

RAW

2

Recht ■ Automobil ■ Wirtschaft
Unternehmen | Technologie | Beratung

WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT

Professor Dr. Frank Arloth,

Amtschef des Bayerischen
Staatsministeriums der Justiz

Detlev Bökenkamp, Chefsyndikus
Hella KGaA Hueck & Co.

Professor Dr. Markus Gehrlein,
Richter am Bundesgerichtshof a.D.

Karin E. Geissl, Rechtsanwältin,
Attorney at Law, Freshfields Bruckhaus
Deringer

Dr. Peter Gladbach,
Rechtsanwalt, AUDI AG

Professor Dr. Christian Heinrich,
Katholische Universität, Ingolstadt

Dr. Uta Karen Klawitter,
General Counsel AUDI AG

Professor Dr. Thomas Klindt,
Rechtsanwalt, Noerr

Nora Klug, LL.M.,
General Counsel Robert Bosch GmbH

Dr. Thomas Laubert,
General Counsel Daimler AG

Professor Dr. Rolf-Dieter Mönning,
Rechtsanwalt, Mönning Feser Partner

Professor Dr. Dr. h.c. Hanns Prütting,
Universität zu Köln

Professor Dr. Jens M. Schmittmann,
Rechtsanwalt, FOM Hochschule, Essen

Dr. Stefan Schröcker,
Leiter Recht, Produktion und Vertrieb,
BMW AG

Dr. Reinhard Siegert, Rechtsanwalt,
Heuking Kühn Lüer Wojtek

Dr. Martin Wagener,
Rechtsanwalt

SCHRIFTFLEITUNG

Dr. Nicholas Schoch, Rechtsanwalt,
Freshfields Bruckhaus Deringer

STÄNDIGE MITARBEITER

Dr. Charlotte Harms, Paul Harenberg,
Camillo v. Haugwitz

- Dr. Volker Wissing MdB
93 **Mehr Sicherheit, mehr Vertrauen, mehr Vorteile**
- Frances Karn und Felix Sedlmaier
94 **Cybersecurity im Automotive-Sektor**
- Wiss. Mitarbeiter Benedikt Karsten und Wiss. Mitarbeiterin Marie Wienroeder
99 **Der Entwurf des Data Act – Auswirkungen auf die Automobilindustrie**
- Thomas Kahl und Dajin Lie
106 **Auswirkungen des neuen digitalen Kaufrechts auf Connected Vehicle Services**
- Avocat à la Cour Dr. Dr. Claus Zimmermann, LL.M. (Yale)
111 **Das Sanktionsregime der Europäischen Union gegen Russland und seine Auswirkungen auf die europäische Automobilindustrie**
- Dr. Andreas von Bonin, LL.M.
118 **Transformation in der Dauerkrise**
- Sebastian Lutz-Bachmann, LL.M. und Kristin Vorbeck
122 **Neue Sorgfaltspflichten durch die EU-Lieferkettenrichtlinie**
- Dr. Thomas Laubert, Dr. Florian Hofer, Fabian Römer, Eckehard Mosler
128 **Aus Eins mach Zwei
Der Daimler Truck Spin-Off aus dem praxisnahen Blick von Inhouse-Juristen**
- Carlos Deniz Cesarano, Prof. Dr. Christian Koenig und Anton Veidt
134 **Autonomes Fahren als Anwendungsfall der Telekommunikationsregulierung?**
- Dr. Andreas Ottofülling
142 **Das „neue, neue“ UWG – Auswirkungen auf die Automobilbranche**
- Sebastian Gutt
149 **Grundlagen der On-Board Diagnose in der rechtlichen Beratung**
- Dr. Charlotte Harms
153 **Der risikobasierte Ansatz im Bereich der Cybersecurity**
- Tobias André und Björn Weißenberger
168 **Käuferschutz ohne Käufer? Zum Aufgabenbereich des EU-Typgenehmigungsrechts
Anmerkung zu Generalanwalt Rantos, Schlussanträge v. 2.6.2022 – C-100/21 – Mercedes-Benz Group**
- Dr. Mayeul Hiéramente
174 **Zugriff auf GPS-Standortdaten von Multi-Media-Systemen
Anmerkung zu OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 20.7.2021 – 3 Ws 369/21**

RA Dr. Andreas Ottoförling*

Das „neue, neue“ UWG – Auswirkungen auf die Automobilbranche

Der Beitrag stellt eine Fortsetzung des in der Ausgabe Nr. 2/2021 erschienen Beitrags des Autors mit dem Titel „Das ‚neue‘ UWG – Auswirkungen auf die Automobilbranche“ dar.¹ Nach der letzten Novellierung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 26.11.2020 mit dem Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs,² welches zu Änderungen im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), dem Unterlassungsklagengesetz (UKlaG), dem Gerichtskostengesetz (GKG), dem Urheberrechtsgesetz (UrhG), dem Designgesetz (DesignG), dem EU-Verbraucherschutzdurchführungsgesetz (EU-VSchDG) und dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und dem Buchpreisbindungsgesetz (BuchPrG) geführt hatte, hat es zwischenzeitlich weitere Änderungen und Neuerungen im UWG gegeben. Diese sind bedingt durch das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 10.8.2021.³

I. Einleitung

Die nachfolgenden Ausführungen beleuchten primär die Auswirkungen der gesetzlichen Neuregelungen auf das UWG⁴ unter besonderer Berücksichtigung der Automobilbranche. Das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht hat seinen Ursprung in der Richtlinie (EU) 2019/2161 vom 27.11.2019,⁵ bezeichnet als sog. Omnibus-Richtlinie (OB-RL). Diese wird so bezeichnet, weil mit ihr diverse Verbraucherschutz-Richtlinien ergänzt und geändert werden. Die OB-RL steht im Zusammenhang mit dem sog. „New Deal for Consumers“⁶ und ist ein Teil desselben. Damit sollen die Verbraucher-Besitzstände – man spricht auch vom „Verbraucher-Acquis“ – modernisiert und gestärkt werden. Mit diesen Regelungskomplexen will die EU-Kommission das Europäische Verbraucherschutzrecht an den Stand der Zeit anpassen und die Verbraucherrechte gerade auch im elektronischen

Rechtsverkehr stärken. Das Verbraucherrecht hat bereits in der EU einen hohen Stellenwert, denn in Art. 38 der Grundrechtscharta bekennt sich die EU dazu, ein hohes Verbraucherschutzniveau sicherzustellen.

Die OB-RL hat außerdem zu Änderungen und Neuregelungen in der Preisangabenverordnung (PAngV) und der Gewerbeordnung (GewO) geführt. Für die Letztgenannte geht es um Regelungen zu sog. Kaffeefahrten; diese sind – zumindest bisher – nicht relevant für die Automobilbranche, weil die bei solchen Fahrten angebotenen Produkte keinen automobilen Bezug haben. Die Änderungen in der PAngV⁷ dagegen sind für die Automobilbranche von Bedeutung, müssen aber einer gesonderten Betrachtung unterzogen werden, weil dies den Rahmen des Beitrags sprengen würde.

