

Maximilian Eichhorn

Der Rechtsbruchtatbestand

Auslegung und Anwendung am Beispiel der
Rechtsdienstleistungsvorschriften

Der Rechtsbruchtatbestand

Der Rechtsbruchtatbestand

Auslegung und Anwendung am Beispiel der
Rechtsdienstleistungsvorschriften

Maximilian Eichhorn

Der Rechtsbruchtatbestand
Auslegung und Anwendung am Beispiel der Rechtsdienstleistungs-
tungsvorschriften

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristischen Fakultät der
Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt
von
Maximilian Eichhorn
2023

Referent: Professor Dr. Helmut Köhler

Koreferent: Professor Dr. Matthias Leistner

Tag der mündlichen Prüfung: 27. April 2023

Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.de> abrufbar.

I S B N 978-3-8005-1880-7

dfv Mediengruppe

© 2023 Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main
www.ruw.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Druck: WIRmachenDRUCK GmbH, Backnang

Printed in Germany

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München im Wintersemester 2022/23 als Dissertation angenommen.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Helmut Köhler, für seine hervorragende Betreuung und die große Freiheit, die er mir während der Anfertigung der Arbeit gelassen hat, aber auch für seine wertvollen Ratschläge und den jederzeitigen fachlichen Austausch. Herrn Professor Dr. Matthias Leistner danke ich sehr für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Bei Herrn Rechtsanwalt Thies Ruven Appelkamp bedanke ich mich herzlich für seine hilfreichen Anregungen zur Themenauswahl und den intensiven Austausch über diese Arbeit. Dank gebührt auch dem Geschäftsführer der Rechtsanwaltskammer des Landes Brandenburg, Herrn Rechtsanwalt Dr. Rüdiger Suppé, für die Herstellung wichtiger Kontakte zu Praktikern sowie der Kanzlei NORDEMANN Rechtsanwälte für die Unterstützung mit empirisch-statistischen Daten zu geführten RDG-Verfahren im lauterkeitsrechtlichen Kontext. Zu Dank verpflichtet bin ich schließlich Herrn Rechtsanwalt Dr. Nico Frehse für seine vielen Hinweise für die Erstellung dieser Arbeit und seinen kollegialen Rückhalt.

Ich danke der Studienstiftung iusvivum und insbesondere ihrem Stiftungsvorstand, Herrn Professor Dr. Haimo Schack sowie der Ludwig Sievers Stiftung für die finanzielle Förderung dieser Arbeit und die großzügige Gewährung eines Druckkostenzuschusses.

Sehr herzlich bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Dipl.-Wirtsch.-Ing. Heinz Heinrich Hottendorf und Herrn Dipl.-Ing. Jürgen zum Felde für ihren durchgängigen Rückhalt und die finanzielle Förderung meiner Ausbildung. Ebenso danken möchte ich Herrn Dipl.-Betriebsw. Knut Henning, der mir stets kreative Auszeiten ermöglicht hat und Unterstützung zuteil werden ließ.

Meinen ganz besonderen Dank verdient meine Mutter, Frau Marion Eichhorn, für die immerwährende Motivation und den stetigen guten Zuspruch. Ohne sie wäre diese lange Ausbildung nicht möglich gewesen.

Die Arbeit wurde Mitte Dezember 2022 abgeschlossen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis einschließlich dieses Datums berücksichtigt werden.

Stade, im Juli 2023

Maximilian Eichhorn

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
1. Kapitel: Einleitung	1
A. Problemdarstellung und Zielsetzung	1
B. Gang der Untersuchung	4
2. Kapitel: Entwicklung und aktueller Stand des Rechtsbruchtatbestandes	7
A. Überblick über die historische Entwicklung bis zum UWG 2004	7
I. Fehlende Generalklausel im UWG 1896	7
II. Entwicklungen im Geltungszeitraum des UWG 1909	7
1. Vorsprunggedanke	8
2. Ablösung durch den Wertbezug von Vorschriften	8
a) Wertbezogene Normen	9
b) Wertneutrale Normen	11
3. Veränderter personal-subjektiver Schutzbereich	12
a) Schutz der Allgemeinheit	12
b) Verbraucherschutz und Marktgegenseitenschutz ..	13
4. Einordnung der Rechtsberatungsvorschriften bis zum UWG 2004	13
5. Einflussgebende Kritik des Schrifttums an der Recht- sprechung zu § 1 UWG 1909	15
6. Akzeptanz der Normzwecktheorie durch den BGH	16
B. Kodifikation der Fallgruppe Rechtsbruch durch die UWG Novelle 2004	16
C. Anpassungen an die UGP-RL durch die UWG Novelle 2008 ..	18
D. Aktueller Stand: Neuformung des Rechtsbruchtatbestandes durch § 3a UWG im Zuge der Novelle 2015	19
E. Zwischenergebnis	19
3. Kapitel: Aufbau und Voraussetzungen des Rechtsbruchtatbestandes	21
A. Natur und Aufbau des Rechtsbruchtatbestandes	21
B. Voraussetzungen des Rechtsbruchtatbestandes	22
I. Konstitutive Voraussetzung: Vorliegen einer geschäftlichen Handlung	23
1. Definition der geschäftlichen Handlung	23
2. Geschäftspraktik als Modellbegriff	24
a) Definition und Begriffsinhalt	24
aa) Persönliche Reichweite	25

Inhaltsverzeichnis

bb) Gegenständliche Reichweite	25
cc) Sachliche Reichweite: objektiver Unmittelbarkeitszusammenhang	26
dd) Zeitliche Reichweite	29
(1) Vorvertraglicher Bereich der Absatzförderung	30
(2) Vertragliche Phase des Geschäftsabschlusses	31
(3) Nachvertragliche Phase der Vertragsdurchführung	31
b) Harmonisierungsumfang der Geschäftspraktik ...	34
c) Harmonisierungsfreie Bereiche	35
3. Geschäftliche Handlung in den harmonisierungsfreien Bereichen: Auslegung im Sinne der Geschäftspraktik?	38
a) Ausgangslage: objektiv zu verstehender Einheitsbegriff.	38
b) Auslegung im harmonisierungsfreien B2C-Bereich	39
c) Auslegung im harmonisierungsfreien B2B-Bereich	41
aa) Vertikal B2B.	42
bb) Horizontal B2B	45
d) Auslegung in Fällen der Bereichsausnahmen.	47
e) Zwischenergebnis	48
4. Zusammenfassende Auslegung der geschäftlichen Handlung	49
II. Tatbestandsaufbau der normenspezifischen Tatbestandskomponente	52
1. Zuwiderhandeln gegen eine gesetzliche Vorschrift ...	52
a) Gesetzliche Vorschrift	52
b) Zuwiderhandeln	55
aa) Eigenes, täterschaftliches Zuwiderhandeln ...	55
bb) Zuwiderhandeln durch die Zurechnung wettbewerbswidriger Handlungen Dritter	57
2. Kernmerkmal: Regelung des Marktverhaltens auch im Interesse der Marktteilnehmer	59
a) Systematische Einordnung	59
b) Überblick über die Auslegung der Merkmale der normenspezifischen Tatbestandskomponente.	60
aa) Marktverhaltensregelung und Abgrenzung zur Marktzutrittsregelung	60
bb) Regelung von Marktverhalten	63
cc) Interesse der Marktteilnehmer	63
dd) „Bestimmung“ einer Norm	63

ee) Zwischenergebnis	64
III. Bagatellkomponente	64
1. Funktion	64
2. Dogmatische Einordnung	65
3. Auslegung der Bagatellkomponente	66
a) Eignung zur spürbaren Interessenbeeinträchtigung	66
b) Rückkopplung an die geschützten Interessen der Marktteilnehmer	66
c) Beurteilungsmaßstab und Kriterien	67
d) Indizierung der Spürbarkeit bei Betroffenheit gewichtiger Interessen?	69
e) Spürbarkeit im Falle der Betroffenheit wirtschaftlicher Abnehmerinteressen nur bei Entscheidungsrelevanz?	70
aa) Bedeutung der Entscheidungsrelevanz für § 3a UWG nach <i>Knuspermüsli II</i> ?	71
bb) Nach <i>Knuspermüsli II</i> : Keine Parallelprüfung des § 3a UWG und keine Prüfung der Entscheidungsrelevanz bei § 3a UWG im Anwendungsbereich der UGP-RL	74
cc) Berücksichtigung der Entscheidungsrelevanz außerhalb der UGP-RL?	74
(1) Keine zwingende Angleichung in harmonisierungsfreien Bereichen	75
(2) Überschießende Auslegung: Spürbarkeit nur bei Entscheidungsrelevanz?	76
4. Zusammenfassung	81
4. Kapitel: Anwendung des Rechtsbruchtatbestandes neben anderen Ansprüchen und Sanktionen	83
A. Anwendung anderer lauterkeitsrechtlicher Tatbestände neben § 3a UWG?	84
B. Anwendung sonstiger zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Sanktionen neben § 3a UWG?	85
I. Parallelität lauterkeitsrechtlicher und anderer, zivilrechtlicher Ansprüche und Rechtsfolgen	85
II. Parallelität von ordnungsrechtlichen- und Strafsanktionen	87
III. Ausnahme: Abschließendes Rechtsfolgenregime	87
C. Bindungswirkung behördlicher und fachgerichtlicher Entscheidungen	88
I. Originär lauterkeitsrechtliche Normauslegung	88
II. Prozessuale Durchsetzungskonkurrenz	89

Inhaltsverzeichnis

1. Grundsätzliche Bindung behördlicher Entscheidungen bei Tatbestandswirkung	90
2. Reichweite der Tatbestandswirkung	91
3. Folgen eines Widerspruchs	92
4. Fälle fehlender Tatbestandswirkung	93
5. Bindung in Fällen nicht vorhandener Tatbestandswirkung	93
a) Duldung durch die Behörden	93
b) Verwaltungsvertrag und zugesichertes Untätigbleiben	94
c) Delegierte Rechtsnormen	95
III. Vertrauensschutz im Hinblick auf die behördliche oder fachgerichtliche Entscheidung?	96
D. Folgerungen für Verstöße gegen Rechtsdienstleistungsvorschriften	99
I. Kein abschließendes Sanktionenregime im RDG	99
II. Vorhergehende Gerichtsentscheidungen	100
III. Verwaltungsrechtliche Rechtsakte	101
1. Registrierungsverwaltungsakt nach alter Rechtslage ..	101
2. Registrierungsverwaltungsakt nach neuer Rechtslage ..	102
3. Sonstige verwaltungsrechtliche Maßnahmen	104
E. Zusammenfassung	106
5. Kapitel: Untersuchung der analyserelevanten Kernmerkmale des § 3a UWG	108
A. Gesetzliche Vorschrift mit Regelungscharakter	108
I. Gesetzliche Vorschrift	108
II. Regelung	108
1. Auslegung einer Regelung	109
a) Verhaltenssteuerung durch Gebote und Verbote ..	109
b) Irrelevanz einer Regelung	110
c) Stellungnahme	111
2. Feststellung einer Regelungswirkung	113
3. Zwischenergebnis	116
B. Marktverhaltensregelung im Interesse der Marktteilnehmer ..	117
I. Einheitsmerkmal oder Aufspaltung?	118
1. Uneinheitliche Behandlung durch die Rechtsprechung	118
a) Alleinige Maßgeblichkeit des geschützten Marktteilnehmerinteresses (interessengerichteter Wettbewerbsbezug)	119
b) Keine Prüfung eines Merkmals	121
c) Separate Prüfung beider Merkmale	121

d) Zwischenergebnis	122
2. Beurteilung durch das Schrifttum	124
a) Ablehnung einer kumulativen Analyse	124
b) Befürwortung einer kumulativen Analyse als Doppelfilter	125
3. Zusammenfassung und Stellungnahme	127
II. Auslegung der Marktverhaltensregelung	130
1. Begriff „Marktverhalten“	130
2. Bestimmung einer Marktverhaltensregelung	133
a) Ausgangspunkt: Normzweck einer Vorschrift	133
b) Ermittlung des Normzwecks	134
aa) Subjektiv-normativer Ermittlungsansatz	135
bb) Objektiv-formaler Ermittlungsansatz	136
cc) Stellungnahme und eigener Auslegungsvor- schlag	137
(1) Bewertung der Ansätze	137
(2) Argumente für die formal-objektive Normzweckermittlung	139
(a) Wortlaut	139
(b) Systematik	139
(c) Rechtsökonomische Erwägungen ...	140
(d) Rechtspraktische Erwägungen	142
(e) Zwischenergebnis	144
(3) Eigener Auslegungsvorschlag	145
(a) Grundsätzliche Maßgeblichkeit des tatbestandlich geregelten Verhaltens .	145
(b) Ausnahme: Ermittlung anhand der objektiven Stoßrichtung einer Norm .	146
(c) Marktverhalten muss lediglich eigenständige Kategorie bzw. Anwen- dungsfall sein	148
III. Auslegung des Merkmals „im Interesse der Marktteil- nehmer“	152
1. Die Interessenssubjekte	152
a) Mitbewerber	153
b) Verbraucher	153
c) Sonstige Marktteilnehmer	154
2. Die Interessen	155
a) Kein unmittelbarer Schutz von Allgemeininteressen	155
b) Das geschützte Marktteilnehmerinteresse	157

Inhaltsverzeichnis

aa) Irrelevanz privater und personenbezogener Partikularinteressen	157
bb) Maßgeblichkeit der abstrakten Interessen der Marktteilnehmergruppen	158
cc) Geschützte Interessengattungen der Markt- teilnehmer.	159
(1) Funktionsorientierte Auffassung	160
(2) Extensive Auffassung	163
(3) Gegenüberstellung der Auffassungen und Bewertung	166
(4) Eigene Analyse	171
(a) Analysemaßstab	171
(b) Grammatische Auslegung	171
(c) Historisch-genetische Auslegung ...	173
(d) Systematische Auslegung und Schutzzweckerwägungen.	176
(aa) Schutzzweck nicht allein auf wirtschaftliche Interessen be- schränkt.	177
(bb) Systematik überwiegend, aber nicht allein auf wirtschaftliche Interessen bezogen	178
(cc) Kein Systemwiderspruch durch mittelbare Einbeziehung von Allgemeininteressen	179
(dd) Schutz gewisser Allgemeininteressen durch den Gesetzgeber akzeptiert.	182
(e) Teleologische Auslegung	183
(f) Unionsrechtskonforme Auslegung ..	185
(g) Weitere Erwägungen	186
(h) Zwischenergebnis	187
(5) Funktion eines extensiv verstandenen Marktteilnehmerinteresses?	189
(a) Funktionslosigkeit?	190
(b) Ausgrenzungsfunktion des Markt- teilnehmerinteresses.	191
3. Ergebnis und Auslegungsvorschlag zum Marktteil- nehmerinteresse	193
C. Zusammenfassende Übersicht der Auslegungsvorschläge. ...	194

6. Kapitel: Analyse und Beurteilung der Rechtsdienstleistungsvorschriften	198
A. Einführung und Grundlagen des Rechtsdienstleistungsrechts	198
I. Definitorischer Umfang	198
II. Entstehungsgeschichte und Systematik	199
1. Entwicklung vom Rechtsberatungsrecht zum liberalen Rechtsdienstleistungsrecht	199
2. Systematik und Regelungsstrategie	201
a) Struktureller Aufbau	201
b) Schutzzwecke	202
c) Regelungstypus, Funktion und Regelungsstrategie	203
aa) RDG als präventives Verbotsgesetz	203
bb) Ordnungsrechtliche Natur der Rechtsdienstleistungsvorschriften	203
cc) Nicht abschließende, aber umfassende Regelungsstrategie	204
III. Verfassungs- und Unionsrechtskonformität	206
IV. Anwendbarkeit des UWG auf die Rechtsdienstleistungsvorschriften	207
B. Lauterkeitsrechtliche Behandlung von Rechtsdienstleistungsvorschriften und Leitlinien der Rechtsprechung	207
I. Einordnung von Rechtsdienstleistungsvorschriften durch die Rechtsprechung	208
1. Begründung der Primärnormqualität durch die Schutzzweckklausel	208
2. Pauschalisierende Erstreckung auf alle Vorschriften des RDG	209
3. Ableitbare Grundsätze zur Beurteilung von Rechtsdienstleistungsvorschriften	210
4. Bewertung	210
II. Verwertbarkeit der Leitlinien für die hier unterbreiteten Auslegungsvorschläge	211
C. Analyse der Rechtsdienstleistungsvorschriften durch Anwendung der Auslegungsvorschläge	213
I. Vorschriften des Rechtsdienstleistungsgesetzes	213
1. § 1 RDG – Anwendungsbereich	213
2. § 2 RDG – Begriff der Rechtsdienstleistung	214
3. § 3 RDG – Befugnis zur Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen	214
a) Regelungscharakter	214
b) Marktverhaltensregelung	214

Inhaltsverzeichnis

aa) Tatbestandlich geregeltes Verhalten unbestimmt.	215
bb) Objektive Stoßrichtung zielt auch auf Markt- verhalten.	216
c) Marktteilnehmerinteresse	219
4. § 4 RDG – Unvereinbarkeit mit einer anderen Leis- tungspflicht.	220
5. § 5 RDG – Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit.	221
6. Weitere Vorschriften, die Erlaubnissätze beinhalten (§§ 6 bis 8, 10 RDG).	221
a) Erlaubnissätze.	221
b) Anleitungs- und Ausstattungspflicht nach §§ 6 Abs. 2, 7 Abs. 2 und 8 Abs. 2 RDG	221
aa) Regelung	222
bb) Marktverhaltensregelung	223
c) Verfahrensvorschriften bei registrierten Personen, § 10 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, 3 RDG	224
d) Angabepflicht bei Teilbereichsregistrierung, § 10 Abs. 3 S. 3 RDG	224
7. § 9 RDG – Untersagung von Rechtsdienstleistungen. .	225
8. § 11 RDG – Besondere Sachkunde, Berufsbe- zeichnungen	226
a) Erfordernis besonderer Sachkunde gem. § 11 Abs. 1 bis 3 RDG	226
b) Berufsbezeichnungsvorschriften nach § 11 Abs. 4 und 5 RDG	227
9. § 12 RDG – Registrierungsvoraussetzungen	228
10. § 13 RDG – Registrierungsverfahren	230
11. § 13a RDG – Darlegungs- und Informationspflichten gegenüber Privatpersonen	233
12. § 13b RDG – Darlegungs- und Informationspflichten für Verbraucher.	236
13. § 13c RDG – Vergütungsvereinbarungen für Inkasso- dienstleistungen und Rechtsdienstleistungen in einem ausländischen Recht.	237
14. § 13d RDG – Vergütung der Rentenberater	240
15. § 13e RDG – Erstattungsfähigkeit der Kosten für Inkassodienstleister	243
16. § 13f RDG – Beauftragung von Rechtsanwälten und Inkassodienstleistern	245
17. § 13g RDG – Umgang mit Fremdgeldern.	246

18. § 13h RDG – Aufsichtsmaßnahmen	247
19. § 14 RDG – Widerruf der Registrierung.	248
20. § 14a RDG – Bestellung eines Abwicklers für Rentenberater	248
21. § 15 RDG – Vorübergehende Rechtsdienstleistungen .	249
a) Erlaubnissatz.	249
b) Erstmeldeobliegenheit	249
c) Änderungsmeldung.	250
d) Wiederholungsmeldung	250
e) Herkunftssprachliche Berufsbezeichnungspflicht .	251
f) Berufshaftpflichtversicherung und Hinweispflicht.	252
g) Übrige Vorschriften.	254
22. §§ 15a bis 20 RDG – Weitere Vorschriften des RDG .	254
II. Vorschriften der Rechtsdienstleistungsverordnung	255
1. §§ 2 und 3 RDV – Nachweis der theoretischen und praktischen Sachkunde	255
2. § 4 RDV – Sachkundelehrgang.	256
3. § 5 RDV – Berufshaftpflichtversicherung	258
4. §§ 6 bis 10 RDV – Weitere Vorschriften der RDV . . .	259
III. Vorschriften des Einführungsgesetzes zum Rechtsdienst- leistungsgesetz	260
1. § 1 RDGEG – Erlaubnisinhaber nach dem Rechts- beratungsgesetz	260
2. § 2 RDGEG – Versicherungsberater.	263
3. § 3 RDGEG – Gerichtliche Vertretung.	263
4. § 4 RDGEG – Vergütung	264
5. § 5 RDGEG – Diplom-Juristen aus dem Beitrittsgebiet	264
6. § 6 RDGEG – Schutz der Berufsbezeichnung	265
7. § 7 RDGEG – Übergangsvorschrift zu § 13 Absatz 2 des Rechtsdienstleistungsgesetzes	265
IV. Zwischenergebnis zur Analyse der Rechtsdienstleistungs- vorschriften	266
D. Ergebnis und Mehrwert der Auslegungsvorschläge	268
7. Kapitel: Zusammenfassung der Ergebnisse	271
Literaturverzeichnis	280

Es gibt kein richtiges Leben im falschen.

– Theodor W. Adorno –

1. Kapitel: Einleitung

A. Problemendarstellung und Zielsetzung

Die Nachfrage nach Rechtsberatung und Rechtsdienstleistungen war noch nie so groß wie heute. Sie bezieht sich auf die unterschiedlichsten Lebens- und Wirtschaftsbereiche und wird von allen Gruppen von Marktakteuren gestellt. Ursächlich ist die schon seit langem zu beobachtende rechtliche Durchdringung, kurz: Verrechtlichung, aller Lebensbereiche. Ein weiterer, aber erst seit den letzten Jahren aufkommender Trend ist die Technologisierung des Rechts. Beides hat dazu geführt, dass sich der Rechtsberatungsmarkt für verschiedene neue Berufs- und Tätigkeitsfelder jeglicher Couleur weit geöffnet hat. Der Gesetzgeber hat dies zum Anlass genommen, das Rechtsdienstleistungsrecht zu reformieren und zu deregulieren und hat hierzu das Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen vom 1.1.2008 (RDG)¹ geschaffen, mit dem eine unmittelbare und für die Rechtsanwaltschaft spürbare Öffnung des Rechtsberatungsmonopols einhergegangen ist.² Diese Liberalisierung der Rechtsdienstleistungsbefugnis hat ihre Wirkung nicht verfehlt. Heutzutage greifen so viele nichtanwaltliche Anbieter von Rechtsdienstleistungen, sowohl konventionelle als auch technologiezentrierte, wie nie nach Stücken des Rechtsdienstleistungsmarkt-Kuchens. Vor allem das Marktsegment von technologiezentrierten Rechtsdienstleistungen, das sog. „Legal-Tech“, hat rasant an Fahrt aufgenommen. Anbieter für neuartige Angebote wie automatisierte Rechtsdokumentengeneratoren oder das Masseninkasso im Wege des echten Factorings, die auch die Geltendmachung von Ansprüchen aus Situationen des täglichen Lebens möglich machen, sind aus dem Boden geschossen.³ Viele von ihnen haben sich auf dem Markt längst etabliert.⁴ Oftmals treten sie bewusst als Konkurrenten zur Anwaltschaft auf. Allerdings begeben sich viele Unternehmer nicht selten auch unbewusst auf das dünne Eis unerlaubter Rechtsdienstleistungen, wenn sie in einzelnen Aspekten ihrer Berufstätigkeit Rechtsdienstleistungen erbringen, ohne zu wissen, dass diese Tätigkeiten unter die Definition erlaubnis-

1 Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen vom 12. Dezember 2007, BGBl. I, 2840.

2 Römermann/Römermann, ZAP Fach 23 (2008), 779 (783).

3 So z. B. für den Bereich des Mietrechts die Conny GmbH; für Fluggastrechte die Flight-right GmbH oder für Erbschaftsstreitigkeiten die Jurfin GmbH.

4 Remmert, BRAK-Mitteilung 5/2018, S. 231.

pflichtiger Rechtsdienstleistungen fallen.⁵ Durch diese zunehmende Anzahl nichtanwaltlicher Rechtsdienstleister wird ein immenser Wettbewerbsdruck auf Anwälte erzeugt. Dem steht nicht entgegen, dass der Markt für Rechtsdienstleistungen insgesamt größer geworden ist. Denn parallel dazu hat sich der Wettbewerb intensiviert.⁶

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass Rechtsanwaltskammern und anwaltliche Mitbewerber sich gegen dieses für sie nachteilige Marktumfeld zu wehren versuchen. Das Mittel der Wahl, um gegen die unliebsamen nichtanwaltlichen Konkurrenten vorzugehen, ist ganz überwiegend das Lauterkeitsrecht. Der mit Blick auf die gegen Rechtsdienstleistungsvorschriften verstoßenden Rechtsdienstleister wichtigste und gleichzeitig mit den weitreichendsten Konsequenzen verbundene Unlauterkeitstatbestand ist der Rechtsbruchtatbestand des § 3a UWG.^{7,8} Auf dieser Grundlage verlangen die Konkurrenten bzw. Verbände dann die Unterlassung der behaupteten unzulässigen Rechtsdienstleistung überwiegend im einstweiligen Verfügungsverfahren, was in letzter Konsequenz im Erfolgsfall nicht selten die Untersagung des gesamten Geschäftsmodells des Beklagten bedeutet. Mit entsprechendem Eifer und Hartnäckigkeit werden die jeweiligen Verfahren häufig bis vor die Oberlandesgerichte getragen oder sogar vor dem BGH⁹ ausgefochten.

Der Rechtsbruchtatbestand ist für die Durchsetzung von Ansprüchen wegen Verstößen gegen Rechtsdienstleistungsvorschriften daher von ganz herausgehobener Bedeutung. Er stellt jedoch eine denkbar anspruchsvolle Materie dar und die Frage, ob ein Rechtsbruch vorliegt, zählt nach mancher Ansicht zu den schwierigsten und umstrittensten Fragen des Lauterkeitsrechts.¹⁰ So herrscht seit jeher Uneinigkeit über die genaue Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale. Insbesondere kann häufig keine klare Antwort darauf gegeben werden, welche Vorschriften dazu bestimmt sind, das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln, wie es der Rechtsbruchtatbe-

5 Vielfach werden daher auch Versicherungen, Banken und sonstige Finanzberatungen verstärkt als Wettbewerber um Beratungsmandate wahrgenommen, vgl. DAV, Der Rechtsdienstleistungsmarkt 2030: Eine Zukunftsstudie für die deutsche Anwaltschaft, S. 12. Unbewusst in Konkurrenz zur Anwaltschaft treten dagegen oft Autohändler, Werkstattbetreiber, Sachverständige und Mietwagenunternehmen bei Unfallschadenregulierungen.

6 DAV, Der Rechtsdienstleistungsmarkt 2030: Eine Zukunftsstudie für die deutsche Anwaltschaft, S. 4.

7 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004, BGBl. 2004 I, 1414. Vorschriften ohne Gesetzesangabe oder Jahreszusatz beziehen sich auf solche des UWG in aktueller Fassung.

8 Skupin, S. 542.

9 Bundesgerichtshof.

10 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.1.

stand in § 3a UWG für solche Rechtsnormen bestimmt, die als „außerwettbewerbsrechtliche“ Vorschriften Einzug in das UWG finden sollen. Dies ist aber notwendig, denn die Konsequenzen sind ernst. Durch das Eingreifen des lauterkeitsrechtlichen Rechtsfolgenregimes der §§ 8 ff. UWG, das primär auf Unterlassung gerichtet ist, können ganze Geschäftsmodelle vernichtet werden, die ansonsten den wertvollen Schutz der Berufsfreiheit nach Art. 12 GG¹¹ genießen. Die Auslegung des Rechtsbruchtatbestandes darf deshalb weder leichtfertig noch lapidar erfolgen. Diese Unsicherheiten werden durch eine sehr wechselhafte Rechtsprechung des BGH in den vergangenen Jahren zu dieser Thematik noch verschärft.

Im Hinblick auf den dargestellten Bedeutungsgewinn des Rechtsbruchtatbestandes für außergerichtliche Rechtsdienstleistungen und der damit einhergehenden stetig steigenden Anzahl an lauterkeitsrechtlichen Verfahren sind klare Auslegungsleitlinien für den Rechtsbruchtatbestand zugunsten einer rechtssicheren privatrechtlichen Sanktionierung von Verstößen gegen das RDG unbedingt erforderlich. Bislang haben sich die Wettbewerbsgerichte indes nur oberflächlich und unzureichend mit der Qualifikation der Normen des RDG als im Interesse der Marktteilnehmer liegenden Marktverhaltensregelungen befasst. Zumeist wird lapidar und gebetsmühlenartig darauf hingewiesen, dass sie zu den Vorschriften zählen, die dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, da das RDG gemäß seiner Schutzzweckklausel dazu diene, die Rechtsuchenden, den Rechtsverkehr und die Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen zu schützen.¹² In der jüngeren lauterkeitsrechtlichen Judikatur ist nun vermehrt zu beobachten, dass überhaupt keine eigenständige Begründung mehr vorgenommen wird.¹³ Diese „Argumentationsmethodik“, die eigentlich keine ist, lässt jedoch außer Acht, dass der Gesetzgeber klar umrissene Tatbestandsmerkmale für die Analyse von Vorschriften i. S. d. § 3a UWG vorgesehen hat. Und dennoch werden die Vorschriften, wenn überhaupt, überwiegend anhand ihrer Schutzrichtung und des gesetzgeberischen Willens, wie er sich in den Materialien darstellt, als rechtsbruchrelevant beurteilt. Vor dem Hintergrund der elementaren Bedeutung des Rechtsbruchtatbestandes für die lauterkeitsrechtliche Sanktionierung von Gesetzesverstößen, vor allem solchen gegen das RDG, ist aber eine einfache, treffsichere und vor allem tatbestandsorientierte Auslegung des § 3a UWG unbedingt erforderlich.

¹¹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.05.1949.

¹² So etwa das KG, GRUR-RR 2021, 494 (498); s. a. BGH, GRUR 2016, 1189 (1190) – *Rechtsberatung durch Entwicklungsingenieur*; OLG Brandenburg, GRUR-RR 2019, 159 (160); LG Köln, BeckRS 2015, 20742.

¹³ BGH, GRUR 2021, 1425 (1426) – *Vertragsdokumentengenerator*; BGH, GRUR 2021, 758 (761) – *Rechtsberatung durch Architektin*; OLG Köln, GRUR-RS 2020, 17239; OLG Köln, GRUR-RS 2018, 49064; OLG Hamm, GRUR-RS 2015, 10960.

Ziel dieser Arbeit ist es daher, im Interesse der Rechtsklarheit und der einfachen und effizienten Handhabbarkeit des Rechtsbruchtatbestandes Auslegungsvorschläge anhand der im Normtext des § 3a UWG klar festgelegten Merkmale zu entwickeln und damit einen Alternativvorschlag zu der bisherigen und weit überwiegend verwendeten Auslegungsmethodik zu präsentieren. Die Auslegungsvorschläge sollen sich dazu eignen, vor allem in dem lauterkeitsrechtlich so relevanten Verfügungsverfahren eine effiziente und schnelle sowie einfach handhabbare und stringente Analyse von außerhalb des UWG gelegenen Vorschriften zu ermöglichen. Die Auslegungsvorschläge sollen dabei universell anwendbar sein und zu präzisen Ergebnissen führen, mit der Folge, dass die praktische Anwendung des Rechtsbruchtatbestandes für den Rechtsanwender erleichtert wird. Prüfstein hierfür werden die Rechtsdienstleistungsvorschriften sein. An diesen Auslegungsvorschlägen sollen also die Vorschriften des Rechtsdienstleistungsrechts gemessen werden. Für den Rechtsanwender soll so schließlich ein Überblick gegeben werden, welche Vorschriften des Rechtsdienstleistungsrechts über den Rechtsbruchtatbestand sanktioniert werden können.

B. Gang der Untersuchung

Für das Verständnis der in dieser Arbeit kritisierten, bisher überwiegend vorgenommenen Auslegungsmethodik sowie für die spätere Auslegung der geschützten Marktteilnehmerinteressen ist es zunächst wichtig, die Entwicklung des Rechtsbruchtatbestandes zu verstehen. Besonders die vorrechtlichen BGH-Entscheidungen *Abgasemissionen* und *Elektroarbeiten* waren ursächlich für die in ihren Kernmerkmalen noch heute fortbestehende, nunmehr kodifizierte Fassung des Rechtsbruchtatbestandes seit dem UWG 2004.

Daher wird im folgenden 2. Kapitel zunächst der Ursprung und der Bedeutungswandel des zunächst lediglich als Fallgruppe ausgestalteten Rechtsbruchtatbestandes aufgezeigt und überblicksartig dargestellt, welche verschiedenen Entwicklungsschritte die Fallgruppe Rechtsbruch durchlaufen hat, wie sie nach früherer Ansicht ausgelegt wurde und wie sie zu der heutigen Gesetzesfassung gelangt ist. Insbesondere wird darauf eingegangen, welche Schwierigkeiten die vorrechtliche Auslegung mit sich brachte und wie unterschiedlich die Rechtspraxis in diesem Zusammenhang die Normen des RBERG¹⁴ als Vorgängervorschrift zum Rechtsdienstleistungsgesetz eingeordnet hat.

Unmittelbar aus der geschichtlichen Entwicklung des Rechtsbruchs ist dann der kodifizierte Rechtsbruchtatbestand hervorgegangen. Dessen Vor-

14 Rechtsberatungsgesetz vom 13.12.1935, RGBl. 1935 I, 1478.

aussetzungen und Inhalte sollen im 3. Kapitel beleuchtet werden. Besonders relevant hierfür ist das Verständnis der geschäftlichen Handlung. Sie hat die frühere nationalrechtliche Wettbewerbshandlung abgelöst und entspricht heute in jedem Fall der Geschäftspraktik in den durch die Richtlinie 2005/29/EG¹⁵ harmonisierten Bereichen, hat aber zugleich einen engen Bezug zur Regelung des Marktverhaltens. Gewisse Rechtsmaterien, wie etwa, was zu zeigen sein wird, die Rechtsdienstleistungsvorschriften, sind jedoch vom Harmonisierungszwang der Richtlinie ausgenommen. Der Fokus wird somit auf der Auslegung der geschäftlichen Handlung vor allem in diesem Bereich liegen, da sie nicht nur konstitutive Voraussetzung für die Anwendung des UWG und des Rechtsbruchtatbestandes, sondern auch von erheblicher Bedeutung für die Auslegung der Marktverhaltensregelung ist. Auf die Auslegung einer Marktverhaltensregelung im Interesse der Marktteilnehmer im Detail wird jedoch im 5. Kapitel näher eingegangen werden, in welchem eine vollumfängliche Untersuchung dieser Kernvoraussetzungen des Rechtsbruchtatbestandes erfolgt. Die verschiedenen Voraussetzungen werden daher im 3. Kapitel nur überblicksartig dargestellt. Vertieft wird im 3. Kapitel zudem die Auslegung der Bagatellkomponente, die als Feinfilter für den Ausschluss von sehr geringfügigen Interessenbeeinträchtigungen im Rahmen des Rechtsbruchtatbestandes gilt. Das Kapitel schließt mit der Diskussion der Frage, ob die unionsrechtlich determinierte Entscheidungsrelevanz i. S. d. § 3 Abs. 2 UWG, Art. 2 e) der Richtlinie auch auf Konstellationen anwendbar ist, in denen es zwar um die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher und Abnehmer geht, die allerdings nicht in den durch die Richtlinie harmonisierten Bereich fallen, z. B. weil die jeweilige Vorschrift nicht auf unionsrechtlicher Grundlage beruht oder eine harmonisierungs-freie Regelungsmaterie betroffen ist.

Erfüllt ein Gesetzesverstoß materiell-rechtlich den Rechtsbruchtatbestand, liegt nicht immer auf der Hand, ob der Rechtsbruchtatbestand dann auch anwendbar ist. Anwendungsprobleme können sich nicht nur aus der Konkurrenz mit anderen Unlauterkeitstatbeständen im UWG ergeben, sondern auch in Zusammenhang mit anderen privatrechtlichen und ordnungs- bzw. verwaltungsrechtlichen Ansprüchen und Sanktionen. Eine genaue Kenntnis ist für die Anwendung des Rechtsbruchtatbestandes indes unabdingbar. Denn wenn möglicherweise andere Tatbestände oder Sanktionen vorrangig sind, etwa, weil ein Gesetz ein spezielleres Sanktionenregime beinhaltet, welches

15 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EG 2005 L 149, 22 (im Folgenden: UGP-RL oder Richtlinie).

die Anwendung des Lauterkeitsrechts im Allgemeinen und des Rechtsbruchtatbestandes im Speziellen ausschließt, ist der Rechtsbruchtatbestand von vornherein nicht anwendbar. Von praktischer Bedeutung für den Rechtsanwender ist hierbei primär das Spannungsverhältnis zwischen einer abweichenden Beurteilung einer Gesetzesverletzung von Behörden und Verwaltungsgerichten einerseits und der Wettbewerbsgerichte andererseits, also die Thematik der Bindung behördlicher und fachgerichtlicher Entscheidungen insbesondere in den Fällen, in denen eine sog. Tatbestands- oder Feststellungswirkung vorliegt. Deshalb soll die Anwendbarkeit des Rechtsbruchtatbestandes vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der Eigenheiten der Rechtsdienstleistungsvorschriften im 4. Kapitel dieser Arbeit thematisiert werden.

Unmittelbar maßgeblich für die Transmission der hier analysegegenständlichen Rechtsdienstleistungsvorschriften ist jedoch nicht der gesamte Rechtsbruchtatbestand. Es geht vielmehr um den Teil, in dem die Merkmale enthalten sind, die Anknüpfungspunkt für die in das UWG einzubeziehenden außerwettbewerbsrechtlichen Normen sind. Dies ist die zumindest sekundäre Bestimmung einer Vorschrift zur Regelung von Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer. Die Merkmale dieser Tatbestandskomponente des § 3a UWG sind daher zentral für die hier vorliegende Fragestellung und werden detailliert im 5. Kapitel dieser Arbeit besprochen. Die Auslagerung in ein gesondertes Kapitel erscheint sinnvoll, da es um eine umfassende Analyse der wichtigsten Merkmale des Rechtsbruchtatbestandes geht. Im Laufe der Untersuchung und Auslegung dieser Komponente und ihrer Merkmale werden praxisorientierte Auslegungsvorschläge erarbeitet, die es erlauben, in allen Verfahrensarten, vor allem aber in dem in der Rechtspraxis so häufig durchgeführten Verfügungsverfahren eine zuverlässige, rechtssichere und zügige Einordnung von außerhalb des UWG liegenden Vorschriften vorzunehmen. Im Fokus stehen der Regelungsgehalt einer Vorschrift, die Auslegung einer Marktverhaltensregelung, die dieser zugrundeliegenden Normzweckermittlung sowie die Bestimmung und Funktion des Interesses der Marktteilnehmer. Die Auslegungsvorschläge sollen einerseits den Eigenheiten des zivilrechtlichen Wettbewerbsverfahrens Rechnung tragen, zugleich aber auch auf einem dogmatisch tragfähigen Gerüst stehen und sich nahtlos in das System des UWG integrieren.

Im Anschluss daran werden im 6. Kapitel unter Zugrundelegung der entwickelten Auslegungsvorschläge die Rechtsdienstleistungsvorschriften analysiert und untersucht, welche von ihnen Marktverhaltensregelungen im Interesse der Marktteilnehmer darstellen. Zuletzt werden im 7. Kapitel die gefundenen Ergebnisse zusammenfassend dargestellt.

2. Kapitel: Entwicklung und aktueller Stand des Rechtsbruchtatbestandes

Der Rechtsbruchtatbestand kann auf eine mehr als hundertjährige Entwicklung zurückblicken. Durch immer neue Veränderungen und Novellierungen unterlag die Transmission von außerwettbewerbsrechtlichen Normen einem ständigen Wandel. Vor allem die Einordnung der Rechtsberatungsvorschriften des RBerG war mit erheblichen Unsicherheiten behaftet und ist durch Rechtsprechung und Schrifttum dementsprechend uneinheitlich beurteilt worden.

A. Überblick über die historische Entwicklung bis zum UWG 2004

I. Fehlende Generalklausel im UWG 1896

In der Frühphase des Lauterkeitsrechts existierte noch kein Tatbestand zur Sanktionierung von wettbewerbswidrigen Gesetzesverstößen. Das erste „Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896“¹⁶ kannte allein fragmentarische Einzeltatbestände für das Verbot eines spezifischen, dem Gesetzgeber als sanktionswürdig erscheinenden wettbewerbswidrigen Verhaltens. Dadurch waren lediglich sehr wenige, konkrete Handlungen im Wettbewerb erfasst, sodass es nicht möglich war, weitere Verhaltensweisen zu sanktionieren. Stattdessen ist dafür hilfsweise auf das Deliktsrecht zurückgegriffen worden.¹⁷

II. Entwicklungen im Geltungszeitraum des UWG 1909

Mit dem „Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909“¹⁸ (UWG 1909) wollte der Gesetzgeber dieser Problematik Abhilfe schaffen. Hierfür schuf er in § 1 UWG 1909 eine umfassende Generalklausel. Sie lautete: „*Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden*“. Erforderlich für einen Wettbewerbsverstoß war im Kern also das Vorliegen einer sittenwidrigen Handlung. Damit sollte die Möglichkeit geschaffen werden,

16 Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27.05.1896, RGBl. 1896 Nr. 2306, S. 145.

17 Fezer/Büscher/Obergfell/Fezer, 3. Aufl. 2016, UWG, § 1 Rn. 60; v. Walter, S. 10.

18 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 07.06.1909, RGBl. 1909 Nr. 3619, S. 499.

außerwettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlungen zu sanktionieren, wenn sie jeweils eine Handlung im geschäftlichen Verkehr darstellen, die gegen die guten Sitten verstößt. Aus dieser Generalklausel heraus bildete die Rechtsprechung dann eine Fallgruppenkaskadistik, mit der die Annahme einer Sittenwidrigkeit greifbarer gemacht werden sollte. Eine hiervon war die Fallgruppe Rechtsbruch.

1. Vorsprunggedanke

Sittenwidrig konnte danach insbesondere ein Gesetzesverstoß (also ein Rechtsbruch) sein. Das war der Fall, wenn sich ein Wettbewerber durch eine gesetzesverletzende Handlung im Wettbewerb einen Vorteil gegenüber seinen redlichen Mitbewerbern verschaffte und sich dadurch im Wettbewerb besser stellte.¹⁹ Nach diesem Vorsprunggedanken entschied sich die Sittenwidrigkeit danach, welche Folgen eine rechtswidrige Handlung für die übrigen Mitbewerber und die Lauterkeit des Wettbewerbs hatte. Maßgeblich war, dass das Vorgehen seinem Gesamtcharakter nach, insbesondere bei Betrachtung der verwendeten Kampfmittel, gegen die guten Sitten verstieß, selbst wenn der Normverstoß als solcher nicht als sittenwidrig anzusehen war.²⁰ Demnach war die Sittenwidrigkeit aus drei Aspekten zu ermitteln: dem Vorliegen eines Normverstoßes, einem darauf beruhenden ungerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung und einer Gesamtbetrachtung, die das Vorgehen als sittenwidrig erscheinen ließ.

2. Ablösung durch den Wertbezug von Vorschriften

Später reifte in der Rechtsprechung die Erkenntnis, dass durch den Vorsprunggedanken Verstöße gegen alle Arten von Normen ausreichten. Damit konnte sie aber nicht erklären, weshalb Verstöße gegen rein ordnende, aus Gründen staatlicher Zweckmäßigkeit erlassene Normen das Sittenwidrigkeitsurteil tragen sollten. Denn solche Normen hatten mit den sittlichen Anschauungen der Bevölkerung überhaupt nichts zu tun. Daher forderte die Rechtsprechung fortan, dass den verletzten Normen auch eine gewisse innere Qualität oder ein innerer Gehalt zukommen und Ausdruck sittlicher Anschauungen sein müsse.²¹ Somit konnte das Problem, ob die Norm für das Wettbewerbsrecht i. S. d. § 1 UWG 1909 relevant war, nur aus den inneren Wertungen der Norm selbst heraus gelöst werden. Hierdurch war der Grund-

¹⁹ RG, RGZ 117, 16 (21) – *Bewachungsgewerbe*.

²⁰ RG, RGZ 117, 16 (22) – *Bewachungsgewerbe*.

²¹ RG, RGZ 166, 315 (319) – *Makler-Fachgruppe*.

stein für eine Kategorisierung von außerwettbewerbsrechtlichen Normen in wertbezogene und wertneutrale Normen gelegt.²²

a) Wertbezogene Normen

Normen, die für das Lauterkeitsrecht relevante innere Wertungen besaßen, wurden deshalb als wertbezogen beschrieben. Wertbezogene Normen waren solche, in denen eine sittliche Grundanschauung zum Ausdruck kam oder die spezifische wettbewerbliche Pflichten für die Marktakteure vorsahen und dadurch den Wettbewerb regulieren sollten. Später wurden auch Vorschriften den wertbezogenen Normen zugeordnet, denen zwar selbst keine sittliche Anschauung immanent war, die aber dem Schutz wichtiger Allgemeingüter dienten.²³ Die Verletzung wertbezogener Normen sollte aufgrund der in diesen verkörpert und durch den Gesetzgeber getroffenen Wertentscheidung automatisch zur Sittenwidrigkeit führen.²⁴ Kein automatisches Sittenwidrigkeitsurteil lösten hingegen Verletzungen wertneutraler Normen aus.²⁵ Zu diesen Normen zählten vor allem staatliche Ordnungsvorschriften, die allein aus Gründen staatlicher Zweckmäßigkeit erlassen worden waren.²⁶ Zur Bejahung einer Sittenwidrigkeit war das Hinzutreten zusätzlicher Umstände erforderlich, die z.B. in einem planmäßigen und bewussten Vorgehen bei dem Verstoß oder in einem ungerechtfertigten Vorsprung gegenüber den sich rechtstreu verhaltenden Mitbewerbern zu sehen sein konnten.²⁷ Der Vorsprunggedanke wurde also nur noch für die Begründung weiterer Unlauterkeitsmomente fruchtbar gemacht. Die Kategorie der wertbezogenen Normen unterteilte sich also in sittlich fundierte Normen, Normen zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter und solche mit wettbewerbsregelnder Funktion.²⁸

Die Bezeichnung „sittlich fundiert“ diente als Umschreibung für Vorschriften, die als eine Verkörperung einer bestimmten sittlichen Auffassung oder Ausdruck eines „sittlichen Gebots“²⁹ des Gesetzgebers anzusehen waren;

22 Freilich ist dies keine einfache Kategorisierung und sind die verwendeten Termini im Schrifttum uneinheitlich. Zugunsten der Übersichtlichkeit erscheint eine „Zweiteilung“ in wertbezogene und wertneutrale Normen vorzugswürdig. Anders aber *Dettmar*, S. 21 ff.; *Doepner*, WRP 1980, 473 f.

23 Zu allem: GK-UWG/*Pahlow*, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 2.

24 *Böhler*, S. 68.

25 *Böhler*, S. 81 f.

26 RG, GRUR 1941, 280 (282) – *Makler-Fachgruppe*.

27 BGH, GRUR 1957, 558 (559) – *Bayern-Express*; BGH, GRUR 1965, 373 (375) – *Blockeis II*.

28 Vgl. *Böhler*, S. 68 ff.

29 BGH, GRUR 1960, 193 (195) – *Frachtrückvergütung*.

die also nicht mit dem sittlichen Empfinden der Allgemeinheit in Einklang zu bringen waren.³⁰

Um zu ermitteln, ob eine Norm sittlich fundiert war, musste die materielle Unrechtsdimension der verletzten Norm analysiert werden. Darüber hinaus waren nach der Rechtsprechung auch Vorschriften, die dem Schutz besonders wichtiger Rechts- und Gemeinschaftsgüter dienten, wertbezogen.³¹ Während die Rechtsprechung des Reichsgerichts anfangs noch den lauterkeitsrechtlichen Schutz von wichtigen Gemeinschaftsgütern ablehnte³², hatte der BGH ab 1956 in Auseinandersetzung mit der Auffassung des Reichsgerichts angenommen, dass der Verstoß gegen Vorschriften, die dem Schutz der Volksgesundheit dienten, den Anschauungen des verständigen Gewerbetreibenden³³ und denen der Allgemeinheit³⁴ widerspreche und daraus eine Sittenwidrigkeit i. S. d. § 1 UWG 1909 abgeleitet. Neben dem Gesundheitsschutz³⁵ wurden von der weiteren Rechtsprechung alle Normen, deren Schutz von besonders wichtiger Bedeutung für die Allgemeinheit waren oder die ranghohe Rechtsgüter schützen sollten, stets als die Sittenwidrigkeit begründend angesehen, so etwa Vorschriften des Umweltschutzes³⁶ und der Steuer- und Rechtspflege.³⁷

Die Rechtsprechung hat indes nie genau geklärt, wie sie Normen, die dem Schutz gewichtiger Gemeinschaftsgüter dienen, definiert. Praktisch haben die Gerichte dafür auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zurückgegriffen.³⁸ Demnach schienen die verfassungsrechtlichen Wertungen, die einer Norm zugrunde lagen, maßgeblich dafür zu sein, ob eine Norm einem wichtigen Rechts- oder Gemeinschaftsgut dient oder nicht. Regelungen mit Rechtsgutbezug beinhalteten den Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsguts, wenn sie zum Schutz absoluter, also allgemein anerkannter und von der jeweiligen Politik des Gemeinwesens unabhängiger Gemeinschaftswerte getroffen wurden oder durch den Gesetzgeber zum Schutz solcher Gemeinschaftsinteressen in den Rang eines wichtigen Gemeinschaftsguts erhoben worden waren, die sich erst aus den besonderen

30 MüKoUWG/Schaffert, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 8; BGH, WRP 1999, 643 (647) – *Hormonpräparate*.

31 BGH, GRUR 1986, 823 (824) – *Fernsehzuschauerforschung*.

32 RG, RGZ 77, 217 (220 f.) – *Drogenhandlung*.

33 BGH, GRUR 1957, 131 (136) – *Apothekenpflichtige Arzneimittel*.

34 BGH, GRUR 1986, 823 (824) – *Fernsehzuschauerforschung*.

35 BGH, GRUR 1970, 558 (559 f.) – *Sanatorium*; BGH, GRUR 1971, 585 (586) – *Spezialklinik*; BGH, GRUR 2001, 450 (453) – *Franzbranntwein-Gel*.

36 BVerfG, NJW 1990, 1229 f.; BGH, GRUR 1991, 548 (549) – *Umweltengel*.

37 BGH, GRUR 1957, 558 (560) – *Bayern-Express*; BGH, GRUR 1987, 172 (176) – *Unternehmensberatungsgesellschaft I*; BGH, GRUR 1989, 437 (439) – *Erbensucher*.

38 Beispielhaft BGH, WRP 1990, 282 (285) mit Hinweis auf BVerfG, NJW 1981, 33 (34 f.) für die Rechts- und Steuerrechtspflege.

wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Vorstellungen und Zielen des Gesetzgebers ergaben.³⁹ Daher konnten nur solche Normverstöße als sittlich missbilligenswert angesehen werden, in deren Postulat übergeordnete und allgemeingeltende schutzwürdige Gemeinschaftswerte zum Ausdruck kamen oder denen eine verfassungsrechtliche Grundwertung des Gesetzgebers zugrunde lag. Sie zogen dann eine „*per-se*-Sittenwidrigkeit“ nach sich. Schließlich wurden auch Normen mit wettbewerbsregelnder Funktion als wertbezogen begriffen.⁴⁰ Verstöße gegen sie führten aufgrund deren Schutzzwecks nach zuletzt gefestigter Rechtsprechung stets zur Sittenwidrigkeit. So einzuordnende Normen waren darauf gerichtet, den geschäftlichen Wettbewerb in dem Sinne zu regeln, dass sie festlegen, unter welchen Voraussetzungen der geschäftliche Wettbewerb im Einzelnen gestattet ist.⁴¹

b) Wertneutrale Normen

Keine automatische Sittenwidrigkeit zogen Verstöße gegen wertneutrale Normen nach sich, welche also lediglich aus Gründen ordnender Zweckmäßigkeit erlassen worden waren.⁴² Denn § 1 UWG 1909 sollte nicht schlechthin jeden Gesetzesverstoß sanktionieren, sondern nur einen solchen, bei dem weitere Umstände und das daraus folgende Gesamtbild aus wettbewerbsrechtlicher Sicht das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zu verletzen vermochte.⁴³ Als wertneutral galten dementsprechend etwa behördliche Zulassungsgenehmigungen von Geschäftsbetrieben, die die Voraussetzungen für die Art und Weise einer bestimmten Geschäftstätigkeit oder bestimmte Formerfordernisse für sie festlegten.⁴⁴ Solche Normen waren wertneutral, weil sie zwar das Wirtschaftsleben regulierten und ordneten, aber keiner spezifisch sittlichen Wertung des Gesetzgebers Ausdruck verliehen.⁴⁵ Der Verstoß war dann rechtswidrig, aber nicht wettbewerbswidrig. Das Sittenwidrigkeitsverdikt konnte nur unter Hinzutreten besonderer wettbewerbsrelevanter Umstände angenommen werden, z. B. durch ein sub-

39 Hömig/Wolff/Wolff, GG, 13. Aufl. 2022, Art. 12 Rn. 18.

40 Dettmar, S. 30 ff. und Elskamp, S. 35 f. hingegen erachteten diese Gruppe als eigenständig. Nimmt man als Ausgangspunkt für die Bewertung als wertbezogene Normen die Rechtsfolge, nämlich das automatische Sittenwidrigkeitsurteil, überzeugt die Einordnung als Untergruppe wertbezogener Normen.

41 LG Köln, NJW 1953, 258 f.; BGH, NJW 1956, 749 (750) – *LA-Sachen*.

42 RGZ, 166, 315 (319) – *Makler-Fachgruppe*; BGH, GRUR 1957, 558 (559) – *Bayern-Express*; BGH, GRUR 1960, 193 (195) – *Frachtrückvergütung*; BGH, GRUR 1973, 146 (147) – *Flughafen-Zubringerdienst*; BGH, GRUR 1986, 621 f. – *Steuern-Farbanstrich*.

43 RGZ 166, 315 (319) – *Makler-Fachgruppe*.

44 Dettmar, S. 34.

45 MAH GewRS/Dittert, 5. Aufl. 2017, § 14 Rn. 12.

ektiv bewusstes und planvolles Handeln in dem Sinne, dass der Verletzer hätte erkennen können, dass er dadurch einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung erlangen würde.⁴⁶

3. Veränderter personal-subjektiver Schutzbereich

a) Schutz der Allgemeinheit

Weitere wesentliche Entwicklungen waren in Bezug auf den subjektiv-personalen Schutzzumfang des UWG zu beobachten. In seiner ersten Entscheidung zum § 1 UWG 1909 hatte das Reichsgericht im Hinblick auf den subjektiven Schutzbereich der Generalklausel darauf abgestellt, dass es auf die Sittenwidrigkeit nach Maßgabe des Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden ankomme, nicht aber darauf, ob der Anspruch des klagenden Mitbewerbers in seiner gesundheitspolizeilichen Dimension zu bejahen wäre.⁴⁷ Allgemeinheitsinteressen spielten für die Generalklausel damit zunächst noch keine Rolle. Schutzgüter, die auf den Schutz von Allgemeinwohlbelangen gerichtet waren, sollten für eine lauterkeitsrechtliche Beurteilung außer Betracht bleiben. Einige Jahre später ließ das Reichsgericht von seiner Ablehnung des Schutzes von Allgemeinheitsrechtsgütern ab und ließ eine vorsichtige Tendenz zugunsten des Schutzes der Allgemeinheit und des Verbraucherschutzes erkennen.⁴⁸ Danach konnten auch solche Wettbewerbs-handlungen einen wettbewerbswidrigen Sittenverstoß darstellen, mit denen der Wettbewerber gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen hatte, die zum Zwecke des Schutzes vor Gesundheitsschädigungen erlassen worden waren und sich der Wettbewerber im geschäftlichen Verkehr gegenüber seinen Mitbewerbern Absatzvorteile zu verschaffen versuchte.⁴⁹ In ausdrücklicher Abkehr von der früheren Ansicht des Reichsgerichts schloss sich der BGH dieser neueren reichsgerichtlichen Auffassung an.⁵⁰ Die bloße Einbeziehung des Schutzes der Allgemeinheit und von wichtigen Gemeinschaftsgütern (z. B. von Gesundheitsvorschriften) war so auch höchstrichterlich entschieden und als sittenwidrigkeitsbegründend akzeptiert.⁵¹

46 BGH, GRUR 1957, 558 (559) – *Bayern-Expreß*; BGH, GRUR 1965, 373 (375) – *Blockeis II*; BGH, GRUR 1974, 281 (282) – *Clipper*; BGH, GRUR 1979, 553 (554) – *Luxusferienhäuser*; BGH, GRUR 1994, 222 (224) – *Flaschenpfand*.

47 RG, RGZ 77, 213 (220) – *Drogenhandlung*.

48 Näher: *Plager*, S. 211 f. mit Verweis auf RG, MuW 1931, 83 – *Salicylzusatz*.

49 RG, MuW 1932, 83 (84) – *Salicylzusatz*.

50 BGH, GRUR 1957, 131 – *Arzneifertigwaren*.

51 BGH, GRUR 1957, 131 (136) – *Arzneifertigwaren* und kurz darauf auch in BGH, GRUR 1957, 355 – *Spalttabletten*. Vgl. auch v. *Walter*, S. 17. Näher zu den Gemeinschaftsgütern: *Böhler*, S. 73 ff.

b) Verbraucherschutz und Marktgegenseitenschutz

Der unmittelbare lauterkeitsrechtliche Schutz von Verbraucherinteressen war nach der Konzeption des UWG 1909 zunächst nicht anerkannt, da das UWG als Ausformung des deliktsrechtlichen Konkurrentenschutzes und als wettbewerbsrechtliches Gegenstück zu § 826 BGB⁵² verstanden worden war.⁵³ Daher war ein „allgemeiner Publikumsschutz“⁵⁴ ausgeschlossen. Obwohl der Verbraucherschutz im Laufe der Entwicklung der Fallgruppe Rechtsbruch nicht vollständig ausgeklammert worden war, wurde er lediglich beiläufig beachtet und nur hilfsargumentativ zur Begründung eines Sittenverstößes herangezogen.⁵⁵ Viele Möglichkeiten seit der Fassung des UWG 1909, den Schutz des Verbrauchers als eigenständigen Schutzzweck zu etablieren, wurden weder von dem Gesetzgeber noch von der Rechtsprechung genutzt.⁵⁶ Spätestens seit dem UWG 2004 und der Implementierung der Schutzzweckklausel in § 1 Abs. 1 S. 1 UWG ist der Verbraucher- und Marktgegenseitenschutz nun aber eindeutig Schutzzweck des UWG.

4. Einordnung der Rechtsberatungsvorschriften bis zum UWG 2004

Bereits in dieser vorrechtlichen Zeit des Rechtsbruchs bereitete die Einordnung der Rechtsberatungsvorschriften des RBERG vor dem Hintergrund einer unklaren Abgrenzung der verschiedenen Kategorien von wertbezogenen und wertneutralen Normen Probleme. Die Schwierigkeiten der Zuordnung der Vorschriften des RBERG zu einer der Wertkategorien der Generalklausel des § 1 UWG 1909 waren symptomatisch für die fehlende Trennschärfe dieser Kategorisierung.

In *Beratung in LA-Sachen* befasste sich der BGH erstmals mit der wettbewerbsrechtlichen Einordnung von Normen des RBERG.⁵⁷ Die von der Beklagten angebotenen Entschädigungsprüfungen und Antragstellungen nach dem Lastenausgleichsgesetz erforderten die Beantwortung von teilweise schwierigen Rechtsfragen sowie eine erhebliche rechtliche Prüfungstiefe und bedürften daher einer Erlaubnis nach Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG, über die die Beklagte nicht verfügte. Dieses Verhalten sei gemäß § 1 UWG 1909 unlauter.⁵⁸ Denn ein Verstoß gegen ein solches Gesetz (das RBERG), „das durch den Erlaubniszwang gerade die Grenzen der Zulässigkeit des Wettbewerbs überhaupt auf einem bestimmten einschlägigen Gebiet festlegt,

52 Bürgerliches Gesetzbuch vom 02.01.2002, BGBl. 2002 I, 42.

53 Fezer/Büscher/Obergfell/Fezer, 3. Aufl. 2016, UWG, § 1 Rn. 61.

54 Baumbach, WettbewerbsR, 1. Aufl. 1929, S. 128.

55 Siehe hierzu vertiefend Hagenmaier, S. 50 f.; 53 ff.

56 Vgl. Hagenmaier, S. 52 ff.

57 BGH, NJW 1956, 749 – *Beratung in LA-Sachen*.

58 BGH, NJW 1956, 749 (750) – *Beratung in LA-Sachen*.

*stellt aber stets ein wettbewerbswidriges Verhalten dar und erfüllt damit die Voraussetzungen des § 1 UWG*⁵⁹. Der BGH ordnete Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG also als Vorschrift mit wettbewerbsregelnder Funktion ein. Auch Teile der Instanzrechtsprechung schlossen sich dieser Einordnung an.⁶⁰

Andere beurteilten die Vorschriften des RBERG hingegen als sittlich fundiert. So sah das LG Marburg in Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG *„eine sittlich fundierte, mithin wertbezogene Norm, sodass bereits der Verstoß gegen diese Vorschrift ohne weiteres wettbewerbswidrig ist“*⁶¹.

Überwiegend wurden die Rechtsberatungsvorschriften indes als Vorschriften zum Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsgutes angesehen, da sie im allgemeinen Interesse am Schutz einer zuverlässigen Rechtspflege lägen.⁶² Die Verstöße gegen Vorschriften des RBERG führten folglich dazu, dass sie ohne das Hinzutreten weiterer Umstände wettbewerbswidrig waren.⁶³

Die inkonsequente Einordnung der Vorschriften des RBERG beruhte auf zwei Faktoren: Erstens setzte sich die Rechtsprechung nur unzureichend mit der Natur des RBERG auseinander. Denn die Einordnung in die eine oder andere Normkategorie beruhte auf recht lapidaren Feststellungen, nicht aber auf einer sauberen und dogmatisch tragfähigen Herausarbeitung der Frage, warum die jeweilige Vorschrift unter die ein oder andere Normkategorie zu fassen sei. Zweitens hat die Rechtsprechung nie klare und abgrenzbare Kriterien aufgezeigt, nach welchen sie die verschiedenen Vorschriften in die jeweilige Normkategorie einordnet. Da die Natur einer Norm vor diesem Hintergrund auch mehrgestaltig sein konnte, verwundern diese Zuordnungsprobleme nicht. Im Ergebnis führte dies freilich zu keinem Unterschied, denn die Vorschriften des RBERG wurden in jedem Fall als wertbezogen aufgefasst.⁶⁴ Denn das RBERG hatte nicht nur den Zweck, die Rechtsanwaltschaft und die zugelassenen Rechtsberater vor dem Wettbewerb nicht zugelassener Personen zu schützen.⁶⁵ Der Erlaubniszwang im RBERG wurde auch als im allgemeinen Interesse an einer zuverlässigen Rechtspflege liegend angesehen.⁶⁶

59 BGH, NJW 1956, 749 (750) – *Beratung in LA-Sachen*.

60 LG Köln, GRUR 1953, 259 (259); ähnlich LG Hamburg, NJW 1953, 1590 (1591), nach dem eine Handlung, die gegen das RBERG verstößt, *„schon wegen der besonderen Stellung dieses Gesetzes im Wettbewerbsrecht den Stempel der Unsittlichkeit notwendig auf der Stirn trägt“*.

61 LG Marburg, NJW 2001, 2028 (2030).

62 BGH, NJW 1967, 1558 (1560); BGH, GRUR 1974, 396 (398) – *Unfallhelfer-Ring II*; BGH, GRUR 1987, 710 (711) – *Schutzrechtsüberwachung*; BGH, NJW 2004, 847 (848) – *Rechtsberatung durch Automobilclub*.

63 BGH, NJW 2004, 847 (848) – *Rechtsberatung durch Automobilclub*.

64 Rennen/Caliebe, RBERG, 3. Aufl. 2001, Art. 1 § 1 Rn. 205.

65 Rennen/Caliebe, RBERG, 3. Aufl. 2001, Art. 1 § 1 Rn. 11, 205.

66 BGH, NJW 1967, 1558 (1560); BGH, GRUR 1974, 396 (398) – *Unfallhelfer-Ring II*.

Damit entsprach die Einordnung der Rechtsberatungsvorschriften auch dem Schutzzweck des UWG 1909, der, anders als heute, allein auf den Konkurrentenschutz ausgerichtet war und auch die Interessen der Allgemeinheit als schützenswert ansah. Dementsprechend lag in einem Verstoß gegen eine Vorschrift des RBerG stets ein sittenwidriges Wettbewerbsverhalten durch Rechtsbruch.

5. Einflussgebende Kritik des Schrifttums an der Rechtsprechung zu § 1 UWG 1909

Führender Kritiker der wertorientierten Rechtsprechung war *Schricker*, der sich schon 1970 umfassend für eine Abkehr der bis dahin vorgenommenen Zweiteilung in wertbezogene und wertneutrale Normen hin zu einem stärkeren Rückbezug auf den Schutzzweck des UWG aussprach.⁶⁷ Nach ihm sollte der Wettbewerbsbezug einer außerwettbewerbsrechtlichen Norm im Fokus stehen. Normen, die mit dem wettbewerbsgerichteten Schutzzweck des UWG nichts zu tun hätten, müssten unberücksichtigt bleiben, denn der Schutzzweck des UWG sei nicht auf allgemeine Belange und alle Abnehmerinteressen gerichtet.⁶⁸ Derartige, in einer Norm verkörpert Belange seien nur geschützt, wenn und soweit sie in die Wettbewerbssphäre hineinragen. Die Schutzzwecke der verletzten Norm müssten daher mit den wettbewerbsrechtlichen Schutzzwecken in Beziehung gesetzt werden.⁶⁹ Ähnlich wie bei dem deliktischen Schadensersatzanspruch müsse also die Frage, ob ein Sittenverstoß vorliegt oder nicht, danach aufgelöst werden, ob und inwieweit der Normzweck der jeweils verletzten Norm mit dem Schutzzweck des UWG übereinstimmt.⁷⁰ Entscheidend sei, dass die außerwettbewerbsrechtliche Norm nach ihrer persönlichen und gegenständlichen Ausrichtung sowie nach der Verletzungsform mit der des UWG korrespondiert.⁷¹ Aufgrund des in dieser Zeit herrschenden Leitbildes des UWG als wettbewerbsrechtlich ausgeformter, deliktischer Konkurrentenschutz war mit der subjektiv-persönlichen Ausrichtung freilich der Schutz bestimmter Wettbewerber (voreinander) gemeint. Dieses dogmatische Konstrukt wird gemeinhin mit Normzwecktheorie oder Schutznormlehre beschrieben. Auch dem RBerG wurde eine insoweit zum UWG kongruente Schutzfunktion zugesprochen.⁷²

67 *Schricker*, S. 239 ff., 275.

68 Vgl. *Schricker*, S. 245.

69 Vgl. *Schricker*, S. 247.

70 Vgl. *Schricker*, S. 253 ff.

71 Vgl. *Schricker*, S. 252 ff., 255-257.

72 Vgl. *Schricker*, S. 276.

6. Akzeptanz der Normzwecktheorie durch den BGH

Der BGH hat sich in *Abgasemissionen* der Normzwecktheorie angeschlossen und den Schutzzweck des Wettbewerbsrechts und den Wettbewerbsbezug der jeweiligen außerwettbewerbsrechtlichen Norm in den Vordergrund gerückt.⁷³ Er führte aus, dass § 1 UWG 1909 nicht, „als Grundlage für Individualansprüche gegen Rechtsverletzungen jeder Art, die in irgendeiner Form Auswirkungen auf das Wettbewerbsgeschehen haben können“⁷⁴, missverstanden werden dürfe. Vielmehr sei ein Wettbewerbsbezug notwendig, der dann anzunehmen ist, wenn die verletzte Norm zumindest sekundär die Funktion hat, die Gegebenheiten eines bestimmten Marktes zu regeln und damit auch gleiche Voraussetzungen für die darauf tätigen Wettbewerber zu schaffen.⁷⁵ Damit prägte der BGH die sekundäre wettbewerbsbezogene Schutzfunktion und schloss sich der Ansicht von *Schricker* an. Die weitere Rechtsprechung des BGH führte diese Linie fort.⁷⁶

B. Kodifikation der Fallgruppe Rechtsbruch durch die UWG Novelle 2004

Im Anschluss an diese Entwicklung griff auch der Gesetzgeber die Normzwecktheorie mit der UWG Novelle von 2004 auf.⁷⁷ Er implementierte in das UWG ein Regelungskonstrukt, das sich aus einer generalklauselartigen Verbotsnorm und einem Katalog aus Regelbeispielen in Form von Beispielen des unlauteren Wettbewerbs zusammensetzte.⁷⁸

Der § 3 UWG 2004 normierte, dass unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil eines Marktteilnehmers zu beeinträchtigen, unzulässig waren. In § 4 Nr. 11 UWG 2004 legte der Gesetzgeber sodann die in Gesetzesform gegossene Fallgruppe Rechtsbruch fest, nach deren Voraussetzungen unlauter handelt, „wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln“. Der dem neuen § 4 Nr. 11 UWG 2004 zugrundeliegende Schutzzweck war aus der gesetzessystematischen Zweckvoranstellung des § 1 UWG 2004 abzuleiten. Der Zweck des UWG liege darin, das Marktverhalten der Unternehmen im Interesse der Wettbewerber, der Verbraucher und sowie der sonstigen Marktteilnehmer so-

73 BGH, GRUR 2000, 1076 (1078) – *Abgasemissionen*.

74 BGH, GRUR 2000, 1076 (1079) – *Abgasemissionen*.

75 BGH, GRUR 2000, 1076 (1079) – *Abgasemissionen*.

76 BGH, GRUR 2001, 354 (356) – *Verbandsklage gegen Vielfachabmahner*; BGH, GRUR 2002, 825 (826) – *Elektroarbeiten*; BGH, GRUR 2003, 164 ff. – *Altautoverwertung*.

77 BT-Drs. 14/1587, S. 19; s. a. *Frey-Gruber*, S. 57.

78 *Niebel/Jauch*, BB 2016, 259; *Elskamp*, S. 57.

wie das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb zu regeln.⁷⁹ Aus der auf die übrigen Normen des UWG ausstrahlenden Zweckbestimmung des § 1 UWG 2004 musste demnach auch der Zweck des Rechtsbruchtatbestandes gelesen werden. Dementsprechend waren für die Transformation einer Norm in das UWG durch den Rechtsbruchtatbestand der Schutzzweck des UWG und der Normzweck der gesetzlichen Vorschrift zueinander in Beziehung zu setzen.⁸⁰ Die Frage, ob eine Unlauterkeit i. S. d. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG 2004 vorlag, war also daran zu messen, ob die Schutzzwecke des UWG und die der verletzten Norm zumindest teilweise übereinstimmten. Im Gesetzestext wurde vor diesem Hintergrund die sekundäre wettbewerbsbezogene Schutzfunktion in der zumindest sekundären Bestimmung („auch“) einer Vorschrift zur Regelung von Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer übersetzt.⁸¹ Fortan sollte nicht jeder Verstoß gegen eine Norm sogleich zur Unlauterkeit führen. Entscheidend war, dass der Rechtsbruchtatbestand nur solche Normen in das UWG inkorporiert, die ein Mindestmaß an Wettbewerbsbezug aufweisen.⁸²

Dass Normen allein reine Allgemeininteressen, also nach der bisherigen Konzeption der Wertbezogenheit von Normen wichtige Gemeinschaftsgüter schützten, genügte nicht mehr.⁸³ Diese Kodifikation wurde vom Schrifttum mitunter als vorschnell kritisiert, da der Gesetzgeber dadurch in einen möglicherweise noch andauernden Rechtsprechungswandel eingreife, dessen weiterer Verlauf ungewiss sei.⁸⁴ Dennoch ist diese Entscheidung schließlich akzeptiert worden.

Entgegen der vereinzelt Ansicht, der Vorsprunggedanke gelte als wichtigstes Kriterium des Konkurrentenschutzes in dem Rechtsbruchtatbestand als ungeschriebenes Merkmal weiter, hat der Vorsprunggedanke heute tatsächlich und rechtlich keinerlei Bedeutung mehr.⁸⁵ Der Konkurrentenschutz ist *de lege lata* nicht mehr alleiniger Zweck des UWG und damit auch nicht des Rechtsbruchtatbestandes. Der Gesetzgeber hat sich für eine gleichberechtigte Schutzzwecktrias hinsichtlich der Mitbewerber, Verbraucher und

79 BT-Drs. 15/1487, S. 15 f. Der Gesetzgeber erwähnt zwar nicht explizit sonstige Marktteilnehmer, aus dem Wort „insbesondere“ in der Gesetzesbegründung zu § 1 UWG 2004 lässt sich dies aber schlussfolgern.

80 BT-Drs. 15/1487, S. 19. Die Gesetzesbegründung geht auf den Privatentwurf von Köhler, Bornkamm und Henning-Bodewig zurück, vgl. Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig, WRP 2002, 1317 (1326); zuvor schon Köhler, NJW 2002, 2761 (2763).

81 Vgl. BT-Drs. 15/1487, S. 19.

82 Götting/Nordemann/Ebert-Weidenfeller, UWG, 3. Aufl. 2016, § 3a Rn. 45.

83 BT-Drs. 15/1487, S. 16.

84 Köhler, NJW 2002, 2761; Dettmar, S. 59; Doepner, WRP 2003, 1292 (1294, 1301).

85 So aber Fezer/Büscher/Obergfell/Götting/Hetmank, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 46g; Glöckner, GRUR 2008, 960 (967); Hetmank, GRUR 2014, 437 (441); Festl-Wietek, S. 25 f.; Sack, WRP 2005, 531 (540).

sonstigen Marktteilnehmer entschieden.⁸⁶ Er hat zudem die Entscheidung getroffen, die bis zu diesem Zeitpunkt ergangene Rechtsprechung zur Fallgruppe Rechtsbruch, die den Vorsprunggedanken zuletzt nicht mehr weiterverfolgt hatte, in Tatbestandsform zu gießen. Ein Festhalten am bloßen Konkurrentenschutz und die Aufnahme des Vorsprunggedankens würde eine unzulässige Umgehung der gesetzgeberisch eindeutig definierten Voraussetzungen des Rechtsbruchtatbestandes bedeuten, einen zweiten gesetzlichen Tatbestand schaffen und wäre deshalb eindeutig verfehlt.⁸⁷

C. Anpassungen an die UGP-RL durch die UWG Novelle 2008

Im Zuge der Angleichung der verschiedenen mitgliedstaatlichen Regelungen über unlautere Geschäftspraktiken durch die UGP-RL hat das UWG im Jahr 2008 eine Überarbeitung erfahren. Der Richtlinienauftrag war dabei eine vollständige Rechtsangleichung der Vorschriften, sodass die Mitgliedstaaten weder überschießende Regelungen treffen noch hinter den Vorgaben der Richtlinie zurückbleiben durften.⁸⁸

Der Rechtsbruchtatbestand ist dabei allerdings nicht angetastet worden. Indes war sowohl für seinen Anwendungsbereich als auch für den Anwendungsbereich des UWG insgesamt die Angleichung der Tathandlung des UWG relevant, nämlich die Angleichung der Wettbewerbshandlung an die unionsrechtliche Geschäftspraktik. Die Wettbewerbshandlung wurde infolgedessen durch die geschäftliche Handlung in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2008 (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG nF) ersetzt. Anders als das UWG sah und sieht die Richtlinie indes keine Regelung zum Rechtsbruch vor. Durch das deshalb weiterreichende UWG ist der Rechtsbruchtatbestand aber nicht plötzlich richtlinienwidrig geworden, auch wenn man das zunächst aufgrund des Vollharmonisierungsansatzes der Richtlinie, nach dem die Richtlinie keine strengeren Maßnahmen erlaubt, auch wenn damit ein höheres Verbraucherschutzniveau erreicht werden soll, hätte annehmen können.⁸⁹ Indes führt das nicht zu Problemen. Sind Marktverhaltensregelungen unionsrechtlich determiniert, muss die UGP-RL als alleiniger Auslegungsmaßstab gelten. Allerdings sind in Art. 3 UGP-RL Bereichsausnahmen zugelassen worden,

⁸⁶ Vgl. auch BT-Drs. 15/1487, S. 13.

⁸⁷ Frey-Gruber, S. 60. Denn nach der vertretenen Gegenauffassung würde § 3 UWG einen Auffangtatbestand darstellen für solche Vorschriften, die zwar kein Marktverhalten regeln, durch deren Verletzung sich der Wettbewerber aber dennoch einen Wettbewerbsvorsprung verschafft; s. a. Sack, WRP 2005, 531 (540 a. E.).

⁸⁸ BR-Drs. 345/08, S. 13.

