ein Sanktionsdefizit bestünde;³⁰ teils für bedenklich angesehen, da dies die „missbrauchsanfällige Konkurrentenklage“ ermögliche.³¹

(4) Zivilrechtliche Sanktionierung der Primärnorm (Beispiel: AGB)

Die Einbeziehung der Vorschriften zur AGB-Kontrolle über § 3a UWG war früher umstritten, wird jedoch heute allgemein bejaht.³² Die Vorschriften zur AGB-Kontrolle im deutschen Recht gehen auf die sog. Klausel-Richtlinie (93/13/EWG) zurück. Diese wurde in Deutschland in den §§ 307 ff. BGB umgesetzt, also auf rein zivilrechtlichem Wege. Die Unwirksamkeit von AGB kann nicht nur im Wege der Individualklage durch den betroffenen Verbraucher, sondern auch über § 1 UKlaG und § 8 Abs. 3 UWG durch die Verbraucherverbände geltend gemacht werden.³³

Eine Einbeziehung von AGB-Verstößen über § 3a UWG in das UWG hat zudem die Aktivlegimitation von Mitbewerbern (§ 8 Abs. 3 UWG) zur Folge. Dies wird teilweise kritisiert, da das UKlaG eine in sich geschlossene Regelung darüber, wer zusätzlich zu den Vertragsparteien gegen die Verwendung unwirksamer Klauseln vorgehen kann, enthalte. Befürchtet wird jedoch nicht etwa ein Durchsetzungsdefizit beim Verbraucherschutz, sondern umgekehrt ein den Interessen der Mitbewerber zuwiderlaufendes „over-enforcement“: „So berechtigt das Ziel eines effektiven Verbraucherschutzes ist, so wenig darf übersehen werden, dass eine Beschränkung auf die im UKlaG vorgesehene Verbandsklage eine sinnvolle Filterfunktion gehabt hätte“.³⁴

Da die deutsche Regelung der AGB ausschließlich zivilrechtlich sanktioniert ist, gibt es keine Abgrenzungsprobleme zwischen dem zivilrechtlichen Durchsetzungssystem des UWG und dem der Primärnorm.

Neben der AGB-Regelung gelten auch Regelungen von Haftungsausschlüssen, die im Interesse der Verbraucher unwirksam sind, § 475 BGB, als Normen i.S.d. § 3a UWG.³⁵ Gleiches gilt für das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen, das auch über § 5a Abs.

²⁹ Vgl. etwa BGH, 22.1.2014, Az. I ZR 218/12, GRUR 2014, Rn. 682 – *Nordjob Messe*.

³⁰ *Linsenbarth/Schiller*, WRP 2013, 578.

³¹ So *Ohly* in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 2016, § 3a Rn. 79.

³² Im Anschluss an BGH, 31.3.2010, Az. I ZR 34/08, GRUR 2010, Rn. 1117 – *Gewährleistungsausschluss im Internet*. Zum Meinungsstand etwa *Ohly* in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 2016, § 3a Rn. 78.

³³ Ausführlich hierzu *Micklitz/Rott* in: *MüKoZPO*, 2017, § 1 UKlaG Rn. 2 ff.

³⁴ *Ohly* in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 2016, § 3a Rn. 78a; ähnlich *Armgarth*, WRP 2009, 122, 127; *Tüngler/Ruess*, WRP 2009, 1336, 1343.

³⁵ BGH, 31.3.2010, Az. I ZR 34/08, GRUR 2010, 1117 – *Gewährleistungsausschluss im Internet*.

2-4 UWG, die auf die Verbraucherrechte-Richtlinie verweisen, lauterkeitsrechtlich sanktioniert ist. Die Thematik der Einbeziehung von AGB-Verstößen und Verstößen gegen andere zivilrechtliche Vorschriften über die Transformationsnorm des § 3a UWG in das UWG gewinnt zunehmend an Bedeutung und wird deshalb sowohl in der Case Study zu Entgeltklauseln (A.III.4.) als auch in der weiteren Erörterung (vgl. etwa A.V.) noch einmal aufgegriffen.

2. Die Durchsetzung der Verbraucherschützenden Regelungen im UWG

a. Auswirkungen des „integrierten Regelungsansatzes“ auf die Durchsetzung

Wie unter A.I.1. ausgeführt, verfolgt das UWG beim Schutz der in § 1 UWG genannten Interessen den sog. integrierten Ansatz, d.h. es trennt im Grundsatz nicht zwischen dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucher und der sonstigen Marktteilnehmer. Die meisten Vorschriften, insbesondere das praktisch außerordentlich wichtige Irreführungsverbot, dienen jedenfalls in ihrem Grundtatbestand deshalb sowohl den Interessen der Unternehmen als auch denen der Verbraucher. Obwohl das europäische Recht zunehmend wesentliche Regelungen des Lauterkeitsrechts in „B2B“- und „B2C“-Regelungen aufspaltet³⁶ – und das deutsche UWG seit den Reformen von 2008 und 2015 gleichfalls einige Tatbestände auf den Verbraucherschutz beschränkt³⁷ – ist es beim „integrierten Ansatz“ des deutschen UWG geblieben. Der Schutz der Unternehmer lässt sich von diesem Ansatz her nicht vom Schutz der Verbraucher trennen; i.d.R. bestehen zumindest Wechselwirkungen. Folglich ist es auch nicht von vorrangiger Bedeutung, auf wessen Initiative ein unlauteres Verhalten unterbunden wird, da jedenfalls das Ergebnis im Interesse aller, auch der Verbraucher liegt.

b. Auswirkungen der Verzahnung UWG/BGB auf die Durchsetzung

Die Durchsetzung des UWG ist weiter nur vor dem Hintergrund seiner Entstehung verständlich. Das UWG von 1909 war „ausgegliedertes Deliktrecht“ (dazu ausführlich oben, A.I.1.a.). Die Durchsetzung der spärlichen materiell-rechtlichen Regelungen

³⁶ Zur Entwicklung des Unionsrechts, das ursprünglich ebenfalls vom integrierten Ansatz ausging, *Micklitz* in: Schulte-Nölke/BMJV, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 7, *Sosnitza* in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 1 Rn. 10; *Fezer* in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, 2016, § 1 Rn. 86 ff.; *Peukert* in: Teplitzky/Pfeifer/Leistner, GroKo-UWG, 2014, § 1 Rn. 186 ff.

³⁷ Insb. die nach § 5a Abs. 2-4 geltenden Informationspflichten; dazu ausführlich oben unter A.I.1.b.(4).

sollte daher entsprechend §§ 823 BGB, 1004 BGB erfolgen, d.h. im Wesentlichen mit Hilfe der Unterlassungsklage. Um die Durchsetzung durch Mitbewerber anzuregen, die die Hauptlast des Enforcements tragen sollten, wurde lediglich die Aktivlegitimation auf die in der gleichen Branche tätigen Mitbewerber erweitert und die Verbandsklage (zunächst für gewerbliche Verbände, dann auch für Verbraucherschutzverbände) eingeführt. Die privatrechtliche Durchsetzung war damit mehr oder minder vorgegeben; sie galt und gilt als wesentliche Ursache für die „Erfolgsstory“ des deutschen Lauterkeitsrechts.³⁸

c. Enforcement im UWG: Zivilrecht, Strafrecht, öffentliches Recht

Das UWG wird nicht selten als „rein zivilrechtlich“ bezeichnet. Das ist insofern unzutreffend, als es bereits im UWG 1909 neben zivilrechtlichen auch strafrechtliche Sanktionen gab, die sich im UWG 2004 in den §§ 16-18 UWG finden. Zudem bestehen seit 2009 auch öffentlich-rechtliche Befugnisse der Bundesnetzagentur (§ 20 UWG). Eine andere Frage ist, ob und in welchem Umfang diese Sanktionen tatsächlich genutzt werden. Insofern ist zu konstatieren, dass die strafrechtlichen Sanktionen fast keine Bedeutung haben (vgl. unten, 4.a.), während die öffentlich-rechtlichen Sanktionen der Bundesnetzagentur im Bereich der Telefonwerbung offenbar zu greifen scheinen. Gegenüber den zivilrechtlichen Sanktionen sind beide, strafrechtliche wie öffentlich-rechtliche Sanktionen, jedoch von untergeordneter Bedeutung.

d. Dominanz der zivilrechtlichen Sanktionen, insbesondere Unterlassung

Das UWG vom 2004 setzt jedenfalls zur Verwirklichung der Verbotstatbestände der § 3 und 7 UWG (und damit fast aller im UWG geregelten Tatbestände) ganz überwiegend auf ein System der privaten Rechtsdurchsetzung. Zum Ausdruck gelangt dies bereits in dem Umfang der Regelungen, die der Gesetzgeber der zivilrechtlichen Durchsetzung in den §§ 8 ff. UWG einräumt. Diese ist dadurch gekennzeichnet, dass die Sanktionierung von Verstößen in die Hände der Marktteilnehmer selbst gelegt wird, indem ihnen entsprechende Anspruchsgrundlagen eingeräumt werden.³⁹ Eine Ausnahme besteht (bisher) allein im Hinblick auf die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung nach § 20 UWG sowie der Staatsanwaltschaft bei Verstößen gegen die Straftatbestände des §§ 16 bis 19 UWG.⁴⁰ Damit ist für das UWG seit seiner Entstehung ein liberales Ordnungsmodell prägend, das von dem wirtschaftspolitischen Ansatz ausgeht, dass der Staat im

³⁸ Vgl. dazu etwa die Hinweise bei *Micklitz* in: Schulte-Nölke/BMJV, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 7, 9 oder auch *Henning-Bodewig*, WRP 2016, 667.

³⁹ Ausführlich zur zivilrechtlichen Durchsetzung *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, Vor § 8 Rn. 1 ff.; *Ohly* in: Ohly/Sosnitzka, UWG, 2016, § 8 Rn. 1 ff.; *Paal* in: Teplitzky/Pfeifer/Leistner, GroKo-UWG, 2014, § 8 Rn. 1 ff.; *Seichter* in: jurisPK-UWG, 2016, § 8 Rn. 5 ff.

⁴⁰ *Schöler* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 20 Rn. 1.

Wirtschaftsleben nur eingreifen soll, wenn die Betroffenen dazu selbst nicht in der Lage sind.

(1) Unterlassung und Abmahnung: Bedeutung

Für die zivilrechtliche Durchsetzung des UWG ist der Unterlassungsanspruch wiederum die tragende Säule. Er dient der Vermeidung zukünftiger Verstöße gegen § 3 oder § 7 UWG. Geschuldet ist das Nichtbegehen einer Verletzungshandlung.⁴¹ Lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche können gesetzlicher oder vertraglicher Natur sein.⁴² Der gesetzliche Unterlassungsanspruch ergibt sich aus § 8 Abs. 1 UWG, vertragliche Unterlassungsansprüche typischerweise aus Unterlassungsverträgen.

Der weit überwiegende Teil der Gerichtsverfahren zum UWG wird auf Grundlage von Unterlassungsansprüchen geführt. Die im Rahmen dieser Studie befragten Stakeholder (vgl. A.IV.3.) setzen zur Durchsetzung des UWG in der Praxis nahezu ausschließlich auf diesen Anspruch. Für diese Dominanz sind verschiedene Faktoren entscheidend:

- Zunächst ist der Unterlassungsanspruch verschuldensunabhängig, sodass sich Fragen nach den vom Verletzer zu beachtenden Sorgfaltsanforderungen erübrigen. Darüber hinaus muss – anders als beim Schadensersatzanspruch gem. § 9 UWG oder dem Gewinnabschöpfungsanspruch gem. § 10 UWG – auch nicht ein konkret zu beziffernder Schaden oder verstoßbedingter Mehrerlös dargelegt und bewiesen werden. Im Hinblick auf Verstöße gegen § 3 i.V.m. § 5 UWG genügt beispielsweise bereits die abstrakte Eignung, dass das wirtschaftliche Verhalten der geschützten Personenkreise durch den Verstoß beeinflusst wird (sog. geschäftliche Relevanz).⁴³ Dies macht den Unterlassungsanspruch zu einem Instrument objektiver und umfassender Marktverhaltenskontrolle und entschlackt die rechtliche Würdigung des zugrundeliegenden Sachverhalts deutlich, was wiederum eine schnelle und flexible Reaktion auf Verstöße ermöglicht. Die Flexibilität wird dabei noch einmal dadurch verstärkt, dass sich der Unterlassungsanspruch auch auf sog. kerngleiche Verstöße erstreckt, also Verstöße, in denen das Charakteristische der konkret beanstandeten Verletzungsform zum Ausdruck kommt.⁴⁴
- Hinzu treten die günstigen prozessualen Bedingungen seiner Geltendmachung: Zum einen lässt sich der Unterlassungsanspruch aufgrund seines eingeschränkten Prüfumfanges besonders gut im Eilverfahren mittels einstweiliger

⁴¹ *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 8 Rn. 1.

⁴² *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 8 Rn. 5.

⁴³ Vgl. *Sosnitza* in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 5 Rn. 208; EuGH, 19.9.2013, Rs. C-435/11, GRUR 2013, 1157, Rn. 42 – *CHS Tour Service*; BGH, 10.11.1994, Az. I ZR 201/92, GRUR 1995, 125, 126 – *Editorial I*.

⁴⁴ *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 12 Rn. 1.52; *Fritzsche* in: MüKoUWG, 2014, § 8 Rn. 103.

Verfügungen durchsetzen. So wird gem. § 12 Abs. 2 UWG die Dringlichkeit der Geltendmachung vermutet. Durch eine einstweilige Verfügung bekommt der Gläubiger einen Titel, der einen guten Nährboden für eine außergerichtliche Einigung bildet, denn oftmals hat keine der Parteien ein Interesse daran, die Lauterkeit der angegriffenen Verhaltensweise in einem unter Umständen langwierigen und kostenintensiven Hauptsacheverfahren klären zu lassen.⁴⁵

- Nicht zuletzt entspricht die Regelungswirkung dem Interesse der Marktteilnehmer an einer möglichst raschen Abstellung von Wettbewerbsverstößen. Im schnelllebigen Wirtschaftsleben ist die Schadensverhütung oft wichtiger als die Schadensvergütung, weil sich durch UWG-Verstöße verursachte Schäden (und das Verschulden) oft kaum nachweisen lassen⁴⁶ (dazu ausführlich unter A.I.2.f, g sowie A.V.3.).

(2) Voraussetzungen nach § 8 UWG

i. Grundlagen

In § 8 Abs. 1 UWG sind zwei Ausprägungen des Unterlassungsanspruchs geregelt: der Verletzungsunterlassungsanspruch (§ 8 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 UWG) und der vorbeugende Unterlassungsanspruch (§ 8 Abs. 1 S. 2 UWG). In ihrer präventiven Schutzrichtung sind beide identisch, daher verbindet sie auch die gemeinsame Voraussetzung einer Begehungsgefahr. Dabei handelt es sich nach gängiger Definition um die ernsthafte und greifbare Besorgnis, dass es in Zukunft zu einem Wettbewerbsverstoß kommt.⁴⁷ Diese Gefahr muss freilich allein drohen und nicht bereits gegenwärtig bestehen.⁴⁸ Beim Verletzungsunterlassungsanspruch liegt der Ursprung der Begehungsgefahr darin, dass der Schuldner einen Verstoß bereits begangen hat, dessen Wiederholung verhindert werden soll.⁴⁹ Beim vorbeugenden Unterlassungsanspruch hat zwar noch kein Verstoß stattgefunden, es liegen aber Anhaltspunkte vor, dass es in Zukunft zu einem solchen kommt.⁵⁰

Die für den Verletzungsanspruch, um den es in der Praxis zumeist geht, notwendige Wiederholungsgefahr ist gegeben, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte die ernsthafte und greifbare Besorgnis besteht, dass es in Zukunft erneut zu einem bereits erfolgten Wettbewerbsverstoß kommt, wenn auch lediglich in kerngleicher Form.⁵¹

⁴⁵ Vgl. *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 8 Rn. 2.

⁴⁶ Vgl. *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 8 Rn. 1.

⁴⁷ BGH, 19.3.1992, Az. I ZR 166/90, GRUR 1993, 53, 55 – *Ausländischer Inserent*; BGH, 15.4.1999, Az. I ZR 83/97, GRUR 1999, 1097, 1099 – *Preissturz ohne Ende*.

⁴⁸ *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 8 Rn. 1.12.

⁴⁹ *Fritzsche* in: MüKoUWG, 2014, § 8 Rn. 9.

⁵⁰ Als Beispiel kann die Herstellung irreführender Produktaufmachungen dienen, die demnächst an Endkunden abgesetzt werden sollen; ausführlich zu Umständen, die eine Erstbegehungsgefahr begründen, *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 8 Rn. 87 ff.

⁵¹ BGH, 16.5.1961, Az. I ZR 175/58, GRUR 1962, 34, 35 – *Torsana*; BGH, 24.1.1991, Az. I ZR 133/89, GRUR 1991, 764, 765 – *Telefonwerbung IV*; BGH, 16.1.1992, Az. I ZR 84/90, GRUR 1992, 318, 319 – *Jubiläumsverkauf*; zusammenfassend etwa *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 8 Rn. 42; *Bornkamm*

Dies muss grundsätzlich der Gläubiger darlegen und beweisen.⁵² Dabei hilft ihm, dass angesichts eines bereits erfolgten Verstoßes eine tatsächliche Vermutung für dessen Wiederholung spricht.⁵³ In der Praxis gibt es – von einigen Randerscheinungen abgesehen – nur zwei gangbare Wege, diese Vermutung zu widerlegen, nämlich durch eine ernsthafte, uneingeschränkte, unwiderrufliche und ausreichend vertragsstrafenbewehrte Unterlassungserklärung oder durch einen bereits rechtskräftigen Unterlassungstitel.⁵⁴ Die Unterlassungserklärung muss, um wirksam zu sein, den gesetzlichen Unterlassungsanspruch nach Inhalt und Umfang vollständig abdecken.⁵⁵ Die Unterwerfung unter eine Vertragsstrafe ist zum einen ein präventiver Sanktionsmechanismus, soll aber zum anderen auch einen pauschalierten Schadensersatz darstellen,⁵⁶ wobei der Gläubiger in der Regel mit der Abgabe einer Unterlassungserklärung rechnen kann.⁵⁷ Aufgrund ihrer Unteilbarkeit genügt für den Wegfall der Wiederholungsgefahr gegenüber allen Gläubigern die Unterwerfung gegenüber einem derselben.⁵⁸ Im Verhältnis zu den anderen Gläubigern handelt es sich dann um eine sog. Drittunterwerfung.⁵⁹ Sofern der Adressat der Unterwerfung den Schuldner jedoch nicht zuvor abgemahnt hat, muss geprüft werden, ob dieser Gläubiger auch tatsächlich ein Verfolgungsinteresse hat und der Schuldner sich dementsprechend ernsthaft unterwerfen wollte,⁶⁰ was vom Schuldner zu beweisen ist.⁶¹

Die gleiche Wirkung wie eine Unterwerfung erzielen Prozessvergleiche, die eine ausreichende Vertragsstrafe beinhalten, sowie rechtskräftige Hauptsachetitel.⁶² Damit die Wiederholungsgefahr wegen des Erlasses einer einstweiligen Verfügung, der nur vorläufigen Charakter hat, entfällt, muss der Schuldner im Vergleich zum

in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 8 Rn. 1.42.

⁵² BGH, 13.5.1987, Az. I ZR 79/85, GRUR 1987, 640, 641 – *Wiederholte Unterwerfung II*; BGH, 19.3.1998, Az. I ZR 264/95, GRUR 1998, 1045 – *Brennwertkessel*; *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 8 Rn. 44.

⁵³ BGH, 16.11.1954, Az. I ZR 12/53, GRUR 1955, 342, 345 – *Holländische Obstbäume*; BGH, 8.2.1980, Az. I ZR 22/78, GRUR 1980, 724, 727 – *Grand Prix*; BGH, 16.11.1995, Az. I ZR 229/93, GRUR 1997, 379, 380 – *Wegfall der Wiederholungsgefahr II*.

⁵⁴ Zum rechtskräftigen Unterlassungstitel in Bezug auf den drohenden Verstoß vgl. etwa BGH, 24.11.1983, Az. I ZR 192/81, GRUR 1984, 214, 216 – *Copy-Charge*; BGH, 15.3.1984, Az. I ZR 74/82, GRUR 1984, 593, 595 – *adidas-Sportartikel*; *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 8 Rn. 1.44.

⁵⁵ BGH, 1.4.1993, Az. I ZR 136/91, GRUR 1993, 677, 679 – *Bedingte Unterwerfung I*; BGH, 17.9.2015, Az. I ZR 92/14, GRUR 2016, 395, Rn. 34 – *Smartphone-Werbung*; *Kessen* in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 2016, Kap. 8 Rn. 16.

⁵⁶ *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 8 Rn. 52; BGH, 3.4.2014, Az. I ZB 3/12, GRUR 2014, 909, Rn. 11 – *Ordnungsmittelandrohung nach Prozessvergleich*.

⁵⁷ OLG Köln, 10.4.2015, Az. 6 U 149/14, WRP 2015, 623, Rn. 22 – *Notarielle Unterwerfungserklärung*; *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 8 Rn. 52.

⁵⁸ *Ohly* in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 8 Rn. 18.

⁵⁹ *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 12 Rn. 1.240; *Ohly* in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 8 Rn. 18.

⁶⁰ KG, 19.2.2013, Az. 5 U 56/11, GRUR-RR 2013, 335, 337 – *Zweifelhafte Drittunterwerfung*; *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 8 Rn. 53.

⁶¹ BGH, 2.12.1982, Az. I ZR 121/80, GRUR 1987, 640, 641 – *Wiederholte Unterwerfung II*.

⁶² BGH, 3.4.2014, Az. I ZB 3/12, GRUR 2014, 909, Rn. 14 – *Ordnungsmittelandrohung nach Prozessvergleich*; *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 8 Rn. 60.

Hauptsachetitel mehr tun,⁶³ nämlich die einstweilige Verfügung mittels einer Abschlusserklärung als endgültige Regelung anerkennen.⁶⁴

Im Anwendungsbereich des vorbeugenden Unterlassungsanspruches aus § 8 Abs. 1 S. 2 UWG müssen Anhaltspunkte für einen drohenden Verstoß, die sich zu einer Erstbegehungsgefahr verdichtet haben, vorliegen, d.h. es muss um eine konkret befürchtete Verletzungshandlung gehen.⁶⁵ Im Unterschied zum Verletzungsunterlassungsanspruch besteht keine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer Erstbegehungsgefahr; sie muss also vom Gläubiger anhand tatsächlicher Umstände dargelegt und bewiesen werden.⁶⁶ Als derartige Umstände gelten typischerweise Berühmungen⁶⁷ und Vorbereitungshandlungen im weitesten Sinne.⁶⁸ Hierzu existiert eine reichhaltige Kasuistik. Für den Fortbestand der Erstbegehungsgefahr besteht anders als bei der Wiederholungsgefahr keine Vermutung.⁶⁹

ii. Umfang des geschuldeten Verhaltens; Handlungspflichten aus Unterlassungsansprüchen?

Neben dem bloßen Unterlassen einer Verhaltensweise kann der Unterlassungsanspruch auch zu positiven Handlungen verpflichten. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Nichtvornahme einer Handlung der Fortsetzung des Verstoßes entspricht, wie dies bei Dauerverletzungshandlungen der Fall ist.⁷⁰ Beispielsweise kann eine irreführende Werbeaussage auf einer Website des Anspruchsgegners nur dergestalt unterlassen werden, dass der Anspruchsgegner sie aktiv löscht, sodass sie

⁶³ BGH, 27.11.1963, Az. Ib ZR 60/62, GRUR 1964, 274, 275 – *Möbelrabatt*; Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 8 Rn. 22.

⁶⁴ *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 12 Rn. 1.63.

⁶⁵ *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 8 Rn. 83.

⁶⁶ BGH, 9.10.1986, Az. I ZR 158/84, GRUR 1987, 125, 126 – *Berühmung*; BGH, 23.2.1989, Az. I ZR 18/87, GRUR 1989, 432, 434 – *Kachelofenbauer I*.

⁶⁷ Bei der Berühmung muss bei Würdigung der Einzelumstände des Falles auch die Bereitschaft zu erkennen sein, sich unmittelbar oder in naher Zukunft entsprechend zu verhalten. Ein pauschaler Schluss vom Gesamtverhalten des Anspruchsgegners auf eine Berühmung und die Gefahr ihrer Verwirklichung reicht nicht. Aus Aussagen des Anspruchsgegners in der Rechtsverteidigung kann eine Erstbegehungsgefahr nur unter strengen Anforderungen hergeleitet werden. *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 8 Rn. 67. BGH, 9.10.1986, Az. I ZR 158/84, GRUR 1987, 125, 126) – *Berühmung*; BGH, 31.5.2001, Az. I ZR 106/99, GRUR 2001, 1174, 1175 – *Berühmungsaufgabe*. BGH, 15.4.1999, Az. I ZR 83/97, GRUR 1999, 1097, 1099 – *Preissturz ohne Ende*; BGH, 19.3.1992, Az. I ZR 122/90, GRUR 1992, 627, 630 – *Pajero*.

⁶⁸ Als ausreichend würde z.B. die interne Anweisung eines Unternehmers an einen Mitarbeiter, eine unlautere Werbebehauptung zu verwenden, angesehen oder eine Werbung für Produkte mit irreführender Produktaufmachung, die demnächst in Verkehr gebracht werden sollen. Nicht genügen soll hingegen die Anmeldung eines Domainnamens hinsichtlich der Nutzung desselben im geschäftlichen Verkehr, sofern eine über die Anmeldung hinausgehende Nutzung noch nicht erfolgt ist; vgl. etwa BGH, 25.9.1970, Az. I ZR 47/69, GRUR 1971, 119, 120 – *Branchenverzeichnis*; *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 8 Rn. 95. OLG Frankfurt, 3.12.2012, Az. 6 U 230/12, BeckRS 2012, 25288; BGH, 5.2.2009, Az. I ZR 167/06, GRUR 2009, 484, Rn. 64 – *Metrobus*.

⁶⁹ BGH, 22.1.2014, Az. I ZR 71/12, GRUR 2014, 382, Tz. 33 – *REAL-Chips*; BGH, 30.1.2007, Az. 5 W 320/06, GRUR 2015, 1201, Rn. 56 – *Sparkassen-Rot/Santander-Rot*.

⁷⁰ BGH, 28.7.2015, Az. VI ZR 340/14, GRUR 2016, 104, Rn. 15 – *Artikel auf Internetportal „recht\$billig“*; *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 8 Rn. 7.

beim Aufruf der Website nicht mehr erscheint.⁷¹ Das Pflichtenspektrum in derartigen Fallkonstellationen haben einige Gerichte noch dahingehend erweitert, dass der Unterlassungsschuldner darüber hinaus dazu verpflichtet ist sicherzustellen, dass die von der Unterlassungspflicht betroffenen Inhalte auch nicht mehr über eine Internetsuchmaschine aufgerufen werden können.⁷² Es gehöre zu den Pflichten des Schuldners, nicht nur die betroffenen Inhalte durch Änderung oder Löschung der Webseite zu entfernen, sondern auch deren Abrufbarkeit wenigstens über Google zu prüfen und auszuschließen. Erforderlichenfalls müsse der Schuldner zur Gewährleistung der Nichtabrufbarkeit auf Google durch einen entsprechenden Antrag einwirken.⁷³

Im Fokus der Diskussion um Handlungspflichten aus Unterlassungsansprüchen stehen mittlerweile Rückruffpflichten des Unterlassungsschuldners im Hinblick auf lauterkeitsrechtlichen Anforderungen widersprechende Produkte, die bereits an Vertriebssysteme Dritter ausgeliefert wurden.⁷⁴ Dann besteht die Gefahr, dass sie von diesen in Verkehr gebracht oder aus selbigem nicht entfernt werden. Zwar hat der Unterlassungsschuldner nach gängiger Lesart grundsätzlich nicht für das selbstständige Verhalten Dritter einzustehen. Allerdings hat der BGH in einer Reihe von Entscheidungen die Rechtslage für derartige Fallkonstellationen zu Gunsten einer weitreichenden Herleitung von Rückruffpflichten aus Unterlassungsansprüchen- und Titeln geklärt.⁷⁵ Dem Unterlassungsgebot werde auch widersprochen, wenn es durch einen Verstoß zu einem Zustand fortdauernder Störung komme, der sich nicht in einer Dauerverletzung erschöpfe.⁷⁶ Der Unterlassungsschuldner müsse im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren daher bereits aufgrund des Unterlassungsanspruchs bzw. -titels einen solchen Zustand beenden. Hierzu gehöre auch der Rückruf lauterkeitsrechtswidriger Produkte aus Drittvertriebssystemen, auch wenn der Unterlassungsschuldner den Dritten gegenüber einen solchen nicht rechtsverbindlich durchsetzen könne. Die Entscheidungen werden teilweise in Richtung auf die Schaffung einer allgemeinen Rückruffpflicht gelesen und nicht unkritisch gesehen;⁷⁷ ihrer Bedeutung wegen wird auf sie noch unter A.I.2.e, A. III.4.c. und A.V.3.b. ausführlich eingegangen.

⁷¹ *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 8 Rn. 16.

⁷² OLG Celle 30.1.2018, Az. 13 U/17, WRP 2018, 587; OLG Celle, 29.1.2015, Az. 13 U 58/14, WRP 2015, 475, Rn. 18; OLG Nürnberg, 1.4.2016, Az. 3 U 174/15, WRP 2016, 1040; LG Münster, 19.1.2018, Az. 02208/17, WRP 2018, 636; KG, 27.11.2009, Az. 9 U 27/09, MMR 2010, 715, 717.

⁷³ OLG Celle, 29.1.2015, Az. 13 U 58/14, WRP 2015, 475, Rn. 18; OLG Düsseldorf, 3.9.2015, Az. I-15 U 119/14, GRUR-RR 2016, 259, Rn. 63 – *TÜV-Sondereintragung*.

⁷⁴ *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 8 Rn. 17.

⁷⁵ Vgl. Insb. BGH, 30.7.2015, Az. I ZR 250/12, GRUR 2016, 406, Rn.Tz. 4, 52 – *Piadina-Rückruf*; BGH, 30.7.2015, Az. I ZR 250/12, GRUR 2016, 720, Rn. 35 – *Hot Sox*; BGH, 29.9.2016, Az. I ZB 34/15, GRUR 217, 208 – *RESCUE-Tropfen*; BGH, 4.5.2017, Az. I ZR 208/15, GRUR 2017, 823 – *Luftentfeuchter*; ausführlich hierzu *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 2018, § 8 Rn. 1.69 ff.; *Ahrens*, GRUR 2018, 37; *Lubberger*, GRUR 2018, 378.

⁷⁶ BGH, 4.5.2017, Az. I ZR 208/15, GRUR 2017, 823, Rn. 26 ff. – *Luftentfeuchter*.

⁷⁷ Vgl. den „Zwischenruf“ des Ausschusses für Wettbewerbs- und Markenrecht der GRUR zum Verhältnis von Unterlassung und Beseitigung im gewerblichen Rechtsschutz und insbesondere im Wettbewerbsrecht, GRUR 2017, 885; *Goldmann*, GRUR 2017, 724; *Sakowski*, GRUR 2017, 355; *Hauch*, JurisPR-WettbR 2/2017; *Boesling*, GRUR-Prax 2016, 259.

iii. *Reichweite des Unterlassungsanspruchs; insbesondere inter partes-Wirkung*

Die sachliche Reichweite des Unterlassungsanspruchs richtet sich nach der begangenen bzw. drohenden Verletzungshandlung und erstreckt sich neben der konkreten Verletzungsform auch auf im Kern gleichartige Verletzungshandlungen,⁷⁸ d.h. auf Verhaltensweisen, in denen das Charakteristische der konkreten Verletzungsform zum Ausdruck kommt. Diese Erstreckung ist notwendig, da Verstöße nur selten in identischer Form wiederholt werden und bei einer Beschränkung auf die konkrete Verletzungsform – also eine identische Handlung – Umgehungspraktiken Tür und Tor geöffnet wären.⁷⁹ Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, können entweder Antrag bzw. Titel eng an der konkreten Verletzungshandlung gefasst und letzterer im Vollstreckungsstadium im Hinblick auf kerngleiche Verstöße erweiternd ausgelegt werden, oder es kann bereits bei Antragsfassung stärker verallgemeinernd formuliert werden, indem der Verstoß abstrakter beschrieben wird.⁸⁰ Ersteres birgt die Gefahr, dass einer erweiternden Auslegung eines Unterlassungstitels erfolgreich das Bestimmtheitsgebot entgegengehalten wird, denn bei der Vollstreckung von Unterlassungstiteln durch mittelbaren Zwang in Form von Ordnungsgeld nach § 890 ZPO handelt es sich um eine strafähnliche Sanktion, sodass einer erweiternden Auslegung des Titels im Vollstreckungsverfahren rechtsstaatliche Grenzen gesetzt sind.⁸¹ Eine zu weite Fassung eines Klageantrags bringt hingegen das Risiko mit sich, dass der Antrag als zu unbestimmt eingeschätzt wird oder ein Vorgehen aus dem dem Antrag entsprechenden Titel wiederum im Vollstreckungsstadium am Bestimmtheitsgrundsatz scheitert.⁸²

In persönlicher Hinsicht wirkt ein Unterlassungstitel nur *inter partes*, eine Rechtskrafterstreckung auf vergleichbare Verstöße anderer Unternehmen ist nicht vorgesehen⁸³ (dazu noch unter A.V.2.b.). Allerdings entfalten gerichtliche Entscheidungen eine nicht unerhebliche faktische Prägekraft und können Anpassungsprozesse auch bei Unternehmen auslösen, die sich der untersagten geschäftlichen Handlung ähnelnder Geschäftspraktiken bedienen, da letztere aufgrund der raschen und effizienten Durchsetzung von lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsansprüchen jederzeit mit der Beanstandung auch ihres Verhaltens rechnen müssen. Insbesondere besteht ein rechtsfaktischer Anpassungsdruck im Hinblick auf geschäftliche Handlungen, die auf neuartigen Geschäftsmodellen bzw. -methoden fußen und deren rechtliche Einordnung bisher nicht richterlich geklärt war. Verstärkt wird die faktische Prägekraft von UWG-Entscheidungen noch dadurch, dass wegen der Konzentration von UWG-Streitigkeiten bei den Handelskammern der

⁷⁸ *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 12 Rn. 1.52; *Fritzsche* in: MüKoUWG, 2014, § 8 Rn. 103; *Ohly* in: Ohly/Sosnitzka, UWG, 2016, § 8 Rn. 35.

⁷⁹ BGH, 22.2.1952, Az. I ZR 117/51, GRUR 1952, 577, 580 – *Fischermännchen-Zwilling*; BGH, 8.2.1963, Az. Ib ZR 76/61, GRUR 1963, 378, 381 – *Deutsche Zeitung*.

⁸⁰ BGH, 29.4.2010, Az. I ZR 202/07, GRUR 2010, 749, Rn. 42 – *Erinnerungswerbung im Internet*; *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 8 Rn. 114.

⁸¹ BGH, 22.10.2009, Az. I ZR 58/07, GRUR 2010, 454 f. (Tz. 12) – *Klassenlotterie*.

⁸² BGH, 4.5.2005, Az. I ZR 127/02, GRUR 2005, 692 (694) – „*statt*“-Preis.

⁸³ *Fritzsche* in: MüKoUWG, 2014, § 8 Rn. 103.

Landgerichte ein im Vergleich zu sonstigen Zivilrechtsstreitigkeiten eingegrenzter Kreis von i.d.R. hochspezialisierten Entscheidungsträgern über UWG-Verstöße urteilt.⁸⁴

Die räumliche Reichweite des Unterlassungsanspruchs erstreckt sich grundsätzlich auf den gesamten Geltungsbereich des UWG.⁸⁵ Für die Frage, ob eine Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr vorliegt, ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz maßgeblich.⁸⁶

iv. Bedeutung der Abmahnung

Gem. § 12 Abs. 1 S. 1 UWG soll vor der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens gegenüber dem Rechtsverletzer eine Abmahnung erfolgen und ihm die Gelegenheit gegeben werden, den Streit durch Abgabe einer mit einer angemessenen Vertragsstrafe bewehrten Unterlassungsverpflichtung beizulegen.⁸⁷ Der Abmahnende kann für eine berechtigte Abmahnung den Ersatz der für die Abmahnung erforderlichen Aufwendungen verlangen, § 12 Abs. 1 S. 2 UWG. Zwar begründet § 12 Abs. 1 S. 1 UWG keine Pflicht, einen Verstoß vor der gerichtlichen Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs abzumahnern. Der Unterlassungsgläubiger läuft bei unterlassener Abmahnung im gerichtlichen Verfahren jedoch Gefahr, dass er trotz Unlauterkeit der angegriffenen Verhaltensweise gem. § 93 ZPO die Kosten des Prozesses tragen muss, weil der Unterlassungsschuldner den Anspruch sofort anerkennt und keinen Anlass zur Klage gegeben hat.⁸⁸

Sinn und Zweck der Regelung des § 12 Abs. 1 S. 1 UWG sind vielschichtig. Es geht einerseits darum, Unterlassungsstreitigkeiten ohne Inanspruchnahme der Gerichte zu regeln und letztere damit zu entlasten.⁸⁹ Daneben dienen Abmahnungen aber auch den Interessen von Gläubiger und Schuldner.⁹⁰ Unterwirft sich der Schuldner dem Unterlassungsanspruch, indem er der Aufforderung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung nachkommt, gelangt der Gläubiger schnell und kostengünstig an eine wirksame Alternative zum gerichtlichen Unterlassungstitel, mit der er weitere Verstöße sanktionieren kann.⁹¹ Dem Schuldner gegenüber entfaltet die Abmahnung eine Warnfunktion. Dies entspricht dem Interesse von Unternehmern, die sich an sich

⁸⁴ Dieser wird auch unterstützt durch die Regelung der örtlichen Zuständigkeiten, für die jedenfalls bei Mitbewerberklagen (nicht Verbänden) der fliegende Gerichtsstand nach § 14 UWG gilt, was wiederum die Konzentration auf höchstspezialisierte Kammer zur Folge hat; zum fliegenden Gerichtsstand etwa *Sosnitza* in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 14 Rn. 11.

⁸⁵ *Fritzsche* in: MüKoUWG, 2014, § 8 Rn. 112; *Ohly* in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 8 Rn. 36.

⁸⁶ *Ohly* in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 8 Rn. 37.

⁸⁷ *Sosnitza* in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 12 Rn. 2; *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 12 Rn. 1.3.

⁸⁸ *Brüning* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 12 Rn. 2; *Bacher* in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 2016, Kap. 41 Rn. 3.

⁸⁹ BGHZ 149, 371 (374) – *Missbräuchliche Mehrfachabmahnung*; *Sosnitza* in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 12 Rn. 2.

⁹⁰ *Brüning* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 12 Rn. 3; *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm, UWG, 2017, § 12 Rn. 1.5; *Podszun* in: Schmidt/Kessel/Strünck/Kramm, Im Namen der Verbraucher?, 2015, S. 208 (222).

⁹¹ *Sosnitza* in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 12 Rn. 2.

rechtstreu verhalten wollen und sich ihres Rechtsverstoßes nicht bewusst sind.

Die gegenwärtige Ausgestaltung des Abmahnprozesses ist wiederholt Gegenstand der Kritik gewesen und hat den Gesetzgeber veranlasst, die in § 12 UWG vorgesehenen „Schranken“ einzuführen. Auch danach wurden jedoch gerade von Seiten der Wirtschaftsverbände bestimmter Erscheinungsformen kritisiert.⁹² Nicht selten werde das für eine Aktivlegitimation der Mitbewerber gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG erforderliche Wettbewerbsverhältnis oder die Aktivlegitimation eines Verbandes konstruiert, um insbesondere kleinere Verstöße gegen Informationspflichten im online-Handel zu beanstanden. Der Nachweis der Missbräuchlichkeit sei jedoch wegen überspannter Anforderungen an die diesbezügliche Darlegungslast derzeit schwer zu erbringen.⁹³ Vorgeschlagen werden vor allem Nejustierungen im Hinblick auf die Aktivlegitimation von Mitbewerbern und Wirtschaftsverbänden.⁹⁴

(3) Aktivlegitimation

Wer hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs aktivlegitimiert ist, ergibt sich abschließend aus § 8 Abs. 3 UWG. Anspruchsberechtigt sind danach Mitbewerber (Nr.1), Wirtschaftsverbände (Nr. 2), qualifizierte Einrichtungen nach dem UKlaG (Nr. 3) sowie die Industrie-, Handels- und Handwerkskammern (Nr. 4). Im Umkehrschluss besteht keine Aktivlegitimation des einzelnen Verbrauchers.

i. Mitbewerber

Mitbewerber eines Rechtsverletzers sind Unternehmen, die mit ihm in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis stehen, § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG. Dafür ist erforderlich, dass die Unternehmen den gleichen Kundenkreis ansprechen und somit auf dem sachlich und räumlich selben Markt tätig sind.⁹⁵ Dabei ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise maßgeblich, nach der Kundenkreis und Waren- sowie Leistungsangebot nicht völlig übereinstimmen müssen.⁹⁶ Die Hürden sind von der Rechtsprechung um eines wirksamen wettbewerbsrechtlichen Schutzes willen tendenziell niedrig gesetzt, sodass sich in Einzelfällen auch Unternehmen unterschiedlicher Branchen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis befinden können, obwohl ihr Angebot nicht substituierbar ist, sie sich jedoch trotzdem im Wettbewerb um Kunden behindern.⁹⁷

⁹² Verbändepapier „Private Rechtsdurchsetzung stärken – Abmahnmissbrauch bekämpfen“, 2017, abrufbar unter <https://www.konstanz.ihk.de/blob/knihk24/recht_und_fair_play/downloads/3767506/f6d5273fa99ff25042efe65519411f05/Verbaendepapier-gegen-Abmahnmissbrauch-data.pdf>.

⁹³ Verbändepapier „Private Rechtsdurchsetzung stärken – Abmahnmissbrauch bekämpfen“, 2017, S. 2.

⁹⁴ Verbändepapier „Private Rechtsdurchsetzung stärken – Abmahnmissbrauch bekämpfen“, 2017, S. 5 ff.

⁹⁵ *Podszun* in: Schmidt-Kessel/Strünck/Kramme, Im Namen der Verbraucher?, 2015, S. 208, 218; *Keller* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 2 Rn. 129 ff; *Köhler* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 2 Rn. 108 ff.; *Sosnitza* in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 2 Rn. 60 ff. *Ernst* in: jurisPK-UWG, 2016, § 2 Rn. 30 ff.

⁹⁶ BGH, 11.5.1954, Az. I ZR 178/52, GRUR 55, 37, 39 – *Cupresa/Kunstseide*; BGH, 23.3.1966, Az. Ib ZR 28/64, GRUR 66, 445, 446 – *Glutamal*; *Podszun* in: Schmidt-Kessel/Strünck/Kramme, Im Namen der Verbraucher?, 2015, S. 208, 218.

⁹⁷ Anschauliche Beispiele aus der Rechtsprechung bieten die Verfahren um die Werbeslogans „*Statt Blumen ONKO-Kaffee*“ und „*Ein Champagner unter den Mineralwässern*“ – in beiden Fällen wurde ein hinreichendes Wettbewerbsverhältnis zwischen den jeweils branchenverschiedenen Unternehmen bejaht. BGH, 12.1.1972, Az. I

Angesichts der Verzahnung von Mitbewerber- und Verbraucherinteressen im Wettbewerb (s. A.I.1) ist es nicht ungewöhnlich, dass Mitbewerber Rechtsverletzer auch wegen Verstößen gegen Verbraucherrecht – etwa irreführende Werbung gegenüber Verbrauchern oder verbraucherschützende Marktverhaltensregeln im Sinne des § 3a UWG – in Anspruch nehmen. Hierdurch soll typischerweise ein Vorsprung des Konkurrenten durch Rechtsbruch verhindert werden. Die Wahrnehmung von Verbraucherinteressen durch Mitbewerber auf der Grundlage von § 3a UWG stößt jedoch teilweise auch auf Kritik, da eine Durchsetzung durch Mitbewerber „missbrauchsanfällig“⁹⁸ sei und insgesamt wohl zu dem mitunter erhobenen Vorwurf des „over-enforcement“ des deutschen UWG beitrage. Aus Verbrauchersicht führt sie demgegenüber zu der vom Gesetzgeber gewollten strikten Durchsetzung der verbraucherschützenden Normen.

ii. *Wirtschaftsverbände*

Gem. § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG können auch Wirtschaftsverbände, deren Zweck die Förderung gewerblicher oder beruflicher Interessen ist, zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen aktivlegitimiert sein.⁹⁹ Die fragliche Zuwiderhandlung gegen § 3 oder § 7 UWG muss die Interessen ihrer Mitglieder berühren. Dafür muss wenigstens zwischen einem Teil der Verbandsmitglieder und dem Rechtsverletzer ein konkretes Wettbewerbsverhältnis bestehen, sodass die Mitglieder auch selbst nach § 8 Abs. 1 UWG zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen berechtigt sind.¹⁰⁰

In der Praxis kommt Wirtschaftsverbänden bei der Durchsetzung des UWG auch im Hinblick auf seine verbraucherschützende Dimension eine erhebliche Bedeutung zu. Dabei geht es nicht nur um die Verfolgung von Verstößen, sondern auch um die Vermeidung von Verstößen durch Mitgliederaufklärung und Entwicklung von Leitfäden zum rechtskonformen Verhalten. Als besonders durchsetzungsgeminderter Wirtschaftsverband ist die Wettbewerbszentrale zu nennen.

Die Wettbewerbszentrale hat im Durchschnitt der letzten fünf Jahre ca. 9.600 Beschwerdefälle auf Verbraucherrechtsverstöße geprüft und dort, wo nach ihrer Einschätzung ein Verstoß vorlag, auch verfolgt.¹⁰¹ Nimmt man Beratungsfälle, z.B. im Vorfeld der Veröffentlichung von Werbemaßnahmen, hinzu, überprüft die Wettbewerbszentrale ca. 11.000 bis 15.000 Fälle pro Jahr auf verbraucherrechtliche Verstöße. In ca. 52 % der Beschwerdefälle erfolgt eine Abmahnung, ihre Erfolgsquote

ZR 60/70, GRUR 1972, 553 - *Statt Blumen ONKO-Kaffee*; BGH, 4.6.1987, Az. I ZR 109/85, NJW 1988, 644 - *Ein Champagner unter den Mineralwässern*.

⁹⁸ So insb. Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 3a Rn. 79.

⁹⁹ Zu den einzelnen Voraussetzungen wie Angabe der Mitglieder, Satzung etc. vgl. etwa Podszun in: Schmidt-Kessel/Strünck/Kramme, Im Namen der Verbraucher?, 2015, S. 208, 218; Sosnitza in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 12 Rn. 106.

¹⁰⁰ *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 8 Rn. 336.

¹⁰¹ Die Angaben beruhen auf der Antwort der Wettbewerbszentrale im Rahmen der Stakeholder-Befragung, dazu ausführlich A IV.

im Sinne der Beendigung der angegriffenen Verhaltensweise schätzt die Wettbewerbszentrale unter Einbeziehung sämtlicher Maßnahmen auf insgesamt ca. 90 %. Der Maßnahmenkatalog der Wettbewerbszentrale folgt dabei einem Stufenkonzept. Im Regelfall wird zunächst eine Abmahnung ausgesprochen, z.T. erfolgt auch nur ein bloßes Hinweisschreiben. Scheitert der Versuch einer außergerichtlichen Einigung durch Abmahnung, schaltet die Wettbewerbszentrale in zahlreichen Fällen, etwa wenn Kleingewerbetreibende betroffen sind, die bei den Industrie- und Handelskammern eingerichteten Einigungsstellen (§ 15 UWG) ein. Erst wenn die außergerichtlichen Lösungsmöglichkeiten ausgeschöpft sind, kommt es zur gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen, häufig durch Beantragung einer einstweiligen Verfügung.

iii. Qualifizierte Einrichtungen (Verbraucherschutzorganisationen)

Gem. § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG sind zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen nach § 8 Abs. 1 UWG auch sog. qualifizierte Einrichtungen aktivlegitimiert. Die Organisation muss dafür in die Liste der qualifizierten Einrichtungen nach § 4 UKlaG oder in das Verzeichnis der Kommission nach Richtlinie 98/27/EG aufgenommen sein.¹⁰² Beispiele für qualifizierte Einrichtungen sind neben den Verbraucherzentralen die Mietervereine, der ADAC oder die Deutsche Umwelthilfe e.V.¹⁰³

Verbraucherverbände tragen nicht nur durch klassische Rechtsdurchsetzung, sondern auch durch Verbraucherbildung und -beratung, die Erstellung von Studien und medialen Beiträgen zu verbraucherrechtsrelevanten Sachverhalten sowie durch Verbraucherbeforschung zu einem hohen Verbraucherschutzniveau bei.

Einen Eindruck für den Umfang der Rechtsdurchsetzungsaktivitäten der Verbraucherverbände kann die Enforcement-Tätigkeit des Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) liefern: 2016 hat der vzbv in 96 Fällen den Unterlassungs- bzw. Beseitigungsanspruch aus § 8 UWG geltend gemacht.¹⁰⁴ Insgesamt prüft der vzbv pro Jahr ca. 700 Fälle im Hinblick auf mögliche Verbraucherrechtsverstöße, in 40 % dieser Fälle werden Unternehmen angeschrieben oder abmahnt. Der Schwerpunkt liegt dabei auf der Durchsetzung des Unterlassungsklagegesetzes; hier wurden 2016 der Unterlassungs- bzw. Widerrufsanspruch wegen unwirksamer AGB aus § 1 UKlaG 35-mal und der Unterlassungs- bzw. Beseitigungsanspruch aus § 2 UKlaG wegen des Verstoßes gegen sonstige Verbraucherschutzgesetze in 99 Fällen geltend gemacht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich eine Vielzahl der durch § 1 und § 2 UKlaG

¹⁰² Zu den Eintragungsvoraussetzungen nach § 4 Abs. 2 UKlaG Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 4 UKlaG Rn. 3 ff.; Micklitz/Rott in: MüKoZPO, 2017, § 4 UKlaG Rn. 12 ff.; Podszun in: Schmidt-Kessel/Strünck/Kramme, Im Namen der Verbraucher?, 2015, S. 208, 220.

¹⁰³ Die Deutsche Umwelthilfe hat 2016 in 1.350 Fällen den Unterlassungs- bzw. Beseitigungsanspruch aus § 8 UWG geltend gemacht. Der Schwerpunkt lag dabei in der Durchsetzung umweltrelevanter Verbraucherschutzvorschriften, die in vielen Fällen als Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 3a UWG eingeordnet werden; Antwort der DUH im Rahmen der Stakeholder-Befragung, A.IV.3.

¹⁰⁴ Die folgenden Angaben beruhen auf der Antwort des vzbv im Rahmen der Stakeholder-Befragung, dazu ausführlich A IV.3.

erfassten Verstöße nach h.M. auch als UWG-Verstöße i.S.d. § 3a UWG (insbesondere unwirksame AGB) oder § 5 und § 5a UWG (letzteres insbesondere beim Verstoß gegen Informationspflichten) begreifen lassen.

iv. Kammern

Neben den genannten Durchsetzungsakteuren sind gem. § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG schließlich noch die Industrie- und Handelskammern sowie die Handwerkskammern aktivlegitimiert. Voraussetzung für die Anspruchsberechtigung ist, dass Rechtsverletzungen ihre Aufgabenbereiche berühren.¹⁰⁵

v. Keine Aktivlegitimation einzelner Verbraucher

Einzelne Verbraucher sind wegen UWG-Verstößen, die ihre Interessen beeinträchtigen, nicht zur Geltendmachung von Ansprüchen aus § 8 UWG berechtigt. Die Regelung der Aktivlegitimation in §§ 8 ff. UWG wurde vom Gesetzgeber als abschließend konzipiert. Deswegen handelt es sich nach h.M. bei § 3 UWG auch nicht um ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 UWG.¹⁰⁶ Damit sind einzelne Verbraucher vor allem auf die Rechtsschutzmöglichkeiten des Vertragsrechts verwiesen. Wie oben (unter A.I.1.a.(4)) ausgeführt, wird das Fehlen einer eigenen Klagebefugnis der einzelnen Verbraucher im UWG damit begründet, dass das UWG einen generalpräventiven Schutz der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers anstrebe und folglich dem kollektiven Verbraucherschutz diene, während sich der individualrechtliche „repressive“ Verbraucherschutz aus dem allgemeinen Vertragsrecht und dessen Möglichkeiten, sich vom Vertrag zu lösen oder einen Ausgleich über das Gewährleistungsrecht (oder c.i.c.) zu erlangen, ergebe. Erfahrungsgemäß sei der einzelne Verbraucher infolge seiner „rationalen Apathie“ aber auch nicht bereit, seine lauterkeitsrechtlichen Ansprüche selbst geltend zu machen. Das zeige sich auch im ausländischen Recht, wo die teilweise bestehenden Ansprüche des einzelnen Verbrauchers nur höchst selten genutzt würden. Die Beschränkung des UWG auf den kollektiven Verbraucherschutz wird teilweise im Hinblick auf die Schutzzweckklausel des § 1 UWG kritisiert, da diese auch einen Individualschutz der Interessen einzelner Verbraucher erfordere¹⁰⁷ und durch die Verweigerung individueller Rechte des Verbrauchers im UWG eine Anknüpfung an diskutierte neue Formen der Rechtsdurchsetzung wie Musterfeststellungsklage etc. erschwert werde (dazu unter A.I.3.); auch nach dem am 11.4.2018 vorgestellten Richtlinienentwurf im Zuge des „New Deal for Consumers“; auf den im Rahmen dieses Gutachtens nicht mehr eingegangen werden konnte, sind Individualansprüche des Verbrauchers vorgesehen (COM (2018), 185 endg.).

¹⁰⁵ *Podszun* in: Schmidt-Kessel/Strünck/Kramme, Im Namen der Verbraucher?, 2015, S. 208, 220; *Büch* in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 2016, Kap. 13 Rn. 32.

¹⁰⁶ LG Limburg, 21.11.2014, Az. 5 O 18/14, MMR 2015, 186; *Alexander* in: MüKoUWG, 2014, § 3 Rn. 84.

¹⁰⁷ So *Augenhöfer*, WRP 2006, 169, 176; *Keßler*, WRP 2005, 164, 172; *Koos* in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG 2016, § 9 Rn. 3; *Glöckner* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, Einl. B Rn.

(4) Passivlegitimation

Schuldner des Unterlassungsanspruchs ist als Verletzer derjenige, der eine nach § 3 oder § 7 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt. Insoweit gilt der Einheitstäterbegriff des Deliktsrechts, vgl. § 830 Abs. 2 BGB, sodass Täter und Teilnehmer gleichermaßen wegen der Verletzung haften.¹⁰⁸ In seiner Rolle als Sonderdeliktsrecht erlaubt das UWG den Rückgriff auf die Haftungsgrundsätze des allgemeinen Deliktsrechts, dieses orientiert sich wiederum hinsichtlich der Bestimmung von Täterschaft und Teilnahme am Strafrecht.¹⁰⁹

Einen weiteren Ansatzpunkt für eine lauterkeitsrechtliche Haftung bildet nach der neueren Rechtsprechung des BGH die Verletzung lauterkeitsrechtlicher Verkehrspflichten. Hiernach ist derjenige, der durch sein Verhalten im geschäftlichen Verkehr die Gefahr schafft, dass Dritte durch das Wettbewerbsrecht geschützte Interessen von Marktteilnehmern verletzen, wettbewerbsrechtlich dazu verpflichtet, diese Gefahr im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren zu begrenzen.¹¹⁰ Ein Bedürfnis für eine derartige Haftungsbegründung kann insbesondere im Hinblick auf Intermediäre bestehen, die unzulässige geschäftliche Handlungen durch die Bereitstellung einer Infrastruktur erst ermöglichen, beispielsweise sog. Informationsmittler wie Medienunternehmen und Betreiber von Internetforen und -portalen¹¹¹ (dazu ausführlich die Case Studies Kundenbewertungen und Vergleichsportale, A.III. 2 und 3). Die Rechtsprechung bemüht sich, die unterschiedlichen Interessen immer wieder neu auszutarieren,¹¹² was in der Praxis vor allem durch die Bildung von Fallgruppen erfolgt.¹¹³

Neben den auch im Lauterkeitsrecht geltenden allgemeinen Regeln zur Organ- und Repräsentantenhaftung nach §§ 31, 89 BGB und zur Haftung von Verrichtungs- und Erfüllungsgehilfen gem. §§ 278, 831 BGB trifft den Unternehmer im UWG gem. § 8 Abs. 2 UWG – insoweit strenger als § 831 BGB – eine Erfolgshaftung ohne Entlastungsmöglichkeit für seine Mitarbeiter und Beauftragten. Dahinter steht die Wertung, dass der Unternehmensinhaber auch von deren Verhalten profitiert und sich daher im Falle eines Verstoßes umgekehrt nicht hinter ihnen verstecken können soll.¹¹⁴

¹⁰⁸ Vgl. *Ohly* in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 2016, § 8 Rn. 114.

¹⁰⁹ *Ohly* in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 2016, § 8 Rn. 114; vgl. BGH, 22.7.2010, Az. I ZR 139/08, GRUR 2011, 152, Rn. 30 – *Kinderhochstühle im Internet I*; BGH, 18.6.2014, Az. I ZR 242/12, GRUR 2014, 883, Rn. 13 – *Geschäftsführerhaftung*; BGH, 5.2.2015, Az. I ZR 240/12, GRUR 2015, 485, Rn. 35 – *Kinderhochstühle im Internet III*.

¹¹⁰ Grundlegend und unter Abkehr von der zuvor auch im Lauterkeitsrecht herrschenden Störerhaftung gem. § 1004 BGB analog BGH, 12.7.2007, Az. I ZR 18/04, GRUR 2007, 890, Rn. 36 – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

¹¹¹ Vgl. *Ohly* in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 2016, § 8 Rn. 120.

¹¹² Vgl. *Ohly* in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 2016, § 8 Rn. 120.

¹¹³ Vgl. den Überblick bei *Ohly* in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 2016, § 8 Rn. 130 ff.

¹¹⁴ BGH, 19.12.2002, Az. I ZR 119/00, GRUR 2003, 453, 454 – *Verwertung von Kundenlisten*; BGH, 19.4.2007, Az. I ZR 92/04, GRUR 2007, 994, Rn. 19 – *Gefälligkeit*.

(5) Die prozessuale Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs: Klage und einstweilige Verfügung

Im Hauptsacheverfahren werden Unterlassungsansprüche im Wege der Leistungsklage geltend gemacht. Sachlich zuständig sind dabei als Eingangsinanz gem. § 13 Abs. 1 S. 1 UWG ausschließlich die Landgerichte. In § 13 Abs. 1 S. 2 UWG wird darüber hinaus klargestellt, dass es sich bei Wettbewerbsstreitigkeiten um Handelssachen i.S.d. § 95 Abs. 1 Nr. 5 GVG handelt, sodass funktionell die Kammern für Handelssachen zuständig sind, sofern eine solche beim angerufenen Landgericht besteht, § 93 GVG, und entweder Kläger oder Beklagter einen wirksamen Antrag auf Verhandlung vor der Kammer für Handelssachen gestellt hat, §§ 96 Abs. 1, 98 Abs. 1 GVG.¹¹⁵ Die Konzentration der UWG-Streitigkeiten bei den Kammern für Handelssachen hat dazu geführt, dass sich hier durch Spezialisierung eine besondere Expertise herausbilden konnte.

Dem Hauptsacheverfahren ist zumeist das Verfahren der einstweiligen Verfügung vorgeschaltet. Unterwirft sich der Verletzer nicht der Abmahnung des Anspruchstellers, kann dieser das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gem. §§ 935, 940 ZPO in Gang setzen. Hierdurch wird eine kosten- und zeitsparende Entscheidung über den Rechtsstreit erzielt, da an den Nachweis des Wettbewerbsverstoßes weniger strenge Anforderungen als an jene des vollen Beweises im Sinne des § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO zu stellen sind. Es genügt die Glaubhaftmachung, §§ 936, 920 Abs. 2, 294 ZPO, die bereits dann vorliegt, wenn die Behauptungen des Anspruchstellers mit überwiegender Wahrscheinlichkeit richtig sind.¹¹⁶ Dies ist regelmäßig der Fall, wenn der Anspruchsteller Indizien vorträgt, die nach der Lebenserfahrung bestimmte Umstände nahelegen.

In Fällen besonderer Dringlichkeit ergeht eine Entscheidung über den Verfügungsantrag ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss, § 937 Abs. 2 ZPO. Dies ermöglicht eine besonders schnelle Entscheidung,¹¹⁷ da dem Anspruchsgegner rechtliches Gehör erst dann gewährt wird, wenn er gegen die Verfügung Widerspruch einlegt, über den gem. §§ 936, 924 Abs. 2 S. 2 ZPO mündlich zu verhandeln und nach §§ 936 ZPO, 925 Abs. 2 ZPO durch Endurteil zu entscheiden ist. Daneben kann er Berufung einlegen oder einen Antrag auf Anordnung der Klageerhebung gem. §§ 936, 926 Abs. 1 ZPO oder auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung gem. §§ 936, 926 Abs. 2 ZPO bzw. auf Aufhebung wegen veränderter Umstände nach §§ 936, 927 ZPO stellen. Rechnet der Anspruchsgegner mit einer Beanstandung seines Verhaltens, kann er zudem präventiv bei Gericht eine Schutzschrift hinterlegen, in der er

¹¹⁵ Umstritten ist, ob auch eine Ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte bezüglich der Frage besteht, ob der Beklagte wegen des Verstoßes gegen eine von ihm im Hinblick auf einen UWG-Verstoß abgegebene Unterwerfungserklärung eine Vertragsstrafe verwirkt hat. OLG Jena, 1.9.2010, Az. 2 U 330/10, GRUR-RR 2011, 199; OLG Schleswig, 9.4.2015, Az. 6 U 57/13, GRUR-RR 2015, 358; *Ehricke* in: MüKoUWG, 2014, § 13 Rn. 10; *Schaub* in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 2016, Kap. 45 Rn. 5.

¹¹⁶ *Sosnitza* in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 12 Rn. 133.

¹¹⁷ *Sosnitza* in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 12 Rn. 115.

Gesichtspunkte für die Zulässigkeit seines Verhaltens vorträgt.¹¹⁸

Neben der Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs muss der Verfügungskläger das Bestehen eines Verfügungsgrundes glaubhaft machen.¹¹⁹ Letzteres ist gegeben, wenn die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs dringlich ist, was gem. § 12 Abs. 2 UWG bei Unterlassungsansprüchen aus § 8 Abs. 1 UWG vermutet wird.¹²⁰

(6) Der Nachweis von Wettbewerbsverstößen

i. Darlegungs- und Beweislast

Entsprechend dem allgemeinen zivilprozessualen Grundsatz muss auch im Wettbewerbsrecht der Anspruchsteller die seinen Anspruch begründenden Tatsachen darlegen und im Streitfall beweisen; gleiches gilt für den Anspruchsgegner hinsichtlich der anspruchshindernden und –vernichtenden Tatsachen.¹²¹ Anscheinsbeweise sind zulässig im Hinblick auf typische Geschehensabläufe, die nach der Lebenserfahrung bestimmte Folgen auslösen.¹²² Dementsprechend wird beispielsweise widerlegbar vermutet, dass ein Unternehmer im geschäftlichen Verkehr handelt, wenn sein Verhalten bei objektiver Betrachtung in seinen gewerblichen Tätigkeitsbereich fällt¹²³ oder dass ein auftragsgemäßes oder bezahltes Tätigwerden von Angehörigen der Medien eine Förderung fremden Wettbewerbs und damit ein Indiz für das Vorliegen von Schleichwerbung darstellt (vgl. Case Study Influencer Marketing, A.III.1.).

Besonderheiten bezüglich der Darlegungs- und Beweislast gelten bei Werbeaussagen. Im Grundsatz hat auch hier der Anspruchsteller das Vorliegen der wettbewerbswidrigen Werbung nachzuweisen.¹²⁴ Allerdings hat die Rechtsprechung, gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben, dem Beklagten in einigen Fallgruppen prozessuale Erklärungs Pflichten auferlegt, wenn es um Tatsachen geht, die im Verantwortungsbereich des Beklagten liegen.¹²⁵ Der Kläger darf sich in diesen Konstellationen zwar nicht mit der Äußerung bloßer Verdachtsmomente begnügen, sondern muss die für eine Wettbewerbswidrigkeit sprechenden Tatsachen dartun und unter Beweis stellen.¹²⁶ Jedoch trifft den Beklagten hinsichtlich dieser Tatsachen eine sekundäre Darlegungslast, sodass er, wenn er seiner Erklärungs pflicht nicht nachkommt, Gefahr läuft, dass das Klagevorbringen i.S.d. § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden angesehen wird oder vom Gericht im Wege der freien Beweiswürdigung zu seinen Lasten gewürdigt wird.¹²⁷

¹¹⁸ Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 12 Rn. 3.40.

¹¹⁹ Sosnitza in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 12 Rn. 131.

¹²⁰ Zu den Gründen (Schnellebigkeit des Wettbewerbs) Podszun in: Schmidt-Kessel/Strünck/Kramme, Im Namen der Verbraucher?, 2015, S. 208, 223.

¹²¹ Vgl. Bornkamm in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 12 Rn. 2.89.

¹²² Bornkamm in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 12 Rn. 2.90.

¹²³ Bornkamm in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 12 Rn. 2.90.

¹²⁴ Bornkamm in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 12 Rn. 2.91.

¹²⁵ Bornkamm in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 12 Rn. 2.91.

¹²⁶ Bornkamm in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 12 Rn. 2.91.

¹²⁷ Bornkamm in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 12 Rn. 2.91.

Prozessuale Erklärungsspflichten des Beklagten wurden von der Rechtsprechung etwa anerkannt bei innerbetrieblichen Vorgängen, auf die es bei der Beurteilung einer Werbeangabe ankommt, sofern sie sich einer genauen Kenntnis seitens des Klägers entziehen, während dem Beklagten die erforderliche Aufklärung ohne größere Probleme möglich und auch zumutbar wäre.¹²⁸ Eine Zumutbarkeit ist etwa zu bejahen, wenn kein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse des Beklagten hinsichtlich seiner Geschäftsgeheimnisse besteht.¹²⁹ Als Beispiel für innerbetriebliche Vorgänge kann die Werbung mit Discount-Preisen dienen¹³⁰ oder die Werbung mit einer Allein- oder Spitzenstellung.

Weiterreichend wird eine echte Umkehr der Beweislast auf den Beklagten von der Rechtsprechung bei fachlich umstrittenen Behauptungen angenommen.¹³¹ Der Werbende übernimmt in solchen Fällen die Verantwortung für die Richtigkeit der umstrittenen Behauptung, sofern er die Gegenmeinung nicht erwähnt, sodass er die Richtigkeit auch darlegen und beweisen muss.¹³² Bei gesundheitsbezogenen Werbeaussagen muss der Beklagte deren wissenschaftliche Absicherung beweisen, wenn der Kläger das Fehlen einer wissenschaftlichen Grundlage der Werbeaussagen substantiiert vorträgt.¹³³

Die sekundäre Darlegungslast gilt weiter bei der Verletzung von Sorgfaltspflichten durch Plattformbetreiber, die auf den rechtsverletzenden Inhalt einer auf ihrer Plattform veröffentlichten Kundenbewertung schlüssig hingewiesen wurden (ausführlich dazu Case Study Vergleichsportale, A.III.3.e.).

ii. *Beweisrecht und Ermittlungsmethoden*

Im Hauptsacheverfahren gelten auch bei wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten grundsätzlich die allgemeinen Grundsätze und Regeln der ZPO zum Beweisrecht im Zivilprozess. Es bestehen jedoch Besonderheiten im Hinblick auf die Feststellung der Verkehrsauffassung, die insbesondere für die Würdigung der Irreführung bei den §§ 5, 5a UWG eine Rolle spielt. Die Verkehrsauffassung kann im Prozess in vielen Konstellationen auch vom Gericht ohne Beweiserhebung festgestellt werden.¹³⁴ Zwar sind für das Verkehrsverständnis die Anschauungen des angemessen gut unterrichteten und angemessen aufmerksamen und kritischen

¹²⁸ *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 12 Rn. 2.92.

¹²⁹ *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 12 Rn. 2.92 (dort auch zur Einschaltung eines Sachverständigen).

¹³⁰ *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 12 Rn. 2.92; BGH, 28.10.1970, Az. I ZR 49/69, GRUR 1971, 164, 167 – *Discount-Geschäft*. BGH, 3.7.2014, Az. I ZR 84/13, GRUR 2015, 186, Rn. 10 f. – *Wir zahlen Höchstpreise*.

¹³¹ *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 12 Rn. 2.93;

¹³² *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 12 Rn. 2.95; BGH, 7.3.1991, Az. I ZR 127/89, GRUR 1991, 848, 849 – *Rheumalind II*.

¹³³ *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 12 Rn. 2.95.

¹³⁴ *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 12 Rn. 2.71.

Durchschnittsverbrauchers maßgeblich,¹³⁵ § 3 Abs. 4 S. 1 UWG, sodass der Frage nach der Verkehrsauffassung ein normatives Element innewohnt.¹³⁶ Dennoch behandelt die Rechtsprechung die Verkehrsauffassung als Tatsache, die dem Beweis zugänglich ist, jedoch auch durch eigene Sachkunde und Lebenserfahrung des Richters festgestellt werden kann.¹³⁷ Die Ermittlung des Verkehrsverständnisses ist somit keine Tatsachenfeststellung, sondern die Anwendung eines speziellen Erfahrungswissens.¹³⁸ Im Verbraucherrechtskontext wird der Richter dazu häufig in der Lage sein, soweit sich Werbeaussagen nicht an einen ganz speziellen Verbraucherkreis richten.¹³⁹

Beweismittel im Wettbewerbsprozess sind der Beweis durch Augenschein, § 371 ZPO, der Zeugenbeweis, § 373 ZPO, der Sachverständigenbeweis, § 402 ZPO, der Urkundsbeweis, § 415 ZPO, der Beweis durch Parteivernehmung, § 445 ZPO, und der Beweis durch amtliche Auskünfte, §§ 273 Abs. 2 Nr. 2, 358a Nr. 2 ZPO.

Demoskopische Gutachten zur Bestimmung der Verkehrsauffassung in Fällen der Irreführung sind nur in engen Grenzen zulässig; nach der Rechtsprechung des EuGH¹⁴⁰ dann, wenn das Gericht auf „besondere Schwierigkeiten“ bei der Beurteilung der Irreführung stößt.¹⁴¹

Eine gewisse Bedeutung beim Nachweis von UWG-Verstößen hat zudem der Einsatz von Testpersonen als Testkäufer oder Testbeobachter, die im Prozess grundsätzlich als Zeugen vernommen werden können¹⁴² und die Beauftragung von Privatdetektiven.¹⁴³

Bei der Ermittlung von Sachverhalten geben den Verbraucherverbänden häufig Verbraucherbeschwerden erste Anhaltspunkte; die Ermittlungsarbeit der Wirtschaftsverbände wird durch Hinweise ihrer Mitglieder, die aufgrund ihrer Nähe zum Verletzer den relevanten Sachverhalt teilweise bereits gänzlich aufgeklärt haben, erleichtert. Aufgrund der Ubiquität des Internets wird im Hinblick auf „klassische Außenwerbung“ die Marktbeobachtung und Suche nach Verstößen tendenziell eher erleichtert.

¹³⁵ Vgl. Erwägungsgrund 18 S. 2 RL 2005/29/EG; BGH, 24.7.2014, Az. I ZR 221/12, WRP 2014, 1184, Rn. 33 – *Original Bach-Blüten*.

¹³⁶ Dazu etwa *Dreyer* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 5 M Rn. 5 ff.

¹³⁷ *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 12 Rn. 2.71.

¹³⁸ *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 12 Rn. 2.71.

¹³⁹ Vgl. zu den Einschränkungen *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 12 Rn. 2.71.

¹⁴⁰ EuGH, 18.10.2012, Rs. C-428/11, GRUR 2012, 1269; Ausführlich zum Problembereich des Nachweises der Irreführung *Dreyer* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 5 M Rn. 24.

¹⁴¹ Vgl. hierzu *Köhler* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 12 Rn. 2.76 ff.

¹⁴² *Schwippert* in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 2016, Kap. 47 Rn. 29; vgl. auch *Mes*, GRUR 2013, 767 ff.; BGH, 25.1.2007, Az. I ZR 133/04, GRUR 2007, 802, Rn.25-28) – *Testfotos III*, restriktiv noch BGH, 25.4.1991, Az. I ZR 283/89, GRUR 1991, 843 – *Testfotos I* und BGH, 23.5.1996, Az. I ZR 122/94, WRP 1996, 1099, 1100 f. – *Testfotos II*.

¹⁴³ BGH, 15.5.2013, Az. XII ZB 107/08, NJW 2013, 2668, Rn. 10 f. m.w.N. zur entsprechenden Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

iii. Der Anspruch auf Auskunft

(a) Auskunftsanspruch aus § 242 BGB

Um einen lauterkeitsrechtlichen Anspruch erfolgreich vor Gericht durchsetzen zu können, steht der Kläger vor der Herausforderung, den richtigen Beklagten zu benennen, den richtigen Antrag zu stellen und den Anspruch substantiiert darzulegen und ggf. zu beweisen. Dies stellt ihn vor erhebliche Probleme, wenn er hierfür Informationen benötigt, über die nur der Beklagte oder ein Dritter und nicht er selbst verfügt. Aus dieser Interessenlage entstand – gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) – der Anspruch auf Auskunftserteilung. Als Hilfsanspruch bereitet er die Durchsetzung des Hauptanspruchs vor, indem er den Auskunftspflichtigen die benötigten Informationen abringt.¹⁴⁴ Eine Grenze ist allerdings dort zu ziehen, wo schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen des Schuldners betroffen sind.¹⁴⁵ Hier muss bei besonders gewichtigen Geheimhaltungsinteressen des Schuldners ggf. ein sog. Wirtschaftsprüfervorbehalt getroffen werden.¹⁴⁶

Anders als zur Vorbereitung von Schadensersatz-, Gewinnabschöpfungs-, Bereicherungs-, Widerrufs- und Beseitigungsansprüchen,¹⁴⁷ ist der Auskunftsanspruch im Hinblick auf Unterlassungsansprüche in der Praxis freilich von untergeordneter Bedeutung. Aus der Natur des Auskunftsanspruchs als Hilfsanspruch wird nach allgemeiner Auffassung gefolgert, dass er nicht dazu diene, den Nachweis eines Verstoßes gegen § 3 und § 7 UWG selbst zu ermöglichen.¹⁴⁸ Da der Verletzungsunterlassungsanspruch neben der Rechtsverletzung nur den Nachweis der Wiederholungsgefahr erfordert, die jedoch wegen des begangenen Verstoßes vermutet wird, hilft ein Auskunftsanspruch dem Gläubiger hier nicht recht weiter. Etwas anderes gilt, wenn der Unterlassungsanspruch ausnahmsweise auf die Vornahme von Handlungen gerichtet ist, denn hier entspricht er seiner Zielrichtung nach dem Beseitigungsanspruch.¹⁴⁹ Allerdings steht in diesen Konstellationen der Gläubiger vor der Erleichterung, dass er Handlungspflichten bereits aus einem Titel herleiten kann, der seiner Formulierung nach allein auf ein Unterlassen gerichtet ist.¹⁵⁰ Es obliegt in diesen Fällen dem Schuldner, die Handlungspflichten zu identifizieren, deren Vornahme er zur Erfüllung des Unterlassungsgebots schuldet.¹⁵¹ Deren Umfang kann

¹⁴⁴ *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, Vor. § 8 Rn. 35, 41; BGH, 27.11.1964, Az. Ib ZR 23/63, GRUR 1965, 313, 314 – *Umsatzauskunft*; BGH, 7.12.1979, Az. I ZR 157/77, GRUR 1980, 227, 232 – *Monumenta Germaniae Historica*; grundlegend für das Wettbewerbsrecht RG, MuW XXVI, 342, 343 – *Sanoskopgläser III*.

¹⁴⁵ Hierzu *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, Vor. § 8 Rn. 37, 55 ff.

¹⁴⁶ Vgl. *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, Vor. § 8 Rn. 56; BGH, 22.11.1957, Az. I ZR 144/56, GRUR 1958, 346, 348 – *Spitzenmuster*.

¹⁴⁷ *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, Vor. § 8 Rn. 36.

¹⁴⁸ *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, Vor. § 8 Rn. 44; BGH, 4.3.1977, Az. I ZR 117/75, GRUR 1978, 54, 55 – *Preisauskunft*.

¹⁴⁹ *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, Vor. § 8 Rn. 87.

¹⁵⁰ Vgl. BGH, 4.5.2017, Az. I ZR 208/15, GRUR 2017, 823 – *Luftentfeuchter*; BGH, 29.9.2016, Az. I ZB 34/15, GRUR 2017, 208 – *Rückruf von RESCUE-Produkten*.

¹⁵¹ Vgl. BGH, 4.5.2017, Az. I ZR 208/15, GRUR 2017, 823 – *Luftentfeuchter*; BGH, 29.9.2016, Az. I ZB 34/15, GRUR 2017, 208 – *Rückruf von RESCUE-Produkten*; krit. *Hermanns*, GRUR 2017, 977, 980.

auch noch im Vollstreckungsverfahren geklärt werden.¹⁵²

Von praktischer Bedeutung ist für den Unterlassungsanspruch daher vor allem der sog. Anspruch auf Drittauskunft, eine Unterart des Auskunftsanspruchs. Dieser Anspruch richtet sich nicht gegen den Schuldner, dessen Inanspruchnahme mit den durch den Auskunftsanspruch gewonnenen Informationen geplant ist, sondern dient der Vorbereitung der Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen gegenüber einem Dritten.¹⁵³ Über diesen Dritten – bei dem es sich typischerweise um einen gewerblichen Abnehmer oder Lieferanten des Auskunftspflichtigen handelt – sollen bestimmte Informationen erlangt werden, nämlich dessen Name bzw. Firma und Adresse.¹⁵⁴

(b) Auskunftsanspruch gem. § 8 Abs. 5 UWG

In § 8 Abs. 5 UWG ist neben dem allgemeinen Auskunftsanspruch aus § 242 BGB ein besonderer Auskunftsanspruch geregelt, der Verbände dazu berechtigt, Post-, Telekommunikations-, Tele- und Mediendienste und die an der Erbringung solcher Dienste Mitwirkenden auf Erteilung von Auskünften über Namen und zustellungsfähige Anschrift von am Verkehr dieser Dienste Beteiligten zwecks Durchsetzung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen in Anspruch zu nehmen.¹⁵⁵ Dadurch soll verhindert werden, dass die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen fehlschlägt, weil der Verletzer im geschäftlichen Verkehr nur unter einer Postfachanschrift, Telefonnummer oder Internetadresse auftritt, über die er nicht geladen werden kann. Der Anspruchsverpflichtete muss dem Anspruchsberechtigten den Namen und die zustellungsfähige Anschrift des am Diensteverkehr Beteiligten mitteilen, also etwa den Inhaber einer E-Mail-Adresse, von der Werbemails ohne die gem. § 7 Abs. 3 UWG erforderliche Einwilligung verschickt werden.

e. Der Anspruch auf Beseitigung, insb. der Folgenbeseitigungsanspruch

Das Schutzspektrum des § 8 UWG wird durch den in § 8 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 UWG geregelten Beseitigungsanspruch abgerundet.¹⁵⁶ Dieser ist einschlägig, wenn ein Verstoß gegen § 3 oder § 7 UWG zwar schon abgeschlossen ist, durch ihn jedoch ein rechtswidriger Zustand eingetreten ist, der eine Quelle fortlaufender Störung darstellt.

Die praktische Bedeutung von Beseitigungsansprüchen war im Verbraucherrechtskontext des UWG bisher gering, hat jedoch seit einiger Zeit unter dem Schlagwort lauterkeitsrechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch gesteigerte

¹⁵² BGH, 4.5.2017, Az. I ZR 208/15, GRUR 2017, 823 – *Luftentfeuchter*; dagegen *Hermanns*, GRUR 2017, 977, 980.

¹⁵³ *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, Vor. § 8 Rn. 38.

¹⁵⁴ *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, Vor. § 8 Rn. 38, 99.

¹⁵⁵ *Ohly* in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 8 Rn. 188, 191.

¹⁵⁶ Siehe dazu auch die Ausführungen in der *Case Study* Entgeltklauseln in A.III.c.(3).

Aufmerksamkeit erlangt (dazu ausführlich unter A.III.4.c(3)). Dabei geht es um die Frage, ob der Beseitigungsanspruch auch auf die Rückgängigmachung der Folgen von UWG-Verstößen genutzt werden kann, also auch auf die Herstellung des Status quo ante gerichtet ist.

Das Kammergericht¹⁵⁷ sowie das LG Stuttgart¹⁵⁸ haben in diesem Zusammenhang Rechtsverletzer auf der Grundlage des § 8 Abs. 1 UWG zumindest dazu verurteilt, Verbraucher auf die Unwirksamkeit von AGB, die Unwirksamkeit einer behaupteten Preiserhöhung ohne Zustimmung der Vertragspartner oder sogar auf das mögliche Bestehen von Rückerstattungsansprüchen hinzuweisen. Noch weiter ging das LG Leipzig¹⁵⁹, dass angesichts der Erhebung einer vertraglich nicht vereinbarten „Pfändungsaufwandsgebühr“ zur Folgenbeseitigung durch Rückerstattung verurteilte. Die entsprechenden Entwicklungen werden näher in der Case Study Entgeltklauseln unter A.III.4.c.(3) analysiert.

Die Bejahung auf Rückzahlungen gerichteter Beseitigungsansprüche aus § 8 Abs. 1 UWG ist – ebenso wie Folgenbeseitigungsansprüche im Bereich des geistigen Eigentums – in der Literatur zum Teil auf Kritik gestoßen, da das UWG betroffenen Verbrauchern nicht einmal Individualansprüche zuerkennt und zudem die Grenzen zum verschuldensabhängigen Schadens- und Gewinnabschöpfungsanspruch verwischt würden – derartige Ansprüche passten nicht in das System des UWG.¹⁶⁰ Dergestalt kategorischen Ablehnungen werden teilweise mit der Frage konfrontiert, ob durch einen Ausschluss von Folgenbeseitigungsansprüchen nicht bereits de lege lata bestehende Spielräume ungenutzt blieben, die der EuGH in den Entscheidungen *RWE*, *Pereničová* und *Invitel* bei auf Rückzahlung gerichteten Beseitigungsansprüchen eröffnet habe.¹⁶¹ Im Nachgang des REFIT-Prozesses¹⁶² wird die Kodifizierung von auf Information und Kompensation gerichteten Folgenbeseitigungsansprüchen jedenfalls für AGB-Verstöße diskutiert. In diese Richtung geht auch die neuere Entscheidung des BGH¹⁶³ vom 14.12.2017 im Zusammenhang mit dem UKlaG, auf die noch unter A.III.4.c.(3) näher eingegangen wird.

f. Der Anspruch auf Schadensersatz

Gem. § 9 S. 1 UWG ist seinen Mitbewerbern zum Ersatz verpflichtet, wer vorsätzlich oder fahrlässig eine nach § 3 oder § 7 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt und sie dadurch schädigt. Die Bedeutung dieses Anspruchs in der Praxis ist jedoch hinsichtlich Ersatzforderungen wegen Verstößen verbraucherschützender

¹⁵⁷ KG, 27.3.2013, Az. 5 U 112/11, BeckRS 2013, 09271.

¹⁵⁸ LG Stuttgart, 7.8.2014, Az. 11 O 298/13, VuR 2015, 30.

¹⁵⁹ LG Leipzig, 10.12.2015, Az. 05 O 1239/15, VuR 2016, 109.

¹⁶⁰ So *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 8 Rn. 1.107.

¹⁶¹ So *Micklitz* in: Schulte-Nölke/BMJV, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 7, 11; vgl. auch *Reich*, VuR 2014, 247 ff. zu Folgenbeseitigungsansprüchen im AGB-Recht.

¹⁶² Study for the Fitness Check of EU Consumer and Marketing Law, Main Report 2016, S. 2010 ff.

¹⁶³ BGH, 14.12.2017, Az. I ZR 184/15, GRUR 2018, 423 – *Klauselersatzung*.

Regelungen des UWG ungleich geringer als die des Unterlassungsanspruchs.¹⁶⁴ Ursächlich hierfür ist, dass dem geschädigten Mitbewerber typischerweise die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich seines Schadens dem Grunde und der Höhe nach obliegt. Auch die Möglichkeit der Schadensschätzung nach § 287 ZPO kompensiert nicht die Hindernisse, die sich einem Mitbewerber insbesondere hinsichtlich des Nachweises eines Schadens wegen der Verletzung des § 3 i.V.m. § 5 oder 5a UWG durch eine irreführende Werbung stellen. Dafür müsste er beweisen, dass die Irreführung ursächlich für den Abschluss von Geschäften mit dem Verletzer war und dass es dadurch zu einem Schaden beim Anspruchsteller gekommen ist, weil diese Verbraucher ohne die Irreführung mit ihm kontrahiert hätten. Da dieser Nachweis vom Anspruchsteller kaum je geführt werden kann, ist der Schadensersatzanspruch im Kernbereich der verbraucherschützenden Vorschriften des UWG ohne große Bedeutung. Sein Hauptanwendungsfeld liegt im ergänzenden Leistungsschutz gemäß § 4 Nr. 3 UWG oder beim Schutz von Unternehmensgeheimnissen und Vorlagen gemäß §§ 17, 18 UWG, da hier wegen der Nähe zum gewerblichen Rechtsschutz die Grundsätze zur Schadensberechnung durch Lizenzanalogie und Gewinnabschöpfung zur Anwendung kommen.¹⁶⁵

g. Der Anspruch auf Gewinnabschöpfung

Nach § 10 Abs. 1 UWG kann derjenige, der vorsätzlich eine nach § 3 oder § 7 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt, von Wirtschaftsverbänden, Verbraucherverbänden und Kammern auf Herausgabe dieses Gewinns an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden.

Beim Gewinnabschöpfungsanspruch handelt es sich um einen zivilrechtlichen Anspruch sui generis, dessen Zielrichtung primär die Prävention und damit die Marktsteuerung ist.¹⁶⁶ Durch die mit der Gewinnabschöpfung verbundene Abschreckungswirkung dient er vor allem der Bekämpfung von sog. Streuschäden.¹⁶⁷ Hierbei handelt es sich um Schäden, die in der Person des einzelnen Geschädigten nur eine geringfügige Vermögenseinbuße zur Folge haben, sich jedoch aufgrund der Vielzahl der Betroffenen zu erheblichen Beträgen summieren und damit volkswirtschaftlich von Bedeutung sein können. § 9 UWG und bürgerlich-rechtliche Schadensersatzansprüche bilden in diesen Konstellationen kein ausreichendes Korrektiv, da die Geschädigten, sofern sie den Schaden überhaupt entdecken, wegen

¹⁶⁴ Vgl. statt aller *Ohly* in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 2016, § 9 Rn. 1; *Goldmann* in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, 2016, § 9 Rn. 8.

¹⁶⁵ Vgl. *Ohly* in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 2016, § 9 Rn. 15; BGH, 17.6.1992, Az. I ZR 107/90, GRUR 1993, 55, 57 – *Tschibol/Rollex II*; BGH, 18.2.1977, Az. I ZR 112/75, GRUR 1977, 539, 541 f. – *Prozessrechner*; *Goldmann* in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, 2016, § 9 Rn. 8.

¹⁶⁶ *Henning-Bodewig*, GRUR 2015, 731, 732; *Alexander*, JZ 2006, 890.

¹⁶⁷ *Ohly* in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 2016, § 10 Rn. 1; Begr. RegE UWG 2004, BT-Drucks 15/1487, S. 23; *Goldmann* in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, 2016, § 10 Rn 13; *Micklitz* in: *MüKoUWG*, 2014, § 10 Rn. 2.

seiner Geringfügigkeit oftmals keinen Anreiz haben, einen kostspieligen und risikobehafteten Prozess zu führen, sog. rationale Apathie (dazu noch unter A.V.3.(1)). Andererseits besteht insbesondere auf Märkten mit geringen Gewinnmargen für den Verletzer die Aussicht, durch die Verursachung von Streuschäden Gewinne zu erzielen, die erheblich über den rechtmäßig erzielbaren Margen liegen. Die Gesetzesbegründung zu § 10 UWG nennt als Beispiele für derartige Sachverhaltskonstellationen die Einziehung geringer Beträge ohne Rechtsgrund, die Herbeiführung von Vertragsschlüssen durch irreführende Werbung und den Vertrieb gefälschter Produkte.¹⁶⁸

Der Anspruch hat in der Praxis keine große Bedeutung erlangt. In der Literatur¹⁶⁹ werden dafür insbesondere folgende Gründe genannt:

- Die enge Fassung des Tatbestands im Hinblick auf das Vorsatzerfordernis, da dieser im Prozess nur schwer nachzuweisen ist. Eine Erleichterung besteht insofern, als die Rechtsprechung davon ausgeht, dass ein nach einer berechtigten Abmahnung fortgeführter Verstoß jedenfalls ab diesem Zeitpunkt bedingt vorsätzlich erfolgt.¹⁷⁰
- Das Erfordernis, eine Gewinnerzielung „zu Lasten der Abnehmer“ auch der Höhe nach zu bestimmen.¹⁷¹ Diesbezüglich ist strittig, ob der gesamte durch den Wettbewerbsverstoß erzielte Gewinn herauszugeben ist oder nur der Mehrerlös, also der Gewinnanteil, der erwiesenermaßen gerade auf dem Verstoß beruht und bei rechtmäßigem Alternativverhalten nicht erzielt worden wäre.¹⁷² Letzteres ist in vielen Fallgestaltungen kaum zu handhaben,¹⁷³ etwa bei einem durch irreführende Werbung verursachten Mehrerlös, da es nicht möglich ist, die Wirkung von Werbung für eine Vielzahl von Abnehmern genau zu ermitteln und den Umsatzzahlen des Verletzers zuzuordnen.
- Die Herausgabepflicht an den Bundeshaushalt. Dies mindert die Klageanreize der Anspruchsberechtigten, insbesondere weil sie die Kosten eines verlorenen Prozesses gleichwohl selbst tragen müssen.¹⁷⁴

¹⁶⁸ Begr. RegE UWG 2004, BT-Drucks 15/1487 S. 23.

¹⁶⁹ Vgl. etwa *Henning-Bodewig*, GRUR 2015, 731; *Henning-Bodewig*, Editorial WRP 2017, Heft 4; 4 *Ohly* in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 2016, § 10 Rn. 3; *Micklitz* in: *MüKoUWG*, 2014, § 10 Rn. 3 ff.; *Alexander*, WRP 2012, 1190: Diese Kritik verkennt nicht, dass es durchaus auch Ansätze einer innovativen Rechtsanwendung von § 10 UWG gibt, zB im Verfahren mit O2 (Telefonica) sowie einige erfolgreiche Klagen der Verbraucherverbände, die mit Vergleichen endeten; dazu *Köhler*, WRP 2018, 519, 523.

¹⁷⁰ OLG Frankfurt a. M., 20.5.2010, Az. 6 U 33/09, GRUR-RR 2010, 482 – *heute gratis*.

¹⁷¹ *Ohly* in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 2016, § 10 Rn. 3.

¹⁷² Dazu etwa *Goldmann* in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, 2016, § 10 Rn. 112; *Emmerich* in: *Büscher/Glückner/Nordemann*, FS Fezer, 2016, S. 1027, 1029 f.; LG München I, 17.9.2014, Az. 37 O 16359/13, GRUR-RR 2015, 255 – *Zahnreinigung für 39 €*; *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, 2010, S. 554 f.; *Fezer* in: *Büscher/Erdmann/Haedicke*, FS Bornkamm, 2014, S. 335, 346 ff.; *Köhler* in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 2018, § 10 Rn. 9; *Ohly* in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 2016, § 10 Rn. 7.

¹⁷³ *Goldmann* in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, 2016, § 10 Rn. 113; *Emmerich* in: *Büscher/Glückner/Nordemann*, FS Fezer, 2016, S. 1027, 1029 f.

¹⁷⁴ Vgl. aber zu Möglichkeiten der Prozessfinanzierung OLG Düsseldorf, 7.2.2017, Az. I-20 U 139/15, GRUR-RR

3. Reformpläne: Collective redress/Musterfeststellungs- und Sammelklagen

Die Diskussion um die Stärkung des Verbraucherschutzes durch neue Enforcement-Instrumente wird ganz wesentlich durch die – insbesondere von Verbraucherverbänden erhobene – Forderung nach der Schaffung von auf Kompensation gerichteten kollektiven Rechtsschutzformen geprägt (dazu noch unter A.III.4.b.). Von Seiten der Verbraucherverbände werden große Erwartungen mit der Einführung einer verbraucherschützenden Musterfeststellungsklage verbunden.¹⁷⁵ Im Kern zielt diese auf die verjährungshemmende Bündelung der Beantwortung von Tatsachen- und Rechtsfragen, sog. Feststellungsziele, ab, die für eine Vielzahl von individuellen Klagen von Bedeutung sind und deren Beantwortung durch das zur Feststellung angerufene Gericht Bindungswirkung für diese Individualklagen entfalten soll, um so Rationalisierungseffekte zu verwirklichen.¹⁷⁶ In der Praxis wird sie derzeit durch das KapMuG für Musterfeststellungsklagen in kapitalmarktrechtlichen Schadensersatzprozessen einer Vielzahl von Anlegern erprobt.¹⁷⁷ Dem Konzept der Musterfeststellungsklage (meist ablehnend) gegenübergestellt wird die sog. Sammelklage nach amerikanischem Vorbild (class action), mittels derer ein einzelner Kläger einen Titel für alle erstreiten kann, die in gleicher Weise durch den der Klage zugrundeliegenden Rechtsverstoß betroffen sind.

Auf europäischer Ebene wurde der Diskurs vor allem unter dem Schlag- und Schlüsselwort *collective redress* geführt. 2013 erfolgte eine „Empfehlung“ der Kommission, die den Mitgliedstaaten ein System des kollektiven Rechtsschutzes nahelegte – danach sollen Privatpersonen und Organisationen bei einer Schädigung einer Vielzahl von Personen durch dieselbe rechtswidrige Verhaltensweise eine richterliche Entscheidung zur Abstellung der Verletzung beantragen (Unterlassungsklage) und Ersatz für den durch diese Zuwiderhandlungen verursachten Schaden verlangen (Schadensersatzklage) können.¹⁷⁸ Die Empfehlung ist für die Mitgliedstaaten allerdings nicht verbindlich und eher zurückhaltend formuliert. Sie zeigt jedoch, dass die Kommission kollektive Ersatzansprüche der Verbraucher auf der Agenda hat. So sind Pläne im Rahmen der Ergänzung der Richtlinie über Unterlassungsklagen bekannt geworden, die Verbänden einen Anspruch auf den

2017, 331.

¹⁷⁵ vzbv, Kurzpapier Musterfeststellungsklage – Verbraucherrechte Durchsetzen, 2017, abrufbar unter <https://www.vzbv.de/meldung/musterfeststellungsklage-eine-fuer-alle>. Siehe dazu auch Abschnitt A.V.

¹⁷⁶ Vgl. vzbv, Kurzpapier Musterfeststellungsklage – Verbraucherrechte Durchsetzen, 2017, abrufbar unter <https://www.vzbv.de/meldung/musterfeststellungsklage-eine-fuer-alle>; *Wolff/Lange* in: Vorwerk/Wolf, KapMuG, 2007, Einl. Rn. 1 ff.

¹⁷⁷ Vgl. hierzu überblicksweise *Wolff/Lange* in: Vorwerk/Wolf, KapMuG, 2007, Einl. Rn. 1 ff.

¹⁷⁸ „Commission recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law“. Dazu etwa *Henning-Bodewig*, GRUR 2015, 731, 736.

Ersatz kollektiver Schäden geben würden,¹⁷⁹ Auch die am 11.4.2018 vorgestellte Kommissionsmitteilung „A New Deal for Consumers“ (COM (2018) 183 endg.), auf die hier nicht mehr eingegangen werden konnte, geht in diese Richtung; insb. soll der zusammen mit der Kommissionsmitteilung vorgelegte Richtlinienvorschlag über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher, COM (2018) 184 endg., eine Art Europäische Verbandsklage, die auch den Schadensersatz umfasst, schaffen.

Für die Durchsetzung des UWG passen verbraucherschützende Musterfeststellungs- und Sammelklagen nicht recht, sofern man mit der h.M. davon ausgeht, dass es im UWG um den Schutz der kollektiven Interessen der Verbraucher geht, während die Ansprüche des individuellen Verbrauchers sich aus dem BGB ergeben (vgl. oben, A.I.1.a.(4)). Ihr Einsatzgebiet wäre nach dieser Lesart daher vor allem im Vertrags-, Bereicherungs- und sonstigen Deliktsrecht zu suchen (dazu noch unter A.III.4.b.(2)). Hierfür sprechen auch die für eine Ergänzung der Richtlinie über Unterlassungsklagen angeführten Gründe, nämlich der „Diesel-Skandal“ durch manipulierte Abgasdaten und die massenhafte Streichung von Flügen.

4. Straf- und verwaltungsrechtliche Sanktionen bei Wettbewerbsverstößen

a. Strafrechtliche Sanktionen

Die §§ 17, 18 UWG, die im Zuge der Richtlinie (EU) 2014/943 zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse neu gefasst werden sollen, enthalten Straftatbestände wegen des Verrats von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen und der rechtswidrigen Verwertung von Vorlagen und Materialien technischer Art (Zeichnungen, Modelle, Schablone, Schnitte, Rezepte). Für die Verwirklichung der verbraucherschützenden Dimension des UWG spielen sie keine Rolle, da sie Verhaltensweisen pönalisieren, die ganz überwiegend Mitbewerberinteressen verletzen und zudem im Grenzbereich zum gewerblichen Rechtsschutz anzusiedeln sind. Praktische Bedeutung haben sie jedenfalls nicht erlangt; auch diese Vorschriften werden i.d.R. zivilrechtlich durchgesetzt.

b. Verwaltungsrechtliche Sanktionen

Die direkte Durchsetzung des UWG mittels öffentlich-rechtlicher Sanktionen spielt bisher nur bei der Zuständigkeit der Bundesnetzagentur zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung nach § 20 UWG eine Rolle. Hinzu kommt jedoch, dass zahlreiche

¹⁷⁹ Dazu noch unter, A.II.1, 2; A.III.4.b.(2) sowie A.V.3.

Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 3a UWG verwaltungsrechtlicher Natur sind und dementsprechend auch von Behörden durchgesetzt werden können (vgl. bereits oben unter A.I.1.c.). In derartigen Fällen stellt sich die Frage, wie dieses Nebeneinander zweier Durchsetzungssysteme zu handhaben ist.

(1) § 20 UWG

Gem. § 20 Abs. 1 UWG sind vorsätzliche und fahrlässige Verstöße gegen § 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 oder Abs. 2 Nr. 3 UWG, also Werbeanrufe ohne die erforderliche Einwilligung, auch mittels automatischer Anrufmaschinen, Ordnungswidrigkeiten. Zuständige Behörde für ihre Verfolgung ist die Bundesnetzagentur (BNetzA), § 20 Abs. 3 UWG.

Grund für die Schaffung der Regelung waren anhaltende Probleme mit unerlaubter Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern die Rede war von einer regelrechten „Landplage“. Mit dem Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken vom 1.10.2013¹⁸⁰ wurde der Bußgeldrahmen von 50.000 auf 300.000 Euro erhöht, da die erwünschte Durchsetzungsintensität zuvor nicht erreicht werden konnte.

In Vollzug der Norm sammelt die Bundesnetzagentur Verbraucherbeschwerden wegen unerlaubter Telefonwerbung, auf derer Basis sie gegebenenfalls Bußgeldverfahren gegen die Auftraggeber der Werbeanrufe sowie gegen die ausführenden Call-Center einleitet.¹⁸¹ Dabei verzeichnet die Bundesnetzagentur ein umfangreiches Beschwerdeaufkommen, seit 2014 jährlich ca. 25.000. Zwischen 2010 und 2013 lag die Zahl höher, typischerweise über 30.000. Dieser Anzahl an Verbraucherbeschwerden steht eine relativ geringe Anzahl an Verfahrenseinleitungen gegenüber. Ursächlich hierfür sind vor allem vier Gründe: zahlreiche Beschwerden werden mitunter in einem Verfahren gebündelt, z.B. wenn sich hunderte von Beschwerden gegen dieselbe Werbekampagne eines Unternehmens richten, die Beschwerden sind teilweise nicht hinreichend substantiiert, strafrechtlich relevante Vorgänge werden an die Staatsanwaltschaften abgegeben und es gibt Ermittlungsschwierigkeiten bei Anrufen aus dem Ausland oder solchen mit aufgesetzter, gefälschter oder unterdrückter Nummer. Insgesamt scheint es jedoch seit der Verschärfung des § 20 UWG durch den erhöhten Bußgeldrahmen zu einem Rückgang unerlaubter Telefonwerbung gekommen zu sein. Die Bundesnetzagentur berichtet inzwischen auch offensiv über schwerwiegende Verstöße, indem sie die Verletzer und deren Geschäftspraktiken namentlich nennt und das verhängte Bußgeld publik macht.¹⁸²

¹⁸⁰ BGBl. I S. 3714.

¹⁸¹ Die folgenden Angaben beruhen auf *Schulte-Nölke/Henning-Bodewig/Podszun*, Schlussbericht zur Evaluierung der verbraucherschützenden Regelungen im Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken – Studie für das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 2017, S. 5, abrufbar unter http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/StudienUntersuchungenFachbuecher/Evaluierung_unserioese_Geschaeftspraktiken_Schlussbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

¹⁸² Vgl. BNetzA, PM vom 5.12.2016, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2016/161205_TelWerbung.html.

(2) Vorfrage bei § 3a UWG

Wie unter A.I.1.c. erörtert, stellt sich bei Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 3a UWG, die öffentlich-rechtlicher Provenienz sind, die Frage nach dem Verhältnis von öffentlicher und privater Rechtsdurchsetzung. Dabei besteht bereits im Ausgangspunkt die Problematik, dass die zuständigen Verwaltungsbehörden dem Opportunitäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip verpflichtet sind und Private nach öffentlichem Recht nur gegen eine Rechtsverletzung von Normen vorgehen können, die drittschützend im Sinne der Schutznormtheorie sind.¹⁸³ Vor diesem Hintergrund wird teilweise auf die Gefahr einer „Sanktionenerschleichung“ über § 3 a UWG hingewiesen.¹⁸⁴ Nach h.M. ist ein Nebeneinander der Durchsetzungssysteme – sofern die fragliche öffentliche-rechtliche Norm keine abschließende Regelung darstellt¹⁸⁵ – jedoch grundsätzlich nicht ausgeschlossen, weil für das UWG nicht das Verbot als solches entscheidend ist, sondern die Auswirkung seiner Verletzung auf den Markt.¹⁸⁶

Aus dem Nebeneinander von öffentlicher und privater Rechtsdurchsetzung können verschiedene Konflikte entstehen. Beispielsweise können Wettbewerbs- und Verwaltungsgerichte bzw. Behörden hinsichtlich eines Sachverhalts zu unterschiedlichen Wertungen und Auslegungen kommen; es erfolgt eine Streitbeilegung durch informelles Verwaltungshandeln, etc.¹⁸⁷

Um solche Konflikte zu lösen, haben sich in der Praxis im Wesentlichen drei Grundsätze herausgebildet.

- Für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung ist die Rechtsauffassung einer Verwaltungsbehörde grundsätzlich nicht bindend,¹⁸⁸ wenngleich Respekt vor gefestigter verwaltungsrechtlicher Rechtsprechung angemahnt wird.¹⁸⁹
- Allerdings liegt ein Verstoß gegen § 3a UWG nicht vor, wenn die angegriffene Verhaltensweise durch einen Verwaltungsakt ausdrücklich erlaubt wurde und dieser nicht nichtig ist.¹⁹⁰
- Allein aus der Duldung eines Verhaltens durch die zuständige Behörde lässt sich hingegen grundsätzlich kein im UWG-Verfahren zu berücksichtigender

¹⁸³ Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 3a Rn. 9.

¹⁸⁴ Vgl. Köhler, GRUR 2001, 777, 782; kritisch auch Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 3a Rn. 9.

¹⁸⁵ Vgl. zu abschließenden Regelungen Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 3a Rn. 10.

¹⁸⁶ Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 3a Rn. 9.

¹⁸⁷ Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 3a Rn. 11; Metzger in: Teplitzky/Peifer/Leistner, GroKo-UWG, § 4 Nr. 11 UWG a.F. Rn. 17; zu möglichen Rechtsfolgenkonflikten auch Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 3a Rn. 1.33 ff.

¹⁸⁸ BGH, 23.6.2005, Az. I ZR 194/02, GRUR 05, 778, Rn. 779 – *Atemtest I*; BGH, 20.10.2005, Az. I ZR 10/03, GRUR 2006, 82, Rn. 21) – *Betonstahl*; vgl. Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 3a Rn. 11.

¹⁸⁹ Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 3a Rn. 11; Doepner, GRUR 2003, 825, 830.

¹⁹⁰ BGH, 23.6.2005, Az. I ZR 194/02, GRUR 2005, 778, Rn. 779 – *Atemtest I*; BGH, 24.9.2013, Az. I ZR 73/12, GRUR 2014, Rn. 10 f. – *Atemtest II*; vgl. Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 3a Rn. 11.

Vertrauensschutz herleiten;¹⁹¹ ein solcher kann allenfalls bei Schadensersatz- und Gewinnabschöpfungsansprüchen (beim Verschulden) eine Rolle spielen.¹⁹² Für die betroffenen Unternehmen, die sich auf die Rechtsauffassung der Behörde verlassen, bringt dies eine gewisse Planungsunsicherheit mit sich.¹⁹³

(3) Weitere Beispiele behördlicher Rechtsdurchsetzung außerhalb des UWG

Neben den bereits genannten Beispielen der behördlichen Durchsetzung lauterkeitsrechtlicher Vorschriften bestehen bereits heute zahlreiche behördliche Kompetenzen zur Durchsetzung verbraucherrechtlicher Vorschriften auf Bundes- und Landesebene sowie auf kommunaler Ebene. Auf Bundesebene sind insbesondere die Befugnisse der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und der bereits angesprochenen Bundesnetzagentur zu nennen. Auf Landesebene ist die Tätigkeit der Landesmedienanstalten hervorzuheben, die auf der Grundlage von §§ 7, 58 RStV in jüngster Zeit insbesondere gegen Rechtsverstöße im Bereich des sog. Influencer Marketing vorgegangen sind.¹⁹⁴ Hinzu kommen gewerberechtlich Befugnisse kommunaler und regionaler Aufsichtsbehörden und der Staatsanwaltschaften.

i. Bundesnetzagentur

Am Beispiel der Bundesnetzagentur lässt sich das breite Spektrum der Instrumente zur behördlichen Verbraucherrechtsdurchsetzung veranschaulichen, das einer Bundesbehörde schon heute zur Verfügung steht. Die Bundesnetzagentur verfolgt Verbraucherrechtsverstöße auch außerhalb ihrer bereits dargestellten Befugnisse aus § 20 UWG durch Missbrauchsverfahren auf der Grundlage des § 67 TKG:

Nach § 67 Abs. 1 S. 1 TKG kann die BNetzA Anordnungen und andere geeignete Maßnahmen treffen, um die Einhaltung materiellen Verbraucherrechts bei Verstößen mit Bezug zur Nummernverwaltung sicherzustellen. Maßnahmen, die die BNetzA hierbei treffen kann sind beispielsweise Abmahnungen, die Anordnung der Abschaltung von Rufnummern, Rechnungslegungs- und Inkassierungsverbote, Portierungsverbote, Geschäftsmodelluntersagungen und Schaltungsverbote.

Bei § 67 TKG handelt es sich um eine sehr weite Befugnisgrundlage; jegliche Verstöße bei der Nummernnutzung insbesondere mit Blick auf Verbraucher- und

¹⁹¹ Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 3a Rn. 11.

¹⁹² BGH, 23.6.2005, Az. I ZR 194/02, GRUR 2005, 778, 779 – *Atemtest I*; BGH, 20.10.2005, Az. I ZR 10/03, GRUR 2006, 82, Rn. 21 – *Betonstahl*, ebenso Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 3a Rn. 1.45 f. und Schaffert in: MüKoUWG, 2014, § 4 Nr. 11 a.F. Rn. 41; anders noch BGH, 11.10.,2001, Az. I ZR 172/99, GRUR 2002, 269, 270 – *Sportwetten-Genehmigung*.

¹⁹³ Kritisch insofern auch Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 3a Rn. 11.

¹⁹⁴ Siehe dazu die *Case Study* Influencer Marketing in Abschnitt A.III.1.

Kundenschutzbelange sind nach der Rechtsprechung erfasst.¹⁹⁵ Im Verbraucherrechtskontext geht die BNetzA auf dieser Grundlage insbesondere gegen Verstöße gegen die Regelungen des TKG zu Preisangaben (§§ 66a, 66b TKG) oder Warteschleifen (§ 66g TKG) vor.¹⁹⁶ Über § 67 TKG wurden daneben aber auch Verstöße insbesondere gegen § 5 UWG mit Bezug zur Nummernverwaltung angegriffen. Beispiele sind Geschäftsmodelluntersagungen wegen Irreführungen durch postalische Branchenbuchschriften¹⁹⁷, die Abschaltung von Ortsnetzzurufnummern, mit denen u.a. Umzugs- und Entrümpelungsunternehmen sowie Schlüsseldienste Ortsnähe vorgetäuscht haben¹⁹⁸, sowie die Untersagung der Versendung irreführender Werbeschreiben durch die Vodafone Kabel Deutschland GmbH¹⁹⁹.

Daneben ist die BNetzA in all ihren Aufsichtsbereichen verbraucherberatend tätig, tritt im Regulierungsbereich Post als Schlichter auf und ist Anlaufstelle für postbezogene Verbraucherbeschwerden. Auf der Grundlage des § 31 EnWG kann sie zudem Missbrauchsverfahren gegen Betreiber von Energieversorgungsnetzen führen, die auch Verbraucher einleiten können, wobei Verbraucher als Haushaltskunden allerdings typischerweise nicht direkt von Fragen des Netzanschlusses bzw. Netzzugangs betroffen sind.

ii. Bundesanstalt für Finanzaufsicht

Die BaFin ist gem. § 4 Abs. 1a S. 1 FinDAG innerhalb ihres gesetzlichen Auftrags auch dem Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen verpflichtet.²⁰⁰ Sie kann in diesem Rahmen unbeschadet weiterer Befugnisse nach anderen Gesetzen gegen Institute und andere Unternehmen, die nach dem Kreditwesengesetz, dem Zahlungsdienstleistungsaufsichtsgesetz, dem Versicherungsaufsichtsgesetz, dem Wertpapierhandelsgesetz, dem Kapitalanlagegesetzbuch sowie nach anderen Gesetzen von ihr beaufsichtigt werden, alle Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, um Verbraucherschutzrelevante Missstände zu verhindern oder zu beseitigen, wenn eine generelle Klärung im Interesse des Verbraucherschutzes geboten erscheint, § 4 Abs. 1a S. 2 FinDAG. Ein Missstand in diesem Sinne ist ein erheblicher, dauerhafter oder wiederholter Verstoß gegen ein Verbraucherschutzgesetz, der nach seiner Art oder seinem Umfang die Interessen nicht nur einzelner Verbraucherinnen oder Verbraucher gefährden kann oder

¹⁹⁵ OVG NW, 25.3.2010, Az. 13 B 226/10, MMR 2010, 595; OVG NW, 25.06.2008, Az. 13 B 668/08, MMR 2009, 286.

¹⁹⁶ Stellungnahme der BNetzA vom 22.12.2017, S. 4.

¹⁹⁷ Stellungnahme der BNetzA vom 22.12.2017, S. 7 f.

¹⁹⁸ Stellungnahme der BNetzA vom 22.12.2017, S. 7 f.; 2017 wurden in diesem Zusammenhang 52.000 Abschaltungsanordnungen getroffen, vgl. Pressemitteilung der Bundesnetzagentur vom 27.6.2017, <https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2017/27062017_Rufnummern.html>.

¹⁹⁹ Stellungnahme der BNetzA vom 22.12.2017, S. 7 f.

²⁰⁰ Vgl. hierzu *Roth*, GWR 2015, 243; *Möllers/Kastl*, NZG 2015, 849; *Bröker/Machunsky*, BKR 2016, 229, 230; *Buck-Heeb*, NJW 2015, 2535.

beeinträchtigt, § 4 Abs. 1a S. 3 FinDAG. Hintergrund der Neuregelungen waren insbesondere Missstände auf dem sog. grauen Kapitalmarkt und ein im Zuge dessen offenbartes Regulierungsgefälle zwischen regulärem und grauem Kapitalmarkt.²⁰¹ Den Anstoß gab die Insolvenz des Energieunternehmens *Prokon Regenerative Energien GmbH*, in deren Zusammenhang bei Kleinanlegern ein Schaden von 500 Mio. Euro eingetreten sein soll.²⁰²

Mögliche verbraucherschützende Maßnahmen der BaFin sind Warnungen vor bestimmten Finanzprodukten, Bekanntmachungen von Maßnahmen bei Verstößen gegen das Vermögensanlagegesetz oder Produktinterventionen nach § 15 WpHG, durch die als Einzel- oder Allgemeinverfügung der Vertrieb bestimmter Finanzprodukte im Interesse des Anlegerschutzes untersagt werden kann.²⁰³ Im Rahmen ihrer aufsichtsrechtlichen Kompetenzen kann die BaFin unabhängig von der Produktintervention auch gegen die irreführende Werbung für Finanzprodukte vorgehen, § 12 VermAnlG macht strenge Vorgaben an die Gestaltung von Werbung für öffentlich angebotene Vermögensanlagen.²⁰⁴ Daneben nimmt die BaFin Verbraucherbeschwerden entgegen, § 4b FinDAG, und stellt auf ihrer Website verbraucherberatende Inhalte zur Verfügung.

Im Zuge des Zahlungskontengesetzes (ZKG), das am 11.4.2016 in Kraft getreten ist, ist die BaFin neben dem kollektiven auch dem individuellen Verbraucherschutz verpflichtet: gem. § 49 ZKG ordnet die BaFin gegenüber Instituten, die Zahlungskonten für Verbraucher anbieten und daher gem. § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG verpflichtet sind, mit einem berechtigten Verbraucher auf Antrag einen Basiskontovertrag zu schließen, den Abschluss eines Basiskontovertrags oder die Eröffnung eines Basiskontos zugunsten des Berechtigten an, wenn keiner der Ablehnungsgründe der §§ 35 bis 37 ZKG vorliegt, § 34 ZKG, und das verpflichtete Institut den Antrag entweder unzulässigerweise ablehnt (§ 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZKG) oder die Entscheidungsfristen des § 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 ZKG nicht einhält. Das diesbezügliche Verfahren wird durch § 48 ZKG näher ausgestaltet. Bei dieser Form des behördlichen Verbraucherschutzes handelt es sich um ein absolutes Novum.²⁰⁵

iii. Luftfahrt-Bundesamt

Das Luftfahrt-Bundesamt setzt die Bestimmungen der Fluggastrechte-Verordnung VO (EG) 261/2004 sowie die EG-VO Behindertenrechte auf Flugreisen VO (EG) 1107/2006 im Ordnungswidrigkeitenverfahren mittels Bußgeldern auf Grundlage von § 108 Abs. 2 LuftVZO resp. § 108 Abs. 4 LuftVZO durch, § 63d Nr. 1 S. 1 LuftVZO i.V.m. Art. 16 Abs. 1 VO (EG) 261/2004. Hierfür kann es gem. § 63d Nr. 2 LuftVZO die

²⁰¹ Roth, GWR 2015, 243.

²⁰² Vgl. Möllers/Kastl, NZG 2015, 849 m.w.N. aus der Presse.

²⁰³ Vgl. Roth, GWR 2015, 243.

²⁰⁴ Bröker/Machunsky, BKR 2016, 229, 230; Buck-Heeb, NJW 2015, 2535, 2539.

²⁰⁵ Eingehend Klöppel, WM 2017, 1090.

notwendigen Auskünfte verlangen und Überprüfungen der Luftfahrzeuge und des Unternehmens durchführen. Es ist zugleich gem. § 63d Nr. 2 LuftVZO Beschwerdestelle i.S.d. Art. 16 Abs. 2 VO (EG) 261/2004.206.

iv. Eisenbahn-Bundesamt

Das Eisenbahn-Bundesamt setzt Fahrgastrechte im Eisenbahn-, Schiffs- und Kraftomnibusverkehr durch. Gem. § 9 EU-Fahrgastrechte-Schiffahrtgesetz i.V.m. § 4 Abs. 1 EU-Fahrgastrechte-Schiffahrt-Verordnung ahndet es Verstöße gegen die in der VO (EU) Nr. 1177/2010 niedergelegten Schiffgastrechte mittels Bußgeldern, § 4 Abs. 2 EU-FahrgastRSchiffV. Es kann zudem die notwendigen Maßnahmen treffen, die zur Feststellung, Beseitigung oder Verhütung von Verstößen gegen die Verordnung (VO) 1177/2010 erforderlich sind, § 4 Abs. 1 S. 1 EU-FahrgastRSchiffG, insbesondere die Beseitigung und das Unterlassen von Verstößen anordnen, § 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EU-FahrgastRSchiffG. Es hat zudem die in § 4 Abs. 1 Nr. 2, 3 und Abs. 2 EU-FahrgastRSchiffG vorgesehenen Ermittlungsbefugnisse. Der Struktur des EU-Fahrgastrechte-Schiffahrtgesetz entsprechend setzt das Eisenbahn-Bundesamt Busgastrechte i.S.d. VO (EU) 181/2011 nach EU-Fahrgastrechte-KraftomnibusG durch, vgl. § 3 Abs. 1 und § 4 EU-FahrgRBusG, auch mittels Bußgeldern, § 9 EU-FahrgastRBusG. Das Eisenbahn-Bundesamt ist zudem subsidiäre Beschwerdestelle, wenn Beschwerden beim Beförderer nicht im Schlichtungsverfahren abgeholfen wurde, vgl. § 3 Abs. 2 EU-FahrgastRSchiffG i.V.m. § 2 EU-FahrgastRSchiffV resp. § 3 Abs. 2 EU-FahrgRBusG.

v. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz ist für die Verfolgung innergemeinschaftlicher Verbraucherrechtsverstöße zuständig, sofern nicht eine Sonderzuständigkeit von Bundesnetzagentur, Kraftfahrt-Bundesamt, Luftfahrt-Bundesamt, Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht oder Landesbehörden gegeben ist, vgl. § 2 VSchDG (zur CPC-Verordnung näher unter A.II.1.d.).

vi. Landes- und Kommunalbehörden

Es wird eine ganze Bandbreite an verbraucherschützenden Normen durch Landes- und Kommunalbehörden durchgesetzt. Von den in § 2 UKlaG genannten Verbraucherschutzgesetzen und den in Literatur und Rechtsprechung als dem Geltungsbereich des § 2 UKlaG zugehörig anerkannten Verbraucherschutzgesetzen, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher im Blick haben, werden durch nach Landesrecht zuständige Landes- oder Kommunalbehörden beispielsweise durchgesetzt:

²⁰⁶ Überblick bei *Degott* in: Schmid, BeckOK Fluggastrechte-Verordnung, 2018, Art. 16 Rn. 4 ff.

- Datenschutzrecht, sofern es um die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten von natürlichen Personen in ihrer Eigenschaft als Verbraucher zu kommerziellen Zwecken geht, insbesondere § 4 BDSG (dazu unter A.I.1.c.(3)),
- Vorschriften der Preisangabenverordnung (PreisAngV), dazu unter A.I.c.(2)),
- Produktkennzeichnungsvorschriften der Verordnung über Verbraucherinformationen zu Kraftstoffverbrauch, CO₂-Emissionen und Stromverbrauch neuer Personenkraftwagen (Pkw-EnVKV),
- Täuschungsschutz in § 25 Weingesetz (WeinG), § 15 Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch (LFGB), § 3 ff. Heilmittelwerbegesetz (HWG), § 8 Arzneimittelgesetz (AMG),
- Informationspflichten in §§ 5,6 und 15a Telemediengesetz (TMG),
- werberechtliche Verbote und Kennzeichnungspflichten der §§ 7, 58 Rundfunkstaatsvertrags (RStV) (dazu unter A.III.1.b.),
- jugendschützende Anforderungen an Werbung und Teleshopping in § 6 Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV) (dazu unter A.III.1.h.).

Teilweise variiert dabei die Verortung innerhalb des Verwaltungsaufbaus von Ländern und Kommunen und die Bezeichnung der jeweils zuständigen Behörde. Teilweise gibt es jedoch auch große Übereinstimmungen, etwa bei den Landesmedienanstalten und den Landesdatenschutzbeauftragten.

5. Zusammenfassung

a. Der über das UWG gewährte Verbraucherschutz

Der Verbraucherschutz zählt seit Mitte des letzten Jahrhunderts zum Normzweck des deutschen Lauterkeitsrechts, was im UWG 2004 nunmehr auch *expressis verbis* in § 1 UWG zum Ausdruck gelangt. Danach schützt das UWG gleichberechtigt Mitbewerber, Verbraucherinnen/Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Geschützt sind weiter die Interessen der Allgemeinheit, jedoch beschränkt auf das Funktionieren des Wettbewerbs. Kennzeichnend für das sog. integrierte Modell des UWG ist, dass jedenfalls im Grundsatz der Schutz von Mitbewerbern und Verbrauchern als „zwei Seiten derselben Medaille“ angesehen wird.

Dieser Ansatz war ursprünglich auch der des europäischen Rechts. Das neuere

Unionsrecht differenziert jedoch zunehmend zwischen Regelungen, die entweder dem Verbraucherschutz oder dem Mitbewerberschutz dienen – am deutlichsten im Irreführungsrecht, wo die auf B2C-Tatbestände beschränkte RL 2005/29/EG zusammenhangslos neben der auf B2B-Tatbestände beschränkten Richtlinie 2006/114/EG steht. Dies hat dazu geführt, dass nunmehr auch im UWG einige Tatbestände auf den Verbraucherschutz zugeschnitten sind.

Im UWG erfolgt der Verbraucherschutz daher

- über einzelne direkt auf Verbraucher bezogene Tatbestände (B2C),
- über die alle Interessen schützenden Normen (B2B/B2C),
- über die Einbeziehung von Informationspflichten aus zahlreichen Verbraucherschutznormen des Unionsrechts in das UWG.

Über den Rechtsbruchtatbestand in § 3a UWG wird weiter eine große Anzahl von außerwettbewerbsrechtlichen Marktverhaltensregeln des Verbraucherschutzes dem UWG unterstellt. Dieser indirekte Verbraucherschutz ist in der Praxis von erheblicher Bedeutung und wird insbesondere durch die für § 3a UWG aktivlegitimierten Mitbewerber und Verbände durchgesetzt.

Nach allgemeiner Auffassung ist der Schutz der Verbraucher im UWG ein funktionaler, auf den Marktmechanismus bezogener Schutz, d.h. es geht um die Verhinderung von Verfälschungen der Entscheidungsgrundlage des Verbrauchers, z.B. indem irreführende und aggressive Geschäftspraktiken unterbunden werden. Der vom UWG gewährte Verbraucherschutz ist folglich generalpräventiver Natur; er schützt die kollektiven Interessen der Verbraucher, während sich der (repressive) Rechtsschutz des einzelnen Verbrauchers aus den Rechten im BGB ergeben soll. Der Ausschluss individueller Verbraucherrechte aus dem UWG wird z.T. aus Verbrauchersicht kritisiert. Dass es dadurch im deutschen UWG zu einer Senkung des Verbraucherschutz-niveaus (im Verhältnis zu andern EU-Staaten) käme, lässt sich hingegen nicht sagen – dieses wird im Gegenteil als hoch angesehen.

b. Die Durchsetzung des über das UWG gewährten Verbraucherschutzes

Obgleich das deutsche Lauterkeitsrecht bereits im UWG 1909 einige Straftatbestände kannte und obgleich seit einigen Jahren die unerlaubte Telefonwerbung durch die Bundesnetzagentur sanktioniert werden kann, fußt die Durchsetzung des UWG in der Praxis nach wie vor fast ausschließlich auf der Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche durch die Mitbewerber, ihre Verbände, die Verbraucherverbände und die Kammern.

Dabei kommt wiederum den Unterlassungsansprüchen aus § 8 Abs. 1 UWG eine zentrale Rolle zu; sie dürften der ganz überwiegenden Mehrheit aller lauterkeitsrechtlichen Verfahren zugrunde liegen. Damit dominiert im UWG eine

zukunftsgerichtete Marktverhaltenskontrolle, die im Kern auf Prävention setzt. Seine Effizienz verdankt die Verhaltenssteuerung durch Unterlassungsansprüche auch dem auf außergerichtliche Konfliktlösung gerichteten vorgeschalteten Abmahnprozedere und der vereinfachten Möglichkeit, Unterlassungsansprüche mittels einstweiliger Verfügungen durchzusetzen. Dies entspricht dem Interesse der Schutzsubjekte an einem raschen Abstellen von UWG-Verstößen, bevor diese tiefgreifendere Verwerfungen im Wettbewerb, die auch durch spätere Schadensersatzansprüche nicht völlig ausgeglichen werden können, verursachen.