II. Auswirkungen europäischer Richtlinien

Aufgrund der OB-RL waren die Nationalstaaten aufgefordert, bestimmte Regelungen bis zum 28.11.2021 umzusetzen und spätestens zum 28.5.2022 in Kraft zu setzen. Dem ist der deutsche Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerbe-

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. III.

1 Ottoförling, RAW 2021, S. 112.

2 BGBl. I S. 2568.

3 BGBl. I S. 3504; der Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht findet sich in BT-Drs. 19/27873 vom 24.3.2021, abrufbar hier: <https://dserver.bundestag.de/btd/19/278/1927873.pdf>.

4 Grundlegend hierzu: Büscher, WRP 2022, S. 1 und WRP 2022, S. 132.

5 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.

6 Näheres dazu: <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/vto/policy/new-deal-consumers>.

7 Zu den Neuregelungen: Köhler, WRP 2022, S. 127; Buchmann/Sauer, WRP 2022, S. 538; Schröder, WRP 2022, S. 671.

recht fristgerecht nachgekommen. Der Unionsgesetzgeber hat mit der OB-RL die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, die Preisangabenrichtlinie, die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die Verbraucherrechtrichtlinie novelliert. Den Erwägungsgründen lassen sich unter anderem folgende, nur beispielhaft aufgelistete Ziele des Gesetzgebers⁸ entnehmen: Abweichende Sanktionen in den Mitgliedstaaten abbauen und sicherstellen, dass „wegen weitverbreiteter Verstöße oder weitverbreiteter Verstöße mit Unions-Dimension gegen die verantwortlichen Unternehmer wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Geldbußen verhängt werden können.“⁹ Verbrauchern sollen individuelle Rechtsbehelfe zur Verfügung gestellt werden, wenn sie durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigt werden und insoweit sollten die Verbraucher „die Möglichkeit haben, in verhältnismäßiger und wirksamer Form Schadenersatz sowie gegebenenfalls eine Preisminderung zu erhalten oder den Vertrag zu beenden.“¹⁰ Weiteres Ziel ist die Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften; „angesichts der fortlaufenden Weiterentwicklung digitaler Werkzeuge ist eine Anpassung des Verbraucherschutzrechts der Union erforderlich.“¹¹ Augenmerk hat der Gesetzgeber aber auch auf den Online-Bereich, insbesondere das Ranking von Angeboten und Suchergebnissen¹² gelegt und auch Verbraucherbewertungen und deren Empfehlungen¹³ im Blick gehabt. Und nicht zuletzt sollen auch besondere aggressive und irreführende Geschäftspraktiken¹⁴ unterbunden werden.

III. Gesetzgebungsverfahren

Der Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hatte mit Bearbeitungsstand 4.11.2020 einen 46-seitigen Referentenentwurf für ein Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vorgelegt.¹⁵ Dazu gingen 35 Stellungnahmen von Verbänden, Anwaltskanzleien, Hochschullehrern, Landesmedienanstalten und Unternehmen ein.¹⁶ Die Bundesregierung hat alsdann ihren Gesetzentwurf verfasst und veröffentlicht.¹⁷ Dazu schreibt das Ministerium unter anderem: „Der Entwurf verbessert den Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor unlauteren geschäftlichen Handlungen insbesondere im Kontext digitaler Geschäftsmodelle und ermöglicht eine wirksamere Durchsetzung des Verbraucherrechts. Hierfür enthält der Entwurf Regelungen zur Verbesserung der Verbraucherinformation bei Rankings und Verbraucherbewertungen. Verbraucherinnen und Verbraucher erhalten zudem einen Anspruch auf Schadenersatz bei schuldhaften Verstößen von Unternehmern gegen verbraucherschützende Vorschriften des UWG. Bei weitverbreiteten Verstößen in mehreren Mitgliedstaaten der Europäischen Union gegen Vorschriften, die die Richtlinie 2005/29/EG umsetzen, erhalten die zuständigen Behörden die Möglichkeit, im Rahmen von gemeinsamen Durchsetzungsmaßnahmen ein umsatzabhängiges Bußgeld zu verhängen.“¹⁸

IV. Neuregelungen

1. Änderungen und Neuregelungen im Anwendungsbereich des UWG (§ 1 Abs. 2 UWG)

Es heißt dort: „Vorschriften zur Regelung besonderer Aspekte unlauterer geschäftlicher Handlungen gehen bei der

Beurteilung, ob eine unlautere geschäftliche Handlung vorliegt, den Regelungen dieses Gesetzes vor.“ Mit dieser Änderung wurde der Anwendungsbereich des UWG neu geregelt. Dieser Absatz soll Artikel 3 Abs. 4 der Richtlinie 2005/29/EG (= UGP-RL) umsetzen: „Kollidieren die Bestimmungen dieser Richtlinie mit anderen Rechtsvorschriften der Gemeinschaft, die besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln, so gehen die Letzteren vor und sind für diese besonderen Aspekte maßgebend.“ Im Grunde überzeugt der Regelungsvorschlag des deutschen Gesetzgebers jedoch nicht.¹⁹ Denn Art. 3 Abs. 4 UGP-RL löst keinen Umsetzungsbedarf aus, weil die Vorschrift allein den Anwendungsbereich der UGP-RL und ihr Verhältnis zu anderen Sekundärakten regelt. Die UGP-RL verlangt nämlich nicht, dass die Mitgliedstaaten den Anwendungsbereich ihrer gesetzlichen Bestimmungen zur Umsetzung demjenigen der UGP-RL angleichen. Es bleibt abzuwarten, ob die neue Regelung massive Auswirkungen auf den Rechtsbruchtatbestand des § 3a UWG entfaltet und gar „Kollateralschäden“ drohen, wie die GRUR (Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e. V.) in ihrer Stellungnahme zum Referentenentwurf mutmaßt.²⁰ Da viele Marktverhaltensnormen besondere Aspekte unlauterer geschäftlicher Handlungen regeln (z. B. spezielle Irreführungsverbote oder Informationsanforderungen) und unterschiedliche, also vom UWG abweichende Rechtsfolgen vorsehen (z. B. Bußgelder, verwaltungsbehördliche Eingriffsbefugnisse oder strafrechtliche Sanktionen), könnte das UWG gemäß § 1 Abs. 2 UWG nicht mehr gleichrangig neben diesen Spezialvorschriften zur Anwendung gelangen. Damit wäre in diesen Fällen dem Rechtsbruchtatbestand möglicherweise die Grundlage entzogen. Angesichts der erheblichen Bedeutung des § 3a UWG in der Rechtsanwendungspraxis – gerade auch in der Automobilbranche – hätte eine solche Regelung weitreichende praktische Konsequenzen. Selbst wenn man den Rechtsbruchtatbestand und dessen weite Ausdehnung durch die Rechtsprechung kritisch sieht, ist es nicht zweckmäßig, ohne unionsrechtliche Notwendigkeit ein Konflikt-

8 Vgl. hierzu: <https://lexpency.de/eu/32019L2161/PRE/>.

9 Erwägungsgrund 5 der Richtlinie (EU) 2019/2161 und auch Erwägungsgründe 7 bis 13.

10 Erwägungsgrund 16 der Richtlinie (EU) 2019/2161.

11 Erwägungsgrund 17 der Richtlinie (EU) 2019/2161 und auch Erwägungsgründe 30, 31 sowie 36 bis 38 und 58.

12 Erwägungsgründe 18 bis 23 sowie 26 der Richtlinie (EU) 2019/2161.

13 Erwägungsgründe 45 bis 49 der Richtlinie (EU) 2019/2161.

14 Erwägungsgründe 50 bis 56 der Richtlinie (EU) 2019/2161.

15 Abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Staerkung_Verbraucherschutz_Wettbewerbs-_und_Gewerberecht.pdf?jsessionid=79107C962FEBB6EC7138313E22B0AC0F.2_cid289?__blob=publicationFile&v=2.

