

Schadensersatzansprüche von Verbrauchern bei Wettbewerbsverstößen im deutschen Recht

Beate Gsell/Anton Schäffler

ZUSAMMENFASSUNG: Traditionell wird das deutsche Lauterkeitsrecht dahin verstanden, dass es zwar den Verbraucherschutz im Sinne eines Allgemeininteresses bezweckt, nicht aber dem individuellen Schutz einzelner Verbraucher zu dienen bestimmt ist. Dementsprechend gab es keine allgemeine lauterkeitsrechtliche Schadensersatzgrundlage zugunsten von Verbrauchern. Dies hat sich mit der Umsetzung der europäischen Richtlinie (EU) 2019/2161 geändert. Seither müssen die Mitgliedstaaten Verbrauchern, die durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigt wurden, Zugang zu angemessenen und wirksamen Rechtsbehelfen gewähren, einschließlich Ersatz des entstandenen Schadens sowie gegebenenfalls Preisminderung oder Beendigung des Vertrags. Der Beitrag legt zunächst dar, unter welchen eingeschränkten Voraussetzungen Verbraucher schon bislang Schadensersatz verlangen konnten, um dann die Umsetzung der europäischen Richtlinien-Vorgaben in § 9 Abs. 2 UWG n.F. zu beleuchten.

SCHLÜSSELWÖRTER: § 9 Abs. 2 UWG, Diesel-Abgas-Skandal, Europäisches Lauterkeitsrecht, Individualschutz von Verbrauchern, Omnibus-Richtlinie (EU) 2019/2161, Schadensersatzanspruch, Verbandsklagen-Richtlinie (EU) 2020/1828

RESUMEN: Tradicionalmente, se ha entendido que la legislación alemana de competencia desleal tiene como objetivo la protección del consumidor con carácter de interés general, sin estar al mismo tiempo a la disposición de la protección de los consumidores a título individual. En consecuencia, no existía una base general para la indemnización por daños y perjuicios a favor de los consumidores en virtud de la legislación sobre competencia desleal. Este hecho ha cambiado con la implementación de la Directiva Europea (UE) 2019/2161. Desde entonces, los Estados miembros deben garantizar a los consumidores el acceso a recursos jurídicos adecuados y eficaces en caso de perjuicios sufridos por prácticas comerciales desleales. Esos recursos incluyen la indemnización por los daños y perjuicios causados, la reducción del precio o la resolución del contrato. En este artículo

se exponen en primer lugar las limitadas condiciones en las que los consumidores ya podían reclamar daños y perjuicios conforme a la legislación alemana anterior, para luego esclarecer la aplicación de los requisitos de la Directiva europea en el apartado 2 del artículo 9 de la nueva versión de la Ley alemana de competencia desleal.

PALABRAS CLAVE: § 9 apdo. 2 de la Ley alemana contra la competencia desleal (UWG), Directiva de acciones de representación colectiva (UE) 2020/1828, Directiva Ómnibus (UE) 2019/2161, Escándalo de emisiones contaminantes, Legislación europea sobre prácticas comerciales desleales, Protección individual de los consumidores, Reclamación de daños y perjuicios.

A. Einleitung

In Deutschland gibt es – im Gegensatz zu anderen europäischen Ländern, wie namentlich Spanien¹ und Frankreich² – keine große deliktsrechtliche Generalklausel, die allgemein bestimmt, dass derjenige, der einem anderen widerrechtlich und schuldhaft Schaden zufügt, zum Schadensersatz verpflichtet ist. Vielmehr enthält das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) lediglich drei kleine Generalklauseln, die in ihrer Reichweite sehr beschränkt sind: Deliktsrechtlicher Schadensersatz kommt danach erstens dann infrage, wenn nicht nur ein Schaden am Vermögen (*pure economic loss*) eingetreten ist, sondern ein sogenanntes absolut geschütztes Recht oder Rechtsgut, wie insbesondere Leben, die Gesundheit oder das Eigentum verletzt wird³; außerdem dann, wenn gegen ein Schutzgesetz verstoßen wird⁴ oder eine vorsätzliche und sittenwidrige Schädigung gegeben ist⁵. Zudem ist eine deliktsrechtliche Haftung für das von Hilfspersonen begangene Unrecht grundsätzlich nur vorgesehen, wenn der Geschäftsherr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bei der Auswahl oder Leitung der

1 Artículo 1902 Código Civil:

El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

2 Article 1240 (ex Article 1342) Code civil:

Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

3 Gem. § 823 Abs. 1 BGB.

4 Gem. § 823 Abs. 2 BGB.

5 Gem. § 826 BGB.

bestellten Person außer Acht gelassen hat und der Schaden nicht eingetreten wäre, wenn er diese beachtet hätte⁶. Wenn also jemand einem anderen schuldhaft einen bloßen Vermögensschaden zufügt, schuldet er dem Geschädigten grundsätzlich keinen deliktsrechtlichen Schadensersatz. Und das gleiche gilt, wenn zwar ein absolut geschütztes Recht oder Rechtsgut wie das Leben, die Gesundheit oder das Eigentum verletzt wird, jedoch lediglich durch eine Hilfsperson, die vom Geschäftsherrn sorgfältig ausgewählt und überwacht wurde. Auch dann versagt das deutsche Deliktsrecht dem Geschädigten grundsätzlich einen Schadensersatzanspruch gegen den Geschäftsherrn.

Dieses restriktive System wird allerdings fortschreitend durch unionsrechtliche Vorgaben ausgeweitet, so insbesondere im stark europäisierten Kartellrecht. Schon am 20. September 2001 stellte der Europäische Gerichtshof mit seiner „Courage“-Entscheidung für das Kartellrecht klar, dass es für eine effektive Rechtsdurchsetzung erforderlich ist, dass „jedermann“ individuelle Schadensersatzansprüche zur Durchsetzung seiner Rechte zustehen müssen.⁷ Diese Rechtsprechung wurde durch die „Manfredi“-Entscheidung – ebenfalls des Europäischen Gerichtshofs – bestätigt, in welcher dieser urteilte, dass „ein Geschädigter nicht nur Ersatz des Vermögensschadens (*damnum emergens*), sondern auch des entgangenen Gewinns (*lucrum cessans*) sowie die Zahlung von Zinsen verlangen können muss“⁸. Kodifiziert und konkretisiert wurde die Rechtsprechung zum kartellrechtlichen Schadensersatz dann im Jahre 2014 in der europäischen Schadensersatz-Richtlinie⁹, die natürlichen und juristischen Personen, und damit auch Verbrauchern, einen Anspruch auf Schadensersatz einräumt¹⁰. In Deutschland wurde diese Vorgabe in § 33a GWB¹¹ umgesetzt.

6 Gem. § 831 Abs. 1 BGB.

7 EuGH, Urteil vom 20.9.2001 – C-453/99, Rn. 26.

8 EuGH, Urteil vom 13.7.2006 – C-295/04 bis C-298/04, Rn. 95.

9 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABI EU 2014 L 349/1.

10 S. Art. 3 RL 2014/104/EU.

11 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB): § 33a Schadensersatzpflicht:
(1) Wer einen Verstoß nach § 33 Absatz 1 vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.
(2) ¹Es wird widerleglich vermutet, dass ein Kartell einen Schaden verursacht.
²Ein Kartell im Sinne dieses Abschnitts ist eine Absprache oder abgestimmte Verhaltensweise zwischen zwei oder mehr Wettbewerbern zwecks Abstimmung ihres Wettbewerbsverhaltens auf dem Markt oder Beeinflussung der relevanten

Eine ähnliche Entwicklung findet nun im Lauterkeitsrecht statt: Die im Jahre 2019 im Rahmen des sog. „New Deal for consumers“ erlassene Omnibus- oder Modernisierungs-Richtlinie (EU) 2019/2161 fügt in die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken 2005/29/EG ein Individualrecht geschädigter Verbraucher auf Schadensersatz ein.¹²

Nachfolgend soll zunächst gezeigt werden, inwieweit Verbraucher nach bisherigem deutschem Recht bei Lauterkeitsverstößen Schadensersatz verlangen oder vielmehr oft eben gerade nicht verlangen konnten. Anschließend soll dann auf die neue Rechtslage nach der Änderung des deutschen Lauterkeitsrechts durch die Umsetzung der Omnibus-Richtlinie eingegangen werden.