In der Mehrzahl aller Fälle führt dieser Enforcement-Ansatz, auch aus der Sicht der Verbraucher, zu interessengerechten Lösungen. Neben der Tätigkeit der Verbraucherverbände, die auch einen Großteil der Verbraucheraufklärung übernehmen und pro Jahr ca. 800-1000 Sachverhalte überprüfen, ist dies auf die intensive Tätigkeit der Wirtschaftsverbände zurückzuführen. Die Wettbewerbszentrale befasst sich z.B. pro Jahr mit ca. 11.000-15.000 Sachverhalten, häufig auch mit Verbraucherbezug, und spricht in über der Hälfte eine Abmahnung aus. Sie wird nicht nur auf Beschwerden hin aktiv, sondern untersucht ihrerseits bestimmte Marktentwicklungen, z.B. neue Geschäftsmodelle. Hinzu kommt die Rechtsdurchsetzung über die Mitbewerber, die infolge des integrierten Ansatzes des UWG gleichfalls gegen die Verletzung von Verbraucherschützenden Normen vorgehen können.

Insbesondere wenn der Wettbewerbsverstoß sich unschwer belegen lässt, was häufig bei Streitfällen im Irreführungsrecht und bei Verstößen gegen die über den Rechtsbruchtatbestand einbezogenen Verbraucherschutzgesetze der Fall ist, dürfte die Durchsetzung über den schnellen, kostengünstigen Unterlassungsanspruch daher flächendeckend zur Unterbindung von Wettbewerbsverstößen beitragen.

c. Reformpläne (Collective redress, Musterfeststellungsklage)

Der Unterlassungsanspruch hat allerdings, wie jeder zivilrechtliche Anspruch Nachteile, die sich insbesondere in den Sachverhaltskonstellationen, die nicht zu den „Standardfällen“ gehören, zeigen können.

- So liegt es im Ermessen der Mitbewerber oder Verbände, ob sie gegen ihnen bekannte oder vermutete Wettbewerbsverstöße vorgehen oder nicht. Mitunter kann ein branchenweites Desinteresse an einem Vorgehen durch Mitbewerber bestehen, das nicht immer durch das Eingreifen der Verbände ausgeglichen wird.
- Kommt es zu einem Prozess, so haben es die Parteien in der Hand, durch taktisches Vorgehen, z.B. durch die Abgabe einer Unterlassungserklärung oder ein Anerkenntnis, ein für sie negatives Urteil oder einen Beschluss zu verhindern.
- Ist der für den Wettbewerbsverstoß Verantwortliche unbekannt oder liegen die die Unlauterkeit begründenden Umstände in seiner Sphäre, so ergeben sich nicht

selten Ermittlungsschwierigkeiten. Die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs setzt den Nachweis des Wettbewerbsverstößes voraus bzw. im einstweiligen Verfügungsverfahren seine Glaubhaftmachung. Trotz gewisser Beweiserleichterungen stößt dies bei privaten Klägern z.T. auf Schwierigkeiten, da ihnen nur geringe Möglichkeiten eines Auskunftsanspruchs zur Verfügung stehen.

- Die Sachverhaltsaufklärung und/oder die Rechtsfragen können so komplex sein, z.B. bei Verstößen im Umweltbereich, dass private Kläger wegen des Kostenrisikos vor einer Klage zurückschrecken.
- Die Wirkung des zivilrechtlichen Urteils beschränkt sich auf die Parteien des Zivilprozesses (*inter partes*-Wirkung), wenngleich gerade bei wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten oft eine faktische Bindungswirkung wichtiger Urteile zu beobachten ist.

Die Dominanz des in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruchs ist auch durch die Schwäche anderer Ansprüche bedingt. So spielen Schadensersatzansprüche nach § 9 UWG für die Verwirklichung der verbraucherschützenden Dimension des UWG keine Rolle. Bei dem 2004 eingeführten zivilrechtlichen Anspruch auf Gewinnabschöpfung in § 10 UWG dürften die tatbestandlichen und konzeptionellen Hürden ursächlich für das eher kümmerliche Dasein dieses mit großer Hoffnung für den Verbraucherschutz eingeführten Durchsetzungsinstruments sein. Generell spielt aber auch die Merkmalsstruktur der lauterkeitsrechtlichen Verbotstatbestände eine Rolle, die „Unlauterkeitserfolge“ in ihrer Mehrzahl nicht in den Blick nehmen, sondern abstrakte Gefährdungsdelikte darstellen.

Der Gesetzgeber hat wiederholt eine „Nachbesserung“ innerhalb des bewährten zivilrechtlichen Systems versucht. Das 1998 eingeführte Vertragslösungsrecht des Verbrauchers bei bestimmten Formen der irreführenden Werbung (§ 13a UWG a.F.) erwies sich freilich als Fehlschlag und wurde bei der 2004 erfolgten Neufassung des UWG wieder aufgehoben. Der als Ausgleich neu eingeführte Anspruch auf Gewinnabschöpfung in § 10 UWG, der ein neues zivilrechtliches Rechtsschutzinstrument *sui generis* darstellt, ist, wie dargestellt, in der derzeitigen Fassung wenig erfolgreich. Welche Wirkung die unlängst beschlossene Einführung einer Musterfeststellungsklage, die gleichfalls dem Zivilrecht zuzuordnen wäre, entfalten wird, lässt sich zurzeit noch nicht abschätzen (hierzu näher unter A.V.3.). Ihre Bedeutung dürfte weniger im UWG-Bereich als vielmehr im Bereich des Vertragsrechts, insbesondere im AGB-Recht, liegen.²⁰⁷ Tendenziell zeichnet sich jedoch nicht zuletzt durch die auf europäischer Ebene angestoßene Diskussion beim Verbraucherschutz eine Entwicklung in Richtung auf kollektive Rechtsschutzmöglichkeiten ab und zwar auch bei Schadensersatz- und Ausgleichsansprüchen; dies wird besonders deutlich bei dem von der Kommission am 11.4.2018 vorgestellten Maßnahmenpaket „A New

²⁰⁷ Vgl. Study for the Fitness Check of EU consumer and marketing law, Main Report, 2017, S. 2010 ff.

Deal for Consumers“ (COM (2018) 185 endg.), auf das hier nicht mehr eingegangen werden konnte.

d. Verhältnis UWG/verwaltungs- und strafrechtliche Sanktionen

Die im UWG vorgesehenen strafrechtlichen Sanktionen (§§16-18 UWG) spielen in der Praxis jedenfalls beim Verbraucherschutz keine Rolle. Anders kann dies bei solchen Tatbeständen liegen, die zwar als verbraucherschützende Marktregulierung über § 3a UWG in das UWG einbezogen werden, als Primärnorm jedoch öffentlich-rechtlich sanktioniert sind. Eine Zweigleisigkeit von zivil- und öffentlich-rechtlicher Durchsetzung kann sowohl durch parallele Entscheidungen von Bundesbehörden als auch durch solche der Landes- und Kommunalbehörden entstehen. Häufig wird die schnelle, flexible Durchsetzung über das UWG bevorzugt, da hier Mitbewerber und Verbände selbst „das Heft in die Hand nehmen“ können.

II. Kritik am Durchsetzungsregime

Der in A I dargestellte zivilrechtliche Regelungsansatz des deutschen UWG ist aus europäischer Sicht nicht unumstritten. Es ist daher zu fragen, ob dieser Ansatz mit dem bestehenden primären und sekundären Unionsrecht vereinbar ist bzw. – unter Berücksichtigung neuerer Entwicklungen auf europäischer Ebene – vereinbar wäre. Ergänzend soll darauf eingegangen werden, ob das zivilrechtliche Durchsetzungssystem des deutschen Rechts im europäischen Vergleich eine Außenseiterstellung einnimmt, die die künftige Harmonisierung erschwert. Sodann ist zu untersuchen, welche Argumente genau hinter der in den letzten Jahren geäußerten Kritik am zivilrechtlichen Ansatz des UWG stehen; dabei soll es vor allem um die Perspektive aus ökonomischer Sicht gehen.

1. Die unionsrechtliche Perspektive, insb. CPC-VO

Alle Vorschriften des Wirtschaftsrechts der EU-Staaten, also auch das deutsche UWG, sind am primären Unionsrecht und, soweit sie auf europäischen Richtlinien und Verordnungen beruhen, an den Vorgaben dieser Richtlinien und Verordnungen zu messen.

Das deutsche Lauterkeitsrecht ist wiederholt auf der Grundlage des primären Unionsrechts, also insbesondere des Grundsatzes der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) beurteilt worden.²⁰⁸ Dabei ging es jedoch vorwiegend um materiellrechtliche Vorschriften und ihre Auslegung (insbesondere des Irreführungsrechts), nicht um die Rechtsfolgen.

Vorgaben für die Ausgestaltung der Sanktionierung von Wettbewerbsverstößen sind daher vor allem in den Richtlinien und Verordnungen im Bereich des Lauterkeitsrechts zu suchen.

a. Richtlinie 2005/29/EU über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL)

Das deutsche UWG von 2004 ist, insbesondere nach seinen Reformen von 2008 und 2015, in weiten Teilen von der auf eine Vollharmonisierung abzielenden Richtlinie 2005/29/EG (sog. UGP-Richtlinie) bestimmt.²⁰⁹ Diese dient zwar ausschließlich dem Schutz der Verbraucher und nicht, wie das UWG, auch dem Schutz der Mitbewerber und der Allgemeinheit, hat jedoch dazu geführt, dass Teile des UWG nunmehr fast wörtlich mit der UGP-Richtlinie übereinstimmen. Was das materielle Recht betrifft, so

²⁰⁸ Ausführlich dazu etwa *Glöckner* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bavendamm, UWG-Kommentar, 2016, Einl.B Rn. 10 ff.

²⁰⁹ Dazu im Einzelnen *Glöckner* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bavendamm, UWG-Kommentar, 2016, Einl.B. Rn. 12 ff.; *Keller* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG-Kommentar, 2016, Einl.A Rn. 1 ff.

sind die Vorgaben des Unionsrechts engmaschig²¹⁰ und werden streng von Kommission und EuGH kontrolliert.

Dies gilt freilich nicht für die Rechtsfolgen. Die UGP-Richtlinie ist, was die Sanktionierung von Wettbewerbsverstößen betrifft, weit gefasst. Sie setzt damit die bereits in den früheren Richtlinien über irreführende und vergleichende Werbung von 1984/1997 (jetzt Richtlinie 2006/114/EG) eingeschlagene Richtung fort, das Enforcement weitgehend den Mitgliedstaaten zu überlassen. In diesen ersten auf dem Gebiet des Lauterkeitsrechts erlassenen Richtlinien hatte sich der europäische Gesetzgeber bewusst mit der Regelung der Sanktionen zurückgehalten und nur einen sehr allgemeinen Rahmen gesetzt. Damit sollten die Richtlinien für die unterschiedlichen, historisch gewachsenen Sanktionssysteme innerhalb der EU konsensfähig bleiben. Eine echte Harmonisierung erschien nicht durchsetzbar; dazu waren (und sind) die Unterschiede etwa zwischen dem zivilrechtlichen Ansatz in Deutschland und Österreich, dem auf die Selbstkontrolle setzenden Ansatz in Großbritannien, dem „Behördenmodell“ einiger osteuropäischen Staaten und dem skandinavischen Ombudsmannsystem zu groß.

Die UGP-Richtlinie hat diese weite Rahmenregelung im Wesentlichen aufgegriffen. So umreißen die Erwägungsgründe 21-25 relativ vage die unionsrechtlichen Vorgaben. Entsprechend knapp ist auch der Richtlinien text.

- Gemäß Art. 11 Abs. 1 sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, „im Interesse der Verbraucher sicherzustellen, dass geeignete und wirksame Mittel zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken vorhanden sind“.
- Nach Art. 11 Abs. 2 müssen diese Mittel Rechtsvorschriften umfassen, die es Personen oder Organisationen, die nach dem nationalen Recht ein berechtigtes Interesse an der Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken haben, „einschließlich Mitbewerbern“, gestatten, entweder gerichtlich gegen diese vorzugehen oder ein Verfahren bei einer Verwaltungsbehörde einzuleiten.
- Nach Art. 11 Abs. 3 bleibt es jedem Mitgliedstaat vorbehalten zu entscheiden, welche dieser Rechtsbehelfe er zur Verfügung stellen wird und ob das Gericht oder die Verwaltungsbehörde ermächtigt werden soll, vorab die Durchführung eines Verfahrens vor anderen bestehenden Einrichtungen zur Regelung von Beschwerden zu verlangen.
- Nach Art. 11 Abs. 2 müssen die Behörden oder die Gerichte Befugnisse haben, die Einstellung der unlauteren Geschäftspraktiken anzuordnen, und zwar auch im Wege des vorbeugenden Unterlassungsanspruchs, unabhängig vom

²¹⁰ So hat die Kommission die Reform des deutschen UWG von 2008, die die Vorgaben der Richtlinie (auch sprachlich) in das deutsche System einzupassen versuchte, als ungenügend beanstandet, was zu einer erneuten Reform von 2015 führte. Dazu etwa *Keller* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG., 2016, Einl. A Rn. 26 ff.

Nachweis eines Schadens oder Verschuldens. Diese Möglichkeit muss in einem beschleunigten Verfahren mit vorläufiger oder endgültiger Wirkung bestehen.

- In Art. 12 sind für die Gerichte und Verwaltungsbehörden bestimmte Befugnisse vorgesehen, um die Richtigkeit von Tatsachenbehauptungen zu überprüfen.
- Nach Art. 13 legen die Mitgliedstaaten „die Sanktionen fest, die bei Verstößen gegen die nationalen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie anzuwenden sind, und treffen alle geeigneten Maßnahmen, um ihre Durchsetzung sicherzustellen“. Diese Sanktionen müssen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein.

Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken schreibt damit zum gegenwärtigen Zeitpunkt weder ein zivilrechtliches noch ein behördliches Sanktionssystem vor, sondern erkennt beide als gleichberechtigt (und als Sache der Mitgliedstaaten) an. Auch zur Aktivlegitimation bzw. Beschwerdeberechtigung finden sich keine weiteren Vorgaben, als dass die Personen und Organisationen, die nach nationalem Recht ein Interesse am Unterbleiben der fraglichen Praktik haben, aktivlegitimiert sein müssen, „einschließlich Mitbewerber“. Eine Aktivlegitimation des einzelnen Verbrauchers ist danach möglich, aber nicht vorgeschrieben. Ob sich dies durch das am 11.4.2018 von der Kommission vorgestellte Maßnahmenpaket „A New Deal for Consumers“, auf das hier nicht mehr eingegangen werden konnte, ändert, lässt sich noch nicht abschätzen; der Richtlinienentwurf COM (2018) 185 endg. sieht jedenfalls individuelle Ansprüche des Verbrauchers wegen unlauteren Wettbewerbs vor.

Der zivilrechtliche Sanktionsansatz des deutschen UWG, die Fokussierung auf den (von Mitbewerbern, Verbänden und Kammern durchsetzbaren) verschuldensunabhängigen Unterlassungsanspruch, der auch im Verfahren der einstweiligen Verfügung geltend gemacht werden kann, ist mit den weit gefassten Vorgaben der Richtlinie unlautere Geschäftspraktiken vereinbar. Dies entspricht ganz herrschender Meinung in der einschlägigen wettbewerbsrechtlichen Literatur²¹¹ und wurde von Seiten der Kommission (anders als die Umsetzung einzelner materiellrechtlicher Regelungen) bislang auch nicht in Frage gestellt.

b. Richtlinie 1998/2009 über Unterlassungsklagen

Die Richtlinie 1998/2009 über Unterlassungsklagen – neu erlassen als Richtlinie 2009/22/EG – harmonisiert seit 1998 bestimmte Maßnahmen zum Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen, um so das Vertrauen der Verbraucher in den Binnenmarkt zu stärken. In Deutschland ist die Richtlinie größtenteils im

²¹¹ Vgl. etwa *Henning-Bodewig*, WRP 2015, 667.

Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) umgesetzt.²¹²

Die Richtlinie enthält kein in sich geschlossenes Rechtsschutzsystem, sondern verpflichtet gemäß Art. 2 die Mitgliedstaaten, für eine Reihe von Richtlinien und Verordnungen des Verbraucherschutzes (unter ihnen auch die UGP-RL und die Klausel-RL) die institutionelle Infrastruktur zur wirksamen Bekämpfung von Verstößen gegen das kollektive Verbraucherinteresse bereitzustellen. Die zuständigen Gerichte oder Verwaltungsbehörden der Mitgliedstaaten, die für die Entscheidung über die von „qualifizierten Einrichtungen“ (Art. 3 RL 2009/22/EG) eingelegten Rechtsbehelfe zuständig sein sollen, sind von den EU-Staaten zu benennen; ihnen ist die Aktivlegitimation einzuräumen.

Das deutsche UKlaG erfasst damit auch Verstöße gegen das kollektive Verbraucherinteresse nach dem UWG. Da die Verbandsklage, die der Wahrnehmung der kollektiven Verbraucherinteressen durch Verbraucherschutzorganisationen dient, jedoch seit 1965 bereits ein wesentlicher Teil der Regelung im deutschen UWG war und ist (s. die heutigen §§ 8 ff. UWG), hat der deutsche Gesetzgeber es vorgezogen, diese selbstständige Regelung der lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsklage für qualifizierte Einrichtungen im UWG selbst zu belassen. Eine grundsätzliche Vorrangregelung des UKlaG gegenüber dem UWG besteht jedenfalls nicht.²¹³ Anders als im Bereich der AGB-Kontrolle, für die in den §§ 305 ff. BGB keine Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung vorgesehen sind (wobei allerdings über den Rechtsbruchtatbestand nach § 3a UWG eine Sanktionierung durch das UWG erfolgen kann, was zur Aktivlegitimation der Verbände und der Mitbewerber führt²¹⁴) war die Einführung der Verbraucherverbandsklage im UWG also keine Neuheit.

Zum gegenwärtigen Zeitpunkt sind damit aus der Richtlinie 2009/22/EG keine Vorgaben für die Sanktionierung von Wettbewerbsverstößen abzuleiten, die über das bereits im UWG bestehende Regelungssystem hinausgingen.²¹⁵ Wie bereits oben (A.I.3.) erörtert, hat die Europäische Kommission allerdings ihre Absicht kund getan, Verstöße gegen das kollektive Verbraucherinteresse auch im Wege des kollektiven Schadensersatzes („collective redress rules“) zu sanktionieren.²¹⁶ Vor dem Hintergrund von neuen Erscheinungsformen, die die kollektiven Interessen der

²¹² Zum UKlaG noch ausführlich in A.III.4.b und A.V.3; aus der wettbewerbsrechtlichen Literatur vgl. statt aller *Micklitz* in: MüKoZPO, 2017, § 2 UKlaG Rn. 14 und *Glöckner* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, Einl. B. Rn. 395.

²¹³ Nach BGH, 31.3.2010, Az. I ZR 34/08, GRUR 2010, 1117, Rn. 31 – *Gewährleistungsausschluss im Internet* ist die Anwendbarkeit des § 4 Nr. 11 UWG 2008 (inzwischen § 3a UWG) nicht wegen eines Vorrangs des § 2 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 UKlaG ausgeschlossen. Eine ausdrückliche Vorrangregelung lasse sich weder dem UKlaG noch dem UWG entnehmen; zu dieser Frage vgl. auch *Glöckner* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, Einl. B Rn. 399.

²¹⁴ BGH, 31.3.2010, Az. I ZR 34/08, GRUR 2010, 1117; BGH, 31.5.2012, Az. VI ZR 45/11, MMR 2012, 672; Zur Mitbewerberklage gegen die Verwendung unwirksamer AGB vgl. *Köhler*, WRP 2012, 1475.

²¹⁵ Zur kollektiven Rechtsdurchsetzung nach UKlaG und UWG ausführlich unter A.III.4.(2).

²¹⁶ Inception Impact Assessment „A New Deal for Consumers – Revision of the Injunctive Directive“, Ares(2017)5324969; vgl. dazu auch *Towfigh/Chatziathanasiou* in: Schulte-Nölke/BJMV, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 93, 97.

Verbraucher massiv beeinträchtigten, strebe man „injunctive relief possibly with compensatory relief within a single procedure“ an.²¹⁷ Da nicht sicher ist, wie der deutsche Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG in diesem angestrebten System der „compensatory relief“ gesehen würde,²¹⁸ könnte eine auf kollektiven Schadensersatz abzielende Reform erhebliche Auswirkungen auf das deutsche Sanktionssystem haben.

c. Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Klausel-RL)

Die Richtlinie 93/13/EWG (sog. „Klausel-RL“) fordert von den Mitgliedstaaten die Möglichkeit der Überprüfung von AGB anhand der Kriterien Inhaltskontrolle und Transparenz. Sie wurde in Deutschland in den §§ 305 ff. BGB umgesetzt. Diese rein zivilrechtliche Umsetzung ist grundsätzlich mit Art. 7 der Klausel-RL vereinbar, da im nationalen Recht lediglich „angemessene und wirksame Mittel“ zur Bekämpfung missbräuchlicher Klauseln vorhanden sein müssen und (nach Art. 7 Abs. 2 Klausel-RL) Personen und Organisationen, die nach dem innerstaatlichen Recht ein berechtigtes Interesse am Schutz der Verbraucher haben, die Aktivlegitimation einzuräumen ist. Die Richtlinie 2009/22/EG über Unterlassungsklagen präzisiert dies noch einmal insofern, als „qualifizierte Einrichtungen“, also in erster Linie Verbraucherschutzorganisationen, stets klagebefugt sein müssen. Diesen Vorgaben wurde im deutschen UKlaG Rechnung getragen. Da Verstöße gegen die Regelungen in den §§ 305 ff. BGB nach nicht unumstrittener, aber herrschender Auffassung auch vom Rechtsbruchtatbestand in § 3a UWG erfasst sind (dazu A.I.1.c.(4)), kommt im deutschen Wettbewerbsrecht häufig noch die Aktivlegitimation des Mitbewerbers nach § 8 Abs. 3 UWG hinzu.²¹⁹

Ob die Rechtsprechung des EuGH²²⁰ über die Klausel-RL einen gewissen „Druck“ in Richtung auf die Einräumung behördlicher Befugnisse ausübt, ist unklar. Hingewiesen wird in der Literatur darauf, dass der EuGH von den nationalen Gerichten die Klauselprüfungen von Amts wegen verlange, um so die Ziele der Richtlinie zu erreichen. Zum Ausgleich der Unterlegenheit des Verbrauchers bei der Verteidigung seiner Rechte könnten Amtsermittlungspflichten geboten sein.

„Der EuGH argumentiert damit, dass der Verbraucherschutz gerade ein Eingreifen von dritter Seite erforderlich mache. Damit mutet das Unionsrecht den Gerichten schon jetzt mehr Ermittlung fairer Praktiken zu, als der im Zivilprozess grundsätzlich geltende Beibringungsgrundsatz nahelegt. Hierin kann schon eine

²¹⁷ Vgl. auch das Maßnahmenpaket „A New Deal for Consumers“ der EU-Kommission vom 11.4.2018, COM(2018) 183 endg., auf das hier nicht mehr eingegangen werden konnte.

²¹⁸ Rott, Gutachten zur Erschließung und Bewertung offener Fragen der Herausforderungen in der deutschen Verbraucherrechtspolitik im 21. Jahrhundert, Gutachten im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, 2016, S. 8 ff.

²¹⁹ Bedenken hiergegen bei Ohly in: Ohly/Sosnitza; UWG, 2016, § 3a Rn. 78a.

²²⁰ EuGH, 27.6.2000, Rs. C-240/98 – C-244/98, NJW 2000, 2571 – *Océano Group*.

Entwicklung dahingehend gesehen werden, dass das Unionsrecht bei der Durchsetzung des Verbraucherrechts zunehmend auf Dritte vertraute. Aufgrund dieser Rechtsprechung sind jedenfalls „erhebliche Harmonisierungseffekte im Bereich der mitgliedstaatlichen Verfahrensrechte“ eingetreten. Dass es den nationalen Gerichten überlassen bleibt, die materielle Seite der Missbrauchskontrolle auszufüllen, steht zu dieser Entwicklung in einem gewissen Widerspruch.“²²¹

d. Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz (CPC-VO)

Die Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz vom 27.10.2004 (Consumer Protection Cooperation – CPC-VO) verfolgt das Ziel, innergemeinschaftliche Verstöße gegen Gesetze zum Schutz der Verbraucherinteressen effizienter zu unterbinden (zur CPC-VO auch unter A.V.2.c und B.V). Sie erfasst fast sämtliche Richtlinien und Verordnungen des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes, unter anderem auch die Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung, die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, die Richtlinie 2000/31/EG über E-Commerce, die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste sowie die „Klausel-Richtlinie“ und die Verbraucherrechte-Richtlinie. Im Dezember 2017 wurde eine neue VO (EU) 2017/2394 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden erlassen,²²² die die VO (EG) Nr. 2006/2004 mit Wirkung vom 17. Januar 2020 aufheben soll.

Da sich bei grenzüberschreitenden Wettbewerbsverstößen die Haftung des Verantwortlichen regelmäßig schwierig gestaltet, soll eine Zusammenarbeit (vor allem im Wege des Informationsaustausches und der Amtshilfe) zwischen den zur Durchsetzung der fraglichen Richtlinien national zuständigen Stellen erfolgen. Vorgesehen ist die Errichtung eines Netzes öffentlich-rechtlicher Durchsetzungsbehörden im gesamten Binnenmarkt. Jeder Mitgliedstaat hat gemäß Art. 4 Abs. 1 CPC-VO die zuständigen Behörden und eine zentrale Verbindungsstelle zu benennen, die für die Anwendung dieser Verordnung zuständig sind. Die zuständigen Behörden müssen gemäß Art. 4 Abs. 3 der CPC-VO die erforderlichen Ermittlungs- und Durchsetzungsbefugnisse haben. Zu diesen zählen nach Abs. 6 mindestens das Recht, Unterlagen aller Art und jeder Form einzusehen, von jedermann Auskünfte anzufordern und erforderlichenfalls durch gerichtliche Anordnung zu erzwingen, Ermittlungen vor Ort durchzuführen, die Einstellung von Verstößen anzuordnen etc. Die zuständigen Behörden sollen im Wege der Amtshilfe alle erforderlichen

²²¹ *Towfigh/Chatziathanasiou* in: Schulte-Nölke/BJMV, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 93, 97.

²²² Die VO 2017/2394 ist veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Union v. 27.12.2017, L 345/1. Ausführlich zur aktuell geltende CPC-VO und ihrer Umsetzung ins deutsche Recht *Glöckner* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, Einl. B Rn. 404 ff.

Durchsetzungsmaßnahmen treffen, um unverzüglich eine Einstellung oder ein Verbot des innergemeinschaftlichen Verstoßes zu bewirken (Art. 8 Abs. 1 CPC-VO).

Die CPC-VO (auch in ihrer Neufassung von 2017) fordert *expressis verbis* nicht die Errichtung nationaler Behörden zur Durchsetzung des Lauterkeitsrechts, spricht jedoch durchgängig von „zuständigen Behörden“ etc. Ihrem ganzen Ansatz nach setzt sie das Bestehen nationaler Behörden zum Schutz der Verbraucherinteressen voraus.²²³ Die Einpassung der CPC-VO in das deutsche Recht hat dementsprechend auch von Anfang an Schwierigkeiten bereitet. Sie ist in Deutschland im Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz (VSchDG) vom 21.12.2006, zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes vom 19.2.2016, erfolgt. Darin wurden für innergemeinschaftliche Verstöße gegen die erfassten Verbraucherschutzgesetze z.T. Behörden und im UWG-Bereich das BMJV als „zuständige Behörde“ (§ 2 Nr. 1a VSchDG) benannt. Das Ministerium ist die zentrale Verbindungsstelle für den Außenverkehr mit der Kommission und den zuständigen Behörden anderer Mitgliedstaaten. Da Art. 8 Abs. 3 CPC-VO den Mitgliedstaaten die Möglichkeit zugesteht, die Rechtsdurchsetzung zunächst einer nichtstaatlichen Stelle zu übertragen, hat der deutsche Gesetzgeber von dieser Delegationsmöglichkeit in § 7 VSchDG Gebrauch gemacht. Gemäß § 7 Abs. 1 VSchDG soll die zuständige Behörde, bevor sie eine Durchsetzungsmaßnahme ergreift, zunächst eine im UKlaG oder in § 8 Abs. 3 Nr. 2-4 UWG genannte Stelle beauftragen, auf das Abstellen innergemeinschaftlicher Verstöße hinzuwirken. Im Wege einer Rahmenvereinbarung sind dies der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) und die Wettbewerbszentrale, die als „beauftragte Dritte“ im Bereich des UWG die Durchsetzung übernehmen.

Diese Konstruktion stößt freilich dort an ihre Grenzen, wo die CPC-VO der national zuständigen Behörde Befugnisse zuweist, die den (im Wege der Rahmenvereinbarung beauftragten) Verbänden nach dem UWG nicht zustehen. Nach der neuen VO Nr. 2017/2394 werden die nationalen Behörden zusätzliche Befugnisse erhalten, um Verbraucherrechte besser durchsetzen zu können. Zu diesen zählen zum Beispiel, dass die Behörde bei weitverbreiteten Verstößen befugt sein muss, die Verpflichtung des Unternehmers zu akzeptieren, dem Verbraucher Abhilfemaßnahmen wie eine Preisreduktion oder die Beendigung des Vertrages anzubieten und in bestimmten Fällen die Abschaltung einer Website vorzunehmen.²²⁴ Nach Art. 9 Abs. 4 muss die zuständige Behörde bestimmte Mindestbefugnisse haben, u.a.

²²³ *Micklitz* in: Schulte-Nölke/BMJV, Neue Wege der Verbraucherdurchsetzung, 2017, S. 7 ff.; ferner *Witt* in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 2016, Vorbemerkungen, Rn. 6a bis 6b: „Die Verordnung verfolgt eine gegenüber dem deutschen Unterlassungsklagegesetz andere Grundausrichtung und ist für den deutschen Rechtsanwender daher nur schwer verständlich. Sie sieht für grenzüberschreitende Verstöße nämlich in erster Linie ein Einschreiten der jeweils zuständigen nationalen Behörde und gerade nicht ein Vorgehen der Verbraucherschutzverbände vor. Die Verordnung geht somit von einem gewerbepolizeilichen und nicht privatrechtlichen Schutzkonzept aus.“

²²⁴ Kritisch dazu vor allem der Verband der Internetwirtschaft (eco), Pressemitteilung vom 16.11.2017 („eco warnt: EU-Netzsperrern kein probates Mittel für Verbraucherschutz“).

„Sanktionen wie beispielsweise Geldbußen oder Zwangsgelder für Verstöße nach dieser Verordnung sowie für das Versäumnis, Entscheidungen, Anordnungen, vorläufige Maßnahmen, Zusagen des Unternehmens oder andere nach dieser Verordnung ergriffenen Maßnahmen Folge zu leisten, zu verhängen.“²²⁵

Diese Sanktionen müssen „wirksam, angemessen und abschreckend sein“.²²⁶ Ob dies bei grenzüberschreitenden Wettbewerbsverstößen zukünftig eine Befugnis zur Verhängung von Bußgeldern bereits beim erstmaligen Verstoß erfordert oder ob – wie bisher vertreten – die Bußgeldverhängung bei einem Verstoß gegen gerichtliche Anordnungen genügt, ist fraglich; falls ersteres zutrifft, müssten die sofort zu verhängenden Maßnahmen wohl ähnlich abschreckend sein wie die explizit genannten Bußgelder und Zwangsgelder.

Angesichts der erweiterten „Mindestbefugnisse“ nach Art. 9 CPC-VO 2017 stellt sich noch deutlicher als zuvor die Frage, inwieweit auch in Deutschland eine Verstärkung der behördlichen Durchsetzung von Verbraucherschutzinteressen unionsrechtlich geboten ist.²²⁷ Teilweise wird die Neufassung der CPC-VO als ein weiterer maßgeblicher Schritt hin zu einem in der gesamten EU geltenden „Behördenmodell“ verstanden.²²⁸ Andererseits sollen auch unter der neugefassten CPC-VO die Mitgliedstaaten grundsätzlich selbst entscheiden können, ob die zuständigen „Behörden“ die von der CPC-VO vorgegebenen Mindestbefugnisse unmittelbar in eigener Verantwortung, durch Befassung anderer Behörden oder durch eine Delegation auf private Akteure („benannte Stellen“²²⁹) ausüben.²³⁰ Die Delegation der Durchsetzungsbefugnisse auf „benannte Stellen“ wird in Art. 7 CPC-VO 2017 näher beschrieben. Dabei betont die neugefasste CPC-VO stärker als die Vorgängerregelung die Kooperation zwischen der zuständigen Behörde und den von ihr beauftragten privaten Akteuren. So ist nach Art. 7 Abs. 3 lit. a CPC-VO 2017 die Behörde dazu verpflichtet, die erforderlichen Informationen zu beschaffen oder die erforderlichen Durchsetzungsmaßnahmen zu ergreifen, falls die benannte Stelle die erforderlichen Maßnahmen nicht einholen oder die Einstellung oder Untersagung des Verstoßes nicht unverzüglich bewirken kann. Ein solches Zusammenwirken von

²²⁵ Art. 9 Abs. 4 lit. h VO (EU) 2017/2394.

²²⁶ Art. 9 Abs 3 S. 2 VO (EU) 2017/2394.

²²⁷ *Micklitz* in: Schulz-Nölke/BMJV, Neue Wege der Verbraucherdurchsetzung, 2017, S. 12; „Der Druck auf Deutschland, die Rechtsdurchsetzung für Verbraucherfragen nicht nur in Spezialgebieten, sondern im gesamten wirtschaftlichen Verbraucherschutz einer Behörde zu übertragen, ist über die Jahre ständig gewachsen, und es hat den Anschein, ob als ob sie sich noch weiter erhöhen dürfte. Ob die Hinwendung zu einem Behördenmodell sachdienlich und gerechtfertigt ist, bedarf der gesonderten Erörterung. Die Frage ist, ob Deutschland hinter der allgemeinen Entwicklung zurückgeblieben ist und sich anpassen muss, oder ob Deutschland mit guten Gründen an seinem Verbandsmodell festhalten kann.“ Kritisch zur Idee von 28 Verwaltungsbehörden *Glöckner* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, Einl. B Rn. 393.

²²⁸ *Micklitz* in: Schulze-Nölke/BMJV, Neue Wege der Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 9. Dafür, dass die EU-Kommission über die CPC-VO in allen Mitgliedstaaten (auch) die Zuständigkeit von Behörden anstrebt, spricht das am 11.4.2018 vorgestellte Maßnahmenpaket „A New Deal for Consumers“, COM (2018) 185 endg., auf das hier nicht mehr eingegangen werden konnte.

²²⁹ Art. 3 Nr. 8 VO (EU) 2017/2394.

²³⁰ Vgl. Erwägungsgrund 7 S. 3 und Erwägungsgrund 20 VO (EU) 2017/2394.

behördlicher und privater Rechtsdurchsetzung dürfte insbesondere in Fällen sinnvoll sein, in denen behördliche Ermittlungsbefugnisse zur Aufklärung des Sachverhaltes erforderlich sind.

Zu beachten ist, dass die CPC-VO ausschließlich für grenzüberschreitende Wettbewerbsverstöße im Verbraucherschutzbereich gilt; d.h. sie intendiert insbesondere ein mitgliedschaftsübergreifendes Vorgehen der zuständigen nationalen Behörden. Eine Trennung von nationalen und grenzüberschreitenden Verstößen ist jedoch gerade im Bereich des Lauterkeitsrechts kaum möglich, da sich wesentliche Teile der beanstandeten geschäftlichen Praktiken regelmäßig im Inland abspielen dürften. Hinzu kommt, dass sich mit einer wachsenden Diskrepanz zwischen einer fast ausschließlich auf das Privatrecht basierenden Rechtsdurchsetzung bei innerstaatlichen Sachverhalten und einem durch ein effektives Zusammenwirken von *private and public enforcement* geprägten Durchsetzungsmodell für grenzüberschreitende Sachverhalte die Frage nach einer Inländerbenachteiligung stellen könnte.

2. Rechtsvergleichende Überlegungen

a. Der zivilrechtliche Ansatz des UWG als „Außenseiter“ in der EU?

Angesichts des in Europa weit verbreiteten Behördenmodells drängt sich die Frage auf, ob die zivilrechtliche Durchsetzung des Lauterkeitsrechts in Deutschland und Österreich eine Außenseiterrolle innerhalb der EU einnimmt. In diesem Zusammenhang wird zumeist auf eindrucksvolle Beispiele der behördlichen Verbraucherrechtsdurchsetzung etwa durch die italienische *Autorità garante della concorrenza e del mercato* (AGCM) verwiesen.²³¹ Ferner ließe sich argumentieren, dass die Koordination der Rechtsdurchsetzung und die Verfolgung von grenzüberschreitenden Verbraucherrechtsverstößen im Wege einer Zusammenarbeit zwischen mitgliedstaatlichen Behörden einfacher ist als die Kooperation zwischen Mitgliedstaaten, die auf unterschiedliche Enforcement-Modelle setzen.

Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass es in der EU traditionell unterschiedliche Ansätze der Durchsetzung gibt, die rechtshistorisch gewachsen sind, vom allgemeinen Rechtssystem bestimmt werden und sich wegen ihrer starken nationalen Besonderheiten nur schwer miteinander vergleichen lassen. Eine plakative Gegenüberstellung von *public* und *private enforcement* wird den unterschiedlichen

²³¹ So hat etwa die AGCM im August 2016 im Zusammenhang mit dem Abgasskandal eine Geldbuße in Höhe von 5 Mio. EUR gegen die Volkswagen AG und die Volkswagen Group Italia S.p.A. verhängt. Siehe dazu die Pressemitteilung der AGCM vom 6.8.2016: <<http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/2294-ps10211-the-italian-competition-authority-fines-the-volkswagen-group-for-tampering-with-their-vehicles%27-emissions-control-systems.html>>.

Modellen nicht vollumfänglich gerecht. Dies gilt umso mehr, als auch Bedeutung und Funktionen der Behörden in den einzelnen Staaten – und die Gründe, aus denen man ihnen Kompetenzen einräumte – sehr unterschiedlich sind.²³²

b. Überblick über die Enforcementansätze in der EU

Stark vereinfacht lassen sich im Lauterkeitsrecht der EU-Staaten folgende Durchsetzungsmodelle unterscheiden:

- Das Modell eines *integrierten Mitbewerber- und Verbraucherschutzes*, das im Wesentlichen den Beteiligten selbst – wenn auch auf unterschiedlichem Wege – die Durchsetzung überlässt (z.B. Deutschland, Österreich, Belgien, Spanien);
- das „*duale Modell*“, das den Schutz des Wettbewerbers zivilrechtlich (in der Regel deliktsrechtlich) ausgestaltet, zum Schutz der Verbraucher jedoch auf eine administrative oder strafrechtliche Sanktionierung setzt (z.B. Frankreich, Italien);
- das „*Wettbewerbsmodell*“, das die enge Verbindung mit dem Kartellrecht betont und – auch wenn zivilrechtliche Klagemöglichkeiten bestehen – die Durchsetzung von Kartell- und Lauterkeitsrecht primär als staatliche Aufgabe sieht (z.B. baltische Staaten);
- das Modell des *Common Law*, das Betroffenen (Verbrauchern wie Mitbewerbern), nur wenig Durchsetzungsmöglichkeiten zugesteht und die Durchsetzung des Verbraucherschutzes verschiedenen Behörden, die wiederum eng mit der starken, gesetzesähnlichen Selbstkontrolle zusammenhängen, überlässt (Großbritannien, Irland);
- das „*skandinavische Modell*“, das sich traditionell durch die Besonderheit eines gewachsenen *Ombudsmann*-Systems in Verbindung mit der zivilrechtlichen Durchsetzung über die Marktgerichte auszeichnet;
- das „*IP-Modell*“, das die Verbindung mit den Rechten des geistigen Eigentums betont und ordnungspolitische Züge aufweist (Portugal).

c. Gründe für die Einräumung von Kompetenzen an Behörden

Sucht man nach Gründen, die dazu geführt haben, dass einzelne EU-Staaten Behörden Kompetenzen im Verbraucherschutz eingeräumt haben, so sind zum einen

²³² Ausführlich zu dieser Thematik Henning-Bodewig, WRP 2015, 667; Henning-Bodewig, GRUR Int. 2010, 273; Henning-Bodewig, GRUR Int. 2015, 1047.

die allgemeinen Charakteristika des Rechtssystems zu nennen (z.B. das Common Law im Gegensatz zum kontinentaleuropäischen civil law), zum anderen jedoch auch die europäischen Vorgaben und die politische und wirtschaftliche Situation des jeweiligen Landes. Von letztlich ausschlaggebender Bedeutung für die Kompetenzeinräumung an Behörden ist jedoch offenbar die Effizienz der Zivilgerichtsbarkeit.

- Insoweit unterscheidet sich die Situation insbesondere zwischen den Staaten, die seit langem mit Marktwirtschaft, Wettbewerb und Wettbewerbsrecht vertraut sind und den Mitgliedstaaten, die in kurzer Zeit nicht nur den Übergang zu einer freien Marktwirtschaft bewältigen, sondern zugleich auch den europäischen Acquis, d.h. eine große Anzahl von Regelungen des Unionsrechts, in ihr nationales Recht übernehmen mussten. Richtlinien und Verordnungen wurden in diesen Staaten häufig „telle quelle“ in das nationale Recht überführt, ohne Einpassung in das bestehende Rechtssystem. Eine Sanktionierung dieser neuen Regelungen auf zivilrechtlichem Wege scheiterte dann, wenn es kein hinreichend funktionierendes Zivilrechtssystem gab, auf das man hätte aufbauen können. Als einzige Möglichkeit kam häufig die behördliche Rechtsdurchsetzung in Betracht, nicht selten durch Kompetenzübertragung an das – ohnehin einzurichtende – Kartellamt.

- Andere Mitgliedstaaten verfügten zwar über ein mehr oder minder gut funktionierendes Zivilrechtssystem, beklagten jedoch bestimmte Defizite gerade im Hinblick auf die Durchsetzung verbraucherschützender Normen. So werden etwa in Italien die lauterkeitsrechtlichen Vorschriften im *Codice Civile* auf deliktsrechtlichem Wege durchgesetzt. Der Fokus liegt allerdings auf dem Schutz der Mitbewerber (B2B), was zu Defiziten beim Verbraucherschutz führte. Der italienische Gesetzgeber begegnete dem in materiellrechtlicher Hinsicht mit einer Regelung im *Codice del Consumo* und in verfahrensrechtlicher Hinsicht mit einer Einräumung von Befugnissen an die Kartellbehörde. Hier war es also die zu starke Fokussierung auf den Mitbewerberschutz im Zivilrecht, welche durch ergänzende Behördenbefugnisse ausgeglichen wurde.

- Die Situation in Großbritannien war wiederum dadurch bestimmt, dass Klagen von Mitbewerbern auf einige wenige Common Law-Rechtsbehelfe (insb. *passing off*) beschränkt sind, die allenfalls reflexartig den Schutz der Verbraucher bewirken. Die *Competition and Markets Authority* (CMA) übernimmt daher in wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten eine Art Filterfunktion, d.h. sie verweist Fälle entweder an die Selbstkontrolle durch die *Advertising Standards Authority* (ASA) oder sie wird ausnahmsweise selbst tätig, indem sie Klage erhebt.

In den Staaten, in denen hingegen bereits ein gut ausgebautes, effizientes Zivilrechtssystem bestand und in denen die materiell-rechtliche Regelungsgrundlagen des Lauterkeitsrechts den Schutz des Verbrauchers hinreichend erfassten, war die Situation eine grundlegend andere. Kennzeichnend für das deutsche (und etwa das österreichische) Lauterkeitsrecht ist z.B. der sog. integrierte Regelungsansatz, bei

dem die Durchsetzung der Verbraucherschützenden Normen auch durch die Mitbewerber und ihre Verbände erfolgt (dazu ausführlich unter A.1.2.). Er hat zu einem hohen Durchsetzungsgrad gerade auch im Verbraucherschutz geführt, was nicht zuletzt auf die Kompetenz der spezialisierten, angesehenen Zivilgerichte zurückzuführen ist. Ähnlich ist die Situation in Ländern wie Belgien, die zwar behördliche Befugnisse kennen, in denen der Fokus jedoch nach wie vor auf der effizienten zivilrechtlichen Durchsetzung durch Mitbewerber und Verbände liegt. Aber auch in den skandinavischen Ländern steht das für diese Länder charakteristische *Ombudsmann*-System in engem Zusammenhang mit den zivilrechtlich durchgesetzten Marktgesetzen, die den Schutz aller Marktbeteiligten zum Ziel haben.

d. Wahrnehmung von Verbraucherinteressen durch Mitbewerber und ihre Verbände?

Nur in wenigen Staaten wird thematisiert, ob Wettbewerber und ihre Verbände auch Verbraucherschützende Normen durchsetzen können. Dieses Problem stellt sich nicht, wenn – wie etwa in Deutschland, Österreich oder in den skandinavischen Ländern – Verbraucher- und Mitbewerberschutz miteinander verbunden sind: Hier impliziert die Durchsetzung der entsprechenden Norm durch den Mitbewerber (oder einen anderen Marktteilnehmer) zugleich die Durchsetzung im Verbraucherschutzinteresse. Auch in Belgien ermöglicht der weitgefaste Rechtsbruchtatbestand, dass Mitbewerber und ihre Verbände Verbraucherschutznormen durchsetzen.

In den Ländern, die strikt zwischen B2B und B2C-Regelungen trennen, ist dies (wohl) nicht möglich; hier obliegt die Durchsetzung von Verbraucherschutzregelungen der Behörde. In manchen Staaten können Mitbewerber jedoch das Verfahren vor der Verwaltungsbehörde, die zur Durchsetzung von Verbraucherschutzinteressen befugt ist, in Gang setzen. Diese Möglichkeiten reichen von einfachen „Anregungen“ bis hin zu formellen Antragsbefugnissen. Weiterhin kennen die meisten EU-Staaten in ihren B2B-Regelungen Generalklauseln (und z.T. auch Rechtsbruchtatbestände), die so ausgelegt werden könnten, dass auch die Verletzung von B2C-Normen unlauter ist.

Soweit ersichtlich, wurde diese Thematik bisher vor allem in den Niederlanden in Bezug auf die neu in das *Burgerlijk Wetboek* eingefügten Verbraucherschutzvorschriften diskutiert.²³³ Überwiegend ist man wohl der Ansicht, dass auch Mitbewerber B2C-Regelungen geltend machen können. Weiter hat das höchste spanische Gericht entschieden, dass Mitbewerber keine Aktivlegitimation haben, um das Verbot der diskriminierenden Behandlung von Verbrauchern (Art. 16 LCD) durchzusetzen, da es insofern an einer „unmittelbaren Interessenverletzung“ fehle.²³⁴ Allgemein wird diese Entscheidung jedoch als den

²³³ Vgl. van Eek/Czernik, GRUR 2016, 539.

²³⁴ Garcia Pérez, GRUR Int. 2015, 1047.

Besonderheiten des Falles geschuldet angesehen und es wird erwartet, dass die Rechtsprechung die bisherige großzügige Auslegung der Aktivlegitimation beibehält.

3. Kritik aus rechtsökonomischer Sicht

Die rechtsökonomische Perspektive knüpft vor allem an die Frage an, ob das vorhandene Instrumentarium der Verbraucherrechtsdurchsetzung geeignet ist, die Befolgung des geltenden materiellen Verbraucherrechts auf effiziente Weise sicherzustellen.²³⁵ Dies ist zwar nicht zuletzt eine empirische Frage. Da die empirische Datenlage zur Verbraucherrechtsdurchsetzung jedoch nach wie vor lückenhaft ist,²³⁶ erfolgt die Kritik zumeist auf einer theoretischen Ebene.²³⁷

a. Ausgangspunkt

Aus ökonomischer Sicht ist die Rechtsdurchsetzung so zu gestalten, dass sie einen möglichst hohen Grad an rechtskonformen Verhalten gewährleistet. Erreicht werden kann diese *Compliance* durch Sanktionen, die für einen „rationalen Rechtsverletzer“ (d.h. einen Unternehmer, der die Kosten einer gegen ihn möglicherweise verhängten Sanktion gegen die Vorteile seines rechtswidrigen Verhaltens rational abwägt) eine Gesetzesverletzung unattraktiv macht. Fehlt es hingegen an effektiven Sanktionen, besteht die Gefahr einer zu geringen Abschreckung („under-deterrence“). Soweit Unternehmen im Wettbewerb stehen, kann infolge von Durchsetzungsdefiziten sogar ein Druck auf den „rationalen Rechtsverletzer“ entstehen, die Lücken in der Rechtsdurchsetzung zu seinem Vorteil zu nutzen.²³⁸ Maßgeblich sind aus dieser Perspektive zwei Faktoren: die Strenge der zu erwartenden Sanktionen und die Wahrscheinlichkeit, dass diese tatsächlich verhängt werden.

b. Wirkung von Unterlassungsklagen

Individualklagen einzelner Verbraucher entfalten in diesem Modell keine wirksame Abschreckungswirkung. Da der einzelne Verbraucher durch Verstöße gegen Vorschriften des Verbraucherrechts zumeist nur einen geringen Schaden erleidet (sog.

²³⁵ Den nachfolgenden Ausführungen liegt insb. die Studie von *Towfigh/Chatziathanasiou* in: Schulte-Nölke/BMJV, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 93 ff. zugrunde; vgl. auch *Weber*, VuR 2013, 323; *Wagner*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht: Kommerzialisierung, Kollektivschaden, Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, S. A 120 ff.

²³⁶ *Schmidt-Kessel et al.* in: Micklitz/Reisch/Joost/Zander-Hayat, Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt, 2017, S. 303: „Die rechtstatsächliche respective statistische Erfassung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten ist ein zentrales wissenschaftliches Desiderat, für das freilich weitgehend das Zahlenmaterial fehlt.“

²³⁷ *Towfigh/Chatziathanasiou* in: Schulte-Nölke/BMJV, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 115.

²³⁸ *Towfigh/Chatziathanasiou* in: Schulte-Nölke/BMJV, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 100.

„Streuschäden“; dazu noch unter A.V.3.a.)) ist davon auszugehen, dass der Verbraucher typischerweise keine Klage erheben wird; der potentielle „Gewinn“ (in Form von Schadensersatz oder eines Bereicherungsausgleichs), stünde im Falle einer erfolgreichen Klage in keinem Verhältnis zu den Kosten und Risiken der Prozessführung. Aus Sicht des ökonomischen Rationalitätsmodells ist in einem solchen Fall der Verzicht des Verbrauchers auf eine Klage durchaus rational (rationale Apathie).²³⁹ Weitere Faktoren, die Verbraucher von einer Klage abhalten, sind möglicherweise ein Gefühl der Unterlegenheit gegenüber Unternehmen sowie Hemmungen vor der Kontaktaufnahme mit Gerichten oder Anwälten.²⁴⁰

Mechanismen zur alternativen Streitbeilegung (z.B. Schlichtungsstelle für den öffentlichen Personenverkehr, Ombudsmann für Versicherungen) können dazu beitragen, die finanziellen und psychologischen Zugangshürden, die Verbraucher vor einem zivilgerichtlichen Verfahren zurückschrecken lassen, abzusenken. Sie sind damit grundsätzlich geeignet, die rationale Apathie der Verbraucher zu reduzieren. Ihr Ziel liegt jedoch weniger in der Durchsetzung des geltenden Rechts als in der gemeinsamen Suche nach einem Interessenausgleich im Wege der Kompromissfindung. Als Abschreckungsinstrument sind sie daher kaum geeignet.²⁴¹

In der rechtsökonomischen Literatur werden auch Zweifel geäußert, inwieweit von Unterlassungsklagen durch Verbraucherverbände oder Wettbewerber eine hinreichende Abschreckungswirkung ausgeht. Während die wettbewerbsrechtliche Literatur die Vorteile einer raschen, kostengünstigen, unkomplizierten und deshalb „flächendeckenden“ Durchsetzung von Verboten durch die Mitbewerber und Verbände betont und das überragende Interesse auch der Verbraucher daran hervorhebt, dass Wettbewerbsverstöße so schnell wie möglich unterbunden werden, da sich deren Folgen erfahrungsgemäß ex ante nie völlig ausgleichen ließen (dazu A.I.2.b.), kritisiert die rechtsökonomische Literatur, dass Unterlassungsklagen nach §§ 1, 2 UKlaG und § 8 UWG nur ein bestimmtes Verhalten für die Zukunft untersagten, nicht jedoch das Fehlverhalten in der Vergangenheit sanktionierten.²⁴² Ob und in welchem Umfang von der Unterlassungsklage eine verhaltenssteuernde Funktion ausgeht, soll somit entscheidend davon abhängen, ob sich etwaige Investitionen des Unternehmers in das auf Rechtsbruch basierende Geschäftsmodell im Zeitpunkt der Verurteilung bereits amortisiert haben. Hierauf verweist etwa *Wagner*:

²³⁹ Siehe etwa *Weber*, VuR 2013, 323, 325; *Keßler*, ZRP 2016, 2, 3; *Cseres* in: De Geest, Encyclopedia of Law and Economics, 2012, S. 192.

²⁴⁰ So bereits von *Hippel*, Verbraucherschutz, 1986, S. 156.

²⁴¹ *Wagner*, Law Quarterly Review, 127 (2011), 55, 82; *Towfigh/Chatziathanasiou*, S. 103; siehe auch die Kritik bei *Engel*, NJW 2015, 163 („Mehr Zugang zu weniger Recht“); näher dazu *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, S. 187 ff. und passim.

²⁴² *Wagner*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht, Gutachten A für den 66. DJT, 2006, S. A 110; zustimmend *Towfigh/Chatziathanasiou* in: Schulte-Nölke/BMJV, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 105; aus der wettbewerbsrechtlichen Literatur deutlich auch *Köhler*, GRUR 2003, 365: „Solange nämlich ein Unternehmer nur befürchten muss, dass ihm unlautere Wettbewerbspraktiken nur für die Zukunft verboten werden, er dagegen auf Kosten der Abnehmer erwirtschaftete Gewinne - frei nach dem Motto „Unlauterer Wettbewerb lohnt sich immer“ - behalten kann, bleibt das Wettbewerbsrecht eine stumpfe Waffe.“

„Negatorische Rechtsbehelfe vermögen das als rechtswidrig unterstellte Verhalten lediglich *pro futuro* abzustellen. Eine auf den Zeitpunkt *ex ante* wirkende Steuerungswirkung kommt ihnen nur dann zu, wenn der Adressat vor irreversiblen Investitionsentscheidungen steht [...]. Kann das benachteiligende Verhalten hingegen jederzeit ohne Verlust eingestellt werden, geht dem Unterlassungsanspruch jedwede Präventionswirkung ab.“²⁴³

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass der BGH in seiner neueren Rechtsprechung den inhaltlichen Umfang des Unterlassungsanspruchs nicht unerheblich ausgeweitet hat (dazu ausführlich unter A.I.2.e. und A.V.3.b.). Danach beschränkt sich die Unterlassungspflicht keineswegs in einem bloßen Unterlassen der rechtswidrigen Handlung, sondern umfasst auch die Verpflichtung, mögliche und zumutbare Handlungen vorzunehmen, um einen Störungszustand, der bereits in der Vergangenheit durch die zu unterlassende Handlung entstanden ist, zu beseitigen,²⁴⁴ z.B. irreführende Angaben aus den Suchmaschinen etc. des Internets zu „entfernen“.^{244a} Bezieht sich der Unterlassungsanspruch auf den Vertrieb bestimmter Produkte oder Werbemittel, müssen diese, soweit sie bereits an den Handel ausgeliefert wurden, zurückgerufen werden.²⁴⁵ Eine solche Ausweitung des lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruchs in einen Rückrufanspruch, die in der Literatur nicht unkritisch gesehen wird,²⁴⁶ ist durchaus geeignet, das Präventionspotential von Unterlassungsklagen zu erhöhen, da der Unternehmer die Kosten eines etwaigen Rückrufs bei seiner Kosten-Nutzen-Abwägung berücksichtigen muss.

Bei einer Vielzahl von Praktiken, die gegen Verbraucherrechtsvorschriften verstoßen, wird es dem Unternehmer jedoch möglich sein, das rechtswidrige Verhalten ohne größeren Verlust einzustellen (z.B. bei der Verwendung unzulässiger AGB oder bei bestimmten Formen der irreführenden Online-Werbung). In derartigen Fällen ist die von einer Unterlassungsklage ausgehende Abschreckungswirkung in der Tat eher gering; sie besteht vor allem in den Kosten eines verlorenen Rechtsstreits und in einem etwaigen Reputationsverlust.

²⁴³ Wagner, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht, Gutachten A für den 66. DJT, 2006, S. A 110; zustimmend Towfigh/Chatziathanasiou, a.a.O., S. 105.

²⁴⁴ BGH, 29.9.2016, Az. I ZB 34/15, GRUR 2017, 208, Rn. 24 – *Rückruf von RESCUE-Produkten*; BGH, 4.5.2017, Az. I ZR 208/15, GRUR 2017, 823, Rn. 26 – *Luftentfeuchter*; BGH, 27.4.2017, Az. ZB 34/15, GRUR-RR 2017, 416, Rn. 3 – *RESCUE-Produkte*.

^{244a} Vgl. z.B. OLG Celle, 30.1.2018, Az. 13 U 106/17, WRP 2018, 87; OLG Celle 29.1.2015, Az. 13 U 58/44, WRP 2015, 475; OLG Nürnberg 19.4.2016, Az. 3 U 1975/15, WRP 2016, 104.

²⁴⁵ BGH, 29.9.2016, Az. I ZB 34/15, GRUR 2017, 208, Rn. 30 – *Rückruf von RESCUE-Produkten* BGH, 4.5.2017, Az. I ZR 208/15, GRUR 2017, 823, Rn. 29 – *Luftentfeuchter*; BGH, 30.7.2015, Az. I ZR 250/12, GRUR 2016, 406, Rn.Tz. 4, 52 – *Piadina-Rückruf*; BGH, 30.7.2015, Az. I ZR 250/12, GRUR 2016, 720, Rn. 35 – *Hot Sox*.

²⁴⁶ Heermanns, GRUR 2017, 977; Voit, PharmR 2018, 1; Bornkamm in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 8 Rn. 1.82 ff.

c. Wirkung von Gewinnabschöpfungsansprüchen

Über die grundsätzliche Eignung von Gewinnabschöpfungsansprüchen (vgl. auch unter A.I.2.g. und A.V.4.b.) als Instrument zur Prävention von Rechtsverstößen gehen die Meinungen in der rechtsökonomisch orientierten Literatur auseinander. Teilweise wird die Abschöpfung von Unrechtsgewinnen als durchaus taugliches Abschreckungsmittel angesehen.²⁴⁷ Nach anderer Auffassung ist die Abschreckungswirkung von Gewinnabschöpfungsansprüchen eher zweifelhaft, da nur der durch die rechtswidrigen Praktiken erzielte Gewinn abgeschöpft wird.²⁴⁸ Da kein weitergehender Verlust (etwa in Form einer Geldbuße) drohe, könnte für risikoaffine Marktakteure weiterhin ein Anreiz zum rechtswidrigen Verhalten bestehen, sofern der Rechtsverstoß mit gewissen Wahrscheinlichkeit nicht geahndet werde. Unabhängig von der theoretischen Frage nach der grundsätzlichen Eignung von Gewinnabschöpfungsansprüchen als Abschreckungsinstrument besteht in der Literatur weitgehend Einigkeit, dass § 10 UWG in seiner derzeitigen Ausgestaltung keine nennenswerte Abschreckungswirkung entfaltet, da er wegen der strikten tatbestandlichen Voraussetzungen (vorsätzliches Verhalten) bzw. den Anforderungen an die Ermittlung des Unrechtsgewinns und an die Kausalität sowie dem mangelnden Klageanreiz (Abführen der fraglichen Beträge an den Staat) kaum Anwendung finde.²⁴⁹

d. Vorteile des behördlichen Systems

Angesichts der skizzierten Schwächen des vorhandenen zivilrechtlichen Instrumentariums zur Verbraucherrechtsdurchsetzung ist die rechtsökonomische Literatur gegenüber erweiterten behördlichen Befugnissen im Sinne eines „flankierenden Behördenmodells“ – welches das zivilrechtliche Modell nicht ersetzt, sondern ergänzt – durchaus aufgeschlossen. Vorteile einer öffentlich-rechtlichen Durchsetzung werden etwa darin gesehen, dass Behörden möglicherweise weniger Ermittlungs- und Durchsetzungsschwierigkeiten haben als private Kläger. Außerdem verfügten sie auch über behördliche Unterlassungsinstrumente mit Sanktionscharakter, denen „Signalcharakter“ zukäme.²⁵⁰ Eine wesentliche Prämisse eines solchen flankierenden Behördenmodells ist dabei, dass ein weiterer potenter Akteur auf der

²⁴⁷ *Weber*, VuR 2013, 323, 329 f.; siehe auch die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 10 UWG 2004, BT-Drs. 15/1487, S. 24, die betont, dass die Vorschrift „einer wirksamen Abschreckung“ diene.

²⁴⁸ *Towfigh/Chatziathanasiou* in: Schulte-Nölke/BMJV, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 107.

²⁴⁹ Dazu ausführlich unter A.I.2.g. *Wagner*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht, Verhandlungen des 66. DJT, Bd. 1, 2006, S. A 111; *Stadler/Micklitz*, WRP 2003, 559, 562; *Engels/Salomon*, WRP 2004, 32, 43; *Köhler*, GRUR 2003, 265, 266; *ders.*, NJW 2004, 2121, 2126; kritisch auch *Sack*, WRP 2003, 549, 558, der auch darauf hinweist, dass die Gefahr der Gewinnhaftung zur Folge haben könne, dass Unternehmen zur Vermeidung einer Präjudizwirkung nicht mehr in gleichem Maße wie bisher freiwillige Unterwerfungserklärungen oder einstweilige Verfügungen akzeptieren.

²⁵⁰ *Towfigh/Chatziathanasiou* in: Schulte-Nölke/BMJV, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 119 f.

Rechtsdurchsetzungsseite diese insgesamt schlagkräftiger mache.²⁵¹ Allerdings wird auch betont, dass die Erhöhung der Durchsetzungseffizienz davon abhinge, ob Behörden mit Unterlassungsinstrumenten wirklich effektiver umgingen als Verbraucherverbände und ob die Unterlassungsinstrumente tatsächlich „Signal- und Reputationswirkung“ zu entfalten vermögen. Eine Behörde müsse dazu (auch damit sich die dafür aufzuwendenden Kosten lohnen) mit wirksamen Sanktionsinstrumenten ausgestattet sein, mindestens denjenigen, die jetzt den Verbänden zustehen.

4. Zusammenfassung

a. Vorgaben des Unionsrechts

Der vorwiegend zivilrechtliche Regelungsansatz des deutschen UWG ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt aus unionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, da die maßgeblichen Richtlinien und Verordnungen des Unionsrechts keine Vorgaben enthalten, mit denen dieser Ansatz unvereinbar wäre. Dies gilt insbesondere für die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, die zwar detaillierte materiellrechtliche Vorschriften enthält, bezüglich der Sanktionierung von Wettbewerbsverstößen aber sehr weit gefasst ist. Die Fokussierung des deutschen Lauterkeitsrechts auf den von Mitbewerbern, Verbänden und Kammern durchsetzbaren verschuldensunabhängigen Unterlassungsanspruch, der im Verfahren der einstweiligen Verfügung geltend gemacht werden kann, hält sich in diesem Rahmen. Da die Richtlinie nicht Klagebefugnisse des einzelnen Verbrauchers vorschreibt, ist insbesondere auch die Regelung der Aktivlegitimation im deutschen UWG nicht zu beanstanden. Ähnlich weite Vorgaben wie die Richtlinie unlautere Geschäftspraktiken enthält die Richtlinie über Unterlassungsklagen und die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

Auch die Verordnung Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz (CPC-VO) steht dem zivilrechtlichen Ansatz des UWG nicht direkt entgegen. Sie verfolgt unmittelbar das Ziel, innergemeinschaftliche Verstöße gegen Gesetze zum Schutz der Verbraucherinteressen effizienter zu unterbinden und befasst sich nicht mit der Durchsetzung nationaler Rechtsverstöße. Gleichwohl könnte von der CPC-VO ein erheblicher Druck auf ein zumindest ergänzendes Behördenmodell auch für das nationale Recht ausgehen. Bereits unter Geltung der CPC-VO von 2004 bestanden Schwierigkeiten, das deutsche System mit dem Ansatz dieser Verordnung, die im Grunde behördliche Zuständigkeiten voraussetzt und durchgängig von „Behörden“ spricht, zu vereinbaren. Der deutsche Gesetzgeber hat mittels einer nicht unkomplizierten Konstruktion dem BMJV die Befugnisse der CPC-VO als „zuständige Behörde“ zugewiesen, wobei im Wege einer „Rahmenvereinbarung“ im Ergebnis der

²⁵¹ *Towfigh/Chatziathanasiou* in: Schulte-Nölke/BMJV, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 124.

vzbv und die Wettbewerbszentrale als „beauftragte Dritte“ die lauterkeitsrechtliche Durchsetzung übernehmen. Ob diese Umsetzung weiterhin mit der 2017 erfolgten Neufassung der CPO-VO, die die behördlichen Mindestbefugnisse deutlich erweitert, vereinbar ist, erscheint fraglich. Falls nicht, würde dies zwar nicht zwingend eine Änderung des Durchsetzungsansatzes im nationalen Recht bedeuten. Eine Trennung von nationalen und grenzüberschreitenden Verstößen ist jedoch gerade im Lauterkeitsrecht kaum möglich, da sich wesentliche Teile der beanstandeten Praktik regelmäßig auch im Inland abspielen werden. Die Neufassung der CPC-VO wird daher auch als Schritt hin zu einem in der gesamten EU geltenden „Behördenmodell“ verstanden; hierfür spricht auch das von der EU-Kommission am 11.4.2018 vorgestellte Maßnahmenpaket „A New Deal for Consumers“, auf das hier nicht mehr eingegangen werden konnte.

b. Rechtsvergleichende Sicht

Die aus der CPC-VO abgeleitete Forderung nach einem Behördenmodell auch im deutschen UWG wird mitunter dadurch untermauert, dass der zivilrechtliche Ansatz des deutschen UWG ohnehin eine „Außenseiterstellung“ innerhalb der EU einnehme. In der Tat kennen die meisten anderen Mitgliedstaaten behördliche Befugnisse im Verbraucherschutz. Diese sind jedoch höchst unterschiedlich ausgestaltet, rangieren von gegenüber der zivilrechtlichen Durchsetzung vernachlässigbaren Möglichkeiten bis hin zu einer fast ausschließlichen Durchsetzungskompetenz der Behörden. Zurückzuführen ist diese Diversität auf die Gründe, aus denen sich der jeweilige EU-Staat zu einer Übertragung von Kompetenzen auf Behörden entschlossen hat. Eine große Rolle spielen dabei offenbar die Effizienz der Zivilgerichtsbarkeit und der grundlegende Ansatz des Lauterkeitsrechts, d.h. die Frage, ob Wettbewerber- und Verbraucherschutz weitgehend als in dieselbe Richtung gehend gesehen werden. Generell gibt es jedenfalls auch heute in der EU höchst unterschiedliche Durchsetzungsmodelle, von denen das sog. „integrierte Modell“, das auf zumeist zivilrechtlichem Wege Mitbewerber- und Verbraucherschutz vereint, und das sog. „Wettbewerbsmodell“, das schon wegen seiner engen Verbindung mit dem Kartellrecht öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist, nur die Eckpunkte bilden. Bereits von daher verbietet sich ein plakativer Vergleich zwischen *private and public enforcement*. Zutreffend ist jedoch, dass innerhalb der EU eine Tendenz zu (ergänzenden) behördlichen Befugnissen besteht.

c. Kritik aus rechtsökonomischer Sicht

Aus rechtsökonomischer Sicht wird die Rechtsdurchsetzung im deutschen Lauterkeitsrecht überwiegend kritisch gesehen. Zurückzuführen ist dies auf die Annahme, dass der die Rechtsdurchsetzung dominierende Unterlassungsanspruch für einen „rationalen Rechtsverletzer“ keine eine Compliance gewährleistende Sanktion darstelle. Während die wettbewerbsrechtliche Literatur die Vorteile einer raschen,

kostengünstigen, unkomplizierten und deshalb „flächendeckenden“ Durchsetzung mittels Unterlassungsklagen und vorgeschalteten Abmahnungen betont, kritisiert die rechtsökonomische Literatur, dass hiermit lediglich ein bestimmtes Verhalten für die Zukunft untersagt, nicht jedoch das Fehlverhalten in der Vergangenheit sanktioniert werde. Da Schadensersatzansprüche und der Anspruch auf Gewinnabschöpfung in der Praxis für die Durchsetzung der verbraucherrechtlichen Schiene des UWG nur eine untergeordnete Rolle spielen, bestehe im Ergebnis keine hinreichende Präventionswirkung.

III. Case Studies

Sowohl aus Sicht von Verbraucherschützern als auch aus Sicht der Wirtschaftsverbände und anderer Stakeholder gibt es bestimmte Sachverhaltskonstellationen, bei denen die privatrechtliche Durchsetzung auf Schwierigkeiten stößt und ergänzende behördliche Befugnisse zumindest diskussionswürdig erscheinen (dazu unter A.IV.1.).

Trotz unterschiedlicher Schwerpunktsetzung werden dabei übereinstimmend die im Zuge der digitalen Entwicklung entstandenen „neuen“ Geschäftsmodelle sowie (im vertragsrechtlichen Verbraucherschutz) bestimmte Sachverhaltskonstellationen im Zusammenhang mit AGB genannt. Im Folgenden sollen daher vier dieser häufig genannten „Cases“ näher untersucht werden, nämlich das sog. Influencer Marketing, digitale Kundenbewertungen, Vergleichs- und Bewertungsportale und sog. Entgeltklausen. Im Fokus steht dabei jeweils die Einordnung in das zivilrechtliche System, die Beurteilung auf der Grundlage der de lege lata bestehenden Rechtsgrundlagen im UWG und BGB sowie – vor allem – die Effizienz der gegenwärtigen Rechtsdurchsetzung, d.h. die Frage, ob tatsächlich Durchsetzungsdefizite bestehen, die möglicherweise durch die Einräumung behördlicher Kompetenzen ausgeglichen werden könnten.

1. Influencer Marketing

a. Definition und Problem

Influencer sind Personen, die in den Social Media der digitalen Netzwerke (Facebook, Instagram, Twitter, YouTube, Snapchat etc.) eine größere Anzahl an Fans („Follower“) haben und die in ihrem jeweiligen Bereich (häufig Kosmetik, Mode, Sport, Reisen, Games) bei ihren Followern als meinungsbildend geltend. Von Influencer Marketing wird gesprochen, wenn diese Influencer innerhalb ihrer Videos, Blogs etc. Wirtschaftswerbung betreiben.²⁵² Derartige Fälle sind wiederholt bekannt geworden.²⁵³

Aus Marketingsicht erlaubt der werbemäßige Einsatz von Influencern ein zielgruppengenaues Ansprechen potentieller Käufer ohne Streuverluste sowie die unmittelbare Rückkopplung der Produktakzeptanz durch „likes“, „retweets“ etc. Auch

²⁵² Ausführlich dazu *Henning-Bodewig*, WRP 2017, 1415; *Troge*, GRUR-Prax 2018, 87; *Mallick/Weller*, WRP 2018, 155; *P. Lehmann*, WRP 2017, 772; *Suwelack*, MMR 2017, 661; *Höltge*, ITRB 2017, 71; *Gerecke*, GRUR 2018, 153.

²⁵³ Als Beispiele seien hier Caro Daur genannt, die angeblich mit ihrem Instagram-Modeblog „Carodaur“ mit einem Instagram-Post rund 22.500 Euro und über 1 Mio. € pro Jahr verdient oder Bianca Lang, deren Blog „BibisBeautyPalace“ auf YouTube sehr junge Mädchen anspricht; weiter aus dem Sport/ Fitnessbereich „Flying Uwe“, der u.a. Fitnessprodukte promotet oder „die Lochis“, die über alle Social Media-Kanälen zusammen sogar 6,5 Mio. Fans erreichen; Zu diesen Influencern noch später.

wenn belastbare Zahlen fehlen, dürfte sich das Influencer Marketing in den letzten Jahren deshalb zu einem wichtigen Instrument des digitalen Marketings entwickelt haben.²⁵⁴ Je weniger dabei der Werbecharakter zutage tritt, d.h. je geschickter die Vermischung von Content und kommerzieller Botschaft erfolgt, als desto größer gilt der Absatzerfolg. Da die zumeist jungen Follower den fraglichen Blog etc. ohnehin aus Unterhaltungszwecken regelmäßig konsumieren, gelten darin eingebaute Produktempfehlungen als besonders zielgenau, authentisch und damit effizient.²⁵⁵ Der Werbeeinfluss ist daher jedenfalls bei der Zielgruppe noch stärker als bei der aus anderen Medien bekannten Werbung mit Prominenten, insb. der *Testimonialwerbung*.²⁵⁶

Dass die Präsentation und Empfehlung von Produkten in den Videos, Blogs, etc. teilweise gegen geldwerte Gegenleistungen erfolgt, ist weitgehend durch die Medienberichterstattung bekannt und wird zumeist auch nicht in Abrede gestellt.²⁵⁷ Die Vermittlung geschieht nicht selten über spezialisierte Agenturen für digitales Marketing; zunehmend jedoch auch über hierauf spezialisierte Digital Manager der Unternehmen.

Bislang erfolgt eher in Ausnahmefällen ein Hinweis auf den kommerziellen Charakter der Werbebotschaft, und wenn ja, in versteckter Form als Hashtag wie *#paidpartnership*, *#ad*, *#sponsored*.²⁵⁸ Jedenfalls gehört es zum Geschäftsmodell der Influencer, dass die auf dem privaten Charakter des Auftritts beruhende Glaubwürdigkeit nicht durch die Wahrnehmung als „Reklamedarsteller“ unterminiert wird.

Aus Verbrauchersicht ist es gerade diese Vermischung des Contents mit der kommerziellen Botschaft, die als bedenklich gilt. Hinzu kommt, dass sich jedenfalls einige Influencer an eine sehr junge, leicht zu beeinflussende Zielgruppe wenden. Das Grünbuch digitale Plattformen des vzbv von 2016 sieht daher in diesem Bereich Bedarf für die Einräumung von Befugnissen an das Bundeskartellamt.²⁵⁹

b. Medienrechtliche Beurteilung des Influencer Marketings

(1) Kennzeichnungspflichten in RStV und TMG

Welche medienrechtliche Rechtsgrundlage im Einzelfall für das Influencer Marketing

²⁵⁴ P. Lehmann, WRP 2017, 772 spricht vom wichtigsten digitalen Marketingtrend; die SZ 09.09./10.09.2017, S. 23 will sogar hierdurch die Regeln des Wirtschaftslebens „grundlegend geändert“ sehen.

²⁵⁵ Laut einem Artikel in der FAZ vom 4.4.2017, S. 16 kaufen „Umfragen zufolge ... 50 Prozent der 14- bis 19-Jährigen Produkte, die Blogger im Internet empfohlen haben“.

²⁵⁶ Dazu Henning-Bodewig in: Greipl/Münker, 100 Jahre Wettbewerbszentrale, 2013, S. 125.

²⁵⁷ Vgl. etwa Spiegel online: Influencer sein ist ein Job. Versteht das endlich!, <http://www.manager-magazin.de/unternehmen/karriere/caro-daur-die-instagram-influencerin-im-interview-a-1155194.html>.

²⁵⁸ Dazu die unten besprochene Entscheidung des OLG Celle, 8.6.2017, Az. 13 U 53/17, WRP 2017, 1236.

²⁵⁹ vzbv, Stellungnahme zum Grünbuch, S. 24: „Das Bundeskartellamt könnte hier mit entsprechenden Ermittlungsbefugnissen tätig werden.“

heranzuziehen ist, lässt sich nicht pauschal sagen. Wie für jede Internetaktivität gilt stets die Regelung in § 6 Abs. 1 Nr. 1 TGM, die alle Formen der Selbstdarstellung einer wirtschaftlich tätigen Person umfasst.²⁶⁰ Daneben ist jedoch auch der RStV anwendbar. Die Abgrenzung erfolgt im Wege der nicht unkomplizierten Negativabgrenzung über den Rundfunkbegriff in § 2 Abs. 1 S. 3 RStV – das entscheidende Merkmal ist dabei, ob es sich um einen nichtlinearen Mediendienst handelt, was wiederum davon abhängt, ob der fragliche Blog etc. einen (weitgefasst) journalistisch-redaktionell gestalteten Inhalt hat.²⁶¹ Auf Influencer-Beiträge in Form von YouTube-Videos wird dies regelmäßig zutreffen; hier greift § 58 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 7 RStV unmittelbar ein. Aber auch bei Präsentationen auf Facebook oder Instagram sind jedenfalls einige Landesmedienanstalten auf der Grundlage von § 59 Abs. 2 RStV i.V.m. § 38 Abs. 6 S. 1 Medienstaatsvertrag zur Kontrolle der Werbevorschriften des RStV zuständig.²⁶² Im Ergebnis ist daher von einer weitreichenden Anwendung des RStV auf alle Social Media auszugehen, wofür auch die „FAQs“ der Landesmedienanstalten, die ganz allgemein „Hinweise für Produkte bei YouTube & Co“ geben (dazu sogleich), sprechen. Nach den im April 2018 vom Europäischen Parlament beschlossenen Änderungen der Richtlinie Audiovisuelle Mediendienste soll diese künftig ausdrücklich auch für Video-Sharing-Plattformen wie Netflix und Facebook gelten.

(2) Werberichtlinien/TV; „FAQs“ für Social Media

Zur Konkretisierung des Kennzeichnungs- und Trennungsgebots des RStV hat die Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten 2012 gemeinsame Richtlinien erlassen (Werberichtlinien/TV), die sich auch mit der Produktplatzierung beschäftigen.²⁶³ Sie haben keine unmittelbare Gesetzeswirkung, bewirken aber als sog. normkonkretisierende Vorschriften eine gewisse Selbstbindung der Verwaltung.²⁶⁴ Auch für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung (dazu unten) geben sie zumindest wichtige Anhaltspunkte für die Beurteilung.

Die Werberichtlinien/TV von 2012 befassen sich nicht explizit mit Internetaktivitäten. Sie wurden jedoch 2016 durch die „FAQs“ (Frequently Asked Questions)²⁶⁵ ergänzt. Diese geben „Antworten auf Werbefragen in sozialen Medien – Hinweise auf Produkte bei YouTube & Co.“ anhand verschiedener Sachverhaltskonstellationen (etwa: „Du bekommst das Produkt kostenlos zugeschickt“) und erklären, ob es sich um Werbung

²⁶⁰ *Martin*; Beck OK zum TMG, § 2 Rn. 27 TMG (Stand 1.5.2017)

²⁶¹ Dazu *Laoutoumai/Dahmen*, K&R 2017, 29; *Bullinger*, AfP 1996, 1.

²⁶² Die Medienanstalt Hamburg/Schleswig-Holstein (MA HSH) kontrolliert z.B. alle Angebote der Social Media, deren Anbieter ihren Sitz in diesen beiden Bundesländern haben, auf der Grundlage von § 58 RStV.

²⁶³ Zu finden auf der Website der Landesmedienanstalten, https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/Rechtsgrundlagen/Richtlinien_Leitfaeden/Werberichtlinien_Hoerfunk_Symposium.pdf.

²⁶⁴ Eine Einhaltung der Werberichtlinien durch den Influencer macht eine Beanstandung der zuständigen Aufsichtsbehörde also unwahrscheinlich; vgl. *Laoutoumai/Dahmen*, K&R 2017, 29.

²⁶⁵ Zu finden auf der Website der Landesmedienanstalten, z.B. unter <https://www.die-medienanstalten.de/atrium/werbekennzeichnung-auf-youtube-instagram-snapchat-facebook-co/>.

i.S.d. RStV handelt und wie diese gegebenenfalls zu kennzeichnen wäre. Bei kostenlos zur Verfügung gestellten Produkten soll es sich etwa nicht um Werbung handeln, wenn keine „Vorgaben“ bezüglich der Präsentation gemacht werden, bei der Annahme von Geld „oder anderen Gegenleistungen“ hingegen schon und beim Zurverfügungstellen von Produkten für ein Video mit redaktionellen Hinweisen, bei dem die Produkte nicht den Inhalt des Videos bestimmen, sondern „in die Handlung eingebettet sind“, soll keine Kennzeichnungspflicht bestehen.²⁶⁶ Bei letzterem handelt es sich offenbar um die Übertragung der für das Product-Placement zur Finanzierung von Fernsehsendungen geltenden Vorschriften der Werberichtlinien, deren Berechtigung jedoch – da YouTube-Videos mit ungleich geringeren Kosten herstellbar sind – zweifelhaft erscheint.

Die FAQs enthielten ursprünglich verschiedene Vorschläge einer Kennzeichnung. Diese waren jedoch auch von Medienseite her nicht unumstritten.²⁶⁷ Offenbar im Anschluss an das Urteil des OLG Celle vom 8.6.2017²⁶⁸ wurden die Kennzeichnungsempfehlungen geändert („Mit den Kennzeichnungen Werbung und Anzeige bist du auf der sicheren Seite. Kennzeichnungen wie #ad, #sponsoredby, #poweredby können wir euch derzeit nicht empfehlen“). Zugleich wurde klargestellt, dass #werbung oder #anzeige „vorne in Deinen Post, nicht irgendwo nach hinten und schon gar nicht versteckt in einen anderen Link“ gehören.

(3) Der Fall „FlyingUwe“

In den YouTube-Videos von „FlyingUwe“, betrieben von einem ehemaligen Mister Hamburg, wurden u.a. Fitnessprodukte eines Unternehmens, dessen Geschäftsführer der Influencer ist, präsentiert. Die Landesmedienanstalt Hamburg/Schleswig-Holstein beanstandete dies als unzulässige Werbung nach § 58 i.V.m. § 7 RStV und forderte die Kennzeichnung als Dauerwerbesendung – da der Influencer dem (zunächst) nicht nachkam, wurde er mit einer Geldbuße von 10.500 € wegen fortgesetzter Verstöße gegen die Werbe-Kennzeichnungspflichten belegt.²⁶⁹

²⁶⁶ Beispiel 2, Variante B der „FAQs“.

²⁶⁷ Vgl. Gregory Lipinski, <http://meedia.de/2017/07/10/werbung-statt-sponsored-by-wie-social-media-star-carodaur-ihre-produktwerbung-kennzeichnen-sollte/>.

²⁶⁸ OLG Celle, 8.6.2017, Az. 13 U 53/17, WRP 2017, 1236; dazu noch ausführlich unter A.III.1.f.

²⁶⁹ <http://meedia.de/2017/06/08/medienanstalt-verdonnert-youtube-flying-uwe-zu-10-500-euro-bussgeld-wegen-schleichwerbung/>, vgl. auch *Solmecke*, <https://www.wbs-law.de/internetrecht/Influencer-Marketing-und-schleichwerbung-wann-wie-und-wo-muss-man-kennzeichnen-73891/>. Zum weiteren Verfahren gegen „Flying Uwe“ vgl. <http://www.medienkorrespondenz.de/politik/artikel/ma-hsh-leitet-wegen-werbeverstoss-verfahren-gegen-youtuber-flyingnbspuwe-ein.html>; <http://www.medienkorrespondenz.de/politik/artikel/hamburger-youtuber-flying-uwe-wehrt-sich-gegen-bussgeldbescheid-der-ma-hsh.html>. Auch gegen den YouTuber „ApoRed“ wurde wegen fortgesetzter Werbeverstöße ein Bußgeld verhängt; bei der „Lifestyle-Blogging“ Lina Mallon erfolgte eine förmliche Beanstandung; vgl. Pressemitteilung der MA HSH vom 14.12.2017.

c. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Influencer Marketings

(1) Rechtsgrundlagen

Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist das Influencer Marketing primär unter dem Gesichtspunkt der Schleichwerbung zu sehen, die seit langem im Zusammenhang mit den Printmedien, dem Rundfunk, Kinospielefilmen, zunehmend aber auch im Internet (z.B. bei der Bannerwerbung) eine Rolle spielt. Einschlägig sind deshalb in erster Linie die Irreführungsvorschriften des UWG, also § 5 Abs. 1 UWG (täuschende Angaben über das Angebot), § 5a Abs. 6 UWG (Nichtkenntlichmachen des kommerziellen Zwecks) und das über § 3 Abs. 3 UWG geltende per se-Verbot in Nr. 11 des UWG-Anhangs (als Information getarnte Werbung). Soweit es um die Zielgruppe von Kindern und Jugendlichen geht, kommt in Einzelfällen auch eine Anwendung von § 4a Abs. 1 Nr. 3 UWG (unzulässige Beeinflussung) und das sich darauf beziehende per se-Verbot in Nr. 28 des UWG-Anhangs (Kaufappelle an Kinder) in Betracht. Sämtliche dieser Vorschriften sind medienübergreifend und erfassen alle Aktivitäten in allen Social-Media-Kanälen.

Über den Rechtsbruchtatbestand, § 3a UWG, können Verstöße gegen das TMG und den RStV in das UWG einbezogen werden.

(2) Influencer Marketing als geschäftliche Handlung

Die fragliche Handlung muss, um dem UWG unterstellt zu sein, eine „geschäftliche Handlung“ i.S.v. § 2 Nr. 1 UWG sein, also ein Verhalten „zugunsten des eigenen oder fremden Unternehmens, das mit der Förderung des Absatzes objektiv zusammenhängt...“.²⁷⁰ Dies entspricht im Wesentlichen den kennzeichnungsrechtlichen Vorschriften im TMG, wo „kommerzielle Kommunikation“ nach § 2 Nr. 5 TMG jede Kommunikation bedeutet, die unmittelbar oder mittelbar der Förderung des Absatzes von Waren oder Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds eines Unternehmens dient. Entsprechendes gilt für den im RStV verwendeten Begriff der Werbung. Es besteht jedenfalls Einigkeit darüber, dass sich diese Eingangsvoraussetzungen für die wettbewerbs- bzw. medienrechtliche Beurteilung im Ergebnis wenig voneinander unterscheiden; jedenfalls nicht auf Werbung im traditionellen Sinne beschränkt sind.

Sowohl im Medienrecht²⁷¹ als auch im Wettbewerbsrecht müssen diese Voraussetzungen nachgewiesen bzw. glaubhaft gemacht werden (dazu ausführlich Teil A.I.2.d.(6)). Gerade bei medienrechtlichen Sachverhalten spielen dabei in aller Regel Indizien, z.B. Häufigkeit, Dauer und „Penetranz“ der Darstellung, eine große Rolle.²⁷²

²⁷⁰ Dazu etwa Keller in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 2 Nr.1.

²⁷¹ Vgl. etwa OVG Rheinland-Pfalz, 17.12.2008, Az. 2 A 10327/08, ZUM 2009, 507, 510; BVerwG, 22.6.2016, Az. 6 C 9.15, ZUM 2016, 900, Rn. 23; Jäger, GRUR-Prax. 2017, 372.

²⁷² Auf dieser Grundlage wurde etwa die Darstellung des „pick up“-Schokoriegels im „Dschungelcamp“ von RTL als unzulässige Werbung angesehen, vgl. VG Hannover, 18.2.2016, Az. 7 A 13293/14, ZUM-RD 2016, 624.

(3) Unternehmen

Dass das Unternehmen, dessen Produkt der Influencer auftragsgemäß gegen Bezahlung „empfiehlt“, die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt, bedarf keiner näheren Begründung.²⁷³ Bei einem wirtschaftlich tätigen Unternehmen spricht eine Vermutung dafür, dass eine Einschaltung von Dritten (wie des Influencers) zu Absatzzwecken erfolgt. Dies gilt i.d.R. auch für die das Geschäft vermittelnde oder die Präsentation gestaltende Agentur. Insofern ist die Situation keine andere, als wenn z.B. ein Unternehmen über seine Werbeagentur²⁷⁴ einen Prominenten mit der entgeltlichen Mitwirkung an einer Fernsehwerbung beauftragt; sei es zum Zwecke der Aufmerksamkeitserregung, sei es als „spokesperson“ im Rahmen einer sog. Testimonialwerbung.

(4) Influencer

Beim Influencer selbst liegt es demgegenüber nicht ohne weiteres auf der Hand, dass es sich stets um eine Betätigung im geschäftlichen Verkehr handelt.²⁷⁵ In den Social Media finden sich (neben klar als geschäftliche Aktion erkennbaren Auftritten, z.B. Unternehmensseiten auf Facebook) überwiegend Blogs, Posts, Videos, die von Privatpersonen stammen. Privatpersonen handeln jedoch selbst dann, wenn sie Anhängern Produkte zeigen oder empfehlen, zunächst einmal rein privat und unterliegen daher nicht dem UWG.²⁷⁶ Es dürfte daher sogar eine gewisse Vermutung dafür sprechen, dass im Internet als Privatpersonen auftretende Personen auch tatsächlich privat handeln; sei es, dass sie Sachen bei eBay verkaufen,²⁷⁷ sei es, dass sie ihre Produktvorlieben per Facebook, Twitter (oder wie auch immer) ihren „friends“ mitteilen.

Es müssen daher bestimmte Indizien vorliegen, die gegen ein rein privates Handeln und für ein geschäftliches Verhalten sprechen. Als wichtigstes und kaum widerlegbares Indiz hierfür gilt der Umstand der entgeltlichen Beauftragung durch den vom Werbeerfolg Begünstigten.

Dabei ist freilich zu beachten, dass nicht jede Zuwendung an den Influencer Indizwirkung entfaltet. Es muss sich vielmehr um einen relevanten wirtschaftlichen Vorteil, der eine (wenn auch indirekte) Verpflichtung zur Produktpräsentation auslöst, handeln. Influencer erhalten häufig Produkte und andere Vergünstigungen wie

²⁷³ Ausführlich *Henning-Bodewig*, WRP 2017, 1415.

²⁷⁴ Zur Haftung der Werbeagentur vgl. etwa *Köhler* in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 2018, § 8 Rn. 2.13 b ff.

²⁷⁵ Dazu *Henning-Bodewig*, WRP 2017, 1415 und GRUR 2013, 26.

²⁷⁶ Selbst diejenigen, die ihre Internet-Auftritte zum Geschäftsmodell gemacht haben und deshalb als Unternehmer gelten können (dazu unten), haben zumeist mit rein privaten Auftritten begonnen; ausführlich *Henning-Bodewig*, WRP 2017, 1415.

²⁷⁷ Vgl. *Henning-Bodewig*, GRUR 2013, 26.

Einladungen zu „Events“ kostenlos, verbunden mit der mehr oder minder deutlich ausgesprochenen Hoffnung einer positiven Erwähnung oder Präsentation. Wie oben dargestellt, differenzieren die „FAQs“ der Landesmedienanstalten nach Geschenken mit oder ohne „Vorgaben“, der Annahme von Geld oder geldwerten Gegenleistungen, dem Charakter als Ausrüstungsgegenstand etc. Diese Einordnung ist jedoch für das Wettbewerbsrecht nicht bindend (dazu noch unten, 5.d), auch wenn sie einen ersten Einstieg zur Beurteilung erlaubt. Im Wettbewerbsrecht kommt es mehr auf die die Absatzförderung prägenden Gesamtumstände an, die auch das sonstige Verhalten des Influencers einbeziehen können.²⁷⁸

Unter Zugrundelegung der zurzeit üblichen Online-Auftritte der Influencer vermag häufig auch die Art und Weise der Präsentation eine hinreichende Indizwirkung zu entfalten. Denn anders als bei der redaktionellen Werbung in den Printmedien und dem Product-Placement im Fernsehen bedingen allein die Beschränkungen des Internets ein relativ direktes Vorgehen. Legt die Art der Präsentation jedoch für einen objektiven Betrachter ein kommerzielles Handeln nahe, so besteht normalerweise eine Indizwirkung für das Vorliegen einer Entgeltlichkeit.

Sofern der Influencer im Wege eines entgeltlichen Auftrags an der Werbung oder am Sponsoring „mitwirkt“ – wofür die vorgenannten Indizien i.d.R. zur Glaubhaftmachung ausreichen – liegt regelmäßig eine geschäftliche Handlung nach § 2 Nr. 1 UWG und zugleich eine kommerzielle Kommunikation/Werbung vor. Derartige Influencer-Tätigkeiten dienen objektiv der Absatzförderung des Auftraggebers.²⁷⁹ Der Influencer kann jedoch auch selbst als Unternehmer nach § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG anzusehen sein und schon aus diesem Grund ein Eigeninteresse daran haben, dass sein Internetauftritt als Werbepattform für Dritte attraktiv erscheint. Zutreffen kann das auf die (erfolgreichen) Influencer, welche die kommerzielle Vermarktung ihres eigenen Images zum Geschäftsmodell gemacht haben („Influencer als Beruf“) oder selbst in das Unternehmen, um dessen Produkte es geht, involviert sind.²⁸⁰ Dies setzt allerdings ein planmäßiges, auf eine gewisse Dauer angelegtes wirtschaftliches Vermarkten der eigenen Person in eigener Verantwortung (häufig mittels Einschaltung professioneller Berater) voraus. In derartigen Fällen spricht eine Vermutung dafür, dass jede Handlung im Rahmen des Blogs etc., die objektiv der Förderung des Absatzes Dritter dient, zugleich im kommerziellen Eigeninteresse des Influencers liegt.

²⁷⁸ Zum Beispiel wenn der Influencer von sich aus freie Leistungen (z.B. Hotelaufenthalte) „anregt“; vgl. https://www.stern.de/neon/feierabend/influencerin-wird-von-hotelier-aus-dublin-blossgestellt-7828690.html?utm_campaign=&utm_source=email&utm_medium=mweb_sharing.

²⁷⁹ Letzteres ergibt sich bereits aus der hohen Authentizität der Influencer und der Beeinflussbarkeit ihrer Follower; vgl. auch *P. Lehmann*, WRP 2017, 772, 773.

²⁸⁰ Zu letzterem vgl. den Fall „Flying Uwe“, oben unter 1.b.(3). Nach Auffassung des LG Berlin, 24.5.2018, Az. 52 O 101/18 stellt die Verlinkung mit einer Kaufangebote enthaltenden Website auch ohne entgeltliche Beauftragung eine geschäftliche Handlung dar, weil die fragliche Influencerin ihr Instagram-Account geschäftsmässig betreibt und sich mit derartigen „Vertagungen“ als mögliche Kooperationspartnerin anbietet. Zu einem Fall mit entgeltlicher Verlinkung vgl. Kammergericht Berlin, 11.10.2017, Az. 5 W 221/17.

(5) Ergebnis

Im Ergebnis ist daher sowohl auf Seiten des Unternehmers, in dessen Auftrag die Produktempfehlung erfolgt und dem der Werbeerfolg zugutekommt, als auch auf Seiten des Influencers, der gegen Entgelt auftragsgemäß ein Produkt empfiehlt, eine geschäftliche Handlung i.S.d. UWG anzunehmen. Insofern besteht kein Unterschied zu Prominenten, die ihr Image gegen Bezahlung in einer traditionellen Werbung (Anzeigen, Fernsehspots etc.) oder aber bei kommerziellen Sponsoringaktionen einsetzen. Möglich ist in derartigen Fällen ferner das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung auf Seiten der zwischengeschalteten Agentur oder des Betreibers der Online-Plattform.²⁸¹

Ob demgegenüber bei fehlender entgeltlicher Beauftragung das „Taggen“ von präsentierten Produkten, insb. die Verlinkung mit Seiten mit konkreten Verkaufsangeboten, eine geschäftliche Handlung des Influencers darstellt, ist eine Frage des Einzelfalls.

d. Medienverstoß als Wettbewerbsverstoß, § 3a UWG

Die Kennzeichnungsregeln für Werbung/kommerzielle Kommunikation in RStV und TMG sind nach einhelliger Auffassung Marktverhaltensregeln im Interesse der Verbraucher.²⁸² Ein Verstoß hiergegen ist deshalb zugleich ein Verstoß gegen das UWG, sofern die Auswirkungen auf den Markt erheblich sind. Dies wird infolge der hohen Glaubwürdigkeit des Influencer Marketings und der Reichweite der Werbebotschaften bejaht werden können.

e. Als Information getarnte Werbung; § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. Nr. 11 UWG-Anhang

Nr. 11 des Anhangs zum UWG enthält ein sog per se-Verbot, d.h. das darin beschriebene geschäftliche Verhalten gegenüber dem Verbraucher ist ohne Hinzutreten weiterer Umstände nach § 3 Abs. 3 UWG unzulässig. Erfasst ist „der vom Unternehmer finanzierte Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung“, sofern sich diese nicht eindeutig aus dem Inhalt oder der Art der Darstellung ergibt.

Das Verbot der als Information getarnten Werbung gilt zweifellos für die Printmedien sowie das Fernsehen; für elektronische Medien hingegen nur dann, soweit sie einen redaktionellen Teil aufweisen. Letzteres kann, muss jedoch nicht auf Blogs etc. der Influencer zutreffen. Entscheidend ist, ob die fragliche Präsentation ihrer Gestaltung nach den Eindruck einer redaktionellen Bearbeitung aufweist. Bei kurzen Posts auf

²⁸¹ Zur Haftung des Plattformbetreibers ausführlich die *Case Study* Vergleichsportale/Rankings in A.III.3.

²⁸² Dazu statt aller *Ohly* in: *Ohly/Sosnitzer*, UWG, 2016, § 3a Rn. 63 ff.; *von Becker*, GRUR-Prax 2014, 389.

Facebook etc. wird dies nicht der Fall sein, wohl jedoch bei Blogs oder YouTube-Präsentationen, die längere Berichte oder Darstellungen enthalten, in denen eine Auseinandersetzung mit bestimmten Themen erfolgt. Sie können eine zumindest redaktionsähnliche Struktur aufweisen.²⁸³

Ist ein redaktioneller Inhalt zu bejahen und wird entgeltliche Werbung als Information - beispielsweise in Form eines angeblich von keinen kommerziellen Interessen beeinflussten Beitrags - verschleiert, so liegt ein Verstoß gegen Nr. 11 vor, wenn sich der kommerzielle Charakter nicht eindeutig aus dem Inhalt oder aus der Art der optischen oder akustischen Darstellung ergibt. Nach dem Wortlaut der Richtlinie 2005/29/EG Anhang 1 Nr. 11 geht die Regelung in der sog. Fernsehrichtlinie 89/552/EWG vor. Dies bedeutet, dass es hinsichtlich der Erkennbarkeit und Kennzeichnung in erster Linie auf Art. 19/1 der (die Fernsehrichtlinie ersetzenden) Richtlinie 2010/13/EG über audiovisuelle Mediendienste ankommt. Eine den spezifischen Kennzeichnungsvorschriften in §§ 7, 58 RStV, in denen die Richtlinie in das deutsche Recht umgesetzt wurde, genügende kommerzielle Kommunikation verstößt daher nicht gegen Nr. 11 des UWG-Anhangs und ist nicht unlauter nach § 3 Abs. 3 UWG. Ob dies allerdings auch für normkonkretisierenden Bestimmungen wie die Werberichtlinie / TV und den sie ergänzenden Leitfaden zu den Social Media („FAQs“) gilt, ist unklar.

f. Irreführung über den kommerziellen Charakter; § 5a Abs. 6 UWG

(1) Bedeutung des Grundsatzes der Erkennbarkeit von Werbung

Der Schwerpunkt der rechtlichen Beurteilung des Influencer Marketings liegt regelmäßig bei § 5a Abs. 6 UWG. Diese Vorschrift ist medienübergreifend, gilt also auch für das Internet.²⁸⁴ Nach § 5a Abs. 6 UWG handelt unlauter, „wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte“.

§ 5a Abs. 6 UWG untersagt also

- eine geschäftliche Handlung, deren kommerzieller Zweck nicht kenntlich gemacht ist oder
- sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt,

²⁸³ Vgl. *P. Lehmann*, WRP 2017, 772: „Viele Social Media Stars betreiben ihre Kanäle heute nicht mehr selbst, sondern haben Teams, welche ähnlich wie eine klassische Redaktion Beiträge aufbereitet. Darüber hinaus kümmern sie sich in vielen Fällen mittels spezialisierter Agenturen um die Vermittlung von Werbeaufträgen, sodass von einer redaktionsähnlichen Struktur gesprochen werden kann.“

²⁸⁴ Vgl. etwa OLG Köln, 9.8.2913, Az. 6 U 3/13, GRUR-RR 2014, 62 - *Status-Angst*.

- und die geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

Obgleich § 5a Abs. 6 UWG einen sehr weiten Anwendungsbereich hat und nicht auf Sachverhaltskonstellationen im Zusammenhang mit Medien beschränkt ist,²⁸⁵ liegt der Schwerpunkt auf der sog. Schleichwerbung in den Medien. Zurückzuführen ist dies auf die für die meisten Medien rechtlich vorgegebene und faktisch praktizierte Trennung von Content und kommerzieller Kommunikation, die die Verbrauchererwartung in eine bestimmte Richtung – nämlich Neutralität und Objektivität des nicht als Werbung ausgewiesenen Teils – gelenkt hat und noch lenkt. Da Verbraucher offene Werbung mit einem gewissen Maß an Skepsis begegnen („Selbstanpreisung“), wird dem redaktionellen Teil der Medien besondere Glaubwürdigkeit beigemessen, was wiederum Irreführungen über den kommerziellen Charakter umso gravierender erscheinen lässt. Daneben spielen jedoch auch rechtspolitische Erwägungen (Unabhängigkeit der Medien) und der starke Schutz, den die Medien nach Art. 5 GG genießen, eine Rolle.

Aber auch unabhängig von den spezialgesetzlichen Regelungen, die eine klare Trennung von Werbung und Content vorschreiben – also den spezialgesetzlichen Regelungen in den Landespressegesetzen, dem RStV, dem TMG – zählt es von jeher zu den Kernanliegen des Lauterkeitsrechts, Manipulationen durch eine Verschleierung des kommerziellen Charakters zu verhindern.

(2) Rechtsprechung zur Schleichwerbung im Bereich von Presse, Rundfunk, Kino

Wie bei allen neuartigen Sachverhaltskonstellationen, häufig infolge neuer Techniken, ist jedenfalls in der Anfangsphase die Beurteilung vergleichbarer Sachverhalte von besonderer Bedeutung. Beim Influencer Marketing heranzuziehen sind deshalb vor allem Irreführungsfälle im Zusammenhang mit den Printmedien, dem Fernsehen und dem Kino. Ihre Beurteilung ist im Grundsatz weitgehend auf das neue Medium Internet und damit auch auf das Influencer Marketing übertragbar. Dies schließt spezifische Wertungen, die sich aus den Besonderheiten des Internets ergeben, nicht aus, erleichtert jedoch die rechtliche Anwendung. Die bisherige gefestigte Rechtsprechung zur Beurteilung der Schleichwerbung in Presse, Rundfunk und Film vermag daher wertvolle Leitlinien auch für die Beurteilung des Influencer Marketings zu geben.

i. Presse

So hat bei der Presse die sog. redaktionelle Werbung oder die Werbung mit redaktionell aufgemachten Anzeigen seit Langem zu einer umfangreichen Rechtsprechung geführt.²⁸⁶ Zurückzuführen ist dies darauf, dass die

²⁸⁵ Dazu ausführlich *Frank* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 5a Abs. 6 Rn. 347 ff.

²⁸⁶ Ausführlich dazu *Frank* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 5a Rn. 298 ff.

Landespressegesetze seit fast 100 Jahren ein Gebot der eindeutigen Trennung von redaktionellem Teil und Werbung enthalten. Dieser medienrechtlichen Spezialregelung folgend hat sich die Rechtsprechung auch im Irreführungsrecht sehr streng gezeigt, was weitgehend durch den Europäischen Gerichtshof gebilligt wurde.²⁸⁷

Zur Kennzeichnung ist in der Regel eine Bezeichnung mit „Anzeige“ notwendig – Angaben wie „sponsored by“ genügen nicht. Erfasst sind etwa auch Sonderbeilagen, die redaktionell aufgemacht sind und zu einem Thema Beiträge abdrucken, Tipps geben, etc., dabei aber von den werbenden Unternehmen selbst stammen.²⁸⁸ Auch die Kopplung von Berichterstattung und Anzeigenschaltung kann bedenklich sein.²⁸⁹

ii. Rundfunk

Im Bereich des Rundfunks hat die Problematik der Schleichwerbung vor allem im Zusammenhang mit dem sogenannten Product-Placement Bedeutung erlangt.²⁹⁰ Ausschlaggebend für die Beurteilung sind hier die Regelungen im Rundfunkstaatsvertrag, die wiederum vor dem Hintergrund des Unionsrechts, d.h. ursprünglich der sog. Fernsehrichtlinie und heute der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste zu sehen sind. Das Trennungsgebot von redaktionellem Inhalt und Werbung gilt im Grundsatz sowohl für den öffentlich-rechtlichen als auch (mit einigen Einschränkungen) für den privaten Rundfunk. Bei Sendesponsoring ist ein eindeutiger Hinweis zu Beginn oder Ende der Sendung notwendig, um den kommerziellen Zweck offenzulegen.

iii. Kino

Auch im Kinobereich hat die Rechtsprechung sich mit Schleichwerbung beschäftigen müssen. Da hier – anders als bei den Printmedien und im Rundfunk – die Verbrauchererwartung nicht von spezialgesetzlichen Kennzeichnungs- und Trennungsgeboten (und der darauf beruhenden tatsächlichen Übung) geprägt ist, rechnen Kinobesucher eher damit, dass Kinofilme von Sponsoren finanziert werden und folglich eine Vermischung von kommerziellen Präsentationen und (überwiegend) künstlerisch geprägten Darstellungen erfolgen kann. Die Rechtsprechung hat deshalb, auch aus verfassungsrechtlichen Gründen, bei Kinofilmen eine Irreführung durch Produktplatzierungen im Regelfall verneint.²⁹¹

²⁸⁷ Vgl. EuGH, 17.10.2013, Rs. C-391/12, GRUR 2013, 1245 – *Good News* und dazu die Entscheidung des BGH, 6.2.2014, Az. I ZR 2/11, GRUR 2014, 879 – *Good News II*.

²⁸⁸ *Frank* in: Henning-Bodewig/Harte-Bavendamm, UWG, 2016, § 5a Rn. 298 ff.

²⁸⁹ *Frank* in: Henning-Bodewig/Harte-Bavendamm, UWG, 2016, § 5a Rn. 300.

²⁹⁰ Vgl. etwa BGH, 22.2.1990, Az. I ZR 78/88, GRUR 1990, 611 – *Wer erschöß Boro?*; dazu *Frank* in: Henning-Bodewig/Harte-Bavendamm, UWG, 2016, § 5a Rn. 318 ff.

²⁹¹ Als leading case gilt hier die Entscheidung des BGH, 6.7.1995, Az. I ZR 58/93, GRUR 1995, 744 – *Feuer, Eis und Dynamit I*.

iv. *Entsprechende Anwendung auf das Internet*

Aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Schleichwerbung folgt, dass die Beurteilung unter Irreführungsgesichtspunkten (neben den stets mitschwingenden medienpolitischen und verfassungsrechtlichen Erwägungen) stark von der Erwartung abhängt, die der verständige Durchschnittsnutzer an die Neutralität und Objektivität des fraglichen Mediums hat.²⁹² Am ausgeprägtesten ist die Erwartung an die Neutralität noch immer im Bereich der Presse, bei der die in den Landesmediengesetzen verankerten Grundsätze der Trennung von redaktionellem Teil und Werbung von der Rechtsprechung kompromisslos durchgesetzt wurden und werden.²⁹³ Ähnliches galt ursprünglich im Bereich des Fernsehens, vor allem solange es ausschließlich den öffentlich-rechtlichen Rundfunk gab; hier ist jedoch (jedenfalls nach der jüngsten Novellierung des RStV, bedingt durch die Richtlinie Audiovisuelle Mediendienste) eine Liberalisierung vor allem bei den privaten Rundfunkveranstaltern erfolgt. Im Bereich der Kinofilme wiederum wurde wegen der Besonderheiten der Erwartungshaltung an dieses Medium von vornherein ein relativ großzügiger Maßstab angelegt.

Diese abgestufte Erwartungshaltung an die Neutralität spielt auch bei der Beurteilung von Internetsachverhalten eine Rolle. Ausgangspunkt ist, dass für das Internet (im TMG und RStV) eine Trennung zwischen Content und Werbung und die klare Erkennbarkeit von kommerziellen Kommunikationen vorgeschrieben ist. Zwar hat sich bei Internets-Sachverhalten bislang noch keine ähnlich eindeutige Linie der Beurteilung wie in den anderen Medien entwickeln können, dazu sind die im Internet zu findenden Geschäftsmodelle, die im Graubereich zwischen Content und Marketing angesiedelt sind, zu neu und unterschiedlich. Auszugehen ist aber von folgendem: Es dürfte gerade den jungen Nutzern des Internets (also der Zielgruppe der Influencer) durchaus bekannt sein, dass im Internet der Übergang zwischen privater und kommerzieller Betätigung fließend sein kann. Dieses Wissen wird jedoch wiederum dadurch relativiert, dass das Internet – insbesondere die Social Media – als ein vorwiegend für Privatpersonen attraktiver Gestaltungsraum gilt. Trotz z.T. eindeutiger und klar erkennbarer Werbeauftritte, z.B. Facebookseiten großer Unternehmen, werden die Social Media daher nach wie vor primär als Forum für private Mitteilungen, Videos, Fotos usw. verstanden. Bezahlte Posts, Blogs etc., die den kommerziellen Interessen Dritter oder dem eigenen „Influencer-Unternehmen (s. oben c.(2.)) dienen, müssen daher als kommerzielle Handlung erkennbar sein.

Diese sich aus der gefestigten Rechtsprechung zu den Medien Presse und Rundfunk ergebende Leitlinie der Beurteilung der Schleichwerbung haben die Gerichte in mehreren Fällen bei Internetsachverhalten bestätigt.²⁹⁴

²⁹² Dazu etwa OLG Köln, 9.8.2013, Az. 6 U 3/13, GRUR-RR 2014, 62 – *Status Angst*.

²⁹³ Vgl. BGH, 6.2.2014, Az. I ZR 2/11, GRUR 2014, 879 – *Good News II*.

²⁹⁴ Ausführlich *Frank* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 5a Rn. 359 ff.; *Himmelsbach*, GRUR-Prax 2013, 78, 81; aus der Rspr. etwa OLG Köln, 9.8.2013, Az. 6 U 3/13, GRUR-RR 2014, 62 – *Status-Angst*. Zur Anwendung auf das Influencer-Marketing vgl. die im Folgenden ausführlich dargestellte Entscheidung des OLG

So sind Werbebanner zwar meist als Werbung erkennbar, besondere Umstände oder Erscheinungsformen wie Werbeinterstitials in Spielen können jedoch die Kennzeichnung als Werbung erfordern. Auch bei Hyperlinks und Framing ist das Trennungsgebot jedenfalls im Grundsatz zu beachten.²⁹⁵ Bei Suchmaschinen muss der redaktionelle Teil der Suchmaschinenergebnisse von dem Werbeteil, sog. Keyword Advertising, klar zu unterscheiden sein. Gekennzeichnet werden muss auch das sog. virale Marketing, das auf die Ausbreitung in den sozialen Netzwerken setzt. Werbeauftritte von Unternehmen dürfen nicht als privater Blog getarnt sein, auch wenn dies bei näherer Betrachtung erkennbar sein mag. Das OLG München²⁹⁶ untersagte etwa ungekennzeichnete Einträge, die für den Nutzer nicht sofort als „gesteuerte“ Einträge erkennbar waren; dass hierüber auf der Diskussionsseite offen diskutiert wurde, wurde nicht als ausreichend angesehen, da „ein relevanter Teil der angesprochenen Verkehrskreise nur den Wikipedia-Eintrag und nicht den Diskussionsbeitrag zur Kenntnis nimmt“. Das LG Hamburg²⁹⁷ verbot einem Rechtsschutzversicherer unter dem Pseudonym „Ralf“ eingestellte Kommentare zu einem Blog, da die IP-Adresse von „Ralf“ letztlich wieder zum Rechtsschutzversicherer führte. Veröffentlicht ein Onlineportal von Unternehmen gelieferte Pressemitteilungen, müssen diese schon beim Anlesen (Teaser) deutlich als Werbung gekennzeichnet sein.²⁹⁸

v. *Die Erkennbarkeit des kommerziellen Zwecks beim Influencer Marketing*

Ob der kommerzielle Zweck einer geschäftlichen Handlung klar erkennbar ist, sich insbesondere unmittelbar aus den Umständen ergibt, bestimmt sich aus der Sicht des durchschnittlichen Verbrauchers der angesprochenen Adressatengruppe, der als angemessen aufmerksam, kritisch und erfahren zu sehen ist. Dieses allgemein im Irreführungsrecht geltende „europäische Verbraucherleitbild“ wird präzisiert nach § 3 Abs. 4 UWG, wonach auf die jeweiligen Adressatenkreise abzustellen ist.²⁹⁹ Es kommt also auf den Gesamteindruck des jeweiligen Posts, Blogs etc. an, der wiederum entsprechend dem Verkehrsverständnis der potentiellen User zu interpretieren ist. Ein generelles Wissen der Verbraucher, dass in den Social Media nicht selten eine Vermischung von Content und Marketing stattfindet und dass Prominente mit ihren Internetauftritten (auch) Geld verdienen, hindert nicht daran, dass im konkreten Fall eine Täuschung über den kommerziellen Charakter erfolgt.³⁰⁰ Entscheidend sind stets die konkreten Umstände, die – vor dem Hintergrund dieses generellen Wissens – die

Celle, 8.6.2017, Az. 13 U 53/17 und die Entscheidung des KG, 11.10.2017, Az. 5 W 211/47,

²⁹⁵ OLG München, 10.5.2012, Az. 29 U 515/12, Beck RS 2012, 16871 – *Schleichwerbung auf Wikipedia*.

²⁹⁶ OLG München, GRUR-Prax. 2012, 309.

²⁹⁷ LG Hamburg, 30.6.2006, Az. 5 U 127/05, GRUR 2007, 254 – *Getarnte Link-Werbung*.

²⁹⁸ LG Düsseldorf, 28.11.2011, Az. 12 O 329/11, BeckRS 2011, 27078 – *Internetportal*.

²⁹⁹ Dazu etwa OLG Köln, 9.8.2013, Az. 6 U 3/13, GRUR-RR 2014, 62 – *Status-Angst*.

³⁰⁰ Zweifelnd *Heermann*, WRP 2014, 509 (bei manipulierten Kundenbewertungen); dies entspricht jedoch nicht der ganz überwiegend in der Literatur vertretenen Ansicht und auch nicht der insofern heranziehbaren Rspr. zu Vergleichsportalen, wiedergegeben in der *Case Study Vergleichsportale/Rankings A.III.3*.

Verbrauchererwartung daran, was im konkreten Fall Werbung, was Content ist, prägen.

Beim Influencer Marketing muss der kommerzielle Zweck auf „den ersten Blick und ohne jeden Zweifel“ erkennbar sein.³⁰¹ Hieran sind strenge Anforderungen zu stellen, da in den Social Media nach wie vor zumeist Privatpersonen ihre Vorlieben und Abneigungen kundtun und diese privaten Handlungen von der zumeist sehr jungen Zielgruppe nicht immer ohne weiteres von geschäftlichen Handlungen unterschieden werden können (siehe oben). Selbst diejenigen Influencer, die in den Medien gerne als „Beruf“ Influencer angeben, kennzeichnen ihre Internetauftritte nicht als kommerziell, sondern versuchen den Eindruck eines kommerziellen Gesamtauftritts tunlichst zu vermeiden. Sie richten deshalb auch keineswegs den gesamten Inhalt ihrer Videos, Blogs etc. kommerziell aus, sondern vermischen – um die Authentizität gegenüber ihren Fans zu wahren – tatsächlich private Fotos, Präsentationen etc. mit geschäftlichen Handlungen. Dahinter steht wiederum die Befürchtung, dass bei einer rein kommerziellen Ausrichtung, d.h. bei einer Dauerwerbesendung, das Interesse der Fans (und damit die Anzahl der Follower) sinken würde, was wiederum die Werbebotschaft weniger attraktiv für Unternehmen machen könnte.³⁰²

Hinzu kommt, dass die Follower – insbesondere beim Marketing im Bereich der Games, Mode und Kosmetik – zum Teil sehr jung, Kinder oder Jugendliche sind. Auch wenn ein direktes Ansprechen, eine Kaufaufforderung im Sinne von Nr. 28 des UWG Anhangs, der ein per se-Verbot für bestimmte Fälle der Ansprache von Kindern enthält, i.d.R. schwer nachzuweisen sein wird,³⁰³ hat das Irreführungsrecht – wie sich bereits aus § 3 Abs. 4 UWG ergibt – dieser sensiblen Zielgruppe Rechnung zu tragen. Es ist jedenfalls davon auszugehen, dass eine sehr jungen Zielgruppe zum einen weniger Erfahrung in Bezug auf die Finanzierung derartiger Blogs etc. hat, zum anderen weniger Skepsis gegenüber werblichen Anpreisungen entwickeln konnte. Aus diesem Grunde erhält das „Überspielen“ des werblichen Charakters einzelner Botschaften durch einen (den Influencerauftritt insgesamt prägenden) privaten Charakter besonderes Gewicht.

Daraus folgt, dass gerade beim Influencer Marketing die Anforderungen daran, wann sich der kommerzielle Charakter „unmittelbar aus den Umständen ergibt“, hoch sind. Der kommerzielle Charakter muss laut einem Urteil des OLG Celle vom 8.6.2017,³⁰⁴ in dem es um die Instagram-Werbung eines Influencers für die Drogeriekette Rossmann ging, „auf den ersten Blick und ohne jeden Zweifel“ erkennbar sein. Der Grundsatz, dass es nicht genügt, wenn der durchschnittliche Leser erst nach einer analysierenden Lektüre des Beitrags dessen werbliche Wirkung erkennt,³⁰⁵ gilt erst recht für das Internet, wo Nutzer selten aufmerksam die zahlreichen Hinweise zur

³⁰¹ Vgl. OLG Celle, 8.6.2017, Az. 13 U 53/17, WRP 2017, 1236 – *Schleichwerbung in sozialen Medien*.

³⁰² Ausführlich zu dieser Thematik *Henning-Bodewig*, WRP 2017, 1415.

³⁰³ Dazu noch unten.

³⁰⁴ OLG Celle, 8.6.2017, Az. 13 U 53/17, WRP 2017, 1236 – *Schleichwerbung in sozialen Medien*.

³⁰⁵ BGH, 31.10.2012, Az. I ZR 205/11, GRUR 2013, 644, Rn. 21 – *Preisrätselgewinnauslobung*, vgl. auch OLG Köln, 9.8.2013, Az. 6 U 3/13, GRUR-RR 2014, 62 – *Status-Angst*.

Kenntnis nehmen und wo im Gegenteil die klare Erkennbarkeit durch internetübliche Symbole wie Herzen, Emojis, Smileys, Tags etc. erschwert wird.

vi. Anforderungen an die Kennzeichnung des kommerziellen Charakters

Damit kommt der Frage der Kennzeichnung regelmäßig zentrale Bedeutung für die Zulässigkeit des Influencer Marketings zu. Insofern gibt es bei § 5a Abs. 6 UWG keine eindeutigen Vorgaben. Anders als im Pressebereich, wo in Zweifelsfällen die Kennzeichnung mit „Anzeige“ vorgeschrieben ist, bestehen jedenfalls theoretisch mehrere Möglichkeiten der Kennzeichnung von kommerziellen Botschaften im Rahmen eines Influencer-Blogs.

Fest steht lediglich, dass diese Kennzeichnung so eindeutig sein muss, dass eine Irreführung über den kommerziellen Charakter ausgeschlossen ist, was sich wiederum nach der allgemein im Irreführungsrecht maßgeblichen situationsbedingten Erwartungshaltung der fraglichen Zielgruppe beurteilt. Aus den oben genannten Gründen gilt auch hier, dass die Aufklärung umso deutlicher ausfallen muss, je mehr der kommerzielle Charakter durch den Gesamteindruck einer privaten Darstellung, Mitteilung etc. überspielt wird.³⁰⁶

Die gegenwärtige Rechtslage, jedenfalls für § 5a Abs. 6 UWG, hat das OLG Celle³⁰⁷ in seinem Urteil vom 8.6.2017 wie folgt umrissen.

„Wie der kommerzielle Zweck einer geschäftlichen Handlung kenntlich zu machen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls und des verwendeten Kommunikationsmittels ab. Der Hinweis muss jedoch so deutlich erfolgen, dass aus der Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds der jeweils angesprochenen oder betroffenen Verbraucherkreise kein Zweifel am Vorliegen eines kommerziellen Zwecks besteht (Köhler/Bornkamm/Köhler, a.a.O., § 5 a UWG, Rdnr. 7.27). Der kommerzielle Zweck muss auf den ersten Blick hervortreten (Seichter in: Ullmann, jurisPK-UWG, 4. Aufl., § 5 a UWG, Rdnr. 141).“

An die in den „FAQs“ der Landesmedienanstalten vorgeschlagenen Kennzeichnungen, die zum damaligen Zeitpunkt auch die Kennzeichnung mit #ad vorschlugen, sah sich das OLG Celle bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung nicht gebunden. Zu diesem (nicht entscheidungserheblichen) Punkt führte das Gericht aus:

„Der Senat lässt offen, ob die von der Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten unter anderem empfohlene Verwendung des Hashtags „#ad“ grundsätzlich geeignet ist, einen Beitrag bei Instagram oder ähnlichen sozialen Medien

³⁰⁶ Vgl. dazu *Henning-Bodewig*, WRP 2017, 1451; *P. Lehmann*, WRP 2017, 772 und <http://medial.de/2017/07/10/werbung-statt-sponsored-by-wie-social-media-star-caro-daur-ihre-produktwerbung-kennzeichnen-sollte/>.

³⁰⁷ OLG Celle, 8.6.2017, Az. 13 U 53/17, WRP 2017, 1236 – *Schleichwerbung in sozialen Medien*.

als Werbung zu kennzeichnen. Das Ergebnis der von dem Verfügungskläger vorgelegten Meinungsumfrage könnte Zweifel wecken, ob das Hashtag „#ad“ ausreichend bekannt ist, um aus der Sicht eines durchschnittlichen Verbrauchers als eindeutiger Hinweis auf Werbung verstanden zu werden. Der Senat verkennt allerdings nicht, dass aus der Meinungsumfrage nicht erkennbar ist, welcher Teil der Befragten Instagram oder ähnliche soziale Medien überhaupt nutzt; diejenigen Personen, die nach Behauptung des Verfügungsklägers in erster Linie Zielgruppe der streitgegenständlichen Werbung sind, Kinder und Jugendliche ab 13 Jahren, sind bei der Umfrage nicht berücksichtigt worden.

Eine ausreichende Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks des streitgegenständlichen Beitrags fehlt aber jedenfalls deshalb, weil das Hashtag „#ad“ innerhalb des Beitrags nicht deutlich und nicht auf den ersten Blick erkennbar ist.“

Seit Mitte 2017 empfehlen die „FAQs“ – offenbar als Reaktion auf das Urteil des OLG Celle – nur noch die Kennzeichnung als Werbung oder Anzeige (siehe oben, II.2.).

g. Irreführung über die Präferenz des Produktes durch den Influencer; § 5 Abs. 1 UWG

Ein anderer Ansatzpunkt für die Beurteilung des Influencer Marketings ist bislang kaum beachtet worden: die eventuelle Irreführung über die tatsächliche Benutzung (und Präferenz) des angepriesenen Produktes durch den Influencer. Dieser Aspekt ist unter dem Stichwort „Prominentenwerbung/Testimonialwerbung“ bekannt.³⁰⁸

Treten Prominente in einer klar als Werbung zu erkennenden Promotion auf, zum Beispiel *George Clooney* in der Kaffeewerbung, so geht der verständige Durchschnittsverbraucher bereits wegen des erkennbaren Werbeformats nicht davon aus, dass der Prominente das fragliche Produkt nun tatsächlich selbst benutzt oder schätzt. Eventuelle Fehlvorstellungen sind jedenfalls nicht geeignet, die Fähigkeit des Verbrauchers zu einer informierten Entscheidung zu beeinträchtigen.

Anders kann es aussehen, wenn der Prominente besondere Sachkunde für sich in Anspruch nimmt und die „Empfehlung“ deshalb für die angesprochenen Adressaten einen entscheidenden Kaufaspekt darstellt, so unvernünftig dies im Einzelfall auch sein mag. Genau dies trifft auf die Influencer zu, die in der Regel ihre Fans davon zu überzeugen suchen, dass die Produkte, die sie empfehlen, von ihnen auch in ihrem täglichen Leben benutzt und geschätzt werden. Sie gelten insofern als „Fachmann“ für bestimmte Produkteigenschaften und rufen bei ihrer Zielgruppe die Verbrauchererwartung hervor, dass sie voll hinter der Produktqualität stehen. Hierauf ist das ganze Geschäftsmodell zugeschnitten.

³⁰⁸ Vgl. *Henning-Bodewig* in: *Greipl/Münker*, 100 Jahre Wettbewerbszentrale, 2012, S. 125.

h. Unzulässige Beeinflussung der Zielgruppe, § 4a UWG, Nr. 28 UWG-Anhang

Wie festgestellt, handelt es sich bei den „Followern“ der Influencer häufig um eine junge Zielgruppe. Sie gilt beim Influencer Marketing als besonders attraktiv, da sie infolge der ihr zur Verfügung stehenden Geldbeträge ein beachtliches wirtschaftliches Potenzial hat und zudem besonders leicht zu beeinflussen ist.

Der besonderen Beeinflussbarkeit von jungen Verbrauchern gerade auch im Internet³⁰⁹ trägt das UWG an mehreren Stellen Rechnung.