16 Abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Staerkung_Verbraucherschutz_Wettbewerbs-_und_Gewerberecht.html.

17 Abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Staerkung_Verbraucherschutz_Wettbewerbs-_und_Gewerberecht.pdf?jsessionid=79107C962FEBB6EC7138313E22B0AC0F.2_cid289?__blob=publicationFile&v=2.

18 Abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Staerkung_Verbraucherschutz_Wettbewerbs-_und_Gewerberecht.html.

19 Zu den Grundlagen, der Auslegung und den Auswirkungen des § 1 Abs. 2 UWG n. F. ausführlich Alexander, WRP 2022, S. 394.

20 Abrufbar unter:

feld zu schaffen, das möglicherweise tiefe Verwerfungen verursacht und bestehende Strukturen des Lauterkeitsrechts ohne Not in Frage stellt.

Es bleibt abzuwarten, wie die lauterkeitsrechtliche Rechtsprechung diese Fragen in Zukunft bewertet, insbesondere ob bei der Verletzung marktverhaltensregelnder Normen im Sinne von § 3a UWG dessen Anwendung in der Praxis eingeschränkt und auf öffentlich-rechtliches Vorgehen an Stelle zivilrechtlicher Unterlassungsansprüche verwiesen wird. Das hätte erhebliche Auswirkungen im Bereich der Rechtsverfolgung in der Automobilbranche bei Verstößen gegen die Pkw-EnVKV. Denn Verstöße gegen einzelne Regelungen dieser Verordnung gewähren den nach § 8 Abs. 3 UWG Aktivlegitimierten einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch in Verbindung mit § 3a UWG. Es handelt sich nämlich bei den einschlägigen Regelungen der Pkw-EnVKV um Vorschriften, die auch dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.²¹

2. Neue Anordnung und Neuregelungen bei den Definitionen (§ 2 UWG)

Einige der legaldefinierten Begriffe wurden neu geordnet, so findet sich die „geschäftliche Entscheidung“ nun in der Nr. 1 (zuvor Nr. 9) und der „Verhaltenskodex“²² in Nr. 10 (zuvor Nr. 5). Eine inhaltliche Änderung hat es hier nicht gegeben. Die vormalig in Nr. 1 geregelte „geschäftliche Handlung“ wurde in Nr. 2 verortet und zudem ergänzt und erfasst „... 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; als Waren gelten auch Grundstücke und digitale Inhalte, Dienstleistungen sind auch digitale Dienstleistungen, als Dienstleistungen gelten auch Rechte und Verpflichtungen“.

Zwei wichtige Neuregelungen wurden eingeführt. In Nr. 6 wird der „Online-Marktplatz“ legal definiert als „... ein Dienst, der es Verbrauchern ermöglicht, durch die Verwendung von Software, die von einem Unternehmer oder in dessen Namen betrieben wird, einschließlich einer Website, eines Teils einer Website oder einer Anwendung, Fernabsatzverträge (§ 312c des Bürgerlichen Gesetzbuchs) mit anderen Unternehmern oder Verbrauchern abzuschließen“. Und in Nr. 7 wird das „Ranking“ wie folgt definiert: „... die von einem Unternehmer veranlasste relative Hervorhebung von Waren oder Dienstleistungen, unabhängig von den hierfür verwendeten technischen Mitteln“.

3. Neuregelungen bei den Irreführungstatbeständen (§§ 5, 5a, 5b UWG) und der Black-List (Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG)

Die Systematik der Irreführungsregelungen wurde teilweise erneuert und zudem neue Irreführungstatbestände geschaffen. Das betrifft maßgeblich die Regelungen zur sog. Dual-Quality, Influencer-Regelungen sowie neue Informationspflichten im Onlinebereich.

a) Dual-Quality

Bereits seit 2009 hat es Initiativen – vornehmlich aus osteuropäischen Ländern – gegeben, es gäbe bei Lebensmitteln zweierlei Qualitäten (sog. Dual-Quality). Die qualitativ minderen Lebensmittel würden in den vorgenannten Ländern angeboten und dort in Verkehr gebracht.²³ „Die Vorschrift verpflichtet vorrangig die Hersteller von Waren, da diese über Rezept und Eigenschaften der Waren sowie über deren Aufmachung oder Verpackung und Vermarktung entscheiden. Händler, die lediglich Waren Dritter vertreiben, ohne durch eigene Vermarktungsmaßnahmen bei Verbraucherinnen und Verbrauchern den Anschein zu wecken, dass die Waren in ihrer Zusammensetzung und Merkmalen identisch mit in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union vermarkteten Waren sind, handeln in aller Regel selbst nicht irreführend.“²⁴

Da dieses Thema nach Kenntnis des Autors bis dato in der Automobil- und Zulieferindustrie nicht relevant ist, sind weitere Ausführungen dazu (einstweilen) entbehrlich. Denkbar wäre, dass beispielsweise bei Autopflegmitteln, Reifen, Schmierstoffen oder Zubehörteilen „qualitativ geringwertigere Produkte“ als identisch mit einer Ware in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union vermarktet werden, die den Tatbestand des § 5 Abs. 3 Nr. 2 UWG²⁵ erfüllen. Das wird die Zukunft zeigen. Denn die Europäische Kommission hat eine Pilotstudie zu Unterschieden bei Reinigungsmitteln, Waschmittel und Kosmetika geplant.²⁶

b) Wesentliche Informationen

Die Neuregelungen bei der Irreführung durch Unterlassen (§ 5a UWG) enthalten zwei Tatbestände. Das Vorenthalten wesentlicher Informationen (§ 5a Abs. 1 bis Abs. 3 UWG) zum einen, sowie die Verschleierung des kommerziellen Zwecks einer geschäftlichen Handlung (§ 5a Abs. 4 UWG) zum anderen. Der erste Tatbestand erfasst Fälle wie den Folgenden: Eine Servicekette bewirbt auf einem großen Plakat an der Einfahrt zur Servicestation „Heute 20% auf alles!“. Der Kunde lässt einen Ölwechsel an seinem Fahrzeug machen, er entscheidet sich zudem noch für den Kauf eines Frostschutzmittels und einer Dachbox. An der Kasse wird ihm der Nachlass verwehrt mit dem Hinweis, die Aktion gelte nur für registrierte Kunden, die eine bestimmte App der Servicekette nutzen. Eine solche Werbemaßnahme stellt einen Fall des Vorenthaltes wesentlicher Informationen dar, weil die Bedingungen unter denen der auf einen Tag begrenzte Nachlass gewährt wird nicht kommuniziert

21 So die ständige Rechtsprechung; vgl. nur BGH, GRUR 2012, S. 842 Rn. 15 f.; BGH, WRP 2015, S. 1087 Rn. 13.

22 Als Beispiel für einen solchen sei verwiesen auf: „Gemeinsamer Kodex für den Fahrzeughandel im Internet“, abrufbar unter: <https://www.wettbewerbszentrale.de/media/getlivedoc.aspx?id=33004>.

