

# Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG

Harte-Bavendamm / Henning-Bodewig

5. Auflage 2021  
ISBN 978-3-406-75504-0  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

- machten Verstöße außer Verhältnis zum Umfang der eigenen Geschäftstätigkeit steht oder wenn anzunehmen ist, dass der Mitbewerber das wirtschaftliche Risiko seines außergerichtlichen oder gerichtlichen Vorgehens nicht selbst trägt,
3. ein Mitbewerber den Gegenstandswert für eine Abmahnung unangemessen hoch ansetzt,
  4. offensichtlich überhöhte Vertragsstrafen vereinbart oder gefordert werden,
  5. eine vorgeschlagene Unterlassungsverpflichtung offensichtlich über die abgemahnte Rechtsverletzung hinausgeht,
  6. mehrere Zuwiderhandlungen, die zusammen hätten abgemahnt werden können, einzeln abgemahnt werden oder
  7. wegen einer Zuwiderhandlung, für die mehrere Zuwiderhandelnde verantwortlich sind, die Ansprüche gegen die Zuwiderhandelnden ohne sachlichen Grund nicht zusammen geltend gemacht werden.

(3) Im Fall der missbräuchlichen Geltendmachung von Ansprüchen kann der Anspruchsgegner vom Anspruchsteller Ersatz der für seine Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen fordern. Weitergehende Ersatzansprüche bleiben unberührt.

### § 9 Schadensersatz

Vorbemerkung: Abs. 1 (bisher § 9 S. 1) ist gegenüber dem UWG 2020 unverändert; (Goldmann → UWG § 9). Abs. 2 ist neu; Kommentierung siehe → Rn. 1 ff. (Goldmann). Abs. 3 (bisher § 9 S. 2) erfasst als Folgeänderung der Einführung des Anspruchs gem. § 9 Abs. 2 auch diesen, ist aber ansonsten unverändert.

(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, ist den Mitbewerbern zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(2) Wer vorsätzlich oder fahrlässig eine nach § 3 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt und hierdurch Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die sie andernfalls nicht getroffen hätten, ist ihnen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Dies gilt nicht für unlautere geschäftliche Handlungen nach den §§ 3a, 4 und 6 sowie nach Nummer 32 des Anhangs.

(3) Gegen verantwortliche Personen von periodischen Druckschriften kann der Anspruch auf Schadensersatz nach den Absätzen 1 und 2 nur bei einer vorsätzlichen Zuwiderhandlung geltend gemacht werden.

### Zu § 9 Abs. 2

**Schrifttum:** Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, 2010; ders., Überblick und Anmerkungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, WRP 2021, 126; Fezer, Das wettbewerbsrechtliche Vertragsauflösungsrecht in der UWG-Reform, 2003, 127; Goldmann, Die Pflicht zur Anbringung des eigenen Namens am Geschäftslokal – zwischen Geistigem Eigentum, Marktkommunikation und Verbraucherschutz, FS Fezer, 2016, 225; Heinze, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017; Klette, Anmerkung zu BGH GRUR 1985, 876 – Tchibo/Rolux I, GRUR 1985, 878; Köhler, Der Schadensersatzanspruch der Verbraucher im künftigen UWG, WRP 2021, 129; Potacs, Effet utile als Auslegungsgrundsatz, EuR 2009, 465; Reich, Der Effektivitätsgrundsatz im EU-Verbraucherrecht, VuR 2012, 327; Scherer, Verbraucherschadensersatz durch § 9 Abs. 2 UWG Reg-E als Umsetzung von Art. 3 Nr. 5 Omnibus-RL – eine Revolution im Lauterkeitsrecht, WRP 2021, 561; Sack, Regierungsentwurf einer UWG-Novelle – ausgewählte Probleme, BB 2003, 1073; ders., Folgeverträge unlauteren Wettbewerbs, GRUR 2004, 625; ders., Neuere Entwicklungen der Individualklagebefugnis im Wettbewerbsrecht, GRUR 2011, 953; Schmidt-Kessel, Paradigmenwechsel im UWG – Individualschutz für Verbraucher, VuR 2021, 121; Schulze, Nutzungsausfallentschädigung – Zu Funktion und

Übersicht

	Rn.
A. Umfang der Neuregelung .....	1
I. Schadensersatzanspruch der Mitbewerber .....	1
II. Schadensersatzanspruch der Verbraucher .....	2
III. Presseprivileg .....	3
B. Entstehungsgeschichte und Normzweck .....	4
I. Zum bisherigen Rechtszustand .....	4
II. Umsetzung von Art. 11a UGP-RL .....	6
1. Pflicht zur Umsetzung des Art. 11a UGP-RL .....	6
2. Inhalt und Normzweck des Art. 11a UGP-RL .....	9
3. Zur Reichweite der Harmonisierung .....	13
a) Einführung eigenständiger Rechtsbehelfe .....	13
b) Einführung eines Anspruchs auf Schadensersatz .....	19
c) Einführung eines Anspruchs auf Preisminderung oder Beendigung des Vertrags .....	20
4. Zur Intensität der Harmonisierung mit Blick auf den Anspruch auf Schadensersatz .....	26
a) Für die Auslegung bestimmende Vorfrage .....	26
b) Spielräume bei der Richtlinienumsetzung und ihre Grenzen .....	27
c) Der weite Spielraum des Art. 11a UGP-RL und seine Grenzen .....	31
III. Verhältnis der Rechtsschutzziele Schadensersatz und Beseitigung .....	36
C. Rechtsnatur .....	39
D. Aktiv- und Passivlegitimation .....	40
I. Aktivlegitimation .....	40
1. Aktivlegitimation der Verbraucher .....	40
2. Abtretung .....	41
3. Prozessstandschaft .....	43
4. Verbandsklage .....	45
II. Passivlegitimation .....	46
E. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs .....	47
I. Zuwiderhandlung .....	47
1. Nach § 3 unzulässige geschäftliche Handlung .....	47
2. Ausschluss für bestimmte unlautere geschäftliche Handlungen .....	51
3. Maßgeblicher Zeitpunkt .....	52
4. Darlegungs- und Beweislast .....	53
II. Schuldhaftes Handeln (Vorsatz und Fahrlässigkeit) .....	57
1. Unionsrechtskonformität des Verschuldenserfordernisses .....	57
2. Vorsatz und Fahrlässigkeit .....	58
3. Zurechnung schuldhaften Handelns und Haftung für Dritte .....	59
4. Darlegungs- und Beweislast .....	60
F. Haftungsausfüllende Kausalität und Schutzzweck der Norm .....	61
I. Zur Bedeutung der haftungsausfüllenden Kausalität .....	61
II. Veranlassung des Verbrauchers zu einer geschäftlichen Entscheidung und hieraus entstehender Schaden .....	65
1. Doppelter Kausalzusammenhang .....	65
2. Kausalzusammenhang zwischen unzulässiger geschäftlicher Handlung und geschäftlicher Entscheidung des Verbrauchers .....	66
a) Grundsatz .....	66
b) Geschäftliche Entscheidung .....	68
c) Veranlassung der geschäftlichen Entscheidung .....	81
3. Kausalzusammenhang zwischen geschäftlicher Entscheidung des Verbrauchers und Schaden .....	92
a) Grundsatz .....	92
b) Zum Begriff des Schadens im Unionsrecht .....	93