- Im Rahmen der Irreführungsvorschriften, etwa bei der Bestimmung der Erwartungshaltung an ein (dem Gesamteindruck nach privates) Verhalten in den Social Media ist, „wenn sich die geschäftliche Handlung an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet, auf ein durchschnittliches Mitglied dieser Gruppe abzustellen. Geschäftliche Handlungen, die für den Unternehmer vorhersehbar das wirtschaftliche Verhalten nur einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern wesentlich beeinflussen, die aufgrund von geistigen oder körperlichen Beeinträchtigungen, Alter oder Leichtgläubigkeit im Hinblick auf Waren oder Dienstleistungen besonders schutzbedürftig sind, sind aus der Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe zu beurteilen“ (§ 3 Abs. 4 UWG).
- Daneben bestehen jedoch auch explizite Verbote, nämlich in Nr. 28 des UWG-Anhangs, der über § 3 Abs. 3 UWG ein sog. per se-Verbot begründet. Danach ist „die in eine Werbung einbezogene unmittelbare Aufforderung an Kinder, selbst die beworbene Ware zu erwerben oder die beworbene Dienstleistung in Anspruch zu nehmen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene dazu zu veranlassen“ stets verboten. Als Grundtatbestand hierfür enthält § 4a UWG ein Verbot aggressiver geschäftlicher Handlungen, das in Abs. 1 Nr. 2 auch die „unzulässige Beeinflussung“ erfasst.
- Weiter können über § 3a UWG bestimmte Vorschriften des Jugendmedienschutz-Staatsvertrags (JMStV), zum Beispiel das Verbot der werbemäßigen Ausnutzung des Vertrauens von Kindern, in das UWG einbezogen werden. Die §§ 6 Abs. 2 Nr. 3, 6 Abs. 3 JMStV normieren ein Trennungsgebot und gehen mit dem allgemeinen Trennungsgebot des § 5 Abs. 5 JMStV für Telemedien einher. Hiernach muss Werbung, deren Inhalt geeignet ist, die Entwicklung von Kindern und Jugendlichen zu beeinträchtigen, getrennt sein von sich an Kinder und

³⁰⁹ So soll nach der Studie „Kinder und Online Werbung“ der Landesanstalt für Medien NRW und des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Kinder und Jugend die Hälfte der 100 Lieblingswebseiten der Kinder Werbung oder werbliche Botschaften enthalten. „Kinder erkennen dabei Online-Werbung häufig nicht: 82 % der befragten Kinder waren nicht in der Lage, Werbesegmente und sonstige Elemente einer Website zweifelsfrei zu unterscheiden“. Zitat aus Gerecke, NJW 2015, 3185.

Jugendliche richtenden Programmen. Diese Vorschrift erstreckt sich auch auf diejenigen Fälle, in denen sich die Werbung nicht explizit an Kinder oder Jugendliche richtet, gleichwohl aber auch Kinder und Jugendliche einbezieht.

- Aber auch der RStV enthält Vorschriften zum Schutz von Kindern, z.B. sind Produktplatzierungen in Kindersendungen verboten und derartige Sendungen dürfen nicht durch Werbung oder Teleshopping-Spots unterbrochen werden, was nach § 44 RStV in den Werberichtlinien/TV konkretisiert wird.

Sämtliche dieser Vorschriften dienen dem Schutz von Kindern, zum Teil auch Jugendlichen, und sind auch und gerade auf die Werbung im Internet – einem Medium, das zu Unterhaltungszwecken von sehr vielen Kindern und Jugendlichen genutzt wird – anwendbar. Ihre Voraussetzungen sind jedoch schwierig zu erfüllen.

- So erfordert das per se-Verbot in Nr. 28 des UWG-Anhangs eine unmittelbare Aufforderung an Kinder, die im Sinne eines Appells gezielt angesprochen werden müssen. Dass die Werbung sich auch an Kinder richtet, genügt nicht.³¹⁰ Auch wenn es in der neueren Rechtsprechung Tendenzen zu einer strikteren Beurteilung gibt,³¹¹ werden die Voraussetzungen dieses Tatbestandes zumeist nur in Ausnahmefällen bejaht.
- Bei § 4 a UWG ist das Merkmal der „unzulässigen Beeinflussung“ in Abs. 3 so definiert, dass der Unternehmer eine „Machtposition“ gegenüber dem Verbraucher in einer Weise ausnutzt, die „die Fähigkeit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt“. Auch das wird von der Rechtsprechung nur in Ausnahmefällen bejaht. Die konkrete Handlung muss jedenfalls geeignet sein, die Unerfahrenheit auszunutzen, was nicht vorliegt, wenn Kinder und Jugendliche ausreichend Kenntnis des Marktes haben und die Werthaltigkeit des Angebots einschätzen können³¹² - nach der Rechtsprechung selbst dann, wenn es sich um Sammelaktionen, die die Spielleidenschaft der Kinder fördern, handelt.³¹³ Es gibt jedenfalls keinen allgemeinen Grundsatz, der derartige Praktiken gegenüber Kindern verbietet.³¹⁴

Einigen die besondere Situation von Kindern und Jugendlichen berücksichtigenden Entscheidungen stehen jedenfalls Urteile gegenüber, wonach jeder Internetnutzer, auch im Kindesalter, von Anfang an sofort daran gewöhnt werde, dass es etwa Trennungen von „eigentlichen“ Inhalten im optischen Zentrum eines Internetauftritts und Bannerwerbung in dessen Randbereichen gebe. „Auch Gemeinsamkeiten

³¹⁰ BGH, 12.12.2013, Az. I ZR 193/12, NJW 2014, 2279 – *Goldbärenbarren*.

³¹¹ BGH, 17.7.2013, Az. I ZR 34/12, GRUR 2014, 298 – *Runes of Magic*; vgl. zu diesem Problemkreis *Gerecke*, NJW 2015, 3185; *Alexander* in: MüKoUWG, 2014, UWG-Anhang Nr. 28.

³¹² Vgl. BGH, 22.9.2005, Az. I ZR 28/03, GRUR 2006, 161 – *Zeitschrift mit Sonnenbrille*.

³¹³ BGH, 17.7.2008, Az. I ZR 160/05, GRUR 2009, 71 – *Sammelaktionen für Schokoriegel*.

³¹⁴ Vgl. *Gerecke*, NJW 2015, 3185, 3189.

zwischen Werbeteil und inhaltlichem Teil (hier etwa: Animation und interaktives Spiel) ist den wirtschaftlichen Prinzipien von kostenfreien Internetangeboten immanent und gehört spätestens seit Einführung des Suchmaschinenmarketings (Keyword-advertising) zum Alltag, den Kinder natürlich erst kennenlernen müssen, aber eben auch – davon geht der Senat aus – sehr schnell kennen lernen und sich daran gewöhnen³¹⁵. Wie Gerecke³¹⁶ feststellt: „Die Gerichte entschieden zuletzt erstaunlich häufig zu Gunsten der Werbewirtschaft.“

i. Rechtsdurchsetzung

(1) Unterschiedliche Rechtsgrundlagen – unterschiedliche Rechtsdurchsetzung

Wie oben ausgeführt, bestehen Rechtsgrundlagen zur Beurteilung des Influencer Marketings sowohl im Medienrecht (TMG und RStV) als auch im Lauterkeitsrecht (UWG). Die Beurteilung erfolgt dabei, wie sich gezeigt hat, weitgehend unter denselben Blickwinkeln, auch wenn die jeweiligen Ansätze unterschiedlich sein mögen. Im Wesentlichen geht es darum, dass Werbung und Content entweder klar voneinander getrennt sind oder aber, dass eine nicht als kommerzielle Kommunikation erkennbare geschäftliche Handlung hinreichend gekennzeichnet wird.

Unterschiedlich ist demgegenüber die Durchsetzung. Sie erfolgt auf der medienrechtlichen Grundlage im Wesentlichen durch die Landesmedienanstalten, also auf öffentlich-rechtlichem Wege, im UWG im Wesentlichen auf zivilrechtlichem Wege, vor allem durch Unterlassungsansprüche.

(2) Medienrecht

Das Influencer Marketing unterliegt in medienrechtlicher Hinsicht einerseits § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG, andererseits § 58 RStV i.V.m. § 7 RStV.

§ 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG, der die klare Erkennbarkeit jeder kommerziellen Kommunikation bei Telemedien-Angeboten vorschreibt, ist nicht nach § 16 Abs. 1 als Ordnungswidrigkeit verfolgbar. Diese Vorschrift bezieht sich nur auf § 6 Abs. 2 Satz 1 TMG, d.h. auf kommerzielle Kommunikationen, die per elektronischer Post versandt werden. Die Zuständigkeiten zur Durchsetzung bestimmen sich nach der jeweiligen Landesgesetzgebung. In den meisten Ländern sind die Landesmedienanstalten auch für Telemediendienste zuständig. Die Sanktionierung erfolgt daher im Wesentlichen auf der Grundlage des RStV, d.h. dessen Werbevorschriften (§§ 7, 58). Erfasst sind

³¹⁵ KG Berlin, 24.1.2012, Az. 5 W 10/12, BeckRS 2012, 09835; dazu Jäger, GRUR-Prax, 2017, 372 und Himmelsbach, GRUR-Prax 2013, 78, 81.

³¹⁶ Gerecke, NJW 2015, 3185.

damit nicht nur YouTube-Videos, die am ehesten rundfunkähnlich sind, sondern auch Auftritte bei Facebook oder Instagram. So ist zum Beispiel die Medienanstalt Hamburg/Schleswig-Holstein (MA HSH) nach § 59 Abs. 2 RStV in Verbindung mit § 38 Abs. 6 Satz 1 Medienstaatsvertrag Hamburg/Schleswig-Holstein zuständig für alle Telemedienangebote in ihrem Einzugsgebiet und beurteilt Influencer Marketing (gleichgültig auf welchem Wege) auf der Grundlage von § 58 RStV.

Nach § 59 Abs. 3 Satz 1 RStV trifft die nach § 59 Abs. 2 RStV zuständige Aufsichtsbehörde die zur Beseitigung des Verstoßes erforderlichen Maßnahmen. Sie kann gemäß § 59 Abs. 3 Satz 2 RStV insbesondere Angebote untersagen und deren Sperrung anordnen. Als mildeste Mittel kommen eine förmliche Beanstandung und die Aufforderung zur Unterlassung in Betracht. Werbeverstöße nach § 58 Abs. 3 RStV, also bei Telemedien wie insb. YouTube, können zudem eine Ordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 15-23 RStV darstellen und nach § 29 Abs. 2 RStV mit einer Geldbuße von bis zu 500.000 € (§ 49 Abs. 1 Satz 2 Nr. 15 und 16) geahndet werden. Bei kommerziellen Blogs und Posts auf Instagram, Twitter etc. eröffnet der RStV selbst zwar keine Möglichkeit der Bußgeldverhängung, jedoch kann u.U. im Wege des Verwaltungszwangsverfahrens die – mit einem Zwangsgeld bewehrte – Beseitigung von Verstößen, die nach Bestandskraft der Beanstandung andauern, erreicht werden.^{316a}

Grundsätzlich muss ein Verstoß gegen die rundfunkrechtlichen Bestimmungen positiv nachgewiesen werden. Für das Vorliegen von unzulässiger Werbung werden jedoch zumeist Indizien herangezogen. Produktplatzierungen dürfen jedenfalls keine Aufforderungen zum Kauf enthalten und das Produkt nicht zu stark herausstellen, was auch in Fallgruppen wie in-game-advertising und Musikvideoclips zu beachten ist. Als Kriterien, die zur Beurteilung der Dominanz des Werbezwecks herangezogen werden können, gelten insb. Häufigkeit, Dauer und Art der Darstellung.³¹⁷

Obwohl den Landesmedienanstalten in diesem Bereich die sehr weitgehenden Ermittlungsbefugnisse nach §§ 22 ff. RStV nicht zustehen,³¹⁸ haben sie weitgehende und flexible Aufklärungsmöglichkeiten. So überprüfen sie etwa stichprobenartig Auftritte in den sozialen Medien, insbesondere auch die der Influencer.³¹⁹ Werden sie auf ein unzulässiges Werbeangebot in den sozialen Medien aufmerksam (oder aufmerksam gemacht) so wird in der Regel der fragliche Influencer – unter Hinweis auf mögliche medienrechtlichen Folgen - um eine Stellungnahme und gegebenenfalls Nachbesserung gebeten. Danach erfolgt u.U. eine förmliche Anhörung, an deren Ende eine Beanstandung und ggf. eine Untersuchung sowie ein Bußgeldverfahren oder

^{316a} Vgl. die Pressemitteilung der MA HSH vom 14.12.2017 und das dort erwähnte Vorgehen gegen die Bloggerin Lina Mallon.

³¹⁷ Vgl. VG Hannover, 18.2.2016, Az. 7 A 13293/14, ZUM-RD 2016, 624.

³¹⁸ Die §§ 22 f. RStV finden sich im 3. Abschnitt des RStV über den privaten Rundfunk, also nicht bei den Vorschriften für Telemedien im IV. Abschnitt. Im Bereich der Telemedien sind zudem auch nicht in allen Bundesländern die Landesmedienanstalten, die in § 22 RStV genannt werden, die zuständige Aufsichtsbehörde.

³¹⁹ Pressemitteilung der MA HSH vom 12. September 2017 – „Schleichwerbung auf YouTube und Instagram: MA HSH -Prüfung von Influencern führt zu zahlreichen Nachbesserungen!“

Zwangsgeld stehen kann.³²⁰ Der Betroffene kann Widerspruch dagegen einlegen.

Im Übrigen sehen auch die Landespressegetze die Verhängung von Bußgeldern vor, die höchstens 1000 € (Bayern) oder 50.000 € (Mecklenburg-Vorpommern) betragen. In der Praxis haben sie jedoch keine eigenständige Bedeutung erlangt.³²¹

(3) UWG

Wie in A.I.2. ausführlich erörtert, erfolgt die Durchsetzung des UWG in erster Linie auf zivilrechtlichem Wege. Zwar besteht in § 16 UWG die Möglichkeit von strafrechtlichen Sanktionen für bestimmte Formen der irreführenden Werbung. Die tatbestandlichen Voraussetzungen (Anschein eines besonders günstigen Angebots, unwahre Angaben, die irreführen etc.), vor allem aber das subjektive Merkmal der Absicht haben jedoch dazu geführt, dass § 16 UWG in der Praxis kaum angewendet wird. Eine strafrechtliche Sanktionierung des Influencer Marketings, das sich – aus der Sicht des Strafrechts – von zahlreichen anderen Irreführungsfällen nicht durch einen besonderen „Unrechtsgehalt“ auszeichnet, ist daher theoretisch möglich, praktisch aber unwahrscheinlich.

Die zivilrechtlichen Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Irreführungsvorschriften bestehen beim Influencer Marketing daher gemäß §§ 8 ff. UWG vor allem im Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch; nur in Ausnahmefällen im Anspruch auf Schadensersatz (§ 9 UWG) und dem Anspruch auf Gewinnabschöpfung (§ 10 UWG).

Die Voraussetzungen der Rechtsverletzung sind nachzuweisen oder beim einstweiligen Rechtsschutz glaubhaft zu machen. In der Praxis erfolgt dies gerade bei der zentralen Frage der „geschäftlichen Handlung“ oder des kommerziellen Charakters der Präsentation häufig im Wege von Indizien. Auskunftsansprüche bestehen hingegen nur in sehr engem Maße (dazu ausführlich in Teil A.I.2.d.(6)). Ansonsten gibt es beim Influencer Marketing folgende Besonderheiten:

- Der Unternehmer, in dessen Auftrag der Influencer tätig wird, handelt als Täter, da er den Wettbewerbsverstoß kausal und zurechenbar verwirklicht hat.³²² Dabei ist irrelevant, ob er von einer hinreichenden Kennzeichnung durch den Influencer ausgegangen ist. Wer einen Dritten, der den Anschein eines privaten Handelns in den Social Media erweckt, zu Absatzzwecken einsetzt, hat nicht nur für den Inhalt der Werbung, sondern auch für deren klare Erkennbarkeit Sorge zu tragen.³²³

³²⁰ So wurde der Widerspruch von FlyingUwe zurückgewiesen, der Bußgeldbescheid jedoch aufgehoben – vgl. die Pressemitteilung der MA HSH, <https://www.ma-hsh.de/infotehke/pressemitteilung/medienrat-der-ma-hsh-beschliesst-geldbusse-in-hoehe-von-10-500-euro-gegen-youtuber-flying-uwe-wegen-fehlender-werbekennzeichnung.html>.

³²¹ Jäger, GRUR-Prax. 2017, 372.

³²² Zur Haftung des Auftraggebers vgl. statt aller Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Auf. 2016, § 8 Rn. 115.

³²³ OLG Celle, 8.6.2017, Az. 13 U 53/17, WRP 2017, 1236 bzgl. der Haftung des Auftraggebers (Rossmann) des Influencers.

- Aber auch der Influencer ist Anspruchsschuldner und passivlegitimiert. Er trägt durch seine Präsentation adäquat kausal zum Rechtsverstoß bei. Anders als bei der üblichen Werbung mit Prominenten, deren Passivlegitimation nur ausnahmsweise in Betracht kommt, verantwortet der Influencer erkennbar selbst den fraglichen Social Media-Auftritt. Ihm obliegt damit auch die korrekte Kennzeichnung von werblichen Elementen.³²⁴

j. Zusammenfassung und Bewertung: Bestehen Enforcement-Defizite?

(1) Ausreichende materiell-rechtliche Grundlagen im UWG und Medienrecht

Es bestehen ausreichende materiell-rechtliche Grundlagen zur Beurteilung des Influencer Marketings. Diese finden sich sowohl im UWG als auch im Medienrecht.

- Im UWG enthält § 5 Abs. 2 UWG ein weitgefasstes, medienübergreifendes Verbot der Irreführung. Täuschungen über den kommerziellen Charakter von geschäftlichen Handlungen sind zudem ausdrücklich in § 5a Abs. 6 UWG verboten; ergänzend greift das per se-Verbot in Nr. 11 des UWG-Anhangs ein. Sofern beim Influencer Marketing eine besonders schutzbedürftige Zielgruppe angesprochen wird, kommt auch § 4a Abs. 1 Nr. 3 UWG (unzulässige Beeinflussung) und das per se-Verbot in Nr. 28 des Anhangs (unmittelbare Kaufappelle an Kinder) in Betracht.
- Im Medienrecht gebietet § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG für alle Internetaktivitäten die klare Erkennbarkeit jeder kommerziellen Kommunikation. Der RStV enthält in den §§ 7, 58 RStV ein Trennungsgebot von Werbung und Programm und ein Kennzeichnungsgebot von Werbung. Die Abgrenzung zwischen TMG und RStV ist kompliziert und z.T. unklar, jedoch steht fest, dass die bußgeldbewehrten Regelungen im RStV jedenfalls für YouTube-Videos gelten; darüber hinaus können die meisten Landesmedienanstalten unzulässige Influencer-Tätigkeiten in anderen Social-Media-Kanälen (z.B. Instagram, Snapchat, Twitter) kontrollieren, beanstanden, untersagen und evtl. über ein Verwaltungszwangsverfahren mittels Zwangsgeld durchsetzen.
- Eine Verbindung zwischen Medienrecht und Wettbewerbsrecht besteht insofern, als die Kennzeichnungs- und Trennungsvorschriften des RStV und des TMG Marktverhaltensregelungen sind und über den Rechtsbruchtatbestand (§ 3a UWG) dem UWG unterstellt werden können.

³²⁴ P. Lehmann, WRP 2016, 774.

Sämtliche dieser Rechtsgrundlagen sind weitgehend problemlos auf das Influencer Marketing anwendbar. Die mit ihnen verbundenen Rechtsfragen zählen auch nicht zu den Randgebieten des UWG oder des Medienrechts, sondern werden im Gegenteil in beiden Gebieten intensiv erörtert. So gehört insb. die Verhinderung von Täuschungen über den kommerziellen Charakter zu den Kernanliegen des deutschen Irreführungsrechts. Dahinter steht der Gedanke, dass objektiv oder privat erscheinende, jedoch in Wahrheit kommerzielle Mitteilungen die Interessen der Verbraucher an einer adäquaten Entscheidungsfindung signifikant verletzen. Zugleich liegt eine Behinderung von Mitbewerbern vor, deren (offene) Marketingbemühungen indirekt als weniger glaubwürdig abgetan werden. Beides zusammen hat zu einer traditionell strengen Beurteilung der Schleichwerbung im UWG geführt.

(2) Hinreichende Rechtssicherheit durch Anwendung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze

Das Influencer Marketing ist in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht nichts Neues: es ist ein Unterfall der Schleichwerbung, bezogen auf das neue Medium des Internets. Zentrale Frage ist die klare Erkennbarkeit kommerzieller Kommunikation, die sich in allen Fällen nach der Erwartungshaltung des verständigen Durchschnittsverbrauchers der angesprochenen Zielgruppe beurteilt. Im Grundsatz besteht bei allen Content und Werbung aufweisenden Medien dieselbe Vermutung, nämlich dass der redaktionelle Teil objektiv im Sinne von unbezahlten Stellungnahmen etc. ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn eine Trennung spezialgesetzlich vorgeschrieben ist, was nicht nur auf die Presse und das Fernsehen, sondern auch auf das Internet (TMG) zutrifft.

Zur Schleichwerbung in den Medien besteht eine umfangreiche Rechtsprechung der Zivilgerichte, die von einer intensiven Diskussion in der Literatur begleitet wird. Die Strenge der Rechtsprechung korreliert dabei mit der Art des jeweiligen Mediums und den spezifischen Erwartungen der Nutzer an dieses. Im Bereich der Presse ist das Trennungs- und Kennzeichnungsgebot seit Jahrzehnten in den Landespressegesetzen verankert und wird aus medienpolitischen Gründen für überragend wichtig angesehen; entsprechend streng ist die Rechtsprechung. Gleiches galt ursprünglich auch für den Fernseh-Bereich, wo jedoch nach Aufkommen privater Fernsehanbieter und vor dem Hintergrund des europäischen Rechts (Richtlinie Audiovisuelle Mediendienste) zum Teil liberalere Maßstäbe gelten. Im Kinobereich schließlich hat die Rechtsprechung von vornherein einen sehr großzügigen Maßstab angelegt, da hier die Finanzierung von Kinofilmen durch Sponsoren etc. allgemein in Rechnung gestellt wird.

Es besteht kein Zweifel, dass diese abgestufte Beurteilung im Grundsatz auch für den Internet-Bereich gilt, mit dem sich die Rechtsprechung bereits unter verschiedenen Gesichtspunkten – von der Bannerwerbung bis zum Keyword Advertising – befasst hat. Auch in der Entscheidung des OLG Celle vom 8.6.2017, die speziell zum Influencer Marketing erging, erfolgte die Übertragung der für andere Medien

entwickelten Grundsätze ohne erkennbare Probleme. Internetspezifische Besonderheiten, etwa bezüglich der Wahrnehmung der durch zahlreiche Facetten geprägten „unruhigen“ Aufmachung von Internetseiten, bedürfen möglicherweise noch der weiteren Anpassung, aber auch insofern bestehen, wie die Entscheidung des OLG Celle zeigt, keine grundsätzlichen rechtlichen Schwierigkeiten.

Hinzu kommt, dass der RStV Werbung- und Trennungsgebote enthält, die durch sog. normkonkretisierenden Bestimmungen, nämlich die Werberichtlinien/TV der Landesmedienanstalten, präzisiert wurden. Diese wurden wiederum 2016 durch spezielle Hinweise für Social Media, also insbesondere Influencer-Aktivitäten, ergänzt. Die medienrechtlichen Leitlinien für Influencer sind zwar für die Zivilgerichte bei §§ 5, 5a UWG nicht bindend, geben jedoch wertvolle Anhaltspunkte zur Auslegung.

(3) Vorteile und Probleme des zivilrechtlichen Ansatzes beim Influencer Marketing

Der Schwerpunkt der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Influencer Marketings liegt, wie erörtert, bei § 5a Abs. 6 UWG, wonach es als irreführend gilt, wenn der kommerzielle Charakter einer geschäftlichen Handlung verschleiert wird. Das zivilrechtliche Enforcement beim Influencer Marketing steht dabei regelmäßig vor folgenden Fragen:

- Wie kann der kommerzielle Charakter der fraglichen Botschaft nachgewiesen oder (im Eilverfahren) glaubhaft gemacht werden? Im Regelfall wird dafür der Nachweis der auftragungsgemäßen und gegen Entgelt erfolgten Präsentation erforderlich sein.
- Welche Erwartungen bestehen bei der Zielgruppe in Bezug auf die Objektivität und Neutralität der fraglichen Botschaft? Im Regelfall wird es erforderlich sein, dass die angesprochene Zielgruppe (die Follower) den werblichen Charakter nicht eindeutig erkennen kann.
- Wie kann eine Aufklärung erfolgen, so dass eindeutige Erkennbarkeit des kommerziellen Charakters der Botschaft sichergestellt ist?

Sieht man diese drei Hauptprobleme einer gerichtlichen Durchsetzung vor dem Hintergrund des zivilrechtlichen Instrumentariums des UWG, so ist die Frage der Verbrauchererwartung (und damit der eindeutigen Erkennbarkeit des kommerziellen Charakters) eine typische des Zivilrechts. Gleiches gilt für die Frage, welche Aufklärung im konkreten Fall geeignet ist, um bei der Zielgruppe eine Irreführung über den kommerziellen Charakter entfallen zu lassen. Es handelt sich im Wesentlichen um die Anwendung des vom Unionsrecht geprägten Verbraucherleitbilds, das – soweit es B2C-Sachverhalte betrifft – zentral für das gesamte UWG ist. In Anbetracht des großen Know-hows der Zivilgerichte in diesem Bereich ist nicht ersichtlich, wie zusätzliche

behördliche Befugnisse zur besseren Durchsetzung beitragen könnten.

Problematisch für die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung kann demgegenüber der Nachweis des kommerziellen Charakters der fraglichen Botschaft sein, der in der Regel auf den Nachweis der Annahme geldwerter Leistungen hinausläuft. Denn es reicht nicht aus, dass populäre Influencer – was allgemein bekannt ist – aus ihren ursprünglich rein privaten Social-Media-Aktivitäten einen „Beruf“, ein kommerziell geprägtes Geschäftsmodell machen. Dies muss im konkreten Fall nachgewiesen oder (zumindest durch Indizien) glaubhaft gemacht werden können.

Andererseits ist zu bedenken, dass der werbliche Charakter beim Influencer Marketing häufig leichter als in vergleichbaren Fällen in anderen Medien erkennbar ist. Die Besonderheiten des Internets, insb. die Kürze der Beiträge, erschweren eine Verschleierung des kommerziellen Charakters, der nicht selten relativ „plump“ zu Tage tritt und in den einschlägigen Internetkreisen zumeist auch rasch diskutiert wird. Ermittlungsbefugnisse einer Behörde könnten hier zwar zu einer noch besseren Aufklärung über eventuelle Geldströme beitragen. Dies ist jedoch gegen eventuelle Nachteile abzuwägen. So ist zu bedenken, dass die rechtliche Beurteilung der Internetaktivitäten der Influencer untrennbar mit der zivilrechtlichen Beurteilung der Schleichwerbung in anderen Medien verwoben ist, so dass bei behördlichen Kompetenzen (nur) für die Influencer-Tätigkeiten die Gefahr einer indirekten Störung des fein austarierten Gleichgewichts der zivilrechtlichen Beurteilung, insb. im Pressebereich, bestünde. Eine allgemein auf Schleichwerbung in allen Medien bezogene Kompetenz des BKartA wäre jedoch in Anbetracht der überzeugenden zivilrechtlichen Erfassung der Schleichwerbung gerade in der Presse nicht angebracht.

(4) Befriedigende Rechtsdurchsetzung

Bislang sind nur wenige Entscheidungen im Zivilrecht und im Medienrecht bekannt geworden, die sich explizit mit dem Influencer Marketing beschäftigten. Hieraus lässt sich jedoch nicht der Schluss ziehen, das wettbewerbsrechtliche oder medienrechtliche Enforcement würde versagen. Gerade im Wettbewerbsrecht zählen zum Enforcement auch die Abmahnungen (UWG) und die Beanstandungen der Landesmedienanstalten (RStV). Beide Durchsetzungsinstrumente werden beim Influencer Marketing auch eingesetzt. So wurden auf wettbewerbsrechtlicher Basis bereits mehrere Influencer abgemahnt und insbesondere die MA HSH überprüft in ihrem Bereich Social Media-Angebote auf Werbeverstöße. Dass diese Abmahnungen, Beanstandungen etc. nur relativ selten zu Gerichtentscheidungen führen, liegt vor allem daran, dass die meisten der Abgemahnten eine gütliche Einigung vorziehen.

(5) Zusammenwirken von private und public enforcement

Die rechtliche Beurteilung des Influencer Marketings ist durch die *Zweigleisigkeit* der

einschlägigen Rechtsgrundlagen und damit auch des Durchsetzungsinstrumentariums geprägt.

Die öffentlich-rechtliche Rechtsdurchsetzung über den RStV gilt häufig als „schwerfälliger“ als die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung über das UWG mit seinem flexiblen, kostengünstigen und raschen Unterlassungsanspruch, dessen Durchsetzung zumeist eine Abmahnung vorausgeht. Auch die Sanktionierung von Verstößen gegen die Trennungs- und Kennzeichnungsgebote im RStV erfolgt daher in der Praxis häufig über das UWG, entweder über den Rechtsbruchtatbestand oder unmittelbar auf der Grundlage des Irreführungsrechts. Beim Influencer Marketing scheint jedoch insofern eine Besonderheit zu bestehen, als dass die Landesmedienanstalten in diesem Bereich durchaus aktiv sind. Sie überprüfen offenbar von sich aus einschlägige Influencer-Auftritte und haben mehrere Influencer (zumeist erfolgreich) zur Kennzeichnung aufgefordert.

Von einem nur „punktuellen Vorgehen“ ließe sich daher nur dann sprechen, wenn man allein die Gerichtsverfahren berücksichtigte; bei Einbeziehung von Abmahnung und Beanstandung erfolgt durchaus eine weitreichende Kontrolle.

(6) Bedeutung von Guidelines

Von besonderem Interesse müssen zudem die flankierenden Aktivitäten der Landesmedienanstalten durch Guidelines erscheinen. Diese haben 2016 auf das neue Phänomen des Influencer Marketing reagiert, indem sie die sog Werberichtlinien/TV von 2012, denen „normkonkretisierender Charakter“ zukommt, durch einen Katalog von Frequently Asked Questions (FAQs) zu Fragen der Kennzeichnung in allen Social Media präzisiert haben. Diese FAQs wurden Mitte 2017 überarbeitet und gezielt mit den betroffenen Kreisen diskutiert. Offenbar haben sie dazu geführt, dass nunmehr deutlich öfter eine korrekte Kennzeichnung erfolgt. Die Landesmedienanstalten sehen daher zu Recht einen wesentlichen Teil ihrer Aufgabe in der breitenwirksamen Aufklärung und der Prävention.

Dass konkrete Ausführungsvorschriften Rechtssicherheit gerade bei neuen Geschäftsmodellen wie dem Influencer Marketing zu schaffen vermögen, zeigt sich auch am Beispiel anderer Staaten. So hat 2017 in den USA die FTC ihre „Guides Concerning The Use of Endorsement and Testimonials in Advertising“ eindringlich Influencern ins Gedächtnis gerufen und diese zur angemessenen Kennzeichnung von Werbung aufgefordert. In Großbritannien hat die Competition and Markets Authority (CMA) zusammen mit der International Consumer Protection and Enforcement Network (ICPEN) mehrere in dieselbe Richtung gehende Guidelines veröffentlicht. Auch die französische Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité (ARPP) hat 2017 Guidelines zum Influencer Marketing publiziert.

Eine „Unterfütterung“ des zivilrechtlichen Enforcement mit Guidelines – vorzugsweise

solchen von Stellen, die mit öffentlich-rechtlichem Durchsetzungsinstrumentarium ausgestattet sind – scheint daher eine sinnvolle Maßnahme zu sein.

(7) Mehrwert durch Kompetenzen des BKartA?

In Anbetracht des effizienten Durchsetzungsinstrumentariums des UWG, seiner Flexibilität und Schnelligkeit, dem großen Know-how der Zivilgerichte im Bereich der Schleichwerbung und der bereits jetzt bestehenden Möglichkeit, Verstöße auf öffentlich-rechtlichem Wege, nämlich über die Landesrundfunkanstalten, zu sanktionieren, besteht kein Bedarf für ergänzende Kompetenzen des BKartA. Sowohl die Zivilgerichte als auch die Landesmedienanstalten sind weitaus vertrauter mit der Materie der Schleichwerbung im Internet als es das BKartA mit seinem ganz anderen Ansatz wäre.

2. Manipulierte Kundenbewertungen

Kundenbewertungen sind ein wichtiger Faktor vieler Vergleichs- und Bewertungsportale, ohne dass sich ihre Bedeutung hierauf beschränkte. So finden sich Kundenbewertungen häufig auch auf Websites von Unternehmen. Der besseren Verständlichkeit wegen wird dieser „Grundfall“ der Kundenbewertung hier gesondert dargestellt.

a. Definition und Problem

Kundenbewertungen gelten als effizientes Mittel für Unternehmen, die eigenen Angaben in ihrer Außendarstellung, z.B. der Werbung – die von Verbrauchern nicht selten als Selbstanpreisung relativiert wird – durch „objektive“ Empfehlungen von Privatpersonen, die das fragliche Produkt selbst benutzt haben, glaubhafter zu machen. Kundenbewertungen, „Dankeschreiben“ ec. finden sich deshalb seit langem in der Printwerbung, haben jedoch erst durch das Internet überragende Bedeutung erlangt. So enthalten viele Websites von Unternehmen und Dienstleistungsanbietern Statements, die Erfahrungen von Abnehmern mit dem fraglichen Produkt, der Dienstleistung oder dem Unternehmen wiedergeben. Sie sind weiter ein wichtiger Bestandteil vieler Vergleichs- und Bewertungsplattformen, die immer mehr Verbraucher bei wirtschaftlichen Entscheidungen heranziehen (s. Case Study Vergleichsportale/Rankings, A.III.3.), bilden jedoch innerhalb dieser eine eigene Fallgruppe.

Ein Großteil dieser Kundenbewertungen ist genuin und stellt eine echte Entscheidungshilfe dar. Gerade im Internet findet sich jedoch auch ein nicht unerheblicher Anteil – angeblich 20-30 % - von manipulierten Belobigungen; bei

Amazon soll jede fünfte Bewertung ein „Fake“ sein.³²⁵ Die Manipulation ist dabei auf verschiedene Weise möglich, etwa indem Anbieter (oder ihre Angestellten) selbst ihre eigenen Produkte und Leistungen zielgerichtet positiv bewerten – meist hinter Pseudonymen oder anonym (sog. Stealth-Marketing) oder indem sie positive Bewertungen von Dritten kaufen, mitunter von hierauf spezialisierten Agenturen (sog. Astroturfing). Über Agenturen werden in den sozialen Netzwerken offenbar auch automatische Nutzerprofile erstellt und angemeldet, um mittels positiver, betont „privater“ Statements den Anschein einer unabhängigen Meinungsäußerung zu erzeugen.³²⁶

Eine Manipulation von Kundenbewertungen kann jedoch auch dann vorliegen, wenn die auf der Website des Unternehmens eingestellten Bewertungen genuin sind, negative Bewertungen jedoch unterdrückt werden und dadurch insgesamt der falsche Eindruck einer durchgängig positiven (oder doch positiveren) Bewertung hervorgerufen wird. Letzteres ist insbesondere dann möglich, wenn eine einprägsame Kurzfassung auf einer vorgegebenen Skala der Kundenzufriedenheit erfolgt, die dann plakativ in Symbole (z.B. Sterne) umgesetzt wird.

Aus Verbrauchersicht sind alle diese Formen der „gefakten“ oder unrichtigen Produktbewertung ein Problem. Denn für Verbraucher stellen Kundenbewertungen eine wichtige Informationsquelle im Vorfeld einer Kaufentscheidung dar, die ergänzend zu Testberichten, persönlichen Empfehlungen und der Werbung des Unternehmens tritt.³²⁷ Manipulierte Produktbewertungen sind daher geeignet, die Entscheidungsgrundlage des Verbrauchers signifikant zu verfälschen. Die Auswirkungen sind besonders gravierend, weil Kundenbewertungen häufig zugleich ein Parameter von Rankings auf Vergleichsportalen sind und auch diese – sofern hierin manipulierte Bewertungen einfließen – insgesamt verfälschen. Sie werden daher nicht nur in Deutschland³²⁸ als eines der ungelösten Probleme des Verbraucherschutzes angesehen.³²⁹ Sie verletzen jedoch auch die Interessen der Unternehmen, deren Angebote wegen der Manipulationen ihrer Mitbewerber möglicherweise nicht zum Zuge kommen.

³²⁵ Zu Amazon vgl. <http://www.stern.de/wirtschaft/news/amazon--jede-fuenfte-bewertung-soll-ein-fake-sein---so-schuetzen-sie-sich-7610734.html>; aus der Literatur etwa *Heermann*, WRP 2014, 509; *Ahrens/Richter*, WRP 2011, 814. Vgl. auch den Jahresbericht der Wettbewerbszentrale von 2016, 55 sowie [HTTP://EC.Europa.eu/consumer/sweeps/index_en.html](http://ec.europa.eu/consumer/sweeps/index_en.html).

³²⁶ Inzwischen soll es einen regelrechten Markt für die Manipulation von online-Bewertungen geben, vgl. SZ vom 4.9.2017, S. 20 („Sterne, die niemand verdient hat“).

³²⁷ Am meisten Vertrauen bringt der Verbraucher ihm persönlich bekannten Personen entgegen sowie Warentestberichten. Aber auch Vergleichsportale – in denen Kundenbewertung ein wichtiger Faktor sind – genießen hohes Vertrauen. So halten 68 % der Nutzer Vergleichsportale wie Verivox.de oder check24.de für vertrauenswürdig, vgl. <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Verbraucher-vertrauen-in-Finanzfragen-auf-Online-Portale.html>.

³²⁸ Zur Situation in Großbritannien vgl. etwa <https://www.gov.uk/government/news/international-effort-to-tackle-misleading-online-reviews>.

³²⁹ Vgl. etwa *Micklitz* in: *Micklitz/Reisch/Joost/Zander-Hayat*, Verbraucherrecht 2.0 - Verbraucher in der digitalen Welt, 2017, S.26; Zu Kundenbewertungen auf ebay *Hoeren*, CR 2005, 498.

b. Beurteilungsgrundlagen

Die Beurteilung von manipulierten Kundenbewertungen erfolgt im deutschen Recht vor allem auf der Grundlage des UWG, d.h. auf der Grundlage von § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. Nr. 11 und Nr. 23 des UWG-Anhangs; § 5 Abs.1 und 2 UWG; § 5a Abs. 6 UWG; § 6 TMG i.V.m. § 3a UWG.

c. Beurteilung nach UWG

(1) Vorliegen einer geschäftlichen Handlung, § 2 Nr. 1 UWG

Wie jede Anwendung des UWG setzt auch die Beurteilung von manipulierten Produktbewertungen zunächst voraus, dass es um eine geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Nr. 1 UWG geht. Erforderlich ist also ein Verhalten zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens, das objektiv mit der Absatzförderung zusammenhängt.

Beim Unternehmen, das auf seine Website Kundenbewertungen bezüglich seines eigenen Angebots einstellt – seien diese nun genuin oder gefälscht –, sind diese Voraussetzungen stets erfüllt. Derartige Praktiken bestärken das Vertrauen der potentiellen Abnehmer in das Produkt und dienen daher objektiv der Absatzförderung.³³⁰ Die Situation entspricht also gerade nicht der eines Plattformbetreibers, der möglicherweise lediglich den Austausch von Meinungen bewerkstelligt und ansonsten neutral ist;³³¹ vielmehr wird hier zugunsten des eigenen Unternehmens und des eigenen Absatzerfolgs gehandelt.

Kundenbewertungen im Netz stammen zumeist von Privatpersonen. Auch Privatpersonen können dem UWG unterliegen, wenn sie eine geschäftliche Handlung vornehmen³³². Da dies aber eher die Ausnahme ist, spricht auch bei Kundenbewertungen zunächst einmal eine Vermutung für ein rein privates und nicht geschäftliches Handeln. Diese Vermutung verkehrt sich allerdings in das Gegenteil, wenn Indizien dafür vorliegen, dass die Privatperson bewusst fremden Wettbewerb fördert. Wie allgemein ist eine Annahme von Geld oder erheblichen geldwerten Leistungen im Gegenzug für eine positive Bewertung das wichtigste Indiz für das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung³³³ (und zugleich einer „kommerziellen Kommunikation“ im Sinne von § 6 TMG).

Zweifelsfälle ergeben sich etwa dann, wenn die Privatperson tatsächlich das fragliche Produkt benutzt oder die Dienstleistung in Anspruch genommen, jedoch gewisse

³³⁰ Vgl. statt aller *Ohly* in: *Ohly/Sosnitzer*, UWG, 2016, § 2 Nr. 1 Rn. 2 ff.

³³¹ Dazu ausführlich die Case Study Vergleichsportale/Rankings, A.III.3.

³³² Ausführlich *Henning-Bodewig*, GRUR 2013, 26; *Henning-Bodewig*, WRP 2017, 1415; *Büscher*, GRUR 2017, 433.

³³³ Ausführlich dazu die Case Study Influencer Marketing A.III.1.

geldwerte Leistungen erhalten hat. Als i.d.R. unbedenklich kann ein lediglich mittelbarer Vorteil angesehen werden, z.B. wenn „Google Maps“ für besonders sorgfältige Restaurantbewertungen Punkte vergibt, die einen „local guide“ zu (nicht mit dem bewerteten Unternehmen zusammenhängenden) Vorteilen berechtigen.³³⁴ Setzen die bewerteten Unternehmen hingegen selbst Anreize, etwa indem dem Gast eines Restaurants ein Abendessen oder Getränke in der Hoffnung auf eine positive Bewertung spendiert oder aber Produkte kostenlos zum Testen zur Verfügung gestellt werden, so wird es stark auf die Umstände des Einzelfalles ankommen. Eine Rolle kann spielen, wie wertvoll die Zuwendung ist und wie deutlich die Erwartungshaltung in Bezug auf eine positive Bewertung zum Ausdruck gebracht wird. Wie bei den Influencern (dazu unter A.III.1.) lässt sich allgemein nur sagen: Je höher der Wert des „Geschenks“ ist und je stärker die Erwartungshaltung in Richtung auf eine Verpflichtung geht, desto mehr spricht für das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung.

Wird aus den Bewertungen ein Geschäftsmodell gemacht, auch wenn dieses einer ursprünglich rein privaten Tätigkeit entspringt, so ist jedenfalls von einer geschäftlichen Handlung auszugehen. Personen oder Agenturen, die fingierte Bewertungen verfassen und Unternehmen zum Zwecke der Einstellung auf deren Website anbieten, sind zumeist selbst Unternehmer i.S.v. § 2 Nr. 6 UWG. Auch wenn sie z.B. „fake“ Blogs erstellen, gefälschten Einträge bei Wikipedia machen etc., fördern sie deshalb sowohl den eigenen Absatz als auch den ihres Auftraggebers.

Auch die Betreiber von Online-Plattformen, auf die Kundenbewertungen eingestellt werden, handeln im geschäftlichen Verkehr, wenn sie hierdurch ihr eigenes Geschäftsmodell fördern.³³⁵ Auf diese Problematik wird im Rahmen der Case Study Vergleichsportale noch ausführlich eingegangen werden - im Folgenden geht es ausschließlich um Kundenbewertungen, die auf die Website des Unternehmens selbst eingestellt sind.

(2) Gefälschte Kundenbewertungen

i. Tarnung als Information, Nr. 11 des UWG-Anhangs i.V.m. § 3 Abs. 3 UWG

Nr. 11 des UWG-Anhangs enthält ein sog. per se-Verbot, d.h. einen Tatbestand, dessen Erfüllung gemäß § 3 Abs. 3 UWG stets unzulässig ist. Danach ist unlauter der vom Unternehmer finanzierte Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung, ohne dass sich dieser Zusammenhang aus dem Inhalt oder aus der Art der optischen oder akustischen Darstellung eindeutig ergibt.

Dieser kurz „als Information getarnte Werbung“ bezeichnete Tatbestand setzt das

³³⁴ Zu google maps und local guides vgl. <https://maps.google.com/localguides>; <https://maps.google.com/localguides/howto?scrollTo=points>; <https://support.google.com/local-guides/answer/6225851?hl=de>.

³³⁵ Vgl. dazu etwa *Büscher*, GRUR 2017, 43 und die *Case Study* Vergleichsportale A III 3.

Vorliegen eines redaktionellen Inhalts voraus. Er ist also vor allem auf die Medien (Presse, Rundfunk, Tele-Mediendienste) zugeschnitten und erfasst Internetbeiträge nur dann, wenn diese einen zumindest redaktionsähnlichen Charakter aufweisen. Aus der Sicht eines Durchschnittsadressaten muss also eine objektive, neutrale Berichterstattung, die von einer Redaktion aufbereitet wurde, vorliegen. Nach allgemeiner Meinung erfüllen Kundenbewertungen diese Voraussetzung nicht.³³⁶

Eine analoge Anwendung scheidet wegen des Charakters als per se-Verbot aus.

ii. Auftreten als Verbraucher, Nr. 23 des UWG-Anhangs i.V.m. § 3 Abs. 3 UWG

Nr. 23 des UWG-Anhangs verbietet die „unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, der Unternehmer sei Verbraucher oder nicht für Zwecke seines Geschäfts, Handels, Gewerbes oder Berufs tätig“.

Untersagt ist also die Verschleierung unternehmerischen Handels, wobei der Zweck im Schutz vor der Irreführung über den gewerblichen Charakter eines Angebots liegt. Obgleich Nr. 23 damit auf den ersten Blick wie zugeschnitten zu sein scheint auf fingierte Kundenbewertungen, d.h. Statements, die fälschlicherweise den Anschein erwecken, von einem Verbraucher zu stammen, ist die Subsumtion von gekauften Produktbewertungen im Internet („Astroturfing“) hierunter umstritten. In den Leitlinien zu Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG wird die Anwendung von Ziffer 22 der Richtlinie (die Nr. 23 des UWG-Anhangs entspricht) zwar uneingeschränkt bejaht³³⁷: in der deutschen Literatur hingegen überwiegend verneint.³³⁸ Zurückzuführen ist dies darauf, dass Ziffer 22 der UGP-Richtlinie keineswegs eindeutig ist, sondern - wie auch andere Tatbestände der „schwarzen Listen“ - verschiedene Interpretationen zulässt. So ist offen, ob die Anwendung auf „Angebote“ beschränkt ist und ob dieses Merkmal bei gefälschten Kundenbewertungen vorliegt. Da die per se-Tatbestände des UWG-Anhangs keiner Analogie zugänglich sind, hängt die Anwendung von Nr. 23 des UWG-Anhangs von dieser Frage ab.

³³⁶ Vgl. OLG Hamburg, 16.11.2011, Az. 5 U 58/11, WRP 2012, 476; *Ohly* in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 2016, Nr. 11 UWG-Anhang i.V.m. § 3 Abs. 3 Rn. 32; *Heermann*, WRP 2014, 509. Ob die mit dem Richtlinienvorschlag vom 11.4.2018, COM (2018) 185 endg. angestrebte Änderung von Nr. 11 der Richtlinie 2005/29/EG eine Interpretationsänderung mit sich bringen würde, ist unklar.

³³⁷ Leitlinien zur Umsetzung/Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vom 25.5.2016; COM (2016), S. 158: „Wenn ein dritter Gewerbetreibender gefälschte Bewertungen im Namen von Verbrauchern veröffentlicht (oder Bewertungsagenturen für den elektronischen Handel damit beauftragt), verstößt er gegen Anhang I 22 der Richtlinie (verbotenes fälschliches Auftreten als Verbraucher). Entsprechend müssen alle Bewertungen, die ein Gewerbetreibender als von Verbrauchern bereitgestellte Informationen darstellt, tatsächliche Meinungen, Feststellungen, Ansichten oder Erfahrungen echter Verbraucher sein“.

³³⁸ Vgl. etwa *Frank* in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, 2016, Nr. 23 UWG-Anhang i.V.m. § 3 Abs. 3 Rn. 1 ff.; *Sosnitza* in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 2016, Nr. 23 UWG-Anhang i.V.m. § 3 Abs. 3 Rn. 64; *Alexander* in: *Micklitz/Rott*, MüKoUWG, 2014, Nr. 23 Anhang-UWG i.V.m. § 3 Abs. 3 Rn. 1 ff. und die dort angegebene Literatur; a.A. z.B. *Ahrens/Richter*, WRP 2011, 814.

Im Ergebnis hat dieser Auslegungstreit jedoch kaum praktische Konsequenzen. Eine Reduzierung des Rechtsschutzes erfolgt auch dann nicht, wenn man Nr. 23 des UWG-Anhangs für unanwendbar hält. Die Tatbestände des UWG-Anhangs sind Präzisierungen der §§ 4a, 5, 5a UWG, also der allgemeinen Verbote der irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, ist das Problem der fingierten Produktbewertungen jedoch ohne erkennbare Probleme über diese Grundtatbestände, insbesondere über § 5a Absatz 6 UWG, erfassbar. Der einzige Unterschied besteht darin, dass ein Verstoß gegen die per se-Tatbestände „ohne weiteres“ unlauter ist, während bei den Grundtatbeständen Auswirkungen auf das Entscheidungsverhalten der Verbraucher hinzukommen müssen. Diese sind bei gefälschten Kundenbewertungen jedoch in aller Regel gegeben.

iii. Irreführung über den kommerziellen Charakter, § 5a Abs. 6 UWG

Nach allgemeiner Auffassung unterfallen angeblich von Privatpersonen stammende Kundenbewertungen, die jedoch in Wahrheit entweder vom Unternehmen selbst erstellt oder aber in dessen Auftrag durch Dritte gefertigt wurden – jedenfalls nicht von der Person herrühren, die sie angeblich unabhängig verfasst hat – dem Irreführungsverbot nach § 5a Abs. 6 UWG.³³⁹ Diese Vorschrift verbietet alle geschäftlichen Handlungen, die den kommerziellen Zweck nicht kenntlich machen, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt und die Nichtkenntlichmachung geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.³⁴⁰

(a) Erwartungshaltung an Kundenbewertungen

Entscheidend für die Anwendung von § 5a Abs. 6 UWG ist, dass der Eindruck eines nichtkommerziellen Handelns erweckt wird, während in Wahrheit eine geschäftliche Handlung vorliegt. Ob dies der Fall ist, hängt wiederum davon ab, welche Erwartungen der Nutzer hat, wenn er „Kundenbewertungen“ etc. auf der Website eines Unternehmens (zum Beispiel eines Hotels) oder auf einer Plattform (z.B. Amazon, TripAdvisor) vorfindet. Auszugehen ist dabei vom europäischen Leitbild eines durchschnittlich informieren und verständigen, situationsbedingt aufmerksamen Verbrauchers der angesprochenen Verkehrskreise.³⁴¹ Eine große Rolle spielt regelmäßig, in welchem Kontext sich die Kundenbewertung konkret findet, insbesondere ob der Eindruck, es handele sich um einen „echten“ Erfahrungsbericht

³³⁹ Vgl. *Heermann*, WRP 2014, 509; *Ahrens/Richter*, WRP 2011, 814; *Lichtnecker*, GRUR 2013, 135; *Sosnitza* in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 5a Rn. 134.

³⁴⁰ Hierunter fallen alle Fälle der Verschleierung des kommerziellen Charakters, zB bei wissenschaftlichen Gutachten; Streitfälle im Zusammenhang mit den Medien haben allerdings die meisten Entscheidungen hervorgerufen; vgl. *Frank* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 5a, Rn. 237 ff.

³⁴¹ Dieses sog. europäische Verbraucherleitbild liegt der ständigen Rechtsprechung des BGH seit der Entscheidung BGH, 20.10.1999, Az. I ZR 167/97, GRUR 2000, 619 – *Orient-Teppiche* zugrunde; vgl. etwa *Sosnitza* in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 5, Rn. 112 ff.

durch zusätzliche Umstände verstärkt wird. So hat das OLG Düsseldorf³⁴² z.B. die Angabe „garantiert echte Kundenbewertungen“ auf einer Website als irreführend angesehen, da eine Verlinkung zu einem Bewertungsportal, auf dem positive Bewertungen gegenüber neutralen und negativen Bewertungen bevorzugt wurden, erfolgt war.

Vereinzelt wird in der Literatur³⁴³ das Vorliegen einer generellen Verbrauchererwartung an die „Echtheit“ von Kundenbewertungen bezweifelt, im Wesentlichen mit dem Argument, dass der verständige Verbraucher einen gewissen Prozentsatz manipulierter Bewertungen in Rechnung stelle und auf bestimmte, regelmäßig in Fälschungen zu findende Umstände (übertriebene Lobpreisungen, wenig differenzierende Bemerkungen) ohnehin mit Skepsis reagiere.

Ganz überwiegend wird jedoch davon ausgegangen, dass – sofern nicht eine eindeutige Klarstellung erfolgt - als „Kundenbewertung“ bezeichnete Statements vom Durchschnittsadressaten auch so aufgefasst werden, nämlich als echte Erfahrungsberichte von Käufern des Produkts oder Nutzern der Dienstleistung, jedenfalls nicht als bezahlte Statements.³⁴⁴ Auch unter Zugrundelegung der Rechtsprechung zur Verschleierung von Provisionen bei Vergleichsplattformen (s. dazu *Case Study Vergleichsportale*) dürfte kein Zweifel bestehen, dass die Ausgabe kommerzieller Statements als Kundenbewertung etc. irreführend im Sinne von § 5a Abs. 6 UWG ist. Denn hierdurch soll zumindest indirekt der Verbraucher zum Vertragsschluss mit dem positiv bewerteten Unternehmen animiert werden; dass der Bewertende für sich selbst keinen Vertragsschluss anstrebt, spielt insofern keine Rolle.

Auszugehen ist also davon, dass das abstrakte Wissen, dass ein nicht unerheblicher Teil der Kundenbewertungen gefälscht sein könnte, nicht eine Irreführung im konkreten Fall verhindert, zumal auch „echte“ Bewertungen mitunter simplifizierend und anpreisend („großartig“, etc.) sein können. Dies gilt natürlich erst recht, wenn zusätzliche Umstände die Verbrauchererwartung in Richtung Echtheit lenken, d.h. wenn diese etwa als „unsere Kunden sagen ...“ bezeichnet werden.

Eine Verbrauchererwartung besteht daher zumindest insofern, als dass als „Kundenbewertung“ bezeichnete Äußerungen nicht vom Anbieter oder seinen Angestellten selbst, von dafür beauftragten Dritten oder von einer zwar tatsächlich über einschlägige Produkterfahrungen verfügenden, jedoch für die Bewertung bezahlten Privatperson stammen. Auf der Grenze mögen Sachverhaltskonstellationen liegen, in denen dem Bewertenden gewisse „Anreize“ zur Erstellung der Bewertung gegeben werden. Im Wesentlichen wird es sich um Sachverhaltskonstellationen handeln, bei denen schon keine auf der Hand liegenden Indizien für eine geschäftliche Handlung bestehen (s. oben), etwa wenn nur sehr mittelbare Vorteile eingeräumt

³⁴² OLG, 19.02.2013, Az. I-20 U 55/12, MMR 2013, 95 - *Irreführende Kundenbewertungen auf Bewertungsportal*.

³⁴³ Vgl. dazu etwa *Heermann*, WRP 2014, 509, 513; *Ahrens/Richter*, WRP 2011, 814.

³⁴⁴ Dazu etwa *Köhler* in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 2018, § 5a Rn. 3.34 ff.

werden. In derartigen Fällen ist auch die Verbraucherwartung anhand der Umstände des Einzelfalles sorgfältig zu prüfen.³⁴⁵

(b) Umstände, die den kommerziellen Charakter unmittelbar erkennen lassen

§ 5a Abs. 6 UWG schreibt nicht vor, welche Umstände genau vorliegen müssen, damit der verständige Durchschnittsadressat erkennen kann, dass es sich um eine kommerzielle Kommunikation und nicht um eine echte Kundenbewertung handelt. Da gerade Internetseiten häufig verwirrend viele parallele Angaben aufweisen, denen der Nutzer selten große Aufmerksamkeit widmet, sind die Anforderungen an eine deutliche Kennzeichnung hoch. Relativierungen (etwa versteckte Hinweise darauf, dass Angestellte das Produkt bewertet haben) sind jedenfalls dann nicht ausreichend, wenn zuvor die Erwartung an die Echtheit durch blickfangmäßig hervorgehobene Überschriften in eine bestimmte Richtung gelenkt wird.³⁴⁶ Dies gilt umso mehr, wenn die Bewertungen in vereinfachter Form auf einer Skala zusammengefasst und durch Symbole („Sterne“ etc.) blickfangmäßig herausgestellt werden.

(c) Relevanz für das Verbraucherverhalten

Kundenbewertungen sind für die Entscheidungsfindung der Verbraucher von erheblicher Bedeutung.³⁴⁷ Sie sind daher geeignet, den Verbraucher zu einer Konsumententscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte.³⁴⁸

iv. Kennzeichnung als kommerzielle Kommunikation gemäß § 6 TMG i.V.m. § 3a UWG

Kommerzielle Kommunikationen im Internet sind gemäß § 6 TMG eindeutig als solche zu kennzeichnen. Erwecken Kundenbewertungen den Eindruck einer persönlichen, unabhängigen Einschätzung, während sie in Wahrheit vom Unternehmen selbst oder dafür bezahlten Dritten (oder Kunden) stammen, liegt nicht nur ein Verstoß gegen das UWG, sondern auch gegen das TMG vor. Auch versteckte Hinweise wie #ad oder #sponsored, die auf eine Bezahlung hinweisen könnten, reichen zur eindeutigen Kennzeichnung nicht aus.³⁴⁹ Dies gilt insbesondere dann, wenn Begleitumstände – wie zum Beispiel die Einordnung unter der Rubrik „Kundenbewertungen“ - den Charakter der Unabhängigkeit vom Unternehmen betonen. Die Anforderungen an Missverständnisse ausschließende Hinweise sind also hoch und unterscheiden sich

³⁴⁵ Die Leitlinien zur Umsetzung/Anwendung der Richtlinie 205/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vom 25.4.2016, COM (2016) legen (beim Influencer Marketing) auch hier einen strengen Maßstab an. Erwähnt wird etwa ein kostenloser Urlaub durch Reiseveranstalter für Blogger als Gegenleistung für positive Bewertung (S. 162).

³⁴⁶ Die rechtliche Bewertung erfolgt hier in etwa wie bei der sog. Blickfangwerbung; dazu etwa *Sosnitza* in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 5 Rn. 133 ff.

³⁴⁷ Ausführlich (zur Situation in Großbritannien) etwa <https://www.gov.uk/government/news/international-effort-to-tackle-misleading-online-reviews>.

³⁴⁸ Relativierend *Heermann*, WRP 2014, 509; *Ahrens/Richter*, WRP 2011, 814.

³⁴⁹ Die Situation ist hier vergleichbar mit dem sog. Influencer Marketing; ausführlich dazu unter A.III.1.

nicht von denen des § 5a Abs. 6 UWG.

§ 6 TMG stellt nach allgemeiner Auffassung eine sogenannte Marktverhaltensregel dar, die den Interessen der Verbraucher dient.³⁵⁰ Ein Verstoß hiergegen ist daher grundsätzlich über § 3a UWG in das UWG einbezogen. In Anbetracht der Verbreitung von Kundenbewertungen gerade im Internet und ihrer Bedeutung für die Entscheidungsfindung der Verbraucher liegt stets eine erhebliche Beeinträchtigung des Marktes vor.

v. *Unterdrücken negativer Bewertungen, § 5 Abs. 1 und 2 UWG*

Ein verzerrtes Bild von Kundenbewertungen kann nicht nur dann entstehen, wenn angebliche Kundenbewertungen vom Unternehmen selbst oder dafür bezahlten Dritten stammen, sondern auch dann, wenn zwar „echte“ positive Bewertungen auf die Website des Unternehmens eingestellt werden, nicht jedoch negative Bewertungen. Eine derartige Auswahl von Bewertungen vermag jedenfalls dann eine Irreführung des Verbrauchers darzustellen, wenn (angeblich) aus allen Bewertungen ein Durchschnitt ermittelt wird und dieser wiederum anhand von „Sternen“ etc. dargestellt ist oder aber wenn die Bewertungen (in ihrer Gesamtheit) in die Rankings und Empfehlungen auf Vergleichsportalen einfließen.

Zwar wird wohl bezüglich der Reihenfolge und optischen Gestaltung von positiven Bewertungen auf der Website eines Unternehmens keine absolute Objektivität erwartet; insofern dürfte unterstellt werden, dass die Stimmen von besonders zufriedenen Nutzern hervorgehoben werden. Gleiches gilt, wenn es sich erkennbar um eine Auswahl positiver Statements handelt. Erweckt die Liste der Kundenbewertungen jedoch den Eindruck der Vollständigkeit, so kann die Nichtberücksichtigung kritischer Stimmen einen irreführenden Gesamteindruck ergeben, da die Verbraucher dann zu Unrecht von einer insgesamt positiven Einschätzung ausgehen. Das OLG Düsseldorf³⁵¹ hat dies sogar dann bejaht, wenn mit „garantiert echten Kundenmeinungen“ geworben wird, die (genuinen) positiven Bewertungen aber sofort freigeschaltet werden, während neutrale und negative Bewertungen erst nach einer intensiven Prüfung auf rechtswidrige oder anstößige Inhalte (mit Möglichkeit der Löschung und danach einem eventuell stattfindenden Schlichtungsverfahren) eingestellt werden. Nach Ansicht des Gerichts bewirkt bereits diese Verzögerung ein verzerrtes Bewertungsbild.

³⁵⁰ Dazu unter A.I.1.c.

³⁵¹ OLG Düsseldorf, 19.02.2013, Az. I-20 U 55/12, MMR 2013, 595 - *Irreführende Kundenbewertungen auf Bewertungsportal*. Es ging um einen Verstoß gegen § 11 I Nr. 11 HWG, nach dem Werbung für Heilmittel mit Äußerungen Dritter unzulässig ist, wenn diese missbräuchlich, irreführend oder abstoßend ist.

(3) Prüfungspflichten bezüglich Kundenbewertungen

Bei Vergleichs- und Bewertungsportalen (dazu unter A.III.3.) ist häufig umstritten, ob es zur Verantwortung des Plattformbetreibers zählt, von Dritten stammende Kundenbewertungen auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen und gegebenenfalls von der Onlineplattform zu entfernen. Diese mittelbare Verantwortung wirft komplizierte rechtliche Fragen auf. Bei Kundenbewertungen, die ein Unternehmer auf seine Website aufnimmt, stellen sich Fragen einer zumutbaren Prüfungspflicht dagegen nicht. Denn anders als ein Plattformbetreiber ist derjenige, der zu Zwecken der Absatzförderung Äußerungen Dritter (Dankeschreiben, Kundenbewertungen) in seinen Außenauftritt einbezieht, grundsätzlich für deren Inhalt verantwortlich, d.h. er macht sich diese Äußerungen bei seiner geschäftlichen Präsentation „zu eigen“³⁵². Werden in einer Kundenbewertung also zum Beispiel die Eigenschaften des Produktes wahrheitswidrig beschrieben, so ist dies so zu sehen, als habe der Unternehmer selbst dieser Angabe gemacht.

Eine mittelbare Prüfungspflicht könnte daher nur bezüglich des Aspekts, ob die positive Bewertung tatsächlich von einem Kunden stammt, der das Produkt benutzt hat, bestehen. Diese Sachverhaltskonstellation dürfte nach der Lebenserfahrung jedoch bei reinen Kundenbewertungen (ohne Vergleichscharakter) vernachlässigbar sein.

d. Zusammenfassung und Bewertung: Bestehen Enforcement-Defizite?

(1) Rechtsgrundlagen

Ein Unternehmer ist nicht verpflichtet, auf seine Website Kundenbewertungen einzustellen. Tut er dies jedoch, so müssen diese Statements „echt“ sein, d.h. tatsächlich von Personen, die das Produkt benutzt haben, stammen. Handelt es sich um erfundene oder vom Unternehmer beeinflusste positive Bewertungen, so wird hierin regelmäßig eine Irreführung nach § 5a Abs. 6 UWG und § 5 Abs. 1 UWG liegen. Ob dies auch gilt, wenn der Unternehmer auf seine Website (genuine) positive Bewertungen einstellt, negative aber nicht aufnimmt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Jedenfalls dann, wenn durch die Präsentation der Kundenbewertungen der Eindruck erweckt wird, es lägen ausschließlich positive Bewertungen vor – insbesondere wenn hieraus plakative Kurzbewertungen, zum Beispiel in Form von Sternen, erstellt werden – kann auch das Unterdrücken negativer Bewertungen (Reklamationen etc.) irreführend sein.

Es besteht kein Grund zur Annahme, dass die Rechtsgrundlagen im UWG für die Beurteilung beider Varianten der manipulierten Kundenbewertung nicht ausreichen. Die Irreführungsvorschriften des UWG sind medienübergreifend und die §5, 5a UWG

³⁵² Sosnitza in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 5 Rn. 207.

erfassen ohne erkennbare Probleme auch Sachverhalte wie Kundenbewertungen im Internet. Es handelt sich dabei um häufig im Irreführungsrecht zu findende Rechtsfragen, mit denen die Zivilrechte besonders vertraut sind.

(2) Rechtsanwendung

Es liegen bislang relativ wenige Entscheidungen zu „gefakten“ positiven Kundenbewertungen vor; die bisherigen Entscheidungen im Bereich der Kundenbewertungen fokussieren vielmehr auf das Problem der Verantwortung des Plattformbetreibers für negative, herabsetzende Bewertungen³⁵³ (dazu unter A.III.3.). Nennenswerte Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung lassen sich jedoch nicht erkennen. Zwar werden in der Literatur vereinzelt Zweifel angemeldet, ob in Anbetracht der erheblichen Anzahl von gefälschten Kundenbewertungen im Internet noch eine generelle Verbrauchererwartung an deren Objektivität, Neutralität, Authentizität besteht. Ganz überwiegend wird dies jedoch bejaht, was auch der Rechtsprechung zu Manipulationen bei Bewertungsportalen entspricht.

Das zur Verfügung stehende Sanktionsinstrumentarium des UWG, insb. der im einstweiligen Verfügungsverfahren durchsetzbare Unterlassungsanspruch, die weitreichende Regelung der Aktiv- und Passivlegitimation sind grundsätzlich auch zur Unterbindung von UWG-Verstößen im Zusammenhang mit Kundenbewertungen geeignet und entsprechen den Bedürfnissen der Praxis.

(3) Ermittlungsschwierigkeiten

Die Rechtsdurchsetzung *de lege lata* wird jedoch dadurch erschwert, dass bei manchen Kundenbewertungen zwar der Verdacht einer Manipulation naheliegen mag (zum Beispiel bei wenig spezifizierenden und werbemäßig lobpreisenden Bewertungen), der für eine Unterlassung erforderliche Nachweis- oder die für eine einstweilige Verfügung erforderliche Glaubhaftmachung – jedoch wegen mangelnder Kenntnisse der häufig in der Sphäre des Unternehmens liegenden genauen Umstände nicht möglich ist (ausführlich dazu unter A.I.2.d.(6)). Anders als beim Influencer Marketing, bei dem die durch die Social Media bedingte Art und Weise der Darstellung nicht selten bereits eine hinreichende Indizwirkung für das Vorliegen einer kommerziellen Kommunikation entfalten dürfte, sind „echte“ und „gefakte“ Kundenbewertungen allein aufgrund der Wortwahl etc. nicht trennscharf voneinander abzugrenzen. Manipulierte Bewertungen lassen sich daher nur schwer aufdecken. Aus diesem Grunde dürften „Ansprüche gegen das Unternehmen, auf dessen Seiten sich Kundenbewertungen, bei denen der Verdacht einer Manipulation bestehen könnte, befinden, häufig am Fehlen eines Auskunftsanspruchs scheitern“³⁵⁴. Hinzu kommt, dass Agenturen, die Kundenbewertungen häufig in großem Umfang erstellen, wegen ständig wechselnder Szenarien kaum fassbar sind.

³⁵³ Vgl. *Case Study* Vergleichsportale/Rankings (A III 3.e.).

³⁵⁴ *Micklitz* in: Micklitz/Reisch/Joost/Zander-Hayat, Verbraucherrecht 2.0 - Verbraucher in der digitalen Welt, 2017, S.26.

Zwar soll es mittlerweile verschiedene Arten von Software geben, die bis zu 90 % aller gefälschten Kundenbewertungen zu identifizieren vermögen.³⁵⁵ Sie werden offenbar von Plattformbetreibern wie Amazon gezielt eingesetzt, um gegen Drittanbieter, die ihre Bewertung (häufig in Form von „Sternen“) durch manipulierte Kundenbewertungen beeinflussen wollen, vorzugehen.³⁵⁶ Derartige Computerprogramme wären jedenfalls theoretisch auch für Kläger wie etwa die Wettbewerbszentrale oder Verbraucherverbände einsetzbar. Ob die dabei gewonnenen Erkenntnisse freilich zum Nachweis oder zur Glaubhaftmachung, dass die Kundenbewertung im konkreten Fall tatsächlich gefälscht ist, ausreichen, ist fraglich; hierzu wird es nähere Angaben bezüglich der Person des Bewertenden, der Verbindung zum Bewerteten, evtl. Geldströme etc. bedürfen. Im Übrigen sind Zweifel an der Ausgereiftheit derartige Software angebracht. So hat 2017 ein britischer Journalist ein fiktives Restaurant („The Shed“) mit Hilfe von gefälschten enthusiastischen Bewertungen an die Spitze aller Londoner Lokale auf der Liste der britischen Touristikwebsite TripAdvisor gebracht.³⁵⁷ TripAdvisor wies jede Verantwortung zurück, da man eine Spezialtechnologie einsetze, die 90 % aller falschen Bewertungen herausfiltere (was bei den fast 100 Bewertungen, die der Journalist über Bekannte für „The Shed“ schreiben ließ, offenbar nicht funktionierte).

(4) Vorteile von Befugnissen des BKartA

Aus Verbrauchersicht ist die nur sporadische Aufdeckung und rechtliche Unterbindung von manipulierten Kundenbewertungen bedenklich. Ein erheblicher Teil der Verbraucher sieht in ihnen eine echte Entscheidungsgrundlage, so dass bei geschätzten 20-30 % gefälschten Kundenbewertungen im Netz die reale Gefahr von Fehlentscheidungen besteht. Zugleich wird eine für Verbraucher wichtige Informationsquelle insgesamt entwertet. Zu berücksichtigen ist weiter, dass auch die Interessen der Mitbewerber, deren Angebote durch derartige Manipulationen möglicherweise nicht zum Zuge kommen, verletzt werden.

Bei gefälschten Kundenbewertungen im Internet handelt es sich zudem nicht um einzelne „Übeltäter“ (wie früher in den Printmedien), sondern um ein massenhaftes Problem, das internetspezifische Züge aufweist. Eine Bekämpfung mit Hilfe des zivilrechtlichen Instrumentariums des UWG – insb. des schnellen, flexiblen Unterlassungsanspruchs - wäre an sich zwar das geeignete Enforcement-Instrument, scheitert in der Praxis aber offenbar häufig an Ermittlungsschwierigkeiten. Hierfür spricht die relativ geringe Anzahl von einschlägigen Entscheidungen (und wohl auch Abmahnungen) im Verhältnis zu der Zahl der geschätzten „gefakten“ Bewertungen im Netz.

³⁵⁵ Vgl. den Artikel in der SZ von 4.9.2017, S. 20 („Sterne, die niemand verdient hat“).

³⁵⁶ So soll Amazon 2015 gegen 1000 Fake-Bewertungsschreiber geklagt haben und Anfang 2017 zehntausende Bewertungen gelöscht haben; vgl. <http://www.stern.de/wirtschaft/news/amazon--jede-fuenfte-bewertung-soll-ein-fake-sein---so-schuetzen-sie-sich-7610734.html>.

³⁵⁷ Vgl. SZ vom 8.12.2017, S. 1 („Rasierschaum an Ketchup“).

Ermittlungsbefugnisse einer öffentlich-rechtlichen Stelle könnten daher zur besseren Rechtsdurchsetzung und damit zu einem höheren Verbraucherschutzniveau beitragen. Befugnisse gerade des BKartA in diesem Bereich hätten zudem den Vorteil, auf Sektoruntersuchungen im digitalen Bereich, z.B. zu Vergleichsportalen, aufbauen zu können. Negative Auswirkungen auf die zivilrechtliche Bekämpfung der Schleichwerbung in anderen Medien wären in Anbetracht des Umstandes, dass es bei Kundenbewertungen heute fast ausschließlich um Internetsachverhalte geht, nicht zu befürchten.

3. Vergleichsportale / Rankings

Diese Case Study ist in Zusammenhang mit der Case Study „Manipulierte Kundenbewertungen“ zu lesen.

a. Definition und Problem

Obwohl Vergleiche von Produkten und Dienstleistungen und darauf aufbauende Ergebnislisten und Bewertungen (Rankings) bereits des längeren bekannt sind – z.B. durch die Testberichte der Stiftung Warentest und die von Zeitschriftenverlagen erstellten Listen über die „besten Ärzte“ (Krankenhäuser, Rechtsanwälte)³⁵⁸ - haben sie erst mit Aufkommen des Internets massenhafte Bedeutung erlangt. Typischerweise werden dabei mit Suchmaschinen nach bestimmten Algorithmen im Internet verfügbare Informationen ermittelt. Bei Vergleichsportalen werden danach auf der Grundlage bestimmter Parameter (häufig Preis und Kundenzufriedenheit) Produkte und Dienstleistungen miteinander in Beziehung gesetzt und daraus Ranglisten gebildet und/oder „Empfehlungen“ gegeben.

Beispielhaft sei hier das Geschäftsmodell von jameda.de („Deutschlands größtes Ärzte- Empfehlungsportal“) wiedergegeben, welches vom Landgericht München I³⁵⁹ wie folgt zusammengefasst wurde:

„Auf ihrer Internetseite erstellt die Beklagte anhand von Patientenbewertungen Arztlisten, sortiert nach Fachrichtungen. Die Eingabe von Suchparametern ermöglicht dem Nutzer der Internetseite dabei eine gezielte Suche, bei der die Sortierung der Ergebnisse anhand der Kriterien Relevanz, Entfernung, nur „gute“ und „Anzahl Bewertungen“, Umkreissuche oder eine Kombination dieser

³⁵⁸ Aus der Rechtsprechung zu Ranglisten in der Presse vgl. etwa BGH, 9.2.2006, Az. I ZR 124/03, GRUR 2006, 875 – *Rechtsanwalts-Ranglisten*; BGH, 30.4.1997, Az. I ZR 196/94, GRUR 1997, 912 – *Die Besten I*; zusammenfassend Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 6 Rn. 23; Dreyer in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 5a III Rn. 19 ff.; Zu Vergleichsportalen im Internet ausführlich Wilkat, *Bewertungsportale im Internet*, 2013; Büscher, GRUR 2017, 433; Franz, WRP 2018, 20; Petruzzelli, MMR 2017, 800; Klinger/Kuhlmann, GRUR-Prax 2012, 34; Ballhausen/Roggenkamp, K&R 2008, 403; Gounalakis/Klein, NJW 210, 566; Braun/Görke, WRP 2017, 383.

³⁵⁹ LG München I, 18.3.2015, Az. 37 O 19579/14, MMR 2016, 257 – *jameda.de*; zu *jameda* vgl. auch BGH, 20.2.2018, Az. VI ZR 30/17, MMR 2018, 403012.

Kriterien erfolgt. Gibt der Nutzer keine Suchparameter ein und nutzt er nur die auf der Startseite angegebenen Parameter „was“ und „wo“, wird die Ergebnisliste anhand einer Kombination der Kriterien Note und Bewertung zusammengestellt.“

Es gibt mittlerweile die unterschiedlichsten Geschäftsmodelle in diesem Bereich, deren Struktur und Bedeutung erheblich voneinander abweichen können.³⁶⁰ Ganz allgemein lassen sich jedoch „neutrale“ Vergleichsportale von solchen unterscheiden, bei denen der Online-Betreiber selbst auf dem jeweiligen Markt tätig ist oder den bewerteten Unternehmen Werbemöglichkeiten zur Verfügung stellt; weiter Portale mit oder ohne direkte Buchungsmöglichkeit etc.

Einige dieser Vergleichs- und Bewertungsportale genießen in den Augen der Verbraucher erhebliches Vertrauen; nach einer Forsa-Umfrage von 2017 soll jeder zweite Verbraucher sie im Vorfeld einer geschäftlichen Entscheidung herangezogen haben.³⁶¹ Entsprechend kritisch werden Praktiken, die die Transparenz und Objektivität von Vergleichs- und Bewertungsportalen verfälschen, gesehen. Sie gelten wegen ihrer großen Verbreitung im Internet als eines der vordringlichsten Probleme des Verbraucherschutzes.³⁶²

b. Beanstandete Praktiken

Im Zusammenhang mit Vergleichs- und Bewertungsportalen werden unterschiedliche Praktiken genannt, die die Objektivität, Transparenz und Korrektheit der durch sie vermittelten Ergebnisse beeinträchtigen.

Beanstandet wird aus Verbrauchersicht vor allem, dass in Suchmaschinen teilweise Ergebnislisten angezeigt werden, die von Zahlungen an den Betreiber der Suchmaschine beeinflusst sind³⁶³:

- Bei „kostenpflichtigen Platzierungen“ zahlen Unternehmen für ein besseres Ranking in Ergebnislisten, damit die Rangfolge nicht von den definierten Relevanzkriterien abhängt und sie bevorzugt berücksichtigt werden.
- Bei „kostenpflichtigen Berücksichtigungen“ zahlen Unternehmen dafür, dass sie überhaupt in Ergebnislisten aufgenommen werden, was sonst nicht der Fall wäre.

Bezüglich des bereits erwähnten Geschäftsmodells von jameda.de stellte das LG

³⁶⁰ Dazu etwa *Büscher*, GRUR 2017, 433; vgl. auch die Leitlinien der Kommission zur Umsetzung/Anwendung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vom 25.5.2016, COM (2016), S. 136 ff.

³⁶¹ Studie im Auftrag des vzbv vom 23.6.2017; zitiert im Positionspapier des vzbv „Vergleichs- und Buchungsportale müssen transparenter werden“ vom 23.6.2017. 68 % der Nutzer halten Vergleichsportale wie Verivox.de oder check24.de für vertrauenswürdig, vgl. <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Verbraucher-vertrauen-in-Finanzfragen-auf-Online-Portale.html>.

³⁶² Vgl. vzbv vom 23.6.2017, „Vergleichs- und Buchungsportale müssen transparenter werden“; S. 55; *Micklitz*, in: Schulte-Nölke/BMJV, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 7.

³⁶³ Vgl. das Positionspapier des vzbv sowie die Leitlinien der Kommission zur Umsetzung/Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vom 2.5.2016, COM (2016), S. 149.

München I³⁶⁴ insofern etwa fest:

„Die Beklagte bietet Ärzten den Erwerb von „Premium-Paketen“ unterschiedlicher Kategorien an. Zu den Premium-Paketen Gold und Platin können Ärzte die kostenpflichtige Zusatzoption „top-Platzierung Fachgebiete“ buchen. Diese Zusatzoption ermöglicht den Ärzten, sich mit ihren Tätigkeitsschwerpunkten bzw. Fachgebieten über allen anderen Ärzten in der Ergebnisliste der Beklagten zu präsentieren.“

Beanstandet wird weiter, dass der Eindruck der Vollständigkeit erweckt wird, während es sich in Wahrheit um eine begrenzte Auswahl handelt, die zudem häufig von den Interessen des Plattformbetreibers beeinflusst ist. So kann z.B. die Aufnahme in die Vergleichsliste davon abhängen, ob die Unternehmen bei Geschäftsabschluss mit einem Nutzer zur Zahlung einer Provision an den Plattformbetreiber bereit sind (wie z.B. bei „check24“ im Bereich der Versicherungsleistungen). Es kann jedoch auch sein, dass bestimmte Unternehmen nicht mit Portalen zusammenarbeiten, z.B. im Versicherungsmarkt die großen Anbieter Allianz, HUK Coburg oder R+V.³⁶⁵

Ein weiterer Kritikpunkt sind Kundenbewertungen. Rankings nennen als einen der maßgeblichen Parameter oft die „Kundenzufriedenheit“ und nehmen zu diesem Zweck eine algorithmengesteuerte Auswertung der im Netz zu findenden Kundenbewertungen vor.³⁶⁶

Hinzu kommen verschiedene andere unlautere oder bedenkliche Praktiken, die in ihrer Vielfältigkeit hier nur angerissen werden können. So hat etwa die italienische Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)³⁶⁷ in den Listen des italienischen Hotelbewertungsportals TripAdvisor einen erheblichen Prozentsatz von Hotels, die schon längere Zeit nicht mehr existierten oder andere, bei denen Angaben eklatant nicht mit der Wahrheit übereinstimmten, ermittelt. Oder es werden willkürliche Klassifizierungssysteme (z.B. Sterne bei Restaurants und Hotels) vergeben.³⁶⁸ Generell hat die EU-Kommission bei einer im Oktober 2016 koordinierten Untersuchung von 352 Preisvergleichs- und Reisebuchungsportalen in der EU festgestellt, dass auf 235 Portalen die Preisangaben nicht zuverlässig waren; in einem Drittel der Fälle entsprach der zuerst angezeigte Preis nicht dem Endpreis oder die

³⁶⁴ LG München I, 18.3.2015, Az. 37 O 19579/14, MMR 2016, 257. Am 20.02.2018 hat der BGH, 20.2.2018, Az. VI ZR 30/17, MMR-Aktuell 2018, 403012 erneut indirekt über das dem Bewertungsportal jameda.de zugrundeliegende Geschäftsmodell entschieden. Es ging um die (erfolgreiche) Klage einer Zahnärztin auf Löschung aus dem Portal.

³⁶⁵ <https://de.finance.yahoo.com/nachrichten/wie-vergleichsportale-wie-check24-und-verivox-die-verbraucher-tauschen-122437003.html>. Diese Problematik wird sich noch verschärfen, da nach dem Urteil des BGH vom 20.02.2018, AZ. VI ZR 30/17 Unternehmen unter bestimmten Bedingungen verlangen können, nicht in Vergleichsportale aufgenommen zu werden.

³⁶⁶ Die wiederum zu geschätzt 20-30 % „gefaked“ sein sollen; ausführlich hierzu die *Case Study* Kundenbewertungen (A.III.2.).

³⁶⁷ Die AGCM hat mit Entscheidung vom 19.12.2014 die TripAdvisor LLC wegen mehrerer Verstöße gegen Art. 20, 21, 22 des Codice del Consumo zu einer Geldbuße von 500.000 € verurteilt. ■:

³⁶⁸ Vgl. dazu die Ausführungen unter A.III.3.d.(6).

Preisberechnung war unklar; es waren Sonderangebote nicht wirklich verfügbar, etc.³⁶⁹

c. Untersuchte Praktiken

Im Folgenden sollen folgende häufig genannte Problemfelder untersucht werden:

- Vollständigkeit von Vergleichen
- „gekaufte“ Berücksichtigung in Vergleichen
- „gekaufte“ Ergebnisse in Rankings
- Berücksichtigung manipulierter Kundenbewertungen
- Irreführungen über Klassifizierungssysteme

Generell geht es jedoch auch um die den Betreibern der jeweiligen online-Plattform obliegenden Sorgfaltspflichten.

d. Beurteilung nach dem UWG

Eine spezialgesetzliche Regelung gibt es bislang nur für den Versicherungsvertrieb.³⁷⁰ Die Beurteilung in allen anderen Fällen erfolgt daher vor allem auf der Grundlage des UWG, also insb. auf der Grundlage von § 4 Nr. 2 UWG (Herabsetzung), den Irreführungsverboten in § 5 Abs. 1 UWG und § 5a Abs. 6 UWG; den Kennzeichnungsvorschriften für kommerzielle Kommunikationen in § 6 TMG i.V.m. § 3a UWG und – was noch ungeklärt ist – möglicherweise auch nach den Vorschriften über die vergleichende Werbung in § 6 UWG. Daneben sind aber auch Vorschriften des BGB, insb. § 823 BGB, heranzuziehen.

Rechtliche Auseinandersetzungen um Vergleichsportale sind zwischen verschiedenen Parteien denkbar, z.B. können Konkurrenten von auf unlautere Weise positiv bewerteten Unternehmen gegen diese oder den Plattformbetreiber klagen bzw. die aktivlegitimierten Verbraucher- oder Wirtschaftsverbände und die IHK gegen die Irreführung der Verbraucher vorgehen; der negativ Bewertete kann auf Unterlassung der Veröffentlichung durch das Online-Portal klagen etc.

(1) Geschäftliche Handlung, § 2 Nr. 1 UWG

Wie jede Anwendung des UWG setzt auch die Beurteilung der vorgenannten Praktiken eine geschäftliche Handlung voraus, d.h. ein Verhalten zugunsten des eigenen oder fremden Unternehmens, das objektiv mit der Förderung des Absatzes zusammenhängt.

³⁶⁹ Vgl. EU-Kommission, Irreführende Angaben in Buchungsportalen, MMR-Aktuell 2017, 388855: http://ec.europa.eu/consumers/consumer_evidence/market_studies/comparison_tools/index_en.htm; vgl. weiter http://www.marktwaechter.de/sites/default/files/downloads/untersuchung_preisvergleichsportale_0.pdf; <https://www.test.de/Flugbuchungsportale-Besser-buchen-bei-der-Airline-5049529-0/>.

³⁷⁰ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) über den Versicherungsvertrieb vom 20.7.2017, Bundesgesetzblatt 2017/1 Nr.52 vom 28.7.2017, S.2789. Vgl. auch Der Spiegel 2017, 72. „Ein neues Gesetz für den Versicherungsvertrieb, auch für Vergleichsportale gilt ab Februar 2018. Den Verzicht auf Beratung muss der Kunde demnach in Textform, beispielsweise per E-Mail, erklären.“

Ob diese Voraussetzung beim Betreiber der Vergleichs- oder Bewertungs-Plattform vorliegt, um dessen Haftung es häufig geht, hängt nicht zuletzt von der Art des jeweiligen Geschäftsmodells ab. Handelt es sich um ein „neutrales“ Portal, bei dem kein Einfluss auf die Auswahl, den Inhalt genommen wird, so wird vertreten, dass keine geschäftliche Handlung vorliegt.³⁷¹ Anders ist es hingegen jedoch jedenfalls dann, wenn wirtschaftliche Interessen verfolgt werden oder sich etwa Kundenbewertungen „zu eigen“ gemacht werden. Da die meisten der eingangs genannten Geschäftsmodelle mit Werbung verbunden sind und damit allein durch das Bereithalten einer Werbemöglichkeit den eigenen Wettbewerb des Plattformbetreibers sowie den seiner Werbekunden fördern, wird daher häufig eine objektiv mit der Absatzförderung zusammenhängende Tätigkeit zu bejahen sein.³⁷² Dies gilt erst recht, wenn der Plattformbetreiber darüber hinaus (z.B. durch Provisionen bei über das Onlineportal erfolgenden Geschäftsabschlüssen) kommerzielle Interessen verfolgt – auch in diesem Fall fördert er sowohl den eigenen Wettbewerb als auch den der Anbieter.³⁷³

(2) Irreführung über die Vollständigkeit von Vergleichen, § 5 Abs. 1 UWG

Vergleichsportale erwecken häufig den Eindruck, es handele sich um eine weitgehend vollständige Erfassung aller am Markt tätigen Anbieter des fraglichen Produkts oder der Dienstleistung, mithin um eine aussagekräftige Marktübersicht. Dieser Eindruck wird mitunter noch durch Claims (wie „check24-wir checken alles“) betont.

Ist der Vergleich nicht vollständig, so kann hierin eine Irreführung nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG liegen, der unwahre oder irreführende Angaben über die Beschaffenheit der angebotenen Leistung untersagt. Daneben greift jedoch auch § 5a Abs. 2 UWG ein, wonach der Unternehmer alle für den Verbraucher wesentlichen Informationen zur Verfügung stellen muss.

Ob bei Vergleichen, die objektiv nicht alle (wichtigen) Anbieter erfassen, letztlich eine Irreführung vorliegt, hängt jedoch vor allem davon ab, welche Erwartungen der durchschnittliche „verständige“ Nutzer im konkreten Fall an die Vollständigkeit von Vergleichslisten hat.

Im Regelfall wird der Verbraucher bei einer großen Anzahl von Anbietern nicht davon ausgehen, dass alle Anbieter lückenlos erfasst werden. Wohl jedoch erwartet er, dass

³⁷¹ Vgl. etwa *Franz*, WRP 2018, 20; zu dieser Frage auch *Büscher*, GRUR 2017, 433, 436; *Sosnitza* in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 2 Rn. 33; OLG Düsseldorf, 18.6.2013, Az. I-20 U 145/12, GRUR-RR 2013, 433. In der UGP-Richtlinie erfolgt diese Diskussion anhand des dort verwendeten Begriffs des Gewerbetreibenden; vgl. die Leitlinien zur Umsetzung/Anwendung von 2016, S. 151.

³⁷² Vgl. z.B. LG München, 18.3.2015, Az. 37 = 19579/14, WRP 2015, 781 – *Premium Partner*: „Durch dieses Anzeigengeschäft wird neben dem eigenen Wettbewerb der Bekl. als „Deutschlands größtes Arzt Empfehlungsportale“ auch der Wettbewerb der Anzeigenkunden gefördert.“

³⁷³ Vgl. auch BGH, 5.2.2015, Az. I ZR 240/12, GRUR 2015, 485 – *Kinderhochstühle III*; EuGH, 12.7.2011, Rs. C-324/09, GRUR 2011, 1025 – *L'Oréal/ebay*; *Büscher*, GRUR 2017, 433, 438. Auch in den Leitlinien zur Auslegung der UGP-Richtlinie, S. 151 wird hier allgemein von Werbung gesprochen.

die wichtigsten Anbieter einbezogen sind und – sofern dies nicht der Fall ist – er unmissverständlich auf die Begrenztheit der Auswahl hingewiesen wird. Dies gilt erst recht, wenn durch begleitende Claims der Eindruck der Vollständigkeit unterstrichen wird. Wie der BGH³⁷⁴ in einem Urteil von 2017 feststellte: „Aus der Sicht des Verbrauchers bezieht ein Preisvergleichsportal seine Aussagekraft gerade aus dem Umstand, dass eine möglichst große Anzahl von Anbietern, die ihre Waren oder Dienstleistungen im Internet vermarkten, in den Preisvergleich einbezogen wird“.

Eine vom Betreiber der Vergleichsplattform vorgenommene Auswahl der Anbieter, auch wenn sie nicht repräsentativ für den jeweiligen Markt ist, macht das fragliche Vergleichsportal also nicht zwangsläufig unlauter. Die Beschränkung der Auswahl muss dann freilich unmissverständlich klargelegt werden und sie überspielende, die Vollständigkeit betonende Werbeslogans sind bereits als solche irreführend. Anders als bei der vergleichenden Werbung, bei der der Verbraucher erkennt, dass der Vergleich ausschließlich Werbezwecken dient - und der Vergleichende folglich nicht verpflichtet ist, ein umfassendes Bild der Vor- und Nachteile seines Angebots im Verhältnis zu allen Konkurrenzangeboten zu zeichnen³⁷⁵ - sind Vergleichs- und Bewertungsportale tendenziell auf eine umfassende Marktübersicht angelegt.

(3) Irreführung durch Provision für die Berücksichtigung in Vergleichen, § 5 Abs. 1; § 5a Abs. 2 UWG

Werden Anbieter nur gegen (im weitgefassten Sinne) *Entgelt* in Ergebnislisten aufgenommen, so ist dies – unabhängig davon, ob bereits die zu geringe Reichweite des Vergleichs zu beanstanden wäre - irreführend im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG, wenn die angesprochenen Verkehrskreise der irrigen Vorstellung unterliegen, die Einbeziehung der Anbieter erfolge auf der Grundlage der als maßgeblich angegebenen Kriterien und nicht etwa deshalb, weil die Anbieter dafür bezahlt haben.

Der durchschnittliche, verständige Nutzer eines Vergleichsportals, das sich an die breite Öffentlichkeit richtet, ist jedenfalls ohne unmissverständliche Aufklärung auch bei Anwendung einer situationsangemessenen Aufmerksamkeit nicht in der Lage, ein von wirtschaftlichen Interessen des Plattformbetreibers beeinflusstes Geschäftsmodell zu durchschauen. So hat der BGH mit Urteil vom 27.4.2017³⁷⁶ entschieden, dass der Betreiber eines Preisvergleichs irreführend handele, wenn er nicht eindeutig darauf hinweise, dass nur diejenigen Anbieter berücksichtigt werden, welche sich bei erfolgreichem Vertragsschluss zur Zahlung einer Provision verpflichtet hatten. Dies stelle eine „wesentliche Information“ im Sinne von § 5a Abs. 2 UWG dar, die für das geschäftliche Verhalten des Verbrauchers – dem es auf einen schnellen Überblick über die marktüblichen Preise ankomme – von erheblichen Gewicht sei. Das Argument der

³⁷⁴ BGH, 4.4.2017, Az. VI ZR 123/16, GRUR 2017, 844 – *klinikbewertungen.de* mit Anm. Hofmann; NJW 2017, 2029 mit Anm. Lampmann; MMR 2017, 526 mit Anm. Becker.

³⁷⁵ Ob Vergleiche zugunsten Dritter als vergleichende Werbung i.S.v. § 6 UWG anzusehen sind, ist in der Literatur umstritten; siehe statt aller Sack in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 6 UWG, Rn. 59 ff.

³⁷⁶ Büscher, GRUR 2017, 433.

Beklagten, dass derjenige, der einen kostenlosen Service auf einer Website in Anspruch nehme, auch wisse, dass derartige Vergleiche weder vollständig noch unabhängig seien, wurde vom BGH als unzutreffend zurückgewiesen.

Allein die Tatsache, dass die Aufnahme in einem Vergleich von der Zahlung von Provisionen an den Plattformbetreiber abhängt, macht, sofern nicht eine eindeutige Aufklärung hierüber erfolgt, den Vergleich also irreführend.³⁷⁷

(4) Irreführung durch bezahlte Platzierung in Rankings, § 5 Abs. 1 UWG

Während Nutzer bei reinen *Suchmaschinen* der Reihenfolge der Trefferliste in der Regel keine entscheidende Bedeutung beimessen,³⁷⁸ geht er bei Vergleichsportalen, bei denen Bewertungen vorgenommen und/oder über Ergebnislisten „Empfehlungen“ ausgesprochen werden, von einer Zusammenstellung der Ergebnislisten nach den angegebenen Kriterien aus. Bei einem Ärztevergleichsportal erwartet der durchschnittliche Nutzer jedenfalls nicht, dass der an oberster Stelle des jeweiligen Rankings geführte Arzt derjenige ist, welcher eine sog. „top-Platzierung“ entgeltlich erworben hat. Vielmehr geht ein verständiger Verbraucher davon aus, dass der an der obersten Stelle der Ergebnisliste aufgeführte Arzt derjenige ist, welcher nach den für die Ergebnisliste genannten Parameter als am besten bewertet wurde. Oder wie das LG München I³⁷⁹ zusammenfassend feststellte:

„Empfehlungen werden von Nutzern nicht nur ernst genommen, sondern allgemein auch höher bewertet als zum Beispiel die eigenen Äußerungen des Werbenden (vgl. *Bornkamm* § 5 Rdn. 2.163). In solchen Konstellationen stellt der Kauf eines Listenplatzes, der sich auf die Reihenfolge der Ergebnisliste auswirkt, eine Irreführung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nummer 1 UWG dar. Eine Irreführung liegt auch vor, wenn der Umstand, dass für die Platzierung ein Entgelt bezahlt wurde, nicht kenntlich gemacht wird, sofern der verständige Verbraucher ohne ausdrückliche Kennzeichnung nicht weiß, dass die Ergebnislisten entsprechend manipuliert wurden.“

Auch die Kommission betont in ihren Leitlinien zur Auslegung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken:³⁸⁰

„Solange Verbraucher nicht anderweitig informiert werden, gehen sie in der Regel davon aus, dass die „Treffer“ entsprechend der Relevanz ihrer jeweiligen Suchkriterien angezeigt werden und dass die Ergebnisse nicht davon abhängen,

³⁷⁷ Vgl. auch OLG München, 6.4.2017, Az. 29 U 3139/16, MMR 2017, 773.

³⁷⁸ Vgl. etwa *Ohly* in: *Ohly/Sosnitzer*, UWG, 2016, § 5 Rn. 10/53; *Frank* in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, 2016, Einl. H Rn. 26; *Köhler* in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson*, UWG, 2018, § 4 Rn. 10.34a.

³⁷⁹ LG München I, 18.3.2015, Az. 37 O 19570/14, MMR 2016, 257 – *jameda.de*; ebenso etwa LG Berlin, 25.8.2011, Az. 16 O 418/11, MMR 2012, 683 bezüglich einer online Plattform zur Vermittlung von Hotels, deren Ranking durch die Zahlung höherer Provisionen beeinflusst war.

³⁸⁰ Leitlinien zur Umsetzung/Anwendung der Richtlinie 2105/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken 2.5.2016. COM (2016), S. 149.

ob Gewerbetreibende Zahlungen geleistet haben“.

(5) Irreführung durch manipulierte Kundenbewertungen; § 5a Abs.6 UWG; § 6 TMG; § 4 Nr.1 und 2 UWG

Wie bereits unter A.III.2. ausgeführt, sind positive „Kundenbewertungen“, die jedoch in Wahrheit vom Unternehmen oder seinen Angestellten stammen, von Agenturen gekauft oder von (tatsächlichen) Kunden gegen Entgelt erstellt wurden, in aller Regel eine Irreführung nach § 5a Abs. 6 UWG. Gleiches gilt für das Unterdrücken negativer Bewertungen, wenn der Gesamteindruck eine durchgängig positive (oder zumindest positivere) Bewertung erweckt.

Bei Ergebnis- und Bewertungslisten kommt hinzu, dass nicht nur die sich auf das jeweilige eigene Angebot beziehenden Bewertungen manipuliert sein können, sondern auch „gefakte“ Negativbewertungen über konkurrierende Anbieter platziert werden können. Auch derartige Manipulationen verfälschen die vom Verbraucher erwartete Richtigkeit der Ergebnisliste und sind eine Irreführung über das eigene (auf diese Weise besser zum Zuge gelangende) Angebot. Sie können je nach Sachlage zudem eine Herabsetzung oder Verleumdung des Konkurrenten darstellen, die auf der Grundlage von § 4 Nr. 1 oder 2 UWG oder § 823 BGB Abs. 1 (Allgemeines Persönlichkeitsrecht) beurteilt werden kann (dazu noch unten).

(6) Irreführung durch Klassifizierungssysteme etc., § 5 Abs. 1 UWG

Kundenbewertungen erfolgen nicht selten auf einer bestimmten Skala der Zufriedenheit mit dem Produkt oder der Dienstleistung, etwa einer Bewertungsskala von 1-5, aus der dann plakative Symbole (bei Amazon etwa bis zu 5 *Sterne*) gebildet werden. Solange die jeweilige Bewertungsgrundlage und die Anzahl der Bewertungen eindeutig kommuniziert werden, bestehen hiergegen keine Bedenken. Anders kann es sein, wenn es für die fragliche Leistung bereits ein etabliertes, neutrales Bewertungssystem gibt. So wird insbesondere die Qualität von Hotels i.d.R. nach Sternen beurteilt, die einen der entscheidenden Faktoren für oder gegen die Buchung eines Hotels darstellen. In Deutschland werden derartige Sterne vor allem vom Deutschen Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA) auf einer Skala von bis zu 5 Sternen vergeben. Eine allgemein verbindliche Klassifizierung ausschließlich durch die DEHOGA besteht zwar nicht, d.h. Anbieter können verschiedene Klassifizierungssysteme verwenden - wegen der großen Bekanntheit der von der DEHOGA vergebenen Sterne kann eine abweichende Vergabe von Sternen auf Hotelbewertungsportalen jedoch eine Irreführung der Verbraucher darstellen.

So haben etwa die OLG Nürnberg und Celle³⁸¹ die Verwendung eines eigenen Klassifizierungssystems durch ein Hotelbuchungsportal als irreführend nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG angesehen. Nach dem Gesamteindruck gehe der verständige

³⁸¹ OLG Nürnberg, 19.4.2016, Az. 3 U 1974/15, MMR 2016, 527; OLG Celle, 30.1.2018, Az. 13 U 106/17, WRP 2018, 587; zu dieser Problematik auch *Stenzel*, GRUR-Prax 2015, 291.

Durchschnittsadressat zumindest bei waagrecht angeordneten fünfzackigen Sternen davon aus, dass die Sternevergabe auf der Klassifizierung einer neutralen, nach transparenten und objektiven Kriterien vorgehenden Klassifizierungsstelle beruhe. Ohne eindeutige Aufklärung darüber, dass es sich um ein abweichendes Bewertungsverfahren handele, das insbesondere auf Selbsteinschätzungen der Hotels und vereinzelt Kontrollbesuchen beruhe, werde eine relevante Verbrauchererwartung enttäuscht und der Verbraucher irregeführt.

Da Sterne zugleich Gütezeichen darstellen können, kommt u.U. auch ein Verstoß gegen Nr. 2 des Anhangs zum UWG i.V.m. § 3 Abs. 3 UWG in Betracht; dieser per se-Tatbestand deckt sich inhaltlich im Wesentlichen mit § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG.

(7) Anforderungen an eine die Irreführung ausschließende Kennzeichnung

Eine Irreführung durch die vorstehend erörterten Praktiken liegt dann nicht vor, wenn der Nutzer dieser Portale hinreichend darüber aufgeklärt wird, dass es sich nicht um eine vollständige Marktübersicht handelt, dass die Berücksichtigung in dieser oder die Platzierung in Rankings von Zahlungen oder Provisionen abhängt; dass Produktbewertungen nicht von „echten“ Kunden stammen oder dass man ein eigenes, unübliches Klassifizierungssystem verwendet. Wird über diese Aspekte unmissverständlich aufgeklärt, so entfällt sowohl eine Irreführung über das eigene Angebot (§ 5 Abs. 1 UWG) als auch der Vorwurf des Vorenthaltens einer wesentlichen Information (§ 5a Abs. 2 UWG) oder die Unlauterkeit wegen der Verschleierung des kommerziellen Charakters (§5a Abs. 6 UWG; § 6 TMG i.V.m. § 3a UWG).

Damit kommt der Frage, welche Anforderungen an eine eindeutige Aufklärung zu stellen sind, entscheidende Bedeutung zu. Abzustellen ist auch hier auf das europäische Leitbild des verständigen Durchschnittsadressaten, der als angemessen aufmerksam, kritisch und erfahren gilt, wobei aber auch den Besonderheiten des Kommunikationsmittels Internet sowie der konkreten Situation, in der sich der Nutzer befindet, Rechnung zu tragen ist.³⁸²

Die Rechtsprechung hat sich, was die Aufklärung bezüglich der vorstehend erörterten Praktiken betrifft, streng gezeigt. In fast allen bekannt gewordenen Fällen wurde eine hinreichende Aufklärung verneint. So muss nach Auffassung des LG München I³⁸³ eine Internetseite so gestaltet sein, dass ein verständiger Verbraucher ohne weitere Nachforschungen eventuelle Abweichungen sofort, d.h. nicht erst nach der analysierenden Lektüre des gesamten Internetauftritts, erkennt. Die Nutzer eines Preisvergleichsportals (wie etwa „check24“) müssen beim ersten Geschäftskontakt unübersehbar darauf hingewiesen werden, dass nicht nur Preise verglichen werden,

³⁸² Zum sog. europäischen Verbraucherleitbild und seine Anwendung im UWG vgl. *Dreyer*, § 5 B Rn. 13 ff.; *Glöckner*, Einl. B Rn. §1 ff.; 54 ff.; beide in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016.

³⁸³ LG München I, 18.3.2016, Az. 37 O 19570/14, MMR 2016, 257 – *jameda.de*; vgl. auch den Bericht in *Der Spiegel* 29/2017, S. 74 („Vorgetäuschte Transparenz“).

sondern als online-Versicherungsmakler auch Provisionen kassiert werden.³⁸⁴ Informationen über die Maklertätigkeit an untergeordneter Stelle – nach denen die Besucher der Website suchen müssen - genügen nicht. Ein Hinweis über die teilnehmenden Versicherungen eines Vergleichs am Ende der Seite im winzigen Schriftzug - der erst nach einem weiteren Klick und einem erneuten Scrollen bis zum Seitenende die Informationen über die teilnehmenden Versicherungen enthält – vermag die Verbrauchererwartung an die Vollständigkeit eines Vergleichs nicht zu entkräften. Bei bezahlten Platzierungen in einer Ergebnisliste hat eine eindeutige Trennung von den übrigen Ergebnissen und eine klare Kennzeichnung als Werbung zu erfolgen – eine Kennzeichnung als „Premium-Partner“ ist selbst dann ungenügend, wenn sie graphisch hervorgehoben wird und sich statt einer Nummer zur Kennzeichnung der jeweiligen Position in der Ergebnisliste ein Sternchen findet.³⁸⁵ Suchmaschinenanzeigen gegen Entgelt müssen in der Regel räumlich getrennt in einem eigenen Teil des Bildschirms unter einer eigenen Überschrift oder in einer eigenen Rubrik angezeigt werden - werden neben redaktionellen Berichten auch Anzeigen veröffentlicht, die diesen in der Aufmachung (Gestaltung, Farbgebung und Überschriften) gleichen, hat besonders deutlich eine Kennzeichnung als Anzeige zu erfolgen.³⁸⁶

Auch wenn mitunter bei Internetsachverhalten an die Kennzeichnung von Werbung ein großzügigerer Maßstab als etwa bei den Printmedien angelegt wird,³⁸⁷ werden bei Vergleichs- und Bewertungsportalen, die von der Verbrauchererwartung abweichende Besonderheiten aufweisen, hohe Anforderungen an die Aufklärung gestellt.³⁸⁸

e. Prüfungspflichten des Plattformbetreibers, § 3 Abs. 1, 2 UWG, 4 Nr. 2 UWG, § 823 BGB

Hat der Betreiber des Vergleichs- oder Bewertungsportals selbst die beanstandete Handlung vorgenommen, also etwa Provisionen für die Berücksichtigung von Anbietern oder deren Platzierung im Ranking gefordert, bestehen keine Zweifel an seiner Passivlegitimation. Er ist selbst Täter. Die rechtliche Beurteilung erfolgt dann auf der Grundlage der vorgenannten Vorschriften, also insb. der Irreführungstatbestände des UWG. Die Frage, ob die konkrete Irreführung auch gegen die Generalklausel verstößt, d.h. eine Verletzung von Sorgfaltspflichten i.S.v. § 3 Abs. 1 oder 2 UWG darstellt, spielt dabei keine Rolle; dies wird bei der Verwirklichung eines der gesetzlich geregelten Tatbestände im UWG, die nach ihrer Systematik die Generalklausel präzisieren, unterstellt.

³⁸⁴ BGH v. 27.4.2017, Az. I ZR 55/16 GRUR 2017, 1265; zur Werbung in Printmedien BGH v. 2.10.2012, Az. I ZP 82/11, GRUR 2013, 638, 644; allgemein zur Werbung im Internet OLG München, 27.3.2014, Az. 6 U 3183/13, beckrs 2014, 16644.

³⁸⁵ LG München I, 18.3.2016, Az. 37 O 19570/14, MMR 2016, 257 – *jameda.de*; vgl. auch LG Berlin, 25.8.2011, Az. 16 O 418/11, MMR 2012, 683.

³⁸⁶ OLG München, 17.9.2009, Az. 29 U 3337/09, NJOZ 2010, 1135.

³⁸⁷ Vgl. etwa LG München I, 18.3.2016, Az. 37 O 19570/14, MMR 2016, 257 – *jameda.de*.

³⁸⁸ OLG München, 6.4.2017, Az. 29 U 3139/16, MMR 2017, 773.

Rechtlich schwieriger ist es, wenn der Plattformbetreiber letztlich für Angaben Dritter zur Verantwortung gezogen werden soll, z.B. weil diese irreführend, herabsetzend oder gefälscht sind. Eine generelle Zurechnung des Verhaltens der Anbieter über § 8 Abs. 2 UWG scheidet zwar aus. Verfolgt der Plattformbetreiber jedoch eigene wirtschaftliche Interessen, so kommt eine Haftung wegen der ihm selbst obliegenden Sorgfaltspflichten, die sich in der Regel in Prüfungspflichten konkretisieren, in Betracht. Von zentraler Bedeutung ist dabei die Frage, welche Prüfungspflichten dem Plattformbetreiber „zumutbar“ sind.

Die Rechtslage ist insofern komplex und im Fluss.³⁸⁹ Gerade in den letzten Jahren hat es jedoch einige wegweisende höchstrichterliche Entscheidungen gegeben, die sich mit den Prüfungspflichten des Plattformbetreibers bei (angeblich falschen, herabsetzenden) negativen Kundenbewertungen beschäftigen. Sie setzen jedoch nicht unmittelbar bei den dem Betreiber obliegenden Sorgfaltspflichten an, sondern erörtern diese im Rahmen von auf verschiedene Rechtsgrundlagen gestützten Unterlassungsklagen, z.B. auf der Grundlage von § 4 Nr. 2 UWG (Herabsetzung) oder § 823 BGB Abs. 1 (Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts). Obgleich die Generalklausel in § 3 Abs. 2 UWG im B2C-Verhältnis ausdrücklich alle geschäftliche Handlungen verbietet, die „nicht der unternehmerischen Sorgfalt entsprechen“ und das wirtschaftliche Entscheidungsverhalten des Verbrauchers wesentlich beeinflussen können – was an sich ihre Anwendung nahelegen würde - wurde sie, soweit bekannt, bislang in diesem Bereich nicht direkt herangezogen.³⁹⁰ Zurückzuführen ist dies vor allem auf die dem UWG immanente Systematik, insb. das Zusammenspiel von Einzelatbeständen/Generalklausel, aus der nach ganz h.M. folgt, dass sich der Verstoß gegen die Sorgfaltspflichten in den Einzelatbeständen des UWG weitgehend abschließend manifestiert.³⁹¹ Auch wegen der Besonderheiten des das UWG dominierenden Unterlassungsanspruchs, dessen Geltendmachung präzise, vollstreckungsfähige Anträge in Bezug auf das beanstandete Verhalten erfordert, werden die mit einer Vergleichs- oder Bewertungsplattform zusammenhängenden Sorgfaltspflichten de lege lata daher nur punktuell, d.h. im Rahmen von auf die Irreführung, Herabsetzung, Verletzung des APR oder der IP-Rechte³⁹² abstellenden Klagen überprüft.

Trotz unterschiedlicher rechtlicher Ansatzpunkte geht es dabei vor allem um eine

³⁸⁹ Ausführlich zu den Prüfungspflichten *Wilkat*, Bewertungsportale im Internet, 2013, S. 262 ff.; *Leistner*, WRP 2008, 533; *Spindler*, WRP 2003, 1.; *Büscher*, GRUR 2017, 433. Die Entscheidung des BGH vom 20.2.2018, Az. VI ZR 30/17 konnte hier nicht mehr berücksichtigt werden.

³⁹⁰ Eine originäre Anwendung der Generalklausel ist bei der Verletzung von Sorgfaltspflichten zwar durchaus möglich – z.B. hat der BGH in der Entscheidung „Jugendgefährdende Medien bei Ebay“, 12.7.2007, Az. I ZR 18/04. GRUR 2007, 890 hierin eine eigene Fallgruppe unlauterer geschäftlicher Praktiken gesehen. Sie kommt in der Praxis jedoch kaum vor. Gleiches gilt aber auch für das Unionsrecht, wo der EuGH bislang die Generalklausel in Art. 5 UGP-RL kaum direkt angewendet hat; vgl. *Sosnitza* in: FS Köhler, 2014, S. 685 ff.

³⁹¹ Dazu statt aller *Köhler* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 3 Rn. 3.16 ff.

³⁹² Zu den IP-Rechten vgl. etwa *Ohly*, WRP 2018, 131.

Interessenabwägung.³⁹³ Einerseits hat der Plattformbetreiber mit der Einstellung der Kundenbewertung eine gewisse Gefahrenquelle für die Verletzung der Rechte geschaffen und die eigentlich Verantwortlichen, die (häufig anonymen) Verfasser der Statements, können selten zur Rechenschaft gezogen werden. Andererseits will man das jeweilige Geschäftsmodell – auch im Interesse der Verbraucher – nicht durch übertriebene Anforderungen „kaputtmachen“. Diese mitunter schwierige Interessenabwägung gelangt zum Beispiel in dem Urteil des BGH vom 1.3.2016³⁹⁴ im zweiten Leitsatz zum Ausdruck:

„Der vom Betreiber eines Arztbewertungsportals verlangte Prüfungsaufwand darf dem Betrieb des Portals weder wirtschaftlich gefährden noch unverhältnismäßig erschweren, hat aber zu berücksichtigen, dass eine gewissenhafte Prüfung der Beanstandungen von betroffenen Ärzten durch den Portalbetreiber eine entscheidende Voraussetzung dafür ist, dass die Persönlichkeitsrechte der (anonym oder pseudonym) bewerteten Ärzte beim Portalbetrieb hinreichend geschützt sind.“

Als unzumutbar werden zum Beispiel proaktive Prüfungspflichten im Hinblick auf den Wahrheitsgehalt von Kundenbewertungen etc. angesehen, d.h. dem Diensteanbieter ist nicht zuzumuten, jede einzelne von ihnen auf rechtsverletzende Inhalte zu untersuchen.³⁹⁵ Anders sieht es freilich aus, wenn der Onlinebetreiber seine neutrale Position verlässt und selbst aktiv wird. Dies ist zwar noch nicht beim Einsatz eines präventiven Filtersystems zur Einhaltung diverser Grundregeln einer fairen Bewertung gegeben³⁹⁶ und allein das Einstellen einer falschen oder ehrenrührigen Nutzerbewertung begründet nicht die Haftung des Portalbetreibers.³⁹⁷ Anders sieht es allerdings aus, wenn der Portalbetreiber darüber hinaus eine inhaltlich-redaktionelle Überprüfung der auf seinem Portal eingestellten Nutzerbewertungen auf Vollständigkeit und Richtigkeit hin vornimmt.³⁹⁸

Ansonsten besteht eine Haftung des Portalbetreibers für rechtswidrige Handlungen Dritter nur dann, wenn der Portalbetreiber konkrete Anhaltspunkte für eine Rechtsverletzung hat, gleichwohl jedoch keine zumutbaren Maßnahmen ergreift, um den Sachverhalt aufzuklären und gegebenenfalls die Löschung zu veranlassen. Der Portalbetreiber hat dabei ein sog. „notice and take down“-Verfahren einzuhalten,³⁹⁹

³⁹³ So grundlegend BGH, 12.7.2007, Az. I ZR 18/04, GRUR 2007, 890 – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*; zu den Sorgfaltspflichten *Podszun* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 3 Rn. 192 ff.

³⁹⁴ BGH, 19.3.2015, Az. I ZR 94/13, NJW 2015, 3443.

³⁹⁵ *Glöckner*, WRP 2017, 1170, 1173 unter Verweis auf BGH, 15.8.2013, Az. I ZR 80/12, WRP 2013, 1348 - *Filehostingsdienst*.

³⁹⁶ BGH, 19.3.2015, Az. I ZR 94/13, GRUR 2015, 1129 – *Hotelbewertungsportal*. Vgl. auch *Hofmann*, Anm. zu BGH, 4.4.2017, Az. VI ZR 123/16, GRUR 2017, 844, 849 – *klinikbewertungen.de*: „Die Rechtmäßigkeit fremder Inhalte kann ein Plattform Betreiber ex ante schlichtweg nicht garantieren. Proaktive Überwachungspflichten haben das Potenzial, sozial unerwünschte Geschäftsmodelle im Keim zu ersticken. Die unternehmerische Freiheit wäre unzumutbar beeinträchtigt.“

³⁹⁷ BGH, 19.3.2015, Az. I ZR 94/13, GRUR 2015, 1129 – *Hotelbewertungsportal*.

³⁹⁸ BGH, 4.4.2017, Az. VI ZR 123/16, GRUR 2017, 844 – *klinikbewertungen.de* mit Anm. *Hofmann*.

³⁹⁹ BGH, 1.3.2016, Az. VI ZR 35/15, GRUR Prax 2016, 199 – *Ärztbewertung III*.

das eine sekundäre Darlegungslast nach sich zieht. Der Betreiber muss jedenfalls nach Kenntnisnahme einer schlüssigen Rechtsverletzung alle Maßnahmen ergreifen, um diese zu unterbinden und hat mit allen technisch und wirtschaftlich zumutbaren Maßnahmen Sorge dafür zu tragen, dass künftige ähnliche Rechtsverletzungen unterbleiben.

Die auf unterschiedliche Rechtsgrundlagen gestützten Entscheidungen zur Verantwortung des Portalbetreibers für rechtswidrige Äußerungen Dritter lassen eine zunehmende Verschärfung der dem Plattformbetreiber bezgl. des Wahrheitsgehalts obliegenden Sorgfaltspflichten erkennen.⁴⁰⁰ Dies zeigen folgende höchstrichterliche Urteile der letzten Jahre:

- In BGH 19.3.2015⁴⁰¹ ging es um eine negative Hotelbewertung (Unterlassen von geschäftsschädigenden Tatsachenbehauptungen wie die Verwanzung der Betten etc.) auf der Rechtsgrundlage von § 4 Nr. 8 UWG a.F. (jetzt § 4 Nr. 2 UWG). Diese Vorschrift erfordert ein „Zu-Eigen-Machen“ einer herabsetzenden Tatsachenbehauptung, was vor dem Hintergrund von § 10 Satz 1 TMG, der eine Privilegierung für fremde Informationen enthält, einschränkend auszulegen ist. Nach Auffassung des BGH macht sich der Betreiber eines Hotelbewertungsportals bei erkennbar von Dritten in das Portal eingestellte Äußerungen diese nicht im Sinne des § 4 Nr. 8 als Tatsachenbehauptung zu eigen, wenn er die Äußerungen nicht inhaltlich-redaktionell aufbereitet und ihren Wahrheitsgehalt überprüft, sondern lediglich einen automatischen Wortfilter gegen die zur Identifizierung von formalen Beleidigungen oder von Hotelbetreibern abgegebenen Eigenbewertungen einsetzt.
- Die Entscheidung des BGH vom 1. März 2016⁴⁰² betraf gleichfalls eine negative Kundenbewertung, diesmal im Hinblick auf die Leistung eines Zahnarztes. Dieser bestritt jeden Kontakt mit dem Bewertenden und verlangte die Löschung wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach §§ 823, 1004 BGB. Der BGH sah es als Verletzung der dem Plattformbetreiber obliegenden sekundären Darlegungslast an, wenn dieser lediglich eine formale Prüfung vornimmt, den Bewertenden zur Stellungnahme auffordert, aber Informationen nicht weiterleitet.⁴⁰³
- In der Entscheidung des BGH 27.4.2017⁴⁰⁴, ging es um eine negative Bewertung einer Privatklinik auf dem Bewertungsportal www.klinikbewertungen.de. Die von dem Betreiber der Klinik auf die §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB gestützte Klage war erfolgreich, weil der

⁴⁰⁰ *Wienen*, MMR-Aktuell 2016, 377549.

⁴⁰¹ BGH, 19.3.2015, Az. I ZR 94/13, GRUR 2015, 1129 – *Hotelbewertungsportal*; zur Frage der Anwendbarkeit des TMG ausführlich (verneinend) *Wilkat*, Bewertungsportale im Internet, 2013, S. 262.

⁴⁰² BGH, 1.3.2016, Az. VI ZR 35/15, GRUR Prax. 2016, 199 – *Ärztbewertung III*.

⁴⁰³ Dazu *Kuhlmann*, GRUR Prax 2016, 199.

⁴⁰⁴ BGH, 4.4.2017, Az. VI ZR 123/16, GRUR 2017, 844 – *klinikbewertungen.de* mit Anm. von *Hofmann*.

Portalbetreiber die Kritik inhaltlich überprüft und dann - ohne Rücksprache – selbstständig abgeändert hatte. Damit machte er sich nach Auffassung des BGH die fraglichen Äußerungen zu eigen, d.h. er war nicht mehr neutral, sondern selbst Täter (unmittelbarer Störer).

f. Auswirkungen auf das Entscheidungsverhalten der Verbraucher

In Anbetracht der Verbreitung von Bewertungsportalen und ihrer Bedeutung für das Entscheidungsverhalten der Verbraucher, kann kein Zweifel daran bestehen, dass die untersuchten Praktiken geeignet sind, „den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte“ (so § 5a Abs. 2 Nr. 2; im selben Sinne § 5a Abs. 6 UWG und § 3 Abs. 2 UWG).

g. Zusammenfassung und Bewertung: Bestehen Enforcement-Defizite?

(1) Ausreichende materiell-rechtliche Beurteilungsgrundlagen

Die zur Verfügung stehenden materiell-rechtlichen Grundlagen reichen aus, um die untersuchten Formen der Manipulationen von Vergleichsportalen, Bewertungslisten etc. zu erfassen. Es handelt sich überwiegend um Irreführungsfälle, die auf der Grundlage von § 5 Abs. 1 UWG (Irreführung über das eigene Angebot); § 5a Abs. 2 UWG (Vorenthalten wesentlicher Informationen); § 5a Abs. 6 UWG (Nichtkenntlichmachung kommerzieller Kommunikationen) und § 6 TMG (Kennzeichnung kommerzieller Kommunikationen) i.V.m. § 3a UWG beurteilt werden können. Daneben kann § 4 Nr. 2 UWG (Herabsetzung) eingreifen. Hinzu kommt die Beurteilung auf der Grundlage des Deliktsrechts, § 823 Abs. 1 BGB, unter dem Gesichtspunkt des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (APR).

Die auf diesen Grundlagen in den letzten Jahren ergangenen Entscheidungen lassen keine Probleme bei der Beurteilung von Vergleichsportalen und Rankings im Internet erkennen. Dies gilt nicht nur für Sachverhalte wie die von Provisionszahlungen abhängige Aufnahme von Anbietern in einen Preisvergleich oder die fehlende Offenlegung von Provisionen bei über das Portal erfolgenden Geschäftsabschlüssen, sondern auch für gekaufte Platzierungen in Rankings, gefälschte positive Bewertungen des eigenen Produkts oder gezielte negative Bewertungen von Konkurrenzprodukten.

Die hierzu ergangene Rechtsprechung des BGH und der Instanzgerichte zeigt dabei eine klare, verbraucherfreundliche Linie. Bezüglich der im Irreführungsrecht zentralen Frage, welches Verkehrsverständnis im konkreten Fall besteht, wurde dem Argument, der „verständige Verbraucher“ wisse heute sehr wohl, dass sich für ihn kostenlose Dienstleistungen im Internet (wie Vergleichsportale) über Zahlungen von Anbietern finanzierten, eine klare Absage erteilt. Ganz im Gegenteil erwarte der durchschnittliche

Nutzer von Bewertungsportalen, dass diese die wichtigsten Anbieter einbeziehen (d.h. einen im Wesentlichen vollständigen Marktüberblick ermöglichen), dass sie „neutral“ sind (d.h. dass weder die Aufnahme noch die Platzierung innerhalb eines Rankings von Geldzahlungen abhängt); dass der Plattform-Betreiber nicht mit den Bewerteten geschäftlich verbunden ist (z.B. für Geschäftsabschlüsse Provisionen erhält), dass in die Ergebnisliste einbezogene Kundenbewertungen „echt“ sind und dass keine unüblichen Klassifizierungssysteme (z.B. selbstbestimmte Sterne bei Hotelleistungen) Verwendung finden.

Stimmen diese Erwartungen nicht mit der Realität überein, so ist hierüber eindeutig und unmissverständlich aufzuklären. Eine Aufklärung hat bereits beim ersten Kontakt zu erfolgen und ist so zu gestalten, dass ein durchschnittlich aufmerksamer Nutzer – unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Internets - eventuelle Abweichungen sofort und unschwer (d.h. nicht erst durch Aktionen seinerseits) erkennen kann.

Die Einschätzung des vzbv⁴⁰⁵, dass gesetzliche Rahmenbedingungen erforderlich seien, „damit Verbraucher hier den Durchblick behalten können“, trifft in dieser Allgemeinheit daher wohl nicht zu. Der Vorschlag, im TMG eine spezialgesetzliche Regelung einzuführen, wonach

„Betreiber von Buchungs- und Vergleichsportalen über Vergleichsmethoden, Ranking und Finanzierung des Portals umfassend und leicht verständlich informieren müssen. Insbesondere die Kriterien, nach denen das Ranking erfolgt, müssen an prominenter Stelle leicht zugänglich auf der Plattform bereitgestellt werden.“,

würde die bisherige Rechtsprechung zum UWG in etwa gesetzlich verankern, jedoch nicht über diese hinausgehen. Eine zusammenfassende Wiedergabe der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze liefe zudem Gefahr, zu Abgrenzungsschwierigkeiten mit den weiter anwendbaren Rechtsgrundlagen im UWG zu führen.

Etwas anderes wäre es, wenn es um die Zulässigkeit des Geschäftsmodells der Betreiber von Vergleichs- und Bewertungsportalen als solches ginge oder etwa um ein generelles Verbot von Provisionszahlungen.⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ Positionspapier vom 23.6.2017 www.vzbv.de/sites/default/.../17-06-23_vzbv_positionspapier_vergleichsportale.pdf. In dieselbe Richtung wie der Vorschlag des vzbv geht der Richtlinienentwurf vom 11.4.2018, COM (2018) 185 endg., der Änderungen der RL 2005/29/EG und 2011/83/EU z.B. auch bezüglich der Bezahlung von Rankings etc. vorsieht. Diese Vorschläge gehen auf den sog. New Deal for Consumers vom 11.4.2018 zurück, auf dessen Inhalt in diesem Gutachten nicht mehr eingegangen werden konnte.

⁴⁰⁶ Das vzbv-Positionspapier fordert ein Provisionsverbot für bestimmte Angebote; hierzu benötigte man in der Tat eine eigene Rechtsgrundlage.