⁸⁹ EuGH, GRUR 2009, 599 (603) – *VTB/ Total Belgium u. Galatea/Sanoma*.

zu denen etwa in Absatz 8 Regelungen zu reglementierten Berufen zählen. Für diese Regelungsmaterien ist der Rechtsbruchtatbestand uneingeschränkt anwendbar.⁹⁰

D. Aktueller Stand: Neuformung des Rechtsbruchtatbestandes durch § 3a UWG im Zuge der Novelle 2015

Im Jahr 2015 wurde durch eine erneute UWG-Reform der Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG aF aus dem Regelbeispielsystem des §§ 3, 4 UWG aF herausgelöst, in eine eigene Norm überführt und durch die ursprünglich in dem § 3 UWG aF enthaltene Spürbarkeitsklausel ergänzt.⁹¹ Der § 3a UWG lautet in seiner aktuell gültigen Fassung: *„Unlauter handelt, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen.“* Er vereint die zuvor in §§ 3 und 4 Nr. 11 UWG aF normierten Voraussetzungen. In den ersten Halbsatz wurden wortlautidentisch die Tatbestandsvoraussetzungen aus dem § 4 Nr. 11 UWG aF überführt. In den zweiten Halbsatz wurde das ursprünglich in § 3 UWG aF enthaltene Spürbarkeitserfordernis aufgenommen. Die Änderungen waren überwiegend systematischer Natur, da die inhaltliche Anwendung der Vorschriften des UWG unter Einbeziehung der UGP-RL als richtlinienkonform angesehen worden war.⁹² Ziel war es u. a., die praktische Anwendung des Rechtsbruchtatbestandes zu erleichtern und dessen Eigenständigkeit zu verdeutlichen.⁹³ Materielle Änderungen waren hingegen nicht beabsichtigt.⁹⁴

E. Zwischenergebnis

Der Rechtsbruchtatbestand wurde in seinem materiellen Kern seit 2004 nicht verändert. Vorschriften, die in das UWG transformiert werden können, müssen nach der aktuellen Gesetzesfassung auch dazu bestimmt sein, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Dieser Formel

90 Götting/Nordemann/Ebert-Weidenfeller, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 10.

91 Dazu: GK-UWG/Pahlow, 3. Aufl. 2020, § 3a Rn. 6.

92 BT-Drs. 18/4535, S. 1. u. 2, S. 8; BR-Drs. 26/15, S. 8.

93 BGH, GRUR 2016, 954 (955) – *Energieeffizienzklasse*.

94 BGH, GRUR 2016, 954 (955) – *Energieeffizienzklasse*; BGH, GRUR 2016, 516 (517) – *Wir helfen im Trauerfall*; Niebel/Jauch, BB 2016, 259 (260).

liegt die Normzwecktheorie *Schrickers* zu Grunde, die zunächst durch die Rechtsprechung und später durch die Konzeption des Rechtsbruchtatbestandes von dem Gesetzgeber aufgenommen worden ist. Entscheidend ist also, dass die untersuchten Normen einen Normzweck bzw. eine Funktion haben, die zumindest teilweise mit denen des UWG übereinstimmen. So wird in subjektiver Hinsicht auf das Interesse der Marktteilnehmer abgestellt, zu welchen heute neben den Mitbewerbern anerkanntermaßen auch die Verbraucher bzw. die Marktgegenseite und die sonstigen Marktteilnehmer zählen. Die frühere Kategorisierung von Vorschriften in wertbezogene und wertneutrale Vorschriften ist vollständig aufgegeben worden. Sie war ohnehin nicht geeignet, eine greifbare und rechtssichere Einordnung von Vorschriften unter die Fallgruppe Rechtsbruch zu ermöglichen, vor allem, weil die Abgrenzung der einzelnen Wertekategorien unklar war, wie sich an der uneinheitlichen Behandlung der Vorschriften des RBERG gezeigt hat. Deshalb sind auch reine Allgemeininteressen in Vorschriften, die früher als wertbezogene Normen durch die Fallgruppe Rechtsbruch erfasst worden waren, heute für sich genommen kein eigenständiges und unmittelbares Schutzgut des UWG mehr und auch der Konkurrentenschutz ist nicht mehr alleiniger Schutzzweck des UWG und dementsprechend des Rechtsbruchtatbestandes. Ferner kann der anfänglich ausschlaggebende Vorsprunggedanke nicht mehr zur Begründung eines Rechtsbruchs aktiviert werden. Stattdessen findet sich heute neben dem persönlich-subjektiven Schutzzweck (Schutz der Marktteilnehmerinteressen nach dem § 1 Abs. 1 S. 1 UWG) ein sachlicher Schutzzweck, der in der Regelung von Marktverhalten liegt und in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG sowie in den Gesetzgebungsmaterialien zum UWG 2008 verankert ist. Im Kern entspricht dies dem Schutz vor unlauteren geschäftlichen Handlungen.⁹⁵ Dadurch wird sichergestellt, dass nur solche Rechtsmaterien in das UWG Einzug finden, die auch (außerhalb des UWG gelegenes) Wettbewerbsrecht darstellen. Der Rechtsbruchtatbestand hat sich somit von einer an sich nicht wirklich zum Wettbewerbsrecht passenden Fallgruppe in einen Tatbestand gewandelt, der sich harmonisch in das System des UWG einfügt und an dessen Schutzzwecke anbindet. Seit 2015 enthält er die aus § 3 UWG aF stammende Spürbarkeitsklausel, was die Eigenständigkeit des Rechtsbruchtatbestandes hervorhebt.

95 BT-Drs. 16/10145, S. 11.

3. Kapitel: Aufbau und Voraussetzungen des Rechtsbruchtatbestandes

Im vorangegangenen Kapitel wurde gezeigt, dass der Rechtsbruch über einen sehr langen Zeitraum eine enorme Entwicklung vollzogen hat. Zum Ende dieser Entwicklung hat der Gesetzgeber versucht, die Aussagen der Rechtsprechung zur Auslegung der Fallgruppe Rechtsbruch in greifbare Tatbestandsmerkmale zu gießen und die Eigenständigkeit des Rechtsbruchs hervorzuheben. Es wurde dargestellt, dass der § 3a UWG Wechselwirkungen zu den Funktionen und Schutzzwecken des UWG aufweist, die im Zuge dieser Entwicklung hervorgetreten sind und nur in Zusammenhang mit dem persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich des UWG, wie er aus § 1 Abs. 1 S. 1 UWG, § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG folgt, gelesen und ausgelegt werden muss. Dass insoweit eine funktionale Beziehung zwischen dem Rechtsbruchtatbestand und dem Anwendungsbereich des UWG besteht, kann als gesichert angesehen werden. Von herausragender Bedeutung ist nun die Frage, wie genau diese funktionale Beziehung ausgestaltet ist und wie sich dies auf die Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 3a UWG auswirkt, mit denen die Einbeziehung von außerwettbewerbsrechtlichen Primärnormen in das UWG steht und fällt. Vorgeschaltet ist es aber erforderlich, sich den Aufbau und die Voraussetzungen des gesamten Rechtsbruchtatbestandes zu vergegenwärtigen, um sich später mit der detaillierten Auslegung der einzelnen Merkmale auseinandersetzen zu können.

A. Natur und Aufbau des Rechtsbruchtatbestandes

Der Rechtsbruchtatbestand stellt eine sog. „Transformationsnorm“⁹⁶ dar, die es außerhalb des UWG liegenden Vorschriften ermöglicht, die Grenze des spezifisch Lauterkeitsrechtlichen zu überwinden und Einzug in das UWG zu finden. Er stellt damit eine Konkretisierung der Transmissionsfunktion des Unlauterkeitsbegriffs in Normengestalt dar, d. h. er ist Einfallsstor für die Berücksichtigung von Normen außerhalb des UWG im Lauterkeitsrecht. Für diese Funktion bietet der Tatbestand des § 3a UWG einen unmittelbaren Anknüpfungspunkt.⁹⁷ Die Einbeziehung solcher Normen in das UWG steht gem. § 3a 1. HS UWG für gesetzliche Vorschriften offen, die auch dazu bestimmt sind, das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln. Normen, die diese Voraussetzungen erfüllen, werden als

⁹⁶ Götting/Nordemann/Ebert-Weidenfeller, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 45.

⁹⁷ Gloy/Loschelder/Danckwerts/Lubberger, 5. Aufl. 2019, HdB WbR, § 44 Rn. 13.

Primärnormen bezeichnet.⁹⁸ Dieser Teil des § 3a UWG kann als normenspezifische Tatbestandskomponente beschrieben werden. Davon zu trennen ist die Bagatellkomponente gem. § 3a 2. HS. UWG, nach welcher der Primärnormverstoß im konkreten Fall dazu geeignet sein muss, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen. Hierbei wird nicht auf die abstrakte Normenqualität abgestellt, sondern auf die spezifische geschäftliche Handlung, durch die der Primärnormverstoß erfolgt ist.⁹⁹ Die Frage, welche Normen Einzug ins UWG über den Rechtsbruchtatbestand finden können, ist gleichwohl allein anhand der normenspezifischen Tatbestandskomponente zu beurteilen. Diese kann wiederum untergliedert werden in eine gesetzliche Vorschrift, die auch dazu bestimmt ist, das Marktverhalten zu regeln (also Regelung und Marktverhaltensvorschrift; zusammen: Marktverhaltensregelung oder Marktverhaltensklausel) und dies gerade auch im Interesse der Marktteilnehmer (Interessenklausel).

Aufgrund seiner Öffnung für eine Vielzahl von außerhalb des UWG gelegenen Normen stellt der Rechtsbruchtatbestand gewissermaßen die kleine Generalklausel des Lauterkeitsrechts dar. Kern der Analyse von Normen ist also die Frage, ob die jeweils untersuchte Norm die Voraussetzungen der normenspezifischen Tatbestandskomponente erfüllt. Sie lautet: Sind die jeweiligen Vorschriften, insbesondere die für diese Arbeit maßgeblichen Rechtsdienstleistungsvorschriften, gesetzliche Vorschriften, deren zumindest sekundäre Bestimmung es ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln?

B. Voraussetzungen des Rechtsbruchtatbestandes

Bevor auf die Auslegung der Merkmale der normenspezifischen Tatbestandskomponente eingegangen wird, soll im Folgenden die Auslegung der geschäftlichen Handlung untersucht, in Beziehung zur unionsrechtlichen Geschäftspraktik gesetzt und schließlich das durch sie erfasste Handlungsspektrum herausgearbeitet werden. Im Anschluss sollen die die Tatbestandsmerkmale und die dogmatischen Grundlagen des Rechtsbruchtatbestandes überblicksartig dargestellt werden. Dies ist relevant, um die spätere Analyse von Primärnormen in den korrekten systematischen Kontext innerhalb der Struktur des Rechtsbruchtatbestandes einzuordnen. Erst später werden dann die Anforderungen dargestellt, denen die Auslegung des Rechtsbruchtatbestandes in der Praxis genügen sollte und deren Beachtung im Rahmen der

⁹⁸ Ohly/Sosnitza/Ohly, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 2; Stolterfoht, FS-Rittner 1991, 695 (696).

⁹⁹ Vgl. Lettl, WRP 2019, 1265 (1271).

Auslegung der einzelnen Merkmale der Primärnormenanalyse für eine praxisgerechte Handhabung wesentlich sind. Schließlich erfolgt die Auslegung dieser Merkmale für die Analyse außerwettbewerbsrechtlicher Vorschriften.

I. Konstitutive Voraussetzung: Vorliegen einer geschäftlichen Handlung

Das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung, deren Definition sich in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG findet, ist konstitutiv für den Anwendungsbereich des UWG und folglich des Rechtsbruchtatbestandes und ist dementsprechend der Prüfung vorgelagert. Zu Recht wird die geschäftliche Handlung aus diesem Grund als der Schlüsselbegriff des Lauterkeitsrechts angesehen.¹⁰⁰ Ihre Auslegung ist von essenzieller Bedeutung für die Befassung mit dem Rechtsbruchtatbestand. Hierfür hat es keine Bedeutung, dass der Gesetzgeber diesen „zentralen Begriff“¹⁰¹ nicht mit in den Gesetzestext oder die Überschrift des 3a UWG übernommen hat. Sein Fehlen stellt ein Relikt aus der Zeit des UWG 2004/2008 dar, als der Rechtsbruchtatbestand lediglich Regelbeispiel der Generalklausel des § 3 UWG aF war. Dem liegt zugrunde, dass § 3 UWG, der im Allgemeinen, wie auch § 3a UWG im Speziellen für den Rechtsbruch, unlautere Handlungen verbietet. Der § 3a UWG trifft aber selbst keine Rechtsfolgenanordnung. Die Rechtsfolgen ergeben sich vielmehr aus den §§ 8 ff. UWG, die auf § 3 UWG und dadurch letztlich auch auf den Rechtsbruchtatbestand Bezug nehmen. Aus dieser Verweissystematik heraus ist § 3a UWG auch in seiner aktuellen Fassung in Zusammenhang mit § 3 UWG (und den §§ 8 ff. UWG) zu sehen, sodass die geschäftliche Handlung als erste Voraussetzung in § 3a UWG hineingelesen werden muss.¹⁰²

1. Definition der geschäftlichen Handlung

Die geschäftliche Handlung ist in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG zum Zwecke der Angleichung an den Terminus der Geschäftspraktik der UGP-RL legal definiert und ersetzt den früheren Begriff der Wettbewerbshandlung.¹⁰³

Eine geschäftliche Handlung ist *„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 Durchfüh-*

100 Ohly/Sosnitza/Sosnitza, 7. Aufl. 2016, UWG, § 2 Rn. 4.

101 BT-Drs. 16/10145, S. 37; Frey-Gruber, S. 95.

102 Zu allem: GK-UWG/Pahlow, 3. Aufl. 2020, § 3a Rn. 48.

103 Gloy/Loschelder/Danckwerts/Erdmann/Pommerening, 5. Aufl. 2019, HdB WbR, § 31 Rn. 1.

rung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen unmittelbar und objektiv zusammenhängt.“ Im Kern bedarf es also eines Verhaltens mit Marktbezug.¹⁰⁴ Das Verhalten muss daher zunächst in die Außensphäre dringen. Es muss sich auf das Marktgeschehen auswirken, auf die betroffenen Marktteilnehmer einwirken und das Marktgeschehen beeinflussen können.¹⁰⁵ Nicht umfasst sind daher rein hoheitliche, unternehmensinterne oder private Handlungen.¹⁰⁶ Da die geschäftliche Handlung Gegenstand der Tatfrage ist, muss sie im Wettbewerbsprozess durch den Anspruchssteller bewiesen bzw. im Verfügungsverfahren glaubhaft gemacht werden.

2. Geschäftspraktik als Modellbegriff

Die geschäftliche Handlung soll die Geschäftspraktik aus Art.2 d) UGP-RL in das nationale Recht umsetzen.¹⁰⁷ Es ist daher unbedingt notwendig, den Begriffsumfang der Geschäftspraktik zu klären. Denn sie bestimmt das durch das nationale Lauterkeitsrecht abzudeckende Handlungsspektrum im Anwendungsbereich der Richtlinie. Die Geschäftspraktik ist also nicht nur zentral für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Richtlinie, sondern auch für die Auslegung der den Anwendungsbereich des UWG eröffnenden geschäftlichen Handlung, jedenfalls soweit dadurch die Richtlinie umgesetzt wird. Alle Verhaltensweisen, die danach vom Umfang der Geschäftspraktik erfasst werden, müssen in jedem Fall in den harmonisierten Sphären auch durch das nationale Lauterkeitsrecht und somit durch das UWG abgedeckt werden. Es steht dem Gesetzgeber aber frei, sich auch in den nicht harmonisierten Bereichen an dem Handlungsumfang der Geschäftspraktik zu orientieren oder aber eine eigene nationale Auslegung zu installieren. Im Folgenden soll daher der Begriffsinhalt der Geschäftspraktik erläutert und dessen Geltung in den harmonisierten- und ggf. auch nicht harmonisierten Bereichen untersucht werden.

a) Definition und Begriffsinhalt

Nach Art.2 d) der UGP-RL ist eine Geschäftspraktik *„jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt“*.

¹⁰⁴ Böhler, S.194.

¹⁰⁵ Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 2 Rn. 34.

¹⁰⁶ Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 2 Rn. 36; MüKoUWG/Bähr, 3. Aufl. 2020, UWG, § 2 Rn. 111 ff.; Gloy/Loschelder/Danckwerts/Erdmann/Pommerening, 5. Aufl. 2019, HdB WbR, § 31 Rn. 20 ff.

¹⁰⁷ Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 2 Rn. 6.

aa) Persönliche Reichweite

Das geregelte Verhalten ist gem. Art. 3 Abs. 1 der UGP-RL allein absatzbezogenes Handeln eines Unternehmers gegenüber einem Verbraucher („B2C“). Das gesamte Verhältnis zwischen Unternehmern untereinander sowie gegenüber anderen Marktteilnehmern ist hingegen vollständig ausgeklammert und liegt nicht im Anwendungsbereich der Richtlinie. Dementsprechend ist auch der Begriffsumfang der Geschäftspraktik nicht darauf bezogen.

bb) Gegenständliche Reichweite

Durch die Geschäftspraktik werden auch nur gewisse Handlungen im B2C-Bereich erfasst, und zwar lediglich solche, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher stehen. Die Geschäftspraktik ist durch die Richtlinie somit sehr weit definiert. Die Handlung muss auf die eigene Absatzförderung gegenüber einem Verbraucher, also auf Angebotswettbewerb gerichtet sein.¹⁰⁸ Hingegen genügt die Förderung fremden Absatzes nicht.¹⁰⁹ Nicht erfasst ist auch der Nachfragewettbewerb, also solcher, bei dem der Wettbewerb von Nachfragern um Belieferung mit Waren oder Erbringung von Dienstleistungen ausgelöst wird.¹¹⁰ Ebenfalls nicht reguliert wird die gesamte Spannweite des Verhaltens gegenüber anderen Unternehmern, also das B2B-Absatz-, Nachfrage- und Behinderungsverhalten. Damit hat die UGP-RL einen klar abgesteckten Anwendungsbereich: Notwendig ist ein gewerbliches Handeln eines Unternehmers gegenüber einem Verbraucher, allerdings auch nur, wenn ein eigener Absatz von Produkten durch den Unternehmer an den Verbraucher, der Transaktionsabschluss selbst oder die nachvertragliche Lieferphase betroffen ist. Umgekehrt werden Angriffshandlungen und Absatzhandlungen gegenüber Mitbewerbern bzw. anderen Gewerbetreibenden ebenso wenig abgedeckt wie die fremdnützige Absatzförderung und der eigen- wie auch fremdnützige Nachfragewettbewerb, sei es unternehmer- oder verbraucherseitig. Die Richtlinie reguliert damit

108 BGH, GRUR 2015, 694 (696) – *Bezugsquellen für Bachblüten*; Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 2 Rn. 51; Isele, GRUR 2009, 727 (729).

109 EuGH, GRUR 2013, 1245 (1246) – *RLvS/Stuttgarter Wochenblatt*; Koch, FS-Köhler 2014, 359 (362 f.).

110 Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 2 Rn. 38; Henning-Bodewig, GRUR Int 2004, 183 (189); a.A. Fezer/Büscher/Obergfell, 3. Aufl. 2016, UWG, § 2 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 133; Ohly/Sosnitza/Sosnitza, 7. Aufl. 2016, UWG, § 2 Rn. 46, der für einen wertungsmäßigen Gleichlauf von Absatz- und Nachfragewettbewerb plädiert. Dem ist nicht zuzustimmen, weil die Aufzählung der Begriffe in Art. 2 d) UGP-RL, also Absatzförderung, Verkauf und Lieferung ein absatz-, aber nicht nachfragebezogenes Verständnis widerspiegelt.

den Standardfall des unternehmerischen Verhaltens im Wettbewerb um die Gunst der Verbraucher, nämlich den eigenen Absatzwettbewerb.

cc) Sachliche Reichweite: objektiver Unmittelbarkeitszusammenhang

Es genügt jedoch nicht, dass diese Verhaltensweisen irgendwie betroffen sind. Die Richtlinie verlangt vielmehr, dass das jeweilige Verhalten vor, bei und nach dem Geschäftsabschluss *unmittelbar* mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängen muss (Art. 3 Abs. 1, Art. 2 d) der UGP-RL). In sachlicher Hinsicht wird dadurch sichergestellt, dass das Verhalten hinreichend mit dem Absatzziel bzw. der Transaktion oder der Leistungs- bzw. Lieferphase verknüpft ist und weit vor- oder nachgelagerte Verhaltensweisen, die keinen direkten Einfluss mehr auf die Absatzförderung oder die Transaktion bzw. deren Abwicklung haben, ausgeschlossen werden, mit der Folge, dass der Relevanzzeitraum und die Relevanzumstände für eine informierte Verbraucherentscheidung eingegrenzt werden.¹¹¹

Problematisch ist, dass die Definition der Geschäftspraktik keine Aussage dazu trifft, ab wann von dem Unmittelbarkeitszusammenhang nicht mehr auszugehen ist. Aus diesem Grund ist das Merkmal des Unmittelbarkeitszusammenhangs präzisierungsbedürftig. Zu restriktiv ist es sicherlich, eine direkte, ohne wesentliche Zwischenschritte zum Transaktionsabschluss erfolgende Handlung entsprechend dem unmittelbaren Ansetzen zum strafbaren Versuch im Sinne der Zwischenaktstheorie zu verlangen.¹¹² Auch auf tatsächliche subjektive Beweggründe des Unternehmers im Sinne einer Wettbewerbsförderungsabsicht kommt es nicht an.¹¹³ Die Auslegung des Unmittelbarkeitszusammenhangs muss vielmehr allein anhand der Auslegungsmaßstäbe des Unionsrechts entschieden werden.¹¹⁴ Die Erwägungs-

111 Vgl. ErGr. 7 S. 1 UGP-RL; Fezer/Büscher/Obergfell/Fezer, 3. Aufl. 2016, UWG, § 2 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 135.

112 Zur Zwischenaktstheorie vgl. Rönna, JuS 2013, 879 (881 f.). Diese Wortlautauslegung zu Recht verneinend Fezer/Büscher/Obergfell/Fezer, 3. Aufl. 2016, UWG, § 2 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 136; MüKoUWG/Bähr, 3. Aufl. 2020, UWG, § 2 Rn. 104; Köhler, WRP 2007, 1393 (1395): „keinen unmittelbaren Kausalzusammenhang“.

113 GK-UWG/Peukert, 3. Aufl. 2020, § 2 Rn. 40. Anders aber in der Tendenz Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Keller, 5. Aufl. 2021, UWG, § 2 Rn. 63. Dies überzeugt nicht, da der letzte Satz in ErGr. 7, nach dem eine (subjektive) Einzelfallbetrachtung geboten sei, nur tatbestandsbezogen jedoch nicht anwendungsbezogen zu verstehen ist. Auch ist die in Art. 2 d) der Richtlinie genannte Werbung, der in der Tat das Ziel der Absatzförderung immanent ist, die aber nur eine Unterart der Geschäftspraktik ist aber nichts darüber aussagt, wie der übergeordnete Begriff der Geschäftspraktik auszulegen ist.

114 Köhler, WRP 2007, 1393 (1394).

gründe der Richtlinie bieten hierfür wertvolle Anhaltspunkte. Ausgangspunkt muss jedoch zunächst der Schutzgegenstand der Richtlinie sein, welcher in der freien geschäftlichen Entscheidung der Verbraucher liegt.¹¹⁵ Dementsprechend sollte sich der Unmittelbarkeitszusammenhang danach beurteilen, ob die jeweilige Handlung noch unmittelbar mit diesem Regelungsziel verknüpft ist.¹¹⁶ Für die Frage, wann genau dies der Fall ist, findet sich ein Anhaltspunkt in ErGr. 7 der UGP-RL. Demnach darf die jeweilige Handlung nicht vorrangig anderen Zielen als der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidungen des Verbrauchers in Bezug auf Produkte *dienen*, was aber bei kommerziellen Investorenmitteilungen, Jahresberichten und Unternehmensprospekten der Fall sein soll (ErGr. 7 S.2). Es besteht deshalb ein Sinnzusammenhang zwischen der Handlung und der Entscheidungsbeeinflussung des Verbrauchers, sodass die Geschäftspraktik zunächst in unmittelbarem Zusammenhang mit den Primärzielen der UGP-RL, d. h. mit der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers in Bezug auf Produkte stehen muss.¹¹⁷ Allerdings ist dies nur ein Zwischenschritt, denn die Definition der Geschäftspraktik selbst sieht vor, dass der Unmittelbarkeitszusammenhang gerade mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an den Verbraucher bestehen muss. Der Unmittelbarkeitszusammenhang begründet sich also durch das Fernziel der Absatzförderung bzw. den Verkauf oder Lieferung eines Produkts an den Verbraucher, was wiederum erst durch das Nahziel erreicht wird, nämlich durch die Beeinflussung seiner geschäftlichen Entscheidung. Beides ist miteinander verzahnt, wobei der Unmittelbarkeitszusammenhang mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung gerade dadurch hergestellt wird, dass durch den Aufbau einer Kommunikationsbeziehung zwischen Unternehmer und Verbraucher die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers beeinflusst werden kann.¹¹⁸ Die Qualität dieses brückenartigen Zusammenhangs ist es, was die Richtlinie mit dem Merkmal der Unmittelbarkeit umschreibt.¹¹⁹ Dafür ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen.¹²⁰

Zunächst muss der Unternehmer also eine Handlung in der Außenwelt vornehmen, die sich an den Verbraucher richtet. Wie sich aus Art. 5 Abs. 2 b)

115 GK-UWG/Peukert, 3. Aufl. 2020, § 3a Rn. 151.

116 Vgl. GK-UWG/Peukert, 3. Aufl. 2020, § 3a Rn. 151.

117 Fezer/Büscher/Obergfell/Fezer, 3. Aufl. 2016, UWG, § 2 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 135.

118 Fezer/Büscher/Obergfell/Fezer, 3. Aufl. 2016, UWG, § 2 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 157 f.

119 Fezer/Büscher/Obergfell/Fezer, 3. Aufl. 2016, UWG, § 2 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 134; GK-UWG/Peukert, 3. Aufl. 2020, § 2 Rn. 161: „Erforderlich und ausreichend ist vielmehr ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem unternehmerischen Absatzverhalten und geschäftlichen Nachfrageentscheidungen von Verbrauchern.“

120 Isele, GRUR 2009, 727 (729); Köhler, WRP 2007, 1393 (1394); GK-UWG/Peukert, 3. Aufl. 2020, § 3a Rn. 176.

der UGP-RL ergibt, muss diese funktional das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers beeinflussen oder zu ihrer Beeinflussung geeignet sein, wobei eine tatsächliche Auswirkung auf das Entscheidungsverhalten des Verbrauchers hinreichende, aber nicht notwendige Bedingung ist, da tatsächliche Auswirkungen im Regelfall auch ihre Eignung indizieren.¹²¹ Aus der Dienlichkeit zu einem gewissen Ziel oder Zweck (hier: der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers, ErGr. 7 S. 2 UGP-RL) lässt sich zudem ein objektives Begriffsverständnis ableiten. Denn die Zweckdienlichkeit eines Verhaltens kann nur objektiv ermittelt werden. Deshalb kann der Bestimmungsmaßstab für den Unmittelbarkeitszusammenhang auch nur der verobjektivierte Zweck bzw. die Zielsetzung einer Handlung, mithin der typisierte, dem Verhalten zugrundeliegende Handlungssinn sein.¹²² Maßgeblich ist eine objektiv-funktionale Betrachtung der Handlung und ihres Handlungsinns.

Führt man den Konnex zwischen unmittelbarer Entscheidungsbeeinflussung des Verbrauchers und der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts zusammen, kann ein Unmittelbarkeitszusammenhang nur dann vorliegen, wenn zum einen angenommen werden kann, dass die Handlung eines Unternehmers zunächst objektiv dazu geeignet ist, die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers gerade in Bezug auf die Absatzförderung, den Verkauf oder die Lieferung eines Produkts zu beeinflussen.¹²³ Zum anderen, wenn ihr eine dahingehende, verobjektivierte zu verstehende Zweckrichtung zugrunde liegt. Diese Zweckrichtung im Hinblick auf die Absatzförderung (Vertragsanbahnung), den Vertragsabschluss oder die Vertragsdurchführung darf bei wertender, objektiver Betrachtung nicht völlig in den Hintergrund treten, sondern muss, ggf. neben anderen Zielen, typischerweise die Motivation der Handlung ausmachen. Zur Erreichung dieses Zwecks ist die Annahme notwendig, dass das gegenständliche Verhalten eines Gewerbetreibenden bei einer objektivierten Betrachtung auch final darauf gerichtet ist, das geschäftliche Verhalten des Verbrauchers derart zu beeinflussen, dass es zu einer Förderung des Absatzes kommt (objektive Finalität).¹²⁴ Hieraus lässt sich der Zweck herauslesen, der diesem Verhalten verobjektiviert innewohnt, ohne danach fragen zu müssen, welche Absicht

121 Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung/Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (SEC (2009) 1666 final) vom 4. Dezember 2009 (EN), S. 23.

122 So wohl auch GK-UWG/Peukert, 3. Aufl. 2020, § 3a Rn. 176: „objektiv belegte Zielsetzung des Handelnden“.

123 Köhler, WRP 2007, 1393 (1394).

124 Fezer, FS-Schricker 2005, 671 (676); Fezer/Büscher/Obergfell/Fezer, 3. Aufl. 2016, UWG, § 2 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 32; ähnlich auch Köhler, WRP 2007, 1393 (1396).

der Gewerbetreibende tatsächlich verfolgen wollte.¹²⁵ Andersherum bedeutet dies, dass weder die tatsächlich gewollte Zielsetzung des Unternehmers noch eine faktische Auswirkung auf die Absatzförderung genügt. Diese Art der Zielsetzung ist mit ErGr. 7 S.2 der UGP-RL gemeint. Die jeweilige Handlung muss demnach dergestalt auf die Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers gerichtet sein, dass sie bei objektiver Betrachtung zum einen geeignet, und zum anderen aus ihr der (vorrangige) Zweck herauszulesen ist, dadurch den Absatz zu fördern, einen Vertrag abzuschließen oder ihn durchzuführen.¹²⁶ Aus diesem Grund liegt bei Handlungen in unmittelbarem Zusammenhang mit diesen Zwecken in der Regel auch ein Marktbezug mit Außenwirkung vor, denn die geschäftliche Tätigkeit wird sich in diesen Fällen normalerweise irgendwie am Markt und damit auf Marktteilnehmer auswirken.¹²⁷

Allerdings ist die jeweilige Handlung stets im Kontext der im Einzelfall vom Unternehmer verfolgten Geschäftsstrategie und der in diesem Rahmen normalerweise verfolgten Handlungen zu betrachten.¹²⁸ Die Einordnung in den Zusammenhang der Geschäftsstrategie ist erforderlich, da andernfalls der Anknüpfungspunkt dafür fehlt, was für ein Verhalten im konkreten Fall typisch ist. Wird mit dem angegriffenen Verhalten im Rahmen der Geschäftsstrategie typischerweise kein Absatzgeschäft verfolgt, so dürfte im Einzelfall aber dennoch ausnahmsweise von einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Absatzförderung auszugehen sein, wenn die absatzbezogenen Merkmale der Handlung im konkreten Fall derart dominant sind, dass sie dem Verhalten eine andere Prägung verleihen. Dies wäre etwa der Fall bei werbenden Auftritten eines Unternehmers, welchen andere Handlungen „beigemischt“ werden. Damit käme man dem Willen des Unionsgesetzgebers nach, der lediglich verlangt, dass andere Zwecke als der des Absatzes nicht vorrangig sein dürfen. Der Absatzzweck selbst muss also nicht dominieren. Er darf nur nicht in die Belanglosigkeit zurücktreten. Solange er in der Handlung mitschwingt, liegt ein absatzbezogenes Handeln vor.

dd) Zeitliche Reichweite

In zeitlicher Hinsicht gilt die Richtlinie gem. ihrem Art.3 Abs.1 für Geschäftspraktiken *vor*, *während* und *nach* Geschäftsabschluss. Diese Zusam-

125 Vgl. Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Keller, 5. Aufl. 2021, UWG, § 2 Rn. 47.

126 Isele, GRUR 2009, 727 (729).

127 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Keller, 5. Aufl. 2021, UWG, § 2 Rn. 28.

128 Vgl. auch EuGH, GRUR 2009, 599 (602 f.) – *VTB/Total Belgium u. Galatea/Sanoma*; EuGH, GRUR 2011, 76 (77) – *Mediaprint/Österreich-Zeitungsverlag*; EuGH GRUR 2013, 1245 (1246) – *RLvS/Stuttgarter Wochenblatt*; EuGH, GRUR 2019, 846 (848) – *Kirschstein*.

menhänge spiegeln die zeitliche Dimension der sachlich-gegenständlichen Reichweite, sodass es an sich eines unmittelbaren Zusammenhangs mit der Absatzförderung *vor Geschäftsabschluss*, mit dem Verkauf *während Geschäftsabschluss* und der Lieferung eines Produkts *nach Geschäftsabschluss* bedarf. Auch hier ist es erforderlich, näher zu bestimmen, wie weit ein Verhalten vor- bzw. nachgelagert sein darf. Maßgeblich muss ebenfalls eine objektiv-funktionale Betrachtung und die Anknüpfung an den Transaktionsabschluss sein. Ferner sind nur solche Handlungen erfasst, denen die Eignung und der Zweck immanent ist, den Verbraucher alsbald zu erreichen oder erreichen zu können. Dies folgt aus Art. 2 e), j) und k) der Richtlinie, welcher es, wie gezeigt, in erster Linie um die wesentliche bzw. unzulässige Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers und um seine geschäftliche Entscheidung geht.¹²⁹ Der Verbraucher muss sich deshalb in der kommunikativen Sphäre des Unternehmers und seines Handelns befinden. Ansonsten kann keine Beeinflussung des Verbrauchers und seiner geschäftlichen Entscheidung erfolgen.¹³⁰ Nicht genügend sind folglich Handlungen, die den unternehmensinternen Bereich nicht verlassen haben, denn dann haben sie nichts mit dem Ziel der Richtlinie zu tun, die Beziehungen zwischen Unternehmern und Verbrauchern zu regulieren. Den Unternehmern muss nämlich ein Restbereich wirtschaftlicher Organisationsfreiheit verbleiben, und zwar selbst dann, wenn dies im Endeffekt den Marktteilnehmerinteressen zuwiderläuft und daher lauterkeitswidrig erscheint.¹³¹

(1) Vorvertraglicher Bereich der Absatzförderung

Maßstab ist eine normative Betrachtung der Frage, ob es sich bei dem vorvertraglichen Verhalten um eine Handlung mit der Zweckrichtung einer Absatzförderung im Außenbereich handelt, die kommunikativ auf die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers geht, oder lediglich um ein absatzvorbereitendes Verhalten, welches z.B. bei organisatorisch-strukturellen Vorbereitungshandlungen vorliegt, um z.B. eine zulassungsgebundene oder erlaubnispflichtige Tätigkeit ausüben zu dürfen oder das den Produktions- und Herstellungsvorgang betrifft.¹³² Entscheidend ist, dass der Verbraucher mit einer typischerweise auf die Absatzförderung zielenden Handlung konfrontiert wird und ihn diese Handlung bei objektiver Betrachtung

129 Hierzu näher: Fezer/Büscher/Obergfell/Fezer, 3. Aufl. 2016, UWG, § 2 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 110, 111.

130 Vgl. auch Fezer/Büscher/Obergfell/Fezer, 3. Aufl. 2016, UWG, § 2 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 93, 96.

131 Vgl. GK-UWG/Peukert, 3. Aufl. 2020, § 2 Rn. 187.

132 BGH, GRUR 2015, 1244 (1245) – *Äquipotenzangabe in Fachinformation*, wonach keine geschäftlichen Handlungen sind: „[...] Angaben, die allein für das Zulassungsverfahren bestimmt sind und ausschließlich behördenintern genutzt werden.“

wirklich zu erreichen vermag.¹³³ Hierzu zählen u.a. alle Handlungen der Vorfeldkommunikation, also primär Marketingmaßnahmen wie Werbung, Öffentlichkeitsarbeit etc., aber auch Vertragsverhandlungen vor Vertragsabschluss.¹³⁴ Andererseits überschreitet z. B. beim Angebot einer softwarebasierten Möglichkeit zur Anspruchsdurchsetzung, mit der ein Verbraucher das Bestehen eines Anspruches ermitteln und durchsetzen lassen kann, oder bei vergleichbaren Angeboten die Programmierung und Entwicklung der Software noch nicht die Schwelle in den Außenbereich derart, dass sie den Verbraucher erreicht. Die Programmierung oder Erstellung einer Software zählt nicht zum typischen Absatzverhalten und zielt nicht darauf ab, den Verbraucher zu erreichen und ihn in seiner geschäftlichen Entscheidung zu beeinflussen. Hingegen wird eine Kommunikationssphäre (erst) eröffnet, wenn die Möglichkeit zur Inanspruchnahme von Rechtsdienstleistungen für den Verbraucher auf einem Datenträger oder auf einer Internetseite zur Verfügung gestellt wird.

(2) Vertragliche Phase des Geschäftsabschlusses

Auch in der vertraglichen Phase während des Geschäftsabschlusses ist im Interesse einer einheitlichen Auslegung der Richtlinie danach zu fragen, ob ein Verhalten bei einem Geschäftsabschluss objektiv geeignet ist, geschäftliche Entscheidungen und hierauf bezogene wirtschaftliche Interessen beeinflussen zu können und darin der verobjektivierte Zweck liegt, den Verbraucher zu veranlassen, in Vertragsverhandlungen einzutreten, daran festzuhalten oder zu einem Abschluss zu bringen. Hierzu zählt insbesondere auch die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, der Einsatz von Vertretern oder Boten, oder auch das Auftreten des Gewerbetreibenden als Verbraucher.¹³⁵ Wie aus Art. 2 k) der Richtlinie zu entnehmen ist, bezieht sich diese Phase auf den direkten Vertragsabschluss und dessen Modifikationen, also ob, wie und unter welchen Bedingungen der Verbraucher einen Kauf tätigen will.

(3) Nachvertragliche Phase der Vertragsdurchführung

Bei, aber vor allem nach dem Geschäftsabschluss kann sich der Verbraucher freilich auch mit den Mitteln des Vertragsrechts wehren, da die Richtlinie gemäß ihrem Art. 3 Abs. 2 das nationale Vertragsrecht nicht berührt. Nach

133 So verlangt auch *Scherer*, WRP 2009, 761 (766 f.) die Einbeziehung des Verbrauchers in die kommerzielle Kommunikation des Unternehmers.

134 *Fezer/Büscher/Obergfell/Fezer*, 3. Aufl. 2016, UWG § 2 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 93. Näher: *GK-UWG/Peukert*, 3. Aufl. 2020, § 2 Rn. 174 ff.

135 *Köhler*, WRP 2007, 1393 (1395).

ErGr. 9 soll sich der Verbraucher entscheiden, ob und mit welchen Mitteln er seine vertraglichen Ansprüche und Rechte durchsetzt.¹³⁶ Dies obliegt ihm *individuell*. Allerdings kann der nachvertragliche Umgang des Unternehmers mit dem Verbraucher lauterkeitsrechtlich relevant sein, nämlich bei einer *abstrakten* Betrachtung der nachvertraglichen Methoden, die selbstverständlich unlauter sein können. Das Anliegen der UGP-RL ist es nämlich, eine unlauter bewirkte geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers oder dessen unzulässige Beeinflussung auch mit Wirkung für die Zukunft abzuwehren, wenn es um die Beeinflussung des Verbrauchers dahingehend geht, ob, wie und unter welchen Bedingungen er eine Zahlung insgesamt oder teilweise leisten, ein Produkt behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit dem Produkt ausüben will (Art. 2 k) der UGP-RL).¹³⁷ Wenn es also Anliegen der Richtlinie ist, für den Verbraucher nachteilige wirtschaftliche Folgen aufgrund des Einsatzes unlauterer Geschäftspraktiken zu vermeiden, ist zu fragen, wie weit nachgelagert eine Handlung sein darf, damit ein hinreichender Zusammenhang mit dem Geschäftsabschluss gegeben ist. Eines Zusammenhanges mit dem Produktabsatz, d. h. eines neuen Geschäftsabschlusses, bedarf es indes nicht zwingend. Er ist zwar hinreichend, aber nicht notwendig, da es im nachvertraglichen Bereich regelmäßig bereits zuvor zu einem solchen gekommen ist.¹³⁸ Deshalb sind zwar trotzdem alle Verhaltensweisen im nachvertraglichen Bereich erfasst, die auf einen neuen Geschäftsabschluss zielen; zugleich aber auch solche, die mit der Aufrechterhaltung, Änderung oder Beendigung des Vertrags zu tun haben, kurzum mit der Durchführung des Vertrags, wie sich aus Art. 2 d) der Richtlinie ergibt.¹³⁹ Die Anwendungsleitlinien des Unionsgesetzgebers sehen deshalb in Handlungen, die die vertragsbezogenen Rechte des Verbrauchers nach Vertragsabschluss beeinträchtigen können, den Hauptanwendungsfall von nachvertraglichem, produktbezogenem Verhalten.¹⁴⁰ Abstrakt gesehen geht es hierbei also auch um eine für den Verbraucher wirtschaftlich nachteilige Beeinflussung seines Verhaltens, bestehende Ansprüche nicht geltend zu machen und so zu verhindern, dass er sich ggf. wieder von dem Vertragsabschluss und dem Produkterwerb löst. Der Unionsgesetzgeber geht damit bewusst von einem weiten Anwendungsbereich der Richtlinie im nachver-

136 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 2 Rn. 87 f.

137 Vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2021, UWG, § 2 Rn. 88.

138 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Keller, 5. Aufl. 2021, UWG, § 2 Rn. 96; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 2 Rn. 77.

139 EuGH, GRUR 2015, 600 (601) – *Ungarische Verbraucherschutzbehörde/UPC*.

140 Europäische Kommission, Leitlinien, SEC (2009) 1666 final, S. 22: „*The main category of post-purchase transactional decisions are those which relate to the exercise of consumers' contractual rights, such as the right of withdrawal, cancellation, the right to terminate a service contract or the right to change the product or switch to another trader*“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

traglichen Bereich aus und will eine Vielzahl von Fällen erfassen, die den Verbraucher nicht zu einem neuen Geschäftsabschluss veranlassen. Nach diesem Ansatz deckt die Geschäftspraktik auch Handlungen ab, die den Verbraucher dazu veranlassen könnten, ein Geschäft zu besuchen, mehr Zeit im Internet während eines Buchungsprozesses zu verbringen oder ein Produkt, eine Dienstleistung oder einen Händler oder Anbieter nicht zu wechseln.¹⁴¹

Im nachvertraglichen Bereich besteht mithin so lange noch ein Unmittelbarkeitszusammenhang, wie das Verhalten normalerweise noch einen Einfluss auf das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers in Bezug auf die Durchführung des Vertrags haben kann.¹⁴² Es bedarf somit auch für Verhalten der Nachvertragsphase einer gewissen Typizität des Wahrscheinlichen, nämlich der wahrscheinlichen Auswirkungen des unternehmerischen Handelns, womit nichts anderes als die objektive Eignung einer Verhaltensweise gemeint ist. Für den nachvertraglichen Bereich ist der Unmittelbarkeitszusammenhang mit der Lieferung eines Produkts folglich dann hergestellt, wenn die Handlung objektiv geeignet und in ihr der objektive Zweck zu erkennen ist, die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers in Bezug auf die Durchführung des Produktvertrags zu beeinflussen.¹⁴³ Das Verhalten muss also dazu geeignet sein und typischerweise den Zweck verfolgen, den Verbraucher dahingehend zu beeinflussen, ob, wie und unter welchen Bedingungen dieser eine Zahlung insgesamt oder teilweise leisten, ein Produkt behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit dem Produkt ausüben will (Art. 2 k) der UGP-RL).¹⁴⁴ Dieser Einfluss kann sich entweder auf die Erfüllung der Leistungspflichten oder die Geltendmachung vertraglicher Rechtsbehelfe erstrecken.¹⁴⁵

Das bedeutet allerdings nicht, dass nur über den Geschäftsabschluss hinausgehendes, vertragsbezogenes Verhalten erfasst wäre, z. B. wenn ein Gewährleistungs- oder Rückgewähranspruch bestritten wird oder allgemein Ansprüche der Gegenseite mit (ggf. falschen) Angaben zur Rechts- oder Sachlage zurückgewiesen werden.¹⁴⁶ Denn auch nichtvertragliches Verhalten, welches hinreichend mit dem Geschäftsabschluss verbunden ist, kann nach dem

141 Europäische Kommission, Leitlinien, SEC (2009) 1666 final, S.23: *“Following this approach, a commercial practice may be considered unfair not only if it is likely to cause the average consumer to purchase or not to purchase a product but also if it is likely to cause the consumer to enter a shop, spend more time on the Internet engaged in a booking process or decide to not switch to another trader or product”*.

142 Europäische Kommission, Leitlinien, SEC (2009) 1666 final, S.23.

143 Köhler, WRP 2007, 1393 (1396). Ausführlich mit Beispielen: Köhler, WRP 2009, 898 (901 ff.).

144 Vgl. EuGH, EuZW 2017, 782 – *Gelvora*.

145 GK-UWG/Peukert, 3. Aufl. 2020, § 2 Rn. 307.

146 Köhler, WRP 2009, 898 (901); GK-UWG/Peukert, 3. Aufl. 2020, § 2 Rn. 325.

Willen des Unionsgesetzgebers einen Unmittelbarkeitszusammenhang mit der Lieferung eines Produkts bzw. der Durchführung eines Vertrags begründen.¹⁴⁷ Das kann der Fall sein, wenn aggressive Mittel z. B. zur Durchsetzung eines Zahlungsanspruchs eingesetzt werden, aber auch, wenn aggressive Methoden bei der Einziehung von Inkassoforderungen vorgenommen werden, um z. B. die Rückzahlung eines Darlehens oder den Abschluss eines neuen Darlehens zur Refinanzierung der beizutreibenden Forderung zu erreichen, oder, wenn der Wechsel zu einem anderen Anbieter verzögert wird.¹⁴⁸ Dementsprechend wurden unabhängig davon, ob ein Gewerbetreibender eine Forderung an einen spezialisierten Dienstleister übertragen bzw. diesen mit der Einziehung beauftragt hat, Verhaltensweisen zur Einziehung von Forderungen vom Unionsgesetzgeber der Nachverkaufsphase zugerechnet, weil die Einziehung von Forderungen unmittelbar mit dem Verkauf oder der Lieferung von Produkten in Zusammenhang steht.¹⁴⁹

b) Harmonisierungsumfang der Geschäftspraktik

Die Auslegung der Geschäftspraktik bindet die Mitgliedstaaten jedoch nur, soweit harmonisierte Bereiche betroffen sind. Um dem Harmonisierungsauftrag nachzukommen, hat der Gesetzgeber den Begriff der geschäftlichen Handlung implementiert, der im Zuge der Novelle 2008 an die Stelle der Wettbewerbshandlung aus dem UWG 1909 getreten ist.¹⁵⁰ Insofern ist zu fragen, wie weit die Harmonisierung der UGP-RL reicht und ob in den harmonisierungsfreien Bereichen nicht eine autonome und nationale Auslegung der geschäftlichen Handlung, ggf. durch das Wiederaufgreifen der Auslegung der früheren Wettbewerbshandlung, vorzunehmen ist. Dafür kommt es aber zunächst darauf an, wie weit die Harmonisierung der Richtlinie und der Umfang der Geschäftspraktik reichen und welche Spielräume ggf. für nationale Auslegungen verbleiben.

Im Falle der UGP-RL hat sich der Unionsgesetzgeber für eine Vollharmonisierung entschieden.¹⁵¹ Damit verbietet es sich für das mitgliedstaatliche Recht, von dem durch die Richtlinie vorgegebenen Harmonisierungsumfang abzuweichen. Die nationalen Vorschriften müssen genau die gleiche Harmonisierungsintensität haben, wie die Richtlinie und dürfen weder strenger

147 Vgl. Europäische Kommission, SWD (2016) 163 final, S. 7 und ErGr. 13 der UGP-RL.

148 EuGH, EuZW 2017, 782 (783) – *Gelvora*; Europäische Kommission, SWD (2016) 163 final, S. 7, 97.

149 Europäische Kommission, SWD (2016) 163 final, S. 7.

150 BT-Drs. 16/10145, S. 20.

151 EuGH, GRUR 2009, 599 (603) – *VTB/Total Belgium u. Galatea/Sanoma*; *Alexander*, WRP 2013, 17 (19). Zur ausführlichen Untersuchung: *Sosnitza*, WRP 2006, 1 (7).

noch liberaler sein (Art. 3 Abs. 5 UGP-RL).¹⁵² Die Harmonisierungsreichweite der Richtlinie bezieht sich in personaler Hinsicht allein auf Verhalten im B2C-Bereich und in gegenständlicher Hinsicht auf das eigene Absatzgeschäft und ist damit vertikal/B2C ausgerichtet. Die zeitlich-gegenständliche Dimension bezieht sich schließlich auf alle Handlungen vor, bei und nach dem Geschäftsabschluss, die noch in hinreichend engem Zusammenhang mit diesem stehen. Die UGP-RL ist auf alle Verhaltensweisen gerichtet, die, ungeachtet, ob die Unlauterkeit solcher Verhaltensweisen mitgliedstaatlich determiniert ist oder nicht, als unlauter eingeordnet werden können. Mithin kommt es nicht darauf an, ob die mitgliedstaatlichen Vorschriften der Umsetzung der Richtlinie dienen, sodass das gesamte nationale Recht mit Bezug zum Lauterkeitsrecht auf seine Vereinbarkeit mit der UGP-RL überprüft werden kann, auch wenn es vor Inkrafttreten der Richtlinie bestanden hat.¹⁵³ In diesen Bereichen ist die Richtlinie abschließend und ordnet an, welche Geschäftspraktiken unlauter sind und welche nicht. Nationales Recht muss in diesem Umfang genau die gleichen Verhaltensweisen als unlauter einordnen, wie die Geschäftspraktik.

c) Harmonisierungsfreie Bereiche

Harmonisierungsfrei, mit der Folge, dass eine eigene nationale Regelung erlaubt ist, sind alle außerhalb der Reichweite der Geschäftspraktik und dem Anwendungsbereich der Richtlinie liegenden Verhaltensweisen. Hierzu zählen im B2C-Bereich zunächst fremdnütziges Absatzverhalten sowie eigen- und fremdnützige Bezugshandlungen. Zudem können sämtliche vertikalen und horizontalen B2B-Handlungen sowie Handlungen gegenüber sonstigen Marktteilnehmern einer eigenständigen Auslegung unterstellt werden. Hierzu zählen auch Verhaltensweisen gegenüber Verbrauchern, die aber allein die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern beeinträchtigen.¹⁵⁴ Insoweit löst sich die UGP-RL durchaus von ihrem ansonsten recht technischen Ansatz, sodass auch Schutzzweckerwägungen einzubeziehen sind. Grund hierfür dürfte sein, dass die Richtlinie zwar an Verbraucher gerichtetes, gewerbliches Handeln rein formal erfassen würde, es aber nicht ihr Anliegen ist, mitbewerberschädigendes Verhalten zu erfassen, welches zwar über den Umweg der Ansprache des Verbrauchers stattfindet, sich letztlich aber nur schädigend auf den Mitbewerber und nicht auf den Verbraucher auswirkt. Der Verbraucher hat insoweit überhaupt kein Schutzbedürfnis durch die

152 EuGH, GRUR 2010, 244 (246) – *Wettbewerbszentrale/Plus Warenhandelsgesellschaft*; EuGH, GRUR 2009, 599 (603) – *VTB/Total Belgium u. Galatea/Sanoma*; Scherer, WRP 2014, 517 (521).

153 Alexander, WRP 2013, 17 (18).

154 Alexander, WRP 2013, 17 (18). Vgl. auch für fremdnütziges absatzförderndes B2B-Verhalten: EuGH, GRUR 2013, 1245 (1246) – *RLvS/Stuttgarter Wochenblatt*.

Richtlinie, sodass solche Konstellationen sicherlich nicht über die Richtlinie und durch die Geschäftspraktik dem Harmonisierungszwang unterfallen.

Überdies sind B2C-Handlungen nicht an die Auslegung der Geschäftspraktik gebunden, die über die sachlich-gegenständliche bzw. zeitliche Reichweite der Geschäftspraktik hinausgehen. Das kann z. B. bei Handlungen sein, die nicht mehr in hinreichendem unmittelbarem Zusammenhang mit der Absatzförderung oder dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts stehen, insbesondere, wenn sie nicht mehr in engem zeitlichem Zusammenhang mit dem Geschäftsabschluss verknüpft sind und somit außerhalb des Relevanzzeitraums liegen. So könnte der nationale Gesetzgeber autonom z. B. auch Handlungen im vorvertraglichen, also innerbetrieblichen oder organisatorischen Bereich frei regeln. In personaler Hinsicht kann der Gesetzgeber schließlich auch dort regulierend eingreifen, wo zwar eine Geschäftspraktik vorliegt, aber kein Gewerbetreibender i. S. d. Art. 2 b) der Richtlinie handelt. Denn wo die Richtlinie nicht anwendbar ist, kann sie auch keine Vorgaben machen.¹⁵⁵

Der Gesetzgeber hat in der Definition der geschäftlichen Handlung in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG bereits *expressis verbis* einige, im Vergleich zur Geschäftspraktik überschießende Merkmale vorgeschrieben. Danach ist nicht nur eigen-, sondern auch fremdnütziges Verhalten erfasst, und zudem nicht nur Verhaltensweisen des Absatz-, sondern auch des Nachfragegeschäfts. Darüber hinaus wird auch nicht verlangt, dass in jedem Fall ein Unternehmer i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG, welcher der Definition des Gewerbetreibenden nach Art. 2 b) der UGP-RL entspricht, handelt. Ein unternehmerisches Handeln ist nur für die eigennützige Absatzförderung erforderlich. Hingegen ist der Personenkreis bei Vorliegen einer fremdnützigen Absatzförderung nicht auf Unternehmer beschränkt, sondern erfasst auch Dritte, die zugunsten von Unternehmern handeln.¹⁵⁶ Unter Beachtung dieser strengeren, aber gleichwohl erlaubten Verschärfungen der lauterkeitsrechtlichen Tathandlung stellt sich die sogleich zu besprechende Frage, wie die geschäftliche Handlung in diesen harmonisierungsfreien Bereichen auszulegen ist.

Selbst innerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie und der Reichweite der Geschäftspraktik sind jedoch eigene mitgliedstaatliche Regelungen möglich. Die Richtlinie selbst sieht nämlich explizite Ausnahmen für die in dem Art. 3 Abs. 2 bis 10 UGP-RL genannten Regelungsmaterien vor und erlaubt somit autonome nationale Regelungen und Auslegungen. Von besonderer Bedeutung für die in dieser Arbeit interessierenden Rechtsdienstleistungsvorschriften ist Art. 3 Abs. 8 UGP-RL. Danach sind spezifische Regeln für reglementierte Berufe vom Harmonisierungsumfang ausgenommen. Die

¹⁵⁵ Scherer, WRP 2014, 517 (521).

¹⁵⁶ GK-UWG/Peukert, 3. Aufl. 2020, § 2 Rn. 93.

Vorschriften des RDG sowie des Einführungsgesetzes zum Rechtsdienstleistungsgesetz (RDGEG)¹⁵⁷ und der Verordnung zum Rechtsdienstleistungsgesetz (RDV)¹⁵⁸ könnten solche spezifischen Regeln für reglementierte Berufe darstellen und damit nach Art. 3 Abs. 8 UGP-RL harmonisierungsfrei sein. Nach Art. 2 1) der Richtlinie ist ein reglementierter Beruf eine berufliche Tätigkeit oder eine Reihe beruflicher Tätigkeiten, bei der die Aufnahme oder Ausübung oder eine der Arten der Ausübung direkt oder indirekt durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften an das Vorhandensein bestimmter Berufsqualifikationen gebunden ist. Soweit die Erbringung von Rechtsdienstleistungen im Rahmen einer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit erfolgt, handelt es sich bei der Rechtsdienstleistungserbringung, da ihre Zulässigkeit an bestimmte berufliche Qualifikationen und Regeln gebunden und reglementiert ist, um einen reglementierten Beruf.¹⁵⁹ Denn die Erbringung von Rechtsdienstleistungen unterliegt erstens einer Erlaubnispflicht (§ 3 RDG) und zweitens ist die Ausübung der Tätigkeit umfassenden rechtlichen Regeln für die Erbringung von Rechtsdienstleistungen unterworfen.¹⁶⁰ So können alle Vorschriften des RDG, RDGEG und der RDV als spezifische Regelungen für reglementierte Berufe angesehen werden, die somit gem. Art. 3 Abs. 8 der UGP-RL von dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen und folglich harmonisierungsfrei sind.¹⁶¹

Dem Gesetzgeber blieb es mithin unbenommen, den Rahmen von als unlauter erfassten Handlungen für die jeweiligen Bereichsausnahmen sowie für die nicht harmonisierten Beziehungen, d. h. für das gesamte Wettbewerbs- und Marktverhalten zwischen Unternehmern sowie das Nachfragegeschäft auch im B2C-Bereich und ebenso für Handlungen, die nicht durch die Anwendungsmerkmale der Richtlinie oder den Umfang der Geschäftspraktik erfasst sind, autonom zu bestimmen.¹⁶²

157 Einführungsgesetz zum Rechtsdienstleistungsgesetz vom 12.12.2007, BGBl. 2007 I, 2840.

158 Verordnung zum Rechtsdienstleistungsgesetz vom 19.06.2008, BGBl. 2008 I, 1069.

159 Büscher/*Hohlweck*, 2. Aufl. 2021, UWG, § 3a Rn. 28. Noch zum RBERG: EuGH, GRUR Int 1991, 807 f. – *Säger/Dennemeyer*; EuGH, BeckRS 2004, 76480 – *Broedel/Sandker*.

160 Ähnlich im Hinblick auf freie Berufe Ohly/*Sosnitza/Ohly*, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 31; MüKoUWG/*Schaffert*, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 126.

161 Vgl. BGH, GRUR 2009, 1077 (1079) – *Finanz-Sanierung*; BGH, GRUR 2011, 539 (541) – *Rechtsberatung durch Lebensmittelchemiker*; BGH, GRUR 2012, 79 – *Rechtsberatung durch Einzelhandelsverband*; MüKoUWG/*Schaffert*, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 126.

162 *Scherer*, WRP 2014, 517 (521).

3. Geschäftliche Handlung in den harmonisierungsfreien Bereichen: Auslegung im Sinne der Geschäftspraktik?

Soweit die Richtlinie in personaler oder sachlicher Hinsicht Bereiche nicht harmonisiert, Bereichsausnahmen vorsieht, oder Verhaltensweisen außerhalb der Reichweite der Geschäftspraktik liegen, sind ihre Vorgaben also nicht verbindlich. Daher stellt sich die Frage, wie die geschäftliche Handlung in diesen harmonisierungsfreien Bereichen auszulegen ist. Der Gesetzgeber könnte hier eigene, nationale Vorgaben machen und z. B. die frühere, durch die Novelle 2008 abgelöste Wettbewerbsbehandlung wiederaufgreifen oder eine völlig andere Auslegung anordnen. Diese Frage ist vor allem für die in dieser Arbeit zu untersuchenden Rechtsdienstleistungsvorschriften interessant, weil sämtliche Rechtsdienstleistungsvorschriften der Bereichsausnahme des Art. 3 Abs. 8 UGP-RL unterfallen und somit harmonisierungsfrei sind. Außerdem weist das Marktverhalten zumindest eine begriffliche Nähe zur geschäftlichen Handlung auf, weshalb ein genaues Auslegungsverständnis relevant ist. Sollte der Gesetzgeber sich nicht an der Richtlinie orientiert, sondern ein eigenes nationales Begriffsverständnis zugrunde gelegt haben, könnte es zu einer aufspaltenden Auslegung der geschäftlichen Handlung kommen, je nachdem, ob ein harmonisierter oder harmonisierungsfreier Bereich betroffen ist.¹⁶³

a) Ausgangslage: objektiv zu verstehender Einheitsbegriff

Im Ausgangspunkt lässt sich feststellen, dass der Gesetzgeber mit der geschäftlichen Handlung einen Einheitsbegriff geschaffen hat, der sich auch sprachlich stark an der Definition der Geschäftspraktik orientiert. Die begriffliche Anlehnung an die Geschäftspraktik wurde in der jüngsten Novelle aus dem Jahr 2022 sogar noch deutlicher hervorgehoben, im Wege derer der Gesetzgeber den Zusammenhang mit der Absatz- oder Bezugsförderung, dem Geschäftsabschluss oder der Geschäftsdurchführung dadurch ergänzt hat, dass dieser Zusammenhang nicht nur objektiv, sondern nunmehr objektiv *und* unmittelbar bestehen müsse. Damit sind nun zumindest alle wesentlichen Merkmale der Geschäftspraktik der Richtlinie in dem Begriff der geschäftlichen Handlung ausdrücklich und vollständig enthalten.¹⁶⁴

¹⁶³ Zum Harmonisierungsumfang vgl. oben unter B. I.2.b).

¹⁶⁴ Gleichwohl dürfte dies nach zutreffender Ansicht keine sachliche Änderung bedeuten, da der objektive Zusammenhang sachlich alle Handlungen abgedeckt hat, die durch den – ebenfalls objektiv auszulegenden – Unmittelbarkeitszusammenhang der Geschäftspraktik abgedeckt werden, vgl. *Büscher*, WRP 2022, 3 f. Die diese rein begriffliche Erweiterung veranlassende Rechtsprechung des BGH zum Influencer-Marketing, GRUR 2021, 1400 – *Influencer I* zeigt aber, dass es bei der objektiven Auslegung des Unmittelbarkeitszusammenhangs der Geschäftspraktik einen guten Grund hat, bei der Beurteilung der Handlung auch auf die Zuordnung zur jeweiligen Geschäfts-

Der Begriff der geschäftlichen Handlung gilt ohne Einschränkung für *alle* am Verhältnis von Unternehmen zu den Marktteilnehmern (Verbraucher, Mitbewerber und sonstige Marktteilnehmer) anknüpfenden lauterkeitsrechtlichen Fälle, insbesondere auch für den B2B-Bereich und das Nachfragegeschäft.¹⁶⁵ Hiermit wird ein umfassender Interessenschutz auch von Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern bezweckt.¹⁶⁶

Jedenfalls für den Bereich der von der Geschäftspraktik der Richtlinie erfassten Verhaltensweisen muss die geschäftliche Handlung aufgrund des Vollharmonisierungszwanges exakt dem Umfang der Geschäftspraktik entsprechen und in jedem Fall der Geschäftspraktik entsprechend ausgelegt werden.¹⁶⁷ Das ist mit der geschäftlichen Handlung auch möglich. Lediglich außerhalb der Reichweite der Geschäftspraktik kann der Gesetzgeber entscheiden, ob er dem Auslegungsverständnis der Richtlinie folgt und den Geist der Richtlinie damit auf die harmonisierungsfreien Bereiche appliziert oder auf eine nationale Auslegung, etwa i. S. d. alten Wettbewerbsbehandlung zurückgreift.

b) Auslegung im harmonisierungsfreien B2C-Bereich

Nicht harmonisierte B2C-Bereiche sind einer Regelung durch den nationalen Gesetzgeber zugänglich, wenn es um Verhalten im Nachfragewettbewerb geht. Handlungen des B2C-Nachfragegeschäfts sind durch das deutsche UWG traditionell erfasst worden, wohingegen die Richtlinie dort nicht regulatorisch eingreift.¹⁶⁸ Spielräume verblieben zudem für außerhalb der Reichweite der Geschäftspraktik liegende Verhaltensweisen, welche dann harmonisierungsfrei sind, etwa weil sie außerhalb des Unmittelbarkeitszusammenhangs liegen, was z. B. bei dem bereits beschriebenen innerbetrieblichen oder betriebsorganisatorischen Verhalten von Unternehmen im Marktvorfeld der Fall ist oder bei sonstigen Vorfeldmaßnahmen, die bei objektiver Betrachtung nicht zum typischen Absatzverhalten eines Unternehmers zählen, aber von einer subjektiven Absatzförderungsabsicht getragen und dazu auch geeignet sind. Handlungen in diesen Bereichen hätten z. B. durch die Wettbewerbsbehandlung aufgrund ihres sehr starken subjektiven Bezugs (Wettbewerbsförderungsabsicht) erfasst werden können.¹⁶⁹

strategie zu achten, um damit auch atypische oder auch neumodische Geschäftsmodelle zu erfassen, in denen die Absatzförderung nicht unbedingt auf den ersten Blick erkennbar ist.

165 BT-Drs. 16/10145, S. 21.

166 BT-Drs. 16/10145, S. 21.

167 Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 2 Rn. 9.

168 Vgl. BT-Drs. 15/1487, S. 16.

169 Vgl. zur ausschlaggebenden Wettbewerbsförderungsabsicht im Geltungszeitraum der Wettbewerbsbehandlung BGH, GRUR 1997, 473 (474) – *Versierter Ansprechpartner*; Baumbach/Hefermehl/Köhler, 23. Aufl. 2004, UWG, § 2 Rn. 22; Harte-Bavendamm/

Natürlich sind aber auch alle B2C-Handlungen harmonisierungsfrei, die unter eine Bereichsausnahme fallen.¹⁷⁰

Der Gesetzgeber hat sich zu diesen harmonisierungsfreien B2C-Bereichen klar geäußert. Nach den Materialien zum UWG 2008 war es Anliegen des Gesetzgebers, „alle am Verhältnis von Unternehmen zu Verbrauchern anknüpfenden lauterkeitsrechtlichen Fallgruppen unter Beachtung der neuen europarechtlichen Vorgaben vom UWG“¹⁷¹ zu erfassen. Nach Absatz- oder Nachfragegeschäft wird ebenso wenig differenziert, wie nach der sachlich-gegenständlichen oder zeitlichen Handlungsreichweite der Geschäftspraktik. Der Gesetzgeber wollte alle B2C-Handlungen vollumfänglich an die Geschäftspraktik ankoppeln. Insoweit deckt sich die geschäftliche Handlung im B2C-Bereich in vollem Umfang mit der Reichweite der Geschäftspraktik. Soweit es um das harmonisierungsfreie B2C-Nachfragegeschäft geht, muss die geschäftliche Handlung im Geiste der Geschäftspraktik und daher richtlinienkonform ausgelegt werden. Gleiches gilt freilich auch für das nicht von der Richtlinie erfasste fremdnützige Bezugs- sowie Absatzverhalten. Damit läge ein Verhalten, welches mit der Förderung des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt dann vor, wenn es objektiv dazu geeignet ist, die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers gerade in Bezug auf die Nachfrage von Waren oder Dienstleistungen beeinflussen und dem Handlungssinn auch eine dahingehende Zweckrichtung zu entnehmen ist, sodass die Handlung bei objektiver Betrachtung auch final darauf gerichtet ist, das geschäftliche Verhalten des Verbrauchers derart zu beeinflussen, dass es zu einer Förderung des eigenen oder fremden Bezugs kommen kann. Es muss kurzum eine typische Nachfragehandlung vorliegen, welche z. B. beim gewerblichen Ankauf von Gebrauchsachen, insbesondere Fahrzeugen von Verbrauchern vorliegen kann.¹⁷² Nationale Regelungen, insbesondere die frühere Wettbewerbsbehandlung, spielen dagegen keine Rolle mehr, obwohl die Wettbewerbsbehandlung aufgrund ihrer subjektiven Ausrichtung nach dem unternehmerischen Absatzziel bei Vorfeldmaßnahmen möglicherweise weitreichender sein konnte. Der Gesetzgeber hat auch für solche Fälle, die in gewissen Konstellationen durchaus früher eine (versteckte) Wettbewerbsbehandlung darstellen konnten, allein auf den objektiven Zusammenhang mit dem Absatz von Waren und den anderen

Henning-Bodewig/Keller, 2. Aufl. 2009, UWG, § 2 Rn. 1; Lettl, UnlWb, Rn. 88 f.; Böhrer, S. 195; a. A. Piper/Ohly/Sosnitza/Piper, 4. Aufl. 2006, UWG, § 2 Rn. 20, nach dem es auf die objektive Zielsetzung des Handelns ankam, aber nicht auf die subjektive Zielvorstellung bzw. Motivation des Unternehmers.

170 Hierzu oben unter B. I. 2. c).

171 BT-Drs. 16/10145, S. 21 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

172 Dies ist aber dann z. B. nicht mehr der Fall, wenn eine entgeltliche oder geldwerte Gegenleistung erbracht wird, etwa durch die Inzahlungnahme von Gegenständen.

Unternehmensaktivitäten [*Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen*] abgestellt und die sich ihm eröffnenden Spielräume nicht genutzt.¹⁷³ Daher soll nur das typische Absatzgeschäft (z.B. Sponsoring und Image-Werbung) oder Nachfragegeschäft erfasst werden.¹⁷⁴ Dies entspricht auch der Rechtsprechung des BGH.¹⁷⁵

Die begriffliche Auslegung der geschäftlichen Handlung ist somit stets entsprechend der Geschäftspraktik vorzunehmen und ggf. an die Geschäftspraktik in den von der Richtlinie nicht bedachten Bereichen anzupassen. Sie liegt dann vor, wenn das jeweilige B2C-Verhalten, das bei dem Geschäftsabschluss erfolgt oder diesem vor- oder nachgelagert ist, im Rahmen der Geschäftsstrategie des jeweiligen Gewerbetreibenden bei objektivierter Betrachtung einen Bezug zum Absatz- oder Nachfragegeschäft hat. Da die Richtlinie nach ihrem Art. 3 Abs. 1 auch das Feld nach Geschäftsabschluss abdeckt, besteht auch dort vollumfänglicher Harmonisierungszwang, sodass eine exakte Angleichung im UWG für den Gesetzgeber zwingend war. Es werden mit der geschäftlichen Handlung in der nachvertraglichen Sphäre alle Verhaltensweisen erfasst, die auch durch die Richtlinie erfasst sind.¹⁷⁶

c) Auslegung im harmonisierungsfreien B2B-Bereich

Das durch das deutsche Lauterkeitsrecht seit jeher erfasste B2B-Verhältnis ist von dem Geltungsbereich der Richtlinie ausgenommen, sodass autonome nationale Regelungen erlaubt sind. Im deutschen Fall hat der Gesetzgeber mit der unionsrechtlich geprägten geschäftlichen Handlung einen gemeinsamen Anknüpfungspunkt sowohl für absatz- und nachfragebezogene B2C-Konstellationen als auch für entsprechende vertikale, aber auch horizontale B2B-Konstellationen geschaffen. Zur vollständigen Angleichung

173 BT-Drs. 16/10145, S. 21. Der Gesetzgeber wollte nämlich mit der geschäftlichen Handlung Äußerungen mit z.B. wissenschaftlichem Inhalt, die nicht in objektiven Zusammenhang mit dem Warenabsatz stehen, sondern bloßer Information der Leserschaft dienen, *weiterhin* nicht dem UWG unterstellen, was allerdings keine präzise Formulierung ist, da unter gewissen Umständen kreative Absatzmaßnahmen in wissenschaftlichen oder informatorischen Maßnahmen wohl von der Wettbewerbsbehandlung erfasst gewesen wären.

174 BT-Drs. 16/10145, S. 21.

175 BGH, GRUR 2015, 694 (697) – *Bezugsquellen für Bachblüten*, der in seinem Urteil die „nach früherem Recht“ bestehende Wettbewerbsförderungsabsicht verneint.

176 BT-Drs. 16/10145, S. 21. Dies gilt unabhängig davon, ob eine Vertragsbeziehung tatsächlich besteht oder der Unternehmer eine Vertragsbeziehung nur vorgaukelt, um den Verbraucher zu einer wirtschaftlichen Entscheidung zu veranlassen, vgl. BGH, GRUR 2019, 1202 (1203) – *Identitätsdiebstahl*, sowie ungeachtet dessen, dass sich der Unternehmer vertraglicher oder außervertraglicher Hindernisse bedient, um die wirtschaftliche Entscheidung des Verbrauchers zu beeinflussen, vgl. Europäische Kommission, SWD (2016) 163 final, S. 7 und S. 23.

an die Geschäftspraktik ist die Voraussetzung „Ziel der Absatzförderung“, wie diese noch die Wettbewerbshandlung vorsah, aufgegeben worden, weil man davon ausging, mit dem neuen Begriff der geschäftlichen Handlung das B2B-Verhältnis in gleichem Umfang wie zuvor erfassen zu können, weshalb auch sprachlich bis zur Novellierung der geschäftlichen Handlung im Jahr 2022 nicht der unmittelbare, sondern der objektive Zusammenhang gewählt worden ist.¹⁷⁷

aa) Vertikal B2B

Im B2B-Vertikalverhältnis wollte der Gesetzgeber so eine aufspaltende Auslegung zwischen dem B2B- und dem B2C-Bereich verhindern und intendierte zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen einen Auslegungsgleichlauf der Geschäftspraktik mit der geschäftlichen Handlung sowohl im B2B- als auch im B2C-Bereich.¹⁷⁸ Hierdurch werden auch jedenfalls die relevantesten Fallgruppen der Wettbewerbshandlung weiterhin erfasst, wenn auch möglicherweise nicht jede einzelne Partikularhandlung, die nach früherem Recht eine Wettbewerbshandlung war. Dies liegt an der unterschiedlichen Reichweite von Wettbewerbshandlung und Geschäftspraktik, welche bei der Wettbewerbshandlung aufgrund ihres starken subjektiven Bezugs auch im B2B-Bereich etwas umfassender gewesen sein dürfte.

Allerdings könnte der Gesetzgeber in diesem Bereich mit der Neufassung der geschäftlichen Handlung, durch die in Zukunft ein objektiver *und* unmittelbarer Zusammenhang erforderlich ist, für den harmonisierungsfreien B2B-Bereich eine neue Wertentscheidung getroffen haben, die von der Auslegung der Geschäftspraktik abweicht. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, mit der Einfügung der Unmittelbarkeit klargestellt zu haben, dass bei bestimmten Formen der Förderung des eigenen Unternehmens kein Absatzförderungszusammenhang besteht, wofür er das Beispiel anführt, dass ein Influencer entgelt- und gegenleistungsfrei Waren oder Dienstleistungen empfiehlt oder erwähnt und die Erwähnung gegebenenfalls „lediglich“ ihre oder seine eigene Bekanntheit fördert.¹⁷⁹ Jedenfalls im B2B-Bereich wäre nach dem objektiv-funktionalen Auslegungsmaßstab der Geschäftspraktik sehr wohl eine geschäftliche Handlung

177 Vgl. BT-Drs. 16/10145, S. 21: „Durch den Begriff des objektiven Zusammenhangs [ist] aber auch gewährleistet, dass der Begriff der geschäftlichen Handlung – wie der bisherige Begriff der Wettbewerbshandlung – alle lauterkeitsrechtlichen Fallgruppen erfasst, die das Verhältnis von Unternehmen zu Unternehmen betreffen“.

178 Henning-Bodewig, FS-Tilmann 2003, 149 (157); ebenso auch der BGH, GRUR 2016, 710 (711) – *Im Immobiliensumpf* und der österreichische OGH, GRUR Int 2009, 342 (345) – *Stadtrundfahrten*.

179 BT-Drs. 19/27873, S. 32 unter Verweis auf BGH, GRUR 2021, 1400 (1405) – *Influencer I*.

gegeben, denn selbst durch entgeltlose Produktbewerbungen auf Social-Media Plattformen wird durch die daraus folgende Steigerung der Bekanntheit und Bindung von Followern auf dem eigenen Profil zugleich das Interesse von Drittunternehmen an einem entgeltlichen Influencer-Marketing in Kooperation mit dem Influencer geweckt, womit er auf diese Weise Umsätze generieren und seinen Werbewert steigern kann.¹⁸⁰ Darin liegt evident eine B2B-Absatzförderung über die Ansprache des Verbrauchers, denn letztlich entspricht es der Geschäftsstrategie des Influencers, dass dadurch das potenzielle Kooperationsunternehmen in seiner wirtschaftlichen Entscheidung derart beeinflusst wird, dass es zu einer entgeltlichen Werbekooperation mit dem Influencer kommt, sodass dadurch dessen Absatz gefördert wird. Es handelt sich also im Rahmen seines Geschäftsmodells um eine typische Absatzförderungsmaßnahme und danach um eine geschäftliche Handlung. Dies entspricht der objektiven Auslegung des Unmittelbarkeitszusammenhangs i. S. d. Geschäftspraktik. Dass dies nun nicht als geschäftliche Handlung gewertet werden soll – und davon scheint der Gesetzgeber auszugehen – ist nicht so recht verständlich und geht schon nicht konform mit der Auslegung der Geschäftspraktik im B2C-Bereich, für die dem Gesetzgeber kein eigener Regelungsspielraum offensteht. Diese Art der Auslegung ist also für den B2C-Bereich richtlinienwidrig, sodass auch weiterhin unentgeltliche und gegenleistungsfreie Werbung regelmäßig als geschäftliche Handlung im B2C-Bereich angesehen werden muss. Es liegt der Schluss nahe, dass der Gesetzgeber hier die Bedeutung einer solchen Änderung versehentlich unterbewertet hat. Erstens wollte er selbst das Influencer-Marketing stärker regulieren, jedoch nicht deregulieren.¹⁸¹ Eine solche Einschränkung der geschäftlichen Handlung hätte aber eine Deregulierung unweigerlich zur Folge. Zudem wollte er nur eine Abgrenzung zu bloßen, unverfänglichen Tipps oder gutgemeinten Ratschlägen oder Meinungen ermöglichen. Sobald aber auch nur ein verstecktes finanzielles oder kommerzielles Interesse im Sinne einer geschäftlichen Handlung zugunsten des eigenen oder fremden Unternehmens dahintersteckt, soll die Handlung nach wie vor durch das Wettbewerbsrecht erfasst werden, und sei es, dass dies mittelbar durch die Förderung der eigenen Bekanntheit geschieht.¹⁸² Es kann also nur so sein, dass es sich dabei um ein Versehen handelt, welches keine Einschränkung des Begriffes der geschäftlichen Handlung gegenüber der Geschäftspraktik im B2C-Bereich bedeutet. Im Zweifel wäre die Auslegung der geschäftlichen Handlung daher teleologisch zu reduzieren. Ebenso wenig wird man im harmonisierungsfreien B2B-Bereich von einer abweichenden Auslegung ausgehen können, da hierfür keine Veranlassung besteht und auch kein sach-

180 BGH, GRUR 2021, 1400 (1405) – *Influencer I*.

181 Vgl. BT-PIPr. 19/219, S. 27797 (A).

182 BT-Drs. 19/30527, S. 12; BT-PIPr. S. 27797 (A), S. 27798 (A).

licher Grund ersichtlich ist. Stattdessen scheint der Gesetzgeber davon auszugehen, dass der Begriff der geschäftlichen Handlung weiterhin einheitlich auch in harmonisierungsfreien Bereichen auszulegen ist (beispielsweise fremdnütziges Absatzverhalten oder Bezugsverhalten).¹⁸³

Durch die hier vertretene Erstreckung der geschäftlichen Handlung, wie sie aufgrund der Geschäftspraktik auszulegen ist, auf das B2B-Feld sind Absatz- und Nachfragehandlungen im vertikalen B2B-Verhältnis in Fortführung des Auslegungsgedankens der Richtlinie objektiv-funktional auszulegen.¹⁸⁴ Eine geschäftliche B2B-Handlung liegt damit vor, wenn sie bei objektiver Betrachtung dazu geeignet ist, die geschäftliche Entscheidung eines anderen Unternehmers vor, während und nach dem Geschäftsabschluss derart zu beeinflussen, und darin nach dem Handlungssinn auch die verobjektivierte Zweckrichtung zu entnehmen ist, den eigenen oder einen fremden Absatz oder den Bezug von Waren und Dienstleistungen zu fördern (vertikal B2B; absatz- und nachfragebezogen).