	Rn.
c) Kausalität der geschäftlichen Handlung des Verbrauchers für die Entstehung des Schadens .....	98
III. Schutzzweck der Norm und rechtmäßiges Alternativverhalten .....	99
1. Schutzzweck der Norm .....	99
2. Rechtmäßiges Alternativverhalten .....	99
IV. Mitverschulden .....	101
1. Grundsatz .....	101
2. Handhabung des Mitverschuldens mit Blick auf den Schutzzweck der Norm .....	102
G. Art und Umfang des Schadensersatzes .....	105
I. Grundlagen .....	105
1. Verhältnis von Naturalrestitution und Schadensersatz in Geld .....	105
2. Zu ersetzende Interessen .....	107
3. Ersatz immaterieller Schäden .....	108
4. Einzelfallbetrachtung .....	109
II. Fallgruppen .....	110
1. Vertrag mit dem unzulässig Handelnden nicht zustande gekommen .....	110
a) Ersatz frustrierter Aufwendungen .....	110
b) Kompensation des Integritätsinteresses? .....	112
c) Kein Ersatz immaterieller Schäden .....	113
2. Vertrag mit dem unzulässig handelnden Unternehmer zustande gekommen .....	114
a) Naturalrestitution mit Blick auf Bestand des Vertrags .....	114
b) Keine Kompensation des Erfüllungsinteresses .....	124
c) Kompensation des Vertrauensschadens durch Preisherabsetzung .....	127
d) Kompensation des Integritätsinteresses bei Folgeschäden .....	129
e) Entgangener Gewinn .....	131
f) Entgangene Möglichkeiten und Kommerzialisierungsgedanke .....	134
3. Vertrag mit einem Dritten zustande gekommen .....	137
a) Naturalrestitution mit Blick auf den Bestand des Vertrags .....	137
4. Vertrag mit einem Dritten nicht zustande gekommen oder gekündigt .....	140
a) Kompensation des Erfüllungsinteresses .....	140
b) Entgangener Gewinn .....	145
c) Integritätsinteresse .....	146
5. Zahlungen .....	147
a) Rechtsgrundlose Zahlungen .....	147
b) Zahlungen auf einen einredefreien Anspruch .....	148
6. Nichtausübung vertraglicher Rechte .....	149
7. Preisgabe von Daten .....	150
III. Rechtsverfolgungskosten .....	151
1. Anspruch auf erforderliche und zweckmäßige Rechtsverfolgungskosten ..	151
2. Zur Höhe der Erstattung von Rechtsanwaltskosten .....	154
H. Anspruchskonkurrenzen .....	155
I. Verjährung: Einjährige Verjährungsfrist .....	156
II. Zur Entstehungsgeschichte .....	157
III. Beurteilung nach Unionsrecht .....	160
K. Gerichtliche Zuständigkeit .....	163
L. Schadensersatzanspruch gem. § 9 Abs. 2 S. 1 als Grundlage von Abwehransprüchen? .....	164

## A. Umfang der Neuregelung

### I. Schadensersatzanspruch der Mitbewerber

- 1 Das „Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht“ vom 10. August 2021,<sup>1</sup> das gem. Art. 3 am 28. Mai 2022 in Kraft treten wird, hat § 9 neu

<sup>1</sup> BGBl I S. 3504.

gefasst und erweitert. Der Schadensersatzanspruch der Mitbewerber, der bislang den alleinigen Regelungsgegenstand bildete, wird ohne sachliche Änderung nun in Abs. 1 geregelt.

## II. Schadensersatzanspruch der Verbraucher

**Neu eingeführt** wird in Abs. 2 ein **Schadensersatz für Verbraucher**. Er ist Gegenstand dieser die Kommentierung des UWG 2020 ergänzenden Erläuterungen (*Goldmann* → UWG § 9) beziehen sich auf den Hauptkommentar im ersten Teil dieses Werkes.

## III. Presseprivileg

Das **bisher in § 9 S. 2 UWG 2004 geregelte Presseprivileg** findet sich nun in **Abs. 3**, wobei sich das Presseprivileg folgerichtig nicht nur auf den jetzt in § 9 Abs. 1 geregelten Schadensersatzanspruch der Mitbewerber, sondern **auch** auf den nunmehr **in § 9 Abs. 2 S. 1** geregelten Schadensersatzanspruch der Verbraucher bezieht. Da sich die wettbewerbsrechtliche Verantwortlichkeit der Presse grundsätzlich auch auf fremdverfasste Inhalte, insbesondere Anzeigen, bezieht, ist es auch im Verhältnis zu Verbrauchern sachgerecht, dass die Haftung auf vorsätzliche Verstöße beschränkt ist. Eine Einbeziehung fahrlässiger Verstöße würde einen unzumutbaren personellen und zeitlichen Mehraufwand bei der Überprüfung von Anzeigen und eine unzumutbare Reduzierung der regelmäßig existenznotwendigen Einnahmen aus dem Anzeigengeschäft bedeuten. Die Einschränkung des Schadensersatzanspruches ist daher zur Sicherstellung der in Artikel 5 Abs. 1 GG und in Art. 11 Abs. 2 EU-Grundrechte-Charta gewährleisteten Freiheit der Presse gerechtfertigt. Da die Regelung im Übrigen keine Personen erfasst, die den Inhalt der Anzeige gestaltet haben, bleibt es den Verbrauchern unbenommen, Schadensersatzansprüche gegen die betreffenden Personen geltend zu machen.<sup>2</sup>

## B. Entstehungsgeschichte und Normzweck

### I. Zum bisherigen Rechtszustand

Bisher hatten Verbraucher, die durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigt wurden, **keinen Anspruch auf Schadensersatz**, weder unmittelbar nach § 9 UWG, noch über den Umweg des § 823 Abs. 2 BGB, weil trotz Einbeziehung des Verbraucherschutzes in die sog. „Schutzzwecktrias“ (*Podszun* → UWG § 1 Rn. 11) UWG-Normen (mit Ausnahme des § 16 UWG) vom BGH, von der überwiegenden Meinung im Schrifttum und auch nach der erklärten Absicht des Gesetzgebers nicht als Schutzgesetz im Sinne dieser allgemeinen deliktsrechtlichen Norm gewertet wurden (ausf. *Goldmann* → UWG § 9 Rn. 17 mwN). Auch ein Recht auf Preisminderung oder Beendigung des Vertrags bestand nicht. Das seit 1987 in § 13a UWG 1909 verankerte **individuelle Vertragslösungsrecht** der Verbraucher, das anstelle eines zunächst erwogenen kollektiven Schadensersatzanspruches für Verbraucher eingeführt worden war, war praktisch bedeutungslos und nur von kurzer Dauer; es wurde mit der großen UWG-Reform 2004 ersatzlos **gestrichen** (*Goldmann* → UWG § 10 Rn. 10f.).

Der deutsche **Gesetzgeber** hatte sich allen neueren Bestrebungen, **individuelle Ansprüche der Verbraucher** im UWG zu verankern, **hartnäckig widersetzt**. Begründet wurde die Skepsis gegenüber individuellen Ansprüchen der Verbraucher mit der ebenso protektionistischen wie paradoxen Erwägung, dass das hohe Schutzniveau des UWG, das gerade auch im Interesse der Verbraucher bestehe, durch die Einführung solcher Ansprüche im Ergebnis in Frage gestellt würde. Unternehmer müssten bei Beibehaltung des materiellen Schutzniveaus jederzeit mit einer Vielzahl von Klagen von Verbrauchern wegen eines (angeblichen) Verstoßes gegen das UWG rechnen. Dies würde zu sehr hohen Belastungen

<sup>2</sup> BT-Drs. 19/27873, 41.

der Wirtschaft führen und hätte einen erheblichen Standortnachteil zur Folge. Diese Belastungen seien nur dadurch auf ein für die Wirtschaft akzeptables Maß zu verringern, dass man das Schutzniveau absenke und dadurch wiederum das Prozessrisiko für die Unternehmen verringere.<sup>3</sup>