(2) Die Beurteilung der dem Plattformbetreiber obliegenden Sorgfaltspflichten

Auch für die Beurteilung der Frage, welche Sorgfaltspflichten den Plattformbetreiber bezüglich unzutreffender Angaben in den Angeboten Dritter treffen, bestehen ausreichende Rechtsgrundlagen im UWG und im BGB. Auffallend ist hier jedoch, dass der Problembereich der „zumutbaren Prüfungspflichten“ nur punktuell erhellt wird. Ihre Überprüfung erfolgte bisher im Rahmen von auf § 4 Nr. 2 UWG (Herabsetzung) und § 823 Abs. 1 BGB (Verletzung des APR) gestützten Unterlassungsklagen und damit innerhalb der jeweiligen anspruchsspezifischen Voraussetzungen. Die Generalklausel in § 3 UWG, die im B2C-Verhältnis sogar ausdrücklich auf die Verletzung von Sorgfaltspflichten abstellt (§ 3 Abs. 2 UWG), wird aus dogmatischen Überlegungen zum Verhältnis Generalklausel / Einzeltatbestände nur höchst selten herangezogen; ihre Handbarmachung mit Hilfe des das UWG dominierenden Unterlassungsanspruchs erscheint zudem schwierig. Eine Überprüfung von Sorgfaltspflichten als Aspekt des Verschuldens wäre zwar im Rahmen des Schadensersatzanspruchs nach § 9 UWG naheliegend, scheitert in der Praxis jedoch an den generellen Schwierigkeiten des Nachweises von Verschulden und Kausalität zwischen Verletzung der Sorgfaltspflicht und Schaden (und der nicht selten fehlenden Wettbewerbsbereitschaft).

Ob dieser Ansatz der Bedeutung von Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit Vergleichen und Bewertungsportalen gerecht wird, ist offen. Den Plattform-Betreiber treffen im Hinblick auf sein jeweiliges Geschäftsmodell unterschiedliche Sorgfaltspflichten gegenüber dem Nutzer, dem Anbieter, dem Bewerteten etc. Eine nur punktuelle Erörterung einzelner dieser Sorgfaltspflichten im Rahmen von auf verschiedene Rechtsgrundlagen verteilte Unterlassungsklagen, die auf den Vorwurf der Irreführung, der Herabsetzung, der Verletzung des APR oder IP-Rechte beruhen, vermag langfristig - sozusagen mosaikförmig - durchaus wertungsmäßig in dieselbe Richtung zu gehen und zu einem sich immer mehr verfeinernden Katalog der dem Betreiber obliegenden Prüfungspflichten führen.⁴⁰⁷ Sie betrifft jedoch immer nur konkrete Einzelfragen, die zudem in ihrem jeweiligen spezifischen und tatsächlichen Kontext, zumeist im Rahmen einer von der jeweiligen Rechtsgrundlage bestimmten Interessenabwägung, zu sehen sind.

(3) Grenzen der zivilrechtlichen Durchsetzung; Ermittlungsschwierigkeiten

Die Rechtsdurchsetzung *de lege lata* wird vor allem dadurch erschwert, dass bei manchen Vergleichs- und Bewertungsportalen zwar der Verdacht einer Manipulation naheliegen mag, der für eine Zivilklage erforderliche Nachweis – oder die für eine einstweilige Verfügung erforderliche Glaubhaftmachung – jedoch wegen mangelnder Kenntnisse der wahren Umstände nicht möglich ist. Der das UWG beherrschende

⁴⁰⁷ Vgl. *Hofmann*, Anm. zu BGH, 4.4.2017, Az. VI ZR 123/16, GRUR 2017, 844 – *klinikbewertungen.de*; *Hofmann*, ZUM 2017, 102.

Unterlassungsanspruch ist nicht mit einem generellen Anspruch auf Auskunft unterfüttert und die wenigen Sachverhaltskonstellationen, in denen die Rechtsprechung Auskunftsansprüche zulässt, sind eng begrenzt (dazu ausführlich unter A.I.2.d.(6)). Insbesondere Informationen über Interna des Geschäftsmodells, die eingesetzten Algorithmen etc. sind für Außenstehende kaum ermittelbar.

In den von der Rechtsprechung bisher entschiedenen Fällen waren die entscheidungsrelevanten tatsächlichen Umstände wohl zumeist unstrittig, so dass sich die Entscheidungen auf die rechtlichen Aspekte konzentrieren konnten. Auffallend ist jedoch die relativ geringe Anzahl von einschlägigen Entscheidungen im Verhältnis zu den (geschätzten) Missständen.⁴⁰⁸ Es liegt daher die Vermutung nahe, dass mit dem im UWG zentralen Unterlassungsanspruch nur ausnahmsweise gut belegbare Praktiken angegriffen werden, obwohl – wie auch die Entscheidung der italienischen *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* bezüglich der italienischen Vergleichs- und Bewertungsplattform TripAdvisor erkennen lässt – häufig der Verdacht auf das Vorliegen einer ganzen Reihe weiterer bedenklicher Praktiken besteht. Diese z.T. sehr unterschiedlichen Praktiken, die das jeweilige Geschäftsmodell mitbestimmen, in ihren Interdependenzen zu erfassen, lässt das zivilrechtliche Durchsetzungsinstrumentarium an seine Grenzen stoßen.

Zu bedenken ist auch, dass sich internetbasierte Geschäftsmodelle in ihren Modalitäten schnell ändern, so dass der zivilrechtliche Ansatz mit seinem dreistufigen Gerichtszug zeitlich eine gewisse Verzögerung bei der Eliminierung unlauterer Praktiken bedeuten könnte. Zwar haben mittlerweile sowohl der BGH als auch die Instanzgerichte eine eindeutige Bewertungslinie bezüglich der Vollständigkeit von Vergleichen und der Provisionszahlung (für die Berücksichtigung und Platzierung im Vergleich) entwickelt und es ist zu erwarten, dass diese Rechtsprechung in entsprechender Strenge fortgesetzt und eine faktische Bindungswirkung auch für andere Betreiber entfaltet. Gleichwohl eröffnen die zivilprozessualen Möglichkeiten in gewissem Maße eine Verhinderung von Entscheidungen durch ein Anerkenntnis etc. Sie führen dazu, dass bei Abmahnungen, die besonders schnell und effizient auf neue Phänomene reagieren können, durch eine Unterlassungserklärung ein gerichtliches Verfahren (und damit ein Reputationsschaden) verhindert wird.

(4) Vorteile von Befugnissen des BKartA?

In Anbetracht der großen Verbreitung von Vergleichs- und Bewertungsportalen im Internet und ihrer ebenso großen Bedeutung für eine informierte Entscheidung des Verbrauchers, ist der Schutz des Verbrauchers vor Praktiken, die seinen berechtigten Erwartungen an die Objektivität und Neutralität derartiger Portale zuwiderlaufen, von erheblicher Bedeutung. Zudem berühren Irreführungen in diesem Bereich nicht nur die Interessen der Verbraucher an einer unverfälschten Entscheidungsgrundlage, sondern auch die Interessen von Anbietern, die infolge unlauterer Praktiken ihrer Konkurrenten

⁴⁰⁸ Siehe die *Case Study* Manipulierte Kundenbewertungen (A III 2).

nicht zum Zuge gelangen. Das geltende Recht stellt zwar ausreichende materiell-rechtliche Grundlagen zur Beurteilung unlauterer Praktiken im Zusammenhang mit Vergleichs- und Bewertungsportalen zur Verfügung, jedoch handelt es sich dabei um Einzelfallentscheidungen, bei denen die fragliche Praktik (zumeist eine Irreführung) für den Kläger nachweisbar war. Weitaus häufiger sind die Kläger jedoch nicht in der Lage, bestimmte das Geschäftsmodell ausmachende Faktoren (etwa bei einem algorithmengesteuerten Ranking, bei wirtschaftlichen Verflechtungen) hinreichend zu belegen. Man ist dann auf Zufallsfunde oder im Wesentlichen unstrittige Umstände angewiesen. Diese punktuelle Rechtsdurchsetzung ist vor dem Hintergrund der bekanntgewordenen Missstände (etwa bei geschätzten 20-30 % gefälschten Kundenbewertungen, die in den Vergleich einfließen) unbefriedigend und könnte langfristig dazu führen, dass eine für Verbraucher wichtige Informationsquelle insgesamt entwertet wird.

Von Seiten der Plattformbetreiber wird häufig eingewendet, dass es keiner zusätzlichen Regelungen oder Durchsetzungsinstrumente bedürfe, da bereits der Einsatz von Algorithmen für eine hinreichende Kontrolle Sorge. Derartige Software wäre theoretisch auch für zivilrechtliche Kläger einsetzbar, könnte erste Anhaltspunkte geben, würde jedoch kaum den Anforderungen an den Nachweis oder die Glaubhaftmachung im Zivilprozess genügen. Dass hierauf im Übrigen wenig Verlass ist, zeigt der im Dezember 2017 in Großbritannien bekannt gewordene *TripAdvisor-Fall* („The Shed“).⁴⁰⁹

Ergänzende Ermittlungsbefugnisse einer öffentlich-rechtlichen Stelle wären geeignet, die Defizite der zivilrechtlichen Durchsetzung abzumildern. Originäre Befugnisse gerade des BKartA wären zudem nicht an die spezifische UWG-Systematik gebunden, d.h. könnten z.B. eine Gesamtbeurteilung aller dem Plattformbetreiber obliegenden Sorgfaltspflichten vornehmen. Sie könnten damit sinnvoll an die dem BKartA nach § 32 c Abs. 5 GWB im Verbraucherschutz zustehende Möglichkeit der Sektoruntersuchung anknüpfen und auf dieser aufbauen – bezeichnenderweise betrifft die erste vom BKartA 2017 initiierte Sektoruntersuchung Online-Vergleichsportale.

Negative Auswirkungen auf den offline Bereich und seine gefestigte zivilrechtliche Rechtsprechung (etwa zu Bewertungslisten in den Printmedien) sind nicht zu befürchten, da bei Online-Portalen substanzielle Unterschiede insb. im Hinblick auf algorithmengesteuerte Ergebnisse und Rankings bestehen.

4. Entgeltklauseln

Im Folgenden sollen etwaige Defizite bei der zivilrechtlichen Verbraucherrechtsdurchsetzung im Bereich des AGB-Rechts anhand einer Nahaufnahme untersucht werden. Als Praxisbeispiel dient dabei die Inhaltskontrolle von Entgeltklauseln.

⁴⁰⁹ Vgl. SZ vom 8.12.2017, S. 1 und die *Case Study* Manipulierte Kundenbewertungen.

a. Einleitung

Unter dem Begriff der Entgeltklauseln sollen hier solche Vertragsklauseln verstanden werden, die eine Preisvereinbarung für eine Nebenleistung enthalten.⁴¹⁰ In der Judikatur finden sich vor allem Entscheidungen zu Entgeltklauseln in der Bank- und Kreditwirtschaft, bei Versicherungen sowie in Verträgen über Telekommunikationsdienstleistungen.⁴¹¹ Für Aufmerksamkeit sorgten jüngst u.a. die Entscheidungen des BGH zu vorformulierten Bearbeitungsentgelten in Kreditverträgen,⁴¹² Gebühren für die geduldete Überziehung eines Girokontos⁴¹³ und der Berechnung von 0,10 EUR durch eine Sparkasse für jede per SMS übermittelte Transaktionsnummer („smsTAN“) für das Online-Banking.⁴¹⁴ Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung betreffen Deaktivierungsgebühren für die Stilllegung eines Telefonanschlusses,⁴¹⁵ Gebühren für die Übersendung einer Papierrechnung bei einem Mobilfunkvertrag⁴¹⁶ sowie eine „Servicegebühr“ in Höhe von 2,50 EUR für den elektronischen Versand eines Tickets zum Selbstausdrucken durch einen Online-Tickethändler.⁴¹⁷

Eine verwandte Problematik, die hier ebenfalls betrachtet werden soll, betrifft Fallgestaltungen, in denen es in den AGB des Unternehmens an einer Entgeltklausel fehlt, in der Praxis aber trotzdem aufgrund einer internen Anweisung ein unzulässiges Entgelt erhoben wird.⁴¹⁸ Ebenfalls ähnlich gelagert sind Fälle, in denen das gezahlte Entgelt gegen sonstige Vorschriften des Verbraucherrechts verstößt. Als Beispiel dienen etwa Fracht-, Liefer- oder Versandkosten, auf die der Verbraucher entgegen §§ 312a Abs. 2 S. 2, 312e BGB nicht vor Vertragsschluss hingewiesen wurde. Weitere Beispiele sind § 312a Abs. 3 S. 2 BGB, der die Vereinbarung von Zusatzentgelten per Voreinstellung (pre-ticked box) verbietet,⁴¹⁹ oder das Verbot überhöhter Entgelte für die Nutzung von Zahlungsmitteln („Surcharging“)⁴²⁰ in § 312a Abs. 4 Nr. 2 BGB. Hinzu gekommen ist seit dem 13.1.2018 der neu eingefügte § 270a BGB. Durch die neue Vorschrift, die der Umsetzung von Art. 62 Abs. 4 der RL 2015/2366/EU dient, wird die Erhebung von Zusatzentgelten für die Nutzung der gebräuchlichsten Zahlungsmethoden (SEPA-Basislastschrift, SEPA-Firmenlastschrift, SEPA-

⁴¹⁰ *Zscheschak* in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK, 2018, § 307 BGB Entgeltklausel Rn. 1.

⁴¹¹ Siehe den Überblick bei *Kropff/Habl*, BKR 2015, 316 ff. und *Hofauer*, BKR 2015, 397 ff.

⁴¹² BGH, 13.5.2014, Az. XI ZR 05/12, NJW 2014, 2420.

⁴¹³ BGH, 25.10.2016, Az. XI ZR 9/15, NJW 2017, 1018; siehe dazu *Weber*, BKR 2017, 106 ff.

⁴¹⁴ BGH, 25.7.2017, Az. XI ZR 260/15, NJW 2017, 3222.

⁴¹⁵ BGH, 18.4.2002, Az. III ZR 199/01, NJW 2002, 2386.

⁴¹⁶ BGH, 9.10.2014, Az. III ZR 32/14, NJW 2015, 328.

⁴¹⁷ OLG Bremen, 15.6.2017, Az. 5 U 16/16, MMR 2017, 834.

⁴¹⁸ LG Leipzig, 10.12.2015, Az. 05 O 1239/15, VuR 2016, 109, 110; siehe jetzt auch OLG Dresden, 10.4.2018, Az. 14 U 82/16, WM 2018, 1304.

⁴¹⁹ Dazu näher *Busch* in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK, 2018, § 312a BGB Rn. 19 ff.

⁴²⁰ Siehe etwa LG Aschaffenburg, 13.7.2016, Az. 1 HK O 66/15, MMR 2017, 201 zu überhöhten Kreditkartengebühren bei Flugbuchung. Die Berufung ist beim OLG Bamberg unter dem Az. 3 U 152/16 anhängig.

Überweisung, Zahlungskarte) gänzlich untersagt.⁴²¹

Zu klären ist, inwieweit die Instrumente des individuellen und kollektiven Rechtsschutzes, namentlich die Verbandsklagen nach UWG und UKlaG, eine effektive Sanktionierung ermöglichen.⁴²² Materiell-rechtliche Fragen zur Zulässigkeit von Entgeltklauseln und zur Abgrenzung von Preis- und Preisnebenabreden, die Gegenstand einer inzwischen sehr fein ausdifferenzierten Rechtsprechung sind,⁴²³ sollen hier nicht vertieft werden. Der Fokus liegt vielmehr auf der Rechtsdurchsetzung. Nach einem kurzen Überblick über die in Bezug auf Entgeltklauseln wichtigsten Instrumente der Rechtsdurchsetzung soll auf zwei Fragen näher eingegangen werden: (1) Inwieweit gewähren UWG und UKlaG bei rechtswidrigen Entgeltklauseln einen Anspruch auf Rückerstattung unrechtmäßig erhobener Entgelte? (2) Welche Breitenwirkung entfalten Unterlassungsurteile gegenüber einzelnen Unternehmen bei branchenweit verwendeten Klauseln?

b. Instrumentarium der Rechtsdurchsetzung

(1) Individuelle Verbraucheransprüche

Ist die Entgeltklausel wegen eines Verstoßes gegen §§ 307 ff. BGB unwirksam, steht den Kunden ein Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zu. Gleiches gilt, bei einem Verstoß gegen § 312a Abs. 3 BGB. Eine entsprechende Vereinbarung über ein Zusatzentgelt wird nicht Bestandteil des Vertrages, der im Übrigen aber wirksam bleibt. Hat der Verbraucher bereits gezahlt, so kann er auch hier die geleistete Zahlung gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB kondizieren. Das UWG sieht demgegenüber keine Individualansprüche einzelner Verbraucher vor. Zwar wurde im Rahmen der UWG-Reform 2004 erörtert, ob auch Verbrauchern ein Klagerecht eingeräumt werden sollte, letztlich wurde dieser Ansatz jedoch wegen der Abgrenzungsprobleme zu den im BGB geregelten Ansprüchen der Verbraucher nicht weiterverfolgt.⁴²⁴

Soweit von Verbrauchern unrechtmäßige Entgelte erhoben wurden, führt dies typischerweise zu sogenannten Streuschäden, die einen großen Personenkreis betreffen, deren Höhe aber so gering ist, dass der einzelne Verbraucher einen ihm zustehenden Rückzahlungsanspruch nicht im Wege der Individualklage verfolgt (sog. rationales Desinteresse).⁴²⁵ Bei derartigen Streuschäden verzichten viele Verbraucher

⁴²¹ Siehe auch *Busch* in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK, 2018, § 312a BGB Rn. 25.

⁴²² Siehe dazu auch bereits Abschnitt A.I.2.

⁴²³ Entgeltklauseln unterliegen der Inhaltskontrolle, soweit es sich dabei um Preisnebenabreden handelt. Ausgenommen von einer Inhaltskontrolle sind gemäß § 307 Abs. 3 BGB Fälle in: denen das Entgelt für eine rechtlich nicht geregelte Zusatzleistung zu zahlen ist oder bei denen mit der Klausel der Hauptpreis nur näher aufgeschlüsselt wird, vgl. *Zschieschak* in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK, 2018, § 307 BGB Entgeltklausel Rn. 1.; umfassend dazu *Graf von Westphalen/Thüsing*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 2017, Teil „Vertragsrecht“, Stichwort „Preis – Preisnebenabrede“; *Eckelt* in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK, 2018, § 307 BGB Rn. 178 ff.

⁴²⁴ Vgl. dazu die Ausführungen in Abschnitt A.I.2.

⁴²⁵ Siehe dazu unten Abschnitt A.IV.

aufgrund hoher Prozessrisiken und mangelnder Konfliktroutine auf eine gerichtliche Durchsetzung ihrer Forderungen.⁴²⁶ Einige Stimmen in der Literatur gehen davon aus, dass Anspruchsberechtigte bei einer Schadenshöhe bis zu ca. 25 EUR von einer klageweisen Durchsetzung Abstand nehmen⁴²⁷ Andere setzen diese Schwelle bei ca. 100 EUR an.⁴²⁸ Bei grenzüberschreitenden Fällen dürfte die Schwelle sogar noch deutlich höher liegen. Empirische Erhebungen zu dieser Frage bestehen kaum. Nach einer Umfrage der Europäischen Kommission verzichteten ca. 50 Prozent der europäischen Verbraucher aufgrund des Prozessrisikos und hoher Verfahrenskosten auf die klageweise Durchsetzung, wenn der Anspruch den Betrag von 200 EUR nicht überschreitet.⁴²⁹

Die Ansprüche einzelner Verbraucher können bereits de lege lata nach § 79 Abs. 2 Nr. 3 ZPO im Wege einer Einziehungsklage von Verbraucherverbänden auf der Grundlage einer Abtretung oder Prozessstandschaft eingeklagt werden. Wie die Befragung der Stakeholder im Rahmen der vorliegenden Studie ergeben hat, spielt diese Verfahrensart in der Praxis jedoch eine sehr geringe Rolle, da das Einziehungsverfahren für die Verbände einen erheblichen organisatorischen und finanziellen Aufwand erfordert und daher unpraktikabel ist.

(2) Kollektive Rechtsdurchsetzung

i. UKlaG

Die Unwirksamkeit von Entgeltklauseln gem. §§ 307 ff. BGB kann auch im Rahmen eines abstrakten Klauselkontrollverfahrens überprüft werden, das von den in § 3 UKlaG genannten Stellen eingeleitet werden kann. Hierzu zählen in erster Linie die Verbraucherverbände (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG), die Wirtschafts- und Berufsverbände (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG), die Industrie- und Handelskammern sowie die Handwerkskammern (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 UKlaG). Den anspruchsberechtigten Stellen steht gem. § 1 UKlaG ein Unterlassungsanspruch gegen den Verwender oder Empfehler von Bestimmungen in AGB zu, die nach den §§ 307-309 BGB unwirksam sind. Gegen den Empfehler unwirksamer AGB besteht auch ein Widerrufsanspruch. Bei Verstößen gegen andere verbraucherrechtliche Vorschriften, die Entgeltverbote enthalten (etwa § 312a Abs. 3 S. 2 BGB) kommt ein Unterlass- und Beseitigungsanspruch nach § 2 Abs. 1 UKlaG in Betracht. Der Umstand, dass § 312a BGB nicht in § 2 Abs. 2 UKlaG genannt wird, ist angesichts des nicht abschließenden Charakters des Beispielkatalogs („insbesondere“) insoweit unerheblich.⁴³⁰ Für

⁴²⁶ Vgl. die Nachweise bei *Brönneke* in: Schulte-Nölke/BMJV, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 127, 135 ff.

⁴²⁷ *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 41 m.w.N.

⁴²⁸ *Singbartl/Zintl*, VuR 2016, 14, 16.

⁴²⁹ Europäische Kommission, Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher, 27.11.2008, KOM(2008) 794 endg., S. 4. Liegt der Streitwert unter 1.000 EUR verzichten nach der Studie der Kommission immerhin noch 20 Prozent der Verbraucher auf eine klageweise Geltendmachung des Anspruchs.

⁴³⁰ OLG Dresden, 12.1.2016, Az. 14 U 1425/15, BeckRS 2016, 1474 Rn. 33; *Busch* in:

Verstöße gegen die Entgeltverbote aus § 312a Abs. 4 Nr. 2 und § 270a BGB gilt im Wesentlichen dasselbe.⁴³¹

ii. UWG

Die Mitbewerber des Klauselverwenders zählen nicht zu den nach § 3 UKlaG Anspruchsberechtigten. Zu einer Anspruchsberechtigung der Mitbewerber gelangt der BGH auf dem Umweg über § 3a UWG, der als Transformationsnorm außerwettbewerbsrechtlichen Vorschriften lauterkeitsrechtliche Wirkung verleiht.⁴³² Während die Einbeziehung der §§ 307 ff. BGB als Marktverhaltensregelungen über § 3a UWG früher umstritten war,⁴³³ gehen heute sowohl die Rechtsprechung⁴³⁴ als auch die überwiegende Literatur⁴³⁵ davon aus, dass auch bei Verstößen gegen das AGB-Recht über § 3a UWG ein Unterlassungsanspruch gem. § 8 UWG besteht. Mit der Einbeziehung des AGB-Rechts über § 3a UWG gibt die Rechtsprechung damit zugleich den Verbraucherverbänden das „Arsenal des UWG“⁴³⁶ an die Hand. Dies ist insbesondere mit Blick auf den Beseitigungsanspruch § 8 Abs. 1 Alt. 1 UWG von Bedeutung.

Auch bei Verstößen gegen § 312a Abs. 3, 4 BGB und § 270a BGB kann sich ein Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 UWG i.V.m. §§ 3, 3a UWG ergeben, da es sich bei den genannten Regelungen um gesetzliche Vorschriften handelt, die auch dazu bestimmt sind, das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln.⁴³⁷ Ob ein Verstoß gegen diese Vorschriften auch geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, Mitbewerbern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen, ist eine Frage des Einzelfalls, die aufgrund der mit einem solchen Verstoß im Massengeschäft verbundenen Interessen der Verbraucher allerdings regelmäßig zu bejahen sein dürfte. Darüber hinaus kann ein Verstoß gegen §§ 3, 3a UWG auch einen Anspruch auf Gewinnabschöpfung gem. § 10 UWG nach sich ziehen, dem allerdings wegen seiner strikten Voraussetzungen in der Praxis nur geringe Bedeutung zukommt.⁴³⁸

Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK, 2018, § 312a BGB Rn. 22.

⁴³¹ Foerster in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK, 2018, § 270a BGB Rn. 71.

⁴³² Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 3a Rn. 1; siehe dazu auch die Ausführungen in den Abschnitten A.I.1 und A.I.2.

⁴³³ Siehe zum früheren Meinungsstand Köhler, NJW 2008, 177 ff.; Armgardt, WRP 2009, 122 ff.; Tüngler/Ruess, WRP 2009, 1336 ff.

⁴³⁴ Grundlegend BGH, 31.5.2012, Az. I ZR 45/11, GRUR 2012, 949, Rn. 45 ff. – *Missbräuchliche Vertragsstrafe*.

⁴³⁵ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG, 2018, § 3a Rn. 1.284; v. Jagow, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 3a Rn. 71; kritisch Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, § 3a Rn. 78a, der darauf verweist, dass das UKlaG eine in sich geschlossene Regelung enthalte.

⁴³⁶ Micklitz/Rott, in: MüKoZPO, 2017, § 1 UKlaG Rn. 8.

⁴³⁷ Siehe etwa Foerster, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK, 2018, § 270a BGB Rn. 71.

⁴³⁸ Siehe dazu auch unten Abschnitt A.V.4.b.

c. Rückerstattung im Wege eines Folgenbeseitigungsanspruchs?

(1) § 1 UKlaG

§ 1 UKlaG gewährt Verbänden und Kammern einen Abwehranspruch gegen unwirksame AGB. Eine Verbands-Schadensersatzklage, wie sie auf dem 62. DJT diskutiert wurde, gewährt das UKlaG nicht.⁴³⁹ Zweck des § 1 UKlaG ist es, den Rechtsverkehr von sachlich unangemessenen Vertragsbedingungen freizuhalten und dafür zu sorgen, dass die Kunden nicht von nach den §§ 307 ff. BGB unwirksamen Klauseln betroffen und davon abgehalten werden, ihre Rechte hinreichend wahrzunehmen.⁴⁴⁰ Dementsprechend richtet sich der Unterlassungsanspruch in erster Linie darauf, dass die unwirksame Klausel in künftigen Verträgen nicht mehr verwendet wird. Umstritten war, inwieweit der Anspruch aus § 1 UKlaG auch bereits abgeschlossene, aber noch nicht vollständig abgewickelte Verträge betrifft. Rechtsprechung⁴⁴¹ und Literatur⁴⁴² gehen inzwischen zu Recht davon aus, dass der Verwender sich auch bei der Abwicklung von Altverträgen nicht auf die beanstandete Klausel berufen darf. Eine Rückabwicklung bereits geschlossener Verträge kann jedoch nicht auf § 1 UKlaG gestützt werden.⁴⁴³

Der Anspruch auf Unterlassung einer künftigen Verwendung erschöpft sich nicht in der Forderung nach bloßer Untätigkeit. Wie der BGH betont, kann die Unterlassung der Verwendung bei einem fortwirkenden Störungszustand auch ein Handeln zur Beseitigung der aus den unangemessenen Vertragsbedingungen resultierenden Umstände gebieten.⁴⁴⁴ Dementsprechend kann der Unternehmer verpflichtet sein, die ausgehängten AGB zu ändern oder die AGB auf seiner Website zu korrigieren. Umstritten ist, ob auch die Pflicht zur Beseitigung des Störungszustandes auch eine „Rückrufpflicht“ umfasst. So wird teilweise vertreten, dass der Verwender von AGB, die in einem Katalog enthalten sind, den Katalog zurückrufen oder den Empfängern eine Berichtigung zukommen lassen muss, soweit ihm dies rechtlich möglich und wirtschaftlich zumutbar ist.⁴⁴⁵

Ebenfalls umstritten ist die Frage, ob der Verwender verpflichtet ist, seine

⁴³⁹ Vgl. *Micklitz/Rott*, in: MüKoZPO, 2017, § 1 UKlaG Rn. 4; *Witt* in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 2016, § 1 UKlaG, Rn. 35.

⁴⁴⁰ BGH, 10.12.2013, Az. X ZR 24/13, NJW 2014, 1168, 1170, Rn. 45; *Köhler* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 1 UKlaG Rn. 1.

⁴⁴¹ BGH, 9.10.2014, Az. III ZR 32/14, NJW 2015, 328, 329, Rn. 18; BGH, 10.12.2013, Az. X ZR 24/13, NJW 2014, 1168, 1170, Rn. 45; BGH, 6.12.2012, Az. III ZR 173/12, NJW 2013, 593 f, Rn. 1.

⁴⁴² Siehe nur *Witt* in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 2016, § 1 UKlaG, Rn. 34.

⁴⁴³ BGH, 12.12.2007, Az. IV ZR 30/06, NJW 2008, 1160 1162 Rn. 17.

⁴⁴⁴ BGH, 10.12.2013, Az. X ZR 24/13, NJW 2014, 1168, 1170, Rn. 45 m.w.N.; *Köhler* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 1 UKlaG Rn. 12.

⁴⁴⁵ So *Köhler* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 1 UKlaG Rn. 12; *Micklitz/Rott* in: MüKoZPO/ 2017, § 1 UKlaG Rn. 37; dagegen *Witt* in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 2016, § 1 UKlaG, Rn. 35. Ebenfalls strittig ist, ob eine Herausgabe bzw. Vernichtung vorhandener AGB-Formular verlangt werden kann; dafür *Micklitz/Rott* in: MüKoZPO, 2017, UKlaG § 1 Rn. 37; dagegen *Köhler* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 2018, § 1 UKlaG Rn. 12; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 2017, § 1 UKlaG Rn. 7; vgl. auch *Hofmann*, NJW 2018, 1290 zum Rückruf rechtsverletzender Produkte.

Vertragspartner, über die Unwirksamkeit der AGB zu unterrichten. Für eine solche Aufklärungspflicht spricht, dass ein Kunde andernfalls im falschen Glauben an die Wirksamkeit der AGB davon abgehalten werden könnte, die ihm zustehenden gesetzlichen Rechte, etwa die Rückforderung unberechtigter Zahlungen nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB, geltend zu machen. Während Teile der Literatur⁴⁴⁶ eine solche auf § 1 UKlaG gestützte Aufklärungspflicht bejahen, lehnt der BGH⁴⁴⁷ dies ab.

Teile der Literatur vertreten demgegenüber die Ansicht, dass eine ausdehnende, auch die Pflicht zur Unterrichtung der Verbraucher über die Unwirksamkeit von AGB umfassende Auslegung des § 1 UKlaG unionsrechtlich geboten ist. Zur Begründung wird u.a. auf Art. 7 Abs. 1 der Klauselrichtlinie (93/13/EWG) verwiesen, der von den Mitgliedstaaten verlangt, „angemessene und effektive Mittel“ bereit zu stellen, damit der Verwendung missbräuchlicher Klauseln „ein Ende gesetzt wird“. ⁴⁴⁸ Nach Auffassung des BGH genügt dagegen der in § 1 UKlaG gewährte Unterlassungsanspruch den Anforderungen des Unionsrechts.⁴⁴⁹ Die Einräumung eines darüber hinausgehenden (Folgen-)Beseitigungsanspruchs verlange das Unionsrecht nicht. Die Begründung des BGH, es handele sich dabei um „eine Frage der den Mitgliedstaaten überlassenen rechtstechnischen Umsetzung des Gesichtspunkts der Unverbindlichkeit“⁴⁵⁰ missbräuchlicher Klauseln, überzeugt nicht wirklich. Letztlich kann Frage, ob zur Durchsetzung der Richtlinie 93/13/EWG ein Folgenbeseitigungsanspruch zu gewähren ist, nur der EuGH klären. Insoweit ist es bedauerlich, dass der BGH in seiner Entscheidung vom 14.12.2017 auf eine Vorlage an den EuGH verzichtet hat.

(2) § 2 UKlaG

Auch § 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG gewährt zunächst nur einen Unterlassungsanspruch. Seit der zum 24.2.2016 in Kraft getretenen Neufassung⁴⁵¹ von § 2 UKlaG besteht darüber hinaus ein ebenfalls verschuldensunabhängiger Beseitigungsanspruch. Dieser setzt das Bestehen eines rechtswidrigen fortdauernden Störungszustandes und die Zumutbarkeit der verlangten Beseitigungsmaßnahme voraus.⁴⁵² Hierdurch soll insbesondere bei Verstößen gegen datenschutzrechtliche Vorschriften der betreffende

⁴⁴⁶ Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 1 UKlaG Rn. 12.

⁴⁴⁷ BGH, 14.12.2017, Az. I ZR 184/15, GRUR 2018, 423, Rn. 23; BGH, 6.12.2012, Az. III ZR 173/12, NJW 2013, 593, 595, Rn. 22; ebenso Grüneberg, in: Palandt, BGB, 2017, § 1 UKlaG Rn. 7; Witt in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 2016, § 1 UKlaG, Rn. 35.

⁴⁴⁸ Micklitz/Rott, in: MüKoZPO, 2017, § 1 UKlaG Rn. 6. Für eine erweiternde Auslegung von § 1 UKlaG auch Klocke, VuR 2013, 203, 205 f.; differenzierend Meller-Hannich, JZ 2018, 629, 630: Im Einzelfall könne es für die Befriedigung eines titulierten Unterlassungsanspruchs erforderlich sein, dass auch Beseitigungshandlungen vorgenommen werden.

⁴⁴⁹ BGH, 14.12.2017, Az. I ZR 184/15, GRUR 2018, 423, Rn. 35.

⁴⁵⁰ BGH, 14.12.2017, Az. I ZR 184/15, GRUR 2018, 423, Rn. 67.

⁴⁵¹ Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts v. 17.2.2016 (BGBl. I 233).

⁴⁵² Siehe dazu bereits oben Abschnitt A.I.; vgl. auch Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 2 UKlaG Rn. 41.

Unternehmer zur Löschung von rechtswidrig gespeicherten Daten gezwungen werden können. Der Gesetzgeber hat die Erweiterung der Verbandsklage nach § 2 UKlaG auf Beseitigungsansprüche jedoch nicht auf den engen Bereich des Datenschutzrechts begrenzt. Vielmehr können auch sonstige Verstöße gegen Verbraucherschutzgesetze i.S.d. § 2 UKlaG Anknüpfungspunkt für einen Beseitigungsanspruch bilden.⁴⁵³ Die Literatur sieht in dem neu gefassten § 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG ein erhebliches Potential, die Sanktionswirkung der Verbandsklage auch über das (Verbraucher-) Datenschutzrecht hinaus zu verstärken.⁴⁵⁴ Zur Beseitigung einer fortdauernden Störung könne ein Unternehmen etwa verpflichtet werden, seine von einem Rechtsverstoß betroffenen Kunden von sich aus über die Rechtslage aufzuklären.⁴⁵⁵ Teilweise wird auch die Auffassung vertreten, dass aus § 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG die Verpflichtung zur Einrichtung eines Beschwerdemanagementsystems zur Abwicklung konkreter Rechtsverstöße denkbar ist oder sogar eine Pflicht zur konkreten Verurteilung des Unternehmens zur Rückzahlung rechtswidrig vereinnahmter Beträge an die betroffenen Kunden.⁴⁵⁶ Inwieweit auf § 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG n.F. tatsächlich Zahlungsansprüche gestützt werden können, bedarf allerdings noch der gerichtlichen Klärung.

(3) § 8 UWG

Äußerst umstritten ist die Frage, inwieweit bei AGB-Verstößen im Verfahren nach § 8 Abs. 1 UWG ein Folgenbeseitigungsanspruch geltend gemacht werden kann und ob dieser auch auf eine Rückzahlung unrechtmäßig erhobener Entgelte gerichtet werden kann. Die Frage der Folgenbeseitigungsansprüche nach UWG wurde bereits in Abschnitt A.I.2. ausführlich erörtert und soll an dieser Stelle noch einmal durch konkrete weitere Beispiele aus der Rechtsprechung zu AGB-Verstößen präzisiert werden. Die Vorfrage, ob das UKlaG gegenüber dem UWG eine vorrangige Sonderregelung bildet und dessen Anwendungen eventuell ausschließt, dürfte dabei mittlerweile als geklärt gelten. Rechtsprechung und Literatur gehen inzwischen davon aus, dass UKlaG und UWG nebeneinander anwendbar sein können.⁴⁵⁷

i. „Rückholung“ irreführender Angaben

Anknüpfungspunkte für einen lauterkeitsrechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch sehen Teile der Literatur insbesondere im *Flexstrom-Urteil*⁴⁵⁸ des Kammergerichts aus dem Jahr 2013. Die Entscheidung betraf einen Stromanbieter, der mit einem Informationsschreiben seine Kunden über eine Preiserhöhung informierte und

⁴⁵³ Halfmeier, NJW 2016, 1126, 1128; Micklitz/Rott in: MüKoZPO, 2017, § 2 UKlaG Rn. 56.

⁴⁵⁴ Halfmeier, NJW 2016, 1126, 1128.

⁴⁵⁵ Köhler in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 2018, UKlaG § 2 Rn. 41 (mit Verweis auf KG, 27.3.2013, Az. 5 U 112/11, BeckRS 2013, 09271).

⁴⁵⁶ Halfmeier, NJW 2016, 1126, 1128.

⁴⁵⁷ BGH, 14.12.2017, Az. I 184/15, GRUR 2018, 423; OLG Köln, 30.3.2017, Az. 6 U 249/06, NJW 2007, 3647; Bunte, ZIP 2016, 956, 959; Singbartl/Zintl, VuR 2016, 14, 17; Köhler, NJW 2008, 177; Meller-Hannich, JZ 2018, 629, 631.

⁴⁵⁸ KG, 27.3.2013, Az. 5 U 112/11, BeckRS 2013, 09271; siehe dazu Reich, VuR 2014, 247 ff.

gleichzeitig eine Kündigungsmöglichkeit einräumte. Das Kammergericht wertete dieses Schreiben als Irreführung gem. § 5 UWG und verpflichtete den Stromanbieter, seine Kunden schriftlich auf die Unwirksamkeit der Preiserhöhung hinzuweisen und über möglicherweise bestehende Rückerstattungsansprüche für bereits geleistete Zahlungen zu informieren. Bemerkenswert ist dabei insbesondere, dass das Gericht im Zusammenhang mit der Frage, ob es im Vergleich zu einem Informationsschreiben mildere Mittel zur Beseitigung des fortdauernden Störungszustandes gibt, ausdrücklich die Möglichkeit einer Rückzahlungsanordnung erwägt. Wörtlich heißt es in der Entscheidung des Kammergerichts: „Die Beklagte könnte die fortdauernde Störung allerdings auch heute noch dadurch vollständig beheben, dass sie allen betroffenen Kunden von sich aus den vereinnahmten überhöhten Preis (aus der unwirksamen Preiserhöhung) zurückzahlt.“⁴⁵⁹ Diese Formulierung wurde von Teilen der Literatur als Hinweis darauf verstanden, dass auch eine Rückzahlungspflicht auf § 8 Abs. 1 UWG gestützt werden könnte.⁴⁶⁰ Diesen Schritt geht das Kammergericht jedoch nicht, sondern beschränkt sich darauf, eine Beseitigung der fortdauernden Störung durch „Rückholung“ der Irreführung aus dem Markt anzuordnen. Den im Ergebnis zugesprochenen Anspruch auf Versendung des Informationsschreibens bezeichnet das Kammergericht als „Folgenbeseitigungsanspruch“ (richtigerweise handelt es sich wohl um einen schlichten Beseitigungsanspruch⁴⁶¹) und stützt diesen auf § 8 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, § 3 i.V.m. 5 Abs. 1 S. 1, 2 Nr. 2 UWG.⁴⁶²

Die Ausführungen des Kammergerichts im *Flexstrom*-Urteil hat das LG Stuttgart⁴⁶³ im Jahr 2014 in einem Fall aufgegriffen, der die Ersetzung (unwirksamer) Klauseln in einem Versicherungsvertrag im Wege des Klauselersetzungsverfahrens gem. § 164 VVG betraf. Das Landgericht sah auch die neuen Klauseln als unwirksam an. Das Informationsschreiben des Versicherungsunternehmens, mit dem die Kunden auf die Ersetzung der (unwirksamen) Klauseln durch neue (unwirksame) Klauseln informiert werden sollten, wertete das Gericht als irreführende Handlung nach § 5 Abs. 1 UWG. Ähnlich wie zuvor das Kammergericht leitete das Landgericht sodann aus § 8 UWG einen Folgenbeseitigungsanspruch her, der auf eine Aufklärung der Verbraucher zielt und verpflichtete das Versicherungsunternehmen, seine Kunden schriftlich über die Unwirksamkeit der Klauseln zu informieren. Die Entscheidung des Landgerichts wurde zwischenzeitlich in der Berufungsinstanz durch das OLG Stuttgart⁴⁶⁴ aufgehoben, das einen auf Aufklärung gerichteten Folgenbeseitigungsanspruch des klagenden Verbraucherverbandes weder aus UKlaG noch aus UWG als begründet ansah.

Der BGH hat in seinem Urteil vom 14.12.2017 nunmehr die Streitfrage entschieden.⁴⁶⁵ Einerseits stellt er klar, dass § 1 UKlaG den gem. § 3 Abs. 1 UKlaG

⁴⁵⁹ KG, 27.3.2013, Az. 5 U 112/11, BeckRS 2013, 09271.

⁴⁶⁰ So etwa *Reich*, VuR 2014, 247.

⁴⁶¹ *Podszun* in: Schmidt-Kessel/Strünck/Kramme, Im Namen der Verbraucher, 2015, 207, 214.

⁴⁶² Siehe auch LG Berlin, 6.7.2016, Az. 15 O 314/15, MMR 2016, 824, 826.

⁴⁶³ LG Stuttgart, 7.8.2014, Az. 11 O 298/13, VuR 2015, 30.

⁴⁶⁴ OLG Stuttgart, 7.8.2015, Az. 2 U 107/14, BeckRS 2016, 03602, Rn. 194 ff.

⁴⁶⁵ BGH, 14.12.2017, Az. I 184/15, GRUR 2018, 423; siehe dazu *Meller-Hannich*, JZ 2018, 629.

anspruchsberechtigten Stellen gegen den Klauselverwender nur einen Unterlassungsanspruch, jedoch keinen Beseitigungsanspruch gewährt. Auf § 1 UKlaG kann daher eine Verpflichtung des Unternehmens, zur Information seiner Kunden über die Unwirksamkeit der AGB nicht gestützt werden.⁴⁶⁶ Ein entsprechender Beseitigungsanspruch kann sich jedoch nach Auffassung des BGH aus § 8 Abs. 1 S. 1 UWG ergeben. Dieser wird nicht unter dem Gesichtspunkt der Spezialität von § 1 UKlaG und dessen eingeschränkter Rechtsfolgenregelung verdrängt.⁴⁶⁷ In den Entscheidungsgründen nimmt der BGH explizit Bezug auf den durch das Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von Verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts vom 17.2.2016 in § 2 Abs. 1 UKlaG eingefügten Anspruch auf Beseitigung.⁴⁶⁸ Mit dieser Neuregelung habe der Gesetzgeber das Bedürfnis nach einem den Verbraucherverbänden zustehenden Folgenbeseitigungsanspruch anerkannt, das für alle Verbraucherschützenden Vorschriften gleichermaßen gelte „und damit auch für den Regelungsbereich des § 1 UKlaG“⁴⁶⁹ – also auch für den Bereich der AGB-Kontrolle.

ii. *Rückerstattung unrechtmäßiger Zahlungen?*

Die Auswirkungen der Entscheidung vom 14.12.2017 lassen sich noch nicht abschließend bewerten. Zwar hat der BGH anerkannt, dass auch im Bereich der AGB-Kontrolle ein auf § 8 Abs. 1 UWG gestützter (Folgen-)Beseitigungsanspruch in Betracht kommt. Wie weit dieser Anspruch reicht, bedarf jedoch noch der Klärung durch die Rechtsprechung. Dabei ist zu beachten, dass der Beseitigungsanspruch unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit steht.⁴⁷⁰ Eine Beseitigung wird nur geschuldet, wenn sie geeignet und erforderlich ist, um den widerrechtlichen Störungszustand zu beseitigen, und wenn sie darüber hinaus im engeren Sinne verhältnismäßig und dem Störer zumutbar ist.⁴⁷¹

Offen ist insbesondere die Frage, ob auf § 8 Abs. 1 UWG auch ein Anspruch auf Rückerstattung unrechtmäßiger Zahlungen gestützt werden kann. In diese Richtung weist eine Entscheidung des LG Leipzig⁴⁷² aus dem Jahr 2015, die nicht bei einer (Folgen-)Beseitigung durch Information stehen bleibt, sondern eine Rückzahlung bereits eingezogene Beträge anordnet. Beklagte in dem Verfahren war eine Genossenschaftsbank, die im Zusammenhang mit Kontopfändungen von ihren Kunden eine Aufwandspauschale in Höhe von 30 EUR pro Pfändungsmaßnahme erhob. Diese Aufwandspauschale war nicht in den AGB geregelt, die Erhebung der

⁴⁶⁶ BGH, 14.12.2017, Az. I 184/15, GRUR 2018, 423, Rn. 23.

⁴⁶⁷ BGH, 14.12.2017, Az. I 184/15, GRUR 2018, 423, Rn. 42 f.

⁴⁶⁸ BGH, 14.12.2017, Az. I 184/15, GRUR 2018, 423, Rn. 49.

⁴⁶⁹ BGH, 14.12.2017, Az. I 184/15, GRUR 2018, 423, Rn. 50.

⁴⁷⁰ Dies betont auch BGH, 14.12.2017, Az. I 184/15, GRUR 2018, 423, Rn. 70; siehe auch *Hofmann*, NJW 2018, 1290, 1292 zur Begrenzung des Unterlassungsanspruchs aufgrund von Verhältnismäßigkeitsüberlegungen.

⁴⁷¹ *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 2018, § 8 Rn. 1.222.

⁴⁷² LG Leipzig, 10.12.2015, Az. 05 O 1239/15, VuR 2016, 109; zustimmend *Rott*, VuR 2016, 112 f.; *Maier*, VuR 2016, 225 f.; ablehnend *Bunte*, EWIR 2016, 161 f.; siehe jetzt auch OLG Dresden, 10.4.2018, Az. 14 U 82/16.

Pauschale entsprach aber der gängigen Geschäftspraxis der Bank. Unter Verweis auf das in § 306a BGB geregelte Umgehungsverbot hielt das LG Leipzig das AGB-Recht für anwendbar, da die stereotype faktische Berechnung der Pauschale als „mindestens gleichwertig“ mit der Vereinbarung eines unzulässigen Entgelts sei. Die Erhebung der Pauschale hielt das Gericht für unangemessen i.S.d. § 307 Abs. 1 BGB und führte zur Begründung aus, dass die Auskunftspflicht der Bank als Drittschuldner gem. § 840 Abs. 1 ZPO einer im Interesse der Allgemeinheit liegenden funktionsfähigen Forderungsvollstreckung diene. Ihre Erfüllung könne daher nicht dem Bankkunden als Forderungsschuldner berechnet werden. Als Konsequenz bejaht das LG Leipzig einen Anspruch aus § 8 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG a.F. und verpflichtet die Bank, die durch die Einforderung der Entgelte eingetretene Störung, die in der Berechnung der unzulässig erhobenen Gebühr besteht, durch Rückzahlung an die Kunden zu beseitigen. Ferner wird die Bank verpflichtet, die betroffenen Kunden in einem Schreiben darüber zu informieren, dass die Erhebung der Gebühr unrechtmäßig erfolgt ist und entsprechend belastete Beträge zurückerstattet werden.

Wie bereits in Abschnitt A.I.2.e. ausgeführt, ist das Urteil des LG Leipzig in der Literatur auf ein geteiltes Echo gestoßen. Von einigen Stimmen wird kritisiert, dass ein auf § 8 Abs. 1 UWG gestützter Zahlungsanspruch nicht in das System des UWG passe.⁴⁷³ Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass Schadensersatz- und Gewinnabschöpfungsansprüche in §§ 9, 10 UWG, anders als der Folgenbeseitigungsanspruch aus § 8 Abs. 1 UWG, verschuldensabhängig seien.⁴⁷⁴ Auch widerspreche ein solcher Rückzahlungsanspruch der gesetzgeberischen Grundentscheidung, nach der das UWG den betroffenen Verbrauchern keine Individualansprüche zuerkennt. Von anderer Seite wird die Entscheidung des LG dagegen als „geradezu revolutionäre“ Weiterentwicklung der mit dem *Flexstrom*-Urteil begonnenen Rechtsprechung begrüßt.⁴⁷⁵ Zugleich wird darauf hingewiesen, dass eine Rückführung der Unrechtsgewinne auch unionsrechtlich geboten sei, um den „effet utile“ der Klauselrichtlinie (93/13/EWG) zu gewährleisten.⁴⁷⁶ Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass angesichts des gespaltenen Meinungsbildes und der bislang fehlenden höchstrichterlichen Rechtsprechung derzeit nicht sicher davon ausgegangen werden kann, dass ein Rückzahlungsanspruch im Wege eines Folgenbeseitigung geltend gemacht werden kann.

d. Breitenwirkung von Unterlassungsurteilen

Die Effektivität der § 1, 2 UKlaG und § 8 UWG als Instrumente zur Durchsetzung des Verbraucherrechts hängt nicht nur davon ab, welchen Inhalt die auf diese Vorschriften gestützten Ansprüche haben. Ein entscheidender Faktor ist auch, inwieweit die von den anspruchsberechtigten Stellen erwirkten Urteile eine Breitenwirkung entfalten.

⁴⁷³ *Bunte*, ZIP 2016, 956; *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 8 UWG Rn. 1.108.

⁴⁷⁴ *Bunte*, ZIP 2016, 956, 960.

⁴⁷⁵ *Rott*, VuR 2016, 112. Einen auf § 8 UWG gestützten Rückzahlungsanspruch befürwortet auch *Meller-Hannich*, JZ 2018, 629, 632.

⁴⁷⁶ *Rott*, VuR 2016, 112, 113.

Dieser Aspekt ist insbesondere dann von erheblicher Relevanz, wenn es sich bei der Verwendung einer rechtswidrigen Entgeltklausel nicht um einen Einzelfall handelt, sondern ähnlich gelagerte Rechtsverstöße in einer ganzen Branche auftreten.⁴⁷⁷

In rechtlicher Hinsicht ist die Breitenwirkung von Unterlassungsurteilen nach § 1, 2 UKlaG und § 8 UWG dadurch begrenzt, dass der Unterlassungstitel nur *inter partes* wirkt. Zugunsten der Vertragspartner des verurteilten Klauselverwenders führt zwar § 11 Abs. 1 UKlaG zu einer gewissen Rechtskrafterweiterung.⁴⁷⁸ Eine Rechtskrafterstreckung auf andere Unternehmen, die inhaltsgleiche Klauseln verwenden, existiert jedoch weder im UKlaG noch im UWG.⁴⁷⁹ Werden bestimmte Klauseln in einer ganzen Branche verwendet, kann dies dazu führen, dass die Verbände eine Vielzahl von Parallelprozessen führen müssen.⁴⁸⁰

Ob sich dieses Problem im Rahmen des Zivilprozessrechts *de lege ferenda* lösen lässt, erscheint eher zweifelhaft. Die Einführung einer erga-omnes-Wirkung von Unterlassungsurteilen ließe sich kaum mit der verfassungsrechtlichen Garantie des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) und dem unionsrechtlichen Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 47 EuGRCh) vereinbaren.⁴⁸¹ Ob ein öffentliches Register, in das nach polnischem Vorbild für unzulässig erklärte Klauseln mit erga-omnes-Wirkung eingetragen werden (sog. schwarze Liste),⁴⁸² den Anforderungen des deutschen Verfassungsrechts genügen würde, ist ebenfalls zweifelhaft.⁴⁸³ Als rechtskonforme Alternative käme möglicherweise eine behördliche Allgemeinverfügung in Betracht, durch die im Nachgang zu einem Unterlassungsurteil eine bestimmte Klausel mit erga-omnes-Wirkung für nichtig erklärt wird.⁴⁸⁴ Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an ein faires Verfahren ließen sich in diesem Fall durch die Gewährung von Rechtsschutz gegen die Allgemeinverfügung sicherstellen.

Zu berücksichtigen ist allerdings auch, dass insbesondere höchstrichterliche Entscheidungen mitunter eine nicht unerhebliche *faktische Breitenwirkung entfalten* und Unternehmen dazu veranlassen verbraucherrechtswidrige Praktiken zu beenden, um Abmahnungen und Unterlassungsklagen zu vermeiden. Insoweit besteht ein gewisser rechtsfaktischer Anpassungsdruck. Die rechtsökonomische Literatur weist in diesem Zusammenhang jedoch auf die beschränkte Abschreckungswirkung von

⁴⁷⁷ Siehe dazu auch Abschnitt A.I.2.

⁴⁷⁸ In der Praxis ist § 11 UKlaG offenbar bedeutungslos, vgl. *Witt* in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 2016, § 11 UKlaG Rn. 14; *Micklitz/Rott* in: MüKoZPO, 2017, § 11 UKlaG Rn. 2. Dies dürfte zum einen an der rationalen Apathie vieler Verbraucher liegen, die auf die Geltendmachung geringer Forderungen im Wege einer follow-on-Klage verzichten. Zum anderen dürften die Forderungen in vielen Fällen bereits verjährt sein.

⁴⁷⁹ *Fritzsche* in: MüKoUWG, 2014, § 8 Rn. 103.

⁴⁸⁰ *Brönneke* in: Schulte-Nölke/BMJV, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 127, 166.

⁴⁸¹ Vgl. *Stadler/Klöpper*, VuR 2012, 343 ff.; *Tonner/Halfmeier/Tamm*, EU-Verbraucherrecht auf dem Prüfstand, 2017, S. 174 f.

⁴⁸² Siehe dazu EuGH, 21.12.2016, Rs. C-119/15, EuZW 2017, 191 - *Biuro podróży Partner*.

⁴⁸³ So auch *Stadler*, VuR 2017, 123, 126 f.

⁴⁸⁴ Siehe dazu *Brönneke* in: Schulte-Nölke/BMJV, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 127, 166 ff.

Unterlassungsansprüchen hin.⁴⁸⁵ Hier könnte allerdings die sich in der jüngsten Rechtsprechung abzeichnende Tendenz zur Anerkennung von Folgenbeseitigungsansprüchen eine gewisse Stärkung der Breitenwirkung herbeiführen. So ließe sich etwa bei der im Rahmen des Beseitigungsanspruchs erforderlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung berücksichtigen, ob ein Unternehmer hartnäckig eine höchstrichterliche Rechtsprechung ignoriert und weiterhin Klauseln verwendet, die bei einem anderen Verwender durch den BGH für unwirksam erklärt wurden. Droht in einem solchen Fall nicht nur ein Unterlassungsanspruch, sondern darüber hinaus eine Verpflichtung, die eigenen Kunden über die Unwirksamkeit der AGB zu informieren oder gar eine Pflicht, vereinnahmte Zahlungen zurückzuerstatten, könnte dies die Breitenwirkung der höchstrichterlichen Rechtsprechung erheblich stärken.⁴⁸⁶

e. Zusammenfassung und Bewertung: Bestehen Enforcement-Defizite?

Die Auswertung von Rechtsprechung und Literatur zu unrechtmäßig erhobenen Entgelten im Rahmen von Verbraucherverträgen, lässt erkennen, dass das Enforcement in diesem Bereich im Wesentlichen mit den Instrumenten der kollektiven Rechtsdurchsetzung erfolgt. Individualansprüche der Verbraucher scheitern regelmäßig bereits am rationalen Desinteresse der Geschädigten. Die Wirksamkeit der kollektiven Rechtsdurchsetzung hängt insbesondere von zwei Faktoren ab: (1) der sachlichen Reichweite der auf UKlaG und UWG gestützten Ansprüche und (2) der Breitenwirkung der im Verbandsprozess erstrittenen Urteile. In beiden Bereichen zeigen sich dabei Defizite.

Dies gilt zunächst für die Möglichkeit, im Rahmen eines auf UKlaG und UWG gestützten Verfahrens einen Anspruch auf Aufklärung über die Unwirksamkeit der AGB oder sogar Rückerstattung unrechtmäßig erhobener Entgelte geltend zu machen. Während Teile der Literatur eine auf § 1 UKlaG gestützte Aufklärungspflicht über die Unwirksamkeit der AGB unter Hinweis auf unionsrechtliche Vorgaben bejahen, lehnt der BGH dies ab. Wie weit ein auf § 8 UWG gestützter Folgenbeseitigungsanspruch reicht, ist ebenfalls umstritten. In der jüngsten Rechtsprechung zeichnet sich eine gewisse Tendenz zur Ausweitung von Folgenbeseitigungsansprüchen an. So hat der BGH unlängst einen Anspruch auf Information der Kunden über die Unwirksamkeit von AGB bejaht und damit ein bislang bestehendes Durchsetzungsdefizit beseitigt. Noch nicht höchstrichterlich geklärt ist dagegen die Frage, ob § 8 UWG auch einen Anspruch auf Rückerstattung unrechtmäßiger Zahlungen gewährt. Hier besteht nach wie vor eine Rechtsschutzlücke.

Hinzu kommt, dass die von den anspruchsberechtigten Stellen erstrittenen Urteile nur

⁴⁸⁵ Siehe dazu bereits Abschnitt A.II.

⁴⁸⁶ Micklitz/Rott in: MüKoZPO, 2017, § 1 UKlaG Rn. 9.

inter partes wirken. Werden bestimmte Klauseln in einer ganzen Branche verwendet, kann dies dazu führen, dass die Verbände eine Vielzahl von Parallelprozessen führen müssen. Zwar entfalten höchstrichterliche Urteile zumeist eine nicht zu unterschätzende *faktische* Breitenwirkung. Dieser Effekt setzt jedoch erst mit der höchstrichterlichen Klärung einer umstrittenen Rechtsfrage ein.

Die aufgezeigten Durchsetzungsdefizite könnten auf unterschiedliche Weise kompensiert werden. Ob die jüngst beschlossene Einführung einer Musterfeststellungsklage⁴⁸⁷ die beschriebenen Rechtsschutzlücken vollständig zu schließen vermag, ist eher zweifelhaft (vgl. Abschnitt A.V.3.a). Als mögliche Alternative kommt eventuell die Einführung behördlicher Rückerstattungsanordnungen in Betracht.

5. Zusammenfassung

Die vier exemplarisch untersuchten Sachverhaltskonstellationen zeigen, dass die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung – zu der auch das Abmahnverfahren zählt – zwar in allen Bereichen auf Schwierigkeiten stoßen kann, jedoch in sehr unterschiedlichem Ausmaß und unter verschiedenen Blickwinkeln. Während es beim Influencer Marketing zu keinen aus Verbrauchersicht besorgniserregenden Defiziten im Enforcement zu kommen scheint, führen die Ermittlungsschwierigkeiten bei Kundenbewertungen im Internet und Vergleichsportalen/Rankings dazu, dass es trotz des Verdachts auf gravierende Missständen nicht zu einer angemessenen Durchsetzung kommt, weil sich der Verstoß nicht in einer für eine zivilrechtliche Klage notwendigen Weise nachweisen oder glaubhaft machen lässt. Bei den Entgeltklauseln scheitern Individualansprüche regelmäßig am rationalen Desinteresse der Verbraucher. Die Wirksamkeit der kollektiven Rechtsdurchsetzung hängt insbesondere davon ab, inwieweit UWG und UKlaG bei rechtswidrigen Entgeltklauseln einen Anspruch auf Rückerstattung unrechtmäßig erhobener Entgelte gewähren. Bislang zeigt sich die Rechtsprechung in dieser Frage eher zurückhaltend. In jüngster Zeit zeichnet jedoch eine gewisse Tendenz zur Anerkennung entsprechender Folgenbeseitigungsansprüche ab.

a. Influencer Marketing

Kennzeichnend für das sog. Influencer Marketing ist ein Mix von zivilrechtlichen Sanktionen über das UWG und öffentlich-rechtlichen Sanktionen über den Rundfunkstaatsvertrag.

In rechtlicher Hinsicht ist das Influencer Marketing aus beider Sicht nichts Neues, sondern ein Unterfall der altbekannten Schleichwerbung in den Medien. Zentrale

⁴⁸⁷ Siehe dazu das Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage vom 12.7.2018, BGBl. I S. 1151, auf das im Rahmen des Gutachtens nicht näher eingegangen werden konnte.

Frage ist die klare Erkennbarkeit kommerzieller Kommunikationen, die sich nach der Erwartungshaltung des verständigen Durchschnittsverbrauchers der angesprochenen Zielgruppe beurteilt. Zu ihrer Ermittlung und Bewertung besteht gerade bei den Zivilgerichten besondere Sachkunde, die sich in einer überzeugenden gefestigten Rechtsprechung niederschlägt.

Die dabei für die Schleichwerbung in der Presse, Rundfunk und Kinospielefilme entwickelten Grundsätze lassen sich ohne erkennbare Schwierigkeiten auf das Influencer Marketing übertragen. Der Nachweis, dass es sich um eine kommerzielle (d.h. regelmäßig bezahlte) Mitteilung handelt, ist nicht schwieriger zu erbringen als in den anderen Medien. Im Gegenteil erschweren beim Influencer Marketing die Besonderheiten des Internets, etwa die Kürze der Posts, Blogs etc., eine Verschleierung des kommerziellen Charakters, so dass nicht selten allein die Art und Weise der Präsentation hinreichende Indizwirkung zu entfalten vermag. Ermittlungsbefugnisse einer Behörde wie des BKartA erscheinen daher nicht zwingend geboten; zudem bestünde das Problem, dass ein behördliches Vorgehen gegen die Schleichwerbung in Online-Medien möglicherweise das fein austarierte Beurteilungssystem bei anderen Medien, insbesondere der Presse - das seit fast einem Jahrhundert zu einer umfangreichen gefestigten Rechtsprechung der Zivilgerichte geführt hat - beeinträchtigen könnte.

Hinzu kommt, dass das Influencer Marketing zunehmend auch in den Fokus der Landesmedienanstalten gerät. Sie haben auf dieses neue Phänomen mit flexiblen Guidelines reagiert, die das Verbot der Vermischung von Werbung und Content im TMG und RStV in einer für die Betroffenen verständlichen Weise präzisieren. Daneben wurden aber auch „auffällige“ Influencer zur adäquaten Kennzeichnung aufgefordert und in Einzelfällen auch mit einem Bußgeld bzw. Zwangsgeld belegt.

Sowohl bei der Durchsetzung der Irreführungsvorschriften des UWG als auch bei der Durchsetzung des Gebots der klaren Trennung von Content und Werbung im TMG und RStV zeigt sich, dass die Frage der befriedigenden Durchsetzung nicht allein an der Anzahl von Klagen gemessen werden kann. Gerade beim Influencer Marketing erfolgt offenbar ein Enforcement über eine nicht unerhebliche Anzahl von Abmahnungen und Beanstandungen, auf die die Betroffenen überwiegend in zufriedenstellender Weise zu reagieren scheinen. Ergänzende öffentlich-rechtliche Befugnisse sind vor diesem Hintergrund beim Influencer Marketing nicht erforderlich.

b. Manipulierte Kundenbewertungen

Anders sieht es hingegen mit Kundenbewertungen im Internet aus. Ein erheblicher Anteil von ihnen (20-30%) soll gefälscht sein, teilweise in großem Stil durch hierauf spezialisierte Agenturen. Zwar bestehen auch hier ausreichende Rechtsgrundlagen im UWG und es geht häufig um Fragen des Irreführungsrechts, mit denen die Zivilgerichte besonders vertraut sind.

Gleichwohl erscheint die Rechtsanwendung unbefriedigend. Ausschlaggebend hierfür sind Ermittlungsschwierigkeiten, da bei manchen Kundenbewertungen zwar der Verdacht einer Manipulation naheliegt, der für eine Zivilklage erforderliche Nachweis – oder die für eine einstweilige Verfügung erforderliche Glaubhaftmachung – jedoch nicht möglich ist. Anders als beim Influencer Marketing, bei dem die durch die Social Media bedingte Art und Weise der Darstellung bereits häufig eine Indizwirkung für das Vorliegen einer kommerziellen Kommunikation entfaltet, sind echte von manipulierten Kundenbewertungen allein aufgrund der Wortwahl etc. nicht voneinander zu unterscheiden. Für eine Unterlassungsklage müssten folglich weitere Umstände vorgetragen werden, deren Kenntnis sich regelmäßig dem Zivilrechtskläger, der über keinen wirksamen Auskunftsanspruch verfügt, entzieht. Hinzu kommt, dass die Agenturen, von denen sie häufig stammen, wegen ständig wechselnder Internetaktivitäten nur schwer ermittelbar sind.

Aus Verbrauchersicht bedeutet das nur sporadische Aufdecken und rechtliche Unterbinden von manipulierten Kundenbewertungen die ernst zu nehmende Gefahr der Verfälschung einer wichtigen Entscheidungsgrundlage. Aber auch die Interessen der Mitbewerber, deren Angebote durch derartige Manipulationen möglicherweise nicht zum Zuge kommen, werden verletzt. Anders als früher in den Printmedien, in denen gleichfalls Bewertungen von Unternehmen vorkamen, geht es auch nicht um einzelne Übeltäter, sondern um ein massenhaftes Problem mit internetspezifischen Zügen. Eine Bekämpfung mithilfe des zivilrechtlichen Instrumentariums des UWG – insbesondere des schnellen flexiblen Unterlassungsanspruchs – scheitert in der Praxis daher häufig an Ermittlungsschwierigkeiten, die auch ein Enforcement über Abmahnungen ausschließen.

Ermittlungsbefugnisse einer öffentlich-rechtlichen Stelle könnten daher zur besseren Rechtsdurchsetzung und damit zu einem höheren Verbraucherschutzniveau beitragen. Befugnisse gerade des Bundeskartellamts hätten zudem den Vorteil, auf Sektoruntersuchungen im digitalen Bereich aufbauen zu können. Negative Auswirkungen auf die Bekämpfung der Schleichwerbung in anderen Medien und eine Störung der dort von den Zivilgerichten entwickelten Grundsätze wären in Anbetracht des Umstandes, dass es bei Kundenbewertungen heute fast ausschließlich um Internetsachverhalte geht, nicht zu befürchten.

c. Vergleichsportale/ Rankings

Die bei manipulierten Kundenbewertungen bestehenden Ermittlungsschwierigkeiten potenzieren sich bei Vergleichs- und Bewertungsportalen, die für Verbraucher eine besonders wichtige Entscheidungsgrundlage darstellen. Da bei Vergleichsportalen auf der Grundlage bestimmter Parameter (häufig Preis und Kundenzufriedenheit) Produkte und Dienstleistungen miteinander in Beziehung gesetzt werden, was wiederum die Basis für Ranglisten oder Empfehlungen bildet, geht es, anders als beim

Influencer Marketing und bei Kundenbewertungen auf der Website von Unternehmen, nicht nur um das Problem der Verschleierung des kommerziellen Charakters, sondern um eine ganze Palette von bedenklichen Praktiken, die von klaren Irreführungsfällen über Transparenzprobleme beim Einsatz von Algorithmen reichen.

Zwar bestehen zur Beurteilung sämtlicher dieser Aspekte ausreichende rechtliche Grundlagen im UWG, insbesondere in den Irreführungsvorschriften, daneben auch im BGB (bezüglich der Prüfungspflichten des Plattformbetreibers bei negativen Bewertungen). Auf dieser Grundlage hat es gerade in letzter Zeit einige richtungsweisende Urteile des BGH und der Instanzgerichte gegeben, die nichts an Deutlichkeit zu wünschen übriglassen. Dabei handelt es sich jedoch um Einzelfallentscheidungen, bei denen die fragliche Praktik (zumeist eine Irreführung) für den Kläger wohl deshalb nachweisbar war, weil der fragliche Umstand, z.B. eine Provisionsforderung, bekannt war und es vor allem um die Frage einer hinreichenden Aufklärung ging. Weitaus häufiger sind die Kläger, auch die Verbände, jedoch nicht in der Lage, bestimmte den Wettbewerbsverstoß ausmachende Umstände – etwa die Parameter eines algorithmengesteuerten Rankings, komplizierte wirtschaftliche Verflechtungen – zu belegen. Da auch der Gesamtauftritt des Bewertungsportals im Regelfall keine offenkundigen Rückschlüsse auf Wettbewerbsverstöße zulässt, ist man dann auf „Zufallsfunde“ angewiesen.

Diese nur punktuelle Rechtsdurchsetzung ist vor dem Hintergrund des Umfangs der bekannt gewordenen Missstände unbefriedigend und könnte langfristig dazu führen, dass eine für Verbraucher wichtige Informationsquelle insgesamt entwertet wird und gesetzestreue Mitbewerber benachteiligt werden. Es liegt jedenfalls die Vermutung nahe, dass mit dem im UWG zentralen Unterlassungsanspruch in der Regel nur einzelne, gut belegbare Praktiken oder „Zufallsfunde“ angegriffen werden. Ergänzende Ermittlungsbefugnisse einer öffentlich-rechtlichen Stelle könnten diese Defizite ausgleichen, wobei originäre Befugnisse des Bundeskartellamts, die zum Beispiel auf Sektoruntersuchungen aufbauen könnten, auch zu einer Art Gesamtbeurteilung des Geschäftsmodells führen könnten. Negative Auswirkungen auf den Offline-Bereich und seine gefestigte zivilrechtliche Rechtsprechung sind nicht zu befürchten, da es sich insbesondere im Hinblick auf algorithmenbasierte Geschäftsmodelle – um ein internetspezifisches Problem handelt.

d. Entgeltklauseln

Die Geltendmachung bereicherungsrechtlicher Individualansprüche scheitert bei unzulässigen Entgeltklauseln regelmäßig an der rationalen Apathie der geschädigten Verbraucher. Von zentraler Bedeutung ist daher die auf UWG und UKlaG gestützte kollektive Rechtsdurchsetzung. Die Wirksamkeit dieser Durchsetzungsinstrumente hängt dabei insbesondere davon ab, inwieweit sie einen Anspruch auf Aufklärung über die Unwirksamkeit der AGB oder sogar Rückerstattung unrechtmäßig erhobener Entgelte im Wege eines Folgenbeseitigungsanspruchs gewähren. Ein wichtiger Faktor ist auch die (begrenzte) Breitenwirkung der im Verbandsprozess erstrittenen Urteile.

Während Teile der Literatur eine auf § 1 UKlaG gestützte Aufklärungspflicht über die Unwirksamkeit der AGB bejahen, lehnt der BGH dies ab. Umstritten ist auch die Frage, wie weit bei AGB-Verstößen ein auf § 8 UWG gestützter Folgenbeseitigungsanspruch reicht. Während der BGH in seiner jüngsten Rechtsprechung einen Anspruch auf Information der Kunden über die Unwirksamkeit der AGB bejaht, ist bislang noch nicht höchstrichterlich geklärt, ob auf § 8 UWG auch ein Anspruch auf Rückerstattung unrechtmäßiger Zahlungen gestützt werden kann. Ob die dadurch entstehenden Defizite bei der Rechtsdurchsetzung durch die Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage kompensiert werden können, ist eher zweifelhaft. Eine mögliche Alternative könnten behördliche Rückerstattungsanordnungen bieten.

IV. Auswertung der Stakeholderbefragung

1. Methodik

Zur weiteren empirischen Absicherung des im Rahmen der Case Studies ermittelten Befundes wurde im August 2017 eine Stakeholderbefragung zu möglichen Defiziten bei der Verbraucherrechtsdurchsetzung durchgeführt, die durch eine explorative Vorstudie methodisch vorbereitet wurde. Die Vorstudie diente insbesondere dazu, um Hypothesen für eine fragebogengestützte Erhebung zu bilden. Dies war erforderlich, da bislang empirische Erkenntnisse zu Defiziten bei der Verbraucherrechtsdurchsetzung, an welche die Befragung hätte anknüpfen können, weitgehend fehlen.⁴⁸⁸ Im Rahmen der explorativen Vorstudie wurde sowohl die vorhandene Literatur zu Defiziten der Verbraucherrechtsdurchsetzung als auch die gerichtliche Praxis ausgewertet. Abgerundet wurde das so gewonnene Bild durch qualitative Interviews mit einzelnen Experten (u.a. Richter, Rechtsanwälte, Vertreter des vzbv, der Wettbewerbszentrale und der DIHK). Diese Gespräche dienten insbesondere dazu, die Fragestellungen der Umfrage passgenauer auszurichten und die im Rahmen der fragebogengestützten Erhebung geäußerten Einschätzungen besser einordnen zu können.

Auf Grundlage der explorativen Vorstudie wurde im August 2017 der als Anlage 1 beigefügte Fragebogen auf elektronischem Wege an insgesamt 49 Organisationen (Unternehmens- und Verbraucherverbände, Industrie- und Handelskammern, Verbraucherzentralen etc.) versandt. Ausgefüllte Fragebögen wurden von 9 Unternehmensverbänden und 7 Verbraucherverbänden bzw. Verbraucherzentralen zurückgesandt. Ein Unternehmensverband reichte eine frei formulierte Stellungnahme ein, die lediglich auf ausgewählte Punkte aus dem Fragebogen Bezug nahm. Der Rücklauf in Höhe von 35% ist im Vergleich mit anderen Stakeholderbefragungen zu vergleichbaren Themen als gut zu betrachten.⁴⁸⁹ Die Vertreter von Unternehmens- und Verbraucherinteressen sind unter den zurückgesandten Fragebögen etwa gleichgewichtig repräsentiert.

⁴⁸⁸ Siehe etwa *Schmidt-Kessel* u.a., Wo gibt es verwertbare Daten zu Verbraucherstreitigkeiten? in: Micklitz/Reisch/Joost/Zander-Hayat, Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt, 2017, S. 303 („Die rechtstatsächliche respective statistische Erfassung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten ist ein zentrales wissenschaftliches Desiderat, für das freilich weitgehend das Zahlenmaterial fehlt.“). Dies scheint im Übrigen nicht nur für Deutschland zu gelten. Vgl. aus rechtsvergleichender Sicht zur empirischen Forschung im Bereich des Verbraucherschutzes etwa *Meili* in: Cane/Kritzer, The Oxford Handbook of Empirical Legal Research, 2010, 176 (177): („much remains to be explored“).

⁴⁸⁹ Siehe etwa *Meller-Hannich/Höland*, Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, 2010, S. 49.

2. Grundlagen der fragebogengestützten Erhebung

Bevor die Ergebnisse der fragebogenstützten Erhebung vorgestellt werden, soll zunächst stichpunktartig skizziert werden, welche Kritikpunkte von Seiten der Verbraucherverbände vorgebracht werden und welche Aspekte von den im Rahmen der explorativen Vorstudie befragten Experten genannt wurden.

a. Kritik an der Rechtsdurchsetzung aus Verbraucherschüttersicht

Zu den im Rahmen der Vorgespräche genannten Kritikpunkte aus Verbraucherschüttersicht, die hier nur knapp referiert werden sollen, gehört u.a. die fehlende Aktivlegitimation des individuellen Verbrauchers im UWG. Die dem Verbraucher aus dem BGB zustehenden Ansprüche werden als ungenügend angesehen, zumal es kein allgemeines Vertragslösungsrecht wegen unlauteren Wettbewerbs gebe; der Ansatz der h.M., wonach das UWG dem kollektiven Verbraucherschutz (wahrgenommen vor allem durch die Verbraucherschutzverbände) diene, entspreche nicht modernem Verbraucherschutzdenken.

Ein weiterer von Verbraucherschüttersseite geäußelter Kritikpunkt ist die Regelung der Gewinnabschöpfung in § 10 UWG. Dieser Anspruch sollte nach dem Willen des Gesetzgebers von 2004 gerade Streuschäden der Verbraucher effektiv begegnen. Obwohl die Verbraucherverbände für diesen Anspruch aktivlegitimiert sind, werden die Anspruchsvoraussetzungen (insbesondere der Nachweis des vorsätzlichen Handelns, die Ermittlung des Mehrerlöses) und der Umstand, dass die eingezogenen Beträge nicht, auch nicht indirekt, der Verbraucherrförderung zukommen, als Ursache dafür gesehen, dass dieser Anspruch in der Praxis nicht die erhoffte Bedeutung für den Verbraucherschutz erlangt hat.

Von Verbraucherschüttersseite wird weiter ein *Ausbau des kollektiven Rechtsschutzes* für notwendig gehalten, um bestimmte Nachteile der bisherigen Rechtsdurchsetzung auszugleichen.⁴⁹⁰ Große Erwartungen sind mit der Einführung einer Musterfeststellungsklage verbunden. Gefordert wird eine kollektive Entschädigung von Verbrauchern; dabei müsse die vorhandene Verbandsklage enger mit den individuellen Ansprüchen der Verbraucher verbunden werden. Verbraucher würden von einer Musterfeststellungsklage stark profitieren durch eine Verjährungshemmung durch Anmeldung im Klageregister, eine Bindungswirkung des Musterurteils, ggf. gerichtliche Vergleiche über Geldzahlungen an Verbraucher und ein zügiges Verfahren möglich ohne Belastung mit Einzelfällen.

⁴⁹⁰ Siehe dazu insbesondere VZBV, Verbraucherrechte durchsetzen – Lücken im kollektiven Rechtsschutz schließen, September 2017, https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2017/09/20/17-09-20_kurzpapier_musterfeststellungsklage.pdf.

Als Beispielsfälle werden in diesem Zusammenhang u.a. der Fall des Berliner Energie-Unternehmens GASAG genannt, das 2005 und 2006 eine Preisanpassungsklausel verwendete, die der Bundesgerichtshof für unwirksam erklärte. Betroffen waren die Verträge von etwa 300.000 Kunden. Da es in Deutschland kein Verfahren mit Wirkung für alle Betroffenen gibt, musste sich die Verbraucherzentrale Berlin die Forderungen einzeln abtreten lassen. Wegen des bürokratischen Aufwands war das nur für 194 Betroffene möglich.

Ebenfalls genannt wird die Klage der Verbraucherzentrale Hamburg vor dem Landgericht Stuttgart gegen die Allianz Lebensversicherungs-AG wegen Vertragsklauseln zur Berechnung des Rückkaufwertes von Lebensversicherungen. Nach Schätzungen der Verbraucherzentrale summierten sich die Rückzahlungsansprüche allein gegen das Versicherungsunternehmen auf insgesamt 1,3 bis 4 Milliarden Euro. Für das Verfahren hatten knapp 80 Verbraucher ihre Ansprüche an die Verbraucherzentrale abgetreten. Die Klage führte zu zwei Rückzahlungen in Höhe von 74.000 Euro und 40.000 Euro, einschließlich Zinsen – aber nur an die knapp 80 Verbraucher. Millionen andere Geschädigte gingen leer aus.

Hinzugekommen ist in jüngster Zeit eine generelle Kritik an dem fast ausschließlich „*private enforcement*“ des UWG, die vor allem mit der *digitalen Entwicklung* und ihren Folgen im Zusammenhang steht. Beklagt werden Ermittlungsschwierigkeiten sowohl in Bezug auf die Sachverhaltsaufklärung als auch auf die Person des Rechtsverletzers bei neuen Geschäftsmodellen, die die Digitalisierung hervorgebracht hat. In diesem Zusammenhang werden insbesondere folgende Themen genannt:⁴⁹¹

- Schleichwerbung, insbesondere in neuen Medien (Blogs, YouTube),
- Provisionen für Rankings bei Suchmaschinen und Portalen,
- Intransparenz von Algorithmen,
- Pseudo-Rabatte,
- Fake Online-Shops.

b. Häufig genannte Kritikpunkte im Rahmen der Vorstudie

In Gesprächen wurden von allen befragten Experten die Vorteile des *private enforcement* und dessen Effizienz betont. Es wurde jedoch auch auf bestimmte Sachverhaltskonstellationen hingewiesen, in denen der zivilrechtliche Regelungsansatz an seine Grenzen stoßen könnte. Genannt wurden folgende Probleme der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung:

- Ermittlungsschwierigkeiten bezüglich des für den Wettbewerbsverstoß Verantwortlichen (und damit der Möglichkeiten, ihn tatsächlich zur Verantwortung zu ziehen) sowie bei der Aufklärung des Sachverhalts bei

⁴⁹¹ Siehe dazu die Stellungnahme des VZBV zum Grünbuch Digitale Plattformen vom 26.9.2016, S. 23 f., https://www.vzbv.de/sites/default/files/16-09-22_vzbv_stellungnahme_gruenbuch_digitale_plattformen.pdf.

Zahlungsströmen, Provisionen bei Bewertungsportalen etc. Beklagt wurde durchgängig das Desinteresse einiger Staatsanwaltschaften auch bei eindeutigen Fällen der Wirtschaftskriminalität, z.B. fake online shops, Adressbuchswindel etc. und das wohl auf Interessenkonflikte zurückzuführende Zögern der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung, z.B. einiger Landratsämter bei der Gewerbeuntersagung;

- die *inter partes*-Wirkung der für das UWG zentralen Unterlassungsverfügung; in bestimmten Fällen sei eine „Allgemeinverbindlicherklärung“ sinnvoll (vor allem bei AGB; nicht hingegen im UWG, wo bereits kleine Änderungen des zu beurteilenden Sachverhalts bedeutsam seien);
- der fehlende Ausgleich von Verbraucherschäden und generell der Ausgleich von Schäden. § 10 UWG sei in der Praxis nicht befriedigend; es fehlten entweder rechtliche Möglichkeiten (wie Rückerstattung) und /oder Durchsetzungsanreize.

Besondere Schwierigkeiten beständen auch bei großer Intransparenz bestimmter Branchen, etwa durch Sales Promotion (Rabatte, Zugaben, Werbegeschenke, Kopplungsgeschäfte, Sponsoring, Gewinnspiele, Preisrätsel und den aus mehreren dieser Elemente zusammengesetzten Kundenbindungssystemen). Diese würden nach Aufhebung von ZugabeVO und RabattG und der wenig kohärenten Rechtsprechung des EuGH überhandnehmen und Angebote/Marketing extrem undurchschaubar machen (ein Beispiel sei die Möbelbranche, bei der eine Untersuchung der Wettbewerbszentrale zahlreiche Verstöße ergab). Genannt wurden in diesem Zusammenhang:

- bewusst oder unbewusst undurchsichtigen Preisgestaltungen, insbesondere in Verbindung mit neuen Geschäftsmodellen wie Onlineshops, personalisierte Preise, dynamische Preise;
- neue Formen der Verschleierung des kommerziellen Charakters, z.B. bei Influencer Marketing oder Online-Bewertungsportalen; Affiliate Marketing;
- zu kurz komme der Verbraucherschutz mitunter auch bei Belästigungen (cold calling, Spam) und bei Gewinnspielen.

Kritisiert wurden von allen Befragten aber auch die unabgestimmten, inkohärenten Informationspflichten des europäischen Rechts, die die Verbraucher überforderten („information overload“), Unternehmen zu stark belasteten und insgesamt zu ständigen Streitigkeiten führten.

3. Ergebnisse der fragebogengestützten Erhebung

a. Aufgreifen von Fällen (Fragen 1 bis 5)

Die Angaben zur Zahl der Fälle, die von den Verbänden pro Jahr geprüft werden, variieren stark. Das Spektrum reicht von „ca. 50“ bis zu „11.000 bis 15.000“ (Frage 1). Auch die von den Verbänden ergriffenen Maßnahmen decken ein weites Spektrum ab (Frage 2). Als häufigster Grund dafür, dass ein Fall nicht weiterverfolgt wird, wird der Umstand genannt, dass kein Verstoß gegen eine Rechtsnorm ersichtlich ist oder (etwas weniger häufig), dass der Verstoß nur geringfügig erscheint bzw. die weiteren Ermittlungen zu aufwändig oder zu wenig aussichtsreich wären (Frage 3).

b. Sachverhaltsermittlung (Fragen 6 bis 10)

Eine Reihe von Verbänden gibt an, dass sie gelegentlich oder häufig von der weiteren Verfolgung von Fällen absehen, weil sie Schwierigkeiten bei Ermittlung oder Nachweis des Sachverhaltes sehen (Frage 6). Am häufigsten ergeben sich Ermittlungs- und Beweisschwierigkeiten bei der Ermittlung von Tätern (insbesondere bei Fällen mit Auslandsbezug) und beim Nachweis des Verhaltens (Frage 7). Von Seiten der Verbraucherverbände wurde die Intransparenz von Geschäftsmodellen und Finanzströmen als häufiger Grund von Ermittlungsschwierigkeiten hervorgehoben.

Tabelle 1: Ermittlungs- und Beweisprobleme in spezifischen Konstellationen
(Skala: 1 (überhaupt nicht) bis 5 (sehr gravierend), Durchschnittswert, n=Häufigkeit)

Sachverhaltskonstellation	Unternehmensverbände	Verbraucherverbände
Schleichwerbung in user generated content	2,3 (n=3)	3,5 (n=4)
Nutzung von Verbraucherdaten ohne Einwilligung	2,3 (n=3)	4,5 (n=6)
Mangelnde Neutralität einer Produktbewertungsplattform	3 (n=2)	4,3 (n=6)
Fehlerhafte oder irreführende Preisangaben im Internet	3 (n=3)	2,7 (n=6)
Fehlerhafte oder irreführende Preisangaben im traditionellen Handel	2 (n=3)	2,3 (n=6)
Nicht ausreichende Bevorratung bei	1,7 (n=3)	4,3 (n=6)

Lockangeboten im Online-Handel		
Nicht ausreichende Bevorratung bei Lockangeboten im Offline-Handel	2 (n=3)	3,25 (n=6)
Fake Online-Shops	4,7 (n=3)	4,2 (n=6)

Auf die Frage nach besonders intransparenten Geschäftspraktiken und -modellen werden u.a. folgende Beispiele genannt (Frage 9):

- Preisherabsetzungen (insbes. im Möbelhandel)
- Preiswerbung ohne Hinweis auf Zusatzkosten (insbes. Preisgestaltung von Fluggesellschaften, Online-Reisevermittlern und Dating-Portalen)
- Teleshoppingangebote
- Verkaufsförderungssysteme, Multi-Level-Marketing, Schneeballsysteme
- Geistheiler-Gewerbe, Heilpraktikerwesen, Scoring und Kreditinformationen,
- Vermittlungsportale (insbes. für Konzertkarten und Veranstaltungstickets)
- Bewertungsportale, gefälschte Testseiten
- Transparenz bei einigen Portalen im Hinblick auf ^[L]_[SEP]Anbieter, Vertragspartner, Vermittler, Provisionszahlungen
- Lockwerbeangebote (z.B. „Black Fridays“),
- Tarnung eines gewerblichen als privates Angebot ^[L]_[SEP](einschließlich Umgehung von Haftung und Informationspflichten)
- Einwilligungserklärungen in die Datenverarbeitung (insbes. Datenerhebung aus Kfz durch Telematikdienstangebot der Kfz-Hersteller)
- Irreführende Bewerbung von Produkten mit angeblichen Umweltvorteilen
- Verkauf von Geräten und Pkw an Endverbraucher, die gesundheitsschützende Grenzwerte nicht einhalten
- Online-Kreditvermittlungen „ohne Schufa“
- Angebote im Bereich des grauen Kapitalmarktes

c. Verfahren (Fragen 11 bis 17)

Die Erfolgsquote in Fällen, in denen Maßnahmen gegen Rechtsverstöße ergriffen werden, ist nach der übereinstimmenden Selbsteinschätzung der befragten Verbände recht hoch. Die Angaben reichen von 70% bis 99% (Frage 11). Schlüsselt man die Angaben zur Erfolgsquote nach unterschiedlichen Maßnahmen auf, variieren sie dagegen stark (Frage 12). Während einzelne Verbände bereits durch Gespräche mit den jeweiligen Unternehmen gute Erfolge erzielen, führt bei anderen Verbänden diese Maßnahme nur selten zum Erfolg. Eine besonders hohe Erfolgsquote erzielen die Verbände bei Anträgen auf einstweilige Verfügung (85% bis 99%) und im

Klageverfahren (80% bis 99%). Ebenfalls hoch ist die Erfolgsquote bei der Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen (80% bis 99%). Als typische Gründe für ein Scheitern der Maßnahmen im Vollstreckungsverfahren werden am häufigsten genannt, dass die Täter ihr Verhalten in anderer Form fortsetzen und dass die Täter nicht greifbar sind (Frage 15).

Die Verbände geben an, dass sie sehr häufig (2x genannt), häufig (4x genannt) oder gelegentlich (2x genannt) Verfahren wegen gleichartiger Verstöße führen (Frage 16). Dabei handelt es sich häufig (8x genannt) um Verfahren, bei denen die Rechtslage bereits geklärt war. Zur Frage, für wie erforderlich die Bindungswirkung gerichtlicher Entscheidungen gegenüber Dritten eingeschätzt wird (z.B. durch eine Allgemeinverbindlicherklärung), gehen die Ansichten weit auseinander (Frage 16). Während die Verbraucherverbände eine solche Drittwirkung überwiegend befürworten, sehen die Wirtschaftsverbände dies eher kritisch und äußern teilweise verfassungsrechtliche Bedenken. Auch von Seiten der Verbraucherverbände wird betont, dass bei einem solchen Modell das Grundrecht auf rechtliches Gehör gewahrt werden müsse.

d. Einzelne Ansprüche (Fragen 18 bis 25)

Die klagebefugten Verbände geben an, dass sie im Jahr 2016 am häufigsten Ansprüche nach § 8 UWG geltend gemacht haben (Frage 18). Als typische Schwierigkeiten bei dieser Anspruchsgrundlage werden u.a. Umgehungspraktiken und die nicht ausreichende Signalwirkung der erstrittenen Entscheidungen auf dem Markt genannt. Bei der Frage, ob einzelne Verbraucher hinreichend von der Entscheidung profitieren gehen die Meinungen auseinander. Von Seiten der Verbraucherverbände wird dies verneint, und darauf verwiesen, dass die Einführung eines Folgenbeseitigungsanspruchs im Nachgang zum REFIT-Prozess auf europäischer Ebene diskutiert wird. Von Seiten der Wirtschaftsverbände wird dagegen betont, dass jeder einzelne Verbraucher von der Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs aus § 8 UWG profitiert.

Verfahren nach §§ 9, 10 UWG wurden von den befragten Verbänden im Jahr 2016 kaum durchgeführt (Fragen 19 und 20). Als typisches Problem bei § 10 UWG wird von mehreren Verbänden genannt, dass ein vorsätzliches Verhalten nur schwer nachzuweisen sei. Teilweise wird auch darauf verwiesen, dass Ermittlung und Nachweis des kausal erzielten Gewinnes nur schwer möglich seien. Andere Verbände weisen darauf hin, dass § 10 UWG gerade für schwerwiegende Fälle eingeführt worden sei, in denen der Nachweis des Vorsatzes kein Problem sei. Bei betrügerischen Fällen scheitere jedoch in der Regel die Durchsetzung des Gewinnabschöpfungsanspruchs. Als problematisch wird ferner die Abführung der abgeschöpften Gewinne an den Staatshaushalt genannt.

Eine Reihe von Verbänden hat im Jahr 2016 auch Verfahren nach §§ 1, 2 UKlaG

durchgeführt (Fragen 21 und 22). Die Zahl der Verfahren ist allerdings deutlich geringer als bei § 8 UWG. Als typische Schwierigkeiten werden hier ebenfalls Umgehungspraktiken genannt. Als Problem bei §§ 1, 2 UKlaG wird genannt, dass die erstrittenen Urteile keine Rechtswirkungen für andere Unternehmen entfalten, die inhaltsgleiche AGB verwenden. Kritisiert wird ferner, dass die Unterlassungsklagen keine Folgen für die Vergangenheit entfalten. Verbraucher, die durch die unzulässige AGB geschädigt worden sind, könnten sich bei Schadensersatzklagen nicht auf das Urteil berufen. Außerdem seien etwaige Schadensersatzansprüche bis zu einem letztinstanzlichen Urteil im Unterlassungs-klageverfahren meist schon verjährt.

Die Zahl der Verfahren nach § 4a UKlaG und § 79 Abs. 2 ZPO ist nach Angaben der befragten Verbände gering (Fragen 23 und 24). Als Problem bei § 79 Abs. 2 ZPO wird genannt, dass das Verfahren einen erheblichen organisatorischen und finanziellen Aufwand erfordert, impraktikabel sei und keine Bindungswirkung gegenüber Dritten entfalte.

e. Verstöße gegen Verbraucherrecht (Fragen 26 bis 28)

Unter den verschiedenen Schutzrichtungen des Verbrauchrechts ist nach übereinstimmender Ansicht der Verbände die wirksame Abstellung konkreter Verstöße besonders wichtig (Frage 26). Dieses Ziel wird nach ebenfalls weitgehend übereinstimmender Ansicht gut erreicht. Hinsichtlich der anderen Schutzzwecke gehen die Auffassungen dagegen auseinander, wie **Tabelle 2** zeigt.

Tabelle 2: Schutzrichtungen des Verbraucherrechts

(Skala: 1 (sehr gering) bis 5 (sehr hoch), Durchschnittswert, n=Häufigkeit)

Schutzzweck	Bedeutung des Schutzzwecks	Zielerreichung durch das bestehende Durchsetzungsregime
Wirksame Abstellung des konkreten Verstoßes	4,4 (n=16)	4,2 (n=16)
Prävention künftiger Verstöße	4,7 (n=16)	3,9 (n=15)
Ausgleich konkreter Verbraucherschäden	3,5 (n= 16)	2,6 (n=10)
Funktionieren der Marktwirtschaft durch informierte Verbraucherentscheidungen	4, 1 (n=16)	3,5 (n=15)
Vermeidung von „chilling effects“ für unternehmerisches Handeln	3,2 (n=13)	2,4 (n=11)

Wie **Tabelle 3** zu entnehmen ist, ergeben sich auch unterschiedliche Auffassungen bei der Frage, welche Instrumente des Verbraucherschutzes einer Stärkung bedürfen (Frage 27). Während aus Sicht der Verbraucherverbände insbesondere die Gewinnabschöpfung, eine gebündelte Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen sowie Folgenbeseitigungsansprüche gestärkt werden sollten, stehen die Unternehmensverbände erwartungsgemäß einer Stärkung von Verbraucherschutzinstrumenten insgesamt eher skeptisch gegenüber.

Tabelle 3: Notwendigkeit der Stärkung bestimmter Instrumente des Verbraucherschutzes

(Skala: 1 (kein Handlungsbedarf) bis 5 (eine Stärkung ist unbedingt erforderlich), Durchschnittswert, n=Häufigkeit)

Instrument	Unternehmensverbände	Verbraucherverbände
Rückzahlungsansprüche / Folgenbeseitigung	1,0 (n=8)	4, 2 (n=6)
Individuelle Schadensersatzansprüche	1,0 (n=8)	3,3 (n=7)
Gebündelte Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen einzelner Verbraucher	1,3 (n=8)	4, 3 (n=7)
Gewinnabschöpfung	1,6 (n=8)	4,6 (n=7)
Geldbußen	1,4 (n=8)	3,4 (n=7)
Einziehung von Vermögen	1,8 (n=8)	3,1 (n=7)

f. Bestehende behördliche Rechtsdurchsetzung

Die Verbände geben an, dass **kommunale und regionale Aufsichtsbehörden** in einer Reihe von Bereichen des Verbraucherschutzes tätig sind (Frage 29). Als Schwerpunkte werden u.a. folgende Tätigkeitsfelder genannt:

- Lebensmittelaufsicht und Gastronomie
- Gewerberecht (z.B. Kaffeefahrten, Inkassounternehmen)
- Produktsicherheit
- Aufsicht über den Arzneimittelverkehr
- Prüfung der Insolvenzabsicherungspflicht nach § 651k BGB

Gleichzeitig beklagen zahlreiche Verbände Durchsetzungsdefizite im Bereich des Verbraucherschutzes durch kommunale und regionale Behörden (u.a. im Bereich Kaffeefahrten und Fulfillmentcenter). Als Ursachen werden häufig die unzureichende personelle und finanzielle Ausstattung der Behörden genannt. Teilweise wird auch auf unklare Zuständigkeiten und unzureichende Vorgaben der übergeordneten Behörden

verwiesen.

Die **Staatsanwaltschaften** werden nach Angaben der befragten Verbände in erster Linie in folgenden Bereichen mit Bedeutung für den Verbraucherschutz tätig (Frage 30):

- Kapitalanlagebetrug
- Betrügerischer Abschluss von Telefongeschäften
- Internetkriminalität (z.B. Fake Shops)

Auch in Bezug auf die Tätigkeit der Staatsanwaltschaften beklagen zahlreiche Verbände Durchsetzungsdefizite. So werde häufig trotz offensichtlich vorliegender Straftaten (z.B. Betrugsdelikte, Fake Shops, Abofallen) auf die Einleitung von Strafverfahren aus Effizienzgesichtspunkten verzichtet. Als Ursachen werden auch hier zumeist die unzureichende personelle und finanzielle Ausstattung genannt. Im Hinblick auf Fälle strafbarer Werbung und Fake Shops regt ein Wirtschaftsverband die Bildung von Schwerpunktstaatsanwaltschaften an, damit die tatsächlichen und wirtschaftlichen Ausmaße derartiger Verstöße besser sichtbar werden.

In folgenden Tätigkeitsbereichen sind nach Einschätzung der befragten Verbände **Bundesbehörden** besonders aktiv im Verbraucherschutz (Frage 31):

- Finanzdienstleistungen, Versicherungen
- Produktsicherheit
- Lebensmittelüberwachung, Gesundheitsbereich (insbes. Arzneimittel- und Medizinproduktesicherheit)
- Telekommunikation (z.B. Telefonwerbung, Rufnummernmissbrauch)
- Energiesektor
- Importkontrolle (insbes. Produktfälschungen)

Als besonders aktiv werden insbesondere folgende Behörden wahrgenommen:

- BaFin
- BNetzA
- BMF (Zoll)
- BKartA
- BfAM
- KBA
- UBA
- Luftfahrtbundesamt, Eisenbahnbundesamt

Einige Verbände verweisen darüber hinaus auf die Aufsicht der Landesdatenschutzbeauftragten im Bereich des Datenschutzrechts. Die Durchsetzungsdefizite im Bereich Bundesbehörden werden tendenziell als eher gering eingeschätzt. Eine Ausnahme

bildet nach Auffassung eines Verbandes die unzureichende Kontrolle umweltbezogener Verbraucherschutzvorschriften. Teilweise wird darüber hinaus die Vermutung geäußert, dass auch die Behörden mit Beweisproblemen konfrontiert sind. Kritisiert wird ferner, dass das EBA keine Zuständigkeit für Busunternehmen hat. Von Seiten der Verbraucherschutzverbände wird ferner darauf hingewiesen, dass das Aufsichtsziel Verbraucherschutz bei den Behörden nur neben anderen Zielen (z.B. Solvenzschutz bei der BaFin) eine Rolle spielt. Teilweise wird auch kritisch angemerkt, dass politische Abhängigkeiten bestünden (z.B. Verflechtungen mit der Politik und technischen Prüfdiensten im Fall des KBA).

g. Einzelne Verhaltensweisen

Die Frage nach Verhaltensweisen, die vom Verbraucherrecht erfasst werden sollten, aber von den vorhandenen Tatbeständen nicht erfasst werden (Frage 33), wird von den Unternehmensverbänden durchgängig verneint. Aus den Reihen der Verbraucherverbände werde als Beispiele Multi-Level-Marketing sowie neuartige digitale Geschäftsmodelle genannt (Offenlegung von Rankingkriterien bei Plattformen, Fake-Bewertungen, Personalisierte Preissetzung). Ein Verbraucherverband sieht besonderen rechtspolitischen Handlungsbedarf etwa bei den Fragen nach der Nachvollziehbarkeit von Algorithmen sowie bei der Plattformhaftung. Bei den digitalen Geschäftsmodellen stoße das geltende allgemeine Verbraucherrecht (UWG und AGB-Recht) auf die Schwierigkeit, dass die gesetzlichen Vorschriften sehr allgemein gefasst seien und nur in einem langen Prozess der gerichtlichen Klärung für neue Geschäftsmodelle verlässliche Bewertungsmaßstäbe liefern könne. Bis diese Klärung abgeschlossen sei, seien die Geschäftsmodelle schon wieder überholt. Daher stelle sich die Frage, inwieweit im Bereich der Digitalwirtschaft ähnlich wie in anderen technischen Rechtsgebieten – etwa in der Telekommunikation oder in der Energiewirtschaft – ein „more technological approach“ erforderlich sei. Hierunter verstehe der Verbraucherverband einen Regulierungsansatz, bei dem die generellen Rechtsvorschriften durch untergesetzliche technische Regelwerke ergänzt werden, die klare Verhaltensanweisungen für die Unternehmen enthalten. Defizite werden ferner im Bereich der umweltbezogenen Werbung (z.B. Angaben zu Energieverbrauch und Emissionen) sowie bei Finanzdienstleistungen gesehen. So werde beispielsweise Falschberatung kaum von den Aufsichtsbehörden erfasst, weil die Verbraucherschutznormen zu unpräzise seien und die zuständige Aufsichtsbehörde keine Präzisierung vornimmt.

Die Frage, ob bestimmte Verhaltensweisen, Branchen oder Unternehmen genannt werden können, gegenüber denen die Verbraucherrechtsdurchsetzung besonders mangelhaft ist (Frage 34), wird ebenfalls von den meisten Unternehmensverbänden verneint. Ein Unternehmensverband verweist auf Durchsetzungsdefizite im Bereich des Möbelhandels, ein anderer auf Defizite im Bereich der Telefonwerbung, bei Fake Onlineshops und bei Kaffeefahrten. Aus dem Kreis der Verbraucherverbände werden als Beispiele u.a. die Verbraucherrechtsdurchsetzung gegenüber

Automobilunternehmen, der Bereich Multi-Level-Marketing, Fake Shops, Schlüsseldienste, der Bereich Gesundheit und Pflege (insbesondere ausländische Anbieter von Arzneimitteln und Nahrungsergänzungsmitteln) genannt.

Auf die Frage nach **besonderen Schwierigkeiten bei der Verbraucherrechtsdurchsetzung** (Frage 35) werden im Wesentlichen die gleichen Branchen und Verhaltensweisen genannt wie bei Frage 34. Ein Wirtschaftsverband verweist in diesem Zusammenhang kritisch auf einen von ihm etwa im Bereich der Wasserversorgung beobachteten Trend zur Rekommunalisierung („Flucht in die öffentlich-rechtliche Rechtsform“). Dies habe zur Folge, dass das BKartA mangels Anwendbarkeit des GWB die Unternehmen nicht mehr kartellrechtlich sanktionieren könne.

Die befragten Verbände nennen eine Vielzahl von Ursachen für die Defizite bei der Verbraucherrechtsdurchsetzung. Unter anderem wurden folgende konkrete Beispiele genannt:

- **Schlüsseldienste:** Regelmäßig werde bei überkauften Rechnungen vor Ort „kassiert“ (bar oder sogar via EC-Karte und Lesegerät). Für Verbraucher sei es daher sehr schwierig das Geld wieder zurückzubekommen, da diese den Klageaufwand scheuen. Selbst bei (gewonnenen) Gerichtsverfahren bestehe aufgrund „unseriöser“ Firmenstrukturen das Risiko, nicht vollstrecken zu können.
- **Telekommunikationsanbieter/Drittanbieter:** Da es sich um Dauerschuldverhältnisse handele könnten die Anbieter bei auch unrechtmäßigen Forderungen Druck auf die Verbraucher ausüben, indem diesen die Sperrung des Anschlusses angedroht werde. Die Anbieter würden streitige Forderungen selten einklagen. Häufig komme es aber vor, dass unberechtigte Forderungen massiv angemahnt würden und teilweise sogar Anschlusssperrungen durchgeführt würden, obwohl diese nach den Vorschriften des TKG eigentlich unzulässig seien. Auf diese Weise würden teilweise (rechtswidrig) Fakten geschaffen, um Druck auf Verbraucher auszuüben, streitige Forderungen zu bezahlen. Das Risiko für die Unternehmen sich schadensersatzpflichtig zu machen sei gering, da der (materielle) Schaden bei Verbrauchern meist sehr klein sei.
- **Heilberufe:** Informationen seien oft nur schwer erhältlich, da es kein öffentliches Approbationsregister und kein gemeinsames Register für Heilpraktiker/innen gebe.
- **Digitale Geschäftsmodelle:** Die technischen Prozesse und die auch im Hintergrund laufenden Prozesse seien nur äußerst schwer feststellbar und damit auch kaum nachweisbar.

Bei der Frage, ob die **Durchsetzung von Verbraucherrechten bei digital angebotenen Gütern oder Leistungen** besonders schwierig und erheblich schwieriger sei als im Offline-Bereich (Frage 36) gehen die Meinungen der Verbände weit auseinander. Von Seiten der Unternehmensverbände wird die Frage überwiegend verneint. Teilweise wird sogar darauf verwiesen, dass Rechtsverstöße im Online-Bereich leichter zu recherchieren seien. Die meisten Verbraucherverbände sehen im Online-Bereich dagegen größere Schwierigkeiten bei der Verbraucherrechtsdurchsetzung als im Offline-Bereich. Unter anderem wird darauf verwiesen, dass die (teilweise anonymen) Anbieter im Internet schwerer greifbar seien. Auch seien die Geschäftsprozesse der Unternehmen weniger leicht zugänglich, wenn sie etwa von (geheim gehaltenen) Algorithmen gesteuert würden, das Verständnis des Algorithmus und dessen Bewertung aber für die Beurteilung und das Abstellen eines möglichen Rechtsverstößes ausschlaggebend seien.

Die Verbände nennen zahlreiche Beispiele für verbraucherrechtliche Marktverhaltensregeln, die über **§ 3a UWG** in das Durchsetzungsregime des UWG einbezogen werden (Frage 37). Eindeutige Schwerpunkte lassen sich dabei nicht erkennen. Das Spektrum der genannten Beispiele reicht von Vorschriften aus dem Lebensmittel- und Gesundheitsbereich (HWG, LFMGB, LMIV, HCV, AMG, HeilpraktikerG) über sonstige branchenspezifische Kennzeichnungspflichten (Textilprodukte, Energieeffizienz) bis zu den allgemeinen Informationspflichten der §§ 312 ff. BGB (i.V.m. den Vorschriften des EGBGB), des TMG und der PreisangabenVO. Die Frage nach besonderen Durchsetzungsdefiziten im Zusammenhang mit § 3a UWG (Frage 38) wird von nahezu allen Verbänden verneint. Lediglich ein Verband verweist auf Durchsetzungsdefizite im Zusammenhang mit Energieverbrauchskennzeichnungen.

Die Frage nach Verhaltensweisen, die **„systematisch“** oder **„flächendeckend“** auftreten (Frage 39), wird von einigen Unternehmensverbänden verneint. Andere Verbände, darunter sowohl Unternehmens- als auch Verbraucherverbände, verweisen auf Beispielen, die bereits im Zusammenhang mit den Fragen 33 bis 35 genannt wurden. Beispielhaft werden u.a. genannt:

- Abofallen, Fake Shops
- Intransparente Vertragsabschlüsse im Internet
- Erschwerung von Kündigungen bei Dauerschuldverhältnissen im Internet
- Fehlende Kontaktmöglichkeit im Internet (keine E-Mail-Adresse, kein Impressum)
- Drittanbieterproblematik bei TK-Unternehmen
- Unlautere Telefonwerbung (Cold Calling)
- Irreführende Werbung (z.B. Gesundheitsbranche, Lebensmittelbranchen, Esoterik, Lebenshilfe, irreführende Werbung mit Ortsnetzrufnummern, d.h. es wird in der Werbung vorgetäuscht, es bestehe vor Ort eine Niederlassung,

- die es tatsächlich nicht gibt)
- Vermeintliche Schnäppchen (z.B. im Bereich Elektronik, Textil, bei denen nur Vorkasse-Zahlung möglich ist und bei denen die Kunden später keine oder minderwertige Ware erhalten)

Die Mehrzahl der Unternehmensverbände sieht bei solchen „systematischen“ oder „flächendeckenden“ Verstößen keine besonderen Durchsetzungsdefizite. Eine Ausnahme stellt nach Ansicht einiger Unternehmensverbände (und auch einzelner Verbraucherverbände) strafrechtlich relevantes Verhalten (z.B. Fake Shops) dar. Hier müssten die Staatsanwaltschaften für die Notwendigkeit der Rechtsdurchsetzung sensibilisiert und personell bzw. finanziell besser ausgestattet werden.

h. Gewichtung (Fragen 42 bis 49)

Ein geteiltes Meinungsbild zeigt sich bei der Frage nach dem allgemeinen **Niveau der Verbraucherrechtsdurchsetzung** in Deutschland (Frage 42). Vier Verbände sind der Ansicht, dass das Niveau eher zu hoch ist, sieben Verbände halten es für genau richtig, vier Verbände sind der Auffassung, dass das Niveau eher zu gering ist. Das **Funktionieren der privaten Verbraucherrechtsdurchsetzung** (Frage 43) wird überwiegend sehr positiv bewertet (Durchschnittswert: 2,1 auf einer Skala von 1 (sehr gut) bis 5 (sehr schlecht), n=13).

Die Mehrzahl der Unternehmensverbände und auch einzelne Verbraucherverbände sehen keine **rechtlichen Schwierigkeiten** bei der privaten Durchsetzung des Verbraucherrechts (Frage 44). Soweit spezifische rechtliche Schwierigkeiten der privaten Rechtsdurchsetzung gesehen werden, werden insbesondere Beweisprobleme, Prozessrisiken, das Fehlen von kollektiven Maßnahmen zur Folgenbeseitigung, die impraktikable Gewinnabschöpfung genannt. Auf die Frage nach **tatsächlichen Schwierigkeiten** bei der privaten Rechtsdurchsetzung (Frage 45) wird wiederum auf Beweisprobleme verwiesen, die schwierige Verfolgung von ausländischen Anbietern sowie das rationale Desinteresse der einzelnen Verbraucher. Im Bereich der Verbraucherorganisationen stoße die private Rechtsdurchsetzung auch an Kapazitätsgrenzen wegen der knappen finanziellen Ausstattung. Eine Ergänzung der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung durch behördliches Handeln sei insbesondere in den Bereichen erforderlich, in denen es zur Ermittlung des Sachverhalts hoheitlicher Befugnisse bedürfte.

Über die bereits genannten Aspekte hinaus betonen die Unternehmensverbände, dass vor weiteren Überlegungen zur Ausgestaltung des Durchsetzungsregimes darzulegen sei, ob es überhaupt systemische Defizite der Verbraucherrechtsdurchsetzung gibt. Es wird beklagt, dass sich bislang in der öffentlichen Diskussion regelmäßig „die Aneinanderreihung von anekdotischen Einzelfällen“ wiederhole. Vor diesem Hintergrund sei eher über eine Stärkung vorhandener Strukturen (z.B. durch eine Stärkung der Staatsanwaltschaften) anstatt über einen Paradigmenwechsel

nachzudenken. Von Seiten der Verbraucherverbände wird demgegenüber auf die fehlenden Möglichkeiten des kollektiven Rechtsschutzes (z.B. Gruppenverfahren, Musterfeststellungsklage) hingewiesen.

Bei der abschließenden Frage nach einem **Reformbedarf bei der privaten Durchsetzung des Verbraucherrechts** (Frage 48) zeigt sich nochmals das gespaltene Meinungsbild. Fünf Verbände (darunter drei Verbraucher- und zwei Unternehmensverbände) sind der Auffassung, das System funktioniere so, wie es ist. Sechs Verbraucherverbände beklagen ein „under-enforcement“ und sprechen sich für eine Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung aus. Fünf Unternehmensverbände kritisieren ein „over-enforcement“ und fordern eine Einschränkung der Durchsetzungsintensität. Ein Bedarf für eine Nachjustierung des bestehenden Systems wird von Seiten der Unternehmensverbände etwa im Hinblick auf Fälle des Abmahnmissbrauchs durch unseriöse Abmahnvereine und -kanzleien gesehen. Auf Seiten der Verbraucherverbände wird ein Anpassungsbedarf etwa bei der Frage gesehen, wie Verbraucher eine Kompensation für Schäden durch Verbraucherrechtsverstöße erlangen könne. Hierfür sollte nach Auffassung mehrerer Verbraucherverbände eine Musterfeststellungsklage eingeführt werden. Darüber hinaus spricht sich ein Verbraucherverband dafür aus, dass auch Überlegungen weiterverfolgt werden, Rückzahlungsanordnungen als Teil der Verpflichtung zur Folgenbeseitigung nach § 8 UWG und § 2 UKlaG einzuführen. Auf Schwierigkeiten stoße die private Rechtsdurchsetzung außerdem dort, wo zur Feststellung von Rechtsverstößen Kenntnisse aus den internen Abläufen von Unternehmen erforderlich seien. So stoße die Rechtsdurchsetzung durch Verbraucherverbände regelmäßig an ihre Grenzen, wenn die Unternehmen sich auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse berufen. Das sei u.a. der Fall, wenn Verbraucher durch (nicht offengelegte) Algorithmen in bestimmte Kategorien eingeteilt und nach diesen Kategorien differenziert behandelt werden.

i. Mögliche gesetzgeberische Maßnahmen (Fragen 50 bis 59)

Die Auswertung der Antworten zu möglichen Befugnisergänzungen in Zukunft (Fragen 50-59) wird in Teil B dargestellt.

Ergänzend verweisen mehrere Verbände auf folgende **Materialien**:

- die Standpunkte des HDE zur öffentlich-rechtlichen Rechtsdurchsetzung;
- das Positionspapier der Verbände der deutschen Wirtschaft: „Private Rechtsdurchsetzung stärken – Abmahnmissbrauch bekämpfen“;
- die Stellungnahme der Wettbewerbszentrale zu den Beratungen zur 9. GWB-Novelle vom 14.02.2017.

4. Zusammenfassung

Das Ziel einer wirksamen Abstellung konkreter Verbraucherrechtsverstöße wird nach übereinstimmender Einschätzung der befragten Verbände mit dem vorhandenen Instrumentarium der Verbraucherrechtsdurchsetzung gut erreicht. Mit Blick auf die anderen Schutzziele des Verbraucherrechts (Schadenskompensation, Prävention von Verbraucherrechtsverstößen) gehen die Meinungen dagegen auseinander. Aus Sicht der Verbraucherverbände bestehen Defizite insbesondere bei der Gewinnabschöpfung, der gebündelten Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen und bei der Rückzahlung zu Unrecht erhobener Entgelte.

Die Erfolgsquote bei der Einleitung von Maßnahmen gegen Verbraucherrechtsverstöße ist nach Angaben der befragten Verbände recht hoch. Als besonders effektiv werden Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz und gerichtliche Klageverfahren eingeschätzt. Soweit die Einleitung gerichtlicher oder außergerichtlicher Maßnahmen unterbleibt, liegt dies teilweise daran, dass die klagebefugten Verbände auf Ermittlungsschwierigkeiten stoßen. Dies tritt insbesondere bei Fällen mit Auslandsbezug auf, teilweise auch bei Inlandsfällen aufgrund intransparenter Geschäftsmodelle und Finanzströme. Als Beispiele für Verbraucherrechtsverstöße, die systematisch oder flächendeckend auftreten werden u.a. Abofallen, Fake Shops, unlautere Telefonwerbung, die Erschwerung von Kündigungen bei Dauerschuldverhältnissen im Internet sowie irreführende Gesundheitswerbung genannt. Perspektivisch werden Ermittlungsschwierigkeiten auch bei der wachsenden Zahl digitaler Geschäftsmodelle gesehen, die auf intransparenten Algorithmen beruhen.

Im Jahr 2016 haben die befragten Verbände am häufigsten Ansprüche nach § 8 UWG geltend gemacht. Die Zahl der Verfahren nach §§ 1, 2 UKlaG ist demgegenüber deutlich geringer. Kritisiert wird von Seiten der klagebefugten Verbände, dass die Unterlassungsklagen keine Folgen für die Vergangenheit entfalten. Verfahren nach §§ 9, 10 UWG wurden im Jahr 2016 kaum durchgeführt. Als typisches Problem bei § 10 UWG wird genannt, dass die Voraussetzungen (Vorsatz, Kausalität) nur schwer nachweisbar sind. Als problematisch wird auch die Abführung der abgeschöpften Gewinne an den Staatshaushalt genannt.

Bei der Bewertung der behördlichen Verbraucherschutzdurchsetzung zeigt die Stakeholderbefragung ein differenziertes Bild. Das Enforcement durch Bundesbehörden, wie etwa die Bundesnetzagentur und die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht wird als recht wirksam eingeschätzt. Als weniger effektiv wird dagegen der Einsatz gewerberechtlicher Befugnisse durch Kommunalbehörden und die strafrechtliche Verfolgung von Verbraucherrechtsverstößen durch die Staatsanwaltschaften eingeschätzt. Als mögliche Gründe werden von den befragten Verbänden die teilweise unzureichende personelle und sachliche Ausstattung genannt. Teilweise wird auch auf unklare Zuständigkeiten und unzureichende

Vorgaben der übergeordneten Behörden verwiesen.

Bei der Frage nach einem Reformbedarf bei der privaten Verbraucherrechtsdurchsetzung zeigt sich ein gespaltenes Meinungsbild. Während einige Verbände ein „over-enforcement“ kritisieren, beklagen andere Verbände ein „under-enforcement“ und sprechen sich für eine Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung aus. Ein Bedarf für eine Nachjustierung des bestehenden Durchsetzungsregimes wird daher einerseits bei Fällen des Abmahnmissbrauchs gesehen, andererseits aber auch bei der Frage, wie Verbraucher eine Kompensation für Schäden durch Verbraucherrechtsverstöße erlangen können.

V. Systematisierung von Durchsetzungsdefiziten

1. Ziele und Instrumente der Verbraucherrechtsdurchsetzung

Die Analyse des derzeit bestehenden Instrumentariums zur Durchsetzung verbraucherrechtlicher Vorschriften hat gezeigt, dass sich die Frage nach möglichen Defiziten bei der Verbraucherrechtsdurchsetzung nicht pauschal beantworten lässt. Eine differenzierte Bewertung erfordert vielmehr eine Unterscheidung nach den verschiedenen Zielen und Instrumenten der Verbraucherrechtsdurchsetzung. Erforderlich ist ferner eine sorgfältige Unterscheidung zwischen den Zielen der Verbraucherrechtsdurchsetzung und den jeweiligen rechtspolitischen Zielen, die den einzelnen Vorschriften des materiellen Verbraucherrechts zugrunde liegen, etwa der Ausgleich von strukturellen Informationsasymmetrien oder der situative Schutz vor Überrumpelung.⁴⁹² Bei der hier vorgenommenen Beurteilung möglicher Durchsetzungsdefizite werden die gesetzgeberischen Wertungen, die dem materiellen Verbraucherrecht *de lege lata* zu Grunde liegen (etwa das unionsrechtliche Verbraucherleitbild und das verbraucherrechtliche Informationsmodell), nicht in Frage gestellt.⁴⁹³ Der nachfolgende Versuch einer Systematisierung beschränkt sich vielmehr auf die Frage, ob den Vorschriften des materiellen Verbraucherrechts ein effektives Instrumentarium zur Rechtsdurchsetzung zur Seite gestellt wird. Aus den unterschiedlichen Zielen und Instrumenten lässt sich dabei eine Matrix erstellen, die es ermöglicht, die Effektivität der Instrumente in Bezug auf die jeweiligen Zielsetzungen zu beurteilen und bestehende Defizite zu identifizieren, die möglicherweise durch die Schaffung zusätzlicher behördlicher Kompetenzen kompensiert werden könnten.

Den Ausgangspunkt einer solchen Systematisierung bilden die unterschiedlichen Ziele der Verbraucherrechtsdurchsetzung. Im Vordergrund steht dabei zunächst die schnelle und effektive Abstellung von Rechtsverstößen. Unzulässige AGB sollen nicht mehr verwendet, unrechtmäßig erhobene Gebühren nicht mehr erhoben und irreführende Werbeaussagen unterbunden werden. Neben dieses Ziel der Abstellung andauernder und der Verhinderung für die Zukunft drohender Rechtsverstöße tritt das Bedürfnis nach einer Kompensation von wirtschaftlichen Schäden, die einzelne Verbraucher durch Verstöße gegen verbraucherschützende Vorschriften erlitten haben. Eng miteinander verbunden sind die Sanktionierung von Rechtsverletzern und die Prävention künftiger Rechtsverstöße.⁴⁹⁴ Letzteres verdeutlicht etwa die gängige

⁴⁹² Eingehend zu den Schutzziele des Verbraucherrechts *Micklitz/Purnhagen*, in: MüKoBGB, 2015, Vorbemerkung zu §§ 13, 14 BGB Rn. 36 ff.

⁴⁹³ Zur Kritik am europäischen Verbraucherleitbild siehe die Beiträge in *Klinck/Riesenhuber*, Verbraucherleitbilder - Interdisziplinäre und europäische Perspektiven, 2015; siehe auch *Rott*, Gutachten zur Erschließung und Bewertung offener Fragen und Herausforderungen der deutschen Verbraucherrechtspolitik im 21. Jahrhundert, 2017, S. 28 ff.; *Purnhagen* VuR 2016, 401 ff.

⁴⁹⁴ Ähnlich auch *Ebert*, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht, 2004, S. 6 ff. und passim. Differenzierend *Wagner*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht, Verhandlungen des 66. DJT, Bd. 1, 2006, S. A 14 f.

Formulierung, die sich in den meisten europäischen verbraucherrechtlichen Richtlinien findet, nach der die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, Sanktionen vorzusehen, die „wirksam, angemessen und abschreckend“⁴⁹⁵ sind. Dem liegt der Gedanke zu Grunde, dass nur eine effektive Sanktionsdrohung eine hinreichend starke Präventionswirkung entfaltet.⁴⁹⁶ Die Auflistung der unterschiedlichen Zielsetzungen macht zugleich deutlich, dass unterschiedliche Instrumente, deren Effektivität hier zu beurteilen ist, nicht nur der Durchsetzung von Individualinteressen und subjektiven Rechten dienen, sondern zugleich dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts.⁴⁹⁷

Zur Verwirklichung der oben knapp skizzierten Ziele⁴⁹⁸ stellt die Rechtsordnung unterschiedlichen Akteuren (Verbrauchern, Wettbewerbern, Verbänden, Behörden) diverse Instrumente der Verbraucherrechtsdurchsetzung zur Verfügung, die sich wechselseitig ergänzen.⁴⁹⁹ Das Spektrum reicht von der individuellen Durchsetzung subjektiver Verbraucherrechte durch Klagen einzelner Verbraucher vor den Zivilgerichten über außergerichtliche Schieds- und Schlichtungsstellen bis zu Verfahren der kollektiven Rechtsdurchsetzung und bereits bestehenden Befugnisse zur administrativen Durchsetzung kollektiver Verbraucherinteressen. In strafrechtlich relevanten Fällen treten die Staatsanwaltschaften hinzu. Im Bereich der Rechtsdurchsetzung vor den Zivilgerichten lässt sich wiederum nach den unterschiedlichen Klagezielen (Unterlassung, Beseitigung, Feststellung, Schadensersatz, Gewinnabschöpfung) differenzieren, die in unterschiedlicher Weise mit den oben genannten Zielen der Verbraucherrechtsdurchsetzung korrelieren.⁵⁰⁰ Die Ergebnisse der im Rahmen des Gutachtens durchgeführten explorativen Vorstudie, der Fallstudien und der fragebogengestützten empirischen Erhebung lassen erkennen, dass die einzelnen Instrumente unterschiedlich gut geeignet sind, die jeweiligen Ziele zu erreichen.

2. Abstellung von Rechtsverstößen

Soweit es um die schnelle und effektive Abstellung von Rechtsverstößen geht, ist das wohl wirksamste Instrument der auf die Beseitigung bereits eingetretener Verbraucherrechtsverstöße und die Abwehr künftiger Rechtsverstöße gerichtete

⁴⁹⁵ Siehe etwa Art. 13 S. 2 Richtlinie 2005/29/EG, Art. 23 S. 2 Richtlinie 2008/48/EG, Art. 24 Abs. 1 S. 2 Richtlinie 2011/83/EU.

⁴⁹⁶ *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 17.

⁴⁹⁷ Vgl. *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, 2006, S. 276.

⁴⁹⁸ Siehe für das UWG auch Abschnitt A.I.1.

⁴⁹⁹ Siehe den Überblick bei *Micklitz*, Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?, Verhandlungen des 69. DJT, 2012, S. A 87 ff.; siehe auch *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 2016, S. 6 ff.; rechtsvergleichend *Ebers*, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, 2016, S. 770 ff.

⁵⁰⁰ Vgl. *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, 2006, S. 382 ff.

Unterlassungsanspruch nach §§ 1, 2 UKlaG und § 8 UWG.⁵⁰¹ Die Effektivität des Unterlassungsanspruchs beruht u.a. darauf, dass er als verschuldensunabhängiger Anspruch an relativ einfache und klare Voraussetzungen geknüpft ist. Weitere wesentliche Bausteine in dem von der Praxis entwickelten und durch Richterrecht ausgeformten System der gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtsdurchsetzung bilden die einstweilige Verfügung und die Abmahnung, denen gerade im UWG große Bedeutung zukommt.