Wettbewerbsparameter. ³Zu solchen Absprachen oder Verhaltensweisen gehören unter anderem

1. die Festsetzung oder Koordinierung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen,
2. die Aufteilung von Produktions- oder Absatzquoten,
3. die Aufteilung von Märkten und Kunden einschließlich Angebotsabsprachen, Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungen oder
4. gegen andere Wettbewerber gerichtete wettbewerbsschädigende Maßnahmen.

⁴Es wird widerleglich vermutet, dass Rechtsgeschäfte über Waren oder Dienstleistungen mit kartellbeteiligten Unternehmen, die sachlich, zeitlich und räumlich in den Bereich eines Kartells fallen, von diesem Kartell erfasst waren.

(3) ¹Für die Bemessung des Schadens gilt § 287 der Zivilprozessordnung. ²Dabei kann insbesondere der anteilige Gewinn, den der Rechtsverletzer durch den Verstoß gegen Absatz 1 erlangt hat, berücksichtigt werden.

(4) ¹Geldschulden nach Absatz 1 hat der Schuldner ab Eintritt des Schadens zu verzinsen. ²Die §§ 288 und 289 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung.

Und § 33 Abs. 1 GWB lautet:

Wer gegen eine Vorschrift dieses Teils oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union verstößt (Rechtsverletzer) oder wer gegen eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt, ist gegenüber dem Betroffenen zur Beseitigung der Beeinträchtigung und bei Wiederholungsgefahr zur Unterlassung verpflichtet.

- 12 Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.11.2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, ABlEU 2019 L 328/7. Art.3 Nr.5 Omnibus-RL (EU) 2019/2161 schafft den neuen Art.11a Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG; s. bereits Gsell, Editorial, NJW-aktuell, NJW 2018, Nr.3 und dies., BKR 2021, 521, 524.

B. Schadensersatzansprüche nach altem Recht in Deutschland

In Deutschland lassen sich die Schadensersatzansprüche der Verbraucher wegen Verstößen gegen das Lauterkeitsrecht in die Kategorien der vertraglichen (I.), quasivertraglichen (II.) und deliktsrechtlichen Ansprüche (III.) unterteilen. Zur Illustration soll das Beispiel des Kaufes eines Diesel-Kfz dienen, das mit einer manipulierten Software ausgestattet ist, die erkennt, ob das Fahrzeug sich auf dem Prüfstand befindet und dafür sorgt, dass ein geringerer Schadstoffausstoß angezeigt wird als im Realbetrieb. Warum dieses Beispiel? Dies deshalb, weil der sog. Diesel-Abgasskandal gerade Anlass war für den europäischen Gesetzgeber, bei Lauterkeitsverstößen in der Omnibus-Richtlinie einen individuellen Schadensersatzanspruch zugunsten von Verbrauchern anzuordnen.¹³

I. Vertragliche Ansprüche

Vertragliche Ansprüche aus Verletzungen gegen das Lauterkeitsrecht können sich in erster Linie aus vertragsrechtlichen Mängelgewährleistungsrechten ergeben, wie etwa dem kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrecht.¹⁴

So können zu der vertraglich geschuldeten Soll-Beschaffenheit einer Sache insbesondere auch die Eigenschaften gehören, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers oder des Herstellers in der Werbung erwarten kann.¹⁵ Weicht die tatsächliche Ist- von der Soll-Beschaffenheit ab, so stehen dem Käufer die kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte zu.¹⁶

Des Weiteren kann ein geschlossener Vertrag auch von Anfang an nichtig sein¹⁷, wenn ein Anfechtungsrecht bestand und fristgerecht ausgeübt wurde. Als Anfechtungsrecht kommt bei Lauterkeitsverstößen vor allem

13 S. *Europäische Kommission*, Impact Assessment (Part 1), SWD(2018) 96 final, 6, 18 ff.; s. auch bereits *Gsell*, Editorial, NJW-aktuell, NJW 2018, Nr. 3.

14 S. nur *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm u.a.*, UWG, 40. Aufl., Einleitung Rn. 7.12 m.w.N.

15 S. § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b BGB und bereits § 434 Abs. 1 S. 3 BGB a.F.; näher zum europarechtlichen Hintergrund und zur jüngsten Entwicklung infolge der Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771, s. *Gsell*, ZfPW 2022, 130, 142 ff.

16 §§ 434 Abs. 1, 435 S. 1, 437 BGB.

17 § 142 Abs. 1 BGB.

die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB in Betracht¹⁸: Danach kann derjenige, der durch arglistige Täuschung zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt worden ist, seine Erklärung anfechten. Bei den Diesel-Kfz-Fällen besteht allerdings die Besonderheit, dass die Käufer oft nicht bei dem täuschenden Hersteller gekauft haben, sondern bei rechtlich selbständigen Händlern, die von den Abgasmanipulationen selbst nichts wussten.¹⁹ Dem Händler ist dann aber die Täuschung des Herstellers nicht zurechenbar²⁰, sodass eine Anfechtung ausscheidet.

II. Quasivertragliche Ansprüche

Verletzt ein Unternehmer im Vorfeld des Vertragsschlusses eine vorvertragliche Aufklärungspflicht²¹, wird auch ein Schadensersatzanspruch aus den Vorschriften über das Verschulden bei Vertragsschluss (*culpa in contrahendo*) bejaht: Ein Schuldverhältnis, das Schutzpflichten²² begründet, kann nämlich auch durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen und bei der Anbahnung eines Vertrags oder ähnlichen geschäftlichen Kontakten entstehen.²³ Solche Ansprüche sind aber zu verneinen, wenn der geschädigte Diesel-Kfz-Käufer gar keinen direkten Geschäftskontakt mit dem Hersteller hatte und der Händler von den Software-Manipulationen nichts wissen konnte.

III. Deliktsrechtliche Ansprüche

Da die Opfer unlauterer Geschäftshandlungen also häufig gerade keinen Vertrag geschlossen haben mit dem widerrechtlich handelnden Unternehmen, spielen deliktsrechtliche Ansprüche eine entscheidende Rolle. De-

18 S. statt vieler Köhler, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., Einleitung Rn. 7.10.

19 S. dazu nur statt vieler van Lück, VuR 2019, 8.

20 S. dazu Witt, NJW 2017, 3681, 3685 m.w.N.; Rehberg, in: Gsell/Krüger u.a., BeckOGK, 1.6.2022, BGB § 123 Rn. 46 m.w.N.; BGH, Beschluss vom 9.6.2020 – VIII ZR 315/19, NJW 2020, 3312 Rn. 17 f.

21 Ausführlich zur Verletzung von Aufklärungspflichten Herresthal, in: Gsell/Krüger u.a., BeckOGK, 1.4.2022, BGB § 311 Rn. 388 ff.

22 i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB.

23 § 311 Abs. 1 f. BGB; s. auch zur *culpa in contrahendo* im Lauterkeitsrecht statt vieler Köhler, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., Einleitung Rn. 7.13.

liktsrechtliche Ansprüche bestehen aber, wie bereits erwähnt,²⁴ nur sehr eingeschränkt, da Deutschland keine große deliktsrechtliche Generalklausel hat.

1. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

Zunächst zur ersten der drei kleinen Generalklauseln: Für das Vorliegen eines Anspruchs aus § 823 Abs. 1 BGB ist eine taugliche Rechts(guts)verletzung, also die Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder eines sonstigen Rechts erforderlich. Allerdings schützt § 823 Abs. 1 BGB nicht das Vermögen als solches.²⁵ Weil der Käufer eines manipulierten Diesel-Kfz niemals Eigentümer eines einwandfreien Fahrzeuges war, das manipulierte Fahrzeug aber durch die Täuschung des Herstellers keine Verschlechterung erfahren hat, scheidet eine Eigentumsverletzung in den Diesel-Kfz-Fällen regelmäßig aus. Mit anderen Worten: Der getäuschte Käufer eines Diesel-Kfz hat keinen Eigentums-, sondern einen reinen Vermögensschaden (*pure economic loss*) erlitten und ein solcher Schaden ist nach deutschem Deliktsrecht nur ausnahmsweise ersatzfähig.