## II. Umsetzung von Art. 11a UGP-RL

- 6 **1. Pflicht zur Umsetzung des Art. 11a UGP-RL.** Nunmehr zwingt Art. 11a UGP-RL den deutschen Gesetzgeber zur Einführung solcher individuellen Ansprüche (ausf. → Rn. 13 ff.). § 9 Abs. 2 dient der Umsetzung des durch Art. 3 Nr. 5 der Omnibus-Richtlinie eingeführten Art. 11a UGP-RL in deutsches Recht und gibt erstmals Verbrauchern einen individuellen Anspruch auf Ersatz von Schäden, die ihnen aus einer aufgrund unlauteren Wettbewerbs veranlassten geschäftlichen Entscheidung erwachsen. Damit werden nach der Absicht des Gesetzgebers zum einen vorhandene **Schutzlücken geschlossen**. Der Gesetzgeber identifiziert etwa Fälle, in denen Verbrauchern durch fahrlässige (also nicht iSd § 826 BGB vorsätzlich sittenwidrige<sup>4</sup>) irreführende geschäftliche Handlungen ein Schaden entstanden ist, aber zu dem Werbendem kein Vertragsverhältnis oder vorvertragliches Schuldverhältnis bestanden hat. Auch hat der Gesetzgeber Fälle im Blick, in denen Verbraucher durch psychisch vermittelten Zwang im Rahmen einer aggressiven geschäftlichen Handlung iSv § 4a UWG zu einer wirtschaftlich nachteiligen Handlung veranlasst worden sind, hierbei aber keine Drohung iSv § 123 Abs. 1 BGB vorgelegen hat.<sup>5</sup> Zum anderen soll ein „**klarer und umfassender Rechtsrahmen zur Beseitigung der individuellen Folgen** unlauterer geschäftlicher Handlungen“ geschaffen werden.<sup>6</sup> Der neu eingeführte Schadensersatzanspruch steht **in freier Anspruchskonkurrenz neben** den schon vorhandenen **vertraglichen oder deliktischen Ansprüchen des bürgerlichen Rechts** (→ Rn. 155).<sup>7</sup> Der Schutz der Verbraucher vor unlauteren geschäftlichen Handlungen, wie er in der „Schutzzwecktrias“ des § 1 UWG verankert ist, wird auf diese Weise vervollständigt, indem das UWG auch den Ausgleich der individuellen Nachteile von unlauteren geschäftlichen Handlungen bei der einzelnen Verbraucherin oder dem einzelnen Verbraucher sicherstellt.<sup>8</sup>
- 7 Dagegen soll diese Ergänzung des UWG um einen Schadensersatzanspruch für Verbraucher in § 9 Abs. 2 nichts daran ändern, dass die §§ 8 bis 10 UWG die lauterkeitsrechtlichen Ansprüche aufgrund von Wettbewerbsverstößen abschließend regeln und die **Vorschriften des UWG** (mit Ausnahme der Strafnorm des § 16 UWG) daher grundsätzlich **keine Schutzgesetze** iSd § 823 Abs. 2 BGB sind, wie es auch bisherigem Verständnis entspricht.<sup>9</sup>
- 8 Nach der Überzeugung des deutschen Gesetzgebers stellt § 9 Abs. 2 auf eine **1:1-Umsetzung** der Vorgaben des Art. 11a UGP-RL dar.<sup>10</sup>
- 9 **2. Inhalt und Normzweck des Art. 11a UGP-RL.** Art. 11a UGP-RL lautet:  
*„(1) Verbraucher, die durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigt wurden, haben Zugang zu angemessenen und wirksamen Rechtsbehelfen, einschließlich Ersatz des dem Verbraucher entstandenen Schadens sowie gegebenenfalls Preisminderung oder Beendigung des Vertrages. Die Mitgliedstaaten können die Voraussetzungen für die Anwendung und die Folgen der Rechtsbehelfe festlegen. Die Mitgliedstaaten können gegebenenfalls die Schwere und Art der unlauteren Geschäftspraktiken, den dem Verbraucher entstandenen Schaden sowie weitere relevante Umstände berücksichtigen.“*

<sup>3</sup> BT-Dr 15/1487, 22; krit. hierzu Sack GRUR 2004, 625 (630); Sack GRUR 2011, 953 (960 ff.).

<sup>4</sup> Zum auf § 826 BGB gestützten Schadensersatz in solchen Fällen (sog. „Dieselskandal“) BGH NJW 2020, 1962 Rn. 47.

<sup>5</sup> BT-Drs. 19/27873, 20.

<sup>6</sup> BT-Drs. 19/27873, 20, 40.

<sup>7</sup> BT-Drs. 19/27873, 40.

<sup>8</sup> BT-Drs. 19/27873, 20.

<sup>9</sup> BT-Drs. 19/27873, 20 unter Bezugnahme auf BT-Drs. 15/1487, 22.

<sup>10</sup> BT-Drs. 19/27873, 41.

(2) Diese Rechtsbehelfe berühren nicht die Anwendung anderer Rechtsbehelfe, die den Verbrauchern nach dem Unionsrecht oder dem nationalen Recht zur Verfügung stehen.“

Hintergrund dieser Regelung ist eine vom Richtliniengeber wahrgenommene Lücke im System des verbraucherschützenden Lauterkeitsrechts der UGP-RL. Diese besteht darin, dass den Verbrauchern vielfach **individuelle Rechtsbehelfe** fehlen, **die gerade an die Unlauterkeit einer Geschäftspraxis anknüpfen** und nicht an andere Haftungsgründe wie etwa die vertragliche Gewährleistung. Die vorhandenen Rechtsbehelfe der Verbraucher aus anderen Rechtsgründen werden als unklar, unzureichend und nicht effektiv genug wahrgenommen. Exemplarisch belegt wird die fehlende Wirksamkeit der vorhandenen Rechtsbehelfe durch den sog. „Abgasskandal“ und die Schwierigkeiten der Verbraucher, Ansprüche gegen Autohersteller durchzusetzen, da vertragliche Ansprüche nur gegen den jeweiligen Autohändler bestanden.<sup>11</sup> Durch die Einführung individueller Rechtsbehelfe gerade mit Blick auf die Unlauterkeit einer Geschäftspraxis soll der **Verbraucherschutz verstärkt** werden. Gleichzeitig sollen Unternehmer davon abgeschreckt werden, sich unlauterer Geschäftspraktiken zu bedienen, wobei aber der Präventionsgedanke bei der Einführung individueller Verbraucherrechte nicht im Vordergrund zu stehen scheint, sondern eher der Einführung behördlicher Sanktionen zugrunde liegt (vgl. Erwägungsgrund 3 der Omnibus-Richtlinie, → Rn. 12). Damit scheint die **Abschreckung** für Art. 11a UGP-RL zwar kein Leitprinzip zu sein, aber wohl doch jedenfalls „ein erwünschtes Nebenprodukt der Schadensersatzpflicht“,<sup>12</sup> was der Rechtsprechung des BGH zur ergänzenden präventiven Funktion des Schadensersatzes entspricht („**nützliche Folge**“).<sup>13</sup> In der deutschen Gesetzesbegründung wird dies so formuliert, dass mit dem neu geschaffenen individuellen Schadensersatzanspruch für Verbraucher „ein weiterer **ökonomischer Anreiz zur Einhaltung** der bestehenden wettbewerbsrechtlichen Regelungen gesetzt“ wird.<sup>14</sup>