23 Grundlegend hierzu: Schilling, WRP 2022, S. 809; vgl. auch die Mitteilung der Europäischen Kommission zu den in Auftrag gegebenen Studien bei der Gemeinsamen Forschungsstelle: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_1301.

24 BT-Drs. 19/27873 vom 24.3.2021, S. 34: <https://dserver.bundestag.de/btd/19/278/1927873.pdf>.

25 „Eine geschäftliche Handlung ist auch irreführend, wenn mit ihr eine Ware in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union als identisch mit einer in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union auf dem Markt bereitgestellten Ware vermarktet wird, obwohl sich diese Waren in ihrer Zusammensetzung oder in ihren Merkmalen wesentlich voneinander unterscheiden, sofern dies nicht durch legitime und objektive Faktoren gerechtfertigt ist.“

26 Diese beruht auf einer Entschließung des Europäischen Parlaments vom 13.9.2018 (ABl. C 433 vom 23.12.2019).

werden. Die erst beim Bezahlvorgang an der Kasse erteilten Informationen erfolgen zu spät und können den Wettbewerbsverstoß nicht „heilen“.

Geschützt werden nach der genannten Regelung nicht nur der Verbraucher, sondern auch sonstige Marktteilnehmer. Beide Gruppen werden auch durch den zweiten Tatbestand geschützt: die sog. Schleichwerbung (nachstehend unter c.). Danach handelt unlauter, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

Der neu eingeführte § 5b UWG enthält keine eigenen Unlauterkeitstatbestände, sondern die Vorschrift konkretisiert für bestimmte Fallkonstellationen – nämlich bei konkreten Angeboten von Waren oder Angeboten unter Hinweis auf deren Merkmale und Preis – in Verbindung mit § 5a UWG, welche Angaben gegenüber Verbrauchern wesentliche Angaben sind. Es geht also um eine sog. „Aufforderung zum Kauf“.²⁷ Das ist der Fall, wenn Waren oder Dienstleistungen derart angeboten werden, dass ein durchschnittlicher Verbraucher das Geschäft abschließen kann. Folgender Fall aus der Kfz-Branche verdeutlicht dies: Ein Automobilhändler wirbt in einer Zeitungsanzeige unter Abbildung eines Fahrzeugs für den Verkauf desselben und macht Angaben zur Ausstattung, zum Verbrauch, den Emissionen und der Effizienzklasse sowie zum Preis, aber er informiert nicht zur Motorisierung (Leistung, Hubraum, Kraftstoffart). Damit fehlen Informationen, die als wesentlich zu qualifizieren sind. Und weil es sich um eine „Aufforderung zum Kauf“ handelt, liegt ein Fall der Irreführung durch Unterlassen gemäß § 5a Abs. 1 Nr. 1, § 5b Abs. 1 Nr. 1 UWG vor.²⁸ Ein Verstoß ist aber nicht zu bejahen, wenn – wie im vorliegenden Fall – ein höherwertig ausgestattetes Fahrzeugmodell mit weiteren Ausstattungsmerkmalen abgebildet wird, weil die bloße Abbildung eines Fahrzeugs ohne weitere Informationen kein „qualifiziertes Angebot“ darstellt.²⁹

Die Regelung in § 5b UWG greift aber nur im B2C-Verhältnis. Sonstige Marktteilnehmer werden, anders als bei § 5a UWG, gerade nicht erfasst.

Bei der Festlegung dessen, was als „wesentliche Informationen“ zu qualifizieren ist, gibt es eine Erweiterung gegenüber der alten Rechtslage: „bei Waren oder Dienstleistungen, die über einen Online-Marktplatz angeboten werden, die Information, ob es sich bei dem Anbieter der Waren oder Dienstleistungen nach dessen eigener Erklärung gegenüber dem Betreiber des Online-Marktplatzes um einen Unternehmer handelt.“ Nähere Erläuterungen zu dieser Vorschrift (§ 5b Abs. 1 Nr. 6 UWG) nachfolgend unter e.

c) Influencer-Marketing und Schleichwerbung

Die Influencer-Werbung beschäftigt seit einigen Jahren auch die Marketing- und Rechtsabteilungen von Automobilherstellern, Zulieferern, Autohandelsgruppen, Servicegesellschaften, Prüforganisationen und vermehrt auch kleinere Firmen aus der Branche und hat die Rechtsprechung³⁰ – bis hin zum BGH – schon vielfach beschäftigt. Die sog. „Influencer-Urteile“ des BGH³¹ ergingen noch zur „alten Rechtslage“, d. h. vor Inkrafttreten der neuen Be-

stimmungen zum 28.5.2022. Im Wesentlichen ging es bei den vorerwähnten Urteilen um die Fragen, wann sich eine Influencerin im Anwendungsbereich des UWG bewegt und wann die Posts als Werbung gekennzeichnet werden müssen. Neben dem UWG finden sich einschlägige Regelungen im Telemediengesetz (TMG) und dem Medienstaatsvertrag (MStV). Verkürzt dargestellt unterscheidet der BGH zwischen einer eigennützigen und einer fremdnützigen Tätigkeit einer Influencerin. Im erstgenannten Bereich geht es um die Werbung um Follower und Likes mit denen die Influencerinnen ihre Bekanntheit steigern, den eigenen „Marktwert“ – vor allem im Hinblick auf Werbeverträge – steigern, einen eigenen Online-Shop oder eigene Produktlinien bekannter machen wollen etc. Der BGH judiziert, dass die Influencerinnen mit ihrer eigennützigen unternehmerischen Tätigkeit sich stets im Anwendungsbereich des UWG bewegen. Auch vermeintlich private Posts werden hier als geschäftliche Handlungen qualifiziert. Bei den fremdnützigen Tätigkeiten steht das Bewerben von (Marken-)Produkten, Dienstleistungen usw. im Vordergrund. Insoweit bejaht der BGH eine geschäftliche Handlung, wenn ein konkreter Post einen „werblichen Überschuss“ aufweist. Ein solcher kann sich beispielsweise aus einer Kooperation, aus einer Linksetzung (Shopping-Links) zu einem Unternehmensprofil und aus Tap-Tags die „in der Luft hängen“, bei denen also der inhaltliche Bezug zum Text oder anderen Bestandteilen des Posts fehlt, ergeben.

Der maßgebliche Text der Vorschrift (§ 5a Abs. 4 UWG) lautet: „Unlauter handelt auch, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Ein kommerzieller Zweck liegt bei einer Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens nicht vor, wenn der Handelnde kein Entgelt oder keine ähnliche Gegenleistung für die Handlung von dem fremden Unternehmen erhält oder sich versprechen lässt. Der Erhalt oder das Versprechen einer Gegenleistung wird vermutet, es sei denn der Handelnde macht glaubhaft, dass er eine solche nicht erhalten hat.“

Satz 1 der Vorschrift ist, bis auf die Ergänzung „oder sonstigen Marktteilnehmer“ zur vormaligen Regelung

²⁷ Vgl. hierzu: Art. 7 Abs. 4 UGP-RL.