Es versteht sich von selbst, dass die Effektivität der Rechtsdurchsetzung in hohem Maße davon abhängig ist, in welchem Umfang die Aktivlegitimierten das ihnen zur Verfügung stehende Instrument des Unterlassungsanspruchs auch tatsächlich einsetzen. Der rechtstatsächliche Befund zeigt insoweit kein einheitliches Bild. Im Allgemeinen wird im UWG die Rechtsdurchsetzung über den Unterlassungsanspruch und das vorgeschaltete Abmahnverfahren als sehr effizient angesehen, was nicht zuletzt auf die Aktivitäten der Verbraucherzentralen und der Unternehmensverbände wie die Wettbewerbszentrale zurückzuführen sein dürfte. Während jedoch einerseits in einigen Bereichen eine Tendenz zum „over-enforcement“ festzustellen ist (etwa in Form von Massenabmahnungen bei Verstößen gegen die Impressumspflicht nach § 5 TMG⁵⁰²),⁵⁰³ wird andererseits darauf hingewiesen, dass auf oligopolistischen Märkten die Effektivität der private Rechtsdurchsetzung darunter leidet, dass die Wettbewerber nicht oder nur zögerlich gegeneinander vorgehen.⁵⁰⁴ Als Beispiele werden etwa Product Placement in TV und Kinofilmen, Verstöße staatlicher Lotterieu Unternehmen gegen Bestimmungen des Glücksspielrechts sowie irreführende Angaben zum Benzinverbrauch von Kraftfahrzeugen genannt.⁵⁰⁵

Unabhängig von der Frage, inwieweit die jeweils Aktivlegitimierten von den ihnen zustehenden Unterlassungsansprüchen tatsächlich Gebrauch machen, stößt das Instrument der Unterlassungsklage in einigen Konstellationen an bestimmte Grenzen. Die Ursachen für Defizite bei der effektiven Abstellung von Rechtsverstößen mittels Unterlassungsklagen lassen sich dabei im Wesentlichen in drei Kategorien einordnen.

a. Ermittlungsschwierigkeiten

Während die Sachverhaltsermittlung bei der Verwendung unzulässiger AGB auf keine besonderen tatsächlichen Schwierigkeiten stößt, da die Beweislage hier zumeist eindeutig ist, gibt es andere Bereiche, in denen sich die Ermittlung oder der Nachweis des Sachverhalts erheblich schwieriger gestalten.

Die befragten Stakeholder betonen nahezu einhellig, dass sich Ermittlungs- und

⁵⁰¹ Zur zentralen Bedeutung des Unterlassungsanspruchs siehe bereits A.I.

⁵⁰² Vg. OLG Nürnberg, 3.12.2013, 3 U 348/13, MMR 2014, 257; siehe auch *Fritzsche* in: MüKoUWG, 2014, § 8 Rn. 456-458.

⁵⁰³ Zum Problem des over-enforcement siehe auch die Ausführungen in den Abschnitten A.I und A.IV.

⁵⁰⁴ *Bornkamm/Tolkmitt* in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 2018, § 32e GWB Rn. 25.

⁵⁰⁵ *Bornkamm/Tolkmitt* in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 2018, § 32e GWB Rn. 26-28.

Beweisschwierigkeiten am häufigsten bei der Ermittlung von Tätern in Fällen mit Auslandsbezug ergeben. Ein häufig genanntes Beispiel sind Fake Online-Shops, die aus dem Ausland betrieben werden. Die Ermittlungsdefizite setzen sich in Vollzugs- und Vollstreckungsdefiziten fort, sodass die Initiative für die Ahndung von Verbraucherrechtsverstößen, die vom Ausland aus implementiert werden, selten von den privaten Akteuren ausgeht.

Köhler/Feddersen resümieren:

„Bei grenzüberschreitenden Wettbewerbsverstößen ist, insbes. wenn der verantwortliche Unternehmer seinen Sitz im Ausland hat, die Rechtsdurchsetzung schwierig und nicht selten praktisch unmöglich. Dies wirkt sich nachteilig für die gesetzestreuen Unternehmer aus und beeinträchtigt die Bereitschaft der Verbraucher, grenzüberschreitende Angebote wahrzunehmen.“⁵⁰⁶

Ermittlungsschwierigkeiten stellen sich aber auch bei Sachverhalten im Inland. Als häufiger Grund dafür wird insbesondere von Seiten der Verbraucherverbände die Intransparenz von Geschäftsmodellen und Finanzströmen genannt (z.B. mangelnde Neutralität von Vergleichs- und Produktbewertungsplattformen, gefälschte Kundenbewertungen, Nutzung von Verbraucherdaten ohne Einwilligung, Schleichwerbung in user generated content).

Die letztgenannte Problematik könnte sich mit der wachsenden Bedeutung von Geschäftsmodellen, die auf algorithmenbasierten Entscheidungsprozessen (Algorithmic Decision Making, im Folgenden: ADM-Prozesse) beruhen, noch verstärken.⁵⁰⁷ Als Beispiel können Such-, Empfehlungs- und Rankingalgorithmen genannt werden, die bei sprachgesteuerten Assistenten (z.B. Amazon Alexa, Google Home, Apple HomePod) zum Einsatz kommen. Hier ist häufig unklar, anhand welcher Kriterien eine Produktempfehlung erfolgt und wie die Kriterien im Einzelnen gewichtet werden. Die zunehmende Personalisierung von Werbung und Produktangeboten durch ADM-Prozesse führt zugleich zu einer „Atomisierung“ der Geschäftspraktiken, wodurch eine Überwachung des Marktverhaltens durch Verbraucher- und Wettbewerbsverbände erschwert wird.⁵⁰⁸ Zugespitzt formuliert: Wenn jeder Verbraucher eine andere Werbebotschaft erhält, wird es ungleich schwieriger, Fälle irreführender Werbung aufzuspüren. Auch die Verwendung der ADM-Prozesse für die Berechnung dynamischer und personalisierter Preise, die ebenfalls in naher Zukunft weiter zunehmen dürfte, erschwert eine Marktkontrolle.⁵⁰⁹ Je komplexer derartige Systeme werden, desto schwieriger dürfte es nicht nur für Verbraucherverbände,

⁵⁰⁶ *Köhler/Feddersen* in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 2018, § 12 Rn. 7.1.

⁵⁰⁷ Vgl. dazu das Thesenpapier des VZBV, *Algorithmenbasierte Entscheidungsprozesse v. 7.12.2017* <https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2017/12/14/17-12-05_vzbv_thesenpapier_algorithmen.pdf>.

⁵⁰⁸ Dazu *Busch*, *Algorithmic Accountability*, 2018, S. 55, abrufbar unter: <http://www.abida.de/en/node/397>.

⁵⁰⁹ Siehe dazu *Hofmann*, WRP 2016, 1074; *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, VuR 2016, 403; *Tietjen/Flöter*, GRUR-Prax 2017, 546.

sondern auch für Wettbewerbsverbände werden, algorithmenbasierte Entscheidungen zu überprüfen. Erschwerend kommt hinzu, dass sich eine wirksame Überprüfung von ADM-Prozessen nicht auf die Prüfung des Programmcodes beschränken kann. Lernfähige Softwareanwendungen entwickeln ihre Analysefähigkeiten anhand von umfangreichen Trainingsdaten und sind in der Lage die gewonnenen Erkenntnisse durch Lerntransfer auf unbekannte Daten zu übertragen. Die Überprüfung lernfähiger Systeme erfordert daher möglicherweise auch den Zugriff auf die Trainingsdaten.⁵¹⁰ Hinzu kommen schließlich weitere Hürden bei der gerichtlichen Geltendmachung, da die relevanten Algorithmen in aller Regel als Geschäftsgeheimnisse geschützt sein dürften, wie die Rechtsprechung des BGH zum Schufa-Algorithmus⁵¹¹ oder die obergerichtliche Rechtsprechung zu den Rankingalgorithmen von der Bewertungsplattform „Yelp“⁵¹² zeigt. Einen Lösungsansatz könnten hier „in-camera-Verfahren“ bieten,⁵¹³ für die es aber bislang im Verbraucherrecht keine klare rechtliche Grundlage gibt.

b. Fehlende Breitenwirkung von Unterlassungsurteilen

Die Effektivität der Unterlassungsklage als Instrument zur Abstellung von Normverstößen stößt ferner an Grenzen, wenn es sich nicht nur um Einzelfälle handelt, sondern ähnlich gelagerte Rechtsverstöße in großer Zahl auftreten. Zwar entfalten wichtige Urteile gerade im UWG-Bereich häufig eine *faktische* Breitenwirkung, in *rechtlicher* Hinsicht, ist die Breitenwirkung jedoch begrenzt, da das von einem Mitbewerber oder im Wege der Verbandsklage erstrittene Unterlassungsurteil grundsätzlich nur zwischen den am Rechtsstreit beteiligten Parteien, also *inter partes*, wirkt. Zugunsten der Vertragspartner des verurteilten Klauselverwenders führt zwar § 11 Abs. 1 UKlaG zu einer gewissen Rechtskrafterweiterung.⁵¹⁴ Eine Rechtskrafterstreckung auf andere Unternehmen, die inhaltsgleiche Klauseln verwenden, existiert jedoch nicht. Werden bestimmte Klauseln in einer ganzen Branche verwendet, kann dies dazu führen, dass die Verbände eine Vielzahl von Parallelprozessen führen müssen.⁵¹⁵

Im Rahmen des Zivilprozessrechts dürfte dieses Problem auch de lege ferenda kaum zu lösen sein, da einer erga-omnes-Wirkung des Unterlassungsurteils wohl nur

⁵¹⁰ Siehe dazu *Martini*, JZ 2017, 1017, 1018 f.; siehe auch *Busch*, Algorithmic Accountability, 2018, S. 63 ff.

⁵¹¹ BGH, 28.1.2014, Az. VI ZR 156/13, NJW 2014, 1235 - *Scorewerte*. Gegen das Urteil des BGH ist eine Verfassungsbeschwerde unter dem Az. 1 BvR 756/14 beim BVerfG anhängig; siehe auch *Weichert*, ZRP 2016, 72; *Moos/Rothkegel*, ZD 2016, 561.

⁵¹² KG, 10.12.2015, Az. 10 U 26/15, MMR 2016, 352; OLG Hamburg, 10.11.2015, Az. 7 U 18/15, MMR 2016, 335; dazu *Büscher*, GRUR 2017, 433, 441.

⁵¹³ Vgl. *Spindler*, DB 2018, 41, 46.

⁵¹⁴ In der Praxis ist § 11 UKlaG offenbar bedeutungslos, vgl. *Witt* in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 2016, § 11 UKlaG Rn. 14; *Micklitz/Rott* in: MüKoZPO, 2017, § 11 UKlaG Rn. 2. Dies dürfte zum einen an der rationalen Apathie vieler Verbraucher liegen, die auf die Geltendmachung geringer Forderungen im Wege einer follow-on-Klage verzichten. Zum anderen dürften die Forderungen in vielen Fällen bereits verjährt sein.

⁵¹⁵ *Brönneke* in: Schulte-Nölke/BMJV, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 127, 166.

schwerlich mit der verfassungsrechtlichen Garantie des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) und dem unionsrechtlichen Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 47 EuGRCh) vereinbar sein dürfte.⁵¹⁶ Abhilfe könnte de lege ferenda, wie in Teil B ausgeführt wird, eine behördliche Allgemeinverfügung bieten.

c. Flankierung durch behördliche Rechtsdurchsetzung

Eine schnelle und effektive Rechtsdurchsetzung wird in einigen Bereichen auch durch flankierende behördliche Durchsetzungsbefugnisse gewährleistet.⁵¹⁷ Beispielhaft ist hier insbesondere die Durchsetzung verbraucherrechtlicher Vorschriften durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und die Bundesnetzagentur zu nennen. Auf Landesebene ist vor allem die Tätigkeit der Landesmedienanstalten hervorzuheben, die in jüngster Zeit auf Grundlage von §§ 7, 58 RStV gegen Rechtsverstöße im Bereich Influencer Marketing vorgegangen sind. Hinzu kommen gewerberechtliche Befugnisse kommunaler und regionaler Aufsichtsbehörden sowie die Zuständigkeiten der Staatsanwaltschaften.

Das Beispiel Influencer Marketing zeigt anschaulich, wie sich die Instrumente privater und behördlicher Verbraucherrechtsdurchsetzung sinnvoll ergänzen können.⁵¹⁸ Die Vorteile der privatrechtlichen Durchsetzung liegen dabei vor allem in der Flexibilität und Schnelligkeit, insbesondere im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und die breite Aktivlegitimation. Demgegenüber liegen die Vorteile der öffentlich-rechtlichen Rechtsdurchsetzung durch die Landesmedienanstalten in erster Linie in den behördlichen Ermittlungsbefugnissen und der Möglichkeit Bußgelder zu verhängen. Eine nicht zu unterschätzende Bedeutung kommt auch den flankierenden Maßnahmen der Landesmedienanstalten zu, insbesondere dem Erlass von „Guidelines“, die gerade bei neuen Geschäftsmodellen einen Gewinn an Rechtssicherheit für alle Marktakteure bieten.

Eine Bewertung der vorhandenen behördlichen Befugnisse fällt differenziert aus. So hat die empirische Erhebung ergeben, dass im Bereich der Bundesbehörden offenbar kaum Durchsetzungsdefizite beklagt werden. Anders ist die Einschätzung in Bezug auf kommunale und regionale Behörden sowie die Staatsanwaltschaften. Als Ursache wird hier häufig die unzureichende personelle und finanzielle Ausstattung genannt.

Behördliche Möglichkeiten, Auslandstaten wirksam abzustellen (wo in der privaten Rechtsdurchsetzung besondere Defizite bestehen), sind begrenzt. Die Erfahrungen der Bundesnetzagentur in diesem Bereich legen nahe, dass auch die Behörden häufig Schwierigkeiten haben, grenzüberschreitend zu ermitteln. Eine Kosten-Nutzen-

⁵¹⁶ Vgl. *Stadler/Klöpper*, VuR 2012, 343 ff.; *Tonner/Halfmeier/Tamm*, EU-Verbraucherrecht auf dem Prüfstand, 2017, S. 174 f.

⁵¹⁷ Vgl. dazu die Ausführungen in Abschnitt A.I.

⁵¹⁸ Siehe dazu die Case Study zu Influencern in Abschnitt A.III.

Abwägung bei der Priorisierung von Verfahren fällt dann zu Lasten der Rechtsdurchsetzung bei Taten mit Auslandsbezug aus.

Eine teilweise Abmilderung der Problematik wird innerhalb der EU durch die CPC-Verordnung versucht. Die CPC-Verordnung stellt eine Grundlage für Amtshilfe dar. Im Bericht des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz wird für das Jahr 2017 ausgeführt, dass in Deutschland vier Informationsersuchen und 19 Durchsetzungsersuchen aus dem Ausland eingegangen sind und drei Informationsersuchen und 18 Durchsetzungsersuchen von Deutschland ins Ausland gestellt wurden.⁵¹⁹ Die Fallzahlen im CPC-Kontext wirken angesichts der Vielzahl grenzüberschreitender Transaktionen niedrig. Ob dies daran liegt, dass Verfahren erst gar nicht so weit kommen, weil sie nicht eingeleitet werden, oder ob die Ursache darin zu sehen ist, dass die Rechtsdurchsetzung auch ohne Amtshilfe funktioniert, muss Spekulation bleiben.

d. Defizite des materiellen Rechts?

Die Ergebnisse der Fallstudien zu den Themenfeldern Kundenbewertungen, Influencer Marketing, Vergleichsportale und AGB-Recht (insbes. Entgeltklauseln) deuten darauf hin, dass die Ursachen für Durchsetzungsdefizite eher nicht im Bereich des materiellen Verbraucherrechts zu suchen sind.⁵²⁰ Die geltenden Bestimmungen des zivil- und lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutzes scheinen zur rechtlichen Beurteilung der untersuchten Praktiken ausreichend zu sein. Diese Einschätzung wird durch die empirische Erhebung im Wesentlichen bestätigt. Soweit in einzelnen Bereichen Defizite bestehen, justiert der Gesetzgeber durch punktuelle Ergänzungen des materiellen Rechts nach, wie etwa jüngst bei § 309 Nr. 13 BGB.

Aus den Reihen der Verbraucherverbände wird allerdings zutreffend darauf hingewiesen, dass insbesondere in Bezug auf neue digitale Geschäftsmodelle eine Reihe von materiell-rechtlichen Fragen noch nicht abschließend geklärt sind (z.B. Offenlegung von Rankingkriterien⁵²¹, Zulässigkeit personalisierter Preise⁵²², verbraucherrechtliche Anforderungen an Dash Buttons⁵²³ und sprachgesteuerte digitale Assistenten⁵²⁴). Bis die rechtliche Klärung abgeschlossen sei, seien die

⁵¹⁹ *BMJV*, Bericht der Zentralen Verbindungsstelle gem. § 3 Absatz 2 EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz (VSchDG) – Bericht für das Jahr 2017, 2018, S. 3.

⁵²⁰ Vgl. dazu die Ergebnisse der Stakeholdefragung in Abschnitt A.IV.

⁵²¹ Siehe dazu jedoch jüngst BGH, 27.4.2017, Az. I ZR 55/16, GRUR 2017, 1265 – *Preisportal*; OLG München, 6.4.2017, 29 U 3139/16, MMR 2017, 773 – *Versicherungsvergleichsportale*; LG München, 18.3.2015, 37 O 19570/14, MMR 2016, 257 und die Case Study Vergleichsportale/Rankings in Abschnitt A.III.

⁵²² Vgl. *Hofmann*, WRP 2016, 1074; *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, VuR 2016, 403; *Tietjen/Flöter*, GRUR-Prax 2017, 546; *Obergfell*, ZLR 2017, 290.

⁵²³ Vgl. LG München, 1.3.2018, 12 O 730/17, VuR 2018, 230; dazu *Busch*, EuCML 2018, 78; siehe auch *Leeb*, MMR 2017, 89; *Hergenröder*, VuR 2017, 174; K&R 2017, 221; siehe ferner *Busch* in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK, BGB, 2018, § 312j Rn. 35.

⁵²⁴ *Stucke/Ezrachi*, How Digital Assistants Can Harm our Economy, Privacy, and Democracy, 32 Berkeley Technology Law Journal 1239 (2017); siehe auch *Busch* in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK, EGBGB,

Geschäftsmodelle häufig bereits wieder überholt.⁵²⁵

Vor diesem Hintergrund wird teilweise die Forderung nach spezialgesetzlichen Regelungen erhoben.⁵²⁶ Im Vergleich zu den teilweise eher allgemein gefassten Anforderungen des AGB-Rechts und des UWG könnte dies zwar einen Zugewinn an Rechtsklarheit bringen. Angesichts der Dynamik digitaler Geschäftsmodelle ist jedoch zu befürchten, dass eine detaillierte gesetzliche Regelung der Marktentwicklung schon bald wieder hinterherhinkt und im ungünstigen Fall innovationshemmende Wirkung haben könnte. Außerdem ruft jede neue Regelung unweigerlich Abgrenzungsprobleme hervor, insbesondere wenn sie nur die bereits bestehenden Rechtsgrundlagen zusammenfasst. Eine flexibler handhabbare Alternative wären, wie in Teil B dargelegt wird, verbindliche Richtlinien („Guidelines“).

3. Schadenskompensation und Bereicherungsausgleich

a. Individualklagen von Verbrauchern

Verstöße gegen verbraucherschützende Marktverhaltensnormen verursachen typischerweise Schäden bei einer großen Zahl von Marktteilnehmern. Für die Frage nach Defiziten bei der Durchsetzung entsprechender Schadensersatzansprüche ist es hilfreich, dabei zwischen Streuschäden und Massenschäden zu unterscheiden.⁵²⁷ Streuschäden sind dadurch gekennzeichnet, dass der einzelne Verbraucher nur einen relativ geringfügigen Schaden erleidet, die Summe der Einzelschäden jedoch eine signifikante Höhe erreicht.⁵²⁸ Massenschäden betreffen ebenfalls eine Vielzahl von Verbrauchern, unterscheiden sich jedoch von Streuschäden dadurch, dass sie nicht im Bagatellbereich verbleiben, sondern der einzelne Verbraucher erhebliche Vermögensnachteile erleidet.⁵²⁹

(1) Streuschäden

Klassische Beispiele für Streuschäden aufgrund von Verstößen gegen verbraucherschützenden Normen bilden etwa Schäden durch irreführende Angaben

2018, Art. 246a § 3 Rn. 5.1, 8.1, 11.

⁵²⁵ Vgl. *Twigg-Flesner*, Disruptive Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law in: De Franceschi, European Contract Law and the Digital Single Market: The Implication of the Digital Revolution, Cambridge 2016, S. 19 ff.

⁵²⁶ Vgl. das Positionspapier Vergleichs- und Buchungsportale des VZBV in: dem die Forderung nach einer gesetzlichen Verankerung von Transparenzanforderungen für Buchungs- und Vergleichsportale im Telemediengesetz erhoben wird.

⁵²⁷ Zur etwas uneinheitlichen Terminologie in der Literatur siehe *Geiger*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, 2015, S. 18 ff.

⁵²⁸ *Wagner*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht, Verhandlungen des 66. DJT, Bd. 1, 2006, S. A 107; *Meller-Hannich*, NJW-Beilage 2018, 29 (30).

⁵²⁹ *Wagner*, a.a.O., S. A 119; *Meller-Hannich*, a.a.O.

zur Füllmenge bei sog. Mogelpackungen⁵³⁰ oder die Forderung eines überhöhten Wertersatzes nach Widerruf eines Verbrauchervertrages.⁵³¹ Weitere Beispiele aus der neueren Rechtsprechung sind etwa die Erhebung einer „Servicegebühr“ in Höhe von 2,50 EUR für den elektronischen Versand eines Tickets zum Selbstaussuchen durch einen Online-Tickethändler⁵³² oder die Berechnung von 0,10 EUR durch eine Sparkasse für jede per SMS übermittelte Transaktionsnummer („smsTAN“).⁵³³

Es ist sicher kein Zufall, dass in den beiden zuletzt genannten Fällen ein Verbraucherschutzverband eine Unterlassungsklage erhoben hat und nicht etwa ein betroffener Verbraucher einen Schadensersatz- oder Bereicherungsanspruch gerichtlich geltend gemacht hat. Bei derartigen Streuschäden verzichten viele Verbraucher aufgrund hoher Prozessrisiken und mangelnder Konflikt routine auf eine gerichtliche Durchsetzung ihrer Forderungen.⁵³⁴ Die Literatur geht davon aus, dass Anspruchsberechtigte bei einer Schadenshöhe bis zu ca. 25 EUR von einer klageweisen Durchsetzung Abstand nehmen.⁵³⁵ Bei grenzüberschreitenden Fällen dürfte die Schwelle sogar noch deutlich höher liegen. Nach einer Umfrage der Europäischen Kommission verzichten ca. 50 Prozent der europäischen Verbraucher aufgrund des Prozessrisikos und hoher Verfahrenskosten auf die klageweise Durchsetzung, wenn der Anspruch den Betrag von 200 EUR nicht überschreitet.⁵³⁶ Ein solches Verhalten erscheint aus einer Kosten-Nutzen-Abwägung heraus bei geringen Streitwerten durchaus nachvollziehbar („rationales Desinteresse“ oder „rationale Apathie“).⁵³⁷

Weitere Beispiele für vergleichbare Fallgestaltungen sind die kürzlich bekannt gewordene Drosselung der Prozessorleistung bei älteren iPhones⁵³⁸ oder die Sicherheitslücken bei Prozessoren mehrerer Hersteller.⁵³⁹ In beiden Fällen ist eine sehr große Zahl von Verbrauchern betroffen, der wirtschaftliche Schaden des

⁵³⁰ Beispiel nach *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 40; *Meller-Hannich*, NJW-Beilage 2018, 29 (30); siehe ferner den Rechtsprechungsüberblick bei *Ruttman*, VuR 2017, 12; siehe auch BT-Drs. 15/1487, S. 23.

⁵³¹ Siehe etwa OLG Hamburg, 2.3.2017, Az 3 U 122/14, MMR 2017, 539 (Wertersatz nach Widerruf eines Online-Partnervermittlungsvertrages).

⁵³² OLG Bremen, 15.6.2017, 5 U 16/16, MMR 2017, 834. Die Revision ist beim BGH unter dem Az III ZR 192/17 anhängig.

⁵³³ BGH, 25.7.2017, Az. XI ZR 260/15, NJW 2017, 3222.

⁵³⁴ Vgl. die Nachweise bei *Brönneke* in: Schulte-Nölke/BMJV, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 127, 135 ff.

⁵³⁵ *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 41 m.w.N.

⁵³⁶ *Europäische Kommission*, Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher, 27.11.2018, KOM(2008) 794 endg., S. 4. Liegt der Streitwert unter 1.000 EUR verzichten nach der Studie der Kommission immerhin noch 20 Prozent der Verbraucher auf eine klageweise Geltendmachung des Anspruchs.

⁵³⁷ *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 441; *Fries*, Verbraucherschutz durchsetzung, 2016, S. 57 f.

⁵³⁸ Apple bestätigt Leistungsdrosselung auf älteren iPhones, ZDNet.de (21.12.2017), <http://www.zdnet.de/88321657/apple-bestaetigt-leistungsdrosselung-auf-aelteren-iphones/?inf_by=5a3d0e06681db8b0648b4856>.

⁵³⁹ Massive Lücke in Intel-CPU's erfordert umfassende Patches, Heise.de (3.1.2018), <<https://www.heise.de/security/meldung/Massive-Luecke-in-Intel-CPU's-erfordert-umfassende-Patches-3931562.html>>.

einzelnen Verbrauchers dürfte jedoch schwer zu beziffern und nicht allzu hoch sein. Auch in diesen Fällen ist daher davon auszugehen, dass ein rationales Desinteresse der geschädigten Verbraucher der Erhebung von Individualklagen auf Schadensersatz entgegensteht.

Bezeichnend ist, dass im Fall der gedrosselten Prozessorleistung in anderen Ländern bereits kollektive Schadensersatzklagen eingeleitet wurden. In den USA⁵⁴⁰ und Israel⁵⁴¹ wurden Sammelklagen gegen Apple erhoben. In Frankreich hat die Verbraucherschutzbehörde (DGCCRF) Ermittlungen gegen Apple aufgenommen nach der Beschwerde⁵⁴² eines Verbraucherverbandes wegen eines Verstoßes gegen das Verbot der geplanten Obsoleszenz (Art. 441-2 Code de la consommation) und wegen Verbrauchertäuschung (Art. 441-1 Code de la consommation).⁵⁴³ Auch in Italien hat die Verbraucherschutzbehörde (AGCM) in diesem Zusammenhang Ermittlungen gegen Apple aufgenommen.⁵⁴⁴ Die zuletzt genannten Beispiele aus Frankreich und Italien betreffen zwar keine Verfahren, die eine Kompensation der geschädigten Verbraucher zum Ziel haben, sie verdeutlichen aber, dass mit den Instrumenten der behördlichen Verbraucherrechtsdurchsetzung schnell auf Fälle reagiert werden kann, in denen aufgrund des rationalen Desinteresses der betroffenen Verbraucher Individualklagen unterbleiben.

Ob Musterfeststellungsklagen in den genannten Fällen Abhilfe schaffen können, hängt entscheidend von der rechtlichen Ausgestaltung einer solchen Klagemöglichkeit ab. Mit Blick auf das am 1.11.2018 in Kraft tretende Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage⁵⁴⁵ sind durchaus Zweifel angebracht. Das Gesetz sieht ein zweistufiges Verfahren zur Rechtsdurchsetzung vor. Auf der ersten Stufe soll das Vorliegen oder Nichtvorliegen von Voraussetzungen für das Bestehen oder Nichtbestehen eines Anspruchs festgestellt werden (§ 606 ZPO n.F.). Verbraucher haben die Möglichkeit, sich bis zum Ablauf des Tages vor Beginn des ersten Termins im Feststellungsverfahren zur Eintragung in ein Klageregister anmelden, welches beim Bundesamt für Justiz geführt wird (§ 609 Abs. 1 ZPO n.F.). Eine inhaltliche Prüfung der Ansprüche bei Eintragung findet nicht statt (§ 609 Abs. 2 S. 3 ZPO n.F.). Die Geltendmachung der individuellen Ansprüche der einzelnen

⁵⁴⁰ Apple faces lawsuits over its intentional slowing of older iPhones, TheGuardian.com (22.12.2017), <<https://www.theguardian.com/technology/2017/dec/22/apple-lawsuits-intentional-slowing-older-iphones>>. Die Klageschrift ist verfügbar unter <<https://cbsnewyork.files.wordpress.com/2017/12/applesuit.pdf>>.

⁵⁴¹ Apple Slapped With Class Action Suit in Israel for Deliberately Slowing Older iPhones, Haaretz.com (25.12.2017), <<https://www.haaretz.com/israel-news/business/apple-slapped-with-class-action-in-israel-for-slowing-older-iphones-1.5629578>>.

⁵⁴² HOP porte plainte contre Apple our obsolescence programmée, Halteobsolescence.org (27.12.2017), <<https://www.halteobsolescence.org/hop-porte-plainte-contre-apple-obsolescence-programmee>>.

⁵⁴³ Le géant Apple visé en France par une enquête pour "obsolescence programmée", LePoint.fr (8.1.2018), <http://www.lepoint.fr/high-tech-internet/la-justice-francaise-ouvre-une-enquete-contre-apple-pour-obsolescence-programmee-source-judiciaire-08-01-2018-2184913_47.php>.

⁵⁴⁴ Pressemitteilung der AGCM vom 18.1.2018, Avviati procedimenti nei confronti di Samsung e di Apple per aggiornamenti software degli smartphone, <<http://www.agcm.it/stampa/comunicati/9119-ps11009-ps11039-avviati-procedimenti-nei-confronti-di-samsung-e-di-apple-per-aggiornamenti-software-degli-smartphone.html>>.

⁵⁴⁵ Siehe dazu das Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage vom 12.7.2018, BGBl. I S. 1151, auf das im Rahmen des Gutachtens nicht näher eingegangen werden konnte.

Verbraucher erfolgt erst auf einer zweiten Stufe, in einem Nachfolgeverfahren nach Erlass des Musterurteils. Die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass es im Fall einer erfolgreichen Feststellungsklage in vielen Fällen zu einer außergerichtlichen Einigung kommt zwischen dem beklagten Unternehmen und den Verbrauchern, die ihre Ansprüche angemeldet haben.⁵⁴⁶

Ein Nachfolgeverfahren ist ebenfalls entbehrlich, wenn es im Rahmen des Musterfeststellungsverfahrens zu einem Gruppenvergleich kommt (§ 611 ZPO n.F.). Andernfalls müssten die einzelnen Verbraucher ihre Leistungsansprüche auf Grundlage des Musterurteils in nachfolgenden Individualklagen durchsetzen. Dabei würden die Kläger zwar von der Verjährungshemmung, die mit Anmeldung der Ansprüche im Musterverfahren eintreten soll (§ 204 Abs. 1 Nr. 1a BGB n.F.), profitieren und könnten sich auf die Bindungswirkung des Musterfeststellungsurteils berufen (§ 613 Abs. 1 ZPO n.F.). Der Erfolg dieses zweistufigen Klagemodells hängt jedoch davon ab, ob es gelingt das rationale Desinteresse der geschädigten Verbraucher zu überwinden. Mit Blick auf die oben geschilderten Beispiele aus der neueren Rechtsprechung erscheint dies eher zweifelhaft.⁵⁴⁷ Es ist eher zweifelhaft, ob ein Verbraucher, der (möglicherweise) einen Anspruch auf Rückzahlung einer unrechtmäßig erhobenen Servicegebühr in Höhe von 2,50 EUR für ein Online-Ticket oder 0,10 EUR für eine SMS-TAN hat, bereit ist, sich zunächst in ein Klageregister einzutragen und anschließend noch die Mühen eines Nachfolgeverfahrens auf sich zu nehmen. Jedenfalls für derartige Fallgestaltungen ist daher nicht davon auszugehen, dass die Einführung einer Musterfeststellungsklage das hier skizzierte Defizit bei der Verbraucherrechtsdurchsetzung beseitigen wird.

(2) Massenschäden

Etwas anders gelagert ist der Fall sogenannter Massenschäden, die nicht im Bagatellbereich verbleiben, sondern bei denen der einzelne Verbraucher erhebliche Vermögensnachteile erleidet. Als Beispiel können die Schäden der Fahrzeugkäufer im Rahmen des Abgasskandals genannt werden. In diesen Fällen erreicht der Schaden des Verbrauchers regelmäßig eine Höhe, bei der eine gerichtliche Geltendmachung nicht per se am zu geringen Streitwert und dem daraus folgenden rationalen Desinteresse der Verbraucher scheitert. Dies belegt die nicht geringe Zahl an Gerichtsverfahren im Zusammenhang mit dem Abgasskandal.⁵⁴⁸ Angesichts der wohl in die Millionen gehenden Zahl an Geschädigten ist die Anzahl derjenigen, die ihre Ansprüche gerichtlich geltend machen, gleichwohl eher gering.

Eine nicht zu unterschätzende Rolle dürfte dabei das erhebliche Prozesskostenrisiko

⁵⁴⁶ BT-Drs. 19/2741, S. 2.

⁵⁴⁷ Zweifelnd auch *Meller-Hannich*, NJW-Beilage 2018, 29 (31); *Stadler*, VuR 2018, 83 (85); siehe auch *Gsell/Meller-Hannich/Stadler*, NJW-aktuell 5/2016, 14, 15; *Krausbeck*, DAR 2017, 567, 570.

⁵⁴⁸ Siehe etwa den Rechtsprechungsüberblick bei *Ring*, SVR 2017, 441. Rechtsvergleichend dazu *Krachler/Rzheorska*, EuCML 2017, 36 (Österreich); *Passinhas*, EuCML 2017, 42 (Portugal); *Caine*, EuCML 2017, 85 (Vereinigtes Königreich); *Namyslowska*, EuCML 2017, 87 (Polen); *Dybus/Lemmen*, EuCML 2017, 91 (Niederlande).

angesichts der in vielen Punkten noch ungeklärten materiellen Rechtslage spielen. Abhilfe könnte hier eine engere Verzahnung von kollektiver und individueller Rechtsdurchsetzung schaffen. Insoweit ist insbesondere der Umstand zu nennen, dass das deutsche Recht bislang keine Verjährungshemmung für individuelle Ansprüche durch die Erhebung einer Verbandsklage vorsieht. Dies kann dazu führen, dass Individualansprüche bereits verjährt sind, wenn eine Verbandsklage nach mehreren Jahren zu einer höchstrichterlichen Entscheidung geführt hat. In anderen Mitgliedstaaten wird dagegen die Verjährung von Individualansprüchen durch die Erhebung der Verbandsklage gehemmt.⁵⁴⁹ Das deutsche Recht kennt eine vergleichbare Regelung im Bereich des Kartellrechts. Dort führt die Einleitung eines Verfahrens durch die Wettbewerbsbehörden gem. § 33h GWB zu einer Verjährungshemmung für follow-on-Klagen.⁵⁵⁰ Wie bereits angesprochen sieht das Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage eine Verjährungshemmung für individuelle Ansprüche durch die Anmeldung der Ansprüche im Rahmen des Musterfahrens vor (§ 204 Abs. 1 Nr. 1a BGB n.F.). Anders als im Fall der Streuschäden könnte dies bei Massenschäden möglicherweise bestehende Defizite in Bezug auf die Verzahnung von kollektiver und individueller Rechtsdurchsetzung teilweise beseitigen. Der Erfolg dieses Modells hängt allerdings davon ab, dass die Verbraucherverbände bereit und angesichts der Prozessrisiken auch finanziell in der Lage sind, regelmäßig Musterfeststellungsklagen zu führen. Gerade bei sehr komplexen Verfahren und Fallgestaltungen, bei denen die Sachverhaltsermittlung schwierig ist, mag dies zweifelhaft sein.

b. Folgenbeseitigungsansprüche im Verbandsklageverfahren

Äußerst umstritten ist die Frage, inwieweit im Verbandsklageverfahren ein Folgenbeseitigungsanspruch geltend gemacht werden kann, der auf eine Rückzahlung unrechtmäßig erhobener Entgelte gerichtet ist. Die Frage stellt sich vor allem im Zusammenhang mit AGB-Klauseln über die Erhebung bestimmter Nebenentgelte sowie im Fall von Fracht-, Liefer- oder Versandkosten, auf die der Verbraucher entgegen §§ 312a Abs. 2 S. 2, 312e BGB nicht vor Vertragsschluss hingewiesen wurde. Ist die entsprechende Entgeltklausel wegen eines Verstoßes gegen §§ 307 ff. BGB unwirksam oder liegt ein Fall der §§ 312a Abs. 2 S. 2, 312e BGB vor, steht den Kunden ein Bereicherungsanspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB zu. Diese Ansprüche können bereits de lege lata nach § 79 Abs. 2 Nr. 3 ZPO im Wege einer Einziehungsklage vom Verbraucherverband auf der Grundlage einer Abtretung oder Prozessstandschaft eingeklagt werden. Die Befragung der Stakeholder hat jedoch ergeben, dass diese Verfahrensart in der Praxis eine sehr geringe Rolle spielt, da das Einziehungsverfahren für die Verbände einen erheblichen organisatorischen

⁵⁴⁹ So etwa in Frankreich (Art. L-623-27 Code de la Consommation) und in den Niederlanden (Hoge Raad, Urt. v. 28.3.2014, ECLI:NL:HR:2014:766).

⁵⁵⁰ Vgl. auch Ziff. 34 der Kommissionsempfehlung Nr. 2013/369 über Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren.

und finanziellen Aufwand erfordert und daher impraktikabel ist.

Als Anknüpfungspunkte für einen Folgenbeseitigungsanspruch bleiben damit im Wesentlichen § 1 UKlaG und § 8 Abs. 1 UWG. Ob ein auf eine Rückzahlung unrechtmäßig erhobener Entgelte gerichteter Folgenbeseitigungsanspruch auf § 1 UKlaG gestützt werden kann ist sehr umstritten (dazu ausführlich Abschnitt A.III.4.c).⁵⁵¹ Während Teile der Literatur dies unter Verweis auf Art. 7 Abs. 1 der Klauselrichtlinie (93/13/EWG) bejahen,⁵⁵² lehnt die Rechtsprechung die Herleitung eines Folgenbeseitigungsanspruchs aus § 1 UKlaG ab.⁵⁵³ Im Rahmen von § 8 Abs. 1 UWG zeichnet sich in der neueren Rechtsprechung eine Tendenz zur Bejahung von Folgenbeseitigungsansprüchen auch bei Verstößen gegen das AGB-Recht ab.⁵⁵⁴ Die Reichweite derartiger Ansprüche ist aber noch sehr umstritten. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob im Rahmen des Anspruchs auf Folgenbeseitigung aus § 8 Abs. 1 UWG eine Rückzahlung zu Unrecht erhobener Entgelte einzelner Verbraucher verlangt werden kann. Teile der Literatur und auch einige Instanzgerichte bejahen dies.⁵⁵⁵ Nach anderer Auffassung passt ein auf § 8 Abs. 1 UWG gestützter Zahlungsanspruch dagegen nicht in das System des UWG.⁵⁵⁶ Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass Zahlungsansprüche in §§ 9, 10 UWG, anders als der Folgenbeseitigungsanspruch aus § 8 Abs. 1 UWG, verschuldensabhängig seien.⁵⁵⁷ Angesichts der unklaren Rechtslage kann jedenfalls derzeit nicht sicher davon ausgegangen werden, dass eine Schadenskompensation im Wege eines Folgenbeseitigungsanspruchs erreicht werden kann.

4. Präventionsfunktion

Es ist heute weitgehend anerkannt, dass die Präventionsfunktion zu den legitimen Aufgaben des Zivilrechts und insbesondere des Lauterkeitsrechts gehört.⁵⁵⁸ Auf die besondere Betonung der Präventionsfunktion in den verbraucherrechtlichen Richtlinien, die durchgängig „wirksame, verhältnismäßige und

⁵⁵¹ Ein neuer Anknüpfungspunkt für Zahlungsansprüche bei der Verletzung anderer Verbraucherschutzgesetze findet sich seit 2016 in § 2 Abs. 1 S. 2 UKlaG. Inwieweit auf diese Vorschrift, die in erster Linie mit Blick auf Datenschutzverstöße geschaffen wurde, auch Zahlungsansprüche gestützt werden können, bedarf noch der gerichtlichen Klärung.

⁵⁵² *Micklitz/Rott* in: MüKoZPO, 2017, § 1 UKlaG Rn. 5 f.

⁵⁵³ BGH, 14.12.2017, Az. I ZR 184/15, GRUR 2018, 423; BGH, 12.12.2007, Az. IV ZR 130/06, NJW 2008, 1160, 1162; OLG Stuttgart, 7.8.2015, 2 U 107/14, WM 2016, 308.

⁵⁵⁴ BGH 14.12.2017, Az. I ZR 184/15, GRUR 2018, 423; zuvor bereits LG Stuttgart, 7.8.2014, Az. 11 O 298/13, VuR 2015, 30; KG, 27.3.2013, Az. 5 U 112/11, BeckRS 2013, 09271.

⁵⁵⁵ LG Leipzig, 10.12.2015, Az. 5 O 1239/15, ZIP 2016, 207; *Micklitz/Rott* in: MüKoZPO, 2017, § 1 UKlaG Rn. 9; *Meller-Hannich*, JZ 2018, 629 (632); siehe dazu auch *Stadler*, VuR 2018, 83 (88).

⁵⁵⁶ *Bunte*, ZIP 2016, 956; *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 2018, § 8 UWG Rn. 1.108.

⁵⁵⁷ *Bunte*, ZIP 2016, 956, 960.

⁵⁵⁸ *Ohly* in: Ohly/Sosnizza, UWG, 2016, § 10 UWG Rn. 1; dazu eingehend *Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006) 352 ff.; *ders.*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht, Verhandlungen des 66. DJT, Bd. 1, 2006, S. A 78 ff.; *Janssen*, Präventive Gewinnabschöpfung, 2017, 27 ff.; *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 51 f.; siehe auch *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 433 ff.

abschreckende“ Sanktionen verlangen, wurde bereits hingewiesen.⁵⁵⁹ Auch aus dieser Perspektive lassen sich gewisse Defizite im Instrumentarium der Verbraucherrechtsdurchsetzung erkennen.

a. Begrenzte Abschreckungswirkung der Unterlassungsklage

Angesichts der zentralen Bedeutung der Unterlassungsansprüche nach §§ 1, 2, UKlaG und § 8 UWG für die Durchsetzung verbraucherschützender Normen, stellt sich zunächst die Frage, inwieweit Unterlassungsklagen überhaupt geeignet sind, eine hinreichende Abschreckungswirkung entfalten. Ausgangspunkt der Analyse ist dabei die bereits skizzierte Schwäche individueller Schadensersatzansprüche, die regelmäßig an der rationalen Apathie des Verbrauchers scheitern.⁵⁶⁰ Eventuelle Schadensersatzansprüche von Mitbewerbern scheitern häufig an den hohen tatbestandlichen Voraussetzungen. So gelingt es gerade bei Irreführungsfällen nur selten, die erforderliche Kausalität zwischen Tat und Schaden nachzuweisen. Hat ein Unternehmen aufgrund dieser Umstände weder Individualklagen der geschädigten Verbraucher noch Schadensersatzklagen von Mitbewerbern zu befürchten, so könnte für ein Unternehmen ebenfalls aus einer Kosten-Nutzen-Abwägung ein Anreiz (und im Wettbewerb möglicherweise sogar ein Druck) entstehen, das Durchsetzungsdefizit auszunutzen.⁵⁶¹ Aus dieser Perspektive ist es daher entscheidend, ob die derzeit zur Verfügung stehenden Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung eine ausreichende Abschreckungswirkung entfalten, um einen „rationalen Rechtsverletzer“ von der Verletzung des Verbraucherrechts abzuhalten. In der rechtsökonomischen Literatur werden insoweit erhebliche Zweifel geäußert. So wird darauf hingewiesen, dass negatorische Rechtsbehelfe wie die Unterlassungsklage nach §§ 1, 2 UKlaG und § 8 UWG das rechtswidrige Verhalten nur mit Wirkung für die Zukunft abstellen können.⁵⁶²

Diese Einschätzung bedarf jedoch einer gewissen Differenzierung. So hat der I. Zivilsenat des BGH in seiner neueren Rechtsprechung den inhaltlichen Umfang des Unterlassungsanspruchs nicht unerheblich ausgeweitet. Danach beschränkt sich die Unterlassungspflicht nicht in einem bloßen Unterlassen der rechtswidrigen Handlung, sondern umfasst auch die Verpflichtung, mögliche und zumutbare Handlungen vorzunehmen, um einen Störungszustand, der bereits in der Vergangenheit durch die

⁵⁵⁹ Zum unionsrechtlichen Hintergrund siehe bereits die Abschnitte A.I. und A.II.

⁵⁶⁰ Siehe dazu bereits die Case Study zu Entgeltklauseln in Abschnitt A.III.

⁵⁶¹ So die Einschätzung von *Towfigh/Chatziathanasiou* in: Schulte-Nölke/BMJV, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 100.

⁵⁶² *Wagner*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht: Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. A 110; zustimmend *Towfigh/Chatziathanasiou* in: Schulte-Nölke/BMJV, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 100, 105; sehr deutlich auch *Köhler*, GRUR 2003, 365 („Solange nämlich ein Unternehmer nur befürchten muss, dass ihm unlautere Wettbewerbspraktiken nur für die Zukunft verboten werden, er dagegen auf Kosten der Abnehmer erwirtschaftete Gewinne - frei nach dem Motto „Unlauterer Wettbewerb lohnt sich immer“ - behalten kann, bleibt das Wettbewerbsrecht eine stumpfe Waffe.“).

zu unterlassende Handlung entstanden ist, zu beseitigen.⁵⁶³ Soweit sich der Unterlassungsanspruch auf den Vertrieb bestimmter Produkte bezieht, sollen diese, soweit sie bereits an den Handel ausgeliefert wurden, zurückzurufen sein.⁵⁶⁴ Eine solche Ausweitung des lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruchs in einen Rückrufanspruch, die in der Literatur auf einige Kritik⁵⁶⁵ gestoßen ist, ist durchaus geeignet, das Präventionspotential von Unterlassungsklagen zu erhöhen. Zu bedenken ist weiter, dass eine flächendeckende Rechtsdurchsetzung über den flexiblen verschuldensunabhängigen Unterlassungsanspruch und der vorgeschalteten Abmahnung durchaus Abschreckungswirkung haben kann: Die zum Ausschluss der Wiederholungsgefahr abgegebene Unterlassungserklärung samt Vertragsstrafe stellt eine Art pauschalierten Schadensersatz dar. Dies kann angesichts der einfacheren Voraussetzungen eine höhere Abschreckungswirkung mit sich bringen als der weitaus seltenere Schadensersatzanspruch, dessen Geltendmachung schon wegen der Erfordernisse von Verschulden, Schaden und Kausalität ungleich höhere Hürden zu überwinden hat.

Ob und in welchem Umfang von der Unterlassungsklage eine verhaltenssteuernde Funktion ausgeht, hängt somit entscheidend davon ab, ob die Aufdeckung droht und ob sich etwaige Investitionen des Unternehmers in das auf Rechtsbruch basierende Geschäftsmodell im Zeitpunkt der Verurteilung – auch unter Berücksichtigung der Kosten eines etwaigen Produktrückrufs – bereits amortisiert haben. Soweit das rechtswidrige Verhalten im Falle einer Verurteilung ohne größeren Verlust eingestellt werden kann (z.B. bei der Verwendung unzulässiger AGB), ist die von einer Unterlassungsklage ausgehende Abschreckungswirkung sehr gering. Es drohen allenfalls die Kosten eines verlorenen Rechtsstreits und ein etwaiger Reputationsverlust.

b. Schwächen des Gewinnabschöpfungsanspruchs

Ein größeres Abschreckungspotential hätte – jedenfalls theoretisch – der Gewinnabschöpfungsanspruch aus § 10 UWG, auf den bereits ausführlich unter A.I.2.g. und A.II.3.d. eingegangen wurde. Auch die Gesetzesbegründung zu § 10 UWG betont den „Präventionszweck“ der Vorschrift und den in ihr zum Ausdruck kommenden Grundsatz, „dass sich unlauteres Verhalten nicht lohnen darf“.⁵⁶⁶ Insbesondere bei Streuschäden könnte ein sachgerecht ausgestalteter Gewinnabschöpfungsanspruch einen Beitrag zur wirksamen Durchsetzung

⁵⁶³ BGH, 29.6.2016, Az. I ZB 34/15, GRUR 2017, 208, Rn. 24 – *Rückruf von RESCUE-Produkten*; BGH, 27.4.2017, I ZB 34/15, GRUR-RR 2017, 416, Rn. 3 – *RESCUE-Produkte*; BGH, 4.5.2017, Az. I ZR 208/15, GRUR 2017, 823, Rn. 26 – *Luftentfeuchter*.

⁵⁶⁴ BGH, 29.6.2016, Az. I ZB 34/15, GRUR 2017, 208, Rn. 30 – *Rückruf von RESCUE-Produkten*; BGH, 4.5.2017, Az. I ZR 208/15, GRUR 2017, 823, Rn. 29 – *Luftentfeuchter*.

⁵⁶⁵ *Hermanns*, GRUR 2017, 977; *Voit*, PharmR 2018, 1; *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 2018, UWG § 8 Rn. 1.82 ff.; kritisch auch *Hofmann*, NJW 2018, 1290.

⁵⁶⁶ BT-Drs. 15/1487, S. 43. Zur Entstehungsgeschichte der Norm siehe *Henning-Bodewig*, GRUR 2015, 731, 733.

verbraucherschützender Normen leisten.⁵⁶⁷ In seiner geltenden Fassung leidet § 10 UWG jedoch an zahlreichen Mängeln.⁵⁶⁸ Die praktische Bedeutung der Vorschrift ist gering.⁵⁶⁹ Teilweise wird § 10 UWG gar als „totes Recht“ bezeichnet.⁵⁷⁰ Die praktische Relevanz der Vorschrift wird zum einen durch die Begrenzung auf vorsätzliche Verstöße erheblich eingeschränkt. Auch die Bestimmung des auf der unlauteren geschäftlichen Handlung beruhenden Unrechtsgewinns bereitet in vielen Fällen Schwierigkeiten.⁵⁷¹ Kritisiert wird ferner, dass die klagebefugten Institutionen verpflichtet sind, im Erfolgsfall den abgeschöpften Gewinn an den Bundeshaushalt abzuführen.⁵⁷² Aus Sicht der Verbraucherverbände besteht daher nur ein geringer Anreiz, die Gewinnabschöpfung gerichtlich geltend zu machen. Im Falle eines Prozessgewinns können sie lediglich ihre Auslagen decken, müssen andererseits aber das Risiko eines Prozessverlustes und der damit verbundenen Kosten tragen.⁵⁷³

⁵⁶⁷ *Janssen*, Präventive Gewinnabschöpfung, 2017, S. 18.

⁵⁶⁸ Zu § 10 UWG siehe auch Abschnitt A.I.; siehe ferner *Wagner*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht, Verhandlungen des 66. DJT, Bd. 1, 2006, S. A 111; kritisch auch *Sack*, WRP 2003, 549, 552; *ders.*, BB 2003, 1073, 1080; *Stadler/Micklitz*, WRP 2003, 559, 562; *Engels/Salomon*, WRP 2004, 32; 43; *Köhler*, GRUR 2003, 265, 266; *ders.*, NJW 2004, 2121, 2126.

⁵⁶⁹ *Ohly* in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 2016, § 10 Rn. 3; *Alexander*, Verbraucherschutzrecht, 2015, S. 256.

⁵⁷⁰ *Goldmann*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, 2016, UWG § 10 Rn. 5. Immerhin sind vereinzelte Urteile ergangen, in denen erfolgreich ein Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG geltend gemacht wurde, siehe OLG Stuttgart, 2.11.2006, Az. 2 U 58/06, GRUR 2007, 435 – *Veralteter Matratzentest*; OLG Frankfurt, 4.12.2008, Az. 6 U 186/07, GRUR-RR 2009, 265 – *Abo-Fallen*; OLG Frankfurt, 20.5.2010, Az. 6 U 33/09, GRUR-RR 2010, 482 – „heute gratis!“, OLG Schleswig, 26.3.2013, Az. 2 U 7/12, MMR 2013, 579.

⁵⁷¹ *Henning-Bodewig*, GRUR 2015, 731, 737; siehe auch Bundesrat BT-Drs. 15/1487 S. 34.

⁵⁷² *Micklitz/Stadler*, WRP 2003, 559, 562.

⁵⁷³ Überzeugender wäre die Aufteilung des abgeschöpften Gewinns zwischen der öffentlichen Hand und dem erfolgreich klagenden Verband, eventuell mit einer in absoluten Obergrenze für den dem Verband zufließenden Betrag; vgl. den Vorschlag von *Wagner*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht, Verhandlungen des 66. DJT, Bd. 1, 2006, S. A 115.

VI. Zusammenfassung

Das Verbraucherschutzniveau in Deutschland wird allgemein als hoch angesehen. Gleiches gilt grundsätzlich auch für die Effektivität der Verbraucherrechtsdurchsetzung. Die Rechtsordnung stellt einer Reihe von Akteuren (Verbrauchern, Wettbewerbern, Verbänden, Behörden) unterschiedliche Instrumente zur Rechtsdurchsetzung zur Verfügung, die sich wechselseitig ergänzen. Der Schwerpunkt liegt dabei bislang auf der zivilrechtlichen Durchsetzung. Im Bereich des lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutzes kommt insbesondere den Unterlassungsansprüchen aus § 8 UWG eine zentrale Rolle bei der schnellen und effektiven Abstellung von Rechtsverstößen zu. Über den sog. Rechtsbruchtatbestand des § 3a UWG werden dabei in der Praxis häufig Verstöße gegen Marktverhaltensregelungen in anderen Gesetzen mit dem UWG-Instrumentarium abgestellt. Im Bereich des AGB-Rechts und bei Verstößen gegen andere Verbraucherschutzgesetze bilden darüber hinaus Unterlassungsansprüche nach §§ 1, 2 UKlaG ein wichtiges Instrument der Rechtsdurchsetzung. Schadensersatzansprüche nach § 9 UWG und der Anspruch auf Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG spielen demgegenüber eine untergeordnete Rolle. Auch Folgenbeseitigungsansprüche werden nur in Einzelfällen durchgesetzt.

In einigen Bereichen wird die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung durch behördliche Befugnisse ergänzt. Eine übergreifende behördliche Kompetenz für die Durchsetzung von Verbraucherrecht gibt es in Deutschland nicht. Vielmehr gibt es für einzelne Befugnisse sektoriell tätige Behörden oder einzelne Normen, für die besondere Durchsetzungsbefugnisse vorgesehen sind. Beispielhaft ist die Verbraucherrechtsdurchsetzung durch die Bundesnetzagentur und die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht zu nennen, die von den befragten Stakeholdern als recht wirksam eingeschätzt wird. Als weniger effektiv wird dagegen der Einsatz gewerberechtlicher Befugnisse durch kommunale Behörden und die strafrechtliche Verfolgung von Verbraucherrechtsverstößen durch die Staatsanwaltschaften eingeschätzt. Hier mangelt es unter anderem offenbar teilweise an der personellen und sachlichen Ausstattung. Festzuhalten ist allerdings, dass es in vielen Bereichen jedenfalls Ansätze für behördliche Befugnisse gibt.

Mit den Vorgaben des Unionsrechts steht der vorwiegend zivilrechtliche Regelungsansatz des deutschen Lauterkeits- und Verbraucherrechts im Einklang, da die maßgeblichen Unionrechtsakte bislang nicht die Einführung eines Behördenmodells verlangen. Ein Anpassungsdruck in Richtung einer behördlichen Rechtsdurchsetzung ergibt sich jedoch durch die im Jahr 2017 neugefasste CPC-VO, die nunmehr deutlich erweiterte behördliche Mindestbefugnisse vorsieht. Zwar betrifft die CPC-VO ausschließlich die grenzüberschreitende Verfolgung von Wettbewerbsverstößen. Ob ein Nebeneinander von behördlicher Rechtsdurchsetzung für grenzüberschreitende Verstöße und vorwiegend privater Rechtsdurchsetzung dauerhaft praktikabel ist, erscheint eher zweifelhaft.

Sowohl die Case Studies als auch die Stakeholderbefragung lassen erkennen, dass das Verbraucher- und Lauterkeitsrecht in materieller Hinsicht hinreichend flexibel ist, um auch neue Geschäftsmodelle und Verhaltensweisen (z.B. Influencer Marketing, Vergleichsplattformen) zu erfassen. Bei der Beurteilung der Rechtsdurchsetzung zeigen sich jedoch gewisse Unterschiede. Im Fall des Influencer Marketings erweist sich die Kombination aus privater Rechtsdurchsetzung über die Zivilgerichte und behördlicher Rechtsdurchsetzung durch die Landesmedienanstalten als wirksam. Bei Vergleichsplattformen und Kundenbewertungen führen dagegen die teilweise recht intransparenten Geschäftsmodelle zu Ermittlungsschwierigkeiten, die Durchsetzungsdefizite zur Folge haben können. Verschärft werden dürfte dieses Problem durch die wachsende Bedeutung algorithmenbasierter Geschäftsmodelle, die dazu führt, dass die für Verbraucher relevanten Entscheidungen zunehmend in einer „black box“ getroffen werden. Auch der Trend zur Personalisierung (personalised marketing, personalised pricing), der zu einer „Atomisierung“ der Geschäftspraktiken führt, erschwert eine Marktkontrolle durch Verbraucherverbände und Wettbewerber.

Im AGB-Recht ist die Problemlage wiederum eine andere, wie das Beispiel unzulässiger Entgeltklauseln zeigt. Da Individualklagen einzelner Verbraucher hier regelmäßig an der „rationalen Apathie“ der Geschädigten scheitern, hängt die Effektivität der Rechtsdurchsetzung bei Streuschäden in erster Linie von der Reichweite des Verbandsklageverfahrens ab. Dabei geht es insbesondere um die Frage, ob im Verbandsprozess nicht nur zukünftige Rechtsverstöße verhindert, sondern auch die Folgen bereits eingetretener Verbraucherrechtsverletzungen korrigiert werden können. Zwar lässt die neuere Rechtsprechung einen Trend zur Anerkennung von Folgenbeseitigungsansprüchen im Verbandsprozess erkennen. Noch nicht abschließend geklärt ist allerdings, ob auf diese Weise auch eine Rückzahlung zu Unrecht erhobener Entgelte verlangt werden kann. Grundsätzlich werden – nicht nur in den Entgeltklauselfällen – die Folgen von Verstößen gegen Verbraucherrecht rückwirkend nur in Ausnahmefällen beseitigt. Defizite bestehen auch bei der Breitenwirkung von Unterlassungsurteilen, die grundsätzlich nur *inter partes* wirken. Zwar entfalten höchstrichterliche Entscheidungen mitunter eine nicht unerhebliche faktische Breitenwirkung. Die Praxis zeigt jedoch, dass die Verbraucherverbände gerade bei branchenweiten Verstößen gezwungen sind, aufwändige Parallelprozesse zu führen.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Frage nach möglichen Defiziten bei der Durchsetzung des Verbraucherrechts sich nicht pauschal beantworten lässt, sondern eine Differenzierung nach den verschiedenen Zielen und Instrumenten der Verbraucherrechtsdurchsetzung erfordert. Mit Blick auf die drei Ziele (1) Abstellung von Rechtsverstößen, (2) Schadenskompensation und (3) Prävention von Rechtsverstößen fällt das abschließende Urteil daher differenziert aus:

(1) Eine allseits anerkannte Stärke des zivilrechtlichen Durchsetzungsregimes ist die schnelle und effektive Abstellung von Rechtsverstößen durch Abmahnungen, einstweilige Verfügungen und Unterlassungsklagen. An Grenzen stößt das Instrument

der Unterlassungsklage jedoch in Fällen, in denen die Aufklärung des Sachverhaltes für Private nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist, etwa bei Fällen mit Auslandsbezug und besonders intransparenten Geschäftsmodellen.

(2) Stärkere Defizite bestehen derzeit bei der Kompensation von Streuschäden und sonstigen Folgen von Rechtsverstößen. Inwieweit hier künftig eine Ausweitung von Folgenbeseitigungsansprüchen durch die Rechtsprechung oder die Einführung einer Musterfeststellungsklage Abhilfe schaffen wird, bleibt abzuwarten.

(3) Geht es um die Prävention von Verbraucherrechtsverstößen, hängt die Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung davon ab, ob das verfügbare Instrumentarium „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende“ Sanktionen bereithält. Der auf die Zukunft gerichteten Unterlassungsklage kommt nur eine begrenzte Abschreckungswirkung zu. Gleiches gilt für den Gewinnabschöpfungsanspruch aus § 10 UWG, der jedenfalls in seiner gegenwärtigen Form in der Praxis nur eine geringe Bedeutung hat.

Teil B: Handlungsoptionen zur Ergänzung der Befugnisse des Bundeskartellamts

Die leitende Frage für Teil B des Gutachtens ist, welchen Beitrag das Bundeskartellamt zur effektiven Abstellung von Verstößen gegen Verbraucherrecht (insbesondere UWG) leisten könnte. Zur Diskussion stehen also gesetzgeberische Handlungsoptionen, mit denen behördliche Befugnisse geschaffen würden, die die in Teil A dargestellte private Rechtsdurchsetzung im Verbraucherrecht ergänzen würden.

Institutionell knüpft der Auftraggeber des Gutachtens diese Frage an das Bundeskartellamt an, eine Behörde, die bis 2017 nicht unmittelbar mit Verbraucherrecht befasst war. Mit der 9. GWB-Novelle 2017 wurden dem Amt allerdings erste Befugnisse in diesem Bereich eingeräumt.⁵⁷⁴

In Abschnitt I wird die Tätigkeit des Bundeskartellamts im Überblick dargestellt. In Abschnitt II werden Optionen für den Gesetzgeber vorgestellt. Dabei wird erörtert, wie das Bundeskartellamt – ausgehend von seiner aktuellen Tätigkeit im Kartellrecht – auch Verbraucherrecht durchsetzen könnte. In Abschnitt III werden Kriterien für die Ausgestaltung der Befugnisse vorgestellt. Ein Schwerpunkt liegt in diesem Abschnitt auf der Abstimmung zwischen behördlicher und privater Rechtsdurchsetzung. Ergänzend werden in Abschnitt IV innovative Schutzmechanismen skizziert. Abschnitt V fasst die Kernpunkte des Kapitels, insbesondere mit Blick auf die in Teil A des Gutachtens systematisierten Defizite der Verbraucherrechtsdurchsetzung, zusammen. Von einer konkreten Empfehlung sehen die Autoren in Absprache mit dem Auftraggeber des Gutachtens ab.

⁵⁷⁴ BT-Drucks. 18/11446, S. 27. Vorausgegangen waren u.a. Veranstaltungen des Bundesjustizministeriums, vgl. *Schulte-Nölke*/Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, *Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts*, 2017; des Bundeskartellamts, vgl. Bundeskartellamt, *Wettbewerb und Verbraucherverhalten*, die Arbeitspapiere sind abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Veranstaltungen/ArbeitskreisKartellrecht/arbeitskreiskartellrecht_no_de.html. Zu weiteren Vorarbeiten vgl. *Podszun/Schmieder* in: Kersting/Podszun, *Die 9. GWB-Novelle*, 2017, S. 85 ff., 106 ff.

I. Tätigkeit des Bundeskartellamts im Überblick

Der Gutachtauftrag bezieht sich ausdrücklich auf eine Ergänzung der Befugnisse des Bundeskartellamts. Damit wird an ein bestehendes System der Rechtsdurchsetzung angeknüpft. Synergieeffekte aus der Betrauung einer bestehenden Institution können sich insbesondere dann ergeben, wenn weitgehend auf das bestehende System aufgesattelt wird. Dies macht es erforderlich, den aktuellen Organisations- und Handlungsrahmen des Bundeskartellamts abzustecken. Im Folgenden wird daher überblicksartig die Institution Bundeskartellamt vorgestellt. Zugleich kann die Betrauung mit neuen Befugnissen auch ein Impuls für eine institutionelle Modernisierung sein.

1. Organisation

Das Bundeskartellamt (Sitz: Bonn) ist gem. § 51 Abs. 1 GWB eine Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundeswirtschaftsministeriums. Das Amt hatte 2016 ca. 345 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter und verfügte über ein Budget von 29,3 Millionen Euro.⁵⁷⁵ Die Entscheidungen in kartellrechtlichen Verfahren werden von Beschlussabteilungen getroffen, wobei jeweils drei Personen (Vorsitzende/r, Berichterstatter/in, Beisitzer/in) ein Entscheidungsgremium bilden (§ 51 Abs. 2 und 3 GWB). Diese Personen sind von Weisungen unabhängig und entscheiden frei.⁵⁷⁶ Die Beschlussabteilungen sind weitgehend nach Branchen organisiert, um Marktkenntnisse zu vereinen. Lediglich die Bekämpfung von Hardcore-Kartellen, also klassischen Preisabsprachen, wird teilweise durch hierauf spezialisierte Beschlussabteilungen geleistet. Daneben unterstützen eine Grundsatzabteilung und weitere unterstützende Einheiten die kartellrechtliche Fallentscheidung. An der Spitze des Bundeskartellamts stehen Präsident und Vizepräsident.

Die Anknüpfung an die Rechtsdurchsetzung durch das Bundeskartellamt ist gerechtfertigt, da diese Behörde weltweit, aber gerade auch bei deutschen Unternehmen und Verbrauchern einen herausragenden Ruf genießt.⁵⁷⁷ Bei internationalen Vergleichen von Kartellbehörden schneidet das Bundeskartellamt regelmäßig in der Spitzengruppe ab.⁵⁷⁸ Die Entscheidungen des Bundeskartellamts werden dem Vernehmen nach in der weit überwiegenden Zahl von Fällen von den zuständigen Gerichten bestätigt.

In zahlreichen anderen Mitgliedstaaten der EU sind die verbraucherrechtlichen

⁵⁷⁵ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2016, 2017, S. 5.

⁵⁷⁶ Dies ergibt sich als Umkehrschluss aus den Regeln in § 51 Abs. 2-4, § 52 GWB, vgl. *Quellmalz* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 2016, § 52 GWB Rn. 2 f.; *Stockmann*, ZWeR 2008, 137.

⁵⁷⁷ Die Herausstellung des Bundeskartellamts soll nicht bedeuten, dass es nicht andere Behörden gibt, die in ähnlicher Weise hervorragend arbeiten oder dass die Betrauung gerade des Bundeskartellamts alternativlos wäre. Der Gutachtauftrag bezieht sich aber explizit auf das Bundeskartellamt, sodass auch nur die Erweiterung der Befugnisse des Bundeskartellamts Gegenstand dieser Studie ist.

⁵⁷⁸ Bspw. Global Competition Review, Rating Enforcement 2016, 2016.

Befugnisse unter einem Dach mit den kartellrechtlichen Befugnissen gebündelt. Dies ist beispielsweise in den Niederlanden (Autoriteit Consument & Markt), in Großbritannien (Competition & Markets Authority), in Polen (Urzad Ochrony Konkurencji i Konsumentów) und in Italien (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) der Fall.⁵⁷⁹ Auch die US-amerikanische Federal Trade Commission hat sowohl verbraucher- als auch kartellrechtliche Kompetenzen.⁵⁸⁰

a. Kernbereich der Tätigkeit

Kernbereich der Tätigkeit des Bundeskartellamts ist die Durchsetzung des deutschen und europäischen Kartellrechts (GWB; Art. 101 und 102 AEUV, FKVO). Das Kartellrecht zielt auf den Schutz des freien Wettbewerbs und die Erhaltung offener Märkte. Dadurch werden auch Wettbewerber und Verbraucher geschützt.⁵⁸¹

Das Kartellrecht hat drei Säulen: die Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, die Unterbindung des Missbrauchs von Marktmacht sowie die Fusionskontrolle. Es ist grundsätzlich auf alle Branchen unterschiedslos anzuwenden.⁵⁸² Dieser sogenannte Universalitätsgedanke des Kartellrechts gilt seit der 7. GWB-Novelle 2005 als wichtiger Baustein des Schutzes des freien Wettbewerbs. Dem Kartellrecht unterfallen auch Maßnahmen der öffentlichen Hand gemäß § 185 Abs. 1 GWB. Der Gesetzgeber hat allerdings für einzelne Branchen und Vereinbarungen Ausnahmen vom Kartellrecht vorgesehen, so etwa in § 30 GWB für den Bereich der Presse. Manche Gruppen von Vereinbarungen, die wettbewerbsbeschränkend wirken, sind durch die Gruppenfreistellungsverordnungen (§ 2 GWB in Verbindung mit europäischem Recht) vom Verbot des § 1 GWB freigestellt. Zwischen kartellrechtlichen Fällen und verbraucherrechtlichen Themen bestehen zahlreiche Verknüpfungen.⁵⁸³ Hier ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass in der kartellrechtlichen Diskussion seit Anfang dieses Jahrtausends der Verbraucherschutz eine erhebliche Aufwertung, bis hin zu einer Zielbestimmung des Kartellrechts, erfahren hat. Diskutiert wird insbesondere, ob das Kartellrecht nicht darauf ausgerichtet werden sollte, die Konsumentenwohlfahrt zu erhöhen. Dieser Ansatz (sog. „more economic approach“) hat sich zwar in Deutschland nicht umfassend durchgesetzt, mag aber als Beleg dafür dienen, dass es in der Zielrichtung zwischen Kartellrecht und Verbraucherrecht einen großen Überschneidungsbereich gibt.⁵⁸⁴

Dies gilt auch für konkrete Verfahren. Insbesondere ist die Abgrenzung zwischen UWG und Kartellrecht immer wieder umstritten.⁵⁸⁵ Gerade der im integrierten Ansatz des

⁵⁷⁹ Vgl. die Aufstellung der Kartellbehörden hier: http://ec.europa.eu/competition/ecn/competition_authorities.html.

⁵⁸⁰ Vgl. <https://www.ftc.gov/about-ftc/what-we-do>.

⁵⁸¹ Statt aller: EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, Rz. 24 – *TeliaSonera*.

⁵⁸² *Wiedemann* in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2016, § 4 Rn. 4 und 10.

⁵⁸³ Vgl. Bundeskartellamt, Wettbewerb und Verbraucherverhalten – Konflikt oder Gleichlauf zwischen Verbraucherschutz und Kartellrecht?, Hintergrundpapier zur Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, 2016; *Mundt/Stempel* in: Kenning/Oehler/Reisch/Grugel, Verbraucherwissenschaften, 2017, S. 573 ff.

⁵⁸⁴ Vgl. *Ost* in: Schulte-Nölke/BMJV, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 189 ff.

⁵⁸⁵ Vgl. nur *Ohly* in: Ohly/Sosnitza, UWG, 2016, Einl. D Rn. 72 ff.; *Ahrens* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, Einl. G Rn. 108 ff.

UWG mitwirkliche Mitbewerberschutz, zum Beispiel die gezielte Behinderung nach § 4 Nr. 4 UWG, ließe sich in vielen Fällen unter §§ 19, 20 GWB (Schutz vor dem Missbrauch von Marktmacht) fassen. Eine eindeutige Abgrenzung der beiden Rechtsgebiete ist nicht gelungen. Es bestehen insofern zahlreiche inhaltliche Anknüpfungspunkte.

Kennzeichnend für das Kartellrecht ist eine starke ökonomische Durchdringung.⁵⁸⁶ Gerade in den vergangenen 10-15 Jahren hat die ökonomische Expertise bei behördlichen Entscheidungen und auch vor Gericht erheblich zugenommen. Schon in seinen Anfängen in Deutschland und Europa in den 1950er Jahren waren Wettbewerbsökonomien wie *Walter Eucken* prägend für die Rechtsetzung und -anwendung. In den vergangenen Jahren hat sich im Kartellrecht ein sog. auswirkungsorientierter Ansatz (*effects-based approach*) etabliert, bei der die Auswirkungen von geschäftlichen Handlungen sowie von behördlichen Maßnahmen von Ökonomen prognostiziert werden.

b. Weitere Tätigkeitsfelder

Das Bundeskartellamt ist jedoch nicht nur für die Durchsetzung von Kartellrecht zuständig. Ins Bundeskartellamt integriert wurden insbesondere die Vergabekammern des Bundes, die innerhalb des Bundeskartellamts organisatorisch unabhängig von den Beschlussabteilungen arbeiten. Sie wachen über die Einhaltung des Vergaberechts bei Ausschreibungen auf Bundesebene. 2017 wurde das Amt mit der Führung des Wettbewerbsregisters betraut (§ 1 Abs. 1 WettbewerbsregisterG).

Teil des Bundeskartellamts sind inzwischen auch die Markttransparenzstellen für den Großhandel mit Strom und Gas sowie für Kraftstoffe (§§ 47a bis 47l GWB). Diese Transparenzstellen wirken als Informations-Hubs, sie sammeln Preisinformationen und verteilen diese weiter. Darin ist keine klassische kartellrechtliche Aufgabe zu sehen, es handelt sich eher um eine regulatorische Tätigkeit.⁵⁸⁷

Mit der 9. GWB-Novelle 2017 erhielt das Bundeskartellamt zudem erste verbraucherrechtliche Befugnisse. Zum einen kann das Amt verbraucherrechtliche Sektoruntersuchungen nach § 32e Abs. 5 und 6 durchführen. Dabei sollen dem Wortlaut des Gesetzes zufolge Ermittlungen stattfinden dürfen „bei begründetem Verdacht des Bundeskartellamts auf erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften, die nach ihrer Art oder ihrem Umfang die Interessen einer Vielzahl von Verbraucherinnen und Verbrauchern beeinträchtigen“. Zudem kann das Bundeskartellamt gemäß § 90 Abs. 6 als sogenannter *Amicus Curiae* in zivilgerichtlichen Auseinandersetzungen vor Gericht auftreten, wenn dort derartige Verstöße verhandelt werden. Die beiden neuen Befugnisse sind Ausfluss der ersten Diskussion im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur 9. GWB-Novelle über die

⁵⁸⁶ Vgl. *Ewald* in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2016, § 7; *Kerber/Schwalbe* in: MüKo-Kartellrecht, 2015, Einl. B.

⁵⁸⁷ Vgl. *Lüdemann/Lüdemann*, WuW 2012, 917 ff.; *Lange*, EnWZ 2013, 104; *Hartog*, EnWZ 2015, 536.

Stärkung verbraucherrechtlicher Befugnisse des Bundeskartellamts.⁵⁸⁸ Das Amt hat hierauf mit der Einrichtung einer Beschlussabteilung V reagiert, die bereits die ersten Sektoruntersuchungen eingeleitet hat und sich auch schon an Gerichtsverfahren beteiligt hat.⁵⁸⁹

2. Befugnisse

Das Befugnisarsenal macht das Bundeskartellamt zu einer äußerst schlagkräftigen Behörde.

a. Ermittlungen

Das Bundeskartellamt ist zunächst eine Ermittlungsbehörde, das Amt kann Sachverhalte mit eigenen Ermittlungsmaßnahmen weitgehend ermitteln. Das BKartA hat teilweise Befugnisse, die wie die der Staatsanwaltschaft in Strafverfahren ausgestaltet sind. So kann das Amt insbesondere Auskunft von Unternehmen verlangen, Zeugen vernehmen oder Durchsuchungen (mit richterlichem Beschluss) durchführen. Auch die Sektoruntersuchung, die ohne einen konkreten Verdacht vorgenommen werden kann, ist als Ermittlungsbefugnis einzuordnen.

Das Bundeskartellamt leistet bei Ermittlungen gegebenenfalls auch Amtshilfe für die Europäische Kommission.

b. Entscheidungen

Die vom Amt ermittelten Erkenntnisse werden in den entsprechenden Fällen sodann vom Amt selbst verbeschieden, es gibt also keine Trennung zwischen Ermittlungs- und Entscheidungsinstanz.

Eine grundsätzliche Unterscheidung ist zu treffen zwischen Verwaltungsverfahren, für die die Befugnisnormen in §§ 32-32e, 34 GWB vorgesehen sind, sowie Ordnungswidrigkeitenverfahren, die mit einem Bußgeld nach § 81 GWB abgeschlossen werden können.⁵⁹⁰ Hinzu kommen die Antragsverfahren in der Fusionskontrolle (§§ 35 ff. GWB) sowie in weiteren Ausnahmebereichen (z.B. für Wettbewerbsregeln nach § 24 GWB).

⁵⁸⁸ Zu dieser Diskussion siehe *Podszun/Schmieder* in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 85 ff.

⁵⁸⁹ Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 12.6.2017 (Einrichtung Beschlussabteilung V); Pressemitteilung vom 24.10.2017 (Einleitung Sektoruntersuchung Vergleichsportale), Pressemitteilung vom 13.12.2017 (Einleitung Sektoruntersuchung Smart-TV).

⁵⁹⁰ Auch bei der Durchsetzung europäischen Rechts, für das das Bundeskartellamt gem. § 22 GWB und Art. 3 VO 1/2003 zuständig ist, richten sich die Befugnisse nach deutschem Verfahrensrecht.

(1) Sanktionen nach §§ 32 ff. GWB

Bei den verwaltungsrechtlichen Befugnissen hat das Bundeskartellamt insbesondere die Möglichkeit, eine Abstellungsverfügung zu erlassen (§ 32 Abs. 1 GWB), die im Falle des Verstoßes mit einem Bußgeld bewehrt ist (§ 81 Abs. 2 Nr. 2a GWB). Dabei kann das Amt auch positiv tenorieren, also dem betroffenen Unternehmen Maßnahmen aufgeben, die dieses zu erfüllen hat, um die Wettbewerbsbeschränkung dauerhaft abzustellen (sog. Gebotsverfügung, § 32 Abs. 2 GWB). Eine besondere Befugnis ist die Anordnung der Rückerstattung erwirtschafteter Vorteile an Verbraucher gem. § 32 Abs. 2a GWB.⁵⁹¹ In der Praxis ist auch die Arbeit mit Verpflichtungszusagen von großer Bedeutung (§ 32b GWB). Dabei werden kartellrechtliche Bedenken nur vorläufig festgestellt und das Verfahren wird mit einer Verbindlichmachung von angebotenen Abhilfemaßnahmen der Unternehmen abgeschlossen. Das Amt kann nachträglich Zuwiderhandlungen feststellen (§ 32 Abs. 3 GWB) und einstweilige Maßnahmen vorsehen (§ 32a GWB). Von diesen beiden Möglichkeiten macht das Bundeskartellamt im Kartellrecht selten Gebrauch.

(2) Bußgeldsanktionen nach § 81 GWB

Das Amt kann selbstständig Bußgeldbescheide erlassen (§ 81 GWB). Bußgelder werden insbesondere für Zuwiderhandlungen gegen die materiellen Normen des Kartellrechts verhängt. Hier ist eine Bußgeldobergrenze bei Unternehmen von 10 % des weltweiten Konzernumsatzes gezogen worden (§ 81 Abs. 4 S. 2 GWB). Bußgelder werden in einer Höhe von bis zu 1 Million Euro gegen natürliche Personen verhängt (§ 81 Abs. 4 S. 1 GWB). Die Bußgelder fallen in der Praxis im Vergleich zu den von anderen Behörden verhängten Bußgeldern hoch aus.⁵⁹² Bußgelder sind auch möglich bei Verstößen gegen Anordnungen aus Ermittlungs- oder Verwaltungsverfahren des Amtes (z.B. § 81 Abs. 2 Nr. 2a, Nr. 6 GWB). Solche Bußgelder sind auch wegen des Verstoßes gegen eine Anordnung im Rahmen einer verbraucherrechtlichen Sektoruntersuchung nach § 32e Abs. 5 GWB möglich.

c. Öffentlichkeitsarbeit

Einen großen Stellenwert hat die Öffentlichkeitsarbeit des Bundeskartellamts, die auf vielfältige Weise wahrgenommen wird und die in den Medien eine starke Rezeption erfährt.⁵⁹³ Sie ist durch die 9. GWB-Novelle gestärkt worden (§ 53 Abs. 4 und 5 GWB).⁵⁹⁴

⁵⁹¹ Vgl. *Kahlenberg/Neuhaus*, BB 2013, 131; *Bien*, ZWeR 2013, 448; zuvor schon *Reher/Haellmigk*, WuW 2010, 513; *Fuchs*, ZWeR 2009, 176.

⁵⁹² Das BKartA hat 2015 Bußgelder von insgesamt 208 Mio. Euro verhängt (davon 205,9 Mio. Euro gegen Unternehmen), 2016 von insgesamt 124,6 Mio. Euro (davon 124,5 Mio. Euro gegen Unternehmen), s. BKartA, Tätigkeitsbericht 2015/2016, 2017, BT-Drucks. 18/12760, S. 30.

⁵⁹³ Zu den rechtlichen Grenzen vgl. *Paal/Kumkar*, NZKart 2015, 366; *Mundt*, NZKart 2016, 145; *Sewczyk*, WuW 2006, 244.

⁵⁹⁴ Vgl. *Podszun* in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 365 ff.

3. Rechtliche Einbettung

Entscheidungen des Bundeskartellamts sind mit Beschwerde zum Oberlandesgericht Düsseldorf und sodann mit Rechtsbeschwerde zum Kartellsenat des Bundesgerichtshofs anfechtbar (vgl. §§ 63 ff., 74 ff. GWB). Die Kartellsenate des OLG Düsseldorf (§ 91 GWB) und des BGH (§ 94 GWB) verhandeln sowohl Fälle aus dem behördlichen als auch aus dem zivilrechtlichen Bereich. Der Kartellsenat des BGH ist damit die für Deutschland höchstgerichtliche Fachgerichtsbarkeit, die umfassend für das Kartellrecht zuständig ist – ohne Rücksicht auf den verwaltungsrechtlichen oder zivilgerichtlichen Ursprung des Verfahrens.

Bei der Rechtsanwendung greift das Amt selbstverständlich auf die langjährige Rechtsprechung zurück, es stimmt sich zudem im Rahmen der VO 1/2003 mit der Europäischen Kommission und ggf. weiteren Behörden ab. Im Kartellrecht kann auf Basis des sogenannten Auswirkungsprinzips (§ 185 Abs. 2 GWB) gegen alle Wettbewerbsbeschränkungen vorgegangen werden, die sich auf deutschem Territorium auswirken. Die internationale Vernetzung des Amtes ist extrem stark.

Das Konkurrenzverhältnis zum europäischen Kartellrecht, das dem deutschen Kartellrecht sehr stark ähnelt, wird bestimmt vom Merkmal der spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels. Dieses Merkmal wird weit ausgelegt,⁵⁹⁵ sodass es im Kartellrecht häufig eine parallele Zuständigkeit von Europäischer Kommission und nationaler Wettbewerbsbehörde gibt. Die Verteilung der Fälle wird durch interne Mechanismen geregelt, die in der VO 1/2003 und ergänzenden Mitteilungen niedergelegt sind.⁵⁹⁶ Das Ziel, einen „One-Stop-Shop“ in Europa zu erreichen, wurde bislang im Kartellrecht nicht verwirklicht.⁵⁹⁷ Die enge Zusammenarbeit der Kartellbehörden hat aber auch keine Verwerfungen größeren Ausmaßes produziert.

Das Amt übt bei der Fallauswahl ein Aufgreifermessen aus, das nicht von der Rechtsprechung kontrolliert wird.⁵⁹⁸ Eine nach außen kommunizierte Prioritätensetzung findet nicht statt. Das Amt ist bei Einleitung, Durchführung und Abschluss der Verfahren selbstverständlich an die rechtsstaatlichen Grundsätze, z.B. das Verhältnismäßigkeitsprinzip, und die Grundrechte gebunden.

Das Amt hat sich im Bereich des Kartellrechts durch mehrere Bekanntmachungen für seine Praxis selbst gebunden, etwa durch die sog. Bonusregelung für Kronzeugen, die Kartelle aufdecken, oder die Leitlinien zur Bußgeldberechnung.⁵⁹⁹

Eine neuere Entwicklung ist die Verzahnung von behördlicher und privater

⁵⁹⁵ Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. C Nr. 101 v. 27.4.2004, S. 81 ff., dazu *Streinz/Eilmansberger*, EUV/AEU, Art. 101 AEUV Rn. 27.

⁵⁹⁶ Vgl. näher die Kommentierungen zu Art. 11 VO 1/2003 sowie *Jungheim*, EWS 2013, 305.

⁵⁹⁷ Vgl. *Kalfass* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 2016, Art. 13 VO 1/2003 Rn. 11.

⁵⁹⁸ Grundlegend BGH, 6.3.2001, Az. KVZ 20/00, ZIP 2001, 807 m.w.N. – *Fachklinik für Herzchirurgie*.

⁵⁹⁹ Siehe http://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Publikationen/Materialien/materialien_node.html sowie http://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Publikationen/Bekanntmachungen/bekanntmachungen_node.html.

Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht. Hier wurde gerade durch die 9. GWB-Novelle in Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie der Europäischen Union nachjustiert.⁶⁰⁰ Die behördliche Rechtsdurchsetzung ist im Kartellrecht dominant. Zunehmend wird versucht, die private Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht zu stärken. Neben Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung (§ 33 Abs. 1 GWB), die vor den Landgerichten geltend gemacht werden können, treten immer öfter Kartellschadensersatzverfahren. Hier gibt es Abstimmungsregeln mit der behördlichen Rechtsdurchsetzung, etwa hinsichtlich der Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen (§ 33b GWB), der Verjährung (§ 33h GWB) oder bei der Einsichtnahme in die Akten des Bundeskartellamts (§ 33e GWB). Trotz dieser Bemühungen stehen private Schadensersatzklagen im Kartellrecht derzeit noch am Anfang, insbesondere wegen der Schwierigkeiten bei der Quantifizierung des Schadens.⁶⁰¹ Die in §§ 34, 34a GWB vorgesehene Vorteilsabschöpfung durch BKartA oder Verbände spielt in der Praxis keine Rolle.

⁶⁰⁰ Vgl. *Kersting* in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 115 und nachfolgende Beiträge.

⁶⁰¹ Es wird allerdings erwartet, dass durch die Folgeprozesse zum sog. LKW-Kartell Schadensersatzklagen häufiger und letztlich erfolgreicher werden.

II. Optionen der Befugnisergänzung

In diesem Abschnitt wird dargestellt, welche Optionen sich für den Gesetzgeber zur Schaffung verbraucherrechtlicher Befugnisse des Bundeskartellamts ergeben. Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen ist, dass neue Befugnisse weitgehend an den Verfahrens- und Handlungsformen des Bundeskartellamts im Bereich des Kartellrechts orientiert sein sollten. Das gewährleistet die stärksten Synergieeffekte mit dem bestehenden System. Maßstab muss sein, dass die in Teil A identifizierten Defizite gezielt aufgegriffen werden, die bewährte private Rechtsdurchsetzung im Verbraucherrecht jedoch nicht unterminiert wird.

In Abschnitt 1 werden Entscheidungs- und Ermittlungsbefugnisse im Verwaltungsverfahren dargestellt. In Abschnitt 2 wird die Übertragung einer Befugnis zur Verhängung von Bußgeldern im Verbraucherrecht analysiert. In Abschnitt 3 wird das Informationshandeln (Öffentlichkeitsarbeit) als wesentliches regulatorisches Werkzeug erörtert. In Abschnitt 4 geht es um das – im Verbraucherrecht bedeutsame – Aufgreifermessen und die Prioritätensetzung durch die Behörde. In Abschnitt 5 folgen Bemerkungen zur Organisation des Bundeskartellamts, falls diesem verbraucherrechtliche Befugnisse übertragen werden sollten.

Für die einzelnen Optionen wird in einem Annex jeweils auch dargelegt, inwieweit diese eine Entsprechung in der neugefassten CPC-Verordnung (VO (EU) 2017/2394) haben.

1. Entscheidungen und Ermittlungen im Verwaltungsverfahren

Für die Durchsetzung von Verbraucherrecht im Rahmen normalen Verwaltungshandelns bietet sich eine Anlehnung an die bestehenden Entscheidungsbefugnisse des Bundeskartellamts nach §§ 32 ff. GWB und die Ermittlungsbefugnisse nach §§ 57 ff. GWB an.

a. Übertragung der Entscheidungsbefugnisse

Die kartellrechtlichen Entscheidungsbefugnisse in Verwaltungsverfahren sind Abstellungsanordnungen mit negativer Tenorierung gem. § 32 Abs. 1 GWB, Gebotsverfügungen gem. § 32 Abs. 2 GWB, Rückerstattungsanordnungen gem. § 32 Abs. 2a GWB, die nachträgliche Feststellung von Verstößen gem. § 32 Abs. 3 GWB, einstweilige Maßnahmen gem. § 32a GWB, Verfahrensabschlüsse durch Verpflichtungszusagen gem. § 32b GWB und die Feststellung, dass kein Anlass zum Tätigwerden vorliegt, § 32c GWB.

(1) Abstellung von Verstößen gem. § 32 Abs. 1 GWB

Entdeckt das Bundeskartellamt im Verwaltungsverfahren einen Verstoß gegen Art. 101

AEUV bzw. § 1 GWB oder Art. 102 AEUV bzw. § 19 ff. GWB, kann es eine Abstellungsverfügung nach § 32 Abs. 1 GWB erlassen. Hierin wird die Kartellrechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens des Adressaten festgestellt und ihm aufgegeben, dieses abzustellen oder zu unterlassen – es wird also negativ tenoriert.⁶⁰² Das beanstandete Verhalten muss im Zeitpunkt des Erlasses der Abstellungsverfügung – es handelt sich um einen Verwaltungsakt – kartellrechtswidrig sein.⁶⁰³ Weitere Voraussetzung für den Erlass ist, dass das rechtswidrige Verhalten bevorsteht, stattfindet oder noch andauert (Begehungsgefahr).⁶⁰⁴ Wann genau ein Verstoß unmittelbar bevorsteht bzw. noch andauert, ist umstritten.⁶⁰⁵ An unternehmensseitige Selbstverpflichtungen, die der Beseitigung der Begehungsgefahr dienen sollen, stellt die Rechtsprechung strenge Anforderungen.⁶⁰⁶ Die Abstellungsverfügung gehört zum Grundhandwerkszeug des Bundeskartellamts.⁶⁰⁷

i. Funktionaler Gleichklang mit Unterlassungsansprüchen

Abstellungsverfügungen im Sinne des § 32 Abs. 1 UWG entsprechen funktional Unterlassungstiteln, die auf Grundlage von Ansprüchen aus § 8 UWG sowie §§ 1 ff. UKlaG ergehen, da sie in ihren Wirkungen auf die Abstellung eines Verstoßes für die Zukunft gerichtet sind (vgl. Teil A.I.2). Im Ausgangspunkt würden sich damit Abstellungsverfügungen wegen Verbraucherrechtsverstößen als Marktverhaltenskontrolle in das Durchsetzungskonzept von UWG und UKlaG einfügen, das maßgeblich auf eine abstrakt-generelle Marktverhaltenskontrolle mittels Unterlassungsansprüchen setzt und so für verbraucherfreundlichere Marktbedingungen sorgt. Es käme allerdings zu einer Doppelung, da genau dies, die Erreichung von Unterlassungstiteln, Kern der insoweit funktionierenden privaten Rechtsdurchsetzung ist.

Die im Kartellrecht übliche und für die Gewährung von rechtlichem Gehör auch erforderliche Versendung von Abmahnungen (auch „statement of objections“), in denen das Bundeskartellamt seine rechtlichen Bedenken aufzeigt, entsprechen zudem zu einem gewissen Grad lauterkeitsrechtlichen Abmahnungen.

ii. Signalwirkung

Entscheidungen des Bundeskartellamts kommt aufgrund des vergleichsweise hohen Interesses der Medien an der Tätigkeit des Amtes eine starke faktische Prägekraft zu. Beschwerden gegen Abstellungsverfügungen könnten bei einer Stelle konzentriert

⁶⁰² *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2014, § 32 Rn. 27; *Podszun* in: Kölner Kommentar Kartellrecht, 2017, § 32 GWB Rn. 1; *Bechtold/Bosch*, GWB, 2015, § 32 Rn. 8 ff.; *Keßler* in: MüKo-Kartellrecht, GWB, 2015, § 32 GWB Rn. 46 ff.

⁶⁰³ *Podszun* in: Kölner Kommentar Kartellrecht, 2017, § 32 GWB Rn. 9; *Rehbinder* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, GWB, 2016, § 32 Rn. 8.

⁶⁰⁴ *Podszun* in: Kölner Kommentar Kartellrecht, 2017, § 32 GWB Rn. 11; *Rehbinder* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, GWB, 2016, § 32 Rn. 8; weiter *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2014, § 32 Rn. 9; *Keßler* in: MüKo-Kartellrecht, GWB, 2015, § 32 Rn. 24.

⁶⁰⁵ *Podszun* in: Kölner Kommentar Kartellrecht, 2017, § 32 GWB Rn. 12 ff.

⁶⁰⁶ OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2197 f.; OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2003, 2009.

⁶⁰⁷ *Podszun* in: Kölner Kommentar Kartellrecht, 2017, § 32 GWB Rn. 2.

werden, beispielsweise beim Wettbewerbssenat des OLG Düsseldorf (siehe B.II.1.c.(5)). Die Entscheidungen dieses Gerichts hätten angesichts der Stellung des BKartA im Durchsetzungsgefüge dann eine hohe Bedeutung für das Verbraucherrecht.

iii. Sofortige Vollziehbarkeit und fehlende aufschiebende Wirkung von Beschwerden

Eine Abstellungsverfügung des Bundeskartellamts könnte als Verwaltungsakt sofort vollstreckt werden, während ein Unterlassungsanspruch erst dann vollstreckbar ist, wenn der Anspruchsteller über einen vollstreckbaren Titel verfügt. Dementsprechend setzt die Regelungswirkung einer Abstellungsverfügung unmittelbar an und verschiebt die Aktionslast auf den Verletzer, der die Verfügung gerichtlich angreifen muss, während sie im System der privaten Rechtsdurchsetzung beim Unterlassungsgläubiger liegt, der rechtliche Schritte einleiten muss. Hinzu kommt, dass Beschwerden gegen Abstellungsverfügungen des Bundeskartellamts – jedenfalls im Kartellrecht – keine aufschiebende Wirkung zukommt, vgl. § 64 GWB. Dies ließe sich auf die verbraucherrechtlichen Befugnisse übertragen.

Die sofortige Vollziehbarkeit müsste vom Bundeskartellamt oder vom Beschwerdegericht erst gem. § 65 Abs. 3 S. 2 oder 3 GWB ausgesetzt werden. An eine Aussetzung durch das Beschwerdegericht sind jedoch nach § 65 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3, S. 3 GWB strenge Anforderungen gestellt: erforderlich ist, dass ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung bestehen (§ 65 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB) oder dass die Vollziehung für den Betroffenen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte (§ 65 Abs. 3 Nr. 3 GWB). Dabei ist der Prüfungsmaßstab des Beschwerdegerichts allein ein summarischer. Eine unbillige Härte wird nur in krassen Fällen angenommen, etwa wenn die Verfügung eine Existenzbedrohung für den Verfügungsadressaten mit sich bringt.⁶⁰⁸

Zu beachten ist allerdings – wie in Teil A.I.2 ausgeführt –, dass jedenfalls im Lauterkeitsrecht die überwiegende Anzahl der Rechtsstreitigkeiten bereits durch die Abgabe strafbewehrter Unterlassungserklärungen oder im Eilrechtsschutz mittels einstweiliger Verfügungen gelöst werden können. In diesen Fällen besteht gerade nicht die Gefahr, dass im Ergebnis unzulässiges Marktverhalten durch entsprechendes Prozessverhalten solange fortgeführt wird, bis es sich rentiert hat. In der raschen Unterbindung von Wettbewerbsverstößen liegt eine Stärke des UWG-Durchsetzungsansatzes.

iv. Erstreckung auf kerngleiche Verstöße

Abstellungsverfügungen nach § 32 Abs. 1 GWB müssten sich bei der Durchsetzung von Normen des Verbraucherrechts wie Unterlassungstitel der privaten Rechtsdurchsetzung auf kerngleiche Verstöße erstrecken. Erfasst wären damit also alle Begehungsformen, die mit der konkreten Verletzungsform im Kern wesensgleich

⁶⁰⁸ Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2014, § 65 Rn. 15; Klose in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2016, § 54 Rn. 65; KG, 5.1.1976, Az. Kart 40/74, WuW/E OLG 1673.

sind, in denen also das Charakteristische der Verletzungshandlung zum Ausdruck kommt.⁶⁰⁹

Das Bundeskartellamt hätte im Rahmen der Tenorierung weitergehende Möglichkeiten, dies klarzustellen, indem es denkbare kerngleiche Verstöße beispielhaft benennt.

v. *Würdigung*

Abstellungsverfügungen nach § 32 Abs. 1 GWB würden für eine Behörde im Bereich des Verbraucherrechts zum Grundhandwerkszeug gehören. Verfahren in Einzelfällen könnten nicht geführt werden, wenn diese Basiskompetenz nicht gegeben wäre. Die Abstellungsverfügung wäre das Minimum an Entscheidungskompetenz im Einzelfall. Sie ist die geradezu logische Folge der Ermittlung von Rechtsverstößen durch eine Behörde. Mit der privaten Rechtsdurchsetzung ergeben sich keine Friktionen.

Allerdings wäre theoretisch denkbar, dass das Bundeskartellamt mit einer Vielzahl von sofort vollziehbaren Abstellungsverfügungen in eine gewisse „Konkurrenz“ zur privaten Rechtsdurchsetzung treten könnte. Dann wäre die behördliche Rechtsdurchsetzung nicht gezielte Ergänzung, sondern Ersetzung der privaten. Allerdings würde eine Behörde schon aus Personalgründen auf absehbare Zeit kaum flächendeckend Unterlassungsverfügungen erlassen können. Regeln zum Aufgreifermessen (siehe unten, B.II.4) würden das „Konkurrenzverhältnis“ weiter konturieren. Abstimmungsregeln wären für den Fall nötig, dass private Akteure vorgehen, während das Bundeskartellamt vorgeht – und umgekehrt (dazu unten, B.III.5).

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Befugnis zu Abstellungsverfügungen für eine mit dem Verbraucherrecht befasste Behörde ein Minimum wäre. Die Konkurrenz zu Unterlassungstiteln im Rahmen der privaten Rechtsdurchsetzung wäre durch Regeln zum Aufgreifermessen und zur Abstimmung paralleler Verfahren zu steuern.

(2) Allgemeinverfügung und Allgemeinverbindlicherklärung

Die fehlende rechtliche Breitenwirkung von Unterlassungsansprüchen nach UWG und UKlaG stößt insbesondere unter Verbraucherschützern auf Kritik (siehe Teil A.V.2.b.), da sich die Rechtskraft hierzu ergangener Entscheidungen der Zivilgerichte nur auf die Parteien des Verfahrens erstreckt, also allein *inter partes* wirkt, und daher zahlreiche Parallelverfahren geführt werden müssen, wenn eine bestimmte Praxis branchenweit praktiziert wird.

i. *Grundidee*

Überlegenswert ist es daher, einer Verbraucherrechtsbehörde die Befugnis zum Erlass von Allgemeinverfügungen im Sinne des § 35 S. 2 VwVfG zu gewähren. Denkbar

⁶⁰⁹ Siehe bereits Teil A. Vgl. *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 8 Rn. 1.64; *Fritzsche* in: MüKo-UWG, 2014, § 8 Rn. 103; *Ohly* in: Ohly/Sosnitzka, UWG, 2016, § 8 Rn. 35; BGH, 29.4.2010, Az. I ZR 202/07, GRUR 2010, 749, Rn. 42 – *Erinnerungswerbung im Internet*; BGH 10.12.2009, Az. I ZR 46/07, GRUR 2010, 253 (Rn. 30) – *Fischdosendeckel*; BGH, 3.4.2014, Az. I ZB 42/11, GRUR 2014, 706, Rn. 11 – *Reichweite des Unterlassungsgebots*.

wären drei verschiedene Maßnahmen, um den Wirkungsgrad einer einzelnen Entscheidung zu erhöhen:

- Die Behörde könnte Allgemeinverfügungen treffen, die bestimmtes Verhalten im Wettbewerb anhand abstrahierender Kriterien verbieten;
- die Behörde könnte eine eigene Untersagungsentscheidung nach § 32 Abs. 1 GWB für allgemeinverbindlich erklären;⁶¹⁰
- die Behörde könnte eine in einem privaten Rechtsstreit ergangene Entscheidung für allgemeinverbindlich erklären.

Eine entsprechende Verfügung würde einen Titel bedeuten, der bei Verstößen durch Dritte sogleich durchgesetzt werden könnte.

Im Kartellrecht gibt es bislang keine vergleichbare Regelung. Eine Verwandtschaft besteht zu § 11 UKlaG. Eine ähnliche Befugnis hat die BaFin im Rahmen ihrer Verbraucherschützenden Zuständigkeit aus § 4 Abs. 1a FinDAG. Sie kann auf Grundlage des § 4b Abs. 1 und 2 WpHG Allgemeinverfügungen erlassen, die das Anbieten eines beanstandeten Finanzprodukts auf dem Markt in der angegriffenen Fassung verbieten. Von dieser Möglichkeit hat sie z.B. 2016 bei finanziellen Differenzgeschäften Gebrauch gemacht.⁶¹¹

Neben der Ausdehnung behördlicher Entscheidungen auf weitere Konstellationen durch das Mittel der Allgemeinverfügung oder die Allgemeinverbindlicherklärung eigener Entscheidungen wäre auch denkbar, dass das Bundeskartellamt befugt würde, zivilgerichtliche Urteile für allgemeinverbindlich zu erklären. Das Bundeskartellamt könnte also etwa ein Urteil des Bundesgerichtshofs bezüglich einer geschäftlichen Verhaltensweise auch für andere Unternehmen der betroffenen Branche für verbindlich erklären. In diesen Fällen wäre zu überlegen, ob das Tätigwerden von einem entsprechenden Antrag des Gerichts oder eines Akteurs, etwa des klagenden Verbands, abhängig gemacht werden könnte (siehe auch B.III.5.c.(3)).

ii. Zweckmäßigkeit im Verbraucherrecht

Hinsichtlich der Zweckmäßigkeit vergleichbarer Anordnungen zur Abstellung von Verbraucherrechtsverstößen durch das Bundeskartellamt ist zu differenzieren:

Eine Ausweitung der *inter partes*-Wirkung bei Verstößen gegen die §§ 305 ff. BGB ist praktikabel, da AGB häufig mehr oder minder standardisiert im Rechtsverkehr zur Anwendung kommen, teilweise finden sie branchenweit eine uniforme Anwendung. Hier spricht in der Tat ein Rationalisierungsgedanke für eine Ausweitung der *inter partes*-Wirkung, sodass nicht gegenüber jedem Verwender einzeln der Rechtsverstoß gerügt werden muss. Ein solcher Rationalisierungseffekt könnte durch

⁶¹⁰ Vgl. Brönneke in: Schulte-Nölke/BMJV, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 127, 166 ff.

⁶¹¹ BaFin, 8.5.2017, Gz. VBS 7-Wp 5427-2016/0017, Allgemeinverfügung gemäß § 4b Abs. 1 WpHG bezüglich Contracts for Difference (CFDs), abrufbar unter <https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Verfuegung/vf_170508_allgvfg_cfd_wa.html>.

Allgemeinverfügungen durch das Bundeskartellamt geleistet werden.

Bei Verstößen gegen das UWG besteht dagegen das Problem, dass insbesondere die Beurteilung geschäftlicher Handlungen auf einen etwaigen irreführenden Charakter stark kontextabhängig ist sowie vom in den Blick genommenen Verbraucherkreis abhängt, sodass bereits geringe Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse zu einer anderen rechtlichen Beurteilung führen können. Für eine Verallgemeinerung müssten daher sehr hohe Anforderungen bestehen.

Denkbar wäre eine Allgemeinverfügung, wenn es um die Beanstandung von Geschäftsmodellen geht, denen der Rechtsbruch immanent ist. Dies träfe beispielsweise auf fingierte Belobigungen zu (siehe Case Study, Teil A.III.2.): Soweit der finanzielle Vorteil für deren Erstellung nicht transparent gemacht wird, sind diese unter keinem Gesichtspunkt zulässig. Ähnliches könnte im Hinblick auf Fälle des Direktmarketings, der Datenerhebung und des Datenhandels gelten, wenn die Anforderungen an wirksame Einwilligungserklärungen systematisch überdehnt werden, da hier die Einwilligungserklärungen typischerweise dem Verbraucher vorformuliert gestellt werden und daher eine Vergleichbarkeit mit AGB gegeben ist.

iii. Prüfung der Vergleichbarkeit

Vor Erlass einer Allgemeinverfügung oder der Allgemeinverbindlicherklärung wäre zu prüfen, ob die Sachverhaltskonstellationen, die sodann erfasst sind, gleichzubehandeln sind. Vertretern der betroffenen Unternehmen und Branchen wäre daher unbedingt umfassend rechtliches Gehör zu gewähren. Um zu vermeiden, dass möglicherweise durch eine solche Verfügung Verhaltensweisen erfasst werden, die nicht rechtswidrig sind, sollte darüber hinaus die Abstimmung mit den gem. § 8 Abs. 3 UWG aktivlegitimierten Akteuren gesucht werden. So würde die Marktnähe dieser privaten Institutionen genutzt. Entsprechend könnte vor Erlass einer Allgemeinverfügung oder Allgemeinverbindlicherklärung eine Konsultation oder Anhörung erfolgen.

Das Argument, dass eine Ausdehnung der Rechtskraft einer einzelnen Entscheidung auf Dritte den Anspruch auf rechtliches Gehör untergraben würde, ließe sich bei Allgemeinverfügungen des Bundeskartellamts entschärfen. Das Amt hätte die organisatorischen und logistischen Möglichkeiten, rechtliches Gehör zu gewähren. Zudem müsste gegen die Allgemeinverbindlicherklärung und Allgemeinverfügung für betroffene Unternehmen der Rechtsweg eröffnet sein.

iv. Verhältnismäßigkeit

Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ist zu beachten, dass mit einer entsprechenden Befugnisweiterung ohne weitere Eingrenzungen auch kleinere Unternehmen in der Pflicht wären zu prüfen, ob entsprechende Allgemeinverfügungen ergangen sind, die sie zu beachten haben. Mit der Allgemeinverfügung wäre bereits ein Titel gegeben, aus dem gegen die Unternehmen bei fehlender Anpassung an den Verfügungsinhalt vorgegangen werden könnte. Das ist beim UWG, das ja nicht nur marktmächtige Unternehmen adressiert, besonders zu beachten.

Im Verbraucherrecht wäre daher zu erwägen, ob die Allgemeinverfügung und Allgemeinverbindlicherklärung auf Fälle mit erheblichem Unrechtsgehalt beschränkt wird.

Die Gefahr des „over-enforcement“ könnte durch Beschränkungen beim Vorgehen aus solchen Titeln reduziert werden.

(3) Behördliche Folgenbeseitigung

Wie in Abschnitt A.I.2.e. dargelegt finden sich Tendenzen in der Rechtsprechung, die Sanktionswirkung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen gemäß UWG oder UKlaG durch Folgenbeseitigungsanordnungen zu verstärken.⁶¹² Die Zivilgerichte tun sich jedoch, wie dargelegt, mit diesem Instrumentarium schwer. Zugleich ist die Beseitigung von Folgen einer rechtswidrigen Tat ein wesentlicher Aspekt der Rechtsdurchsetzung, der bislang bei Verbraucherrechtsverstößen zum Teil ungelöst ist.

Dieses Defizit könnte durch die Anordnung von folgenbeseitigenden Maßnahmen durch das Bundeskartellamt behoben werden. Die Folgenbeseitigung könnte sowohl als Abschluss eines eigenen Verfahrens vorgenommen werden als auch als eigenständiges Annex-Verfahren zu einem rechtskräftig abgeschlossenen privatrechtlichen Verfahren.

Passende Anknüpfungspunkte im Kartellrecht für derartige Folgenbeseitigungsanordnungen wären § 32 Abs. 2 GWB, § 32 Abs. 2a GWB und § 32 b GWB. Diese Normen eröffnen dem Bundeskartellamt die Möglichkeit, über die negative Tenorierung von Abstellungsverfügungen hinaus positiv zu tenorieren, indem dem Adressaten verhaltensorientierte oder strukturelle Abhilfemaßnahmen aufgegeben werden bzw. entsprechende Verpflichtungszusagen für verbindlich erklärt werden.⁶¹³ Die Rechtsprechung des BGH nimmt hier trotz des sensiblen Eingriffs in die Privatautonomie und den Marktverhaltensspielraum des Adressaten einen weiten Spielraum des Bundeskartellamts an.⁶¹⁴ Gleichwohl muss ein enger Konnex zwischen Verstoß und Maßnahme gegeben sein, dabei berücksichtigt der BGH jedoch aufgrund deren Zukunftsorientierung den Prognosecharakter von Gebotsverfügungen.⁶¹⁵ Leitende Maxime im Kartellrechtskontext ist die Ermöglichung künftigen Wettbewerbs. Strukturelle Maßnahmen enthalten Anordnungen im Hinblick auf die Unternehmenssubstanz, eingegriffen wird also in den personellen, sachlichen oder

⁶¹² Zu Rückruffpflichten BGH, 29.9.2016, Az. I ZB 34/15, GRUR 2017, 208 – *Rückruf von RESCUE-Produkten*; zur Information von von AGB- und UWG-Verstößen betroffener Verbraucher KG, 27.3.2013, Az. 5 U 112/11, BeckRS 2013, 09271 – *Flexstrom*; LG Stuttgart, 7.8.2014, Az. 11 O 298/13, BeckRS 2014, 18599, aufgehoben durch OLG Stuttgart, 7.8.2015, Az. 2 U 107/14, GRUR-RS 2016, 03602 sowie jüngst unter Zurückverweisung an das OLG Stuttgart BGH, 14.12.2017, Az. I ZR 184/15, BeckRS 2017, 141115 – *Klauselersetzung*; zu Rückerstattungspflichten LG Leipzig, 10.12.2015, Az. 05 O 1239/15, VuR 2016, 109 (mit Anm. *Rott*).

⁶¹³ *Podszun* in: Kölner Kommentar Kartellrecht, 2017, § 32 GWB Rn. 18; *Rehbinder* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampf/Kersting/Meyer-Lindemann, GWB, 2016, § 32 Rn. 16; *Bechtold/Bosch*, GWB, 2015, § 32 Rn. 14 ff.

⁶¹⁴ *Podszun* in: Kölner Kommentar Kartellrecht, 2017, § 32 GWB Rn. 18; *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2014, § 32 Rn. 41; kennzeichnend BGH WuW/E DE-R 2679, 2684 – *Langfristige Gaslieferverträge*.

⁶¹⁵ BGH WuW/E DE-R 2679, 2684 – *Langfristige Gaslieferverträge*.

vermögensrechtlichen Bestand.⁶¹⁶ Beispielhaft sind der Verkauf von Unternehmensteilen – etwa Produktionsstätten – oder die Abgabe von IP-Rechten wie Patenten.⁶¹⁷ Diese Maßnahmen sind subsidiär gegenüber verhaltensorientierten Maßnahmen, § 32 Abs. 2 S. 2 GWB.⁶¹⁸ Im Verbraucherrecht sind strukturelle Maßnahmen kaum vorstellbar.

Im Rahmen verhaltensorientierter Maßnahmen angeordnete Verhaltensweisen müssen sich direkt auf den Verstoß beziehen und diesen stoppen oder anhaltende Folgen beseitigen.⁶¹⁹ In schwierige Gewässer begeben sich Behörden, wenn sie ein zukünftiges Ersatzverhalten für eine beanstandete Verhaltensweise vorschreiben, beispielsweise indem sie Vorgaben für die künftige Vertragsgestaltung oder die Gestaltung von Algorithmen machen.⁶²⁰ Gebotsverfügungen stehen im Spannungsfeld zwischen Marktdesign, unternehmerischen Freiräumen und Rechtssicherheit.

Bei der Entgegennahme von Verpflichtungszusagen hat die Behörde einen weiteren Spielraum, da sie hier Angebote der Unternehmen für verbindlich erklärt. Im Gegenzug wird auf eine ausermittelte, vollständige Entscheidung verzichtet (§ 32b GWB). Im Folgenden werden beispielhaft einzelne Folgenbeseitigungsmaßnahmen diskutiert.

i. Rückerstattungsanordnungen

In der privaten Rechtsdurchsetzung ist umstritten, ob Beseitigungsansprüche aus § 8 Abs. 1 UWG Unternehmen auch zur Rückerstattung rechtswidrig eingezogener Entgelte verpflichten können. In der Rechtsprechung wurde eine entsprechende Pflicht bisher allein durch das LG Leipzig und das OLG Dresden bejaht.⁶²¹

In preisbezogenen UWG- und AGB-Fällen ist die Folgenbeseitigung durch Rückerstattung folglich ein Thema, das durch die private Rechtsdurchsetzung bislang kaum geklärt werden kann.

Das Bundeskartellamt kann im Kartellrecht Rückerstattungsanordnungen auf Grundlage des § 32 Abs. 2a GWB treffen, löst in der Praxis die Rückerstattung aber häufig im Wege von Verpflichtungszusagen. Gebrauch wurde von Rückerstattungsmöglichkeiten bei Ausbeutungsmisbräuchen in Dauerschuldverhältnissen gemacht.⁶²² Bei den verpflichteten Unternehmen handelte es sich um einen Trinkwasserversorger (Energie Calw GmbH) sowie Strom- und Gas-

⁶¹⁶ *Podszun* in: Kölner Kommentar Kartellrecht, 2017, § 32 GWB Rn. 20; *Rehbinder* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, GWB, 2016, § 32 Rn. 1820; *Vu Ngoc*, Entflechtungen nach Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003, 2007, S. 7.

⁶¹⁷ *Podszun* in: Kölner Kommentar Kartellrecht, 2017, § 32 GWB Rn. 20.

⁶¹⁸ *Podszun* in: Kölner Kommentar Kartellrecht, 2017, § 32 GWB Rn. 21; *Keßler* in: MüKo KartR, GWB, 2015, § 32 Rn. 60; *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2014, § 32 Rn. 37.

⁶¹⁹ *Podszun* in: Kölner Kommentar Kartellrecht, 2017, § 32 Rn. 25; vgl. *Rehbinder* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, GWB, 2016, § 32 Rn. 16.25.

⁶²⁰ *Podszun* in: Kölner Kommentar Kartellrecht, 2017, § 32 Rn. 29; *Dreher/Thomas*, NJW 2008, 1557; vgl. *Rehbinder* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, GWB, 2016, § 32 Rn. 16.26.

⁶²¹ LG Leipzig, 10.12.2015, Az. 5 O 1239/15 – juris; bestätigt durch OLG Dresden, 10.4.2018, Az. 14 U 82/16, WM 2018, 1304. Ablehnend *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 8 Rn. 1.108; *Bunte*, EWiR 2016, 161; *ders.*, ZIP 2016, 956; zustimmend aber *Singbartl/Zintl*, VuR 2016, 14; *Rott*, VuR 2016, 112; *Maier*, VuR 2016, 225; *Meller-Hannich*, JZ 2018, 629.

⁶²² *Podszun* in: Kölner Kommentar Kartellrecht, 2017, § 32 Rn. 45; *Keßler*, WRP 2015, 929 ff; vgl. BKartA, 19.3.2012, Az. B10-16/09 – *Entega*.

Anbieter (Entega, GAG Ahrensburg).⁶²³ Ihnen wurde aufgegeben, Vorteile aus missbräuchlich überhöhten Entgelten zurückzuerstatten. Begünstigte der Entscheidungen waren auch Verbraucher als Endkunden.

Rückerstattungsanordnungen gem. § 32 Abs. 2a GWB könnten im Verbraucherrechtskontext insbesondere der Bekämpfung von Streuschäden dienen,⁶²⁴ bei denen einzelne Verbraucher aufgrund von rationaler Apathie keine Individualklagen anstrengen. Es sollte jedoch nicht übersehen werden, dass solche Anordnungen mit praktischen und konzeptionellen Problemen behaftet sind.

Erfahrungen aus der Kartellrechtspraxis

Die sich bei der Anwendung der Norm stellenden Schwierigkeiten wurden für das Kartellrecht bereits herausgearbeitet und würden sich bei einer Übertragung in den Verbraucherrechtskontext in ähnlicher Weise stellen:

Zum einen muss ein spiegelbildlicher Zusammenhang zwischen Kartellrechtsverstoß und den zu erstattenden Vorteilen hergestellt werden, sodass sich dem Bundeskartellamt dieselben Probleme stellen, die ein Gericht hat, wenn es über Schadensersatz zu befinden hat.⁶²⁵ Entsprechend muss das Bundeskartellamt eine auf § 32 Abs. 2a GWB gestützte Anordnung vollstreckbar ausgestalten. Teilweise wird hierfür als ausreichend erachtet, dass die Rückerstattungsanordnung so präzise Angaben enthält, dass die Rückerstattungsempfänger und die auf sie entfallenden Rückerstattungsbeträge für das betroffene Unternehmen rechtssicher bestimmbar und berechenbar sind.⁶²⁶ Die Anforderungen werden jedoch mitunter auch strenger dahingehend interpretiert, dass in der Verfügung der auf die einzelnen Abnehmer entfallene Überhöhungsbetrag angegeben sein und festgestellt werden muss, an wen die Rückerstattung zu erfolgen hat.⁶²⁷ Da bei Ausbeutungsmisbräuchen die Preiserhöhung jedoch dem zu erstatteten Entgelt unmittelbar entspricht, ist diese Problematik in derartigen Konstellationen zumindest abgemildert.⁶²⁸ Bei Behinderungsmisbräuchen stellt sich dagegen die Schwierigkeit, dass sich der Missbrauch nur mittelbar auf die Preise auswirkt.⁶²⁹ Demnach müsste in einem solchen Fall der exakte Geschehensverlauf nachgewiesen werden.

Zum anderen sind vor allem bei Dauerschuldverhältnissen die einzelnen Vertragsbeziehungen und die darauf gestützten Abrechnungsvorgänge transparent. Bei einem einmaligen oder punktuellen Leistungsaustausch würde eine Rückerstattung schwieriger. In Betracht kommt die Anwendung des § 32 Abs. 2a GWB

⁶²³ BKartA, 19.3.2012, Az. B10-16/09 – *Entega*; BKartA, 16.9.2009, Az. B 10-11/09, WuW/E DE-V 1803 ff. – *GAG Ahrensburg*; die Rückerstattungsanordnung gegen die Energie Calw wurde durch die Landeskartellbehörde Baden-Württemberg auf Grundlage des § 32 a.F. getroffen, bestätigt durch BGH, 15.5.2012, Az. KVR 51/11, WuW/E DE-R 3632, 3636 f. – *Wasserpreise Calw*.

⁶²⁴ Vgl. für das Kartellrecht *Rehbinder* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 2016, § 32 GWB Rn. 19.

⁶²⁵ *Podszun* in: Kölner Kommentar Kartellrecht, 2017, § 32 Rn. 44.

⁶²⁶ *Jaeger* in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht, 2014, § 32 GWB Rn. 35c.

⁶²⁷ *Bornkamm* in: Langen/Bunte, GWB, § 32 Rn. 58; *Bechtold/Bosch*, GWB, 2015, § 32 Rn. 20.58.

⁶²⁸ Vgl. *Podszun* in: Kölner Kommentar Kartellrecht, 2017, § 32 Rn. 45; *Rehbinder* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, GWB, 2016, § 32 Rn. 19 nennt als weiteren tauglichen Anwendungsbereich Preiskartelle und vertikale Preisbindungen.

⁶²⁹ *Podszun* in: Kölner Kommentar Kartellrecht, 2017, § 32 Rn. 45.

daher insbesondere bei Energie-, Wasserversorgungs-, Telekommunikations-, Medien-, Bank- und Versicherungsverträgen sowie in Mietverhältnissen.⁶³⁰ Zu beachten ist, dass gerade einige dieser Verträge eigenen regulatorischen Regimen mit eigenen Bundesbehörden unterliegen.

Zudem ergeben sich systematische Verwerfungen aus dem Verhältnis zwischen § 32 Abs. 2a GWB und der privaten Kartellrechtsdurchsetzung mittels Schadensersatzansprüchen nach § 33a GWB, da man – theoretisch – jeden kartellrechtlichen Mindestschaden auf § 32 Abs. 2a GWB stützen und damit kartellrechtliche Schadensersatzklagen überflüssig machen könnte.⁶³¹ Aber auch wertungsmäßig besteht eine Konfliktlage, da § 33a GWB anders als § 32 Abs. 2a GWB auf dem Verschuldensprinzip fußt, aufgrund der Dispositionsmaxime im Zivilprozess ein Tätigwerden des Geschädigten erfordert und der Amtsermittlungsgrundsatz möglicherweise eine präzisere Bezifferung von Schäden ermöglicht.⁶³² Faktisch werden die Probleme jedoch bei Rückerstattungsleistungen an Verbraucher entschärft, wenn diese eigene Schäden aufgrund geringer Höhe flächendeckend nicht geltend machen würden.⁶³³ Insoweit ist zu beachten, dass es kaum je zu kartellrechtlichen Schadensersatzklagen einzelner Verbraucher kommt.⁶³⁴ Grund hierfür ist, dass der einzelne Verbraucher in den meisten Fallkonstellationen kaum in der Lage sein wird, den erlittenen Schaden konkret zu beziffern und gerichtlich durchzusetzen. Nachweis und Würdigung eines Kartellrechtsverstößes sind für Verbraucher zu komplex. Zudem sind die Schäden zu gering, als dass ein Klageanreiz bestünde.

Aus wettbewerblicher Sicht wird eingewandt, dass eine hoheitliche Folgenbeseitigung Anreize für Verbraucher mindert, Anbieter zu wechseln und damit den Wettbewerb zu beleben.⁶³⁵

Tauglicher Anwendungsbereich bei der Verbraucherrechtsdurchsetzung

Zur Durchsetzung von Verbraucherrecht eignen sich Rückerstattungsanordnungen nach § 32 Abs. 2a GWB vor dem Hintergrund dieser im Kartellrecht gesammelten Erfahrungen nur für Fälle, die standardisiert entschieden werden können, insbesondere wenn in der Fläche die gleichen Sachverhalte zugrunde gelegt werden können und wenn die rechtlichen Fragestellungen – insbesondere Fragen nach der

⁶³⁰ Vgl. *Keßler* in: MüKo-Kartellrecht, GWB, 2015, § 32 Rn. 66.

⁶³¹ Vgl. *Podszun* in: Kölner Kommentar Kartellrecht, 2017, § 32 Rn. 44; *Bien*, ZWeR 2013, 448 ff. m.w.N.; vgl. *Rehbinder* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, GWB, 2016, § 32 Rn. 19.

⁶³² *Podszun* in: Kölner Kommentar Kartellrecht, 2017, § 32 Rn. 44; *Rehbinder* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, 2016, § 32 GWB Rn. 19; vgl. auch *Fuchs*, ZWeR 2009, 176, 83 ff.; *Reher/Haellmigk*, WuW 2010, 513, 520; *Baumgart/Rasbach/Rudolph*, FS Kühne, 2009, S. 41 ff.; a.A. *Keßler*, FS Säcker, 2011, S. 771, 781 f.; differenzierend *Jaeger* in: Frankfurter Kommentar, GWB, § 32 Rn. 35a; aufgrund der besseren Möglichkeiten der Amtsermittlung spricht sich *Kapp* in: FS Möschel, 2011, S. 331 ff. für eine breitere Nutzung des § 32 Abs. 2a GWB als Alternative zum privaten Schadensersatz aus; vgl. auch *Canenbley/Steinvorth*, JECLAP 2011, 315 ff.

⁶³³ *Podszun* in: Kölner Kommentar Kartellrecht, 2017, § 32 Rn. 45; *Rehbinder* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, 2016, § 32 GWB Rn. 19; vgl. *Dose*, VuR 2017, 297, 301.

⁶³⁴ *Dose*, VuR 2017, 297, 301.

⁶³⁵ Vgl. *Fuchs*, ZWeR 2009, 169 ff.

Kausalität zwischen Rechtsverstößen und Zahlungen von Verbrauchern – einheitlich beantwortet werden können. Beispiele hierfür bieten Sachverhalte, in denen Verbraucher aufgrund unwirksamer AGB oder irreführungsbedingt rechtsgrundlose Zahlungen an Verletzer geleistet haben, oder Fälle, in denen Verbraucher entgegen §§ 312a Abs. 2 S. 2, 312e BGB vor Vertragsschluss nicht ausreichend auf Fracht-, Liefer- oder Versandkosten hingewiesen wurden. Schlaglichter auf diese Thematik hat die Case Study zu Entgeltklauseln in Teil A.III.4. geworfen.

Für komplexe Streitigkeiten, bei denen es etwa um vertragliche Gewährleistungsansprüche von Verbrauchern geht, die mit Verbraucherrechtsverstößen zusammenhängen, dürften Rückerstattungsanordnungen gem. § 32 Abs. 2a GWB von Einzelfällen abgesehen ungeeignet sein. Dies liegt insbesondere an den im Gewährleistungsrecht geltenden Fristsetzungserfordernissen und wegen der Möglichkeit des Verbrauchers, zwischen unterschiedlichen Ansprüchen wie Nacherfüllung, Rücktritt sowie großem und kleinem Schadensersatz statt der Leistung zu wählen. Maßnahmen des Bundeskartellamts, die in dieses Anspruchsgefüge und die entsprechenden Entscheidungsmöglichkeiten des Verbrauchers von außen eingreifen würden, sähen sich zudem einem Paternalismusvorwurf ausgesetzt. Damit eignen sich Rückerstattungsanordnungen i.S.d. § 32 Abs. 2a GWB am ehesten für im Kern bereicherungsrechtliche Massenfälle.⁶³⁶

Bei einer Übertragung wäre jedoch klärungsbedürftig, wie sich Rückerstattungsanordnungen des Bundeskartellamts zu auf den selben Sachverhalt gestützten Individualansprüchen von Verbrauchern verhalten.⁶³⁷ Diese Klärung würde nur in wenigen Fällen praxisrelevant, da es derzeit ja nur äußerst selten zu einer Geltendmachung individueller Verbraucheransprüche kommt. Würde der Verbraucheranspruch auf Bereicherungsrecht gestützt, wäre eine Überbeanspruchung des Verletzers schon bereicherungsrechtlich ausgeschlossen. In sonstigen Fällen, etwa bei der Geltendmachung von Schadensersatz, wäre eine Vorteilsausgleichung vorzunehmen.

Die Problematik der Berechnung der Entgelthöhe stellt sich auch bei Verbraucherrechtsverstößen, soweit der Verstoß nicht schlicht in einer Preisüberhöhung besteht. Liegt der Verstoß in einer Irreführung oder der Verwendung einer unwirksamen AGB, wäre ein überhöhter Preis nur mittelbar die Folge. Die Kausalität müsste konkret herausgearbeitet werden.