Die UGP-RL wurde nach der Vorstellung des Richtliniengebers, wie er in Erwägungsgrund 13 des Entwurfs zur Omnibus-Richtlinie zum Ausdruck kommt, zwar ursprünglich vor allem deshalb konzipiert, um das Marktverhalten von Unternehmern auf der Grundlage der behördlichen Rechtsdurchsetzung zu regeln; allerdings machten die Erfahrungen aus ihrer über zehnjährigen Anwendung die Mängel deutlich, die darauf zurückzuführen sind, dass ein klarer Rahmen zur Festlegung der Rechte im Zusammenhang mit der Einlegung individueller Rechtsbehelfe für Verbraucher fehlt.<sup>15</sup> Die nationalen Vorschriften über individuelle Rechtsbehelfe für Verbraucher, die durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigt wurden, wichen bislang voneinander ab, wie die Kommission in Erwägungsgrund 14 des Entwurfs zur Omnibus-Richtlinie feststellt. In der Situation vor Erlass der Omnibus-Richtlinie, in der es den Mitgliedstaaten weitgehend überlassen blieb festzulegen, ob und inwiefern Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen sollten, **konnte die bisherige UGP-RL nach Auffassung der Kommission nicht ihre volle Wirkung entfalten**. Der doppelte Zweck der Richtlinie, die sowohl zu einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts als auch zum Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus beitragen soll, konnte somit immer noch nicht erreicht werden. Trotz der nach nationalem Recht durchaus bestehenden Rechtsbehelfe konnte die Kommission im Rahmen der Eignungsprüfung **keine signifikanten Fälle** aus der Rechtsprechung ermitteln, in denen Opfer unlauterer Geschäftspraktiken von Rechtsbehelfen Gebrauch gemacht hatten. Für die Kommission ist es jedoch eine ausgemachte Sache, dass **unlautere Geschäftspraktiken europaweit das häufigste Problem im Zusammenhang mit Verbraucherrechten** darstellen. Dies lässt nach Auffassung der Kommission darauf schließen, dass die bestehenden Rechtsbehelfe nicht gewährleisten, dass Probleme von Verbrauchern gelöst werden können, wenn deren Rech-

<sup>11</sup> COM (2018) 185 final, 16.

<sup>12</sup> Formulierung von *Alexander* S. 141.

<sup>13</sup> BGH NJW 2020, 1962 Rn. 67; zur Präventionswirkung ebenfalls *Köhler* WRP 2021, 121 Rn. 63.

<sup>14</sup> BT-Drs. 19/27873, 21.

<sup>15</sup> COM (2018) 185 final, 26.



te aus der Richtlinie verletzt worden sind. Daher würde nach Auffassung der Kommission die **Einführung eines klaren Rahmens für individuelle Rechtsbehelfe die private Rechtsdurchsetzung erleichtern** und die bestehende Verpflichtung der Mitgliedstaaten ergänzen, sicherzustellen, dass geeignete und wirksame Mittel vorhanden sind, um die Einhaltung der Richtlinie durchzusetzen. Dies entspräche nach Auffassung der Kommission auch dem Ansatz für individuelle Rechtsbehelfe in anderen Verbraucherschutzrichtlinien wie der Richtlinie 93/13/EWG und der Richtlinie 1999/44/EG und würde eine kohärentere und konsequentere Anwendung der Verbraucherschutzvorschriften gewährleisten.<sup>16</sup>

- 12 In Erwägungsgrund 3 der dann verabschiedeten Omnibus-Richtlinie heißt es zu dem Desiderat wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender individueller Rechtsbehelfe für Verbraucher allgemein:

*„Die Union hat bereits eine Reihe von Maßnahmen ergriffen, um Verbraucher, Unternehmer und Angehörige der Rechtsberufe besser für die Rechte der Verbraucher zu sensibilisieren und für eine wirksamere Durchsetzung der Verbraucherrechte und des Rechtsschutzes für Verbraucher zu sorgen. Allerdings gibt es nach wie vor Lücken im nationalen Recht hinsichtlich wirklich wirksamer und verhältnismäßiger Sanktionen, um von Verstößen innerhalb der Union abzuschrecken und diese zu ahnden, hinsichtlich unzureichender individueller Rechtsbehelfe, die Verbrauchern, die durch Verstöße gegen die nationalen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates geschädigt wurden, zur Verfügung stehen [...].“*

In Erwägungsgrund 26 der Omnibus-Richtlinie heißt es dann konkreter:

*„Zur Beseitigung jeglicher Folgen unlauterer Geschäftspraktiken sollten die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass Verbrauchern, die durch solche Geschäftspraktiken geschädigt wurden, Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen. Ein klarer Rahmen für individuelle Rechtsbehelfe würde die private Rechtsdurchsetzung erleichtern. Die Verbraucher sollten die Möglichkeit haben, in verhältnismäßiger und wirksamer Form Schadenersatz sowie gegebenenfalls eine Preisminderung zu erhalten oder den Vertrag zu beenden. Den Mitgliedstaaten sollte es freistehen, Rechte im Zusammenhang mit weiteren Rechtsbehelfen, etwa Reparatur oder Ersatzlieferung, für Verbraucher, die durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigt wurden, beizubehalten oder einzuführen, um sicherzustellen, dass die Folgen solcher Geschäftspraktiken vollständig beseitigt werden. Den Mitgliedstaaten sollte es freistehen, Voraussetzungen für die Anwendung und die Folgen der Rechtsbehelfe für die Verbraucher festzulegen. Bei der Anwendung der Rechtsbehelfe könnten gegebenenfalls die Schwere und Art der unlauteren Geschäftspraktik, der dem Verbraucher entstandene Schaden sowie weitere relevante Umstände, etwa Fehlverhalten oder Vertragsverstoß seitens des Unternehmers, berücksichtigt werden.“*

- 13 **3. Zur Reichweite der Harmonisierung. a) Einführung eigenständiger Rechtsbehelfe.** Art. 11a UGP-RL erfordert nach seiner Entstehungsgeschichte und seinem Sinn und Zweck die Einführung angemessener und wirksamer individueller Verbraucher-Rechtsbehelfe, die gerade an die Unlauterkeit einer Geschäftspraxis anknüpfen. Denn diese Rechtsbehelfe dienen laut Erwägungsgrund 26 der Omnibus-Richtlinie gerade der „Beseitigung jeglicher Folgen unlauterer Geschäftspraktiken“.
- 14 Erwägungsgrund 26 der Omnibus-Richtlinie verlangt entsprechend einen „**klaren Rahmen**“ für diese individuellen **Rechtsbehelfe** der Verbraucher. Die Rechtsbehelfe **müssen eigenständig sein** und zu den bereits vorhandenen Rechtsbehelfen des allgemeinen Zivilrechts, insbesondere vertraglichen Rechtsbehelfen, hinzutreten.<sup>17</sup> Die bereits vorhandenen Rechtsbehelfe sind nämlich nach Auffassung des Richtliniengabers unzureichend, um in hinreichend abschreckender Weise Verstöße gegen das verbraucherschützende Lauterkeitsrecht zu sanktionieren, und bilden keinen hinreichend klaren Rahmen für die Rechtsdurchsetzung.<sup>18</sup>
- 15 Dies gilt gerade auch für **das bisherige deutsche Recht**. Denn auch wenn dem Betroffenen im Einzelfall durchaus wirksame rechtliche Mittel zur Verfügung stehen und er

<sup>16</sup> COM (2018) 185 final, 26.

<sup>17</sup> AA Alexander WRP 2021, 136 Rn. 61 ff.

<sup>18</sup> BT-Drs. 19/27873, 20.

etwa über einen Bereicherungsausgleich nach Anfechtung, Rückzahlungsansprüche nach Rücktritt, Sachmängelgewährleistung oder die Regeln der *culpa in contrahendo* einen Ausgleich erlangen könnte, ist die allgemeine zivilrechtliche Anspruchssystematik für einen Verbraucher nicht einfach zu durchschauen und **bietet keinen klaren Rahmen**. Hinzu kommt, dass die traditionellen Rechtsbehelfe des bürgerlichen Rechts nicht der Bekämpfung von Wettbewerbsdelikten dienen, sondern unter anderen, spezifischen Gesichtspunkten (Bindung an eine Willenserklärung, Gesetz- oder Sittenwidrigkeit des Vertragsinhalts, Sicherung des vertraglich vorausgesetzten Interessenausgleichs, sittenwidrige Schädigung, Verstoß gegen Schutzgesetze wie z. B. § 263 StGB iVm § 823 Abs. 2 BGB) Rechtsschutzmöglichkeiten bieten, die im Einzelnen sehr unterschiedlich sind und jeweils von spezifischen Voraussetzungen abhängen, die keinesfalls immer erfüllt sind, wenn eine geschäftliche Handlung eines Verbrauchers durch unlauteren Wettbewerb veranlasst ist<sup>19</sup> (vgl. *Goldmann* → UWG § 10 Rn. 18).