²⁸ So schon zur alten Rechtslage nach § 5a Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 UWG aF: OLG Köln, Ur. v. 13.3.2020 – 6 U 267/19; Anmerkung hierzu von Reinholz, GRUR-Prax 2020, S. 67.

²⁹ OLG Köln, Ur. v. 13.3.2020 – 6 U 267/19, weist darauf hin, allein anhand eines Bildes könne sich der Verbraucher keine Meinung über die Beschaffenheit und die Merkmale des Produkts bilden. Da mithin schon kein Angebot vorliege, sei die fehlende Angabe des Preises des höherwertigen Modells in der Anzeige unerheblich.

³⁰ Zur aktuellen Influencer-Rechtsprechung, Gesetzgebung und Vertragspraxis und mit zahlreichen weiteren Nachweisen siehe Rauer/Kempf, WRP 2022, S. 16; dies. WRP 2022, S. 817; Feddersen, WRP 2022, S. 789, 792 Rn. 23 ff.

³¹ BGH, Ur. v. 9.9.2021 – I ZR 90/20, WRP 2021, 1415; BGH, Ur. v. 9.9.2021 – I ZR 125/20, WRP 2021, 1429; BGH, Ur. v. 9.9.2021 – I ZR 126/20, WRP 2022, S. 441; BGH, Ur. v. 13.1.2022 – I ZR 35/21, GRUR 2022, S. 490; in einem weiteren zum BGH gelangten Verfahren – I ZR 163/20 –, welches auf den 13.1.2022 terminiert war, hat der Kläger die Klage gegen eine namhafte Influencerin zurückgenommen, obwohl er in den Vorinstanzen (LG Karlsruhe – 13 O 38/18 KfH – und beim OLG Karlsruhe – Az. 6 U 38/19) obsiegt und die Beklagte Revision eingelegt hatte.

(§ 5a Abs. 6 UWG a. F.) unverändert geblieben. Es fällt auf, dass die Bezeichnung „Influencer/in“ gar nicht genannt ist. Der Gesetzgeber regelt also mehr, nämlich das gesamte Schleichwerbeverbot. Mit der Regelung in Satz 2 der Vorschrift nimmt der Gesetzgeber Empfehlungen zugunsten fremder Unternehmen aus dem Anwendungsbereich heraus, wenn diese unentgeltlich erfolgen. Das bedeutet, es handelt sich dann nicht um kommerzielle Empfehlungen. Daraus kann sich ein Wertungswiderspruch ergeben. Denn der BGH hat statuiert, dass Posts mit einem werblichen Überschuss als „geschäftliche Handlungen“ zu qualifizieren sind. Dass eine geschäftliche Handlung „nicht kommerziell“ sein soll, leuchtet nicht ohne weiteres ein. Es bleibt abzuwarten, ob und ggf. wie der BGH in Zukunft solche Fälle auf Grundlage der Neuregelungen einordnet.

Zudem hat der nationale Gesetzgeber mit der Neuordnung in § 1 Abs. 2 UWG, auch mit Blick auf Influencer,³² Folgendes klargestellt: „Vorschriften zur Regelung besonderer Aspekte unlauterer geschäftlicher Handlungen gehen bei der Beurteilung, ob eine unlautere geschäftliche Handlung vorliegt, den Regelungen dieses Gesetzes vor.“ In diesem Bereich betrifft das vor allem die einschlägigen Regelungen im TMG und im MStV, sprich diese haben Vorrang vor dem UWG.

Das Schleichwerbeverbot, auch bezeichnet als „als Information getarnte Werbung“, ist in der Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG definiert als „der vom Unternehmer finanzierte Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung, ohne dass sich dieser Zusammenhang aus dem Inhalt oder aus der Art der optischen oder akustischen Darstellung eindeutig ergibt.“ Hier scheint der Gesetzgeber auf einer Linie mit der Rechtsprechung des EuGH zur Schleichwerbung³³ zu liegen, dass „diese Aktion selbst zumindest teilweise von dem Gewerbetreibenden in dem Sinne bezahlt wurde, dass er für diese Aktion einen Vorteil – in Form der Zahlung eines Geldbetrags, in Form von Gegenständen, Dienstleistungen oder irgendeiner anderen geldwerten Leistung – gewährt hat, der geeignet ist, den Inhalt dieser Veröffentlichung zu beeinflussen“ sowie „die kostenlose Zurverfügungstellung von urheberrechtlich geschützten Fotografien durch den betreffenden Gewerbetreibenden zugunsten des Medienunternehmens eine unmittelbare Bezahlung der Veröffentlichung darstellen, soweit auf den Bildern Ansichten der Räumlichkeiten und der von diesem Gewerbetreibenden im Rahmen der betreffenden Werbeaktion angebotenen Produkte dargestellt sind.“³⁴ Eine solche Zurverfügungstellung hat nämlich einen Geldwert und dient der Verkaufsförderung der Produkte dieses Gewerbetreibenden.

d) Kundenbewertungen

Auch in der Automobilbranche haben Kundenbewertungen einen hohen Stellenwert, so bei der Bewertung von Autohäusern und Werkstätten im Hinblick auf deren Leistungsportfolio oder den unternehmenseigenen Online-Shop. Kaufinteressenten messen solchen Kundenbewertungen eine größere Bedeutung zu als den werbenden Angaben eines Händlers für sich selbst oder die von ihm angebotenen Waren oder Dienstleistungen. Es ist unbestritten, dass Produkte und Unternehmen mit vielen positiven Bewertungen häufiger aufgerufen und die Erstgenannten auch öfter gekauft werden. Beim Kauf im Internet

orientieren sich mehr als die Hälfte (54%) an Kundenbewertungen, weit vor Testberichten (32%) oder Webseiten der Anbieter (44%), wie eine Auswertung von 1048 Online-Shoppern ab 16 Jahren ergeben hat.³⁵ Das ist auch der Grund dafür, dass sich ein Markt für gefälschte Bewertungen von Scheinkunden entwickeln konnte. So bieten beispielsweise spezialisierte Agenturen positive Bewertungen auf den Portalen Mobile.de oder Autoscout24 für 13,80 EUR und Google-Bewertungen schon ab 8,70 EUR an.³⁶

Da es ein Problem darstellt, solche gefälschten Bewertungen zu erkennen und herauszufiltern, hat der Gesetzgeber auf den Missstand reagiert und drei Neuregelungen implementiert.