Pauschalierte Rückerstattungsanordnungen im Rahmen von Verpflichtungszusagen

In Fällen, deren Rahmenbedingungen nicht unmittelbar für die Anwendung des § 32 Abs. 2a GWB passen oder bei denen sich die Bestimmung des zutreffenden Rückerstattungsbetrags als äußerst komplex herausstellt, könnten Unternehmen allerdings möglicherweise auf der Grundlage von Verpflichtungszusagen nach § 32b GWB zur Teilbeseitigung durch pauschalierte Rückerstattungen verpflichtet werden.

⁶³⁶ Vgl. *Rehinder* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, 2016, § 32 GWB Rn. 19.

⁶³⁷ Siehe dazu Teil A.I. Die Thematik wurde auch anlässlich der UWG-Reform 2004 bei Streichung des individuellen Rücktrittsrechts in § 13a UWG angesprochen, vgl. BT-Drucks. 15/1487, S. 14.

Im Rahmen der kartellrechtlichen Folgenbeseitigung durch Rückerstattungsanordnungen hatten Kompensationsmaßnahmen von Unternehmen an Verbraucher, die im Rahmen von Verpflichtungszusagen gem. § 32b Abs. 1 S. 1 GWB für verbindlich erklärt wurden, eine wesentlich größere praktische Bedeutung als Anordnungen nach § 32 Abs. 2a GWB.

Beispielsweise hatte das Unternehmen Rhein-Energie in einem Gaspreis-Missbrauchsverfahren nach § 29 GWB die Verpflichtungszusage angeboten, Privat- und Kleingewerbekunden Gutschriften zu gewähren und so wegen überhöhter Preise entstandene Schäden auszugleichen. Das Bundeskartellamt akzeptierte dies.⁶³⁸ Auch in einer großen Anzahl von Missbrauchsverfahren gegen Heizstromanbieter wurden Verpflichtungszusagen für verbindlich erklärt, die Kompensationsmaßnahmen für betroffene Kunden vorsahen. Beispiele sind Rückerstattungen überhöhter Entgelte⁶³⁹ oder Verzichtserklärungen im Hinblick auf veranlasste Preiserhöhungen⁶⁴⁰ oder beides⁶⁴¹. Auch in der Vergangenheit liegende Preismissbräuche wurden auf diese Weise vom Amt gehandhabt.⁶⁴² Es handelt sich damit in der Regel faktisch um eine Preissenkung für die Zukunft, keine echte Rückerstattung erlangter Vorteile.

Liegen Verstöße gegen Verbraucherrecht im Zusammenhang mit Entgelten vor, wäre vor diesem Hintergrund insbesondere an einen Ausgleich durch Verpflichtungszusagen zu denken. Dazu wäre die Befugnis nach § 32b GWB auf verbraucherrechtliche Fälle zu erstrecken. Eine Ausdehnung von § 32 Abs. 2a GWB wäre ebenfalls denkbar, die praktische Bedeutung dürfte jedoch gering bleiben.

ii. Behördliche Rückrufanordnungen

Als konsolidiert darf die Rechtsprechung des BGH gelten, dass lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche auch zum Rückruf von Produkten, die in ihrer Beschaffenheit oder Aufmachung lauterkeitsrechtlichen Anforderungen nicht genügen, aus dem Drittvertrieb verpflichten.⁶⁴³

Hieran anknüpfend wären auf der Grundlage von Gebotsverfügungen gem. § 32 Abs. 2 GWB (oder auf Basis einer Verpflichtungszusage) entsprechende Rückrufanordnungen durch das Bundeskartellamt denkbar. Eine mögliche Blaupause für entsprechende Anordnungen wegen produktbezogener Irreführungen findet sich in § 39 Abs. 2 S. 1, 2 Nr. 4 LFGB, also dem lebensmittelrechtlichen Verbraucherschutz.

⁶³⁸ BKartA, 1.12.2008, Az. B 10-21/08, WuW/E DE-V 1704, 1705 – *RheinEnergie*; für ein solches Vorgehen auch *Bornkamm* in: FS Bechtold, 2006, S. 45, 53.

⁶³⁹ BKartA, 29.10.2010, Az. B10-17/09 – *Envia*; BKartA, 29.10.2010, Az. B10-18/09 – *EWR*; BKartA, 29.10.2010, Az. B10-21/09 – *Pfalzwerke*; BKartA, 29.10.2010, Az. B10-22/09 – *RWE Vertrieb*; BKartA 29.10.2010, Az. B10-24/09 – *SÜWAG*.

⁶⁴⁰ BKartA, 11.11.2010, Az. B10-13/09 – *E.ON. Mitte*; BKartA, 11.11.2010, B10-15/09 – *E.ON. Westfalen-Weser*; BKartA, 29.10.2010, Az. B10-26/09 – *WEMAG*; BKartA, 29.10.2010, Az. B10-29/09 – *NEW*; BKartA, 29.10.2010, Az. B10-38/09 – *Überlandwerke Fulda*; BKartA, 29.10.2010, Az. B10-50/09 – *EWE*.

⁶⁴¹ BKartA, 26.9.2011, Az. B10-31/10 – *Städtische Werke Aktiengesellschaft*.

⁶⁴² Vgl. BKartA WuW/E DE-V 1704, 1705 – *RheinEnergie*; BKartA 15.10.2015, Az. B8-34/13 – *Stadtwerke Leipzig*; BKartA, 8.5.2012, Az. B8-159/11 – *Stadtwerke Mainz* (für Wasserentgelte).

⁶⁴³ Vgl. BGH, 29.9.2016, Az. I ZB 34/15, GRUR 2017, 208 – *Rückruf von RESCUE-Produkten*; bestätigt durch BGH, 4.5.2017, Az. I ZR 208/15, NJW 2018, 155 – *Luftentfeuchter*; vgl. *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, § 8 Rn. 17.

Ins Auge sticht für den Fokus dieser Studie insbesondere die Anordnung einer Rücknahme oder eines Rückrufs zum Schutz vor lebensmittelrelevanten Täuschungen i.S.v. § 39 Abs. 2 S. 1 LFGB. Hier wird insbesondere auf § 11 LFGB Bezug genommen, der den lebensmittelbezogenen Täuschungsschutz im LFGB regelt und damit eine besondere Nähe zum Irreführungsschutz durch das UWG aufweist.⁶⁴⁴

Die behördliche Anordnung von Rücknahmepflichten könnte für den Verletzer im Vergleich zu entsprechenden Handlungspflichten, die vom BGH bereits aus Unterlassungserklärungen und Unterlassungstiteln hergeleitet werden, sogar weniger belastend sein: Das Bundeskartellamt müsste entsprechende Pflichten durch Gebotsverfügungen nach § 32 Abs. 2 GWB zur Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes begründen und den Umfang der Rückrufflicht des Verletzer konkretisieren. Dem Anspruch des Verletzers auf rechtliches Gehör müsste das Bundeskartellamt zudem bereits im Verfahren entsprechen, sodass der Verletzer sich bereits hier zu Möglichkeit und Zumutbarkeit eines Rückrufs positionieren kann. In der privaten Rechtsdurchsetzung lässt es die Rechtsprechung des BGH hinsichtlich Rückrufflicht aus Unterlassungsgeboten dagegen genügen, dass deren Bestehen erst im Vollstreckungsverfahren abschließend geklärt wird.⁶⁴⁵

iii. Verbraucherinformation im Nachgang von Verstößen

Umstritten ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung der privaten Rechtsdurchsetzung, ob Unternehmen aus Beseitigungsansprüchen verpflichtet sein können, die Fortwirkungen irreführender Handlungen i.S.d. § 5 UWG durch die Aufklärung der hiervon betroffenen Verbraucher zu beseitigen oder ihre Vertragspartner entsprechend auf AGB-rechtliche Verstöße hinzuweisen.⁶⁴⁶ Beispielsweise hatte das KG Berlin auf Antrag der Verbraucherzentrale Hamburg den Energieanbieter Flexstrom wegen der irreführenden Vortäuschung einer entgelterhöhenden Vertragsänderung zur Versendung von Berichtigungsschreiben an Verbraucher verpflichtet.⁶⁴⁷ Im Rahmen dessen musste Flexstrom die betroffenen Kunden auch auf mögliche Rückzahlungsansprüche hinweisen.

Entsprechende Pflichten könnten auch mit Gebotsverfügungen (oder im Wege von Verpflichtungszusagen) durch das Bundeskartellamt getroffen werden. So könnten Informationsasymmetrien abgebaut werden, die Konsequenzen der Verbraucher, etwa Erhebung von Individualklagen oder Wechsel des Anbieters, entgegenstehen. Zu denken ist auch an die Aufklärung von Verbrauchern über Widerrufsrechte, über die

⁶⁴⁴ Vgl. BGH, 2.10.2008, Az. I ZR 220/05, GRUR 2008, 1118 (Rn. 15) – *MobilPlus-Kapseln*; BGH, 2.10.2008, Az. I ZR 51/06, GRUR 2009, 75 – *Priorin*; OLG Frankfurt, 20.10.2011, Az. 6 U 40/11, LMuR 2011, 157 (158) – *Nuss-Nougat Creme*; vgl. Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 3a Rn. 1.239. Beispielhaft auch OVG Münster, 8.8.2008, Az. 13 B 1022/08, LMRR 2008, 12.

⁶⁴⁵ BGH, 29.9.2016, Az. I ZB 34/15, GRUR 2017, 208 – *Rückruf von RESCUE-Produkten*; kritisch daher Bornkamm in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 8 Rn. 1.84; Hermanns, GRUR 2017, 977, 980.

⁶⁴⁶ Siehe dazu ausführlich in Teil A.I.2. Bejahend KG, 27.3.2013, Az. 5 U 112/11, BeckRS 2013, 09271 – *Flexstrom* sowie LG Stuttgart, 7.8.2014, Az. 11 O 298/13, BeckRS 2014, 18599, aufgehoben durch OLG Stuttgart, 7.8.2015, Az. 2 U 107/14, GRUR-RS 2016, 03602 sowie jüngst BGH, 14.12.2017, Az. I ZR 184/15, BeckRS 2017, 141115 – *Klauselersetzung*, der die Frage nach Folgenbeseitigungspflichten gem. § 8 UWG offen ließ und insoweit an das OLG Stuttgart zurückverwies.

⁶⁴⁷ KG, 27.3.2013, Az. 5 U 112/11, BeckRS 2013, 09271 – *Flexstrom*.

sie vom Verletzer nicht unterrichtet wurden, sowie über vorgetäuschte Zahlungspflichten oder irreführende Preiskalkulationen. Insbesondere im Hinblick auf Verstöße gegen §§ 1 und 2 UKlaG könnten Verbraucher so ihre Vertragsbeziehungen mit dem Verletzer selbstbestimmter analysieren. Auch die nachträgliche Erfüllung verbraucherschützender Informationspflichten i.S.d. § 5a UWG kann zweckmäßig sein, da die nachträgliche Zurverfügungstellung vorvertraglicher Informationspflichten insofern eine verbraucherschützende Dimension aufweist, als sie die Wechselkosten der Verbraucher senkt.

Praktisch wirksam können derartige Anordnungen allerdings nur sein, wenn sich die betroffenen Verbraucher identifizieren lassen. Dies wird im Ausgangspunkt nur in Fallgestaltungen möglich sein, in denen Verbraucher individuell durch Unternehmen angesprochen werden oder die Verstöße vertragsbezogen sind, also insbesondere bei Verstößen gegen §§ 1 und 2 UKlaG, nicht bei Werbung in den Massenmedien.⁶⁴⁸ Am effizientesten dürften Informationsanordnungen in Fällen mit Vertragsbezug sein, in denen zwischen dem Verletzer und den Verbrauchern Dauerschuldverhältnisse bestehen, weil der Verletzer dann regelmäßig über die Kontaktdaten der Verbraucher verfügt.⁶⁴⁹

Angesichts der zunehmenden Nutzung von Online-Shops und Plattformen, bei denen eine Registrierung samt Angabe mindestens einer E-Mail-Adresse und eines Zahlungsmittels erforderlich ist und Transaktionen bereits oft zum Zweck der Bildung eines Kundenprofils dokumentiert werden, sowie des bargeldlosen Zahlungsverkehrs ist jedoch nicht fernliegend, dass auch Aufklärungsschritte in Einzeltransaktionen zwischen Verletzer und Verbrauchern sinnvoll angeordnet werden können.

Das Bundeskartellamt hat in kartellrechtlichen Fällen bereits Erfahrung mit der Aufklärung von Verbrauchern gesammelt. So wurde in der Entscheidung *Soda Stream* eine Aufklärungspflicht begründet, die über die Information von konkret von einem Verstoß betroffener Verbraucher hinausging.⁶⁵⁰ Das Unternehmen wurde im Wege einer Gebotsverfügung nach § 32 Abs. 2 GWB verpflichtet, auf Banderolen um einen Gaszylinder einen Text aufzudrucken, dass auch andere Unternehmen als Soda Stream berechtigt sind, den Zylinder mit Gas zu befüllen.⁶⁵¹

§ 32 Abs. 2 GWB und § 32 Abs. 2b GWB wären damit geeignete Ausgangspunkte, die bislang defizitäre Beseitigung der Folgen von Rechtsverstößen durch die Information von Verbrauchern abzumildern.

iv. Übergreifende Gesichtspunkte

Die behördliche Folgenbeseitigungsanordnung wäre insbesondere in Fällen hilfreich, in denen der Gesetzgeber bereits privatrechtliche Folgenbeseitigungsansprüche vorgesehen hat, deren Durchsetzung jedoch an Ermittlungsdefiziten scheitert. Beispielhaft hierfür steht § 2 Abs. 1 Alt. 2, Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG, der als

⁶⁴⁸ Vgl. *Stadler* in: FS Schilken, 2015, S. 481 ff.

⁶⁴⁹ Vgl. *Stadler* in: FS Schilken, 2015, S. 481 ff.

⁶⁵⁰ BKartA, 9.2.2006, Az. B3-39/03 – *SodaStream*.

⁶⁵¹ Der BGH bestätigte diese Verfügung, begrenzte sie allerdings zeitlich, siehe BGH, 4.3.2008, Az. KVR 21/07, BB 2008, 970 – *SodaClub*.

Beseitigungsanspruch bei bestimmten Datenschutzverstößen den Verletzer zur Löschung, Sperrung oder Berichtigung von gespeicherten Daten i.S.d. § 35 BDSG und § 13 TMG verpflichtet.⁶⁵² Schon in der Gesetzesbegründung zu dieser Norm war auf die Ermittlungs- und die daraus resultierenden Folgenbeseitigungsschwierigkeiten hingewiesen worden.⁶⁵³ Das Zusammenspiel behördlicher Ermittlungs- und Folgenbeseitigungsbefugnisse könnte der gesetzgeberischen Wertung zum Durchbruch verhelfen.

Bei den angesprochenen Maßnahmen ist – wie bei allen kartellbehördlichen Maßnahmen – die Überwachung der Einhaltung entsprechender Verfügungen effizienter als in der privaten Rechtsdurchsetzung. Das Amt wäre hier nicht auf Testkäufe und Zufallsberichte angewiesen, sondern wäre zentrale Anlaufstelle für die Meldung von fortgesetzten Verstößen und könnte entsprechende Informationen besser sammeln, bündeln und verfolgen. Ggf. könnte ein behördliches Monitoring durch Abfrage der Unternehmen oder ein externes Monitoring durch einen „Trustee“ stattfinden. Ein behördeneigenes Monitoring findet etwa bei Markttransparenzstellen oder bei der EU-Kommission bei Vergleichsvereinbarungen von forschenden Arzneimittelherstellern und Generikaherstellern statt.⁶⁵⁴

Geht es um die Sammlung von Informationen über Verbraucher, die von Verstößen konkret betroffen sind, um diese zu identifizieren, kann ein Tätigwerden des Bundeskartellamts zudem kartellrechtlichen Bedenken begegnen: es ist nicht unproblematisch, wenn entsprechende Informationen von Mitbewerbern und Unternehmensverbänden verlangt werden, um Handlungspflichten durchzusetzen, da es hierdurch zur Offenlegung von Marktdaten, nämlich den Kundenbeziehungen des Verletzers käme.

v. *Bewertung*

Behördliche Folgenbeseitigungsanordnungen im skizzierten Umfang könnten die Durchsetzungsbalance im Verbraucherrecht beeinflussen. Dies gilt jedenfalls im Hinblick auf Rückerstattungsanordnungen und Anordnungen zur Information von Verbrauchern über Rechtsverstöße, da entsprechende Pflichten im UWG nur vereinzelt bejaht und daher nicht konsolidiert sind und im UKlaG in Bezug auf AGB-Verstöße Beseitigungsansprüche nicht im Gesetz vorgesehen sind.

Die Folgenbeseitigung durch das Bundeskartellamt würde aber trotz der behördlichen Möglichkeiten nicht alle Defizite lösen. Einen Rechtsverstoß im dynamischen Wirtschaftsleben rückgängig zu machen, ist sowohl konzeptionell als auch praktisch äußerst schwierig.⁶⁵⁵ Dies belegen die Erfahrungen mit Rückerstattungsanordnungen im Kartellrecht. In Einzelfällen können aber sowohl die (verschuldensunabhängige)

⁶⁵² Vgl. hierzu *Halfmeier*, NJW 2016, 1126; *Spindler*, ZD 2016, 114.

⁶⁵³ BT-Drs. 18/4631, 20.

⁶⁵⁴ Vgl. BNetzA/BKartA, Monitoringbericht über wesentliche Entwicklungen der deutschen Elektrizitäts- und Gasmärkte 2017, abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Energie-Monitoring-2017.pdf?__blob=publicationFile&v=5; KOM, 7th Report on the Monitoring of Patent Settlements, 2016, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/patent_settlements_report7_en.pdf.

⁶⁵⁵ Aus diesem Grund wird im UWG gerade der schnellen Unterbindung von Wettbewerbsverstößen im Eilverfahren besondere Bedeutung beigemessen, siehe auch Teil A.1.2.

Rückerstattungsanordnung als auch die Verpflichtung zur Verbraucherinformation eine gewisse Folgenbeseitigung leisten. Sofern das Bundeskartellamt auch entsprechende Rückrufpflichten anordnen sollte, ginge es über das privatrechtliche Sanktionsniveau nicht hinaus. Dort, wo bereits Folgenbeseitigungsansprüche vorgesehen sind, deren Durchsetzung durch Private jedoch an Ermittlungsdefiziten scheitert, könnte das Bundeskartellamt das vom Gesetzgeber bereits vorgesehene Sanktionsniveau verwirklichen.

Ob dies gewollt ist, ist in erster Linie eine politische Frage. Umzusetzen wäre eine Folgenbeseitigung im Verbraucherrecht durch Ausdehnung von §§ 32 Abs. 2, 2a und 32b GWB auf Verbraucherrechtsverstöße.

Angesichts der Schwächen der Folgenbeseitigung in der privaten Rechtsdurchsetzung könnte neben der Folgenbeseitigung als Teil eines behördlichen Verfahrens auch ein eigenständiges Folgenbeseitigungsverfahren auf Antrag eines Verbands eingeführt werden (vgl. B.III.5.c.(4)). Dann könnte ein Verband, der eine einstweilige Verfügung oder ein Urteil erwirkt hat, beim Bundeskartellamt beantragen, die behördlichen Befugnisse zu nutzen, um eine Folgenbeseitigung zu erwirken. Gerade Zusagen nach § 32b GWB könnten sich hierfür als sehr effektives Instrument erweisen.

(4) Unterbindung von strategischem Verhalten

Eine Übertragung der Befugnis zur nachträglichen Feststellung von Verstößen gem. § 32 Abs. 3 GWB kann strategisches Verhalten in der privaten Rechtsdurchsetzung abmildern.

Gelegentlich entsteht das Problem, dass für die Rechtsdurchsetzung wichtige Präzedenzfälle verhindert werden, indem die Fälle durch Unterwerfung, Anerkenntnis oder außergerichtliche Beilegung einer gerichtlichen Klärung entzogen werden. Dann fehlt es an einer gerichtlichen Entscheidung mit Signalwirkung, auf die sich andere Betroffene stützen könnten.

Um diesem Problem abzuwehren, könnte das Bundeskartellamt im Nachgang zu Versuchen der privaten Rechtsdurchsetzung – auf Antrag oder Hinweis einer aktivlegitimierten Institution oder eines Gerichts – vorgehen, um einem Fall, der nicht zur gerichtlichen Klärung gelangt ist, Signalwirkung zuzumessen und/oder auf die Klärung der Rechtslage hinzuwirken.

Dazu könnte § 32 Abs. 3 GWB auf verbraucherrechtliche Fälle ausgedehnt werden. Die Behörde würde dann nachträglich die Zuwiderhandlung feststellen.

Zu erwägen wäre, ausdrücklich ein Anregungs- oder Antragserfordernis vorzusehen. Damit würden Akteure der privaten Rechtsdurchsetzung eingebunden, ihre Expertise würde genutzt (siehe B.III.5.c.(3)).

(5) Schneller Rechtsschutz bei Ermittlungsdefiziten

Gem. § 32a GWB kann das Bundeskartellamt in dringenden Fällen, wenn die Gefahr eines ernsten, nicht wiedergutmachenden Schadens für den Wettbewerb besteht, von Amts wegen einstweilige Maßnahmen anordnen.

Hier besteht eine Parallele zur einstweiligen Verfügung im lauterkeitsrechtlichen Verfahren. Die praktische Bedeutung unterscheidet sich jedoch gravierend. Während im lauterkeitsrechtlichen Verfahren die Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen im Verfahren der einstweiligen Verfügung das Herzstück des Durchsetzungssystems des UWG ist, ist die praktische Bedeutung der Anordnung einstweiliger Maßnahmen in der Kartellrechtsanwendung bislang sehr gering,⁶⁵⁶ auch wenn sich die Monopolkommission mit Blick auf Wettbewerbsverzerrungen in dynamischen Branchen für die stärkere Nutzung einstweiliger Verfügungen im Kartellrecht ausgesprochen hat.⁶⁵⁷

Das Problem mit einstweiligen Maßnahmen, insbesondere wenn diese einschneidende Wirkung haben (z.B. Unterbrechung eines Geschäftsmodells) liegt in der Haftung: Das Bundeskartellamt würde sich schadensersatzpflichtig machen, wenn die Anordnung sich als rechtswidrig erweist. Dieses Risiko droht zwar auch bei anderen Entscheidungen. Diese sind jedoch anders vorbereitet und durchdacht als einstweilige Maßnahmen, sodass rein faktisch eine Pflichtverletzung seltener sein wird. Ein Einsatz von einstweiligen Maßnahmen nach § 32a GWB ist zur Durchsetzung des Verbraucherrechts grundsätzlich nicht erforderlich. Für schnelle Entscheidungen sorgt bereits das System der privaten Rechtsdurchsetzung durch die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen im Verfahren der einstweiligen Verfügung oder im Abmahnprozedere.

Zudem könnte das Bundeskartellamt seine Vorteile – bessere Ermittlungsmöglichkeiten, stärkere Durchsetzung, ökonomische Expertise usw. – im Eilverfahren gerade nicht einbringen.

Aus diesen Gründen – Haftungsrisiko einerseits, fehlendes Ausspielen von Vorteilen andererseits – hätte das Bundeskartellamt daher wohl nur ein geringes Interesse an einer solchen Befugnis, wie das Kartellrecht zeigt.

Dennoch gibt es eine Konstellation, in der das Bundeskartellamt ggf. auf eine solche Befugnis angewiesen wäre: Einstweilige Maßnahmen kämen in Betracht, wenn Verfahren des Bundeskartellamts Sperrwirkung gegenüber zivilrechtlichem Eilrechtsschutz entfalten sollten: Würde das Bundeskartellamt ein Verfahren wegen eines verbraucherrechtlichen Verstoßes führen, wäre denkbar, dass die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung in diesem Zeitraum gesperrt wäre. Dann müsste aber gewährleistet sein, dass der Rechtsverstoß während der Dauer der Ermittlungen abgestellt werden könnte. Dies könnte das Bundeskartellamt durch einstweilige Maßnahmen, ggf. auf Antrag eines privaten Akteurs, leisten. Würde das Vorgehen eines privaten Akteurs scheitern, weil das Unternehmen einwendet, in dieser Sache schon einem behördlichen Verfahren zu unterliegen, müsste ggf. ein kostenmäßiger Ausgleich gefunden werden (siehe auch B.III.5.c.(1)).

⁶⁵⁶ Vgl. BGH, 22.10.1968, Az. KVR 5/68, GRUR 1969, 240 – *Filtertüten*; KG, 3.12.1974, Az. Kart 37/74, WuW/E OLG 1548 ff. – *SABA*; KG, 14.4.1978, Az. Kart 8/78, WuW/E OLG 1983 ff. – *Rama Mädchen*; OLG München, 7.5.1992, Az. 2/92, WuW/E OLG 4990 – *Herr der Gezeiten*; BGH, 21.11.2000, Az. KVZ 28/99, GRUR 2001, 367 – *Einspeisesperre*.

⁶⁵⁷ Monopolkommission, Sondergutachten 68: Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Tz. 510, abrufbar unter http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_volltext.pdf.

(6) Verwaltungsverfahrenrechtliche Entscheidungsbefugnisse und CPC-Verordnung

Würde mit der Umsetzung der neugefassten CPC-Verordnung (VO (EU) 2017/2394) in Deutschland eine Verbraucherschutzbehörde eingesetzt,⁶⁵⁸ stellt sich die Frage, ob die Anforderungen der CPC-Verordnung mit den hier vorgestellten Optionen zusammenpassen. Sollte sich der Gesetzgeber für die Übertragung von Befugnissen im Verbraucherrecht auf das Bundeskartellamt entscheiden und für ein Behördenmodell zur Umsetzung der CPC-Verordnung optieren, wäre es sinnvoll, eine Lösung „aus einem Guss“ zu haben. Daher erfolgt hier ein Abgleich mit den Vorgaben des europäischen Rechts.

Gem. Art. 9 Abs. 4 lit. e) und f) VO (EU) 2017/2394 muss die Verbraucherschutzbehörde mindestens die Befugnis haben, die Einstellung von Verstößen i.S.v. Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Nr. 1-5 VO (EU) 2017/2394 schriftlich anzuordnen bzw. eine Einstellung derselben zu bewirken. Diesem Erfordernis wäre mit der Übertragung der Abstellungsanordnung nach § 32 Abs. 1 GWB Genüge getan.

Zudem sind Mindestbefugnisse vorgesehen, die durch eine Verfahrensbeendigung durch Verpflichtungszusagen nach § 32b GWB verwirklicht werden könnten: Auf diesem Weg könnte das Bundeskartellamt versuchen, von dem für einen Verstoß verantwortlichen Unternehmen Zusagen zur Einstellung des Verstoßes zu erhalten oder solche Zusagen zu akzeptieren (Art. 9 Abs. 4 lit. b) VO (EU) 2017/2394) oder vom Unternehmen Abhilfemaßnahmen zugunsten der vom mutmaßlichen Verstoß betroffenen Verbraucher – auf dessen Initiative oder der des Amtes – entgegenzunehmen (Art. 9 Abs. 4 lit. c) VO (EU) 2017/2394). Ersteres ist gängige Praxis des Bundeskartellamts im Kartellrechtskontext. Letzteres entspräche dem Vorgehen des Bundeskartellamts bei Preismissbräuchen in der Energieversorgung (vgl. B.II.1.a.(3)i.).

In Art. 9 Abs. 4 lit. d) VO (EU) 2017/2394 ist vorgesehen, dass Verbraucher, die eine Schädigung durch einen Verstoß i.S.d. CPC-Verordnung vorbringen, gegebenenfalls durch die zuständige Behörde darüber informiert werden, wie sie Entschädigungsansprüche nach nationalem Recht geltend machen können. Eine solche Befugnis ist dem GWB fremd. Eine Maßnahme ähnlicher Wirkung könnte der Erlass von Gebotsverfügungen sein, die den Verletzer zu einer entsprechenden Information gegenüber den Verbrauchern verpflichten (vgl. B.II.1.a.(3)iii. – Verbraucherinformation im Nachgang von Verstößen). Als reines Informationshandeln der Behörde im Sinne von Verbraucheraufklärung könnte das Bundeskartellamt jedoch grundsätzlich auch ohne eigene Befugnisnorm in allgemeiner Form über Ansprüche informieren. Bei der Frage nach einer Schaffung einer Art. 9 Abs. 4 lit. d) VO (EU) 2017/2394 entsprechenden Befugnis wäre zudem zu berücksichtigen, dass die Entgegennahme von Beschwerden einzelner Verbraucher und deren Beratung ein Anliegen ist, das insbesondere die Verbraucherzentralen gut erfüllen. Die Information einzelner Verbraucher über die Reaktionsmöglichkeiten auf Verstöße i.S.d. Art. 9 Abs. 4 lit. d) VO (EU) 2017/2394 könnten dementsprechend die Verbraucherzentralen gem.

⁶⁵⁸ Ob dies erforderlich ist, ist noch nicht abschließend geklärt, siehe B.III.3.b.

Art. 10 Abs. 1 lit. c) als benannte Stellen übernehmen.

Die Anforderung des Art. 9 Abs. 4 lit. a) VO (EU) 2017/2394, dass die Verbraucherschutzbehörde vorläufige Maßnahmen zur Vermeidung der Gefahr einer schwerwiegenden Schädigung der Kollektivinteressen der Verbraucher ergreifen können muss, lässt sich durch eine Übertragung des § 32a GWB erfüllen.

Art. 9 Abs. 4 lit. g) VO (EU) 2017/2394 sieht umfassende Befugnisse für Eingriffe in Online-Schnittstellen (Art. 3 Nr. 15 VO (EU) 2017/2394) vor. Hier würde die Kartellbehörde mit den bisherigen Befugnissen an ihre Grenzen stoßen. Zwar könnten „Netzsperrern“ mittels Gebotsverfügungen gem. § 32 Abs. 2 GWB angeordnet werden, wenn eine Netzsperrere bereits allein durch das Einwirken auf den Verletzer erreicht werden kann, was im Ausgangspunkt im Anwendungsfall des Art. 9 Abs. 4 lit. g) Fall i) VO (EU) 2017/2394 der Fall sein dürfte. Dies gilt jedoch auch nur dann, sofern der Verletzer die zu sperrende Schnittstelle beherrscht. Eine Indienstnahme privater Dritter wie Anbietern von Hosting-Diensten oder Domainnamen-Registrierungsstellen, um eine Netzsperrere zu bewirken, wie dies in Art. 9 Abs. 4 lit. g) Fall ii) und iii) VO (EU) 2017/2394 und den Fällen des Art. 9 Abs. 4 lit. g) Fall i) VO (EU) 2017/2394, in denen der Verletzer die zu sperrenden Schnittstellen nicht beherrscht, vorgesehen ist, ist dagegen mittels Gebotsverfügungen nicht ohne weiteres möglich. Das Bundeskartellamt hat jedenfalls mit derartigen Eingriffen keine Erfahrung; es könnte sich insoweit auch eine Diskussion über die exakten Anforderungen ergeben, sodass eine Sonderregelung erforderlich würde.⁶⁵⁹

b. Übertragung der Ermittlungsbefugnisse

Die Übertragung der Ermittlungsbefugnisse der §§ 57 ff. GWB, also die förmliche Beweiserhebung durch Augenscheins-, Zeugen- und Sachverständigenbeweis gem. § 57 Abs. 2 bis 6 GWB, Auskunftsverlangen, Herausgabeverlangen, Nachprüfungen sowie Durchsuchungen gem. § 59 GWB sowie Beschlagnahmen nach § 58 GWB ist unter Berücksichtigung der Stakeholder-Befragung der kleinste gemeinsame Nenner hinsichtlich neuer verbraucherrechtlicher Befugnisse des Bundeskartellamts. Die befragten Stakeholder sahen – wenn überhaupt – Ergänzungsbedarf am ehesten im Bereich der Ermittlungen (siehe unten, B.III.2), da bei privater Rechtsdurchsetzung die Beschaffung von Informationen und Beweisen äußerst schwierig ist. Dies zeigen auch die Case Studies in Teil A.III. Die schon jetzt mögliche verbraucherrechtliche Sektoruntersuchung hilft einigen Ermittlungsdefiziten bereits ab. Schwierigkeiten stellen sich vor allem bei intransparenten Geschäftsmodellen – etwa wenn Algorithmen verwendet werden – sowie der Nachverfolgung von Finanzströmen, die für die Bejahung geschäftlicher Handlungen von Bedeutung sein können.

⁶⁵⁹ Siehe auch Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abg. *Manuel Höferlin* u.a., 21.3.2018, BT-Drucks. 19/1393.

(1) Kartellrechtliche Grundlagen

Die Ermittlungsbefugnisse des Bundeskartellamts sind für das Verwaltungsverfahren in den §§ 57 ff. GWB niedergelegt. Ausgangspunkt ist § 57 Abs. 1 GWB, nach dem das Kartellamt alle Ermittlungen führen und alle Beweise erheben kann, die erforderlich sind. § 57 Abs. 2 bis 6 GWB regeln die förmliche Beweiserhebung durch Augenscheins-, Zeugen- und Sachverständigenbeweis. Dies geschieht unter Verweis auf die ZPO, die hier in Teilen sinngemäß heranzuziehen ist. In der Praxis steht die nichtförmliche Informationsbeschaffung im Vordergrund.⁶⁶⁰ Dies geschieht beispielsweise mittels Telefongesprächen, einfachen Briefwechseln, Besprechungen und Ortsbesichtigungen.⁶⁶¹ § 59 GWB regelt Auskunftsverlangen, Herausgabeverlangen, Nachprüfungen sowie Durchsuchungen. Gem. § 58 GWB können beweisrelevante Unterlagen, die im Zuge einer Einsichtnahme und Überprüfung nach § 59 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GWB vorgelegt oder im Rahmen einer Durchsuchung nach § 59 Abs. 4 GWB vorgefunden wurden, beschlagnahmt werden. Mittels Auskunftsverlangen gem. § 59 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GWB werden Auskünfte über die wirtschaftlichen Verhältnisse von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen angefordert. Im Rahmen der Preismissbrauchsaufsicht kann von Unternehmen die Vorlage ihrer Entgeltkalkulation sowie die Erläuterung von Kalkulationsgrundlagen und -methoden verlangt werden.⁶⁶² In der Praxis werden häufig informelle Auskunftersuchen gestellt. Sie müssen sich zwar nicht an den Voraussetzungen des § 59 GWB messen lassen, ihre Nichtbeantwortung hat jedoch auch keine direkten Konsequenzen.⁶⁶³

Herausgabeverlangen gehen einen Schritt weiter und verpflichten dazu, Unterlagen zu übergeben, die die wirtschaftlichen Verhältnisse des Adressaten betreffen. Im Rahmen von Nachprüfungen werden geschäftliche Unterlagen – das sind Unterlagen im Sinne der Herausgabepflicht – zu den üblichen Geschäftszeiten beim Adressaten eingesehen und geprüft. Hiermit korrespondiert ein Betretungsrecht der beauftragten Mitarbeiter des Kartellamts, sodass Art. 13 GG eingeschränkt wird, vgl. § 59 Abs. 3 GWB.

Auskunfts- und Herausgabeverlangen erstrecken sich gem. § 59 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GWB auch auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der mit dem Adressaten im Sinne des § 36 Abs. 2 GWB verbundenen Unternehmen, sofern der Adressat über diese Informationen selbst verfügt oder sie beschaffen kann. Dies vereinfacht die Informationsbeschaffung im Hinblick auf im Ausland ansässige Unternehmen.⁶⁶⁴

Damit Auskunfts- und Herausgabeverlangen sowie Nachprüfungen angeordnet

⁶⁶⁰ *Bach* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2014, vor § 54 Rn. 16; *Quellmalz* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, GWB, 2016, § 57 Rn. 11; *Klose* in: Wiedemann, Kartellrecht, 2016, § 52 Rn. 2.

⁶⁶¹ Vgl. *Quellmalz* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, GWB, 2016, § 57 Rn. 11.

⁶⁶² *Quellmalz* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, GWB, 2016, § 59 Rn. 9; OLG Düsseldorf, 22.4.2002, Az. Kart 2/02 (V), WuW/E DE-R 914, 916 – *Netznutzungsentgelt*.

⁶⁶³ Vgl. *Klose* in: Wiedemann, Kartellrecht, 2016, § 52 Rn. 2; *Bach* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2014, vor § 54 Rn. 16; *Quellmalz* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, GWB, 2016, § 57 Rn. 11.

⁶⁶⁴ *Quellmalz* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, GWB, 2016, § 59 Rn. 10; BT-Drucks. 15/3640, S. 64.

werden dürfen, bedarf es eines Anfangsverdachts.⁶⁶⁵ Dafür muss aufgrund konkreter tatsächlicher Umstände eine Gesetzesverletzung als möglich erscheinen.⁶⁶⁶ Ob ein Anfangsverdacht vorliegt, unterliegt allein einer Schlüssigkeitsprüfung.⁶⁶⁷

Die ergriffenen Ermittlungsmaßnahmen müssen begründet werden und erforderlich sein.⁶⁶⁸ Bspw. kann ein Auskunftersuchen ein milderes Mittel als eine Durchsuchung nach § 59 Abs. 4 GWB sein. Auch für die Erforderlichkeit findet jedoch nur eine gerichtliche Vertretbarkeitsprüfung statt.⁶⁶⁹

Neben den Adressaten der Maßnahmen nach § 59 Abs. 1 GWB werden nach § 59 Abs. 2 GWB auch Unternehmensinhaber und ihre Vertreter sowie bei juristischen Personen, Gesellschaften und nicht rechtsfähigen Vereinen die nach Gesetz oder Satzung zur Vertretung berufenen Personen zur Auskunft, Herausgabe und Mitwirkung an Nachprüfungen verpflichtet. Dafür besteht eine Notwendigkeit, da hiermit ein Aufhänger für die Verwirklichung des Bußgeldtatbestandes § 81 Abs. 2 Nr. 6 GWB gegeben ist, wenn Auskünfte nicht erteilt, Unterlagen nicht herausgegeben oder Nachprüfungen vereitelt werden.

Die Möglichkeit zur Durchsuchung wird dem Bundeskartellamt durch § 59 Abs. 4 GWB eröffnet. Sie geht über die Nachprüfung hinaus, da der zugrundeliegende Durchsuchungsbeschluss zur selbstständigen Suche nach relevanten Unterlagen beim Unternehmen berechtigt, ohne dass es wie bei der Nachprüfung auf eine Mitwirkung des Unternehmens ankäme.

Die Ermittlungsbefugnisse in § 59 GWB werden durch die Möglichkeit der Beschlagnahme nach § 58 GWB flankiert.

(2) Mehrwert behördlicher Ermittlungen

Der Mehrwert behördlicher Ermittlungsmöglichkeiten kann anknüpfend an die Case Studies zu Influencer Marketing, Vergleichsportalen und Kundenbewertungen im Internet plastisch gemacht werden:

⁶⁶⁵ *Quellmalz* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, GWB, 2016, § 59 Rn. 4; OLG Düsseldorf, 17.9.2012, Az. VI-2 Kart 3/12 (V), WuW/E DE-R 3879, 3801 – *Auskunftsbezugnis*; Klose in: Wiedemann, Kartellrecht, 2016, § 52 Rn. 15.

⁶⁶⁶ OLG Düsseldorf, 17.9.2012, Az. VI-2 Kart 3/12 (V), WuW/E DE-R 3879, 3801 – *Auskunftsbezugnis*; OLG Düsseldorf, 11.6.2003, Az. Kart 7/03 (V), WuW/E DE-R 1179, 1180 – *Stromcontracting*; *Quellmalz* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, GWB, 2016, § 59 Rn. 4; Klose in: Wiedemann, Kartellrecht, 2016, § 52 Rn. 15.

⁶⁶⁷ *Quellmalz* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, GWB, 2016, § 59 Rn. 4; OLG Düsseldorf, 11.6.2003, Az. Kart 7/03 (V), WuW/E DE-R 1179, 1180 – *Stromcontracting*; *Klaue* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2014, § 59 Rn. 20.

⁶⁶⁸ *Quellmalz* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, GWB, 2016, § 59 Rn. 5; OLG Düsseldorf, 17.9.2012, Az. VI-2 Kart 3/12 (V), WuW/E DE-R 3879, 3800 – *Auskunftsbezugnis*; OLG Düsseldorf, 27.4.2001, Az. Kart 19/01 (V), WuW/E DE-R 677, 678 – *Müllverbrennungsanlage*.

⁶⁶⁹ *Quellmalz* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, GWB, 2016, § 59 Rn. 5; OLG Düsseldorf, 17.9.2012, Az. VI-2 Kart 3/12 (V), WuW/E DE-R 3879, 3800 – *Auskunftsbezugnis*; OLG Düsseldorf, 27.4.2001, Az. Kart 19/01 (V), WuW/E DE-R 677, 678 – *Müllverbrennungsanlage*.

i. Influencer Marketing

Beim Influencer Marketing⁶⁷⁰ können sich Ermittlungsprobleme beim Nachweis des kommerziellen Charakters einer Werbebotschaft stellen, weil hierfür regelmäßig der Nachweis einer konkreten Bezahlung für die konkret beanstandete Werbebotschaft erforderlich ist. Mit rein zivilrechtlichen Mitteln ist der Kläger hier auf Indizien angewiesen. Das funktioniert in der Praxis, soweit sich erste Indizien ergeben.

Mit den Ermittlungsbefugnissen des §§ 57 ff. GWB wäre dieser Nachweis vergleichsweise einfach zu erbringen, indem das Bundeskartellamt zunächst Auskunft hinsichtlich des Finanzgebarens des Influencer verlangt, entsprechende Unterlagen erforderlichenfalls herausverlangt oder im Zuge einer Durchsuchung beschlagnahmt. Allerdings benötigt auch das Bundeskartellamt einen Anfangsverdacht.

ii. Kundenbewertungen

Ermittlungsdefizite wurden insbesondere beim Nachweis von vom Beworbenen erkauften positiven Kundenbewertungen identifiziert.⁶⁷¹ Die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung ist insbesondere dann auf Zufallsfunde angewiesen, wenn Positivbewertungen bei hierauf spezialisierten Agenturen mit ständig wechselnder Internetaktivität eingekauft werden. Hier schlägt der begrenzte Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Auskunftsanspruchs aus § 242 BGB durch, der als Hilfsanspruch gerade nicht dazu dienen kann, einen Verstoß – etwa gegen § 3 i.V.m. § 5 UWG – erst nachzuweisen, sondern diesen voraussetzt.⁶⁷² Dementsprechend kann ein Unternehmen, demgegenüber der Verdacht der Nutzung manipulativer Kundenbewertungen naheliegt, nicht hinsichtlich der Herkunft der Bewertungen auf Auskunft in Anspruch genommen werden.

Hinsichtlich der direkten Ermittlung einzelner Agenturen, die gekaufte Positivbewertungen anbieten, würde wohl auch das Bundeskartellamt mit den Ermittlungsbefugnissen aus §§ 57 ff. GWB auf Schwierigkeiten stoßen, sofern die Anbieter nur über das Internet kontaktiert werden, ansonsten nicht in Erscheinung treten und ihr Auftreten etwa durch Namens- und Domainänderungen ständig modifizieren. Dies gilt insbesondere, wenn solche Anbieter aus dem Ausland operieren. Entsprechende Nachweisschwierigkeiten sind aus der Tätigkeit der Bundesnetzagentur bei der Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung nach § 20 UWG bei Call Centern mit Auslandssitz bekannt.⁶⁷³

Erfolgversprechend erscheint jedoch ein Vorgehen gegen das konkret beworbene Unternehmen, indem Auskunft über die Herkunft verdächtiger Bewertungen und erforderlichenfalls über mit der Bewertungsfunktion zusammenhängende Zahlungsströme verlangt wird. Geht man von einer durchschnittlichen Quote von 20-

⁶⁷⁰ Ausführlich dazu die Case Study in Teil A.III.1.

⁶⁷¹ Vgl. Teil A.III.2.

⁶⁷² *Goldmann* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, Vor § 8 Rn. 44; BGH, 4.3.1977, Az. I ZR 117/75, GRUR 1978, 54, 55 – *Preisauskunft*.

⁶⁷³ *Schulte-Nölke/Henning-Bodewig/Podszun*, Evaluierung der verbraucherschützenden Regelungen im Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken – Studie für das BMJV, 2017, S. 6.

30 % gekaufter Kundenbewertungen in einigen Marktsegmenten aus,⁶⁷⁴ bieten sich insbesondere auch Sektoruntersuchungen an, die eine breitere Erfassung der Dimension von Verstößen ermöglichen. Es ist nicht fernliegend, dass gekaufte Kundenbewertungen im Ergebnis von einer überschaubaren Anzahl von Anbietern erbracht werden. Dies entspräche der Marktsituation bei Spam-Mails: Hier ist eine vergleichsweise geringe Anzahl kommerzieller Anbieter für einen Großteil des weltweiten Spam-Aufkommens verantwortlich.⁶⁷⁵ Mit der Inanspruchnahme der Beworbenen könnte sich jedoch ein wirksamer Hebel ergeben, um über die dabei aufgedeckten Geldströme kommerzielle Anbieter gekaufter Bewertungen zu identifizieren und gegen diese selbst rechtliche Maßnahmen, ggf. im internationalen Zusammenwirken, einzuleiten.

iii. Vergleichsportale

Für Vergleichsportale wurden Ermittlungsdefizite der privaten Rechtsdurchsetzung dahingehend identifiziert, dass nur schwer nachweisbar ist, ob und wenn ja welche Zahlungen von den verglichenen Unternehmen an den Portalbetreiber geleistet wurden, welche Kriterien bei algorithmengesteuerten Rankings zugrunde gelegt werden, welche Maßnahmen zur Aussortierung „gefakter“ oder inaktueller Kundenbewertungen ergriffen wurden, ob der angegebene Preis stets der Beste ist, wie er sich berechnet und ob Sonderangebote korrekt ausgewiesen werden.⁶⁷⁶ Denkbar ist auch, dass individualisierte Preise verwendet werden und dies nicht transparent gemacht wird. In ihrer Gesamtheit sind diese Praktiken nur schwer durch einzelne zivilrechtliche Klagen erfassbar, sodass sich die Durchsetzung aktuell auf einzelne, gut belegbare Praktiken konzentriert. Ermittlungsbefugnisse des Bundeskartellamts könnten hier Abhilfe schaffen, indem sie eine umfassende Erfassung des „Geschäftsmodells Vergleichsportal“ ermöglichen und so eine detailliertere Analyse bereitstellen. So können auch Wechselwirkungen zwischen einzelnen Praktiken angemessen erfasst werden, die bei einer Konzentration der Durchsetzung auf einzelne, naheliegende Verstöße verborgen bleiben könnten. Die erste Sektoruntersuchung der Beschlussabteilung Verbraucherschutz des Bundeskartellamts hat genau dies zum Thema gemacht.⁶⁷⁷

Als Praxisbeispiel für die Übertragung kartellbehördlicher Ermittlungsbefugnisse zur eingehenden Analyse der Funktionsweise von Vergleichsportalen und deren Umgang mit (dem Verdacht nach) gekauften Kundenbewertungen kann das Vorgehen der italienischen *Autorità Garante* (AGCM) gegen das Reisevergleichsportal TripAdvisor dienen. Im Rahmen ihrer Ermittlungen hat die AGCM die unternehmensinternen Abläufe zum Umgang mit potenziell gekauften Bewertungen eingehend analysiert und

⁶⁷⁴ Vgl. Teil A.III.2.

⁶⁷⁵ *Schulte-Nölke/Henning-Bodewig/Podszun*, Evaluierung der verbraucher-schützenden Regelungen im Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken – Studie für das BMJV, 2017, S. 31.

⁶⁷⁶ Siehe Case Study in Teil A.III.3.

⁶⁷⁷ Vgl. BKartA, Pressemitteilung vom 24.10.2017: Bundeskartellamt startet Untersuchung von Vergleichsportalen, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2017/24_10_2017_Vergleichsportale.pdf.

als ungenügend beanstandet.⁶⁷⁸ Mit den Ermittlungen wurden vertiefte Erkenntnisse über die Funktionsweise von TripAdvisor gesammelt, einschließlich innerbetrieblicher Abläufe, die für private Kläger nicht zu ermitteln sind.

iv. Zusammenfassung

Aus den Case Studies hatte sich ergeben, dass Ermittlungsdefizite insbesondere dort behoben werden können, wo private Rechtsdurchsetzung an Informationsgrenzen stößt, Verstöße also nicht offensichtlich oder von Außenstehenden nachvollziehbar sind. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn Finanzströme nachverfolgt werden müssen (Schleichwerbung, gekaufte Bewertungen). Ebenso wenig ist von außen erkennbar, ob interne Abläufe zu neutralen, lauterer Ergebnissen führen, z.B. bei der Darstellung von Ergebnissen im Rahmen von Vergleichsportalen. Der Einsatz von Algorithmen, Big Data-Anwendungen, künstlicher Intelligenz und digitalen Assistenten führt dazu, dass gerade viele digitale Geschäftsmodelle nicht mehr nachvollziehbar sind. Das gilt nicht nur für individuelle Verbraucher, sondern zunehmend auch für wichtige klagebefugte Institutionen und Verbände. Ob das Informationsgebot des Lauterkeitsrechts eingehalten wird, ist nicht mehr ohne weiteres zu prüfen. Hier würden behördliche Ermittlungen einen erheblichen Mehrwert erbringen, wenn auch zu konstatieren ist, dass – mit Ausnahme von Sektoruntersuchungen – weiterhin ein konkreter Anfangsverdacht nötig wäre. Würden die Ermittlungsbefugnisse des Kartellrechts auf das Verbraucherrecht ausgedehnt, wäre die Aufklärung von Sachverhalten jedoch erheblich vereinfacht.

Ermittlungsdefizite entstehen in der privaten Praxis auch, wenn systematische, vielfache und wiederholte Verstöße vorkommen. Diese sind besonders erheblich, können aber schon allein wegen des organisatorischen Aufwands nicht umfassend aufgearbeitet werden. Es können nur punktuell einzelne Missstände herausgegriffen werden. Auch hier wäre eine behördliche Ermittlung dienlich, sodass bei den handelnden Unternehmen die Verstöße umfassend ermittelt werden könnten.

Schließlich wären behördliche Ermittlungen auch für die Analyse kompletter Geschäftsmodelle hilfreich, bei denen sich die Unlauterkeit möglicherweise nicht aus einem einzelnen Umstand ergibt, sondern aus dem Zusammenwirken verschiedener Aspekte. Dies zu durchschauen und nachzuweisen, ist in privater Rechtsdurchsetzung kaum zu leisten.

(3) Schutz von Geschäftsgeheimnissen

Ein weiterer Vorteil behördlicher Ausermittlung komplexer Geschäftsmodelle, insbesondere im Digitalbereich, wäre, dass das Bundeskartellamt mit seinen Geheimhaltungspflichten und den im Kartellrecht bewährten praktischen Strategien der Geheimhaltung eine besondere Gewähr für den vertraulichen Umgang mit

⁶⁷⁸ *De Franceschi*, EuCML 2016, 56, 57 f.; AGCM, 14.12.2014, PS 9345, Provv. No. 25237, Rn. 55 ff. – *Tripadvisor*, die englische Version der Entscheidung ist abrufbar unter <http://www.agcm.it/component/joomdoc/allegati-news/ps9345-eng.pdf/download.html>.

Geschäftsgeheimnissen bietet. Eigene Regelungen wären dafür bei der Befassung mit Verbraucherrecht nicht erforderlich. Der Aufdeckung von Unternehmensinformationen sind im Rahmen eines Zivilrechtsstreits wegen berechtigter Geheimhaltungsinteressen enge Grenzen gesetzt.

(4) Ermittlungen in Fällen mit Auslandsbezug

Im Rahmen der Stakeholderbefragung kam zum Ausdruck, dass Ermittlungsdefizite insbesondere bei Fällen gegeben sind, in denen Unternehmen aus dem Ausland auf dem deutschen Markt Verbraucherrechtsverstöße begehen. Hier ist der Anwendungsbereich der in Teil A.II.1.d dargestellten CPC-Verordnung zu beachten. Auch eine deutsche Behörde wie das Bundeskartellamt hat Schwierigkeiten bei der Ermittlung von Auslandssachverhalten. Das Grundproblem – grenzüberschreitende Unternehmensaktivitäten versus nationales Souveränitätsprinzip der hoheitlichen Rechtsdurchsetzung – wird in einzelnen Rechtsgebieten nicht komplett aufgelöst, sondern bestenfalls praktisch moderiert. *Wolfgang Kartte* fasste das als Präsident des Bundeskartellamts in die Worte: „Unsere Kanonen schießen nur bis Aachen.“⁶⁷⁹ Allerdings hat das Bundeskartellamt insofern weitreichende Erfahrungen, da es in kartellrechtlichen Fällen häufig mit Sachverhalten konfrontiert ist, die internationale Dimensionen haben.

Es helfen einzelne Erleichterungen im GWB-Verfahrensrecht, z.B. das Prinzip der Unternehmenseinheit, die Möglichkeit, formlose Auskunftsbitten ins Ausland zu versenden, und Regeln für die internationale Zustellung (§§ 39 Abs. 3 Nr. 6, 61 Abs. 1 GWB).

Hinzu kommt die gute internationale Vernetzung mit anderen Behörden in der EU und darüber hinaus. Dadurch ist die praktische Kooperation mit ausländischen Behörden bereits eingeübt. Die Vernetzung des Bundeskartellamts innerhalb der EU ist geprägt durch seine Einbindung in das Netz der europäischen Wettbewerbsbehörden (ECN), das maßgeblich durch Art. 11, 12 und 22 VO 1/2003 (Kartellverfahrensordnung) ausgestaltet ist. Neben die verrechtlichten Kooperations- und Austauschmodi des ECN tritt eine Reihe von Foren im Kontext des ECN, in denen auf informeller Grundlage ein fallbezogener sowie regelmäßiger, auf die möglichst kohärente Fortentwicklung der Anwendungspraxis der Mitglieder des ECN gerichteter Austausch stattfindet.⁶⁸⁰ Die hiermit gegebene Vernetzung würde einen guten Ausgangspunkt für die Verfolgung grenzüberschreitender Verbraucherrechtsverstöße bieten, insbesondere soweit in den anderen Mitgliedstaaten auch die Kartellbehörden für die Verfolgung von Verbraucherrechtsverstößen zuständig sind. Dies ist in zahlreichen Mitgliedstaaten der Fall.

Mit Marktordnungsbehörden außerhalb der EU ist das Bundeskartellamt vor allem über

⁶⁷⁹ *Kartte* in: Der Spiegel, 18.11.1985, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-13515634.html>.

⁶⁸⁰ KOM, Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, 2004, ABl. C 101/43, abrufbar unter [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(02\)&from=DE](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(02)&from=DE); vgl. Ost in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, 2016, VO 1/2003, Einf. Rn. 9.

das International Competition Network (ICN), ein informelles, internationales Netzwerk von Wettbewerbsbehörden, vernetzt, das dem Erfahrungs- und Meinungsaustausch der beteiligten Behörden dient und auf dieser Grundlage jurisdiktionenübergreifende „recommended practices“ für Kartellbehörden weltweit erarbeitet. Es geht beim ICN demnach nicht um eine Kooperation im Hinblick auf konkrete Einzelfälle, sondern um die Herausbildung internationaler Standards in der Kartellrechtsanwendung (Konvergenz). Daneben wird auf Basis formeller Abkommen auch in Einzelfällen kooperiert.⁶⁸¹ Gegebenenfalls werden ohne explizite Rechtsgrundlage nach dem Motto „pick up the phone“⁶⁸² Ad-hoc-Gespräche mit Mitarbeitern von Wettbewerbsbehörden anderer Jurisdiktionen geführt.⁶⁸³ Auch dies ist eine Basis für die Abstimmung mit Wettbewerbsbehörden von Drittstaaten, die neben Kartellrecht auch Verbraucherrecht durchsetzen.

(5) Unterschiede zwischen Verwaltungsverfahren und privater Rechtsdurchsetzung im Beweisrecht?

Das Bundeskartellamt trägt aufgrund des im Verwaltungsverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatzes im Unterschied zum zivilrechtlichen Verfahren per se die formelle Beweislast, d.h. ihm obliegen die Darlegung und der Beweis aller für den Gesetzesverstoß relevanten Tatsachen.⁶⁸⁴ Auch die materielle Beweislast trägt im Verwaltungsverfahren ganz überwiegend das Bundeskartellamt, ein non liquet geht also zu seinen Lasten.⁶⁸⁵

Vor diesem Hintergrund der Amtsermittlung ist fraglich, wie mit im Zivilrecht anerkannten Vermutungen, Beweislastregeln und Feststellungen kraft eigener Sachkunde umzugehen ist. Aus dem UWG können diesbezüglich die Beweislastregel in § 7 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. (zur Erkennbarkeit von Werbung) sowie die Vermutungen in § 7 Abs. 2 („stets anzunehmen“) oder § 5 Abs. 4 (Vermutung der Irreführung über Preise) dienen. Zudem wird in der Rechtsprechung vielfach die Auffassung vertreten, dass es eine Vermutung dafür gibt, dass eine unlautere Handlung für eine geschäftliche Handlung des Angesprochenen relevant war.⁶⁸⁶ Auch berufen sich Gerichte in UWG-Verfahren häufig auf ihre eigene Sachkunde und verzichten insoweit auf weitergehende Beweisaufnahmen.

Diese Regeln sind im bisherigen UWG-System den typischen Schwierigkeiten der privaten Rechtsdurchsetzung geschuldet, sie sollen diese erleichtern. Ob sie in ein behördliches Verfahren übertragen werden können, ist somit fraglich.

Hinsichtlich gesetzlicher Vermutungen bestehen im Verwaltungsverfahren – auch im

⁶⁸¹ *Podszun*, ZWeR 2006, 360 (377).

⁶⁸² Vgl. ICN, Report on OECD/ICN Questionnaire on International Enforcement Cooperation, 20013, S. 12, abrufbar unter <<http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc908.pdf>>.

⁶⁸³ *Podszun*, ZWeR 2006, 360 (377).

⁶⁸⁴ *Quellmalz* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 2016, § 57 GWB Rn. 4.

⁶⁸⁵ *Quellmalz* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 2016, § 57 GWB Rn. 4.

⁶⁸⁶ Mit Nachweisen, aber selbst kritisch dazu *Omsels*, WRP 2016, 553.

Rahmen der Eingriffsverwaltung – dabei keine Bedenken: Das materielle Recht kann auch dem Adressaten eines belastenden Verwaltungsakts die materielle Beweislast auferlegen, vgl. etwa die Vermutungstatbestände zum Fehlen der erforderlichen Zuverlässigkeit im Sinne des Waffengesetzes in § 5 Abs. 2 WaffG oder die Vermutung der sog. unvordenklichen Verjährung.⁶⁸⁷

Fehlt eine gesetzlich fixierte materiell-rechtliche Beweislastverteilung, muss aber die Behörde die Beweislast tragen.⁶⁸⁸ Sie kann nicht von denselben Beweiserleichterungen Gebrauch machen, die sich in der privatrechtlichen Praxis etabliert haben.

(6) Bewertung

Der Gesetzgeber hat die Option, dem Bundeskartellamt die Ermittlungsbefugnisse, die derzeit im Kartellrecht gem. §§ 57 ff. GWB bestehen, für das Verbraucherrecht zu übertragen. Damit würde ein wesentliches Defizit der privaten Verbraucherrechtsdurchsetzung adressiert, die schwierige Ermittlung von Sachverhalten. Eine solche Ergänzung der Befugnisse scheint am ehesten geboten und wird von den befragten Stakeholdern auch am ehesten befürwortet. Allerdings wäre ihre Übertragung zahnlos, wenn das Bundeskartellamt nicht mindestens die Befugnis zur Anordnung der Abstellung von dabei entdeckten Verstößen i.S.d. § 32 Abs. 1 GWB erhält.

Offen ist, ob das Bundeskartellamt für verbraucherrechtliche Fälle auch die Befugnis zu unangekündigten Durchsuchungen gem. § 59 Abs. 4 GWB erhalten sollte. Der Gesetzgeber hat von der Übertragung der Durchsuchungsbefugnis bei der verbraucherrechtlichen Sektoruntersuchung abgesehen. Hintergrund ist die Sorge um die Verhältnismäßigkeit der Ermittlungsmaßnahmen: Im Vergleich zum Kartellrecht stellen sich hier größere Probleme, da die Rechtsverstöße gegen Verbraucherrecht im Vergleich zum Kartellrecht eher weniger eindeutig sein können, nicht selten auch unbeabsichtigte Grenzüberschreitungen betreffen und von Unternehmen begangen werden können, die weder umsatzstark noch marktmächtig sind. Der besonders starke Eingriff in die Unternehmensrechte in Form der Durchsuchung ist beim Verdacht auf ein großes Kartell eher zu rechtfertigen als beim Verdacht auf eine irreführende Werbung.

Eine verbraucherrechtliche Durchsuchung wäre daher stets an der Verhältnismäßigkeit zu messen. Insoweit wird die Behörde durch den erforderlichen richterlichen Durchsuchungsbeschluss sowie ggf. nachträglich durch die gerichtliche Überprüfung der Ermittlungsmaßnahme kontrolliert.

Es ist allerdings durchaus denkbar, dass verbraucherrechtliche Verstöße auch einmal einen derart hohen Unrechtsgehalt haben und gleichzeitig derartige Ermittlungsschwierigkeiten aufwerfen, dass Durchsuchungen angezeigt sein können.

⁶⁸⁷ BVerfG, 15.4.2009, Az. 1 BvR 3478/08, NVwZ 2009, 1158 – *unvordenkliche Verjährung*; Kallerhoff/Fellenberg in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 2018, § 24 Rn. 55.

⁶⁸⁸ Kallerhoff/Fellenberg in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 2018, § 24 Rn. 55; VGH Mannheim, 7.1.2015, Az. 6 S 1280/13, GewA 2015, 177.

Dies wäre etwa der Fall, wenn eine unlautere Geschäftspraxis systematisch ausgerollt wird und zu erheblichen Belästigungen oder Schädigungen von Verbrauchern führen würde.

Angesichts der richterlichen Kontrolle sind keine starken normativen Gründe ersichtlich, die Durchsuchung von vorn herein auszunehmen. Möglicherweise wären ihre Voraussetzungen für den verbraucherrechtlichen Anwendungsfall zu konkretisieren. Dies wäre entbehrlich, wenn das Bundeskartellamt durch eine Konturierung des Aufgreifermessens ohnehin nur besonders gravierende Fälle untersuchen würde (vgl. B.II.4.).

Bei einer Ausweitung der Ermittlungsbefugnisse wäre zu erwarten, dass gerade solche Sachverhalte besser aufgeklärt werden könnten, die bislang fast gänzlich dem Zugriff des Verbraucherrechts entzogen sind. Zu denken ist an Fälle, in denen private Akteure keine Möglichkeit haben, algorithmisierte Geschäftsmodelle zu durchschauen oder Sachverhalte zu klären, in denen Finanzströme oder die Identität der Handelnden verschleiert werden. Auch systematische Verstöße könnten besser als bei einzelfallfixierten Zivilrechtsstreitigkeiten festgestellt werden, ebenso wie unlautere Praktiken, deren Unrechtsgehalt sich erst aus dem Zusammenspiel verschiedener Maßnahmen ergibt.

Geschäftsgeheimnisse von Unternehmen könnten dabei gut gewahrt bleiben.

Gleichwohl ist festzustellen, dass eine Ausdehnung der Ermittlungsbefugnisse die Belastung für Unternehmen erhöhen würde. Von Ermittlungen, insbesondere bei Sektoruntersuchungen, könnten auch Unternehmen betroffen sein, die keine Rechtsverstöße begehen. Behördliche Ermittlungsmaßnahmen wären insofern einerseits ein wesentlicher Baustein verstärkter Verbraucherrechtsdurchsetzung. Andererseits werden – spiegelbildlich – Unternehmen mit kostenerhöhenden Anforderungen (z.B. bei der Beantwortung von längeren Auskunftersuchen) belastet. Schon behördliche Ermittlungen würden insofern die aktuelle Durchsetzungsbalance zu Lasten der Unternehmen verschieben.

(7) Ermittlungsbefugnisse und CPC-Verordnung

Die CPC-Verordnung in ihrer revidierten Fassung (VO (EU) 2017/2394) macht in ihrem Art. 9 auch Mindestvorgaben für Ermittlungsbefugnisse der zuständigen Verbraucherschutzbehörde:

Danach muss die Behörde über Befugnisse verfügen, die es ihr gestatten, Zugang zu allen relevanten Dokumenten, Daten oder Informationen in Bezug auf einen Verstoß i.S.d. der CPC-Verordnung (Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Nr. 1-5 VO (EU) 2017/2394) zu erlangen. Entsprechende Möglichkeiten der Informationsbeschaffung sehen § 57 Abs. 1 S. Nr. 1 Alt. 2 und Nr. 2 Alt. 2 GWB vor.

Art. 9 Abs. 3 lit. b) VO (EU) 2017/2394 sieht vor, dass die in Art. 9 Abs. 3 lit. a) VO (EU) 2017/2394 vorgegebene Informationsbeschaffungsbefugnis gegenüber *jeder* Behörde, Stelle oder Agentur des Mitgliedstaats der Durchsetzungsbehörde oder *jeder* natürlichen oder juristischen Person besteht. Dabei geht es auch um die Feststellung der Einzelheiten des Verstoßes und in diesem Rahmen um die Rückverfolgung von

Daten- und Finanzströmen, die Feststellung der Identität der an Daten- und Finanzströmen beteiligten Personen und die Feststellung der Bankverbindung und des Inhabers von Internetseiten. Diesen Vorgaben wird eine bloße Übertragung des § 59 Abs. 1 GWB nur schwerlich genügen können.

Die flankierenden Ermittlungsbefugnisse des Art. 9 Abs. 3 lit. c) VO (EU) 2017/2394 betreffend Einsichtnahme und Prüfung vor Ort sowie Sicherstellung von Informationsmaterial dürften durch eine Übertragung der § 58 Abs. 1 S. 1, 59 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GWB erfüllbar sein.

Gem. Art. 9 Abs. 3 lit. d) VO (EU) 2017/2394 muss die Verbraucherschutzbehörde schließlich die Befugnis haben, Waren oder Dienstleistungen als Testkäufe zu erwerben, um durch deren Analyse Verbraucherrechtsverstöße aufzudecken. Erforderlichenfalls muss dies auch mit verdeckter Identität geschehen können. Eine ausdrückliche Befugnis zu Testkäufen enthalten die §§ 57 ff. GWB bisher nicht. Es wäre denkbar, eine solche – zumal in europarechtskonformer Auslegung – aus § 57 Abs. 1 GWB herzuleiten. Erfahrungen mit Testkäufen in der behördlichen Durchsetzung des wirtschaftlichen Verbraucherrechts hat die BaFin gesammelt. Ihr wurde in der Vergangenheit vom Bundesministerium für Finanzen der Einsatz von „verdeckt agierenden Testkäufern“ aufgegeben, um Mängel bei der Anlageberatung aufzudecken.⁶⁸⁹

c. Übertragung der Verfahrensausgestaltung

Die Verfahren des Bundeskartellamts im Kartellverwaltungsrecht sind durch die Entscheidung im Dreier-Gremium, die Ermittlungsbefugnisse und die Verfahrensrechte der Betroffenen strukturiert.

(1) Ablauf

In der Praxis werden typischerweise formlose Vorverfahren der Einleitung eines förmlichen Verfahrens vorgeschaltet.⁶⁹⁰ Zum Teil werden schon in diesem formlosen Verfahrensstadium durch Gespräche mit Unternehmensvertretern Lösungen für die Probleme gefunden. Im Übrigen finden erste Marktrecherchen statt, bevor ein förmliches Ermittlungsverfahren eingeleitet wird. Die Vorverfahren dürfen allerdings die Ziele der Förmlichkeit (Transparenz, Verfahrensrechte usw.) nicht aushöhlen.⁶⁹¹

⁶⁸⁹ *Jahn*, Regierung schickt Testkäufer zur Anlageberatung, FAZ-online, zuletzt aktualisiert am 27.12.2010, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/aktien/banken-regierung-schickt-testkaeuefer-zur-anlageberatung-1636517.html>.

⁶⁹⁰ Vgl. zum Ablauf *Leonhardt* in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 2017, § 17.

⁶⁹¹ *Leonhardt* in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 2017, § 17 Rn. 3.

(2) Abmahnung

Für die private Rechtsdurchsetzung ist – wie in Teil A.1.2 gesehen – die Abmahnung wesentlicher Bestandteil der Streitbeilegung.

Im behördlichen Verfahren dient die Abmahnung vor allem der Gewährung rechtlichen Gehörs, sie führt aber – jedenfalls im Kartellrecht – typischerweise nicht zur Abstellung eines Verhaltens und der Unterwerfung. Sucht ein Unternehmen eine Lösung mit der Kartellbehörde, so kann dies zu jedem Zeitpunkt im Verfahren passieren. Es findet dann formlos eine Abstellung statt, es kommt zu Verpflichtungszusagen (§ 32b GWB) oder einem Settlement in Bußgeldfällen.

Die Möglichkeit für ein Unternehmen, auf eine behördliche Abmahnung zu reagieren, sollte formalisiert werden, indem das Unternehmen der Behörde gegenüber eine bußgeldbewehrte Unterlassungserklärung abgibt. Eine derartige Erklärung ist auch für das Unternehmen erforderlich, damit es ggf. Unterlassungsansprüche Dritter abwehren kann durch Vorlage der bereits erfolgten Erklärung. Statt der Einführung einer eigenen Unterlassungserklärung gegenüber der Behörde, könnte hierfür auf das Modell der Verbindlichmachung von Zusagen (§ 32b GWB) zurückgegriffen werden. In der Zusage wäre das Abstandnehmen vom Verhalten zu dokumentieren.

Zu erwägen wäre, ob für die Überwachung der Einhaltung der Zusage oder einer derartigen Erklärung neben dem BKartA auch private Akteure eingeschaltet werden könnten.

Die Erklärung könnte ggf. auch nur Teile des Verhaltens umfassen. Dann wäre die Behörde nicht gehindert, weitergehende Feststellungen oder Verfügungen zu treffen. Jedenfalls wäre auszuschließen, dass Unternehmen durch Abgabe einer Zusage oder Unterlassungserklärung aus weitergehenden Verfügungen flüchten. Die Unterlassung wäre auch unabhängig von der Folgenbeseitigung, zu der ggf. gesondert verfügt werden müsste.

(3) Beteiligungsrechte

Die Durchführung des Amtsverfahrens ist sodann geprägt durch formale Beteiligungsrechte, insbesondere das Recht auf Akteneinsicht und den Anspruch auf rechtliches Gehör. Durch die Formalisierung soll eine möglichst richtige Verwaltungsentscheidung erzielt werden unter Beachtung der verfassungsrechtlich begründeten Rechtsschutzgarantien.⁶⁹² Vor einer Entscheidung ist eine Abmahnung ("statement of objections") vorzulegen, damit umfassend rechtliches Gehör gewährt werden kann. Die Beteiligungs- und Anhörungsrechte werden weit verstanden (vgl. §§ 54, 56 Abs. 3 GWB). Das Verfahren endet mit dem Erlass einer Verfügung durch das Bundeskartellamt, die nach § 62 S. 1 GWB zu veröffentlichen ist, oder durch die Einstellung des Verfahrens, was den Beteiligten schriftlich mitzuteilen ist, § 61 Abs. 2 GWB.

Der Beteiligtenstatus ist wichtig für die Rechte der Beteiligten im Verfahren: Beteiligte

⁶⁹² Leonhardt in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 2017, § 17 Rn. 118.

haben die Anhörungsrechte aus § 56 GWB, das Recht auf Akteneinsicht aus § 29 VwVfG sowie die Beschwerdemöglichkeit nach § 63 Abs. 2 GWB.⁶⁹³ Als Beteiligte in Verbraucherrechtsverfahren kommen neben den betroffenen Unternehmen und ggf. ihren Wettbewerbern insbesondere die im Verbraucherrecht aktivlegitimierten Institutionen in Frage. Es könnte deutlich gemacht werden, dass diese Institutionen regelmäßig auf Antrag in verbraucherrechtlichen Verfahren beigelegt werden. Das grundsätzlich in dieser Frage gegebene Ermessen des BKartA wäre dann in verbraucherrechtlichen Verfahren reduziert. Dazu könnte eine Ergänzung des Kartellverwaltungsverfahrensrechts in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB erfolgen. Hiernach können Verbraucherverbände bereits jetzt zum Kartellrechtsverfahren beigelegt werden, wenn sich die Entscheidung des Bundeskartellamts auf eine Vielzahl von Verbrauchern auswirkt und dadurch die Interessen der Verbraucher insgesamt erheblich berührt werden. Diese Vorschrift sollte jedenfalls im Hinblick auf die behördliche Durchsetzung des UWG auf die in § 8 Abs. 3 UWG genannten Akteure ausgeweitet werden, sodass auch Mitbewerber, Wirtschaftsverbände und Kammern beigelegt werden können. Zudem sollten die Beiladungsvoraussetzungen eher weit gehandhabt werden, um Konflikte zwischen privater und behördlicher Rechtsdurchsetzung auch innerhalb eines Kartellamtsverfahrens moderieren zu können.

Hingewiesen sei darauf, dass nach Angaben der OECD die Beteiligung Dritter an behördlichen Bußgeldverfahren die Wahrscheinlichkeit einer Geldbuße erhöht.⁶⁹⁴

(4) Ermessen

Im Amtsverfahren gilt das Opportunitätsprinzip, sodass das Amt gem. § 22 VwVfG nach pflichtgemäßem Ermessen darüber entscheidet, ob es ein Verfahren durchführt. Dies wäre auch für das verbraucherrechtliche Verfahren vorzusehen. Das Aufgreifermessen könnte jedoch konturiert werden. Optionen dazu werden unter B.II.4 dargestellt.

(5) Rechtsweg

Das Bundeskartellamt wäre in seiner verbraucherrechtlichen Tätigkeit in der Auslegung der Gesetze selbstverständlich an die etablierte Rechtsprechung gebunden. Um ein Auseinanderfallen zwischen privater und behördlicher Rechtsdurchsetzung zu vermeiden, sollte der Rechtsweg gegen Entscheidungen des Bundeskartellamts zu den Zivilgerichten führen, die auch sonst mit verbraucherrechtlichen Verfahren befasst sind.

Eine solche Regelung würde der kartellrechtlichen Zuständigkeit entsprechen. Im Kartellrecht sind für Beschwerden gegen Entscheidungen des Bundeskartellamts die

⁶⁹³ Leonhardt in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 2017, § 17 Rn. 7.

⁶⁹⁴ OECD, Best Practices on Consumer Policy: Report on the Effectiveness of Enforcement Regimes, 2006, DSTI/CP(2006)21/FINAL, Ziff. 222 ff.

Kartellsenate des OLG Düsseldorf sowie der Kartellsenat des BGH zuständig. Die Senate entscheiden dabei sowohl kartellzivilrechtliche wie kartellverwaltungsrechtliche Fälle (einschließlich Bußgeldrecht). Nur durch diese Zuständigkeitskonzentration über die klassischen Rechtswege hinweg wird die Einheitlichkeit der rechtlichen Maßstäbe gewahrt.⁶⁹⁵

Friktionen zwischen der Auslegung des UWG durch das Bundeskartellamt und durch Gerichte würden durch einheitliche Rechtswege für verbraucherrechtliche Verfahren vermieden. Dies spräche für eine Eröffnung des Rechtswegs zum aktuell für UWG zuständigen I. Zivilsenats des BGH.

Praktischerweise würde also die Parallele zur Zuständigkeitskonzentration im Kartellrecht gesucht (§§ 63 ff., 74 ff., 91, 94 GWB). Beschwerden gegen die verbraucherrechtlichen Entscheidungen des Bundeskartellamts wären dann vom Wettbewerbssenat des OLG Düsseldorf zu entscheiden. Der Einstieg auf Ebene des OLG entspräche der Bedeutung und ggf. auch dem Umfang der BKartA-Verfahren im Verbraucherrecht. Für Rechtsbeschwerden gegen Entscheidungen dieses Senats wäre sodann der I. Zivilsenat des BGH zuständig.

Eine alternative Zuweisung, etwa zum jeweiligen Sitz des betroffenen Unternehmens, würde gerade bei Verfahren gegen mehrere Unternehmen unzweckmäßig sein. Da der materiellrechtliche Schwerpunkt ganz im Privatrecht verortet ist, scheint auch eine Zuweisung an ein Verwaltungsgericht unpassend. Das OLG Düsseldorf ist mit Verfahren unter Einbeziehung des Bundeskartellamts bereits vertraut. Für den Aufbau von Expertise im Wettbewerbsrecht allgemein (unter Einschluss von Kartell- und Lauterkeitsrecht) und die daraus folgende Flexibilität bei der Besetzung von Stellen würde die Zuweisung zu diesem Gericht Synergieeffekte bedeuten. Die Geschäftsverteilungspläne der Gerichte wären ggf. anzupassen.

2. Bußgeldverfahren

Die Frage, ob Verbraucherrechtsverstöße auch bußgeldbewehrt sein sollen, ist eine politische Frage. Bußgelder würden eine abschreckende Wirkung entfalten und so das Präventionsniveau erhöhen. Zugleich würden sie Unternehmen belasten.

Dabei ist der Vorbefund zu berücksichtigen, dass die abschreckende Wirkung von Unterlassungsansprüchen aus UWG und UKlaG stark schwanken kann. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Verbotstatbestände im UWG tendenziell niedrighschwellig sind und in ihrem Unwertgehalt regelmäßig nicht an kartellrechtliche Verstöße heranreichen dürften. Würde unterschiedslos eine bußgeldrechtliche Befugnis eingeführt, würden damit zahlreiche Normen schlagartig mit einem neuen Unrechtsgehalt versehen. Zwar ist der gesellschaftlich an eine Ordnungswidrigkeit geknüpfte Unwert nicht vergleichbar mit dem einer Kriminalstraftat. Die Aufladung mit einer Geldbuße erhebt den Rechtsverstoß aber über das bisherige Regime deutlich hinaus. Das war im Verbraucherrecht bislang nur im Einzelfall gegeben, so für § 7 i.V.m. § 20 UWG für unerlaubte Telefonwerbung. Im UWG sind einzelne Tatbestände auch

⁶⁹⁵ *Schulte-Nölke* in: *Schulte-Nölke/BMJV*, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 197, 202.

strafrechtlich bewehrt (§§ 16-19 UWG). Hinzu kommen einzelne Bußgeldtatbestände bei Normen, die über § 3a UWG durchgesetzt werden können. Wesentliche Aktivitäten werden von den zuständigen Stellen in Kommunen oder Ländern für letztgenannte Tatbestände allerdings nicht entfaltet.

Nur hinzuweisen ist an dieser Stelle darauf, dass im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht eine dogmatisch geprägte Debatte über die Legitimation der staatlichen Buß- und Strafandrohung geführt wird.⁶⁹⁶ Bußgeldsanktionen sind vorgesehen, um eine Person, die ordnungswidrig handelt, für begangenes Unrecht spürbar einstehen zu lassen. Damit wird der Gedanke verbunden, die Person künftig zu einer gewissenhafteren Pflichtenerfüllung anzuhalten. Zudem soll eine Abschreckungswirkung in der Rechtsordnung erzielt werden, sodass entsprechende Ordnungswidrigkeiten ausbleiben.

a. Übertragung der Entscheidungsbefugnisse

(1) Kartellrechtliche Grundlagen

§ 81 GWB umfasst mehrere bußgeldrechtliche Sanktionsbefugnisse: Eine Gruppe von Bußgeldtatbeständen knüpft an Verstöße gegen materielle Verbotstatbestände von AEUV und GWB an. Die zweite Gruppe knüpft an die Nichtbeachtung von Verfügungen des BKartA an. Dabei handelt es sich um Verstöße gegen Verfügungen nach Abschluss eines Verfahrens sowie um die Nichtbeachtung von Anordnungen, die im Ermittlungsverfahren ausgesprochen werden.

Die Bußgeldhöhe ist in § 81 Abs. 4 GWB geregelt: Sie kann für Verstöße, die als besonders gravierend angesehen werden (§ 81 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 2a und 5, Abs. 3 GWB), bis zu einer Million Euro bei natürlichen Personen betragen. Die gegen Unternehmen festzusetzende Geldbuße kann diesen Betrag überschreiten und bis zu 10 % des Gesamtumsatzes des betroffenen Konzerns ausmachen. In weniger gravierenden Fällen kann eine Geldbuße bis 100.000 Euro verhängt werden. Leichtere Kartellordnungswidrigkeiten, die gem. § 81 Abs. 4 S. 5 GWB mit einer Geldbuße von bis zu 100.000 Euro belegt werden können, sind vor allem Verstöße gegen Anordnungen, die beim Gebrauch der Ermittlungsbefugnisse der §§ 59 ff. GWB ergangen sind, also beispielsweise wenn Auskunfts- und Herausgabeverlangen nicht nachgekommen wird oder wenn Unterlagen nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig zur Einsichtnahme und Prüfung vorgelegt werden oder das Betreten von Geschäftsräumen nicht geduldet wird, vgl. § 81 Abs. 2 Nr. 6 GWB.

Die Berechnung der Bußgelder wird in den Bußgelderleitlinien des Bundeskartellamts konkretisiert.⁶⁹⁷

Wer Bußgeldadressat ist, richtet sich nach §§ 9, 14, 30, 130 OWiG sowie §§ 81 Abs. 3a bis 3c GWB.

⁶⁹⁶ Statt aller *Gerhold* in: BeckOK-OWiG, 2018, Einleitung zum OWiG, Rn. 1 ff.

⁶⁹⁷ BKartA, Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, 2013, abrufbar unter <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitlinien/Bekanntmachung%20-%20Bu%C3%9Fgeleitetlinien-Juni%202013.pdf?__blob=publicationFile&v=5>.

(2) Bedürfnis einer Bebußung?

Eine Bebußung sämtlicher Verbraucherrechtsverstöße ist angesichts des relativ geringen Unwertgehalts vieler Verstöße und der bereits von der privaten Rechtsdurchsetzung ausgehenden Abschreckungswirkung nicht geboten und stand auch bisher nicht zur Debatte.

Sofern der Gesetzgeber für einzelne materiell-rechtliche Normen eine Bußgeldandrohung für erforderlich hält, um eine angemessene Abschreckungswirkung zu erzielen, kann er – wie im Falle der Bebußung unerlaubter Telefonwerbung durch § 20 UWG – grundsätzlich punktuell nachjustieren.

Die Schwierigkeit liegt allerdings darin, dass es häufig ein in einem Fall trivialer Verstoß sein kann, der bei systematischer Durchführung zu einer erheblichen Schädigung oder Beeinträchtigung führen kann. Auch die CPC-Verordnung geht davon aus, dass grundsätzlich „Sanktionen wie z.B. Bußgelder“ erforderlich sein können (siehe dazu B.II.2.a.(9)).

Ein Beispiel möge das Spannungsfeld bei Bebußungen illustrieren: Wenn in Computerspielen unlauter gerade gegenüber Kindern geworben wird, die dadurch zu In-Game-Käufen verleitet werden, mag das im Einzelfall mit einer Unterlassungsverfügung erledigt sein. Werden solche Verstöße aber systematisch immer wieder vorgenommen, stellt sich die Frage, ob nicht ein Bußgeld fällig werden sollte.

Zu berücksichtigen ist, dass andere finanzielle Sanktionen, etwa Gewinnabschöpfung, Schadensersatz oder sonstige vertragsrechtliche Individualansprüche in den meisten Fällen keine Bedeutung haben, wie in Teil A dargelegt. Eine abschreckende Wirkung kann davon also nicht ausgehen. Wenn es also einerseits zu erheblichen Schädigungen von Verbrauchern kommen kann, andererseits aber das einzig spürbare Risiko das einer Unterlassungsverfügung für die Zukunft ist, liegt darin ein Missverhältnis.

Das Bedürfnis einer eigenständigen Bebußung fehlt, wenn ein bußgeldbewehrter vollstreckbarer Titel, etwa in Form eines gerichtlichen Urteils mit Ordnungsgeldandrohung, vorliegt. In derartigen Fällen bestünde für ein eigenes Bußgeldverfahren einer Behörde regelmäßig kein Bedürfnis.

(3) Bußgeldandrohungen hinsichtlich besonders schwerer Verstöße

Bußgeldandrohungen sind vor diesem Hintergrund denkbar, wenn sie nicht unreflektiert an die Verbotstatbestände des vorgefundenen materiellen Rechts anknüpfen, sondern die Bußgeldpflicht tatbestandlich von Zusatzfaktoren abhängig machen.

Dementsprechend könnten Bußgelder einerseits für quantitativ besonders erhebliche Verstöße vorgesehen werden, wenn eine Vielzahl von Verbrauchern von einem Verstoß betroffen ist (vgl. Telefonwerbung).

Zudem könnte eine Bebußung für qualitativ besonders erhebliche Verstöße vorgesehen werden, etwa wenn die Interessen von Verbrauchern besonders intensiv beeinträchtigt werden oder bei einzelnen Verbrauchern hohe Folgekosten entstehen (z.B. Schutz von Kindern; Wiederholungstaten; Lock-in in langfristig wirkende Schuldverhältnisse).

Entsprechende Kriterien sind in § 32e Abs. 5 S. 1 GWB bereits genannt, dort geht es um erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften, die nach ihrer Art oder ihrem Umfang die Interessen einer Vielzahl von Verbraucherinnen und Verbrauchern beeinträchtigen. In dieser tatbestandlichen Eingriffsschwelle kommt bereits ein im Gegensatz zur Fassung der Verbotstatbestände des UWG sowie der Verstöße i.S.d. UKlaG deutlich erhöhter Unwertgehalt zum Ausdruck, sodass eine bußgeldrechtliche Ahndung von Verstößen, die diese Zusatzfaktoren erfüllen, hier schon einen Anknüpfungspunkt fände.

Soll das Präventionsniveau weniger stark angehoben werden, ließen sich engere Zusatzfaktoren in eigenen Bußgeldtatbeständen separat regeln.

(4) Bußgelder und die Bekämpfung von Streuschäden

Bußgelder können einen Ausgleich zur Bekämpfung von Streuschäden darstellen.⁶⁹⁸ Streuschäden lassen sich durch Schadensersatz- und Gewinnabschöpfungsklagen oder Folgenbeseitigungsansprüche kaum kompensieren.⁶⁹⁹ Dadurch entfällt auch die präventive Wirkung des Schadensersatz-Anspruchs. Hieran dürfte auch die Musterfeststellungsklage wenig ändern.⁷⁰⁰

Es bestehen damit Ansprüche, die nicht eingelöst werden können. Ein Bußgeld kann zwar nicht die Schäden bei einzelnen Verbrauchern kompensieren. Es kann aber Abschreckungswirkung entfalten und einen Teil des unrechtmäßig erzielten Gewinns abziehen.

Denkbar wäre also die Einführung eines Bußgeldtatbestands, der gezielt auf die Verhängung von Bußgeldern in solchen Fällen gerichtet ist, in denen ein Streuschaden entsteht, der typischerweise nicht kompensiert wird.

(5) Bußgelder bei der Missachtung der Behörde

Unproblematisch und geradezu erforderlich ist die Einführung von Bußgeldandrohungen für den Fall, dass Anordnungen des Bundeskartellamts im Ermittlungsverfahren oder Entscheidungen im Verwaltungsverfahren missachtet werden. Bei der verbraucherrechtlichen Sektoruntersuchung können Falsch- oder Nichtbeantwortung von Auskunftsverlangen bereits jetzt nach § 81 Abs. 2 Nr. 6 i.V.m. § 81 Abs. 4 S. 5 GWB mit einer Geldbuße von bis zu 100.000 Euro geahndet werden.

⁶⁹⁸ Vgl. *Glöckner* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, Einl. B. Rn. 417.

⁶⁹⁹ So auch *Glöckner* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2016, Einl. B. Rn. 417.

⁷⁰⁰ Siehe dazu Teil A.I.3.

(6) Bestimmtheitsgebot bei Geldbußen

Eine verfassungsrechtliche Problematik kann sich angesichts der zum Teil weit gefassten Formulierungen im UWG stellen. Wenn behördliche Sanktionen eingeführt werden sollen, insbesondere Bußgelder, aber auch Gebotsverfügungen, stellt sich die Frage, ob die Formulierung in den Tatbeständen des UWG bestimmt genug ist. Zugespielt formuliert: Könnte das Bundeskartellamt ein Bußgeld wegen Verstoßes gegen die Generalklausel in § 3 Abs. 1 UWG verhängen oder wäre die Norm angesichts ihrer sehr offenen Fassung nicht bußgeldfähig?

Diese Diskussion ist im Kartellrecht kurzzeitig aufgeflammt, als die Geldbußen, die auf die nicht minder vagen Tatbestände des Missbrauchsrechts gestützt wurden, signifikant erhöht wurden.⁷⁰¹ Dies hat jedoch im Kartellrecht nicht zu Änderungen geführt.

Zunächst ist festzuhalten, dass das Bestimmtheitsgebot durchaus auch vom Strafraum abhängt und insofern das Ordnungswidrigkeitenrecht nicht ebenso streng sein muss wie das Strafrecht.⁷⁰² Es ist aber ohnehin anerkannt, dass auch Generalklauseln und ausfüllungsbedürftige Begriffe Anknüpfungspunkte für Bußgelder sein dürfen. *Rogall* schreibt:

„Der erforderlichen Bestimmtheit steht es nicht entgegen, dass der Gesetzgeber Begriffe verwendet, die in besonderem Maße der Deutung durch den Richter bedürfen. Auch im Bereich des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts ist es wegen der Vielgestaltigkeit der zu regelnden Lebenssachverhalte unvermeidlich, dass in Grenzfällen Zweifel über den Verlauf der Sanktionsgrenze entstehen (...). Deshalb ist es dem Gesetzgeber von Verfassungs wegen nicht verwehrt, Generalklauseln oder unbestimmte, wertausfüllungsbedürftige Begriffe zu verwenden (...).“⁷⁰³

Dementsprechend würde die Anknüpfung an Generalklauseln genügen, wenn der Gesetzgeber dies deutlich macht. Regeln wie die Generalklausel in § 3 Abs. 1 UWG oder die gezielte Behinderung in § 4 Nr. 4 UWG sind selten einziger Anknüpfungspunkt für Fälle im UWG. Zu beiden Normen stünde gefestigte höchstrichterliche Judikatur zur Verfügung. Die neueren Regeln des UWG (z.B. § 5 UWG) sind ohnehin äußerst detailliert geregelt.

Eine Qualifizierung des materiellen Tatbestands, sodass nur besonders schwere Fälle mit einem Bußgeld bedroht wären, wäre in Hinsicht auf die Bestimmtheit unproblematisch. So ließe sich etwa durch eine Formulierung wie oben angedeutet (Bebußung in Fällen von erheblichen, dauerhaften oder wiederholten Verstößen, die nach ihrer Art oder ihrem Umfang die Interessen einer Vielzahl von Verbraucherinnen und Verbrauchern beeinträchtigen) eine Bußgeldsanktion eingrenzen.

⁷⁰¹ Vgl. *Soltész/Steinle/Bielez*, EuZW 2003, 202 ff.

⁷⁰² Ständige Rechtsprechung, vgl. BVerfG, 25.7.1962, Az. 2 BvL 4/62, NJW 1962, 1563, 1564; BVerfG, 23.6.2010, Az. 2 BvR 2559/08 u.a., NJW 2010, 3209. Einschränkend *Rogall* in: *Karlsruher Kommentar, OWiG*, 2018, § 3 OWiG Rn. 34.

⁷⁰³ *Rogall* in: *Karlsruher Kommentar, OWiG*, 2018, § 3 OWiG Rn. 33.

(7) Höhe der Geldbuße

Sollten Geldbußen über das bestehende System hinaus eingeführt werden, wäre die Höhe der Geldbuße ein entscheidender Faktor für die Abschreckung.

Bei Bußgeldern wegen Missachtung von Anordnungen der Behörde könnte nahtlos an § 81 Abs. 2 Nr. 6 i.V.m. § 81 Abs. 4 S. 5 GWB (100.000 Euro) angeknüpft werden.

Für Bußgelder wegen Verstößen gegen materielles Recht sind zwei unterschiedliche Modelle denkbar:

Aktuell ist beim Verstoß gegen § 20 UWG der Bußgeldrahmen auf eine absolute Größe, 300.000 Euro, festgelegt. Diese Größenordnung ist nach den Erfahrungen der Bundesnetzagentur mit dieser Norm offenbar mindestens erforderlich.⁷⁰⁴ Sie liegt ersichtlich unter den kartellrechtlich typischen Bußgeldsummen.

Eine absolute Größe sieht das GWB bei Verstößen gegen materielles Recht für natürliche Personen vor (1 Mio. Euro, § 81 Abs. 4 Satz 1 GWB).

Bei Unternehmen hingegen ist im Gesetz bei materiellrechtlichen Verstößen eine umsatzabhängige Bußgeldkalkulation vorgesehen (bis zu 10 % des weltweiten Gesamtumsatzes des Konzerns, § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB).

Für Datenschutzverstöße, die in ihrem Unrechtsgehalt möglicherweise eher mit Verbraucherrechtsverstößen vergleichbar sind als Kartellrechtsverstöße, sieht die DSGVO ein zweistufiges Berechnungssystem vor (Art. 83 Abs. 4 und 5 DSGVO): Für bestimmte Verstöße wird ein Bußgeldrahmen von 10 Mio. Euro oder 2 % des gesamten weltweiten Umsatzes des Unternehmens festgelegt; für gewichtigere Verstöße beträgt der Bußgeldrahmen 20 Mio. Euro oder 4 % des Umsatzes – je nachdem welcher Betrag der höhere ist.

Eine Konkretisierung der Bußgeldberechnung durch Bußgelderleitlinien könnte gesetzlich wie in § 81 Abs. 7 GWB vorgesehen werden.

(8) Bewertung

Bei besonders schweren Verstößen gegen materielles Verbraucherrecht und zur Bekämpfung von Streuschäden spricht in der Sache viel dafür, dass das Bundeskartellamt in entsprechenden Sachverhaltskonstellationen Bußgelder verhängen können sollte. Damit würde gegen hartnäckige Rechtsverletzer oder bei besonders erheblichen Schädigungen ein abschreckendes Sanktionsinstrument zur Verfügung gestellt. Zugleich würde sich für Unternehmen das Risiko bei Rechtsverletzungen erheblich erhöhen.

Der Gefahr eines möglichen „over-enforcements“ könnte durch ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften begegnet werden. Auch die materielle Eingriffsschwelle sollte streng – und selbstredend in Einklang mit dem Bestimmtheitsgebot – formuliert werden. Zur Effektivierung behördlicher Befugnisse muss deren Nichtbefolgung ggf. mit einem

⁷⁰⁴ Vgl. *Schulte-Nölke/Henning-Bodewig/Podszun*, Evaluierung der verbraucherschützenden Normen im Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken – Studie für das BMJV, 2017, S. 101 ff.

Bußgeld geahndet werden können. Hier könnte an § 81 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 6 GWB problemlos angeknüpft werden.

Bußgeldandrohungen verursachen kaum Friktionen mit dem privaten Rechtsdurchsetzungssystem, da sie in diesem keine Entsprechung haben.

Die politische Schlüsselfrage ist, wie der Unrechtsgehalt von Verbraucherrechtsverstößen eingestuft wird. Daran sollte sich auch die maximale Bußgeldhöhe orientieren, die an die bestehenden Modelle in UWG, GWB oder DSGVO angelehnt werden könnte.

(9) Bußgelder und CPC-Verordnung

Die Übertragung der Bebußungsbefugnisse könnte auch den Mindestanforderungen des Art. 9 Abs. 4 lit. h) und Abs. 5 VO (EU) 2017/2394 an die Sanktionierung von Verstößen i.S.d. der CPC-VO Rechnung tragen. Bereits gezeigt wurde, dass fraglich ist, ob die in Art. 9 Abs. 4 lit. h) VO (EU) 2017/2394 vorgesehenen Sanktionen schon bei einem einmaligen Verstoß greifen müssen, oder ob eine Sanktionierung allein im Falle der Nichtbefolgung einer gerichtlichen Anordnung genügt (siehe A.II.1.d).

Geht man vom Erfordernis einer originären Sanktionierungsbefugnis der zuständigen Verbraucherschutzbehörde aus, dürften die Vorgaben des Art. 9 Abs. 4 lit. h) VO (EU) 2017/2394 durch die hier aufgezeigten Bußgeldbefugnisse bei besonders schweren Verstößen (B.II.2.a.(3)) und bei der Verursachung von Streuschäden (B.II.2.a.(4)) erfüllbar sein: Es ist eher fernliegend, dass jeder Verstoß i.S.d. CPC-Verordnung eine sofortige Bebußung im Sinne eines streng verstandenen Art. 9 Abs. 4 lit. h) VO (EU) 2017/2394 erfordert, solange die Sanktionen insgesamt „wirksam, angemessen und abschreckend“ sind, Art. 9 Abs. 5 VO (EU) 2017/2394.

Bei nicht-schwerwiegenden Verstößen dürfte den Anforderungen der CPC-Verordnung daher schon durch die Anwendung der in Art. 9 Abs. 4 lit. a) - g) VO (EU) 2017/2394 vorgesehenen Befugnisse genügt werden können, sodass durch den nationalen Gesetzgeber Zusatzfaktoren für eine sofortige Bebußung aufgestellt werden könnten, solange das Durchsetzungsniveau insgesamt „wirksam, angemessen und abschreckend“ i.S.d. Art. 9 Abs. 5 VO (EU) 2017/2394 ist.

Geht man dagegen davon aus, dass es der CPC-Verordnung genügt, wenn eine Bebußung erst dann stattfindet, wenn gegen gerichtliche Anordnungen verstoßen wird, durch die die Abstellung eines Verstoßes i.S.d. CPC-Verordnung angeordnet wird, wäre in besonderem Maße klärungsbedürftig, wie sich eine hieran anknüpfende Bebußung unter dem Gesichtspunkt „ne bis in idem“ zur Zwangsvollstreckung zivilgerichtlicher Urteile durch Ordnungsgelder verhalten würde: Eine Vermengung von zivilrechtlicher und behördlicher Zwangsvollstreckung hinsichtlich desselben Verstoßes, zu dem bereits ein zivilgerichtlicher Titel vorliegt, ist dem deutschen Rechtssystem grundsätzlich fremd.

Dem Erfordernis des Art. 9 Abs. 4 lit. h) VO (EU) 2017/2394, dass das Versäumnis Entscheidungen, Anordnungen, vorläufige Maßnahmen, Zusagen des Unternehmens oder andere nach der CPC-Verordnung Folge zu leistenden Maßnahmen sanktionsauslösend ist, kann durch die Übertragung der Bußgeldbefugnis hinsichtlich

der Missachtung von Entscheidungen des Bundeskartellamts im
Verwaltungsverfahren (B.II.2.a.(5)) begegnet werden.

b. Übertragung der Ermittlungsbefugnisse

Die Ermittlungsbefugnisse der §§ 58, 59 GWB sind im Bußgeldverfahren nicht anwendbar. Die Ermittlungsbefugnisse des Bundeskartellamts richten sich daher nach den Vorschriften des OWiG, das wiederum in weiten Teilen auf die StPO verweist, § 46 OWiG. Dem Bundeskartellamt stehen damit überwiegend die gleichen Ermittlungsbefugnisse zu, die der Staatsanwalt im Strafverfahren hat, § 46 Abs. 1, 2 OWiG.

Besonderheiten bei einer eventuellen Durchsetzung des Verbraucherrechts bestehen nicht. Hinzuweisen ist aber erneut auf das Problem der Beweislastregeln und Vermutungen, die im OWiG-Verfahren erst recht nicht gelten können. Hier gilt die Unschuldsvermutung.

Inwiefern Hinweise und Beweise aus Verwaltungsverfahren ins OWiG-Verfahren transferiert werden können, ist strittig, insoweit liegt aber kein spezifisches verbraucherrechtliches Problem vor.

c. Übertragung der Verfahrensausgestaltung

Das kartellrechtliche Verfahren in Bußgeldsachen kann grundsätzlich auf das verbraucherrechtliche übertragen werden.

(1) Trennung von Ermittlung und Entscheidung?

Immer wieder in der Diskussion ist, ob gerade in Bußgeldsachen nicht eine Trennung von Ermittlungs- und Entscheidungskompetenz erfolgen muss. Für das Verbraucherrecht mit seinem tendenziell geringeren Unrechtsgehalt und den – wie hier vorgeschlagen – geringfügigeren Sanktionen scheint eine Abgabe schon bei der Erstentscheidung an die Staatsanwaltschaft jedenfalls nicht erforderlich. Der Grundrechtseingriff ist nicht so massiv, dass nicht einer justizförmig handelnden Behörde diese Kompetenz überlassen werden könnte.

Hinzuweisen ist darauf, dass bei der Beschwerde gegen einen Bußgeldbescheid des Bundeskartellamts die Generalstaatsanwaltschaft Düsseldorf vor Gericht die Sache übernimmt. Hält man daran auch für das Verbraucherrecht fest, wäre sicherzustellen, dass auch im Verbraucherrecht ein Anreiz für die Staatsanwaltschaft besteht, die Fälle engagiert zu vertreten. Das ist je nach Höhe der Geldbuße nicht zwingend gewährleistet. Gemäß § 75 OWiG ist die Teilnahme der Staatsanwaltschaft in OWiG-Sachen nämlich nicht erforderlich. Der Verwaltungsbehörde (also etwa dem Bundeskartellamt) wird lediglich Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben; die Behörde hat keine eigenen sonstigen Beteiligungsrechte. Hier besteht ein gewisses

Risiko, dass mögliche Bußgeldsanktionen vor Gericht angegriffen werden können, ohne dass ein Vertreter des öffentlichen Interesses beteiligt ist.⁷⁰⁵

(2) Aufdeckung von Verbraucherrechtsverstößen?

Eine für den Erfolg einer Vollzugsbehörde wesentliche Frage ist, wie diese von Rechtsverstößen erfährt. Im Kartellrecht ist die „Bonusregelung“, also der Geldbußenerlass für Kronzeugen, von besonderer Bedeutung für das Aufdecken von Kartellen. Es stellt sich die Frage, ob ein ähnlicher spieltheoretischer Ansatz auch für das Verbraucherrecht fruchtbar gemacht werden könnte. Gelingt das nicht, sollte das Bundeskartellamt jedenfalls eine Anlaufstelle bieten und Anreize setzen, damit bußgeldrelevante Sachverhalte aufgedeckt werden.

Die besondere Bedeutung von Kronzeugen in der Kartellrechtsdurchsetzung knüpft an das bei kollusivem Zusammenwirken typische Gefangenendilemma im Rahmen der Compliance an. Kollusionsfälle sind im Verbraucherrecht selten. Das Problem der seltenen Mitbewerberanzeigen auf oligopolistischen Märkten⁷⁰⁶ lässt sich mit einer Bonusregelung wahrscheinlich nicht auflösen. Gerade in oligopolistischen Märkten besteht die Gefahr, dass Marktteilnehmer, die über besonders gute Marktkenntnisse verfügen, gegen ihre Mitbewerber nicht vorgehen. Die Vergeltungsgefahr ist zu groß, zudem können Branchenpraktiken bestehen, von denen alle profitieren. Ob hier allerdings mit einer Kronzeugenregelung ein Mehrwert erzielt werden könnte, scheint noch fraglich. Dazu sollte zunächst Erfahrung gesammelt werden, wie die Behörde mit ihren Mitteln in der Lage ist, Verbraucherrechtsverstöße zu ermitteln.

Dazu sollten die Beschlussabteilungen selbst Strategien entwickeln, um Anzeigedefizite zu ermitteln und Hinweisgeber zu gewinnen, z.B. durch Öffentlichkeitsarbeit, gezielte Branchenbeobachtung, die Bereitstellung eines anonymen Hinweisgebersystems, individuelle Expertengespräche, Zusammenarbeit mit Verbänden und Auswertung ökonomischer Indikatoren. Dazu wären keine gesonderten Rechtsnormen erforderlich.

Es müsste aber gewährleistet sein, dass eine mit Verbraucherrechtsbefugnissen ausgestattete Behörde über eine Anlaufstelle verfügt, die Hinweise von Verbrauchern und anderen Marktteilnehmern entgegennimmt und effizient abarbeitet.

Hinzutreten sollte der Einsatz von Screenings oder Monitorings von Branchen. Gerade wenn es keine ausgeprägte Beschwerde-/Anzeigekultur gibt, ist eine sorgfältige Marktbeobachtung für die Ahndung von Verstößen wesentlich.⁷⁰⁷ In diesem Feld könnte eine Behörde auch mit den Marktwächtern der Verbraucherzentralen zusammenarbeiten.

⁷⁰⁵ Vgl. die Problematik bei § 20 UWG, dargestellt bei *Schulte-Nölke/Henning-Bodewig/Podszun*, Evaluierung der verbraucherschützenden Normen im Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken – Studie für das BMJV, 2017, S. 102 ff.

⁷⁰⁶ Dazu Teil A.V.2.

⁷⁰⁷ OECD, Best Practices on Consumer Policy: Report on the Effectiveness of Enforcement Regimes, 2006, DSTI/CP(2006)21/FINAL, Ziff. 171 ff.

(3) Settlements im Verbraucherrecht?

Als „Settlements“ werden im Kartellrechtskontext Einigungen zwischen Unternehmen und Kartellbehörde bezeichnet, mit denen das Kartellbußgeldverfahren einvernehmlich beendet wird. Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass das Bundeskartellamt auf die Ausermittlung sowohl eines vollständigen Tatnachweises, als auch sämtlicher entlastender Umstände verzichtet.⁷⁰⁸ Für den Betroffenen korrespondiert dies mit einer Bußgeldreduktion von bis zu 10 %.⁷⁰⁹

Das rechtliche Einfallstor für derartige Vereinbarungen zwischen Amt und Betroffenen ist das Aufgreif- und Verfolgungsermessen des Bundeskartellamts gem. § 47 Abs. 1 OWiG. Das hieraus folgende Opportunitätsprinzip vermittelt dem Bußgeldverfahren die für Settlements notwendige Flexibilität.⁷¹⁰ Insbesondere die rechtlichen Rahmenbedingungen für Verständigungen im gerichtlichen Strafverfahren wie § 257c StPO finden im Bußgeldverfahren keine Anwendung.⁷¹¹ Konturierende Hinweise für die Settlement-Praxis des Bundeskartellamts finden sich in einem OECD-Arbeitspapier zu Grundzügen des Vergleichsverfahren aus dem Jahr 2006⁷¹², dem Tätigkeitsbericht 2007/2008 des Bundeskartellamts⁷¹³, dem Fallbericht des Bundeskartellamts zum sog. Kaffeeröster-Kartell⁷¹⁴ sowie im Merkblatt „Das Settlement-Verfahren des Bundeskartellamts in Bußgeldsachen“⁷¹⁵. Settlements sind eine Art bußgeldrechtlicher Entsprechung zu Verpflichtungszusagen im Verwaltungsverfahren.

Seit März 2011 wurden fast alle Bußgeldverfahren unter Berücksichtigung von Settlements mit zumindest einem Teil der Betroffenen abgeschlossen.⁷¹⁶

Neben dem Vorteil der Bußgeldreduktion profitiert der Betroffene unter weiteren Gesichtspunkten von einem Settlement: zum einen ermöglicht ein Settlement eine Einigung über die Reichweite des Tatvorwurfs, etwa indem das Bundeskartellamt einzelne kleinere Tatkomplexe fallen lässt oder den Vorwurfszeitraum begrenzt.⁷¹⁷ Dies kann zu einer weiteren Reduktion der Bußgeldhöhe führen.⁷¹⁸ Zum anderen profitieren die Betroffenen davon, dass Settlements eine schnellere Verfahrensbeendigung ermöglichen.⁷¹⁹ Da das Settlement-Verfahren zudem durch

⁷⁰⁸ *Wagener/Oest* in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 2017, § 18 Rn. 181.

⁷⁰⁹ *Wagener/Oest* in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 2017, § 18 Rn. 182; BKartA, Tätigkeitsbericht 2007/2008, 2009, BT-Drucks. 16/13500, 35; BKartA, Merkblatt – Das Settlement-Verfahren des Bundeskartellamtes in Bußgeldsachen, 2016, S. 2, abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Merkbl%C3%A4tter/Merkblatt-Settlement.pdf>.

⁷¹⁰ Vgl. *Wagener/Oest* in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 2017, § 18 Rn. 180 f.

⁷¹¹ *Wagener/Oest* in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 2017, § 18 Rn. 180.

⁷¹² OECD Working Paper No. 3 on Co-operation and Enforcement, Plea Bargaining/Settlement of Cartel Cases: The Federal Republic of Germany, DAF/COMP/WP3/WD (2006)77, 17.10.2006.

⁷¹³ BKartA, Tätigkeitsbericht 2007/2008, 2009, BT-Drs. 16/13500, 35.

⁷¹⁴ BKartA, Fallbericht – Bußgeldverfahren gegen Kaffeeröster wegen Preisabsprachen, 2010, abrufbar unter < <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2009/B11-18-08.pdf>.

⁷¹⁵ BKartA, Merkblatt – Das Settlement-Verfahren des Bundeskartellamtes in Bußgeldsachen, 2016, abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Merkbl%C3%A4tter/Merkblatt-Settlement.pdf>.

⁷¹⁶ *Wagener/Oest* in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 2017, § 18 Rn. 178.

⁷¹⁷ *Wagener/Oest* in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 2017, § 18 Rn. 182, vgl. auch *Polley/Heinz*, WuW 2012, 14 (20), *Pichlo/Klar*, NZKart 2015, 217, *Grafunder/Gänswein*, BB 2015, 968, 971.

⁷¹⁸ *Wagener/Oest* in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 2017, § 18 Rn. 182.

⁷¹⁹ *Wagener/Oest* in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 2017, § 18 Rn. 182.

einen verkürzten Bußgeldbescheid abgeschlossen wird, wird für den Betroffenen das Risiko etwaiger nachfolgender Schadensersatzklagen abgemildert, da der Informationsgehalt für private Kläger im Vergleich zu ausführlichen Bußgeldbescheiden begrenzt(er) ist.⁷²⁰ Letztlich gibt der Betroffene im Rahmen eines Settlements eine Rechtsverletzung nicht zu.⁷²¹

Für das Bundeskartellamt bringen Settlements eine Entlastung der Mitarbeiterressourcen, da gerichtliche Einspruchsverfahren gegen vom Amt verhängte Bußgelder Mitarbeiter in nicht unerheblichem Umfang binden.⁷²² Dagegen wurden Bußgeldbescheide, die im Nachgang erfolgreicher Settlements ergangen sind, in bisher keinem Fall von Beteiligten des Settlements vor Gericht angegriffen.⁷²³

Das Settlement-Verfahren ist kein eigenständiges Verfahren, sondern Bestandteil des Bußgeldverfahrens. Es ist gesetzlich nicht näher formalisiert, unterliegt keiner festen Struktur und kann vom Bundeskartellamt und den Betroffenen daher pragmatisch gehandhabt werden.

Die Settlement-Praxis stößt auch auf Kritik, insbesondere mit Blick auf einen faktischen Druck, der zur Verkürzung von Verteidigungsrechten führen könnte. Auch die gerichtliche Kontrolldichte wird durch Settlements (ebenso wie durch Verpflichtungszusagen) reduziert.⁷²⁴

In Verbraucherrechtsfällen ist die einvernehmliche Verfahrensbeendigung gerade zu Beginn der Tätigkeit einer Behörde in diesem Bereich zweischneidig: Einerseits sollte die Behörde gerade in der Anfangsphase mit den Marktakteuren eine Verständigung suchen, statt in aller Härte ihre Befugnisse durchzusetzen. Andererseits würde eine umfangreiche Settlement-Praxis die Tätigkeit der Behörde der gerichtlichen Prüfung weitgehend entziehen. Die Herausbildung rechtlicher Maßstäbe durch die Gerichte wäre allerdings von großer Bedeutung, um die Grenzen der behördlichen Tätigkeit zu konturieren. Zudem wäre eine eventuelle Bußgeldandrohung im Verbraucherrecht wohl geringer, sodass der Verhandlungsanreiz für das Unternehmen geringer wäre. Wenn Settlements schon in den ersten Jahren eines eventuellen behördlichen Tätigwerdens erwogen werden, sollten jedenfalls die Stellungnahmen wesentlicher Verbraucher- oder Wirtschaftsverbände eingeholt werden. Die Interessen dieser Verbände am Durchsetzungsregime allgemein und an den konkreten Verhältnissen auf den betroffenen Märkten könnten dadurch eingebracht werden. So würde der Eindruck vermieden, dass Bundeskartellamt und Unternehmen ohne Beteiligung der Verbraucher die Grenzen des Verbraucherschutzes definieren.

3. Informationshandeln des Bundeskartellamts

Das Bundeskartellamt hat im Kartellrecht erhebliche Bedeutung nicht zuletzt durch die

⁷²⁰ *Wagener/Oest* in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 2017, § 18 Rn. 182.

⁷²¹ *Wagener/Oest* in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 2017, § 18 Rn. 177.

⁷²² *Wagener/Oest* in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 2017, § 18 Rn. 179.

⁷²³ *Wagener/Oest* in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 2017, § 18 Rn. 183.

⁷²⁴ So *Wagener/Oest* in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 2017, § 18 Rn. 183; ebenso *Grafunderl/Gänswein*, BB 2015, 968, 972.

Öffentlichkeitsarbeit und als zentrale Anlaufstelle für Fragen des Wettbewerbs. Eine ähnliche Funktion könnte das Amt auch im Verbraucherrecht erlangen. Damit würde das Amt allerdings unvermeidlich in eine Konkurrenz um mediale Aufmerksamkeit mit Institutionen wie der Verbraucherzentrale treten, die in erheblichem Umfang Verbraucheraufklärung betreiben. Die Öffentlichkeitsarbeit ist inzwischen aber auch eine Art eigenes regulatorisches Instrument geworden.

Damit wird eine Tendenz der neueren Steuerungstheorien der Verwaltung aufgegriffen. Den Überlegungen zum „Design“ von Behörden ist gemein, dass sie flexible Handlungsformen befürworten. Statt ausschließlich auf klassische Eingriffsverwaltung zu setzen, wird ein „regulatory mix“ gesucht, in dem zahlreiche verschiedene Elemente auf verschiedenen Eingriffsebenen verknüpft werden.⁷²⁵ Dafür steht – neben der stärkeren Kooperation mit Unternehmen bei Verpflichtungszusagen oder Settlements – beispielhaft das Informationshandeln der Behörde.

a. Allgemeine Öffentlichkeitsarbeit des Bundeskartellamts

Im Kartellrechtskontext informiert das Bundeskartellamt die Öffentlichkeit über seine Tätigkeit mittels Pressemitteilungen, Fallberichten sowie sonstigen öffentlichen Äußerungen, vgl. die mit der 9. GWB-Novelle geschaffene ausdrückliche Rechtsgrundlage hierfür in § 53 Abs. 4 GWB. Hinzu kommen der allgemeine Tätigkeitsbericht und Monitoringberichte zur Energiewirtschaft, § 53 Abs. 1 und 3 GWB. Zudem soll das Bundeskartellamt jede Bußgeldentscheidung wegen eines Verstoßes gegen §§ 1 oder 19 bis 21 GWB oder Art. 101 und 102 AEUV spätestens nach Abschluss des behördlichen Bußgeldverfahrens auf seiner Internetseite mit dem durch § 53 Abs. 5 S. 2 GWB festgelegten Mindestinhalt mitteilen, § 53 Abs. 5 S. 1 GWB (dazu und insbesondere zum sog. Naming and Shaming vgl. b.).

Mittels Berichten kann das Bundeskartellamt die Öffentlichkeit zum einen zu einzelnen Fällen informieren.⁷²⁶ Zum anderen kann es auch allgemein über wettbewerbliche Themen berichten und hierdurch für den Wettbewerb werben, sog. Competition Advocacy.⁷²⁷ Letzteres ist international Standard.⁷²⁸

Mit dem Recht des Bundeskartellamts, über seine Tätigkeit zu informieren, korrespondiert auch eine Pflicht, dies zu tun: Das Bundeskartellamt steht häufig im Fokus der Öffentlichkeit, dem entspricht ein hoher Informationsanspruch der Öffentlichkeit, was wiederum Spielräume des Amts zur Berichterstattung eröffnet.⁷²⁹ Die Pflicht zur Öffentlichkeitsarbeit folgt zudem aus dem Rechtsgedanken des § 1 InformationsfreiheitsG und aus den hierdurch konkretisierten verfassungsrechtlichen

⁷²⁵ Vgl. *Michael* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2012, § 41; *Baldwin/Cave/Lodge*, Understanding Regulation, 2011, Kap. 7; *Ottow*, Market & Competition Authorities, 2015, S. 162 ff. unterscheidet zudem „styles of enforcement“.

⁷²⁶ *Podszun* in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 365 ff.

⁷²⁷ *Podszun* in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 365 ff.

⁷²⁸ Vgl. *Podszun* in: Kölner Kommentar KartellR, GWB, 2017, Vor § 32 Rn. 20 ff.; *Podszun* in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 365 ff.

⁷²⁹ *Podszun* in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 365 ff.

Vorgaben wie der Informationsfreiheit, dem Rechtsstaatsgebot und dem der Demokratie inhärenten Transparenzgebot.⁷³⁰ Für das Recht zur Öffentlichkeitsarbeit streitet zudem folgendes: Beim Ringen um die öffentliche Meinung muss sich das Amt auf Augenhöhe mit den beteiligten Unternehmen begeben können.⁷³¹

Als staatliches Informationshandeln müssen Pressemitteilungen und Berichte Tatsachen zutreffend wiedergeben, der sachlich gebotene Rahmen darf nicht überschritten werden, und es müssen die Grenzen der Verhältnismäßigkeit und des Willkürverbots eingehalten werden.⁷³² Die Grundsätze der für das Strafrecht geltenden Verdachtsberichterstattung sind nach einer Entscheidung des OLG Düsseldorf nicht anwendbar.⁷³³ Rechtsschutz wird über die Beschwerden nach § 63 Abs. 1 GWB⁷³⁴ sowie einstweilige Anordnungen nach § 64 GWB⁷³⁵ gewährt, vorbeugende Unterlassungsklagen haben aber regelmäßig nur sehr geringe Aussicht auf Erfolg⁷³⁶; daneben können bei unwahren Behauptungen im Einzelfall Amtshaftungsansprüche treten.⁷³⁷

Eine entsprechend professionelle Öffentlichkeitsarbeit sollte auch im Kontext der Verbraucherrechtsdurchsetzung erfolgen. Erste Schritte wurden mit den Pressemitteilungen zu den bisherigen Aktivitäten des Bundeskartellamts auf der Grundlage seiner bereits bestehenden verbraucherrechtlichen Befugnisse gemacht. Im Kontext der Verbraucherrechtsdurchsetzung wäre zudem darauf zu achten, dass eine entsprechende Öffentlichkeitsarbeit auch dazu geeignet ist, die Markttransparenz für die Verbraucher als Schutzsubjekte zu fördern.

Hier ist insbesondere auf die Verbraucheraufklärung abzustellen. Behörden wie die Competition & Market Authority im Vereinigten Königreich sind mit modern gestalteten Informationen sehr präsent, sie bespielen auch die sozialen Netzwerke sehr aktiv. Das Bundeskartellamt, das trotz eines Twitter-Kanals noch als zurückhaltend bezeichnet werden kann, könnte daran anschließen und Verbraucherberatung betreiben.

Derzeit wird die Beratung von Verbrauchern vor allem durch die Verbraucherzentralen abgedeckt, die eine professionelle und engagierte Öffentlichkeitsarbeit betreiben. Ob das Bundeskartellamt in den Wettbewerb um Aufmerksamkeit in den hier aufgezeigten Grenzen eintreten soll, ist eine politische Frage. Eigene Normen sind nicht erforderlich. Basisinformationen über das Tätigwerden sind – wie in der klassischen Pressearbeit im Kartellrecht – schon vor dem Hintergrund des Informationsanspruchs der Öffentlichkeit selbstverständlich. Eine eigene Norm dafür müsste nicht geschaffen werden. Ob darüber hinaus aktiv mediale „Kampagnen“ durchgeführt werden, müsste

⁷³⁰ Vgl. *Sewczyk*, WuW 2006, 244, 245; *Podszun* in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 365 ff.

⁷³¹ Vgl. *Boehme-Neßler*, ZRP 2009, 228; *Gusy* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 2, 2012, § 23 Rn. 97; *Podszun* in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 365 ff.

⁷³² Vgl. Regierungsbegründung, BT-Drs- 18/10207, S. 82; *Gusy* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 2, 2012, § 23 Rn. 109; *Podszun* in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 365 ff.

⁷³³ OLG Düsseldorf, 9.10.2014, VI-Kart 5/14 (V), WuW/E DE-R 4537 – *Unternehmenspersönlichkeitsrechte*.

⁷³⁴ Vgl. zur umfassenden Zuständigkeitskonzentration durch § 63 GWB OLG Düsseldorf, 9.10.2014, VI-Kart 5/14 (V), , WuW/E DE-R 4537 – *Unternehmenspersönlichkeitsrechte*.

⁷³⁵ *Podszun* in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 365 ff.

⁷³⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, 14.1.2015, VI-Kart 4/14 (V), juris.

⁷³⁷ Vgl. BVerfG, 26.6.2002, 1 BvR 670/91, NJW 2002, 2626 – *Osho*; *Lorz*, NJW 2005, 2657 ff.

die Behörde letztlich selbst entscheiden. Dabei sollte aber auf die Aktivitäten der Verbraucherverbände besondere Rücksicht genommen werden.

b. Naming and Shaming

Neben die allgemeine Öffentlichkeitsarbeit tritt der Einsatz von Informationshandeln als regulatorisches Element. Dafür steht etwa das „Naming and Shaming“. Als Rechtsbegriff bezeichnet dies die öffentliche Bekanntgabe eines Rechtsverstößes sowie gegebenenfalls der hierfür verhängten Sanktionen durch eine öffentliche Stelle oder auf deren Anordnung hin.⁷³⁸ Teilweise wird wegen der „Prangerwirkung“ ein strafartiger Charakter solcher Bekanntgaben angenommen.⁷³⁹ Die wirtschaftlichen Folgen dieser Methode können beachtlich sein. Nach Auffassung einiger Autoren können die Kosten, die ein durch Naming and Shaming verursachter Imageverlust für ein Unternehmen bedeutet, diejenigen eines Bußgeldes übersteigen.⁷⁴⁰ Diese Einschätzung entspricht einigen Studien aus Großbritannien, wo Naming and Shaming bereits seit längerem in der Kapitalmarktregulierung praktiziert wird.⁷⁴¹

(1) Naming and Shaming durch BaFin und BNetzA

Im deutschen Recht ist Naming and Shaming im Kapitalmarktrecht durch § 40c WpHG etabliert. Hiernach macht die BaFin Entscheidungen über Maßnahmen und Sanktionen, die sie wegen Verstößen gegen bestimmte Verbote oder Gebote nach dem WpHG verhängt hat oder die ihr gem. § 335 Abs. 1d HGB mitgeteilt wurden, auf ihrer Internetseite unverzüglich bekannt, § 40c Abs. 1 WpHG. Gem. § 40c Abs. 2 S. 1 WpHG benennt die BaFin in der Bekanntmachung die Vorschrift, gegen die verstoßen wurde, sowie die für den Verstoß verantwortliche natürliche oder juristische Person oder Personenvereinigung. Dies geschieht auch im Hinblick auf noch nicht bestands- bzw. rechtskräftig gewordene Entscheidungen, erforderlich ist allein ein Hinweis auf diesen Umstand, § 40c Abs. 2 S. 2 WpHG. Eingelegte Rechtsbehelfe sowie die Ergebnisse der diesbezüglichen Verfahren müssen dokumentiert werden, § 40c Abs. 2 S. 3 WpHG. In § 40c Abs. 3 WpHG findet sich ein eng gefasster Ausnahmekatalog, sodass das Naming and Shaming auf dieser Rechtsgrundlage die Regel darstellt. Im Bereich des Verbraucherrechts praktiziert die Bundesnetzagentur neuerdings bei der Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung Naming and Shaming. Beispielsweise fiel ein Anbieter für Hundefutter durch extrem aggressive Kaltakquise auf. Die Netzagentur verhängte daraufhin ein Bußgeld in Höhe von 150.000 € und veröffentlichte dies als Pressemitteilung unter Nennung des bebußten Unternehmens, dessen Sitzes, des Vorwurfs sowie der beworbenen Marke auf ihrer Webseite.⁷⁴²

⁷³⁸ So die Definition bei *Nartowska/Knierbein*, NZG 2016, 256.

⁷³⁹ Vgl. *Nartowska/Knierbein*, NZG 2016, 256, 260 ff.; *Schmieszek/Langner*, WM 2014, 1893, 1896.

⁷⁴⁰ Vgl. *Nartowska/Knierbein*, NZG 2016, 256, 257; vgl. zu den möglichen Folgen von Reputationseinbußen *Klöhn/Schmolke*, NZG 2015, 689.

⁷⁴¹ *Armour/Mayer/Polo*, Regulatory Sanctions and Reputational Damage in Financial Markets, Oxford Legal Studies Research Paper No. 62/2010, 2015; abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1678028; vgl. auch *Nartowska/Knierbein*, NZG 2016, 256, 257.

⁷⁴² PM BNetzA v. 5.12.2016, abrufbar unter

Die Schlagkraft dieses Instruments hängt im Kontext des Verbraucherrechts von der Auffindbarkeit der Bekanntmachung ab. Ein Verbraucher, der durch das Verhalten eines Unternehmens seine Interessen verletzt sieht, wird das Unternehmen oft zunächst einmal im Internet suchen, um sich weitere Informationen zu verschaffen. Dann ist es für effizientes Naming and Shaming essentiell, dass eine entsprechende Bekanntmachung unter den ersten Suchergebnissen im Ranking landet. Daneben ist für die Auffindbarkeit die Berichterstattung über das Anprangern relevant. Es spricht nichts dagegen, dass Behörden insofern auch „Suchmaschinenoptimierung“ betreiben.