2. Ansprüche aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

In Betracht kommen könnten allerdings deliktsrechtliche Individualansprüche des Verbrauchers aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, dem UWG, welches als Sonderdeliktsrecht²⁶ Verstöße gegen das Lauterkeitsrecht regelt.

Das UWG diene schon bislang explizit auch dem Schutz von Verbrauchern gegen unlautere geschäftliche Handlungen.²⁷ Trotzdem fand sich

24 S. unter A.

25 S. nur *Wagner*, in: Habersack, MüKo BGB, 8. Aufl., BGB § 823 Rn. 423 m.w.N.

26 S. nur *Köhler*, WRP 2021, 129 Rn. 51; *ders.*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., Einleitung Rn. 7.2.

27 Verbraucher werden seit 2004 in § 1 S. 1 UWG als Schutzsubjekte explizit genannt. Davor waren im UWG keine Schutzsubjekte explizit benannt, Verbraucher waren aber als solche anzusehen, s. *Hefermehl*, in: Baumbach/Hefermehl, UWG, 22. Aufl., UWG Einleitung Rn. 40, 42 f., 55 m.w.N.; s. auch schon in RGZ 128, 330, 343 m.w.N.: Das ganze Wettbewerbsgesetz soll „im öffentlichen Interesse den Auswüchsen des Wettbewerbs [...] entgegentreten“. Zudem bestand von 1986 bis 2004 in § 13a UWG 1909 ein Rücktrittsrecht von „Abnehmern“ bei unwahren und irreführenden Werbeangaben. Grund für ein Rück-

bislang im UWG kein Schadensersatzanspruch, der auch Verbrauchern zustand,²⁸ da das Gesetz (bisher) nur den kollektiven Interessen der Verbraucher diene²⁹. Die Durchsetzung des Schutzes für Verbraucher wurde vielmehr nur durch Organisationen und Mitbewerber gewährleistet.³⁰

Nach der Begründung des deutschen Gesetzgebers fehlte bislang ein individueller Anspruch für Verbraucher, da Unternehmen nicht übermäßig belastet werden sollten³¹. Beides, also die Verhinderung übermäßiger Belastung von Unternehmen und individuelle Ansprüche von Verbrauchern, so wurde argumentiert, sei nur durch die Absenkung des Schutzniveaus zu erreichen.³²

trittsrecht war, dass das Wettbewerbsrecht auch die Interessen der „Abnehmer, insbesondere der Verbraucher“ schützte, ein anderer „Individualschutz deliktsrechtlicher oder quasi-vertraglicher Art“ nicht bestand und davon ausgegangen wurde, dass Abnehmer oft kein Interesse an Schadensersatz hätten, sondern „rasch wieder vom Vertrag [loskommen]“ wollten, s. *Hefermehl*, in: *Baumbach/Hefermehl*, UWG, 22. Aufl., UWG § 13a Rn. 1. § 13a UWG 1909 ist mit dem UWG 2004 entfallen, s. *Sosnitza*, in: *Ohly/Sosnitza*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl., UWG § 1 Rn. 11, da „keine Fallkonstellationen erkennbar sind, in denen der Verbraucher gegen sein schutzwürdiges Interesse an der Erfüllung eines unlauter zustande gekommenen Vertrages festgehalten würde“, s. *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Drucksache 15/1487, 14 und Wertungswidersprüche zu den Vorschriften des BGB befürchtet wurden, s. *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Drucksache 15/1487, 14f.; § 13a UWG 1909 spielte vor 2004 in der Praxis aber kaum eine Rolle, s. *Alexander*, WRP 2021, 136 Rn. 64; *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Drucksache 15/1487, 14.

28 S. nur statt vieler *Köhler*, WRP 2021, 129 Rn. 2; *Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb*, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb, München, zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 4. November 2020, 10.

29 S. nur statt vieler *Alexander*, WRP 2021, 136 Rn. 69; *Köhler*, WRP 2021, 129 Rn. 2, 15, 53; *Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb*, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb, München, zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 4. November 2020, 10.

30 § 8 Abs. 3 UWG; *Köhler*, WRP 2021, 129 Rn. 2; *ders.*, in: *Köhler/Bornkamm u.a.*, UWG, 40. Aufl., UWG § 1 Rn. 39.

31 *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Drucksache 15/1487, 22; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm u.a.*, UWG, 40. Aufl., UWG § 1 Rn. 39.

32 *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Drucksache 15/1487, 22; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm u.a.*, UWG, 40. Aufl., UWG § 1 Rn. 39.

3. Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB

Auf erste Sicht mag es naheliegen, dass dem Verbraucher ein Anspruch aus der zweiten der drei kleinen deliktsrechtlichen Generalklauseln, i.e. aus § 823 Abs. 2 BGB, zusteht. Die Norm billigt einen Schadensersatzanspruch zu, wenn gegen ein Schutzgesetz verstoßen wird, also gegen ein Gesetz, das unmittelbar den Schutz eines Einzelnen bezweckt³³. Bei Schutzgesetzverstößen erstreckt sich der Schadensersatz auch auf reine Vermögensschäden³⁴ (*pure economic loss*).

a) Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. dem UWG

Als Schutzgesetz könnte eine Norm des UWG in Betracht kommen:

Das UWG ist in vier Kapitel eingeteilt: Die Allgemeinen Bestimmungen, die Rechtsfolgen, die Verfahrensvorschriften und die Straf- und Bußgeldvorschriften. In den Allgemeinen Vorschriften bildet § 3 Abs. 1 UWG die Generalklausel³⁵ und bestimmt, dass „[u]nlautere geschäftliche Handlungen [...] unzulässig [sind]“. Die zivilrechtlichen Unlauterkeitstatbestände verweisen in der Regel auf § 3 Abs. 1 UWG, nicht jedoch § 7 UWG, der unzumutbare Belästigungen regelt.³⁶

33 S. *Schmidt*, in: Weber, Rechtswörterbuch.

34 S. statt vieler *Spindler*, in: Gsell/Krüger u.a., BeckOGK, 1.7.2022, BGB § 823 Rn. 255.

35 S. statt vieler *Alexander*, in: Fritzsche/Münker u.a., BeckOK UWG, 1.7.2022, UWG § 3 Rn. 4; für Verbraucher gibt es die sog. Verbrauchergeneralklausel des § 3 Abs. 2 UWG, die aber hinsichtlich ihrer Rechtsfolge auf § 3 Abs. 1 UWG verweist, s. *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., UWG § 3 Rn. 3.1, 3.3.

36 S. dazu *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl., UWG § 7 Rn. 4. Ohne Verweis auf § 3 Abs. 1 UWG kommt außerdem der erst am 1.10.2021 in Kraft getretene § 7a UWG aus, der die Dokumentation der Einwilligung in Telefonwerbung regelt; dieser knüpft an die Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG an, s. *Seichter*, in: Seichter, JurisPK-UWG, 5. Aufl., UWG § 7a Rn. 2. Daneben ist auch für § 3 Abs. 3 UWG ein Rückgriff auf § 3 Abs. 1 UWG nicht erforderlich, s. *Alexander*, in: Heermann/Schlingloff, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, UWG Anhang zu § 3 Abs. 3 Rn. 6. Keinen eigenen Unlauterkeitstatbestand enthält der neue § 5c UWG, sondern nur ein Verbot als Grundlage für Sanktionen, s. *Alexander*, WRP 2021, 136 Rn. 87 f.; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., UWG § 5c n.F. Rn. 2.

Jedoch werden grundsätzlich weder § 3 UWG³⁷ noch § 7 UWG³⁸ als Schutzgesetz im Sinne des Deliktsrechts angesehen. Deshalb kommt hier ein Anspruch des Verbrauchers aus § 823 Abs. 2 BGB prinzipiell – und so auch regelmäßig in den Diesel-Kfz-Fällen – nicht infrage.³⁹

b) Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. dem StGB

Denkbar ist auch ein Anspruch des Verbrauchers aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz aus dem Strafgesetzbuch (StGB). Dies kann insbesondere die Nötigung oder der Betrug sein.⁴⁰ Die Anforderungen an die

37 *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Drucksache 15/1487, 22; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., Einleitung Rn. 7.5; *ders.*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., UWG § 1 Rn. 39; *ders.*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., UWG § 3 Rn. 10.9.