Diese Voraussetzungen mögen zwar im Einzelfall durchaus gegeben sein, wenn eine Geschäftspraxis nicht im Einklang mit dem verbraucherschützenden Lauterkeitsrecht steht. Insoweit wurden die bisherigen zivilrechtlichen Instrumente in Deutschland überwiegend auch als ausreichend zur Gewährleistung eines individuellen Verbraucherschutzes bei unlauteren Geschäftspraktiken angesehen.<sup>20</sup> Aus Sicht des Gesetzgebers bietet das bestehende bürgerliche Recht aber jedenfalls **keinen lückenlosen Schutz** (→ Rn. 6).<sup>21</sup>

Aber auch dort, wo Anspruchsgrundlagen bestehen, die bei unlauteren Geschäftspraktiken greifen können, sind sie **nicht speziell hierauf zugeschnitten** und verlangen jeweils eine eigenständige Prüfung, die den Verbraucher regelmäßig überfordern wird. Von dieser Prüfung soll Art. 11a UGP-RL den Verbraucher gerade entlasten. Insoweit stand der in der Gesetzgebungsdiskussion verschiedentlich gemachte Vorschlag, den Verbraucherschadensersatz subsidiär auszugestalten und den Anspruch nur zu gewähren, soweit keine vertraglichen Ansprüche geltend gemacht werden können,<sup>22</sup> mit den Zielen der Richtlinie nicht im Einklang. Denn dem Verbraucher sollen im Falle eines Verstoßes gegen die verbraucher-schützenden Normen, die in Umsetzung der UGP-RL im jeweiligen Mitgliedstaat gelten, ohne Wenn und Aber wirksame und von bereits bestehenden Rechtsbehelfen unabhängige außervertragliche Rechtsbehelfe zustehen, und zwar nicht nur gegen den unmittelbaren Vertragspartner, sondern etwa auch gegen einen Hersteller, der unlauter geworben und damit den Vertragschluss verursacht hat.<sup>23</sup>

Die von der Omnibus-Richtlinie geforderten eigenständigen individuellen Rechtsbehelfe, die **gerade an die Unlauterkeit einer Geschäftspraxis anknüpfen**, sollen gem. Art. 11a Abs. 2 UGP-RL die Anwendung anderer Rechtsbehelfe, die den Verbrauchern nach Unionsrecht oder nationalem Recht zur Verfügung stehen, nicht berühren.

**b) Einführung eines Anspruchs auf Schadensersatz.** In diesem Rahmen ist es gem. Art. 11a UGP-RL jedenfalls unerlässlich, dass die nationalen Gesetzgeber für Verbraucher einen individuellen Anspruch auf Schadensersatz bereithalten und, soweit es ihn – wie in Deutschland – noch nicht gab, neu einführen.<sup>24</sup>

**c) Einführung eines Anspruchs auf Preisminderung oder Beendigung des Vertrags.** Die deutsche Fassung des Art. 11a S. 1 UGP-RL suggeriert, dass nur die Einführung eines individuellen Schadensersatzanspruchs für Verbraucher zwingend ist, dass aber ein

<sup>19</sup> Ausf. *Fezer* WRP 2003, 127 ff.; *Sack* GRUR 2004, 225 ff.

<sup>20</sup> Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler § 1 Rn. 39 mwN; aA *Sack* BB 2003, 1073 (1079); *Sack* GRUR 2004, 625 ff.

<sup>21</sup> BT-Drs. 19/27873, 20.

<sup>22</sup> *Alexander* WRP 2021, 136 Rn. 76 f.; Stellungnahme des Fachausschusses für Wettbewerbs- und Markenrecht der GRUR zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und Verbraucherschutz zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerbebereich, GRUR 2021, 456 Rn. 44 ff.

<sup>23</sup> Vgl. den Entwurf der Omnibus-Richtlinie, COM (2018) 185 final, 16.

<sup>24</sup> BT-Drs. 19/27873, 39.

**Anspruch auf Preisminderung oder Beendigung des Vertrages** nur „gegebenenfalls“ bereitgestellt werden muss, dass also die Einführung solcher Ansprüche für die nationalen Gesetzgeber nur optional und somit freiwillig ist. In dieser Weise wurde der Harmonisierungsauftrag vom Gesetzgeber gedeutet, der deshalb, obwohl er vom Grundsatz einer „1:1-Umsetzung“ beseelt war,<sup>25</sup> darauf verzichtet hat, diese individuellen Rechtsbehelfe des Verbrauchers gesondert zu regeln.<sup>26</sup>

- 21 Dies beruht auf einem offensichtlichen Missverständnis: Zielrichtung der Omnibus-Richtlinie war im Sinne von **Mindestanforderungen** an das Sanktionensystem der Mitgliedstaaten nämlich ganz eindeutig, nicht nur einen Anspruch auf Schadensersatz einzuführen, sondern jedenfalls **auch einen Anspruch auf Beendigung des Vertrags**.<sup>27</sup> So heißt es in der Begründung zum Entwurf der Omnibus-Richtlinie: *„Hinsichtlich der Anforderungen im Bereich der individuellen Rechtsbehelfe bei Verstößen gegen die Richtlinie 2005/29/EU lässt der Vorschlag den Mitgliedstaaten einen gewissen Handlungsspielraum in Bezug auf mögliche konkrete Rechtsbehelfe. Mit dem Vorschlag werden lediglich die Vertragskündigung als vertraglicher Rechtsbehelf und der Schadensersatz als außervertraglicher Rechtsbehelf als Mindestanforderungen festgelegt. Diese sind die beiden gängigsten Rechtsbehelfe nach dem nationalen Zivilrecht der Mitgliedstaaten.“*<sup>28</sup>
- 22 Nach Erwägungsgrund 15 des Entwurfs der Omnibus-Richtlinie sollten dementsprechend sowohl vertragliche als auch außervertragliche Rechtsbehelfe eingeführt werden:  
*„Zur Beseitigung jeglicher Wirkung unlauterer Geschäftspraktiken sollten die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass Verbraucher, die durch solche Geschäftspraktiken geschädigt wurden, Rechtsbehelfe einlegen können. Um dieses Ziel zu erreichen, sollten die Mitgliedstaaten sowohl vertragliche als auch außervertragliche Rechtsbehelfe bereitstellen. Die von den Mitgliedstaaten vorgesehenen vertraglichen Rechtsbehelfe sollten mindestens das Recht auf Vertragskündigung beinhalten. Die nach nationalem Recht vorgesehenen außervertraglichen Rechtsbehelfe sollten mindestens das Recht auf Schadensersatz beinhalten.“*<sup>29</sup>
- 23 Die **deutsche Fassung** des Art. 11a UGP-RL macht durch den Begriff „gegebenenfalls“ nicht deutlich, dass ein Anspruch auf Beendigung des Vertrags und auf die dort zusätzlich erwähnte Preisminderung zwingend einzuführen sind. Der Begriff „gegebenenfalls“ bezieht sich im Zusammenhang aber keineswegs auf die Reichweite der Umsetzungspflicht durch die nationalen Gesetzgeber, sondern schlicht auf den Umstand, dass ein Anspruch auf Beendigung des Vertrags und auf Preisminderung natürlich nur dann einschlägig ist, bestehen kann und gewährt werden muss, **wenn ein Vertrag zustande gekommen ist**. Nur hiervon sollen die Ansprüche abhängig sein, nicht von einem Ermessensmaßstab des nationalen Gesetzgebers. Art. 11a S. 1 UGP-RL ist also nach Maßgabe des hinzugefügten Einschub wie folgt zu verstehen: *„Verbraucher, die durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigt wurden, haben Zugang zu angemessenen und wirksamen Rechtsbehelfen, einschließlich Ersatz des dem Verbraucher entstandenen Schadens sowie gegebenenfalls [, nämlich für den Fall, dass ein Vertrag geschlossen wurde,] Preisminderung oder Beendigung des Vertrages“.*
- 24 Bestätigt wird dieses Verständnis von **anderen Sprachfassungen** der Richtlinie, die darauf abstellen, dass der **Anspruch** dort zu gewähren wird, **wo er einschlägig bzw. relevant ist**.<sup>30</sup> Das sind die Fälle, in denen ein Vertrag zustande gekommen ist. In der schwedischen Fassung heißt es, solche Ansprüche seien zu gewähren „i relevanta fall“, sinnverwandt hiermit in der dänischen Fassung („hvor det er relevant“), in der niederländischen Fassung („indien relevant“) und in der englischen Fassung („where relevant“). Besonders deutlich sind die französische Fassung mit der Formulierung „le cas échéant“,