Der Handlungsumfang der geschäftlichen Handlung in Bezug auf das B2B-Absatzgeschäft ist demnach analog zu der Reichweite der Geschäftspraktik gegenüber einem Verbraucher, nur, dass er eben in persönlicher Hinsicht zwischen Unternehmern und Unternehmern bzw. zwischen Unternehmern und sonstigen Marktteilnehmern gilt.¹⁸⁵

Im Hinblick auf den Bezug von Waren und Dienstleistungen liegt eine geschäftliche Handlung bei Verhaltensweisen vor, die objektiv dazu geeignet sind, die geschäftliche Entscheidung des Unternehmers oder sonstigen Marktteilnehmers gerade in Bezug auf die Nachfrage von Waren oder Dienstleistungen zu beeinflussen, und dem Handlungssinn auch eine dahingehende Zweckrichtung zu entnehmen ist, sodass die Handlung bei objektiver Betrachtung auch final darauf gerichtet ist, das geschäftliche Verhalten des Unternehmers oder sonstigen Marktteilnehmers derart zu beeinflussen, dass es zu einer Förderung des eigenen oder fremden Bezugs kommt.¹⁸⁶ Dies betrifft z. B. Handlungen gegen Konkurrenten, um knappe Güter oder Arbeitskräfte zu beschaffen.¹⁸⁷ Ebenfalls ist davon das unentgeltliche Influencer-Marketing umfasst, wenn versteckte finanzielle Motive dahingehend bestehen, dass durch unentgeltliche und freiwillige Produktwerbung die eigene Bekanntheit gefördert wird, um damit andere Unternehmen auf sich selbst aufmerksam werden zu lassen, mit der Folge, dass diese mit dem Influencer entgeltliche Kooperationsverträge eingehen.

183 BT-Drs. 19/30527, S. 12.

184 BT-Drs. 16/10145, S. 21.

185 Vgl. dazu oben unter B.I.2.a). So auch *Koch*, FS Köhler 2014, 359 (368).

186 Vgl. dazu oben unter B.I.3.b).

187 MüKoUWG/Bähr, 3. Aufl. 2020, UWG, § 2 Rn. 140.

bb) Horizontal B2B

Während das Handlungsspektrum bei B2B-Absatz- und Nachfragehandlungen dem des B2C-Absatz- bzw. Nachfragegeschäftes also gleicht und es daher einfach ist, den Begriff der Geschäftspraktik durch die Auslegung der geschäftlichen Handlung auf diese Fälle zu münzen, ist dies für horizontale Direktangriffe auf Mitbewerber schwieriger. Der Gesetzgeber hat hierzu nicht lediglich den Begriff des unmittelbaren Zusammenhangs aus der Geschäftspraktik übernommen, denn dies hätte suggeriert, dass es eines zeitlich-kausalen Zusammenhangs zwischen Angriff und Absatz- oder Bezugsförderung bedarf.¹⁸⁸ Weil aber zwischen einem Angriff und einer Absatz- oder Bezugsförderung durchaus ein großer, noch nicht von vornherein greifbarer Zeitraum liegen kann und das Vorliegen eines Unmittelbarkeitszusammenhangs dann zweifelhaft wäre, hatte der Gesetzgeber zunächst nur auf einen objektiven Zusammenhang abgestellt.¹⁸⁹ Auf einen engen zeitlich-kausalen, also unmittelbaren Zusammenhang kommt es dementsprechend nicht allein an.

Trotzdem müssen horizontale Direktattacken und gezielte Mitbewerberbehinderungen unter die geschäftliche Handlung subsumiert werden können.¹⁹⁰ Für solche Direktangriffe bereitet die Auslegung der geschäftlichen Handlung allerdings Schwierigkeiten. Die Wettbewerbsordnung, die diese Fälle abgedeckt hätte, kann hierfür nicht herangezogen werden, da sie aufgegeben werden sollte. Die Begriffsauslegung der Geschäftspraktik passt ebenfalls nicht. Denn dann wäre ein objektiv-funktionales Verständnis zugrunde zu legen. Das fällt indes schwer, denn die nach dem Auftrag des Gesetzgebers einzubeziehenden Handlungen (z.B. direkte Einwirkungen auf den Geschäftsbetrieb, wie etwa Betriebsspionage) sind aus objektiver Sicht keine typischerweise mit der Absatzförderung zusammenhängenden Verhaltensweisen. Vor allem aber passt eine funktionale Auslegung im horizontalen Bereich nicht richtig. Dann müsste das Angriffsverhalten dazu geeignet sein, die geschäftliche Entscheidung des Abnehmers – zumindest irgendwann – zu beeinflussen und ihm auch ein entsprechender Zweck zu entnehmen sein, der nach dem Handlungssinn darauf gerichtet ist, dass es zu einer Förderung des eigenen oder fremden Absatzes kommt.¹⁹¹ In funktionaler Hinsicht ist oftmals aber zum Zeitpunkt der Handlung überhaupt noch nicht fassbar, ob und inwieweit sich die Handlung erst einmal dazu eignet, die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers so zu beeinflussen, dass es irgendwann zu

188 Vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 2 Rn. 53.

189 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 2 Rn. 53.

190 BT-Drs. 16/10145, S. 21. Vgl. auch Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 2 Rn. 53.

191 So etwa der BGH, GRUR 2016, 710 (711) – *Im Immobiliensumpf* (zu § 4 Nr. 1 UWG); Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 2 Rn. 53.

einer Absatzförderung kommt, sodass schwer erkennbar ist, ob ihr ein entsprechender Zweck innewohnt. Oftmals erreicht die Handlung den Verbraucher weder alsbald, noch ist sie für ihn erkennbar.¹⁹² Gleichwohl will der Gesetzgeber diese Fälle erfassen, weil er davon ausgeht, dass mit derartigen horizontalen B2B-Angriffshandlungen letztlich der Absatz oder der Bezug von Waren und Dienstleistungen regelmäßig – gegebenenfalls mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung – zugunsten des unlauter handelnden Unternehmens beeinflusst werde.¹⁹³ Insoweit geht die geschäftliche Handlung im horizontalen B2B-Bereich weit über den objektiv-funktional verstandenen Unmittelbarkeitszusammenhang der Geschäftspraktik hinaus, denn die vom Gesetzgeber bedachte (ggf. zeitlich verzögerte) Beeinflussung des Absatz- oder Nachfrageverhaltens bedeutet letztlich nichts anderes als das Erfordernis eines weit gelagerten Kausalzusammenhangs. Dies entspricht nicht dem lediglich objektiv-funktionalen Auslegungsverständnis der Richtlinie.

Im Grundsatz muss daher eine eigene Auslegung erfolgen, die sich aber dennoch möglichst nah am Ansatz der Richtlinie orientiert. Denn eine einheitliche Auslegung mit der Richtlinie kann nur *so weit wie möglich* erfolgen.¹⁹⁴ Für horizontale Mitbewerberattacken dürfte eine einheitliche Auslegung nach hier vertretener Ansicht aber wie gezeigt nicht möglich sein. Es ist zu akzeptieren, dass es insofern zu einer unterschiedlichen Auslegung der geschäftlichen Handlung in dem B2C/vertikalen B2B-Bereich und dem horizontalen B2B-Bereich kommt. Da der funktionale Ansatz hier wie gezeigt nicht passt, muss bei der Auslegung der geschäftlichen Handlung für horizontale B2B-Verhaltensweisen in Anlehnung an die Geschäftspraktik gleichwohl ein objektiver Ansatzpunkt zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen gewählt und somit die geschäftliche Handlung auch in Bereichen, in denen das Richtlinienverständnis nicht völlig übertragbar ist, im Geiste der Richtlinie fortgeführt werden. Unter Zugrundelegung eines objektiven Ansatzes dürfte eine geschäftliche Handlung im horizontalen B2B-Bereich am ehesten so auszulegen sein, dass darunter ein Verhalten zu verstehen ist, welches bei objektiver Betrachtung darauf gerichtet ist, auf den Geschäftsbetrieb des Mitbewerbers *einzuwirken*, und in objektiv-kausaler Weise dazu geeignet ist, sich negativ auf die Stellung des Mitbewerbers am Markt und seinen Absatz oder den Bezug von Waren und Dienstleistungen *auszuwirken*. Hierzu bedarf es jedoch keinen tatsächlichen, sondern bloß erwartbaren Auswirkungen auf den Waren- oder Dienstleistungsabsatz bzw. des Bezugs der Mitbewerber, also einer bloßen Geeignetheit oder Dienlichkeit des Angriffsverhaltens, was der objektiven Seite der Richtlinienauslegung entspricht. Hingegen

192 Gloy/Loschelder/Danckwerts/Erdmann/Pommerening, 5. Aufl. 2019, HdB WbR, § 31 Rn. 60.

193 BT-Drs. 16/10145, S. 21.

194 Köhler, WRP 2007, 1393 (1396).

ist ein funktionaler Zusammenhang mit der Beeinflussung des geschäftlichen Verhaltens der Marktgegenseite nicht zu fordern. Er ist für die Auslegung der geschäftlichen Handlung bei horizontalen B2B-Angriffen untauglich.

d) Auslegung in Fällen der Bereichsausnahmen

Der Gesetzgeber hat für die in Art. 3 UGP-RL zugelassenen Bereichsausnahmen, unter die gem. Art. 3 Abs. 8 UGP-RL auch die in dieser Arbeit relevanten Rechtsdienstleistungsvorschriften fallen, keine Aussage dazu getroffen, ob er die geschäftliche Handlung ebenfalls im Sinne der (ggf. für das Nachfragegeschäft und den B2B-Bereich zu modifizierenden) Geschäftspraktik objektiv-funktional auslegen will oder ob z. B. die subjektiv auszuliegende Wettbewerbshandlung fortgelten soll. Das Schrifttum hat sich hiermit noch nicht tiefergehend befasst, sondern scheint ohne nähere Begründung davon auszugehen, dass die geschäftliche Handlung anwendbar ist.¹⁹⁵ Auch der BGH neigt diesem Ergebnis offenbar zu und hat ohne Weiteres für einen der Richtlinie gemäß ihrem Art. 3 Abs. 4 nicht unterfallenden Bereich eine geschäftliche Handlung zugrunde gelegt.¹⁹⁶ Dieses Ergebnis überzeugt. Im Interesse einer einheitlichen Auslegung wird man auch hier den objektiv-funktionalen Ansatz der Geschäftspraktik applizieren müssen.¹⁹⁷ Der Gesetzgeber hat einen einheitlichen Oberbegriff geschaffen, der ohne weitere Differenzierung für alle Fälle gilt. Es gibt überdies auch keinen Grund für die Anwendung einer autonomen Auslegung in diesen Ausnahmebereichen. Die Verhaltensweisen, die die geschäftliche Handlung erfassen will, sind stets dieselben, gleich ob sie in harmonisierten Bereichen vorkommen oder von harmonisierungsfreien Bereichsausnahmen erfasst sind. Deshalb besteht auch kein Bedürfnis für eine abweichende Auslegung. Dies gilt folglich auch für die in dieser Arbeit relevanten Rechtsdienstleistungsvorschriften. Dementsprechend hat die Rechtsprechung Handlungen, die gegen Rechtsdienstleistungsvorschriften verstoßen, stets objektiv-funktional ausgelegt und damit für sie die geschäftliche Handlung in einer der Geschäftspraktik entsprechenden Auslegung zugrunde gelegt.¹⁹⁸ Somit ist

195 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Keller, 5. Aufl. 2021, UWG, § 2 Rn. 12.

196 BGH, GRUR 2017, 286 (287 f.) – *Hörgeräteausstellung*. In dem Fall ging es um eine irreführende Handlung durch Unterlassen wegen eines Verstoßes gegen § 1 Abs. 1 S. 1 Fall 1 PAngV, die auf der RL 98/6/EG beruht und gem. Art. 3 Abs. IV der UGP-RL dieser vorgeht.

197 Vgl. Gloy/Loschelder/Danckwerts/Erdmann/Pommerening, 5. Aufl. 2019, HdB WbR, § 31 Rn. 11. Die Zugrundelegung einheitlicher Beurteilungsmaßstäbe strebt auch Köhler, WRP 2007, 1393 (1396), an.

198 Vgl. BGH, GRUR 2012, 79 – *Rechtsberatung durch Einzelhandelsverband*; BGH, GRUR 2011, 352 (353) – *Makler als Vertreter im Zwangsversteigerungsverfahren*; OLG Koblenz, GRUR 2020, 280 (283).

auch im Bereich der richtlinienfreien Bereichsausnahmen für die Beurteilung unlauterer Handlungen allein der Begriff der geschäftlichen Handlung gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG maßgeblich, der wie die Geschäftspraktik auszulegen ist.

e) Zwischenergebnis

Nach alledem ist der Begriff der geschäftlichen Handlung im Grundsatz für alle Verhaltensweisen aus der Geschäftspraktik zu gewinnen. Dies gilt für sämtliche Bereiche, selbstverständlich für den harmonisierten Bereich, aber auch für die nicht harmonisierten Bereiche, insbesondere für das vertikale B2C- als auch für das B2B-Geschäft.¹⁹⁹ Es ist stets eine objektiv-funktionale Auslegung der geschäftlichen Handlung vorzunehmen, die z. B. im vertikalen B2B-Bereich auf das Verhältnis von Unternehmer zu Unternehmer oder sonstigen Marktteilnehmern „umgedreht“ werden muss. Die neu eingefügte „Unmittelbarkeit“ in der Neufassung der geschäftlichen Handlung bringt dafür keine Änderungen und hat wohl nur den Sinn eines besseren sprachlichen Gleichlaufs mit dem unionsrechtlichen Begriff der Geschäftspraktik.

Modifikationen müssen allerdings bei horizontalen B2B-Handlungen vorgenommen werden. In diesen Fällen ist eine „eins-zu-eins“-Übertragung der objektiv-funktionalen Auslegungsleitlinien im Sinne der Geschäftspraktik auf die geschäftliche Handlung nach hier vertretener Ansicht nicht möglich. Zugunsten einer richtliniennahen Auslegung überzeugt es, dass eine objektiv ausgerichtete Angriffshandlung (Einwirkung) und eine objektiv zu bestimmende Eignung zu negativen Auswirkungen auf die Marktstellung des Mitbewerbers und seinen Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen vorliegen muss.

Für alle Handlungen, die Bereichsausnahmen unterfallen, ergibt sich ebenfalls kein anderes Auslegungsverständnis. Es gibt kein Bedürfnis zu einer abweichenden Auslegung in diesen Bereichen, da die Verhaltensweisen, die das UWG mit der geschäftlichen Handlung erfassen will, der Sache nach die gleichen sind, gleich, ob sie einer Bereichsausnahme unterfallen oder harmonisiert sind. Dagegen ist der Begriffsinhalt der Wettbewerbshandlung für die Auslegung der geschäftlichen Handlung gänzlich irrelevant. Alleiniger Maßstab muss nach hier vertretener Ansicht die Geschäftspraktik sein, wie sie nach der Richtlinie auszulegen ist. Stets muss dabei eine verobjektivierte Betrachtung des Bezugs zum Absatz- oder Nachfragegeschäft angestellt werden.

¹⁹⁹ GK-UWG/*Peukert*, 3. Aufl. 2020, § 2 Rn. 40. So wohl auch *Scherer*, WRP 2014, 517 (521).

Damit ist eine einheitliche und richtlinienorientierte objektiv-funktionale Auslegung der geschäftlichen Handlung im Sinne der Geschäftspraktik vorzunehmen, und dort, wo sie nicht ganz passend ist, wie z. B. im horizontalen B2B-Bereich, möglichst richtliniennah zu modifizieren.

4. Zusammenfassende Auslegung der geschäftlichen Handlung

Das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung ist Toröffner zum Anwendungsbereich des UWG, insbesondere des Rechtsbruchtatbestandes. Sie ist ersichtlich an die Geschäftspraktik nach Art. 2 d) der Richtlinie angelehnt und enthält zukünftig alle ihre Merkmale, geht aber zum Teil über sie hinaus.

Die Geschäftspraktik selbst erfasst nur solche B2C-Verhaltensweisen, die bei einer objektiv-funktionalen Betrachtungsweise typischerweise und unter Berücksichtigung der im einzelnen vorliegenden Geschäftsstrategie des jeweiligen Unternehmers in einer den Sinn seines Verhaltens bestimmenden Art und Weise final, d. h. nicht nur reflexhaft, darauf gerichtet und geeignet sind, das geschäftliche Verhalten des Verbrauchers derart zu beeinflussen, dass es nach dem objektiv zu ermittelnden Handlungszweck zu einer Förderung des eigenen Absatzes des Unternehmers kommen kann. Es geht also um Verhaltensweisen, die objektiv betrachtet eigennützige Absatzhandlungen gegenüber einem Verbraucher darstellen. Unbeachtlich ist die subjektive Absicht des Unternehmers und die zeitliche Nähe der ausgeführten Handlung zur Absatzförderung. Zeitlich erstreckt sich der Handlungsradius der Geschäftspraktik entsprechend dem Anwendungsbereich der Richtlinie gem. Art. 3 Abs. 1 UGP-RL auf alle Handlungen, die vor, bei und nach Geschäftsabschluss mit der Absatzförderung, dem Verkauf sowie der Lieferung eines Produkts zusammenhängen. Insofern entspricht die Absatzförderungsphase, die Verkaufsphase und die Lieferphase dem zeitlichen Anwendungsbereich der Richtlinie. Die Handlungen können jedoch nicht beliebig weit vor- oder nachgelagert sein. In allen Fällen bedarf es eines nach außen dringenden Kommunikationsakts des Unternehmers, der den Verbraucher erreichen und ihn in seiner geschäftlichen Entscheidung beeinflussen kann. In diesem Zusammenhang muss die Handlung auch dazu geeignet sein und ihr muss bei objektiver Betrachtung in einer den Handlungssinn bestimmenden Weise die Zweckrichtung zugrunde liegen, dadurch den Absatz zu fördern, den Vertragsschluss zu beeinflussen oder den Vertrag durchzuführen bzw. an ihm festzuhalten. Im nachgelagerten Feld kann sich eine Geschäftspraktik dabei auf belastende oder unverhältnismäßige Hindernisse sowohl vertraglicher als auch nichtvertraglicher Art beziehen und den Verbraucher nachteilig wirtschaftlich betreffen.

Aufgrund der Vollharmonisierungsanordnung der UGP-RL musste in ihrem Geltungsbereich der Umfang der Geschäftspraktik vollständig und ohne Abweichungen in das UWG implementiert werden. Dies betrifft alle Verhaltensweisen, die objektiv solche des eigenen Absatzgeschäftes und an den Verbraucher gerichtet sind. Der Gesetzgeber muss in diesen Bereichen zwingend genau die Reichweite und den Umfang der Geschäftspraktik einhalten und darf weder Verhaltensweisen als unlauter einordnen, die die Geschäftspraktik selbst nicht erfasst, noch Verhaltensweisen ausnehmen, die durch die Geschäftspraktik erfasst sind; er darf also weder strenger noch liberaler sein. Insoweit deckt sich die Auslegung der geschäftlichen Handlung im Hinblick auf verbrauchergerichtete Absatzhandlungen mit der der Geschäftspraktik.

Eine eigene, autonome Auslegung konnte der Gesetzgeber nur in den harmonisierungsfreien Bereichen vornehmen, d. h. im B2C-Bereich bei fremdnützigen Absatzhandlungen und Nachfragehandlungen sowie bei über den Umfang der Geschäftspraktik hinausgehenden Verhaltensweisen, oder aber, wenn kein Gewerbetreibender bzw. Unternehmer handelt. Desgleichen bei Handlungen, die gegenüber Verbrauchern vorgenommen werden, die sich aber ausschließlich gegen Mitbewerber richten, da sie aufgrund der fehlenden Schutzzweckkorrespondenz mit der Richtlinie von ihr nicht erfasst und folglich harmonisierungsfrei sind. Entsprechendes gilt für nationale Lauterkeitstatbestände, die solche Verhaltensweisen regulieren. Der Harmonisierungszwang bezieht sich also nur auf die in der Richtlinie angelegten B2C-Verhaltensweisen und verlangt Harmonisierung auch nur, wenn sie objektiv mit dem eigenen Absatzgeschäft oder dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts zusammenhängen. Zudem ist der gesamte vertikale und horizontale B2B-Bereich sowie Handlungen gegenüber sonstigen Marktteilnehmer vollständig autonomen Regelungen zugänglich.

Der Gesetzgeber hat klar geregelt, dass auch fremdnütziges unternehmerisches Handeln im B2B- und B2C-Bereich abgedeckt ist. Auch ist das Nachfragegeschäft erfasst. Da der Gesetzgeber alle Handlungen eines Unternehmers gegenüber einem Verbraucher unter Berücksichtigung der unionsrechtlichen Vorgaben regeln wollte, muss das B2C-Bezugsgeschäft ebenfalls analog zur Richtlinie objektiv-funktional ausgelegt werden und im Sinne dieser Auslegung dafür die Absatzförderung durch die Bezugsförderung ersetzt werden. Ebenso muss das gesamte vertikale Absatz- und Bezugsgeschäft eines Unternehmers gegenüber anderen Unternehmern und sonstigen Marktteilnehmer richtlinienkonform ausgelegt werden, allerdings so, dass anstelle des Verbrauchers auf der Marktgegenseite ein anderer Unternehmer oder sonstiger Marktteilnehmer tritt. Im Übrigen ist die Auslegung im Vertikalverhältnis mit der B2C-Auslegung gleichlautend. Denn der Gesetzgeber hat sich nach einhelliger Ansicht für eine einheitliche und an dem objektiv-funktionalen Ansatz der Geschäftspraktik orientierte Aus-

legung der geschäftlichen Handlung in allen Vertikalbereichen und die vollständige Aufgabe der Wettbewerbshandlung entschieden. Daran ändert nach hier vertretener Auffassung auch die Neufassung der geschäftlichen Handlung durch die Novelle im Jahr 2022 nichts. Die Auslegung der geschäftlichen Handlung ist daher in diesen Bereichen analog im Geiste der Richtlinie fortzuführen, sodass ein sachlich-gegenständlicher Auslegungsgleichlauf (objektiv-funktional) der geschäftlichen Handlung mit der Geschäftspraktik in allen Vertikalbereichen vorzunehmen ist, unabhängig davon, wem gegenüber die Handlung vorgenommen wird. Damit sind die nach früherem Recht durch die Wettbewerbshandlung umfassten wesentlichen Verhaltensweisen abgedeckt, wenn auch nicht alle, da die Wettbewerbshandlung vor allem im Vorfeld aufgrund ihres starken subjektiven Bezugs (entscheidend war zu meist das Vorliegen allein einer Wettbewerbsförderungsabsicht) möglicherweise weiter griff, der Gesetzgeber jedoch irrig von einer deckungsgleichen Reichweite im Vorfeld zum Geschäftsabschluss ausging. In Einzelfällen deckt die geschäftliche Handlung somit nicht unbedingt alle Verhaltensweisen ab, die durch die Wettbewerbshandlung erfasst gewesen wären, so wie z. B. nicht als objektive Absatzhandlungen erkennbare Verhaltensweisen, bei denen ein eher verstecktes Absatzziel vorliegt.

Allein im Horizontalverhältnis kann eine gänzlich einheitliche Auslegung nach hier vertretener Ansicht nicht vorgenommen werden, da sich ein funktionaler Zusammenhang der Handlung mit der Absatz- oder Bezugsförderung derart, dass die Handlung geeignet ist und bei objektiver Betrachtung dazu dient, die geschäftliche Entscheidung der Marktgegenseite entsprechend zielgerichtet zu beeinflussen, entweder nicht feststellen lassen wird oder die Marktgegenseite von vornherein schon nicht zu erreichen vermag. Ein derart weit gelagerter Kausalzusammenhang entspricht auch tatsächlich nicht unbedingt dem Richtlinienverständnis. Daher kann nur eine objektive Betrachtung erforderlich sein. Diese lässt eine Auslegung der geschäftlichen Handlung überzeugend erscheinen, die alle Verhaltensweisen erfasst, die bei objektiver Betrachtung darauf gerichtet sind, auf den Geschäftsbetrieb des Mitbewerbers einzuwirken und in objektiv-kausaler Weise dazu geeignet sind, sich negativ auf die Stellung des Mitbewerbers am Markt und seinen Absatz oder den Bezug von Waren und Dienstleistungen auszuwirken.

Soweit möglich ist mithin ein einheitliches, richtlinienorientiertes Auslegungsverständnis der geschäftlichen Handlung zu applizieren, welches für die von der Richtlinie nicht erfassten Konstellationen weitergedacht werden muss. Da dies im Falle der B2B-Direktangriffe nicht gänzlich möglich ist, muss sich dennoch möglichst nah an der Richtlinie orientiert werden. Ob die jeweilige Handlung im Zuge eines Verstoßes gegen eine einer Bereichsausnahme unterfallende Vorschrift vorgenommen wird, führt zu keiner unterschiedlichen Auslegung.

II. Tatbestandsaufbau der normenspezifischen Tatbestandskomponente

Der Tatbestandsaufbau und das Prüfungsschema des Rechtsbruchtatbestandes folgen im Wesentlichen dem Gesetzestext des § 3a UWG. Hierzu ist wenig streitig. Daher soll in der gebotenen Kürze ein Überblick darüber gegeben werden, wie sich die für diese Arbeit besonders relevante Analyse rechtsbruchrelevanter Normen in die Struktur des Rechtsbruchtatbestandes einfügt. Das Prüfungsschema ergibt sich aus den nachfolgenden Gliederungspunkten, wobei eine detaillierte Untersuchung der Merkmale der normenspezifischen Tatbestandskomponente nicht an dieser Stelle, sondern im 5. Kapitel separat vorgenommen wird.

1. Zuwiderhandeln gegen eine gesetzliche Vorschrift

Der Tatbestand des Rechtsbruchs erfordert zunächst ein Zuwiderhandeln gegen eine gesetzliche Vorschrift. Dazu muss der Unternehmer sämtliche objektiven und subjektiven Merkmale einer gesetzlichen Vorschrift erfüllt haben oder zumindest für den Fall einer vorbeugenden Unterlassung zu erfüllen drohen.²⁰⁰ Solche Vorschriften werden im Wege der Öffnung des Rechtsbruchtatbestandes in diesen einbezogen und ihre Verletzung inzident geprüft.

a) Gesetzliche Vorschrift

Unlauter i. S. d. § 3a UWG kann nur ein Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift sein. Hiermit ist nichts anderes gemeint als ein Gesetz i. S. d. Art. 2 EGBGB.²⁰¹ Eine gesetzliche Vorschrift ist demnach jede Rechtsnorm. Rechtsnormen sind alle allgemeinverbindlichen Rechtsvorschriften mit materiellem Gehalt, die im Inland Geltung beanspruchen, also alle formellen und materiellen Gesetze.²⁰² Ihre Geltung muss staatlich-autoritativ veranlasst worden sein.²⁰³

Aufgrund der übergreifenden Geltung des Art. 2 EGBGB gerade für das Zivilrecht können zudem nur solche Vorschriften als zivilrechtliche Rechtsnormen begriffen werden, die nicht lediglich zwischen staatlichen Subjekten Wirkung entfalten, sondern aus der staatlichen Innensphäre in den Privatrechtsverkehr hineinragen und Privatrechtssubjekte berechtigten, verpflichten oder für sie eine andere Rechtsfolge treffen, die sie zu befolgen ge-

200 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.84.

201 BGH, GRUR 2005, 960 (961) – *Friedhofsruhe*; v. Walter, S. 54.

202 Köhler, GRUR 2004, 381 (382 f.).

203 v. Walter, S. 54.

zwungen sind, wodurch den Normen eine Außenwirkung zukommt.²⁰⁴ Eine Vorschrift ist folglich keine Rechtsnorm, wenn sie nur das Binnenverhältnis der Staatsorganisation und Verwaltung betrifft.

Soweit die Vorschrift demnach zwischen Privatrechtssubjekten wirkt, ist in Abgrenzung zu Verträgen nicht ausreichend, dass sie nur zwei Subjekte bindet. Stattdessen muss ihr eigen sein, dass sie sich abstrakt gesehen auf ganze Personenkreise bezieht oder beziehen kann, die selbst nicht an dem im konkreten Fall vorliegenden Rechtsverhältnis beteiligt sind (sog. Drittunterworfenheit).²⁰⁵ Für diese Personenkreise muss die Vorschrift allgemeingültig sein, sich also nicht auf einen konkreten Fall beziehen, sondern sich an eine unbestimmte Anzahl von Normadressaten richten (entsprechend dem Verbot des Einzelfallgesetzes gem. Art. 19 Abs. 1 GG).²⁰⁶

Unter Beachtung dieser Maßstäbe können grundsätzlich formelle Bundes- und Landesgesetze, Rechtsverordnungen, kommunale und autonome Satzungen, anerkanntes Gewohnheitsrecht, für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge, verbindliche Normen des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts, soweit sie unmittelbare Bindungswirkung im Inland entfalten, sowie in inländisches Recht umgesetzte völkerrechtliche Verträge Rechtsnormen darstellen.²⁰⁷ Hingegen sind keine Rechtsnormen lediglich die Behörden im Innenverhältnis bindende Verwaltungsvorschriften, vertragliche bzw. privatautonome Regelungen und Klauseln, wie z.B. Sportregeln, sowie technische Regeln (z.B. DIN-Vorschriften) und Standesregeln.²⁰⁸ Keine Rechtsnormen sind auch Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakte.²⁰⁹ Verwaltungsakten fehlt es nämlich an der Allgemeingültigkeit. Zwar können Verwaltungsakte Auflagen als Nebenbestimmungen enthalten, die im Einzelfall auch gewerbliches oder berufsbezogenes Marktverhalten betreffen können. Der Regelungsanspruch der Behörde ist aber nicht auf eine unbestimmte Vielzahl von (ggf. nur potenziell auftretenden) Situationen bezogen, sondern auf eine spezifische Konstellation, die durch ihre Singularität gekennzeichnet ist.²¹⁰ Er hat damit keine allgemeingültige Wirkung. Im Übrigen würde das Vollzugsermessen der Behörde umgangen, wenn Verwaltungsakte privatrechtlich nach § 3a UWG durchgesetzt werden könnten.²¹¹ Dies ist auch nicht anders, wenn Verwaltungsakte nur die Gesetzesanord-

204 v. *Walter*, S. 55.

205 v. *Walter*, S. 57.

206 v. *Walter*, S. 57.

207 Vgl. die ausführliche Darstellung bei *Elskamp*, S. 73 ff.

208 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.53 ff.

209 BAG, NZA 2019, 700 (705); Götting/Nordemann/Ebert-Weidenfeller, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 36.

210 Schoch/Schneider/Knauff, 1. EL August 2021, VwVfG, § 35 Rn. 88.

211 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.56.

nung wiederholen. Denn dann liegt in erster Linie ein *unlauterer* Verstoß gegen das jeweilige Gesetz, nicht aber gegen den Verwaltungsakt vor, sodass aus diesem Grund § 3a UWG nicht eingreifen kann.

Zum Teil wird der Gedanke vorgebracht, ob es nicht einen eigenständigen Rechtsnormbegriff für das UWG geben müsse, der sich an dessen Schutzzwecken orientiert. Nach v. *Walter* sei zu überlegen, ob Art. 2 EGBGB für den Rechtsbruchtatbestand nicht im Lichte des Lauterkeitsrecht auszulegen ist.²¹² Folgt man dem, so wäre eine Rechtsnorm entsprechend den Schutzzwecken in § 1 Abs. 1 S. 1 UWG nur dann für den Rechtsbruchtatbestand relevant, wenn sie lediglich die spezifischen Schutzsubjekte des UWG, also die Marktteilnehmer, verpflichtet, sodass die Außenwirkung einer Norm entsprechend unterschiedlich zum originären Art. 2 EGBGB auszulegen wäre. Denn nur eine solche Norm könnte entsprechend dem Erfordernis einer Zuwiderhandlung i. S. d. § 3a UWG auch gebrochen werden.²¹³ Nach v. *Walter* seien Rechtsnormen i. S. d. § 3a UWG i. V. m. Art. 2 EGBGB dann nur solche, die gerade Marktteilnehmer tatsächlich und normativ binden könnten.²¹⁴ Der BGH recurriert indes ohne Einschränkungen auf Art. 2 EGBGB.²¹⁵ Dem folgt das ganz überwiegende Schrifttum.²¹⁶ Dies ist auch überzeugend. Einen eigenen lauterkeitsrechtlichen Rechtsnormbegriff wird man nicht annehmen können. Über den formalen Anknüpfungspunkt der gesetzlichen Vorschrift soll zunächst ein möglichst weitreichendes Rechtsnormenspektrum in das UWG transformiert werden, was auch v. *Walter* nicht anders sieht.²¹⁷ Wäre dem nicht so, hätte der Gesetzgeber sich in seinen Materialien dazu geäußert. Ferner wäre es dann aus Bestimmtheitsgründen angezeigt gewesen, eine entsprechende Definition in den Definitionenkatalog des § 2 UWG aufzunehmen. Das ist jedoch nicht geschehen, was zeigt, dass der Gesetzgeber mit der bisher durch die Rechtsprechung und das herrschende Schrifttum praktizierten Auslegung zufrieden ist. Einschränkungen im Hinblick auf die durch das UWG verfolgten Schutzzwecke betreffen auch eher den materiellen Inhalt einer Vorschrift und nicht den äußeren formalen Anknüpfungspunkt und sollten daher nicht auf Ebene der „gesetzlichen Vorschrift“, sondern vielmehr bei der Auslegung von Marktverhaltensregelungen im Interesse von Marktteilnehmern erfolgen.

212 v. *Walter*, S. 59.

213 v. *Walter*, S. 59 f.

214 v. *Walter*, S. 60. Dem folgend: *Festl-Wietek*, S. 29.

215 BGH, GRUR 2005, 960 (961) – *Friedhofsruhe*.

216 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.52; *Gutmayr*, S. 94 ff.; *Keck*, S. 14 f.

217 v. *Walter*, S. 60.

b) Zuwiderhandeln

Des Weiteren ist es erforderlich, dass einer gesetzlichen Vorschrift zuwidergehandelt worden ist. Zuwiderhandeln meint die vollständige Erfüllung des Tatbestandes der gesetzlichen Vorschrift oder seine drohende Erfüllung (für den Fall, dass eine einstweilige Verfügung begehrt wird).

Notwendig, aber auch hinreichend ist ein objektiver Verstoß gegen die Vorschrift.²¹⁸ Nicht nur müssen dafür sämtliche Tatbestandsmerkmale erfüllt sein. Gegen die Norm muss auch in subjektiver Weise verstoßen worden sein, also entweder durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit (oder Abstufungen hiervon) und ggf. auch schuldhaft, wenn und soweit dies durch die gesetzliche Vorschrift selbst vorausgesetzt wird.²¹⁹

Die Zuwiderhandlung ist ein echtes Tatbestandsmerkmal und muss durch den Anspruchsteller bewiesen bzw. glaubhaft gemacht werden.²²⁰ Enthält die Vorschrift ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt – so wie dies bei der Kernvorschrift des Rechtsdienstleistungsrechts (§ 3 RDG) der Fall ist – muss der Anspruchsteller beweisen, dass das jeweilige Verhalten von dem präventiven Verbot umfasst ist, da dies einen für ihn günstigen Umstand darstellt. Hingegen muss der Anspruchsgegner beweisen, dass seine Tätigkeit ggf. einer entsprechenden Erlaubnis unterfällt und diese auch so weit reicht, dass sie das angegriffene Verhalten umfasst, da dies für ihn günstig ist.²²¹

aa) Eigenes, täterschaftliches Zuwiderhandeln

Freilich kann nur derjenige einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandeln, von dem die Vorschrift ein Sollen, Dulden oder Unterlassen fordert. Folglich kann nur der Adressat einer Primärnorm eine Zuwiderhandlung begehen.²²² Umgekehrt kann derjenige, der den Tatbestand einer gesetzlichen Vorschrift nicht in eigener Person (vgl. § 8 Abs. 2 UWG) erfüllt, nicht Adressat sein und daher der gesetzlichen Vorschrift grundsätzlich auch nicht zuwider handeln.

Allerdings sind Nebentäterschaft und Mittäterschaft denkbar, wobei Mittäterschaft ein gemeinschaftliches bewusstes und gewolltes Zusammenwirken voraussetzt.²²³ Für den Bereich des Rechtsdienstleistungsrechts kann dies anzunehmen sein, wenn ein Unternehmer in Zusammenarbeit mit einem pensionierten Richter oder auch einer anderen Person unerlaubte Rechts-

218 Zu allem: MAH GewRS/Dittert, 5. Aufl. 2017, § 14 Rn. 31.

219 MüKoUWG/Schaffert, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 100; Elskamp, S. 80 m. w. N.

220 BGH, GRUR 2008, 834 f. – HMB-Kapseln.

221 BGH, GRUR 2016, 88 (90) – Deltamethrin.

222 BGH, GRUR 2015, 1025 (1026) – TV-Wartezimmer; Elskamp, S. 82.

223 BGH, GRUR 2018, 203 (206) – Betriebspsychologe.

dienstleistungen anbietet.²²⁴ Wer hingegen nicht selbst Adressat der Marktverhaltensregelung ist, kann nach den im Deliktsrecht und Lauterkeitsrecht entsprechend geltenden strafrechtlichen Bestimmungen allenfalls als Teilnehmer, d.h. als Anstifter oder Gehilfe in Anspruch genommen werden, aber nicht selbst die Zuwiderhandlung begehen.²²⁵ Es kommt insofern lediglich zu einer akzessorischen Haftung. Im Zusammenhang mit unerlaubten Rechtsdienstleistungen kann eine Teilnehmerhaftung dann ausgelöst werden, wenn ein Dritter eine Person zu Verstößen gegen Rechtsdienstleistungsvorschriften verleitet, oder selbst solche Verletzungshandlungen vorsätzlich ermöglicht oder fördert, er also positiv Kenntnis von der gesetzeswidrigen Rechtsdienstleistung hat oder sich im Sinne eines bewussten Ignorierens dieser Kenntnis verschließt. Diese Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis wird der Teilnehmer selten haben, denn die Feststellung eines Rechtsdienstleistungsverstoßes geht normalerweise mit einer komplizierten Prüfung einher. Sie kann aber beispielsweise vorliegen, wenn das zuständige Amtsgericht die Registrierung eines registrierten Rechtsdienstleisters widerruft oder zurücknimmt und der Teilnehmer mit dieser Kenntnis die nunmehr unerlaubten Rechtsdienstleistungen weiterhin fördert.

Verstöße gegen Rechtsdienstleistungsvorschriften knüpfen überwiegend an die Erlaubnis zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen an. Diese Erlaubnis dürfte in diesen Fällen für natürliche Personen, die Rechtsdienstleistungen erbringen wollen, ein besonderes persönliches Merkmal i. S. d. § 28 StGB darstellen und kann damit in Fällen der Teilnehmerhaftung durchaus relevant werden. So wäre denkbar, dass § 6 Abs. 2 RDG zuwider entgeltliche Rechtsdienstleistungen angeboten werden und deren Erbringung unter Anleitung einer qualifizierten Person erfolgt. In Wahrheit liegt dann eine unlautere, da gegen §§ 3a UWG, 3 RDG verstoßende geschäftliche Handlung vor, die eine Täterhaftung des Rechtsdienstleisters wegen einer Zuwiderhandlung gegen den § 3 RDG sowie eine (Teilnehmer-)Haftung der anleitenden qualifizierten Person auslösen würde, welcher die Erbringung von Rechtsdienstleistungen allerdings erlaubt ist. Die akzessorische Teilnehmerhaftung würde bei strenger Auslegung dazu führen, dass auch der Anleitende für etwaige Verstöße des Rechtsdienstleisters haftet, obwohl er die Zuwiderhandlung nicht selbst begangen hat. Dieses mit der Systematik des RDG nicht zu vereinbarende Ergebnis lässt sich nur mit einer entsprechenden Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB ausräumen.²²⁶ Dementsprechend muss das Merkmal einer Erlaubnis für die Erbringung von Rechtsdienstleistungen die Zuwider-

224 Angelehnt an LG Hamburg, NJW-RR 2016, 61. Nach Durchsicht der veröffentlichten Entscheidungen zum Rechtsdienstleistungsrecht wurden bislang jedoch allein täterschaftliche Haftungsfälle judiziert.

225 BGH, GRUR 2015, 1025 (1026 f.) – *TV-Wartezimmer* m. w. N.

226 Für die generelle Anwendung des § 28 StGB auch *Elskamp*, S. 84.

handlung des Teilnehmers ausschließen. Auch in vergleichbaren Konstellationen sollte sich mit der modifizierten Anwendung des § 28 StGB beholfen werden.

Eine andere Frage ist es, ob Nichtadressaten möglicherweise als Störer gem. § 3a UWG i. V. m. § 1004 BGB analog oder als Teilnehmer nach Deliktsrecht haften können. Auch hierfür ist es erforderlich, dass zumindest der Normadressat einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, da eine Nichtadressatenhaftung, sei es als Störer oder als Teilnehmer an einem fremden Gesetzesverstoß, aufgrund der akzessorischen Ausgestaltung des Rechtsbruchs nicht möglich ist.

bb) Zuwiderhandeln durch die Zurechnung wettbewerbswidriger Handlungen Dritter

Personen, die nicht durch eine eigene geschäftliche Handlung einen Gesetzesverstoß begehen, sind grundsätzlich nicht nach § 3a UWG haftungsverantwortlich, weil sie keiner Primärnorm zuwidergehandelt haben. Eine Zuwiderhandlung kann aber durch die Zurechnung einer Zuwiderhandlung Dritter ausgelöst werden, z. B. nach §§ 8 Abs. 2 UWG, 278, 831, 31 BGB.²²⁷ Hierbei ist auch eine Zuwiderhandlung des Unternehmensinhabers anzunehmen, da ihm stets die wettbewerbswidrigen Gesetzesverstöße seiner Mitarbeiter oder Beauftragten zugerechnet werden, und zwar auch dann, wenn er schon selbst täterschaftlich handelt oder ihm das Handeln eines Mitarbeiters im Rahmen der Organ- oder Repräsentantenhaftung nach §§ 31, 89 BGB zuzurechnen ist.²²⁸ Es soll vermieden werden, dass der Unternehmensinhaber durch das Verschieben von Mitarbeitern der Haftung entgeht.²²⁹ Auch Zuwiderhandlungen von Unternehmen innerhalb eines dem Betriebsinhaber gehörenden Konzerns können so zugerechnet werden, da Beauftragte im Sinne des § 8 Abs. 2 UWG auch Unternehmen sein können. Voraussetzung ist, dass das Unternehmen in die betriebliche Organisation des Betriebsinhabers in der Weise eingegliedert ist, dass der Erfolg seiner Geschäftstätigkeit dem Betriebsinhaber zugutekommt und dieser auf das Unternehmen potenziell einen bestimmenden und durchsetzbaren Einfluss hat, er also den Risikobereich in einem gewissen Umfang beherrscht und ihm ein maßgeb-

227 Vgl. zum Verstoß gegen Rechtsdienstleistungsvorschriften näher *Skupin*, S. 545.

228 MüKoUWG/*Fritzsche*, 2. Aufl. 2014, UWG, § 8 Rn. 296; Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler/Feddersen*, 40. Aufl. 2022, UWG, § 8 Rn. 2.32. Der Auffassung, dass § 8 Abs. 2 UWG nicht subsidiär sei, ist beizutreten, weil durch § 8 Abs. 2 UWG Haftungslücken vermieden werden sollen, und dies nur dadurch effektiv geschehen kann, dass der Gläubiger von der günstigeren Beweislage unter Rückgriff auf den § 8 Abs. 2 UWG profitieren kann. Der Unterlassungsschuldner kann sich nämlich dann nicht exkulpieren.

229 BGH, GRUR 1995, 605 (606) – *Franchise-Nehmer*.

licher Einfluss auf diejenige Tätigkeit eingeräumt ist, in deren Bereich die Verletzungshandlung fällt.²³⁰ Daher können z.B. Zuwiderhandlungen von Versicherungsvertretern oder anderen Unternehmen in einem Unternehmensverbund zugerechnet werden.²³¹ Insgesamt lässt sich festhalten, dass der Gläubiger eines Unterlassungsanspruchs häufiger auf § 8 Abs. 2 UWG zurückgreifen wird. Eine Zurechnung nach §§ 278, 831 und 31 BGB ist indes von kaum nennenswerter Bedeutung, da z.B. § 278 BGB nur bei vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnissen, nicht jedoch bei Wettbewerbsverstößen heranzuziehen ist.²³² Diese Zurechnungsnormen sind nur für Schadensersatzansprüche nach § 9 UWG relevant. So wird z.B. nach § 31 BGB einer juristischen Person oder Personengesellschaft die den Wettbewerbsverstoß verursachende geschäftliche Handlung ihres Organs oder leitenden Mitarbeiters im Rahmen der Organ- bzw. Repräsentantenhaftung zugerechnet; nach § 831 BGB zudem ihre Verrichtungsgehilfen. So haftet das Unternehmen für seine weisungsabhängigen Mitarbeiter und anderen Beauftragten etwa dann, wenn sie Dritten unerlaubte Rechtsdienstleistungen anbieten oder diesen gegenüber erbringen.

Auch dem Geschäftsleiter persönlich kann eine Zuwiderhandlung durch Zurechnung der Mitarbeiter seines Unternehmens zur Last fallen, allerdings hat der BGH für diese Zurechnung hohe Hürden gesetzt.²³³ Eine Zurechnung der Zuwiderhandlung durch Mitarbeiter in dem Unternehmen des Geschäftsleiters kann nur noch erfolgen, wenn er selbst an dem Wettbewerbsverstoß durch positives Tun beteiligt war oder eine deliktische Garantenstellung innehatte.²³⁴ Die bloße Organstellung und Verantwortlichkeit genügen nicht. Erforderlich ist vielmehr ein Verhalten, über das typischerweise auf Geschäftsführungsebene entschieden wird.²³⁵ Denkbar sind Fälle, in denen der Geschäftsführer Wettbewerbsverstöße der Gesellschaft selbst initiiert hat, etwa weil er deren Geschäftsmodell mitentworfen hat und für die Umsetzung mitverantwortlich ist, z. B. bei dem Internetauftritt oder dem allgemeinen Konzept der Kundenwerbung des Unternehmens.²³⁶

230 Dazu: LG Frankfurt, BeckRS 2018, 38107.

231 Nicht aber Versicherungsmakler, weil diese nicht dem einen bestimmenden Einfluss einer Versicherung schwerpunktmäßig untergeordnet sind.

232 MüKoUWG/Fritzsche, 3. Aufl. 2022, UWG, § 8 Rn. 247.

233 BGH, GRUR 2014, 883 (884 f.) – *Geschäftsführerhaftung*.

234 BGH, GRUR 2017, 397 (407) – *World of Warcraft II*.

235 BGH, GRUR 2014, 883 (884) – *Geschäftsführerhaftung*.

236 BGH, GRUR 2014, 883 (885) – *Geschäftsführerhaftung*. Im durch das LG Hamburg, GRUR-RS 2015, 12293 entschiedenen Fall haftete z. B. ein pensionierter Richter als Geschäftsführer einer Gesellschaft „*eigenständig auf Unterlassung, da er das auf diese Rechtsverletzung gegen das RDG angelegte Geschäftsmodell [...] selbst ins Werk gesetzt habe*“.

Für den Kläger im Wettbewerbsprozess ist aufgrund der für diesen oftmals schwer zu durchschauenden internen Organisation und Zuständigkeitsverteilung des beklagten Unternehmers der Nachweis praktisch kaum erbringbar, inwieweit der Geschäftsleiter gewisse Verstöße veranlasst oder an ihnen beteiligt ist. Der BGH geht daher in seiner jüngeren Rechtsprechung von einer Indizwirkung einer Verantwortlichkeit des Geschäftsleiters bei solchen Maßnahmen der Gesellschaft aus, über die nach dem objektiven, äußeren Erscheinungsbild typischerweise auf Geschäftsführungsebene entschieden wird, soweit nichts Gegenteiliges dargelegt wird.²³⁷ Daher wird man bei Verstößen gegen Rechtsdienstleistungsvorschriften durch nichtanwaltliche Dienstleister in der Regel auch zu einer Zuwiderhandlung des Geschäftsleiters kraft Zurechnung kommen, da das eigentliche Geschäftsmodell, welches dann zu Verstößen gegen Rechtsdienstleistungsvorschriften (insbesondere gegen § 3 RDG) führt, in aller Regel durch das vertretungsberechtigte Organ (Geschäftsleitung) konzipiert wird.²³⁸

2. Kernmerkmal: Regelung des Marktverhaltens auch im Interesse der Marktteilnehmer

Zentral für den Rechtsbruchtatbestand ist die Frage, ob eine gesetzliche Vorschrift vorliegt, die „auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln“. Hierbei handelt es sich um den Dreh- und Angelpunkt des Rechtsbruchtatbestandes, weil diese Voraussetzungen darüber entscheiden, ob ein Verstoß gegen eine Vorschrift, die diese Voraussetzungen erfüllt, das Unlauterkeitsverdikt des § 3a UWG tragen kann.²³⁹ Die Prüfung der übrigen Tatbestandsmerkmale steht und fällt so mit der Frage, ob eine Norm auch im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten regelt.

a) Systematische Einordnung

In systematischer Hinsicht handelt es sich bei der normenspezifischen Tatbestandskomponente des Rechtsbruchtatbestandes um eine abstrakte Verweisung. Sie bezieht nicht eine konkrete Norm ein, sondern legt in abstrakt-genereller Form Kriterien fest, welche Normen erfüllen müssen, um durch den Rechtsbruchtatbestand in das UWG einbezogen werden zu können. Insoweit ist der Tatbestand des Rechtsbruchs zweifach abstrakt und einfach konkret angelegt. Er nennt einmal abstrakt die Kriterien, die eine Norm erfüllen muss, um als eine Primärnorm zu gelten. Die auf ihre Primärnorm-

²³⁷ BGH, GRUR 2017, 397 (407) – *Word of Warcraft II*.

²³⁸ So etwa in dem Fall des LG Hamburg, NJW-RR 2020, 170; LG Hamburg, Beschluss vom 01. Juni 2016 – 312 O 246/16 –, juris. So auch *Skupin*, S. 545.

²³⁹ Ähnlich: *Scherer*, WRP 2006, 401 (402) hinsichtlich des Marktteilnehmerinteresses.

qualität zu untersuchende Vorschrift ist wiederum auch abstrakt formuliert und muss dann selbst unter § 3a UWG subsumiert werden. In einem dritten Schritt ist dann der konkrete Sachverhalt zu analysieren und zu prüfen, ob der Primärnorm im konkreten Einzelfall zuwidergehandelt worden ist. Genau anders ist dies bei der geschäftlichen Handlung. Bei ihr ist der Ansatz von vornherein konkret-individuell angelegt, weil anhand der geschäftlichen Handlung ein konkreter Sachverhalt und ein tatsächliches Verhalten eines Unternehmers untersucht wird.

Als Prüfungsprogramm empfiehlt sich daher Folgendes: Zunächst wird abstrakt-generell analysiert, ob es sich bei der jeweiligen gesetzlichen Vorschrift um eine solche handelt, die auch dazu bestimmt ist, das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln. Ist dies zu bejahen, stellt sich die Frage, ob die Norm im konkreten Fall verletzt worden, also ob eine Zuwiderhandlung gegeben ist. Denn ohne eine taugliche Primärnorm braucht auch die Zuwiderhandlung gar nicht geprüft zu werden. Erst dann wird man zur Prüfung der Bagatellkomponente kommen, die eine Zuwiderhandlung („Verstoß“) voraussetzt, sodass ein Primärnormverstoß bejaht werden können muss, bevor in die Prüfung der Bagatellkomponente eingestiegen werden kann.

b) Überblick über die Auslegung der Merkmale der normenspezifischen Tatbestandskomponente

Wie die zentrale Komponente einer Vorschrift, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln auszulegen ist, ist noch nicht vollständig geklärt. Im Wesentlichen tun sich vier Problemstränge auf: Zuerst kann die Frage aufgeworfen werden, was unter einer Regelung zu verstehen ist, die ein Verhalten regelt, welches Marktverhalten darstellt. Damit erschließt sich das Verständnis einer Marktverhaltensregelung. Ist dies geklärt, kommt es zum nächsten und größten Problemfeld mit den erheblichsten Auswirkungen auf den Rechtsbruchtatbestand, nämlich, welche Interessen mit der Interessenklausel im Einzelnen gemeint sind. Schließlich muss es dem Willen des Gesetzgebers entsprechen („dazu bestimmt“), das Marktverhalten gerade auch im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln.

aa) Marktverhaltensregelung und Abgrenzung zur Marktzutrittsregelung

Der Gesetzestext spricht zunächst davon, dass die Primärnorm ein Marktverhalten zum Regelungsgegenstand haben muss. Die Frage, was Marktverhalten bedeutet oder wie das Merkmal einer Marktverhaltensregelung auszulegen ist, wurde im Schrifttum bislang vernachlässigt. In jüngster

Zeit mehrten sich aber Einlassungen zu dieser Thematik.²⁴⁰ Einigkeit besteht jedenfalls darüber, dass die Definition von Marktverhalten aus der geschäftlichen Handlung zu gewinnen ist.²⁴¹ Streitig ist dann jedoch, ob das Marktverhalten genau der geschäftlichen Handlung entspricht²⁴² oder ob der geschäftlichen Handlung zusätzliche Elemente hinzuzufügen sind²⁴³. Auf der Vorstufe zu einer solchen Detailauslegung ist jedoch festzustellen, dass das Erfordernis einer Regelung des Marktverhaltens auch dazu notwendig ist, Regelungen des Verhaltens auf einem Markt von sog. reinen Marktzutrittsregelungen abzugrenzen.²⁴⁴ Ob Handlungen gegen gesetzliche Vorschriften, die marktzutrittsregelnde Elemente enthielten unlauter waren und über den Rechtsbruch sanktioniert werden konnten, war lange Zeit umstritten. Der früher vor allem durch die Entscheidung *Elektroarbeiten* veranlasste Streit entspann sich darüber, ob Vorschriften, die nicht allein das „Ob“ des Marktzutritts, sondern auch das „Wie“ des Agierens auf dem Markt regelten und denen damit eine Doppelfunktion zukam, über den Rechtsbruch sanktioniert und entsprechend abgegrenzt werden konnten.²⁴⁵ Der BGH nahm dies vor allem für Vorschriften an, die den Marktzutritt nicht nur aus Gründen verhindern wollten, die den Schutz des lautereren Wettbewerbs nicht berühren. Eine Doppelfunktion und damit auch das „Wie“ des Marktverhaltens betrafen z. B. Vorschriften, die als Voraussetzung für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten – etwa ärztlicher Behandlungen – im Interesse des Schutzes der Allgemeinheit den Nachweis besonderer fachlicher Fähigkeiten fordern.²⁴⁶ Kritiker wendeten ein, die Abgrenzung zwischen „Ob“ und „Wie“ wirke gekünstelt und spalte die aus „Ob“ und „Wie“ bestehende einheitliche und untrennbare Kausalkette den Marktrealitäten zuwider unnatürlich auf.²⁴⁷ Ferner bestünden ordnungspolitische Zweifel.²⁴⁸

Die Abgrenzung zwischen Marktzutrittsvorschriften und Marktverhaltensregelungen ist heute allerdings nur noch selten relevant.²⁴⁹ Der Gesetzgeber

240 Vgl. hierzu *Festl-Wietek*, S. 34 ff.; *Bohne*, S. 120 ff.

241 *Bohne*, S. 121; MüKoUWG/Schaffert, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 62.

242 So etwa Götting/Nordemann/Ebert-Weidenfeller, UWG, 3. Aufl. 2016, § 3a Rn. 43.

243 So etwa *Bohne*, S. 120 f.

244 Näher hierzu und zum früheren Streitstand v. *Walter*, S. 100 ff.; *Böhler*, S. 203 f. So scheint auch der BGH heute davon auszugehen, dass Funktion der Marktverhaltensklausel die Abgrenzung zu reinen Marktzutrittsvorschriften ist, vgl. BGH, GRUR 2020, 303 (305) – *Pflichten des Batterieherstellers*; BGH, GRUR 2015, 1228 (1233) – *Tagesschau-App*.

245 Dafür etwa *Köhler*, GRUR 2004, 381 (384 f.); *Ullmann*, GRUR 2003, 817 (825).

246 Zu allem vgl. BGH, GRUR 2002, 825 (826) – *Elektroarbeiten*.

247 *Doepner*, WRP 2003, 1292 (1299); *Götting*, FS-Schricker 2005, 689 (700 f.).

248 *Engels/Salomon*, WRP 2004, 32 (36 f.).

249 Ein Beispiel wäre § 88 Abs. 1 AktG, bei dem die Betätigung von AG-Vorstandsmitgliedern der Einwilligung des Aufsichtsrats bedürfen. Hierbei ist kein Marktverhal-

hat mit der Kodifikation der Fallgruppe Rechtsbruch im UWG 2004 eindeutig festgestellt, dass auch Marktzutrittsvorschriften jedenfalls dann, wenn sie zugleich das Marktverhalten regeln, unter den Rechtsbruchtatbestand fallen.²⁵⁰ Hiervon sei mit dem BGH insbesondere bei Vorschriften auszugehen, die als Voraussetzung für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten den Nachweis besonderer fachlicher Fähigkeiten fordern.²⁵¹ Damit hat er den Streit zugunsten der Einbeziehung doppelfunktionaler Vorschriften in den Rechtsbruchtatbestand entschieden. Durch die Formulierung „jedenfalls“ suggeriert der Gesetzgeber, dass auch noch weitere Fälle denkbar sind, in denen Marktzutrittsregelungen einen Rechtsbruch nach § 3a UWG darstellen können.²⁵² Nur *lediglich* den Marktzutritt beschränkende Normen, die nichts mit dem Marktverhalten zu tun haben, also der Art und Weise, wie Unternehmer auf dem Markt agieren, müssen unberücksichtigt bleiben.²⁵³ Handelt es sich, wie bei einigen Rechtsdienstleistungsvorschriften (insbes. § 3 RDG) um Vorschriften, die die Betätigung auf einem bestimmten Markt einer Erlaubnis unterwerfen, um im Interesse der Marktpartner, insbesondere der Verbraucher, eine bestimmte Qualität, Sicherheit oder Unbedenklichkeit der angebotenen Waren oder Dienstleistungen sicherzustellen, ist von einer Doppelfunktionalität regelmäßig auszugehen.²⁵⁴ Es handelt sich nicht allein um Marktzutrittsregelungen, sondern sie können zugleich Marktverhaltensregelungen darstellen.²⁵⁵ Gleiches gilt für Vorschriften, die eine Erlaubnispflicht zur Ausübung eines bestimmten Gewerbes statuieren und damit eine Marktzutrittsregelung darstellen, soweit sie darüber hinaus auch den Schutz anderer Marktteilnehmer vor einer Gefährdung ihrer Rechtsgüter durch unzuverlässige Gewerbetreibende bezwecken.²⁵⁶

tensbezug zu erkennen. Vorstandsmitglieder sollen aus Ordnungsgründen nur ihre gesamte Arbeitskraft der von ihnen geleiteten AG zur Verfügung stellen, vgl. OLG Köln, ZIP 2019, 1010 (1014).

250 BT-Drs. 15/1487, S. 19.

251 BT-Drs. 15/1487, S. 19.

252 BT-Drs. 15/1487, S. 19.

253 BGH, GRUR 2020, 303 (305) – *Pflichten des Batterieherstellers*.

254 BGH, GRUR 2017, 95 (96 f.) – *Arbeitnehmerüberlassung*; zum Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG als Vorgängervorschrift zum § 3 RDG vgl. BGH, GRUR 2004, 353 (354) – *Testamentsvollstreckung durch Banken*. Die Wertungen des Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG können in dieser Hinsicht auf § 3 RDG übertragen werden, vgl. BGH, GRUR 2011, 539 (541) – *Rechtsberatung durch Lebensmittelchemiker*; BGH, GRUR 2009, 1077 (1079) – *Finanzsanierung* (Hervorhebung durch den Verfasser).

255 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.118.

256 BGH, GRUR 2017, 95 (97) – *Arbeitnehmerüberlassung*.

bb) Regelung von Marktverhalten

Das Vorliegen einer Regelung ist nur scheinbar unproblematisch und in der Diskussion um den Rechtsbruchtatbestand von nicht nur untergeordneter Bedeutung. Nur wenige haben sich damit auseinandergesetzt.²⁵⁷ Diskutabel ist, ob es eines bestimmten Regelungsgehaltes bedarf, wie etwa der ausdrücklichen Festlegung eines bindenden Ge- oder Verbotes²⁵⁸, oder ob das Vorliegen einer gesetzlichen Vorschrift ausreicht, sodass es auf den Regelungsgehalt nicht ankommt und folglich irgendeine Rechtsfolgenanordnung (wie z. B. die Nichtigkeit i. S. d. § 134 BGB) genügt²⁵⁹. Zu klären ist zudem, woran zu erkennen ist, dass eine Regelung gerade auch von Marktverhalten in einer Norm vorliegt.

cc) Interesse der Marktteilnehmer

Offen bleibt auch, welche Marktteilnehmerinteressen der § 3a UWG konkret meint, oder ob es ausreicht, dass überhaupt irgendein Interesse – welches auch immer – der Marktteilnehmer betroffen ist.

Aus dem im Singular abgefassten Wortlaut „im“ Interesse, d. h. in *dem* Interesse, wird man freilich nicht schließen können, dass der Gesetzgeber bloß ein (bestimmtes) Interesse im Auge hatte. Es geht vielmehr um abstrakt gefasste Interessen, die in der untersuchten Norm verkörpert sind und zu einem bestimmten Grad mit den Schutzzwecken des UWG übereinstimmen müssen. Das Epizentrum des Streits ist deshalb in der Frage lokalisiert, welche Interessen durch das UWG geschützt sind und sich demnach auch in der untersuchten Norm wiederfinden müssen, damit diese in subjektiver Hinsicht mit den Marktteilnehmerinteressen des Rechtsbruchtatbestandes und dem UWG allgemein korrespondieren kann, sodass die Interessenklausel erfüllt ist. Im Kern lautet die Frage, ob nur wirtschaftliche und mit der Entscheidungsfreiheit des Marktteilnehmers zusammenhängende Interessen²⁶⁰ oder auch Integritätsinteressen erfasst sind²⁶¹.

dd) „Bestimmung“ einer Norm

Es genügt nach dem klaren Gesetzeswortlaut jedoch nicht, dass es zu tatsächlichen oder bloß reflexhaften Auswirkungen auf das Marktverhalten bzw. auf die Interessen der Marktteilnehmer kommt. So muss weder das Marktverhalten in die eine oder die andere Richtung tatsächlich beeinflusst,

257 Z. B. aber v. *Walter*, S. 87 ff., 93; *Gutmayer*, S. 106.

258 So v. *Walter*, S. 92 f.; *Festl-Wietek*, S. 29.

259 So etwa *Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler*, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.52.

260 So etwa *Scherer*, WRP 2006, 401 (402 ff.).

261 So etwa *Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler*, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.67.

noch müssen die Interessen der Marktteilnehmer wirklich beeinträchtigt werden.²⁶² Es ist allein die Bestimmung der Vorschrift, mithin der Wille des Gesetzgebers entscheidend.

ee) Zwischenergebnis

Wie sich zeigt, sind die Kernelemente, anhand derer eine Vorschrift daraufhin analysiert werden muss, ob sie eine Primärnorm darstellt und so in das UWG einbezogen werden kann, in fast jedem Detail auslegungsbedürftig. Eine klare und sichere Einordnung ist aber für die Analyse der in dieser Arbeit gegenständlichen Rechtsdienstleistungsvorschriften und auch generell für außerhalb des UWG liegende Normen unerlässlich. Ihre vertiefte Untersuchung wird mitsamt der Präsentation eigener Auslegungsvorschläge von dieser Stelle ausgelagert und unmittelbar der Analyse der Rechtsdienstleistungsvorschriften vorgelagert und dort separat besprochen.²⁶³

III. Bagatellkomponente

1. Funktion

Aus Verhältnismäßigkeitsgründen muss der *Verstoß* gem. § 3a 2. HS. UWG geeignet sein, „die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen“ (sog. Spürbarkeits- oder Bagatellklausel).²⁶⁴ Sie beschreibt die Schwelle, die die Auswirkungen, die der Gesetzesverstoß gegen eine Marktverhaltensregelung auf die Interessen der Marktteilnehmer hat, überschritten haben muss. Die Spürbarkeitsklausel ist ein echtes Tatbestandsmerkmal, deren positives Vorliegen notwendig ist.²⁶⁵

Ihr kommt die Funktion zu, lauterkeitsrechtliche Unwerturteile zu korrigieren, die sich nur geringfügig auf die Marktteilnehmer auswirken und daher zu vernachlässigen sind, weil kein Interesse an einer lauterkeitsrechtlichen Sanktionierung besteht.²⁶⁶ Ferner soll die rechtsmissbräuchliche Geltendmachung eines verschuldensunabhängigen Unterlassungsanspruchs nach § 8 Abs. 1 S. 1 UWG verhindert und einer unverhältnismäßigen Belastung der

²⁶² So aber wohl Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/v. Jagow, 5. Aufl. 2021, UWG, § 3a Rn. 29.

²⁶³ Siehe unten, 5. Kap.

²⁶⁴ jurisPK-UWG/Diekmann, 5. Aufl. 2021, § 3a Rn. 61 (Hervorhebung durch den Verfasser).

²⁶⁵ Alexander, WRP 2016, 411 (412); OLG Frankfurt, GRUR-RR 2020, 495 (496).

²⁶⁶ MüKoUWG/Schaffert, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 106.

Gerichte entsprechend des „*minima non curat praetor*“-Gedankens vorgebeugt werden.²⁶⁷

Durch die Novelle 2015 wurde das Spürbarkeitskriterium von § 3 Abs. 1 UWG aF in den § 3a UWG überführt. Es wurde nur die Reihenfolge der Schutzsubjekte geändert und der Verbraucher an die erste Stelle gesetzt. Eine inhaltliche Änderung bedeutete dies nicht.²⁶⁸ Eine systematische Änderung lag indes vor, da das Spürbarkeitserfordernis im Geltungsbereich des UWG 2008 Voraussetzung für ein unzulässiges, nicht aber unlauteres Handeln war, während es im § 3a UWG nunmehr eigenständige Unlauterkeitsvoraussetzung ist, sodass es auf eine Unterscheidung zwischen Unlauterkeit und Unzulässigkeit nicht mehr ankommt. Das hat zur Folge, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 3a UWG stets eine unlautere und sanktionsfähige Handlung vorliegt.²⁶⁹

2. Dogmatische Einordnung

In der Dogmatik der Relevanzschwellen wird grundsätzlich zwischen verschiedenen Teilmerkmalen differenziert, die als Unwertkriterium, Einwirkungskriterium und Auswirkungskriterium beschrieben werden. Während das Unwertkriterium die Qualität der lauterkeitsrechtlich jeweils relevanten Tathandlung beschreibt (z. B. Sorgfaltspflichtverstoß bei § 3 Abs. 2 UWG; aggressive geschäftliche Handlung bei § 4a Abs. 1 UWG oder Vorenthalten einer wesentlichen Information bei § 5a Abs. 1 UWG), beschreibt das Einwirkungskriterium die Qualität, d. h. die Schwere dieser Tathandlung auf das geschützte Interesse (z. B. bei § 3 Abs. 2 i. V. m. § 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG: spürbare Beeinträchtigung der Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen; bei § 4a UWG oder §§ 5 Abs. 1 oder 5a Abs. 2 UWG ist es nicht gesondert erwähnt, weil durch die Tathandlung bereits eine hinreichende Qualität der Einwirkung von sich aus vorausgesetzt wird) und das Auswirkungskriterium den Umfang der Auswirkung durch die Einwirkung auf das jeweils geschützte Interesse (§§ 3 Abs. 2 i. V. m. 2 Abs. 1 Nr. 11, 5a Abs. 1, 4a Abs. 1 und 5 Abs. 1 UWG: Veranlassung des Verbrauchers bzw. sonstigen Marktteilnehmers zu einer geschäftlichen Entscheidung, die er andernfalls nicht getroffen hätte).²⁷⁰ In Bezug auf den Rechtsbruchtatbestand beschreibt die Spürbarkeitsklausel in § 3a 2. HS UWG nur das Auswirkungskriterium im Hinblick auf die Interessen der Marktteilnehmer, welches

267 Spindler/Schuster/Micklitz/Schirnbacher, 4. Aufl. 2019, UWG, § 3a Rn. 14; Böhler, S. 196.

268 BT-Drs. 18/6571, S. 15; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/v. Jagow, 5. Aufl. 2021, UWG, § 3a Rn. 37; krit. Alexander, WRP 2016, 411 (412 f.).

269 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/v. Jagow, 5. Aufl. 2021, UWG, § 3a Rn. 37.

270 Ausführlich zu allem: Lettl, WRP 2019, 1265 ff.

von dem Unwertkriterium (Zuwiderhandlung gegen eine Primärnorm) und dem Einwirkungskriterium (eben jener Verstoß gegen eine Primärnorm, genannt in § 3a 2. HS UWG) abzugrenzen ist. Dadurch wird der Zusammenhang zwischen der gesetzesverletzenden Tathandlung und der Interessenbeeinträchtigung hergestellt.²⁷¹ In jedem Fall müssen das Unwertkriterium, sowie das Ein- und Auswirkungskriterium kumulativ vorliegen.²⁷² Das gilt angesichts des Wortlauts in § 3a UWG („und“) auch für den Rechtsbruchtatbestand, wobei auf das Einwirkungskriterium nicht separat eingegangen zu werden braucht, weil es zugleich durch das Vorliegen des Unwertkriteriums, also durch den Primärnormverstoß, erfüllt ist. Denn Unwert- sowie Einwirkungskriterium knüpfen nach dem Wortlaut des § 3a UWG beide an den Verstoß gegen eine Primärnorm an.²⁷³

3. Auslegung der Bagatellkomponente

a) Eignung zur spürbaren Interessenbeeinträchtigung

Nach dem Gesetzeswortlaut bedarf es keiner tatsächlichen Beeinträchtigung der Interessen der Verbraucher, sonstigen Marktteilnehmer und Mitbewerber, sondern bloß einer *Eignung* hierzu. Dementsprechend muss die geschäftliche Handlung objektiv eine Beeinträchtigung ihrer Interessen erwarten lassen und der Eintritt einer Beeinträchtigung lediglich wahrscheinlicher sein als ihr Ausbleiben.²⁷⁴ Köhler beschreibt dies zutreffend mit einer objektiven Wahrscheinlichkeit einer spürbaren Interessenbeeinträchtigung.²⁷⁵

b) Rückkopplung an die geschützten Interessen der Marktteilnehmer

Spürbar beeinträchtigt werden können müssen die Interessen der Marktteilnehmer, also der Verbraucher, der Mitbewerber und der sonstigen Marktteilnehmer. Die Bagatellkomponente knüpft damit ebenso wie die Interessenklausel der normenspezifischen Tatbestandskomponente an den subjektiven Schutzzumfang des UWG in § 1 Abs. 1 S. 1 UWG an, mithin also an die durch das UWG geschützten Interessen der Marktteilnehmer.²⁷⁶ Das liegt daran, dass der Rechtsbruchtatbestand *insgesamt* mit dem Schutzzweck des UWG korrespondieren muss. Dementsprechend ist das spürbar zu beeinträchtigende Interesse an die Interessenklausel in § 3a 1. HS UWG und an den subjektiven Schutzbereich in § 1 Abs. 1 S. 1 UWG sprachlich und inhaltlich ange-

271 Lettl, WRP 2019, 1265 (1267 f., 1271). Vgl. dazu auch Köhler, WRP 2014, 259 ff.

272 Lettl, WRP 2019, 1265 (1271).

273 Lettl, WRP 2019, 1265 (1271).

274 OLG Hamburg, GRUR-RR 2017, 65 (70).

275 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.97.

276 Lettl, WRP 2019, 1265 (1271 f.). Vgl. noch zu §§ 3, 4 Nr. 11 UWG 2008: Köhler, WRP 2008, 10 (14).

glichen worden.²⁷⁷ Anders als bei der abstrakt-generellen Bestimmung des Marktbezugs der rechtsbruchrelevanten Normen handelt es sich hier um den konkret-individuellen Marktbezug des jeweiligen Lebenssachverhalts, der anhand der Rückkopplung der konkret betroffenen Interessen an die Schutzzwecke des UWG hergestellt werden kann.²⁷⁸ Hierfür bedarf es einer nicht zu vernachlässigenden Wahrscheinlichkeit, dass eine spürbare Beeinträchtigung der geschützten Interessen nach der allgemeinen Lebenserfahrung zu besorgen ist, sie also nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Diese Beurteilung ist analog zu den Anforderungen an die Zulässigkeit einer Schadensersatzfeststellungsklage nach § 12 UWG vorzunehmen.²⁷⁹ Welche Interessen konkret gemeint sind, wird indes nicht näher spezifiziert. Es können aber, wie dargelegt, nur die Interessen der Schutzsubjekte i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 1 UWG sein, die das UWG für schutzwürdig hält.²⁸⁰

c) Beurteilungsmaßstab und Kriterien

Ob die Interessenbeeinträchtigung spürbar sein kann, richtet sich nach dem Grad der Einwirkung auf die Interessen der genannten Marktteilnehmer. Schon nach dem allgemeinen Begriffsverständnis bedarf es hierzu einer hinreichenden Intensität der Interessenbeeinträchtigung, die für den betroffenen Marktteilnehmer zu fühlen ist.²⁸¹ Nicht die Verletzungshandlung muss somit spürbar sein, sondern der negative Effekt im Hinblick auf die betroffenen Interessen. Letztlich kommt es also nicht darauf an, ob die Einwirkungshandlung besonders gravierend ist, was daran liegen dürfte, dass in dem Verstoß gegen die Marktverhaltensregelung gemäß der normenspezifischen Tatbestandskomponente bereits stets eine hinreichend intensive Einwirkung liegen wird.²⁸² Allein die Auswirkung ist entscheidend.²⁸³ Auch an sich minimalinvasive Handlungen können die geschützten Interessen somit spürbar beeinträchtigen.

Für die Ermittlung eines spürbaren Effekts im Hinblick auf die betroffenen Interessen sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.²⁸⁴ Hierzu zählen jegliche Umstände, die die Intensität der Interessenbeeinträchtigung

277 Köhler, WRP 2008, 10 (14).

278 Vgl. BGH, GRUR 2019, 1071 (1076) – *Brötchen-Gutschein*. Ähnlich auch v. Walter, S. 144.

279 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.100.

280 Siehe zu den geschützten Marktteilnehmerinteressen unten unter 5. Kap. B.III.2.

281 Vgl. v. Walter, S. 145.

282 Vgl. Alexander, WbR, 2. Aufl. 2019, § 19 Rn. 1554; Lettl, WRP 2019, 1265 (1271).

283 Lettl, WRP 2019, 1265 (1271).

284 Zu den einzelnen, maßgeblichen Kriterien vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.104 ff. m. w. N. zur Rechtsprechung und Ohly/Sosnitzer/Ohly, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 30c.

beeinflussen können, also letztlich auch Umstände, die mit der Verletzungshandlung zusammenhängen. Kriterien sind u. a. Art und Schwere der geschäftlichen Handlung, die auch im Zusammenhang mit dem Schutzzweck und der Zielsetzung der verletzten Primärnorm bestimmt werden, sowie die Dauer und ggf. Anzahl der Verstöße, die Wiederholungs- und Nachahmungsgefahr und etwaige daraus folgende behördliche Sanktionen gegen das Opfer.²⁸⁵ In diese Wertung sind auch die zu erwartenden Auswirkungen auf den Wettbewerb sowie der Schutzzweck des Lauterkeitsrechts einzubeziehen. Eine spürbare Beeinträchtigung kann somit auch bei Verstößen mit geringen Auswirkungen für den Marktteilnehmer im Einzelfall vorliegen, wenn durch das Verhalten eine große Anzahl von Marktteilnehmern betroffen ist oder eine erhebliche Nachahmungsgefahr besteht.²⁸⁶ Da für jede Gruppe der Marktteilnehmer die Kriterien eine unterschiedliche Relevanz und ein unterschiedliches Gewicht in Bezug auf die Beeinträchtigung ihrer Interessen haben können, sind diese Anhaltspunkte nicht nur untereinander, sondern auch mit den Interessen des jeweils betroffenen Marktteilnehmers in Beziehung zu setzen.

Zur Ermittlung einer hinreichend intensiven und damit spürbaren Interessenbeeinträchtigung ist dementsprechend das Gesamtgeschehen zu betrachten. Umstände der Einwirkung und der Auswirkung auf das betreffende Interesse bedingen sich also gegenseitig. Das ist systematisch sinnvoll, weil es im Lauterkeitsrecht stets um die Wechselbeziehung zwischen unternehmerischer Einwirkung und Auswirkung auf die Schutzgüter und Interessen der Marktteilnehmer geht. Auf der Interessenseite kann es so für den Intensitätsgrad entscheidend sein, welches wettbewerbliche Interesse betroffen ist. So wird bei einem wertungsmäßig höher zu gewichtenden Interesse der Marktteilnehmer, wie z. B. am Gesundheitsschutz oder dem Interesse an zuverlässiger und qualifizierter Rechtsberatung, die Überschreitung der Spürbarkeitsschwelle eher erreicht werden als bei einem gering zu gewichtenden Interesse (z. B. Preisvorschriften).²⁸⁷ Deshalb kann bei solchen höher zu gewichtenden Interessen eine geringere Intensität auf Einwirkungsseite ausreichend sein. Bei gewichtigen Interessen können daher auch weniger intensive geschäftliche Handlungen eher zu einer Spürbarkeit führen als bei weniger gewichtigen. Bei Letzteren wird dann umgekehrt erst eine genügend intensive Einwirkungshandlung eine Spürbarkeit auslösen.

285 Büscher/*Hohlweck*, 2. Aufl. 2021, UWG, § 3a Rn. 128; *Alexander*, WbR, 2. Aufl. 2019, § 19 Rn. 1559.

286 Fezer/Büscher/Obergfell/*Götting/Hetmank*, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 165b.

287 Zu allem: v. *Walter*, S. 146.

d) Indizierung der Spürbarkeit bei Betroffenheit gewichtiger Interessen?