38 *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Drucksache 15/1487, 22; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., Einleitung Rn. 7.5; *ders.*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., UWG § 3 Rn. 10.9.

39 Etwas anderes kann sich allerdings für bestimmte belästigende Werbung aus § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG in richtlinienkonformer Auslegung von Art. 13 RL 2002/58/EG ergeben, s. *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., UWG § 7 Rn. 14a, ebenso wie für strafbare Werbung aus § 16 UWG, s. *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Drucksache 15/1487, 22; *dies.*, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Drucksache 19/27873, 40 f.; *Alexander*, Anmerkungen zum Referententwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 19; *ders.*, WRP 2021, 136 Rn. 76; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., UWG § 1 Rn. 39; *Scherer*, WRP 2021, 561 Rn. 8 und ggf. auch § 20 UWG, neutral *Ohly*, in: Ohly/Sosnitzka, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl., UWG § 20 Rn. 5, ablehnend hingegen *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., UWG § 20 Rn. 13; s. ferner § 7a UWG, der aber lediglich die Dokumentation der Einwilligung in Telefonwerbung regelt. Er spielt praktisch kaum eine Rolle, ausführlicher dazu *Seichter*, in: Seichter, JurisPK-UWG, 5. Aufl., UWG § 7a Rn. 4, abgesehen von dem Vorliegen einer Ordnungswidrigkeit bei einem Verstoß, s. § 20 Abs. 1 Nr. 2 UWG. Ob § 7a UWG ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB ist, ist nicht geklärt. Es deutet aber nichts darauf hin, dass § 7a UWG ein Schutzgesetz sein soll, vielmehr beschränkt sich der Zweck der Regelung darauf, eine „effizientere Sanktionierung von unerlaubter Telefonwerbung zu ermöglichen“, s. *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes für faire Verbraucherverträge, Drucksache 19/26915, 33.

40 *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., Einleitung Rn. 7.40.

Erfüllung eines Straftatbestandes sind aber naturgemäß hoch und lassen sich jedenfalls regelmäßig nur schwer beweisen. In den Diesel-Kfz-Fällen hat der BGH für die Konstellation des Gebrauchtwagenkaufes die Verwirklichung des Straftatbestandes des Betruges durch den Hersteller Volkswagen verneint.⁴¹

4. Anspruch aus § 826 Abs. 1 BGB

Nun zur letzten kleinen Generalklausel: „Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.“, § 826 BGB. Hiervon sind auch reine Vermögensschäden umfasst.⁴²

§ 826 BGB ist bislang meist die einzige aussichtsreiche Anspruchsgrundlage, aus der Geschädigte die Hersteller von manipulierten Diesel-Kfz in Anspruch nehmen können. Sie spielt deshalb bei der zivilrechtlichen Bewältigung der Diesel-Kfz-Fälle eine entscheidende Rolle.

Ihre materiellrechtlichen Anforderungen sind jedoch sehr streng. Außerdem trifft grundsätzlich jede Partei die Beweislast für die Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnormen (sog. Rosenbergsche Formel⁴³). Auch dies erschwert die Geltendmachung eines Anspruchs aus § 826 BGB beträchtlich: Insbesondere der Vorsatz, also das Wissen von der Möglichkeit des Schadenseintritts und der Umstände, die den Sittenwidrigkeitsvorwurf begründen, lassen sich meist nur schwer nachweisen, ebenso wie das Wollen, also das billigende Inkaufnehmen des Schadenseintritts, bei den Diesel-Kfz-Fällen⁴⁴. Tatsächlich hat der BGH in den Diesel-Kfz-Fällen einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB gegen die Volkswagen AG zugebilligt und dabei den Geschädigten Beweiserleichterungen zukommen lassen.⁴⁵ Dagegen scheiterte etwa die Geltendmachung von Ansprüchen gegen die Audi AG in Fällen, in denen diese von VW hergestellte manipu-

41 Es fehlt danach an der Bereicherungsabsicht und der erforderlichen Stoffgleichheit des erstrebten rechtswidrigen Vermögensvorteils mit einem etwaigen Vermögensschaden, s. BGH, Urteil vom 30.7.2020 – VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798 Rn. 17 ff.; zu Neuwagen s. OLG Dresden, Beschluss vom 27.5.2021 – 11a U 1196/20, juris Rn. 31.

42 S. statt vieler *Spindler*, in: Gsell/Krüger u.a., BeckOGK, 1.7.2022, BGB § 826 Rn. 2.

43 S. ausführlich *Rosenberg*, Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 5. Aufl., 98 ff.

44 *Spindler*, in: Gsell/Krüger u.a., BeckOGK, 1.7.2022, BGB § 826 Rn. 198 ff.

45 Grdldg. BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962, ausführlich dazu *Gsell*, JZ 2020, 1142.

lierte Motoren lediglich eingebaut hatte, daran, dass der BGH eine Zurechnung der Kenntnis von VW im Konzern verneint hat.⁴⁶ Auch hat der BGH ein sittenwidriges Handeln von VW gegenüber solchen Käufern, die ein Fahrzeug erst nach Bekanntwerden der Abgasmanipulationen gekauft haben, davon aber nichts wussten, verneint.⁴⁷

IV. Zwischenergebnis: Bewertung von Schutzlücken

Nach alledem drängt sich eine Bewertung der Frage auf, inwieweit bislang im deutschen Recht inakzeptable Schutzlücken zu Lasten geschädigter Verbraucher zu beklagen waren.

Teils wurde vertreten, es hätten im deutschen Recht keine Schutzlücken für Verbraucher bestanden. Diese seien über die dargelegten Schutzmechanismen schon ausreichend geschützt gewesen.⁴⁸ Dies vermag jedoch kaum zu überzeugen.⁴⁹ Gerade die Diesel-Affäre hat Schutzlücken im deutschen

46 S. BGH, Urteil vom 8.3.2021 – VI ZR 505/19, NJW 2021, 1669, kritisch Gsell, EWiR 2021, 365.

47 Durch die Verhaltensänderung von VW in Gestalt insbesondere der Ad-hoc-Mitteilung vom 22.9.2015 sei das ursprüngliche Verhalten von VW derart relativiert worden, dass der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gerade im Hinblick auf den Schaden, der durch den Abschluss eines ungewollten Kaufvertrages im August 2016 entstanden sein könnte, nicht mehr gerechtfertigt sei, s. BGH, Urteil vom 30.7.2020 – VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798 Rn. 34 ff.; kritisch Gsell, JZ 2020, 1142, 1146 ff.

48 Köhler, in: Köhler/Bornkamm u.a., UWG, 40. Aufl., UWG § 1 Rn. 39; Bundesverband der Arzneimittel-Hersteller e. V., Stellungnahme des Bundesverbandes der Arzneimittel-Hersteller e.V. (BAH) zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht (Bearbeitungsstand: 4.11.2020), 4; Händlerbund e.V., Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 5; Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft ZAW e.V., Stellungnahme des ZAW im Rahmen der Verbändeanhörung zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 3; angedeutet auch von Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb, München, zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 4. November 2020, 11 f.

49 So auch Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Drucksache 19/27873, 39 f.; Alexander, Anmerkungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 16 f.; ders., WRP 2021, 136 Rn. 65; Heinze/Engel, NJW 2021, 2609 Rn. 1; IDO Interessenver-

Recht deutlich vor Augen geführt⁵⁰, die sich vor allem aus den hohen Hürden des deliktsrechtlichen Schadensersatzes in Deutschland erklären lassen. Schutzlücken für Geschädigte haben sich deshalb insbesondere insoweit gezeigt, als kein Vertrag zwischen demjenigen, der unlauter handelt, und dem Verbraucher besteht⁵¹. Hier standen dem Verbraucher bislang regelmäßig allein deliktsrechtliche Ansprüche zur Verfügung, die aber, wie soeben gezeigt,⁵² nur in sehr engen Grenzen eingreifen: Lässt sich eine vorsätzliche Schädigung nicht nachweisen oder wird die strenge Verwerflichkeitsschwelle sittenwidrigen Handelns verfehlt, kann der Verbraucher, soweit er ausschließlich reine Vermögensschäden erlitten hat, regelmäßig keine deliktsrechtlichen Schadensersatzansprüche geltend machen und es ist insbesondere kein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB gegeben.⁵³ Ein Individualanspruch von Verbrauchern aus dem UWG hätte in der Diesel-Affäre die bestehenden Lücken wohl schließen können. Denn es ist irreführend i.S.v. § 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG vorzutäuschen, dass die Abgasnorm „Euro-6“ erfüllt werde, obwohl diese nur durch die Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung erreicht wurde.⁵⁴

band für das Rechts- und Finanzconsulting deutscher Online-Unternehmen e.V., Stellungnahme des IDO Interessenverband für das Rechts- und Finanzconsulting deutscher Online-Unternehmen e.V. zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz in der Fassung vom 4.11.2020, 5; *Lettl*, WM 2021, 1405, 1410; *Verbraucherzentral Bundesverband e.V.*, Handlungsspielraum der EU-Modernisierungsrichtlinie nutzen, 4.