- § 5b Abs. 3 UWG: „Macht ein Unternehmer Bewertungen zugänglich, die Verbraucher im Hinblick auf Waren oder Dienstleistungen vorgenommen haben, so gelten als wesentliche Informationen darüber, ob und wie der Unternehmer sicherstellt, dass die veröffentlichten Bewertungen von solchen Verbrauchern stammen, die die Waren tatsächlich genutzt oder erworben haben.“

- Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG: „Folgende geschäftliche Handlungen sind gegenüber Verbrauchern stets unzulässig:

- [...] Nr. 23b Irreführung über die Echtheit von Verbraucherbewertungen

die Behauptung, dass Bewertungen einer Ware oder Dienstleistung von solchen Verbrauchern stammen, die diese Ware oder Dienstleistung tatsächlich erworben oder genutzt haben, ohne dass angemessene und verhältnismäßige Maßnahmen zur Überprüfung ergriffen wurden, ob die Bewertungen tatsächlich von solchen Verbrauchern stammen;

Nr. 23c gefälschte Bewertungen

die Übermittlung oder Beauftragung gefälschter Bewertungen oder Empfehlungen von Verbrauchern sowie die falsche Darstellung von Bewertungen oder Empfehlungen von Verbrauchern in sozialen Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung“.

Zur Klärung, was echte Bewertungen ausmacht, können im Wesentlichen drei Bezugspunkte unterschieden werden. Stammen die Bewertungen von einem „echten“ Kunden und hat dieser eine „echte“ Produkterfahrung gemacht? Ist der Bewerter „neutral“, d. h. er darf keine Anreize erhalten haben, eine positive Bewertung abzugeben (aber streitig: das Bundeskartellamt will „gesponserte Bewertungen“ ermöglichen, wenn darauf hingewiesen wird).

32 Siehe BT-Drs. 19/27873 vom 24.3.2021, S. 31: „[Es] sollte nicht zuletzt vor dem Hintergrund der aktuellen Diskussion über neue Formen der Kommunikation und des Marketings im Internet, wie zum Beispiel Influencer-Marketing, nunmehr eine ausdrückliche Klarstellung des Vorrangs von Vorschriften erfolgen, die besondere Aspekte unlauterer geschäftlicher Handlungen regeln. Der Vorrang reicht dabei nur so weit, wie der betreffende Aspekt in der spezielleren Vorschrift auch abschließend geregelt werden soll. (...) Regelungen besonderer Aspekte unlauterer Handlungen enthalten zum Beispiel der Medienstaatsvertrag und das Telemediengesetz, die im Einklang mit dem Unionsrecht spezielle medienrechtliche Wertungen für die Kennzeichnung von Werbung enthalten.“

33 EuGH, Ur. v. 2.9.2021 – C-371/20 – PstC Düsseldorf / PstC Hamburg.
34 EuGH, Ur. v. 2.9.2021 – C-371/20 – PstC Düsseldorf / PstC Hamburg, Rn. 44 und Rn. 46.

35 Bitkom Research 2021: <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Online-Shopping-Kundenbewertungen>.

36 Czyscholl, Kfz-betrieb 2022, Ausgabe 25–26, S. 62.

Und schließlich spielt auch das Verfahren der Abgabe und Darstellung eine Rolle (werden bestimmte Bewertungen herausgefiltert, erscheinen diese zeitlich verzögert, gibt es Erschwernisse bei negativen Bewertungen usw.).

In Deutschland gibt es bereits zahlreiche Entscheidungen zu Kundenbewertungen.³⁷ Gleichwohl sind auch zukünftig noch viele Fragen durch die Gerichte zu beantworten. So ist derzeit offen, ob eine Hinweispflicht bereits dann greift, wenn ein Unternehmen auf der eigenen Webseite oder im eigenen Online-Shop Bewertungen verlinkt, die eine Agentur für das Unternehmen aggregiert und darstellt. Bejahen kann man dies unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH,³⁸ der eine Haftung für verlinkte Inhalte Dritter für den Fall bejaht, dass der Verlinkende sich die Inhalte zu eigen macht. Das wiederum kann der Fall sein, wenn das Unternehmen „seine“ Bewertungen verlinkt. Allerdings hat der nationale Gesetzgeber eine reine Verlinkung nicht als Zugänglichmachen von Bewertungen qualifiziert.

Die in § 5b Abs. 3 UWG normierte (zweistufige) Transparenzpflicht ist für den Unternehmer relativ leicht zu erfüllen. Als wesentlich gelten Informationen darüber, ob und wie der Unternehmer sicherstellt, dass die veröffentlichten Bewertungen von solchen Verbrauchern stammen, die die Waren oder Dienstleistungen tatsächlich genutzt oder erworben haben. Wenn der Unternehmer nicht sicherstellt, dass die veröffentlichten Bewertungen von Käufern oder Nutzern der Waren oder Dienstleistungen stammen, muss er nur hierüber informieren. Allerdings muss er seine Kunden informieren, welche Prozesse und Verfahren er zur Prüfung der Echtheit ergreift, wenn er die Herkunft der Bewertungen überprüft.

Die größeren Risiken, von Mitbewerbern oder anderen Aktivlegitimierten in Anspruch genommen zu werden, bestehen für die Unternehmer, die eigene Überprüfungen vornehmen, weil der Umfang, in welchem sie hierüber informieren müssen, noch nicht gerichtlich geklärt ist.

Bei dem per se-Verbot der Nr. 23b des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG³⁹ wird die Rechtsprechung klären müssen, ob eine solche „Behauptung“ authentischer Bewertungen schon gegeben ist, wenn ein Unternehmen Verbraucherbewertungen zugänglich macht, oder erst dann, wenn das Unternehmen die Echtheit der Bewertungen ausdrücklich hervorhebt. Gute Argumente – in Abgrenzung zu § 5b Abs. 3 UWG – könnten dafürsprechen, dass eine solche „Behauptung“ mehr voraussetzt als ein bloßes Zugänglichmachen von Kundenbewertungen.

Da der Anwendungsbereich des per se-Verbots der Nr. 23c des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG⁴⁰ wegen der „gefälschten Bewertungen“ und der „Empfehlungen“ weiter ist als der in den beiden vorgenannten Regelungen, könnten in Abgrenzung zu „Text-Rezessionen“ („Bewertungen“) auch bildliche oder grafische Elemente in Form von Sternen, Noten, Punkten, Herzen, Emojis oder Likes in sozialen Netzwerken erfasst werden. Im Automobilhandel und auch bei den Werkstätten gibt es hierfür bereits ein breites Anwendungsfeld. Berücksichtigt man, dass sich die Bewertungen oder Empfehlungen nicht auf „Waren oder Dienstleistungen“ beziehen müssen, könnten solche auch für ein Unternehmen erteilt werden. Fake-Bewertungen sind solche, die nicht vom angeblichen Aussteller stammen. Hierunter fallen einerseits Bewertungen, die Dritte oder eine Computersoft-

ware ohne Kauf einer Ware oder Inanspruchnahme einer Dienstleistung erstellen. Andererseits werden auch solche Bewertungen oder Empfehlungen erfasst, die ein Unternehmer abgibt, sich dabei aber als Verbraucher ausgibt, oder auch ein Mitbewerber, der die Dienstleistung oder die Ware schlecht bewertet.

Nicht geklärt und zudem umstritten ist, ob auch solche Bewertungen erfasst sind, denen eine echte Transaktion zugrunde liegt. Das können solche Bewertungen sein, die von einer Person abgegeben werden, die die Ware nur deshalb gekauft oder die Dienstleistung nur deshalb in Anspruch genommen hat, um sie zu bewerten, weil sie von einem Unternehmen dafür eine Vergütung oder einen anderen wirtschaftlichen Vorteil wie einen Gutschein oder einen Rabatt erhält.