Da das Spürbarkeitserfordernis als Tatbestandsvoraussetzung für die Unlauterkeit formuliert ist, ist es stets erforderlich, dass es bejaht werden kann. Eine andere Frage ist es, ob die Spürbarkeit der Interessenbeeinträchtigung bei jeder Gesetzesverletzung positiv festgestellt werden muss. Diese Frage ist prozessual sehr bedeutsam, weil die konkrete Feststellung eine zusätzliche und erhebliche Darlegungs- und Beweislast für den (Verfügungs-)Kläger bedeutet. Verbreitet wird im Schrifttum und durch die Rechtsprechung angenommen, dass bei Vorschriften, die dem Schutz gewichtiger Interessen, Rechte und Rechtsgüter dienen, etwa bei Gesundheits- oder Sicherheitsinteressen der Verbraucher (sog. abstrakter Verbraucherschutz) für die Spürbarkeit eine tatsächliche Vermutung spreche und sie damit indiziert sei.²⁸⁸ Dies sei der Fall z. B. bei den Werbeverboten des HWG²⁸⁹, den Erlaubnisregeln des PBefG²⁹⁰, des JuSchG²⁹¹ und den Rechtsdienstleistungsvorschriften.²⁹² Grundlage dieser Ansicht ist wohl, dass bei bedeutenden Gesetzesverstößen, die sich um Gesundheits- und Sicherheitsaspekte drehen, kaum denkbar ist, dass ein Verstoß für den betroffenen Marktteilnehmer nicht spürbar ist. Regelmäßig komme in den Vorschriften zum Schutz dieser Interessen und Rechtsgüter auch das unbedingte und eindeutige Verbotsanliegen des Gesetzgebers zum Vorschein, sodass der eindeutige Verbotswille des Gesetzgebers nicht durch eine argumentative Erschließung und ggf. Verneinung der Spürbarkeitsklausel umgangen werden dürfe.²⁹³

Aus empirischer Sicht mag dies alles richtig sein. Es erscheint in der Tat schwerlich vorstellbar, dass eine Beeinträchtigung gewichtiger Interessen und Rechtsgüter von Verbrauchern bei einem Verstoß gegen Vorschriften mit entsprechender Schutzrichtung nicht spürbar ist.²⁹⁴ Hieraus eine tatsächliche Vermutung abzuleiten, geht jedoch zu weit. Eine solche ist im Gesetzestext nicht veranlagt und würde letztlich zu einer faktischen Beweislast-

288 Köhler/Bornkamm/Köhler, 35. Aufl. 2017, UWG, § 3a Rn. 1.102, der in den Folgeauflagen aber nicht mehr direkt den abstrakten Verbraucherschutz anspricht, aber der Sache nach weiterhin davon ausgeht. Ebenso MüKoUWG/Schaffert, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 112; Festl-Wietek, S. 68; BGH, GRUR 2015, 813 (816) – *Fahrdienst zur Augenklinik*; OLG Koblenz, GRUR-RR 2021, 171 (175); OLG Hamburg, GRUR-RR 2021, 162 (166); OLG Koblenz, GRUR-RR 2020, 280 (283); KG, GRUR-RR 2019, 183; OLG Hamburg, GRUR-RR 2017, 65 (71).

289 Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens vom 19.10.1994, BGBl. 1994 I, 3068.

290 Personenbeförderungsgesetz vom 08.08.1990, BGBl. 1990 I, 1690.

291 Jugendschutzgesetz vom 23.07.2002, BGBl. 2002 I, 2730.

292 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.102.

293 Vgl. Köhler/Bornkamm/Köhler, 35. Aufl. 2017, UWG, § 3a Rn. 1.102.

294 Vgl. GK-UWG/Pahlow, 3. Aufl. 2020, § 3a Rn. 89.

umkehr zuungunsten des Anspruchsgegners führen. Darüber hinaus würde das entscheidende Wertungskriterium zur Beurteilung einer Spürbarkeit, die Berücksichtigung der Einzelfallumstände, überhaupt keine Berücksichtigung mehr finden können.²⁹⁵ Eine tatsächliche Vermutung wäre allenfalls noch im Geltungszeitraum des UWG 2004 aufgrund der in § 3 Abs. 2 UWG aF verwendeten Negativformulierung überzeugend gewesen, nach der der Wettbewerbsverstoß geeignet sein musste, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer *nicht nur unerheblich* zu beeinträchtigen. Dies sprach durchaus für eine Vermutung der erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung. Durch die positiv formulierte Spürbarkeit hat sich diese Beurteilungsrichtung zugunsten einer positiven Beurteilung geändert. Überhaupt lässt sich angesichts der differenzierten und oft nicht eindeutig feststellbaren Schutzzwecke nicht immer eine verlässliche Schutzzweckaussage oder Gewichtung treffen. Zu Recht weist *Ohly* deshalb darauf hin, dass nur sehr mittelbar geschützte gewichtige Interessen und Rechtsgüter nicht unbedingt für eine greifbare Gefahr ihrer Beeinträchtigung im Falle eines Verstoßes sprächen und eine pauschale Annahme der Spürbarkeit in diesen Fällen nicht gerechtfertigt sei.²⁹⁶ Es spricht also Vieles gegen die Vermutung der Spürbarkeit. Das Vorliegen einer spürbaren Interessenbeeinträchtigung sollte konkret und stets in jedem Einzelfall positiv festgestellt und aktiv begründet werden. Der (Verfügungs-)Kläger sollte dazu ausreichend vortragen.

e) Spürbarkeit im Falle der Betroffenheit wirtschaftlicher Abnehmerinteressen nur bei Entscheidungsrelevanz?

Wie dargestellt, verlangt die Bagatellkomponente als Relevanzschwelle des Rechtsbruchtatbestandes die Eignung des Verstoßes zu einer spürbaren Beeinträchtigung von zunächst nicht näher spezifizierten Interessen der Marktteilnehmer. Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Rechtsbruchtatbestand durch die Einbeziehung von Primärnormen die in ihnen verkörperten Interessen in das UWG überführt. Der Rechtsbruchtatbestand unterscheidet sich damit von den übrigen Tatbeständen im UWG (§§ 3 Abs. 2, 4a, 5 Abs. 1 und 5a Abs. 1 UWG), die sich an den Verbraucher richten und in Umsetzung der Vorgaben der UGP-RL den Verbraucher vor geschäftlichen Handlungen bewahren wollen, die seine geschäftliche Entscheidung unlauter beeinflussen. Es geht diesen Tatbeständen, so wie der UGP-RL auch, um den Schutz der Verbraucher vor der Beeinträchtigung ihres wirtschaftlichen Interesses

²⁹⁵ Zu Recht kritisch daher Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/v. Jagow, 5. Aufl. 2021, UWG, § 3a Rn. 38.

²⁹⁶ *Ohly/Sosnitza/Ohly*, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 30 f.

an einer freien und informierten Entscheidungsfindung.²⁹⁷ Die Tatbestände knüpfen dementsprechend die von der UGP-RL regulierten, unlauteren Verhaltensweisen an unterschiedliche Unwertkriterien, wie etwa an eine aggressive geschäftliche Handlung (§ 4a Abs. 1 S. 1 UWG), eine irreführende Handlung (§ 5 Abs. 1 UWG) oder ein irreführendes Unterlassen (§ 5a Abs. 1 UWG) oder einen Sorgfaltspflichtverstoß (§ 3 Abs. 2 UWG). Weil der Schutzzweck dieser Tatbestände auf die freie und informierte, mithin unbeeinflusste Verbraucherentscheidung zielt, besitzen sie auch eine entsprechende Relevanzschwelle. Demnach ist nur eine solche Unwerthandlung relevant, die geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten der Verbraucher (und in überschießender Umsetzung der Richtlinie, ggf. der sonstigen Marktteilnehmer) wesentlich zu beeinflussen. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn der Verstoß dazu geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu beeinflussen, die er andernfalls nicht getroffen hätte (§ 3 Abs. 2 UWG i. V. m. § 2 Abs. 1 Nr. 11 UWG, §§ 4a Abs. 1, 5 Abs. 1, 5a Abs. 1 UWG und Art. 2 e), Art. 5 Abs. 3, 6 ff. der UGP-RL). Diese Tatbestände enthalten demnach eine spezielle Entscheidungsrelevanz als erforderliches Auswirkungskriterium.²⁹⁸ Ihr Auswirkungskriterium knüpft also an ein bestimmtes Interesse des Verbrauchers an, nämlich an sein Kerninteresse an einer freien und unbeeinflussten Entscheidungsmöglichkeit in der Sphäre des Erwerbsprozesses.²⁹⁹ Diese Entscheidungsrelevanz bestimmt sich damit nach festgelegten Voraussetzungen, wobei auch hier die Umstände des Einzelfalls zu würdigen sind.³⁰⁰

aa) Bedeutung der Entscheidungsrelevanz für § 3a UWG nach *Knuspermüsli II*?

Selbstverständlich kann eine geschäftliche Handlung gegen eine Primärnorm verstoßen, die auch diesen Schutzzweck beinhaltet. In diesem Fall könnte die geschäftliche Handlung, wenn sie beispielsweise aggressiv oder irreführend (ggf. durch Unterlassen einer Informationspflicht) ist, zugleich die Spezialtatbestände im UWG nach §§ 4a, 5 und 5a, 5b UWG erfüllen. Das wäre etwa der Fall, wenn ein Unternehmer dem Verbraucher mit rechtlich unzulässigen Handlungen droht und damit nicht nur einer Vorschrift, die dazu bestimmt ist, das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln zuwiderhandelt, sondern dadurch zugleich die Voraussetzung einer aggressiven geschäftlichen Handlung gem. § 4a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 UWG er-

²⁹⁷ *Lettl*, WRP 2019, 1265 (1272).

²⁹⁸ *Ohly*, FS-Köhler 2014, 507 (511 f.).

²⁹⁹ Vgl. v. *Walter*, S. 179.

³⁰⁰ Näher dazu: *Lettl*, WRP 2019, 1265 (1271 f.).

füllt.³⁰¹ Oder aber es wird gegen eine spezialgesetzliche wesentliche Informationspflicht verstoßen, indem ihre Erfüllung unterlassen wird, die aber zugleich in einer Marktverhaltensregelung im Interesse der Verbraucher und ggf. sonstigen Marktteilnehmer normiert ist, was in der Konsequenz bedeuten würde, dass eine wesentliche Information nicht oder nicht wie erforderlich mitgeteilt worden ist. In der Konsequenz läge eine Irreführung durch Unterlassen vor, wodurch nicht nur ein Verstoß gegen § 3a UWG, sondern auch gegen §§ 5, 5b UWG gegeben wäre.³⁰² In solchen Fällen stellt sich die Frage, ob bei einem Verstoß gegen eine Primärnorm im Rahmen des § 3a UWG dieser nur dann spürbar ist, wenn er die Voraussetzungen der Entscheidungsrelevanz erfüllt, und damit die spezielle Relevanzschwelle aus den primär verbraucherschützenden Tatbeständen des UWG (primär §§ 5, 5a, 5b UWG) und der UGP-RL (primär Art. 6, 7 i. V. m. Art. 2 e) der UGP-RL) erreicht.

Voraussetzung hierfür ist aber, dass die Spezialtatbestände der §§ 4a, 5, 5a, 5b UWG überhaupt neben dem § 3a UWG anwendbar sind. Dies wurde von dem BGH bisher jedenfalls für den § 5a Abs. 2, Abs. 4 UWG aF (nunmehr § 5b Abs. 4 UWG) bejaht, da die spezifischen Voraussetzungen dieser Tatbestände auch im § 3a UWG berücksichtigt werden konnten und sie bei ihrer Anwendung auch hinsichtlich der Rechtsfolgen zum gleichen Ergebnis führten.³⁰³ Es machte daher sachlich keinen Unterschied, welche Vorschrift angewendet wurde. Für die Integration der spezifischen Voraussetzungen dieser Spezialtatbestände in den Rechtsbruchtatbestand wurde durch die Rechtsprechung die Spürbarkeitsklausel des § 3a UWG herangezogen und darin alle Voraussetzungen geprüft, die in dem jeweiligen Spezialtatbestand enthalten waren.³⁰⁴ Der BGH bejahte daher eine Unlauterkeit sowohl gemäß § 5a Abs. 2 UWG, § 5a Abs. 4 UWG aF einerseits als auch gemäß § 3a UWG andererseits.³⁰⁵ Bis zuletzt wendete der BGH aber immer öfter allein den § 3a UWG an, vermutlich, weil er als Anknüpfungspunkt des unlauteren Handelns den Unwertgehalt des Primärnormverstoßes ansah.³⁰⁶

Mit seiner Entscheidung *Knuspermüsli II* ist der BGH von seiner früheren Auffassung abgerückt und hat eine Anwendung des § 3a UWG ausgeschlos-

301 Beispiel nach Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 4a Rn. I.11.

302 Vgl. GK-UWG/Pahlow, 3. Aufl. 2020, § 3a Rn. 19.

303 BGH, GRUR 2021, 84 (86) – *Verfügbare Telefonnummer*.

304 BGH, GRUR 2021, 84 (86 f.) – *Verfügbare Telefonnummer*; MüKoUWG/Schaffert, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 17.

305 BGH, GRUR 2018, 438 – *Energieausweis*. So auch ausdrücklich BGH, GRUR 2015, 1240 (1242) – *Der Zauber des Nordens*.

306 BGH, GRUR 2021, 84 – *Verfügbare Telefonnummer*; BGH, GRUR 2019, 641 – *Kaffee kapseln*.

sen.³⁰⁷ Zukünftig wird § 3a UWG weder allein noch neben §§ 4a, 5, 5a, 5b UWG angewendet werden können. Das liegt an der neuen Rechtsfolge in § 9 Abs. 2 S. 1 UWG, der den Art. 11a Abs. 1 S. 1 der UGP-RL in das UWG umsetzt und dem Verbraucher die Geltendmachung eines eigenen Schadensersatzanspruches ermöglicht. Da der Verbraucherschadensersatzanspruch nach § 9 Abs. 2 S. 2 UWG jedoch nicht für unlauteres Handeln gem. § 3a UWG, sehr wohl aber für Verstöße z. B. gegen § 5a UWG gilt, kommen letzterem, aber auch den §§ 4a, 5, 5b UWG, weitergreifende Rechtsfolgen zu. Damit stellen die Vorschriften *leges speciales* zum § 3a UWG dar. Um einen Widerspruch zum Unionsrecht zu vermeiden (insbesondere zu Art. 11a Abs. 1 S. 1 UGP-RL), kann also nicht mehr auf § 3a UWG zurückgegriffen werden. Denn das würde ein geringeres und deshalb unionsrechtswidriges Schutzniveau bedeuten.

Zu einem unionsrechtswidrigen Schutzniveau kommt es aber nicht bei Verhaltensweisen außerhalb des harmonisierten Anwendungsbereichs der Richtlinie. Wenn es sich also um Informationsvorschriften handelt, die z. B. keine wesentlichen Informationen enthalten, die nicht die kommerzielle Kommunikation betreffen, die sich nicht an Verbraucher, sondern an sonstige Marktteilnehmer oder Mitbewerber richten oder die Informationspflichten betreffen, die kraft einer Bereichsausnahme von dem Anwendungsbereich der UGP-RL ausgeschlossen sind, kann § 3a UWG weiterhin Anwendung finden.³⁰⁸ Der Bereichsausnahme des Art. 3 Abs. 8 der UGP-RL unterfallen beispielsweise die Informationspflichten des RDG, z. B. nach §§ 13a Abs. 1 bis 4, 13b, 13c Abs. 1 und 3 RDG. Gleichwohl können solche Vorschriften die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher und anderer Marktteilnehmer an der Freiheit und Informiertheit ihrer geschäftlichen Entscheidung schützen, weshalb sich auch trotz der Entscheidung *Knuspermüsli II* die Frage stellt, ob eine solche Verletzungshandlung, die außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie liegt, nur dann spürbar ist, wenn sie geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten der Verbraucher und ggf. auch der anderen Marktpartner wesentlich zu beeinflussen, weil sie den Verbraucher oder anderen Marktpartner zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlassen kann, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

307 BGH, GRUR 2022, 930 (932 f.) – *Knuspermüsli II*.

308 BGH, GRUR 2022, 930 (933) – *Knuspermüsli II*; BGH, GRUR 2022, 500 (506) – *Zufriedenheitsgarantie*.

bb) Nach *Knuspermüsli II*: Keine Parallelprüfung des § 3a UWG und keine Prüfung der Entscheidungsrelevanz bei § 3a UWG im Anwendungsbereich der UGP-RL

Die meisten geschäftlichen Handlungen, die einen Primärnormverstoß darstellen, fallen nicht unter die UGP-RL oder die sie im UWG umsetzenden Tatbestände. Erfüllt der Primärnormverstoß aber zugleich einen richtlinienumsetzenden Spezialtatbestand und ist dadurch der Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet, weil eine Geschäftspraktik vorliegt, die Voraussetzungen z. B. des Art. 7 Abs. 1 und 4 UGP-RL vorliegen und auch keine der in Art. 3 UGP-RL genannten Bereichsausnahmen eingreift, erfolgt die Unlauterkeitsprüfung, wie zuvor gezeigt, nach aktueller Rechtslage ausschließlich anhand der Spezialtatbestände der §§ 4a, 5, 5a, 5b UWG.

cc) Berücksichtigung der Entscheidungsrelevanz außerhalb der UGP-RL?

Es bleibt aber möglich, dass der Primärnormverstoß durch die Verletzung von nicht wesentlichen bzw. außerhalb der kommerziellen Kommunikation liegenden Informationspflichten oder solchen, die gegenüber anderen Marktteilnehmern als dem Verbraucher erfüllt werden müssen, oder aber von Vorschriften, die von einer Bereichsausnahme ausgeklammert werden, sonst aber der Richtlinie unterfallen würden, begangen wird.³⁰⁹ Dies ist auch denkbar für Gesetzesverletzungen, die im B2C-Nachfragewettbewerb oder im B2B-Vertikalverhältnis stattfinden oder gegenüber sonstigen Marktteilnehmern, die ebenfalls nicht durch die UGP-RL erfasst werden. Besonders bedeutsam sind aber die in Art. 3 der UGP-RL aufgestellten Bereichsausnahmen, da sie ganze Sachbereiche vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausschließen, die normalerweise durchaus von der UGP-RL erfasst wären.

Dies führt zu der Frage, ob die primär verbraucherbezogene Relevanzschwelle der Entscheidungsrelevanz außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie bei der Beurteilung der Spürbarkeit zu fordern ist. Nähme man dies an, könnte der Primärnormverstoß beispielsweise bei Informationspflichtverletzungen im Allgemeinen nur dann spürbar sein, wenn der Verstoß geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers zu beeinflussen. Weitergehend wäre dann zu diskutieren, ob die an sich lediglich verbraucherbezogene Relevanzschwelle aufgrund gleicher Interessenlage auf alle abnehmerbezogenen Konstellationen, und dann auf die entsprechenden sonstigen Marktteilnehmer oder Mitbewerber modifiziert anzuwenden sein sollte. Schließlich gilt die Entscheidungsrelevanz in manchen UWG-Normen ohnehin nicht nur für den Verbraucher, sondern auch für

309 Vgl. dazu BGH, GRUR 2019, 1071 (1077) – *Brötchen-Gutschein*.

sonstige Marktteilnehmer (z. B. §§ 4a Abs. 1 S. 1, 5, 5a UWG). Dies ist für die in dieser Arbeit zu untersuchenden Rechtsdienstleistungsvorschriften relevant. So enthält z. B. § 13b RDG spezifische, vorvertragliche Informationspflichten des Inkassodienstleisters gegenüber dem Verbraucher. Auch andere Vorschriften, wie die Informationspflicht bei Inanspruchnahme einer Privatperson durch einen Inkassodienstleister nach § 13a RDG oder nach § 10 Abs. 3 S. 3 RDG bei der Teilbereichsregistrierung schützen sicherlich jedenfalls auch die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher. Wiederum andere Vorschriften betreffen nicht die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher allein, sondern beziehen sich auf die Informiertheit der Entscheidung aller Rechtsuchenden, was in der Regel bei den Berufsbezeichnungsvorschriften der Fall ist, die sich in den §§ 11 Abs. 4, 5, 15 Abs. 4 RDG, 6 RDV finden. Daran zeigt sich auch die Natur des Rechtsbruchtatbestandes. Er dient eben nicht nur dem Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher, sondern den verschiedensten (wirtschaftlichen) Interessen aller Marktteilnehmer.

(1) Keine zwingende Angleichung in harmonisierungsfreien Bereichen

Zunächst ist festzustellen, dass das Erfordernis einer spürbaren Interessenverletzung nicht auf der unionsrechtlichen Vorgabe beruht, dass eine Geschäftspraktik bzw. geschäftliche Handlung nur dann unlauter und zu verbieten ist, wenn sie das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers wesentlich zu beeinflussen geeignet ist, weil sie seine Fähigkeit, eine informierte eigenständige Entscheidung zu treffen, spürbar beeinträchtigt (vgl. Art. 2 e), 5 Abs. 2 b) sowie ErGr. 6 der UGP-RL).³¹⁰ Dies hat seinen Grund darin, dass der Rechtsbruchtatbestand in erster Linie eben nicht darauf ausgerichtet ist, Primärnormen zu erfassen, die in den Anwendungsbereich der UGP-RL oder unter sonstige unionsrechtliche Rechtsakte fallen. Das zeigt sich exemplarisch an den hier interessierenden Rechtsdienstleistungsvorschriften. Sie sind einmal von der Bereichsausnahme des Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie erfasst. Außerdem beruht keine der Vorschriften des RDG, RDGEG oder der RDV auf einer unionsrechtlichen Grundlage; sie dienen also nicht der Umsetzung europäischer Verordnungen oder Richtlinien.³¹¹ Somit können geschäftliche Handlungen auch dann unlauter sein, wenn die Informationspflicht nicht wesentlich ist oder wenn die geschäftliche Entscheidungsfähigkeit des Verbrauchers nicht beeinträchtigt zu werden

310 BGH, GRUR 2019, 1071 (1077) – *Brötchen-Gutschein*.

311 Der BGH, GRUR 2021, 752 (756 f.) – *Berechtigte Gegenabmahnung* fordert indes auch für Vorschriften, die zu einer Bereichsausnahme zählen, aber auf einer unionsrechtlichen Grundlage beruhen, weil sie eine EU-Richtlinie oder Verordnung umsetzen, dass diese richtlinienkonform auszulegen seien.

droht.³¹² In diesen Fällen kann § 3a UWG für die betroffenen Marktverhaltensregelungen autonom und ohne Widerspruch zum Unionsrecht angewendet werden, da das Unionsrecht keine Voraussetzungen für nationale Rechtsvorschriften treffen kann, deren Einbeziehung es selbst ausschließt, selbst wenn sie sonst nach ihrem personalen und/oder sachlich-gegenständlichen Bereich aufgrund ihres Schutzzwecks von der Richtlinie erfasst wären.

Ohnehin ist weder das Unwertkriterium in § 3a UWG noch sein Auswirkungskriterium unionsrechtlich determiniert. Das Unionsrecht zwingt so-nach nicht zu einer richtlinienkonformen Auslegung außerhalb ihres Anwendungsbereichs.³¹³ Es kommt dementsprechend auch nicht zu einer Konkurrenzsituation des Rechtsbruchtatbestandes mit den Spezialtatbeständen des UWG. Sie haben bei Verstößen gegen Marktverhaltensregelungen keinen eigenen Anwendungsbereich, weil es bei diesen Normverstößen außerhalb der UGP-RL nicht auf durch die UWG-Tatbestände definiertes Unrecht ankommt, sondern auf das Marktverhaltensunrecht, wie es durch die Primärnorm definiert wird. Und an dieses knüpft § 3a UWG an.³¹⁴

(2) Überschießende Auslegung: Spürbarkeit nur bei Entscheidungsrelevanz?

Die UGP-RL hat die Entscheidungsrelevanzschwelle aufgrund ihres auf die wirtschaftlichen Belange der Verbraucher zentrierten Schutzzwecks genau auf diese (wirtschaftlichen) Interessen bezogen. Da der Schutzzweck von Primärnormen auch auf diese Interessen, d.h. auf die freie und informierte Entscheidungsfindung von Verbrauchern im Speziellen und Marktteilnehmern als Abnehmer oder Nachfrager im Allgemeinen gerichtet sein kann, könnte man argumentieren, auch außerhalb des Geltungsbereichs der Richtlinie bei Primärnormen eine so gesehene überschießende Auslegung dergestalt vorzunehmen, dass eine Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen der Abnehmer nur dann spürbar i. S. d. § 3a 2. HS. UWG ist, wenn eine Entscheidungsrelevanz i. S. d. Art. 2 e) der Richtlinie angenommen werden kann. In diesen Fällen, in denen eine richtlinienkonforme Auslegung der Relevanzschwelle im Rechtsbruchtatbestand nicht zwingend ist, droht zwar kein Wertungswiderspruch zur UGP-RL, wenn man auf das Erfordernis einer Entscheidungsrelevanz verzichtet. Allerdings besteht sicherlich die gleiche Interessenlage bei Betroffenheit eines wirtschaftlichen Verbraucher- bzw. Abnehmerinteresses in einer Primärnorm, sodass eine Parallelwertung

312 Vgl. Ohly, FS-Köhler 2014, 508 (513).

313 BGH, GRUR 2019, 1071 (1077) – *Brötchen-Gutschein*; GK-UWG/Pahlow, 3. Aufl. 2020, § 3a Rn. 90.

314 Vgl. Ohly, GRUR 2016, 3 (4).

zur UGP-RL naheliegt.³¹⁵ In diesem Sinne plädiert *Ohly* dafür, dass „auch dort, wo der Buchstabe der Richtlinie keine Änderung des deutschen Rechts erzwingt“, sich der „Geist der Richtlinie“ auf die Auslegung des UWG auswirken könne, sodass zusätzlich zum Normverstoß zu fordern sei, dass es zu einer Auswirkung auf das Entscheidungsverhalten der Marktteilnehmer kommt.³¹⁶ Er führt hierzu den Gleichbehandlungsgedanken und Praktikabilitätsgründe an.³¹⁷ Es sei kein Grund ersichtlich, warum (Informations-) Pflichten wichtiger und strenger durchzusetzen sind, weil sie in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Auch sei es kaum denkbar, dass eine Spürbarkeit wirtschaftlicher Interessen vorliegt, wenn nicht zugleich das Entscheidungsverhalten der Abnehmer beeinträchtigt wird.³¹⁸ *Ohly* geht insoweit auch über die Richtlinie hinaus, als dass er sich nicht auf die Verbraucherrelevanz beschränkt, sondern auf das Entscheidungsverhalten aller Abnehmer abstellt. Nach ihm wären damit alle marktteilnehmenden Abnehmer erfasst, also Verbraucher, Unternehmer und sonstige Marktteilnehmer, d. h. das gesamte B2C- und B2B-Geschäft, sodass die nach der Richtlinie allein für Verbraucher geltende Entscheidungsrelevanzschwelle entsprechend auf alle anderen Abnehmer anzuwenden wäre.

Befürwortet man eine Parallelwertung zur UGP-RL, wäre eine Spürbarkeit i. S. d. § 3a 2. HS. UWG bei einem Verstoß gegen eine Vorschrift, die (auch) das Abnehmerinteresse an einer freien und informierten Entscheidung, d. h. wirtschaftliche Interessen schützt, nur dann zu bejahen, wenn das Auswirkungskriterium der Entscheidungsrelevanz vorliegt. Eine Eignung zu einer spürbaren Beeinträchtigung dieser Interessen läge also nur dann vor, wenn der Verstoß geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers bzw. des Abnehmers wesentlich zu beeinflussen, was der Fall wäre, wenn der Verstoß geeignet ist, den Verbraucher bzw. den Abnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.³¹⁹ Solch eine überschießende Auslegung erscheint deshalb naheliegend, weil die Richtlinie für die wirtschaftlichen Verbraucherinteressen mit der Entscheidungsrelevanz bereits griffige Kriterien entwickelt hat. Es ist

315 Dafür etwa *Ohly/Sosnitzer/Ohly*, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 30e; *ders.* in FS Köhler 2014, 507 (513 f.); Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.103; wohl auch OLG Hamburg, GRUR-RR 2017, 65 (70).

316 *Ohly*, FS-Köhler 2014, 508 (513). Dies ist aber unpräzise, weil es nicht auf die tatsächlichen Auswirkungen auf das Entscheidungsverhalten ankommt, sondern lediglich auf die Eignung. *Ohly*s Argumente beziehen sich auf Informationspflichten, dürften aber auch auf alle anderen nicht harmonisierten Regelungsgegenstände ihrem Grundgedanken nach übertragbar sein.

317 *Ohly*, FS-Köhler 2014, 507 (513).

318 Zu allem. *Ohly*, FS-Köhler 2014, 507 (513).

319 Vgl. Art. 2 e), Art. 5, 6, 7 und 8 UGP-RL, § 3 Abs. 2 i. V. m. § 2 Abs. 1 Nr. 8, §§ 4a, 5, 5a UWG.

schwer einzusehen weshalb Sachverhalte, die die gleiche Interessenlage betreffen, bloß aufgrund ihrer Einbeziehung in die UGP-RL unterschiedlichen Voraussetzungen unterliegen sollten.³²⁰

Dagegen spricht allerdings, dass sich die Entscheidungsrelevanzschwelle von der Relevanzschwelle des Rechtsbruchtatbestandes unterscheidet, auch wenn beide das gleiche wirtschaftliche Abnehmerinteresse betreffen können. Insbesondere wird die Relevanzschwelle in § 3a 2. HS. UWG auch nach anderen Kriterien bemessen. Während für die Prüfung der Entscheidungsrelevanz nur Erwägungen einzubeziehen sind, die sich auf die Freiheit und Informiertheit der Abnehmerentscheidung beziehen, können für das Spürbarkeitserfordernis nach § 3a UWG auch andere Kriterien wie die Hartnäckigkeit des Handelnden oder ein Nachahmungszwang bei bisher gesetzestreuen Mitbewerbern miteinbezogen werden.³²¹ Die *alleinige* Anwendung der Entscheidungsrelevanz für Verstöße gegen Vorschriften, die den Schutz der wirtschaftlichen Verbraucher- bzw. Abnehmerinteressen außerhalb des Unionsrechts bezwecken, würde die Konzeption des weit gefassten Merkmals der Spürbarkeit in § 3a UWG deshalb sehr verengen. Es erscheint systematisch schwer miteinander zu vereinbaren, das Spürbarkeitserfordernis in diesen Fällen nur dann annehmen zu wollen, wenn ein an sich rechtsbruchfremdes Auswirkungskriterium bejaht werden kann. Der Gesetzgeber hat in den Materialien zudem mehrfach betont, dass der Rechtsbruchtatbestand ganz überwiegend Bestimmungen betrifft, die außerhalb des Geltungsbereichs der UGP-RL liegen, und *im Übrigen* richtlinienkonform auszulegen sei.³²² In Anbetracht dessen ergibt sich, dass *lediglich* für den Fall der Eröffnung des Anwendungsbereichs der Richtlinie eine Auslegung in ihrem Sinne vorzunehmen wäre. Für alle anderen Bereiche, insbesondere die in der Richtlinie vorgesehenen Bereichsausnahmen, bedeutet dies im Umkehrschluss, dass sie nicht richtlinienkonform ausgelegt werden sollten. Legt man dies zu Grunde, dürfte bei Verstößen gegen Vorschriften, die die Entscheidungsfreiheit und Informiertheit von Verbrauchern oder Abnehmern schützen, im § 3a UWG eine Entscheidungsrelevanzprüfung nicht zu verlangen sein. Aus diesem Grund wird durch einen Teil des Schrifttums und durch den BGH angenommen, dass die Entscheidungsrelevanz *nur* dort zu prüfen ist, wo die UGP-RL zur Anwendung kommt.³²³

320 Ohly, FS-Köhler 2014, 507 (513).

321 Götting/Nordemann/Ebert-Weidenfeller, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 25.

322 BT-Drs. 18/6571, S. 14 (Hervorhebung durch den Verfasser); BT-PIPr. 18/133, S. 13047 (D): „Spezialtatbestand einer unlauteren Handlung außerhalb des beschränkten Anwendungsbereichs der Richtlinie“. Vgl. auch 18/4535, S. 11 a. E.

323 Götting/Nordemann/Ebert-Weidenfeller, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 23; MAH GewRS/Dittert, 5. Aufl. 2017, § 14 Rn. 39; BGH, GRUR 2019, 1071 (1077) – *Brötchen-Gutschein*.

In *Brötchen-Gutschein* hat sich der BGH zu dieser Frage geäußert. Der Verstoß gegen eine Norm des Heilmittelwerberechts (§ 7 Abs. 1 HWG), die Arzneimittelanbietern verbietet, Werbegaben in irgendeiner Form an die Kundschaft anzubieten, solle nach ihrem Schutzzweck die Verbraucher davor schützen, dass diese bei der Entscheidung, ob und welche Heilmittel sie erwerben, durch die Aussicht auf Werbegaben unsachlich beeinflusst werden.³²⁴ Es lag also ein klares wirtschaftliches, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers betreffendes Interesse vor und die in der Entscheidung gegenständliche Werbegabe in Form eines Brötchen-Gutscheins im Wert von EUR 1,00 wäre auch sicherlich nicht geeignet gewesen, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.³²⁵ Der BGH hob auf die Entscheidungsrelevanz indes nicht ab. Denn das Erfordernis einer spürbaren Interessenverletzung aus § 3a UWG beruhe nicht auf der unionsrechtlichen Vorgabe, dass eine Geschäftspraxis nur dann unlauter und zu verbieten ist, wenn sie das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers wesentlich zu beeinflussen geeignet ist, weil sie seine Fähigkeit, eine informierte eigenständige Entscheidung zu treffen, spürbar beeinträchtigt.³²⁶ Dieses Kriterium könne allenfalls herangezogen werden, wenn die betreffende Vorschrift, insbesondere als Informationspflicht, auf Unionsrecht beruhe.³²⁷ Da in § 7 Abs. 1 HWG nach dem Willen des Gesetzgebers ein absolutes Verbot von auch geringfügigen Werbegaben zu erblicken war, nahm der BGH eine Spürbarkeit nach der autonomen Relevanzschwelle des § 3a 2. HS. UWG an.³²⁸

Die Erwägungen des BGH sind nicht von der Hand zu weisen. Er orientiert sich an dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers, den § 3a UWG autonom ohne Rückbeziehung zur UGP-RL auszulegen, jedenfalls, soweit eine Bereichsausnahme gegeben ist und die jeweilige Vorschrift nicht auf einer unionsrechtlichen Grundlage beruht, weil sie eine Richtlinie oder Verordnung umsetzt. Damit kommt es auch zu keinem systematischen Widerspruch durch die Übertragung rechtsbruchfremder Relevanzkriterien. Andererseits sind die Ansichten, die für die (ggf. im Falle anderer Abnehmer als dem Verbraucher entsprechende) Anwendung einer Entscheidungsrelevanz auch im nicht harmonisierten Bereich plädieren, wenn die Entscheidungsfreiheit oder das Informationsinteresse von Verbrauchern und anderen Abnehmern betroffen ist, im Grundsatz richtig und schwer zu kritisieren. Sind nach dem Schutzzweck der jeweiligen Marktverhaltensregelung im Rahmen des § 3a

324 BGH, GRUR 2019, 1071 (1076) – *Brötchen-Gutschein*.

325 So zuvor BGH, GRUR 2013, 1264 – *RezeptBonus*: nur Werbegaben im Wert von über EUR 1,00.

326 BGH, GRUR 2019, 1071 (1077) – *Brötchen-Gutschein*.

327 BGH, GRUR 2019, 1071 (1077) – *Brötchen-Gutschein*.

328 BGH, GRUR 2019, 1071 (1077) – *Brötchen-Gutschein*.

UWG wirtschaftliche Interessen betroffen, sollte die Entscheidungsrelevanz im Sinne der Richtlinie auch berücksichtigt werden können. Denn genau für solche Interessenbeeinträchtigungen ist sie entwickelt worden.

Überzeugend ist daher nach hier vertretener Ansicht eine Zwischenlösung. Liegt im harmonisierungsfreien Bereich ein Verstoß gegen Vorschriften vor, die die wirtschaftlichen Verbraucher- bzw. Abnehmerinteressen schützen, sollte als *Indiz* für die Spürbarkeit in der Tat das Auswirkungskriterium der Entscheidungsrelevanz und mithin die Frage dienen, ob der Primärnormverstoß dazu geeignet ist, den Verbraucher oder Abnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andererseits nicht getroffen hätte. Ist dies der Fall, wird in der Tat häufig die Eignung einer spürbaren Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen anzunehmen sein. In den harmonisierungsfreien Bereichen und bei nicht-unionsrechtlich fundierten Primärnormen ist aber aufgrund der autonomen Relevanzschwelle des § 3a 2. HS. UWG der Verstoß *nicht nur dann* spürbar, wenn er das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers oder Abnehmers wesentlich zu beeinflussen geeignet ist, weil er dessen Fähigkeit, eine informierte eigenständige Entscheidung zu treffen, spürbar beeinträchtigen kann.³²⁹ Diese Einschränkung lässt weiterhin Raum für die Anwendung der autonomen Spürbarkeitskriterien i. S. d. § 3a 2. HS. UWG und berücksichtigt so die Eigenständigkeit der Relevanzschwelle des Rechtsbruchtatbestandes. So können die Kriterien der Hartnäckigkeit, der Verursachung einer Nachahmungsgefahr etc. für die Spürbarkeit herangezogen werden, und zwar selbst dann, wenn die Entscheidungsrelevanz nicht zu bejahen wäre. Damit gelingt ganz besonders gut die Würdigung von Einzelfallumständen. Insbesondere kann ein eindeutiger gesetzgeberischer Verbotszweck, wie er in *Brötchen-Gutschein* für den § 7 Abs. 1 HWG angenommen worden ist, berücksichtigt und so verhindert werden, dass eine solche gesetzgeberische Wertung dadurch unterlaufen wird, dass der Verstoß aufgrund einer fehlenden Entscheidungsrelevanz als nicht spürbar eingestuft wird.³³⁰ Dieser Verbotswille muss aber eindeutig aus dem Schutzzweck der verletzten Norm ersichtlich werden. Eine gewissermaßen kontrollweise Heranziehung der autonomen Spürbarkeitsschwelle des § 3a 2. HS. UWG erlaubt somit eine Korrektur des Ergebnisses nach der Entscheidungsrelevanz anhand einer einzelfallbezogenen Gesamtwürdigung (insbesondere entlang des Schutzzweckes der verletzten Norm).

329 So auch der BGH, GRUR 2019, 1071 (1077) – *Brötchen-Gutschein*.

330 Was auch zutreffend der BGH erkennt, vgl. BGH, GRUR 2019, 1071 (1077) – *Brötchen-Gutschein*.

4. Zusammenfassung

Die Eignung des Verstoßes zur spürbaren Interessenbeeinträchtigung von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern ist die spezifische Relevanzschwelle des Rechtsbruchtatbestandes und wurde 2015 aus dem § 3 Abs. 2 UWG aF in den § 3a UWG überführt. Es bedarf einer objektiven Wahrscheinlichkeit der Beeinträchtigung der durch den Rechtsbruchtatbestand und das UWG i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 1 UWG geschützten Marktteilnehmerinteressen. Selbst bei einer Gefährdung von gewichtigen Interessen, Rechten und Rechtsgütern kann eine spürbare Interessenbeeinträchtigung nach hier vertretener Ansicht nicht vermutet werden. Dies beruht vor allem auf der Neufassung der Relevanzschwelle seit dem UWG 2008, nachdem die Negativformulierung des UWG 2004, die verlangte, dass die Interessen nicht nur unerheblich beeinträchtigt werden dürften, durch die positive Formulierung der Spürbarkeit ersetzt worden ist. Sie muss in jedem Verfahren stets positiv festgestellt werden.

Sie unterscheidet sich von den übrigen Relevanzschwellen in den Spezialtatbeständen des UWG und dementsprechend der UGP-RL vor allem dadurch, dass sie nicht speziell auf die wirtschaftlichen Interessen gerichtet ist, sondern ein viel weiteres Interessenspektrum betrifft. Wenn der Primärnormverstoß dennoch auch zugleich ein unlauteres Handeln gem. §§ 4a, 5, 5a, 5b UWG begründet, kommt angesichts der nunmehr spezielleren Rechtsfolgen dieser Tatbestände eine parallele oder gar primäre Sanktionierung über § 3a UWG nicht mehr in Betracht, sodass auch deren spezielle Relevanzvoraussetzung der Entscheidungsrelevanz nicht mehr in die Spürbarkeitsklausel des § 3a UWG hineingeprüft werden darf. Schützt eine Primärnorm allerdings die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher an der Freiheit und Informiertheit seiner Entscheidung außerhalb des Anwendungsbereichs der UGP-RL, stellt sich die Frage, ob analog zur Richtlinie die Entscheidungsrelevanzschwelle des Art. 2 e) UGP-RL nicht auf diese Fälle übertragen werden sollte, mit der Folge, dass ein derartiger Primärnormverstoß nur dann spürbar ist, wenn eine Entscheidungsrelevanz vorliegt. Zwingend ist das nicht, denn es kommt zu keinem Wertungswiderspruch zum Unionsrecht in Bereichen, die durch die Richtlinie nicht erfasst werden und damit harmonisierungsfrei sind. Nach hier vertretener Ansicht spricht aber die gleiche Interessenlage dafür, dass in diesen Fällen Verstöße gegen Primärnormen, die zumindest auch die Entscheidungsfreiheit oder die Informiertheit der Entscheidung von Verbrauchern, aber auch allen anderen Abnehmern schützen, in erster Linie dann spürbar sind, wenn der jeweilige Verstoß geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers bzw. Abnehmers wesentlich zu beeinflussen, was der Fall wäre, wenn der Verstoß geeignet ist, den Verbraucher bzw. Abnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Da dies aufgrund der Eigen-

3. Kapitel: Aufbau und Voraussetzungen des Rechtsbruchtatbestandes

ständigkeit der Relevanzschwelle des Rechtsbruchtatbestandes und den ihr zugrundeliegenden unterschiedlichen Beurteilungskriterien nicht der einzige Maßstab sein kann, ist es möglich, eine spürbare Interessenbeeinträchtigung auch nach den eigenen und zwar weiten Voraussetzungen und Kriterien der Bagatellkomponente des § 3a 2. HS. UWG anzunehmen, um Korrekturen für den Einzelfall zu ermöglichen. So wäre insbesondere dann zu verfahren, wenn ansonsten ein eindeutiges gesetzgeberisches Verbot bei Nichtannahme einer spürbaren Interessenbeeinträchtigung unterlaufen würde.

4. Kapitel: Anwendung des Rechtsbruchtatbestandes neben anderen Ansprüchen und Sanktionen

Viele Rechtsmaterien haben keinen originär wettbewerbsrechtlichen Schutzzweck, sondern sind aus einer anderen Motivation heraus geschaffen worden. So beziehen sich z.B. Kinder- und Jugendschutzvorschriften nicht primär auf die Lauterkeit des Wettbewerbs und des unternehmerischen Handelns, sondern auf Gefahren für die Persönlichkeitsentwicklung und Gesundheitsbeeinträchtigung Minderjähriger; Rechtsdienstleistungsvorschriften auf den Schutz von Rechtsuchenden vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen (§ 1 Abs. 1 S. 2 RDG).³³¹ Allerdings können auch diese Vorschriften einen wettbewerbsrechtlichen Anknüpfungspunkt haben, wenn ihnen eine Primärnormqualität zukommt. Dadurch können einzelne Aspekte einer wettbewerbsfremden Rechtsmaterie, wenn sie einen mit dem UWG korrespondierenden Schutzzweck verfolgen, unter dem Aspekt der Wettbewerbswidrigkeit durch die Sanktionen des UWG erfasst werden. Das führt dann zu einer Durchbrechung der Schranken von an sich wettbewerbsfremden Rechtsmaterien, die unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs beleuchtet und so ggf. in das UWG einbezogen werden können. Für die Rechtsvorschriften der jeweiligen Rechtsmaterie gilt dann nicht nur das ggf. eigene Rechtsfolgensystem, sondern sie können möglicherweise zusätzlich unter dem Aspekt einer unlauteren Handlung wegen Rechtsbruchs nach § 3a UWG beleuchtet werden. Es kommt zum Zusammentreffen verschiedener Anspruchsgrundlagen und Rechtsfolgen, die neben ggf. eigenen, in der Rechtsmaterie geregelten Rechtsfolgen auch lauterkeitsrechtliche sowie allgemein-zivilrechtliche und ggf. verwaltungsrechtliche Sanktionen auslösen können. Stets stellt sich dabei die Primärfrage der Anwendbarkeit des Rechtsbruchtatbestandes neben anderen Ansprüchen und Sanktionen. Denn ist der Rechtsbruchtatbestand nicht anwendbar, geht seine Prüfung freilich ins Leere.

Handelt es sich ganz oder zum Teil um Ordnungsrecht, für welches verwaltungsrechtliche Sanktionen wirken, stellt sich die Frage, wie eine etwaige Beurteilungs- und Vollzugsdifferenz zwischen den Wettbewerbsgerichten und den Behörden und/oder Fachgerichten aufzulösen ist.

331 *Festl-Wietek*, S. 78.

A. Anwendung anderer lauterkeitsrechtlicher Tatbestände neben § 3a UWG?

Innerhalb des Systems der Unlauterkeitstatbestände des UWG ist es freilich möglich, dass die gleiche geschäftliche Handlung, die eine Primärnorm verletzt, nicht nur den Rechtsbruchtatbestand erfüllt, sondern zugleich, nämlich wenn die Handlung z. B. aggressiv oder irreführend ist, auch die Tatbestände einer aggressiven geschäftlichen Handlung nach § 4a UWG oder einer Irreführung, ggf. durch Unterlassen nach §§ 5, 5a und 5b UWG. Da diese anderen Unlauterkeitstatbestände innerhalb des UWG aber im Vergleich zum Rechtsbruchtatbestand speziellere Rechtsfolgen auslösen, weil sie zu einem Verbraucherschadensersatzanspruch nach § 9 Abs. 2 S. 1 UWG führen, der wiederum im Falle der Erfüllung des Rechtsbruchtatbestandes ausgeschlossen ist, hat der BGH in seiner *Knuspermüsli II*-Entscheidung geurteilt, dass in diesen Fällen der Rechtsbruchtatbestand nicht anzuwenden ist.³³² Denn in diesen Fällen darf der Verbraucherschutz nicht hinter dem durch die Vorgaben der UGP-RL festgelegten und für das nationale Recht zwingenden Schutzzumfang zurückbleiben. Vor allem hinsichtlich des § 5b UWG wird man zukünftig genauestens prüfen müssen, ob die zu untersuchende Vorschrift nicht eine nach § 5b UWG wesentliche Information enthält, sodass dann eine Anwendung des Rechtsbruchtatbestandes ausgeschlossen ist. Dies gilt gem. § 5b Abs. 4 UWG insbesondere für Vorschriften aus dem nicht abschließenden Katalog des Anh. II der UGP-RL.

Der § 3a UWG bleibt aber gleichwohl außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie weiterhin anwendbar. Dies betrifft Konstellationen, in denen z. B. eine nicht wesentliche bzw. außerhalb der kommerziellen Kommunikation liegende Informationspflicht verletzt wird (zu §§ 5a, 5b UWG) oder die Informationspflicht keine unionsrechtliche Informationspflicht in nationales Recht umsetzen soll und damit nicht auf Unionsrecht beruht. Ebenfalls weiterhin anwendbar ist der Rechtsbruchtatbestand neben diesen weiteren Unlauterkeitstatbeständen, wenn die aggressive geschäftliche Handlung oder Irreführung (durch Unterlassen einer wesentlichen Information) etwa gegenüber einem Mitbewerber oder einem sonstigen Marktteilnehmer erfolgt oder unter eine Bereichsausnahme fällt (z. B. unter Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie).³³³ Aus diesem Grund ist der Rechtsbruchtatbestand in jedem Fall auch bei Verstößen gegen Rechtsdienstleistungsvorschriften anwendbar, wenn die Verletzungshandlung zugleich ein unlauteres Handeln nach §§ 4a, 5, 5a oder 5b UWG begründet, also z. B. wenn ein Verstoß gegen eine in einer Rechtsdienstleistungsvorschrift normierte wesentliche Informationspflicht vorliegt.

³³² BGH, GRUR 2022, 930 (932 f.) – *Knuspermüsli II*.

³³³ Siehe hierzu ausführlich oben unter 3. Kap.III.3.e) aa)-cc).

B. Anwendung sonstiger zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Sanktionen neben § 3a UWG?

Grundsätzlich können verschiedene Sanktionen und Ansprüche, seien es hoheitlich/öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Sanktionen und Ansprüche auf der einen und lauterkeitsrechtliche auf der anderen Seite problemlos nebeneinander eingreifen. Der Grund ist der unterschiedliche Schutzzweck, da es der spezifische Schutzzweck des Lauterkeitsrechts ist, gerade negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu verhindern.³³⁴ Der Gesetzgeber hat durch den § 3a UWG verdeutlicht, dass Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsfremde Vorschriften, die dadurch aus den Bahnen des lauterkeitsrechtlich Zulässigen ausscheren, durch den Rechtsbruchtatbestand wieder auf den „rechten Weg“ zurückgebracht werden können. Durch lauterkeitsrechtliche Ansprüche und ihre Rechtsfolgen wird der Verstoß gerade aus dem Blickwinkel der Verletzung der Wettbewerbsordnung und nicht gerade um „ihrer selbst willen“ geahndet.³³⁵ Berufsrechtlich ist dies vor allem für die Berufskammern und Verbände relevant, die gegen berufswidriges Verhalten ihrer Mitglieder nicht nur mittels des speziellen berufsrechtlichen Sanktioneninstrumentariums, sondern auch lauterkeitsrechtlich vorgehen können.³³⁶ Auch bei verwaltungsrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten in der jeweiligen Rechtsmaterie schadet es für die Anwendung lauterkeitsrechtlicher Ansprüche nicht, dass die Einhaltung auch durch eine Behörde erzwungen werden kann. Dies schließt eine Anwendung des § 3a UWG aus den genannten Gründen nicht aus.³³⁷ Eine doppelte Sanktionierung eines Gesetzesverstößes mit dem Lauterkeitsrecht einerseits und mit den sonstigen zivilrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Sanktionen andererseits ist damit grundsätzlich möglich, sodass andere Ansprüche und Sanktionen die Anwendung des Rechtsbruchtatbestandes nicht sperren.

I. Parallelität lauterkeitsrechtlicher und anderer, zivilrechtlicher Ansprüche und Rechtsfolgen

Aus diesen Gründen kann der Kläger zugleich andere zivilrechtliche Ansprüche geltend machen. Aus der Nähe des § 3a UWG zum Deliktsrecht wird häufig parallel ein ggf. auch vorbeugender, quasinegatorischer Unterlassungsanspruch nach §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB analog sowie ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. einem entsprechenden Schutz-

334 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.33.

335 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.33.

336 GK-UWG/Pahlow, 3. Aufl. 2020, § 3a Rn. 24; BGH, WRP 2006, 891 (892) – Zahnarztbriefbogen.

337 BGH, WRP 2020, 443 (445) – Ersatzteilminformation II; Gutmayer, S. 153.

gesetz in Gestalt der Primärnorm in Betracht kommen.³³⁸ Diese Ansprüche entsprechen inhaltlich dem in Bezug auf den Personenkreis beschränkten Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch nach § 8 Abs. 1 UWG und § 9 UWG, der für Mitbewerber und Verbände bzw. lediglich für Mitbewerber gilt. Auch die deliktischen Sondernormen der §§ 824, 826 BGB können neben den originär lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen ohne Einschränkung geltend gemacht werden.³³⁹

Soweit der Parallelität der deliktsrechtlichen Vorschriften von *Frey-Gruber* mit der Begründung entgegengetreten wird, dies führe zu einer überschießenden und damit den §§ 8, 9 UWG widersprechenden Aktivlegitimation und dadurch zu einem Vorrang des Rechtsbruchtatbestandes, überzeugt dies nicht.³⁴⁰ Die Ahndungskonkurrenz wird gerade nicht aus der systematischen Ähnlichkeit verschiedener Anspruchsgrundlagen hergeleitet, sondern daraus, dass der Normverstoß aus verschiedenen Blickwinkeln heraus als sanktionswürdig erscheint.³⁴¹ Das Unrecht eines Normverstoßes ist aus der Perspektive des Lauterkeitsrechts eben ein anderes als z.B. aus der Perspektive des bürgerlichen Rechts. Im Übrigen begünstigt die Sanktionierung eines Normverstoßes an verschiedenen Fronten eine durchaus wünschenswerte effektive Rechtsdurchsetzung. Dementsprechend müssen auch die speziellen deliktischen Haftungsnormen des § 830 Abs. 1 und 2 BGB ohne Einschränkung angewendet werden können, genauso wie die Norm zur gesamtschuldnerischen Deliktshaftung Mehrerer gem. § 840 BGB.³⁴² Da insoweit allerdings allein der Verletzte selbst anspruchsberechtigt ist, kann auch nur dieser den quasinegatorischen Unterlassungsanspruch geltend machen. Die Mitbewerber und Verbände sind weiterhin auf die Ansprüche nach §§ 8 ff. UWG beschränkt. Sollten diese Ansprüche scheitern, weil z.B. die Voraussetzungen für die Mitbewerbereigenschaft nach §§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG nicht vorliegen und der Anspruch bzw. der ganze Prozess daran zu scheitern droht, kann es für den Kläger im Wettbewerbsprozess empfehlenswert sein, sich mit dem Verletzten ins Benehmen zu setzen und sich dessen Ansprüche abtreten zu lassen. Insgesamt sperren daher andere zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen nicht ein Vorgehen nach dem Rechtsbruchtatbestand.

Nicht nur eine Anspruchskonkurrenz ist damit gegeben, sondern auch eine Rechtsfolgenkonkurrenz. Häufigster Fall dürfte die Anwendung der §§ 134, 138 BGB sein, die die grundsätzliche Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, anordnet. Daher kann eine Primär-

338 *Festl-Wietek*, S. 83; BGH, WRP 2002, 956 (961) – *Wir Schuldenmacher*.

339 *Alexander*, 2. Aufl. 2019, WbR, § 2 Rn. 80.

340 *Frey-Gruber*, S. 103 f., 160.

341 OLG Frankfurt, WRP 2021, 1605 (1608).

342 *Alexander*, 2. Aufl. 2019, WbR, § 2 Rn. 77 ff.

norm ohne Weiteres auch ein gesetzliches Verbot i. S. v. § 134 BGB bzw. ein Verstoß gegen sie sittenwidrig nach § 138 BGB sein.³⁴³

II. Parallelität von ordnungsrechtlichen- und Strafsanktionen

Vor allem Vorschriften des Ordnungsrechts verfügen in der Regel über ein eigenes Sanktionensystem, welches es erlaubt, verwaltungsrechtliche Maßnahmen gegen Verstöße gegen diese Vorschriften zu ergreifen oder Verstöße als Ordnungswidrigkeiten oder Straftaten zu ahnden. Auch im Hinblick auf solche Sanktionsmöglichkeiten durch verwaltungsrechtliche Maßnahmen, Ordnungswidrigkeiten- und Strafvorschriften kommt es grundsätzlich zu keinem Vorrang dieser Sanktionen vor dem Lauterkeitsrecht, sondern es bleibt bei einer parallelen Anwendung beider Sanktionen und Ansprüche. Das liegt daran, dass die lauterkeitsrechtlichen Abwehransprüche nach §§ 3 ff., 8 UWG, zu denen diese verwaltungsrechtlichen und ordnungsrechtlichen Sanktionen in Konkurrenz treten würden, anders als diese weder ein vorsätzliches noch ein fahrlässiges Verhalten voraussetzen.³⁴⁴ Die Möglichkeit von Behörden, Verstöße gegen Primärnormen verwaltungsrechtlich zu sanktionieren, sperrt damit ebenfalls die Anwendbarkeit des § 3a UWG grundsätzlich nicht.³⁴⁵

III. Ausnahme: Abschließendes Rechtsfolgenregime

Eine lauterkeitsrechtliche Sanktionierung muss allerdings bei den Regelungskomplexen verschlossen sein, die ein eigenes und abschließendes Sanktionensystem beinhalten, welches dazu führt, dass die Anwendung des § 3a UWG i. V. m. den §§ 8 ff. UWG nach dem Sinn und Zweck der anderen gesetzlichen Regelung oder nach dem Gesamtzusammenhang, in dem diese steht, nicht gewollt ist.³⁴⁶ Das wäre der Fall, wenn der Regelungskomplex Sanktionsmechanismen vorsieht, die nicht mit Hilfe des Lauterkeitsrechts umgangen werden dürfen.³⁴⁷ Das ist daraus herzuleiten, dass, wie etwa im GWB oder im EnWG, ein dem Lauterkeitsrecht gleichender oder sogar ein darüber hinausreichender zivilrechtlicher Anspruchszuschnitt im Hinblick auf zivilrechtliche Ansprüche, die Mitbewerber und Verbände im Falle von Verstößen gegen die Vorschriften geltend machen können, vorgesehen ist.³⁴⁸

343 jurisPK-UWG/Seichter, 5. Aufl. 2021, § 3a Rn. 44; Gutmayer, S. 153.

344 BGH, GRUR 2016, 392 (393) – *Buchungssystem II*.

345 BGH, GRUR 2020, 426 (427) – *Ersatzteilminformation II; Festl-Wietek*, S. 80.

346 MüKoUWG/Schaffert, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 20.

347 Dazu Alexander, WRP 2012, 660 (663) (zum abschließenden Charakter des EnWG).

348 Alexander, WRP 2012, 660 (663) m. w. N. zur Rspr.

C. Bindungswirkung behördlicher und fachgerichtlicher Entscheidungen

Gesetzliche Vorschriften ordnungsrechtlicher Regelungskomplexe können wie dargelegt bei Verstößen gegen sie ggf. als Ordnungswidrigkeiten sanktioniert werden und verwaltungsrechtliche Sanktionen auslösen. Besonders bei Berufsausübungsvorschriften sind diese zum Schutz der mit den Berufsträgern interagierenden Gegenseite oftmals durch die Ermächtigung zu behördlichen, verwaltungsrechtlichen Maßnahmen flankiert. Dann kann es vorkommen, dass schon die jeweilige Behörde reagiert und einen Rechtsakt erlassen oder ein anderes (Fach-)Gericht bereits zur Sache entschieden hat.

Insbesondere die Behörde kann verschiedene Maßnahmen ergreifen, um grundsätzlich auch lauterkeitsrechtlich sanktionsfähiges Verhalten zu regulieren. Der relevanteste Fall dürfte dabei sein, dass eine Behörde ein bestimmtes Verhalten kraft Verwaltungsaktes erlaubt hat, weil sie z. B. davon ausgeht, dass kein Gesetzesverstoß vorliegt und das Verhalten damit nicht rechtswidrig ist, oder dass das Verhalten bereits Gegenstand einer fachgerichtlichen Entscheidung geworden ist. Behördliche Rechtsakte können aber auch darauf gerichtet sein, erlaubten Verhaltensweisen die Genehmigung, Zulassung oder Erlaubnis wieder zu entziehen, etwa, wenn eine Berufsausübung zulassungs- bzw. erlaubnispflichtig ist, durch die Nichterteilung oder den nachträglichen Widerruf einer Zulassung oder Erlaubnis durch Verwaltungsakt sowie darüber hinaus durch kurzfristige Unterlassungs- oder Untersagungsanordnungen im Hinblick auf ein bestimmtes Verhalten bzw. auf eine Tätigkeit. Hierbei stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Wettbewerbsgerichte an die jeweiligen anderen Rechtsauffassungen und Entscheidungen gebunden sind. Gliedert man diese Problemstellung weiter auf, stellt sich die Frage nach einer Bindungswirkung der Wettbewerbsgerichte an die behördlichen oder fachgerichtlichen Entscheidungen auf zwei Ebenen: einmal in Bezug auf die Beurteilung einer Zuwiderhandlung gegen eine Primärnorm (im Verwaltungsrecht: die Rechtswidrigkeit des Handelns aufgrund eines Normverstoßes) und zum anderen in Bezug auf den Vollzug von Gesetzesverstößen. Bei letzterem entsteht das Spannungsfeld nicht so sehr im Hinblick auf die materiell-rechtliche Auslegung einer Norm, sondern vielmehr bezüglich des Vollzugs eines Verbots bestimmter Tätigkeiten und Verhaltensweisen.

I. Originär lauterkeitsrechtliche Normauslegung

Stehen Verstöße gegen Primärnormen in Streit, kann es zunächst zu einer divergierenden Auslegung der Tatbestandsmerkmale solcher Normen sowie ggf. ihrer weiteren Voraussetzungen zwischen den Wettbewerbsgerichten

und Verwaltungsbehörden oder Fachgerichten kommen, mit der Folge, dass durch die eine Seite ein Normverstoß erkannt werden könnte und durch die andere nicht. Gesetzlich vorgesehen ist, dass die Wettbewerbsgerichte ungeachtet einer anderen Beurteilung durch Behörden oder Fachgerichte eine eigene, originäre Auslegungskompetenz für gesetzliche Vorschriften gem. § 17 Abs. 2 S. 1 GVG haben.³⁴⁹ Kritische Stimmen im Schrifttum, die darin eine systemwidrige Kompetenzüberschreitung des Wettbewerbsrechts sahen, welches die speziellen Rechtsmaterien und insbesondere das öffentliche Recht übermanteln würde, sind heute überwiegend und zu Recht verstummt.³⁵⁰ Überzeugend war die Kritik ohnehin nicht, gibt es doch für divergierende materiell-rechtliche Rechtsfragen ein prozessuales Instrument, nämlich eine Entscheidung durch den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes (GemS OGB).³⁵¹ Diese Ansicht hat sich auch in der Rechtsprechung durchgesetzt.³⁵² Die Rechtsauffassung einer Verwaltungsbehörde oder eines Verwaltungsgerichts in Bezug auf die Auslegung einer Norm und deren Voraussetzungen ist mithin für das Wettbewerbsgericht nicht bindend.³⁵³ Das Wettbewerbsgericht ist aber dann an die Normauslegung durch die Fach- und insbesondere Verwaltungsgerichte gebunden, wenn eine entsprechende Tatbestands- oder Feststellungswirkung den Gerichtsentscheidungen zugrunde liegt, oder wenn die Gerichtsentscheidungen formell rechtskräftig geworden sind und dem fachgerichtlichen Urteil der gleiche Streitgegenstand wie im Wettbewerbsverfahren zugrunde liegt.³⁵⁴

II. Prozessuale Durchsetzungskonkurrenz

Von dieser Normauslegungskonkurrenz zu unterscheiden ist die Frage, ob die Wettbewerbsgerichte ein Marktverhalten durch einen Unterlassungstenor verbieten können, wenn eine Verwaltungsbehörde zu dieser Frage bereits entschieden und das Marktverhalten damit ggf. erlaubt hat. Für den Rechtsbruchtatbestand ist sie sehr bedeutsam, weil viele Primärnormen i. S. d. § 3a UWG in ihrem Regelungskontext häufig auch verwaltungs-

349 *Elskamp*, S. 86.

350 Zur Darstellung der früheren Kritik vgl. *Doepner*, GRUR 2003, 825 (829 f.), insbesondere mit Hinweis auf *Quack*, FS-Trinkner 1995, 265 (268). In diese Tendenz scheint nur noch die Ansicht von Fezer/Büscher/Obergfell/*Götting/Hetmank*, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 48c zu gehen.

351 MüKoUWG/*Schaffert*, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 43.

352 BGH, GRUR 2019, 298 (300) – *Über Black II* m. w. N. zur Rspr.; OLG Frankfurt, WRP 2021, 1605 (1608). Krit. dazu Ohly/Sosnitza/*Ohly*, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 11; Fezer/Büscher/Obergfell/*Götting/Hetmank*, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 48c, wonach eine st. Behördenpraxis oder Rechtsprechung hinzunehmen sei.

353 Fezer/Büscher/Obergfell/*Götting/Hetmank*, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 48c.

354 Zu allem *Elskamp*, S. 87 f.

rechtliche Maßnahmen vorsehen. Es kann daher zu der Spannungssituation kommen, dass ein Verhalten, welches zwar tatsächlich rechtswidrig ist, von der Behörde erlaubt worden ist und damit zu einem Widerspruch zwischen dem genehmigenden Verwaltungsakt und der objektiven Rechtslage aus der Primärnorm.³⁵⁵ Es geht also um die Bindungswirkung einer behördlichen Durchsetzungsentscheidung für die Wettbewerbsgerichte. Im Kontext des Rechtsbruchtatbestandes darf bei der Prüfung seiner Merkmale im Falle einer Bindungswirkung dann keine Zuwiderhandlung angenommen werden.³⁵⁶

1. Grundsätzliche Bindung behördlicher Entscheidungen bei Tatbestandswirkung

Der Hauptanwendungsfall der eine Zuwiderhandlung ausschließenden Bindungswirkung ist die Tatbestandswirkung von Verwaltungsakten. Die Tatbestandswirkung geht im Unterschied zur Bindungswirkung von Verwaltungsakten über das Rechtsverhältnis der erlassenden Behörde sowie deren Rechtsträger und dem Betroffenen, dem gegenüber der Verwaltungsakt erlassen wurde, hinaus und bedeutet, dass sowohl die erlassende Behörde als auch jede andere Behörde sowie die ordentlichen Gerichte die Existenz des Verwaltungsakts, d.h. dessen Tenor, zu beachten haben und die von ihnen zu treffenden Entscheidungen unter Beachtung der Existenz des Verwaltungsakts ergehen müssen.³⁵⁷ An diese verwaltungsrechtliche Entscheidung sind die anderen Gerichte und Behörden nicht zuletzt aufgrund des Art. 20 Abs. 3 GG gebunden. Die Zivilgerichte dürfen demnach keine dazu im Gegensatz stehende Entscheidung treffen. Aus diesem Grund geht auch der BGH davon aus, dass eine Zuwiderhandlung gegen eine Primärnorm nach § 3a UWG ausscheidet, wenn die zuständige Verwaltungsbehörde einen *wirksamen* Verwaltungsakt erlassen hat, der das beanstandete Marktverhalten ausdrücklich erlaubt.³⁵⁸ Da für die Tatbestandswirkung nur die Wirksamkeit des Verwaltungsakts, nicht aber dessen Bestandskraft Voraussetzung ist, tritt sie schon mit der Bekanntgabe gegenüber dem Betroffenen ein (§ 43 Abs. 1 S. 1 VwVfG³⁵⁹), ungeachtet, ob der Verwaltungsakt rechtswidrig ist. Denn auch ein rechtswidriger Verwaltungsakt ist wirksam, da die Unwirksamkeit eines Verwaltungsakts nur durch dessen Nichtigkeit eintritt (§§ 43 Abs. 3, 44 VwVfG). Solange also ein wirksamer Verwaltungsakt nicht durch die zuständige Behörde oder durch ein Verwaltungsgericht

355 v. Walter, S. 120.

356 Elskamp, S. 86; v. Walter, S. 119.

357 Pautsch/Hoffmann/Pautsch, 2. Aufl. 2021, VwVfG, § 43 Rn. 5.

358 BGH, WRP 2018, 1452 (1455) – *Prozessfinanzierer I*; BGH, WRP 2020, 443 (445) – *Ersatzteilinformation II*.

359 Verwaltungsverfahrensgesetz vom 23.01.2003, BGBl. 2003 I, 102.

aufgehoben worden oder nichtig ist, ist die Zulässigkeit des beanstandeten Verhaltens einer Nachprüfung durch die Wettbewerbsgerichte entzogen.³⁶⁰ Deshalb ist es auch unerheblich, ob der Verwaltungsakt, etwa eine Genehmigung, Zulassung, Registrierung oder Erlaubnis durch Täuschung mittels Vorspiegelung falscher Tatsachen oder durch Drohung erlangt worden ist, und der Unternehmer aus diesem Grund ein Marktverhalten zulässigerweise vornehmen darf. Dies ergibt sich aus einem *e contrario*-Schluss des § 48 Abs. 2 S. 3 Nrn. 1 bis 3 VwVfG, nach dem bei diesen Verhaltensweisen der Verwaltungsakt erst einmal wirksam bleibt, solange er nicht nach § 48 Abs. 2 S. 4 VwVfG mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen wurde.

2. Reichweite der Tatbestandswirkung

Die behördliche Entscheidung bindet jedoch nur so weit, wie die Tatbestandswirkung reicht. Nach der Rechtsprechung muss die Reichweite der Tatbestandswirkung anhand des Regelungsgehaltes der behördlichen Entscheidung ermittelt werden.³⁶¹ Die Tatbestandswirkung kommt allerdings grundsätzlich nur dem Tenor des Verwaltungsaktes zu, nicht aber den wesentlichen Gründen oder der Beurteilung von Vorfragen, insbesondere vorgegrifflicher Rechtsverhältnisse. Nur ausnahmsweise ist mit manchen Verwaltungsakten aufgrund besonderer gesetzlicher Vorschriften weitergehend eine sog. Feststellungswirkung verbunden, das heißt, es sind auch der eigentlichen Entscheidung vorausliegende Elemente, z. B. tatsächliche Feststellungen, auf denen ein Verwaltungsakt beruht, oder die Beurteilung vorgegrifflicher Inzidentfragen, mit von der Tatbestandswirkung umfasst.³⁶²

Der Regelungsgehalt eines Verwaltungsaktes ist in entsprechender Anwendung der §§ 133, 157 BGB nach den Grundsätzen zu bestimmen, die auch für die Auslegung von Willenserklärungen gelten. Danach ist der erklärte Wille der erlassenden Behörde maßgebend, wie ihn der Empfänger bei objektiver Würdigung verstehen durfte. Bei der Ermittlung dieses objektiven Erklärungswerts ist in erster Linie auf den Entscheidungssatz und die Begründung des Verwaltungsaktes abzustellen; darüber hinaus ist das materielle Recht, auf dem der Verwaltungsakt beruht, heranzuziehen.³⁶³ Dabei muss sich die behördliche Entscheidung stets auf das auch im Wettbewerbsverfahren streitgegenständliche Verhalten richten. Die Erlaubnis oder Beurteilung im Hinblick auf ein Gesamtkonzept oder die Vornahme von mehreren Verhaltensweisen im Allgemeinen, zu denen auch die angegriffene Handlung

360 BGH, WRP 2015, 1468 (1471) – *Tagesschau-App*.

361 BGH, GRUR 2018, 1166 (1168) – *Prozessfinanzierer*.

362 OLG Frankfurt, WRP 2020, 1061 (1063).

363 Zu allem: BGH, GRUR 2015, 1228 (1231) – *Tagesschau-App*; OLG Frankfurt, WRP 2020, 1061 (1063).

gehören kann, genügen dafür nicht.³⁶⁴ Deshalb ist genau zu untersuchen, ob die Behörde eine bindende Aussage zur Zulässigkeit gerade des im Wettbewerbsverfahren angegriffenen Verhaltens getätigt hat. Nur dann ist es von der Tatbestandswirkung umfasst.

3. Folgen eines Widerspruchs

Untersagt die Behörde einem Unternehmer ein spezielles Marktverhalten, weil sie darin einen Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift sieht, und legt dieser daraufhin Widerspruch ein, mit der Folge, dass er aufgrund der aufschiebenden Wirkung (§ 80 Abs. 1 VwGO³⁶⁵) das entsprechende Verbot bis zur Entscheidung über den Widerspruch nicht befolgen muss, stellt sich die Frage, ob das Verhalten dennoch durch eine Entscheidung des Wettbewerbsgerichts unterbunden werden kann. *Elskamp* plädiert für diese Möglichkeit, da ein behördliches Verbot, welches kein Tatbestandsmerkmal der Verbotsnorm ist, das Wettbewerbsgericht an einer abweichenden Entscheidung nicht hindern könne, weil ja auch das behördliche Verbot aufgrund der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs nicht durchsetzbar sei. Und wenn der Verwaltungsakt nicht durchsetzbar ist, könne auch das Wettbewerbsgericht nicht daran gebunden sein und den Verstoß durchsetzen.³⁶⁶ Dagegen wird von *Ziegler* eingewendet, dass durch den lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsantrag keine faktische Aufhebung der aufschiebenden Wirkung erreicht werden dürfe, deren Voraussetzungen abschließend in § 80 Abs. 2 VwGO festgelegt sind, sodass letztlich eine Bindung bestehen müsse.³⁶⁷ Dies ist jedoch nur im Ergebnis richtig, denn auch hier sollte Anknüpfungspunkt die Tatbestandswirkung des ursprünglichen Verbotsverwaltungsaktes sein. Die Tatbestandswirkung dieses Verwaltungsaktes entfällt aber nicht durch den Widerspruch mit seiner aufschiebenden Wirkung, sondern begründet nur eine Vollziehbarkeithemmung. Gleiches gilt freilich auch für Anfechtungsklagen gegen Verwaltungsakte.³⁶⁸ Der Verwaltungsakt bindet daher die Wettbewerbsgerichte auch bei Einlegung eines Widerspruchs oder im Falle der Erhebung einer Anfechtungsklage im Umfang seiner Tatbestandswirkung. Insoweit darf eine Zuwiderhandlung nach § 3a UWG nicht angenommen werden.

364 BGH, GRUR 2015, 1228 (1232) – *Tagesschau-App*.

365 Verwaltungsgerichtsordnung vom 19.03.1991, BGBl. 1991 I, 686.

366 *Elskamp*, S. 94; MüköUWG/Schaffert, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 46.

367 *Ziegler*, S. 105.

368 BVerwG, BeckRS 2018, 2910; BGH, GRUR 2014, 405 (406) – *Atemtest II*.

4. Fälle fehlender Tatbestandswirkung

Keine Tatbestandswirkung besteht, wenn durch die Verwaltungsentscheidung nichts zu einem gebotenen oder verbotenen Marktverhalten ausgesagt wird oder schon gar keine behördliche Maßnahme vorliegt, die die Voraussetzungen eines Verwaltungsakts nach § 35 S. 1 VwVfG erfüllt. Denn im letzteren Fall besteht schon von vornherein keine bindende Tatbestandswirkung an die sich die Wettbewerbsgerichte zu halten hätten.³⁶⁹ Das wäre z. B. der Fall bei informatorischen Behördenschreiben oder Auskünften und schlichtem Verwaltungshandeln. Die Tatbestandswirkung besteht ebenfalls nicht, wenn die Wirksamkeit des Verwaltungsakts später eintritt, etwa, wenn dies durch Rechtsvorschriften so angeordnet ist oder aufgrund des Vollzugsaufschubs nach § 80 Abs. 1, Abs. 4 oder Abs. 5 VwGO.³⁷⁰

5. Bindung in Fällen nicht vorhandener Tatbestandswirkung

a) Duldung durch die Behörden

Fraglich ist, ob eine Bindung der Wettbewerbsgerichte auch in Fällen entstehen kann, in denen kein Verwaltungsakt und damit auch keine Tatbestandswirkung vorliegt. Auch dann müsste ein Vorgehen nach § 3a UWG mangels Zuwiderhandlung ausgeschlossen sein.

Das betrifft Fälle, in denen der Normadressat gegen eine Primärnorm verstößt und die zuständige Behörde gegen den von ihr positiv erkannten Verstoß trotz der objektiven Rechtswidrigkeit des Handelns nicht einschreitet und den Verstoß damit duldet, obwohl der Behörde ggf. sogar spezialgesetzlich angeordnete verwaltungsrechtliche Reaktionsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.

Durch die ältere obergerichtliche Rechtsprechung des OLG Hamburg und des OLG Frankfurt a. M. wurde hieraus die Zulässigkeit des Handelns bejaht und demzufolge eine entsprechende Bindung der Wettbewerbsgerichte angenommen.³⁷¹ Wenn die Behörden sehenden Auges nicht gegen ein rechtswidriges Verhalten vorgehen, hätten auch die Zivilgerichte bis auf weiteres von einem gesetzeskonformen Verhalten auszugehen und die sich darin äußernde Entscheidung der Behörde zu respektieren, auch wenn sie sich in einem Unterbleiben äußere.³⁷² Denn dadurch würde einer ggf. noch aus-

369 v. *Walter*, S. 120.

370 Zu allem: *Elskamp*, S. 86.

371 OLG Hamburg, GRUR-RR 2003, 181 (183); OLG Frankfurt a. M., WRP 1993, 821 (822).

372 OLG Hamburg, GRUR-RR 2003, 181 (183). Im Ergebnis ebenso OLG Frankfurt a. M., WRP 1993, 821 (822).

stehenden, eigenen Entscheidung der Behörde vorgegriffen.³⁷³ Dies stand schon damals im Gegensatz zu gewichtigen Stimmen des Schrifttums, die jedenfalls bei einem unmittelbaren Verbot, welches nicht noch erst durch die Behörde konkretisiert werden musste, keine Bindung der Wettbewerbsgerichte bei Untätigkeit der Behörde annahmen.³⁷⁴ Mittlerweile hat sich die neuere Rechtsprechung und wohl einhellig das Schrifttum dieser Ansicht angeschlossen. Dass die Behörde gegen einen ihr positiv bekannten Gesetzesverstoß nicht vorgegangen sei, hindere andere Marktteilnehmer nicht an einem lauterkeitsrechtlichen Vorgehen nach § 3a UWG.³⁷⁵ Für diese zutreffende Auffassung spricht nicht nur die fehlende Tatbestandswirkung des Nichteinschreitens.³⁷⁶ Vielmehr trifft das Untätigbleiben der Behörde von sich aus noch keine Aussage über die Zulässigkeit des Verhaltens. Darin muss ganz sicher nicht die behördliche Ansicht liegen, das gegenständliche Verhalten sei nicht rechtswidrig und daher erlaubt. Stattdessen könnte sich die Behörde natürlich auch aufgrund des verwaltungsrechtlichen Opportunitätsprinzips dazu entschieden haben, nicht gegen einen objektiv rechtswidrigen Gesetzesverstoß einzuschreiten. Dass diese Motivation dann eine tatbestandsausschließende Wirkung für das Lauterkeitsrecht haben soll, erscheint viel zu weitgehend und sachlich nicht gerechtfertigt. Denn natürlich kann trotzdem ein berechtigtes Interesse eines Wettbewerbers an einer lauterkeitsrechtlichen Sanktionierung bestehen.³⁷⁷ Das Nichteinschreiten durch die Behörde führt daher nicht zu einer konkludenten Erlaubnis des fraglichen Verhaltens und damit zu einer Bindung der Wettbewerbsgerichte hieran.

b) Verwaltungsvertrag und zugesichertes Untätigbleiben

Allerdings kann ein Verwaltungsvertrag zwischen der Behörde und dem Privaten als Parteien i. S. v. § 54 VwVfG eine Bindungswirkung entfalten und das Verhalten bindend als erlaubt anordnen, soweit der Verwaltungsvertrag nicht nichtig ist.³⁷⁸ Diese Bindungswirkung ist allerdings weitaus schwächer als die des Verwaltungsaktes, da Verwaltungsverträge zunächst schon keine Tatbestandswirkung haben und über ihnen stets das Damoklesschwert diverser Nichtigkeitsgründe schwebt (vgl. §§ 58 Abs. 1, 59 VwVfG).³⁷⁹ Hingegen

373 OLG Hamburg, GRUR-RR 2003, 181 (182).

374 *Stolterfoht*, FS-Rittner 1991, 696 (713); *Quack*, FS-Trinkner 1995, 265 (274). S. a. *Frenzel*, S. 34.

375 OLG Düsseldorf, WRP 2019, 904 (907); OLG Stuttgart, WRP 2018, 1252 (1255); Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.47; v. *Walter*, S. 122 f.