<sup>25</sup> BT-Drs. 19/27873, 41.

<sup>26</sup> BT-Drs. 19/27873, 39.

<sup>27</sup> COM (2018) 185 final, 11.

<sup>28</sup> COM (2018) 185 final, 11.

<sup>29</sup> COM (2018) 185 final, 28 f.

<sup>30</sup> Vgl. Schmidt-Kessel VuR 2021, 121 (122).

die portugiesische Fassung („se for caso disso“), die spanische Fassung („cuando proceda“) und die italienische Fassung („se pertinente“).

Der deutsche Gesetzgeber hat demnach seinen **Umsetzungsauftrag** offensichtlich nur **25 unzureichend erfüllt** und wird sein Versäumnis schleunigst beheben müssen. Dass sich im Ergebnis mit dem Schadensersatzanspruch eine „Beendigung des Vertrags“ erreichen lässt, weil es im Einzelfall im Wege des Schadensersatzes einen Anspruch auf Aufhebung bzw. Rückgängigmachung des Vertrags gem. § 249 Abs. 1 BGB geben kann (→ Rn. 114 ff.), reicht zur ordnungsgemäßen Umsetzung im Sinne der Schaffung eines für den Verbraucher einfach zu verstehenden „klaren Rahmens“ für individuellen Rechtsbehelfe nicht aus. Dasselbe gilt, soweit sich im Einzelfall im Wege des Schadensersatzes eine „Preisminderung“ erreichen lässt (→ Rn. 127 f.). Die Richtlinie verlangt, dass der Rechtsbehelf einer Preisminderung oder Beendigung des Vertrags **nach Rechtsschutzziel und Voraussetzungen ausdrücklich geregelt** wird.

**4. Zur Intensität der Harmonisierung mit Blick auf den Anspruch auf Schadensersatz.** **a) Für die Auslegung bestimmende Vorfrage.** Was der deutsche Gesetzgeber umgesetzt hat, ist der Anspruch auf Schadensersatz, der sich nach seiner Vorstellung ohne weiteres in das System der §§ 249 ff. BGB einfügt und der in aller Regel nur auf das negative Interesse gerichtet sein soll.<sup>31</sup> Eine der Auslegung der Begriffe „Schaden“ und „Ersatz“ innerhalb des § 9 Abs. 2 S. 1 vorgelagerte Frage ist die nach der Intensität der Harmonisierung. Sie bestimmt, ob in der Rechtsanwendung mit deutschen Begriffen und deutsche Systematik operiert werden kann, oder ob es sich bei diesen Begriffen um **autonomes Unionsrecht** handelt, das allein der Auslegungshoheit des EuGH unterliegt.

**b) Spielräume bei der Richtlinienumsetzung und ihre Grenzen.** Bei der Harmonisierung durch Richtlinien gilt gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV allgemein: Eine Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, **hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich**, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel (*Glöckner* → Einl. Rn. 239). Richtlinien bestimmen aber häufig nicht nur die von ihnen verfolgten Ziele, sondern oftmals auch den von ihnen angestrebten Rechtszustand, den die Mitgliedstaaten durch die Umsetzung in nationales Recht herstellen und beibehalten müssen. Dabei nimmt der Europäische Gesetzgeber dann auch Einfluss auf die Wahl der Mittel, welche die Mitgliedstaaten zur Zielerreichung einsetzen. Der Europäische Gesetzgeber ist grundsätzlich frei in der Festlegung der Regelungsintensität, die er der Richtlinie zugrunde legt. Dies gilt sowohl für die Frage der Detailliertheit der inhaltlichen Vorgaben als auch für die Frage, ob die Richtlinie eine **Vollharmonisierung** anstrebt oder ob Mitgliedstaaten ggf. auch strengere oder weniger strenge Regelungen erlassen dürfen.

Dort, wo es an detaillierten Regelungen fehlt und die Richtlinie nur eine Zielvorgabe für den zu erreichenden Rechtszustand macht, besteht ein **Spielraum für den nationalen Gesetzgeber** zur Ausfüllung. Dieser Spielraum ist wiederum umso kleiner, je detaillierter die Regelungsdichte der Richtlinie ist und umso größer, je weniger detailliert die Richtlinie ist, aber er ist selbstverständlich nicht grenzenlos. Dies gilt auch dort, wo eine Richtlinie wie Art. 11a UGP-RL ausdrücklich Spielräume eröffnet.

Um eine effektive Richtliniendurchsetzung sicherzustellen, kommen bei der Kontrolle der Richtlinienkonformität von nationalen Regelungen durch den EuGH zwei von diesem aus dem **Loyalitätsgrundsatz** des Art. 4 Abs. 3 EUV entwickelten zur Anwendung, nämlich der Äquivalenzgrundsatz und der Effektivitätsgrundsatz.<sup>32</sup> Diese sind als Schranken des Gestaltungsspielraums, der den Mitgliedstaaten zur Verfügung steht, zu verstehen. Der **Effektivitätsgrundsatz** (auch „Effizienzgebot“<sup>33</sup> oder „Grundsatz der Wirksamkeit des Unionsrechts“) besagt, dass die Wirksamkeit des Unionsrechts und im Speziellen die Aus-

<sup>31</sup> Vgl. BT-Drs. 19/27873, 41.

<sup>32</sup> Vgl. EuGH EuZW 2014, 223 Rn. 40 mwN; GA Szpunar, Schlussantrag 3.9.2020 – C-485/19 Rn. 33; Reich VuR 2012, 327.

<sup>33</sup> BGH NJW 2020, 1962 Rn. 76.