(2) Grenzziehungen durch die Verwaltungsgerichte

Die rechtlichen Anforderungen an Naming and Shaming wurden bisher vor allem von Verwaltungsgerichten konkretisiert, die über behördliches Informationshandeln auf Grundlage von § 40 Abs. 1a LFGB zu entscheiden hatten. Hiernach informiert die zuständige Behörde die Öffentlichkeit unter Nennung der Bezeichnung des Lebensmittels oder Futtermittels sowie unter Nennung des Unternehmens über den Verdacht von Grenzwertüberschreitungen oder andere Verstöße bei Lebens- und Futtermitteln. Die Norm wurde von den Verwaltungsgerichten bisher ganz überwiegend als nicht verfassungskonform beurteilt. Dabei wurden insbesondere folgende Punkte kritisiert:⁷⁴³ fehlende Lösungsfristen,⁷⁴⁴ fehlende Pflicht zum Hinweis auf zwischenzeitliche Mängelbeseitigungen,⁷⁴⁵ Veröffentlichung von Bagatellfällen (ab 350 Euro Geldbuße)⁷⁴⁶, fehlender Ermessensspielraum⁷⁴⁷ und nicht ausreichende Bestimmtheit wegen divergierender Vollzugspraxis.⁷⁴⁸ Vor diesem Hintergrund wird § 40 Abs. 1a LFGB von der Verwaltung derzeit nicht mehr vollzogen, ein Normenkontrollantrag ist beim BVerfG anhängig und die verfassungskonforme Änderung der Vorschrift befindet sich in der Schwebe.⁷⁴⁹

(3) Naming and Shaming durch das Bundeskartellamt

In die Richtung des § 40c WpHG geht auch der im Zuge der 9. GWB-Novelle neu geschaffene § 53 Abs. 5 GWB. Hiernach soll das Bundeskartellamt nach Abschluss eines Bußgeldverfahrens die wesentlichen Details des Verfahrens auf seiner Website veröffentlichen. Was wesentliche Details im Sinne dieser Vorschrift sind, dürfte davon

https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2016/161205_TelWerbung.html.

⁷⁴³ Vgl. insbesondere die Kritik bei *Möstl*, LMuR 2015, 185 (188) m.w.N.

⁷⁴⁴ OVG Lüneburg, 14.6.2013, Az. 13 ME 18/13, NVwZ-RR 2013, 831; OVG Münster, 24.4.2013, Az. 13 B 238/13, LMRR 2013, 65; VGH Mannheim, 28.1.2013, Az. 9 S 2423/12, NVwZ 2013, 1022, 1024 f.; VGH München, 18.3.2013, Az. 9 CE 12.2753, BeckRS 2013, 49799, Rn. 18; VGH Kassel, 23.4.2013, Az. 8 B 28/13, LMRR 2013, 80; vgl. *Möstl*, LMuR 2015, 185, 188.

⁷⁴⁵ OVG Münster, 24.4.2013, Az. 13 B 238/13, LMRR 2013, 65.

⁷⁴⁶ VGH München, 18.3.2013, Az. 9 CE 12.2753, BeckRS 2013, 49799 Rn. 17.

⁷⁴⁷ *Möstl*, LMuR 2015, 185 (188); VGH München, 18.3.2013, Az. 9 CE 12.2753, BeckRS 2013, 49799 (Rn. 16); VGH Mannheim, 28.1.2013, Az. 9 S 2423/12, NVwZ 2013, 1022 (1025).

⁷⁴⁸ VGH München, 18.3.2013, Az. 9 CE 12.2753, BeckRS 2013, 49799 Rn. 19.

⁷⁴⁹ Vgl. *Möstl*, LMuR 2015, 185, 188, 191 f.

abhängen, in welchem Ausmaß dem Bundeskartellamt Naming and Shaming als Regulierungsmethode zugestanden wird. Da das Bundeskartellamt schon bisher eine durchaus starke Öffentlichkeitsarbeit geleistet hat, ist es angesichts der möglichen wirtschaftlichen Folgen des Naming and Shaming zu begrüßen, dass der Gesetzgeber mit § 53 Abs. 5 GWB eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für Informationshandeln im Nachgang der Ahndung von Verstößen geschaffen hat. Naming and Shaming kann zudem die private Rechtsdurchsetzung fördern, indem potenzielle Ersatzberechtigte auf Verstöße aufmerksam gemacht werden, und diese sich auf Grundlage der veröffentlichten Informationen zu Follow-on-Klagen entschließen. Gerade auf diesem Gedanken fußt auch der neu geschaffene § 53 Abs. 5 GWB.

Ob er allerdings den verfassungsrechtlichen Einwänden der Verwaltungsgerichte zu § 40 Abs. 1a LFGB nicht zumindest im Hinblick auf das Fehlen einer Lösfrist und der Ausgestaltung als gebundene Entscheidung in ähnlicher Weise ausgesetzt ist, ist offen.

Für gezieltes Naming and Shaming in laufenden Verfahren sollte daher, falls gewünscht, eine eigene Rechtsgrundlage geschaffen werden. Die bisherige Information der Öffentlichkeit über abgeschlossene Verfahren dürfte aber keinen Bedenken begegnen. Die OECD hat in einer Studie herausgestellt, dass Naming and Shaming nur nach einem rechtskräftigen Urteil möglich sein sollte.⁷⁵⁰

c. Verbraucherwarnungen durch das Bundeskartellamt als Ergänzung?

Denkbar wäre auch, dem Bundeskartellamt eine Befugnis zur Warnung vor irreführenden Angeboten zu geben, wenn andernfalls eine Fehlinformation fortbesteht oder Verbraucherrechte nicht wahrgenommen werden.

Als Blaupause für behördliche Warnungen wegen Irreführungen i.S.d. UWG könnte § 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 4a LFGB⁷⁵¹ dienen, wonach eine Information der Öffentlichkeit erfolgen soll, wenn der durch Tatsachen hinreichend begründete Verdacht besteht, dass gegen Vorschriften im Anwendungsbereich des LFGB, die dem Schutz der Verbraucher vor Täuschung dienen, in nicht nur unerheblichem Ausmaß verstoßen wurde. Hierdurch wird § 11 LFGB durchgesetzt, der insbesondere mit seinem Verweis auf Art. 7 der Lebensmittelinformations-VO (VO (EU) Nr. 1169/2011) („Lauterkeit der Informationspraxis“) eine besondere Nähe zum UWG aufweist. Wie gem. § 40 Abs. 2 bis 4 LFGB wäre bei einer behördlichen Warnung sicherzustellen, dass die Warnung erforderlich ist, die Unternehmen angehört wurden und die Warnung korrigiert wird, wenn neue Informationen vorliegen.

Im Lebensmittelrecht steht allerdings die akute Warnung vor Gesundheitsgefährdungen im Fokus. Im wirtschaftlichen Verbraucherschutz, auf den sich diese Studie bezieht, steht keine akute Gefährdung im Raum. Echte

⁷⁵⁰ OECD, Best Practices on Consumer Policy: Report on the Effectiveness of Enforcement Regimes, 2006, DSTI/CP(2006)21/FINAL, Ziff. 189.

⁷⁵¹ Möstl, LMuR 2015, 185, 187 sieht in der Norm allerdings im Verhältnis zur Gefahrenabwehr einen Fremdkörper.

Verbraucherwarnungen im Sinne des Lebensmittelrechts sind also nicht erforderlich. Die Verbraucheraufklärung im Sinne von Hinweisen auf problematische Geschäftsmodelle oder irreführende Praktiken wird wohl wesentlich bereits von den Verbraucherzentralen geleistet, die zukünftig zudem auf Ermittlungsergebnisse des Bundeskartellamts hinweisen können. Eine eigene Befugnisnorm des Bundeskartellamts erscheint daher entbehrlich.

d. Beratung von Unternehmen?

Im Kartellrecht hat das Bundeskartellamt in § 32c GWB eine Art formelle Beratungsaufgabe gegenüber Unternehmen, die es zudem auch in informeller Weise wahrnimmt. Die Beschlussabteilungen sind für Unternehmen ansprechbar, die bestimmte Verhaltensweisen als kartellrechtlich klärungsbedürftig ansehen. Es gibt aber weder einen Anspruch auf eine Besprechung mit Mitarbeitern der Behörde, noch kann eine Auskunft Verbindlichkeit erlangen. Vielmehr hat sich hier in der jahrelangen Fallarbeit ein natürlicher Dialog gebildet. Das ist für das Verbraucherrecht je nach Zuschnitt und Expertise auch zu erwarten.

Im Rahmen der allgemeinen Öffentlichkeitsarbeit kann sich das Bundeskartellamt ggf. auch an Unternehmen wenden, die sich „compliant“, also rechtstreu, verhalten wollen. Ein Vorbild dafür könnten etwa die Leitlinien der Landesmedienanstalten zum Influencer Marketing sein. Solche Hinweise an Unternehmen müssen aber, wie das Beispiel ausländischer Behörden zeigt, nicht immer formal als „Leitlinien“ oder „Bekanntmachungen“ ausgestaltet sein. Vielmehr dürfte es häufig auch genügen, durch Information oder gar „Werbung“ Bewusstsein für verbraucherrechtlich relevante Konstellationen zu schaffen. Das gilt insbesondere im Umgang mit kleineren und mittleren Unternehmen.

Formell ist die Befugnis in § 32c GWB ausgestaltet. Hier kann das Bundeskartellamt erklären, dass es hinsichtlich eines bestimmten Verhaltens keinen Anlass zum Tätigwerden sieht. Es werden immer wieder einzelne Fälle bekannt, in denen das Amt so entscheidet. Mit der Entscheidung einher geht eine Selbstbindung des Amtes, die auf Gerichte und andere Behörden ausstrahlt:⁷⁵² Zwar entfaltet die Entscheidung keine Bindungswirkung für Gerichte, allerdings ist ihre faktische Präjudizwirkung nicht zu unterschätzen.⁷⁵³ Die Unternehmen gewinnen damit für Investitionen und Verhaltensweisen eine gewisse Rechtssicherheit.

Eine Übertragung von § 32c GWB ins Verbraucherrecht wäre derzeit möglicherweise verfrüht. Im Kartellrecht dient die Feststellung insbesondere dazu, in äußerst strittigen Konstellationen Signalwirkung auszustrahlen. Diese kann nur deshalb von der Kartellbehörde ausgehen, da diese im Kartellrecht eine erhebliche Vormachtstellung als uneingeschränkt führende und erfahrene Behörde hat. Von einer solchen Stellung im Verbraucherrecht wäre das Bundeskartellamt auch bei Einführung entsprechender Befugnisse zunächst noch entfernt. Hinzu kommt, dass kartellrechtliche Fälle nach wie

⁷⁵² Podszun in: Kölner Kommentar Kartellrecht, 2017, § 32c Rn. 1.

⁷⁵³ Podszun in: Kölner Kommentar Kartellrecht, 2017, § 32b Rn. 29.

vor seltener und in ihrer Bedeutung häufig grundsätzlicher sind. Verbraucherrecht ist hingegen ein „Massengeschäft“. Hier bietet sich schon mit Blick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht an, einzelne Fälle mit einzelnen Unternehmen zu klären. Für strittige Konstellationen ist der rasche Suchprozess der verschiedenen Landgerichte insofern zunächst ein geeigneteres Forum. Eine informelle Fallpraxis wird sich beim Bundeskartellamt ohnehin herausbilden.

4. Aufgreifermessen und Prioritätensetzung

Eine Schlüsselfrage der Befugnisausübung ist die, welche Fälle von der Behörde überhaupt aufgegriffen werden. Im Kartellrecht ist das Bundeskartellamt dabei frei: Das Amt hat ein weites Aufgreifermessen, das durch die Rechtsprechung nicht eingeschränkt wird.⁷⁵⁴ Die damit erforderliche Prioritätensetzung erfolgt dezentral in den Beschlussabteilungen: Diese entscheiden selbst, welche Ressourcen sie für welchen Fall einsetzen.

Auch im Verbraucherrecht ist nicht vorstellbar, dass das Bundeskartellamt gesetzlich verpflichtet wäre, bestimmte Fälle aufzugreifen. Für das Verbraucherrecht könnte bei einer Befugnisübertragung auf eine Behörde aber erwogen werden, Aufgreifermessen und Prioritätensetzung stärker zentral zu konturieren.

a. Maßstab der Ermessensausübung

Das Ermessen des Bundeskartellamts bei der Durchsetzung von verbraucherschützenden Normen des UWG wäre an der Schutzzwecktrias des § 1 UWG zu orientieren. Damit wären die leitenden materiellen Aspekte für die Ermessensausübung die Berücksichtigung der Interessen der Verbraucher, das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb sowie die Interessen der Mitbewerber.

Eine weitergehende Konkretisierung könnte der Gesetzgeber beispielsweise durch eine Bestimmung vornehmen, der zufolge ein Verfahren erst eingeleitet werden sollte, wenn eine Prüfung bestimmter Aspekte vorgenommen worden ist.

b. Pro und Contra der Ermessenskonturierung

Eine Konkretisierung des Aufgreifermessens birgt das Risiko, dass die Behörde an Flexibilität verliert. Es ist ein Vorteil des Bundeskartellamts, dass es seine Prioritäten frei setzen kann. So kann auf Entwicklungen dynamisch reagiert werden. Nach Auffassung der OECD ist ein weites Aufgreifermessen effizient, da Verstöße im

⁷⁵⁴ Vgl. *Bach* in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 2014, § 54 Rn. 7; *Quellmalz* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, *GWB*, 2016, § 54 Rn. 1; *Ost* in: MüKo-Kartellrecht, *GWB*, 2015, § 54 Rn. 5.

Verbraucherrecht sehr unterschiedlich gelagert sein können.⁷⁵⁵

Allerdings sprechen zwei Aspekte für eine Konturierung des Aufgreifermessens durch den Gesetzgeber: Erstens handelt es sich um ein neues Tätigkeitsfeld, in dem die Behörde kaum Erfahrung, aber zahllose unterschiedliche Sachverhalte zur Auswahl hat. Würden die Befugnisse ohne jede weitere Eingrenzung bei der Fallauswahl übertragen, hätte die Behörde keine Orientierung, wie es die neue Rolle ausfüllen soll. Das würde der Behörde eine sehr hohe Verantwortung aufbürden.

Zweitens würde die Behörde in das etablierte Tätigkeitsfeld privater Akteure eingreifen. Diese haben daher in der Stakeholderbefragung bereits erhebliche Vorbehalte gegen ein behördliches Tätigwerden im Verbraucherrecht deutlich werden lassen (siehe B.III.2.). Es wäre ein Signal an die Wirtschafts- und Verbraucherverbände, wenn der Gesetzgeber sich entschließen würde, das Aufgreifermessen zu konturieren. Damit könnte der Respekt des Gesetzgebers vor der privaten Rechtsdurchsetzung deutlich gemacht werden. Je stärker die Befugnisse ausgestaltet werden und je weitreichender auch „kleine“ Einzelfälle aufgegriffen werden können, desto wichtiger wird eine Einschränkung. Das Konkurrenzverhältnis würde bereits abgemildert, wenn der Zugriff des Bundeskartellamts im Rahmen seines Aufgreifermessens eingegrenzt würde.

c. Optionen der Ermessenskonturierung

Eingrenzungen des Aufgreifermessens könnten auf verschiedene Weisen erfolgen.

(1) Rücksichtnahme auf die private Rechtsdurchsetzung

Das Bundeskartellamt könnte beim Aufgreifen eines Falls zunächst prüfen,

- ob dieser Fall bereits Gegenstand privater Rechtsdurchsetzung war oder ist,
- oder in geeigneter Form in der privaten Rechtsdurchsetzung geklärt werden kann.

Der erste Gedanke stößt auf das Problem, dass nicht zentral erfasst wird, welche Verfahren geführt wurden oder werden. Dies setzt zunächst den Kontakt mit dem betroffenen Unternehmen voraus, das sodann das Bundeskartellamt informieren würde, dass bereits privatrechtliche Maßnahmen ergriffen wurden. Ist jedoch, z.B. aus den Medien, bekannt, dass ein Fall bereits privat verfolgt wird, wäre seitens der Behörde Zurückhaltung geboten.

Das zweite Kriterium – Eignung der privaten Rechtsdurchsetzung – ist wesentlich für die Idee der *Befugnisergänzung*: Die Einschaltung einer Behörde würde ja gerade dazu dienen, Verstöße zu erfassen, die durch die privaten Akteure nicht oder nicht befriedigend abgestellt und sanktioniert werden können. Der gesetzgeberische

⁷⁵⁵ OECD, Best Practices on Consumer Policy: Report on the Effectiveness of Enforcement Regimes, 2006, DSTI/CP(2006)21/FINAL, Ziff. 177 ff.

Hinweis auf die Möglichkeiten der privaten Rechtsdurchsetzung erscheint als Minimallösung für eine Konturierung des Aufgreifermessens.

In die Ermessenserwägungen könnte eingestellt werden, ob eine Branche betroffen ist, in der ein gewisses Desinteresse der Mitbewerber an der Verfolgung eines Verstoßes vorherrscht, das auch nicht durch ein Eingreifen der Verbände ausgeglichen wird.

Eine weitere Überlegung ist, ob die Sachverhaltsaufklärung eines Falls und die mit ihm zusammenhängenden Rechtsfragen so komplex sind, dass private Kläger möglicherweise wegen des Kostenrisikos vor einer Klage zurückschrecken (vgl. A.I.5.c.).

(2) Begrenzung auf gravierende Fälle

Das Bundeskartellamt könnte zudem verpflichtet werden, nur Fälle aufzugreifen, die erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften zum Gegenstand haben (Anlehnung an § 32e Abs. 5 GWB).

Eine Erheblichkeitsschwelle ist schon aus Gründen der Verhältnismäßigkeit ratsam: Eine durchsetzungsstarke Behörde sollte sich auf erhebliche Fälle konzentrieren. Für den Begriff des „erheblichen Verstoßes“ spricht gerade die Offenheit, sodass dem Amt eine gewisse Flexibilität verbleibt.

Die Beschränkung auf solche gravierenden Fälle, wie in § 32e Abs. 5 GWB vorgesehen, würde die Durchsetzung des Verbraucherrechts einschränken. Einzelfälle könnten nicht ohne weiteres aufgegriffen werden. Auch ist die Bewertung eines Falls als „erheblich“ oft nicht von vorn herein klar. Die Einschränkung in § 32e Abs. 5 GWB ist vor dem spezifischen Hintergrund der Sektoruntersuchungen zu sehen, die ja gerade eine branchenweite Untersuchung ermöglichen sollen. Ausgefüllt wird damit ein übergreifendes Moment, das der Sektoruntersuchung ihrem Wesen nach eigen ist. Hier liegt in dieser Formulierung eine Entsprechung zum kartellrechtlichen „starre Preise“ (§ 32e Abs. 1), das einen Gesamtmarktbezug aufweist. Für individuelle Fälle ist dieses Abgrenzungsmerkmal so nicht geeignet. Es kann Einzelfälle geben, in denen es nicht um erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße geht, die aber dennoch für eine behördliche Durchsetzung wichtig sind, z.B. wegen ihres präzedenzartigen Charakters oder weil ein neues Geschäftsmodell geprüft werden soll. Für solche Fälle könnte – neben die Kriterien der Erheblichkeit, Dauerhaftigkeit und Hartnäckigkeit des Verstoßes – ein Kriterium gestellt werden, das auf ein „*besonderes* öffentliches Interesse“ abstellt. Das wäre zwar eine äußerst vage Formulierung. Sie würde aber die Behörde zwingen, die Ermessensausübung zu begründen.

In der Gesamtschau sind damit Kriterien benannt, die in ähnlicher Form bereits in einem informellen Diskussionsentwurf vor der 9. GWB-Novelle zu dieser Thematik benannt worden waren. Dort war vorgeschlagen worden, dass ein Verfahren nur nach Prüfung der folgenden Parameter eingeleitet werden kann:

- „1. Die möglichen Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf Verbraucherinnen und Verbraucher und auf den Wettbewerb,
2. die wirksame Aufklärung und Beendigung der Zuwiderhandlung,

3. das Interesse des Verbraucherschutzes an einer generellen Klärung sowie
4. die Rechte von Verbänden und qualifizierten Einrichtungen im Sinne von § 8 Absatz 3 Nummer 2 und 3 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb.⁷⁵⁶

Dieser Formulierungsvorschlag nimmt die Aspekte auf, die für die Ermessenskonturierung besonders wichtig sind: Ist der Fall geeignet für private Rechtsdurchsetzung (Ziff. 4)? Liegt ein erheblicher, dauerhafter oder wiederholter Verstoß vor (Ziff. 1)? Besteht ein sonstiges besonderes öffentliches Interesse an einer behördlichen Klärung (Ziff. 3)? Hinzu tritt die Eignung der Behörde, den Fall zu lösen (Ziff. 2). Eine solche Überlegung zu den Erfolgsaussichten sollte ohnehin von der Behörde angestellt werden.

Auch wenn solche Kriterien weit wären und insofern der Behörde einen großen Spielraum belassen würden, wären sie doch ein deutliches Signal, dass die Behörde vor allem in Ergänzung der privaten Akteure tätig werden soll und sich auf Fälle konzentrieren soll, die andernfalls nicht gelöst werden könnten.

(3) Weitere Möglichkeiten der Ermessensbegrenzung

Darüber hinaus könnte das Bundeskartellamt verpflichtet werden, sich selbst Regeln zur Verhältnismäßigkeit in Form von selbstbindenden Leitlinien zum Aufgreifermessen zu geben. Eine Parallele bestünde z.B. zur Bagatellbekanntmachung im Kartellrecht.⁷⁵⁷ Solche verbraucherrechtlichen Leitlinien könnten die Kriterien des Aufgreifermessens benennen und möglicherweise auch „safe harbours“ für Unternehmen schaffen, also festlegen, wann jedenfalls nicht mit einem behördlichen Verfahren zu rechnen wäre. Solche Leitlinien setzen jedoch voraus, dass praktische Erfahrung gesammelt wurde. Sie sollten nicht „am grünen Tisch“ entworfen werden.

Andere, konkretere Eingrenzungen wären weniger gut geeignet:

Denkbar wäre, Verfahren nur gegen Unternehmen einzuleiten, die Umsätze in Höhe von z.B. 25 Mio. Euro generieren (wie in § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB). Allerdings dürfte es Schwierigkeiten bereiten, vor Einleitung eines Verfahrens die Umsätze zu ermitteln. Es bestünde zudem die Gefahr, dass bestimmte schädliche Praktiken nicht aufgegriffen werden können, gerade wenn diese neuartig sind und von Unternehmen praktiziert werden, die aggressiv in den Markt eintreten wollen.

Ein Abstellen auf Marktanteile, wie etwa in der kartellrechtlichen Bagatellbekanntmachung des Bundeskartellamts,⁷⁵⁸ wäre wegen des hohen Ermittlungsaufwands bei der Bestimmung des Marktes und der Marktanteile nicht sinnvoll.

⁷⁵⁶ Zitiert nach *Podszun/Schmieder* in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, S. 85, 106.

⁷⁵⁷ Hierzu wäre eine Erprobungsphase sinnvoll.

⁷⁵⁸ Dort ist eine Bagatellgrenze von 10 % Marktanteil vorgesehen, siehe Bekanntmachung Nr. 18/2007 des Bundeskartellamtes über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung, 13.7.2007.

Eine Eingrenzung des Aufgreifermessens nach Branchen (digital/nicht-digital), wie in der Diskussion über eine sog. Digitalagentur thematisiert,⁷⁵⁹ scheint angesichts des Zusammenwachsens traditioneller Produkte/Dienstleistungen mit digitalen Produkten und Dienstleistungen nicht mehr möglich. Eine Begrenzung auf Digitalfälle ist nicht praktikabel. Schon bei der Feststellung von Defiziten war nicht erkennbar, dass diese sich gerade auf einen wie auch immer abgegrenzten Digitalbereich beschränken.

d. Prioritätensetzung

Selbst bei einer Eingrenzung des Aufgreifermessens würde ein starker Auswahlspielraum für die Beschlussabteilungen verbleiben. Es wäre zu überlegen, abweichend vom Kartellrecht eine zentrale Prioritätensetzung vorzunehmen. Solche Prioritäten könnten von den Beschlussabteilungen z.B. in Abstimmung mit dem Ministerium, der Hausleitung, den betroffenen Kreisen oder einem eventuell bestehenden Beirat festgelegt werden. Das würde für die Beschlussabteilungen selbst eine Orientierung bieten und den Rückhalt für ihr Vorgehen absichern. Für die aktivlegitimierten Institutionen der Verbraucherrechtsdurchsetzung und für die Unternehmen würde die Rolle des neu eintretenden Akteurs besser einschätzbar. Eine solche Prioritätensetzung ist zwar nicht ungefährlich mit Blick auf die Unabhängigkeit der Beschlussabteilungen. Im Kartellrecht sind die Maßstäbe aber auch schon seit Jahrzehnten gefestigt (etwa in der Einschätzung von Kartellen als besonders gravierendem Verstoß). Zudem sind viele Ressourcen durch das „Tagesgeschäft“ der Fusionskontrolle gebunden. Die Situation im Verbraucherrecht ist eine ganz andere, sodass es gerade in der Anfangsphase besonders sinnvoll erscheint, unter Einbindung mehrerer Akteure Prioritäten der Durchsetzung festzulegen. Das würde auch die demokratische Legitimation des Vorgehens erhöhen.

5. Organisation und Struktur

Je nach Umfang der zu übertragenden Befugnisse stellt sich die Frage, wie eine verbraucherrechtliche Einheit im Bundeskartellamt organisiert sein könnte. Nach Einräumung der Befugnisse nach § 32e Abs. 5 und § 90 Abs. 6 GWB wurde im Bundeskartellamt eine „Beschlussabteilung V“ eingesetzt, die wie eine kartellrechtliche Beschlussabteilung aufgebaut ist.⁷⁶⁰

Bei den Überlegungen zur Organisation innerhalb des BKartA fallen drei Unterschiede zwischen Verbraucher- und Kartellrecht auf, die hier hervorgehoben werden sollen: Erstens kann das Bundeskartellamt im Verbraucherrecht noch nicht auf eine jahrzehntelange Praxis zurückblicken. Die Anfangsphase wird daher von Lernprozessen geprägt sein. Der Austausch mit den Stakeholdern, mit der Politik und

⁷⁵⁹ In der Diskussion zur 9. GWB-Novelle wurde von verschiedenen Seiten der Fokus auf Digitalfälle gelegt, vgl. BMWi, Weißbuch Digitale Plattformen, 2017, S. 98 ff.

⁷⁶⁰ BKartA, Pressemitteilung vom 12.6.2017.

der Wissenschaft wird besonders wichtig. Zunächst geht es darum, Expertise aufzubauen, nicht am laufenden Band einschneidende Entscheidungen zu treffen. Zweitens sollte der Fokus stark im Ermittlungsbereich liegen. Diese Ermittlungen werden in tatsächlicher Hinsicht in einer digital geprägten Verbraucherwelt sehr aufwändig sein. Hier kommt hinzu, dass das Kartellrecht stark das Rationalverhalten der Handelnden in den Blick nimmt (Profitmaximierung der Unternehmen als Antrieb), während im Verbraucherrecht stärker auch die Reaktion der Marktgegenseite analysiert werden muss. Hier sollten auch verhaltenswissenschaftliche Aspekte berücksichtigt werden (z.B. *biases*).⁷⁶¹

Drittens ist das Verbraucherrecht ungemein vielfältig und nicht wie das Kartellrecht ein relativ geschlossenes Rechtsgebiet, das universal, d.h. über alle Branchen und Kulturen hinweg, einheitlich konzipiert ist. Zum Verbraucherrecht zählen so unterschiedliche Materien wie irreführende und aggressive geschäftliche Handlungen, überzogene Preise von Schlüsseldiensten, täuschende Abgasangaben großer Autohersteller, Fitnessstudio-AGB, Datenmissbrauch oder Lock-in-Effekte bei digitalen Assistenten (z.B. Amazons *Alexa*). Die Einbeziehung über den Rechtsbruchtatbestand von § 3a UWG führt dazu, dass zahllose Spezialmaterien zum Lauterkeitsrecht zu zählen sind.

a. Unabhängigkeit

Die das Bundeskartellamt kennzeichnende Unabhängigkeit der Beschlussabteilungen von politischer Einflussnahme von außen oder innen, sollte auch in verbraucherrechtlichen Fällen das Charakteristikum der Entscheidungsfindung bleiben. Unabhängigkeit kann auf verschiedene Weisen gefährdet werden, etwa durch Finanzierungseingriffe, Beförderungsentscheidungen oder mediale Gegenmacht.⁷⁶² Unabhängigkeit, also ein Ausschluss politischer oder ökonomischer Einflussnahme, wird in allen zu Rate gezogenen Studien als wesentlicher Erfolgsfaktor des behördlichen Tätigwerdens im Marktordnungsrecht herausgestellt.⁷⁶³ Eine Fachaufsicht durch das übergeordnete Ministerium würde dem entgegenstehen. Die Fälle müssen im Verbraucherrecht schon mit Blick auf die Parallelität zur privaten Rechtsdurchsetzung vor Gericht justizförmig entschieden werden. Rein praktisch ist angesichts der Komplexität der Ermittlungen und Entscheidungen in Wettbewerbsfragen kaum denkbar, dass eine Fachaufsicht geleistet werden könnte.

⁷⁶¹ Vgl. zu behavioural economics und Lauterkeitsrecht *Leistner*, ZGE 2009, 3 ff.; aus schuldrechtlicher Perspektive *Eidenmüller*, JZ 2005, 216 ff.; zur Ausnutzung von Entscheidungsdefiziten im Rahmen der Vertragsgestaltung und den ökonomischen Folgen *Bar-Gill*, *Seduction by Contract*, 2012.

⁷⁶² Vgl. *Gal*, *Reality Bites (or Bits): The Political Economy of Antitrust Enforcement*, NYU Law & Economics Research Paper WP No. 06-22, 2006, S. 6 ff.

⁷⁶³ Vgl. nur *Barkow*, *Insulating Agencies: Avoiding Capture Through Institutional Design*, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, Paper 240, 2010; *de Stree/Sibony*, *Towards Smarter Consumer Protection Rules for the Digital Society*, CERRE Project Report, 2017, S. 45; OECD, *Key points of the Roundtables on Changes in Institutional Design*, 18.5.2016, DAF/COMP/M(2015)1/ANN9/FINAL, S. 5; abwägend Consumer Affairs Victoria, *Institutional arrangements for consumer protection agencies*, Research Paper 13, April 2008, S. 15 ff.

b. Einrichtung von Beschlussabteilungen

Wesentlich ist die justizförmige Ausgestaltung der Verfahren des Bundeskartellamts. Dies ist kennzeichnend für die Tätigkeit im Kartellrecht (vgl. §§ 51, 52 GWB), sie sollte eine Entsprechung im Verbraucherrecht finden.

Die dezentrale Organisation der Entscheidungsfindung in Beschlussabteilungen ist Garant für eine unabhängige (d.h. weisungs- und beeinflussungsfreie) und qualitativ hochstehende Entscheidung von Fällen. Das schließt freilich eine Prioritätensetzung nicht aus (B.II.4.d.).

Je nach Stellenzuweisung durch den Gesetzgeber lassen sich ggf. mehrere Beschlussabteilungen für Verbraucherschutz einrichten.

Die Verteilung der Aufgaben zwischen den Beschlussabteilungen könnte die kartellrechtlichen Beschlussabteilungen 1-9 spiegeln. Eine Aufteilung nach Branchen scheint sinnvoll, um spezifische Branchenexpertise aufzubauen. Eine Unterteilung nach verbraucherrechtlichen Normen bietet sich nicht an.

Die Geschäftsverteilung innerhalb der einzelnen kartellrechtlichen Beschlussabteilungen wird in der Praxis sehr unterschiedlich gehandhabt.⁷⁶⁴ Insgesamt besteht im Hinblick auf die Zusammensetzung der Entscheidungsgremien eine gewisse Flexibilität, damit spezielle Expertise dort eingesetzt werden kann, wo sie gerade gebraucht wird.⁷⁶⁵ Insbesondere in bedeutsamen Fällen findet eine intensive Zusammenarbeit mit der dem Präsidenten unterstellten Grundsatzabteilung sowie der Prozessabteilung statt.⁷⁶⁶ Dies sollte auch im Verbraucherrecht so gehandhabt werden.

c. Personalbedarf

Die Balance der Rechtsdurchsetzung insgesamt entscheidet sich nicht zuletzt an der personellen Ausstattung einer mit Verbraucherrecht betrauten Behörde. Würde an das Modell der Beschlussabteilung angeknüpft, wäre zu berücksichtigen, dass das Bundeskartellamt insbesondere aufwändige, ermittlungsentensive Verfahren führen würde (einschließlich Sektoruntersuchungen). Wird beispielsweise eine Sektoruntersuchung eingeleitet, ist das zuständige Team, so die kartellrechtliche Erfahrung, in der Regel für Monate im Wesentlichen mit diesem Verfahren ausgelastet. Zugleich ist zu berücksichtigen, dass wichtige Branchen aus der Tätigkeit ausgenommen wären, da andere Bundesbehörden (BNetzA, BaFin) zuständig sind. Zudem fällt im Verbraucherrecht kein „Brot-und-Butter“-Geschäft an, wie es die Fusionskontrolle im Kartellrecht ist.

Grundsätzlich wäre es sinnvoll, eine Mehrzahl von Entscheidungsgremien zu haben, damit unterschiedliche „Suchprozesse“ bei der Ausübung der neuen Befugnisse gestartet werden können (Diversität von Pfaden).

⁷⁶⁴ *Topel* in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 2017, § 16 Rn. 74.

⁷⁶⁵ *Topel* in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 2017, § 16 Rn. 74.

⁷⁶⁶ *Topel* in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 2017, § 16 Rn. 75.

Wie in den kartellrechtlichen Beschlussabteilungen sollten Vertreter verschiedener Fachrichtungen (z.B. Juristen, Ökonomen, Informatiker) bei der Entscheidungsfindung in Teams zusammenwirken. Das Verbraucherrecht könnte von einer ökonomischen Durchdringung, die im Kartellrecht bereits gelungen ist, starke Impulse erhalten.

Hinzuweisen ist darauf, dass bei der Einführung behördlicher Befugnisse auch der entsprechende Personalbedarf in den unterstützenden Referaten der Behörde, bei den Gerichten und der Staatsanwaltschaft geprüft werden müsste.

Wenn eine Behörde – medial wirksam – im Verbraucherrecht tätig wird, wird es erfahrungsgemäß eine Vielzahl von Verbraucherbeschwerden geben, die an diese Behörde gerichtet werden. Bei der Bundesnetzagentur gehen allein zum Thema unerlaubter Telefonwerbung jährlich über 25.000 Beschwerden ein.⁷⁶⁷ Diese Eingaben werden in der Bundesnetzagentur von Dienstleistungszentren in Nürnberg und Kiel mit über 30 Mitarbeitenden aufgenommen; dort werden auch die Vorermittlungen durchgeführt.⁷⁶⁸ Möglicherweise müsste auch Personal für die administrative und inhaltliche Bewältigung solcher Eingaben organisiert werden. Geprüft werden sollte allerdings auch, inwieweit durch elektronische Hilfsmittel („Legal Tech“) die Bewältigung solcher Eingaben erleichtert werden könnte. Möglicherweise könnten einzelne Aufgaben auch ausgelagert werden.

Die Betrauung mit einer neuen Kompetenz löst Lernprozesse aus. Es wäre begrüßenswert, diese durch externe Begleitung abzusichern. Zu erwägen wäre die Einsetzung eines Beirats mit Vertretern von Unternehmen, Verbänden und Wissenschaft. Dieser Beirat könnte die Tätigkeit des Amtes im Verbraucherrecht begleiten. Dadurch würde die Verankerung in der verbraucherrechtlichen „Szene“ gestärkt. Vorbehalte gegen die Betrauung des Amtes könnten damit abgebaut werden. Ein solcher Beirat könnte beispielsweise vom zuständigen Minister berufen werden.

d. Benchmarks und Evaluation

Modernem Behördenmanagement würde es entsprechen, wenn mit der Beauftragung Erwartungen formuliert würden. Diese sollen nicht der späteren Kritik von Personen dienen, sondern sollen einen Anhaltspunkt bieten, was überhaupt von den neuen Einheiten erwartet wird. Sie sollen dann auch das institutionelle Nachjustieren ermöglichen. Denkbare Benchmarks für eine Beschlussabteilung wären beispielsweise (je nach Personalausstattung und Befugnissen) pro Jahr:

- Abschluss einer Sektoruntersuchung
- Bildung von Ermittlungsteams, die jeweils zwei Konstellationen untersuchen
- Mitarbeit an Leitlinien zum Ermessen in Verbraucherfragen

⁷⁶⁷ Schulte-Nölke/Henning-Bodewig/Podszun, Evaluierung der Verbraucherschützenden Normen im Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken – Studie für das BMJV, 2017, S. 90.

⁷⁶⁸ Schulte-Nölke/Henning-Bodewig/Podszun, Evaluierung der Verbraucherschützenden Normen im Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken – Studie für das BMJV, 2017, S. 82.

- Aufbau eines Monitorings zur Identifizierung von besonders gravierenden Praktiken in den Branchen x, y, z
- Wirksame Strategie zur Behebung eines konkreten Streuschadensproblems

Die Benchmarks könnte sich eine Beschlussabteilung selbst setzen. Auch der Gesetzgeber, ein Beirat oder die Hausleitung könnten solche Erwartungen formulieren, etwa im Rahmen einer gesetzgeberisch vorzusehenden Evaluation. Werden solche Benchmarks nicht gesetzt, fällt es schwer, den Erfolg der Betrauung mit neuen Kompetenzen nachvollziehbar zu machen. Das Projekt einer sinnvollen Befugnisergänzung lebt von der Lernbereitschaft der Beteiligten und der möglichen Nachjustierung anhand erster Erfahrungen aus der Praxis.

Damit würde einem wesentlichen Pfeiler moderner Verwaltungswissenschaften Rechnung getragen.⁷⁶⁹ Gefordert wird, dass sich das Tätigwerden einer Behörde in einer Kosten-Nutzen-Analyse rechtfertigen lässt.

Während die Kosten noch berechenbar erscheinen, bereitet die Messung der Zielerreichung naturgemäß Schwierigkeiten.⁷⁷⁰ Die OECD schlägt vor, Sanktionen daran zu messen, ob die Kosten für den Rechtsverletzer seinen Gewinn aus der unrechtmäßigen Handlung übersteigen.⁷⁷¹ Dieses einleuchtende Modell dürfte nur unter größten Schwierigkeiten in der Praxis handhabbar gemacht werden (und dann wohl auch nur ex post).

Im Vereinigten Königreich wurden u.a. vom National Audit Office (dem Bundesrechnungshof vergleichbar) Berichte mit Kosten-Nutzen-Analysen zur Tätigkeit der Kartellbehörde vorgelegt.⁷⁷²

Die Wissenschaftler *Eleanor Fox* und *Michael Trebilcock* gehen einen anderen Weg, um die Effektivität zu messen. Sie benennen „institutionelle Leistungsindikatoren“:⁷⁷³ angemessene Dauer der Verfahren; hohe fachliche Expertise der Beschäftigten; ausreichende Ermittlungs- und Sanktionsmöglichkeiten; vernünftige Vorhersehbarkeit rechtlicher Schritte für Unternehmen; Transparenz in der Formulierung von Maßnahmen; Offenheit für Konsultationen und Beteiligungsprozesse; Transparenz der Entscheidungsgründe; Mechanismen der öffentlichen Kontrolle und Rechenschaft. Diese Indikatoren ließen sich durch quantitative Erhebungen und qualitative Analysen überprüfen.

Effektivitätsprüfungen in diesem Sinn sind in Deutschland wenig verbreitet. Die Verbraucherrechtsdurchsetzung könnte hierfür einen Testfall darstellen.

⁷⁶⁹ Vgl. *Ottow*, Market & Competition Authorities, 2015, S. 69 ff.

⁷⁷⁰ *O'Toole/Meier*, Public Management, 2011, entwerfen beispielsweise einen Plan, um Manager öffentlicher Institutionen an ihren Leistungen zu messen.

⁷⁷¹ OECD, Best Practices on Consumer Policy: Report on the Effectiveness of Enforcement Regimes, 2006, DSTI/CP(2006)21/FINAL, S. 5.

⁷⁷² National Audit Office, The UK competition regime, 3.2.2016; Department for Business, Innovation & Skills, A Competition Regime for Growth: A Consultation on Options for Reform, Impact Assessment, March 2012.

⁷⁷³ *Fox/Trebilcock*, The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms, NYU Law & Economics Research Paper Series, WP No. 12-20, 2012, Appendix 2.

III. Gestaltungskriterien einer Befugnisergänzung

Die Übertragung neuer Befugnisse auf eine Behörde wirft die Frage auf, nach welchen Parametern entschieden werden soll, welche Befugnisse in welcher Form auf die Behörde übertragen werden sollen. Nachdem im vorangegangenen Kapitel B.II mögliche Optionen dargestellt wurden, werden nun Kriterien benannt, die für den Gesetzgeber wesentlich sein können. Auch bei einer schon bestehenden Behörde kann die Betrauung mit neuen Befugnissen eine Chance sein, die Institution zu modernisieren. Das gilt auch für das Bundeskartellamt im 60. Jahr seines Bestehens. In jüngster Zeit sind mehrere Wettbewerbsbehörden mit neuen Befugnissen ausgestattet und im Zuge dessen reformiert worden.⁷⁷⁴

Im Folgenden werden fünf Aspekte thematisiert, die bei der Ausgestaltung eine Rolle spielen können. Zunächst werden in knapper Form grundsätzliche Überlegungen zum „institutionellen Design“ und den erforderlichen Weichenstellungen des Gesetzgebers angestellt (1.). Danach werden die Ergebnisse der Stakeholderbefragung zur Befugnisergänzung vorgestellt (2.). Damit wird greifbar, wie in den betroffenen Kreisen ein behördliches Tätigwerden eingeschätzt wird. Danach wird ausgeführt, inwiefern Vorgaben aus EU- und Verfassungsrecht zu berücksichtigen sind (3.). Ein Schwerpunkt liegt sodann auf der Koordination eventueller neuer Befugnisse mit den bestehenden Befugnissen anderer Behörden (4.) sowie den Handlungsmöglichkeiten der privaten Akteure (5.). Hier wäre eine Abstimmung der verschiedenen Mechanismen anzustreben, um ein Durchsetzungschaos oder ein „over-enforcement“ zu vermeiden.

1. Institutionelles Design

Der Gesetzgeber steht vor grundlegenden Weichenstellungen, wenn ein ganzes Set neuer behördlicher Befugnisse eingeführt werden soll. Diese werden in diesem Abschnitt herausgearbeitet auf Basis der Überlegungen in der Wissenschaft zum „institutionellen Design“.

a. Wissenschaftliche Ausgangspunkte

Für die Frage, wie eine Behörde aufgebaut werden kann, gibt es in verschiedenen wissenschaftlichen Disziplinen Überlegungen. Sie werden hier mit dem Begriff des „institutionellen Designs“ (englisch: *Institutional Design*) umschrieben.⁷⁷⁵ Eine

⁷⁷⁴ Vgl. etwa die Umwandlung des Office of Fair Trading und der Competition Commission in die Competition & Markets Authority 2014 im Vereinigten Königreich oder die Schaffung der Autoriteit Consument & Markt in den Niederlanden 2013; dazu *Van Buchem*, Public enforcement of private consumer law and the synergies with regulation and competition: experiences in the Netherlands, Vortrag, 6.10.2016, abrufbar unter www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2016_Verbraucherverhalten_van_Buchem.pdf. Vgl. *Schaub* in: Schulte-Nölke/BMJV, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 85 ff.; *Jenny*, The Institutional Design of Competition Authorities: International Debates and Trends, 2015, S. 18; *Kovacik*, 110 Michigan Law Review 1019, 1042 f. (2012).

⁷⁷⁵ In diesem Sinn etwa *Goodin*, Institutional Design, 1996; der Begriff ist allerdings unscharf, da der Begriff der

etablierte Forschungsrichtung mit einem festen Kanon an Methoden und Aussagen existiert jedoch nicht. In der Wissenschaft gibt es keine „Blaupause“ für die Betrauung einer bestehenden Kartellbehörde mit Verbraucherrechtsbefugnissen. Die Überlegungen zum *Institutional Design* können jedoch das Bewusstsein für die Bedeutung institutioneller Weichenstellungen schärfen.

Ausgangspunkte zur Forschung in diesem Feld finden sich in der Soziologie,⁷⁷⁶ etwa bei *Max Weber* (Reduzierung von Komplexität durch Hierarchie und Bürokratie)⁷⁷⁷ oder *Niklas Luhmann* (Bürokratietheorie).⁷⁷⁸

Ein praktischer Ansatz ist in der Verwaltungswissenschaft zu finden.⁷⁷⁹ Im Zentrum stehen hier Fragen nach der Problemlösungsfähigkeit der Verwaltung sowie ihrer „politischen Steuerung“.⁷⁸⁰

Aus der Forschungsrichtung des *New Public Management* hat sich der Gedanke ergeben, Elemente aus der privatwirtschaftlichen Organisation in die öffentliche Verwaltung zu übernehmen.⁷⁸¹ In den vergangenen Jahren wurde der Begriff des „Managements“ vielfach durch „Governance“ ersetzt.⁷⁸² Hinzu tritt die Befassung mit internen Organisationsprinzipien (z.B. „good agency principles“, „good governance“).⁷⁸³ Hier ist die Studie von *Annetje Ottow* zum Design moderner Marktordnungsbehörden zu erwähnen.⁷⁸⁴

Ein wesentlicher Impuls der Verwaltungswissenschaft ist es, Verwaltung nicht mehr ausschließlich an Rechtmäßigkeitskriterien auszurichten. Es bedarf keiner Vertiefung, dass Rechtmäßigkeit der primäre Maßstab von Verwaltungshandeln sein muss. Daneben treten aber weitere Kriterien des Verwaltungshandelns, die aus dem Steuerungs- und Problemlösungsgedanken resultieren, zum Beispiel ökonomische Effizienz, eine verstärkte „Serviceorientierung“ und eine Flexibilisierung der Handlungsformen.

In der Rechtswissenschaft wurde dieser Ansatz insbesondere durch die Vertreter der *Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft* aufgegriffen.⁷⁸⁵ Ihr Anliegen ist es, den sozialwissenschaftlich geprägten Steuerungsansatz in die juristische Methodik einzufügen und mit rechtlichen Mitteln Flexibilität und Effizienz der Verwaltung zu

„Institution“ häufig auch in einem institutionenökonomischen Sinn gebraucht wird mit einer weitergehenden Bedeutung als hier.

⁷⁷⁶ Z.b. *Goodin*, Theory of Institutional Design, 2003; vgl. *Benz/Lütz/Schimank/Simonis*, Handbuch Governance, 2007. Verwandt ist der Ansatz der Organisationsforschung oder Organisationslehre, vgl. *Frese/Theuvsen/Graumann*, Grundlagen der Organisation, 2012; *Schulte-Zurhausen*, Organisation, 2014.

⁷⁷⁷ *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 2002.

⁷⁷⁸ *Luhmann*, Theorie der Verwaltungswissenschaft, 1966. Vgl. *Schimank* in: *Benz/Lütz/Schimank/Simonis*, Handbuch Governance, 2007, 200 ff. Siehe auch *Kühl*, Schlüsselwerke der Organisationsforschung, 2015.

⁷⁷⁹ Vgl. *Bogumil/Jann*, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland, 2009; *Franz*, Einführung in die Verwaltungswissenschaft, 2013.

⁷⁸⁰ *Bogumil/Jann*, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland, 2009, S. 17, 42; *Franz*, Einführung in die Verwaltungswissenschaft, 2013, S. 122.

⁷⁸¹ Vgl. *Budäus*, Public Management, 1998; *Schedler/Proeller*, New Public Management, 2011; *Thom/Ritz*, Public Management, 2017; in Deutschland wurde dies auch unter dem Begriff der Neuen Steuerungslehre diskutiert.

⁷⁸² Vgl. *Schuppert*, Die Verwaltung 40 (2007), 463 ff.; *Lütz* in: *Lütz*, Governance in der politischen Ökonomie, 2006, S. 13 ff.

⁷⁸³ *Franz*, Einführung in die Verwaltungswissenschaft, 2013, S. 95 ff.; *Bogumil/Jann*, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland, 2009, S. 44 ff.

⁷⁸⁴ *Ottow*, Market & Competition Authorities, 2015.

⁷⁸⁵ Wegweisend *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2012.

steigern.⁷⁸⁶ Konstatiert wird eine „Krise“ des Ordnungsrechts, die durch die „radikale Einengung des Wahrnehmungsfelds [von Juristen] auf die rechtsaktbezogene Perspektive“ entstanden sei.⁷⁸⁷

Neben den Rechtmäßigkeitsanspruch und den Anspruch der funktionalen Zielerreichung treten Ansprüche an „good regulation“ durch Behörden.⁷⁸⁸ Das Verwaltungshandeln selbst soll weitergehenden qualitativen Maßstäben genügen.

Ottow hat in ihrer Studie zu Marktordnungsbehörden fünf Prinzipien herausgearbeitet („LITER“), die nach ihrer Auffassung das Verwaltungshandeln leiten sollten.⁷⁸⁹ LITER steht für legality (Rechtmäßigkeit), independence (Unabhängigkeit), transparency (Transparenz), effectiveness (Effektivität) und responsibility (Verantwortlichkeit). Ähnliche Maßstäbe werden auch in anderen Studien gesetzt.⁷⁹⁰

Zum institutionellen Design von Verbraucherschutzbehörden liegen, soweit ersichtlich, nur wenige Publikationen vor. Es gibt aber einzelne Studien, die internationale „best practices“ vorstellen.⁷⁹¹

Die OECD hat eine Empfehlung für ein „Consumer Protection Toolkit“ vorgelegt, in dem verschiedene „Werkzeuge“ empfohlen werden, mit denen Verbraucherschutz hergestellt werden kann.⁷⁹² Die Organisation hat zudem 2006 „best practices“ empfohlen, die vor allem auf die Effektivität der verbraucherrechtlichen Durchsetzungsregime zugeschnitten sind.⁷⁹³ Die OECD gewinnt solche Erkenntnisse aus der vergleichenden Betrachtung verschiedener Lösungen in ihren Mitgliedstaaten. Das International Consumer Protection Enforcement Network, in dem Verbraucherschutzbehörden kooperieren, stellt v.a. Materialien zur Verfügung, die materiell-rechtliche Maßstäbe betreffen und sich an Konsumenten wenden.⁷⁹⁴

Hingewiesen werden kann daneben auf Berichte von Praktikern zur Ausgestaltung von Kartellbehörden.⁷⁹⁵

⁷⁸⁶ Voßkuhle in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2012, § 1 Rn. 11.

⁷⁸⁷ Voßkuhle in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2012, § 1 Rn. 10, 3.

⁷⁸⁸ Vgl. Baldwin/Cave/Lodge, Understanding Regulation, 2013.

⁷⁸⁹ Ottow, Market & Competition Authorities, 2015, S. 69 ff.

⁷⁹⁰ Consumer Affairs Victoria, Institutional arrangements for consumer protection agencies, Research Paper 13, April 2008, S. 8. Genannt werden hier proportionality, accountability, consistency, transparency, targeting, effectiveness, flexibility, cooperation und subject to appeal. Eifert in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2012, § 19 Rn. 155 nennt „Rechenschaft (accountability), Transparenz, angemessene Verfahren mit Partizipationsmöglichkeiten, demokratisch legitimierte Steuerung, Sachverstand, Effektivität und Effizienz sowie Evaluationsmechanismen“.

⁷⁹¹ Vgl. UNCTAD, Manual on Consumer Protection, 2016, Kapitel 4; Consumer Affairs Victoria, Institutional arrangements for consumer protection agencies, Research Paper 13, April 2008.

⁷⁹² OECD, Consumer Policy Toolkit, 2010, Kapitel 4: Consumer Policy Instruments, abrufbar unter <http://dx.doi.org/10.1787/9789264079663-7-en>.

⁷⁹³ OECD, Best Practices on Consumer Policy: Report on the Effectiveness of Enforcement Regimes, 2006, DSTI/CP(2006)21/FINAL.

⁷⁹⁴ Siehe www.icpen.org. Deutschland wird hier vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vertreten.

⁷⁹⁵ Bspw. Kovacic/Hyman, Competition Agency Design: What's on the Menu?, GW Law Legal Studies Research Paper No. 2012-135, 2012; Lowe, EU Commission Competition Policy Newsletter 3/2008, 1 ff.; Fox/Trebilcock, The Design of Competition Law Institutions, 2012.

b. Weichenstellungen

Der Gesetzgeber hat die Grundentscheidung zu treffen, ob überhaupt eine behördliche Rechtsdurchsetzung des Verbraucherrechts in Deutschland erforderlich ist. In dieser Studie kann diese Frage nicht entschieden werden. Es sollen in diesem Abschnitt aber einige Schlaglichter auf Weichenstellungen geworfen werden, die für den Gesetzgeber anstehen.

(1) Hinweise zur rechtspolitischen Diskussion

Ziel dieser Studie ist es in Teil B, aus rechtlicher Perspektive Möglichkeiten aufzuzeigen, wie ggf. eine Entscheidung für die Befugnisergänzung möglichst bruchlos in die bestehenden Systeme von Verbraucherrecht und kartellbehördlichem Durchsetzungsregime eingefügt werden kann. Die Diskussion über das Ob, die in Teil A bereits im Rahmen der Stakeholderbefragung aufgegriffen wurde, wird teilweise auch von Rechtswissenschaftlern als politische Diskussion geführt. Für die weitere Meinungsbildung sei nur knapp auf folgende Aspekte hingewiesen:

Kritiker einer Befugnisergänzung warnen insbesondere vor einem paternalistischen Schutzsystem. So sieht beispielsweise *Ackermann* „kein allgemeines Bedürfnis nach einem zusätzlichen public enforcement“. ⁷⁹⁶ Er argumentiert mit der Stärke des deutschen lauterkeitsrechtlichen Zivilrechtssystems. Mit Blick auf § 3a UWG spricht *Ohly* von einem „over-enforcement“. ⁷⁹⁷

Befürworter einer Befugnisergänzung stellen hingegen die Defizite dieses Instrumentariums in den Vordergrund. So schreibt *Brönneke*:

„Öffentlich-rechtliches Verbraucherschutzrecht kann und sollte das zivilrechtliche Verbraucherrecht ergänzen; in bestimmten Fällen ist ihm der Vorrang vor zivilrechtlichen Instrumenten zu geben.“ ⁷⁹⁸

Schulte-Nölke spricht sich für eine Verbraucherschutzbehörde mit breiter allgemeiner Zuständigkeit aus, um die sehr disparaten Schutzlücken im bestehenden System zu schließen. ⁷⁹⁹

Für die Entscheidung dieses Streits lassen sich die Ergebnisse aus Teil A heranziehen, die allerdings eine normative Bewertung nicht überflüssig machen. Im REFIT-Report, der die Überprüfung des verbraucherrechtlichen Acquis in den Mitgliedstaaten der EU zum Gegenstand hatte, wurde die Frage der behördlichen Rechtsdurchsetzung nicht explizit behandelt. ⁸⁰⁰

⁷⁹⁶ *Ackermann*, NZKart 2016, 397, 398.

⁷⁹⁷ *Ohly* in: *Ohly/Sosnizza*, UWG, 2016, § 3a UWG Rn. 25; *ders.*, FS Köhler, 2014, S. 507 ff.

⁷⁹⁸ *Brönneke*, VuR 2012, 334, 337.

⁷⁹⁹ *Schulte-Nölke* in: *Schulte-Nölke/BMJV*, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 197 ff.; für eine ergänzende behördliche Rechtsdurchsetzung grundsätzlich auch *Köhler*, WRP 2018, 519, 524 und *Glöckner* in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, 2016, Einl. B. Rn. 517.

⁸⁰⁰ REFIT-Report, Study for the Fitness Check of EU Consumer and Marketing Law, Country Report Germany 2017,

Die Monopolkommission hat sich zu einer Befugnisergänzung vorsichtig geäußert und insbesondere die systemischen Fragen aufgeworfen, die mit diesem Gutachten jedenfalls teilweise beantwortet werden sollen:

„Deshalb erscheint es erforderlich, dass die nun vorgeschlagene Maßnahme in ein politisches Gesamtkonzept eingebunden wird. Dazu müsste die vorgeschlagene Neuregelung insbesondere um Vorgaben zur Zuständigkeitsabgrenzung bzw. zur engeren Verzahnung der kartellbehördlichen Verfahren mit den Verfahren der anderen im Koalitionsvertrag genannten Behörden (Bundesnetzagentur, Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Verbraucherschutz) und den Klagen der Verbraucherschutzverbände ergänzt werden. Außerdem müsste dem Risiko vorgebeugt werden, dass Rechtsbehelfe gegen behördliche Entscheidungen bei unterschiedlichen Gerichten (ordentliche Gerichte, Verwaltungsgerichte) eingelegt werden, abhängig davon, welche Behörde zunächst tätig geworden ist.“⁸⁰¹

Mit einem Satz spricht die Monopolkommission die Gefahr einer zu intensiven Rechtsdurchsetzung an:

„Als allgemeiner Gesichtspunkt sollte zuletzt das Risiko möglicher negativer Auswirkungen durch übermäßige behördliche Markteingriffe im Auge behalten werden.“⁸⁰²

Schließlich ist aus rechtswissenschaftlicher Perspektive auf die Sogwirkung der CPC-Verordnung hinzuweisen (dazu unten, B.III.3.b).

(2) Zusammenführung unter einem Dach?

Eine häufig diskutierte Frage ist, ob es sinnvoll ist, Verbraucher- und Kartellbehörden unter einem Dach zu vereinigen.

Das alle Beiträge durchziehende Ergebnis ist, dass es hierfür keine mustergültige Lösung gibt, sondern dass jeweilige Lösungen Vor- und Nachteile haben.⁸⁰³

S. 455 ff.

⁸⁰¹ *Kühling* (für die Monopolkommission), Stellungnahme zur Anhörung des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestags am 23.1.2017 zur Neunten GWB-Novelle, Ausschussdrucksache 18(9)1096, S. 9.

⁸⁰² *Kühling* (für die Monopolkommission), Stellungnahme zur Anhörung des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestags am 23.1.2017 zur Neunten GWB-Novelle, Ausschussdrucksache 18(9)1096, S. 9.

⁸⁰³ Zu den verschiedenen Modellen siehe OECD, Best Practices on Consumer Policy: Report on the Effectiveness of Enforcement Regimes, 2006, DSTI/CP(2006)21/FINAL, S. 4. Zur Bewertung u.a. *Jenny*, The Institutional Design of Competition Authorities: International Debates and Trends, 2015, S. 16 u. 19 ff.; *Fels/Ergas*, Institutional Design of Competition Authorities, OECD Note, DAF/COMP/WD(2014)85, 18.12.2014, Ziff. 93 ff.; *Hyman/Kovacic*, Enforcing Competition Law: Benefits and Costs of a Multi-Purpose Agency, 2012; *Cseres*, Integrate or Separate. Institutional Design for the Enforcement of Competition Law and Consumer Law, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2013-03; Consumer Affairs Victoria, Institutional arrangements for consumer protection agencies, Research Paper 13, April 2008, S. 9 ff.

Hervorgehoben wird immer wieder, dass eine Behörde eine starke Anerkennung oder Verankerung in der Öffentlichkeit braucht (was beim Bundeskartellamt zweifellos gegeben ist). Hinzu kommt die Erkenntnis, dass die Behörde Autonomie in ihren Durchsetzungsoperationen benötigt.

Die UNCTAD hält in einem Bericht 2016 fest, dass der Trend zu einer Verknüpfung von Wettbewerbs- und Verbraucherrechtsfragen geht:

„the long term logic of technological change and commercial development suggests that consumer protection is likely to move upstream to structural matters and not focus only on retail transactions. (...) As the vectors of communication (e-commerce, m-commerce) become ever more powerful, a converged approach incorporating competition and structure will become indispensable.”⁸⁰⁴

Die UNCTAD geht also davon aus, dass Verbraucherfragen immer mehr zu strukturellen Fragen werden und also die Märkte fundamental berühren. Dafür sprechen die Konvergenz der Märkte und die immer weiter fortschreitende Integration von Endkunden-Anwendungen in ganze Ökosysteme. Die verbraucherrechtlichen Fragen, die sich etwa an einen digitalen Assistenten wie Amazons *Alexa* knüpfen, leiten rasch über zu strukturellen Fragen des Wettbewerbs in der Plattformökonomie. Im Ergebnis führt dies zu dem Trend, Strukturfragen oder Marktfragen im Verbraucherrecht mitzudenken, sodass eine Zusammenführung mit Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden sinnvoll erscheint. Die Beauftragung des Bundeskartellamts läge damit im internationalen Trend. Das Amt würde sich schrittweise zu einer Marktordnungsbehörde wandeln, die stärker als bislang in ein regulatorisches Netzwerk eingewoben ist.⁸⁰⁵

Kovacic und *Hyman* identifizieren mehrere Schlüsselthemen für das Design einer derartigen Behörde:⁸⁰⁶

- Autonomie und Unabhängigkeit einerseits, Verantwortlichkeit, Rückbindung an die Politik andererseits,
- Entscheidungen durch ein Gremium oder eine Einzelperson,
- selbstständige Behörde oder Einbindung in eine größere Einheit,
- eine oder mehrere zuständige Behörden,
- eindimensionale oder mehrdimensionale Zielbestimmungen,
- Beschränkung auf Rechtsdurchsetzung oder Erweiterung auf politische Beratung,
- Standardbefugnisse oder weitergehende Befugnisse (insbesondere: Strafen/Bußgelder),
- interne Organisation, insbesondere Personalauswahl und Training,

⁸⁰⁴ UNCTAD, Manual on Consumer Protection, 2016, S. 32.

⁸⁰⁵ Vgl. *Podszun*, WuW 2017, 266.

⁸⁰⁶ *Kovacic/Hyman*, Competition Agency Design: What's on the Menu?, GW Law Legal Studies Research Paper No. 2012-135, 2012.

- Wahrung von Verfahrensrechten, institutionelle Legitimation.

Eindeutige Empfehlungen geben weder die Autoren zum Umgang mit diesen Schlüsselthemen, noch lassen sich aus anderer Literatur klare Folgerungen ziehen. Wesentlich ist der Hinweis, dass institutionelle Entscheidungen Folgen für zahlreiche Fragen haben, von der Zielerreichung bis zur Arbeitszufriedenheit der Mitarbeitenden. Das erste institutionelle Design kann insofern starke Prägungen enthalten, die sich über Jahre entfalten können.⁸⁰⁷

Unter Kartellrechtlern ist die Sorge verbreitet, dass eine Betrauung des BKartA mit verbraucherrechtlichen Themen negative Feedbackeffekte für die Kartellrechtsdurchsetzung haben könnte.⁸⁰⁸ Ebenso gibt es unter Lauterkeitsrechtlern Bedenken, dass für das zivilrechtliche Durchsetzungsregime durch behördliche Befugnisse negative Feedbackeffekte entstehen könnten.⁸⁰⁹ Die Monopolkommission betont zwar grundsätzlich das komplementäre Verhältnis von Wettbewerbsschutz und Verbraucherschutz, weist jedoch auch auf mögliche Zielkonflikte zwischen den Schutzrichtungen hin und hält negative Feedbackeffekte in beide Richtungen für denkbar.⁸¹⁰

Nicht ganz von der Hand zu weisen ist die Befürchtung, dass die mediale Aufmerksamkeit, die großen Verbraucherrechtsfällen zukommt, dazu führen könnte, dass in der Wahrnehmung durch die Öffentlichkeit das Bundeskartellamt verstärkt als Verbraucherschutzorganisation wahrgenommen würde. Wenn dann keine differenzierte Wahrnehmung erfolgt (wovon auszugehen ist), würden die Schutzziele von freiem Wettbewerb einerseits und Verbraucherschutz andererseits verschwimmen. Nach deutscher Lesart ist Kartellrecht aber gerade ein Rechtsgebiet, das zwar reflexartig Verbraucher schützen mag, aber gerade nicht einem unmittelbaren Verbraucherschutz verpflichtet ist.

Es gibt unter Kartellrechtlern aber auch vorsichtig-optimistische Stimmen.⁸¹¹ Für eine jedenfalls offene Einstellung gegenüber einer Zusammenführung unter einem Dach sprechen drei Aspekte:

Erstens kann es sich aus wettbewerblicher Sicht gerade positiv auswirken, wenn das Verbraucherrecht als „Zwillingsschwester“ des Kartellrechts stärker wettbewerblich durchdrungen wird. So wie das Kartellrecht Verbraucherinteressen bereits jetzt berücksichtigt, könnte das Verbraucherrecht stark davon profitieren, wenn die Marktanalyse und die ökonomische Durchdringung verbessert würden.⁸¹² Für das allgemeine Durchsetzungsniveau scheint die Integration in eine erfahrene und als wettbewerbsorientierte Behörde bekannte Institution sinnvoller als die Schaffung einer

⁸⁰⁷ Dieses Phänomen wird auch als Pfadabhängigkeit in der Organisationstheorie bezeichnet, vgl. *Dobusch/Schübler*, 22 *Industrial and Corporate Change* 617 ff. (2012); *Sydow/Schreyögg/Koch*, 34 *Academy of Management Review* 689 ff. (2009).

⁸⁰⁸ *Ackermann*, NZKart 2016, 397.

⁸⁰⁹ Vgl. zu § 3a UWG nach geltendem Recht *Ohly* in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 2016, § 3a UWG Rn. 25.

⁸¹⁰ Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten Wettbewerb, 2018, S. 329 ff., abrufbar unter <https://www.monopolkommission.de/images/HG22/HGXXII_Gesamt.pdf>.

⁸¹¹ *Brinker*, NZKart 2017, 141; *Alexander*, NZKart 2017, 391, 397; *Podszun/Schmieder* in: *Kersting/Podszun*, Die 9. GWB-Novelle, S. 85, 111.

⁸¹² Vgl. *Podszun*, WRP 2009, 509 („more economic approach für das Lauterkeitsrecht“).

neuen Verbraucherschutzbehörde.

Zweitens funktioniert schon derzeit im Amt das Nebeneinander von verschiedenen Beschlussabteilungen, Vergabekammern, Grundsatzreferaten oder Markttransparenzstellen ohne sichtbare Verwerfungen. Dass es zwischen verschiedenen Einheiten in einer Behörde auch zu Reibungen kommt, ist selbstverständlich, das Verfolgen unterschiedlicher Regelungszwecke sollte aber bei vernünftiger Moderation und bei Wahrung bestimmter organisatorischer Vorkehrungen möglich sein.

Drittens ist die Zusammenarbeit solcher Einheiten unter einem Dach im Ausland gängige Praxis, ohne dass spezifische Probleme bekannt geworden wären. Das Bundeskartellamt würde – bei entsprechendem institutionellen Design – anschließen an „best practices“ in Ländern wie den USA oder den Niederlanden.

(3) Welche Befugnisse?

Die Kernfrage ist, welche Befugnisse eine Behörde haben soll. Zu entscheiden ist zunächst, ob eine Behörde bloß Ermittlungsbefugnisse erhalten sollte (dem Modell der Sektoruntersuchung folgend), ob sie Entscheidungsbefugnisse im Verwaltungsverfahren erhalten soll (angelehnt an §§ 32 ff. GWB) und ob sie Befugnisse zur Verhängung von Geldbußen (angelehnt an § 81 GWB) erhalten soll. Eine weitergehende Kriminalisierung des UWG (wie in §§ 16-19 UWG) steht nicht zur Debatte.

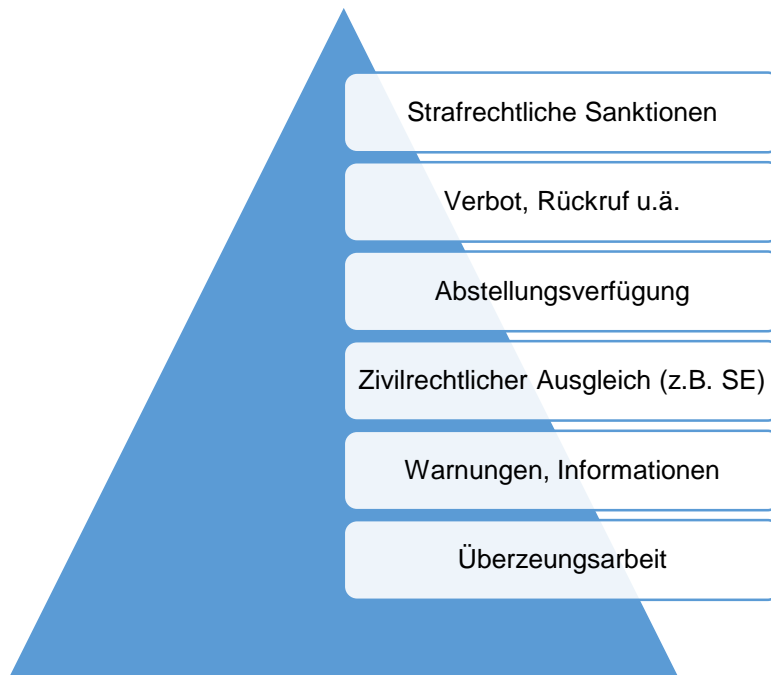
Die OECD hat in einer Studie die Effizienz verschiedener Maßnahmen geprüft. Sie ist (soweit hier relevant) – auf zugegebenermaßen „dünner“ empirischer Basis – zu dem Ergebnis gekommen, dass Bußgelder gegenüber Kriminalstrafen einerseits und einer ausschließlich zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung andererseits vorzugswürdig sind.⁸¹³ Dies spräche für die Übertragung einer Bußgeldkompetenz. Als effizient wird zudem empfohlen, dass Behörden in geeigneten Fällen in die Lage versetzt werden, Schadensausgleich o.ä. zugunsten der geschädigten Verbraucher zu verfügen, insbesondere wenn die Abschreckungswirkung der Geldbußen nicht genügt.⁸¹⁴ Damit wären die unter B.II.1.a.(3) skizzierten Maßnahmen zur Folgenbeseitigung erfasst, die in ihrer wechselseitigen Abhängigkeit mit Bußgeldern gesehen werden sollten.

Die OECD ordnet einige der Befugnisse nach ihrer Eingriffsintensität in eine Art „Durchsetzungspyramide“ ein:⁸¹⁵

⁸¹³ OECD, Best Practices on Consumer Policy: Report on the Effectiveness of Enforcement Regimes, 2006, DSTI/CP(2006)21/FINAL, Ziff. 181 ff.

⁸¹⁴ OECD, Best Practices on Consumer Policy: Report on the Effectiveness of Enforcement Regimes, 2006, DSTI/CP(2006)21/FINAL, Ziff. 189.

⁸¹⁵ OECD, Consumer Policy Toolkit, 2010, S. 105.



Je höher eine Maßnahme gelistet ist, desto intensiver ist der Eingriff. Einige dieser Maßnahmen liegen außerhalb des Spektrums dieser Studie, etwa strafrechtliche Sanktionen. Die Pyramide gibt jedoch mit dem Hinweis auf Warnungen, Informationen und Überzeugungsarbeit auch den Hinweis, dass eine schlichte hoheitliche Befugnisausübung mit Verboten nicht mehr zeitgemäß ist. Die steuerungswissenschaftliche Diskussion geht vielmehr hin zu einem „regulatory mix“, in dem mit gezielten und möglichst wenig eingreifenden Mitteln versucht wird, die beabsichtigte Wirkung zu erzielen.⁸¹⁶

Die OECD hat im „Consumer Policy Toolkit“ mehrere Instrumente auf ihre Effektivität hin untersucht (ohne eindeutige Empfehlungen abzugeben). Demnach kommen folgende Instrumente in Betracht:⁸¹⁷

- Verbraucherberatung und -aufklärung,
- Bereitstellung von Informationen und Verpflichtung zur Offenlegung,
- vertragsrechtliche Vorgaben (zwingendes Recht),
- Widerrufsmöglichkeiten für Verbraucher („cooling off periods“),
- moralische Beeinflussung von Unternehmen, z.B. durch Warnungen, Förderung von Corporate Social Responsibility, Anerkennung oder Kritik,
- Verhaltenskodizes und Gütesiegel,
- Standardsetzung,
- Lizenzierung und Autorisierung (in bestimmten Branchen),
- finanzielle Maßnahmen inkl. Geldbußen, Steuern oder Beihilfen,

⁸¹⁶ Vgl. *Michael* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2012, § 41; *Baldwin/Cave/Lodge*, Understanding Regulation, 2011, Kap. 7; *Ottow*, Market & Competition Authorities, 2015, S. 162 ff. unterscheidet zudem „styles of enforcement“.

⁸¹⁷ OECD, Consumer Policy Toolkit, 2010, S. 78 ff.

- Verbotsverfügungen und ähnliche Verwaltungsmaßnahmen,
- Streitbeilegung und Rechtsschutzmöglichkeiten,
- Durchsetzungsstrategien (im Sinne von Prioritätensetzung und bewusster Entscheidung für und gegen bestimmte Mechanismen).

Das Spektrum der Maßnahmen geht also weit über die klassisch juristischen Befugnisse hinaus – und die Liste ist nicht einmal vollständig. Jedes dieser Werkzeuge kann dazu beitragen, unterschiedliche Ziele mit unterschiedlicher Eingriffsintensität und Wirksamkeit zu erreichen.

Die UNCTAD zählt als Befugnisse für eine Verbraucherschutzbehörde noch zahlreiche weitere Funktionen auf, die mit entsprechenden Befugnissen korrelieren müssen: Neben der Rechtsdurchsetzung sieht die UNCTAD u.a. die Autorisierung und Lizenzierung bestimmter Geschäftspraktiken, das Verfassen von Leitlinien, die Beratung der Regierung, die Wahrnehmung von Verbraucherinteressen in Gremien, die Beratung von Verbrauchern und Unternehmen, Marktuntersuchungen, Produkttests, Prüfung und Überwachung von Streitschlichtungsinstitutionen im Verbraucherbereich, Verbraucheraufklärung sowie die Konsultation mit den relevanten Stakeholdern.⁸¹⁸

Die Auflistung lenkt den Blick auf zahlreiche Funktionen, die einer zentralen Behörde automatisch zuwachsen, etwa Beratung, Konsultation und Vertretung in Gremien. Eher außergewöhnlich für das deutsche System wären die Autorisierung von Geschäftsmodellen und Produkttests. Dies erledigen die zuständigen Fachbehörden im Bereich des technischen Verbraucherschutzes; hier ist für ein Tätigwerden des Bundeskartellamts kein Raum. Das Monitoring von Schlichtungsstellen ist derzeit nicht einmal angedacht.

Zusammenfassend lassen sich für die Befugnisdiskussion drei Lehren ziehen:

Erstens ist bei der Befugnisergänzung ein weites Spektrum von Maßnahmen denkbar, die teilweise eine gesetzliche Grundlage benötigen, die sich teilweise auch automatisch ergeben werden und dann als Annex zu eingeräumten Befugnissen ausgeübt werden. Die in Teil B.II. aufgezeigten Optionen wären vor diesem Hintergrund als Ausgangspunkt zu begreifen. Hinzu kämen aber weitere, eher niedrigschwellige Möglichkeiten der Behörde, auf die Märkte Einfluss zu nehmen.

Zweitens lassen sich für die Maßnahmen unterschiedliche Anwendungsfelder ausmachen. Die Maßnahmen greifen unterschiedlich intensiv in die Rechte der Unternehmen ein, sie sind auch unterschiedlich effektiv. Eindeutige Aussagen fehlen, es zeichnet sich aber ab, dass auf internationaler Ebene immer mehr „best practices“ entwickelt werden. Diese sind in den Optionen wie in B.II. dargestellt abgebildet.

Drittens steht der Gesetzgeber vor einer grundlegenden Weichenstellung, wenn er sich für eine Ergänzung des zivilrechtlichen Durchsetzungsmodells mit einem behördlichen entscheidet. Zu entscheiden ist dann, welche Befugnisse eine Behörde erhält. Das Bundeskartellamt könnte an einem Ende des Spektrums einen sehr weiten

⁸¹⁸ UNCTAD, Manual on Consumer Protection, 2016, S. 26.

Spielraum erhalten, wenn es mit einer gut gefüllten „Werkzeugkiste“ ausgestattet wird. Das Gegenmodell am anderen Ende des Spektrums wäre eine enge Beschränkung auf einige wenige Befugnisse. Je mehr Möglichkeiten das Bundeskartellamt erhält, desto wichtiger wird die Festlegung – intern oder schon durch den Gesetzgeber – welche Befugnisse für welchen Anwendungsfall eingesetzt werden sollen.

c. Interne Organisation

Zahlreiche Aspekte des institutionellen Designs betreffen behördeninterne Vorgänge, zu denen von außen kaum Stellung genommen werden kann. Hier geht es etwa um Personalauswahl und -zuweisung oder Entscheidungsstrukturen. Wissenschaftlich fundiert werden diese internen Prozesse durch die Verwaltungswissenschaft und die Organisationstheorie.⁸¹⁹

Am konkretesten für die vorliegende Studie sind wiederum die „best practices“, die die OECD vorgelegt hat. So wurde im Rahmen der OECD-Überlegungen skizziert, wie der interne Entscheidungspfad beschritten werden sollte, wenn ein Verbraucherrechtsverstoß geprüft wird:⁸²⁰

- Identifikation und Definition des Problems, Bestimmung der geeigneten Behörde, Abgleich mit anderen Politikzielen;
- Feststellung der Natur und der Ausmaße der Verbraucherschädigung;
- Feststellung, ob ein Eingriff erforderlich ist (nach Ausmaß des Schadens, Dauer und kontrafaktischem Szenario zum Eingriff);
- Identifikation der Ziele einer Maßnahme, Abgleich mit den Handlungsoptionen, die zur Verfügung stehen;
- Evaluierung der Optionen mittels einer (quantitativen und qualitativen) Kosten-Nutzen-Analyse;
- Entwicklung eines Überprüfungsmechanismus zur ex-post-Evaluation der Maßnahme.

In dieses Vorgehen sollen nach der Empfehlung der OECD die Stakeholder (betroffene Unternehmen, Verbände, Wissenschaftler) eingebunden werden.⁸²¹ Das spräche für die Einrichtung eines Beirats und Abstimmungsmechanismen mit den privaten und anderen Akteuren. Ein solches Vorgehen könnte durch interne Richtlinien zudem vorgeprägt werden.

In einem Roundtable-Gespräch zu „Changes in Institutional Design“ des Wettbewerbskomitees der OECD wurden 2015 wichtige Organisationsthemen identifiziert, die bei institutionellen Reformen zu beachten sind. Genannt wurden die folgenden Felder:⁸²²

⁸¹⁹ Siehe die Nachweise in Abschnitt B.II.1.a.

⁸²⁰ OECD, Recommendation on Consumer Policy Decision Making, March 2014, S. 4 f.

⁸²¹ OECD, Recommendation on Consumer Policy Decision Making, March 2014, S. 5.

⁸²² OECD, Key points of the Roundtables on Changes in Institutional Design, 18.5.2016,

- Interne Karrieremöglichkeiten und Mitarbeitergewinnung, Personalsituation,
- angemessene Fallzahl (zu steuern über das Aufgreifermessen), um Skaleneffekte zu erzielen,
- Berücksichtigung der „Kulturunterschiede“ von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern aus unterschiedlichen Kontexten,
- Prioritätensetzung im Haus (etwa hinsichtlich der Ressourcen),
- Strategie zur Kooperation mit Blick auf mögliche fachliche Synergieeffekte zwischen verschiedenen Einheiten, zugleich aber auch auf Gefahr unterschiedlicher Schutzzwecke,
- Informationsweitergabe im Haus,
- Verwaltungskosten für die neue Einheit,
- interne Organisation von Verwaltungszuständigkeiten (z.B. komplett getrennte Arbeit und Verwaltung der Einheiten oder Überschneidungen, z.B. bei der Arbeit der Grundsatzabteilungen und der zentralen Verwaltung).

Auch hier handelt es sich lediglich um einen kleinen Ausschnitt aus Überlegungen, die zum internen „Management“ einer neuen Einheit angestellt werden können.

Die praktischen Fragen einer Befugnisausweitung sind erheblich. Die räumliche Situation ist zu klären, Mitarbeiter/innen sind zu rekrutieren, Material muss angeschafft werden. Die praktische Organisation der Arbeit von der Postverteilung über das Knowledge Management bis zur Standardisierung von Schreiben ist zu leisten. Gerade in diesem Bereich würde eine verbraucherrechtliche Einheit im Bundeskartellamt auf die vorhandenen Strukturen aufsetzen können und damit Anlaufschwierigkeiten vermeiden.

Zugleich lassen sich hier Modernisierungsschritte (z.B. vermehrter Einsatz von Legal Tech) einfacher einführen als in den etablierten Bereichen einer Behörde.

Solche internen Aspekte wären innerhalb des BKartA oder vorab durch den Gesetzgeber zu klären. Die hier aufgezeigten Aspekte sollen dafür Anstöße geben.

Das institutionelle Design wäre nicht mit der Arbeitsaufnahme einer entsprechenden neuen Einheit abgeschlossen. Experimente, unterschiedliche Herangehensweisen und Veränderungen über die Zeit hinweg müssen im Modell einer permanent „lernenden Organisation“ möglich sein.⁸²³ *Schulte-Nölke* spricht im Zusammenhang mit der behördlichen Durchsetzung von einem „Verbraucherrechtslaboratorium“.⁸²⁴ Solche Lernprozesse setzen institutionelle Flexibilität voraus. Gerade bei der Neueinführung von entsprechenden Befugnissen sollte nicht von Anfang an alles „in Stein gemeißelt“ werden. Vielmehr sollten Nachjustierungen in den kommenden Jahren regelmäßig ermöglicht werden und durch entsprechende Vorgaben – z.B. Evaluationen – auch institutionalisiert werden.

DAF/COMP/M(2015)1/ANN9/FINAL, S. 2 f.

⁸²³ *Goodin* in: *Goodin, The Theory of Institutional Design*, 2003, 1, 40 ff.

⁸²⁴ *Schulte-Nölke* in: *Schulte-Nölke/BMJV, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts*, 2017, S. 197, 202.

2. Vorstellungen der Stakeholder

Zu den Gestaltungskriterien gehören auch die Vorstellungen der Stakeholder, die im demokratischen Prozess legitime Interessen vertreten. Im Rahmen dieser Studie wurde durch die in Teil A.IV bereits vorgestellte Stakeholderbefragung erhoben, welche Ergänzung mit behördlichen Befugnissen die Verbände sich für das Verbraucherrecht vorstellen können (Fragen 50-59 des Fragebogens in Anhang 1).

Zunächst wurde danach gefragt, wo die Verbände am ehesten eine sinnvolle **Ergänzung des aktuellen Durchsetzungsregimes** durch behördliche Maßnahmen sehen (Frage 50). Mehrfach genannt wurden folgende Bereiche:

- Ermittlungsmaßnahmen (n=6)
- Sanktionsebene (n=5)
- Internationale Fälle (n=5)
- Durchsetzung (n=3)

Die meisten Nennungen erfolgten dabei durch Verbraucherverbände. Die Vertreterin des vzbv, *Jutta Gurkmann*, hatte in der Anhörung zur 9. GWB-Novelle Ermittlungsmaßnahmen und Entschädigungsmöglichkeiten für Verbraucher als mögliche Einsatzfelder angesprochen.⁸²⁵

Lediglich der Bereich „internationale Fälle“ wurde auch von mehreren Unternehmensverbänden genannt. Andere Unternehmensverbände betonten demgegenüber, dass sie in keinem Bereich einen Bedarf für zusätzliche behördliche Befugnisse sehen. Dementsprechend hatte sich auch bereits der Vertreter des BDI, *Stefan John*, in der Anhörung zur 9. GWB-Novelle geäußert:

„Der BDI hält das private Lauterkeitsrecht hier für vollkommen ausreichend, sowohl im digitalen als auch im analogen Bereich. Die Rechtsdurchsetzung ist aus der Sicht der deutschen Wirtschaft effektiv und effizient. Wir sehen keine Verbesserungen darin, dass staatliche Stellen hier mit weiter reichenden Eingriffsbefugnissen versehen werden.“⁸²⁶

Die Frage nach **ausländischen Vorbildern** war wenig ergiebig (Frage 51). Die meisten Verbände gaben an, dass ihnen keine Modelle der behördlichen Durchsetzung von Verbraucherrecht bekannt seien, die sie für vorbildlich halten. Lediglich ein Verband verwies auf die Marktüberwachung einschließlich Rechtsdurchsetzung der US Environmental Protection Agency (EPA) gegenüber

⁸²⁵ *Gurkmann* in: Deutscher Bundestag – Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Wortprotokoll der 101. Sitzung, 23.1.2017, Protokoll-Nr. 18/101, S. 12, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/blob/493746/257429fe6db965d824e56cec6dd72139/protokoll-data.pdf>.

⁸²⁶ *John* in: Deutscher Bundestag – Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Wortprotokoll der 101. Sitzung, 23.1.2017, Protokoll-Nr. 18/101, S. 14, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/blob/493746/257429fe6db965d824e56cec6dd72139/protokoll-data.pdf>.

Volkswagen wegen zu hoher Schadstoffwerte und der Verwendung von Betrugssoftware bzw. Abschaltvorrichtungen zur Abgasreinigung.

Die Frage, ob das **Bundeskartellamt** (BKartA) im Falle einer Stärkung der behördlichen Durchsetzung des wirtschaftlichen Verbraucherrechts eine geeignete Behörde sei, wird lediglich von einem Verband ohne Einschränkungen bejaht. Die Mehrzahl der Verbände spricht sich dafür aus, ggf. die bereits zuständigen Fachbehörden bzw. Staatsanwaltschaften mit der Durchsetzung des Verbraucherrechts zu befassen. Weitere Zuständigkeiten im Zusammenhang mit digitalen Geschäftsmodellen könnten etwa bei der BNetzA angesiedelt werden, Datenschutzprobleme sollten von den Datenschutzbehörden gelöst werden.

Vorteile einer Verbraucherrechtsdurchsetzung durch das BKartA können die meisten Unternehmensverbände nicht erkennen (Frage 53). Lediglich vereinzelt wird von Seiten der Unternehmensverbände darauf hingewiesen, dass Ermittlungsbefugnisse (bereits vorhandener Behörden) bei der Aufklärung des Sachverhaltes hilfreich sein könnten. Insofern könnte eine enge Zusammenarbeit zwischen Behörde und privaten Rechtsdurchsetzungsstellen im Einzelfall vorhandene Defizite beheben. Aus Sicht der Verbraucherverbände liegen die Vorteile einer Rechtsdurchsetzung durch das BKartA in erster Linie in einer Ergänzung der privatrechtlichen Verbraucherrechtsdurchsetzung durch behördliche Ermittlungs- und Verfolgungsmöglichkeiten sowie im sofortigen Vollzug behördlicher Entscheidungen.

Den genannten Vorteilen steht aus Sicht der Verbände eine Reihe von möglichen **Nachteilen einer Verbraucherrechtsdurchsetzung** durch das BKartA gegenüber. Unter anderem wird die Sorge vor „Reibungsverlusten aufgrund längerer Entscheidungswege und ausgeprägter hierarchischer Strukturen“ geäußert. Besonders häufig wird die Befürchtung geäußert, dass eine Parallelstruktur von öffentlich-rechtlicher und privater Rechtsdurchsetzung zu Ineffizienzen und einer Zersplitterung der Rechtsauslegung führen könnte. Mit Blick auf die bestehende privatrechtliche Rechtsdurchsetzung wird befürchtet, dass diese geschwächt werden könnte, weil sich die Marktteilnehmer auf das Instrument der öffentlich-rechtlichen Rechtsdurchsetzung verlassen würden. Ganz allgemein werden Abgrenzungsprobleme zwischen behördlicher und privatrechtlicher Rechtsdurchsetzung befürchtet. Ferner wird die Sorge geäußert, dass die Kernkompetenz des BKartA verwässert werden könnte. Es bestehe das Risiko, dass ihm politisch motiviertes Vorgehen vorgeworfen werde (etwa wie beim Zoll im Rahmen der Mindestlohnkontrolle). Ansehen und Integrität des Amtes könnten darunter leiden. Schließlich wird auf die hohen Kosten einer behördlichen Rechtsdurchsetzung hingewiesen.

Bei der Frage, ob die Verbände die **Einführung bestimmter Befugnisse** des BKartA im Verbraucherrecht befürworten würden, werden folgende Einzelbefugnisse genannt:

- Bußgelder (n=6)
- Weitergehende Ermittlungsbefugnisse (n=5)
- Untersagungsbefugnisse im Einzelfall (n=5)
- Abschöpfung von Gewinnen (n=5)

- Verhaltensaufgaben oder Vorgaben für Unternehmen, die gegen Verbraucherrecht verstoßen haben (n=4)
- Verbindlichmachung von einzelnen Entscheidungen für einen größeren Kreis von Unternehmen (n=4)
- Anordnung der Folgenbeseitigung (n=4)
- Festlegung von Schadensersatzsummen (n=2)
- Verbraucherberatung und -aufklärung (n=2)

Fünf Verbände (darunter ein Verbraucherverband und vier Unternehmensverbände) sprechen sich gegen die Einführung weiterer Befugnisse für das BKartA aus.

Bei der Frage nach möglichen **Konfliktlinien zum etablierten System der privaten Rechtsdurchsetzung** (Frage 54) verweisen zahlreiche Verbände auf die Antworten zu Frage 53. Ergänzend wird u.a. angemerkt, dass sich Konflikte bei der Bewertung zivilrechtlicher Rechtsfragen, der Rechtsfortbildung und der Auslegung von Gesetzen ergeben könnten. Als problematisch werden auch doppelte Zuständigkeiten und ein doppelter Rechtsweg gesehen. Ein Verband sieht ein unmittelbares Wirkungsverhältnis zwischen privater und öffentlicher Rechtsdurchsetzung:

„Wichtig und dringend zu beachten ist, dass beide Systeme (private und öffentlich-rechtliche Durchsetzung) nebeneinander sich wie zwei kommunizierende Röhren auswirken können: In dem Maße, in dem die behördliche Rechtsdurchsetzung gestärkt und mit harten Sanktionen ausgestattet wird, wird automatisch die zivilrechtliche Durchsetzung, die nach wie vor als System von allen Seiten nicht abgelehnt, sondern befürwortet wird, deutlich geschwächt werden.“

Die Sorge um das effektive privatrechtliche Durchsetzungssystem wird durch Hinweis auf ein geändertes Verhalten der Unternehmen konkretisiert:

„Die Bereitschaft der Unternehmen, Wettbewerbsstreitigkeiten schnell und außergerichtlich durch Abgabe einer Unterlassungserklärung beizulegen, könnte signifikant sinken. Denn Unternehmen müssten darüber hinaus weitere Maßnahmen einer Behörde befürchten, die die Abgabe einer Unterlassungserklärung als Schuldanerkenntnis werten könnte. Für Vorstände von Aktiengesellschaften stellte sich schon aus Compliancegründen die Frage, ob eine Unterlassungserklärung abgegeben werden könnte, wenn nachfolgend behördliche Bußgelder zu befürchten sind. Das würde zu einer deutlichen Schwächung des bisherigen zivilrechtlichen Systems führen.“

Die offene Frage nach sonstigen **wichtigen Aspekten bei der Ausgestaltung weitergehender Befugnisse des BKartA** (Frage 55) nutzen zahlreiche Verbände, um nochmals zu betonen, dass sie die Übertragung weiterer Kompetenzen im Verbraucherschutz an das BKartA ablehnen. Andere Verbände betonen, dass darauf geachtet werden solle, dass lediglich ein ergänzender Lückenschluss stattfindet.

Erforderlich seien klare Vorgaben zur Zuständigkeit, die Festlegung von Relevanzkriterien für das Eingreifen des BKartA, Transparenz hinsichtlich der Auswahl der Fälle und eine Einbindung von Verbraucherverbänden (z.B. durch einen institutionalisierten Austausch zwischen BKartA und den Verbraucherverbänden über die Tätigkeit im Bereich der Rechtsdurchsetzung).

Auf die Frage, **welche Befugnisse das BKartA nicht erhalten solle** (Frage 56), wird wiederum ein breites Spektrum an Tätigkeitsfeldern genannt (u.a. Festlegung von Schadensersatzsummen und Bußgeldern, Verbraucherberatung, -bildung, -aufklärung, Abmahnbefugnisse nach dem UWG).

Die Frage, ob es **bestimmte Branchen oder Verhaltensweisen** gibt, bei denen ein Eingreifen des BKartA vorstellbar ist (Frage 57), wird von den Unternehmensverbänden nahezu durchgängig verneint. Einzelne Verbraucherverbände nennen beispielhaft die Bereich Multi-Level-Marketing, Fake Shops sowie Fälle mit Auslandsbezug.

Aus diesen Ergebnissen spricht eine erhebliche Skepsis der befragten Verbände gegen die Schaffung von behördlichen Befugnissen im Allgemeinen und eine Beauftragung des Bundeskartellamts im Besonderen.

Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass die Ergänzung des Schutzsystems mit einer starken Behörde für die befragten Stakeholder zum Teil mit Eigeninteressen kollidieren kann. Für Unternehmensverbände besteht das Risiko, dass der Verhaltensspielraum einzelner Mitgliedsunternehmen stärker eingengt würde und Prüfpflichten steigen. Für alle Verbände, die für Verbraucherrechtsfälle aktivlegitimiert sind, besteht eine gewisse Konkurrenz zu einer Behörde, wenn diese „attraktive“ Fälle übernimmt und dadurch die private Rechtsdurchsetzung sperrt oder stärker mediale Aufmerksamkeit gewinnt als entsprechende Verbände.

3. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Die Befugnisergänzung müsste den Vorgaben des europäischen Rechts genügen. Hier ist zum einen an Richtlinien wie die UGP-Richtlinie zu denken, die durch deutsches Verbraucherrecht umgesetzt werden. Zum anderen ist ein Blick auf die neugefasste CPC-Verordnung zu werfen. Schließlich ist auch die Vereinbarkeit mit höherrangigem nationalem Recht herzustellen.

Die folgenden Ausführungen nehmen auf die Ausführungen in Teil A.II.1.a. zur UGP-Richtlinie und A.II.1.d. zur CPC-Verordnung Bezug.

a. Richtlinien

Gem. Art. 11 Abs. 1 RL 2005/29/EG bleibt es den Mitgliedstaaten zwar überlassen, ob die nationalen Normen zur Umsetzung der Richtlinie gegen unlautere

Geschäftspraktiken zivilrechtlich oder behördlich durchgesetzt werden.⁸²⁷ Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 2 RL 2005/29/EG sieht vor, dass die Träger von berechtigten Interessen (z.B. Verbraucherverbände, Mitbewerber) gerichtlich gegen unlautere Geschäftspraktiken vorgehen können und/oder behördliche Verfahren einleiten können.

Das spräche dafür, den in § 8 Abs. 3 UWG genannten Akteuren das Recht zu gewähren, die Einleitung eines Verfahrens beim Bundeskartellamt zu beantragen. Eine zwingende Pflicht ergibt sich wegen der „und/oder“-Formulierung dafür aber nicht, da die Träger des Interesses in Deutschland ja jedenfalls zivilgerichtlich vorgehen können. Eine vergleichbare Konstellation besteht gem. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie über Unterlassungsklagen RL 2009/22/EG.

Da nach herrschender Auffassung bereits das rein privatrechtlich verfasste Durchsetzungssystem von UWG und UKlaG den Anforderungen der Richtlinien genügt, dürfte in der Sache in beiden Fällen eine ergänzende behördliche Rechtsdurchsetzung auch unionsrechtskonform sein, wenn qualifizierte Einrichtungen und die sonstigen in § 8 Abs. 3 UWG genannten Akteure ein behördliches Verfahren nicht erzwingen können, da ihnen der Weg zu den Zivilgerichten weiterhin offen steht.⁸²⁸

b. CPC-Verordnung

In Teil A.II.1.d. wurde bereits die neugefasste CPC-Verordnung vorgestellt, die bestimmte Mindestanforderungen an die Mitgliedstaaten für die Durchsetzung von Verbraucherrecht in grenzüberschreitenden Fällen stellt.

Nach Auffassung der Gutachter ist fraglich, ob das bisherige Modell der Amtshilfe – Meldung beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Weiterleitung an vzbv oder Wettbewerbszentrale zur gerichtlichen Durchsetzung – noch Bestand haben kann. Da der Befugnis-katalog innerhalb der CPC-Verordnung ausgedehnt wurde, liegt es nahe, spätestens mit Inkrafttreten der CPC-Verordnung und mindestens für grenzüberschreitende Fälle einer vollziehenden Behörde Befugnisse zu übertragen. Es spricht einiges dafür, dass der Umweg über private Kläger und ordentliche Gerichte dem Gesamtsystem der CPC-Verordnung nicht mehr angemessen ist.

Wenn sich diese Auffassung in der gegenwärtigen Diskussion über die Umsetzung der CPC-Verordnung durchsetzt, sollte es zu einem Gleichlauf in der Behandlung von inländischen und grenzüberschreitenden Fällen kommen. Das bedeutet, dass die eventuellen neuen Befugnisse des Bundeskartellamts die Anforderungen der CPC-Verordnung erfüllen sollten. Zweckmäßigerweise könnte das Bundeskartellamt in die Rolle der Verbindungsbehörde rücken. Die hohe internationale Erfahrung des Amtes durch die intensive Zusammenarbeit mit anderen Behörden im europäischen Netzwerk des Kartellrechts prädestiniert das BKartA geradezu für diese Tätigkeit.

Von der CPC-Verordnung geht insofern auch ein Handlungsdruck für den Gesetzgeber

⁸²⁷ Dazu schon oben, Teil A.II.1.a.

⁸²⁸ Kritisch zur Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht vgl. *Alexander*, NZKart 2017, 391, 396.

aus. Ein Auseinanderfallen von nationaler Regelung und grenzüberschreitender Regelung sollte vermieden werden. Ansonsten würde das vage Kriterium des grenzüberschreitenden Handels zu zwei völlig unterschiedlichen Durchsetzungsregimes führen. Hier stellt sich das Problem der sog. Inländerdiskriminierung,⁸²⁹ wenn Mitbewerber und Verbraucher in Deutschland weniger gut geschützt werden als im Ausland.

c. Kompetenzordnung des Grundgesetzes

Die Befugnisergänzung muss auch den Vorgaben nationalen höherrangigen Rechts genügen.

Der Bundesgesetzgeber hat gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft, das den wirtschaftlichen Wettbewerb und den Verbraucherschutz erfasst.⁸³⁰ Der Bundesgesetzgeber ist nicht gehindert, behördliche Durchsetzungsbefugnisse zu schaffen.

Eine kompetenzrechtlich schwierige Frage stellt sich allerdings mit Blick auf § 3a UWG. Dieser in Teil A.I.1.c. ausführlich erörterte Rechtsbruchtatbestand bezieht zahllose weitere Normen in den Durchsetzungsmechanismus des UWG ein. § 3a UWG ist eine der praktisch besonders wichtigen Normen des UWG. Zahlreiche der durch § 3a UWG in dieses Gesetz gezogenen Normen werden allerdings durch Landesbehörden durchgesetzt, wie am Beispiel des Datenschutzes in Teil A.I.1.c. erläutert wurde. Hier könnte es neben dem bereits bestehenden Abgrenzungskonflikt zwischen privater und öffentlich-rechtlicher Rechtsdurchsetzung zu einem weiteren Kompetenzkonflikt kommen, wenn neben die zuständigen Landesbehörden eine Bundesbehörde tritt. Formal setzt die Bundesbehörde § 3a UWG durch. Faktisch wird über diese Brückennorm aber dann eine öffentlich-rechtliche Norm durchgesetzt, für deren behördliche Durchsetzung grundsätzlich eine andere Behörde zuständig wäre (z.B. bei einem Verstoß gegen Datenschutzrecht die nach der EU-DSGVO zuständige Behörde).

Helmut Köhler hat schon für das Zusammenspiel von behördlicher Durchsetzung der öffentlich-rechtlichen Norm einerseits und zivilgerichtlicher Durchsetzung von § 3a UWG andererseits davor gewarnt, die Zuständigkeit und Fachkompetenz der Verwaltungsbehörden und -gerichte auszuhöhlen.⁸³¹

Die praktischen Auswirkungen dürften allerdings gering sein, da viele Normen durch die Landesbehörden gerade nicht durchgesetzt werden. Jedenfalls wäre es denkbar, dass das Bundeskartellamt die zuständige Landesbehörde bei Übernahme eines Falles informiert. Dies ist in § 49 Abs. 1 Satz 1 GWB bereits für kartellrechtliche Fälle vorgesehen. Bei der Anwendung von § 3a UWG müsste allerdings jeweils die zuständige Behörde erst ermittelt werden. Selbst wenn es praktisch kaum zu

⁸²⁹ Dazu *Gundel*, DVBl. 2007, 269; *Riese/Noll*, NVwZ 2007, 516; *von Bogdandy* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 62. EL Juli 2017, Art. 18 AEUV Rn. 49 ff.; *Croon-Gestefeld*, EuR 2016, 56.

⁸³⁰ BVerfG, 25.6.1969, Az. 2 BvR 128/66, BVerfGE 26, 246, 254.

⁸³¹ *Köhler*, GRUR 2001, 777 ff., *Köhler* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2018, § 3a UWG Rn. 1.47 f.

Friktionen kommt, entbindet dies nicht von der verfassungsmäßigen Prüfung. Das Problem des behördlichen Kompetenzkonflikts zwischen Bund und Ländern bei Durchsetzung einer Brückennorm ist in der Literatur, soweit ersichtlich, bislang nicht erörtert worden.

Bei einer rein formalen Betrachtung entsteht kein verfassungsrechtlich relevanter Kompetenzkonflikt, da unterschiedliche Normen durchgesetzt werden.

Selbst bei strenger Betrachtung würde aber ein Kompetenzkonflikt in vielen Fällen nicht entstehen, da der Bund gem. Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG die Kompetenz hat, für die Durchsetzung von Bundesrecht selbstständige Bundesoberbehörden zu deren Verwaltung einzusetzen. Die Kompetenz der Länder endet dann. Abstimmungsbedarf wäre nicht mehr gegeben. Das Bundeskartellamt ist eine selbstständige Bundesoberbehörde (§ 51 Abs. 1 S. 1 GWB), mit der Verbraucherrrechtsdurchsetzung wären hier neue Aufgaben gegeben, die die Einsetzung einer Bundesbehörde legitimieren.

Marktverhaltensregeln in Landesgesetzen könnten allerdings nicht durchgesetzt werden. Da Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG als „Generalklausel“ für eine recht einfach zu erlangende Bundesverwaltung nicht unumstritten ist,⁸³² würde auf der Absicherung der Durchsetzung von § 3a UWG i.V.m. anderen Normen ein besonderes Augenmerk bei der verfassungsmäßigen Prüfung durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz sowie das Bundesministerium des Innern liegen.

d. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Eine Behörde müsste schließlich den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren. Diese Selbstverständlichkeit bedarf eigentlich keiner Erwähnung. Die Einschaltung einer Behörde im Verbraucherrecht fordert jedoch Überlegungen zur Verhältnismäßigkeit heraus.

Die Verhältnismäßigkeit als Anforderung an behördliches Vorgehen entspringt dem Rechtsstaatsprinzip und ist eine zentrale Frage jedes hoheitlichen Eingriffs.⁸³³ Eine Maßnahme ist verhältnismäßig, wenn sie einen verfassungsrechtlich zulässigen Zweck verfolgt, geeignet ist, diesen Zweck auch zu erreichen, erforderlich in dem Sinne ist, dass sie die mildeste Maßnahme ist, um den verfolgten Zweck zu erreichen, und angemessen im engeren Sinne ist. Art und Umfang eines Eingriffs müssen also in einer „vernünftigen Relation“ zum bezweckten Erfolg stehen.⁸³⁴ Der Konflikt widerstreitender Interessen ist dabei nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz in einer Weise aufzulösen, die zurückgesetzte Anliegen weitestgehend schont.⁸³⁵

⁸³² Vgl. *Ibler* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 81. EL Sept. 2017, Art. 87 GG Rn. 218, 241.

⁸³³ *Huster/Rux* in: BeckOK Grundgesetz, 35. Edition, 15.1.2017, Art. 20 GG Rn. 189 ff.

⁸³⁴ *Gerhardt* in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 2017, § 114 Rn. 26; *Huster/Rux* in: Epping/Hillgruber, GG, 207, Rn. 192 ff.; vgl. BVerfG, 6.6.1989, Az. 1 BvR 921/85, NJW 1989, 2525 (257) – *Reiten im Walde*.

⁸³⁵ *Gerhardt* in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 2017, § 114 Rn. 26; BVerwG, 9.11.1989, Az. 7 C 81/88, NJW 1990, 2011 (2012) – *Straßenkunst und Gemeingebrauch*.

(1) Behördliche Durchsetzung – neue Schlagkraft

Je nachdem wie die Befugnisse ausgestaltet sind, kann der Durchsetzung bestimmter Rechtsnormen eine gänzlich andere Schlagkraft zukommen. Mit dem Tätigwerden des Bundeskartellamts würde ein durchsetzungsstarker Akteur erstmals zur Durchsetzung von Rechtsnormen antreten, die bislang anders durchgesetzt wurden. Würde beispielsweise in einer Werbung eine irreführende Angabe gemacht, könnte den Werbetreibenden bei Einführung entsprechender Ermittlungs- und Sanktionsbefugnisse ggf. eine hohe Geldbuße mit vorheriger Durchsuchung treffen. Das wäre ein neues Niveau der Rechtsdurchsetzung, da bislang vor allem eine Abmahnung mit anschließendem Unterlassungstitel drohte. Es stellt sich die Frage, ob Verstoß und Sanktion miteinander im Verhältnis stehen.

Da eine Behörde schon mangels unendlicher Ressourcen nur eine überschaubare Anzahl an Verstößen bebußen kann, stellt sich auch die Frage, ob das behördliche Vorgehen gegen einen Marktteilnehmer verhältnismäßig zum Nicht-Vorgehen gegen andere Marktteilnehmer wäre. Hier stellen sich ggf. Gleichbehandlungsprobleme.⁸³⁶ Das Problem der Verhältnismäßigkeit stellt sich jedoch nicht nur bei Bußgeldern. Insbesondere Gebotsverfügungen können ähnlich einschneidende Wirkungen für Unternehmen entfalten, wenn Änderungen am geschäftlichen Verhalten oder die Auskehr von Vorteilen an Verbraucher verlangt werden. Schließlich ist auch das kartellbehördliche Untersuchungsverfahren selbst samt seiner bürokratischen Anforderungen und der medialen Begleitung häufig ein Faktor, der die betroffenen Unternehmen stark belastet. Dabei ist im Ermittlungsstadium noch nicht gesagt, dass das Vorgehen ein „schwarzes Schaf“ trifft.

(2) Betroffene Regelungsebenen

Die Verhältnismäßigkeit müsste auf Ebene des Aufgreifermessens, im Ermittlungsverfahren und bei der Sanktionierung berücksichtigt werden. Der Gesetzgeber hat dieses Problem bereits erkannt, als er für die verbraucherrechtliche Sektoruntersuchung die Befugnis zum Betreten von Räumlichkeiten der Betroffenen zum Zweck der Einsichtnahme und Prüfung von Unterlagen gemäß § 59 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3, den Absätzen 2 und 3 GWB sowie die Regelungen zu Durchsuchungen nach § 59 Absatz 4 GWB nach § 32e Abs. 5 S. 3 GWB ausgeschlossen hat: Die Unternehmen sollen nach dem Wille des Gesetzgebers möglichst wenig durch verbraucherrechtliche Sektoruntersuchungen belastet werden.⁸³⁷

Zudem hat der Gesetzgeber die bisherigen verbraucherrechtlichen Befugnisse auf gravierende Fälle und solche mit starken Auswirkungen beschränkt („erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften, die nach ihrer Art oder ihrem Umfang die Interessen einer Vielzahl von Verbraucherinnen und Verbrauchern beeinträchtigen“, § 32e Abs. 5 GWB).

⁸³⁶ Zur Gleichbehandlung bei Geldbuße hat der EuGH im Kartellrecht den Behörden aber einen weiten Spielraum gegeben, vgl. EuGH, 26.1.2017, Rs. C-618/13 P – *Badezimmerkartell*.

⁸³⁷ BT-Drs. 18/11447, S. 26.

(3) Andere Situation im Kartellrecht

Es ist darauf hinzuweisen, dass sich die Verhältnismäßigkeits-Problematik im Kartellrecht nicht in gleicher Weise stellt. Der Unrechtsgehalt vieler (wenn auch nicht aller) verbraucherrechtlicher Verstöße ist nicht mit dem Unrechtsgehalt eines durchschnittlichen kartellrechtlichen Verstoßes vergleichbar: Beim Missbrauch von Marktmacht (§§ 19, 20 GWB) handeln marktmächtige Unternehmen, also bedeutsame Akteure, deren Handeln einen gesamten Markt betrifft. Die sehr ähnliche Norm des § 4 Nr. 4 UWG (gezielte Behinderung) hingegen, um nur das am besten vergleichbare Beispiel herauszugreifen, hat Marktmacht nicht zur Voraussetzung. Gezielt behindern kann auch ein unbedeutender Marktteilnehmer.

Im Rahmen wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (§ 1 GWB) liegen entweder anerkannt gravierende Rechtsverletzungen vor (Hardcore-Kartelle) oder die Bagatellbekanntmachung des Bundeskartellamts schützt Unternehmen mit geringer Marktmacht vor einem unverhältnismäßigen Eingreifen.⁸³⁸

Verbraucherrechtliche Verstöße hingegen können von einzelnen Unternehmen ohne kollusives Zusammenwirken mit anderen Marktteilnehmern begangen werden. Eine echte Spürbarkeitsschwelle im kartellrechtlichen Sinn mit Anknüpfung an Marktanteile oder Bündelwirkungen kennt das Verbraucherrecht nicht.

Die Fusionskontrolle greift ohnehin erst ab bestimmten Umsatzschwellen (§ 35 GWB).

(4) Diskrepanz zum bestehenden UWG

Eine gewisse Diskrepanz besteht zudem zum bisherigen Regelungsmodell. So kennt das UWG bereits jetzt strafrechtlich relevante Tatbestände (§§ 16-19 UWG) und bußgeldrechtlich relevante Tatbestände (§ 20 UWG).⁸³⁹ Hier ist im materiellen Verbraucherrecht eine Gewichtung vom Gesetzgeber vorgenommen worden, die im Umkehrschluss bedeutet: Die nicht erfassten Tatbestände, z.B. die Irreführung nach § 5 UWG, sind nicht so gravierend, dass es einer derartigen Sanktion bedarf. Diese Wertung, die durch Gesetzgebung erst in jüngerer Zeit bestätigt wurde,⁸⁴⁰ würde entwertet.

Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit wäre zudem zu beachten, dass es Befugnisse bei kommunalen Behörden und Landesbehörden gibt, mit denen einzelne Rechtsverletzungen geahndet werden, die auch über UWG abstellbar wären. Hier ist ein Abstimmungsregime zu entwickeln, das etwa den Grundsatz des Verbots der Doppelsanktionierung („ne bis in idem“) berücksichtigt.⁸⁴¹

⁸³⁸ BKartA, Bagatellbekanntmachung, 2007, Rn. 7 ff., abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Bekanntmachungen/Bekanntmachung%20-%20Bagatellbekanntmachung.pdf?__blob=publicationFile&v=6.

⁸³⁹ Siehe dazu Teil A.I.4.

⁸⁴⁰ UWG-Reformen 2009, 2013.

⁸⁴¹ Vorschläge dazu wurden in Teil B.II.4 unterbreitet.

(5) Regelungsmöglichkeiten

Die Verhältnismäßigkeit ist in jeder behördlichen Entscheidung stets zu berücksichtigen. Es bedürfte insofern grundsätzlich keiner Regelung. Vorausschauend sollte der Gesetzgeber aber im Falle einer Befassung des BKartA erwägen, das Tätigwerden des Bundeskartellamts einzuschränken oder an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen, um spätere, unvorhersehbare Auseinandersetzungen um die Verhältnismäßigkeit zu erübrigen und um berechtigten Anliegen der Stakeholder Rechnung zu tragen. Hierfür ist einerseits an eine Beschränkung des Aufgreifermessens und gezielte Voraussetzungen in den einzelnen Normen zu denken, wie in Teil B.II. dargestellt, andererseits sind Friktionen und unverhältnismäßige Beschränkungen durch die Abstimmung mit bisherigen Befugnissen zu vermeiden (dazu jetzt).

4. Abstimmungsmechanismen mit anderen Behörden

Die Einschaltung eines weiteren Akteurs im Verbraucherrecht hätte zur Folge, dass das bisherige Gefüge der Verbraucherrechtsdurchsetzung verändert würde. Das Verbraucherrecht wird, wie in Teil A gesehen, in Deutschland zwar bislang vor allem privatrechtlich durchgesetzt. Es gibt aber auch bereits behördliche Befugnisse.

a. Bundesbehörden

Gemäß dem Auftrag der Studie sollen Befugnisergänzungen für das Bundeskartellamt nur in Betracht gezogen werden, soweit nicht auf dem Gebiet des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes bereits branchenspezifische Kompetenzen von Bundesbehörden wie der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht oder der Bundesnetzagentur bestehen. Diese Befugnisse sollen nach dem Gutachtauftrag nicht angetastet werden, auch wenn dies zu einer Zersplitterung bundesbehördlicher Verbraucherrechtsaktivitäten führt. Im Gesetz sollte daher klargestellt werden, dass die Befugnisse des Bundeskartellamts gegenüber den spezielleren Befugnissen der branchenspezifischen Behörden subsidiär sind (Subsidiaritätsklausel).

In einigen dieser Behörden ist das Verbraucherrecht allerdings eher ein randständiges Thema. Es empfiehlt sich daher nach einer Anlaufzeit eine Überprüfung, ob weitere Befugnisse beim BKartA konzentriert werden können. So oder so werden sich Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall ergeben. Es wird – gerade angesichts konvergierender Märkte – nicht immer eindeutig sein, welche Behörde zuständig ist. Zudem kann die Situation entstehen, dass eine Behörde Beschwerden erhält, für die eigentlich eine andere Behörde zuständig ist.

Die Behörden sollten sich daher miteinander abstimmen. Die Basis dafür ist bereits in § 50c GWB gelegt, der um die explizite Nennung der verbraucherschützenden übrigen Bundesbehörden erweitert werden könnte.

b. Staatsanwaltschaften

Manche Verbraucherrechtsverstöße haben strafrechtlichen Charakter.⁸⁴² Dies gilt zum einen für die in §§ 16-19 UWG genannten Fälle. Zum anderen weisen Normen des StGB, z.B. Betrug nach § 263 StGB, eine große Nähe zum Verbraucherrecht auf.

Die Staatsanwaltschaften müssen bei Straftaten ermitteln (Legalitätsprinzip). Sie sind daher vorrangig zuständig. Eine Zuständigkeit des BKartA bestünde beim Verdacht einer Straftat folglich nicht. Dies muss nicht gesetzlich klargestellt werden. Das BKartA sollte, wie schon in derzeitiger Praxis, beim Verdacht von Straftaten eine Abgabe an die Staatsanwaltschaften vorsehen.

Die strafrechtliche Aufarbeitung bestimmter verbraucherrechtlicher Verstöße wird von den befragten Stakeholdern zum Teil kritisiert. Staatsanwaltschaften, die ja mit zahllosen Delikten befasst sind, räumen manchen wirtschaftsrechtlichen Straftaten möglicherweise nicht die Priorität ein, die von Marktteilnehmern gewünscht wird. Zu erwägen wäre insoweit die Schaffung von einzelnen Schwerpunktstaatsanwaltschaften für verbraucher- und wettbewerbsrechtliche Straftaten. Dieses Thema sprengt jedoch den Rahmen dieser Studie.

c. Landesbehörden und kommunale Behörden

Bereits der Überblick in Teil A.I.4 zeigt, dass es auch auf dem Gebiet des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes eine Vielzahl an Zuständigkeiten von Landes- und Kommunalbehörden gibt, die durch Landesrecht näher geregelt sind. Gänzlich uferlos wird eine Eingrenzung, wenn man alle Behörden, die Marktverhaltensregelungen i.S.d. § 3a UWG durchsetzen, in die Betrachtung einbezieht. Bei vielen Normen ist auch nicht eindeutig, ob sie eher dem wirtschaftlichen Verbraucherschutz, dem Schutz der Gesundheit der Verbraucher oder beiden Bereich zuzuordnen sind, vgl. etwa § 8 AMG. Ein engmaschiges Abstimmungskonzept zwischen einer etwaigen Befugnis des Bundeskartellamts und Verbraucherschutzbehörden der Länder und Kommunen ist vor dem Hintergrund der beschriebenen Zuständigkeitsvielfalt und Zuständigkeitszersplitterung kaum möglich. Es kann damit zu einer faktischen Konkurrenz zwischen Bundesbehörde und Landesbehörden kommen (siehe bereits zu der verfassungsrechtlichen Komponente oben, B.II.3.c). Unerlässlich wäre hier aber eine Abstimmung durch Mitteilung des Bundeskartellamts an die Landesbehörde und darauf folgend ggf. eine Kooperation. Je nach verfassungsrechtlicher Einschätzung erlischt die Landeskompetenz, sobald eine Bundeskompetenz begründet wird, soweit es sich um die Durchsetzung von Bundesrecht handelt. Dann bestünde das Problem nicht.

Eine Mitteilung könnte formlos durch das Bundeskartellamt erfolgen, z.B. durch einfaches Schreiben/E-Mail, sobald ein Verfahren eröffnet wird. Mit der Mitteilung könnte eine Sperrwirkung für die Behörde der Kommune oder des Landes entstehen.

⁸⁴² Siehe Teil A .I. 2.

Soweit eine andere Behörde bereits wegen des Verhaltens gegen das Unternehmen vorgegangen ist, folgt aus dem Verbot der Doppelsanktionierung, dass das Bundeskartellamt nicht mehr vorgehen könnte („ne bis in idem“). Diese Situation dürfte angesichts der geringen Fallzahlen der übrigen Behörden selten vorliegen. Zudem müsste das Verhalten bei effektiver Sanktionierung ja bereits abgestellt sein, sodass das Bundeskartellamt den Fall kaum aufgreifen würde. Ggf. müsste das Unternehmen den Grundsatz einwenden und so das Bundeskartellamt über die bereits erfolgte Sanktionierung informieren. Bei Bußgeldern käme es ggf. zu einer Anrechnung.

d. Nationale Behörden anderer EU-Mitgliedstaaten

Die Abstimmung mit europäischen Behörden läuft im Rahmen der CPC-Verordnung.⁸⁴³

5. Abstimmungsmechanismen mit der privaten Rechtsdurchsetzung

Die Einräumung von Befugnissen an eine Behörde wirft die Frage auf, in welchem Verhältnis die behördliche Rechtsdurchsetzung zur bislang dominanten privaten Rechtsdurchsetzung stehen soll. Ausgangspunkt in den Forschungen zum *Institutional Design* ist, dass heute eine hohe Responsivität von Behörden gefordert wird: Der Dialog mit Stakeholdern soll demnach offensiv gesucht werden.

Über diese Form der Abstimmung mit den Vertretern der etablierten privaten Rechtsdurchsetzung hinaus stellt sich die Frage, wie das private Durchsetzungsmodell mit ggf. neuen Befugnissen verzahnt werden könnte. Eine Beantwortung dieser Frage ist wesentliches Anliegen der befragten Stakeholder. Es ist aber auch zwingend erforderlich, um die Unternehmen vor einer übermäßigen Belastung zu schützen und Ressourcen so gut wie möglich zu verteilen. Je stärker die Rechte der Behörde und je näher an den Möglichkeiten der Privaten, desto wichtiger werden Abstimmungsmechanismen.

a. Ausgangspunkte

Eine Konkurrenz behördlicher und privater Durchsetzungsinstrumente wird insbesondere dann virulent, wenn verschiedene Akteure parallel aktiv werden. Was soll gelten, wenn das Bundeskartellamt ein Verfahren wegen einer geschäftlichen Handlung einleitet, gegen die just auch die Wettbewerbszentrale eine einstweilige Verfügung beantragt hat? Welche Folgen hätte ein – hypothetisch denkbares – Verfahren des Bundeskartellamts gegen ein Unternehmen für weitergehende privatrechtliche Ansprüche? Und umgekehrt: Könnte das Bundeskartellamt einen Fall

⁸⁴³ Vgl. Teil A.II.1.d.

aufgreifen, in dem es zwischen Verbraucherverband und Unternehmen bereits zu einer Unterlassungs- oder Abschlusserklärung gekommen ist?

Diese Beispiele werfen die Frage auf, wie das Verhältnis zwischen behördlicher und privater Rechtsdurchsetzung ausgestaltet werden könnte.

(1) Regelung in § 32e Abs. 6 GWB

Bei der verbraucherrechtlichen Sektoruntersuchung hat der Gesetzgeber in § 32e Abs. 6 GWB bereits einen ersten Abstimmungsmechanismus vorgesehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Sektoruntersuchung im Wesentlichen eine Ermittlungsbefugnis darstellt. Nach § 32e Abs. 6 GWB ist der Aufwendungsersatzanspruch nach § 12 Abs. 1 S. 2 UWG für vier Monate ab Veröffentlichung des Abschlussberichts der Sektoruntersuchung ausgeschlossen. Damit entfällt für die nach § 8 Abs. 3 UWG aktivlegitimierten Mitbewerber, Verbände und Kammern der finanzielle Anreiz, auf Basis eines behördlichen Abschlussberichts direkt abzumahnern. Damit wird in gewisser Weise das „Trittbrettfahren“ auf den Ermittlungen des Kartellamts verunmöglicht. Die betroffenen Unternehmen werden dadurch geschützt, indem sie vier Monate lang Zeit haben, solche Praktiken abzustellen, die vom BKartA gerügt wurden.⁸⁴⁴ Wenn sie dies tun und entsprechend dokumentieren, dürfte für Abmahnungen nach Ablauf der viermonatigen Sperrfrist die erforderliche Begehungs-/Wiederholungsgefahr nicht mehr gegeben sein. In diesen vier Monaten wirkt die Sperre faktisch auch für Unterlassungsklagen oder Verfügungsanträge, da ohne Abmahnung das sofortige Anerkenntnis mit der Kostenfolge des § 93 ZPO droht.⁸⁴⁵ Klagen einzelner Verbraucher nach Normen außerhalb des UWG, Klagen auf Schadensersatz nach § 9 UWG oder Gewinnabschöpfung nach § 10 sowie Klagen auf Unterlassung nach UKlaG sind nicht von der Regelung erfasst.

Der Gesetzgeber hat mit dieser Regelung zum Ausdruck gebracht, dass er einen grundsätzlichen Abstimmungsbedarf zwischen behördlicher und privater Rechtsdurchsetzung als regelungsbedürftig ansieht. Im konkreten Fall ist die Lösung zu Lasten der privaten Rechtsdurchsetzung ausgefallen, die durch die Sperre des Aufwendungsersatzes erschwert wird.⁸⁴⁶

(2) Subsidiarität oder Komplementarität?

Gemeinsamer Ausgangspunkt aller Stakeholder, der von den Gutachtern geteilt wird, ist: Die private Rechtsdurchsetzung soll die tragende Säule der Verbraucherrechtsdurchsetzung bleiben. Eine eventuelle behördliche Rechtsdurchsetzung soll ergänzend wirken, keinesfalls verdrängend.⁸⁴⁷

⁸⁴⁴ Vgl. Beschlussempfehlungsbegründung, BT-Drs. 18/11446, S. 28.

⁸⁴⁵ Vgl. *Sosnitza* in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 12 Rn. 4.

⁸⁴⁶ Kritisch *Podszun/Schmieder* in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 111 f.

⁸⁴⁷ Siehe dazu auch die ökonomische Literatur, Teil A.II.3.

Eine Grundentscheidung, die der Gesetzgeber zu treffen hätte, wäre, ob behördliche Befugnisse subsidiär oder komplementär zu den Möglichkeiten der privaten Akteure bestehen sollen. Teilweise wurde von den befragten Stakeholdern eine lediglich subsidiäre Rolle für das BKartA gefordert. Subsidiarität würde in diesem Zusammenhang bedeuten, dass das BKartA nur tätig werden dürfte, wenn eine Lösung auf Ebene der privaten Rechtsdurchsetzung nicht möglich ist. Praktisch ließe sich dies etwa so umsetzen, dass das BKartA nur tätig werden darf, wenn es durch einen nach § 8 UWG aktivlegitimierten Verband oder eine Kammer damit beauftragt oder zumindest dazu angeregt wird.

Eine rein subsidiäre Einschaltung des BKartA, dessen Tätigwerden dann von einer privaten Initialzündung abhängig wäre, würde aber den Spielraum des Amtes sehr stark einschränken. Die Entscheidung über öffentliche Interessen wäre dann für eine Behörde in die Hände Privater gelegt.

Bei reiner Subsidiarität würden Kernprobleme der privaten Rechtsdurchsetzung nicht adressiert:

Nicht erfasst würden die Fälle, an denen die privaten Akteure – aus welchen Gründen auch immer – kein Interesse bezüglich einer Rechtsdurchsetzung haben. Gerade der Blick einer Behörde kann weitere Konstellationen sichtbar werden lassen, die nicht im Blickfeld der Privaten sind.

Zudem können sich wichtige Fälle gerade auch aus Vorermittlungen, Hinweisen an die Behörde oder Erkenntnissen aus Kartellfällen sowie aus Sektoruntersuchungen ergeben. Die Ermittlungsschwierigkeiten der Privaten können vom BKartA gut ausgeglichen werden. Hier sollte die Behörde umstandslos, also ohne ein Spiel über Bande mit den Privaten, tätig werden können.