376 v. *Walter*, S. 122.

377 Zutreffend daher *Frenzel*, S. 34.

378 *Elskamp*, S. 89.

379 Vgl. *Elskamp*, S. 89 f.

führt eine Zusicherung einer Behörde, gegen ein bestimmtes Verhalten nicht einzuschreiten, nicht zu einer Bindungswirkung jener Zusicherung.³⁸⁰ Dies liegt daran, dass die Behörde lediglich verbindlich zusichert, gegen ein bestimmtes Verhalten nicht einzuschreiten, nicht jedoch die Vorfrage beantwortet, ob das betreffende Verhalten rechtmäßig oder rechtswidrig ist.³⁸¹ Auch diese Zusicherung kann aus wettbewerbsrechtlich irrelevanten Opportunitätsgründen erfolgt sein.

c) Delegierte Rechtsnormen

Fraglich ist, ob auch delegierte Rechtsnormen, wie etwa Rechtsverordnungen, wenn sie sich auf ein spezifisches Verhalten beziehen, eine Bindungswirkung für die Wettbewerbsgerichte auslösen können. Die Rechtsverordnung wird grundsätzlich durch ein Exekutivorgan einseitig erlassen und hat den Vorteil, eine noch nicht von vornherein abgrenzbare Anzahl gleicher Verhaltensweisen regeln zu können. Durch sie wird nicht nur materielles Recht geschaffen, sondern es kann zugleich vollzogen werden. In Abgrenzung zu anderen Rechtsakten der Verwaltung ist die Rechtsverordnung von abstrakt-generellem Charakter, wurde einseitig durch den Ordnungsgesetzgeber erlassen und besitzt eine Außenwirkung, wodurch sie sich vor allem von dem Verwaltungsakt, dem Verwaltungsvertrag und der Verwaltungsvorschrift abgrenzt. Da die Rechtsverordnung durchaus die durch sie geregelten Verhaltensweisen erlauben oder verbieten kann und zumindest auch einen Akt der Gesetzgebung darstellt, müssen die Wettbewerbsgerichte an die Regelungsaussage einer Rechtsverordnung gebunden sein, selbst wenn die betreffende Vorschrift der Rechtsverordnung möglicherweise nichtig ist, weil sie gegen höherrangiges Recht verstößt. So hat das OLG Zweibrücken entschieden, dass die Wettbewerbsgerichte an eine selbstvollziehende Erlaubnis des Ordnungsgesetzgebers gebunden sind, und das durch diese Erlaubnis legitimierte Handeln nicht untersagen dürfen (sog. Legitimationswirkung).³⁸² Dass also auch Vorschriften einer Rechtsverordnung eine Bindungswirkung erzeugen können, ist an sich ein zwingender Schluss, denn wenn schon einseitig von der Exekutive erlassene Rechtsakte, d. h. Verwaltungsakte, eine Bindungswirkung auslösen können, muss dies erst recht gelten, wenn eine Verhaltensweise durch den Gesetzgeber, also ein Legislativorgan, erlaubt oder verboten wird. Denn in diesem Fall ist der durchschlagende Wille des Gesetzgebers entscheidend. Daran haben sich die ordentlichen Gerichte und Fachgerichte zu orientieren. So lange eine Verhaltensweise dementsprechend durch eine Rechtsverordnung erlaubt

380 A. A. OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2003, 15 (16 f.).

381 *Elskamp*, S. 91 f.

382 OLG Zweibrücken, GRUR 2022, 1457 (1459).

oder verboten ist und sie oder ihre Vorschriften nicht durch ein Fachgericht als gegen höherrangiges Recht verstoßend verworfen worden sind, hat sich jedes staatliche Organ an diesen Willen zu halten. Dies muss umso mehr deshalb gelten, weil es nicht angehen kann, dass über dem Verhalten der Normadressaten, welches sich dadurch innerhalb der Grenzen des geltenden Rechts bewegt, das Damoklesschwert der Untersagung über den Weg des Lauterkeitsrechts, womöglich sogar hinterrücks über das Verfügungsverfahren, schwebt. Denn wo kein Gesetzesverstoß vorliegt, kann der Rechtsbruchtatbestand nicht zur Anwendung kommen.³⁸³ Alles andere würde mit erheblichen Gefahren für ein rechtssicheres Handeln einhergehen und unerträgliche Rechtsunsicherheit erzeugen.

Genauso wie Rechtsverordnungen müssen auch Satzungsvorschriften als delegierte Rechtsnormen, soweit sie ein Verhalten erlauben oder verbieten, eine Legitimationswirkung entfalten. Kommt den Satzungsvorschriften also Primärnormqualität zu und erlauben sie ein Verhalten oder verbieten sie es, dürfen die Wettbewerbsgerichte diese Entscheidung nicht übergehen, zumal es in diesen Fällen dann ebenfalls an einem Gesetzesverstoß fehlt.

In beiden Fällen muss allerdings genauestens untersucht werden, ob durch die verletzte Rechtsverordnungsvorschrift oder Satzungsvorschrift wirklich das konkret angegriffene gesetzesverletzende Marktverhalten geboten oder verboten wird. Dies richtet sich ebenfalls nach der Auslegung des Regelungsgehaltes entsprechend den §§ 133, 157 BGB. Das wird jedoch in der Regel zu verneinen sein, da es sich normalerweise um abstrakt-generelle Vorschriften handelt, die kein spezifisches Marktverhalten regeln wollen, sodass es an einer tatbestandswirkungsähnlichen Legitimationswirkung fehlt, wobei in Ausnahmefällen etwas anderes gelten kann, wie das OLG Zweibrücken hinsichtlich selbstvollziehender Erlaubnisvorschriften in Rechtsverordnungen in Bezug auf ein spezifisches Marktverhalten eines konkreten Normadressaten gezeigt hat.³⁸⁴

III. Vertrauensschutz im Hinblick auf die behördliche oder fachgerichtliche Entscheidung?

Behördliche und gerichtliche Entscheidungen bieten einen zunächst attraktiven Anknüpfungspunkt für die Behauptung des Rechtsverletzers, er habe auf die Entscheidung oder die Normauslegung der Behörde oder des Gerichts vertraut. Das ist aus Sicht des Verletzers verständlich, denn zunächst wird er sich mit behördlichen Maßnahmen und Genehmigungen auseinan-

383 BGH, GRUR 2014, 405 (406) – *Atemtest II*; OLG Zweibrücken, GRUR 2022, 1457 (1459).

384 OLG Zweibrücken, GRUR 2022, 1457 (1459).

dersetzen und auf dieser Grundlage mit seiner Tätigkeit oder seinem Verhalten beginnen, bis dann – oftmals unvorhergesehen – lauterkeitsrechtliche Ansprüche gegen ihn geltend gemacht werden. Es geht also einmal um Normauslegungssachverhalte und Normenvollzugssachverhalte. Dabei handelt es sich jedoch genau genommen nicht in beiden Fällen um Fragen des Vertrauensschutzes im eigentlichen Sinne, sondern um einen durch die Behörde verursachten, in diesem Falle dann unvermeidbaren Rechtsirrtum bei der Normauslegung auf der einen, und Vertrauensschutz beim geduldeten Zuwiderhandeln auf der anderen Seite.

In den Normenvollzugssachverhalten geht es um Vertrauensschutz, welcher aus dem Nichteinschreiten der Behörde gegen ein ihr positiv bekanntes rechtswidriges Handeln begründet werden soll. Gebunden sind die Wettbewerbsgerichte *im Verhältnis zu den Behörden* daran, wie gezeigt, jedenfalls nicht.³⁸⁵ Nach zutreffender Ansicht kann der Verletzer aber auch im streitigen Wettbewerbsverfahren nicht darauf vertrauen, die Behörde hätte durch ihr Untätigbleiben sein Verhalten als rechtmäßig gebilligt. Dies liegt daran, dass der Vertrauensschutzgedanke nur im Subordinationsverhältnis zwischen der konkreten Behörde und dem Betroffenen gilt, nicht aber gegenüber den betroffenen Marktteilnehmern, deren Interessen durch die Wettbewerbsgerichte zu wahren sind und auch nicht gegenüber anderen Behörden und Gerichten.³⁸⁶ Denn eine Drittwirkung des verwaltungsrechtlichen Vertrauensschutzes gibt es nicht. Aus Sicht des Lauterkeitsrechts geht es allein darum, den Wettbewerbsprozess in die richtigen Bahnen zu lenken.³⁸⁷

Zum anderen kann es darum gehen, dass die Wettbewerbsgerichte die jeweilige gesetzliche Vorschrift anders als vorbefasste Behörden und Fachgerichte auslegen wollen. In diesen Fällen könnte der Betroffene vorbringen, er habe auf die behördliche Normauslegung vertraut, und sich deshalb in einem unvermeidbaren bzw. entschuldbaren und dadurch die Unlauterkeit ausschließenden Rechtsirrtum befunden. Das kommt häufig bei Genehmigungen oder sonstigen behördlichen Zulassungsakten vor, die Voraussetzungen für ein erlaubtes Handeln sind, weil die Behörde dadurch regelmäßig inzident die Zulässigkeit oder die Voraussetzungen für ein erlaubtes oder genehmigungsfähiges Handeln geprüft haben wird. Mit diesem Fall hat sich der BGH in *Sportwetten-Genehmigung* zur Fallgruppe Rechtsbruch nach § 1 UWG 1909 befasst.³⁸⁸ Nach Ansicht des BGH konnte der

385 S. o. unter B.II.5.a).

386 Zu allem: OLG Düsseldorf, WRP 2019, 904 (907); OLG Stuttgart, WRP 2018, 1252 (1255) (ohne nähere Begründung); a.A. Fezer/Büscher/Obergfell/Götting/Hetmank, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 48d.

387 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.47.

388 BGH, GRUR 2002, 269 (270) – *Sportwetten-Genehmigung*.

Rechtsverletzer nicht aus einem Wettbewerbsverstoß in Anspruch genommen werden, weil er seine Ansicht, nicht rechtswidrig zu handeln, darauf stützen konnte, dass die ihm erteilte Gewerbe genehmigung zumindest nicht nichtig ist. Der Handelnde müsse nur Kenntnis von den für seinen Tätigkeitsbereich relevanten gesetzlichen Vorschriften haben und in Zweifelsfällen besonderen Rechtsrat einholen, sich aber nicht nach der im Zweifel strengsten Gesetzesauslegung richten.³⁸⁹ Kein entschuldbarer Rechtsirrtum läge allerdings vor, wenn der Gewerbetreibende die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens kennt, sich dieser Einsicht bewusst verschließt oder auf die Haltung der Verwaltungsbehörden in unlauterer Weise eingewirkt hat und er aufgrund dessen die Nichtigkeit des Verwaltungsaktes habe erkennen müssen.³⁹⁰ Richtig ist zwar, dass es in der Tat eine Überspannung der Pflichten und ein unzulässiger Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit wäre, von einem Gewerbetreibenden zu verlangen, sich vorsichtshalber auch dann nach der strengsten Gesetzesauslegung und Einzelfallbeurteilung zu richten, wenn die zuständigen Behörden und Gerichte sein Verhalten ausdrücklich als rechtlich zulässig bewerten, weil sie die jeweilige Vorschrift nach ihrer eigenen Rechtsauffassung auslegen.³⁹¹ Darauf kommt es indes heute nicht mehr an. Die Entscheidung *Sportwetten-Genehmigung* erging zur noch zur Zeit der Fallgruppe des Rechtsbruchs. In seiner kodifizierten Form ist der Rechtsbruchtatbestand heute objektiv-formal ausgestaltet; subjektive Momente und Vorstellungen sind völlig irrelevant.³⁹²

Insoweit wurde das Einfallstor für Vertrauensschutz/entschuldbare Rechtsirrtümer geschlossen.³⁹³ Für die nunmehr objektive Beurteilung eines Zuwiderhandelns kommt es daher auf die Rechtsauffassung der zuständigen Verwaltungsbehörden nicht an.³⁹⁴ Und im Rahmen der Zuwiderhandlung sind Vertrauensschutzgesichtspunkte nicht anwendbar. Für die konkurrierende Normdurchsetzung ist somit nur der Widerstreit einer ggf. von der objektiven Rechtslage abweichenden behördlichen Entscheidung und ihrer Bindungswirkung maßgeblich.³⁹⁵ Aus dem Fehlen subjektiver Merkmale für den Rechtsbruchtatbestand folgt daher, dass eine Abmahnung auch dann berechtigt i. S. d. § 13 Abs. 1 UWG ist, wenn der Verletzer im guten Glauben an die Rechtmäßigkeit seines Tuns gehandelt hat sowie ein Unterlassungs-

389 BGH, GRUR 2002, 269 (270) – *Sportwetten-Genehmigung*.

390 BGH, GRUR 2002, 269 (270) – *Sportwetten-Genehmigung*.

391 BGH, GRUR 2002, 269 (270) – *Sportwetten-Genehmigung*.

392 v. Walter, S. 123.

393 Dagegen wohl Fezer/Büscher/Obergfell/Götting/Hetmank, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 48d unter Berufung auf BGH, *Sportwetten-Genehmigung*: „[...] kann sich ein Unternehmer auch auf eine ausdrückliche Billigung der zuständigen Verwaltungsbehörde ebenso wie auf eine bestehende Rechtsprechung verlassen“.

394 BGH, GRUR 2006, 82 (84) – *Betonstahl*; OLG Düsseldorf, WRP 2019, 904 (907).

395 OLG Düsseldorf, WRP 2019, 904 (907); v. Walter, S. 123.

gebot auch dann möglich, wenn der Verletzer auf die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens in nicht vorwerfbarer Weise vertraut hat.³⁹⁶ Daher ist es auch unerheblich, ob sich der Verletzer der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens über die Verteidigung im Prozess hinaus berührt.³⁹⁷

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Hinblick auf § 3a UWG unter keinem Gesichtspunkt der Vertrauensschutzgedanke, wie auch immer dieser aus dem behördlichen Handeln folgen könnte, für das Wettbewerbsverfahren aktiviert werden kann. Auch ein entschuldbarer Rechtsirrtum kann einem Verstoß gegen eine Primärnorm und damit einem unlauteren Handeln nach § 3a UWG nicht entgegengehalten werden. Um allerdings die Gefahr durchdringender Rechtsmittelanträge zu minimieren, sollten sich der Kläger und das Wettbewerbsgericht zumindest mit der Ansicht der Behörde oder des Fachgerichts auseinandersetzen und ihre abweichende Rechtsauffassung tragfähig begründen.³⁹⁸

D. Folgerungen für Verstöße gegen Rechtsdienstleistungsvorschriften

I. Kein abschließendes Sanktionenregime im RDG

Das RDG enthält verschiedene verwaltungsrechtliche Sanktionsmöglichkeiten im Hinblick auf Verstöße gegen Rechtsdienstleistungsvorschriften. Sofortmaßnahmen sind z. B. die Untersagung von Rechtsdienstleistungen nach § 9 RDG oder Aufsichtsmaßnahmen gem. § 13h RDG sowie die Unterlassungsanordnung nach § 13h Abs. 2 S. 2 RDG, § 15 Abs. 6 S. 1 RDG oder die Betriebsuntersagung nach § 13h Abs. 4 RDG, § 15b RDG. Zusätzlich eröffnet der Ordnungswidrigkeitenkatalog in § 20 RDG, Verstöße gegen Rechtsdienstleistungsvorschriften mit einem Bußgeld zu ahnden (§ 20 Abs. 3 RDG). Diese Sanktionsmöglichkeiten sind rein öffentlich-rechtlicher Natur, da es sich primär um verwaltungsrechtliche Reaktionsmöglichkeiten handelt, und eröffnen für die Marktteilnehmer keine eigenen Möglichkeiten eines Vorgehens gegen Verstöße gegen Rechtsdienstleistungsvorschriften. Gleiches gilt für das RDGEG und das RDV. Es besteht daher kein dem lauterkeitsrechtlichen Sanktionenregime vergleichbarer oder sogar darüberhinausgehender (zivilrechtlicher) Anspruchszuschnitt im Rechtsdienstleis-

396 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.46.

397 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.46.

398 Vgl. auch Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.44; *Elskamp*, S. 96.

tungsrecht.³⁹⁹ Die Sanktionen im RDG sind daher nicht abschließend und sperren bei Verstößen kein Vorgehen aus § 3a UWG und auch nicht aus anderen Anspruchsgrundlagen, wie z.B. § 823 Abs. 1 BGB, § 1004 BGB analog.⁴⁰⁰

II. Vorhergehende Gerichtsentscheidungen

Es kann vorkommen, dass allgemein-zivilrechtliche oder fachgerichtliche Verfahren vor Gerichten ausgetragen werden, in denen der Streitgegenstand ein gegen eine Rechtsdienstleistungsvorschrift verstoßendes Verhalten ist. Häufig wird es dann um die Rechtsfolge der Nichtigkeit dieses Verhaltens aufgrund einer behaupteten unzulässigen, da unerlaubten, Rechtsdienstleistung gehen. Ist sie tatsächlich von keiner Erlaubnis gedeckt, so ist sie verboten und verstößt gegen § 3 RDG. Die entsprechenden Rechtsgeschäfte wären nichtig, da § 3 RDG nach heute wohl allgemeiner Ansicht ein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB darstellt.⁴⁰¹

Das gleiche Verhalten kann dann auch den Rechtsbruchtatbestand erfüllen, wenn die Rechtsdienstleistungsvorschrift, gegen die verstoßen wurde, eine Primärnorm darstellt. Ein lauterkeitsrechtliches Vorgehen wäre nur dann ausgeschlossen, wenn der Streitgegenstand der gleiche ist, da die Bindungswirkung einer rechtskräftigen fachgerichtlichen Entscheidung auf den Streitgegenstand beschränkt ist. Insoweit mag zwar durchaus häufig ein gleicher Lebenssachverhalt vorliegen. Nach dem von der herrschenden Ansicht vertretenen zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff genügt dies jedoch nicht, da auch der Antrag der gleiche sein muss.⁴⁰² Im Wettbewerbsprozess geht der Antrag in aller Regel auf Unterlassung oder Kostenersatz, sodass sich der Streitgegenstand im Wettbewerbsverfahren normalerweise von dem Streitgegenstand einer anderen gerichtlichen Entscheidung unterscheidet. Daher wird das Wettbewerbsgericht so gut wie nie an die anderweitige gerichtliche Beurteilung im Hinblick auf einen Verstoß gegen eine das Marktverhalten regelnde Rechtsdienstleistungsvorschrift gebunden sein. Selbst, wenn das jeweilige Gericht z. B. meint, dass eine Rechtsdienstleistungserbringung (noch) von einer Erlaubnis gedeckt sei bzw. deren Grenzen

399 Es besteht daher nur die Möglichkeit, die jeweilige Aufsichtsbehörde auf Verstöße gegen Rechtsdienstleistungsvorschriften hinzuweisen und ein verwaltungsrechtliches Vorgehen anzuregen.

400 Römermann/Günther, NJW 2019, 551 (553).

401 BGH, NJW 2020, 208 (215); Deckenbrock/Henssler/Henssler, 5. Aufl. 2021, RDG, § 3 RDG Rn. 33; Sadighi, S. 190 ff.; Krenzler/Offermann-Burckart, 2. Aufl. 2017, RDG, § 3 RDG Rn. 65 ff.

402 MüKoZPO/Becker-Eberhard, 6. Aufl. 2020, Vorb § 253 Rn. 32 m. w. N. zum Streitgegenstandsbegriff.

nicht überschreite und damit einen Verstoß gegen § 3 RDG ablehnt, kann das Wettbewerbsgericht folglich zu einer anderen Beurteilung gelangen und ist nicht an diese Auslegung gebunden. Es ist allerdings angehalten, seine abweichende Rechtsauffassung hinreichend zu begründen. Auf Vertrauensschutz kann sich der Rechtsdienstleister außerdem in keinem Fall berufen.

III. Verwaltungsrechtliche Rechtsakte

Für eine zulässige Rechtsdienstleistungserbringung ist Voraussetzung, dass das präventive Verbot in § 3 RDG durch das Eingreifen einer Erlaubnisvorschrift aufgehoben wird. Viele Erlaubnisvorschriften sowie sonstige Rechtsdienstleistungsvorschriften hängen nicht von einem behördlichen Rechtsakt ab (z. B. §§ 5, 7 RDG, 11 Abs. 4 RDG). Dies ist aber anders z. B. im Hinblick auf die registrierten Rechtsdienstleister nach § 10 Abs. 1 RDG bzw. § 15 Abs. 1, 3 RDG. Die Registrierung durch die zuständige Behörde ist konstitutive Bedingung für die Zulässigkeit der Rechtsdienstleistung und stellt einen Verwaltungsakt dar, der mit Bekanntgabe gegenüber dem Rechtsdienstleister wirksam wird.⁴⁰³ Deshalb ist vor dem Hintergrund eines solchen Registrierungsverwaltungsaktes seine Tatbestandswirkung hinsichtlich einer erlaubten oder unerlaubten Rechtsdienstleistungserbringung besonders relevant.

1. Registrierungsverwaltungsakt nach alter Rechtslage

Liegt eine solche Registrierung vor, ist fraglich, ob damit eine Tatbestandswirkung im Hinblick auf die Zulässigkeit von durch den registrierten Rechtsdienstleister erbrachten Rechtsdienstleistungen erzeugt wird, sodass, wenn einmal eine Registrierung vorliegt, die von dem Rechtsdienstleister erbrachten Rechtsdienstleistungen als rechtmäßig anzusehen sind. In der Konsequenz könnte nicht mehr gestützt auf den Rechtsbruchtatbestand gegen die im Rahmen des Umfangs der Erlaubnis erfolgte Rechtsdienstleistungserbringung vorgegangen werden. Eine diesbezügliche Tatbestandswirkung wurde durch einige Stimmen unter Berufung auf die BGH-Entscheidungen *Prozessfinanzierer* und *Tagesschau-App* angenommen, nach denen bei einer einmal erteilten Registrierung durch die Tatbestandswirkung dieser Registrierung alle unter den Umfang dieser Erlaubnis fallenden Verhaltensweisen (Rechtsdienstleistungen) erfasst sein sollen, die also durch die Behörde als rechtmäßig erachtet wurden und daher nicht durch eine andere (lauterkeitsrechtliche) Beurteilung ausgehebelt werden dürften (z. B. durch die Anwen-

⁴⁰³ BGH, NJW-RR 2017, 410 (411); Deckenbrock/Henssler/Dötsch, 5. Aufl. 2021, RDG, § 13 RDG Rn. 72.

dung der §§ 3a, 8 ff. UWG oder des § 134 BGB).⁴⁰⁴ Sind die Schritte der Registrierung einmal durchlaufen, lasse schon die Gesetzessystematik darauf schließen, dass es nicht abseits der veröffentlichten Erlaubnis für jede einzelne Tätigkeit in Frage stehen soll, ob der eingetragene Rechtsdienstleister sich innerhalb des Rahmens bewegt, für den er aufgrund seiner besonderen Sachkunde eingetragen ist.⁴⁰⁵ Diese Ansichten scheinen jedoch auf einem Missverständnis der Tatbestandswirkung und einer Fehlinterpretation der genannten Entscheidungen zu beruhen. Denn die Tatbestandswirkung muss, damit sie für das Lauterkeitsrecht bindend sein kann, eine Aussage dazu treffen, ob das betreffende, konkrete Marktverhalten ausdrücklich erlaubt oder verboten ist, wofür es auf die Auslegung des Regelungsgehalts des Verwaltungsakts ankommt.⁴⁰⁶ Es reicht, wie sich vor allem aus *Tagesschau-App* ergibt, also gerade nicht aus, dass bei einer Erlaubnis oder Genehmigung das streitige Verhalten *möglicherweise* von dem erlaubten Verhaltensumfang miterfasst wird oder die Leistung zum genehmigten Gesamtkonzept gehören kann, wenn nicht dadurch das konkrete Marktverhalten im Einzelfall *ausdrücklich* gestattet wird.⁴⁰⁷ Vielmehr befasste sich der Registrierungsverwaltungsakt nach altem Recht zunächst nur mit der Vorfrage, ob die Voraussetzungen für eine erlaubte Rechtsdienstleistungserbringung durch eine taugliche Person vorliegen, also mit personenbezogenen Voraussetzungen. Die Reichweite des durch den Registrierungsverwaltungsakt erfassten Regelungsgehalts und damit der umfasste Verhaltensumfang war deshalb auch nicht im Wege der Feststellungsklage zu klären.⁴⁰⁸ Denn damit beschäftigte sich der Registrierungsverwaltungsakt überhaupt nicht. Dementsprechend hat der BGH diese Ansichten zu Recht abgelehnt und entschieden, dass durch den Verwaltungsakt der Registrierung gerade nicht konkret bestimmt werde, welche *Tätigkeiten im Einzelnen* zu den erlaubten Rechtsdienstleistungen im Falle der Registrierung gehören.⁴⁰⁹ Der Registrierungsverwaltungsakt begründete nach Ansicht des BGH mithin keine Tatbestandswirkung in Bezug auf das Marktverhalten.

2. Registrierungsverwaltungsakt nach neuer Rechtslage

Mit dem neu eingefügten § 13 Abs. 2 RDG könnte sich dieses Ergebnis jedoch geändert haben. Nach § 13 Abs. 2 RDG muss mit dem Antrag auf Registrierung einer Inkassodienstleistung eine inhaltliche Darstellung der be-

404 Römermann/Günther, NJW 2019, 551 (553); Hartung, AnwBl Online 2019, 353 (360).

405 Hartung, AnwBl Online 2019, 353 (360).

406 BGH, GRUR 2018, 1166 (1168) – *Prozessfinanzierer*.

407 BGH, GRUR 2015, 1228 (1230 ff.) – *Tagesschau-App*.

408 So wie hier: Skupin, S. 257; a. A. Burgi, DVBl. 2020, 471 (477).

409 BGH, NJW 2020, 208 (217); so i. E. auch Skupin, S. 257.

absichtigten Tätigkeiten beigefügt werden, woraus insbesondere hervorgeht, auf welchen Rechtsgebieten sie erbracht werden und welche weiteren Tätigkeiten als Nebenleistungen (i. S. d. § 5 RDG) erbracht werden sollen. Die Tätigkeiten sind derart zu beschreiben, dass eine Prüfung der Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 S. 1 RDG und des § 5 Abs. 1 RDG möglich ist. Die Darstellung muss daher möglichst konkret die Leistungen beschreiben, die für die Rechtssuchenden erbracht werden sollen.⁴¹⁰ Zudem müssen ggf. konkrete weitere Nebenleistungen gem. § 13 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 RDG angegeben werden. Dies führt zu der vom Gesetzgeber gewünschten Intensivierung der inhaltlichen Prüfung der Inkassodienstleistung.⁴¹¹ Deshalb könnte man annehmen, dass der Registrierungsverwaltungsakt zukünftig eine Tatbestandswirkung für diejenigen durch den Inkassodienstleister erbrachten Rechtsdienstleistungen entfaltet, die in der beigefügten inhaltlichen Darstellung der beabsichtigten Tätigkeiten bezeichnet und hinreichend konkret beschrieben worden sind. Dagegen wird von *Skupin* eingewendet, dass die Rechtsdienstleistungsbefugnis im Rechtsdienstleistungsregister auch nach vorgesehener Prüfung nur ganzheitlich erteilt und eingetragen werde, ohne dass sie auf ein konkretes Rechtsgebiet oder konkrete Tätigkeiten beschränkt wird.⁴¹² Auch erfolge keine Publizität der konkret geprüften Tätigkeiten.⁴¹³ Dies mag für sich genommen hinsichtlich der Eintragung in das Rechtsdienstleistungsregister richtig sein. Allerdings kommt es auf die Eintragung im Hinblick auf die Tatbestandswirkung des Registrierungsverwaltungsaktes *im Verhältnis zum Inkassodienstleister* nicht an. Für die Tatbestandswirkung ist vielmehr allein der Registrierungsverwaltungsakt entscheidend, wie er gegenüber dem Inkassodienstleister bekanntgegeben wird.⁴¹⁴ Die Eintragung im Register ist hiervon zu unterscheiden, denn sie hat keine Bekanntgabefunktion gegenüber dem Inkassodienstleister i. S. d. § 41 VwVfG sondern nur informativen Charakter gegenüber den Rechtssuchenden und deshalb mit einer Tatbestandswirkung nichts zu tun.⁴¹⁵ Der Registrierungsverwaltungsakt wird sich hingegen künftig auf ein sehr konkret abgefasstes Tätigkeitsspektrum mit einer großen Detailtiefe beziehen. Tätigkeiten müssen konkret bezeichnet werden. Dies wird im Regelfall genügen, damit diese bezeichneten Tätigkeiten durch die Reichweite der Tatbestandswirkung des Registrierungsverwaltungsakts erfasst werden. Dies ist auch die Hoffnung des Gesetzgebers, nach dem „diese genauere Überprüfung des Geschäftsmodells für die Zivil-

410 BT-Drs. 19/27673, S. 41.

411 BT-Drs. 19/27673, S. 22.

412 *Skupin*, S. 258 f.

413 *Skupin*, S. 259.

414 Vgl. oben unter C.II.1.

415 Deckenbrock/Henssler/Dötsch, 5. Aufl. 2021, RDG, § 13 RDG Rn. 72.

gerichte im Sinne einer Tatbestandswirkung beachtlich sein kann⁴¹⁶. Allerdings wird man für jeden Einzelfall überprüfen müssen, ob die Regelungstiefe auch so konkret und detailreich ist, dass wirklich für die dann streitige Handlung eine Tatbestandswirkung anzunehmen ist. Hiervon sollte aber ausgegangen werden.

3. Sonstige verwaltungsrechtliche Maßnahmen

Der jeweiligen Aufsichtsbehörde stehen bei Verstößen gegen Rechtsdienstleistungsvorschriften verschiedene Reaktionsmöglichkeiten zur Verfügung. Die Aufsichtsbehörde kann gem. § 9 Abs. 1 RDG bei Verstößen gegen die §§ 6, 7 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 Nr. 4 und 5 RDG unter gewissen Voraussetzungen die weitere Erbringung von *Rechtsdienstleistungen* für längstens fünf Jahre untersagen. Die Untersagungsverfügung ist ein Verwaltungsakt.⁴¹⁷

Darüber hinaus kann sie für alle Verstöße gegen Rechtsdienstleistungsvorschriften durch registrierte Rechtsdienstleister nach § 13h Abs. 2 RDG eine Unterlassungsanordnung für ein *bestimmtes Verhalten* erlassen oder sogar nach § 13h Abs. 4 RDG *den Betrieb* ganz oder teilweise untersagen, wenn bei registrierten Personen eine Voraussetzung für die Registrierung nach § 12 RDG nachträglich wegfällt oder ihr erhebliche und dauerhafte Pflichtverstöße nachgewiesen werden können.⁴¹⁸ Auch die Unterlassungsanordnung und die Betriebsuntersagung werden durch Verwaltungsakte vorgenommen und entfalten, wenn sie von der Aufsichtsbehörde erlassen werden, eine für die Wettbewerbsgerichte grundsätzlich bindende Tatbestandswirkung. Daran ändert nach hier vertretener Auffassung auch ein Widerspruch nichts. In Duldungssachverhalten kommt es, soweit die Voraussetzungen für eine Unterlassungsanordnung oder eine Betriebsuntersagung vorliegen, darauf an, ob die zuständige Behörde gegen ein nach dem Gesetz nicht verbotenes, sondern nur verbotbares Marktverhalten nicht einschreitet.⁴¹⁹ Handelt es sich nur um verbotbares Marktverhalten, kann § 3a UWG schon von vornherein nicht eingreifen, da keine Primärnorm vorliegt. Daher muss das Verhalten, welches nach § 13h Abs. 2 S. 2 RDG durch eine Unterlassungsanordnung untersagt wird, durch eine Primärnorm geregelt werden. Nur dann liegt ein lauterkeitsrechtlich sanktionsfähiges Verhalten vor und somit auch ein Verstoß gegen eine Primärnorm durch verbotenes Marktverhalten, welches, wie gezeigt, auch bei positiver Kenntnis der Behörde und dementsprechend ihrer Duldung nicht zu einem Vertrauensschutz führt, sodass die

416 BT-Drs. 19/27673, S. 22; zurückhaltender noch der Referentenentwurf des BMJV, S. 19.

417 Deckenbrock/Henssler/Dux-Wenzel, 5. Aufl. 2021, RDG, § 9 RDG Rn. 13.

418 Sadighi, S. 184 f.

419 MüKoUWG/Schaffert, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 46.

lauterkeitsrechtlichen Rechtsfolgen nach den §§ 8 ff. UWG eingreifen. Entsprechendes gilt für erhebliche und dauerhafte Pflichtverstöße nach § 13h Abs. 4 Nr. 2 RDG.

Entfallen allerdings nachträglich die Registrierungs Voraussetzungen des § 12 RDG, so kann gem. § 13h Abs. 4 Nr. 1 RDG eine Betriebsuntersagungsverfügung erlassen werden. Im Hinblick auf eine Durchsetzungskonkurrenz ist es jedoch unerheblich, ob die Aufsichtsbehörde eine Betriebsuntersagung tatsächlich erlässt oder ein „Weiter so“ in Kenntnis dieser Möglichkeit duldet. Schon von vornherein handelt es sich in keinem Fall um ein i. S. d. § 3a UWG verbotenes Marktverhalten. Denn auch bei Vorliegen einer Betriebsuntersagung wird gegen kein Verbot verstoßen. Eine Rechtsdienstleistung, die einer Betriebsuntersagung zuwiderläuft, verstößt nämlich nicht gegen § 3 RDG. Die Betriebsuntersagung beseitigt nicht die Erlaubnis, die aufgrund der konstitutiven Wirkung erfolgt ist. Dies kann nur der Widerruf nach § 14 RDG. Solange dieser nicht erfolgt, bleibt die grundsätzliche Erlaubnis in ihrer Gestalt der Registrierung mitsamt ihrer Tatbestandswirkung in der Welt.⁴²⁰ Es liegt dann kein Verstoß gegen eine Primärnorm vor. Die Duldung einer weiteren Tätigkeit trotz Wegfall der Registrierungs Voraussetzungen hat damit ebenfalls keine Auswirkungen.

Schreiben der Aufsichtsbehörde (und auch behördliche Schreiben auf Voranfragen in Bezug auf eine zulässige Rechtsdienst-, bzw. Nebenleistung) begründen fast nie eine Tatbestands- bzw. Bindungswirkung. Wenn es sich überhaupt um einen Verwaltungsakt und nicht nur um schlichtes, informatorisches Verwaltungshandeln handelt, ist schon fraglich, ob die Behörde damit etwas Bindendes zu einem Marktverhalten aussagen will. Hierzu kommt es auf den Willen der Behörde an, wie er sich nach dem objektiven Empfängerhorizont darstellt, was aus dem Entscheidungssatz und der Begründung des Verwaltungsakts sowie aus dem materiellen Recht, auf dem der Verwaltungsakt beruht, zu ermitteln ist.⁴²¹ So wäre z. B. aus der behördlichen Anforderung eines Nachweises über die Berufshaftpflichtversicherung, wenn die Behörde die Registrierungs Voraussetzungen als gegeben ansieht (§ 13 Abs. 3 S. 3 RDG), noch keine Erlaubnis einer *konkreten Rechtsdienstleistung* verbunden, sondern nur die Feststellung, dass die jeweilige *Person* grundsätzlich registrierungsfähig ist. In diesem Fall wird also noch keine bindende Tatbestandswirkung erzeugt.

⁴²⁰ Daher zu Unrecht mit a. A. *Sadighi*, S. 206.

⁴²¹ BGH, GRUR 2015, 1228 (1231) – *Tagesschau-App*.

E. Zusammenfassung

Neben dem Rechtsbruchtatbestand können grundsätzlich auch weitere, außerwettbewerbsrechtliche Ansprüche und Sanktionen eingreifen, gleich ob sie zivilrechtlicher oder ordnungsrechtlicher bzw. strafrechtlicher oder verwaltungsrechtlicher Natur sind. Das nicht abschließende verwaltungs- und ordnungsrechtliche Sanktionenregime im RDG sperrt die Anwendung des § 3a UWG nicht, weil es keinen vergleichbaren zivilrechtlichen Anspruchszuschnitt beinhaltet.

Die Wettbewerbsgerichte können die streitgegenständlichen Vorschriften und ihre Merkmale auch eigenständig auslegen und damit Zuwiderhandlungen feststellen. An die Normauslegung der Fachgerichte sind sie nicht gebunden.

Liegt bereits eine behördliche oder fachgerichtliche Entscheidung vor, so ist sie im Wettbewerbsverfahren nur dann bindend und schließt eine Zuwiderhandlung aus, wenn sie eine Tatbestandswirkung entfaltet, was z. B. bei schlichtem Verwaltungshandeln ausscheidet. Die Tatbestandswirkung wird durch die Bekanntgabe des Verwaltungsaktes gegenüber dem Adressaten ausgelöst, bei Gerichtsentscheidungen nur, wenn der gleiche Streitgegenstand vorliegt. Daher bindet auch eine Beurteilung eines RDG-Verstoßes durch ein anderes Gericht das Wettbewerbsgericht in der Regel nicht, weil das Wettbewerbsgericht anders als übrige Gerichte in den häufigsten Fällen die Unterlassung tenoriert.

Entscheidend für eine Tatbestands- oder Feststellungswirkung ist nur der Tenor. Stets muss diesbezüglich sein Regelungsgehalt in entsprechender Anwendung der §§ 133, 157 BGB dahingehend ermittelt werden, ob er wirklich bindend ein spezifisches Marktverhalten des Adressaten fordert oder untersagt. Nur dann kann angenommen werden, dass sich die Behörde in Bezug auf ein konkretes Marktverhalten binden wollte. Die Tatbestandswirkung lässt sich auch nicht durch einen Widerspruch oder eine Anfechtungsklage gegen den Verwaltungsakt aufheben.

Eine tatbestandswirkungsähnliche Bindungswirkung kommt darüber hinaus in Fällen in Betracht, in denen sich die Behörde eindeutig verpflichten will, z. B. bei Verwaltungsverträgen, nicht jedoch bei einem behördlich zugesicherten Untätigbleiben. Eine Legitimationswirkung kann ferner auch aus delegierten Rechtsnormen folgen, wie Vorschriften einer Rechtsverordnung (z. B. durch selbstvollziehende Erlaubnisse) oder einer Satzung. Hier muss sich aber die Regelungsaussage ebenfalls auf ein spezifisches Verhalten eines konkreten Normadressaten beziehen, was nur in seltenen Ausnahmefällen vorkommen dürfte.

Wird die Behörde bei einem erkannt rechtswidrigen Marktverhalten bewusst nicht tätig, liegt darin auch keine bindende Aussage hinsichtlich der Zulässigkeit oder Rechtmäßigkeit des Handelns, sodass kein Vertrauensschutz zugunsten des Normadressaten erzeugt wird. Ebenso wenig bindet eine fehlerhafte behördliche oder fachgerichtliche Normauslegung den Normadressaten. Diese stellt lediglich einen für diesen unbeachtlichen, behördlich verursachten Rechtsirrtum dar.

Liegt ein Verwaltungsakt mit Tatbestandswirkung oder ein anderer bindender behördlicher Rechtsakt vor, so muss der Regelungsgehalt und der Erklärungswille der Behörde in dem Tenor durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB ermittelt werden, nämlich ob damit auch etwas zur Zulässigkeit des konkreten Marktverhaltens im Einzelfall ausgesagt werden soll oder nicht. Dies war früher für die Registrierung i. S. d. § 13 Abs. 3 S. 4 RDG nach zutreffender Ansicht des BGH abzulehnen. Da jedenfalls für Inkassodienstleister mit der Neufassung des § 13 Abs. 2 RDG eine sehr detailreiche und konkrete Tätigkeitsdarstellung nebst den beabsichtigten Nebenleistungen für die Registrierung verlangt wird, wird sich die Tatbestandswirkung der Registrierung und damit die Rechtsdienstleistungserlaubnis für Inkassodienstleister zukünftig entsprechend dem Willen des Gesetzgebers auf die dort bezeichneten Tätigkeiten erstrecken. Im Übrigen und insbesondere für die anderen registrierten Rechtsdienstleister ist stets die Tatbestandswirkung in Bezug auf die angegriffene Tätigkeit für jeden Einzelfall genau zu untersuchen.

5. Kapitel: Untersuchung der analyserelevanten Kernmerkmale des § 3a UWG

Kernfrage des Rechtsbruchtatbestandes hinsichtlich außerhalb des UWG gelegener Vorschriften ist, ob diese die Voraussetzungen der normenspezifischen Tatbestandskomponente erfüllen, da sie nur dann über den Rechtsbruchtatbestand in das UWG transformiert werden können. Die zentrale Frage im Rahmen des § 3a UWG lautet also, ob es sich bei der in Rede stehenden Norm um eine gesetzliche Vorschrift handelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Sie muss also verschiedene Merkmale erfüllen: (i) muss es sich um eine gesetzliche Vorschrift handeln, (ii) muss die gesetzliche Vorschrift Marktverhalten betreffen, welches sie (iii) einer Regelung unterwirft, (iv) muss sie dies im Interesse der Marktteilnehmer tun und schließlich muss sie (v) zur Regelung des Marktverhaltens im Interesse der Marktteilnehmer zumindest auch bestimmt sein. Ohne ein treffendes Auslegungsverständnis dieser Merkmale können außerhalb des UWG gelegene Normen nicht sicher unter § 3a UWG subsumiert werden. Diese Voraussetzungen und ihre Auslegung sind extrem relevant und sollen in diesem Kapitel im Detail untersucht und Auslegungsvorschläge erarbeitet werden.

A. Gesetzliche Vorschrift mit Regelungscharakter

I. Gesetzliche Vorschrift

Wie dargestellt, richtet sich die Auslegung „Gesetzliche Vorschrift“ nach Art. 2 EGBGB.⁴²²

II. Regelung

Dem Wortlaut des Rechtsbruchtatbestandes ist zu entnehmen, dass die gesetzliche Vorschrift das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer *regeln* muss. Lediglich vereinzelt wird im Schrifttum der Frage nach dem Regelungscharakter einer gesetzlichen Vorschrift nachgegangen.⁴²³ Die Rechtsprechung diskutiert diese Frage, soweit ersichtlich, überhaupt nicht. Dabei bietet dieses Merkmal großes Potenzial, Normen, die von vornherein schon keine Regelung enthalten, auszuschneiden. Da der Regelungscharakter zudem geschriebene Voraussetzung ist, sollte diesem Merkmal die nö-

422 Vgl. oben unter 3. Kap. B.II.1.a).

423 Z. B. v. *Walter*, S. 92 ff.; *Gutmayer*, S. 105 ff.

tige Aufmerksamkeit gewidmet werden. Wichtig ist es dafür, zu definieren, wann eine Regelung vorliegt und wie sie sich feststellen lässt.

1. Auslegung einer Regelung

a) Verhaltenssteuerung durch Gebote und Verbote

Die Stimmen im Schrifttum, die sich mit dem Merkmal einer Regelung auseinandersetzen, gehen überwiegend davon aus, dass eine gesetzliche Vorschrift nur ein Marktverhalten regelt, wenn sie ein bindendes Gebot oder Verbot enthält.⁴²⁴ Sofern keine direkte Verhaltensvorgabe im Tatbestand getroffen, sondern das Marktteilnehmerverhalten bloß durch eine an den Tatbestand geknüpfte Rechtsfolge beeinflusst wird und so Anreize für ein bestimmtes Verhalten getroffen werden, wie dies z. B. bei Lenkungssteuern der Fall ist, sei von keiner Regelung auszugehen.⁴²⁵ In diesen Fällen gebe die Vorschrift kein Verhalten bindend vor, sondern schaffe nur Anreize für ein Verhalten, welches dem Marktteilnehmer zu befolgen freisteht, wobei er dann eine nachteilige Rechtsfolge in Kauf nehmen muss.⁴²⁶ Die Vorschrift sei dann keine Regelung und könne nicht als Marktverhaltensregelung interpretiert werden.⁴²⁷ Daher werden auch die Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungsrechts nach §§ 280 ff. BGB oder Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht als Marktverhaltensregelungen angesehen.⁴²⁸

Nach der Ansicht von *Rothkopf* sollen jedoch auch manche Gebote nicht dazu taugen, eine Regelungswirkung zu begründen.⁴²⁹ Wirklich problematisch sei dies jedoch nur bei echten Geboten, also unbedingten positiven Handlungspflichten, die sich nicht in ein Verbot umformulieren lassen, weil dann das auf Unterlassung gerichtete Rechtsfolgensystem des UWG nicht mehr passe; es müsse dann das Unterlassen des Unterlassens beantragt und ggf. eine positive Handlungspflicht tenoriert werden. Hingegen könnten unechte Gebote, die sich also in ein Verbot umformulieren lassen, ohne Weiteres als Regelung i. S. d. § 3a UWG begriffen werden. Dies sind solche Handlungspflichten, die bereits an ein anderes Verhalten anknüpfen (z. B. verpflichtende Informationsangaben bei Werbung). Denn dann müsse der Adressat nicht handeln, aber wenn er handelt (wirbt), so müsse er die weiteren Handlungspflichten (Informationspflichten) erfüllen.⁴³⁰ Hier könne das

424 *Festl-Wietek*, S. 29; *Gutmayer*, S. 106; v. *Walter*, S. 60, 92; *Scherer*, WRP 2006, 401 (405).

425 v. *Walter*, S. 92 f.

426 v. *Walter*, S. 92 f.; *Gutmayer*, S. 106.

427 *Gutmayer*, S. 106.

428 *Gutmayer*, S. 106; a.A. wohl *Spittka*, GRUR-Prax 2019, 272.

429 *Rothkopf*, S. 153 f.

430 *Rothkopf*, S. 153.

auf Unterlassung gerichtete Rechtsfolgenregime voll eingreifen und auch eine entsprechende Unterlassung tenoriert werden („Die Ausgangshandlung zu unterlassen, *ohne dass* zugleich die Pflicht in dem unechten Gebot nicht vorgenommen wird“).⁴³¹ Echte, unbedingte Handlungspflichten seien dem UWG jedoch wesensfremd, da das UWG keine echten positiven Handlungspflichten, sondern nur abstrakt-generelle Verbote unlauterer Handlungen kenne.⁴³² Und tenoriert werden müsse dann das Unterlassen des Unterlassens, was jedoch nicht zu rechtfertigen sei, da dann die Schranken der auf ein aktives Tun gerichteten Ansprüche auf Schadensersatz und Beseitigung ausgehebelt würden.⁴³³ Verstöße gegen echte Gebote liefen somit im Ergebnis auf die Umgehung der Verhältnismäßigkeitsschranken des Beseitigungsanspruchs i. S. d. § 8 UWG hinaus.⁴³⁴

b) Irrelevanz einer Regelung

Nach der Ansicht von Köhler sei es indes völlig irrelevant, ob die Vorschrift das Marktverhalten durch ein Gebot oder Verbot oder in sonstiger Weise, etwa durch Anordnung der Unwirksamkeit von Handlungen, regelt.⁴³⁵ Er kann sich hierfür auf die Rechtsprechung berufen. Der BGH scheint ebenfalls nicht von einer eigenständigen Relevanz einer Regelungswirkung auszugehen. Zwar hat sich die Rechtsprechung bislang nicht explizit mit der Regelungswirkung beschäftigt, obwohl die marktverhaltensrelevanten Vorschriften der §§ 280 ff. BGB oder der §§ 305 ff. BGB hierzu Anlass gegeben hätten und auch vom BGH bereits entschieden worden sind.⁴³⁶ Jedenfalls implizit scheint der BGH aber der Regelungswirkung keine Bedeutung beizumessen. So hat er sich in seiner Entscheidung *Zweckbetrieb* mit der Frage auseinandergesetzt, weshalb es bei der Definitionsvorschrift des § 65 Nr. 3 AO am Marktbezug fehlt und sie nicht bezweckt, die Lauterkeit des Marktverhaltens der Steuerpflichtigen zu gewährleisten.⁴³⁷ Er setzte schlicht voraus, dass steuerrechtliche Vorschriften insoweit nicht das Marktverhalten, sondern lediglich das Verhältnis zwischen dem Hoheitsträger und dem Steuerpflichtigen regulieren, ohne darauf einzugehen, dass es hier schon an einer Regelung fehlt.⁴³⁸ Die Einordnung dieser Vorschrift als Primärnorm hätte jedoch schon mit dem Verweis darauf, dass es sich um kein Verbot oder Gebot handelt, abgelehnt werden können. Der BGH hat darauf verzich-

431 Rothkopf, S. 153.

432 Zu allem: Rothkopf, S. 153 f.

433 Rothkopf, S. 154.

434 Rothkopf, S. 152, 154.

435 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.52.

436 Vgl. BGH, GRUR 2010, 1117 – *Gewährleistungsausschluss im Internet*.

437 BGH, GRUR 2010, 654 (656 ff.) – *Zweckbetrieb*.

438 BGH, GRUR 2010, 654 (656) – *Zweckbetrieb*.

tet und dadurch manifestiert, dass das Merkmal einer Regelung für ihn keine Bedeutung hat. Dies wird dadurch unterstrichen, dass er bei der Normenanalyse nicht einmal durchgängig das Wort „regeln“ verwendet. So spricht er mitunter davon, dass eine Vorschrift erforderlich sei, die das Marktverhalten von Unternehmern im Interesse der Marktteilnehmer *bestimmt*.⁴³⁹ „Bestimmen“ kann aber eine andere Bedeutung haben als „regeln“. Auch in weiteren Entscheidungen, in denen die untersuchten Normen eine Regelungswirkung zumindest diskussionswürdig erscheinen ließen, ist der BGH über die Frage einer Regelung hinweggegangen.⁴⁴⁰

c) Stellungnahme

Betrachtet man zunächst den Wortlaut des Rechtsbruchtatbestandes, so fällt auf, dass er eine Zuwiderhandlung gegen eine gesetzliche Vorschrift verlangt. Schon nach dem Sprachsinn kann aber nur einem Ge- oder Verbot zuwidergehandelt werden, indem man die geforderte Handlung nicht vornimmt oder die zu unterlassende Handlung ausführt. Vorschriften, die die von Köhler beispielhaft angesprochene Unwirksamkeitsfolge des § 134 BGB enthalten, wird daher kaum zuwidergehandelt werden können, da es sich lediglich um eine Rechtsfolgenanordnung handelt. Zudem werden Normen im Gestaltungsprozess durch die Ministerien gem. § 42 Abs. 4 GGO⁴⁴¹ normalerweise nach Maßgabe des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit konzipiert. Darin ist vorgesehen, dass Regelungen klare Handlungsgebote oder Verbote enthalten sollen.⁴⁴²

Auch die Konzeption des UWG spricht für diese Auslegung. Das übergeordnete Konzept des UWG ist es, Marktverhaltensunrecht zu sanktionieren. Über den Rechtsbruchtatbestand soll zum UWG ähnliches, aber formal außewettbewerbsrechtliches Marktverhaltensunrecht dem Sanktionenregime des UWG unterstellt werden.⁴⁴³ Verhaltensunrecht äußert sich aber darin, dass ein Verbot oder Gebot ein Unterlassen oder Handeln verlangt. Das mag bei einem Verbot zunächst eher einleuchten als bei einem Gebot. Bei einem Gebot ist das Verhaltensunrecht aber, eine bestimmte, gebotene Handlung

439 BGH, GRUR 2007, 159 (161) – *Anbieterkennzeichnung im Internet*.

440 BGH, GRUR 2012, 949 – *Missbräuchliche Vertragsstrafe* (betreffend die AGB-rechtlichen Klauselverbote der §§ 307, 308 Nr. 1, 309 Nr. 7a BGB) und BGH, GRUR 2010, 1117 – *Gewährleistungsausschluss im Internet* (betreffend § 475 Abs. 1 S. 1 BGB über den Gewährleistungsausschluss).

441 Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO), Stand: 22. Januar 2020.

442 Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit v. 22. September 2008, Teil B, Rn. 80 (S. 39 f.) (im Folgenden: BMJ, HdB Rechtsförmlichkeit).

443 Vgl. Böhne, S. 120.

nicht vorzunehmen. Normiert eine außerwettbewerbsrechtliche Norm kein Verhaltensunrecht, welchem mit Verboten oder Geboten entgegengewirkt werden soll, so kann das UWG kein Verhaltensunrecht dort *ad hoc* erzeugen, wo der Gesetzgeber selbst überhaupt keinen Unrechtsmoment erkennt. Sonstige Rechtsfolgenanordnungen, die etwa die Unwirksamkeit einer Rechts-handlung anordnen, betreffen aber kein Marktverhaltensunrecht, sondern er-lauben prinzipiell ein Verhalten (und sind daher nicht bindend) und knüpfen es an eine für den Handelnden unliebsame Rechtsfolge, aus welchen Gründen auch immer. In diesen Fällen wird man zwar von einer regulierenden, nicht aber regelnden Wirkung der Vorschrift ausgehen können, da sie kein Gebot oder Verbot enthält, sondern nur Verhalten lenken, also regulieren will. Ist ein tatbestandsmäßiges Verhalten nach der jeweiligen Norm aber nicht zu unterlassen, sondern trifft es nur eine Rechtsfolge mit Anreizwirkung in Be-zug auf dieses Verhalten, darf sich das Lauterkeitsrecht diesen Wertungen nicht entgegenstellen und ein solches Verhalten gleichwohl verbieten.

Nach hier vertretener Ansicht ist es daher überzeugend, für die Annahme einer Regelung das Vorliegen eines bindenden Gebots oder Verbots zu ver-langen, anstatt jegliche Rechtsfolgenanordnung genügen zu lassen, die lediglich regulierend wirkt. Denn nur durch Gebote und Verbote wird die Vornahme einer Handlung oder deren Unterlassen zwingend gefordert und Verhalten auch geregelt anstatt nur reguliert. Das durch die Norm erfass-te Verhalten muss daher gezielt und beabsichtigt dem Unternehmer ein be-stimmtes Marktverhalten befehlend anordnen oder untersagen und damit final und imperativ wirken. Es muss aufgrund staatlich-autoritativer Ver-anlassung erzwungen werden können. Das alles setzt freilich voraus, dass das jeweilige Gebot oder Verbot auch eigenständig durchsetzbar ist und da-gegen verstoßen werden kann. Es genügt folglich nicht, dass es sich um eine Verhaltensanordnung handelt, die zu anderen Rechtsfolgen oder Wirkungen führt und keinem Durchsetzungszwang unterliegt. Das ist häufig in Fällen zu beobachten, in denen die Zulassung eines Marktverhaltens von einem weiteren unternehmerischen Verhalten abhängt, um etwa eine Genehmigung oder Erlaubnis zu erhalten ohne diese das jeweilige Marktverhalten verbo-ten wäre. In diesen Fällen klassischer Verbote mit Erlaubnisvorbehalt sind die Verhaltensweisen, um die Erlaubnis zu erlangen und damit das präven-tive Verbot aufzuheben oder genehmigt tätig zu werden, nicht eigenständig durchsetzbar, weil dann das präventive Verbot von sich aus eingreift. Die Rechtsfolgen sind dem Unternehmer dann sicher unlieb, da er nicht in den Genuss der erwünschten Erlaubnis oder Zulassung kommt, sprechen aber si-cher nicht für eine eigenständige final und imperative Durchsetzbarkeit des Gebots oder Verbots. Sie regulieren zwar ein Verhalten, regeln es aber nicht. So sind Vorfeldmaßnahmen, die Voraussetzung für eine Registrierung oder Genehmigung sind, wie z. B. Mitteilungs-, Melde- und Anzeigepflichten

nicht selbstständig durchsetzbar. Etwas anderes gilt, wenn es sich um eigenständig geregelte Pflichten handelt, die abseits davon für sich genommen eigenständig erfüllt werden müssen.

Ob die Vorschrift ein echtes oder unechtes Gebot enthält, ist nach hier vertretener Ansicht nicht entscheidend. Auch echte Gebote können eine Regelungswirkung i. S. d. § 3a UWG entfalten.⁴⁴⁴ Solche echten Gebote harmonisieren zwar nicht unbedingt mit dem auf Unterlassung gerichteten Rechtsfolgensystem des UWG.⁴⁴⁵ Durch den Rechtsbruchtatbestand öffnet sich das UWG aber gerade auch für Normen, deren Wertungen partiell außerhalb des UWG liegen. Der Gesetzgeber hat dabei in Kauf genommen, dass sich Vorschriften nicht immer nahtlos in das Rechtsfolgensystem des UWG einfügen. Vorschriften in außerwettbewerbsrechtlichen Gesetzen können aber natürlich echte Gebote enthalten, die im Interesse der Marktteilnehmer positive marktverhaltensbezogene Handlungspflichten aufstellen und die dann auch im Rahmen des UWG sanktioniert werden müssen, wenn sie unterlassen werden. Dass dann in zwar ungewöhnlicher, aber nicht unmöglicher Weise das Unterlassen des Unterlassens verlangt werden muss, ist hinzunehmen. Ausschlaggebend muss sein, dass die verletzte Vorschrift wettbewerbsrechtlich relevantes Marktverhaltensunrecht enthält. Sollte ein echtes Gebot vorliegen, so können im Übrigen die speziellen Voraussetzungen des Beseitigungsanspruchs dadurch gewahrt werden, dass sich der Anspruchsteller primär auf diesen stützen kann.

2. Feststellung einer Regelungswirkung

Eine andere Frage ist es, wie man ein Verbot oder Gebot in einer Norm erkennt. Nach überwiegender Ansicht ist ihr Vorliegen anhand des durch die Norm bestimmten tatbestandlichen Verhaltens festzustellen.⁴⁴⁶ Denn nur der Tatbestand beschreibe die Verhaltensanordnung.⁴⁴⁷ So sind beispielsweise Handlungsgebote tatbestandlich häufig in Werbe- bzw. Informationsvorschriften und Vergütungsvorschriften normiert. Auch in den Rechtsdienstleistungsvorschriften findet sich sogar ein echtes Gebot in § 13g RDG, nach dem die Inkassodienstleister fremde Gelder unverzüglich an eine empfangsberechtigte Person weiterzuleiten oder auf ein gesondertes Konto einzuzahlen haben. In ihnen manifestieren sich objektiv die vom Gesetzgeber gewünschten Handlungs- und Unterlassungsanordnungen. Hingegen soll es nicht ausreichend sein, dass das Ge- oder Verbot allein aus der Rechtsfolgenanordnung ersichtlich wird, indem es z. B. die Unwirksamkeit einer

444 A. A. Rothkopf, S. 153.

445 So die Kritik von Rothkopf, S. 154.

446 Gutmayer, S. 105 f.; v. Walter, S. 92.

447 Gutmayer, S. 105 f.; v. Walter, S. 92.

Handlung festlegt.⁴⁴⁸ Denn dabei handele es sich in Wirklichkeit allein um Handlungsanreize, bei denen der Adressat der Vorschrift durch die Rechtsfolge zu einem Handeln oder Unterlassen motiviert werden soll, ohne jedoch eine zwingende Verhaltensvorgabe zu enthalten.⁴⁴⁹ Dem Gesetzgeber sei es in diesen Fällen gleich, ob der Adressat das jeweils gewünschte Verhalten vornimmt oder unterlässt. Der Adressat müsse nur die nachteilige Rechtsfolge in Kauf nehmen.⁴⁵⁰

Im Ausgangspunkt sollte grundsätzlich entscheidend sein, dass aus dem Normtext, d. h. in der Regel aus dem Tatbestand, klar zum Ausdruck kommt, inwieweit ein bestimmtes Verhalten gefordert oder verboten wird.⁴⁵¹ Denn dies entspricht einer rechtsförmigen Konzeption von Gesetzen. Dahinter steht der Gedanke, dass der Wille des Gesetzgebers, ein bestimmtes Verhalten zu ge- oder verbieten, aus Bestimmtheitsgründen maßgeblich sein muss, wie er im Normtext festgelegt ist. Hierfür eignet sich in der Tat eine Betrachtung des Tatbestandes sehr gut, da sich das verbotene oder gebotene Verhalten typischerweise in dem Tatbestand einer Norm wiederfindet und sich gut an der verwendeten Wortwahl erkennen lässt. Der Gesetzgeber verwendet hierfür oft Befehlsformen wie: „müssen“, „sind (haben) zu“, „dürfen nicht“ usw.⁴⁵²

Allerdings müssen Ausnahmen zugelassen werden. Denn der Gesetzgeber ist nicht gezwungen, Vorschriften stets rechtsförmlich zu gestalten, sondern kann Verbote und Gebote auch anders konstruieren, sofern anhand der Normkonzeption ersichtlich wird, inwieweit ein bestimmtes Verhalten gefordert oder verboten ist. Die rechtsförmliche Formulierung von Vorschriften ist diesbezüglich nicht einmal auf ein tatbestandlich formuliertes Verbot oder Gebot beschränkt. Eine formale, am Tatbestand orientierte Auslegung wird in Fällen auch nicht weiterhelfen, in denen der Gesetzgeber keine eigenständige Verbotsanordnung getroffen hat. Dies betrifft Normgestaltungen, die zunächst ein Verhalten beschreiben, dieses aber nicht sogleich durch ein explizit normiertes Verbotsstatut untersagen, sondern erst aus einer Gesamtschau mit der Rechtsfolge (ggf. auch mit der Rechtsfolge einer anderen Norm) ersichtlich wird, ob ein Verhalten unterlassen oder vorgenommen werden soll.⁴⁵³ Dennoch kann daraus klar ersichtlich werden, dass das Verhalten geboten oder verboten ist. Diese Wertung ergibt sich dann eben nur in Zusammenschau mit der Rechtsfolgenseite. Daran zeigt sich, dass

448 v. Walter, S. 92.

449 v. Walter, S. 92; so aber Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.52

450 v. Walter, S. 92.

451 BMJ, HdB Rechtsförmlichkeit, Teil B, Rn. 80 (S. 39 f.).

452 Vgl. BMJ, HdB Rechtsförmlichkeit, Teil B, Rn. 83 (S. 40).

453 Rothkopf, S. 147.

die Untersuchung des Tatbestandes nicht immer weiterhilft. Mitunter muss also auch die Rechtsfolge mit einbezogen werden. Ist dies der Fall, muss die Norm danach ausgelegt werden, ob der Gesetzgeber mit der Rechtsfolge das beschriebene Verhalten final und imperativ anordnen oder verbieten oder das Verhalten lediglich durch Anreize beeinflussen wollte.⁴⁵⁴ Dafür wird man eine wertende Betrachtung des Normsinns vornehmen müssen. Denn maßgeblich ist, dass in der Norm der unbedingte Gebots- oder Verbotswille des Gesetzgebers im Hinblick auf ein Verhalten zum Ausdruck kommt. Reguliert er das tatbestandliche Verhalten, weil er hofft, der Adressat werde sich in einer bestimmten Weise verhalten, ist ihm das Verhalten also nicht schlechterdings unerwünscht, kann von keinem Gebot oder Verbot ausgegangen werden. Will er es hingegen in jedem Fall und unbedingt, d. h. final und imperativ untersagen oder gebieten und ist dies auch erzwingbar und eigenständig durchsetzbar, so muss ein Verbot oder Gebot bejaht werden.

In Zweifelsfällen ist deshalb eine Normzweckanalyse anhand der Normkonstruktion und des Normtextes erforderlich, aus der sich der unbedingte Verbotswille im Hinblick auf die Tatbestandserfüllung zweifelsfrei ergeben muss.⁴⁵⁵ Hat der Gesetzgeber die Rechtsfolge etwa sehr scharf ausgestaltet, kann dies dafür sprechen, dass er den Handelnden von diesem Verhalten derart abschrecken wollte, dass sich diese Abschreckungswirkung gleichsam eines Verbots darstellt. Ist die Rechtsfolge hingegen milder ausgestaltet, etwa indem der Gesetzgeber den Handelnden finanziell belastet, hat der Gesetzgeber damit ausgedrückt, dass ihm das Verhalten zwar unlieb ist, aber er es gleichwohl hinnimmt. In diesem Fall hat die normierte finanzielle Belastung bloß eine kompensatorische Wirkung und kann in der Regel nicht als Verbot angesehen werden. Flankiert der Gesetzgeber den Normverstoß jedoch mit Straf- und/oder Ordnungswidrigkeitenvorschriften, so nutzt er eines der schärfsten Schwerter aus seinem Rechtsfolgeninstrumentarium. Dann liegt es nahe, von einem bindenden Gebot oder Verbot zu sprechen. Ein Verbot kann jedoch nicht stets daraus gefolgert werden, dass das UKlaG⁴⁵⁶ Anwendung findet.⁴⁵⁷ Zwar wird dadurch der Kreis der Anspruchsberechtigten erweitert, was in der Tat dafür sprechen könnte, dass das Verhalten effektiv verhindert werden soll und deshalb verboten ist. Fallen aber ganze Gesetze unter das UKlaG (wie z. B. das RDG), so muss gleichwohl jede einzelne Vorschrift des Gesetzes für sich betrachtet werden, da sich unter die Normen des Gesetzes auch bloße, nicht regelnde Ordnungsvorschriften mischen können.

454 So auch *Rothkopf*, S. 148.

455 *Rothkopf*, S. 149.

456 Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen vom 27.08.2002, BGBl. 2002 I, 3422.

457 A. A. *Rothkopf*, S. 151.

3. Zwischenergebnis

Ob eine Regelung vorliegt, bestimmt sich danach, ob ein Verbot oder Gebot vorliegt, ungeachtet, ob darin ein echtes oder unechtes Gebot zu sehen ist. Es handelt sich um befehlende und mit staatlichem Zwang durchsetzbare Sollens- oder Unterlassensanordnungen. Daraus, dass das jeweilige Gebot oder Verbot aufgrund staatlich-autoritativer Veranlassung eigenständig durchsetzbar sein muss, folgt, dass es erforderlich ist, dass gegen die Vorschrift auch selbstständig verstoßen werden kann. Es genügt folglich nicht, dass es sich um eine Verhaltensanordnung handelt, die zu anderen Rechtsfolgen oder Wirkungen führt und keinem Durchsetzungszwang unterliegt. Es reicht nicht aus, dass eine sonstige Rechtsfolgenanordnung getroffen wird, ohne dass dadurch ein Verhalten gefordert oder untersagt wird, etwa durch die Bestimmung der Nichtigkeit eines Verhaltens. Zur Bejahung eines Verbots oder Gebots muss sich aus der Norm ergeben, dass der Gesetzgeber final und imperativ die Tatbestandserfüllung verhindern bzw. ein Handeln gebieten möchte.⁴⁵⁸ Wenn dies der Fall ist, handelt es sich um ein Verbot oder Gebot. Ein Gebot oder Verbot liegt daher nicht vor, wenn der Gesetzgeber in der Rechtsfolge bloß zu einem bestimmten Verhalten motivieren will und deshalb Anreize setzt, ein Verhalten vorzunehmen oder zu unterlassen, was z. B. dadurch geschehen kann, dass wirtschaftliche Folgen drohen, z. B. indem Lenkungssteuern festgesetzt werden.

Ob ein Gebot oder Verbot vorliegt, wird sich deshalb häufig aus dem tatbestandlichen Verhalten entnehmen lassen und nicht aus der Rechtsfolge. Im Tatbestand ist ein Verbot oder Gebot normalerweise daran erkennbar, dass der Gesetzgeber im Tatbestand für das geregelte Verhalten Befehlsformen verwendet. Allerdings kann es aufgrund der Normsetzungsprärogative des Gesetzgebers zu unterschiedlichen Gestaltungen und Strukturierungen einer Norm kommen. Mitunter könnte daher in einer Norm keine klare Aussage zu einem gebotenen oder verbotenen Verhalten durch den Tatbestand zu finden sein. Deshalb kann es im Einzelfall erforderlich sein, wertend darauf zu blicken, ob der Gesetzgeber die Tatbestandserfüllung aufgrund des Normzwecks der Vorschrift in jedem Fall und unbedingt verhindern oder dem Unternehmer aufgeben wollte. In diesen Fällen kann auch die Rechtsfolge und der gesamte Normtext bzw. die Normkonstruktion zur Ermittlung der Frage herangezogen werden, ob das tatbestandliche Verhalten nach dem Willen des Gesetzgebers verboten oder geboten sein soll. Ergibt die Auslegung, dass der Gesetzgeber die Adressaten lediglich dazu bewegen will, etwas zu tun oder zu unterlassen, ohne dies absolut und in jedem Fall verhindern oder gebieten zu wollen, liegt darin lediglich die Motivation oder ein Anreiz zu

⁴⁵⁸ Festl-Wietek, S. 47; Rothkopf, S. 155.

einem bestimmten Verhalten aber noch kein Verbot oder Gebot.⁴⁵⁹ Die Intensität einer Rechtsfolge kann dafür ausschlaggebend sein, ist es jedoch nicht immer, z. B. weil wirtschaftliche Sanktionen immer noch Raum lassen, das gebotene oder verbotene Verhalten vorzunehmen oder zu unterlassen. Ist aber der Normverstoß straf- oder bußgeldbewehrt, wird man in der Regel davon ausgehen können, dass es sich um ein Gebot oder Verbot handelt.

B. Marktverhaltensregelung im Interesse der Marktteilnehmer

Im Normalfall wird sich das Vorliegen einer Regelung einfach erkennen lassen. Problematischer ist, wann es sich dabei um eine Marktverhaltensregelung im Interesse der Marktteilnehmer handelt. Die Frage, wann eine Vorschrift gerade auch das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln bestimmt ist, ist im Detail immer noch umstritten. Konsens besteht noch darüber, dass der Normzweck und Marktbezug einer Vorschrift maßgeblich sein sollen. Dieser Zusammenhang wird im Schrifttum versucht mit der sekundär wettbewerbsbezogenen Schutzfunktion oder mit der auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogenen Schutzfunktion zu beschreiben und entspricht im Wortlaut des Rechtsbruchtatbestandes dem Merkmal „*dazu bestimmt*“.⁴⁶⁰ Hiermit ist freilich wenig gesagt, da auch diese Begriffe auslegungsbedürftig sind. Für eine sichere Einordnung von Vorschriften als Marktverhaltensregelungen, die dem Interesse der Marktteilnehmer dienen, ist aber die Auslegung dieser Kernkomponenten essenziell. Hierfür sind zwei Fragen relevant, von denen die eine systematischer und die andere inhaltlicher Natur ist. Systematisch geht es um die Frage, ob diese Merkmale zwei eigenständige Komponenten darstellen und wie sie gegeneinander abzugrenzen sind und in materieller Hinsicht ist immer noch keine zufriedenstellende Lösung gefunden worden, welchen Inhalt sie haben. Für diese Fragen sollen nachfolgend Antworten gefunden und Auslegungsvorschläge erarbeitet werden.

459 Ähnlich auch *Festl-Wietek*, S. 47 in Bezug auf Lenkungssteuern: „*Maßgeblich ist, ob in der steuerlichen Verteuerung einer jugendgefährdenden Ware eine unmittelbare Verhaltensvorgabe für die Unternehmer zu sehen ist oder ob die Wettbewerber lediglich mittelbar in ihrer eigenen Preisbildung beeinflusst werden sollen.*“

460 Vgl. *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig*, WRP 2002, 1317 (1326); *Wüstenberg*, WRP 2017, 396 (398); *Götting/Nordemann/Ebert-Wiedenfelder*, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 44, 45.

I. Einheitsmerkmal oder Aufspaltung?

Der erste Schritt der Auslegung muss es also sein zu untersuchen, ob es sich bei der Voraussetzung einer Marktverhaltensregelung im Interesse der Marktteilnehmer um ein Einheitsmerkmal handelt, welches als solches zu prüfen und nicht nach Marktverhaltensregelung und Marktteilnehmerinteresse aufzuspalten ist, oder ob es sich bei der Marktverhaltensregelung und dem Marktteilnehmerinteresse um zwei separate Voraussetzungen handelt, die stets einzeln und für sich, also getrennt, zu prüfen sind. Dabei ist zu bemerken, dass der im Schrifttum und in der Rechtsprechung verwendete Begriff einer Marktverhaltensregelung nicht immer auch die Marktverhaltensklausel als Einzelmerkmal des § 3a UWG meint, sondern – je nach Kontext – entweder die Marktverhaltensklausel als solche oder das Gesamtmerkmal einer „Marktverhaltensregelung im Interesse der Marktteilnehmer“. Ist lediglich die Marktverhaltensklausel gemeint, wird dieser Kontext im Schrifttum z. T. dadurch klargestellt, dass von einer Marktverhaltensregelung im engeren Sinn und bei der Beschreibung des Gesamtmerkmals von einer Marktverhaltensregelung im weiteren Sinn gesprochen wird.⁴⁶¹ Gleichwohl ist vor allem in der Rechtsprechung so gut wie immer zu beobachten, dass eine Marktverhaltensregelung als Oberbegriff für die Regelung des Marktverhaltens im Interesse der Marktteilnehmer und damit für Marktverhaltensklausel und Interessenklausel verwendet wird.⁴⁶² In dieser Arbeit wird jedoch mit der Marktverhaltensregelung die Marktverhaltensklausel, also eine Marktverhaltensregelung im engeren Sinne bezeichnet.

1. Uneinheitliche Behandlung durch die Rechtsprechung

Die normenspezifische Tatbestandskomponente wurde im Rahmen der Kodifikation des Rechtsbruchtatbestandes in das UWG 2004 eingefügt und hat den heute noch geltenden Wortlaut über die Jahre hinweg beibehalten. Blickt man auf die Marktverhaltensklausel und die Interessenklausel, so erscheint es nach ihrer Konzeption zunächst offensichtlich, dass es sich um zwei Merkmale handelt, die eine jeweils eigenständige Prüfung erfordern. Der BGH hat diese Frage bislang allerdings noch nicht explizit geklärt.

⁴⁶¹ Wüstenberg, WRP 2017, 396 (397).

⁴⁶² So z. B. BGH, GRUR 2021, 1425 (1426) – *Vertragsdokumentengenerator*; BGH, GRUR 2021, 1315 (1320) – *Kieferorthopädie*; BGH, GRUR 2020, 755 (762) – *Warn-Wetter-App*.

a) Alleinige Maßgeblichkeit des geschützten Marktteilnehmerinteresses (interessengerichteter Wettbewerbsbezug)

Obwohl die Merkmale seit der Kodifikation des Rechtsbruchtatbestandes als eigenständig erscheinen verwundert es, dass der BGH in seinen ersten Entscheidungen zum kodifizierten Rechtsbruchtatbestand die Merkmale nicht eigenständig prüft. In dem Entscheidungsverbund *Testamentsvollstreckung durch Banken* und *Testamentsvollstreckung durch Steuerberater* sowie in *Optimale Interessenvertretung* genügt es ihm, dass die Vorschrift im Interesse der Verbraucher liegt, weil sie nach ihrem Gesetzeszweck dem Verbraucherschutz dient.⁴⁶³ Ob auch das Marktverhalten betroffen ist, scheint den BGH nicht zu interessieren. Stattdessen verweist er darauf, dass der Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG 2004 nicht nur deshalb ausgeschlossen werde, weil die gegenständliche Vorschrift (Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG) als Marktzutrittsregelung auch eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion habe und insbesondere dem Verbraucherschutz diene.⁴⁶⁴ Damit zieht er zur Begründung einer Primärnorm lediglich das durch die Norm geschützte Interesse heran. Der BGH nahm also keine, an den Tatbestandsmerkmalen orientierte separate Prüfung der Marktverhaltensklausel und der Interessenklausel vor, sondern scheint die Voraussetzung einer Marktverhaltensregelung, die im Interesse der Marktteilnehmer liegt, als Einheitsmerkmal zu begreifen, deren Vorliegen er damit begründet, dass die Norm Marktteilnehmerinteressen schützen will und somit einen interessengerichteten Wettbewerbsbezug aufweist.⁴⁶⁵

Diese Argumentation kommt auch in anderen Entscheidungen zum Tragen. So nimmt der BGH in *Mengenausgleich in Selbstentsorgungsgemeinschaft* ebenfalls keine klare Trennung von Marktverhaltensregelung und Marktteilnehmerinteresse vor. Selbst wenn in der statutorisch festgelegten Zielsetzung der Norm ein wettbewerbsneutrales Interesse (z. B. Umweltschutz) definiert ist, könne sie, wenn sich aus der Gesetzesbegründung auch die Zielsetzung der Herstellung von Wettbewerbsgleichheit ergebe, zumindest im Verhältnis zum Mitbewerber den erforderlichen Marktbezug aufweisen.⁴⁶⁶ Der BGH schlussfolgert hier das Vorliegen einer Primärnorm daraus, dass mit ihr auch

463 BGH, GRUR 2005, 355 (356) – *Testamentsvollstreckung durch Steuerberater*; BGH, GRUR 2005, 353 (354) – *Testamentsvollstreckung durch Banken*.

464 BGH, GRUR 2005, 355 (356) – *Testamentsvollstreckung durch Steuerberater*; BGH, GRUR 2005, 353 (354) – *Testamentsvollstreckung durch Banken*.

465 So auch explizit in BGH, GRUR 2019, 298 (305) – *Über Black II*: „[...] jedoch schützen die § 49 IV 2, 3 und 5 PBefG auch Mitbewerberinteressen und stellen deshalb nach allgemeiner Auffassung Marktverhaltensregelungen dar [...]“ (Hervorhebung durch den Verfasser). Ähnlich zuvor OLG Frankfurt, GRUR-RR 2017, 17 (20).

466 BGH, GRUR 1007, 162 (163) – *Mengenausgleich in Selbstentsorgungsgemeinschaft*.

das Ziel der Herstellung von Wettbewerbsgleichheit verfolgt wird, was ein taugliches Interesse der Mitbewerber als Marktteilnehmer ist. Wahrscheinlich hätte der BGH alternativ auch darauf abstellen können, dass die Norm das Verhalten der Marktteilnehmer beeinflusst. Denn er führt aus, dass die Norm Pflichten für Unternehmer aufstelle, die sich auf das Verhalten der Hersteller und Vertreiber auf dem Absatzmarkt auswirken.⁴⁶⁷ Das deutet darauf hin, dass für die Annahme einer Primärnorm möglicherweise auch der reale Effekt des in der Norm geregelten Verhaltens auf das Marktverhalten in der Außenwelt hätte ausreichen können („Pflichten, die sich auf das Verhalten [...] auswirken“⁴⁶⁸). Hierauf musste er aber nicht abstellen, weil sich bereits aus der Zielsetzung einer Gesetzesnovelle ergab, dass auch das Interesse der Mitbewerber an ihrer Wettbewerbsgleichheit geschützt werden sollte. Es dürfte nach dieser Entscheidung also so sein, dass die Qualität einer Primärnorm entweder aus der Zielsetzung der Vorschrift im Hinblick auf das geschützte Marktteilnehmerinteresse oder aus in der jeweiligen Norm verkörpert Marktspflichten hätte gewonnen werden können.