Und schließlich erfasst die Regelung die falsche Darstellung von Bewertungen oder Empfehlungen in sozialen Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung. Das sind die Fälle, in denen ein Unternehmen gezielt negative Bewertungen unterbindet, Bewertungen inhaltlich verfälscht oder Bewertungen, die für eine bestimmte Ware oder Dienstleistung abgegeben wurden, für eine andere Ware oder Dienstleistung verwendet.

e) Unternehmereigenschaft auf Online-Marktplätzen

Mit der Neuregelung in § 5b Abs. 1 Nr. 6 UWG hat der Gesetzgeber zugunsten der Verbraucher eine weitere Informationspflicht geschaffen. Diese soll sicherstellen, dass „bei Waren oder Dienstleistungen, die über einen Online-Marktplatz angeboten werden, die Information, ob es sich bei dem Anbieter der Waren oder Dienstleistungen nach dessen Erklärung gegenüber dem Betreiber des Online-Marktplatzes um einen Unternehmer handelt“, offengelegt wird. Es handelt sich um eine Selbsteinschätzung des Anbieters zu deren Überprüfung der Marktplatzbetreiber nicht verpflichtet ist. Diese Informationspflicht dient maßgeblich der Erkenntnis des Verbrauchers, ob Verbraucherschutzrechte zur Anwendung gelangen oder nicht.

f) Ranking und Informationspflichten

Das Ranking wurde in § 2 Nr. 7 UWG legaldefiniert als „die von einem Unternehmer veranlasste relative Hervorhebung von Waren oder Dienstleistungen, unabhängig von den hierfür verwendeten technischen Mitteln.“ Mit dem neu geschaffenen Tatbestand in § 5b Abs. 2 UWG legt der Gesetzgeber Informationspflichten⁴¹ fest, weil das Ranking von Waren oder Dienstleistungen durch Online-Anbieter erheblichen Einfluss auf die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher und damit auch auf den kommerziellen Erfolg der Anbieter dieser Waren und Dienstleistungen hat und dieser zunehmend davon abhängt, dass deren Produkte im Internet sichtbar und auffindbar sind.⁴² Die Vorschrift lautet: „Bietet ein Unternehmer Verbrauchern die Möglichkeit, nach Waren oder Dienstleistungen zu suchen, die von verschiedenen Unternehmern oder von Verbrauchern angeboten werden, so gelten unabhängig davon, wo das Rechts-

37 Vgl. hierzu mit weiteren Nachweisen: https://www.wettbewerbszentrale.de/de/_suche/default.aspx?s=Kundenbewertung#w.

38 BGH, Urt. v. 18.6.2015 – I ZR 74/14, GRUR 2016, 209.

39 Vgl. hierzu: Fritzsche/Eisenhut, WRP 2022, S. 529, 533.

40 Vgl. hierzu: Fritzsche/Eisenhut, WRP 2022, S. 529, 534.

41 Grundlegend hierzu: Omsels, WRP 2022, S. 275; Feddersen, WRP 2022, S. 789, 790 Rn. 11 ff.

42 Vgl. hierzu auch Erwägungsgründe 18 ff. der Richtlinie (EU) 2019/2161.

geschäft abgeschlossen werden kann, folgende allgemeine Informationen als wesentlich:

1. die Hauptparameter zur Festlegung des Rankings der dem Verbraucher als Ergebnis seiner Suchanfrage präsentierten Waren oder Dienstleistungen sowie
2. die relative Gewichtung der Hauptparameter zur Festlegung des Rankings im Vergleich zu anderen Parametern.

Die Informationen nach Satz 1 müssen von der Anzeige der Suchergebnisse aus unmittelbar und leicht zugänglich sein. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht für Betreiber von Online-Suchmaschinen im Sinne des Artikels 2 Nummer 6 der Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (ABl. L 186 vom 11.7.2019, S. 57).⁴³

Folglich müssen Online-Anbieter ungeachtet der Möglichkeit zum Abschluss eines Vertrags Verbraucher über die Hauptparameter zur Festlegung des Rankings sowie deren relative Gewichtung im Verhältnis zu anderen Parametern informieren.⁴⁴ Inhaltlich geht es dabei um die Angabe einer allgemeinen Beschreibung der wichtigsten Parameter für die Festlegung des Rankings und deren relativer Gewichtung. Offenlegen muss der Online-Anbieter die wesentlichen Kriterien, nach denen die auf eine Verbraucheranfrage angezeigten Suchergebnisse gefiltert, geordnet, selektiert oder in sonstiger Weise strukturiert werden. Der Online-Anbieter muss die geforderten Informationen hingegen nicht in einer auf die einzelne Suchanfrage zugeschnittenen Form bereitstellen; auch muss er nicht die Funktionsweise des Ranking-Systems oder die Algorithmen im Detail offenlegen. Die geforderten Informationen müssen knapp gehalten, leicht verständlich und an gut sichtbarer Stelle verfügbar gemacht werden und sie müssen aktuell sowie von der Anzeige der Suchergebnisse aus unmittelbar und auch leicht zugänglich sein. Hierzu wird es künftig sicher zahlreiche Einzelfallentscheidungen geben, die sich mit diesen Parametern auseinandersetzen.

Hinzuweisen ist zudem noch auf ein in diesem Zusammenhang relevantes *per se*-Verbot in der Nr. 11a des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG,⁴⁵ in dem es um die verdeckte Werbung in Suchergebnissen geht. Danach ist folgende geschäftliche Handlung gegenüber Verbrauchern stets unzulässig: „Die Anzeige von Suchergebnissen aufgrund der Online-Suchanfrage eines Verbrauchers, ohne dass etwaige bezahlte Werbung oder spezielle Zahlungen, die dazu dienen, ein höheres Ranking der jeweiligen Waren oder Dienstleistungen im Rahmen der Suchergebnisse zu erreichen, eindeutig offengelegt werden.“ Das bedeutet, derartige Zahlungen und bezahlte Werbung sind nicht verboten, müssen aber eindeutig offengelegt werden. Auch hier gilt, dass dies in kurzer, einfach zugänglicher und verständlicher Weise geschehen muss. Auch das wird von den Gerichten ausgelegt werden müssen. Denn was für den einen kurz, einfach zugänglich und verständlich sein mag, kann für den anderen einen erheblichen Aufwand darstellen und verständlich ist es für ihn auch nicht.

4. Neuregelungen bei belästigender Werbung

Mit Blick auf belästigende Werbung hat es eine strukturelle Änderung gegeben. Der Tatbestand des „unzulässigen hartnäckigen Ansprechens über Fernabsatzmittel“, vormals in § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG a.F. geregelt, wurde in Nr. 26 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG⁴⁶ aufgenommen: „Folgende geschäftliche Handlungen sind gegenüber Verbrauchern stets unzulässig: hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen des Verbrauchers mittels Telefonanrufen, unter Verwendung eines Faxgerätes, elektronischer Post oder sonstiger für den Fernabsatz geeigneter Mittel der kommerziellen Kommunikation, es sei denn, dieses Verhalten ist zur rechtmäßigen Durchsetzung einer vertraglichen Verpflichtung gerechtfertigt“. Hintergrund dieser Neupositionierung und Ausweitung des Tatbestandes ist eine engere Anlehnung an Art. 8 UGP-RL⁴⁷, der eine solche Geschäftspraxis als aggressive geschäftliche Handlung wertet. In die Black-List wurden zudem zwei Zwischenüberschriften eingefügt: „Aggressive geschäftliche Handlungen“ für die Nrn. 24 bis 32 und „Irreführende geschäftliche Handlungen“ für die Nrn. 1 bis 23c.