Es entspräche auch nicht dem Selbstverständnis einer Behörde wie dem Bundeskartellamt, wenn es zu einer Art „Handlanger“ privater Akteure würde. Eine solche Konstruktion der Abhängigkeit einer Behörde von privater Initiative wäre äußerst ungewöhnlich. Das Amt könnte im Extremfall von den privaten Akteuren gänzlich ignoriert werden, was das Regelungsziel einer Befugnisergänzung konterkarieren würde. Dass im Übrigen eine Zusammenarbeit der Akteure erwünscht ist, steht außer Frage. Anregungen der aktivlegitimierten privaten Akteure sollte das Amt daher in jedem Fall sehr wohlwollend prüfen.

Im Interesse eines möglichst hohen Wirkungsgrads des materiellen Verbraucherrechts spricht daher mehr für ein komplementäres System, das darauf gerichtet ist, dass die Vorteile beider Durchsetzungsregime zum Zuge kommen, ohne dass sich die Akteure gegenseitig behindern oder in Formalien ergehen müssen. Dies setzt Abstimmungsmechanismen voraus, die sicherstellen, dass das Bundeskartellamt nicht in den funktionierenden Bereich privater Rechtsdurchsetzung eingreift. Vorschläge dazu werden unter B.II.5.c unterbreitet. Das Ziel wird möglicherweise nicht für jede Konstellation vollumfänglich zu erreichen sein, wenn das Bundeskartellamt komplementär tätig werden sollte.

(3) Alternative Auflösungen der Spannungen zwischen privater und behördlicher Rechtsdurchsetzung

Es soll nicht unerwähnt bleiben, dass auch die Auffassung vertreten werden kann, dass die Suche nach Abstimmungsmechanismen überflüssig ist. Drei Aspekte sind zu berücksichtigen:

Erstens ist in einer komplexen Wirtschaft mit einer Vielzahl von Akteuren ein gewisser Wettlauf verschiedener Akteure unvermeidbar – und auch grundsätzlich nichts Negatives. Eine Lösung „aus einem Guss“ ist in der Mehr-Ebenen-Systematik des europäischen Wirtschaftsrechts ohnehin nicht mehr denkbar.

Zweitens werden ggf. entstehende Reibungsverluste und Friktionen zwischen privater und behördlicher Rechtsdurchsetzung im Zweifel durch Gerichte aufgelöst. Sollte es zu größeren Problemen, Doppelungen oder Konkurrenzen kommen, stünde immer noch der Rechtsweg offen, um im Einzelfall und dann auch insgesamt Abstimmungsmechanismen zu finden. So wird z.B. eine Entscheidung eines Gerichts Klärung bringen, wie im momentanen System des § 32e Abs. 6 GWB mit einem privat geltend gemachten Unterlassungsanspruch umzugehen ist, der kurz vor Abschluss einer Sektoruntersuchung geltend gemacht wurde.⁸⁴⁸ Der Gesetzgeber hat dieses Problem offengelassen, die Rechtsprechung wird dafür aber eine Lösung finden. So könnte allgemein in einer Testphase zunächst etwa drei Jahre abgewartet werden, wie sich behördliche und private Rechtsdurchsetzung im Nebeneinander einspielen, um sodann in Leitlinien oder per Gesetz Abstimmungen festzuschreiben.

Drittens ergibt sich eine natürliche Grenze durch die Personalzuweisung an die Behörde. Je größer die Einheit ist, die in einer Behörde Verbraucherrecht betreibt, desto größer wird der Abstimmungsbedarf mit den privaten Akteuren.

b. Zu lösende Probleme

Sollte das Bundeskartellamt in Einzelfällen mit Befugnissen tätig werden dürfen, läge eine direkte Konkurrenz zur privaten Rechtsdurchsetzung vor. Folgende Probleme wären zu lösen:

- Ein „mehr“ an Durchsetzungsbefugnissen kann zu einer stärkeren Belastung der Unternehmen führen, die im Wettbewerb mit ihren Vorstößen reüssieren wollen. Die fein austarierte Balance zwischen freiem unternehmerischem Handeln und verbraucherrechtlichem/lauterkeitsrechtlichem Schutz könnte verschoben werden. Das Risiko einer ggf. verstärkten oder doppelten Inanspruchnahme steigt. Das kann dazu führen, dass vorsorglich wettbewerbliche Handlungen unterlassen werden, wenn die Einschätzung der Rechtmäßigkeit – wie häufig – unsicher bleibt. Dies ist z.B. vorstellbar, wenn durch das Eingreifen des Bundeskartellamts Bußgelder oder Vorteilsabschöpfungen hinzutreten würden. Je mehr Institutionen das

⁸⁴⁸ Vgl. *Alexander*, NZKart 2017, 391, 394.

unternehmerische Handeln kontrollieren, desto eher drohen unerwünschte „chilling effects“, also Abkühlungseffekte für den Wettbewerb. Möglicherweise würden Unternehmen vor „Grenzfällen“ zurückschrecken, obwohl gerade solche Grenzfälle, wenn sie noch die Anforderungen des UWG und anderer Normen erfüllen, für die Entwicklung einer dynamischen Wirtschaft besonders wichtig sind.

- Je mehr Akteure tätig werden und je ausdifferenzierter das Sanktionsinstrumentarium ist, desto wichtiger wird die Orientierung an einer einheitlichen Rechtsprechungslinie. Die gerade für das UWG typische Systematisierung einer Vielzahl gleichgelagerter Sachverhalte durch eine Vielzahl von Entscheidungen könnte durch einzelne behördliche Leuchtturmverfahren erschwert werden.
- Denkbar wäre auch ein „Durchsetzungschaos“, wenn verschiedene Akteure in verschiedenen Foren die selben oder ähnliche Sachverhalte aufgreifen. Dies ist schon derzeit im Verbraucherrecht denkbar, würde aber durch eine Generalkompetenz einer Behörde verschärft. So wäre z.B. denkbar, dass ein Landgericht und das Bundeskartellamt unterschiedliche Entscheidungen in derselben Sache treffen. Hat ein Unternehmen gegenüber einem Mitbewerber oder einem Verband eine Unterlassungserklärung abgegeben, könnte es – obwohl kein Wettbewerbsverstoß mehr droht – gleichwohl noch zu Maßnahmen des Bundeskartellamts gegen das Unternehmen kommen, wenn nicht geeignete Abstimmungsmechanismen das verhindern. Die Rechtsdurchsetzung könnte insgesamt unübersichtlicher werden.
- Starke Befugnisse für das Bundeskartellamt könnten die Anreize für ein privates Vorgehen der aktivlegitimierten Institutionen und Mitbewerber mindern und damit die private Rechtsdurchsetzung gefährden. Dadurch könnte gerade den Verbänden ein wesentliches Betätigungsfeld wegbrechen, etwa wenn das Bundeskartellamt die besonders wichtigen, einfachen oder interessanten Fälle übernehmen würde. Das hätte möglicherweise gravierende Folgen für die Finanzierung von Aktivitäten dieser Verbände sowie für die mediale Aufmerksamkeit, die ihnen entgegengebracht wird. Zu betonen ist, dass die private Rechtsdurchsetzung einen Eigenwert hat: Sie steht für die dezentrale Regulierung des Marktes durch die Akteure selbst.
- Unternehmen könnten weniger bereit sein, sich in Verfahren, die von Mitbewerbern, Verbänden oder Kammern angestrengt werden, einigungsbereit zu zeigen, wenn sie damit rechnen müssen, dass unabhängig vom Ergebnis der privaten Rechtsdurchsetzung ein Eingreifen des Bundeskartellamts erfolgen könnte.
- Schließlich droht ohne geeignete Abstimmungsmechanismen, dass mögliche Synergieeffekte zwischen Behörden und Privaten nicht genutzt würden. Mit dem richtigen Rahmen könnten behördliche und private Rechtsdurchsetzung voneinander profitieren, indem Kosten reduziert werden und komparative Vorteile ausgenutzt werden, so wie es beim Influencer Marketing gezeigt

wurde.⁸⁴⁹ Dieser Sinn der Befugnisergänzung lässt sich aber nur mit einem bewussten Abstimmungskonzept erreichen.

c. Konkrete Vorschläge

Im Folgenden werden konkrete Abstimmungsmechanismen vorgestellt, die der Lösung der soeben aufgezeigten Probleme dienen können. Bereits in Teil B.II.4. wurden eine Konkretisierung des Aufgreifermessens der Behörde mit Blick auf die private Rechtsdurchsetzung und Beteiligungsrechte der in § 8 Abs. 3 UWG aktivlegitimierten Institutionen vorgeschlagen. Die folgenden Vorschläge beziehen sich auf die Konstellation, dass das Bundeskartellamt Befugnisse in Einzelfällen hat (nicht bloße Ermittlungskompetenzen).

(1) Sperrwirkung bei parallelen Verfahren

Ausgangspunkt:

Greifen verschiedene Akteure (z.B. Bundeskartellamt im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens und Verbraucherverband im Rahmen eines Unterlassungsanspruchs) parallel Sachverhalte auf, stellt sich die Frage, wie eine übermäßige Inanspruchnahme der betroffenen Unternehmen und eine Verschwendung paralleler Ressourcen zu vermeiden ist. Die folgenden Mechanismen zielen auf die Auflösung der Parallelität verschiedener Verfahren.

Anzeigepflicht:

Es könnte eine Anzeigepflicht des Bundeskartellamts statuiert werden. Jede Einleitung eines auf eine Sanktion gerichteten Verfahrens durch die Behörde wäre demnach bekannt zu machen. Dies würde den privaten Akteuren die Prüfung ermöglichen, ob bereits ein Verfahren bei der Behörde anhängig ist.

Allerdings würde eine solche Anzeigepflicht mehrere Folgeprobleme auslösen: Zu welchem Zeitpunkt müsste das Amt ein Verfahren melden? Bei einem späten Zeitpunkt (z.B. Abmahnung des betroffenen Unternehmens) wäre der Ordnungseffekt gering. Bei einem frühen Zeitpunkt (z.B. Einleitung des Ermittlungsverfahrens) wäre der Reputationsschaden für das betroffene Unternehmen hoch. Eine solche Anzeigepflicht scheint aber auch nicht erforderlich, da es die betroffenen Unternehmen selbst in der Hand haben, ihr jeweiliges Gegenüber auf ein bereits laufendes Parallelverfahren hinzuweisen.

Eine umgekehrte Anzeigepflicht von privaten Klagen beim Bundeskartellamt würde einen großen bürokratischen Aufwand bedeuten und könnte die gerade im UWG typischen Abmahnverfahren rein faktisch nicht erfassen. Auf eine Anzeigepflicht, die der des Kartellrechts entsprechen würde (§ 90 Abs. 1 S. 1 GWB), hat der Gesetzgeber

⁸⁴⁹ Vgl. für den Bereich des Kartellrechts die ökonomische Analyse von Krüger, Öffentliche und private Durchsetzung des Kartellverbots nach Art. 81 EG-Vertrag, 2007, S. 328 ff.

daher zu Recht bei der Einführung von § 90 Abs. 6 GWB verzichtet.

Regelungen zur Sperrwirkung:

Es ist damit davon auszugehen, dass es zu parallelen Verfahren durch die Behörde und durch private Akteure kommen könnte.

Zunächst wäre festzuhalten, dass ein Unternehmen, das bereits eine Unterwerfungserklärung oder Abschlusserklärung gegenüber einem der Akteure abgegeben hat oder das durch das Bundeskartellamt sanktioniert worden ist, die jeweilige Erklärung jedem anderen Akteur, auch der Behörde, in einem auf die gleiche Sanktion gerichteten Verfahren entgegenhalten könnte. Das Verhalten wäre dann nicht mehr angreifbar. Bereits abgeschlossene Verfahren würden also einem erneuten Aufgreifen entgegenstehen.

Ist noch kein Verfahren abgeschlossen, ist zu differenzieren:

Wäre ein Hauptsacheverfahren bei Gericht anhängig und würde das Bundeskartellamt parallel tätig, so könnte das Gericht das Hauptsacheverfahren aussetzen, bis eine Entscheidung des Bundeskartellamts vorliegt (entspricht der gesetzlichen Regelung in § 148 ZPO). Die privaten Akteure könnten sich zu diesem Verfahren beiladen lassen und ggf. einen Antrag nach § 32a GWB auf einstweilige Abstellung des beanstandeten Verhaltens stellen (siehe dazu schon B.II.1.a.(5)). Erlässt das Amt auf Antrag hin die einstweilige Maßnahme, könnten die privaten Akteure Kostenerstattung in Anlehnung an § 12 Abs. 2 S. 1 UWG erhalten.

Alternativ könnte vorgesehen werden, dass das Bundeskartellamt in dieser Konstellation kein auf Unterlassung und Beseitigung gerichtetes Verfahren durchführen könnte.⁸⁵⁰ Nach Information über das Hauptsacheverfahren wäre das Verfahren einzustellen; das Amt könnte sich aber als Amicus Curiae (wie schon jetzt in § 90 Abs. 6 GWB vorgesehen) am Verfahren beteiligen.

Würde das Bundeskartellamt ein Verfahren einleiten oder ein Unternehmen abmahnen, wären danach von Privaten angestregte Verfahren mit demselben Streitgegenstand bis zum Abschluss des Amtsverfahrens gesperrt.

Eine Abmahnung eines privaten Akteurs würde für das Bundeskartellamt keine solche Sperrwirkung entfalten, eine solche würde erst – wie oben dargestellt – mit einer Unterwerfungserklärung oder einer Abschlusserklärung eintreten.

Die Sperrwirkung könnte sich immer nur auf das vorgesehene Regelungsziel und den jeweils erfassten Streitgegenstand richten. So wären nach Abschluss eines Verfahrens, das auf Unterlassung oder Abstellung gerichtet war, beispielsweise Klagen auf Schadensersatz oder Folgenbeseitigung nicht gesperrt. Abgrenzungsmaßnahmen sind ebenfalls nicht erforderlich, soweit die Behörde Bußgelder verhängen will oder private Akteure Schadensersatz geltend machen, da es insoweit keine Verfahrensparallelität geben kann (zur möglichen Bindungswirkung sogleich).

Abgrenzung vom kartellrechtlichen Vorbild:

Im Kartellrecht bestehen solche Sperrregeln nicht. Ein Verfahren des

⁸⁵⁰ Fraglich wäre, ob dieser Zeitpunkt schon auf die Einleitung eines einstweiligen Verfügungsverfahrens vorzuverlagern ist.

Bundeskartellamts verläuft unabhängig von bereits anhängig gemachten Verfahren. Selbst während des Verfahrens können Klagen anhängig gemacht werden. Das Zivilgericht kann das Verfahren lediglich im Rahmen des § 148 ZPO aussetzen. Gemäß dieser Norm kann ein vorgreiflicher Rechtsstreit auch ein solcher bei einer Verwaltungsbehörde sein.

Im Kartellrecht sind die Vorzeichen aber genau anders gesetzt als im Verbraucherrecht: Im Kartellrecht besteht eine starke Abhängigkeit der privaten von der öffentlichen Rechtsdurchsetzung, die sich in den sog. Follow-on-Klagen manifestiert. Im Verbraucherrecht hingegen haben derzeit die privaten Akteure die Rechtsdurchsetzung in der Hand, ein derartiges Ungleichgewicht wie im Kartellrecht besteht nicht in gleicher Weise, sodass es wahrscheinlicher ist, dass es zu parallelen Aktivitäten kommen kann. Bleibt das Verhältnis ungerichtet, stellt sich die Frage, wie die Maßnahmen jeweils einzuordnen sind. So könnte z.B. die rasche Unterwerfung unter eine Abmahnung durch ein Unternehmen ein bis dahin möglicherweise aufwändig geführtes Amtsverfahren wegbrechen lassen.

Die vorgeschlagenen Sperrwirkungen respektieren den jeweiligen Erstzugriff. Eine Regelung ist erforderlich, da anders als im Kartellrecht eine Doppelung von Unterlassungs- und Beseitigungsverfahren droht und damit eine übermäßige Inanspruchnahme der Unternehmen.

Erfordernis von Sperrregeln wegen Missbrauchspotenzial:

Ein gewisses Missbrauchspotenzial besteht insbesondere mit Blick auf mögliche Trittbrettfahrer der behördlichen Verfahren. Regelmäßig wird das Bundeskartellamt nur dann ein Verfahren einleiten, wenn es ernsthaft von einem Verstoß ausgeht. Die Einleitung eines Verfahrens durch die Behörde wäre ein guter Indikator für die Erfolgsaussichten. Sichert eine solche Information durch, wäre es für private Akteure ein leichtes, auf der Basis dieser Informationen Unterlassungsansprüche geltend zu machen, sei es um selbst davon zu profitieren oder um das betroffene Unternehmen mit Kosten zu belasten („raising rivals' costs“). Der Missbrauchseinwand des § 8 Abs. 4 UWG bietet dagegen keine Handhabe: zum einen ist denkbar, dass das Zivilgericht zu einer anderen rechtlichen Einschätzung als das Bundeskartellamt kommt. Zum anderen könnte sich der Kläger darauf berufen, dass das behördliche Verfahren möglicherweise noch eingestellt wird und daher ein echtes Rechtsbewährungsinteresse vorliegt. Aufgrund des erhöhten Missbrauchspotenzials sollte dennoch eine Sperrklausel geschaffen werden, die jedenfalls Unterlassungsansprüche für die Dauer des behördlichen Verfahrens bis zum Abschluss des Verfahrens – oder in Anlehnung an § 32e Abs. 6 GWB bis zu einem gewissen Zeitraum⁸⁵¹ danach – einer rechtskräftigen Kartellamtsentscheidung oder einer Einstellung des Verfahrens ausschließt, um Trittbrettfahrerverhalten von Mitbewerbern zu verhindern.

Zugleich hat es das Bundeskartellamt zu respektieren, wenn im privaten Verfahren Unterlassungsansprüche durchgesetzt werden.

⁸⁵¹ Der in § 32e Abs. 6 GWB vorgesehene Zeitraum von vier Monaten scheint für das dynamische Verbraucherrecht zu lang. Empfohlen wird ein Zeitraum von einem Monat.

Sonstige Anmerkungen:

Die Sperrwirkung privater Verfahren ist mit dem Justizgewährungsanspruch aus Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG vereinbar. Die Beiladung zum Amtsverfahren würde den Privaten die notwendigen Beteiligungsrechte (z.B. Rechtsbehelfe gegen die Einstellung des Verfahrens) einräumen.

Nicht empfehlenswert und aus verfassungs- und unionsrechtlicher Perspektive nicht gangbar wäre eine Sperrwirkung hinsichtlich Zivilprozessen einzelner Verbraucher, die Verstöße gegen §§ 305 ff. BGB sowie gegen Verbraucherschutzgesetze im Sinne des § 2 UKlaG zum Gegenstand haben.

(2) Bindungswirkung*Ausgangspunkt:*

Zur Hebung von Synergien und zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen scheint es sinnvoll, nach Abschluss eines Verfahrens beim Bundeskartellamt oder bei einem Gericht eine Bindungswirkung vorzusehen.

Möglicher Mechanismus der Bindungswirkung:

Eine rechtskräftige Entscheidung des Bundeskartellamts oder eines Gerichts in einem verbraucherrechtlichen Fall könnte Bindungswirkung hinsichtlich des Tatbestands und/oder der rechtlichen Würdigung für Ansprüche auf Schadensersatz, Vorteilsabschöpfung und Folgenbeseitigung entfalten. Die Bindungswirkung würde also nicht einseitig wirken, sondern in beide Richtungen: So könnte das Bundeskartellamt an eine rechtskräftige landgerichtliche Untersagungsentscheidung anknüpfen, z.B. für Folgenbeseitigung oder Vorteilsabschöpfung; ein Mitbewerber könnte sich für einen Schadensersatzanspruch auf die Entscheidung des Bundeskartellamts stützen.

Parallelität zum Kartellrecht:

Das Thema der Bindungswirkung behördlicher Entscheidungen für private Prozesse findet sich in § 33b GWB für kartellrechtliche Schadensersatzklagen. Dieses Parallele sollte allerdings für das Verbraucherrecht nicht überstrapaziert werden: Eine individuelle Klagebefugnis nach UWG gibt es für Verbraucher nicht. Sonstige Klagen werden aus rationaler Apathie selten bleiben (vgl. Teil A.II.3.b). Im Kartellrecht klagen vor allem Unternehmen als Abnehmer auf Schadensersatz. Selbst wenn Verbraucher einen individuellen Anspruch auf Schadensersatz zugesprochen bekämen, dürfte dies – wie die Entwicklung in Österreich zeigt – nur in seltenen Fällen Folgen haben.

Schadensersatzklagen von Mitbewerbern wären damit als Follow-on-Klagen zu einer Entscheidung des Bundeskartellamts denkbar. Das wäre insofern konsequent, als damit der integrierte Ansatz des UWG aufgegriffen würde, nicht bloß der verbraucherschützende Ansatz. Geht es allein um eine Stärkung des Verbraucherschutzes, passen Bindungswirkungen zugunsten von Mitbewerbern dagegen nicht recht ins Schutzkonzept. Allerdings geht auch von Mitbewerberklagen

eine Präventionswirkung aus.

Bindungswirkung für Gewinnabschöpfung:

Den Gewinnabschöpfungsanspruch der Verbände nach § 10 UWG (dazu Teil A.I.2.g) könnte eine Bindungswirkung erleichtern, wenn in der Kartellamtsentscheidung Feststellungen zum Verschulden getroffen oder sogar Ausführungen zu verstoßbedingten Mehrerlösen gemacht würden. Dann könnte eine Gewinnabschöpfung freilich auch gleich durch das Bundeskartellamt selbst erfolgen. Keine Bindungswirkung sollte jedoch mit Blick auf Bußgelder gegeben sein, falls das Bundeskartellamt eine solche Befugnis erhält. Das wäre mit rechtsstaatlichen Grundsätzen in Ordnungswidrigkeitenverfahren nur schwer vereinbar.

Parallelität zur § 3a-Problematik:

Wie oben (B.III.3.c) bereits ausgeführt stellt sich bei der Durchsetzung von öffentlich-rechtlichen Marktverhaltensregelungen über § 3a UWG auch jetzt schon die Frage nach dem Verhältnis von Behördenentscheidungen und Entscheidungen der Zivilgerichte. Nach der zu § 3a UWG entwickelten Doktrin entfalten Behördenentscheidungen zu Marktverhaltensregelungen jedoch nur dann Bindungswirkung, wenn die angegriffene Verhaltensweise durch einen Verwaltungsakt ausdrücklich erlaubt wurde und dieser nicht nichtig ist.⁸⁵² Ansonsten ist die Rechtsauffassung einer Verwaltungsbehörde für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung nicht bindend, auch wenn sie in einer Untersagungsverfügung zum Ausdruck kommt (wenngleich Respekt vor gefestigter verwaltungsrechtlicher Rechtsprechung angemahnt wird). Allein aus der Duldung eines Verhaltens durch die zuständige Behörde lässt sich kein im UWG-Verfahren zu berücksichtigender Vertrauensschutz herleiten. Das gleiche gilt für den Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 UWG nach h.M. auch bei einer ausdrücklichen Billigung durch die Behörde. Vertrauensschutz kann also auch in diesen Fällen allein hinsichtlich Schadensersatz- und Gewinnabschöpfungsansprüchen gewährt werden.

Gerechtfertigt wird diese weitgehend vom Behördenhandeln unabhängige private Durchsetzung von Marktverhaltensregeln vor allem mit dem Verweis darauf, dass für das UWG nicht das öffentlich-rechtliche Verbot als solches, sondern die Auswirkung seiner Verletzung auf den Markt entscheidend sei. Konzeptionell ist die Übertragbarkeit dieser Grundsätze auf das Verhältnis von privater und behördlicher Durchsetzung von Verbraucherrecht deshalb zweifelhaft, da beide Regime hinter dem gleichen Vorzeichen des Verbraucherschutzes stehen würden, während im Kontext des § 3a UWG oftmals unterschiedliche Ziele verfolgt werden.

Damit ähnelt die Ausgangslage eher derjenigen der Durchsetzung von § 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG durch die BNetzA mittels Bußgeldern nach § 20 UWG. Hier laufen private und behördliche Rechtsdurchsetzung voneinander unbeeinflusst nebeneinander. Die Entscheidungen der BNetzA haben keine präjudizielle Wirkung für die private Rechtsdurchsetzung und umgekehrt. Das ist durch die Trennung von

⁸⁵² Siehe Teil A.I.1.c. Vgl. Köhler in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 2018, § 3a UWG Rn. 1.32 ff.; Schaffert in: MüKo-UWG, 2014, § 4 Nr. 11 UWG Rn. 41; Doepner, GRUR 2003, 825, 830 f.

Bußgeld und Abstellungsverfügung erklärlich. Abstimmungsschwierigkeiten sind insoweit nicht bekannt geworden.

(3) Antragserfordernis bei Verallgemeinerung und Feststellung

Ausgangspunkt:

Ein Defizit der privaten Rechtsdurchsetzung ist, dass erstrittene Urteile immer nur zwischen den Parteien des Verfahrens wirken, auch wenn es sich um eine in der Branche verbreitete Praxis handelt. Hierfür wurde die Option aufgezeigt, dem Bundeskartellamt eine Befugnis zur Allgemeinverbindlicherklärung von gerichtlichen Entscheidungen zuzuweisen (B.II.1.a.(2)). So könnte im Zusammenspiel von privater und öffentlicher Rechtsdurchsetzung eine Lösung dieses Defizits gefunden werden.

Ein weiteres Defizit ist, dass Unternehmen durch strategisches Verhalten die Schaffung gerichtlicher Präzedenzfälle vermeiden. Dem könnte durch die nachträgliche Feststellung der Zuwiderhandlung durch eine Behörde abgeholfen werden (B.II.1.a.(4)).

Beteiligung der Akteure:

Ein solches Vorgehen sollte mit denjenigen abgestimmt werden, die die Entscheidung erstritten haben bzw. das Verfahren initiiert haben. Private Akteure könnten demnach beim Bundeskartellamt eine Erstreckung auf weitere Fälle oder die nachträgliche Feststellung der Zuwiderhandlung beantragen. Das Bundeskartellamt hätte vor der Verallgemeinerung in einer Anhörung, an der neben den betroffenen Unternehmen auch die aktivlegitimierten Institutionen nach § 8 Abs. 3 UWG zu beteiligen wären, zu klären, ob die Konstellationen im Wesentlichen gleich zu behandeln sind. Gegebenenfalls würde das im gerichtlichen Urteil für zwei Parteien gefundene Ergebnis zu einer Branchenregelung ausgeweitet und entsprechend vom Bundeskartellamt tenoriert.

Im Erfolgsfall könnte der Antragsteller Kostenerstattung verlangen. Gegen eine ablehnende Verbescheidung des Antrags wäre die Beschwerde zulässig.

(4) Antragsrechte, „super-complaint“, Indienstnahme der Behörde

Ausgangspunkt:

Synergien zwischen privater und öffentlicher Rechtsdurchsetzung entstehen vor allem dann, wenn es zu einer Verzahnung kommt.

Antragsrecht:

Das Bundeskartellamt und die in § 8 Abs. 3 aktivlegitimierten Verbände und Kammern könnten wechselseitig das Recht erhalten, das Vorgehen des jeweils anderen in einem konkreten Fall zu beantragen. Würde das Bundeskartellamt auf einen solchen Antrag hin keine Ermittlungen einleiten, wäre die Ablehnung des Antrags dem Verband/der Kammer gegenüber zu begründen. Gegen die Entscheidung des Bundeskartellamts

wäre keine Beschwerde möglich, damit das Aufgreifermessen des Amtes nicht grundsätzlich in Frage gestellt würde.

„Super-complaint“:

Weitergehend könnte aber auch eine Verpflichtung des Amtes zum Tätigwerden auf Antrag hin statuiert werden. Dazu wären erhöhte Anforderungen an den Antrag zu stellen. So wäre denkbar, dass das Bundeskartellamt auf Antrag hin verpflichtet würde, Ermittlungen einzuleiten, wenn mindestens ein Verband nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 und ein Verband nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG gemeinsam das Einschreiten des BKartA in einem Fall beantragen. Der Schwellenwert könnte auch noch angehoben werden (z.B. durch eine höhere Zahl an Verbänden). Dieser Vorschlag ist angelehnt an die „super-complaint“ nach englischem Recht, vgl. section 11(1) Enterprise Act 2002.⁸⁵³

Ermittlungen für Verbände und Kammern:

Das Bundeskartellamt könnte Ermittlungsergebnisse privaten Akteuren, vor allem Verbänden und Kammern, zu deren eigener Rechtsdurchsetzung zur Verfügung stellen. Dabei wären Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der betroffenen Unternehmen zu wahren. Dazu wäre eine entsprechende Kooperationsnorm zu schaffen. Denkbar wäre, dass die Behörde auf Antrag Ermittlungen übernehmen würde. Die Ergebnisse könnten sodann von den Antragstellern für ihre Verfahren verwertet werden. Die Schwäche der Verbände bei Ermittlungen würde ausgeglichen, die Rechtsdurchsetzung verbliebe aber marktnah.

Antrag auf Folgenbeseitigung:

Hat ein privater Akteur erfolgreich ein gerichtliches Verfahren durchgeführt, wäre denkbar, diesem Akteur das Recht einzuräumen, das Amt um Folgenbeseitigung zu ersuchen, z.B. durch Erlass von Gebotsverfügungen in Anlehnung an § 32 Abs. 2 GWB (siehe B.II.3.). Das Amt könnte dann ein eigenständiges Folgenbeseitigungsverfahren durchführen, bei dem es an die Feststellungen der Gerichte gebunden wäre. Ein Anspruch auf Tätigwerden des Amtes bestünde nicht.

(5) Informelle und institutionalisierte Kooperation

Ausgangspunkt:

Für den Erfolg der Einführung neuer Befugnisse wäre es wichtig, dass das Bundeskartellamt den Austausch mit den etablierten Trägern der privaten Rechtsdurchsetzung sucht.

Kooperationsmöglichkeiten:

Kooperationsmöglichkeiten könnten durch den informellen Austausch der Akteure gefördert werden. Dies kann durch Gespräche und Anhörungen funktionieren. Die Behörde könnte ähnliche Foren wie im Kartellrecht schaffen (z.B. Arbeitskreis

⁸⁵³ Vgl. *McNamee*, VuR 2014, 420.

Kartellrecht, Internationale Kartellkonferenz, Arbeitskreis Wettbewerbsökonomie). An entsprechenden Foren sollten auch die Vertreter anderer Behörden beteiligt werden. Denkbar wäre aber auch, Datensätze und andere Ermittlungsergebnisse untereinander auszutauschen, etwa im Zusammenspiel von Bundeskartellamt und Marktwächtern. Die Marktwächter, die im Verbraucherrecht eine besondere Rolle haben, könnten wesentliche Kooperationspartner der Behörde sein. Dabei wäre der Schutz der Geschäftsgeheimnisse der betroffenen Unternehmen zu gewährleisten.

In konkreten Fällen, die von einer Behörde geführt werden, wäre es sinnvoll, die aktivlegitimierten Institutionen beizuladen. Hierfür wäre die Regel in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB auszuweiten und in ihren Voraussetzungen ggf. zu senken (siehe schon B.II.1.c.(3)).

Schließlich könnte ein Beirat gebildet werden, der das Bundeskartellamt in verbraucherrechtlichen Fragen regelmäßig berät. Als Beispiel kann der bei der BaFin gebildete Verbraucherbeirat dienen. Dieser Beirat erfasst Entwicklungen im Bereich der Bank- und Versicherungsgeschäfte, der Finanzdienstleistungen und Finanzinstrumente aus Verbrauchersicht, analysiert sie und berichtet der BaFin hierüber. Mitglieder des Verbraucherbeirats sind Vertreter aus der Wissenschaft, von Verbraucher- und Anlegerschutzorganisationen, Vertreter außergerichtlicher Streitschlichtungssysteme sowie jeweils ein Vertreter der Gewerkschaften sowie des BMJV. Ein entsprechender – auf eine komplementäre Rolle des Bundeskartellamts zugeschnittener – Beirat könnte auch beim Bundeskartellamt gebildet werden.

Eine weitergehende Kooperation mit einzelnen Akteuren kann auf ad-hoc-Basis in geeigneten Fällen vereinbart werden. Das Bundeskartellamt muss jedoch als Behörde unparteilich zu allen Verbänden ein gleichartiges Verhältnis pflegen.

(6) Finanzielle Beteiligung

Ausgangspunkt:

Die Sorge, dass den privaten Akteuren durch die Tätigkeit des Bundeskartellamts, Anreize und Einnahmen entfallen, könnte möglicherweise finanziell aufgefangen werden.

Abschöpfung zugunsten von verbraucherrechtlichen Aktivitäten:

Sollte das Bundeskartellamt die Zuständigkeit für die Verhängung von Bußgeldern oder die Abschöpfung von Vorteilen in verbraucherrechtlichen Streitigkeiten erhalten, so wäre denkbar, einen Teil des Geldes (z.B. 5 % des Betrags) für die Förderung verbraucherrechtlicher Zwecke auszukehren.

So könnten Einnahmenverluste der Verbände, die durch eine geringere Zahl an Fällen entstehen, kompensiert werden. Finanzielle Mittel für die private Verbraucherrechtsdurchsetzung würden die Spielräume hier erweitern. Bislang fließen die Mittel aus Geldbußen und Vorteilsabschöpfung in den Bundeshaushalt.

Stattdessen könnte eine Beteiligung der Verbraucherinstitutionen vorgesehen werden, was allerdings eine Ausnahme vom haushaltsrechtlichen Deckungsprinzip bedeuten würde. Dies war in der Vergangenheit immer wieder einmal diskutiert, aber letztlich abgelehnt worden.⁸⁵⁴

Eine Verteilung an Verbraucherschutzinstitutionen (z.B. zu Zwecken der Aufklärung, Forschung oder Rechtsdurchsetzung) würde Begehrlichkeiten wecken, die gerecht auszugleichen wären.

(7) Leitlinien und Konsultation

Ausgangspunkt:

Das Bundeskartellamt wird mit Aufnahme entsprechender Befugnisse Lernprozesse durchlaufen und auf neue Probleme und Möglichkeiten stoßen, die im Gesetzgebungsverfahren noch nicht antizipiert werden können. Reflektion und Kommunikation der behördlichen Tätigkeit, in Abstimmung mit den Akteuren der privaten Rechtsdurchsetzung, würde Reibungsverluste verhindern. Für die Unternehmen würde es einen erheblichen Zugewinn an Rechtssicherheit bedeuten.

Konsultationen und Leitlinien:

Das Bundeskartellamt könnte seine Einschätzungen und sein Vorgehen zu verbraucherrechtlichen Fragen in Leitlinien und Stellungnahmen niederlegen, zu denen die Stakeholder konsultiert werden. Denkbar wäre etwa, dass das Bundeskartellamt eine Handreichung herausgeben würde, wann eine wirksame Einwilligung in E-Mail-Werbung i.S.d. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG vorliegt oder welche Anforderungen nach § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UWG an Umweltwerbung zu stellen sind. Dies könnte im Stakeholderdialog mit den betroffenen Branchen geschehen.

Die Arbeit mit Leitlinien und Bekanntmachungen stärkt die Transparenz des behördlichen Vorgehens. Für Akteure der privaten Rechtsdurchsetzung wird es dadurch einfacher, sich auf die Tätigkeit des Amtes einzustellen. Zudem bindet sich das Amt im Rahmen seiner Tätigkeit selbst, sodass auch für Unternehmen die behördliche Rechtsdurchsetzung besser einzuschätzen ist. Beispielhaft seien die Leitlinien der Landesmedienanstalten zum Influencer Marketing erwähnt (Teil A.III.1). In den USA arbeitet die Federal Trade Commission in allen wichtigen Bereichen mit Guidelines, so hat die FTC etwa 2017 neue Werberichtlinien veröffentlicht, die u.a. detaillierte Anforderungen für Social Media Influencer enthalten.⁸⁵⁵ Ein weiteres Beispiel sind die im Jahr 2016 vom norwegischen Consumer Ombudsman veröffentlichten Richtlinien über die Verwendung von Kundenbewertungen in der Werbung.⁸⁵⁶ Das Bundeskartellamt arbeitet im Bereich des Kartellrechts mit Leitlinien und Handreichungen für die Praxis.

⁸⁵⁴ Vgl. schon *Fezer*, Zweckgebundene Verwendung von Kartellbußen zur Finanzierung der Verbraucherarbeit, 2012; ihm folgend Bundesrat, BR-Drucks. 176/12, S. 12 ff. Vgl. *Keßler*, VuR 2012, 391, 399 f. Dagegen: Bundesregierung, BT-Drucks. 17/9852, Anlage 4, S. 52; *von Wallenberg*, WuW 2012, 555.

⁸⁵⁵ FTC 16 CFR Part 255, Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising.

⁸⁵⁶ Consumer Ombudsman Norway, User reviews in marketing, Guidelines, March 2016.

d. Zusammenfassend: Abstimmung zwischen Behörde und Akteuren der privaten Rechtsdurchsetzung

Ein Modell der Abstimmung zwischen behördlicher und privater Rechtsdurchsetzung könnte in der Gesamtwürdigung dieser Mechanismen etwa wie folgt aussehen:

Die private Rechtsdurchsetzung bleibt das für das Verbraucherrecht dominante Vorgehen im Bereich der Abstellung von Rechtsverstößen. Das Aufgreifermessen des Bundeskartellamts wäre entsprechend zu konturieren. Zudem ist das Bundeskartellamt gesperrt, wenn bereits die private Rechtsdurchsetzung in einem Fall abgeschlossen ist.

Zum Schutz gegen „over-enforcement“ gilt aber auch, dass nach Einleitung eines behördlichen Verfahrens private Initiativen beschränkt werden. Die für die private Rechtsdurchsetzung charakteristische Unterlassung wird auf Antrag aber vom Bundeskartellamt sichergestellt.

Nach der Verfahrensdurchführung sollten zur Vermeidung von auseinanderlaufenden Maßstäben und zur Generierung von Synergieeffekten wechselseitige Bindungswirkungen entstehen. Auch die Möglichkeit einer Rechtskrafterstreckung durch Allgemeinverbindlicherklärung ist zu erwägen.

Ein vertrauensvolles Verhältnis zwischen Behörde und Akteuren der privaten Rechtsdurchsetzung entsteht insbesondere durch einen engen Dialog und in geeigneten Fällen durch Kooperation. Wechselseitige Antragsrechte (oder Anregungen), die Unterstützung der privaten Rechtsdurchsetzung durch die Behörde, die wechselseitige Beteiligung an Verfahren bis hin zur Möglichkeit der teilweisen Auskehr von Geldbußen oder abgeschöpften Vorteilen können dieses Verhältnis stärken.

Einheitliche Maßstäbe entstehen auch durch eine hohe Transparenz des behördlichen Vorgehens und eine Einbindung in den klassischen zivilrechtlichen Rechtsweg (dazu schon B.II.1.c.(5)).

Werden entsprechende Abstimmungsprozesse vorgesehen, bleiben einheitliche rechtliche Maßstäbe im Verbraucherrecht erhalten. Ein „Durchsetzungschaos“ entsteht nicht, vielmehr können Synergien zwischen den Systemen genutzt werden. Für Verbände wird der klassische Bereich der Unterlassungsansprüche erhalten bleiben, auch wenn es in Einzelfällen zu einer „Konkurrenz“ mit dem Bundeskartellamt kommen kann. Nicht ganz von der Hand zu weisen ist, dass durch den Eintritt des neuen Akteurs die Durchsetzung des Verbraucherrechts insgesamt intensiver werden kann. Ob das gewünscht ist, ist eine politische Frage, die anhand der Würdigung der in Teil A aufgezeigten Defizite zu entscheiden ist.

IV. Innovative Schutzmechanismen

Neben das klassische verwaltungsrechtliche Repertoire und das Informationshandeln treten in neuerer Zeit weitere Überlegungen, wie Verbraucherrecht durchgesetzt werden kann. Da das Bundeskartellamt aber noch ganz am Anfang einer entsprechenden Entwicklung stünde, würde es vorerst genügen, Basis-Befugnisse zu verleihen. Weitergehende Schutzinstrumente werden hier skizziert, um Impulse für die Entwicklung aufzunehmen. Diese sollten bei der internen Organisation bereits mitgedacht werden.

Aus dem bereits zitierten „Consumer Policy Toolkit“ der OECD sind ergänzend zu den eher juristisch angelegten klassischen Befugnissen folgende Instrumente zu nennen, die eine Behörde künftig im „regulatory mix“ einsetzen könnte:⁸⁵⁷

- Verbraucherberatung und -aufklärung,
- Bereitstellung von Informationen und Verpflichtung zur Offenlegung,
- Beeinflussung von Unternehmen, z.B. durch Warnungen, Förderung von Corporate Social Responsibility, Anerkennung oder Kritik,
- Mitarbeit an und Förderung von Verhaltenskodizes,
- Vergabe von Gütesiegeln für lautere Geschäftspraktiken,
- Setzung von Standards für Geschäftsmodelle,
- Beteiligung an der Lizenzierung und Autorisierung von Geschäftsmodellen.

Teil des Verbraucherrechts sind daneben selbstverständlich die – ebenfalls regulatorische Wirkung entfaltenden – Maßnahmen des Verbrauchervertragsrechts, z.B. zwingende Vorgaben für Verträge und Widerrufsrechte.

1. Marktsteuerung durch Selbst- und Ko-Regulierung / Standardisierung

Die Einbindung der Marktteilnehmer selbst in die Regulierung ist als „Selbstregulierung“ lange bekannt. Sie wird durch Ko-Regulierung ergänzt. Solche Ansätze verwirklichen auch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, da sie weniger einschneidend sind als die behördliche Vorgabe von geschäftlichem Verhalten.⁸⁵⁸

Das Bundeskartellamt könnte nach Sektoruntersuchungen Selbst- und Ko-Regulierungsaktivitäten initiieren und diese begleiten. Dies könnte im Gesetz klargestellt werden. Dabei wäre vor allem die Beteiligung der Verbände zu erwähnen. Bei einem solchen Vorgehen ist fraglich, welcher Anreiz für die Unternehmen und Branchenvertreter bestehen würde, sich zu engagieren. Zum einen ist aber zu erwarten, dass eine entsprechende Einladung des Bundeskartellamts nicht unbeantwortet bliebe. Zum anderen hat das Bundeskartellamt nach Sektoruntersuchungen möglicherweise auch Druckmittel, die als Anreiz wirken.

⁸⁵⁷ OECD, Consumer Policy Toolkit, 2010, S. 78 ff.

⁸⁵⁸ de Streel/Sibony, Towards Smarter Consumer Protection Rules for the Digital Society, CERRE Project Report, 2017, S. 21.

a. Regulierungsansatz Selbstregulierung

Im Rahmen der Selbstregulierung schaffen Unternehmen und Verbände Handlungskodizes, denen sie sich freiwillig unterwerfen, deren Einhaltung eigenständig überwacht wird und deren Verletzung verbandsinterne Sanktionen auslösen kann.⁸⁵⁹ Sie fußen nicht auf einer gesetzlichen Grundlage und werden nur geringfügig gesetzlich konturiert.⁸⁶⁰

Ein Beispiel aus dem Bereich der Telefonwerbung bietet der „Branchenkodex der Customer-Service und Contact-Center-Branche“, der vom Call Center Verband Deutschland e.V. (CCV) sowie dem Deutschen Dialogmarketing Verband e.V. (DDV) aufgesetzt wurde.

Argumente, die für eine Stärkung der Selbstregulierung genannt werden, sind die folgenden:

- Mittels Selbstregulierung könne flexibler auf sich verändernde Anforderungen reagiert werden;⁸⁶¹
- branchenintern könnten angemessenere und zielführendere Regelungen getroffen werden, da durch die stärkere Berücksichtigung von Stakeholderinteressen und -kompetenzen zu sachgerechteren Lösungen gefunden werden könne;⁸⁶²
- die Eigeninitiative und Kooperationsbereitschaft derjenigen, die es angeht, könne gefördert werden. Dies sei ein wesentliches Merkmal einer freien, wettbewerblich organisierten sozialen Marktwirtschaft.⁸⁶³

Diese Argumente sind insbesondere vor den Schwächen zu sehen, die staatlicher Regulierung nachgesagt werden. Wenn demokratische Entscheidungsprozesse träge und langwierig verliefen, hinke die Politik den Problemen hinterher und erlasse Regelungen, die zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens schon veraltet seien.⁸⁶⁴ Zudem hätten staatliche Entscheidungsträger teilweise Wissens- und Kompetenzdefizite die zum Erlass von Regelungen führten, die Probleme nicht sachgerecht erfassten und teils zu gravierenden Nebenwirkungen führten.⁸⁶⁵ Sektorspezifische Regelungen könnten nur sehr begrenzt getroffen werden, was sich wieder negativ auf die Regelungsgüte auswirke.⁸⁶⁶ Schließlich hemme staatliche Regulierung Eigeninitiative, Innovation und Verantwortungsbewusstsein der ihr Unterworfenen und löse überdies durch eine imperative Steuerung eher Widerstände aus.⁸⁶⁷

⁸⁵⁹ Spindler/Thorun, MMR-Beil. 2016, 1, 8 f.

⁸⁶⁰ Spindler/Thorun, MMR-Beil. 2016, 1, 8 f.

⁸⁶¹ Spindler/Thorun, MMR-Beil. 2016, 1, 9.

⁸⁶² Spindler/Thorun, MMR-Beil. 2016, 1, 9.

⁸⁶³ Spindler/Thorun, MMR-Beil. 2016, 1, 9.

⁸⁶⁴ Vgl. Spindler/Thorun, MMR-Beil. 2016, 1, 9.

⁸⁶⁵ Vgl. Spindler/Thorun, MMR-Beil. 2016, 1, 9.

⁸⁶⁶ Vgl. Spindler/Thorun, MMR-Beil. 2016, 1, 9.

⁸⁶⁷ Vgl. Spindler/Thorun, MMR-Beil. 2016, 1, 9; Schulz/Held, Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens – Im Auftrag des Bundesbeauftragten für Angelegenheiten der Kultur und der Medien, 2002, S. A8, abrufbar unter <https://www.hans-bredow-institut.de/uploads/media/Publikationen/cms/media/a80e5e6dbc2427639ca0f437fe76d3c4c95634ac.pdf>; Reip, Die

Allerdings gibt es auch erhebliche Kritik an Selbstregulierung: Es erfolge eine Privatisierung des Rechts, wenn private Akteure ihr eigenes Recht setzten.⁸⁶⁸ Zudem komme es zu einer Überbetonung wirtschaftlicher Interessen zu Lasten der Anliegen des Gemeinwohls.⁸⁶⁹ Außerdem gehe es den Urhebern der Selbstregulierung oft allein darum, „Symbolpolitik“ zu treiben und die Selbstregulierung als „Feigenblatt“ zu nutzen, um sinnvolle Regelungen zu vermeiden.⁸⁷⁰

b. Regulierungsansatz Ko-Regulierung und Standardisierung

Der Steuerungsansatz der Ko-Regulierung knüpft an die Selbstregulierung an, ergänzt ihn jedoch dadurch, dass sie in einen gesetzlichen Rahmen eingebettet und die so entwickelten Regelungen oftmals mit der staatlichen Rechtssetzung und deren Durchsetzung verzahnt werden.⁸⁷¹

Die Kritik, Selbstregulierung führe zu einer Privatisierung des Rechts, ist aufgrund der staatlichen Rahmenbildung entschärft. Als Rechtsquellen kommen Verhaltenskodizes sowie Standards in Betracht.

Beispiele für Ko-Regulierung in Deutschland und in der EU sind das System der Kammern und Berufsgenossenschaften sowie das Tarifvertragsrecht.⁸⁷²

Ein weites Anwendungsfeld hat mittlerweile die private Schaffung technischer Standards.⁸⁷³ Nach dem „New Approach“-Ansatz⁸⁷⁴ definieren EU-Richtlinien im Produktsicherheitsrecht lediglich wesentliche Anforderungen an Produkte, wohingegen eine Regelung im Detail dann im Rahmen privater Normungsprozesse erfolgt.⁸⁷⁵ Die Anwendung der so gewonnenen Normen ist dann zwar freiwillig, allerdings wird bei ihrer Befolgung durch widerlegliche Vermutungen angenommen, dass den Anforderungen der Richtlinie Genüge getan ist, sodass ein Anreiz besteht, die privaten Normen auch zu befolgen.⁸⁷⁶

Selbstregulierung im Internet – unter besonderer Betrachtung der Standardsetzung und des Domain Name Systems, 2002, S. 35, 36.

⁸⁶⁸ Vgl. *Spindler/Thorun*, MMR-Beil. 2016, 1, 9.

⁸⁶⁹ Vgl. *Spindler/Thorun*, MMR-Beil. 2016, 1, 9.

⁸⁷⁰ Vgl. *Spindler/Thorun*, MMR-Beil. 2016, 1, 9.

⁸⁷¹ Vgl. *Spindler/Thorun*, MMR-Beil. 2016, 1, 7 f.

⁸⁷² Vgl. *Spindler/Thorun*, MMR-Beil. 2016, 1, 7 f.; OECD, Report: Alternatives to Traditional Regulation, 2009, S. 37; European Economic and Social Committee, The Current State of CoRegulation and SelfRegulation in the Single Market, EESC Pamphlet Series, 2005, S. 1317, abrufbar unter http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/2018_cahier_en_smo_def.pdf mit einer EU-weiten Übersicht; *Reip*, Die Selbstregulierung im Internet – unter besonderer Betrachtung der Standardsetzung und des Domain Name Systems, 2002, S. 20 f., abrufbar unter <http://www.dbthueringen.de/servlets/DerivateServlet/Derivate1372>.

⁸⁷³ Vgl. *Spindler/Thorun*, MMR-Beil. 2016, 1, 7 f.

⁸⁷⁴ Vgl. ABl. 1985 C 136, 1.

⁸⁷⁵ Vgl. *Klindt*, EuZW 2002, 133; *Schucht*, EuZW 2017, 46; siehe auch *Busch*, EuCML 2016, 197 f.; *ders.* EuCML 2015, 50 (53); *Spindler/Thorun*, MMR-Beil. 2016, 1, 7 f.

⁸⁷⁶ Vgl. *Klindt*, EuZW 2002, 133; *Spindler/Thorun*, MMR-Beil. 2016, 1, 7 f.; European Economic and Social Committee, The Current State of CoRegulation and SelfRegulation in the Single Market, EESC Pamphlet Series, 2005, S. 21, abrufbar unter http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/2018_cahier_en_smo_def.pdf; *Franzius*, Regieren durch 'besseren' Instrumenteneinsatz: Zur Idee der Ko-Regulierung im Regierungsweißbuch der Kommission, 2002, S. 811, abrufbar unter <http://www.europawissenschaftenberlin.de/media/pdf/Publikationen/Ko-Regulierung.pdf>; *Zubke-von Thünen*, Technische Normung in Europa, 1999, S. 800 f.

In der neueren Literatur wird eine Übertragung des Standardisierungsmodells im Sinne des „New Approach“ auf die Regulierungsbereiche Dienstleistungen und e-commerce vorgeschlagen.⁸⁷⁷ Da Dienstleistungen und Handel im Zuge der Digitalisierung immer stärker von technologischen Rahmenbedingungen abhängig sind, spricht viel dafür, dass hier Erfahrungen aus der Standardisierung anderer technologiegeprägter Regelungsbereiche sinnvoll genutzt werden können. Als eine Art „normative Zwischenschicht“ können die von den nationalen, europäischen und internationalen Normungsorganisationen entwickelten Standards die Anwendung technologie-neutraler Rechtsregeln auf die technologiegeprägten Sachverhalte erleichtern. So könnte etwa die neue ISO-Norm zu Online-Kundenbewertungen (ISO/FDIS 20488) als „Konkretisierungsofferte“⁸⁷⁸ für die Anwendung lauterkeitsrechtlicher Vorschriften auf Bewertungssysteme bei Online-Plattformen dienen.⁸⁷⁹ Da ein solcher Regulierungsansatz mit einer gewissen Übertragung von Regelsetzungskompetenzen an private Akteure verbunden ist, müssen bestimmte rechtsstaatliche Mindestanforderungen beachtet werden. *Spindler/Thorun* haben Mindestanforderungen für einen solchen Regulierungsansatz herausgearbeitet⁸⁸⁰: Die Standardsetzung müsse

- mit gesetzlichen Vorgaben konsistente und klare Zielformulierungen enthalten, die einen Mehrwert versprechen;
- es müsse ein partizipativer Ansatz gewählt werden, der eine Beteiligung wesentlicher Stakeholder gewährleiste;
- die Standardisierungsprozesse müssten offen und transparent ablaufen;
- es müsse eine Finanzierungsform gewählt werden, die Unparteilichkeit gewährleiste.

An die Standarddurchsetzung seien folgende Mindestanforderungen zu knüpfen:

- Die teilnehmenden Organisationen müssten verbindliche Verpflichtungserklärungen abgeben;
- die Standarddurchsetzung müsse überwacht, evaluiert und kontinuierlich weiterentwickelt werden;
- es müssten effektive Beschwerdemechanismen und Streitbeilegungsmechanismen vorhanden sein;
- es müssten wirksame Sanktionen vorgesehen werden.

Solche Standards würden die verbraucherrechtlichen Anforderungen konkretisieren. Eine Behörde könnte sich in die Erarbeitung der Standards einschalten und diese ggf. zertifizieren.

⁸⁷⁷ *Busch*, EuCML 2016, 197; *ders.* EuCML 2015, 50; siehe auch *Spindler/Thorun*, MMR-Beil. 2016, 1, 3 f.; *van Leeuwen*, European Standardisation of Services and its Impact on Private Law, 2017, S. 215 ff.

⁸⁷⁸ Dazu *Röthel*, JZ 2007, 755 ff.

⁸⁷⁹ *Busch*, EuCML 2015, 50.

⁸⁸⁰ Im Folgenden *Spindler/Thorun*, MMR-Beil. 2016, 1, 2 f.; siehe auch *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 58 ff. sowie die Beiträge in *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010.

c. Das Bundeskartellamt und Ko-Regulierung

Das Bundeskartellamt hat mit Ko-Regulierung wenig Erfahrung. Allerdings gibt es auch im Kartellrecht Beispiele für Konsultationen mit Branchenvertretern und die Setzung gewisser Standards, etwa beim Breitbandkabelausbau⁸⁸¹ oder bei der Kontrolle von Wettbewerbsregeln gem. §§ 24 ff. GWB. Typischer ist die Ko-Regulierung für die Bundesnetzagentur.

Standardisierungsprozesse könnten künftig weiter in privater Hand erfolgen – wie dies für Selbst- und Ko-Regulierung typisch ist – und das Bundeskartellamt könnte sich aufgrund seiner Aufsichtstätigkeit als gewichtiger Stakeholder einbringen und die Standardsetzung hierdurch maßgeblich beeinflussen.

Ein Beispiel für diesen Weg lässt sich in der Aufsichtstätigkeit der Bundesnetzagentur auf dem Gebiet der unerlaubten Telefonwerbung finden: Branchenverbände der Call-Center- und Dialogmarketingbranche hatten hier den bereits erwähnten Branchenkodex zum Anrufverhalten bei der Telefonwerbung geschaffen, der insbesondere die Nutzung von *predictive dialers*, das sind softwaregestützte Einwahlhilfen für Call-Center-Agents,⁸⁸² regulieren sollte.⁸⁸³ Die Erarbeitung der Vorgaben für das Anrufverhalten erfolgte dabei im Dialog mit der Bundesnetzagentur, die auch den Anstoß für die Erstellung der Branchenkodizes gab.⁸⁸⁴ Die Regelungen wurden sodann von der Bundesnetzagentur im Rahmen ihres Auf- und Eingreifferrmessens berücksichtigt. Die Bundesnetzagentur führte nachgelagert eine Untersuchung durch, ob die Branchenregeln auch tatsächlich eingehalten wurden.

Dieses Vorgehen der Bundesnetzagentur entspricht dem Gedanken des Art. 40 DSGVO, der die Ko-Regulierung im Datenschutzrecht stärken soll und diesbezüglich eine Förderungspflicht der zuständigen Aufsichtsbehörde vorsieht, Art. 40 Abs. 1 DSGVO. Ein ähnliches Beispiel bietet die BaFin bei der Regulierung von Bonitätsanleihen.⁸⁸⁵

Der Erlass eigener Leitlinien oder „Standards“ durch die Behörde, wie unter B.III.5.c.7 dargestellt, setzt regelmäßig eine mehrjährige Praxis zu der Thematik voraus, sodass zumindest in der Anfangsphase das Modell der Ko-Regulierung – BKartA als Teilnehmer entsprechender Gespräche – vielversprechender sein dürfte.

⁸⁸¹ BKartA, Hinweise: Kooperationen beim Glasfaserausbau, 19.1.2010, abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sonstiges/Wettbewerbsrechtliche%20Bewertung%20von%20Kooperationen%20beim%20Glasfaserausbau.html>.

⁸⁸² Vgl. *Schulte-Nölke/Henning-Bodewig/Podszun*, Schlussbericht zur Evaluierung der Verbraucherschützenden Regelungen im Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken im Auftrag des BMJV, 2017, S. 75 f., abrufbar unter http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/StudienUntersuchungenFachbuecher/Evaluierung_unserioese_Geschaeftspraktiken_Schlussbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

⁸⁸³ Vgl. *Schulte-Nölke/Henning-Bodewig/Podszun*, Schlussbericht zur Evaluierung der Verbraucherschützenden Regelungen im Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken im Auftrag des BMJV, 2017, S. 81.

⁸⁸⁴ *Schulte-Nölke/Henning-Bodewig/Podszun*, Schlussbericht zur Evaluierung der Verbraucherschützenden Regelungen im Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken im Auftrag des BMJV, 2017, S. 81.

⁸⁸⁵ BaFin, Geschäftsbericht 2016, S. 21.

2. Marktsteuerung durch technische Lösungen

Bei der Frage nach Regulierung durch Technik wird ausgelotet, wie Technik rechtliche Regulierung unterstützen oder sogar ersetzen kann.⁸⁸⁶

a. Regulierungsansatz

Hintergrund ist die von *Lawrence Lessig* geprägte Erkenntnis, dass technische Vorgaben heute wie Gesetze wirken („code is law“).⁸⁸⁷ Mit Blick auf das Datenschutzrecht ist „privacy by design“⁸⁸⁸ ein Schlag- und Schlüsselwort innovativer Regulierung. Es geht dabei darum, dass Datenschutzfunktionen nicht erst nach Abschluss der Entwicklung von Hard- und Software in diese integriert werden, sondern dass bereits im Entwicklungsprozess datenschutzrechtliche Prinzipien technisch und administrativ berücksichtigt werden.⁸⁸⁹ Hierdurch kann typischen Entscheidungsdefiziten von Verbrauchern entgegengewirkt werden, indem bspw. ein standardmäßig integrierter Datenschutz vom Datensubjekt bewusst ausgeschaltet werden muss. So kann die *bounded rationality* von Verbrauchern, wie sie der Forschungsansatz der Behavioural Economics herausgearbeitet hat (demnach spielen Standard-Einstellungen eine wesentliche Rolle im Entscheidungsverhalten, sog. *default-bias*)⁸⁹⁰, technisch berücksichtigt werden. Soll über einen technischen Ansatz verstärkt typisierbaren Entscheidungsdefiziten von Verbrauchern entgegengesteuert werden, könnte man anknüpfend an *privacy by design* von *fairness by design* oder noch allgemeiner von *regulation by design*⁸⁹¹ sprechen.⁸⁹²

Die OECD hat in einem Bericht 2017 festgestellt, dass verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse bereits von mehreren Behörden eingesetzt werden.⁸⁹³ Allerdings ist die Zahl der Fälle begrenzt. Verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse werden vor allem bei Fragen der Etikettierung und der Informationspflichten genutzt, was v.a. für Preisangaben sowie für den Onlinehandel bedeutsam ist. Es handelt sich jedenfalls um ein wachsendes Feld, das der Berücksichtigung bedarf.⁸⁹⁴ Ein Thema ist in diesem

⁸⁸⁶ Vgl. *Yeung* in: Brownsword/Yeung, *Regulating Technologies*, 2008, S. 79 ff.; *Spindler*, Kurzgutachten „Regulierung durch Technik“ im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, 2016, abrufbar unter <http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/Spindler-Gutachten.pdf>.

⁸⁸⁷ *Lessig*, *Code and other Laws of Cyberspace*, 2006.

⁸⁸⁸ *Cavoukian*, *Privacy by design. Take the challenge*, 2009; *Schaar*, 3 *Identity in the Information Society* 267-274, 2010.

⁸⁸⁹ Vgl. *Schulz* in: BeckOK-Datenschutzrecht, 2014, Rn. 60 ff.

⁸⁹⁰ Vgl. *Yeung*, 20 *Information, Communication & Society* 118-136 (2017); *Engel* in: *Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker* genannt *Döhmman*, *Recht und Verhalten*, 2007, S. 363 ff.

⁸⁹¹ *Yeung* in: Brownsword/Yeung, *Regulating Technologies*, 2008, S. 79.

⁸⁹² Vgl. *Vezzoso*, *Competition by Design*, 2017, *Ascola Paper*, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2986440.

⁸⁹³ OECD, *Use of Behavioural Insights in Consumer Policy*, OECD Science, Technology and Innovation Policy Papers No. 36, 2017, S. 5.

⁸⁹⁴ Vgl. *Heidhues*, *Verbraucherverhalten und Marktwettbewerb*, Vortrag, 6.10.2016, abrufbar unter www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2016_Verbraucherverhalten_Heidhues.html.

Zusammenhang auch das sog. *nudging*, mit dem Verbraucher gelenkt werden sollen.⁸⁹⁵ In der deutschen Diskussion ist dieser unterschwellige Regulierungsansatz bisweilen kritisch rezipiert worden.⁸⁹⁶

b. Regulierung durch Technik

Ein Beispiel für eine Verzahnung von Regulierung durch Technik und behördlicher Durchsetzung des Verbraucherrechts kann wiederum in der Tätigkeit der Bundesnetzagentur gefunden werden. Die bereits erwähnten Branchenverhaltensregeln zum Anrufverhalten bei Telefonwerbung, die von der Bundesnetzagentur angestoßen und im Dialog mit derselben entwickelt wurden, wurden nicht nur von Call-Center-Betreibern rezipiert, sondern auch von den Anbietern der *predictive dialers*. Diese haben nach Aussage eines Branchenvertreters die Vorgaben der Branchenverbände teilweise dergestalt berücksichtigt, dass die Standardeinstellungen ihrer Produkte den Vorgaben zum Anrufverhalten entsprechen.⁸⁹⁷ Somit bestünde eine Linie von der Aufsichtsbehörde zur Interessenvertretung der Aufsichtsunterworfenen bis hin zu den Zulieferern letzterer. Auch bei Vergleichsportalen oder Kundenbewertungen werden schon heute Filteralgorithmen eingesetzt, um manipulierte oder unsachliche Bewertungen auszusortieren. Dies wirft die Frage auf, wie sichergestellt werden kann, dass beim Einsatz entsprechender Algorithmen die Einhaltung rechtlicher Anforderungen gewährleistet werden kann. In der aktuellen rechtspolitischen Diskussion wird dabei u.a. die Möglichkeit einer behördlichen Algorithmenkontrolle, etwa in Form eines „algorithmic auditing“ erwogen.⁸⁹⁸

Bei Entgelten könnten automatisch versendete Warnungen aufs Smartphone beispielsweise eine innovative Möglichkeit sein, um Exzesse der Verbraucherschädigung zu vermeiden.

Denkbar ist auch die Personalisierung von Informationen oder Schutzhinweisen für Verbraucher, beispielsweise auf Basis der Auswertung individueller Verbrauchererwartungen.⁸⁹⁹ Angesichts der Defizite des Informationshandelns – Stichwort: *information overload* – ist durch Personalisierung und technologische Maßnahmen jedenfalls eine gezieltere Verbraucheraufklärung möglich.⁹⁰⁰

⁸⁹⁵ Wegweisend *Thaler/Sunstein*, *Nudge*, 2008; vgl. *Purnhagen/Reisch*, ZEuP 2016, 629; *de Stree/Sibony*, Towards Smarter Consumer Protection Rules for the Digital Society, CERRE Project Report, 2017, S. 26.

⁸⁹⁶ Vgl. *Kirchhof*, ZRP 2015, 136; *Seckelmann*, DÖV 2016, 189.

⁸⁹⁷ Podiumsdiskussion beim Workshop „Evaluierung des Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken“, BMJV, 1.6.2017.

⁸⁹⁸ Vgl. *Martini*, JZ 2017, 1017 ff; siehe auch *Mittelstadt*, Automation, Algorithms, and Politics - Auditing for Transparency in Content Personalization Systems, 10 International Journal of Communication 12 (2016); *Kroll et al.*, Accountable Algorithms, 165 U. Pa. L. Rev. 633 (2017); *Busch*, Algorithmic Accountability, ABIDA Project Report, 2018, S. 63 ff.

⁸⁹⁹ *Porat/Strahilevitz*, 112 Michigan Law Review 1417 (2014); *de Stree/Sibony*, Towards Smarter Consumer Protection Rules for the Digital Society, CERRE Project Report, 2017, S. 26 ff.

⁹⁰⁰ Vgl. *Ben-Shahar/Schneider*, More than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure (2014); *Bar-Gill/Ben-Shahar*, 50 Common Market Law Review 109 (2013); *de Stree/Sibony*, Towards Smarter Consumer Protection Rules for the Digital Society, CERRE Project Report, 2017, S. 28 ff., 46 f.; *Busch*, The Future of Pre-

c. Stärkung der Technologiekompetenz im Verbraucherschutz

Die Digitalisierung der gesamten Wirtschaft bedeutet, dass technische Normen an Gewicht gegenüber Rechtsnormen gewinnen. Um die normative Hoheit zu behalten, sollte eine Behörde mit hoher Technologiekompetenz ausgestattet sein. Schon jetzt lassen sich bei der Aufdeckung von Rechtsverstößen Programme einsetzen, Rechtsverstöße lassen sich durch richtige Programmierung vorab vermeiden, die Verhinderung von Rechtsverstößen und die Folgenbeseitigung werden durch technische Maßnahmen erleichtert.

Eine Behörde könnte hier die Anlaufstelle für Überlegungen in diese Richtung gehen. Das setzt bei der Behörde aber hohen Sachverstand voraus, etwa in Form eines „Chief Technologist“ (passend zum Chefökonom). Die US-amerikanische FTC hat eine solche Position besetzt.

V. Zusammenfassung

In dieser Zusammenfassung werden zunächst überblicksartig die hier entwickelten Handlungsoptionen in Bezug zu den in Teil A identifizierten Durchsetzungsdefiziten gesetzt (1.). Unter 2. werden verschiedene Modelle der Befugnisergänzung skizziert. Schließlich werden die Befugnisse mit Blick auf die Anforderungen der neugefassten CPC-Verordnung bewertet (3.).

1. Handlungsoptionen und die Behebung von Durchsetzungsdefiziten

Die in A.V. genannten Durchsetzungsdefizite könnten durch die Übertragung folgender Befugnisse abgemildert oder beseitigt werden:

- Ermittlungsdefizite bei Verbraucherrechtsverstößen (A.V.2.a.) könnten durch die Ausdehnung der Ermittlungsbefugnisse in §§ 57 ff. GWB auf Verbraucherrechtsverstöße teilweise behoben werden (B.II.1.b.). Von der Ausdehnung könnte auch die Befugnis zur Durchsuchung umfasst sein.
- Daran anknüpfend könnte – als sich aufdrängende Folge – eine Abststellungsbefugnis wie in § 32 Abs. 1 GWB vorgesehen werden (B.II.1.a(1)). In laufenden Verfahren könnten Rechtsverstöße durch eine Befugnis wie in § 32a GWB auf Antrag abgestellt werden.
- Das Bundeskartellamt könnte die Befugnis erhalten, Allgemeinverfügungen zu erlassen oder eigene Abststellungsverfügungen oder gerichtliche Entscheidungen für allgemeinverbindlich zu erklären (B.II.1.a.(2)). Damit würde der mangelnden Breitenwirkung im Zivilverfahren (A.V.2.b.) entgegengewirkt. Die Breitenwirkung würde zudem gestärkt, wenn Entscheidungen jeweils Bindungswirkung für Folgeverfahren entfalten würden (B.III.c.(2)).
- Die Verhinderung von Präzedenzentscheidungen durch strategisches Verhalten im Prozess könnte durch die nachträgliche Feststellung der Zuwiderhandlung durch die Kartellbehörde in Anlehnung an § 32 Abs. 3 GWB aufgefangen werden (B.II.1.a.(5)).
- Defizite bei der Schadenskompensation und beim Bereicherungsausgleich (A.V.3.) könnten durch eine behördliche Folgenbeseitigung mittels Rückerstattungsanordnungen entsprechend § 32 Abs. 2a GWB bzw. § 32b GWB (Verpflichtungszusagen) teilweise ausgeglichen werden (B.II.1.a.(3)i). Auch durch Gebotsverfügungen (§ 32 Abs. 2 GWB) könnte eine Folgenbeseitigung veranlasst werden (B.II.1.a.(3).iii). Das Zusammenspiel mit Akteuren der privaten Rechtsdurchsetzung könnte durch eine Bindungswirkung von Entscheidungen (B.III.5.c.(2)) und durch die Möglichkeit von eigenständigen Folgenbeseitigungsverfahren bei der Behörde nach gerichtlichen Entscheidungen gestärkt werden (B.III.5.c.(5)).

- Ein zu geringes Präventionsniveau wegen der Fokussierung der privaten Rechtsdurchsetzung auf die Unterlassungsklage und der Schwächen des Gewinnabschöpfungsanspruchs (A.V.4.) könnte durch die Bebußung besonders schwerer Verstöße (B.II.2.a.(3)) und die Bebußung der Verursachung von Streuschäden (B.II.2.a.(4)) gelöst werden. Auch Gebotsverfügungen können das Präventionsniveau erhöhen (B.II.1.a.(3)). Bußgelder wären auch für Verstöße gegen Anordnungen der Behörde, etwa im Ermittlungsverfahren, vorzusehen (B.II.2.a.(5)).
- Das Bundeskartellamt könnte durch sein Informationshandeln das Niveau der Verbraucherrechtsdurchsetzung verbessern (z.B. durch Leitlinien, Verbraucheraufklärung, Naming and Shaming, Öffentlichkeitsarbeit) (B.II.3).
- Die Behörde könnte zukünftig an Prozessen der Ko-Regulierung und Standardsetzung beteiligt werden und technische Verbraucherschutzlösungen mitentwickeln (B.IV.). So ließe sich die Compliance mit Verbraucherrecht möglicherweise steigern.

Bei der Bewertung dieser Optionen ist zu berücksichtigen, dass das Bundeskartellamt lediglich subsidiär zu anderen Bundesbehörden tätig werden soll. Dies wäre festzuhalten; in Grenzfällen wäre ein Abstimmungsmechanismus vorzusehen (B.III.4.a.). Das Bundeskartellamt stünde zudem in Konkurrenz mit weiteren Behörden auf kommunaler Ebene und Landesebene (B.III.4.c.). Abstimmungsprobleme in diesem Verhältnis sollten nicht überschätzt werden.

Da verbraucherrechtliche Verstöße in vielen – wenn auch nicht allen – Fällen einen viel geringeren Unrechtsgehalt als kartellrechtliche Verstöße haben und auch von kleinen Unternehmen begangen werden können, wäre aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und zur Vermeidung einer übermäßigen Belastung von Unternehmen zu erwägen, das Einschreiten des Bundeskartellamts an besondere Voraussetzungen zu knüpfen. Dies könnte durch eine Konturierung des Aufgreifermessens (B.II.4.) oder durch Voraussetzungen in einzelnen Normen geschaffen werden. Eine denkbare Voraussetzung wäre etwa die erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Beeinträchtigung der Interessen der Verbraucher. Die Einführung von Bußgeldern würde in besonderem Maße eine Prüfung des Bestimmtheitsgebots und der Verhältnismäßigkeit des behördlichen Vorgehens verlangen (B.II.2.a.(6 und 7)).

Die Begrenzung des Aufgreifermessens würde den Überschneidungsbereich mit der privaten Rechtsdurchsetzung verringern. Für parallele Verfahren sind Abstimmungsmechanismen zwischen privater und behördlicher Rechtsdurchsetzung einschließlich Antragsrechten und Sperrwirkungen vorzusehen (B.III.5.c.). Die in UWG und UKlaG aktivlegitimierten Akteure sollten so in die Tätigkeit der Behörde eingebunden werden.

Sowohl Verbraucher- als auch Wirtschaftsverbände stehen einer Ausweitung der behördlichen Befugnisse überwiegend kritisch gegenüber. Sie sehen einen Bedarf, wenn überhaupt, am ehesten bei Ermittlungsbefugnissen, Bußgeldern, Gebotsverfügungen sowie bei der Allgemeinverbindlicherklärung von Urteilen.

2. Befugniserweiterungsmodelle

Das Bundeskartellamt könnte auf verschiedene Weisen in die Verbraucherrechtsdurchsetzung eingeschaltet werden, ohne dass alle Befugnisse, die hier erörtert wurden, dem Amt eingeräumt werden müssten.

a. Abbau von Ermittlungsdefiziten

Eine Minimallösung wäre das Tätigwerden des Bundeskartellamts als Ermittlungsbehörde im Einzelfall. Ermittlungsbehörde für alle Sektoren (mit Ausnahme derer, für die andere Bundesbehörden branchenspezifisch vorrangig zuständig sind) ist die Behörde mit der 9. GWB-Novelle bereits geworden.

Die Ermittlungsergebnisse könnten den Akteuren der privaten Rechtsdurchsetzung zur Verfügung gestellt werden sowie durch allgemeine Öffentlichkeitsarbeit bekannt gemacht werden. Solche Ermittlungstätigkeiten sollten sich insbesondere auf Geschäftsmodelle und geschäftliche Handlungen beziehen, die im Wege der privaten Rechtsdurchsetzung nicht geklärt werden können, z.B. black-box-Geschäftsmodelle, Arbeit mit Algorithmen, Finanzströme.

Der nächste Schritt wäre die an diese Ermittlungen anknüpfende eigene Befugnis des Amtes, Abstellungsanordnungen nach § 32 Abs. 1 GWB zu erlassen. Für die überschaubare Zahl an Fällen, in denen eine Rückerstattung sich anbietet, könnte die Befugnis des § 32 Abs. 2a GWB herangezogen werden.

Einstweilige Maßnahmen sollte eine Behörde nur im Ausnahmefall treffen dürfen auf Antrag von nach UWG aktivlegitimierten Institutionen hin, um innerhalb eines laufenden Verfahrens ohne Friktionen Verstöße abstellen zu können.

Wenn nur eine minimale Ergänzung der Befugnisse angestrebt wird, stünde im Zentrum die Ausdehnung der Ermittlungsbefugnisse samt einer einfachen Abstimmungsmöglichkeit.

b. Das Bundeskartellamt als Garant für Markttransparenz

Ergänzend zu den Minimalbefugnissen könnte das Bundeskartellamt als Garant für Markttransparenz auftreten.

Mittel hierfür könnten zum einen Folgenbeseitigungsanordnungen auf Grundlage des § 32 Abs. 2 GWB (positive Tenorierung) sein, die auf die Information von Verbrauchern gerichtet sind, die Verträge mit unwirksamen AGB geschlossen haben, denen gegenüber Informationspflichten verletzt wurden oder deren Entscheidungsgrundlage durch Irreführungen (möglicherweise) beeinträchtigt wurde.

Damit könnten vor allem in Dauerschuldverhältnissen Pfadabhängigkeiten abgemildert werden, da die Verbraucher auf der verbesserten Informationsgrundlage Verträge möglicherweise beenden und auf andere Anbieter umschwenken. Zudem könnten hierdurch Informationsasymmetrien bezüglich bürgerlich-rechtlicher Ansprüche der

einzelnen Verbraucher abgebaut werden.

Eher weitgehend vor dem Hintergrund bestehender rechtlicher Zweifel wäre eine Befugnis zur Information der Verbraucher durch behördliche Warnungen. Weniger problematisch scheint hingegen das Naming and Shaming entsprechend der Befugnisse der BaFin und der BNetzA.

Dieses zweite Modell würde verstärkt auf Information von Verbrauchern und Transparenz setzen.

c. Bekämpfung von Folgen

Eine Bekämpfung der Folgen von Verbraucherrechtsverstößen wäre eine Ergänzung zur privaten Rechtsdurchsetzung, die dies nur in sehr eingeschränkter Weise erreicht. Es wäre zugleich ein starker Eingriff gegenüber den betroffenen Unternehmen.

Die Bekämpfung von Streuschäden kommt zum einen durch Rückerstattungsanordnungen i.S.d. § 32 Abs. 2a GWB, durch Verpflichtungszusagen i.S.d. § 32b GWB oder durch Gebotsverfügungen i.S.d. § 32 Abs. 2 GWB in Betracht. In Fällen, in denen ein solches Vorgehen praktikabel und konzeptionell passend ist, also insbesondere bei bereicherungsrechtlichen Massenfällen, hätte es den Vorteil, dass die vom Verstoß betroffenen Verbraucher begünstigt würden und die Geldbeträge entsprechend ihrer Präferenzen neu einsetzen könnten.

In Fällen, in denen diese Maßnahmen nicht passen, kann eine Bekämpfung von Streuschäden durch Bußgelder zweckmäßig sein. Zwar würden durch Bußgelder Schäden nicht kompensiert. Dem Verletzer würden aber die Gewinne entzogen (was im derzeitigen System mit der Gewinnabschöpfung nicht effektiv funktioniert). Hierfür könnte ein eigener, die Merkmale von Streuschäden abstrahierend umreißen-der Bußgeldtatbestand geschaffen werden. Um die Bußgeldhöhe dem Schaden angemessen zuzuordnen, kann das Bundeskartellamt auf seine Erfahrungen mit der ökonomischen und empirisch fundierten Analyse der Auswirkungen von Rechtsverstößen auf Märkten zurückgreifen.

Bußgelder könnten auch zur weiteren Abschreckung eingesetzt werden. Sie kommen insbesondere für erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen Verbraucherrecht in Betracht.

Sonstige Folgen der Rechtsverletzung wären durch Verpflichtungszusagen (in Anlehnung an § 32b GWB), positiv tenorierte Gebotsverfügungen (§ 32 Abs. 2 GWB) oder Allgemeinverfügungen auszugleichen. Alle drei Schritte würden sehr genaue Verhältnismäßigkeitsprüfungen voraussetzen.

In diesem Modell läge der Fokus auf der Folgenbeseitigung samt der Abschreckung durch Bußgelder.

d. Kombination aus Minimal- und Maximalbefugnissen

Das Bundeskartellamt könnte im Ausgangspunkt allein zur Behebung von Ermittlungsdefiziten tätig werden (Minimalbefugnisse) und dann erst wieder einen

Zugriff bei besonders schweren Verstößen erhalten, bei denen die private Rechtsdurchsetzung keine ausreichende Abschreckungswirkung entfaltet (Maximalbefugnisse). Durch eine solche Kombination würden die Friktionen mit der privaten Rechtsdurchsetzung minimiert. Das hieße: Das Bundeskartellamt ermittelt und überlässt die Sanktionierung weitgehend dem Markt. Kommt es aber insoweit zu einem Versagen, weil die zivilrechtlichen Instrumente (v.a. der Unterlassungsanspruch) nicht genügen, um wieder funktionierende Märkte zu schaffen und Schäden zu kompensieren, könnte die Behörde mit Anordnungen zur Folgenbeseitigung und Bußgeldern tätig werden.

Die Aufgriffsschwelle könnte für alle Fälle einheitlich hoch angesetzt werden mit einer Formulierung, die an die Formulierung zur Sektoruntersuchung angelehnt ist.

Dieses Modell wäre eine Kombinationslösung aus den vorgestellten Modellen a. und c. Es würde gezielt die Stärken des behördlichen Ansatzes betonen und stünde in Übereinstimmung mit denjenigen Äußerungen bei der Stakeholderbefragung, die überhaupt eine Befugnisergänzung befürwortet haben.

3. Befugnisergänzung und Anforderungen der CPC-VO

Die in der CPC-Verordnung in ihrer revidierten Fassung (VO (EU) 2017/2394) vorgesehenen Mindestbefugnisse könnten durch die Übertragung der Handlungsformen des Bundeskartellamts wie folgt erfüllt werden:

- Die in Art. 9 Abs. 3 lit. a) und c) VO (EU) 2017/2394 vorgesehenen Informationsbeschaffungsbefugnisse können durch eine Übertragung der §§ 57 ff. GWB abgedeckt werden (B.II.1.b.(7)). Nicht abgedeckt wäre durch eine entsprechende Übertragung dagegen die in Art. 9 Abs. 3 lit. b) VO (EU) 2017/2394 vorgesehene, sehr weitgehende Informationsbeschaffungsbefugnis gegenüber Unternehmen, denen gegenüber kein Anfangsverdacht einer Verbraucherrechtsverletzung vorliegt, um Informationen über mögliche Verletzungen durch andere Unternehmen zu erlangen. Hierfür wäre eine eigene, neue Befugnisgrundlage zu schaffen.
- Die in Art. 9 Abs. 4 lit. a) VO (EU) 2017/2394 vorgesehene Befugnis zum Erlass vorläufiger Maßnahmen kann durch eine Übertragung des § 32a GWB abgedeckt werden (B.II.1.a.(6)).
- Die in Art. 9 Abs. 4 lit. e) und f) VO (EU) 2017/2394 vorgesehene Möglichkeit, die Einstellung eines Verstoßes zu bewirken, kann durch eine Übertragung der Abstellungsanordnung des § 32 Abs. 1 GWB erreicht werden (B.II.1.a.(6)).
- Die in Art. 9 Abs. 4 lit. b) und c) VO (EU) 2017/2394 vorgesehenen Befugnisse, die Abstellung von Verstößen sowie Abhilfemaßnahmen des Verletzers zugunsten der vom Verstoß betroffenen Verbraucher durch

Zusagen des Verletzers zu erzielen, können durch eine Übertragung der Regeln zur Verfahrensbeendigung durch Verpflichtungszusagen gem. § 32b GWB erfüllt werden (B.II.1.a.(6)).

- Keine Entsprechung im GWB findet die in Art. 9 Abs. 4 lit. d) VO (EU) 2017/2394 vorgesehene Befugnis der Information von Verbrauchern, die vorbringen durch einen Verstoß geschädigt worden zu sein. Eine Maßnahme ähnlicher Wirkung könnte jedoch sein, dass das Bundeskartellamt den Verletzer dazu mittels einer Gebotsverfügung verpflichtet. Zudem könnte das Bundeskartellamt durch verstoßbezogenes Informationshandeln betroffene Verbraucher in der Breite aufklären, ggf. in Zusammenwirken mit den Verbraucherzentralen (B.II.1.a.(6)).
- Netzsperrern i.S.d. Art. 9 Abs. 4 lit. g) VO (EU) 2017/2394 fänden eine nur eingeschränkte Entsprechung in den Anwendungsmöglichkeiten von Gebotsverfügungen gem. § 32 Abs. 2 GWB (B.II.1.a.(6)).
- Sofern gem. Art. 9 Abs. 4 lit. h) VO (EU) 2017/2394 eine Bußgeldsanktion bereits bei einem erstmaligen Verstoß gegen Verbraucherrecht greifen soll, wäre diesen Anforderungen durch die vorgeschlagene Bebußung Genüge getan (B.II.2.a.(9)).

Diese Zusammenfassung verdeutlicht, dass einem Gutteil der Mindestanforderungen der CPC-Verordnung 2017 durch eine Übertragung bewährter Handlungsformen des Bundeskartellamts entsprochen werden könnte. Durch eine entsprechende Übertragung würde eine Inländerungleichbehandlung vermieden. Diese Aussagen stehen unter dem Vorbehalt, dass sich in der Diskussion die Auffassung durchsetzt, dass eine Umsetzung der CPC-Verordnung ein behördliches Modell in Deutschland erfordert.

Kurzübersicht: Handlungsoptionen des Gesetzgebers im Verbraucherrecht

Gesetzgebungsoption	Anknüpfung im GWB	Wesentliche Zielrichtung und Wirkungen	Fundstelle im Gutachten
Befugnis zur Abstellung von Verstößen	§ 32 Abs. 1	Rechtsdurchsetzung; grundlegende Befähigung der Behörde	B.II.1.a.1.
Allgemeinverbindlicherklärung von Entscheidungen des Bundeskartellamts	Neu	Beseitigung fehlende Breitenwirkung	B.II.1.a.2.
Allgemeinverbindlicherklärung von gerichtlichen Entscheidungen durch Bundeskartellamt auf Antrag	Neu	Beseitigung fehlende Breitenwirkung	B.II.1.a.2. B.II.5.c.4.
Allgemeinverfügungen des Bundeskartellamts	Neu	Beseitigung fehlende Breitenwirkung	B.II.1.a.2.
Behördliche Folgenbeseitigung durch Rückerstattungsanordnungen	§ 32 Abs. 2a, § 32b	Verbesserte Folgenbeseitigung	B.II.1.a.3.
Behördliche Folgenbeseitigung, z.B. durch Information, Rückruf	§ 32 Abs. 2, § 32b	Verbesserte Folgenbeseitigung	B.II.1.a.3.
Nachträgliche Feststellung der Zuwiderhandlung auf Antrag	§ 32 Abs. 3	Schaffung von Präzedenzfällen	B.II.1.a.4.
Einstweilige Maßnahmen auf Antrag im laufenden Verfahren	§ 32a	Abstellung des Rechtsverstoßes; Ausgleich zur Sperre der privaten Unterlassungsverfahren	B.II.1.a.5.
Ermittlungsbefugnisse im Verwaltungsverfahren inkl. Durchsuchung	§§ 57 ff.	Beseitigung von Ermittlungsschwierigkeiten	B.II.1.b.
Einführung einer Unterlassungserklärung im kartellbehördlichen Verfahren	Neu / § 32b	Abstellung Rechtsverstoß	B.II.1.c.2.
Beiladung der aktivlegitimierten Akteure des § 8 Abs. 3 UWG	§ 54 Abs. 2 Nr. 3	Abstimmung mit Akteuren der privaten Rechtsdurchsetzung	B.II.1.c.3. B.III.5.c.5.
Rechtsweg: OLG Düsseldorf und Zivilsenat beim BGH	63 ff., 74 ff., 91 ff., 94 ff.	Einheit der Rechtsordnung; kein Auseinanderfallen privater und behördlicher Rechtsentwicklung	B.II.1.c.5.

Bußgelder bei besonders schweren Verstößen	§ 81 GWB Abs. 2 Nr. 1	Steigerung der Präventionswirkung; Schadenskompensation	B.II.2.a.3.
Bußgelder bei Streuschäden	§ 81 GWB Abs. 2 Nr. 1	Steigerung der Präventionswirkung; Schadenskompensation	B.II.2.a.4.
Bußgelder bei Verstößen gegen Anordnungen aus dem Verwaltungsverfahren	§ 81 GWB Abs. 2 Nr. 2	Abstellung Rechtsverstoß; Beseitigung von Ermittlungsschwierigkeiten	B.II.2.a.5.
Leitlinien zur Bußgeldbemessung	§ 81 Abs. 7	Rechtsklarheit; Eingrenzung der Eingriffsintensität	B.II.2.a.7.
Entwicklung von Monitorings und Verfahren zur Aufdeckung von Verbraucherrechtsverstößen	§ 48 Abs. 3	Abstellung Rechtsverstoß; Beseitigung Ermittlungsschwierigkeiten	B.II.2.c.2.
Settlements bei Verbraucherrechtsverstößen	Praxis	Konsensuale Verfahrensbeendigung; Behebung von Ermittlungsschwierigkeiten	B.II.2.c.3.
Allgemeine Öffentlichkeitsarbeit, Verbraucherberatung	§ 53 Abs. 4	Verbesserung des Verbraucherschutzniveaus allgemein; verbesserte Folgenbeseitigung	B.II.3.a.
Naming and Shaming	§ 53 Ab. 5	Steigerung der Präventionswirkung	B.II.3.b.
Verbraucherwarnungen	Neu	Abstellung Rechtsverstöße; Förderung individueller Vorgehensweisen	B.II.3.c.
Beratung von Unternehmen (informell oder formell)	Praxis, § 32c	Rechtsklarheit; Begrenzung der Eingriffsintensität	B.II.3.d.
Generelle materielle Konturierung des Aufgreifermessens für alle Verbraucherrechtstatbestände	Neu	Rechtsklarheit; Begrenzung des behördlichen Zugriffs; Abstimmung mit Akteuren der privaten Rechtsdurchsetzung	B.II.4.
Verzicht auf jegliche gesetzliche Abstimmungsmaßnahme mit Akteuren der privaten Rechtsdurchsetzung	Im Kartellrecht status quo	Stärkung Behörde	B.II.4.b.
Berücksichtigung privater Rechtsdurchsetzung im Einzelfallermessen	Neu	Abstimmung mit Akteuren der privaten Rechtsdurchsetzung; Begrenzung des	B.II.4.c.1.

		behördlichen Zugriffs	
Spezielle materielle Konturierung des Aufgreifermessens bei einzelnen Tatbeständen	Neu	Rechtsklarheit; Begrenzung des behördlichen Zugriffs; Abstimmung mit Akteuren der privaten Rechtsdurchsetzung	B.II.4.c.1.
Tätigwerden nur auf Antrag eines nach UWG oder UKlaG aktivlegitimierten Akteurs	Neu	Begrenzung des behördlichen Zugriffs; Abstimmung mit Akteuren der privaten Rechtsdurchsetzung	B.II.4.c.1.
Eingrenzung der Befugnisse auf bestimmte Branchen, z.B. Digitalbereich	Neu	Kompetenz-Abstimmung; Abstimmung mit Akteuren der privaten Rechtsdurchsetzung	B.II.4.c.3.
Verpflichtung zu Leitlinien bzgl. des Aufgreifermessens	Neu	Rechtsklarheit; Abstimmung mit Akteuren der privaten Rechtsdurchsetzung	B.II.4.c.3.
Prioritätensetzung bei der Ermessensausübung	Neu	Eingrenzung der Eingriffsintensität; demokratische Legitimation	B.II.4.d.
Entscheidung in unabhängigen Beschlussabteilungen	§ 51	Rechtmäßigkeit des Verfahrens	B.II.5.
Bereitstellung einer Anlaufstelle für Verbraucherbeschwerden und -hinweise	Neu	Beseitigung von Ermittlungsschwierigkeiten; organisatorische Folgefragen	B.II.5.c.
Entwicklung von Benchmarks und Evaluationsvorgaben	Neu	Lerneffekte; demokratische Rückkopplung	B.II.5.d.
Kooperationspflicht mit anderen Behörden	§ 50c	Kompetenz-Abstimmung; Einheit der Rechtsordnung	B.III.4.a.
Subsidiaritätsklausel gegenüber anderen Bundesbehörden	Neu	Kompetenz-Abstimmung	B.III.4.a.
Anzeigepflicht der Behörde bei Einleitung von Verfahren	Neu	Abstimmung mit Akteuren der privaten Rechtsdurchsetzung	B.III.5.c.1.
Sperrwirkung von gerichtlichen Verfahren	§ 32e Abs. 6	Vermeidung over-enforcement und Doppelsanktionierung; Abstimmung mit Akteuren der privaten Rechtsdurchsetzung	B.III.5.c.1.

Sperrwirkung von Unterwerfungs- und Abschlusserklärung	§ 32e Abs. 6	Vermeidung over-enforcement und Doppelsanktionierung; Abstimmung mit Akteuren der privaten Rechtsdurchsetzung	B.III.5.c.1.
Sperrwirkung von Verfahren des Bundeskartellamts	§ 32e Abs. 6	Vermeidung over-enforcement und Doppelsanktionierung; Abstimmung mit Akteuren der privaten Rechtsdurchsetzung	B.III.5.c.1.
Wechselseitige Bindungswirkung von Behörden- und Gerichtsentscheidungen	§ 33b	Verbesserte Folgenbeseitigung; Abstimmung mit Akteuren der privaten Rechtsdurchsetzung, Einheit der Rechtsordnung	B.III.5.c.2.
Nachgelagertes, eigenständiges Folgenbeseitigungsverfahren des Amtes	§ 32 Abs. 2 und 2a	Verbesserte Folgenbeseitigung; Beseitigung fehlende Breitenwirkung	B.III.5.c.4.
Offenlegung von Ermittlungsergebnissen zu Gunsten der privaten Rechtsdurchsetzung/ Ermittlungen auf Antrag von nach UWG und UKlaG aktivlegitimierten Akteuren, jeweils unter Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen	Neu	Behebung von Ermittlungsschwierigkeiten; Abstimmung mit Akteuren der privaten Rechtsdurchsetzung	B.III.5.c.4.
Verpflichtendes Tätigwerden auf Antrag von Verbänden/„super complaint“	Neu	Behebung von Ermittlungsschwierigkeiten; Abstimmung mit Akteuren der privaten Rechtsdurchsetzung	B.III.5.c.4.
Austausch von Daten mit Marktwächtern	Neu	Behebung von Ermittlungsschwierigkeiten	B.III.5.c.5.
Verbraucherrechtlicher Beirat beim BKartA	Neu	Abstimmung mit Akteuren der privaten Rechtsdurchsetzung	B.III.5.c.5.
Ausschüttung von Bußgeldern und abgeschöpfter Vermögensvorteile für die Förderung verbraucherrechtlicher Zwecke	Neu	Schadenskompensation; Abfedern von Kompetenzverlusten der Akteure der privaten Rechtsdurchsetzung	B.III.5.c.6.

Verpflichtung zu Leitlinien nach Konsultation	Gängige Praxis	Rechtsklarheit	B.III.5.c.7.
Beteiligung an Ko-Regulierung und Standardsetzung	Neu	Nutzung neuer Durchsetzungsmethoden	B.IV.1

Anhang 1: Fragebogen zur Verbraucherrechtsdurchsetzung an Stakeholder

2017

Prof. Dr. Rupprecht Podszun, Prof. Dr. Frauke Henning-Bodewig, Prof. Dr. Christoph Busch

Fragebogen zur Verbraucherrechtsdurchsetzung und möglichen behördlichen Durchsetzungsmechanismen im Rahmen eines Gutachtens im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie

Sehr geehrte Damen und Herren,
dies ist ein Fragebogen, den wir Ihnen im Rahmen eines Gutachtauftrags des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zusenden. Für das Ministerium erstellen wir eine Studie zur möglichen Durchsetzung von Verbraucherrecht durch das Bundeskartellamt. Wir würden uns sehr freuen, wenn Sie die Erstellung des Gutachtens durch Ihre Antworten unterstützen würden. So besteht die Chance, die Erfahrungen und Ansichten der betroffenen Kreise in die Überlegungen einzubeziehen. Bitte beachten Sie: Wir gehen davon aus, dass wir den ausgefüllten Fragebogen dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zur Verfügung stellen dürfen. Eine weitergehende Veröffentlichung der Fragebögen ist nicht geplant. Rein vorsorglich bitten wir Sie aber, in dem Fragebogen Geschäftsgeheimnisse, persönliche Daten oder andere Informationen zu markieren, die auf jeden Fall vertraulich behandelt werden müssen.

Wenn Sie weitergehende vertrauliche oder „inoffizielle“ Angaben machen möchten, melden Sie sich bitte bei uns.

Wir freuen uns auch, wenn Sie Quellen oder weiterführende Materialien angeben, auf die Sie sich für Ihre Antworten stützen. Sie haben zum Abschluss jedes Blocks im Fragebogen Gelegenheit, weitere Überlegungen zu notieren, die für das Gutachten von Relevanz sein können. Wir berücksichtigen auch diese Anmerkungen von Ihnen. Bitte senden Sie Ihre Antworten als Word- sowie als PDF-Dokument **bis 20. September 2017 an studie-verbraucherrecht@posteo.de**. Über diese E-Mail-Adresse erreichen Sie uns auch in allen weiteren Angelegenheiten. Für die in Anbetracht des Urlaubsmonats August etwas knappe Frist bitten wir um Verzeihung – sie ließ sich angesichts des Zeitplans der Studie insgesamt leider nicht vermeiden. Für Ihre Hinweise und die Unterstützung dieser Studie danken wir Ihnen sehr herzlich!
gez. Prof. Dr. Rupprecht Podszun

Fragen zu Ihrer Institution		
Name Ihrer Institution		
Anschrift		
Ansprechpartner/in		
Kontaktmöglichkeit per E-Mail		
Sie antworten als		 Einzelperson
		 Unternehmen
		 Unternehmensverband
		 Verbraucherverband
		 Kammer
		 Sonstige:
Sind Sie aktivlegitimiert für die Durchsetzung von UWG und/oder UKlaG?		 ja
		 nein
Werden Sie als Anspruchsteller/Kläger in Verfahren nach UWG und/oder UKlaG tätig?		 ja, in ca. Verfahren xxx pro Jahr, und zwar schwerpunktmäßig im Bereich xxx .
		 nein
Sonstige Anmerkungen:		

Fragen zum Aufgreifen von Fällen		
1.	Wie viele Fälle schauen Sie sich insgesamt ca. pro Jahr an, um zu prüfen, ob evtl. ein Verstoß gegen Verbraucherrecht vorliegt?	
2.	In wie vielen dieser Fälle ergreifen Sie rechtliche Maßnahmen (in %), z.B. indem Sie abmahnen oder den Fall an eine Behörde weitergeben?	Anschreiben oder Abmahnung des Unternehmens
		Weitergabe an eine zuständige Behörde
		Weitergabe an eine andere Institution (z.B. Verband)
		Mediale Verwertung (z.B. Pressemitteilung) ohne rechtliche Maßnahme
		Sonstige Maßnahme:
3.	Bitte geben Sie, soweit möglich, die Gründe an, warum Sie die übrigen Fälle nicht weiter verfolgen (in %, Mehrfachnennungen möglich).	Es ist kein Verstoß gegen eine Rechtsnorm ersichtlich.
		Es ist zwar ein Verstoß ersichtlich oder jedenfalls nicht ausgeschlossen, dieser scheint uns aber geringfügig.
		Es besteht zwar der Anfangsverdacht eines Verstoßes im Inland, weitere Ermittlungen wären jedoch zu aufwändig oder zu wenig aussichtsreich.
		Die vermutlichen Täter sitzen im Ausland.
		Zu geringer Nutzen für uns, selbst im Erfolgsfall.
		Anderweitige eigene Schwerpunktsetzung
		Zu hohe Kosten
		Sonstige Gründe:
4.	Gibt es bestimmte Verhaltensweisen, einzelne Unternehmen oder Branchen, gegen die besonders häufig Beschwerden eingehen oder ein Anfangsverdacht besteht, bei denen Sie dann aber keine weiteren Maßnahmen ergreifen? Wenn ja, welche?	
5.	Sonstige Anmerkungen:	

Fragen zur Sachverhaltsermittlung		
6.	<p>Zur Durchsetzung von Ansprüchen ist der Sachverhalt zu ermitteln und ggf. im Prozess zu beweisen.</p> <p>Gibt es Fälle, in denen Sie von einer weiteren Verfolgung absehen, weil Sie Schwierigkeiten bei Ermittlung oder Nachweis des Sachverhalts sehen? Bitte geben Sie diesbezüglich die Häufigkeit anhand der Skala an.</p>	im Vorfeld (Ermittlungsschwierigkeiten):
		sehr häufig
		häufig
		gelegentlich
		selten
		nie
		im Prozess (Beweisschwierigkeiten):
		sehr häufig
		häufig
		gelegentlich
selten		
nie		
7.	<p>Wenn Sie Ermittlungs- oder Beweisschwierigkeiten haben, in welchen Bereichen stellen sich diese typischerweise? (Mehrfachnennungen möglich)</p>	Ermittlung von Tätern
		bei Auslandsbezug
		Ermittlung/Nachweis des Verhaltens
		Ermittlung/Nachweis der Dimension (z.B. Häufigkeit einer Maßnahme)
		Intransparenz von Geschäftsmodellen und/oder Finanzströmen
		allgemeine Beweisschwierigkeiten, bitte nennen Sie diese:
8.	<p>Für wie gravierend halten Sie auf einer Skala von 1 („überhaupt nicht“) bis 5 („sehr gravierend“) Ermittlungs- und Beweisprobleme in folgenden Konstellationen:</p>	- Schleichwerbung in user generated content:
		- Nutzung von Verbraucherdaten ohne Einwilligung:
		- Mangelnde Neutralität einer Produktbewertungsplattform:
		- Fehlerhafte oder irreführende Preisangaben im Internet:
		- Fehlerhafte oder irreführende Preisangaben im traditionellen Handel:
		- Nicht ausreichende Bevorratung bei Lockangeboten im Online-Handel:
		- Nicht ausreichende Bevorratung bei Lockangeboten im Offline-Handel:

		- Fake-Online-Shops:	
9.	Bitte nennen Sie bis zu fünf Geschäftspraktiken oder Geschäftsmodelle, die Sie für besonders intransparent halten:	1.	
		2.	
		3.	
		4.	
		5.	
10.	Sonstige Anmerkungen:		
Fragen zum Verfahren			
11.	Wie hoch schätzen Sie die Erfolgsquote (in %) in Fällen, in denen Sie Maßnahmen ergreifen, um gegen einen Rechtsverstoß vorzugehen?	Als Erfolg wird die Beendigung der angegriffenen Verhaltensweise verstanden. Erfolgsquote:	
12.	In wie vielen Fällen (in %) führen die hier aufgeführten Maßnahmen nicht zum gewünschten Erfolg, da die Maßnahme entweder fortgesetzt wird oder Sie bei Gericht unterliegen?		Gespräche / Hinweise an das Unternehmen
			Abmahnung
			Antrag auf einstweilige Verfügung
			Gerichtliche Entscheidungen
			Vollstreckung einer Entscheidung
13.	Gibt es typische Gründe, warum ein Antrag auf einstweilige Verfügung keinen Erfolg hat? Bitte führen Sie diese auf (Mehrfachnennungen möglich).		mangelnde Dringlichkeit
			Gericht legt abweichende Tatsachen zugrunde
			Gericht hat andere rechtliche Auffassung
			sonstige Gründe:

14.	Gibt es typische Gründe, warum Sie vor Gericht sonst keinen Erfolg haben? Bitte führen Sie diese auf (Mehrfachnennungen möglich).		Gericht legt abweichende Tatsachen zugrunde
			Gericht hat andere rechtliche Auffassung
			Folgeinstanz wird zu teuer
			sonstige Gründe:
15.	Warum scheitern Maßnahmen im Vollstreckungsstadium? Mehrfachnennungen möglich.		Tenorierung ist zu eng / unpräzise
			Verhalten wird in anderer Form fortgesetzt
			zu hoher Verfolgungsaufwand
			Täter nicht greifbar
			sonstige Gründe:
16.	Wie oft führen Sie Verfahren wegen gleichartiger Verstöße? Wie häufig handelt es sich dabei um Verstöße, bei denen die Rechtslage geklärt war, z.B. durch eine höchstrichterliche Entscheidung? Wie erforderlich finden Sie auf einer Skala von 1-5 (1: „unbedingt notwendig“, 5: „überhaupt nicht zweckmäßig“), dass es die Möglichkeit gibt, eine Bindung durch ein in gleichartiger Konstellation ergangenes Urteil auch gegenüber Dritten herzustellen?	Gleichartige Verstöße:	
			sehr häufig
			häufig
			gelegentlich
			selten
			nie
		Rechtslage bereits geklärt:	
			sehr häufig
			häufig
			gelegentlich
			selten
			nie
Erforderlichkeit der Bindung:			
17.	Sonstige Anmerkungen:		

Fragen zu bestimmten Ansprüchen

Im Folgenden nennen wir verschiedene Anspruchsgrundlagen. Bitte machen Sie Angaben zur Häufigkeit dieser Anspruchsgrundlagen in Ihrer Durchsetzungstätigkeit und geben Sie jeweils an, ob sich in der Durchsetzung Schwierigkeiten ergeben. Dabei sind Mehrfachnennungen möglich.

18.	§ 8 UWG (Unterlassung/Beseitigung)	Fälle in 2016, in denen Sie diesen Anspruch geltend gemacht haben:
		Davon ca. erfolgreich:
		Typische Schwierigkeiten bei der Durchsetzung gerade dieser Norm:
		Entscheidungen werden nicht umgesetzt
		Entscheidungen entfalten keine ausreichende Signalwirkung auf dem Markt
		Es kommt zu Umgehungspraktiken
		Einzelne Verbraucher profitieren nicht hinreichend von der Entscheidung
	Sonstige:	
19.	§ 9 UWG (Schadensersatz)	Fälle in 2016, in denen Sie diesen Anspruch geltend gemacht haben:
		Davon ca. erfolgreich:
		Typische Schwierigkeiten bei der Durchsetzung gerade dieser Norm:
		Mitbewerber haben keinen nachweisbaren Schaden
		Die Geltendmachung lohnt sich für Mitbewerber nicht
	Sonstige:	
20.	§ 10 UWG (Gewinnabschöpfung)	Fälle in 2016, in denen Sie diesen Anspruch geltend gemacht haben:
		Davon ca. erfolgreich:
		Typische Schwierigkeiten bei der Durchsetzung gerade dieser Norm:
		Die Geltendmachung ist wegen der Pflicht, die Gewinne an den Bundeshaushalt abzuführen, mit einem hohen finanziellen Risiko verbunden.
		Prozessfinanzierer scheuen vor der Finanzierung zurück.
		Vorsätzliches Verhalten ist vor Abmahnung schwer nachzuweisen.
		Vorsätzliches Verhalten ist nach erfolgloser Abmahnung schwer nachzuweisen.
Die Ermittlung und der Nachweis eines durch das unlautere Handeln kausal erzielten Gewinnes sind nur schwer möglich.		

			Es gibt noch zu viele offene Rechtsfragen.
			Sonstige:
21.	§ 1 UKlaG (Unterlassung/Widerruf bei AGB)	Fälle in 2016, in denen Sie diesen Anspruch geltend gemacht haben:	
		Davon ca. erfolgreich:	
		Typische Schwierigkeiten bei der Durchsetzung gerade dieser Norm:	
		Entscheidungen werden nicht umgesetzt	
		Entscheidungen entfalten keine ausreichende Signalwirkung auf dem Markt	
		Es kommt zu Umgehungspraktiken	
		Einzelne Verbraucher profitieren nicht hinreichend von der Entscheidung	
		Sonstige:	
22.	§ 2 UKlaG (Unterlassung/Beseitigung bei sonstigen Verbraucherschutzgesetzen)	Fälle in 2016, in denen Sie diesen Anspruch geltend gemacht haben:	
		Davon ca. erfolgreich:	
		Typische Schwierigkeiten bei der Durchsetzung gerade dieser Norm:	
		Entscheidungen werden nicht umgesetzt	
		Entscheidungen entfalten keine ausreichende Signalwirkung auf dem Markt	
		Es kommt zu Umgehungspraktiken	
		Einzelne Verbraucher profitieren nicht hinreichend von der Entscheidung	
		Sonstige:	
23.	§ 4a UKlaG (innergemeinschaftliche Verstöße gegen Verbraucherschutzgesetze)	Fälle in 2016, in denen Sie diesen Anspruch geltend gemacht haben:	
		Davon ca. erfolgreich:	
		Typische Schwierigkeiten bei der Durchsetzung gerade dieser Norm:	
		Es findet keine ausreichende Koordination der Durchsetzungsakteure einzelner Mitgliedstaaten untereinander statt.	
		Sonstige:	
24.	§ 79 Abs. 2 ZPO (Einziehungsklagen zugunsten einzelner Verbraucher)	Fälle in 2016, in denen Sie diesen Anspruch geltend gemacht haben:	
		Davon ca. erfolgreich:	
		Typische Schwierigkeiten bei der Durchsetzung einzelner Verbraucheransprüche mittels § 79 Abs. 2 ZPO:	
		Es machen zu wenig Verbraucher von dieser Möglichkeit Gebrauch.	
		Die Geltendmachung ist mit erheblichem	

			organisatorischen und finanziellen Aufwand verbunden.
			Die Vorgehensweise ist unpraktikabel, weil letztlich jeder Anspruch einzeln geltend gemacht werden muss.
			Erstrittene Musterentscheidungen entfalten keine ausreichende Bindungswirkung.
			Sonstige:
25.	Sonstige Anmerkungen:		
Fragen zu den Folgen von Verstößen gegen Verbraucherrecht			
26.	Für das Verbraucherrecht werden verschiedene Schutzrichtungen diskutiert. Bitte bewerten Sie erstens, wie wichtig Sie das Ziel finden und zweitens, wie gut dieses Ziel durch das bestehende Durchsetzungsregime jeweils erreicht wird. Bitte geben Sie dabei Ziffern von 1-5 an, 1 bedeutet „sehr gering“, 5 bedeutet „sehr hoch“.		
	Wirksame Abstimmung des konkreten Verstoßes	Bedeutung:	Zielerreichung:
	Prävention künftiger Verstöße	Bedeutung:	Zielerreichung:
	Ausgleich konkreter Verbraucherschäden	Bedeutung:	Zielerreichung:
	Funktionieren der Marktwirtschaft durch informierte Verbraucherentscheidungen	Bedeutung:	Zielerreichung:
	Vermeidung von „chilling effects“ für unternehmerisches Handeln	Bedeutung:	Zielerreichung:
27.	Bitte beurteilen Sie die Notwendigkeit einer Stärkung der nachfolgend aufgezählten Instrumente auf einer Skala von 1 („kein Handlungsbedarf“) bis 5 („eine Stärkung ist unbedingt erforderlich“). Wenn Sie für eine Stärkung sind, nennen Sie bitte Punkte, die bei der Ausgestaltung berücksichtigt werden müssten.		
	Rückzahlungsansprüche/ Folgenbeseitigung		
	Individuelle Schadensersatzansprüche		

	Die gebündelte Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen einzelner Verbraucher	
	Gewinnabschöpfung	
	Geldbußen	
	Einziehung von Vermögen	
28.	Sonstige Anmerkungen:	
Fragen zur bestehenden behördlichen Rechtsdurchsetzung		
Schon jetzt bestehen zahlreiche behördliche Durchsetzungsmöglichkeiten bei Verbraucherrechtsverstößen. Bitte beurteilen Sie das Tätigwerden oder Untätigbleiben der jeweiligen Behörden, soweit Sie einen Einblick haben.		
29.	In welchem Bereich des Verbraucherschutzes werden nach Ihren Erfahrungen kommunale und regionale Aufsichtsbehörden (z.B. Gewerbeämter) in erster Linie tätig? Welche Durchsetzungsdefizite sehen Sie, falls Sie welche sehen? Worauf führen Sie diese zurück?	Tätigkeitsbereiche: Durchsetzungsdefizite: Ursachen:
30.	In welchem Bereich des Verbraucherschutzes werden nach Ihren Erfahrungen Staatsanwaltschaften in erster Linie tätig? Welche Durchsetzungsdefizite sehen Sie, falls Sie welche sehen? Worauf führen Sie diese zurück?	Tätigkeitsbereiche: Durchsetzungsdefizite: Ursachen:
31.	In welchem Bereich des Verbraucherschutzes werden nach Ihren Erfahrungen Bundesbehörden in erster Linie tätig? Bitte nennen Sie Bundesbehörden, die Sie als besonders aktiv im Verbraucherschutz wahrnehmen. Welche Durchsetzungsdefizite sehen Sie, falls Sie welche sehen? Worauf führen Sie diese zurück?	Tätigkeitsbereich: Aktive Bundesbehörden: Durchsetzungsdefizite: Ursachen:
32.	Sonstige Anmerkungen:	
Fragen zu bestimmten Verhaltensweisen		
33.	Gibt es häufige Verhaltensweisen, von	


	<p>denen Sie meinen, dass diese von Verbraucherrecht erfasst werden müssten, die aber von den vorhandenen Tatbeständen nicht erfasst werden? Wenn ja, welche?</p>	
34.	<p>Haben Sie aus Kontakten mit Mitgliedern, Verbrauchern oder Stakeholdern den Eindruck, dass diese die Verbraucherrechtsdurchsetzung in manchen Branchen, gegenüber bestimmten Verhaltensweisen oder einzelnen Unternehmen besonders mangelhaft finden? Wenn ja, können Sie genauere Angaben machen?</p>	<p>Bestimmte Verhaltensweisen:</p> <p>Bestimmte Branchen:</p> <p>Einzelne Unternehmen:</p>
35.	<p>Gibt es Verhaltensweisen oder Branchen, bei denen Sie selbst aus Ihrer Arbeit den Eindruck haben, dass die Durchsetzung von Verbraucherrecht besonders mühsam oder aufwändig ist? Bitte geben Sie Beispiele, soweit möglich. Was sind aus Ihrer Sicht die Ursachen dafür?</p>	<p>Verhaltensweisen:</p> <p>Branchen:</p> <p>Ursachen:</p>
36.	<p>Bitte geben Sie auf einer Skala von 1 (stimme voll zu) bis 5 (stimme gar nicht zu) an, wie sehr Sie der folgenden These zustimmen: Die Durchsetzung von Verbraucherrechten bei digital angebotenen Gütern oder Leistungen ist besonders schwierig und erheblich schwieriger als im Offline-Bereich. Bitte begründen Sie Ihre Bewertung mit wenigen Stichworten.</p>	<p>Skalenbewertung:</p>
37.	<p>Über § 3a UWG werden Marktverhaltensregelungen in das Durchsetzungsregime des UWG einbezogen. Welche Rechtsgebiete oder Normen außerhalb des UWG stehen dabei im Blickpunkt Ihrer Arbeit? Bitte nennen</p>	

	Sie die drei wichtigsten.		
38.	<p>Haben Sie den Eindruck, dass es bei einem von § 3a UWG grundsätzlich erfassten Rechtsgebiet / Normkomplex, besonders zu Durchsetzungsdefiziten kommt? Bitte nennen Sie ggf. die drei wichtigsten Themen.</p> <p>Bitte geben Sie auch an, worauf Sie ein solches Durchsetzungsdefizit zurückführen.</p>		
39.	<p>Gibt es unlautere Verhaltensweisen, die „systematisch“ oder „flächendeckend“ auftreten? An welche Verhaltensweisen oder Branchen denken Sie dabei besonders? Welche Sachverhaltsmomente würden Sie dafür als typisch charakterisieren?</p>		<p>Charakteristika für systematische/flächendeckende Verhaltensweisen:</p> <p>Beispiele:</p>
40.	<p>Gibt es bei solchen „systematischen“ oder „flächendeckenden“ Verstößen aus Ihrer Sicht Durchsetzungsdefizite? Worauf führen Sie die Durchsetzungsdefizite in diesem Bereich zurück?</p>		
41.	Sonstige Anmerkungen:		
Fragen zur Gewichtung			
42.	<p>Wie beurteilen Sie allgemein das Niveau der Verbraucherrechtsdurchsetzung in Deutschland</p>		<p>eher zu hoch</p> <p>genau richtig</p> <p>eher zu gering</p>
43.	<p>Wie beurteilen Sie auf einer Skala von 1 (sehr gut) bis 5 (sehr schlecht) das Funktionieren spezifisch der privaten Durchsetzung des Verbraucherrechts?</p>		
44.	<p>Wo sehen Sie in der Praxis die wichtigsten rechtlichen Schwierigkeiten bei der privaten Durchsetzung von Verbraucherrecht?</p>		
45.	<p>Wo sehen Sie in der Praxis die wichtigsten tatsächlichen Defizite bei</p>		

	der privaten Durchsetzung von Verbraucherrecht?	
46.	Welche Aspekte der Thematik „Defizite der Verbraucherrechtsdurchsetzung“ sind Ihnen besonders wichtig?	
47.	Welche bislang nicht oder nicht ausreichend angesprochenen Aspekte des Themas möchten Sie hervorheben?	
48.	Sehen Sie Reformbedarf bei der privaten Durchsetzung des Verbraucherrechts?	Es bedarf wegen under-enforcements einer grundlegenden Reform der privaten Rechtsdurchsetzung.
		Die private Rechtsdurchsetzung muss wegen under-enforcements in einigen Bereichen gestärkt werden.
		Es bedarf wegen under-enforcements lediglich punktueller Ergänzungen.
		Das System der privaten Rechtsdurchsetzung funktioniert so, wie es ist.
		Es bedarf wegen over-enforcements der Einschränkung der Durchsetzungsintensität.
		Es bedarf wegen over-enforcements einer grundlegenden Reform der privaten Rechtsdurchsetzung.
		Bitte begründen Sie Ihre Antwort knapp:
49.	Sonstige Anmerkungen:	
Fragen zu möglichen gesetzgeberischen Maßnahmen		
Mit der 9. GWB-Novelle hat das Bundeskartellamt erstmals Befugnisse im Verbraucherrecht bekommen. Das Bundeskartellamt kann nun mit sog. Sektoruntersuchungen mutmaßliche Verbraucherrechtsverstöße untersuchen und sich vor Gericht in Verbraucherrechts-Verfahren einbringen. Durchsetzungsbefugnisse hat es in diesem Bereich jedoch bisher nicht. Es ist derzeit offen, ob und ggf. inwiefern das Bundeskartellamt auch Befugnisse in der Verbraucherrechtsdurchsetzung erhalten sollte. Die folgenden Fragen sollen Ihnen die Möglichkeit eröffnen, Hinweise, Vorschläge oder Bedenken anzubringen.		
50.	Wo sehen Sie am ehesten eine sinnvolle Ergänzung des aktuellen Durchsetzungsregimes durch behördliche Maßnahmen? Bitte erläutern Sie Ihre Antwort kurz.	Ermittlungsmaßnahmen
		Rechtliche Beurteilung
		Sanktionsebene
		Durchsetzungsebene
		Internationale Fälle
		Sonstige:
51.	Sind Ihnen aus dem Ausland Modelle	

	der behördlichen Durchsetzung von Verbraucherrecht bekannt, die Sie für vorbildlich halten?	
52.	Wenn es zur Stärkung der behördlichen Durchsetzung des wirtschaftlichen Verbraucherrechts kommen sollte, wäre das Bundeskartellamt hierfür dann eine geeignete Behörde?	ja
		nein, es sollte eine neue Behörde geschaffen werden
		nein, hiermit sollte eine bereits bestehende, andere Behörde befasst werden, und zwar:
53.	Welche Vorteile hätte eine Durchsetzung des wirtschaftlichen Verbraucherrechts durch das Bundeskartellamt aus Ihrer Sicht insbesondere? Welche Nachteile hätte eine Durchsetzung des wirtschaftlichen Verbraucherrechts durch das Bundeskartellamt aus Ihrer Sicht insbesondere?	Vorteile: Nachteile:
	Würden Sie die Einführung der folgenden Befugnisse für das Bundeskartellamt im Verbraucherrecht befürworten? (Mehrfachnennungen möglich)	Weitergehende Ermittlungsbefugnisse
		Untersagungsbefugnisse im Einzelfall
		Verhaltensauflagen oder Vorgaben für Unternehmen, die gegen Verbraucherrecht verstoßen haben
		Verbindlichmachung von einzelnen Entscheidungen für einen größeren Kreis von Unternehmen
		Anordnung der Folgenbeseitigung
		Abschöpfung von Gewinnen
		Festlegung von Schadensersatzsummen
		Bußgelder
		Verbraucherberatung und -aufklärung
Sonstige:		
54.	Wo sehen Sie bei einer Befassung des Bundeskartellamts mit Verbraucherrecht am ehesten Konfliktlinien zum etablierten System der	

	privaten Rechtsdurchsetzung?	
55.	Was wäre Ihnen für die Ausgestaltung besonders wichtig, falls es zu einer weitergehenden Befassung des Bundeskartellamts mit solchen Themen kommen würde?	
56.	Welche Befugnisse sollte das Bundeskartellamt aus Ihrer Sicht <i>nicht</i> erhalten?	
57.	Gibt es Branchen oder Verhaltensweisen, bei denen Sie sich ein Eingreifen des Bundeskartellamts besonders gut vorstellen könnten?	
58.	Haben Sie Anregungen für eine eventuelle Ausgestaltung der Befugnisse?	
59.	Sonstige Anmerkungen:	
Weitergehende Stellungnahme sowie Hinweise auf Materialien		



Vielen Dank für Ihre Mitwirkung!

Anhang 2: Englischsprachige Fassung der wesentlichen Ergebnisse (“Key Results”)

Study on public enforcement of consumer law in Germany

Key Results

The German Federal Ministry for Economic Affairs and Energy commissioned a study on options regarding the enforcement of consumer law provisions through the German national competition authority, the Bundeskartellamt. The study was authored by law professors Rupprecht Podszun, Christoph Busch and Frauke Henning-Bodewig and completed in February 2018.

Part A: Deficits in consumer law enforcement in Germany

(1) The level of consumer protection in Germany is generally regarded as high. The same applies in principle to the effectiveness of consumer law enforcement. So far, the focus has been on private enforcement.

(2) In some areas, private enforcement is supplemented by powers of public authorities. Sectoral enforcement of consumer law by agencies like *Bundesnetzagentur* or *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* is considered as effective by stakeholders. The use of powers in consumer law by local authorities, authorities on the level of the *Länder* and public prosecutors is seen as less effective.

(3) Private enforcement is seen as particularly effective with speedy injunctions against violations of consumer law on the basis of the German Act against Unfair Competition (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG*) and the Act on Injunctive Relief (*Unterlassungsklagengesetz, UKlaG*). In these cases, courts grant interim injunctions or the infringer submits to a cease-and-desist declaration subject to penalty.

(4) Private enforcement is limited in cases where it is not possible (or only possible with disproportionate effort) for private parties to clarify the facts of the case, for example in cases that involve companies from abroad, in cases where finances play a role, in cases with intransparent business models, or in cases where algorithms are used.

(5) When the damage is dispersed, there is usually no compensation. Complaints by individual consumers regularly fail to reach the courts because of the "rational apathy" of injured parties. The retroactive elimination of consequences is rare. In practice, the skimming off of profits from the infringer hardly plays a role. Infringements will therefore

be remedied for the future, but problems incurred will not be cured. The preventive effect of the law enforcement system is therefore limited in some constellations.

(6) At present, it is impossible to tell to what extent such problems are remedied through further case law on the removal of consequences (*Folgenbeseitigung*) or the new German model of class actions (*Musterfeststellungsklage*). Yet, there are at least doubts that the problem of low-value claims can effectively be solved.

(7) Private enforcement is complex due to the inter partes effect of judgments. Parallel proceedings may have to be instituted in order to achieve a broad effect. In addition, companies sometimes prevent precedent decisions through strategic behaviour in the process.

(8) In substantive terms, the law is sufficiently flexible to cover new business models and behaviours (e.g. influencer marketing, comparison platforms).

(9) The Consumer protection cooperation Regulation (CPC), revised in 2017 and providing significantly extended minimum powers, strengthens the case of extending enforcement by public authorities.

(10) Consumer organisations see shortcomings in consumer law enforcement, but are primarily in favour of strengthening private enforcement. Business associations are more reluctant to name deficits.

Part B: Options for public enforcement

(11) Enforcement of consumer law could be changed by giving powers to the *Bundeskartellamt*, the German national competition authority. This would build on the functioning system of public enforcement of antitrust law. Since the 9th amendment of the Act against Restraints of Competition (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB*) in 2017, the *Bundeskartellamt* has some first competences in consumer law.

(12) Deficits in the investigation stage of infringements could be remedied by extending the investigative powers in §§ 57 ff. *GWB* on violations of consumer law.

(13) There could be a follow-up competence to issue prohibition decisions as in § 32 para 1 *GWB*. During proceedings, violations of the law could be remedied by injunctive relief as foreseen in § 32a *GWB*.

(14) The *Bundeskartellamt* could be empowered to issue general rulings or to declare its own decisions or decisions by courts to be generally binding. This would counter

the lack of impact of decisions in civil proceedings. If precedent is prevented by strategic procedural behaviour, the authority could subsequently determine the infringement (§ 32 para 3 GWB).

(15) Deficits in compensating damages and skimming off of profits could partially be compensated by reimbursement orders according to § 32 para 2a GWB or commitment decisions according to § 32b GWB. The authority could also positively oblige the companies to act in a certain way (cf. § 32 para 2 GWB). The interaction with private actors could be strengthened by a binding effect of decisions and by the possibility of independent removal procedures at the authority after court decisions.

(16) A too low level of prevention due to the focus of private enforcement on injunctive relief and the weaknesses of the provisions on skimming off could be resolved by fines for particularly serious infringements and for causing dispersed damage. Fines could also be imposed for infringements during the investigation.

(17) The Bundeskartellamt could improve the level of consumer law enforcement through information and advocacy (e.g. through guidelines, educational work, naming and shaming, public relations). The authority could be involved in co-regulatory and standard-setting processes.

(18) When assessing these options, it should be borne in mind that the Bundeskartellamt should only act in a subsidiary manner to other federal authorities. It would be in competition with other authorities, which would require some coordination mechanism.

(19) Since many cases of consumer law infringements display a much lower level of unlawfulness of conduct than antitrust infringements and are also committed by small companies, the intervention of the Bundeskartellamt should be linked to special conditions for reasons of proportionality and in order to avoid excessive burdens on companies. This could be achieved by defining the discretionary power to pick cases as well as substantive requirements in individual norms. One possible condition would be, for example, the significant, permanent or repeated impairment of consumers' interests. The introduction of fines would require a particularly careful examination of rule-of-law-standards and proportionality.

(20) The limitation of the discretionary power to pick cases would reduce the overlap with private enforcement. For parallel proceedings, coordination mechanisms between private and public enforcement should be provided. The actors legitimised in UWG and UKlaG should be involved in the activities of the authority.

(21) The addition of powers could be used to meet the requirements of the CPC Regulation, provided that the regulation is interpreted as meaning that an administrative model has to be introduced.

(22) Both consumer and business associations are largely critical of an extension of public enforcement. They see a need, if at all, predominantly at the investigatory stage. Some also see fines, positive orders of the authority as well as making judgements generally binding as possible fields for the involvement of an authority.