Auch in jüngeren Entscheidungen, wie z. B. in *Tagesschau-App*, geht er ähnlich vor. Die Vermengung beider Merkmale tritt hier besonders klar hervor, denn der BGH leitet das Vorliegen einer Primärnorm in § 11d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Teils. 3 RStV damit her, dass Zweck dieser Vorschrift sei, die Betätigung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten auf dem Markt der Telemedien zum Schutz von Presseverlagen zu begrenzen.⁴⁶⁹ Zudem regule sie, dass öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, wenn sie in den ihnen eröffneten Wettbewerb auf dem Markt der Telemedien eintreten, auf nichtsendungsbezogene presseähnliche Angebote verzichten müssen und bestimme damit das Verhalten auf dem Markt der Telemedien, ohne den Zugang zu diesem Markt zu verschließen.⁴⁷⁰ Der BGH spricht damit zwar auch hier einen gewissen verhaltenslenkenden Effekt der Vorschrift in der Außenwelt an. Dies war hier allerdings nur deshalb geboten, weil primär die Frage strittig war, ob die Vorschrift nicht ausschließlich den Marktzutritt reguliere. Insofern dürfte hier allein eine Abgrenzungsfunktion der Marktverhaltensklausel zu reinen Marktzutrittsregelungen eine Rolle gespielt haben.⁴⁷¹ In *Deutschland-Kombi* spricht der BGH dann schließlich auch sehr klar aus, dass es nicht gegen die Eigenschaft als Primärnorm spreche, dass sich der Norm unmittelbar keine Regelung für ein konkret fassbares Verhalten auf dem Markt

467 BGH, GRUR 1007, 162 (163) – *Mengenausgleich in Selbstentsorgungsgemeinschaft*.

468 BGH, GRUR 1007, 162 (163) – *Mengenausgleich in Selbstentsorgungsgemeinschaft*.

469 BGH, GRUR 2015, 1228 (1233) – *Tagesschau App*.

470 BGH, GRUR 2015, 1228 (1233) – *Tagesschau App*.

471 Ähnlich daher auch BGH, GRUR 2019, 627 (629 f.) – *Deutschland-Kombi*.

entnehmen lässt.⁴⁷² Auf eine Marktverhaltensregelung kommt es ihm also klar nicht an.

Auch in vielen weiteren und jüngeren Entscheidungen begründet er das Vorliegen einer Marktverhaltensregelung aus den sich aus den Zielen oder Zwecken der jeweiligen gesetzlichen Vorschrift ergebenden geschützten Marktteilnehmerinteressen, die dazu führten, dass der Norm eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion zukam.⁴⁷³ Vor allem in seinen Entscheidungen *Eizellspende* und *Uber Black II* fordert er lediglich einen interessengerichteten Wettbewerbsbezug.⁴⁷⁴

b) Keine Prüfung eines Merkmals

In anderen Entscheidungen geht der BGH überhaupt nicht auf die Merkmale ein. So entnimmt er die Voraussetzung einer das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer regelnden Vorschrift in *Kontaktanzeigen* und *Rundfunkhaftung* allein dem Umstand, dass es sich bei der Norm um eine Werbebeschränkung handelte.⁴⁷⁵ Denn der Schutzzweck von Werbebeschränkungen richte sich an die Marktgegenseite.⁴⁷⁶ Sie seien daher typische Marktverhaltensregelungen, die im Interesse der Marktteilnehmer liegen.⁴⁷⁷ Geht es also um anerkannte, typische Marktverhaltensregelungen, die im Interesse der Marktteilnehmer liegen, hält der BGH überhaupt keine Analyse von Marktverhaltensklausel und Interessenklausel für erforderlich.

c) Separate Prüfung beider Merkmale

Nur selten ist zu beobachten, dass der BGH beide Merkmale eigenständig und unabhängig nebeneinander prüft. So trennt er beispielsweise in seiner Entscheidung *Zweckbetrieb* sehr klar zwischen Marktverhaltensregelung und Marktteilnehmerinteresse und prüft beide Merkmale positiv auf ihr Vorliegen. Die in der Entscheidung gegenständliche Vorschrift des § 65 AO liege zunächst im Interesse der Mitbewerber des durch die Zweckbetriebsdefinition erfassten und damit durch Steuererleichterungen begünstigten

472 BGH, GRUR 2019, 627 (630) – *Deutschland-Kombi*.

473 BGH, GRUR 2010, 1117 (118f.) – *Gewährleistungsausschluss im Internet*; BGH, GRUR 2010, 1120 (1121) – *Vollmachtsnachweis*; BGH, GRUR 2015, 1237 (1238) – *Erfolgspremie für die Kundengewinnung*; BGH, GRUR 2016, 957 (958) – *Mehrwertdienstenummer*; BGH, GRUR 2019, 298 (305) – *Uber Black II*.

474 BGH, GRUR 2016, 513 (514f., 516) – *Eizellspende*; BGH, GRUR 2019, 298 (305) – *Uber Black II*.

475 BGH, GRUR 2006, 1042 (1043) – *Kontaktanzeigen*; BGH, GRUR 2021, 1534 (1539) – *Rundfunkhaftung*.

476 BGH, GRUR 2021, 1534 (1539) – *Rundfunkhaftung*.

477 BGH, GRUR 2006, 1042 (1043) – *Kontaktanzeigen*.

Unternehmens und diene damit nicht nur dem Allgemeininteresse an der Erhöhung des Steueraufkommens, sondern auch dem Interesse der nicht begünstigten Konkurrenzbetriebe an einem steuerlich nicht manipulierten Wettbewerb.⁴⁷⁸ Der § 65 AO sei jedoch keine Marktverhaltensregelung, weil er dem Adressaten der Vorschrift keine Pflichten auferlege, die dieser bei seinem Marktauftritt zu erfüllen hätte. Der Vorschrift fehle es daher an einer auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogenen Schutzfunktion.⁴⁷⁹ Aus dieser Entscheidung geht hervor, dass der BGH zwischen Marktverhaltensklausel und Interessenklausel trennt und den beiden Merkmalen einen eigenen, positiven Gehalt beimisst. Anders als in vorhergehenden Entscheidungen reichte hier das geschützte Interesse eines Marktteilnehmers nicht aus. Der BGH forderte eine Marktbezogenheit, prüfte also auch das Vorliegen einer Marktverhaltensregelung. Es wird klar, dass mit der Voraussetzung einer auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogenen Schutzfunktion oder Marktbezogenheit die Marktverhaltensklausel angesprochen wird.⁴⁸⁰ Eine andeutungsweise zweigliedrige Analyse, allerdings ohne weitere Vertiefung des konkret geregelten Marktverhaltens, findet gelegentlich auch in späteren Entscheidungen statt.⁴⁸¹

d) Zwischenergebnis

Es ist festzustellen, dass sich auch 17 Jahre nach der Kodifikation der Fallgruppe Rechtsbruch kein einheitliches höchstrichterliches Rechtsprechungs-bild für die Frage abzeichnet, ob für die Beurteilung einer Primärnormqualität eine zweigliedrige Analyse erforderlich ist. Es ist immer noch unklar, ob es sich bei einer Marktverhaltensregelung und dem Marktteilnehmerinteresse um zwei eigenständige Merkmale handelt, die in jedem Einzelfall kumulativ vorliegen müssen, oder ob es sich um ein Einheitsmerkmal handelt, welches alternativ aus dem Vorliegen der Interessenklausel oder der Marktverhaltensklausel begründet werden kann bzw. das geschützte Interesse als Argumentationsstütze für das Vorliegen einer Primärnorm dient und das Merkmal einer Marktverhaltensregelung nur aktiviert wird, um eine Abgrenzung zu einer möglicherweise vorliegenden reinen Marktzutrittsvorschrift zu erreichen. Diese Beobachtung hat offenbar auch *Wüstenberg*

478 BGH, GRUR 2010, 654 (656) – *Zweckbetrieb*.

479 BGH, GRUR 2010, 654 (657) – *Zweckbetrieb*.

480 Ein ähnliches Argumentationsmuster verfolgte der BGH auch in GRUR 2017, 95 (96 ff.) – *Arbeitnehmerüberlassung*, ohne aber so deutlich zwischen Marktverhaltensklausel und Interessenklausel zu trennen, wie er es in *Zweckbetrieb* tat.

481 BGH, GRUR 2018, 946 (947) – *Bonusaktion für Taxi App*; BGH, GRUR 2020, 654 (657) – *SEPA-Lastschrift*; BGH, GRUR 2021, 863 – *Nutzungsentgelt für bargeldlose Zahlungen*; BGH, GRUR 2017, 819 (822) – *Aufzeichnungspflicht*.

gemacht, nach dessen Analyse der Rechtsprechung die einzelnen Voraussetzungen nach wie vor nicht immer geprüft würden.⁴⁸²

In der Tat ist die höchstrichterliche Rechtsprechung uneinheitlich. In den meisten Entscheidungen war für den BGH zur Ermittlung einer Primärnorm der Schutzzweck oder das Ziel der Vorschrift im Hinblick auf das geschützte Interesse, also ein interessengerichteter Wettbewerbsbezug ausschlaggebend. Dementsprechend stellte er in der Frühphase des kodifizierten Rechtsbruchtatbestandes auch allein auf das durch die Norm geschützte Interesse ab. Dies mag daran gelegen haben, dass der Gesetzgeber mit der normenspezifischen Tatbestandskomponente versucht hat, die bis dahin geforderte sekundär wettbewerbsbezogene Schutzfunktion in Tatbestandsmerkmale zu gießen. Dieser Terminus beruhte noch auf der Rechtsprechung zur vorrechtlichen Zeit des Rechtsbruchs, in der versucht worden ist, den inneren Gehalt einer Norm nach ihrem Schutzzweck zu ermitteln.⁴⁸³ Auffällig ist, dass die Frage, ob zumindest auch das Marktverhalten geregelt wird, durch den BGH nur dann diskutiert wird, wenn es um Normen geht, die auch (reine) Marktzutrittsregelungen darstellen könnten. Damit scheint er dieses Merkmal, entsprechend der gesetzgeberischen Vorstellung, mit der sekundären Schutzfunktion auch Verstöße gegen Marktzutrittsregelungen durch den Rechtsbruchtatbestand erfassen zu können, nur zur Abgrenzung von reinen Marktzutrittsvorschriften prüfen zu wollen, was exemplarisch an der Entscheidung *Tagesschau-App* gesehen werden kann. Dies steht in bemerkenswert heftigem Gegensatz zu seiner Entscheidung *Zweckbetrieb*, in der er explizit eine eigenständige und unabhängige Prüfung sowohl der Interessenklausel (Wettbewerbsbezogenheit) als auch der Marktverhaltensklausel (Marktbezogenheit bzw. auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion) verlangte, und das, obwohl in der streitgegenständlichen Vorschrift des § 65 Nr. 3 AO offensichtlich keine Marktzutrittsregelung lag. Dieses Argumentationsmuster hat sich im weiteren Rechtsprechungsverlauf dann aber nicht durchgesetzt. Auch in den Fällen, in denen der BGH zwischen den Merkmalen differenziert und so auch auf eine Marktverhaltensregelung bzw. eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion im Sinne von den Marktauftritt des Unternehmens regulierenden Pflichten eingeht, wird das Vorliegen einer Marktverhaltensregelung nur noch eher selten und lediglich feststellungsartig bejaht als wirklich geprüft. Dementsprechend wird in Abweichung von *Zweckbetrieb* das konkret geregelte Verhalten nicht näher analysiert. Dies wird vom BGH auch relativ klar angesprochen, wenn er in *Deutschland-Kombi* der Ansicht ist, dass es nicht gegen die Eigenschaft als Marktverhaltensregelung spreche, wenn sich

482 Wüstenberg, WRP 2017, 396, wobei sie, wie gezeigt, tatsächlich kaum bis gar nicht geprüft werden.

483 Vgl. oben unter 2. Kap.A.II.2., 5. und 6.

der Norm keine Regelung für ein konkret fassbares Verhalten auf dem Markt entnehmen lässt.⁴⁸⁴ Stattdessen scheint entscheidend zu sein, dass eine auf die Interessen der Marktteilnehmer lautende wettbewerbsbezogene Schutzfunktion erkannt werden kann und ein irgendwie gearteter regulatorischer Bezug zum Markt vorhanden ist. Ebenso scheint es zu genügen, wenn die streitgegenständliche Norm eine typische Primärnorm darstellt, wie dies etwa bei Werbebeschränkungen z. B. im OWiG⁴⁸⁵ oder nach den Glücksspielstaatsverträgen der Fall sein kann. Die Tendenz geht mithin in die Richtung, dass der BGH normalerweise keine zweigliedrige Analyse beider Merkmale vornimmt und die Prüfung einer Marktverhaltensregelung nur dann aktiviert, wenn es für die Abgrenzung zu reinen Marktzutrittsregelungen notwendig ist. Damit scheint der BGH eine Marktverhaltensregelung im Interesse der Marktteilnehmer als Einheitsmerkmal zu begreifen, dessen Vorliegen er primär aus dem Vorliegen der Interessenklausel begründet.

2. Beurteilung durch das Schrifttum

a) Ablehnung einer kumulativen Analyse

Teilweise wird auch durch das Schrifttum eine Differenzierung nach Marktverhaltensregelung und Interesse der Marktteilnehmer für überflüssig gehalten. Die Vertreter dieser Ansicht gehen davon aus, dass nur eines der beiden Merkmale für die abschließende Beurteilung der Frage, ob eine gesetzliche Vorschrift auch eine Marktverhaltensregelung im Interesse der Marktteilnehmer darstellt, benötigt werde. So meint *Gutmayer*, dass die Qualität von Vorschriften als Primärnormen alternativ aus den Begriffen Marktverhalten oder Interesse der Marktteilnehmer gewonnen werden könne.⁴⁸⁶ Werde durch den Gesetzgeber eine Marktverhaltensregel aufgestellt, regule er damit Marktverhalten, das stets die Interaktion der Marktteilnehmer beschreibt, welche schon *per se* eigene Interessen verfolgen. In jeder Marktverhaltensregel sei daher auch ein Interesse irgendeines Marktteilnehmers von sich aus immanent, welches durch den Gesetzgeber festgelegt und durch die Vorschrift normativ manifestiert wird.⁴⁸⁷ Eine Marktverhaltensregelung umfasse damit stets auch ein Interesse der Marktteilnehmer.⁴⁸⁸ Dem Interesse der Marktteilnehmer fehle daher eine Unterscheidungskraft im Vergleich zur Marktverhaltensregelung.⁴⁸⁹ Umgekehrt betont *Frey-Gruber* die alleinige Relevanz des Interesses der Marktteilnehmer für die Annahme einer

484 BGH, GRUR 2019, 627 (630) – *Deutschland-Kombi*.

485 Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 19.02.1987, BGBl. 1987 I, 602.

486 *Gutmayer*, S. 129.

487 *Gutmayer*, S. 126, 128.

488 *Gutmayer*, S. 126.

489 *Gutmayer*, S. 126, 128.

Primärnorm. Für *Frey-Gruber* fehle es dem Merkmal der Marktverhaltensregelung an Unterscheidungsqualität, da weder das UWG noch seine Gesetzesmaterialien diesen Begriff definieren, noch der Rechtsprechung eine Begriffsbestimmung zu entnehmen sei.⁴⁹⁰ In den Definitionsvorschlägen des Schrifttums sieht sie keine griffige Definition, sondern nur Umschreibungen des Problems, die den Rechtsbruchtatbestand nicht näher eingrenzen könnten.⁴⁹¹ Eine eigene Aussagekraft habe das Merkmal nicht, denn eine Norm, die die wettbewerbsbezogenen Interessen schützt, habe zwangsläufig einen Bezug zum Markt. Folglich schützten Normen, die keinen Bezug zum Markt haben, auch nicht die wettbewerbsbezogenen Interessen der Marktteilnehmer.⁴⁹² Der Sache nach können auch nach Ansicht von *Frey-Gruber* Primärnormen entweder aus ihrem Bezug zum Markt oder aus den wettbewerbsbezogenen Interessen begründet werden. Sie liegt damit sehr nah an der Rechtsprechung des BGH.

Glöckner will sogar auf das Erfordernis einer Marktverhaltensregelung im Interesse der Marktteilnehmer vollständig verzichten.⁴⁹³ Die Merkmale ließen erhebliche Schutzlücken entstehen und seien nicht geeignet, die durch die Richtlinie abschließend geregelten Rechtsmaterien dadurch zu berücksichtigen, dass sie von der Anwendung des Rechtsbruchtatbestandes eindeutig auszunehmen wären.⁴⁹⁴ Auch erfasse die Wortlautfassung einige Wettbewerbsverfälschungen nicht mehr, die früher durch die Anwendung des Vorsprunggedankens als Rechtsbruch sanktioniert werden konnten.⁴⁹⁵

b) Befürwortung einer kumulativen Analyse als Doppelfilter

Dagegen wird im Schrifttum weit überwiegend von einer klaren Differenzierung und separaten Prüfung beider Merkmale ausgegangen.⁴⁹⁶ Für die Annahme einer Primärnorm müssten demnach Interessenklausel und Marktverhaltensklausel kumulativ vorliegen. Es wird also ein zweigleisiger Analyseansatz befürwortet. Der Normzweck müsse sowohl final darauf ausgerichtet sein, auch das Marktverhalten zu regeln, als auch darauf, das Interesse zumindest eines Marktteilnehmers zu schützen, was mit der doppelten Finalität einer Vorschrift beschrieben wird.⁴⁹⁷ So fordern *Köhler* u. a., dass neben einer Marktverhaltensregelung auch der Schutz des Interesses der Marktteilnehmer durch die Vorschrift bezweckt sein müsse, wofür zwi-

490 *Frey-Gruber*, S. 83 f.

491 *Frey-Gruber*, S. 84.

492 *Frey-Gruber*, S. 84.

493 *Glöckner*, GRUR 2013, 568 (576).

494 *Glöckner*, GRUR 2013, 568 (571 f., 573 ff.).

495 *Glöckner*, GRUR 2008, 960 (965 ff.).

496 So z. B. *Wüstenberg*, WRP 2017, 396 (399, 402).

497 v. *Walter*, S. 88, 93 f.; *Rothkopf*, S. 184.

schen den Interessen der Mitbewerber und denen der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer zu differenzieren sei.⁴⁹⁸ Ähnlich hält auch v. *Walter* eine Differenzierung zwischen Marktverhaltensregelung als Ausprägung des sachlichen Schutzbereichs des UWG und Marktteilnehmerinteresse als Ausprägung des persönlichen Schutzbereichs für geboten.⁴⁹⁹ Es genüge nicht, dass die verletzte Vorschrift eine Marktverhaltensregelung darstellt. Sie müsse überdies bezwecken, das Marktverhalten gerade auch im Interesse der Marktteilnehmer i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 1 UWG regeln.⁵⁰⁰

Diese Ansichten unterscheiden also klar zwischen Marktverhaltensklausel und Interessenklausel.⁵⁰¹ So gesehen legen sie einen Doppelfilter bei der Analyse einer gesetzlichen Vorschrift an.⁵⁰² Allerdings legen nicht alle Autoren die gleichen Maßstäbe bzw. die gleiche Gewichtung beider Merkmale im Rahmen der zweigliedrigen Analyse an. Während die meisten von dem Erfordernis einer doppelten Finalität des Normzwecks ausgehen, sollen nach vereinzelter Ansicht faktische Auswirkungen auf das Marktverhalten ausreichen.⁵⁰³ Wiederum andere sind nicht gänzlich eindeutig. *Dettmar* geht zwar von einer separaten Beurteilung des Interesses der Marktteilnehmer aus.⁵⁰⁴ Allerdings sieht sie darin wohl kein dogmatisch eigenständiges Tatbestandsmerkmal des Rechtsbruchtatbestandes, sondern ein eigenständig zu prüfendes Korrektiv.⁵⁰⁵ Der Sache nach hält sie sich aber auch an die These der doppelten Finalität und will die Marktverhaltensregelung wie auch das Interesse der Marktteilnehmer aus dem Normzweck ermitteln und befürwortet einen Auslegungsansatz nach der von *Schricker* entwickelten Normzwecktheorie.⁵⁰⁶ Auch *Scherer* scheint beide Merkmale für erforderlich zu

498 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.61 ff.; jurisPK-UWG/Diekmann, 5. Aufl. 2021, § 3a Rn. 72 ff.; GK-UWG/Pahlow, 3. Aufl. 2020, § 3a Rn. 58, 62; Ohly/Sosnitza/Ohly, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 21; Fezer/Büscher/Obergfell/Götting/Hetmank, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 49, 49a; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/v. Jagow, 5. Aufl. 2021, UWG, § 3a Rn. 22; Büscher/Hohlweck, 2. Aufl. 2021, UWG, § 3a Rn. 120; Spindler/Schuster/Micklitz/Schirmbacher, 4. Aufl. 2019, UWG, § 3a Rn. 8, 10; MAH GewRS/Dittert, 5. Aufl. 2017, § 14 Rn. 32, 34; Festl-Wietek, S. 48; Wuttke, WRP 2007, 119 (Fn. 14); Gärtner/Heil, WRP 2005, 20 (21 f.); i. E. wohl auch *Dettmar*, S. 160, 163. Sie will die Interessen der Marktteilnehmer zumindest auch separat berücksichtigen, zwar nicht als eigenständiges Merkmal (dies ist für sie nur die Marktverhaltensregelung), sondern als Korrektiv für Vorschriften ohne Marktbezug.

499 v. *Walter*, S. 93 f., 88.

500 Büscher/Hohlweck, 2. Aufl. 2021, UWG, § 3a Rn. 120.

501 Vgl. auch *Alexander*, 2. Aufl. 2019, WbR, § 19 Rn. 1524.

502 *Alexander*, 2. Aufl. 2019, WbR, § 19 Rn. 1524.

503 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/v. Jagow, 5. Aufl. 2021, UWG, § 3a Rn. 29.

504 *Dettmar*, S. 163.

505 *Dettmar*, S. 163 f.

506 *Dettmar*, S. 161, 164.

halten.⁵⁰⁷ Sie misst der Marktverhaltensregelung aber kaum Bedeutung bei. Dies zeigt sich daran, dass sie die Frage der Anwendbarkeit des Rechtsbruchtatbestandes bei Marktzutrittsregelungen damit abschneidet, dass natürlich auch „*die Tätigkeit am Markt, also ein Beginnen mit dem Anbieten von Waren oder Dienstleistungen ebenso wie die näheren Modalitäten des Angebots im Interesse der Marktbeteiligten untersagt seien*“⁵⁰⁸. Ausschlaggebend ist damit offenbar für sie, dass ein Marktteilnehmerinteresse geschützt und eine marktrelevante Außenwirkung gegeben ist.

3. Zusammenfassung und Stellungnahme

Angesichts ihrer Uneinheitlichkeit kann der Rechtsprechung des BGH nicht das finale Urteil entnommen werden, dass zwischen der Marktverhaltensklausel und der Interessensklausel durchgängig in der Art differenziert wird, dass beide Merkmale eigenständig geprüft werden und stets kumulativ vorliegen müssen. In *Zweckbetrieb* wurde zwar ausdrücklich verlangt, dass beide Merkmale vorliegen müssen und auch in einigen späteren Urteilen wurde im Ergebnis so vorgegangen (z. B. *Bonusaktion für Taxi App*). In vielen anderen Entscheidungen hat er diese erfreulich klare Differenzierung aber wieder verwischt. Dem BGH scheint überwiegend das Vorliegen eines interessengerichteten Wettbewerbsbezugs zu genügen. Die durch den Normzweck einer Vorschrift geschützten Interessen allein waren für ihn schon im direkten Anschluss an die Kodifikation ausreichend (*Testamentsvollstreckung durch Banken und Steuerberater; Optimale Interessenvertretung* und wohl auch *Mengenausgleich in Selbstentsorgungsgemeinschaft*). Die klare Differenzierung wie in *Zweckbetrieb* hätte aber Anlass für eine wortlautorientierte, positive Differenzierung gegeben. Stattdessen wird weiterhin das in der Norm verkörperte und geschützte Interesse herangezogen (*Gewährleistungsausschluss im Internet; Uber Black II*), welches entweder mit dem Begriff einer wettbewerbsbezogenen (*Eizellspende; Konsumgetreide*) – oder in Diskrepanz zur Auslegung in *Zweckbetrieb* – mit einer auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogenen Schutzfunktion (*Mehrwertdienstenummer*) versucht wird zu erfassen.⁵⁰⁹ Die Marktverhaltensklausel wird im Gros der Fälle lediglich herangezogen, wenn sie zur Abgrenzung von bloßen Marktzutrittsregelungen notwendig ist (*Tagesschau-App; Deutschland-Kombi*). Ansonsten soll es für die Einordnung als Marktverhaltensregelung unerheblich sein, ob die Norm ein konkretes Marktverhalten regelt oder nicht

507 Scherer, WRP 2006, 401 (405) mit Verweis auf Köhler, GRUR 2004, 381 ff., 383.

508 Scherer, WRP 2006, 401 (405).

509 In *Zweckbetrieb* war die auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion noch gleichbedeutend mit Marktbezogenheit, womit der BGH im Ergebnis nichts anderes aussagte, dass eine Regelung des Marktverhaltens erforderlich war, welches den Auftritt und Pflichten auf dem betreffenden Markt regulierte.

(*Deutschland-Kombi*). Dies steht aber in krassem Gegensatz zum Wortlaut des Rechtsbruchtatbestandes, der diese beiden Merkmale ausdrücklich nennt. Bei der Einordnung einer Norm als Primärnorm kommt es so zu einer immer wechselnden Akzentuierung beider Merkmale. Diese stetige Neujustierung legt nahe, dass der BGH bereits eine Vorüberzeugung davon hat, was unter den Rechtsbruchtatbestand fallen soll und er dies mit immer neuen Begründungsmodellen, wahlweise durch Abstellen auf Interessenklausel oder Marktverhaltensklausel oder eine Kombination aus beiden, zu erfassen versucht. Das erklärt auch, warum nach der Logik des BGH bei typischen Marktverhaltensregelungen überhaupt keine Analyse der Norm mehr unternommen wird (*Kontaktanzeigen*; *Konsumgetreide*).

Dogmatisch kann dieses Vorgehen indes nicht als tragfähig erachtet werden. Die Kodifikation des Rechtsbruchs, mit der die „Fallgruppe Rechtsbruch“⁵¹⁰ von der Fallgruppe in einen Tatbestand überführt worden ist, sollte Klarheit schaffen und einen besseren Umgang mit dem Rechtsbruchtatbestand im Lauterkeitsrecht ermöglichen. Die fallgruppenbasierte Rechtsprechungslineie des BGH und die uneinheitliche Verwendung von Umschreibungen zur Einordnung der danach als erfasst begriffenen Vorschriften als Primärnormen können bislang allerdings nicht dazu führen, die schon von *Schricker* kritisierte Gefahr von Willkürergebnissen auszuräumen.⁵¹¹ Die Rechtsprechung verweist stattdessen weiter gern auf hergebrachte Präzedenzfälle. Damit gehen jedoch erhebliche Unsicherheiten für den Rechtsanwender einher, dessen klageweise Geltendmachung eines Rechtsbruchs damit oftmals nicht mehr als ein ungewisser Schuss ins Blaue wäre. Ein fallgruppenbasierter Analyseansatz war allenfalls noch tauglich, um Fälle einzuordnen, die sich nicht an einem eigenen Tatbestand orientieren konnten, sondern sich vielmehr aus der Generalklausel des § 1 UWG 1909 zur Fallgruppe Rechtsbruch entwickelt hatten. Nachdem der Rechtsbruch mit dem UWG 2004 in einen eigenen Tatbestand überführt worden und das Lauterkeitsrecht 2008 und 2015 neu geordnet worden ist, kann sich aber an einen stabilen Tatbestandsrahmen gehalten werden. Aus diesem Grund ist auch den Auffassungen im Schrifttum nicht zu folgen, die den Rechtsbruchtatbestand nur anhand eines der beiden Merkmale analysieren wollen, weil das jeweils andere Merkmal miterfasst sei und daher keine eigenständige Aussagekraft habe. Zwar ist zuzugeben, dass in Marktverhaltensregelungen sicherlich im Gros der Fälle auch ein Marktteilnehmerinteresse durch den Gesetzgeber verkörpert worden ist. Es gibt aber eben auch Vorschriften, die ein Marktverhalten regeln,

510 Köhler, NJW 2002, 2761; zur Fallgruppenbildung: Doeppner, GRUR 2003, 825 (825 ff., 832). Ohly, FS-Köhler 2014, 507.

511 Schricker, S. 240.

ohne dass dies im Interesse eines Marktteilnehmers geschieht.⁵¹² Umgekehrt kann eine Vorschrift zwar ein Marktteilnehmerinteresse betreffen, gleichzeitig aber kein Marktverhalten regeln, wie sich an dem in *Zweckbetrieb* gegenständlichen § 65 AO anschaulich zeigt.

Nach hier vertretener Auffassung überzeugt es daher, mit dem Großteil des Schrifttums die Primärnormenanalyse nach Marktverhaltensregelung und Interesse der Marktteilnehmer aufzuspalten und diese Merkmale im Sinne eines gleichberechtigten Nebeneinanders in jedem Fall eigenständig und kumulativ zu prüfen. Eine klare Trennung ist mit der Systematik und dem Aufbau des Rechtsbruchtatbestandes bestens vereinbar, wie vor allem die Analyse von v. *Walter* zeigt, wonach die Marktverhaltensregelung Spiegelung des objektiv-sachlichen Anwendungsbereichs des UWG und das Marktteilnehmerinteresse Spiegelung des subjektiven Schutzbereichs aus § 1 Abs. 1 S. 1 des UWG sei.⁵¹³ Die Verwendung von Umschreibungen (Marktbezug, Wettbewerbsbezug, sekundäre wettbewerbsbezogene Schutzfunktion und auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion) zur Erfassung einer Marktverhaltensregelung im weiteren Sinne, also als Einheitskomponente, eignet sich nicht für eine rechtssichere und praxistaugliche Handhabung des Rechtsbruchtatbestandes im Wettbewerbsprozess. Am Ende erschöpfen sich diese Begriffsbildungen in nur näherungsweise Andeutungen, ohne eine echte Abgrenzung im positiven Sinne zu ermöglichen, wann eine Vorschrift die Regelung des Marktverhaltens bezweckt und dem Interesse der Marktteilnehmer dient. Diese Umschreibungen haben nicht einmal einen klaren Begriffsinhalt. War z. B. die auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion in *Zweckbetrieb* noch Beschreibung einer Marktverhaltensregelung, wurde sie in *Mehrwertdienstenummer* zur Herleitung des Verbraucherschutzzwecks verwendet, diente also an sich zur Begründung des Marktteilnehmerinteresses. Eine präzise Benennung der Tatbestandsmerkmale und eine eigenständige positive Prüfung sind aber erforderlich, um eine treffsichere Einordnung von gesetzlichen Vorschriften im Wettbewerbsprozess zu ermöglichen. Um dieses Ziel zu erreichen, ist es daher notwendig, die hier befürwortete trennscharfe Differenzierung zwischen Marktverhaltensklausel und Interessenklausel vorzunehmen, sodass stets eine zweigliedrige Analyse dieser Merkmale in der untersuchten Vorschrift erforderlich ist.

512 So bezwecken nach Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.74b die Vorschriften der DSGVO nicht, die Interessen der Marktteilnehmer zu schützen. Für § 33 Abs. 8 SGB V: BGH, GRUR 2017, 641 (643) – *Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln* (nur Leistungsfähigkeit der Krankenkassen).

513 v. *Walter*, S. 59, 85 ff., 93, 97 (objektive und subjektive Schutzzweckkongruenz).

II. Auslegung der Marktverhaltensregelung

Da sonach auch der Marktverhaltensregelung nach hier vertretener Ansicht eine eigenständige Funktion und ein positiver Gehalt im Konzept des Rechtsbruchtatbestandes zukommt, welcher sich nicht lediglich in seiner negativen Abgrenzfunktion zu Marktzutrittsregelungen erschöpft, ist folgend zu untersuchen, was unter einer Marktverhaltensregelung genau zu verstehen ist. Hierzu muss definiert werden, was Marktverhalten eigentlich ist, und untersucht werden, wie eine Vorschrift aussieht, die eine Marktverhaltensregelung beinhaltet.

1. Begriff „Marktverhalten“

Es liegt dem klaren Wortlaut nach auf der Hand, dass es zunächst um ein Verhalten auf einem Markt gehen muss. Soweit der BGH auf die Marktverhaltensklausel eigenständig eingeht, entspricht dies auch seinem Verständnis, nach dem das Marktverhalten die Art und Weise einer Tätigkeit auf einem Markt, d. h. die Markttätigkeit eines Unternehmers bedeute.⁵¹⁴ Diese Beschreibung entspricht durchaus einigen Stimmen im Schrifttum, nach denen ein Marktverhalten jede Tätigkeit auf dem Markt sei, durch die ein Unternehmer auf die Marktteilnehmer einwirkt.⁵¹⁵ *Alexander* meint, dass Marktverhalten betroffen sei, wenn die gesetzliche Vorschrift bestimmte Aspekte der marktbezogenen geschäftlichen Tätigkeit speziellen Anforderungen unterwirft.⁵¹⁶ Diese Bestimmung von Marktverhalten ist indes sehr unpräzise und bedarf einer genaueren Eingrenzung. Das mag auch daran liegen, dass die Begriffsbildungen, mit denen eine Marktverhaltensregelung vor allem durch die Rechtsprechung erfasst werden soll, hauptsächlich um eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion, um eine auf das Marktverhalten der Unternehmer bezogene Schutzfunktion oder schlicht um einen Marktbezug kreisen.⁵¹⁷ Eine präzise Definition des Marktverhaltens ist nach der Rechtsprechung allerdings ohnehin nicht nötig, da sie es nicht für erforderlich hält, dass eine Norm ein konkret fassbares Marktverhalten regelt.⁵¹⁸

Die überwiegenden Ansichten im Schrifttum versuchen sich indes an einer Definition, deren Ausgangspunkt die geschäftliche Handlung nach § 2 Abs. 1

514 BGH, GRUR 2017, 95 (96) – *Arbeitnehmerüberlassung*; BGH, GRUR 2010, 654 (657) – *Zweckbetrieb*.

515 Büscher/*Hohlweck*, 2. Aufl. 2021, UWG, § 3a Rn. 95.

516 *Alexander*, 2. Aufl. 2019, WbR, § 19 Rn. 1525.

517 BGH, GRUR 2017, 95 (97) – *Arbeitnehmerüberlassung*; BGH, GRUR 2007, 162 (163) – *Mengenausgleich in Selbstentsorgungsgemeinschaft*; Fezer/Bücher/Obergfell/*Götting/Hetmank*, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 59.

518 BGH, GRUR 2019, 627 (630) – *Deutschland-Kombi*.

Nr. 2 UWG ist. Unter ihnen ist anerkannte Mindestvoraussetzung, dass das Marktverhalten zu der geschäftlichen Handlung zumindest irgendwie in Beziehung zu setzen oder an diese anzulehnen sei.⁵¹⁹ Unterschiedlich beurteilt wird hingegen, ob dem Marktverhalten eine von der geschäftlichen Handlung unabhängige Bedeutung zukommt, oder ob es sich um eine Beschreibung der geschäftlichen Handlung in Übereinstimmung mit § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG im Kontext des Rechtsbruchtatbestandes handelt.⁵²⁰

Weitgehend wird davon ausgegangen, dass sich der Marktverhaltensbegriff lediglich an die geschäftliche Handlung anlehnt und für § 3a UWG eigenständig definiert werden muss. Die geschäftliche Handlung müsse jedoch bei der Auslegung berücksichtigt werden.⁵²¹ Nach dieser Maßgabe sei Marktverhalten jede Tätigkeit auf einem Markt, die objektiv der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes oder des Bezugs eines Unternehmers dient und durch die ein Unternehmer auf Mitbewerber, Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer einwirkt.⁵²² Das Marktverhalten entspreche aber nicht vollständig der geschäftlichen Handlung, da ansonsten das Merkmal der Marktverhaltensregelung überflüssig sei.⁵²³ Nach *Festl-Wietek*, *Gutmayer* und *Elskamp* sei anders als bei der geschäftlichen Handlung nicht nur das Marktverhalten der Unternehmer, sondern auch das Marktverhalten der übrigen Marktteilnehmer erfasst, sodass das Marktverhalten weiter reicht als die geschäftliche Handlung.⁵²⁴ Sie fordern daher im Verhältnis zur geschäftlichen Handlung eine überschießende Reichweite des Marktverhaltens.⁵²⁵

Nach anderen Stimmen im Schrifttum sei das Marktverhalten aber gleichbedeutend mit der geschäftlichen Handlung.⁵²⁶ Dieser Auffassung ist beizupflichten. Die durch den BGH und die Vertreter des Schrifttums überwiegend nahegelegte Vorgehensweise einer von § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG abweichenden Beschreibung des Marktverhaltens ist zu unbestimmt, um Erkenntnisse daraus zu gewinnen, was Marktverhalten ist und wann ein solches durch Normen erfasst wird. Dass überschießend auch das Verhalten der übrigen

519 So auch *Bohne*, S. 121.

520 So etwa *Rothkopf*, S. 217.

521 MüKoUWG/Schaffert, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 62; Ohly/Sosnitzer/Ohly, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 15; *Sack*, WRP 2004, 1307 (1312).

522 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2021, UWG, § 3a Rn. 1.62; MüKoUWG/Schaffert, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 62; Fezer/Büscher/Obergfell/Götting/Hetmank, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 62; *Bohne*, S. 120; ähnlich auch *Elskamp*, S. 119.

523 *Bohne*, S. 120.

524 *Festl-Wietek*, S. 39; *Gutmayer*, S. 101; *Elskamp*, S. 119.

525 *Gutmayer*, S. 102.

526 jurisPK-UWG/Diekmann, 5. Aufl. 2021, § 3a Rn. 74; Götting/Nordemann/Ebert-Weidenfeller, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 43; ebenso wohl Götting/Meyer/Vormbrock/Kruse, 2. Aufl. 2020, GewRS, § 33 Rn. 9; *Dettmar*, S. 161.

Marktteilnehmer erfasst sein soll, entspricht zudem nicht der Konzeption des UWG, nach der Haftungsschuldner stets der Unternehmer ist, und findet auch keine Stütze im Gesetz. Systematisch erscheint ein Verständnis zutreffend, nach dem das in § 3a UWG genannte Marktverhalten eine exakte Beschreibung der geschäftlichen Handlung aus § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG ist. Der Gesetzgeber hat hierzu dargelegt, dass das UWG einen integrierten Ansatz verfolge, der von einem unteilbaren Verhalten von Unternehmern am Markt ausgeht, welches die Marktteilnehmer schädigen kann.⁵²⁷ In diesem Zusammenhang meint der Gesetzgeber, dass die lauterkeitsrechtlichen Regeln die Verbraucher und Mitbewerber vor unlauterem Marktverhalten schützen sollen.⁵²⁸ Das (schädigende) Verhalten eines Unternehmers wird im UWG aber im Grunde mit der geschäftlichen Handlung beschrieben. Daher kann auch mit Marktverhalten, welches in gleichem Zuge genannt wird, nichts anderes gemeint sein. Der Gesetzgeber hat außerdem explizit ausgesprochen, dass es der Zweck des (gesamten) UWG sei, das Marktverhalten der Unternehmer zu regeln.⁵²⁹ Im UWG findet sich aber nur im Rechtsbruchtatbestand der Begriff des Marktverhaltens. Für alle anderen Vorschriften bedarf es aber einer geschäftlichen Handlung. Dies spricht dafür, das Marktverhalten als geschäftliche Handlung zu begreifen. Letztlich passt dies auch besser in das System des UWG, da so eine Schutzzweckkongruenz zwischen dem sachlichen Anwendungsbereich des UWG und den über den Rechtsbruchtatbestand einzubeziehenden Normen hergestellt werden kann.⁵³⁰ Nur, wenn die auf ihre Primärnormqualität hin zu prüfende Vorschrift an den objektiven Anwendungsbereich des UWG angebunden wird, und sie als Tathandlung geschäftliche Handlungen und damit Marktverhalten regelt, kann der Transformationsfunktion des Rechtsbruchtatbestandes, außerhalb des UWG gelegenes Wettbewerbsrecht in das UWG einzubeziehen, systematisch überzeugend Rechnung getragen werden. Bei jeder Änderung der geschäftlichen Handlung ermöglicht es deren verobjektivierte Übersetzung im Rechtsbruchtatbestand als Marktverhalten, dass nur die Normen durch den Rechtsbruchtatbestand einbezogen werden können, die im Kern genau das gleiche Verhalten zum Gegenstand haben, welches das UWG selbst berücksichtigen will. Zur Bestimmung, ob ein Marktverhalten geregelt wird, sollte somit die Definition aus § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG herangezogen werden.⁵³¹ Das Marktverhalten ist mithin gleichbedeutend mit der geschäftlichen Handlung.

527 BT-Drs. 15/1487, S. 16; BT-Drs. 16/10145, S. 11.

528 BT-Drs. 16/10145, S. 11.

529 BT-Drs. 15/1487, S. 15 f.

530 So auch v. *Walter*, S. 86, der dies auf die von *Schricker* begründete Normzwecktheorie stützt.

531 Vgl. zur Auslegung der geschäftlichen Handlung oben unter 3. Kap. B.I.

Nur, wenn eine geschäftliche Handlung als Tathandlung in der Vorschrift beschrieben wird, wird damit Marktverhalten geregelt.

2. Bestimmung einer Marktverhaltensregelung

Eine andere Frage ist es, wie das Vorliegen einer Marktverhaltensregelung in einer Vorschrift zu ermitteln ist. Maßgeblich kann nur die abstrakte Qualität einer Vorschrift sein. Aus dem Wortlaut des Rechtsbruchtatbestandes ist zu entnehmen, dass die Vorschrift zumindest auch, d. h. sekundär, dazu bestimmt sein muss, das Marktverhalten zu regeln. Es muss also nicht ihr einziger Zweck sein und nicht einmal der vorrangige.

a) Ausgangspunkt: Normzweck einer Vorschrift

Es entspricht wohl allgemeiner Auffassung, dass der Zweck einer Vorschrift maßgeblich dafür ist, wann eine gesetzliche Vorschrift dazu bestimmt ist, das Marktverhalten zu regeln und wann nicht.⁵³² Diese Normzwecktheorie wurde schon früh von *Schricker* aus der damaligen Nähe der Fallgruppe Rechtsbruch zum zivilrechtlichen Deliktsrechtstatbestand heraus entwickelt und durch den BGH dann in *Abgasemissionen* aufgegriffen.⁵³³ Der Gesetzgeber hat diese Schutzzweckorientierung schließlich der Kodifikation des Rechtsbruchs zugrunde gelegt, indem die Norm auch dazu bestimmt sein muss, das Marktverhalten zu regeln.⁵³⁴

Dogmatischer Ausgangspunkt sind Normen als final gedachte Gebote und Verbote. Der Normzweck beschreibt die hinter den Normen stehenden Interessen und weltanschaulich begründeten Wertvorstellungen, also die Motive und Ziele des Gesetzgebers und somit den mit den Geboten und Verboten angestrebten Zweck.⁵³⁵ Diese Interessenbewertung soll mit Normen dadurch realisiert werden, dass diese bestimmte Personenkreise (Normadressaten) dazu verpflichten, die normativen Gebote zu befolgen oder zu vollziehen. In dieser Funktion versuchen sie, die jeweiligen Adressaten zu einem Verhalten zu zwingen, was bedeutet, dass sie eine handlungsanleitende (präskriptive) Funktion haben.⁵³⁶ Es geht also um eine soziale Zweckerreichung mittels

532 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.61; Götting/Nordemann/Ebert-Weidenfeller, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 45; Wüstenberg, WRP 2017, 396 (399, 402); *Elskamp*, S. 122 f.; *Bohne*, S. 125. Zur Rechtsprechung siehe BGH, GRUR 2015, 1228 (1233) – *Tagesschau-App*.

533 BGH, GRUR 2000, 1076 (1078 f.) – *Abgasemissionen*.

534 BT-Drs. 15/1487, S. 19.

535 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, § 4 Rn. 119, 136.

536 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, § 4 Rn. 136.

Verhaltenssteuerung kraft Rechtsnormen. Hieraus folgt, dass empirisch fassbare, tatsächliche Auswirkungen auf das Marktverhalten nicht genügen.⁵³⁷

In dem Rechtsbruchtatbestand hat der Gesetzgeber die maßgebliche Interessenbewertung in der normenspezifischen Tatbestandskomponente vorgenommen und konkretisiert, um welche Zielvorstellungen es ihm geht, nämlich um eine zumindest sekundäre Marktverhaltensregelung, die den Interessen von Marktteilnehmern dient.⁵³⁸ Die Bestimmung einer Vorschrift als Marktverhaltensregelung nach der Normzwecktheorie gebietet es daher, nach dem Schutzzweck der verletzten außerwettbewerbsrechtlichen Vorschrift zu forschen.⁵³⁹ Diese muss die gleichen Zwecke wie das UWG verfolgen, sodass zumindest eine teilweise Schutzzweckkongruenz zwischen den Zwecken des UWG und denen der außerwettbewerbsrechtlichen Vorschrift hergestellt wird.⁵⁴⁰ Es kommt dadurch zu einer doppelten Berücksichtigung von Schutzzwecken, nämlich einerseits des Schutzzwecks des UWG, wie er in persönlich-subjektiver Hinsicht in § 1 Abs. 1 S. 1 UWG und in sachlicher Hinsicht in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG – konkretisiert in § 3a UWG –, zum Ausdruck kommt und andererseits des Zwecks der fraglichen gesetzlichen Vorschrift, gegen die verstoßen wurde.⁵⁴¹

b) Ermittlung des Normzwecks

Wie aber zu erkennen ist, wann es auch der Zweck einer außerwettbewerbsrechtlichen Vorschrift ist, Marktverhalten zu regeln, ist im Zusammenhang mit dem Rechtsbruchtatbestand bislang noch nicht tiefergehend diskutiert worden. Im Prinzip bestehen zwei Möglichkeiten. Zum einen könnte die Vorschrift anhand einer umfassenden Auslegung unter Anwendung der Auslegungsmethoden der juristischen Methodenlehre auf ihren Normzweck hin analysiert werden, womit ein subjektiv-normativer Ansatz appliziert würde. Dadurch könnte es möglich sein, den Normzweck anhand einer Extrahierung des Regelungsziels unmittelbar zu bestimmen. Zum anderen könnte auch ein objektiver und recht formaler Ansatz verfolgt werden, mit dem der Rechtssatz einer Norm untersucht wird, um nachzuvollziehen, welches Regelungsziel aus dem Regelungskonstrukt der jeweiligen Vorschrift folgt. Der Gesetzeszweck wird dann aus der Regelung selbst erschlossen.⁵⁴²

537 Vgl. v. *Walter*, S. 89; a.A. wohl *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/v. Jagow*, 5. Aufl. 2021, UWG, § 3a Rn. 29.

538 *Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler*, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.6.

539 *Schricker*, S. 252.

540 Vgl. *Schricker*, S. 252.

541 *Fezer/Büscher/Obergfell/Götting/Hetmank*, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 61.

542 Zu dieser Alternative *Wank*, 6. Aufl. 2015, Auslegung von Gesetzen, S. 71.

aa) Subjektiv-normativer Ermittlungsansatz

Das ganz überwiegende Schrifttum geht streng nach der juristischen Methodenlehre vor. Zur Ermittlung des Normzwecks sei eine umfassende Auslegung der Norm vorzunehmen.⁵⁴³ Entsprechend den Grundsätzen der juristischen Methodenlehre zur Auslegung von Gesetzen wird dafür z. B. der Wortlaut, die systematische Stellung, die Gesetzgebungsmaterialien oder die Auslegung der Rechtsnorm durch die Praxis untersucht.⁵⁴⁴ Hierdurch soll dann die gesetzgeberische Regelungsintention gewonnen werden, um damit festzustellen, ob der Gesetzgeber möglicherweise neben anderen Zwecken, aber jedenfalls auch, beabsichtigte, mit der Norm das Marktverhalten eines Unternehmers zu regeln. Es könnten dazu prinzipiell alle Mittel der Auslegung verwendet werden, wobei überwiegend primär die Gesetzesmaterialien und die Entstehungsgeschichte zur Begründung der gesetzgeberischen Intention herangezogen werden, was dogmatisch der ersten Stufe der methodischen Auslegung entspricht.⁵⁴⁵ Diese Vorgehensweise spricht der BGH auch in *Deutschland-Kombi* an, wenn er für die Bestimmung des Normzwecks des darin Streitgegenständlichen § 16a S. 3 RStV⁵⁴⁶, nach welchem öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten kommerzielle Tätigkeiten nur unter Marktbedingungen erbringen dürfen, um damit ein nicht marktkonformes Unterbieten von Preisen (privater) Dritter beim Verkauf von Werbezeit auszuschließen, auf Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte dieser Norm abstellt.⁵⁴⁷ Es reicht ihm aus, dass in dem Normzweck der Vorschrift irgendein Marktverhaltensbezug erkannt werden konnte, ohne dass der Zweck auf ein konkret fassbares Marktverhalten gerichtet sein müsse.⁵⁴⁸ In anderen Entscheidungen lässt der BGH es für die Ermittlung einer Marktverhaltensregelung ausreichen, dass nach dem gesetzgeberischen Willen in der Vorschrift die Funktion zum Ausdruck kommt, gleiche rechtliche Voraussetzungen für die auf diesem Markt tätigen Wettbewerber zu schaffen, womit freilich nicht das Marktverhalten reguliert wird, sondern das (Fern-) Ziel der Schaffung eines gleichberechtigten Wettbewerbsumfelds.⁵⁴⁹ Um dies festzustellen, nimmt der BGH also häufig die auch von v. *Walter* vorgeschlagene Analyse anhand einer Auslegung von Wortlaut, Entstehungsge-

543 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.61

544 Götting/Nordemann/Ebert-Weidenfeller, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 45.

545 Vgl. v. *Walter*, S. 90; *Wank*, Methodenlehre, 2020, § 11 Rn. 4, 7 ff.

546 Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien vom 18.12.1991.

547 BGH, GRUR 2019, 627 (630 f.) – *Deutschland-Kombi*.

548 BGH, GRUR 2019, 627 (630 f.) – *Deutschland-Kombi*.

549 BGH, GRUR 2017, 641 (642) – *Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln*; BGH, GRUR 1076 (1079) – *Abgasemissionen*.

schichte, Sinn und Zweck sowie Systematik vor, um nach dem Normzweck einer Regelung des Marktverhaltens zu forschen.⁵⁵⁰

bb) Objektiv-formaler Ermittlungsansatz

Eine andere Möglichkeit ist es, den Rechtssatz der Vorschrift zu analysieren. *Rothkopf* will den Tatbestand einer Vorschrift darauf hin untersuchen, ob der Gesetzgeber mit der gesetzlichen Vorschrift die Regelung von Marktverhalten bezweckt.⁵⁵¹ Aus der verhaltenslenkenden Funktion des Tatbestandes ergebe sich der Regelungszweck in Bezug auf das durch ein Gebot oder Verbot zu erzwingende Marktverhalten. Und genau diese Regelung, also die Erzwingung von Marktverhalten, werde ja durch den Rechtsbruchtatbestand explizit vorausgesetzt. Zudem führe dies zu einer besseren systematischen Abgrenzung von der Interessenklausel, sodass zwischen Verhaltensbezug und Interessenbezug des Normzwecks unterschieden werden könne, während die Rechtsprechung diese Analyseebenen vermischt.⁵⁵² Diese Auslegung führe schließlich zu erheblichen Vorteilen im Verfügungsverfahren, weil eine aufwändige und streng methodische Suche nach den Motiven durch eine umfassende Analyse der Materialien und eine Auslegung nach der hergebrachten Auslegungsmethodik entfällt.⁵⁵³ Für den Fall, dass sich der Handlungsumfang der geschäftlichen Handlung verändere, ermögliche die Verknüpfung der Marktverhaltensregelung mit dem tatbestandlich geregelten Verhalten so auch flexible Anpassungen des Umfangs der lauterkeitsrechtlichen Tathandlung in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG, die auch *Rothkopf* als sachlich-gegenständliche Übersetzung des in § 3a UWG genannten Marktverhaltens sieht.⁵⁵⁴ Er kommt deshalb zu dem Schluss, dass daher allein auf den Tatbestand einer Norm zu schauen sei. In ihr komme der Normzweck, Marktverhalten zu regeln, sonach dann zum Ausdruck, wenn die im Kern im Tatbestand der Vorschrift abstrakt-generell geregelten Verhaltensweisen stets, d. h. in jedem erfassten Sachverhalt, eine geschäftliche Handlung und damit ein Marktverhalten darstellen. Es schade aber nicht, wenn in peripheren Ausnahmekonstellationen das Verhalten einmal kein Marktverhalten darstellt, da nur der Kern der in der Norm geregelten Verhaltensweisen maßgeblich sei.⁵⁵⁵ Für die Normzweckermittlung wäre folglich die Rechtsfolge außer Betracht zu lassen. Sie wäre für lauterkeitsrechtliche Wertungen und den Rechtsbruchtatbestand unbedeutend, da nicht die in der Norm angeord-

550 BGH, GRUR 2017, 641 (643) – *Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln*; BGH, GRUR 2019, 627 (630 f.) – *Deutschland-Kombi*.

551 *Rothkopf*, S. 207.

552 Zu allem: *Rothkopf*, S. 208 f.

553 *Rothkopf*, S. 209 f.

554 *Rothkopf*, S. 211.

555 *Rothkopf*, S. 214 f.

nete Rechtsfolge, sondern das Rechtsfolgenregime des UWG eingreift. Dementsprechend kann sich der Normzweck nicht aus der Rechtsfolge einer Vorschrift ergeben, weil nicht denkbar ist, dass dadurch etwas zu einem gerade das Marktverhalten regelnden Normzweck ausgesagt werden soll.

cc) Stellungnahme und eigener Auslegungsvorschlag

(1) Bewertung der Ansätze

Der subjektiv-normative Ermittlungsansatz wird von weiten Teilen des Schrifttums und der Rechtsprechung verfolgt. Diese Ermittlungsmethode scheint deshalb so attraktiv zu sein, weil aus einem viel weiteren und vielfältigeren Methodenspektrum ein Auslegungsergebnis gewonnen werden kann. Den Normzweck von verschiedenen Richtungen aus anzugehen, hat somit seinen Reiz, schließlich sind die klassischen juristischen Auslegungsmethoden althergebrachtes Handwerkszeug und haben sich im Laufe der Zeit bewährt. Ihre Sinnhaftigkeit soll hier im Grundsatz auch nicht in Abrede gestellt werden.

Für die Normzweckermittlung im Hinblick auf eine Marktverhaltensregelung bietet dieser Ansatz jedoch mehr Nachteile als Vorteile. Denn unter Zugrundelegung der nach dieser Ansicht maßgeblichen Untersuchung zunächst der Materialien und ansonsten von Wortlaut, Systematik, Telos und Entstehungsgeschichte lässt sich nicht immer ein präzises Ergebnis erzielen. Er eignet sich auch nicht zu einer universellen Anwendung in Bezug auf alle Normen, die nach ihrem formalen Anknüpfungspunkt als gesetzliche Vorschriften theoretisch unter den Rechtsbruchtatbestand fallen können. So wird es nicht selten vorkommen, dass aus den Materialien keine oder keine eindeutige Aussage des Gesetzgebers zum Normzweck im Hinblick auf eine Regelung des Marktverhaltens entnommen werden kann. Nähme man dann eine umfassende Analyse der jeweiligen Regelung anhand der klassischen juristischen Auslegungsmethoden vor, ergäbe sich für die Normzweckermittlung häufig ein Interpretationsspielraum, der je nach dem Standpunkt des Rechtsanwenders unterschiedlich ausgefüllt werden könnte.⁵⁵⁶ *Götting/Hetmank* sehen sonach zu Recht die Gefahr, dass der Rechtsanwender so über die Auslegung den Zweck gewinnt, den er der Regelung aufgrund eines bestimmten Vorverständnisses zugeschrieben hat.⁵⁵⁷ Dieser Problematik scheint auch der BGH bisweilen aufgesessen. Anders ist nicht zu erklären, wieso er nicht durchgehend zwischen Marktverhaltensklausel und Interessenklausel differenziert, sondern vielfach die Primärnormqualität wahlweise aus dem einen oder dem anderen Merkmal herzuleiten versucht, oder erst

⁵⁵⁶ Fezer/Büscher/Obergfell/*Götting/Hetmank*, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 61.

⁵⁵⁷ Fezer/Büscher/Obergfell/*Götting/Hetmank*, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 61.

gar nicht darauf eingeht, wenn es sich um eine typischerweise anerkannte Primärnorm handelt.⁵⁵⁸ Überdies wird auch eine historische Auslegung häufig nicht weiterführen. Denn auch die Intention des historischen Gesetzgebers ist selten aussagekräftig, da er spätere Entwicklungen und die daraus resultierenden Veränderungen des Normkontextes nicht immer antizipieren konnte.⁵⁵⁹ Nach diesen Methoden bleiben Mutmaßungen über den Normzweck oftmals reine Spekulation oder Fiktion.⁵⁶⁰

Stattdessen hat eine formal-objektive Ermittlung des Normzwecks erhebliche Vorzüge, deren Ausgangspunkt ebenfalls rechtstheoretische Überlegungen sind. Bei genauerer Betrachtung passt bei gesetzlichen Vorschriften nämlich eine ausladende Analyse des umfassenden Normzwecks nicht. Denn der Anknüpfungszweck ist gem. § 3a UWG die Regelung von Marktverhalten. Das Prüfprogramm ist also in § 3a UWG schon unmittelbar vorgegeben. Ist nach dem Normzweck zu forschen, der sich auf eine Verhaltensregelung bezieht, so muss danach gefragt werden, woran sich an einer Norm identifizieren lässt, dass der Gesetzgeber genau diesen gerade verhaltensregelnden Zweck beabsichtigt hat. Das rechtstechnische Instrument zur Erreichung eines solchen Zwecks sind zunächst Normen, die ein Tun oder Unterlassen gebieten.⁵⁶¹ Und in ihnen ist im Tatbestand abstrakt-generell formuliert, welche Verhalten der Gesetzgeber einer Regelung unterwerfen will. Verschiedene in der Außenwelt auftretende Verhaltensweisen werden dadurch unter die Tatbestandsvoraussetzungen subsumiert, um zu prüfen, welche Verhaltensweisen der geregelten Rechtsfolge zugeführt werden sollen, damit das Ziel des Gesetzgebers erreicht wird. Hierfür wird der Gesetzgeber den Tatbestand so konzipieren, dass damit alle Verhaltensweisen erfasst werden, die die Erreichung dieses Ziels fördern. Mit dem Tatbestand einer Vorschrift wird mithin geregelt, welche Verhaltensweisen der Gesetzgeber durch ein Gebot oder Verbot regeln will, um den von ihm verfolgten Zweck bestmöglich zu erreichen. Wie er diese regelt, kann außer Betracht bleiben. Im Tatbestand der Norm, gleich ob es sich um einen vollständigen Rechtssatz mit angeschlossener Rechtsfolge oder um einen unvollständigen Rechtssatz ohne Rechtsfolge handelt, kommt damit der Gesetzeszweck zum Ausdruck, nämlich mit der Regelung welchen Verhaltens der Gesetzgeber seine politischen Ziele und Motive nach seiner Einschätzungsprärogative am besten zu erreichen gedenkt.

558 Vgl. oben unter B.I.1.

559 Fezer/Büscher/Obergfell/Götting/Hetmank, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 61.

560 Zu Recht daher Fezer/Büscher/Obergfell/Götting/Hetmank, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 61.

561 Vgl. Zippelius, 12. Aufl. 2021, Methodenlehre, S. 5.

(2) Argumente für die formal-objektive Normzweckermittlung

Rechtstheoretisch erscheint in Bezug auf eine verhaltensbezogene Normzweckermittlung mithin ein formal-objektiver Ansatz überzeugend. Aber auch Wortlaut und Systematik des Rechtsbruchtatbestandes sowie rechtsökonomische und rechtspraktische Erwägungen sprechen dafür, im Hinblick auf eine Marktverhaltensregelung den Normzweck aus dem durch die Norm geregelten Verhalten zu gewinnen. Diese Erwägungen sind indes bisher noch nicht genügend berücksichtigt worden.

(a) Wortlaut

Nach dem Wortlaut des Rechtsbruchtatbestandes ist es erforderlich, dass die Norm auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Explizit spricht der Wortlaut davon, dass gerade das Verhalten auf dem Markt geregelt werden muss, nicht jedoch der Markt, die Marktstruktur oder die Marktorganisation oder dergleichen.⁵⁶² Durch den Rechtsbruchtatbestand wird so mit der Regelung des Marktverhaltens an das Marktverhalten der Unternehmer angeknüpft, in dem Bewusstsein, dass nicht nur die lauterkeitsrechtlichen Vorschriften selbst unternehmerisches Marktverhalten regeln, sondern auch außerwettbewerbliche Normen spezifische wettbewerbliche Verhaltensanforderungen vorsehen können.⁵⁶³ Wenn es der Vorschrift gerade um die Erfassung bestimmter Verhaltensweisen auf dem Markt geht, ist, wie zuvor gezeigt wurde, der Tatbestand einer Norm ein sinnvoller Anknüpfungspunkt für die Ermittlung eines verhaltensbezogenen Regelungszwecks.

(b) Systematik

Die Systematik des Rechtsbruchtatbestandes spricht ebenfalls dafür, den Normzweck anhand des Tatbestandes der verletzten Vorschrift zu bestimmen. Im Schrifttum wird zu Recht darauf verwiesen, dass es Zweck des Rechtsbruchtatbestandes sei, solche außerwettbewerblichen Vorschriften in den lauterkeitsrechtlichen Schutzbereich einzubeziehen, die, ebenso wie das UWG, (außerwettbewerbliches) Marktverhaltensrecht darstellen.⁵⁶⁴ Das UWG setzt, wie gezeigt, mit der geschäftlichen Handlung am Marktverhalten des Unternehmers an.⁵⁶⁵ Es setzt dafür in §§ 3 ff. UWG spezielle lauterkeitsrechtliche Verhaltensanforderungen voraus.⁵⁶⁶ Daher erscheint es

⁵⁶² So auch Rothkopf, S. 207 f.

⁵⁶³ Köhler, GRUR 2004, 381 (382).

⁵⁶⁴ Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.6.

⁵⁶⁵ Vgl. oben unter B.II.1.

⁵⁶⁶ Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.6.

sachgerecht, ebenfalls am tatbestandlichen Verhalten einer Norm anzusetzen, um sicherzustellen, dass im Hinblick auf das geregelte Verhalten ein Gleichlauf mit dem verhaltensbezogenen Schutzzweck des UWG hergestellt wird. Denn nur, wenn die gesetzliche Vorschrift tatbestandlich geschäftliche Handlungen erfasst, deckt sie sich auch mit dem sachlichen Schutzbereich des UWG, der auf die Regelung von Marktverhalten, d. h. geschäftlicher Handlungen, gerichtet ist. Denn dann stellt die Vorschrift klar außerwettbewerbsrechtliches Wettbewerbsrecht dar, wie es Regelungsanliegen des Rechtsbruchtatbestandes ist. Ein Ansetzen am Tatbestand fügt sich mithin sehr viel besser in das systematische Gefüge des UWG ein als ein Ansetzen an der gesetzgeberischen Intention, wie sie, wenn überhaupt, erst nach einer umfassenden Auslegung anhand der Materialien etc. zum Ausdruck kommt. Diese Analyseebene scheint der BGH in *Konsumgetreide* anzusprechen, wenn er ausführt, die Vorschrift habe auch den Zweck, Marktverhalten zu regeln, weil sie am Marktverhalten der Vertriebsunternehmen ansetzt.⁵⁶⁷ Nach der hier vertretenen Ansicht überzeugt es daher auch systematisch, dass gesetzliche Vorschriften nur dann Marktverhaltensregelungen sind, wenn sie in Übereinstimmung mit dem UWG durch ihren Tatbestand am Marktverhalten des Normadressaten ansetzen.⁵⁶⁸ Unbeachtlich sollte hingegen sein, welche Motive oder Ziele des Gesetzgebers sich aus den Materialien oder durch die übrigen Auslegungsmethoden ableiten lassen.

(c) Rechtsökonomische Erwägungen

Eine zusätzliche Überzeugungskraft gewinnt der objektiv-formale Ermittlungsansatz daraus, dass er praktisch gut handhabbar ist und eine effiziente Geltendmachung des Rechtsbruchs im Wettbewerbsverfahren ermöglicht. Dies zeigt sich bei näherer Betrachtung an der ökonomischen Analyse des Rechtsbruchtatbestandes. Kernaspekt einer ökonomischen Analyse ist die Effizienz der Durchsetzung einzelner Vorschriften mit Hilfe des Lauterkeitsrechts. Effizient ist eine Durchsetzung aber nur bei hoher Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung und Ahndung von Normverstößen bei gleichzeitig möglichst geringen Durchsetzungskosten.⁵⁶⁹ Umgekehrt wäre es ineffizient, wenn eine geringe Aufdeckungswahrscheinlichkeit besteht, die Durchsetzungskosten aber hoch sind. Innerhalb der Durchsetzungskosten sind insbesondere auch die Kosten der Rechtsverfolgung mit einzubeziehen, d. h. die für die Ermittlung und Aufbereitung des Sachverhalts und die rechtliche Prüfung verwendete Zeit und die hierfür im Regelfall anfallenden Rechtsanwaltsgebühren. Im Wettbewerbsverfahren kommen dann noch die Kosten

⁵⁶⁷ BGH, GRUR 2017, 537 (539) – *Konsumgetreide*.

⁵⁶⁸ Ebenso *Rothkopf*, S. 209.

⁵⁶⁹ GK-UWG/*Pahlow*, 3. Aufl. 2020, § 3a Rn. 42, 43.

für das Gerichtsverfahren sowie ggf. die Kosten der Zwangsvollstreckung hinzu.⁵⁷⁰ Die Ermittlung der gesetzgeberischen Intention zur Bestimmung des Normzwecks, die zumeist durch die diffuse Suche nach den gesetzgeberischen Zielen und Motiven in den Materialien, ggf. noch unter Berücksichtigung des historischen, europarechtlichen oder systematischen Kontextes erfolgt, ist häufig ein sehr zeit- und kostenintensives Unterfangen. Um eine hohe Treffsicherheit zu gewährleisten, müssten alle Materialien und Implikationen voll berücksichtigt und detailliert analysiert werden. Gerade in der Rechtsprechung sind mehrseitige Analysen keine Seltenheit.⁵⁷¹ Die gesetzgeberische Intention hinsichtlich der Regelung des Marktverhaltens kommt indes in den zur Verfügung stehenden Materialien häufig alles andere als eindeutig zum Vorschein und ist auch unter Einbeziehung von historischem, teleologischem und systematischem Kontext nur sehr schwer zu ermitteln und dann in den meisten Fällen nicht einmal eindeutig. Ein klares und durch alle Ansichten akzeptiertes Ergebnis wird sich daraus also häufig nicht ableiten lassen. Dieses Vorgehen ist aufgrund des hierfür erforderlichen Zeitaufwandes zumeist sehr kostenintensiv bei zugleich hohem Fehlerpotenzial. Letztlich ist damit ein ungewisser Ausgang des Wettbewerbsverfahrens verbunden. Gerade in den häufigen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes hat vor allem der Antragsgegner angesichts der zeitkritischen Ausgangslage kaum Gelegenheit, akribisch und detailliert die gesetzgeberische Intention zu untersuchen und hierzu vorzutragen. Damit einher geht zudem das Risiko von Fehlentscheidungen.⁵⁷²

Somit stehen sich ein hohes Durchsetzungsrisiko angesichts des ungewissen Ausgangs des Wettbewerbsverfahrens aufgrund der schwer zu ermittelnden Frage, ob die gesetzgeberische Intention zutreffend analysiert worden ist und hohe Durchsetzungskosten aufgrund des für eine detaillierte Untersuchung erforderlichen Zeit- und Kostenaufwandes gegenüber. Im Ergebnis ist damit ein Ansetzen an der gesetzgeberischen Intention anhand einer umfassenden Auslegung von Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck sowie Entstehungsgeschichte primär unter Berücksichtigung der Materialien aus rechtsökonomischer Perspektive kaum effizient und sinnvoll. Vielfach besteht bei einer solchen Auslegung ein weiter Interpretationsspielraum, dessen Ausfüllung erheblich vom Standpunkt des Rechtsanwenders abhängt und auch der Wille des historischen Gesetzgebers kommt nicht immer eindeutig zum Vorschein, weshalb sich ein solcher Auslegungsversuch dem zutreffenden Verständnis nur scheinbar annähert und am Ende oft nur Spekulation bleibt.⁵⁷³ Besser geeignet ist die Untersuchung der Vorschrift auf das in ihrem Tatbestand

570 Zu allem: GK-UWG/Pahlow, 3. Aufl. 2020, § 3a Rn. 43 ff.

571 So z. B. BGH, GRUR 2017, 95 (96 ff.) – *Arbeitnehmerüberlassung*.

572 Rothkopf, S. 210.

573 Fezer/Büscher/Obergfell/Götting/Hetmank, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 61.

angelegte Verhalten. Dies ermöglicht eine klare und treffsichere Untersuchung, ohne auf unklare Materialien zurückgreifen zu müssen, und bietet zugleich Kostenvorteile, weil die zeitintensive Suche nach der Intention des Gesetzgebers entfällt. Diese Vorgehensweise verspricht so eine erheblich einfachere Normzweckbestimmung, die aufgrund ihrer Klarheit keinen Raum für Interpretationsspielräume offenlässt. Angesichts der Eindeutigkeit der Ergebnisse, die danach gefunden werden können, dürfte diese Methode auch breite Akzeptanz finden und nicht so zu Auslegungsstreitigkeiten führen.

(d) Rechtspraktische Erwägungen

Aus praktischer Perspektive sprechen außerdem zwei Aspekte für eine Normzweckermittlung anhand des tatbestandlichen Verhaltens.

Dies ist erstens die bessere Handhabung im Verfügungsverfahren. Wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten werden in etwa 60 % bis 70 % der Fälle im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes durchgesetzt.⁵⁷⁴ Die schnell erwirkte Unterlassungsverfügung ist im Lauterkeitsrecht auch die Methode mit dem besten Erfolg.⁵⁷⁵ Das Verfügungsverfahren im einstweiligen Rechtsschutz ist damit das wichtigste Instrument zur Bekämpfung von Wettbewerbsverstößen.⁵⁷⁶ Entscheidendes Wesensmerkmal des Verfügungsverfahrens ist der Zeitfaktor. Plötzlich und unerwartet auftretende Wettbewerbsverstöße sollen in möglichst kurzer Zeit unterbunden werden, um den Schaden für Wettbewerber wie auch für die Marktgegenseite so gering wie möglich zu halten. Dies gilt vor allem für kurzlebige Wettbewerbsverstöße. Im Interesse der Effektivität des Rechtsschutzes muss damit eine schnelle, wenn auch nur vorläufige, Entscheidung des Gerichts erlangt und der Gesetzesverstoß rasch abgestellt werden. Im Verfügungsverfahren ist dementsprechend eine gewisse Reaktionsschnelligkeit des Antragstellers und der Gerichte erforderlich, um die begehrte Unterlassungsverfügung erreichen zu können. Betrachtet man unter diesem Gesichtspunkt den Rechtsbruchtatbestand, erscheint es angesichts der geforderten Reaktionsschnelligkeit untauglich, die Gesetzesmaterialien aufwendig und unter Berücksichtigung etwaiger historischer Entwicklungen und Schutzzweckänderungen oder -erweiterungen nach der gesetzgeberischen Motivlage zu durchleuchten, zumal sich oftmals ein klares Ergebnis nicht erzielen lassen dürfte.⁵⁷⁷ Die rechtspraktischen Bedenken

⁵⁷⁴ MAH GewRS/Hasselblatt, 5. Aufl. 2017, § 1 UWG Rn. 64.

⁵⁷⁵ MüKoUWG/Schlingloff, 3. Aufl. 2022, UWG, § 12 Rn. 1.

⁵⁷⁶ Ahrens/Jestaedt, 9. Aufl. 2021, Kap. 43 Rn. 1; MAH GewRS/Hasselblatt, 5. Aufl. 2017, § 1 UWG Rn. 64, 65.

⁵⁷⁷ Eine solche Problematik spielte sich z. B. in der Entscheidung BGH, GRUR 2017, 95 (98 f.) – *Arbeitnehmerüberlassung* ab. Der BGH hatte dort u. a. zu untersuchen,

gegen den subjektiv-normativen Ermittlungsansatz schlagen damit auf das Verfügungsverfahren voll durch, in dem die Effizienz der Normzweckermittlung angesichts der Zeitnot aller Beteiligten in diesem Verfahren eine noch viel größere Rolle spielt, als im Hauptsacheverfahren. Hierfür ist die Orientierung an der gesetzgeberischen Intention durch die wilde Suche nach dem Zweck der Vorschrift in den Gesetzesmaterialien und durch eine ausladende Normzweckanalyse nach den klassischen Auslegungsmethoden nach der hier vertretenen Ansicht untauglich. Die im Gegensatz dazu ungleich unkompliziertere Analyse des Tatbestands der gesetzlichen Vorschrift löst dieses Spannungsfeld auf und entspricht besser den Anforderungen des Verfügungsverfahrens.

Zum anderen muss stets die legislative Entwicklung des Lauterkeitsrechts auf europäischer und nationaler Ebene berücksichtigt werden können, deren Anforderungen der Rechtsbruchtatbestand genügen sollte. Seit der Kodifikation des Rechtsbruchtatbestandes hat das UWG mehrfache Novellierungen erfahren, die vor allem den Anwendungsbereich des UWG und dessen tatrelevante geschäftliche Handlung betrafen. So wurde im Jahr 2008 die geschäftliche Handlung an den Begriff der Geschäftspraktik angeglichen. Im Mai 2022 ist dann eine weitere Anpassung erfolgt, die den Wortlaut der geschäftlichen Handlung besser an die Geschäftspraktik anpassen sollte und einen objektiven Zusammenhang nicht mehr ausreichen ließ. Stattdessen ist nunmehr ein objektiver und unmittelbarer Zusammenhang mit der Absatzförderung etc. erforderlich.⁵⁷⁸ Das UWG, insbesondere dessen sachlicher Anwendungsbereich, ist also regelmäßigen Überarbeitungen ausgesetzt, deren zeitliche Abstände sich zuletzt verkürzt haben. Auch in Zukunft steht zu erwarten, dass es zu weiteren Novellierungen kommt. Problematisch für den Rechtsbruchtatbestand ist, wenn sich der sachliche Schutzbereich des UWG verändert. Denn es muss stets die objektive und subjektive Schutzzweckkongruenz gewährleistet bleiben, nach der die beiden Kernmerkmale des Rechtsbruchtatbestandes, nämlich die Regelung des Marktverhaltens und die Interessen der Marktteilnehmer, an den sachlichen und persönlichen Schutzbereich des UWG rückgekoppelt sind und daher den Schutzzwecken des UWG in sachlicher Hinsicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG bzw. in persönlicher nach § 1 Abs. 1 S. 1, § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG entsprechen.⁵⁷⁹

inwiefern sich ein durch die Novelle des AÜG erweiterter Gesetzeszweck auf die streitgegenständliche Vorschrift des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG auswirkte. Solche Auswirkungen hat der BGH schließlich verneint, weil er nicht erkennen konnte, dass mit der Erweiterung des Gesetzeszwecks auch eine Erweiterung der Zielrichtung des § 1 AÜG gewollt war.

578 Vgl. BT-Drs. 19/27873, S. 32 und oben unter 3. Kap. B.I.3a).

579 Vgl. *Dettmar*, S. 161, 163 ff.; v. *Walter*, S. 86.

Während sich die Schutzbereiche des UWG durch die bisherigen Novellen durchaus verändert haben, sind die Kernmerkmale des Rechtsbruchtatbestandes über die Jahre unverändert geblieben. Es bedarf daher eines flexiblen Mechanismus, durch den der Schutzzumfang des Rechtsbruchtatbestandes angepasst wird, wenn sich der Schutzzweck des UWG verändert. Eine Rückkopplung des Rechtsbruchtatbestandes an den Schutzbereich des UWG nach § 1 Abs. 1 S. 1 bzw. nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG muss stets gewährleistet sein. In der *konkreten* Prüfung wird zwar schon durch das Erfordernis einer geschäftlichen Handlung sichergestellt, dass im Einzelfall keine Handlungen dem Rechtsbruchtatbestand unterworfen werden, die nicht durch den sachlichen Schutzbereich des UWG erfasst werden. Die Analyse der Marktverhaltensregelung erfolgt aber *abstrakt-generell*. Blickt man allein auf § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG, so wohnt dem die Gefahr inne, dass Verstöße erfasst werden, die zwar im Einzelfall auch einmal durch Marktverhalten begangen werden können, die aber in abstrakt-genereller Hinsicht nicht als Marktverhaltensregelungen konzipiert sind. Daher ist eine sachliche Verbindung des Tatbestandes der Primärnorm mit der Marktverhaltensklausel im Rechtsbruchtatbestand und dem sachlichen Schutzbereich des UWG erforderlich. Dies kann am besten dadurch gelingen, dass die gesetzgeberische Motivlage in den Gesetzesmaterialien außer Acht gelassen und stattdessen am Tatbestand der Primärnorm angesetzt wird, der stets oder zumindest auch durch geschäftliche Handlungen, d. h. durch Marktverhalten, erfüllt werden muss. Angesichts der zu erwartenden weiteren UWG-Novellen bietet dies den großen Vorteil, Änderungen des sachlichen Schutzbereiches stets mitvollziehen zu können, ohne dass es Eingriffe in den Rechtsbruchtatbestand oder gesetzgeberische Klarstellungen in den Materialien der jeweiligen Primärnormen bedarf.⁵⁸⁰ Eine Abkopplung vom sachlichen Schutzbereich des UWG wird damit verhindert.

(e) Zwischenergebnis

Nach hier vertretener Ansicht spricht alles für eine objektiv-formale Normzweckermittlung anhand des tatbestandlich geregelten Verhaltens. Dies entspricht am besten dem Wortlaut und der Systematik des Rechtsbruchtatbestandes. Es geht hier nämlich nicht um irgendeinen Normzweck, sondern um einen spezifisch verhaltenslenkenden Normzweck. Dieser Normzweck wird dadurch erreicht, dass ein tatbestandliches Verhalten einer Gebots- oder Verbotsanordnung unterworfen wird. Der Tatbestand ist also mit anderen Worten Ausprägung des Zwecks des Gesetzgebers, ein bestimmtes Verhalten zu regeln. Systematisch besteht zudem eine enge Verbindung des Rechtsbruchtatbestandes zum sachlichen Schutzbereich des UWG als Marktverhaltens(un-)recht.