übung der unionsrechtlich gewährten Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht oder allzu sehr erschwert werden darf.<sup>34</sup> Der **Äquivalenzgrundsatz** fordert, dass Ansprüche aus Unionsrecht nicht schlechter gestellt werden als Klagen, die vom innerstaatlichen Recht gewährte vergleichbare Ansprüche betreffen.<sup>35</sup> Diese Grundsätze wirken primär „negativ“. Sie schreiben noch kein bestimmtes Niveau von Rechtsbehelfen qua Durchsetzung unionsrechtlich begründeter Rechte vor, seien sie materiell-rechtlicher oder verfahrensrechtlicher Art, sondern schaffen lediglich einen Mindestsockel, an dem etwa nationale Verjährungsregeln oder Ausschlussfristen, prozessuale Hindernisse wie Beweisregeln usw. gemessen werden können.<sup>36</sup> Eine weitere wichtige Begrenzung der Entscheidungsfreiheit der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung ist der **Grundsatz des *effet utile***. Danach sind die die Mitgliedstaaten auch innerhalb der ihnen nach Art. 288 AEUV belassenen Entscheidungsfreiheit verpflichtet, die Formen und Mittel zu wählen, die sich zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit der Richtlinie unter Berücksichtigung des mit ihnen verfolgten Zweckes am besten eignen.<sup>37</sup> Der Grundsatz des *effet utile* verlangt von den Gerichten der Mitgliedstaaten darüber hinaus, nationales Recht so anzuwenden, dass die „**volle Wirksamkeit**“ des Unionsrechts gewährleistet und nicht abgeschwächt wird; ggf. hat eine Vorschrift des nationalen Rechts sogar unangewendet zu bleiben, wenn sie der vollen Wirksamkeit des Unionsrechts entgegensteht.<sup>38</sup>

- 30 Jegliche Umsetzung hat sich zunächst an dem Inhalt und den **Zielvorgaben der Richtlinie** zu orientieren,<sup>39</sup> wobei die Erwägungsgründe als Auslegungshilfen herangezogen werden können. Dabei existieren je nach Ausgestaltung der Richtlinie vollkommen unterschiedliche Vorgaben in unterschiedlich ausgestaltete Detailtreue. So können etwa bestimmte Teile eines Haftungsanspruchs, wie die Aktivlegitimation, unionsrechtlich vorgegeben sein, während die übrige Ausformung den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten überlassen ist.<sup>40</sup> Die Produkthaftungsrichtlinie<sup>41</sup> z. B. enthält umfassende Regelungen zum Schadensersatz. So wird in Art. 1 die grundsätzliche Haftung des Herstellers normiert, Artt. 4 und 7 enthalten Beweislastregeln Art. 10 Verjährungsregelungen und Art. 9 normiert, was vom Begriff des Schadens umfasst ist („Der Begriff ‚Schaden‘ im Sinne des Artikels 1 umfasst (...)“). Trotz dieser hohen Regelungsdichte und der von der Richtlinie angestrebten Vollharmonisierung entschied der EuGH, dass es dem nationalen Gesetzgeber überlassen bleibt, die Schadensarten genauer zu definieren, dass den Mitgliedstaaten also auch hier ein Umsetzungsspielraum zusteht.<sup>42</sup> Allerdings durfte der nationale Gesetzgeber dem Effektivitätsgrundsatz zufolge die Arten des zu ersetzenden materiellen Schadens, der durch Tod oder Körperverletzungen verursacht wird oder sich aus der Beschädigung oder Zerstörung einer Sache ergibt, nicht einschränken.<sup>43</sup>

- 31 c) **Der weite Spielraum des Art. 11a UGP-RL und seine Grenzen.** Bei der UGP-RL handelt es sich um eine Richtlinie, die eine **Vollharmonisierung** und damit ein einheitliches Schutzniveau anstrebt, das die Mitgliedstaaten weder über- noch unterschreiten dürfen (*Keller* → Einl. Rn. 19; *Podszun* → UWG § 1 Rn. 23). Der mit der Omnibus-Richtlinie eingeführte Art. 11a UGP-RL fügt sich grundsätzlich in dieses System der Vollharmonisierung ein.

<sup>34</sup> Vgl. EuGH NJW 1996, 1267 Rn. 95 – Brasserie du Pêcheur; EuGH NJW 2001, 2781 Rn. 27 – Veedfald; EuGH GRUR 2002, 367 Rn. 30 – Courage.

<sup>35</sup> Vgl. EuGH NJW 1996, 1267 Rn. 90 – Brasserie du Pêcheur; EuGH GRUR 2002, 367 Rn. 30 – Courage; *Reich* VuR 2012, 327.

<sup>36</sup> *Reich* VuR 2012, 327.

<sup>37</sup> EuGH NJW 1976, 2065 (2067) – Royer.

<sup>38</sup> EuGH NJW 1991, 2271 Rn. 21 – Factortame; ausf. *Potacs* EuR 2009, 465 (467 ff.).

<sup>39</sup> Vgl. EuGH NJW 2001, 2781 Rn. 27 ff. – Veedfald.

<sup>40</sup> Vgl. *Heinze* S. 580.

<sup>41</sup> Richtlinie 85/374/EWG des Rates v. 25.7.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. L 210/29.

<sup>42</sup> Vgl. EuGH NJW 2001, 2781 Rn. 23 ff. – Veedfald.

<sup>43</sup> EuGH NJW 2001, 2781 Rn. 27 f. – Veedfald.



Die UGP-RL ist in ihren materiellen Verbotstatbeständen eine Richtlinie, die sehr 32  
detaillierte inhaltliche Vorgaben macht und dem nationalen Gesetzgeber kaum einen  
Spielraum läßt. Was die Sanktionen angeht, war der von Art. 11 UGP-RL den Mitglied-  
staaten bislang eingeräumte Spielraum aber äußerst groß. Dass nunmehr bestimmte Sank-  
tionen im Sinne von individuellen Ansprüchen der Verbraucher vorgesehen sein müssen –  
nämlich Anspruch auf Schadensersatz, und, im Falle eines Vertragsschlusses, Anspruch auf  
Preisminderung oder Beendigung des Vertrags (→ Rn. 19 ff.) – schränkt den Spielraum der  
Mitgliedstaaten zwar insoweit ein, als solche eigenständigen, gerade an die Unlauterkeit  
einer Geschäftspraxis anknüpfende Ansprüche eingeführt werden müssen und der nationale  
Gesetzgeber nicht die Wahl hat, die Verbraucher auf andere vertragliche oder deliktische  
Anspruchsgrundlagen zu verweisen. **Art. 11a UGP-RL** eröffnet aber im Rahmen dieser  
Pflicht zur Einführung individueller Rechtsbehelfe wiederum einen **weiten Spielraum**.  
Insbesondere können die Mitgliedstaaten gem. Art. 11a Abs. 1 S. 2 UGP-RL die Voraus-  
setzungen für die **Anwendung** und die **Folgen der Rechtsbehelfe** festlegen. Die Mit-  
gliedstaaten können gem. Art. 11a Abs. 1 S. 3 UGP-RL außerdem gegebenenfalls die  
Schwere und Art der unlauteren Geschäftspraktiken, den dem Verbraucher entstandenen  
Schaden sowie weitere relevante Umstände berücksichtigen. Die Freiheit, einerseits die  
„Voraussetzungen für die Anwendung“ und andererseits die „Folgen der Rechtsbehelfe“  
festzulegen, findet ihre **Grenzen** gleichwohl im **Äquivalenz- und Effektivitätsgrund-**  
**satz** sowie dem **effet utile** der Richtlinie.<sup>44</sup> Denn diese Grundsätze sind als Schranken des  
Gestaltungsspielraums, der den Mitgliedstaaten zur Verfügung steht, zu verstehen und  
kommen immer dort zur Anwendung, wo gemeinschaftsrechtliche Regelungen nicht  
existieren. Auch der deutsche Gesetzgeber sieht einen Spielraum für sich nur, „solange die  
eingeräumten Ansprüche und Rechte Verbraucherinnen und Verbraucher wirksam schützen“.<sup>45</sup> Der  
neue **Art. 11a UGP-RL** dient zudem gerade dazu, dass die materiellen Regelungen der  
UGP-RL ihre **volle Wirkung entfalten** können (→ Rn. 11).