5. Neuregelungen bei den Rechtsfolgen

a) Schadensersatz für Verbraucher

Nach mehr als 100 Jahren gibt es einen Paradigmenwechsel im UWG: Schadensersatz für Verbraucher (Verbraucherindividualanspruch). Zu dieser Neuregelung hat die Automobilbranche mit dem „Dieselskandal“ wesentlich beigetragen.⁴⁸ Dieses absolute Novum ist in § 9 Abs. 2 UWG wie folgt geregelt: „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.“ Folgende Ausnahmen hat der Gesetzgeber in Satz 2 der Vorschrift aufgenommen: „Das gilt nicht für unlautere geschäftliche Handlungen nach den §§ 3a, 4 und 6 sowie nach Nummer 32 des Anhangs.“

Der Begründung zum Regierungsentwurf lässt sich entnehmen, dass der neue Anspruch „neben sonstige etwaig bestehende Rechte und Ansprüche von Verbraucherinnen und Verbrauchern aus dem bürgerlichen Recht“ treten soll.⁴⁹ Eine Popularklage hat der Gesetzgeber ebenso wenig angestrebt wie negatorische Ansprüche zugunsten der Verbraucher;⁵⁰ mithin kommt ein Rückgriff auf die analoge Anwendung von § 1004 BGB nicht in Betracht.

Der Verbraucherschadensersatzanspruch auf Grundlage des UWG soll zivilrechtliche Ansprüche abschließend regeln.

43 Beispiele für Parameter finden sich in Anhang 1 zu den Leitlinien der Kommission zur P2B-Verordnung (Verordnung (EU) 2019/1150, ABl. C 424/21 vom 8.12.2020).

44 Vgl. hierzu: Fritzsche/Eisenhut, WRP 2022, S. 529, 530.

45 Vgl. hierzu: Fritzsche/Eisenhut, WRP 2022, S. 529, 535.

46 „Eine Geschäftspraxis gilt als aggressiv, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Durchschnittsverbrauchers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung, einschließlich der Anwendung körperlicher Gewalt, oder durch unzulässige Beeinflussung tatsächlich oder voraussichtlich erheblich beeinträchtigt und dieser dadurch tatsächlich oder voraussichtlich dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.“

47 Instruktiv hierzu: Glöckner, WRP 2022, S. 383.

48 BT-Drs. 19/27873 vom 24.3.2021, S. 20, Fn. 13.

49 BT-Drs. 19/27873 vom 24.3.2021, S. 20, Fn. 13.

Dieser Anspruch setzt stets einen individuellen Schaden voraus. Das kann künftig Bedeutung beispielsweise für die Fälle haben, in denen ein Verbraucher bei einem Automobilhändler ein Fahrzeug reserviert, bei Abholung der Händler ihm eröffnet, dieses Fahrzeug nicht (mehr) liefern zu können. Aus der Fallpraxis sind solche Lockangebote beispielsweise bei Reimportgebern bekannt geworden, der Händler hat dem Kunden vor Ort dann ein anderes – in der Regel höherwertig ausgestattetes und damit teureres – Fahrzeug angeboten. Bisher konnte ein solches Geschäftsgebot (Lockangebot) mit einem Unterlassungsanspruch wegen eines Verstoßes gegen Nr. 6 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG (sog. „bait and switch“; „Ködern und Umlenken“) verfolgt werden. Auch wenn dem Verbraucher noch immer kein Unterlassungsanspruch zusteht, kann er nun aber einen Schadensersatzanspruch für nutzlos aufgewendete Fahrt- und Reisekosten geltend machen und möglicher Weise auch Ersatz der vergeblich aufgewendeten Zeit (z. B. 2 Urlaubstage bei Anreise eines Verbrauchers von Hamburg nach München) oder den Ersatz eines Schadens aus dem Verpassen eines günstigeren Drittangebots beanspruchen. Derzeit nicht absehbar ist, ob solche Fallvarianten künftig auch Legal-Tech-Anbieter auf den Plan rufen, die sich dann um die Geltendmachung solcher Ansprüche kümmern werden.

b) Bußgeldtatbestände

Und dann sind da noch die Neuregelungen mit Einführung des Bußgeldtatbestandes auch im Falle der Verletzung von Verbraucherinteressen im grenzüberschreitenden Bereich. Das betrifft Fälle sog. weitverbreiteter Verstöße, die in mehreren EU-Mitgliedstaaten erfolgen, oder bei einem weitverbreiteten Verstoß mit Unions-Dimension (§§ 5c, 19 UWG). Nach der ersten genannten Vorschrift betrifft dies Fälle von unlauteren geschäftlichen Handlungen nach den Nrn. 1 bis 31 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG,

solche von aggressiven geschäftlichen Handlungen nach § 4a Abs. 1 Satz 1 UWG, aber auch irreführende geschäftliche Handlungen nach § 5 Abs. 1 UWG oder § 5a Abs. 1 UWG sowie eine unlautere geschäftliche Handlung nach § 3 Abs. 1 UWG, die fortgesetzt vorgenommen wird, die durch eine vollziehbare Anordnung der zuständigen Behörde im Sinne des Artikels 2 Nr. 6 der Verordnung (EU) 2017/2394 oder durch eine vollstreckbare Entscheidung eines Gerichts untersagt worden ist, sofern die Handlung nicht bereits durch die vorerwähnten Tatbestände erfasst ist (§ 5c Abs. 2 UWG).

In diesen Konstellationen können nationale Behörden bei Verstößen in einem anderen Mitgliedstaat Bußgelder gegen deutsche Unternehmen verhängen. Solche Bußgelder können jedoch nur im Rahmen einer EU-weit durchgeführten sog. koordinierten Durchsetzungsmaßnahme verhängt werden. Während das Höchstmaß an Ordnungsgeldern bei § 20 UWG sich auf bis zu 300 000 Euro bei belästigender Telefonwerbung beläuft, kann eine Geldbuße nach § 19 UWG bis zu 4% des Jahresumsatzes eines Unternehmens oder nach den dort normierten Voraussetzungen bis 2 Mio. EUR betragen. Es bleibt abzuwarten, ob und in welchem Umfang die Verwaltungsbehörden (bei § 19 UWG sind dies das Bundesamt für Justiz, die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und die nach Landesrecht zuständigen Behörden; bei § 20 UWG die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen sowie das Bundesamt für Justiz) Ordnungswidrigkeiten verfolgen.⁵⁰

⁵⁰ Auf der Seite der Bundesnetzagentur finden sich unter anderem Maßnahme- und Bußgeldlisten, z. B. für den Bereich unerlaubter Telefonwerbung: <https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Vportal/TK/Aerger/Aktuelles/start.html>.