50 So auch *Heinze/Engel*, NJW 2021, 2609 Rn. 1.

51 Zu der Schutzlücke auch *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Drucksache 19/27873, 39 f.

52 S. unter B.III.

53 Zu den sog. „Anlockfällen“, in denen ein Unternehmer irreführend über das Verfügbarkeit eines besonders günstigen Angebots wirbt, nach geltendem Recht aber kein Ersatz verlangt werden kann für etwaige Aufwendungen des Verbrauchers – wie etwa die Fahrkosten zum Ort des Unternehmens – s. *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Drucksache 19/27873, 39; *Alexander*, Anmerkungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 16 f.; *ders.*, WRP 2021, 136 Rn. 65.

54 S. *Seichter*, in: *Seichter*, JurisPK-UWG, 5. Aufl., UWG § 5 Rn. 376; LG Stuttgart, Zwischenurteil vom 13.7.2018 – 22 O 348/16, BeckRS 2018, 36347 Rn. 48 ff.; s. auch zu einem Verstoß gegen den Regelungsgehalt der RL 2005/29/EG, *Europäische Kommission*, Impact Assessment (Part 1), SWD(2018) 96 final, 18.

C. Rechtslage nach der europäischen Omnibus-Richtlinie (EU) 2019/2161

Im Jahr 2019 verabschiedete der europäische Gesetzgeber – wie oben⁵⁵ schon erwähnt – die Omnibus-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union⁵⁶ als Teil des *New Deal for Consumers*.⁵⁷ Bisher stellte ErwGr. 9 S. 1 der Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG auf unionsrechtlicher Ebene klar, dass die „Richtlinie [...] nicht individuelle Klagen von Personen [berührt], die durch eine unlautere Geschäftspraxis geschädigt wurden“, mithin also keine Schadensersatzansprüche von einzelnen Personen einführt oder verbietet⁵⁸.

Die Tatsache, dass es keine wirksamen zivilrechtlichen Rechtsbehelfe für den Verstoß gegen das Lauterkeitsrecht gab, motivierte den Unionsgesetzgeber, Änderungen an der Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG vorzunehmen.⁵⁹ Deshalb ergänzt Art. 3 Nr. 5 Omnibus-Richtlinie die Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG um einen Art. 11a.

I. Europarechtliche Vorgaben

In dem neuen Abs. 1 des Art. 11a Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG heißt es: „Verbraucher, die durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigt wur-

55 S. unter A.

56 RL (EU) 2019/2161.

57 Hintergrund war, dass im Rahmen des REFIT-Programms festgestellt wurde, dass es sowohl bei Verbrauchern als auch Unternehmern Informationsdefizite gibt und die Rechtsschutzinstrumente häufiger genutzt werden könnten, s. ErwGr. 1 f. RL (EU) 2019/2161. Außerdem wurde durch REFIT herausgefunden, dass auf unionsrechtlicher Ebene Verbrauchern individuelle Rechtsbehelfe fehlen, s. *Europäische Kommission*, Zusammenfassung der Eignungsprüfung, SWD(2017) 208 final, 5, dass das EU-Kaufrecht nur innerhalb der Gewährleistungsfrist und nicht für Dienstleistungen Schutz bietet, s. *Europäische Kommission*, REFIT, SWD(2017) 209 final, 92. Es wird ausgeführt, dass individuelle Ansprüche von Verbrauchern zu einer effektiveren Durchsetzung des Lauterkeitsrechts führen könnten, was wiederum einen positiven Einfluss auf die Umwelt haben könne, da so lauterkeitsrechtsverstoßendes Greenwashing verhindert werden könne, s. *Europäische Kommission*, REFIT, SWD(2017) 209 final, 77, 86. Daher wird der Vorschlag gemacht, die Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG, die bisher schon das Lauterkeitsrecht auf Unionsebene regelte, um Rechtsbehelfe für Verbraucher zu ergänzen, s. *Europäische Kommission*, REFIT, SWD(2017) 209 final, 77, 86.

58 Köhler, WRP 2021, 129 Rn. 54.

59 S. den Nachw. in Fn. 57.

den, haben Zugang zu angemessenen und wirksamen Rechtsbehelfen, einschließlich Ersatz des dem Verbraucher entstandenen Schadens sowie gegebenenfalls Preisminderung oder Beendigung des Vertrags. Die Mitgliedstaaten können die Voraussetzungen für die Anwendung und die Folgen der Rechtsbehelfe festlegen. Die Mitgliedstaaten können gegebenenfalls die Schwere und Art der unlauteren Geschäftspraktik, den dem Verbraucher entstandenen Schaden sowie weitere relevante Umstände berücksichtigen.“ Durch den – möglicherweise aus Gründen der politischen Kompromissfindung nicht in jeder Hinsicht hinreichend konkret formulierten⁶⁰ – Art. 11a Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG wurde somit eine europarechtliche Grundlage für Schadensersatzansprüche von Verbrauchern im Lauterkeitsrecht geschaffen.

II. Schadensersatz nach § 9 Abs. 2 UWG n.F.

Um Art. 11a Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG umzusetzen, hat der deutsche Gesetzgeber in das UWG § 9 Abs. 2 UWG n.F. eingeführt.⁶¹ § 9 Abs. 2 UWG n.F. lautet: „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.“

1. Anspruchsbegründender Tatbestand

Zunächst wird der anspruchsbegründende Tatbestand der Norm genauer erläutert.

60 So *Alexander*, Anmerkungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 14f.; *ders.*, WRP 2021, 136 Rn. 58.

61 S. das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 10.8.2021, BGBl. I S. 3504, in Kraft seit 28.5.2022.

a) Unzulässige geschäftliche Handlung des Unternehmers

Für das Vorliegen eines Schadensersatzanspruchs nach § 9 Abs. 2 UWG n.F. ist eine nach § 3 UWG unzulässige geschäftliche Handlung des Unternehmers erforderlich.

Eine geschäftliche Handlung wird in § 2 Abs. 1 Nr. 2 Hs. 1 UWG definiert als „jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen unmittelbar und objektiv zusammenhängt“.

Eine den Schadensersatzanspruch auslösende geschäftliche Handlung ist nach § 9 Abs. 2 UWG n.F. eine solche, die gegen § 3 UWG verstößt, wobei ein Verstoß gegen die §§ 3a, 4 und 6 UWG und Nr. 32 des Anhangs keinen Schadensersatzanspruch auslöst.

Diese Einschränkung des Anwendungsbereichs, die kontrovers diskutiert wurde⁶², lässt sich darauf zurückführen, dass der Gesetzgeber eine „1:1-Umsetzung“ der Richtlinie verfolgte⁶³: Da die §§ 3a, 4 und 6 UWG keine Grundlage in der Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG haben, ist insofern europarechtlich auch keine Erstreckung des Schadensersatzanspruchs geboten.⁶⁴

Während § 3a UWG den Rechtsbruch bestimmter Normen als unlauter definiert, sind die §§ 4, 6 UWG sowieso nicht Verbraucherschützend⁶⁵.

62 Birk, GRUR-Prax 2020, 605, 605; *Markenverband*, Stellungnahme des Markenverbandes zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 4; *Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb*, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb, München, zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 4. November 2020, 11; *Schwintowski*, VuR 2021, 251, 252; *Verbraucherzentral Bundesverband e.V.*, Handlungsspielraum der EU-Modernisierungsrichtlinie nutzen, 6; *Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft ZAW e.V.*, Stellungnahme des ZAW im Rahmen der Verbändeanhörung zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 3 f.