Dementsprechend muss gem. Erwägungsgrund 26 der Omnibus-Richtlinie Schadens- 33  
ersatz „in verhältnismäßiger und **wirksamer Form**“ gewährt werden, und zwar „zur  
Beseitigung jeglicher Folgen unlauterer Geschäftspraktiken“ (zum Verhältnis der Rechts-  
schutzziele Schadensersatz und Beseitigung → Rn. 36 ff.). Dies bedeutet, dass die Wirk-  
samkeit des Schadensersatzanspruchs von einer **vollständigen Kompensation** des Ver-  
brauchers abhängt und nur bei einer solchen vollständigen Kompensation die UGP-RL  
ihre volle Wirkung entfalten kann. Dies wiederum hat zur Folge, dass der **Schadensbegriff**  
im Sinne einer vollständigen Kompensation letztlich **autonom unionsrechtlich** auszule-  
gen ist.<sup>46</sup> Jedenfalls besteht ein **unionsrechtlich abgesicherter Kern** dessen, was einen  
gerechten Schadensersatz im Sinne einer vollständigen Kompensation ausmacht (ausf.  
→ Rn. 93 ff.). Der Umsetzungsspielraum, der nach Art. 11a Abs. 1 S. 2 UGP-RL darin  
besteht, die „Voraussetzungen für die Anwendung“ und die „Folgen der Rechtsbehelfe“  
festzulegen, gewährt dem nationalen Gesetzgeber daher nicht die Freiheit, den Begriff des  
ersatzfähigen Schadens in jeder Hinsicht selbst zu definieren. Hierauf deutet auch die  
Formulierung in Art. 11a Abs. 1 S. 3 UGP-RL hin, wonach die Mitgliedstaaten „gebe-  
nenfalls die Schwere und Art der unlauteren Geschäftspraktiken, den dem Verbraucher entstandenen  
Schaden sowie weitere relevante Umstände berücksichtigen“ können. Wenn der dem Verbraucher  
entstandene Schaden vom nationalen Gesetzgeber „berücksichtigt“ werden kann, so muss  
dieser berücksichtigungsfähige entstandene Schaden autonom unionsrechtlich interpretiert  
werden, weil auch nur so ein **einheitlicher Maßstab für den** jedem nationalen Gesetz-  
geber gleichermaßen eingeräumten **Spielraum** gewährleistet werden kann.

Der nationale Gesetzgeber kann als Anwendungsvoraussetzung etwa vorsehen, dass der 34  
Schadensersatz von einem Verschulden abhängig sein soll, solange der Äquivalenzgrundsatz

<sup>44</sup> Vgl. Heinze S. 579 f.

<sup>45</sup> BT-Drs. 19/27873, 39.

<sup>46</sup> So Maaßen GRUR-Prax 2021, 7 (9).

gewahrt ist. Damit wird dann auch gleichzeitig „Schwere und Art der unlauteren Geschäftspraktiken“ berücksichtigt. Auch kann er bei Wahrung des Äquivalenzgrundsatzes Fragen der Haftung für Dritte (§ 8 Abs. 2) nach den Maßstäben der jeweiligen nationalen Rechtsordnung regeln. Er kann als Folge des Rechtsbehelfs auch eine Verzinsung in bestimmter Höhe ab einem bestimmten Stichtag vorsehen und unter Beachtung des Äquivalenzgrundsatzes die Verjährung eigenständig regeln, letzteres aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes freilich nur, wenn damit der Schadensersatzanspruch nicht *de facto* leerläuft (näher → Rn. 160 ff.). Er darf aber **nicht uneingeschränkt** seine eigene Sichtweise dessen zugrunde legen, was eine vollständige Kompensation und damit den **ersatzfähigen Schaden sowie seine Art und ggf. Höhe** ausmacht. Zumindest darf der nationale Gesetzgeber keinen Schadensbegriff zugrunde legen, der nicht eine volle Kompensation gewährleistet.

- 35 Deshalb ist das System der §§ 249 ff. BGB im Lichte eines sich an den Zielen der Richtlinie orientierenden **Schadensbegriffs des Unionsrechts** anzuwenden und auszulegen, der eine **vollständige Kompensation** und eine vollständige Beseitigung der Folgen, also aller Folgen, einer unlauteren Geschäftspraxis zum Ziel hat (→ Rn. 93). Das ändert selbstverständlich nichts an der Tatsache, dass die traditionellen Grundsätze des deutschen Schadensersatzrechts im wesentlichen den unionsrechtlichen Grundsätzen entsprechen und insoweit unionsweit „anschlussfähig“ sind. Dies gilt etwa für die **adäquate Kausalität**, die ohne weiteres mit dem Unionsrecht in Einklang steht,<sup>47</sup> für die Lehre vom **Schutzzweck der Norm**,<sup>48</sup> für die schutzzweckabhängige Möglichkeit der Berücksichtigung eines **Mitverschuldens** des Geschädigten (→ Rn. 101) sowie für das **Bereicherungsverbot** und die Grundsätze der **Vorteilsausgleichung** (→ Rn. 94 ff.) Und es trifft auch auf die **Differenzhypothese** zu, die eine zentrale Grundlage des deutschen Schadensersatzrechts bildet (Goldmann → UWG § 9 Rn. 115).<sup>49</sup> Hierauf gibt Erwägungsgrund 13 des Richtlinienentwurfs einen Hinweis, wo es heißt: „Der Zugang zu individuellen Rechtsbehelfen für Verbraucher, die durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigt wurden, sollte im Rahmen der Richtlinie 2005/29/EG verbessert werden, um den Verbraucher in die Situation zu versetzen, in der er ohne die unlautere Geschäftspraktik gewesen wäre.“<sup>50</sup> Diese fiktive Vorher-nachher-Betrachtung entspricht sachlich der Differenzhypothese. Allerdings ist der Ersatz von **Nichtvermögensschäden** nach deutschem Recht nur sehr begrenzt möglich (§ 253 Abs. 1 BGB). Das Art. 11a UGP-RL zugrundeliegende Prinzip der vollständigen Kompensation gebietet aber grundsätzlich auch den Ersatz **immaterieller Schäden** (ausf. zu Art und Umfang des ersatzfähigen Schadens → Rn. 105 ff.).

### III. Verhältnis der Rechtsschutzziele Schadensersatz und Beseitigung

- 36 Nach Auffassung des Gesetzgebers wird mit dem Schadensersatzanspruch der Verbraucher gem. § 9 Abs. 2 „ein klarer und umfassender Rechtsrahmen **zur Beseitigung der individuellen Folgen** unlauterer geschäftlicher Handlungen geschaffen“.<sup>51</sup> Es bleibt aber dabei, dass den Verbrauchern mit § 9 Abs. 2 S. 1 gerade **kein Beseitigungsanspruch, sondern** nur ein **Schadensersatzanspruch** zugebilligt wird. Insoweit wird nur ein Ausschnitt der in Art. 11a UGP-RL vorgesehenen Ansprüche geregelt, was hinter dem Harmonisierungsauftrag zurückbleibt (→ Rn. 20 ff.). Ein Anspruch, den man bei einer sehr weit gehenden, an den Zielen der Richtlinie ausgerichteten Begriffsdefinition als einen Anspruch gerichtet auf „Beseitigung“ der individuellen Folgen unlauterer geschäftlicher Handlungen einordnen könnte, wäre am ehesten ein Anspruch auf Beendigung des Vertrages, worauf Erwägungs-

<sup>47</sup> BGH GRUR 2012, 291 Rn. 44 – ORWI (zum Kartellschadensersatz unter Bezugnahme auf EuG T-184/95, Slg. II-1998, 667 Rn. 72 = BeckRS 1998, 55207 – Dorsch Consult: „eine bei gewöhnlichem Geschehensablauf objektiv vorherschaubare Folge“).

<sup>48</sup> Heinze S. 588, 592, 608 mwN; vgl. EuGH NJW 2005, 3551 Rn. 97–99 – Schulte; vgl. auch Weitenberg S. 778: „Vorrangige Bedeutung des Schutzzwecks der Norm“.

<sup>49</sup> Heinze S. 129; vgl. EuGH NJW 2005, 3551 Rn. 97–99 – Schulte.

<sup>50</sup> COM (2018) 185 final, 28.

<sup>51</sup> BT-Drs. 19/27873, 20, 40.