⁵⁸⁰ Rothkopf, S. 211.

Wie dargelegt worden ist, ist der subjektiv-normative Ansatz nicht geeignet, den Normzweck einer Regelung von Marktverhalten zuverlässig zu bestimmen. Aufgrund des weiten Rahmens des interpretatorisch Möglichen bei einer Analyse anhand der klassischen juristischen Auslegungsmethoden sowie der Ungewissheit, ob in den Materialien auch immer ein auf die Marktverhaltensregelung bezogener Normzweck erkannt werden kann, erscheint diese Ermittlungsmethode als genereller Analyseansatz völlig untauglich. Die diffuse Suche nach einem marktverhaltensregelnden Normzweck in den Gesetzesmaterialien und eine umgreifende Auslegung der Regelung in der Hoffnung, Anhaltspunkte in Bezug auf die Intention des Gesetzgebers herausfiltern zu können, sind vor allem im Hinblick auf die dominierende Verfahrensart des Verfügungsverfahrens nicht ausreichend effizient. Der sehr formale Ermittlungsansatz am tatbestandlich geregelten Verhalten bietet hingegen erhebliche Effizienzvorteile im Wettbewerbsprozess, führt zu klaren und deshalb weithin akzeptierten Ergebnissen und fügt sich bestens in den systematischen Aufbau des Rechtsbruchtatbestandes ein. Daher ist eine einfachere und leichte Analyse mit zugleich eindeutigen Ergebnissen angezeigt, die nach der hier vertretenen Ansicht mit der Analyse des Tatbestandes erreicht werden kann.

(3) Eigener Auslegungsvorschlag

Festzustellen ist damit, dass mit dem in § 3a UWG genannten Marktverhalten die abstrakt-objektive Verkörperung einer geschäftlichen Handlung i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG gemeint ist und die Bestimmung einer Vorschrift zur Marktverhaltensregelung, d. h. der Normzweck einer Vorschrift, Marktverhalten zu regeln, aus dem tatbestandlich erfassten Verhalten der Vorschrift ermittelt werden sollte.

(a) Grundsätzliche Maßgeblichkeit des tatbestandlich geregelten Verhaltens

Die Vorschrift ist also dazu bestimmt, das Marktverhalten zu regeln, wenn das tatbestandlich geregelte Verhalten unter den Begriff der geschäftlichen Handlung subsumiert werden kann und somit Marktverhalten darstellt. Der Wille des Gesetzgebers, Marktverhalten zu regeln, kommt aber in dem Tatbestand grundsätzlich nur dann zum Ausdruck, wenn die tatbestandliche Handlung stets eine geschäftliche Handlung darstellt und in der Norm deshalb Marktverhalten beschrieben worden ist.⁵⁸¹ Denn man wird nicht sagen können, der Gesetzgeber hätte einen marktverhaltensregelnden Normzweck verfolgt, wenn das Verhalten lediglich im Einzelfall und damit gewisserma-

⁵⁸¹ Böhne, S. 121.

ßen beiläufig auch einmal als Marktverhalten erfolgen kann. Dann korreliert die tatbestandliche Handlung eher zufällig mit § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG, ist jedoch nicht zur Marktverhaltensregelung bestimmt.⁵⁸² Eine solche Ermittlung ist in jedem Fall einfach, wenn der Gesetzgeber mit vollständigen Rechtsätzen arbeitet und dadurch Gebots-, Verbots-, oder Erlaubnissätze aufstellt, in denen unmittelbar ein Verhalten angeordnet wird, welches Marktverhalten darstellt. Dies lässt sich häufig durch den auf Tatbestandsseite verwendeten Wortlaut feststellen, insbesondere durch das für die Regelung einer bestimmten Verhaltensweise verwendete Wort, d. h. die Tätigkeitsbeschreibung, wie etwa „verkaufen“, „anbieten“, „hinweisen“, „informieren“ etc., und/oder durch den bezeichneten Akteur, wie z. B. Unternehmer, Verkäufer etc., oder Präzisierungen hiervon. Dies sind klare marktverhaltensbezogene Aspekte im Tatbestand, aus denen sich eine Marktverhaltensregelung ableiten lässt. In diesem Zusammenhang ist also zu ermitteln, ob mit dem tatbestandlich geregelten Verhalten stets eine geschäftliche Handlung beschrieben wird.

(b) Ausnahme: Ermittlung anhand der objektiven Stoßrichtung einer Norm

Eine klare Einordnung des tatbestandlichen Verhaltens ist jedoch nicht immer möglich, entweder, weil der Gesetzgeber das tatbestandliche Verhalten sehr unbestimmt definiert hat und darunter diverse, nicht klar umgrenzbare Verhaltensweisen fallen können oder weil in der Norm selbst überhaupt kein konkretes tatbestandliches Verhalten enthalten ist. So wären beispielsweise die Verhaltensweisen „gewährleisten“ oder „sicherstellen“ für sich genommen sehr weit und unbestimmt gefasst und die Beurteilung allein anhand des Tatbestandes, ob sie geschäftliche Handlungen darstellen, nur schwer möglich.

Aufgrund der gesetzgeberischen Normsetzungsprärogative besteht auch durchaus die Möglichkeit, dass die Konzeption von Normen variiert. Eine rechtförmliche Gestaltung von Normtexten beschränkt sich nicht darauf, dass in Gesetzen die Tatbestände und Rechtsfolgen stets in vollem Umfang und präzise beschrieben werden müssen. Stattdessen kann der Gesetzgeber auch auf vorhandene Texte zurückgreifen und auf diese Texte verweisen. Verweisungen können sich auf andere Vorschriften oder auf Teile davon beziehen.⁵⁸³ Daher kann es auch vorkommen, dass das tatbestandlich geregelte Verhalten nicht durch tätigkeitsbeschreibende Wörter oder durch die Beschreibung von am Markt teilnehmenden Akteuren beschrieben wird, sondern es sich erst aus der Zusammenschau von Ausgangs- und Bezugsnorm ergibt, ob Marktverhalten erfasst wird oder nicht. Das ist mitunter bei Erlaubnisvorschriften oder Zulassungsvorschriften zu beobachten, weil die

⁵⁸² So auch *Rothkopf*, S. 214.

⁵⁸³ Vgl. BMJ, HdB Rechtsförmlichkeit, Rn. 218 (S. 75 f.).

Frage, ob typischerweise Marktverhalten beschrieben wird und der Gesetzgeber somit Marktverhalten regeln wollte, sich erst aus den ggf. in Erlaubnistatbeständen normierten Verhaltensweisen beantworten lässt.

Will der Gesetzgeber bestimmte Verhaltensweisen regeln, so wird er die Norm auch stets so gestalten, dass bei Anwendung der Norm möglichst viele Verhaltensweisen durch das Gebot oder Verbot abgedeckt werden, um das von ihm gewollte Regelungsziel zu erreichen. Das wird, wie gezeigt, in der Regel durch den Tatbestand erfolgen. Hilft das tatbestandliche Verhalten in den genannten Fällen nicht weiter, weil es unklar ist oder mehrere Verhaltensweisen erfasst, oder sich erst aus der Zusammenschau verschiedener Normen ergibt, was das geregelte Verhalten sein soll, ist es hilfreich, den Gedankengang des Gesetzgebers nachzuvollziehen. Wie gezeigt, ist das Instrument zur Erreichung eines verhaltensregelnden Zwecks eine Norm, die ein Verhalten einem Gebot oder Verbot unterwirft.⁵⁸⁴ Wenn der Gesetzgeber meint, dass der Tatbestand ein gewisses Verhalten in der Außenwelt tatsächlich verbieten oder gebieten soll, dann wird er sich zunächst darüber Gedanken gemacht haben, welche Verhaltensweisen dies sein sollen, um das gewünschte Ziel zu erreichen. Hieran wird er dann auch die Norm ausrichten. Es besteht also ein Sinnzusammenhang zwischen tatbestandlichem Verhalten und der gewünschten Verhaltenssteuerung in der Außenwelt durch die Normkonzeption. Zur Ermittlung des Normzwecks kann also auch der Gedankengang des Gesetzgebers nachvollzogen werden, ob bei der Anwendung der Norm die gewünschten Verhaltensweisen in der Außenwelt tatsächlich im Sinne eines Verbots oder Gebots geregelt werden können und welche dies sind. Ist das Verhalten dann stets Marktverhalten, wird es auch der Normzweck der Vorschrift gewesen sein, tatsächlich Marktverhalten zu regeln. Praktisch muss dafür gewissermaßen aus der Vogelperspektive wertend beurteilt werden, ob die Norm bei ihrer gedachten Anwendung in der Außenwelt stets Verhaltensweisen erfasst, die geschäftliche Handlungen eines Unternehmers darstellen. Denn bei der Konzeption der Norm wird sich der Gesetzgeber die gleichen Gedanken gemacht haben. Wird die Norm, ggf. auch mit verschiedenen Bezugsnormen – wenn auch nur „gedacht“ – angewendet, und dadurch Marktverhalten erfasst, so ist daraus der Wille des Gesetzgebers abzuleiten, nach dem Zweck der Norm auch genau diese Verhaltensweisen zu regeln. Es handelt sich daher um ein hypothetisches Gedankenexperiment, um die verschiedenen Verhaltenskategorien, auf die sich das tatbestandliche Verhalten bezieht, ermitteln zu können. Diesem Ansatz scheint auch der BGH in seiner wechselhaften Rechtsprechung mitunter nicht abgeneigt, wenn er etwa in *Mengenausgleich in Selbstent-sorgungsgemeinschaft* ausführt, dass sich die in der streitgegenständlichen Vor-

584 Vgl. oben unter A.II.1.a) und c).

schrift des § 6 VerpackV geregelten Rücknahme- und Verwertungspflichten tatsächlich auf das Marktverhalten des Herstellers und Vertreibers der Verpackungen *auswirken*.⁵⁸⁵ Damit deutet der BGH eine gewisse Zuneigung zu dem Ansatz an, dass eine Marktverhaltensregelung auch dadurch bestimmt werden kann, dass es aufgrund des in der Norm geregelten Verhaltens zu entsprechenden realen Steuerungseffekten in der Außenwelt kommt, aufgrund derer Verhalten beschrieben wird, welches Marktverhalten ist. Dieses hypothetische Gedankenexperiment lässt sich als objektive Stoßrichtung einer Norm beschreiben.

Ein solcher Ansatz fügt sich gut in das System des UWG ein. Während in jedem Fall individuell-konkret gefragt werden muss, ob eine geschäftliche Handlung vorliegt, die den Anwendungsbereich des UWG eröffnet, spiegelt sich diese Frage in abstrakt-genereller Weise in der Beurteilung der ebenfalls abstrakt in das UWG einzubeziehenden Normen wider. Regelt der Tatbestand somit stets Marktverhalten oder erfasst die hypothetische Anwendung der Norm in der Außenwelt stets Marktverhalten, ist darin der Normzweck zu erkennen, auch solches außerwettbewerbsrechtliches Wettbewerbsrecht im lauterkeitsrechtlichen Sinne zu regeln.

Festzuhalten ist, dass der Normzweck also auch dadurch ermittelt werden kann, dass die Vorschrift nach ihrer objektiven Stoßrichtung, d. h. die Richtung, in die die Norm aufgrund der in der Außenwelt hypothetisch erfassten Verhaltensweisen objektiv ausgerichtet ist, Marktverhalten regelt.⁵⁸⁶

(c) Marktverhalten muss lediglich eigenständige Kategorie bzw. Anwendungsfall sein

Normen können allerdings einen Tatbestand haben, der mehrere Verhaltensweisen (z. B. durch Sammel- oder Oberbegriffe) erfasst. Zum anderen kann die Norm nach ihrer objektiven Stoßrichtung ebenfalls ein weites, vielfältiges Verhaltensspektrum erfassen und dadurch zwar einerseits Marktverhalten als eine Unterkategorie des in der Außenwelt erfassten Verhaltens beschreiben, andererseits aber auch andere Verhaltensweisen umfassen,

585 BGH, GRUR 2007, 162 (163) – *Mengenausgleich in Selbstentsorgungsgemeinschaft*: „Die in § 6 VerpackV geregelten Rücknahme- und Verwertungspflichten wirken sich jedoch deutlich auf das Verhalten der Hersteller und Verreiber auf dem Absatzmarkt aus. Die Verpackungsverordnung hält Hersteller und Verreiber dazu an, Verpackungen möglichst vollständig zu vermeiden (vgl. § 1 I VerpackV) oder – wenn sie als Selbstentsorger tätig werden – Vorkehrungen zu treffen, um einen Teil der Verkaufsverpackungen von den Kunden zurückzuerhalten.“; Vgl. oben unter 5. Kap. B.I.1.a).

586 Ähnlich *Elskamp*, S. 122: „Erforderlich ist eine entsprechende objektive Zielsetzung des Gesetzes, die nicht notwendig den Hauptzweck der Vorschrift darstellen muss [...]“.

bei denen das geregelte Verhalten z. B. durch Private oder Hoheitsträger oder durch betriebsinterne Handlungen verwirklicht werden kann, welches also jedenfalls kein Marktverhalten ist, weil es nicht unter eine geschäftliche Handlung subsumiert werden kann.⁵⁸⁷ Auch können Vorschriften den Marktzutritt beschränken, indem sie unter bestimmten Voraussetzungen das Tätigwerden und damit den Marktzutritt überhaupt beschränken, aber nicht allein die Ausübung einer spezifischen geschäftlichen Handlung einem Verbot oder Gebot zuführen (sog. „Marktzutrittsregelungen mit Doppelfunktion“⁵⁸⁸). Letztere Möglichkeit hat der Gesetzgeber in der Wortlautfassung des Rechtsbruchtatbestandes durch das Wort „auch“ zu beschreiben versucht, nachdem der BGH in *Elektroarbeiten* entschieden hat, dass Marktzutrittsregelungen gleichzeitig auch das Marktverhalten regeln können.⁵⁸⁹ Ein derart weit gefasster Tatbestand oder Anwendungsbereich, der auch andere Verhaltensweisen abdeckt, entspringt dem mitunter weiter gefassten Regelungsbedürfnis des Gesetzgebers, das zum Schutz mancher Personengruppen die Regelung eines sehr umfassenden Verhaltensspektrums verlangt.

Für die Annahme eines marktverhaltensregelnden Normzwecks ist es daher nicht immer erforderlich, dass das tatbestandliche Verhalten oder das durch die objektive Stoßrichtung erfasste Verhalten stets und in jedem denkbaren Fall durch eine geschäftliche Handlung und damit Marktverhalten ausgefüllt wird. Ein marktverhaltensregelnder Normzweck liegt also nicht immer nur dann vor, wenn stets geschäftliche Handlungen beschrieben bzw. erfasst werden.⁵⁹⁰ Denn für den Rechtsbruchtatbestand hat der Gesetzgeber entsprechend der geforderten „sekundär“ wettbewerbsbezogenen Schutzfunktion zum Ausdruck gebracht, dass es ausreicht, dass es zumindest „auch“ die Bestimmung einer Norm ist, Marktverhalten zu regeln. Diese Konkretisierung war ihm auch möglich, da der Gesetzgeber selbstverständlich in Normen einen zwei- oder mehrgleisigen Schutzzweck vorsehen kann, nach dem eine marktverhaltensregelnde Verhaltenskategorie nur eine von mehreren beschriebenen Verhaltensweisen sein kann.⁵⁹¹ Einen zweigleisigen Schutzzweck können nach der gesetzgeberischen Vorstellung z. B. Vorschriften haben, die nicht nur das „Ob“ des Marktzutritts regeln, sondern darüber hinaus auch Marktverhalten (und damit das „Wie“) Regelungen unterwerfen, was der Fall wäre, wenn die Betätigung auf einem bestimmten Markt einer öffentlich-rechtlichen Erlaubnis bedarf und die betreffende Norm damit im Interesse der Marktpartner, insbesondere der Verbraucher, eine bestimmte

587 Das erkennt zutreffend auch *Bohne*, S. 121.

588 Ohly/Sosnitza/Ohly, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 19.

589 BT-Drs. 15/1497, S. 19 mit Verweis auf BGH, GRUR 2002, 825 (826) – *Elektroarbeiten*.

590 A. A. Rothkopf, S. 215.

591 Vgl. BVerwG, NJW 1986, 1628 (1629).

Qualität, Sicherheit oder Unbedenklichkeit der angebotenen Waren oder Dienstleistungen sicherstellen will, z. B., wenn eine Norm eine bestimmte, zumeist fachliche Qualifikation eines Unternehmers für den Marktzutritt vorschreibt.⁵⁹² Das betrifft u. a. gewerbliche, ärztliche, rechtsanwaltliche sowie Zulassungsvorschriften des Rechtsdienstleistungsrechts.⁵⁹³ Dass das durch die Vorschrift geregelte Verhalten nicht in allen Fällen Marktverhalten sein muss ist auch verständlich, weil es beim Rechtsbruch um die Transmission originär wettbewerbsfremder Vorschriften geht, deren Anwendungsbereich nicht immer vollständig kongruent mit dem sachlichen Anwendungsbereich des UWG ist. Daher kann das geregelte Verhalten auch Verhaltensweisen erfassen, die kein Marktverhalten sind. Solche Unschärfen liegen in der Natur der durch den Gesetzgeber konzipierten außerwettbewerbsrechtlichen Normen. Sie sind dann „auch“ dazu bestimmt, Marktverhalten zu regeln, wenn das geregelte Verhalten im Falle der Betrachtung des tatbestandlichen Verhaltens als eigenständige Kategorie bzw. im Falle der Betrachtung der objektiven Stoßrichtung einer Norm (d. h., wenn die tatbestandliche Analyse nicht weiterführt) als eigenständiger Anwendungsfall primär oder zumindest gleichrangig neben eventuell anderen, nicht marktbezogenen Verhaltensweisen steht und nicht nur als Begleiterscheinung des geregelten Verhaltens, d. h. nicht lediglich peripher, auftritt. Die Regelung des Marktverhaltens darf also nicht nachrangig sein, ohne vorrangig sein zu müssen, sondern muss mindestens gleichrangig als eigenständige Verhaltenskategorie neben eventuelle andere Verhaltenskategorien treten. Hierfür muss eine wertende Betrachtung vorgenommen werden.

Häufig wird sich schon anhand der Struktur der Vorschrift oder des Regelungskomplexes erkennen lassen, welche Verhaltensweisen der Gesetzgeber im Blick hatte. Betrachtet man das tatbestandliche Verhalten, so kann zumindest auch von einer Marktverhaltensregelung ausgegangen werden, wenn zumindest eine der tatbestandlich geregelten Verhaltensweisen als eigenständige Kategorie Marktverhalten ist. Stellt man auf die objektive Stoßrichtung ab, so muss bei der hypothetischen Anwendung der Norm als ein eigenständiger Anwendungsfall des danach erfassten Verhaltens Marktverhalten identifiziert werden. Ist dies der Fall, so ist damit unzweifelhaft der Wille des Gesetzgebers verbunden, zumindest sekundär die Regelung des Marktverhaltens zu bezwecken. In diesem Fall besteht ein hinreichender Anknüpfungspunkt zwischen dem sachlichen Schutzbereich des UWG und der außerwettbewerbsrechtlichen Vorschrift, sodass (auch) von außerwettbewerbsrechtlichen Wettbewerbsrecht ausgegangen werden kann. Daraus ergibt sich für den Wettbewerbsprozess, dass zur Begründung der Markt-

592 BGH, GRUR 2002, 825 (826) – *Elektroarbeiten*; Köhler, GRUR 2004, 381 (385); ders. GRUR 2001, 777 (781).

593 Köhler, NJW 2002, 2761 (2763).

verhaltensklausel lediglich vorgebracht und dargelegt werden muss, dass das tatbestandliche bzw. durch die Vorschrift in der Außenwelt erfasste Verhalten zu einem nicht nur unerheblichen Teil und somit als eigenständige Verhaltenskategorie bzw. Anwendungsfall Marktverhalten ist. Umgekehrt ist es zu viel verlangt, für alle nur möglichen Konstellationen das Vorliegen von Marktverhalten vorauszusetzen. Ist Regelungsgegenstand z. B. die Leistungserbringung, dann ist es unschädlich, dass sie auch durch privates Handeln vorgenommen werden könnte, wenn angenommen werden kann, dass die erfassten Verhaltensweisen daneben auch, d. h. nicht nur peripher, durch Marktverhalten vorgenommen werden können. Stellt eine eigenständige Kategorie bzw. ein eigenständiger Anwendungsfall des geregelten Verhaltens Marktverhalten dar, dann wird man daraus den Willen des Normsetzers entnehmen können, dass die Vorschrift zumindest auch dazu bestimmt ist, das Marktverhalten zu regeln, weil der Gesetzgeber durch die Norm in einem Umfang Verhaltensweisen erfasst, die geschäftliche Handlungen sind. Dies ist dann auch nicht nur zufällig. Nicht-geschäftliche Handlungen würden bereits vorher herausfallen, weil dann schon der Anwendungsbereich des UWG nicht eröffnet wäre. Dadurch wird auch eine trennscharfe Abgrenzung zu reinen Marktzutrittsvorschriften ermöglicht. Bezieht sich das tatbestandliche Verhalten oder die objektive Stoßrichtung einer Norm nicht auf Verhaltensweisen, die in ihren Hauptanwendungsfällen auch Marktverhalten sind, sondern umgekehrt allein auf den Marktzutritt, ist keine Marktverhaltensregelung gegeben. So wäre etwa Art. 87 BayGO⁵⁹⁴, der der Entscheidung *Elektroarbeiten* zugrunde lag, nicht zumindest auch eine Marktverhaltensregelung, da er die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung eines Unternehmens regelt, welche allesamt keine typischen geschäftlichen Handlungen darstellen. Sie haben keinen Bezug zum Marktverhalten und sind nicht „auch“ dazu bestimmt, Marktverhalten zu regeln. Anders kann dies bei Vorschriften sein, die den Marktzutritt an Qualifikationen knüpfen, da hierdurch das Leistungsverhalten am Markt geregelt wird – typischerweise durch geschäftliche Handlungen und damit durch Marktverhalten.

594 Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern vom 22.08.1998, GVBl. 1998, 796.

III. Auslegung des Merkmals „im Interesse der Marktteilnehmer“

Aufgrund der hier vertretenen kumulativen Analyse der Merkmale der normenspezifischen Tatbestandskomponente ist über das Vorliegen einer Marktverhaltensregelung hinaus erforderlich, dass die gesetzliche Vorschrift auch den Interessenschutz von Marktteilnehmern bezweckt.⁵⁹⁵ Bei der Auslegung dieser Interessenklausel ist zu untersuchen, ob die Marktverhaltensregelung zumindest auch dazu bestimmt ist, einem *Interesse* zu dienen, das ein solches *eines Marktteilnehmers* ist.⁵⁹⁶

Die Interessenklausel ist das wohl umstrittenste Merkmal des Rechtsbruchtatbestandes. Dem liegt zugrunde, dass der Gesetzgeber weder im Rechtsbruchtatbestand noch in der Schutzzweckbestimmung in § 1 Abs. 1 S. 1 UWG mitgeteilt hat, was denn die schützenswerten Interessen der Marktteilnehmer konkret eigentlich sind. Diese Frage ist seit mehr als einer Dekade heftig umstritten. Bislang hat sich hierzu noch keine einheitliche Ansicht herausgebildet, sodass diese essenzielle Frage noch nicht als geklärt angesehen werden kann. Somit liegt ein Schwerpunkt der nachfolgenden Untersuchung auf der Bestimmung der geschützten Marktteilnehmerinteressen. Sodann ist die Interessenklausel zu der Marktverhaltensklausel unter Beachtung ihrer Stellung im Tatbestandsgefüge des § 3a UWG in Beziehung zu setzen und ihre Funktion unter Berücksichtigung der Auslegungsergebnisse zu ermitteln.

1. Die Interessenssubjekte

Dem Wortlaut des § 3a UWG nach muss es sich um ein Interesse gerade eines *Marktteilnehmers* handeln. Der Gesetzgeber hat diesen Begriff legal definiert. Bei Marktteilnehmern handelt es sich gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG neben Mitbewerbern und Verbrauchern um alle Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind.

⁵⁹⁵ Ohly/Sosnitzer/Ohly, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 21; Alexander, 2. Aufl. 2019, WbR, § 19 Rn. 1524; Elskamp, S. 129.

⁵⁹⁶ Die Frage, ob mit der Vorschrift eine Marktverhaltensregelung im Interesse gerade eines Marktteilnehmers bezweckt ist, ist auch nicht nur theoretischer Natur. Bei genauerem Hinsehen können durchaus alle Voraussetzungen des § 3a UWG gegeben sein, ohne dass ein Marktteilnehmer betroffen ist. Dies hat der BGH in seiner Entscheidung *Eizellspende* jüngst verdeutlicht, in der der Schutz des ungeborenen Kindes bezweckt war, dieses aber naturgemäß kein Marktteilnehmer war, vgl. BGH, GRUR 2017, 513 (515) – *Eizellspende*.

a) Mitbewerber

An erster Stelle werden Mitbewerber als Marktteilnehmer genannt. Mitbewerber ist gem. § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht. Anders als für den Verbraucher, für dessen Definition explizit in § 2 Abs. 2 UWG auf § 13 BGB verwiesen wird, gibt es einen solchen Verweis für den Unternehmer nicht mehr. Der Verweis auf § 14 BGB war noch bis zur UWG Novelle 2008 im § 2 Abs. 2 UWG aF enthalten, wurde aber gestrichen und eine eigene Unternehmerdefinition in § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG eingefügt. Grund hierfür war die exakte Anpassung an die UGP-RL.⁵⁹⁷ Mit ihr sind die relevanten Handlungen auf die Durchführung von Verträgen erweitert worden, infolgedessen die geschäftliche Handlung an den nachvertraglichen Bereich angepasst wurde. Dem hätte es nicht entsprochen, wenn die Unternehmerdefinition weiter aus § 14 BGB gewonnen würde, welcher nur auf den Transaktionsabschluss abstellte. Zwar bestand schon zuvor das Bedürfnis einer richtlinienkonformen erweiternden Auslegung des § 14 BGB für den Fall, dass er auch im Lauterkeitsrecht angewendet werden muss. Das Schrifttum berücksichtigte dies, indem es eine extensive Auslegung forderte, die nicht nur den Transaktionsabschluss, sondern auch die Transaktionsanbahnung- und durchführung erfasste und dementsprechend ein status- statt bloß tätigkeitsbezogenes Verständnis zugrunde legte.⁵⁹⁸ Mit der Einfügung der Legaldefinition eines Unternehmers in § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG hat sich dies erledigt.⁵⁹⁹

b) Verbraucher

Für die Definition des Verbrauchers verweist § 2 Abs. 2 UWG auf die bürgerlich-rechtliche Verbraucherdefinition in § 13 BGB, nach der Verbraucher jede natürliche Person ist, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken *abschließt*, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.

Dieser Verbraucherbegriff ist allerdings auf den Zeitpunkt des Vertragschlusses beschränkt, wohingegen sich die Reichweite der UGP-RL und des UWG seit 2008 auch auf das Vor- und Nachfeld des Transaktionsabschlusses, also auch auf seine Durchführung erstreckt. Der vertragsrechtliche Verbraucherbegriff aus § 13 BGB bleibt somit hinter den Anforderungen der Richtlinie und des UWG zurück, weil er für das Lauterkeitsrecht zu eng

⁵⁹⁷ BT-Drs. 16/10145, S. 21.

⁵⁹⁸ *Elskamp*, S. 124; *Frenzel*, S. 61; *Lettl*, WRP 2004, 1079 (1089 f.).

⁵⁹⁹ Diese Definition entspricht nunmehr der Definition des Gewerbetreibenden aus Art. 2 b) der UGP-RL. Damit liegt sie nah an den schon zuvor von *Elskamp* und *Frenzel* vorgebrachten Auslegungsvorschlägen.

ist.⁶⁰⁰ Der Verbraucherbegriff muss für das UWG dementsprechend eigenständig definiert und unter Berücksichtigung der Vorgaben der Richtlinie modifiziert werden.⁶⁰¹ Verbraucher ist nach dieser Maßgabe jede natürliche Person, die im Geschäftsverkehr zu Zwecken handelt, welche nicht ihrer unternehmerischen Tätigkeit zugerechnet werden können.⁶⁰²

c) Sonstige Marktteilnehmer

Alle weiteren Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig und keine Mitbewerber oder Verbraucher sind, sind nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG sonstige Marktteilnehmer. Die Einbeziehung sonstiger Marktteilnehmer dient dazu, eine hinreichende Rückbindung zur Schutzzwecktrias herzustellen und so zu vermeiden, dass Schutzlücken entstehen.⁶⁰³ Denn die Begriffe des Verbrauchers als natürliche Person nach § 2 Abs. 2 UWG i. V. m. § 13 BGB sowie des Mitbewerbers können nicht alle schützenswerten Marktakteure hinreichend erfassen. Daher werden mit dem sonstigen Marktteilnehmer alle Marktakteure erfasst, die in den engeren Prozess des Gebens und Nehmens eingeschaltet sind.⁶⁰⁴ Abnehmerseitig wird primär die unternehmerische Marktgegensenseite im Vertikalverhältnis der Hauptanwendungsfall für sonstige Marktteilnehmer sein.⁶⁰⁵ Es kommen aber auch natürliche Personen (wie z. B. Arbeitsuchende) in Betracht, die als Abnehmer oder als Anbieter von Waren oder Dienstleistungen am Markt auftreten.⁶⁰⁶ Im Rechtsdienstleistungsrecht sind die Nachfrager nach Rechtsdienstleistungen, die sog. Rechtsuchenden, soweit sie keine Verbraucher sind, typische sonstige Marktteilnehmer.

Allerdings können Normen auch Interessenssubjekte, also Dritte schützen, die keine Marktteilnehmer sind. Hierzu zählen z. B. Arbeitnehmer, Gläubiger und Schuldner oder Privatpersonen.⁶⁰⁷ Sie sind für sich genommen normalerweise keine Teilnehmer am Absatz- oder Nachfragemarkt und daher keine sonstigen Marktteilnehmer. Gleichwohl können Marktteilnehmer in diesen Personengruppen enthalten sein. So können Unternehmer und Verbraucher

600 So schon zum UWG 2004 *Frenzel*, S. 61 und *Lettl*, WRP 2004, 1079 (1090); zur jüngsten Kritik der versäumten Anpassung im Rahmen der UWG Novelle 2015 s. *Köhler*, WRP 2015, 1037 f.

601 Vgl. *Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler*, 40. Aufl. 2022, UWG, § 2 Rn. 161, 162; *Frey-Gruber*, S. 69.

602 Vgl. *Keck*, S. 62 f.; *Frenzel*, S. 62.

603 *Elskamp*, S. 128.

604 *MüKoUWG/Bähr*, 3. Aufl. 2020, UWG, § 2 Rn. 198.

605 *GK-UWG/Peukert*, 3. Aufl. 2020, § 2 Rn. 351.

606 *Gloy/Loschelder/Danckwerts/von Ungern-Sternberg/Schaub*, 5. Aufl. 2019, HdB WbR, § 26 Rn. 1.

607 Vgl. *Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler*, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.65.

natürlich auch z. B. Gläubiger oder Schuldner sein. Ebenso können Verbraucher Privatpersonen sein. Besonders die Schuldnerstellung wird häufig auch durch einen Verbraucher ausgefüllt. In diesen Fällen kann es keinen Unterschied machen, ob explizit von einem Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer gesprochen wird oder ob diese im Gewand Dritter (z. B. in ihrer Rolle als Schuldner) zumindest miterfasst sind. Insoweit schadet es nicht, dass die Norm nicht explizit auf Marktteilnehmer, sondern auf Dritte abstellt. Lediglich, wenn nach dem Regelungskontext der Vorschrift ausgeschlossen ist, dass der Gläubiger oder Schuldner als Marktteilnehmer auftreten kann und als solcher demnach nicht geschützt ist, muss das Vorliegen eines Marktteilnehmers abgelehnt werden. Es muss der Vorschrift insoweit also auch zu entnehmen sein, dass der Dritte, also z. B. der Schuldner, wenn er dem Unternehmer gegenübertritt, auch als Marktteilnehmer geschützt ist.

2. Die Interessen

a) Kein unmittelbarer Schutz von Allgemeininteressen

Nach dem Wortlaut des Rechtsbruchtatbestandes sind die Allgemeinheit und damit auch Allgemeininteressen als solche nicht geschützt. Diese Allgemeininteressen stellen in Fortführung des vorrechtlichen Verständnisses zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter des UWG 1909 übergeordnete Gemeinwohlinteressen dar, die nach objektiver Ansicht aller Personen für ein geordnetes Zusammenleben in einem Staat als aner kennenswert und elementar erachtet werden, wie z. B. das Interesse an einer ordnungsgemäßen und qualitativen Rechtspflege, Volksgesundheit, Kinder- und Jugendschutz, u. Ä. Auch ein über den unverfälschten Wettbewerb hinausgehender Institutionenschutz etwa des Sozialstaats ist kein lauterkeitsrechtlich aner kennenswertes Interesse.⁶⁰⁸ Im Wortlaut des Rechtsbruchtatbestandes wird allein auf die Marktteilnehmerinteressen verwiesen. Damit scheint die sachliche Rückbeziehung des Rechtsbruchtatbestandes zur allgemeinen Schutzzweckklausel in § 1 Abs. 1 UWG zwar teilweise entkoppelt zu werden, weil im Gegensatz zur Schutzzweckklausel im Rechtsbruchtatbestand Allgemeininteressen (zumindest an einem unverfälschten Wettbewerb) nicht genannt werden. Bei genauerem Hinsehen ist dies jedoch nicht nötig, weil stets Wechselwirkungen zwischen den Marktteilnehmerinteressen und dem Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb bestehen. Beide stehen in einem wechselseitigen Beziehungsgeflecht, in dem das eine Schutzgut das jeweils andere auf verschiedenen Abstraktionsstufen bedingt.⁶⁰⁹ Die Vielzahl von

608 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.65; Frey-Gruber, S. 70 ff.; Elskamp, S. 139 f.; v. Walter, S. 98 f.; Schünemann, WRP 2004, 925 (933).

609 Hiervon geht auch der Gesetzgeber aus, wenn er in BT-Drs. 15/1487, S. 15 f. schreibt: „Der eigentliche Zweck des UWG liegt darin, das Marktverhalten der Unternehmen

lauteren geschäftlichen Handlungen führt nämlich zu einem funktionierenden, unverfälschten Wettbewerb. Umgekehrt können die Marktteilnehmer die ihnen im Wettbewerb zugeordneten Rollen nur ausfüllen, wenn die Funktionsfähigkeit und Lauterkeit des Wettbewerbsrahmens gesichert ist.⁶¹⁰ Nur dann können sie sich entfalten und die ihnen durch den freien Wettbewerb eröffneten Chancen verwirklichen. Daher handelt es sich bei den Marktteilnehmerinteressen gleichwohl um eine vollständige Spiegelung des subjektiven Schutzzwecks des UWG, wie er in § 1 Abs. 1 UWG festgelegt ist.⁶¹¹

Die Beeinträchtigung eines reinen Allgemeininteresses kann angesichts des ausdrücklichen Wortlauts des § 3a UWG allerdings nicht durch den Rechtsbruchtatbestand sanktioniert werden. Der Gesetzgeber hat dies ersichtlich nicht gewollt.⁶¹² Die früher vertretene Ansicht, der Rechtsbruchtatbestand schütze als einziger Lauterkeitstatbestand auch unmittelbar Allgemeininteressen, ist mittlerweile überholt.⁶¹³ Zwar können manche Allgemeininteressen verfassungsrechtlich geschützt sein.⁶¹⁴ Das hält den Gesetzgeber aber nicht davon ab, eine eigene Wertentscheidung darüber zu treffen, wie und wodurch er den Schutz dieser Allgemeininteressen bewirken will. Für das Lauterkeitsrecht hat er sie getroffen. Er wollte die Rechtsprechung kodifizieren, welche den Sittenwidrigkeitsautomatismus bei der Verletzung von Normen zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter, mithin bei der Verletzung wertbezogener Normen, ganz bewusst aufgegeben hat. Reine Allgemeininteressen sollen evident nicht einem unmittelbaren lauterkeitsrechtlichen Schutz unterstellt werden.⁶¹⁵ Ob der Gesetzgeber dies in der Systematik des Lauterkeitsrechts in den UWG-Tatbeständen tatsächlich auch stringent durchgehalten hat, ist eine andere Frage. Das Lauterkeitsrecht darf diese Entscheidung jedoch nicht übergehen, sodass kein Zweifel mehr daran besteht, dass Allgemeininteressen an dem Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter keine lauterkeitsrechtlich schutzwürdigen Interessen darstellen.⁶¹⁶

im Interesse der Marktteilnehmer, insbesondere der Mitbewerber und der Verbraucher und damit zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb zu regeln“ (Hervorhebung durch den Verfasser); ebenso Gutmayer, S. 123.

610 In diese Richtung auch *Schünemann*, WRP 2004, 925 (931); *Henning-Bodewig*, GRURInt 2004, 183 (190).

611 v. *Walter*, S. 93. Wohl ebenso *Festl-Wietek*, S. 49.

612 BT-Drs. 15/1487, S. 16.

613 Diese Auffassung vertrat etwa *Fezer/Götting*, 1. Aufl. 2005, UWG, § 4 Nr. 11 Rn. 72 f.

614 *Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler*, 40. Aufl. 2022, UWG, § 1 Rn. 41.

615 BT-Drs. 15/1487, S. 16.

616 *MüKoUWG/Schaffert*, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 64; *Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler*, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.65; *Ohly/Sosnitza/Ohly*, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 21; *Festl-Wietek*, S. 50.

b) Das geschützte Marktteilnehmerinteresse

Der Rechtsbruchtatbestand setzt stattdessen voraus, dass bei der Norm ein *Marktteilnehmerinteresse* identifiziert werden kann. Dass in der Rechtsprechung mitunter von wettbewerbslichen Belangen der Marktteilnehmer gesprochen wird, bedeutet keinen inhaltlichen Unterschied.⁶¹⁷ Klar wird jedenfalls, dass es um die aus ihrer Marktteilnahme resultierenden Interessen der Marktteilnehmer gehen soll. Zu verstehen ist daher sowohl unter Belang als auch unter Interesse der zum eigenen Vorteil eines Marktteilnehmers erreichende Eigennutz im Sinne einer irgendwie gearteten Vorteilsverschaffung oder eines Nachteilsschutzes.⁶¹⁸

aa) Irrelevanz privater und personenbezogener Partikularinteressen

Häufig wird dabei übersehen, dass das „Interesse“ eine unterschiedliche Bedeutung haben kann. Von einem Interesse kann nämlich auf verschiedenen Abstraktionsleveln gesprochen werden. Dies sind einmal die subjektiv-individuellen Einzel- oder Partikularinteressen, die jedem Marktteilnehmer als persönliches Individuum anhaften. Ferner bestehen auch übergeordnete Marktteilnehmerinteressen je nach Marktteilnehmergruppe, d.h. etwa die der Gruppe der Mitbewerber, der Verbraucher und der sonstigen Marktteilnehmer. Subjektiv-individuelle Partikularinteressen können im Gegensatz dazu von Person zu Person variieren und sind individuell mit dieser spezifischen Person verknüpft.⁶¹⁹ Hierzu zählen neben den persönlichen Interessen auch persönlich-individuelle *Rechtspositionen* wie Markenrechte, Patentrechte, Designrechte, Gebrauchs- und Geschmacksmuster sowie Urheberrechte.⁶²⁰ Es handelt sich um Ausschließlichkeitsrechte, die den jeweiligen Marktteilnehmer als privates Individuum begünstigen, jedoch nicht in seiner Persönlichkeitssphäre, sondern in seiner individuellen Rechtsstellung. Diese Art von Interessen kann jedoch nicht mit dem Marktteilnehmerinteresse gemeint sein. In § 3a UWG heißt es gerade nicht, dass die Interessen der *einzelnen* Marktteilnehmer geschützt sind.⁶²¹ Der Gesetzgeber hatte vor Augen, dass sich aus der Bündelung der verschiedenen Marktteilnehmerinteressen ein Gesamtbild ergibt, welches („damit zugleich“) i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 2 UWG den unverfälschten Wettbewerb, also den Wettbewerb als

617 BGH, GRUR 2016, 513 (514) – *Eizellspende*.

618 Vgl. v. Walter, S. 94.

619 Vgl. Götting/Nordemann/Ebert-Weidenfeller, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 40; Gut-mayer, S. 124.

620 v. Walter, S. 94 f.; Büscher/Dittmer/Schiwy/Dittmer, 3. Aufl. 2015, GewRS, § 4 Nr. 11 UWG Rn. 26.

621 Ebenso Götting/Nordemann/Ebert-Weidenfeller, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 40.

Institution schützt.⁶²² Individualinteressen verdichten sich aber nicht zu dem Effekt eines wettbewerblichen Institutionenschutzes. Ein so gesehener *volonté generale* am Institutionenschutz wird dadurch nicht erreicht, denn es bleibt bei einer bloßen Aneinanderreihung von Einzelinteressen, also bei einem *volonté de tous*. Würde es um die Einzelinteressen des jeweiligen Marktteilnehmers gehen, so wäre es zudem nur konsequent, *allen* Marktteilnehmern individuelle Abwehrrechte im UWG einzuräumen. Dies ist im Hinblick auf Verbraucher nur teilweise, im Hinblick auf sonstige Marktteilnehmer aber überhaupt nicht der Fall. Stattdessen ist es vor allem den Mitbewerbern und Verbänden anheimgestellt, auch solche Verstöße durchzusetzen, die sich nicht auf ihre eigenen Interessen beziehen. Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer sind daher überwiegend auf das Tätigwerden dieser Marktteilnehmer verwiesen, denen im Rahmen der Selbstregulierung des Wettbewerbs die Aktivlegitimation für lauterkeitsrechtliche Verstöße gewissermaßen aller Art zukommt.⁶²³

Eine andere Beurteilung wird sich auch nicht aus dem neuen Verbraucherschadensersatzanspruch nach § 9 Abs. 2 UWG ergeben.⁶²⁴ Dieser Individualschadensersatzanspruch für Verbraucher soll nur ergänzend neben die bürgerlich-rechtlichen Individualansprüche treten, um Schutzlücken zu schließen und die Vorgaben des Art. 11a UGP-RL umzusetzen. Folgerichtig wurde der Rechtsbruchtatbestand vom Individualschadensersatzanspruch ausgenommen.⁶²⁵ Außerdem handelt es sich lediglich um einen Sekundäranspruch, nicht aber um einen primären Abwehranspruch, mit dem sich Individual- und Einzelinteressen direkt durchsetzen ließen. Die Individualinteressen jedes Marktteilnehmers sind also nicht mit dem Marktteilnehmerinteresse gemeint.

bb) Maßgeblichkeit der abstrakten Interessen der Marktteilnehmergruppen

Die Interessenklausel verweist also allein auf die abstrakten Interessen der Marktteilnehmer.⁶²⁶ Hierbei geht um die verobjektivierten Interessen der Verbraucher, Mitbewerber und sonstigen Marktteilnehmer jeweils als Marktgruppe.⁶²⁷ Schließlich geht es auch bei § 3a UWG um die Transformation abstrakt gefasster, außerwettbewerbsrechtlicher gesetzlicher Vorschriften in das UWG, aus denen sich nur ein so gestaltetes abstraktes Gruppeninteres-

622 BT-Drs. 15/1487, S. 16.

623 v. *Walter*, S. 95.

624 BT-Drs. 19/27873, S. 9 und BR-Drs. 56/21, S. 6.

625 BT-Drs. 19/27873, S. 37 f.

626 Götting/Nordemann/*Ebert-Weidenfeller*, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 40.

627 *Festl-Wietek*, S. 53; v. *Walter*, S. 94 f.

se entnehmen lässt. Die außerwettbewerbsrechtlichen Normen, die diesen Interessen entlang der lauterkeitsrechtlichen Schutzzwecke gem. § 1 Abs. 1 S. 1 UWG dienen, müssen nach dem Wortlaut des § 3a UWG auch final den Schutz der abstrakten Marktteilnehmerinteressen bezwecken.⁶²⁸

Allein faktische oder reflexhafte Auswirkungen genügen nicht.⁶²⁹ Tatsächliche Auswirkungen können allenfalls Indizwirkung dafür haben, dass ein solcher Interessenschutz auch bezweckt ist. Dieses interessenbezogene Normzweckerfordernis ist zweiter Teil der doppelten Finalität und Übersetzung des subjektiven Schutzbereichs des UWG gem. § 1 Abs. 1 S. 1, § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG.⁶³⁰

cc) Geschützte Interessengattungen der Marktteilnehmer

Weder §§ 1 Abs. 1 S. 1, 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG noch § 3a UWG klären indes auf, welche spezifischen Interessen es genau sind, die der Rechtsbruchtatbestand meint. Hier stellt sich die Frage, ob grundsätzlich alle denkbaren Interessen der Marktteilnehmergruppen erfasst sind, oder ob es einer weiteren Ausdifferenzierung im Hinblick auf die Schutzzwecke des UWG bedarf. Das UWG ist nämlich ein allein wettbewerbsbezogenes Gesetz.⁶³¹ Es liegt daher nahe, für die Frage, welche Interessen durch § 3a UWG geschützt sind, auf die Funktion der Marktteilnehmer im Wettbewerbsgeschehen zu schauen und nur die Interessen für den Rechtsbruchtatbestand als tauglich anzusehen, die darauf zurückzuführen sind, dass eine geschäftliche Handlung gerade in die funktionsspezifische Rollenausübung eines Marktteilnehmers eingreift und diese zu beeinträchtigen vermag, wobei die Funktionstypizität primär in der Wahrung der Entscheidungsfreiheit gesehen werden kann. Fraglich ist jedoch, ob die Interessen der Marktteilnehmer hierauf beschränkt sind. Kommt es nämlich zur Interaktion der Marktteilnehmer miteinander, so könnte es auch in ihrem Interesse liegen, vor Beeinträchtigungen ihrer sämtlichen Belange, d. h. ihrer Interessen, Rechte und Rechtsgüter geschützt zu werden, die im Rahmen ihrer Marktteilnahme auftreten können, was auch Integritätsinteressen betreffen könnte. Vor dem Hintergrund der Schutzzweckkongruenz der außerwettbewerbsrechtlichen Normen mit dem UWG ist daher auch zu fragen, ob es der Schutzzweck des UWG erlaubt, einen extensiveren Ansatz zu verfolgen und damit auch solche Interessen-, Rechts- und Rechtsgüter-

628 BeckOK UWG/*Niebel*, 11. Ed. 1.7.2019, § 3a Rn. 28; *Beater*, WRP 2012, 6 (13).

629 MüKoUWG/*Schaffert*, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 65; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.64; *Elskamp*, S. 129; v. *Walter*, S. 95; BGH, GRUR 2017, 95 (98 f.) – *Arbeitnehmerüberlassung*.

630 v. *Walter*, S. 94.

631 So etwa auch v. *Walter*, S. 96; *Geis*, FS-Tilman 2003, 121 (128).

beeinträchtigungen einzubeziehen, die über die entscheidungsbezogenen Marktteilnehmerinteressen hinausgehen.

(1) Funktionsorientierte Auffassung

Eine im Schrifttum sehr verbreitete, sog. funktionsorientierte Auffassung geht davon aus, dass das UWG strikt wettbewerbsbezogen auszulegen ist.⁶³² Es sei nicht Aufgabe des UWG, Gesetzesverstöße generell zu sanktionieren, die nichts mit den wettbewerbsbezogenen Interessen der Marktteilnehmer zu tun haben.⁶³³ Vielmehr müsse der Bezug zur Wettbewerbssphäre als alleinige Leitlinie für die Anwendung des Wettbewerbsrechts dienen. Nicht berücksichtigt werden dürften deshalb Ziele, die zwar den Interessen der Marktteilnehmer zweckdienlich sind, dies aber nicht aus dem Interesse des Wettbewerbs heraus, sondern aus wettbewerbsfremden Gründen.⁶³⁴ Wettbewerbsbezogen seien allein die wirtschaftlichen Interessen der Marktteilnehmer, wie sie sich aus einer transaktionsbezogenen Betrachtung ergäben, bei der die funktionstypische Stellung des Marktteilnehmers im Transaktionsgeschehen ins Auge genommen wird.⁶³⁵ Bei der Marktgegenseite sei dies ihre sich aus der übergeordneten Steuerungsfunktion des Wettbewerbs ergebende Schiedsrichterfunktion über das Leistungsangebot, die beeinträchtigt werden kann, wenn in unlauterer Weise auf ihre Nachfrageentscheidung eingewirkt wird.⁶³⁶ Eine freie und informierte Entscheidung sei dann nicht

632 Ohly/Sosnitza/Ohly, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 24 f.; Ohly, FS-Köhler 2014, S. 505 ff.; Ohly, WRP 2008, 177 (182 f.); Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/v. Jagow, 5. Aufl. 2021, UWG, § 3a Rn. 23; Fezer/Büscher/Obergfell/Götting/Hetmank, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 63a; Alexander, 2. Aufl. 2019, WbR, Rn. 1524; Gärtner/Heil, WRP 2005, 20 (22); Scherer, WRP 2006, 401 (404 ff.); Wuttke, WRP 2007, 119 (123); Dettmar, S. 164 ff.; Gutmayer, S. 121 f., 123 ff., 129; Frey-Gruber, S. 77 f.; Frenzel, S. 62, 68, 89; krit. auch Büscher/Hohlweck, 2. Aufl. 2021, UWG, § 3a Rn. 121 f.

633 Ohly/Sosnitza/Ohly, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 25. So aber im Ausgangspunkt auch die Gegenauffassung, vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2021, UWG, § 1 Rn. 41; GK-UWG/Peukert, 3. Aufl. 2020, § 1 Rn. 58 ff., sowie Alexander, 2. Aufl. 2019, WbR, § 19 Rn. 1524; Beater, 2. Aufl. 2011, UnlWb, § 30 Rn. 2477; Hetmank, GRUR 2014, 437 (440 f.); a. A. jedoch Fezer/Büscher/Obergfell/Fezer, 3. Aufl. 2016, UWG, § 1 Rn. 100, 117, der den Schutzzweck des UWG als „eine Extension im Sinne eines umfassenden Wettbewerbsschutzes“ unter Einbeziehung von Allgemeininteressen begreift. Ausführlich hierzu und mit Zustimmung für Fezer auch Bohne, S. 176 ff. Diese Strömung wird im Schrifttum auch als sozialethisch fundiert bezeichnet, vgl. Scherer, WRP 2006, 401 (402).

634 Dettmar, S. 165

635 Wuttke, WRP 2007, 119 (122).

636 Ohly/Sosnitza/Ohly, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 25; Wuttke, WRP 2007, 119 (123 f.). Zur Schiedsrichterfunktion siehe auch die ausführliche Begründung von Dettmar, S. 83 ff.

mehr möglich.⁶³⁷ Die Marktteilnehmer könnten dann ihrer Schiedsrichteraufgabe nicht mehr nachkommen und ihre rollenspezifische Funktion nicht erfüllen.⁶³⁸ Das geschützte Interesse sei daher allein aus der Frage zu ermitteln, ob durch das in der Norm geregelte Verhalten so auf den Marktteilnehmer eingewirkt wird, dass dieser in seiner Funktion, konkret in seiner Nachfrageentscheidung, beeinträchtigt wird.⁶³⁹ Relevante Interessen seien dann nur solche, die bei der Nachfrageentscheidung selbst konkret relevant würden.⁶⁴⁰ Interessen der Nachfrager bzw. der Verbraucher „als Mensch“, die nicht mit dem Entstehen seiner Entscheidungsgrundlage oder dem Treffen seiner Nachfrageentscheidung zusammenhängen, werden demnach nicht als geschützte Interessen angesehen.⁶⁴¹ Bei der Anbieter/Mitbewerberseite ergebe die Funktionsanalyse, dass das relevante wirtschaftliche Interesse die Angebotsfreiheit ist. Denn die Stellung der Anbieter im Wettbewerb werde geprägt durch den dynamischen Prozess des Wettbewerbs der Konkurrenten um die Kaufkraft der Abnehmer, was schließlich in den Geschäftsabschluss mündet.⁶⁴² Nicht im Interesse der Anbieter lägen daher bloße wettbewerbs-schützende Vorschriften, weil sie gerade im Gegensatz zum Schutz der Angebotsfreiheit stünden, sofern sie nicht zum Schutz schwächerer Anbietergruppen gegenüber stärkerer Konkurrenz erlassen worden sind.⁶⁴³ Daraus folgt, dass das Interesse der Marktteilnehmer an ihrer Gesundheit, der Sicherheit und Qualität von Waren oder Dienstleistungen sowie an ihrem sonstigen Rechtsgüterschutz nicht ausreichen soll, sofern sie nicht im Rahmen der Nachfrageentscheidung relevant würden.⁶⁴⁴ Denn das würde den lauterkeitsrechtlichen Schutz schutzzweckwidrig auf den Marktteilnehmer als Mensch z. B. in seiner Rolle als Patient oder Rechtsuchender erstrecken.⁶⁴⁵

Die Vertreter dieser Auffassung legen die Interessenklausel demnach sehr restriktiv aus. *Ohly* hat dieses Verständnis damit fassbar werden lassen, dass er eine spezifisch wettbewerbsbezogene Schutzfunktion verlangt.⁶⁴⁶ Diese Auffassung wird mit dem transaktionsbezogenen Anwendungsbereich des UWG und der (bis zur Reform 2008) auf den Geschäftsabschluss beschränkten Tathandlung begründet. Auch die Systematik des UWG spreche für ein

637 *Scherer*, WRP 2006, 401 (404).

638 *Dettmar*, S. 165 f.

639 Fezer/Büscher/Obergfell/Götting/Hetmank, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 63a.

640 *Scherer*, WRP 2006, 401 (404).

641 *Ohly*, WRP 2008, 177 (183).

642 *Wutke*, WRP 2007, 119 (122); *Scherer*, WRP 2006, 401 (404).

643 *Scherer*, WRP 2006, 401 (405).

644 *Scherer*, WRP 2006, 401 (405 f.); *Ohly*, WRP 2008, 177 (183, Fn. 89).

645 *Ohly*, WRP 2008, 177 (183); *Gärtner/Heil*, WRP 2005, 20 (22). Die Aussage, dass der Marktteilnehmer nur als Vertragspartner und nicht als Mensch geschützt werde, geht auf *Ernst*, WRP 2004, 1133 (1136) zurück.

646 *Ohly/Sosnitzer/Ohly*, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 25.

funktionsorientiertes Verständnis.⁶⁴⁷ Zur Ausstattung des UWG mit seinen wettbewerbsbezogenen, d.h. auf die Nachfrageentscheidung bezogenen Verbotstatbeständen passe es nicht, wenn andere als die rein wettbewerbsbezogenen Interessen (so etwa Gesundheit, Interesse an einer sauberen Umwelt, etc.) in das UWG einbezogen würden.⁶⁴⁸ Denn nur der wettbewerbliche Schutz vor Irreführung und unsachlichem Einfluss sei Aufgabe und Schutzzweck des Lauterkeitsrechts.⁶⁴⁹ Dementsprechend könnten nur diese wirtschaftlichen Interessen in § 1 Abs. 1 S. 1 UWG und daher mit den Marktteilnehmerinteressen im Rechtsbruchtatbestand gemeint sein. Andernfalls drohe die Einbeziehung von Allgemeininteressen in das UWG durch die Hintertür, welche aber seit der Reform 2004 nicht mehr vom Schutzzweck des UWG umfasst sind. Allgemeininteressen ohne Wettbewerbsbezug wie Jugendschutz, Umweltschutz, Schutz der Rechtspflege usw., die also nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts sind, könnten daher auch nicht über den Rechtsbruchtatbestand zur Geltung gebracht und dürften nicht im Gewande konkreter Marktteilnehmerinteressen in das UWG reintegriert werden.⁶⁵⁰ Der Gesetzgeber habe vielmehr einer Ausuferung des Rechtsbruchtatbestandes durch die Sanktionierung jeglicher Gesetzesverstöße entgegenzutreten wollen. Denn die Rechtsprechung, deren Wertungen der Gesetzgeber in den Rechtsbruchtatbestand übernehmen wollte, sei von dem Willen getragen, die Anwendung des Rechtsbruchtatbestandes deutlich zu begrenzen. Die Berücksichtigung jeglicher Interessen liefe dieser gewollten Liberalisierung des Lauterkeitsrechts zuwider.⁶⁵¹

Diese Auslegung steht nach Ansicht der Vertreter der funktionsorientierten Auffassung zudem besser im Einklang mit dem Unionsrecht. Denn die UGP-RL schütze in ihrem Kernbestand die Verbraucher vor irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken und soll so die Markttransparenz und die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher vor unlauteren geschäftlichen Handlungen absichern.⁶⁵² Wenn aber die UGP-RL nur für die Nachfrageentscheidung relevante Interessen umfasst, müsse sich dies auch im nationalen Lauterkeitsrecht wiederfinden. Zwar gelte das in erster Linie nur für die harmonisierten Bereiche (vertikal, B2C) und daher nicht für den Rechtsbruchtatbestand. Um eine Aufspaltung zwischen Unionsrecht und nationalem Recht zu verhindern, müsse der Geist der Richtlinie aber auch in den

647 Ohly, WRP 2008, 177 (183); Wuttke, WRP 2007, 119 (123); Keßler, WRP 2005, 264 (265 f.).

648 Ohly/Sosnitza/Ohly, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 25; Wuttke, WRP 2007, 119 (123).

649 Ohly, WRP 2008, 177 (183).

650 Scherer, WRP 2006, 401 (403 f.).

651 Hetmank, JZ 2014, 120 (121); Ohly/Sosnitza/Ohly, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 25, 4 f.; kritisch auch Alexander, 2. Aufl. 2019, WbR, Rn. 1524.

652 Ohly, WRP 2008, 177 (181).

nicht-harmonisierten Bereichen, also u. a. auch im Rechtsbruchtatbestand, fortgeführt, und überall dort, wo ein vergleichbarer Anknüpfungspunkt besteht, allein die wirtschaftlichen Interessen zugrunde gelegt werden.⁶⁵³ Vorschriften, die die Sicherheit oder Qualität von Waren oder Dienstleistungen regeln und damit anderen Interessen als den wirtschaftlichen Interessen der Marktteilnehmer dienen, sollten nach der funktionsorientierten Auffassung besser nach den §§ 5, 5a UWG beurteilt werden.⁶⁵⁴ Allerdings sei auch dies nur eine Notlösung, denn der Schutz insbesondere von Integritätsinteressen sei primär Aufgabe des Ordnungsrechts, dessen Ermessensspielräume nicht durch die in das Belieben der Mitbewerber und Verbände gestellte Aktivlegitimation unterlaufen werden dürften.⁶⁵⁵

(2) Extensive Auffassung

Die Gegenansicht will die Interessen der Marktteilnehmer über die wettbewerbsbezogenen Interessen aus ihrer Rolle im Transaktionsgeschehen hinaus grundsätzlich auch auf sonstige Rechte, Rechtsgüter und Interessen geschützt wissen.⁶⁵⁶ Rechte sind z. B. Eigentum, Besitz und ähnliche Rechtspositionen sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht, während unter Rechtsgütern z. B. die Gesundheit, Freiheit, Vermögen und die Privatsphäre zusammengefasst werden.⁶⁵⁷ Als sonstiges Interesse gilt auch jenes an einer geordneten, zuverlässigen Rechtsberatung.⁶⁵⁸ Selbst wenn wirtschaftliche Interessen also nicht beeinträchtigt, mithin bei Nachfragern die Entscheidungs- bzw. Informationsfreiheit nicht tangiert würden, sollen auch

653 Ohly/Sosnitza/Ohly, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 25.

654 Ohly/Sosnitza/Ohly, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 25; Fezer/Büscher/Obergfell/Götting/Hetmank, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 63a.

655 Ohly/Sosnitza/Ohly, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 25; ders. in FS-Köhler 2014, 507 (514f.); ders. in: WRP 2008, 177 (184); Fezer/Büscher/Obergfell/Götting/Hetmank, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 63a.

656 Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.67; MüKoUWG/Schaffert, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 69; GK-UWG/Pahlow, 3. Aufl. 2020, § 3a Rn. 64; jurisPK-UWG/Diekmann, 5. Aufl. 2021, § 3a Rn. 81; BeckOK UWG/Niebel, 11. Ed. 1.7.2019, § 3a Rn. 30, 31; Götting/Nordemann/Ebert-Weidenfeller, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 40; HmbKommMedienR/Schöwerling, 4. Aufl. 2021, Rn. 23/54; Festl-Wietek, S. 60 ff., 64; Bohne, S. 210 ff., 219, 220; Elskamp, S. 149 f.; v. Walter, S. 97. In der Tendenz auch Beater, 2. Aufl. 2011, UnlWb, § 30 Rn. 2528 ff., der jedoch diesen Schutz der weiteren Interessen unter der Kategorie „Normen zum Ausgleich von Marktversagen“ zusammenfasst und hier größte Zurückhaltung fordert, „weil es um seltene Ausnahmen davon geht, dass es die Sache der Anbieter und Nachfrager ist, über ihre eigenen Geschicke zu entscheiden“. Ansonsten folgt er auch den Ansätzen von Scherer, Ohly und Götting/Hetmank (Rn. 2480).

657 Elskamp, S. 146.

658 MAH GewRS/Dittert, 5. Aufl. 2017, § 14 Rn. 45.

Normen den Interessen der Marktteilnehmer i. S. d. § 3a UWG dienen, die deren Rechte, Rechtsgüter und sonstige Interessen schützen. Insgesamt wären damit alle Interessen der Marktteilnehmer geschützt. Jedoch wird mittlerweile einschränkend verlangt, dass eine Norm, die solche Rechte und Interessen schützt, nur dann eine taugliche Primärnorm sein kann, wenn diese Interessen gerade durch die Marktteilnahme und den nachfolgenden Verbrauch oder Gebrauch der erworbenen Ware oder in Anspruch genommenen Dienstleistung berührt werden.⁶⁵⁹ Dadurch wird ein Rückbezug zur Marktrelevanz nicht-wirtschaftlicher Interessen hergestellt. Normen, bei denen das geschützte Interesse gerade aus der Marktteilnahme heraus beeinträchtigt wird, seien nach dieser Auffassung daher sehr wohl für den Rechtsbruchtatbestand relevant.

Die Extension auf sämtliche Interessen, Rechte und Rechtsgüter begründet diese Ansicht damit, dass die marktfunktionale Rolle in der Lebensrealität nicht nur die Entscheidungsfreiheit schütze, sondern auch den nachgelagerten Gebrauch oder Verbrauch der Ware bzw. Dienstleistung.⁶⁶⁰ Eine Trennung zwischen der Nachfrageentscheidung und dem anschließenden Konsum, welche eine Sanktionierung der auf sie bezogenen Gesetzesverstöße mit Hilfe des Lauterkeitsrechts auf der einen Seite und mit Hilfe des Polizei- und Ordnungsrechts auf der anderen Seite zur Folge hätte, spalte das Abnehmerinteresse unnatürlich auf.⁶⁶¹ Die Marktteilnahme und das Treffen der Nachfrageentscheidung erfolgten ja gerade nur zu dem Zweck, Waren zu gebrauchen und Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen.⁶⁶² Der Konsum sei als unmittelbare Folge der Nachfrageentscheidung daher nicht von der typischen Marktfunktion abzutrennen.⁶⁶³ Dafür spreche auch die Legaldefinition der geschäftlichen Handlung. Sie erfasse seit 2008 eindeutig auch Verhaltensweisen vor und auch nach einem Geschäftsabschluss. Eine Beschränkung des Abnehmerinteresses auf die für die Nachfrageentscheidung relevanten Gesichtspunkte sei damit nicht mehr zu vereinbaren.⁶⁶⁴

Vereinzelt wird argumentativ auch früher und in gewisser Nähe zur funktionsorientierten Auffassung bei der Nachfrageentscheidung angesetzt. Die sog. verweisende Verbrauchervorstellung beinhalte bei der Nachfrageent-

659 BGH, GRUR 2017, 95 (99) – *Arbeitnehmerüberlassung*; BGH, GRUR 2016, 513 (514 f.) – *Eizellspende*; OLG Karlsruhe, GRUR-RR 2012, 396 (399); Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.67; jurisPK-UWG/Diekmann, 5. Aufl., § 3a Rn. 79; BeckOK UWG/Niebel, 11. Ed. 1.7.2019, § 3a Rn. 31; Böhler, WRP 2011, 1028 (1033).

660 MüKoUWG/Schaffert, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 69.

661 v. Walter, S. 97.

662 MüKoUWG/Schaffert, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 69.

663 v. Walter, S. 97.

664 Festl-Wietek, S. 63 f.; BGH, GRUR 2010, 754 (755) – *Golly Telly*.

scheidung auch die schutzwürdige Erwartung der Marktgegenseite, dass das ihr angebotene Produkt den gesetzlichen Bestimmungen und Anforderungen entspricht. Im Hinblick darauf würden durchaus auch nur generell bestehenden Interessen der Marktteilnehmer wie etwa das Interesse der Verbraucher an einer gesunden Ernährung gegen gesetzwidriges Verhalten über § 3a UWG geschützt.⁶⁶⁵

Einen Widerspruch zum Unionsrecht stelle die Extension auf nicht-wirtschaftliche Interessen auch nur im harmonisierten Bereich dar. Viele der von § 3a UWG erfassten Vorschriften, die nicht-wirtschaftliche Interessen adressieren, z. B. zu Gesundheits- und Sicherheitsaspekten, welche durch die funktionsorientierte Ansicht nicht geschützt sein sollen, stünden nach der UGP-RL ausdrücklich eigenständigen, nationalen Regelungen offen (Art. 3 UGP-RL), sodass solche Vorschriften schon nicht in den Anwendungsbe- reich der Richtlinie fielen.

Ebenso wenig gebiete der Wortlaut des § 3a UWG eine Beschränkung auf die wirtschaftlichen Interessen der Marktteilnehmer.⁶⁶⁶ Der Rechtsbruchtatbestand stünde aufgrund der Verkörperung der durch die jüngere Rechtsprechung geforderten sekundär wettbewerbsbezogenen Schutzfunktion auch für Normen mit Schutzrichtungen offen, die nicht allein auf eine unbeeinflusste und informierte Nachfrageentscheidung zielen, sondern darüber hinaus auch sonstige Zwecke verfolgen.⁶⁶⁷ Denn der Rechtsbruchtatbestand sei im Bewusstsein geschaffen worden, dass die außerwettbewerbsrechtlichen Primärnormen nicht stets allein wettbewerbsbezogene Ziele verfolgen.⁶⁶⁸

Soweit der Schutzzweck des UWG nach der funktionsorientierten Auffassung allein darauf gerichtet sei, die wirtschaftlichen Interessen zu schützen, könne dies auch nicht angehen, da sich ansonsten der § 7 UWG, der auf den Persönlichkeitsschutz der Verbraucher zielt, als systemwidrig darstellen würde. Das UWG bezwecke also auch selbst nicht ausschließlich den Schutz der Entscheidungsfreiheit.⁶⁶⁹ Dass der Schutz nicht-wirtschaftlicher Interessen und der daraus folgende Ausgleich von Sanktionsdefiziten im Lauterkeitsrecht tatsächlich dem Ordnungsrecht vorbehalten ist, sei zwar dogmatisch möglicherweise zu beklagen, aber im Interesse an einer effizienten Durchsetzung von Marktverhaltensregelungen nicht zu beanstanden.⁶⁷⁰

665 MüKoUWG/Schaffert, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 69.

666 *Elskamp*, S. 149; *Festl-Wietek*, S. 62.

667 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.67.

668 *Festl-Wietek*, S. 62.

669 Böhler, WRP 2011, 1028 (1033); *Elskamp*, S. 149 f.

670 GK-UWG/Pahlow, 3. Aufl. 2020, § 3a Rn. 64.

Die Rechtsprechung hat sich schließlich dieser extensiven Auslegung in *Golly Telly* angeschlossen und die von *Ohly* geforderte spezifisch wettbewerbsbezogene Schutzfunktion zurückgewiesen.⁶⁷¹

(3) Gegenüberstellung der Auffassungen und Bewertung

Die dargestellten Ansichten haben erhebliche Auswirkungen auf die über den Rechtsbruchtatbestand einzubeziehenden Vorschriften. Ausgangspunkt ist bei der funktionsorientierten Auffassung die Bestimmung der Funktion der Marktteilnehmer im UWG als Schiedsrichter über das Warenangebot. Dies wird durch die Gegenseite auch nicht anders gesehen.⁶⁷² Unterschiedlich beurteilt wird aber, wie diese funktionstypische Rolle auszufüllen ist. Das jeweilige Verständnis wird dann versucht, argumentativ durch Schutzzweckerwägungen und unionsrechtliche Erwägungen zu unterfüttern.

In der Tat hat es einiges für sich, auf die funktionstypische Rolle des Marktteilnehmers abzustellen.⁶⁷³ Dieses Verständnis fügt sich gut in den systematischen Aufbau des UWG ein und ermöglicht eine dogmatisch überzeugende Verbindung des Rechtsbruchtatbestandes mit der Schutzzweckklausel des UWG und seinen Tatbeständen. Hinsichtlich der Frage, worin die funktions-typische Rolle der Nachfrager liegt, plädiert die funktionsorientierte Auffassung dann aber für eine Beschränkung auf ihre Schiedsrichterfunktion, was dazu führt, dass allein die wirtschaftlichen, mit der Nachfrageentscheidung zusammenhängenden Interessen für den Rechtsbruchtatbestand relevant sind. Diese Auffassung orientiert sich eng an dem Abschluss des Transaktionsvorgangs im Wettbewerbsgeschehen, was auf den ersten Blick plausibel erscheint: Mit der Entscheidung für das Angebot eines Unternehmers und dem Transaktionsabschluss wäre die Nachfrageentscheidung gefallen. Der Unternehmer hat seine Leistung erfolgreich abgesetzt. Anlass für ein unlauteres Handeln und damit für eine Interessengefährdung der Marktteilnehmer besteht an sich nicht mehr. Diese Auslegung führt auch dazu, dass das Kriterium des Marktteilnehmerinteresses einen echten materiellen Inhalt bekommt. Ohne einen solchen könnte nach dieser Auffassung die Marktverhaltensregelung als einzig aussagekräftiges Kernmerkmal notwendige, aber auch hinreichende Bedingung sein, weil die dann inhaltsleere Interessenklausel so gut wie keine Aussagekraft hätte.⁶⁷⁴

Die Schwachstelle der funktionsorientierten Auffassung ist aber, dass sie mit der Rechtslage des UWG seit 2008 nicht mehr übereinstimmt. Seit-

671 BGH, GRUR 2010, 754 (755) – *Golly Telly*; BGH, GRUR 2020, 303 (304 f.) – *Pflichten des Batterieherstellers* m. w. N. zu seiner st. Rspr.

672 Vgl. v. *Walter*, S. 96 f.

673 Vgl. GK-UWG/*Pahlow*, 3. Aufl. 2020, § 3a Rn. 64.

674 Vgl. *Ohly/Sosnitzer/Ohly*, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 25.

dem ist sowohl unionsrechtlich als auch nach nationalem Recht eindeutig der nachvertragliche Bereich erfasst, welcher auch den Konsum der Leistung beinhaltet. Wird nach dem Transaktionsabschluss das Integritätsinteresse betroffen, ist die Marktgegenseite auch im nachvertraglichen Bereich dann „als solche“ bzw. als „Vertragspartner“ betroffen und nicht mehr lediglich als Mensch. Das zutage gelegte Verständnis dieser Auffassung bleibt aber dennoch unionsrechtlich zulässig. Denn die UGP-RL zwingt nicht zur Implementierung eines Rechtsbruchtatbestandes. Die Vollumsetzung der Richtlinienvorgaben ins UWG erfolgt nämlich primär über die §§ 3 Abs. 2 und 3; 5, 5a und 5b UWG und nicht über § 3a UWG. Des Rechtsbruchtatbestandes bedarf es für deren Umsetzung auch nicht. Allerdings dürfte eine Modifikation der funktionstypischen Auffassung an den nachvertraglichen Bereich möglich sein. Ihre Vertreter scheinen hierauf langsam einzuschwenken. Unter Zugrundelegung des Konzepts der verweisenden Verbrauchervorstellung in Anpassung an den erweiterten Anwendungsbereich wird eine Näherung an den nachvertraglichen Bereich von *Ohly* angedeutet. Seiner Ansicht nach dienen Normen, die den Marktzutritt regeln, wie etwa bei Berufsausübungsvorschriften die Approbationsregeln für Ärzte, unmittelbar der Gesundheit und Produktsicherheit. Damit würde immerhin mittelbar die Erwartung des Verbrauchers geschützt, Waren und Dienstleistungen zu erhalten, die den gesetzlichen Vorgaben entsprechen.⁶⁷⁵ Ein solches Vorgehen ist für ihn vertretbar, auch wenn primär §§ 5, 5a UWG anzuwenden seien.⁶⁷⁶

Bei genauerem Hinsehen zwingt aber auch die Systematik und der Schutzzweck des UWG zumindest seit der Novelle 2008 nicht mehr zu einem rein wettbewerbsbezogenen Verständnis. Der Schutz der Wettbewerbsfreiheit und der Unbeeinflussbarkeit der Nachfrageentscheidung ist nämlich nicht alleiniger Schutzzweck des UWG im Sinne einer anderen Zwecke ausschließenden Exklusivität, was sich vor allem in der Existenz des § 7 UWG zeigt. *Bohne* hat dies umfassend dargelegt, sodass hier nicht mehr darauf eingegangen werden braucht.⁶⁷⁷ Nur so viel: Der Gesetzgeber hat in seinen Materialien zum UWG 2008 angedeutet, dass durch das UWG (mittelbar) auch andere, „gewisse“, Allgemeininteressen als das in § 1 Abs. 1 S. 2 UWG genannte Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb geschützt sein können.⁶⁷⁸ Das steht auch nicht im Widerspruch zur Richtli-

675 *Ohly/Sosnitza/Ohly*, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 25.

676 *Ohly/Sosnitza/Ohly*, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 25.

677 *Bohne*, S. 176 ff.

678 BT-Drs. 16/10145, S. 11: „Da § 1 UWG den Schutz von Verbraucherinnen und Verbrauchern vor unlauterem Wettbewerb ausdrücklich nennt, liegt bereits eine richtlinienkonforme Schutzzweckbestimmung vor. Dabei ist es unschädlich, dass das UWG darüber hinaus auch Mitbewerber, sonstige Marktteilnehmer und gewisse Interessen der Allgemeinheit schützt. Denn der insoweit weitere Schutzbereich des UWG ist nicht

nie, denn der insoweit weitere Schutzbereich des UWG ist nicht Regelungsgegenstand der Richtlinie, die für den Bereich des Mitbewerberschutzes und des Schutzes der Allgemeinheit und der sonstigen Marktteilnehmer keine eigenen Vorgaben enthält. Der so hergestellte Zusammenhang zwischen den durch das UWG geschützten, gewissen Allgemeininteressen und dem nicht durch die Richtlinie vorgegebenen Bereich (u. a. der Rechtsbruchtatbestand) lassen vermuten, dass der Gesetzgeber keinem restriktiven Ansatz folgt, sondern den durch § 1 Abs. 1 UWG abgesteckten Schutzzumfang weiter zieht.

Problematisch sind vielmehr die Praxistauglichkeit sowie die rechtlichen Konsequenzen der funktionsorientierten Auffassung. Sie lädt dazu ein, sämtliche Materialien danach zu durchsuchen, ob ein wirtschaftliches Interesse identifiziert werden kann, welches im Einklang mit dem vermeintlich gewollten Schutz des UWG steht, was schon der Rechtsprechung schlecht gelingt. Dies führt in der Konsequenz dazu, dass die Geltendmachung von sich auf den Rechtsbruchtatbestand stützenden Ansprüchen, die aus Verstößen gegen vermeintliche Primärnormen herrühren, mit erheblicher Rechtsunsicherheit behaftet ist. Es kommt in der Folge zu kaum verlässlichen Ergebnissen.

Diese Auffassung hat auch gravierende Folgen für viele Vorschriften des Rechtsdienstleistungsrechts (u. a. § 3 RDG), welche nicht über den Rechtsbruchtatbestand sanktioniert werden könnten. Wenn nur das vor oder bei Geschäftsabschluss relevante Interesse an Freiheit und Informiertheit der Transaktionsentscheidung eine Relevanz für den Rechtsbruchtatbestand hätte, müsste das durch § 3 RDG geschützte, nachgelagerte Integritätsinteresse an einer qualifizierten und schadensarmen Rechtsberatung außer Betracht bleiben. Nach einigen Vertretern der funktionsorientierten Auffassung würde etwa das grundsätzliche Verbot unerlaubter Rechtsdienstleistungen nach § 3 RDG zwar schon vor dem Geschäftsabschluss ansetzen und derart auf die Entscheidungsfreiheit einwirken, dass die Erbringung unerlaubter, rechtswidriger Rechtsdienstleistungen damit im Keim erstickt würde und es somit nichts mehr zu entscheiden gäbe. Denn der Verbraucher könnte dann keine Auswahl mehr treffen. Dass dies jedoch am Ende dem Verbraucher zugutekommt, soll dennoch nicht genügen, weil es letztlich an einem spezifisch wettbewerblichen Interesse fehlt, welches durch das Eingreifen in den Entscheidungsvorgang des Verbrauchers auf ihn in unlauterer Weise einwirke. Denn zu diesem Vorgang kommt es gar nicht erst.

Regelungsgegenstand der Richtlinie; für den Bereich des Mitbewerberschutzes und des Schutzes der Allgemeinheit enthält sie keine Vorgaben“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

Die extensive Auffassung will dagegen eine lebensnahe Bestimmung der Marktfunktion des Nachfragers vornehmen. Kernaspekt dieser Auffassung ist, dass sich die Marktfunktion nicht allein in der Ausübung der Schiedsrichterfunktion des Nachfragers erschöpft, sondern die Nachfrageentscheidung vom nachfolgenden Konsum getragen werde. Diese Ansicht kann sich, was ein durchaus gewichtiges Argument ist, auf den erweiterten Anwendungsbe-
reich des UWG 2008/2015 berufen. Durch die Begrenzung auf die Schieds-
richterfunktion des Unternehmers würde die Marktfunktion zudem auch sehr
einseitig auf den Erfolg des Unternehmers verrückt. Die Transaktion ist zwar
für den Anbieter abgeschlossen, womit aber nur dessen Erfolg berücksich-
tigt wird. Die Marktgegenseite wird aus dem Blick gelassen. Deshalb wird
durch die extensive Ansicht argumentiert, dass auch die nachfolgende Kon-
sumhandlung eine Rolle spielen und der Nachfrager auch „als Konsument“
geschützt werden müsse. Es entspricht hiernach eben der Marktfunktion des
Nachfragers, erworbene Waren und Dienstleistungen auch zu gebrauchen
bzw. in Anspruch zu nehmen. Dies betrifft zudem auch noch das Marktge-
schehen und ist nicht erst eine Beeinträchtigung im Anschluss daran, weil der
Konsum durch einen inneren Konnex dem Transaktionsabschluss weiter ver-
bunden bleibt. Die funktionsorientierte Auffassung scheint daher tatsächlich
an der Lebensrealität vorbeizugehen und die Rolle des Nachfragers in einen
Nachfrageentscheider und einen Konsumenten aufzuspalten.