63 *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Drucksache 19/27873, 41.

64 *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Drucksache 19/27873, 41; *Scherer*, WRP 2021, 561 Rn. 14 m.w.N.; *Schmitz/Strecker*, PharmR 2021, 411, 413.

65 *Scherer*, WRP 2021, 561 Rn. 14.

§ 4 UWG regelt den Mitbewerberschutz und § 6 UWG definiert bestimmte vergleichende Werbung als unlauter.

Der Ausschluss von Nr. 32 des Anhangs wurde, ebenso wie die Nr. 32 des Anhangs selbst, erst spät im Gesetzgebungsverfahren auf Vorschlag des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz eingefügt⁶⁶. Da Nr. 32 des Anhangs nicht auf die Omnibus- oder Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG zurückgeht, wurde, um die „1:1-Umsetzung“ sicherzustellen,⁶⁷ dieser ebenso vom Anwendungsbereich des § 9 Abs. 2 UWG n.F. ausgenommen.

Da § 9 Abs. 2 UWG n.F. sich nur explizit auf § 3 UWG bezieht, ist auch insbesondere § 7 UWG, der unzumutbare Belästigungen regelt, vom Anwendungsbereich ausgeschlossen⁶⁸. Allerdings begründet die daraus ausgegliederte Nr. 26 des Anhangs zu unzulässigem, hartnäckigem Ansprechen über Fernabsatzmittel einen Schadensersatzanspruch des Verbrauchers⁶⁹ gem. §§ 9 Abs. 2, 3 Abs. 3 i.V.m. Anhang Nr. 26 UWG.

b) Geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers

Der neue europarechtlich fundierte Schadensersatzanspruch ist an das Erfordernis einer geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers gebunden. Diese ist gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG „jede Entscheidung [...] darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er ein Geschäft abschließen, eine Zahlung leisten, eine Ware oder Dienstleistung behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit einer Ware oder Dienstleistung ausüben will, unabhängig davon, ob der Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer sich entschließt, tätig zu werden“.

Eine geschäftliche Entscheidung liegt etwa nicht vor, wenn der Verbraucher durch eine aggressive geschäftliche Handlung des Unternehmers einen Herzinfarkt erleidet.⁷⁰

66 Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Beschlussempfehlung und Bericht, Drucksache 19/30527, 12 f.

67 Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Beschlussempfehlung und Bericht, Drucksache 19/30527, 13.

68 S. auch *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Drucksache 19/27873, 41.

69 S. *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Drucksache 19/27873, 41; *Scherer*, WRP 2021, 561 Rn. 13.

70 So das Beispiel von *Scherer*, WRP 2021, 561 Rn. 37.

c) Haftungsbegründende Kausalität

Die geschäftliche Handlung des Unternehmers muss kausal für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers geworden sein („hierdurch“⁷¹).

Problematisch ist hier die Beweislast: Da nach der Rosenbergschen Formel⁷² der Verbraucher die Beweislast für die für ihn günstigen Tatsachen trägt, trifft ihn auch der Nachteil, wenn sich nicht nachweisen lässt, dass die geschäftliche Handlung des Unternehmers kausal für seine geschäftliche Entscheidung geworden ist. Dieser Nachweis könnte im Einzelfall sehr schwer sein, weshalb in der Literatur eine Beweislastumkehr gefordert wird⁷³.

d) Verschulden

Des Weiteren muss der Unternehmer vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben.⁷⁴

Von der Inkassobranche wurde gefordert, § 9 Abs. 2 UWG n.F. dahingehend zu konkretisieren, dass ein fahrlässiges Verhalten nicht vorliegt, wenn geeignete Maßnahmen zur Verhinderung unzulässiger geschäftlicher Handlungen getroffen wurden.⁷⁵ Dies wird mit der Einschätzung des BGH⁷⁶ begründet, dass eine unlautere geschäftliche Handlung bereits vorliegt, wenn eine unberechtigte Aufforderung zur Zahlung verschickt wird, auch wenn der Auffordernde im Irrtum ist.⁷⁷ Problematisch kann dies insbesondere in Fällen des Identitätsdiebstahls werden, in denen Waren in fremden Namen bestellt werden, die im Zustellprozess abgefangen wer-

71 § 9 Abs. 2 UWG n.F.

72 S. schon oben unter B.III.4.

73 So *Glöckner*, GRUR 2021, 919, 929; für eine Beweiserleichterung auch *Heinzel/Engel*, NJW 2021, 2609 Rn. 11, 24.

74 S. § 9 Abs. 2 UWG n.F.

75 *S. Bundesverband Deutscher Inkasso-Unternehmen e.V.*, Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerbe-recht, 2 ff.

76 BGH, Urteil vom 6.6.2019 – I ZR 216/17, GRUR 2019, 1202.

77 *S. Bundesverband Deutscher Inkasso-Unternehmen e.V.*, Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerbe-recht, 3 ff.

den.⁷⁸ Eine Einschränkung der Fahrlässigkeit lehnt der Regierungsentwurf jedoch ab und sagt, dass „in diesen Fällen schon bei einem fahrlässigen Handeln des Unternehmers [der neue Schadensersatzanspruch] als Anspruchsgrundlage für die Erstattung außergerichtlicher Rechtsverteidigungskosten der Verbraucherinnen und Verbraucher in Betracht“ komme.⁷⁹ Die geforderte Einschränkung erscheint jedoch auch nicht erforderlich, denn schon nach geltendem Recht kann wohl kaum von einem Verschulden des Unternehmers ausgegangen werden, wenn dieser „[geeignete] Maßnahmen zur Verhinderung unzulässiger geschäftlicher Handlungen“⁸⁰ getroffen hat⁸¹.

2. Ersatzfähiger Schaden

a) Differenzhypothese und Vorrang der Naturalrestitution

Die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers muss kausal für den geltend gemachten Schaden sein („Ersatz des daraus entstehenden Schadens“⁸²). Für die Schadensbestimmung ist § 249 Abs. 1 BGB maßgeblich, wonach derjenige, der zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen hat, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.⁸³ Dabei herrscht im deutschen Recht der

78 S. *Bundesverband Deutscher Inkasso-Unternehmen e.V.*, Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 4f.; positiv hingegen bewertet von *Verbraucherzentral Bundesverband e.V.*, Handlungsspielraum der EU-Modernisierungsrichtlinie nutzen, 5.

79 *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Drucksache 19/27873, 39.

80 S. den Änderungsvorschlag *Bundesverband Deutscher Inkasso-Unternehmen e.V.*, Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 2.

81 S. *Melullis*, in: Gloy/Loschelder u.a., UWG-HdB, 5. Aufl., § 80 Schadensersatz (§ 9 UWG) Rn. 55: „Grundsätzlich wird [...] ein fahrlässiger Verstoß [...] angenommen werden können, wenn der Verletzer nicht die Sorgfalt aufgewendet hat, die von einem Angehörigen seiner Gruppe, insbesondere seiner Branche, jedenfalls aber von einem ordentlichen Gewerbetreibenden in dem jeweiligen Kontext der Verbotsnorm, insbesondere deren Schutzzweck zu erwarten ist“.

82 § 9 Abs. 2 UWG n.F.

83 Längerfristig könnte sich eine klarer konturierte europäische Schadensdogmatik entwickeln: *Glöckner*, GRUR 2021, 919, 920 spricht davon, dass in der Omnibus-

Vorrang der Naturalrestitution, die in den §§ 249, 250, 252 BGB geregelt wird, gegenüber der Schadenskompensation als Wertkompensation in Geld, die in den §§ 251, 253 BGB geregelt wird.⁸⁴

Für die Schadensberechnung wird die Differenzhypothese herangezogen, wonach der Schaden die Differenz der tatsächlichen und der hypothetischen Güterlage, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre, bildet.⁸⁵

Der Schadensersatzanspruch des Verbrauchers aufgrund eines Lauterkeitsverstößes ist damit auf das negative Interesse gerichtet, was bedeutet, dass der Geschädigte so zu stellen ist, wie er stünde, wenn die unzulässige geschäftliche Handlung des Unternehmers nicht stattgefunden hätte.⁸⁶

b) Unerwünschter Vertrag als Schaden

Umstritten ist jedoch, unter welchen Voraussetzungen der Verbraucher schadensersatzrechtlich die Lösung vom Vertrag verlangen kann, inwieweit also ein unerwünschter Vertrag einen ersatzfähigen Schaden darstellt. Einerseits wird die Meinung vertreten, dass dem Verbraucher nach der für die Schadensberechnung maßgeblichen Differenzhypothese⁸⁷ ein Vermögensschaden im Sinne eines rechnerischen Minus zugefügt sein muss.⁸⁸ Geht der Verbraucher bedingt durch den Lauterkeitsverstoß einen Vertrag ein, den er sonst nicht geschlossen hätte, so kann er sich davon nicht im Wege des Schadensersatzes lösen, wenn er nur eine werthaltige Gegenleistung erlangt. Dies überzeugt nicht. Schadenskompensation ist kein Selbst-

RL ein „zwar noch schwach konturierter, im Ausgangspunkt aber autonom unionsrechtlicher Schadensbegriff verwendet wird“. Auch jetzt schon sind unionsrechtliche Grundsätze zu berücksichtigen, s. *Heinze/Engel*, NJW 2021, 2609 Rn. 13, wie der Grundsatz des vollständigen Ausgleichs der tatsächlich entstandenen Schäden; zum unionsrechtlichen Schadensumfang ausführlich *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, 585 ff.

84 *Brand*, in: Gsell/Krüger u.a., BeckOGK, 1.3.2022, BGB § 249 Rn. 56.

85 S. dazu näher *Brand*, in: Gsell/Krüger u.a., BeckOGK, 1.3.2022, BGB § 249 Rn. 12 ff.

86 S. *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Drucksache 19/27873, 41.

87 S. bereits unter C.II.2.a).

88 *Maaßen*, GRUR-Prax 2021, 7, 8 f.; gegen jegliches Lösen vom Vertrag im Wege des Schadensersatzes *Alexander*, Anmerkungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 17 f.; *ders.*, WRP 2021, 136 Rn. 68 ff.

zweck, sondern dient dem Schutz der allgemeinen Handlungs- und Entscheidungsfreiheit und dem Recht der freien Persönlichkeitsentfaltung. Ein Schaden ist deshalb richtigerweise bereits dann anzunehmen, wenn sich das Vermögen des Geschädigten nicht nach dessen Disposition zusammensetzt.⁸⁹ So hat auch der BGH im Rahmen der Diesel-Affäre geurteilt, dass, wenn „jemand durch ein haftungsbegründendes Verhalten zum Abschluss eines Vertrags gebracht [wurde], den er sonst nicht geschlossen hätte, [...] er auch bei objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung dadurch einen Vermögensschaden erleiden [kann], dass die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar ist“⁹⁰. Voraussetzung der Ersatzfähigkeit soll danach allerdings sein, „dass die durch den unerwünschten Vertrag erlangte Leistung nicht nur aus rein subjektiv willkürlicher Sicht als Schaden angesehen wird, sondern dass auch die Verkehrsanschauung bei Berücksichtigung der obwaltenden Umstände den Vertragsschluss als unvernünftig, den konkreten Vermögensinteressen nicht angemessen und damit als nachteilig ansieht“⁹¹. Dass eine Rückabwicklung des Vertrages durchaus dem Willen des europäischen Gesetzgebers entspricht, zeigt der neue Art. 11a Abs. 1 Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG, der ausdrücklich die Beendigung des Vertrags als Abhilfe erwähnt.⁹²

c) Weitere Konstellationen

Unterbleibt ein günstigerer Vertragsschluss mit einem anderen Unternehmer, so muss der Unternehmer, der die unlautere Geschäftshandlung be-

89 So auch *Fervers/Gsell*, NJW 2020, 1393, 1396 m.w.N.; BGH, Urteil vom 26.9.1997 – V ZR 29/96, NJW 1998, 302, 304 f.; für eine Anerkennung des unerwünschten Vertrages im vorliegenden Kontext *Heinze/Engel*, NJW 2021, 2609 Rn. 12; *Köhler*, WRP 2021, 129 Rn. 26, 31; *Scherer*, WRP 2021, 561 Rn. 19; die Rückabwicklung begrüßend *Deutscher Konsumentenbund e.V.*, Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 1 f.

90 BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962 Rn. 46; Verweis hierauf auch durch *Köhler*, WRP 2021, 129 Rn. 26.

91 BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962 Rn. 46.

92 S. zur Maßgeblichkeit der europäischen Schadensdogmatik im vorliegenden Kontext bereits Fn. 83; die deutsche Sprachfassung der Richtlinie ist hier dahingehend unglücklich formuliert, dass das „gegebenenfalls“ mehrdeutig ist, im Gegensatz zu etwa der englischen Fassung („*where relevant*“), s. Schmidt-Kessel, VuR 2021, 121, 122; s. auch *Buchmann*, WRP 2021, I, Nr. 9.

gangen hat, dem Verbraucher das Interesse an der Erfüllung des anderen Vertrags ersetzen.⁹³

Unterbleibt ein günstigerer Vertragsschluss mit demselben Unternehmer, so ist nach der Rechtsprechung des BGH der zu ersetzende Schaden „der Betrag, um den der Geschädigte den Kaufgegenstand zu teuer erworben hat“⁹⁴. Dabei wird dem Geschädigten der Beweis erlassen, dass der Vertragspartner sich auf einen niedrigeren Preis eingelassen hätte, da es nicht um eine Vertragsanpassung, sondern lediglich um die Bemessung des Vertrauensschadens gehe.⁹⁵ Dies überzeugt nicht, da dies faktisch einem Kontrahierungszwang gleichkommt⁹⁶. Zudem ist der zur Berechnung angenommene hypothetische Vertragsschluss häufig realitätsfremd, da etwa in den Diesel-Kfz-Fällen kaum ein Händler bereit gewesen wäre, sehenden Auges ein mit manipulierter Software ausgestattetes Fahrzeug zu verkaufen.

Hat der Geschädigte ein vertragliches Recht nicht ausgeübt, so ist er so zu stellen, wie wenn er das Recht ausgeübt hätte.⁹⁷ Wenn ein Verbraucher beispielsweise durch irreführende Angaben abgehalten wurde, rechtzeitig zu kündigen, kann er den Vertrag noch kündigen und Schadensersatz in Höhe des zu viel Gezahlten⁹⁸ verlangen.⁹⁹

Hat der Verbraucher Zahlung auf eine nicht bestehende Verbindlichkeit geleistet, so kann er das Geld zurückfordern¹⁰⁰ im Wege der Naturalrestitution.

Hat der Geschädigte wegen einer unlauteren Handlung eine bestehende Verbindlichkeit erfüllt, so ist umstritten, ob der Naturalrestitution die „Dolo agit“-Einwendung, die aus § 242 BGB hergeleitet wird, entgegengesetzt werden kann.¹⁰¹ Nach der „Dolo agit“-Einwendung handelt treuwid-

93 S. Scherer, WRP 2021, 561 Rn. 24.

94 BGH, Urteil vom 19.5.2006 – V ZR 264/05, NJW 2006, 3139 Rn. 22 m.w.N.; s. auch BGH, Urteil vom 6.7.2021 – VI ZR 40/20, NJW 2021, 3041 Rn. 15 f.; BGH, Urteil vom 6.2.2018 – II ZR 17/17, NJW 2018, 1675 Rn. 12 f.; BGH, Urteil vom 25.9.2018 – II ZR 27/17, BeckRS 2018, 26239 Rn. 12.

95 BGH, Urteil vom 6.7.2021 – VI ZR 40/20, NJW 2021, 3041 Rn. 16; BGH, Urteil vom 6.2.2018 – II ZR 17/17, NJW 2018, 1675 Rn. 13; BGH, Urteil vom 19.5.2006 – V ZR 264/05, NJW 2006, 3139 Rn. 22 m.w.N.

96 Zutreffend Scherer, WRP 2021, 561 Rn. 29; kritisch auch bereits Gsell, EWiR 2001, 803.

97 S. Köbler, WRP 2021, 129 Rn. 28, 36; Scherer, WRP 2021, 561 Rn. 34.

98 Nach § 251 Abs. 1 BGB.

99 S. Köbler, WRP 2021, 129 Rn. 36.

100 S. Köbler, WRP 2021, 129 Rn. 34.

101 Diskutiert von Scherer, WRP 2021, 561 Rn. 33.

rig, wer etwas verlangt, was sofort zurückgegeben werden muss.¹⁰² Es spricht mehr dafür, die „Dolo agit“-Einwendung zu versagen, denn mit Blick auf den zu gewährleistenden *effet utile* der Omnibus-Richtlinie (EU) 2019/2161 darf die Rückforderung nicht als treuwidrig bewertet werden¹⁰³.

3. Verhältnis zum bürgerlichen Recht

Intensiv diskutiert wird das Verhältnis des § 9 Abs. 2 UWG n.F. zu den Rechtsbehelfen des Verbrauchers im bürgerlichen Recht. Der deutsche Gesetzgeber geht von einer freien Anspruchskonkurrenz aus.¹⁰⁴ In der Literatur besteht insbesondere die Sorge, dass die auf intensiven Interessenabwägungen beruhenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts unterlaufen werden könnten¹⁰⁵, etwa das Recht der zweiten Andienung im Kaufrecht¹⁰⁶. Deshalb wird vorgeschlagen, den Anspruch aus

102 Näher Köhler, in: Gsell/Krüger u.a., BeckOGK, 1.6.2022, BGB § 242 Rn. 1380 ff. m.w.N.

103 Ähnlich Köhler, WRP 2021, 129 Rn. 35; abw. Scherer, WRP 2021, 561 Rn. 33.

104 S. Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Drucksache 19/27873, 40.

105 S. Alexander, Anmerkungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 17 f.; ders., WRP 2021, 136 Rn. 70 ff.; Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V., Stellungnahme des Fachausschusses für Wettbewerbs- und Markenrecht der GRUR zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Rn. 39 ff.; Heinze/Engel, NJW 2021, 2609 Rn. 16; Markenverband, Stellungnahme des Markenverbandes zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 3; Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb, München, zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 4. November 2020, 11 f.; dies war außerdem auch ein Grund dafür, dass § 13a UWG 1909, der „Abnehmern“ ein Rücktrittsrecht ermöglichte, abgeschafft wurde, s. bereits Fn. 27.

106 Alexander, Anmerkungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 18; ders., WRP 2021, 136 Rn. 74; Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V., Stellungnahme des Fachausschusses für Wettbewerbs- und Markenrecht der GRUR zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Rn. 40; Heinze/Engel,

§ 9 Abs. 2 UWG n.F. subsidiär zu gestalten.¹⁰⁷ Insofern ist jedoch der Einschätzung Köhlers zuzustimmen, dass § 9 Abs. 2 UWG n.F. nicht nur bezwecken soll, die bestehenden Lücken zu schließen, sondern allgemein die Stellung des Verbrauchers verbessern soll¹⁰⁸. Wertungswidersprüche mit dem BGB und dem Vertragsrecht sind nicht zu befürchten, da insbesondere beim Mängelgewährleistungsrecht ein Unternehmer, der unlautere Geschäftspraktiken betreibt, keinen besonderen Schutz verdient.¹⁰⁹ Deshalb können das Mängelgewährleistungsrecht, die Anfechtung, die §§ 823 ff. BGB und der § 9 Abs. 2 UWG n.F. durchaus nebeneinanderstehen.

Davon abgesehen entschärfte der Gesetzgeber etwaige Konkurrenzprobleme zwischen Anfechtung und § 9 Abs. 2 UWG n.F., indem er die Verjährungsfrist des § 9 Abs. 2 UWG n.F. nach § 11 Abs. 1 UWG n.F. an die Jahresfrist des § 124 Abs. 1 BGB angeglichen hat, während noch der Referentenentwurf drei Jahre¹¹⁰ und der Regierungsentwurf sechs Monate¹¹¹ angeordnet hatten.¹¹²

NJW 2021, 2609 Rn. 16; *Markenverband*, Stellungnahme des Markenverbandes zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 3.

107 *Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V.*, Stellungnahme des Fachausschusses für Wettbewerbs- und Markenrecht der GRUR zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Rn. 44 ff.; *Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb*, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb, München, zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 4. November 2020, 11 f.; auch diskutiert von *Glöckner*, GRUR 2021, 919, 926 f. mit dem Vorschlag, den Schadensersatzanspruch aus Art. 11a Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG in den vertragsrechtlichen Strukturen umzusetzen. Dagegen könnte sich der Gesetzgeber bewusst entschieden haben, damit im Falle der Entwicklung eines unionsrechtlich autonomen Schadensersatzes, s. den Nachw. in Fn. 83, dieser von dem Schadensersatz der §§ 249 ff. BGB klar getrennt ist.

108 S. Köhler, WRP 2021, 129 Rn. 64 f.

109 S. Köhler, WRP 2021, 129 Rn. 61 f.

110 S. *BMJV*, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, 36.

111 S. *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Drucksache 19/27873, 40.

112 S. auch *Heinze/Engel*, NJW 2021, 2609 Rn. 22.

III. Erleichterte Durchsetzung aufgrund der neuen Verbandsklagen-Richtlinie (EU) 2020/1828

Was allerdings die Durchsetzung des neuen lauterkeitsrechtlichen Schadensersatzanspruches zugunsten von Verbrauchern anbelangt, so ist damit zu rechnen, dass die Verbraucher vor allem bei Streuschäden mit nur geringen Einzelschäden voraussichtlich ein rationales Desinteresse an den Tag legen und kaum einzeln klagen werden¹¹³. Es ist deshalb unbedingt zu begrüßen, dass die neue Verbandsklagen-Richtlinie (EU) 2020/1828¹¹⁴, die gemäß Nr. 14 ihres Anhangs I zu Art. 2 Abs. 1 auch auf Verstöße gegen die Geschäftspraktiken-RL 2005/29/EG Anwendung findet, künftig Verbandsklagen ermöglicht, die auf individuelle Entschädigung der Verbraucher gerichtet werden können.¹¹⁵ Unterstellt man eine Umsetzung der Verbandsklagenrichtlinie (EU) 2020/1828 dahin, dass die klagebefugten Verbände über eine hinreichende finanzielle Ausstattung verfügen werden und die Repräsentation betroffener Verbraucher nicht an eine zu schwerfällige Schwelle individueller Mandatierung des Verbandes geknüpft wird, könnte der neue lauterkeitsrechtliche Schadensersatzanspruch durchaus bald praktische Bedeutung gewinnen.

D. Gesamtergebnis

Gemessen am traditionellen lauterkeitsrechtlichen Meinungsstand zum Individualrechtsschutz von Verbrauchern in Deutschland kann man den neuen Anspruch aus § 9 Abs. 2 UWG durchaus als „revolutionär“¹¹⁶ bezeichnen. Insbesondere in den Fällen, in denen das Deliktsrecht Schutzlücken aufweist, stellt er einen Zugewinn an Verbraucherschutz dar. Es bleibt zu hoffen, dass durch eine kluge Umsetzung der Vorgaben der Verbandsklagenrichtlinie (EU) 2020/1828 insbesondere in Fällen lauterkeitsrechtlicher Streuschäden eine gebündelte effektive Rechtsdurchsetzung ermöglicht wird.

113 S. dazu *Alexander*, WRP 2021, 136 Rn. 66; *Maaßen*, GRUR-Prax 2021, 7, 10.

114 Näher zur Richtlinie *Gsell*, CMLRev (58) 2021, 1365; *dies.*, BKR 2021, 521; zu deren sinnvollen Umsetzung *Gsell/Meller-Hannich*, JZ 2022, 421; *Gsell*, BKR 2021, 521, 528 f.

115 S. zum Zusammenspiel von Verbandsklagen- und Geschäftspraktiken-RL auch *Alexander*, WRP 2021, 136 Rn. 66; *Gsell*, Editorial, NJW-aktuell, NJW 2018, Nr. 3; *Maaßen*, GRUR-Prax 2021, 7, 10.

116 So *Scherer*, WRP 2021, 561 Rn. 3.