Richtig ist, dass sich der nachgelagerte Interessenschutz nicht beliebig weit
vom wettbewerblichen Kerngeschehen der Marktteilnahme und dem Ge-
schäftsabschluss entfernen darf. Dies wird nun auch von der extensiven Auf-
fassung so gesehen, nach der es nicht ausreicht, dass der Verbraucher bloß ir-
gendwie in seinen Interessen, Rechten und Rechtsgütern betroffen wird. Der
bloße normgewollte Rechtsgüterschutz eines Marktteilnehmers *per se* und
ohne Bezug zum Marktgeschehen und seiner Rolle als Marktteilnehmer, also
als Mensch, genüge danach also ebenfalls nicht.⁶⁷⁹ Diese Rückanbindung
an das Marktgeschehen und die Marktteilnahme wird durch das Schrifttum
durch zwei Vorgehensweisen bewerkstelligt. *Schaffert* und der BGH in *Golly
Telly* bemühen dazu den Gedanken der verweisenden Verbrauchervorstel-
lung.⁶⁸⁰ Diese setzt schon bei der Nachfrageentscheidung an (die auch die
Gegenauffassung als Ausgangspunkt nimmt) und sieht die vor oder bei der
Marktentscheidung des Nachfragers von seiner Seite her bestehende berech-
tigte und damit schutzwürdige Erwartung enttäuscht, eine Ware oder Dienst-

679 GK-UWG/*Pahlow*, 3. Aufl. 2020, § 3a Rn. 64. Deshalb reicht es nach BGH, GRUR 2016, 513 (515) – *Eizellspende* auch nicht aus, dass die Beeinträchtigung der Inte-
gritätsinteressen nur eine Folgewirkung von Marktverhalten darstellt, ohne dass sie
durch die Marktteilnahme des Geschädigten erfolgt.

680 MüKoUWG/*Schaffert*, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 69; BGH, GRUR 2010, 754
(755) – *Golly Telly*.

leistung angeboten zu bekommen, die den gesetzlichen Bestimmungen und Standards entspricht. Hierbei ist aber zweifelhaft, ob sich der Verbraucher im Rahmen des üblichen Geschäftsganges wirklich über solche Umstände Gedanken macht. Nur dann wäre diese Erwartung schutzwürdig. Es dürfte aber schon von vornherein fraglich sein, ob es wirklich Vorschriften gibt, die final darauf ausgerichtet sind, diese Erwartung zu schützen und woran diese Schutzrichtung dann zu erkennen ist. Es liegt auf der Hand, dass es hierbei zu erheblichen Auslegungsschwierigkeiten kommt.⁶⁸¹ Der Weg über die verweisende Verbrauchervorstellung wirkt daher zu konstruiert. Dieser Ansatz hat auch zur Folge, dass nur generell bestehende Interessen der Marktteilnehmer wie etwa das Interesse der Verbraucher an einer gesunden Ernährung gegen gesetzwidriges Verhalten lauterkeitsrechtlich über § 3a UWG geschützt würden.⁶⁸² Das ist prinzipiell nicht zu beanstanden, weil natürlich die eigenen Wertungen einer Norm, welche auch immer das sind, durch die Transformation über den Rechtsbruchtatbestand in das UWG einfließen können. Problematisch ist nur, dass dies dann auch Interessen sein können, die nur eine sehr lose Folge der Marktteilnahme darstellen, aber gerade nicht durch die Marktteilnahme einer Gefährdung ausgesetzt werden. Die überwiegenden Vertreter der extensiven Auffassung fordern daher zu Recht, dass nicht-wirtschaftliche Interessen nur dann für den Rechtsbruchtatbestand relevant würden, wenn die Primärnorm vor einer Interessenbeeinträchtigung schützen will, die gerade im Rahmen der Marktteilnahme erfolgt.⁶⁸³ Damit wird in schlüssiger Weise die Verbindung zum Marktgeschehen hergestellt. Solche Vorschriften, die zwar den nicht-wirtschaftlichen Interessen der Marktpartner dienen, aber nichts weiter mit dem Marktgeschehen zu tun haben, sondern allenfalls eine nachgelagerte, indirekte Folgewirkung darstellen, können auf diese Weise gut von Integritätsbeeinträchtigungen abgegrenzt werden, die gerade aus der Marktteilnahme heraus resultieren. Denn erstere stellen im Vergleich dazu bloße nachlaufende Integritätsbeeinträchtigungen ohne Bezug zum Wettbewerb dar. Sie sind dann schon nicht mehr relevant für eine Rollenbeeinträchtigung der Marktteilnehmer im Wettbewerbsgeschehen. Diese Auslegung ist auch durch den BGH aufgegriffen worden.⁶⁸⁴ Der von der funktionstypischen Auffassung geforderten spezifisch wettbewerbsbezogenen Schutzfunktion wird sich dadurch angenähert.

681 Zu Recht ablehnend daher *Elskamp*, S. 149.

682 So *MüKoUWG/Schaffert*, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 69.

683 *GK-UWG/Pahlow*, 3. Aufl. 2020, § 3a Rn. 64; *Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler*, 40. Aufl. 2021, UWG, § 3a Rn. 1.67; BGH, GRUR 2016, 513 (514 f.) – *Eizellspende*; OLG Karlsruhe, GRUR-RR 2012, 396 (399); OLG Köln, GRUR-RR 2010, 34.

684 BGH, GRUR 2020, 203 (204 f.) – *Pflichten des Batterieherstellers*; BGH, GRUR 2017, 819 (821) – *Aufzeichnungspflicht*; BGH, GRUR 2016, 513 (514 f.) – *Eizellspende*.

⁶⁸⁵ Der Interessengegensatz zwischen funktionsorientierter und extensiver Auffassung ist daher keineswegs so krass, wie es auf den ersten Blick den Anschein hat.⁶⁸⁶ All dies ändert jedoch nichts an der berechtigten Frage, worin die Funktion des Marktpartners liegt und welche Qualität die durch den Rechtsbruchtatbestand geschützten Interessen haben müssen. Wenn die Funktion des Abnehmers über seine reine, auf die Informiertheit und Freiheit seiner Entscheidungsfindung bezogene Schiedsrichterfunktion hinausgeht und das UWG grundsätzlich auch nicht-wirtschaftliche Interessen schützt, gäbe dies einen Ausschlag zugunsten der extensiven Auffassung. Bisher hat sich zu dieser Frage keine einheitliche Auslegung herausgebildet. Sie bleibt umstritten, weil kein Schluss zwingend ist.

(4) Eigene Analyse

Hierfür kann es einen Gewinn darstellen, die Interessenklausel anhand des klassischen Auslegungskanons der juristischen Methodenlehre zu untersuchen, wobei auch die von den oben dargestellten Auffassungen vorgebrachten Argumente einzubeziehen und zuzuordnen sind. Soweit ersichtlich, ist dies noch nicht umfassend versucht worden. Auch haben einige der nachfolgenden Aspekte in der Debatte noch nicht hinlänglich Beachtung gefunden.

(a) Analysemaßstab

Die Analyse soll einerseits streng methodisch erfolgen. Die Verwendung der klassischen Auslegungsmethoden stellt einen wertvollen Ansatz dar, der in der Rechtswissenschaft seit jeher anerkannt ist und hieraus seine Überzeugungskraft speisen kann. Zugleich können die klassischen Auslegungsmethoden nicht einziger Maßstab sein. Denn Gesetze lassen sich nicht in jedem Fall hinlänglich mit ihnen analysieren, weil der Gesetzgeber nicht gezwungen ist, den Gesetzgebungsprozess so durchzuführen und Gesetze so zu gestalten, dass sie vollumfänglich mit den klassischen juristischen Auslegungsmethoden erfasst werden können. Daher sollen auch alle anderen relevanten Überlegungen und Argumente in die Analyse einfließen.

(b) Grammatische Auslegung

Aus dem Gesetzestext des § 3a UWG selbst geht nicht unmittelbar hervor, welche Interessen der Marktteilnehmer durch den Rechtsbruchtatbestand geschützt werden sollen. Allerdings fällt auf, dass der Wortlaut nur von „In-

⁶⁸⁵ Fezer/Büschler/Obergfell/Götting/Hetmank, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 63a; Hetmank, GRUR 2014, 437 (441).

⁶⁸⁶ So auch jurisPK-UWG/Diekmann, 5. Aufl. 2021, § 3a Rn. 81.

teresse“ spricht, aber keine weitere Präzisierung dafür enthält, ob damit nur bestimmte oder alle denkbaren Interessen gemeint sein sollen. Eine entsprechende Beschränkung in den Wortlaut einzuziehen, wäre jedoch ohne Weiteres möglich gewesen. Das Paradebeispiel hierzu ist § 1 Abs. 1 S.2 UWG. Dort hat der Gesetzgeber die Interessen der Allgemeinheit ausdrücklich auf jenes an einem unverfälschten Wettbewerb spezifiziert.

Zu beachten ist auch, dass es nach dem Wortlaut ausreicht, dass die gesetzliche Vorschrift lediglich *auch* dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.⁶⁸⁷ Selbst wenn man unter dem Interesse der Marktteilnehmer allein den Schutz der wirtschaftlichen Interessen verstünde, erscheint es damit unschädlich, wenn auch andere als die wirtschaftlichen Interessen der Marktteilnehmer und sogar mittelbar Allgemeininteressen über den Rechtsbruchtatbestand in das UWG einfließen. Insoweit harmonisiert die funktionsorientierte Auffassung nicht widerspruchslös mit dem Wortlaut des § 3a UWG. Wenn nur die nachfragebezogenen Interessen maßgeblich sein sollen, dann dürften Vorschriften, die auch andere Interessen oder Rechte schützen, überhaupt nicht über den Rechtsbruchtatbestand zur Geltung gelangen. Dies scheint der Wortlaut aber durch das „auch“ ausdrücklich zuzulassen. Diese Einschränkung wäre andernfalls sinnlos. Insofern spricht der Wortlaut dafür, dass auch nicht spezifisch wettbewerbsrechtliche Vorschriften, die den Schutz der sonstigen Rechte und Rechtsgüter der Marktteilnehmer bezwecken, wie an ihrem Gesundheitsschutz, am Schutz vor Entwicklungsbeeinträchtigungen von Jugendlichen oder vor unqualifizierter Rechtsberatung, einbezogen werden können.

Der Gesetzgeber hat sich überdies trotz Kenntnis dieser jahrelang geführten Diskussion offensichtlich zu keiner entsprechenden Änderung des Gesetzestextes veranlasst gesehen, obwohl er dies einfach hätte bewerkstelligen können, etwa durch den Zusatz, dass die gesetzliche Vorschrift dazu bestimmt sein müsse, (nur) die „spezifisch wettbewerbslichen“ Interessen der Marktteilnehmer zu schützen. Er hat dies aber sehenden Auges nicht getan, obwohl er 2008, 2015 und 2021 dazu die Möglichkeit hatte und den Rechtsbruchtatbestand im Wege der Novelle 2015 auch durchaus angefasst hat, indem er ihn in eine eigenständige Vorschrift überführt hat. Stattdessen ist er im Hinblick auf eine Präzisierung der Interessen untätig geblieben, obschon eine ganze Bandbreite an höchstrichterlichen Entscheidungen vorlag, in denen der BGH z. B. in Vorschriften zum Schutze der Gesundheit der Verbraucher oder vor unqualifizierter Rechtsberatung ein für § 3a UWG relevantes Interesse erkannte.⁶⁸⁸

⁶⁸⁷ BT-Drs. 15/1487, S. 19.

⁶⁸⁸ Z. B. die prominente Entscheidung BGH, GRUR 2010, 754 (755 f.) – *Golly Telly*.

Nach grammatischer Auslegung spricht mithin nichts für eine Beschränkung auf wirtschaftliche Interessen der Marktteilnehmer, sondern mehr dafür, dass auch nicht unmittelbar mit der Nachfrageentscheidung zusammenhängende, d. h. nicht-wirtschaftliche Interessen gemeint sind.

(c) Historisch-genetische Auslegung

Der Gesetzgeber hat den Rechtsbruchtatbestand erstmals mit dem UWG 2004 und vor dem Hintergrund der neueren Rechtsprechung des BGH zu § 1 UWG 1909 formuliert.⁶⁸⁹ Deshalb hat er im Rechtsbruchtatbestand eine Beschränkung danach vorgenommen, dass der verletzten Norm zumindest eine sekundäre Schutzfunktion zu Gunsten des Wettbewerbs zukommen muss. Weil es nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts sei, Gesetzesverstöße generell zu sanktionieren, soll so nur ein Verstoß gegen solche Normen erfasst sein, die zumindest auch das Marktverhalten im Interesse der Marktbeteiligten regeln.⁶⁹⁰ Damit sollte die Rechtsprechungsentwicklung zur Fallgruppe Rechtsbruch festgezurr werden.⁶⁹¹ Sie fand in *Elektroarbeiten* ihren Höhepunkt; zu ihr zählt aber auch die Entscheidung *Abgasemissionen*. Dort hatte der BGH den Verstoß gegen Vorschriften der BImSchV und damit gegen Umweltvorschriften als nicht unlauter qualifiziert. Dem lag die damals recht neue Prämisse zugrunde, dass auch bei wertbezogenen Normen eine genaue Beurteilung danach vorgenommen werden müsse, ob der beanstandete Normverstoß gerade auch in seinem Bezug auf das Wettbewerbsgeschehen als sittenwidrig anzusehen ist. Die verletzte Norm müsse daher zumindest eine sekundäre wettbewerbsbezogene Schutzfunktion haben.⁶⁹² Diese sei bei Normen anzunehmen, die im Zuge einer *anderen Zwecken* dienenden Regelung sekundär, d. h. auch, die Funktion haben, die Gegebenheiten eines bestimmten Marktes zu regeln.⁶⁹³ Sie fehlte aber den analysierten Immissionsschutzvorschriften, da diese die Produktion im Marktvorfeld regelten. Sodann hob der BGH in *Elektroarbeiten* darauf ab, dass der verletzten Vorschrift eine „auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion“ zukommen müsse, wobei er diesen Lauterkeitsbezug ebenfalls aus der Schutzzweckkongruenz mit dem Normzweck aus § 1 UWG 1909 entwickeln wollte.⁶⁹⁴ Eine solche Schutzfunktion besäßen nach dem BGH Vorschriften, die als Voraussetzung für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten – etwa ärztlicher Behandlungen – im Interesse des Schutzes der

689 BT-Drs. 15/1487, S. 19.

690 BT-Drs. 15/1487, S. 19.

691 BT-Drs. 15/1487, S. 19. Der Gesetzgebungsprozess wird ausführlich bei *Dettmar*, S. 140 ff. nachvollzogen.

692 BGH, GRUR 2000, 1076 (1078 f.) – *Abgasemissionen*.

693 BGH, GRUR 2000, 1076 (1079) – *Abgasemissionen*.

694 BGH, GRUR 2002, 825 (826) – *Elektroarbeiten*.

Allgemeinheit den Nachweis besonderer fachlicher Fähigkeiten fordern.⁶⁹⁵ Im konkreten Fall ging es um eine Verletzung des Art. 87 BayGO, der die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit von öffentlich-rechtlichen Unternehmen in der Privatwirtschaft beschränkte. Das gegen Art. 87 BayGO verstoßende kommunale Unternehmen handelte nach Ansicht des BGH gleichwohl nicht unlauter, weil dieser Vorschrift keine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion zukomme.⁶⁹⁶ Dem Art. 87 BayGO gehe es im Verhältnis zu rein privaten Marktteilnehmern um den Schutz privatunternehmerisch geprägter Marktstrukturen. Er stelle aber nicht auf die Lauterkeit des Marktverhaltens ab, also etwa auf Umstände, für die die Unlauterkeit der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit einer Gemeinde bereits aus anderen Gründen vorliegt, wie etwa wenn die amtliche Autorität oder Neutralität zu erwerbswirtschaftlichen Zwecken missbraucht wird.⁶⁹⁷ Der BGH sprach damit die Problematik von Marktzutrittsvorschriften an und erkannte, dass Verstöße gegen sie einen Rechtsbruch darstellen können, wenn sie sekundär eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion haben. Der Gesetzgeber hat diesen Passus aus der Entscheidung *Elektroarbeiten* sodann fast wörtlich in die Gesetzesbegründung übernommen.⁶⁹⁸

Wenn der Gesetzgeber die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zur Fallgruppe Rechtsbruch kodifizieren wollte, dann sind davon alle Wertungen und Auslegungsergebnisse mitumfasst, die durch diese Rechtsprechung getroffen worden sind. Für die Auslegung der geschützten Interessen lassen sich aus den Entscheidungen *Abgasemissionen* und *Elektroarbeiten* zwei wesentliche Wertungen ableiten: Erstens bedarf es einer zumindest sekundär wettbewerbsbezogenen Schutzfunktion der jeweiligen Primärnormen. Diese haben Vorschriften, die im Zuge einer anderen Zwecken dienenden Regelung sekundär die Funktion haben sollen, die Gegebenheiten eines bestimmten Marktes zu regeln (*Abgasemissionen*). Es können also durchaus Vorschriften ins UWG eingeleitet werden, die keine ausschließlich wettbewerbsrechtliche Schutzrichtung haben (z. B. Gesundheitsschutz, s. *Abgasemissionen*), wenn das Schutzgut im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsverhalten steht.⁶⁹⁹ Zweitens können auch Marktzutrittsregelungen erfasst sein, wenn sie dem Unternehmer den Marktzutritt verbieten und zwar aus Gründen die mit ihrem Marktverhalten zu tun haben und damit in der Folge zugleich die Art und Weise des Marktverhaltens reglementieren. Diese sekundäre bzw. auf die Lauterkeit des Wettbewerbs gerichtete Schutzfunktion hätten etwa Vorschriften, die für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten –

695 BGH, GRUR 2002, 825 (826) – *Elektroarbeiten*.

696 BGH, GRUR 2002, 825 (826) – *Elektroarbeiten*.

697 BGH, GRUR 2002, 825 (826) – *Elektroarbeiten*.

698 BT-Drs. 15/1487, S. 19.

699 BGH, GRUR 2000, 1076 (1078) – *Abgasemissionen*.

etwa ärztlicher Behandlungen – im Interesse des Schutzes der Allgemeinheit den Nachweis besonderer fachlicher Fähigkeiten fordern oder, dementsprechend für das hier relevante Feld des Rechtsdienstleistungsrechts, den Schutz vor unqualifizierter Rechtsberatung bezwecken.⁷⁰⁰ Daraus folgt, dass Vorschriften, insbesondere solche, die als Marktzutrittsregelungen als Voraussetzung zur Ausübung bestimmter Tätigkeiten Fähigkeitsnachweise fordern, dem Schutz von Allgemeinheitsrechtsgütern/wichtigen Gemeinschaftsgütern dienen (Gesundheitsschutz der Allgemeinheit bzw. Schutz der Allgemeinheit vor unqualifizierter Rechtsberatung) und damit im an sich irrelevanten Interesse der Allgemeinheit liegen, aber wiederum für den Rechtsbruch relevant sein können.⁷⁰¹ Denn nach Köhler (und auf ihn bezugnehmend *Elektroarbeiten*) seien solche Allgemeininteressen lediglich mittelbar geschützt, nämlich soweit es zu Wettbewerb unter Missachtung von gewichtigen Allgemeininteressen kommt und ein gesetzeswidriges Tätigwerden auf einem Markt in der Weise auf die Handlung ausstrahlt, dass diese gerade auch als Wettbewerbsverhalten unlauter ist.⁷⁰² Dieser Schutz von gewissen Allgemeininteressen verdichte sich aber zum Schutz der Rechte, Rechtsgüter und sonstigen Interessen der Marktteilnehmer, wenn sie die schutzwürdigen Interessen der Marktbeteiligten näher definieren, was in der Regel der Fall sei.⁷⁰³ So wäre zunächst zwar ein Allgemeininteresse betroffen (Gesundheitsschutz oder ordentliche Rechtspflege), welches dann aber in konkreter Ausprägung auch ein Marktteilnehmerinteresse definiert (z.B. Interesse am Gesundheitsschutz eines Patienten oder eines Rechtsuchenden an zuverlässiger Rechtsberatung). Solche wettbewerbsrelevanten Allgemeininteressen und Rechte, Rechtsgüter und Interessen der Marktbeteiligten bedingen sich daher gegenseitig, als dass diese Allgemeininteressen indirekt den Schutz der sonstigen Rechte, Rechtsgüter und Interessen der Marktteilnehmer abbilden, welche während des Marktverhaltens dann konkret in Gestalt eines spezifischen Interesses der Marktteilnehmer zum Tragen kommen.

Bei den mittlerweile anerkannten (doppelfunktionalen) Marktzutrittsvorschriften mit sekundär wettbewerbsbezogener Schutzfunktion ist der Schutz der sonstigen, z.B. gesundheitsbezogenen Interessen der Marktteilnehmer auch logische Folge ihrer Einbeziehung in das UWG. Denn die beispiel-

700 Köhler, NJW 2002, 2761 (2763) und im Anschluss die Gesetzesbegründung zu § 4 Nr. 11 UWG 2004, BT-Drs. 15/14876, S. 19.

701 BGH, NJW 2002, 2645 (2647) – *Elektroarbeiten*; Köhler, NJW 2002, 2761 (2762 f.); Köhler, GRUR 2001, 777 (780 f.).

702 Köhler, GRUR 2001, 777 (781). Auf diesen Aspekt hatte auch der BGH in *Elektroarbeiten* abgehoben, welche zur Gesetzesbegründung in BT-Drs. 15/1487 herangezogen worden ist.

703 Köhler, NJW 2002, 2761 (2763).

haft genannte Anforderung von Normen, als Voraussetzung für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten besondere fachliche Fähigkeiten zu fordern, wird denklogisch dort benötigt, wo eine bestimmte Sicherheit, Qualität oder Unbedenklichkeit einer Ware oder Dienstleistung zugunsten der Nachfrager sichergestellt werden soll. Ihre Sicherstellung ist jedoch nur dann erforderlich, wenn ansonsten die Gefährdung des Integritätsinteresses der Nachfrager zu besorgen ist. Diese Sicherheitsinteressen kommen nämlich erst mit dem Gebrauch der Ware oder Inanspruchnahme der Dienstleistung zum Tragen, liegen also im Nachfeld der Transaktion und beinhalten den logischen Schluss, dass die Marktpartner vor Beeinträchtigungen ihrer Rechte und Rechtsgüter bewahrt werden sollen. Die Unterwerfung einer Betätigung auf einem bestimmten Markt unter eine öffentlich-rechtliche Erlaubnis, damit im Interesse der Marktpartner (insbes. der Verbraucher) eine bestimmte Qualität, Sicherheit oder Unbedenklichkeit der angebotenen Waren oder Dienstleistungen sichergestellt wird, bezieht sich also gerade auf die der Transaktion nachgelagerten sonstigen Rechte, Rechtsgüter und Interessen der Marktteilnehmer.⁷⁰⁴ Das übergeordnete, für schützenswert erachtete Interesse mag dann zwar das der Allgemeinheit z. B. am Gesundheitsschutz sein. Auf konkreter Ebene der Marktteilnehmer schlägt sich das aber in dem Schutz der Gesundheit einer Marktteilnehmergruppe nieder. Diese unterschiedlichen Abstraktionsstufen lassen sich auch nicht trennen. Führt etwa ein Heilprediger als selbst ernannter Arzt, der über keinerlei fachliche Fähigkeiten verfügt, gefährliche Heilbehandlungen durch, mag dies einmal dem Allgemeinheitsinteresse am Gesundheitsschutz der Bevölkerung zuwiderlaufen, schlägt sich konkret aber auf die Rechtsgüter der Patienten durch.⁷⁰⁵ Wollte der Gesetzgeber also die Wertungen der neueren Rechtsprechung zum Rechtsbruch vollumfänglich übernehmen, können die geschützten Marktteilnehmerinteressen nicht auf die spezifisch wettbewerblichen Interessen beschränkt werden, sondern müssen bei Betrachtung der Entwicklungsgeschichte des Rechtsbruchtatbestandes und den sich auf sie beziehenden Materialien auch die wettbewerbsrelevanten Rechte, Rechtsgüter und Interessen, die nicht spezifisch mit der Nachfrageentscheidung zusammenhängen, enthalten.⁷⁰⁶

(d) Systematische Auslegung und Schutzzweckerwägungen

Für die Auslegung bedeutsam ist die auch die Stellung des Rechtsbruchtatbestandes im Gefüge der übrigen lauterkeitsrechtlichen Tatbestände im UWG im Allgemeinen und sein Verhältnis zur Schutzzweckklausel des § 1 Abs. 1 UWG im Speziellen.

⁷⁰⁴ *Elskamp*, S. 156.

⁷⁰⁵ Beispiel nach *Götting*, FS-Schricker 2005, 689 (700).

⁷⁰⁶ Ebenso *Hennigs*, S. 156 f.

(aa) Schutzzweck nicht allein auf wirtschaftliche Interessen beschränkt

In der Entwicklung des Rechtsbruchs waren Schutzzwecküberlegungen seit jeher Leitmotiv für seine Auslegung und wurden durch *Schrickers* Normzwecktheorie auf ein dogmatisches Fundament gesetzt.⁷⁰⁷ In der Tat ist der Rechtsbruchtatbestand in seiner kodifizierten Form mit der Schutzzweckklausel des § 1 Abs. 1 S. 1 UWG eng verknüpft. Die Schutzzweckklausel bildet nach der neueren Gesetzgebungstechnik grundsätzlich die Auslegungsdirektive für die Anwendung des Gesetzes, dessen Schutzzweck sie umschreibt.⁷⁰⁸ Sie ist daher schon aus diesem Grund für den Rechtsbruchtatbestand von immenser Bedeutung. Vor diesem Hintergrund, aber auch, weil sich die Interessen der Marktteilnehmer sowohl in ihr als auch im Rechtsbruchtatbestand wiederfinden, ist eine einheitliche Auslegung geboten.⁷⁰⁹ Die Interessenklausel in § 3a UWG wird daher zutreffend als Spiegelung des subjektiven Schutzzwecks in § 1 Abs. 1 S. 1 UWG angesehen.⁷¹⁰ Dies führt zu der Frage, welches Auslegungsverständnis § 1 Abs. 1 S. 1 UWG für die Marktteilnehmerinteressen des § 3a UWG fordert.

Wie oben dargestellt, besteht wohl Konsens darüber, dass das UWG allein die wettbewerblichen Interessen der Marktteilnehmer schützt und zwar gerade in Zusammenhang mit ihrer Stellung als Marktakteure.⁷¹¹ Auch nach der Schutzzweckklausel scheinen die wettbewerblichen Interessen, die aus der rollenspezifischen bzw. funktionsspezifischen Stellung der Marktteilnehmer erwachsen, maßgeblich zu sein.⁷¹² Die Rolle der Nachfrager im Marktgeschehen ist so gesehen die des Vertragspartners im Verhältnis zum anbietenden Unternehmer. Sie sind nicht losgelöst als Mensch geschützt.⁷¹³ Ihnen wird die Rolle eines Schiedsrichters zugedacht, der am Markt über das Leistungsangebot frei und unbeeinflusst von unsachlichen Beeinträchtigungen entscheiden können soll. Ebenso sollen die Mitbewerber ihr Leistungsangebot beeinträchtigungsfrei am Markt platzieren können. Der Konkurrenzkampf der Unternehmer soll also nicht zu Lasten der Marktteilnehmer geführt werden, als dass mit unerlaubten Mitteln auf Abnehmer oder Mitbewerber eingewirkt wird, um Mitbewerber auszubremsen bzw. Abnehmer auf die Seite des einen oder anderen Unternehmers und seines Leis-

707 *Schricker*, S. 250 ff.

708 *Fezer/Büscher/Obergfell/Fezer*, 3. Aufl. 2016, UWG, § 1 Rn. 19, 22; BGH, GRUR 2007, 800 (801) – *Außendienstmitarbeiter*.

709 *Alexander*, 2. Aufl. 2019, WbR, § 19 Rn. 1526.

710 v. *Walter*, S. 93.

711 *Gloy/Loschelder/Danckwerts/von Ungern-Sternberg/Schaub*, HdB WbR, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 22; GK-UWG/*Pahlow*, 3. Aufl. 2020, § 3a Rn. 64; v. *Walter*, S. 96; *Wuttke*, WRP 2007, 119 (122).

712 BT-Drs. 15/1487, S. 13.

713 GK-UWG/*Pahlow*, 3. Aufl. 2020, § 3a Rn. 64; *Gärtner/Heil*, WRP 2005, 20 (22).

tungsangebots zu ziehen. Dadurch würde die freie Entscheidungsfindung bzw. die Angebotsfreiheit des Mitbewerbers beeinträchtigt. Wird also mit täuschenden oder irreführenden Methoden auf die Marktgegenseite eingewirkt oder ein Mitbewerber behindert, ist ein rollenspezifisches und wettbewerbliches Interesse berührt. Dies entspricht dem Willen des Gesetzgebers, der mit der Schutzzweckklausel des § 1 Abs. 1 S. 1 UWG die Angebotsfreiheit der Wettbewerber und die Entscheidungsfreiheit der Marktgegenseite schützen will.⁷¹⁴ Weil insofern die (nachgelagerte) Beeinträchtigung der weiteren Rechte, Rechtsgüter und Interessen nicht auf das Entscheidungsverhalten der Marktgegenseite einwirkt und diese nicht in der Ausübung ihrer funktionspezifischen Rolle behindern kann, müssten diese Interessen außer Betracht bleiben.⁷¹⁵ Dies gälte dann ebenso für die in § 3a UWG genannten Marktteilnehmerinteressen. Dieser Schluss wäre folgerichtig, wenn der Schutzzweck des UWG *ausschließlich* auf diese wirtschaftlichen Interessen beschränkt wäre. Schon die Ausführungen in den Materialien sprechen allerdings gegen eine solche Restriktion. Denn die Angebotsfreiheit der Wettbewerber und die Entscheidungsfreiheit der Marktgegenseite werden nur „insbesondere“⁷¹⁶ geschützt, d. h. nicht allein oder ausschließlich. Selbst wenn der Gesetzgeber zum Kodifikationszeitpunkt allein die zu dieser Zeit maßgeblichen funktionstypischen Interessen schützen wollte, hat sich der Umfang der funktionstypischen Interessen erweitert. Spätestens seit der Novelle 2008 kann die funktionale Stellung der Marktgegenseite nicht mehr ausschließlich im Zusammenhang mit ihrer Nachfrageentscheidung betrachtet werden. Das entscheidende Handlungsspektrum ist seitdem nämlich über die Transaktionsanbahnung und den Transaktionsabschluss hinaus erweitert worden. Durch die Erweiterung der geschäftlichen Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG auf Verhaltensweisen nach einem Geschäftsabschluss, muss der Marktteilnehmer analog in seiner Stellung als Vertragspartner auch im nachgelagerten Bereich der Transaktion geschützt werden, in dem es eben auch um die Integritätsinteressen des Marktpartners gehen kann. Wenn sich so der rollenspezifische Schutz erweitert, muss dies auch für die geschützten Interessen gelten.

(bb) Systematik überwiegend, aber nicht allein auf wirtschaftliche Interessen bezogen

Dem sonach nicht ausschließlich auf wirtschaftliche Interessen der Marktteilnehmer beschränkten Schutz des UWG entspricht es, dass die Tatbestände im System des UWG ebenfalls nicht allein diese wirtschaftlichen

714 BT-Drs. 15/1487, S. 13.

715 Dettmar, S. 83.

716 BT-Drs. 15/1487, S. 13.

Interessen schützen.⁷¹⁷ Zwar ist es richtig, dass das Gros der Vorschriften, wie §§ 3 Abs. 2, 4a, 5, 5a und 5b UWG entsprechend dem Leitgedanken des Schutzzwecks des UWG, den Marktteilnehmer gerade im Kern seiner Schiedsrichterfunktion zu schützen, tatsächlich auf die Gewährleistung einer freien und informierten geschäftlichen Entscheidung der Marktgegenseite gerichtet ist. Von einer *durchgängigen* Ausgestaltung der Normen des UWG als wettbewerbsbezogene Verbotstatbestände kann aber keine Rede sein. Im Gefüge des UWG finden sich vielmehr Tatbestände, die nicht allein auf den Schutz spezifisch wettbewerbsbezogener, also wirtschaftlicher Interessen abzielen, sondern auch andere Rechtsgüter erfassen. So ist beispielsweise der § 7 UWG eine Vorschrift, die die Marktgegenseite vor unzumutbaren Belästigungen durch Unternehmer schützt. Nach seinem Regelungszweck schützt er die Marktgegenseite nicht vor Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit, sondern vor Verletzungen ihrer Persönlichkeitsphäre als sonstiges Rechtsgut, welches offensichtlich mit der Schiedsrichterfunktion und der Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer nichts zu tun hat.⁷¹⁸ Der § 7 UWG hat daher keine wirtschaftliche, sondern eine persönlichkeitsrechtliche Zielsetzung.⁷¹⁹ Außerdem ist mit § 3a UWG selbst eine Bestimmung in das UWG aufgenommen worden, die nicht ausschließlich spezifisch wettbewerbsbezogene Rechtsgüter schützt, sondern Vorschriften einbezieht, die sekundär eine andere Schutzfunktion haben können. So ist der § 3a UWG selbst der beste Beweis für die Möglichkeit der Einbeziehung nicht-wirtschaftlicher Interessen. Denn gesetzliche Vorschriften können einen zweigleisigen Schutzzweck besitzen, der sich neben wirtschaftlichen Interessen zugleich auf nicht-wirtschaftliche Interessen beziehen kann. Werden dann unter dem Aspekt des Schutzes wirtschaftlicher Marktteilnehmerinteressen solche Vorschriften über den Rechtsbruchtatbestand in das UWG einbezogen, gelangen so auch die nicht-wirtschaftlichen Interessen zur Geltung. Dies zeugt davon, dass nach der Systematik des UWG auch nicht-wirtschaftliche Interessen berücksichtigt werden können.

(cc) Kein Systemwiderspruch durch mittelbare Einbeziehung von Allgemeininteressen

Die Einbeziehung der nicht-wirtschaftlichen Rechte, Rechtsgüter und Interessen könnte sich aber als systemwidrig darstellen, wenn dadurch unzulässigerweise zugleich abstrakte Allgemeininteressen in das UWG Einzug

⁷¹⁷ So aber *Wuttke*, WRP 2007, 119 (123).

⁷¹⁸ BT-Drs. 15/1487, S. 42; s. a. die Wortmeldung der damaligen Bundesjustizministerin *Brigitte Zypries* in BR-PIPr. 799, S. 188(B).

⁷¹⁹ Ebenso *Gloy/Loschelder/Danckwerts/von Ungern-Sternberg/Schaub*, 5. Aufl. 2019, HdB WbR, § 23 Rn. 20; *Elskamp*, S. 149 f.; *Beater*, WRP 2012, 6 (10 f.).

fänden. Reine Allgemeininteressen als solche, wie etwa die Rechtspflege, der Gesundheitsschutz der Bevölkerung etc. sind durch das UWG nicht unmittelbar geschützt, d. h. sofern sie auf konkreter Ebene kein Marktteilnehmerinteresse definieren und damit keinen Wettbewerbsbezug haben. Dies folgt daraus, dass der § 1 Abs. 1 S. 2 UWG als Subkategorie von Allgemeininteressen nur das Interesse am unverfälschten Wettbewerb nennt. Sonstige Allgemeininteressen sind also nicht direkter Schutzgegenstand des Lauterkeitsrechts.⁷²⁰ *Scherer* sieht indes die Gefahr, dass die Berücksichtigung von Normen, die den Schutz von abstrakten Interessen der Marktteilnehmer an ihrer Gesundheit, dem Schutz ihrer Umwelt, ihrem Schutz als Arbeitnehmer, Verkehrsteilnehmer, Schwangere, Jugendliche etc. bezwecken, zu einer mittelbaren Reintegration dieser Allgemeininteressen aus nicht-wettbewerbsbezogenen Gesetzen in das UWG „durch die Hintertür“ führen würde.⁷²¹ Dies bedeute einen Rückfall in die vorrechtliche Zeit des Rechtsbruchs und damit eine Rückkehr zum Wertbezug der Vorschriften, der durch den Gesetzgeber jedoch aufgegeben worden ist.⁷²²

Dass ein mittelbarer Schutz von Allgemeininteressen durch den Gesetzgeber mit § 1 Abs. 1 S. 1 UWG nicht gewollt war, kann dem jedoch nicht entnommen werden. Er ist auch aufgrund des übergeordneten Konzepts der Schutzzweckklausel nicht zu beanstanden. Die Funktion der Schutzzweckklausel im System des UWG ist es, dem Richter einen verlässlichen und zugleich bindenden Maßstab für die Auslegung der lauterkeitsrechtlichen Tatbestände zu geben.⁷²³ Es geht bei der Auslegung des Rechtsbruchtatbestandes aber nicht um Wertungen, die der Richter im Rahmen der Rechtsfindung und ggf. -fortentwicklung zu treffen hat, sondern um solche des Gesetzgebers. Der Gesetzgeber kann freilich eigene Wertenscheidungen bei der Normengestaltung treffen. So kann er, wie etwa im Falle des Rechtsbruchs, entscheiden, ob im UWG Tatbestände implementiert werden sollen, die auch, d. h. neben den transaktionsbezogenen Marktteilnehmerinteressen, andere Interessen und Schutzzwecke einbeziehen, wie etwa gesundheits- oder sicherheitsbezogene Interessen, oder eben mittelbar auch Allgemeininteressen, die nicht unbedingt vollständig mit der Schutzzweckklausel anbinden. Es ist nämlich Sache des Gesetzgebers, die geschützten wettbewerbliehen Interessen extensiver zu verstehen, als es der Schutzzweck des UWG vorsieht und als es der Richter bei seiner Auslegung des UWG sonach tun dürfte.

720 BT-Drs. 15/1487, S. 16 sowie mit zutreffenden Erwägungen *Scherer*, WRP 2006, 401 (403).

721 *Scherer*, WRP 2006, 401 (403 f.).

722 Fezer/Büscher/Obergfell/Götting/Hetmank, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 63a; BT-Drs. 15/1487, S. 16.

723 Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 1 Rn. 6; *Hetmank*, GRUR 2014, 437 (440); *Wuttke*, WRP 2007, 119 (122).

Der Gesetzgeber hat in diesem Fall bewusst eine Wertentscheidung getroffen und mit dem Rechtsbruchtatbestand einen Tatbestand geschaffen, der Normen einbeziehen kann, die *neben* den spezifisch wettbewerblichen Schutzzwecken darüber hinaus auch andere Schutzzwecke enthalten und anderen Interessen dienen können, wie etwa den Integritätsinteressen der Marktgegenseite und damit mittelbar der Allgemeinheit.⁷²⁴ Primärnormen, die in diesen Fällen einen zwei- oder mehrgleisigen Schutzzweck enthalten, lassen sich als koinzidierte Normen bezeichnen, da in ihnen mehrere Schutzzwecke aufeinandertreffen. Diese Wertentscheidung fußt dabei auf dem Grundsatz der Gewaltenteilung, der der Exekutive eigene Befugnisse belässt, in die die Judikative durch eine entgegengesetzte Auslegung nicht eingreifen darf. Solche koinzidierten Normen können dann unbedenklich über den Rechtsbruchtatbestand in das UWG transformiert werden, weil das Scharnier des § 3a UWG, welches ihre Einbeziehung eröffnet, auf dem bewussten Willen des Gesetzgebers beruht und diesem weder durch Richter noch Rechtsanwender über den Mund gefahren werden darf. So gesehen können durchaus durch den Rechtsbruchtatbestand nicht spezifisch wettbewerbsbezogene Interessen der Marktteilnehmer und mittelbar auch Allgemeininteressen einbezogen werden.⁷²⁵ Die Schutzzweckklausel des § 1 Abs. 1 S. 1 UWG überformt die Wertentscheidung des Gesetzgebers im Hinblick auf § 3a UWG nicht. Denn dies würde dem Grundsatz der Gewaltenteilung nach Art. 20 Abs. 3 GG zuwiderlaufen. Es mag so zu einer systematischen Inkonsequenz zwischen Schutzbereich und den tatsächlich von den Tatbeständen geschützten Interessen kommen, was man durchaus als systematisch verunglückt monieren kann. Das ist aber von dem Gesetzgeber bewusst so in Kauf genommen worden und daher nicht zu beanstanden.

Die Möglichkeit der mittelbaren Einbeziehung von Allgemeininteressen ergibt sich bei näherem Hinsehen sogar aus der Abkehr von wertbezogenen Vorschriften selbst. Nach der früheren Rechtsprechung waren wertbezogen und damit i. S. d. Rechtsbruchs sittenwidrig auch solche Vorschriften, die dem *unmittelbaren* Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsguts dienen, wie etwa der Rechtspflege, dem Jugendschutz oder dem Wettbewerb als Institution. Wenn der Gesetzgeber diesen Wertbezug aufgeben wollte, kann mit dieser Entscheidung auch nur der Wille einhergehen, eben auch nur die *unmittelbare* Einbeziehung wichtiger Gemeinschaftsgüter aufzugeben. Ihr mittelbarer Schutz bleibt damit zulässig, wenn so zugleich die wettbewerbsbezogenen Interessen der Marktteilnehmer näher definiert werden.

⁷²⁴ Für diese Öffnung sorgt das „auch“ im Wortlaut, vgl. oben unter B.III.2.b) cc) (4) (b).

⁷²⁵ *Beater*, 2. Aufl. 2011, UnlWb, § 30 Rn. 2524.

(dd) Schutz gewisser Allgemeininteressen durch den Gesetzgeber akzeptiert

Ausweislich der Materialien sollen „gewisse Interessen der Allgemeinheit“⁷²⁶ auch durchaus geschützt sein. Dies ist weitergehend als das geschützte Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb in § 1 Abs. 1 S. 2 UWG. Außerdem wird in diesem Zusammenhang auch von einem weiteren Schutzbereich des UWG (im Vergleich zur UGP-RL, die ausschließlich die Informiertheit und Entscheidungsfreiheit von Verbrauchern schützt) gesprochen, sodass durchaus anzunehmen ist, dass eben nicht nur die spezifisch wettbewerbsbezogenen Interessen der Nachfrager i. S. d. UGP-RL durch das UWG geschützt sind, sondern auch darüberhinausgehende Rechte, Rechtsgüter und Interessen. Die Aussage, dass gewisse Interessen der Allgemeinheit geschützt seien sowie dass das UWG einen weiteren Schutzbereich habe als durch die UGP-RL vorgegeben, wäre andernfalls eine inhaltsleere Aussage.

Nach der Analyse der Systematik des UWG und seiner Schutzzwecke ist es sicherlich so, dass das UWG *primär* auf den Schutz der Entscheidungsfreiheit und der Informiertheit der Entscheidungsfindung, mithin auf wirtschaftliche Marktteilnehmerinteressen gerichtet ist und auch einen entsprechenden Schutzzweck verfolgt. Die Existenz vor allem des § 3a UWG und § 7 UWG belegt, dass diese Zielrichtung nicht die einzige sein kann. Es scheint vielmehr so zu sein, dass auch nicht-wirtschaftliche Interessen, Rechte und Rechtsgüter einbezogen werden können. Mit der Erweiterung der geschäftlichen Handlung durch die Novelle 2008 auf den nachvertraglichen Bereich ist zudem klargestellt worden, dass es eben nicht nur um Verhaltensweisen geht, die im Vorfeld des Transaktionsabschlusses gegen eine freie und informierte Entscheidung abzielen, sodass sich die Funktion des Marktteilnehmers auch nicht auf eine darauf bezogene Schiedsrichterfunktion beschränken kann. Zudem sollte durch die Aufgabe des Wertbezugs der Normen und die Festschreibung der Rechtsprechung aus *Abgasemissionen* und *Elektroarbeiten* auch nur die Einbeziehung unmittelbar und einzig auf Allgemeininteressen gerichteter Normen ausgeschlossen werden. Dass dem Schutzzweck nach mittelbar Allgemeininteressen in das UWG einbezogen werden können, wenn sie auf Mikroebene die Interessen der einzelnen Marktteilnehmergruppen spezifizieren, wird dadurch gerade nicht ausgeschlossen, was der Gesetzgeber durch den Schutz von gewissen Allgemeininteressen in den Materialien wohl auch relativ klar angesprochen hat.

726 BT-Drs. 16/10145, S. 11.

(e) Teleologische Auslegung

Fraglich ist ferner, ob eine Erstreckung auf sämtliche Interessen, Rechte und Rechtsgüter der Marktteilnehmer eine teloswidrige Extension des Schutzzumfangs des Rechtsbruchtatbestandes bedeute, mit dem jegliche Begrenzungsbemühungen in der bisherigen Rechtsentwicklung konterkariert würden und der Verfolgung von unzählbaren Bagatelverstößen Tür und Tor geöffnet würde, was schließlich dem Ziel des UWG zuwiderliefe, ein liberales Wettbewerbsrecht zu schaffen.⁷²⁷

Sinn und Zweck der Kodifikation des Rechtsbruchtatbestandes war es, die in *Abgasemissionen* vollzogene Anerkennung der Normzwecktheorie gesetzlich festzuschreiben.⁷²⁸ Die darin entwickelte Lehre vom Marktbezug sah vor, dass nur die Verletzung solcher Normen das Unlauterkeitsurteil tragen kann, die entweder unmittelbar oder jedenfalls mittelbar das Marktverhalten aller am Markt tätigen Unternehmen regeln. Damit war eine Filterfunktion beabsichtigt, die den Kreis der wettbewerbsrechtlich relevanten Normen eingrenzen und verhindern sollte, dass über die Generalklausel des UWG unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs eine Art Popularklage geschaffen wird.⁷²⁹ Hierauf beruht auch der Telos des Rechtsbruchtatbestandes, nach dem es entgegen der vorrechtlichen Rechtsprechungspraxis nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts ist, alle denkbaren Gesetzesverstöße im Zusammenhang mit geschäftlichen Handlungen lauterkeitsrechtlich zu sanktionieren. Vielmehr liegt der Zweck in der Regelung des Marktverhaltens der Unternehmen im Interesse der § 1 Abs. 1 S. 1 UWG genannten Bezugs-subjekte.⁷³⁰ Daher erscheint es aus teleologischer Sicht zunächst zutreffend, eine extensive Auslegung der geschützten Interessen als mit dem Telos der Vorschrift nicht vereinbar anzusehen. Denn dies würde im Gegensatz zu der auf den ersten Blick vom Gesetzgeber beabsichtigten Liberalisierung des Wettbewerbsrechts und der zu verhindernden Gängelung der Wirtschaft stehen.⁷³¹ Die zum Zeitpunkt der Kodifizierung seit über einem Jahrhundert unverändert bestehenden restriktiven Strukturen sollten so aufgebrochen werden.⁷³²

727 So die Kritik etwa von Ohly/Sosnitzer/Ohly, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 25; Fezer/Büscher/Obergfell/Götting/Hetmank, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 63a; Alexander, 2. Aufl. 2019, WbR, Rn. 1529; Hetmank, JZ 2014, 120 (121, 123).

728 GK-UWG/Pahlow, 3. Aufl. 2020, § 3a Rn. 5.

729 Zu allem näher: Fezer/Büscher/Obergfell/Götting/Hetmank, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 11.

730 MüKoUWG/Schaffert, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 14; Weber, GRUR 2019, 905 (910).

731 Vgl. BT-PIPr. 15/63, S. 5362 (D) und 5363 (A).

732 BT-PIPr. 15/63, S. 5363 (A).

Dies lässt allerdings unberücksichtigt, dass die Liberalisierungszielsetzung nicht alleiniger Sinn und Zweck des Rechtsbruchtatbestandes war. Zugleich sollte ein weiter und wirksamer Schutz der Marktgegenseite und insgesamt eine verbraucherfreundliche Politik erreicht werden.⁷³³ Der Gesetzgeber wollte nur dort eine Liberalisierung vornehmen, wo Dritte nicht betroffen sind.⁷³⁴ Der Verbraucher sollte außerdem vor minderwertigen Waren geschützt werden, womit ebenfalls der Schutz ihrer nachgelagerten Integritätsinteressen angesprochen wird.⁷³⁵ Zu diesem Zweck hat sich der Schutz der Verbraucher und generell der Marktgegenseite von dem Zeitpunkt der Transaktion auf ihr Vor- sowie Nachfeld erweitert. Außerdem sollte eine Begrenzung des Rechtsbruchtatbestandes nicht seine Fortentwicklung behindern. Im Gegenteil: Neu auftretende Problemfälle sollten im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung gelöst werden.⁷³⁶ Welche Interessen der Marktteilnehmer durch den Rechtsbruchtatbestand konkret gemeint sind, war so ein neu auftretender Problemfall. Die Rechtsprechung hat sich ihm angenommen und ihn in *Golly Telly* entschieden. Verstöße gegen Normen, die im Zusammenhang mit nicht-wirtschaftlichen Rechten, Rechtsgütern und Interessen stehen, sind nach dieser Entscheidung klar vom Rechtsbruchtatbestand erfasst.⁷³⁷

Tatsächlich aber erscheinen die vordergründig nicht von der Hand zu weisenden teleologischen Bedenken gar nicht so relevant, wie es scheint. Denn die aktuelle Rechtspraxis und Auslegung selbst nach der extensiven Auffassung werden durchaus dem Telos gerecht, eine Ausuferung des Rechtsbruchtatbestandes und damit die Sanktionierung jeglicher Gesetzesverstöße zu vermeiden. Durch die Einschränkung, dass die Norm gerade vor einer marktrelevanten Beeinträchtigung der sonstigen Interessen, Rechte und Rechtsgüter schützen müsse, wird die Sanktionierung von Wettbewerbsverstößen nur auf die marktrelevanten Verstöße beschränkt.⁷³⁸ Damit steht auch die extensive Auslegung im Einklang mit dem Telos des Rechtsbruchtatbestandes, jedenfalls wenn man etwaige teleologische Bedenken als durchgreifend betrachten wollte, was nach hier vertretener Ansicht jedoch nicht der Fall ist.

733 BT-PIPr. 15/63, S. 5362 (D), 5363 (B).

734 BR-PIPr. 799, S. 188 (A).

735 BT-PIPr. 15/63, S. 5363 (B).

736 BT-Drs. 15/1487, S. 13.

737 BGH, GRUR 2010, 754 (755 f.) – *Golly Telly*.

738 Vgl. hierzu Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.67; jurisPK-UWG/Diekmann, 5. Aufl. 2021, § 3a Rn. 79; BGH, GRUR 2019, 970 (972 f.) – *Erfolgshonorar für Versicherungsberater*; BGH, GRUR 2016, 513 (514 f.) – *Eizellspende*.

Durch den weiten Schutz der sonstigen Rechte, Rechtsgüter und Interessen der Marktteilnehmer verkommt der Rechtsbruchtatbestand demnach nicht zu einer Vorschrift, die eine allumfassende Sanktionierung von Gesetzesverstößen eröffnet. Der gewollten Begrenzungsfunktion des Rechtsbruchtatbestandes wird mit dem Erfordernis, dass die sonstigen Rechte, Rechtsgüter und Interessen gerade durch marktrelevantes Verhalten der Marktteilnehmer beeinträchtigt werden müssten, Genüge getan.

(f) Unionsrechtskonforme Auslegung

Eine richtliniennahe Auslegung spricht ebenfalls dafür, die Interessen der Marktteilnehmer nicht nur auf wirtschaftliche Interessen zu beschränken. Die Vertreter der funktionsorientierten Auffassung meinen zwar, dass insbesondere Art. 5 und 7 der Richtlinie ein wettbewerbsfunktionales Verständnis nahelegen, weil es u. a. diesen Tatbeständen darum ginge, eine unlautere Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers zu unterbinden.⁷³⁹ Dies benennt die Richtlinie explizit in ErGr. 7 S. 1. Aus dieser verbraucherschützenden Konzeption der Richtlinie entnehmen die Vertreter dieser Auffassung, dass die funktionstypische Stellung der Marktgegenseite ausschließlich mit dem Treffen der Nachfrageentscheidung zusammenhängen müsse und sonach ausschließlich die wirtschaftlichen, also mit der Freiheit und Informiertheit dieser Nachfrageentscheidung zusammenhängenden Interessen zu berücksichtigen seien. Dieser Schluss ist hingegen nicht zwingend. Die UGP-RL verlangt vom nationalen Lauterkeitsrecht ausschließlich in ihrem Anwendungsbereich Vollharmonisierung. Dementgegen lässt sie Schutzaspekte, die den Verbraucher „als solchen“ betreffen (d. h. beispielsweise Rechtsvorschriften in Bezug auf die Gesundheits- und Sicherheitsaspekte von Produkten) unberührt, wie sich aus Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie ergibt. Gleiches gilt auch nach Art. 3 Abs. 4 und 8, nach denen die Richtlinie nationale Rechtsvorschriften zur Regelung besonderer Geschäftspraktiken sowie alle Niederlassungs- oder Genehmigungsbedingungen, berufsständischen Verhaltenskodizes und Regeln für reglementierte Berufe unberührt lässt. Diese Regelungen betreffen ebenfalls auch andere Rechte, Rechtsgüter und Interessen und hängen auch nicht unbedingt mit der Nachfrageentscheidung der Marktgegenseite zusammen, was auch in den ErGr. 9 S. 2 und 3 sowie ErGr. 7 S. 2 bis 6 der Richtlinie deutlich wird. Dies wird durch die funktionsorientierte Auffassung im Grundsatz auch nicht anders gesehen.⁷⁴⁰ In diesen Ausnahmebereichen bleibe die Beachtung sonstiger Rechte, Rechtsgüter und Interessen auch nach der funktionstypischen Auffassung zulässig.

⁷³⁹ Ohly/Sosnitza/Ohly, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 25; Glöckner GRUR 2013, 568 (571).

⁷⁴⁰ Ohly, FS-Köhler 2014, 511 (513).

Sie will jedoch aufgrund des überwiegend unionsrechtlich determinierten Tatbestandsgefüges des UWG den unionsrechtlichen Verbraucherschutzgedanken gleichwohl auf die nicht-harmonisierten Bereiche des Lauterkeitsrechts applizieren und so den „Geist der Richtlinie“⁷⁴¹ fortführen, um eine Aufspaltung in einen engen unionsrechtlichen und einen weiten nationalen Verbraucherschutzbegriff zu verhindern.⁷⁴² Aus ErGr. 7 S. 5 der Richtlinie ist jedoch zu schließen, dass nach dem Unionsgesetzgeber nationale Regelungen, die mit der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers nichts zu tun haben, nicht nur zulässig, sondern geradezu *erwünscht* sind.⁷⁴³ Es besteht daher ein gewisser Auftrag des Unionsgesetzgebers an den nationalen Gesetzgeber, auch Handlungen zu regeln, die sich auf sonstige, nicht-wirtschaftliche Interessen, insbesondere auf Integritätsinteressen beziehen, wenn dies aus Sittlichkeits- und Anstandsgründen geboten erscheint. Zudem wird übersehen, dass sich die UGP-RL systematisch selbst nicht streng an das von ihr postulierte Ziel hält, den Verbraucher vor der Beeinflussung ihrer Nachfrageentscheidung durch unlautere Geschäftspraktiken zu schützen. So ist es z. B. nach Nr. 26 des Anhangs I zur UGP-RL verboten, den Verbraucher hartnäckig und unerwünscht werblich durch Fernkommunikationsmittel anzusprechen. Wohl kaum dürfte der Verbraucher dadurch wirklich veranlasst werden, einen ungewollten Geschäftsabschluss einzugehen, um der belästigenden Werbung zu entgehen. Es liegt näher, dass der Verbraucher in seiner Privatsphäre vor belästigender Werbung geschützt werden soll.⁷⁴⁴ Auch dies ist Teil des Geistes der Richtlinie. Unionsrechtlich spricht also viel dafür, dass die Richtlinie in den nicht harmonisierten Bereichen den Schutz nicht-wirtschaftlicher Interessen durch das nationale Recht wünscht, sofern dies nach Auffassung des nationalen Gesetzgebers geboten erscheint.

(g) Weitere Erwägungen

Ordnungspolitisch ermöglicht es der Schutz sämtlicher Rechte, Rechtsgüter und Interessen der Marktteilnehmer, etwaige Sanktionsdefizite auszugleichen. Denn viele Normen, die den Schutz dieser nicht-wirtschaftlichen Interessen zum Gegenstand haben, finden auch einen Anknüpfungspunkt im

741 Ohly, FS-Köhler 2014, 511 (513).

742 Ohly/Sosnitza/Ohly, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 25.

743 ErGr. 7 S. 5: „Die Mitgliedstaaten sollten daher im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht in ihrem Hoheitsgebiet weiterhin Geschäftspraktiken aus Gründen der guten Sitten und des Anstands verbieten können, auch wenn diese Praktiken die Wahlfreiheit des Verbrauchers nicht beeinträchtigen“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

744 In diese Richtung auch Henning-Bodewig, FS-Schricker 2005, 705 (712), nach der in der Liste des Anh. I zur UGP-RL bei Teilen der darin genannten Beispielsfälle das durch die Richtlinie selbst gewählte Kriterium der wirtschaftlichen Beeinflussung der Verbraucherentscheidung „*zweifelhaft*“ sei.

Ordnungsrecht, im Rahmen dessen den Ordnungsbehörden ein Ermessensspielraum offensteht. Von den Vertretern der funktionsorientierten Auffassung wird das kritisiert, weil die so eröffnete Möglichkeit sämtlicher aktivlegitimierter Gruppen nach § 8 Abs. 3 UWG, solche Primärnormverstöße lauterkeitsrechtlich über den Rechtsbruchtatbestand zu unterbinden, diesen öffentlich-rechtlichen Ermessensspielraum überzeichne.⁷⁴⁵ Als Beispiel soll die *Kontaktanzeigen*-Entscheidung des BGH dienen, in dem dieser die dem Opportunitätsprinzip unterliegende ordnungswidrige Prostitutionswerbung nach § 120 OWiG als taugliche Primärnorm ansah.⁷⁴⁶ Weil es sich bei dieser Vorschrift aber um eine Ermessensvorschrift handelt, dürften mit der Aktivlegitimation der Konkurrenten diese öffentlich-rechtlichen Ermessensspielräume nicht privatrechtlich unterlaufen werden. Allerdings wird dabei übersehen, dass es für die Sanktionenkonkurrenz durchaus einen Unterschied macht, ob sich eine verwaltungsrechtliche Sanktionsmöglichkeit aus ordnungswidrigkeits- oder strafrechtlichen Gründen oder aus zivilrechtlichen Gründen rechtfertigt. Denn das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht hat eine völlig andere Zielsetzung als das Zivil- und Lauterkeitsrecht. So mag beispielsweise die Grenze zur Ahndung sozialschädlichen Verhaltens mittels des Ordnungswidrigkeiten- oder Strafrechts noch nicht überschritten sein und sich die Ordnungsbehörden daher noch nicht zum Einschreiten veranlasst sehen. Indes kann das gleiche Verhalten lauterkeitsrechtlich sehr wohl sanktionswürdig erscheinen. Zu einem Sanktionskonflikt kommt es angesichts der unterschiedlichen Zielrichtungen der möglichen Sanktionen daher nicht. Mit *Ohly* lässt sich zwar einwenden, dass der Ausgleich von Sanktionsdefiziten einheitlich im Ordnungsrecht zu suchen sei.⁷⁴⁷ Dabei handelt es sich jedoch mehr um einen rechtspolitischen Vorschlag als um einen nach geltendem Recht zwingenden Schluss.

(h) Zwischenergebnis

Die methodische Analyse der Interessenklausel hat ergeben, dass keine Auslegungsmethode die funktionsorientierte Ansicht zwingend stützt. Sie hat stattdessen gezeigt, dass sich die geschützten Marktteilnehmerinteressen nicht auf die wirtschaftlichen Marktteilnehmerinteressen beschränken können, sondern auch die sonstigen Interessen, Rechte und Rechtsgüter erfassen. Erste Anhaltspunkte hierfür bietet schon der unbeschränkte und trotz Kenntnis des Gesetzgebers von dem Streitstand seit 2004 unveränderte Wortlaut der normenspezifischen Tatbestandskomponente, der durch das le-

⁷⁴⁵ Ohly/Sosnitza/Ohly, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 25.

⁷⁴⁶ Ohly, FS-Köhler 2014, 507 (514) mit Verweis auf BGH, GRUR 2006, 1042 – *Kontaktanzeigen*.

⁷⁴⁷ Ohly, FS-Köhler 2014, 507 (514 f.).

diglich sekundäre Erfordernis eines Interessenschutzes der Marktteilnehmer auch für andere Wertungen und Interessenvorstellungen des Gesetzgebers offensteht und nicht passgenau entlang der primär im UWG formulierten wirtschaftlichen Schutzzwecke konzipiert ist.

Entscheidend sind aber die Ergebnisse der systematischen Auslegung. Die geschäftliche Handlung ist seit dem UWG 2008 nicht nur auf Tathandlungen bis zum Geschäftsabschluss beschränkt, sondern erfasst auch das nachvertragliche Verhalten der Vertragsdurchführung. Hierbei geht es denklogisch nicht mehr allein um eine freie und informierte Entscheidung, sondern auch um andere, nämlich nicht-wirtschaftliche sowie Integritätsinteressen der Marktteilnehmer. Der heutige Schutz des UWG in Bezug auf die Marktteilnehmerinteressen, wie er auch durch die Schutzzweckklausel bestimmt wird, muss also über die reinen wirtschaftlichen Interessen hinausgehen, ansonsten wäre die Erweiterung auf das nachvertragliche Aktionsspektrum schwer nachvollziehbar. Anders wäre auch die Existenz des § 7 UWG nicht zu erklären, der die Privat- und Persönlichkeitssphäre des Marktteilnehmers als sonstiges Rechtsgut schützt. Dementsprechend ist die zutreffend herangezogene funktionstypische Rolle des Marktpartners auch nicht (mehr) nur die des „Entscheiders“, sondern auch die des „Opfers“ eines Leistungs- oder Warenangebots, welches seine Integritäts- oder sonstigen Interessen beeinträchtigen kann.

Es entspricht überdies dem Systemgedanken des Gesetzgebers, dass durch den Rechtsbruchtatbestand gewisse Allgemeininteressen mittelbar in das UWG transportiert werden können, nämlich, wenn diese die Marktteilnehmerinteressen auf der Ebene der konkreten Handlung definieren. Durch die Kodifikation des Rechtsbruchtatbestandes wollte der Gesetzgeber nur die unmittelbare Einbeziehung von Allgemeininteressen und Gemeinschaftsgütern durch die Abkehr von wertbezogenen Normen ohne Bezug zum Wettbewerbsgeschehen unterbinden, die der BGH bis zu seinem Rechtsprechungswechsel in *Abgasemissionen* und *Elektroarbeiten* ermöglicht hatte. In diesen Entscheidungen, die der Gesetzgeber zur Grundlage seiner Kodifikation der vormaligen Fallgruppe Rechtsbruch machte, ging es aber bei genauem Hinsehen ebenfalls nicht um wirtschaftliche Interessen. So sollten auch Vorschriften über den Rechtsbruch in das UWG einbezogen werden, die zumindest auch eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion haben, insbesondere solche, die als Voraussetzung für die Aufnahme einer Tätigkeit den Nachweis bestimmter Fähigkeiten fordern. Die Voraussetzung über den Nachweis bestimmter Fähigkeiten dient offensichtlich dem Schutz der Marktgegenseite vor der Beeinträchtigung ihrer Integritätsinteressen durch eine unsachgemäße und schädliche Leistungserbringung. Dadurch sind dann evident auch nicht-wirtschaftliche Interessen geschützt, die mit der freien Nachfrageentscheidung und der Informiertheit der Entscheidung

nichts zu tun haben. Der Gesetzgeber hat in Kauf genommen, dass diese „auch“ berücksichtigt werden können. Solche Interessen können zwar auch im Allgemeininteresse, z. B. im Allgemeininteresse am Schutz des Rechtsverkehrs und der Rechtsordnung oder der Rechtspflege generell liegen, die nicht direkt geschützt werden, wenn sie das einzige Schutzgut der in Frage stehenden Vorschrift sind. Definieren Vorschriften, die diese Allgemeininteressen zum Schutzzweck haben jedoch die Marktteilnehmerinteressen näher, nämlich indem sie z. B. auf konkreter Ebene auch den Schutz der Rechtsuchenden bezwecken, stellt es kein Problem dar, wenn die diesem Schutzzweck zugrundeliegenden übergeordneten Allgemeininteressen mittelbar dann doch in das UWG Einzug finden. Diese Folgerungen ergeben sich eindeutig aus den Wertungen der Entscheidungen *Abgasemissionen* und *Elektroarbeiten*, die der Gesetzgeber in den Rechtsbruchtatbestand überführen wollte.

Somit ist festzuhalten, dass die in § 3a UWG und damit übereinstimmend die in § 1 Abs. 1 S. 1 UWG genannten Marktteilnehmerinteressen nicht auf die wirtschaftlichen Marktteilnehmerinteressen beschränkt sind. Vielmehr sind alle denkbaren Interessen, Rechte und Rechtsgüter der Marktteilnehmer mit der Interessenklausel gemeint. Da sich die Interessen nicht beliebig weit vom wettbewerblichen Geschehen entfernen dürfen, ist es aber sinnvoll, eine Anbindung an die Marktteilnahme zu verlangen, wie es die extensive Ansicht fordert. Daher sind mit Interesse der Marktteilnehmer alle Interessen, sowohl wirtschaftliche als auch nicht-wirtschaftliche gemeint, sofern hinsichtlich der nicht-wirtschaftlichen Interessen diese bei objektiver Betrachtung typischerweise gerade durch die Marktteilnahme, das heißt durch den Abschluss von Austauschverträgen und den nachfolgenden Gebrauch oder Verbrauch der erworbenen Ware oder in Anspruch genommenen Dienstleistung berührt werden. Hierdurch kann schließlich überzeugend dem Telos Rechnung getragen werden, eine Ausuferung des Rechtsbruchtatbestandes durch die Sanktionierung von Gesetzesverstößen aller Art, die keinen Bezug zum Marktgeschehen haben, zu verhindern.

(5) Funktion eines extensiv verstandenen Marktteilnehmerinteresses?

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Interessenklausel im Rechtsbruchtatbestand also weit auszulegen und deckt grundsätzlich auch den Schutz sonstiger Interessen, Rechte und Rechtsgüter ab, die nicht direkt mit der Nachfrageentscheidung oder der Informiertheit der Entscheidungsfindung zusammenhängen. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welche Funktion eine solch weite Interessenbestimmung im Gefüge des Rechtsbruchtatbestandes und insbesondere im Verhältnis zu der Marktverhaltensklausel haben kann.

(a) Funktionslosigkeit?

Zum Teil wird in der extensiven Auslegung ein mit der Gesamtkonzeption des Rechtsbruchtatbestandes nicht in Einklang zu bringender Zielkonflikt gesehen. Wenn so gut wie jedes denkbare Interesse eines Marktteilnehmers in einer Primärnorm geschützt sei, würde die Interessenklausel leerlaufen. Sie sei dann funktionslos.⁷⁴⁸ Dadurch werde die Abgrenzung zwischen Marktverhaltensregelungen und sonstigen Regelungen erschwert, was nicht einer zweigliedrigen Analyse beider Merkmale entspreche.⁷⁴⁹ Bei näherer Betrachtung ist diese Kritik allerdings unbegründet. Denn die Bestimmung des geschützten Interesses steht in keinem Zusammenhang zu der Differenzierung zwischen Marktverhaltens- und Interessenklausel. Wie gezeigt worden ist, ist die Frage nach der Unterscheidung beider Merkmale von der Bestimmung des Interesses losgelöst.⁷⁵⁰ Die Art des geschützten Marktteilnehmerinteresses kann nur einen Ausschlag hinsichtlich der Gewichtung beider Merkmale geben. Versteht man die geschützten Interessen sehr eng, gewinnt dieses Merkmal im Verhältnis zur Marktverhaltensklausel an Dominanz. Aber auch ein sehr weites Verständnis führt nicht dazu, dass nicht zwischen beiden Merkmalen zu unterscheiden wäre, sondern nur dazu, dass die Interessenklausel an Aussagekraft verliert, weil es ihr an materiellem Inhalt fehlt. Nur, wenn sie überhaupt keine Aussagekraft mehr hätte, würde dies die Differenzierung beider Merkmale in Frage stellen.

Entgegen der Ansicht von *Gutmayer* ist eine Funktionslosigkeit somit auch nicht deshalb im Rechtsbruchtatbestand angelegt, weil ein Marktteilnehmerinteresse in einer Marktverhaltensregelung stets immanent sei und die Interessenklausel daher keine eigene Aussagekraft hätte.⁷⁵¹ Da es sich bei § 3a UWG um eine Transformationsvorschrift handelt, kann der Gesetzgeber in den hierüber einzubeziehenden Normen selbstverständlich ein Marktverhalten aus einem ganz unterschiedlichen, nicht notwendigerweise mit den durch das UWG geschützten Marktteilnehmerinteressen kongruenten Interesse regeln. Dies kommt in der Praxis auch durchaus vor.⁷⁵² Das ist auch nicht verfassungswidrig.⁷⁵³ Denn wie *Gutmayer* selbst zugibt, ist es Sache des Gesetzgebers, welche Interessen er für schützenswert erachtet.⁷⁵⁴ Er kann frei bestimmen, ob er mit der Regelung von Marktverhalten die Inte-

748 Ohly/Sosnitzer/Ohly, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 21; Büscher/Hohlweck, 2. Aufl. 2021, UWG, § 3a Rn. 125; Alexander, 2. Aufl. 2019, WbR, § 19 Rn. 1524.

749 Alexander, 2. Aufl. 2019, WbR, § 19 Rn. 1524.

750 Vgl. oben unter B. I.

751 *Gutmayer*, S. 126. Vgl. auch oben unter B. 2. a).

752 BGH, GRUR 2017, 641 (644 f.) – *Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln*; BGH, GRUR 2016, 513 (516) – *Eizellspende*; zuvor schon explizit KG, GRUR-RS 2014, 15250.

753 *Gutmayer*, S. 126.

754 *Gutmayer*, S. 126 f.

ressen der Marktteilnehmer oder ganz andere Interessen regeln will. Weder das UWG noch die Rechtsprechung können und dürfen ihm hierzu Vorgaben machen.

(b) Ausgrenzungsfunktion des Marktteilnehmerinteresses

Vorzugswürdig erscheint es, den Wert der Interessenklausel in seiner Ausgrenzungsfunktion zu sehen. Sie dient dazu, außerwettbewerbsrechtliche Vorschriften auszugrenzen, die nicht zum Schutz irgendeines Interesses der in § 1 Abs. 1 S. 1 UWG genannten Schutzsubjekte geschaffen worden sind und eine völlig wettbewerbsfremde Zielrichtung haben. Denn die Interessenklausel wird im Schrifttum zu Recht als Spiegelung des subjektiven Schutzbereichs des UWG begriffen und muss daher an die durch das UWG geschützten Interessen anknüpfen.⁷⁵⁵ Legt man dies zugrunde, muss die Interessenklausel die Funktion haben, solche Normen und damit solche Interessen auszusondern, die mit den Interessen der Marktteilnehmer i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 1 UWG nichts zu tun haben und daher nicht im Einklang mit den Schutzzwecken des UWG stehen. Diese Filterfunktion ist notwendig, weil das Vorliegen einer Marktverhaltensregelung für sich genommen ein sehr weitreichendes Merkmal ist. Es kann aber nicht von außerwettbewerbsrechtlichem Wettbewerbsrecht gesprochen werden, wenn die Marktverhaltensregelung nicht an ein Interesse der Marktteilnehmer anknüpft. Die Vorschrift ist dann nicht dazu bestimmt, einem Interesse der in § 1 Abs. 1 S. 1 UWG genannten Schutzsubjekte zu dienen. Der Gesetzgeber hat das Verhalten dann aus einem anderen Interesse heraus geregelt.⁷⁵⁶ Während die Marktverhaltensklausel sicherstellt, dass auch wirklich materielles Marktverhaltensrecht außerhalb des UWG in dieses transformiert werden kann, muss die Interessenklausel solche Vorschriften herausfiltern, die überhaupt keine Verbindung zum Wettbewerbsrecht haben, weil sie wettbewerbsrechtlich irrelevante Rechtsmaterien regeln, wie etwa Sozialrecht, Steuerrecht oder allein auf die gesundheitliche Integrität oder Allgemeininteressen zielen. Es mag angehen, dass im Einzelfall diese Vorschriften durchaus die Voraussetzungen für eine Marktverhaltensregelung erfüllen. Sie dürfen aber dennoch nicht in das UWG transformiert werden, weil sie mit den marktrelevanten Interessen der durch § 1 Abs. 1 S. 1 UWG geschützten Subjekte in keiner Verbindung stehen. Dann kann nicht davon ausgegangen werden, dass es Anliegen des Gesetzgebers war, mit der jeweiligen Vorschrift außerhalb des UWG ge-

⁷⁵⁵ v. Walter, S. 94.

⁷⁵⁶ So z. B. BGH, GRUR 2017, 641 (643) – *Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln*, in der die streitgegenständliche Vorschrift des § 33 Abs. 8 SGB V allein die Sicherung der finanziellen Leistungsfähigkeit des gesetzlichen Krankenversicherungssystems bezweckt und damit keinem Marktteilnehmerinteresse dient.

legenes Wettbewerbsrecht über das UWG sanktionsfähig zu machen. Dies entspricht den Ansichten im Schrifttum, die ein extensives Verständnis der Interessenklausel befürworten sowie zudem der Rechtsprechung.⁷⁵⁷ Marktverhaltensregelungen können in diesen Fällen vorliegen, doch liegen sie dann nicht im Interesse eines Marktteilnehmers oder die Interessenbeeinträchtigung steht in keinem Zusammenhang mit dem Marktverhalten wie z. B. bei dem rein gesundheitlichen Schutz des Kindeswohls, dem Schutz der öffentlichen Gesundheitsfürsorge/Leistungsfähigkeit der Krankenversicherung bzw. des Sozialsystems oder dem bloßen Allgemeininteresse an der wirtschafts- und strukturpolitischen Umsetzung und Aufrechterhaltung des sozialen Rechtsstaats.⁷⁵⁸ Auch steuerrechtliche Regelungen liegen nicht im Marktteilnehmerinteresse.

Diese Korrektivfunktion hat zwei Vorteile: sie kann gut der dem Rechtsbruchtatbestand stets immanenten Gefahr begegnen, eine außerwettbewerbsrechtliche Rechtsmaterie in das UWG zu überführen, ohne dass damit in den Rechts- und Interessenkreis der Marktteilnehmer eingedrungen wird. Zugleich kann eine systematisch korrekte Rückbindung zur Schutzzweckklausel hergestellt werden. Es ist insofern nicht zu beanstanden, dass Vorschriften, die Marktverhalten regeln, nur im Ausnahmefall kein Interesse eines Marktteilnehmers schützen.⁷⁵⁹ Es verwundert auch nicht, dass die Rechtsprechung in ihrer jüngeren Rechtsprechungsepisode zum Rechtsbruchtatbestand eine lauterkeitsrechtliche Sanktionierung nach dem Rechtsbruchtatbestand nur selten an der Interessenklausel scheitern ließ.⁷⁶⁰ Denn die Praxis hat gezeigt, dass es eben wenige Normen gibt, die das Marktverhalten aus einem anderen Interessengefüge als dem der Marktteilnehmer heraus regeln.

Die Aufgabe der Interessenklausel ist es demnach, Normen auszugrenzen, die die marktrelevanten Schutzinteressen der Marktteilnehmer nicht betreffen. Für den Rechtsanwender bedeutet dies aber nicht, dass der Kläger das Vorliegen der Beeinträchtigung eines geschützten Marktteilnehmerinteresses nicht positiv feststellen müsste. Vielmehr muss er die geschützten Interessen bzw. Rechte und Rechtsgüter exakt definieren und mit dem Schutzzweck des UWG abgleichen.⁷⁶¹ Würde man dies nicht verlangen, wäre auch die Be-

757 Wüstenberg, WRP 2017, 396 (397); v. Walter, S. 94; BGH, GRUR 2017, 641 (644 f.) – *Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln*.

758 BGH, GRUR 2016, 513 (516) – *Eizellspende*; BGH, GRUR 2017, 641 (644 f.) – *Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln*; BGH, GRUR 2017, 95 (97) – *Arbeitnehmerüberlassung*.

759 So aber die Kritik in Ohly/Sosnitza/Ohly, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 25 und Fezer/Büscher/Obergfell/Götting/Hetmank, 3. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 63a.

760 So aber die Kritik von Büscher/Hohlweck, 2. Aufl. 2021, UWG, § 3a Rn. 125.

761 Beater, 2. Aufl. 2011, UnlWb, § 30 Rn. 2505.

stimmung einer spürbaren Interessenverletzung nicht möglich.⁷⁶² Der Kläger muss dann auch darlegen können, dass das geschützte Interesse, sofern es ein nicht-wirtschaftliches ist, bei objektiver Betrachtung typischerweise durch die Marktteilnahme beeinträchtigt wird. Ansonsten droht ihm keine markt-relevante Gefährdung, der mit dem Lauterkeitsrecht begegnet werden muss.

3. Ergebnis und Auslegungsvorschlag zum Marktteilnehmerinteresse

Mithin ist festzuhalten, dass die relevanten Gruppeninteressen der Marktteilnehmer i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 1 UWG genau die Marktteilnehmerinteressen sind, die auch in § 3a UWG gemeint sind, also die der Verbraucher, Mitbewerber und sonstigen Marktteilnehmer. Individuelle Interessen, die jeder Person für sich als Individuum eigen sind und von Person zu Person variieren sind ebenso wenig erfasst wie reine Allgemeininteressen. Dass durch die Einbeziehung von Marktteilnehmerinteressen auch mittelbar Allgemeininteressen in das UWG einbezogen werden, schadet hingegen nicht.

Die in dieser Arbeit vertretene Auffassung plädiert dafür, die Interessen der Marktteilnehmer extensiv zu verstehen und nicht auf spezifisch wettbewerbsbezogene, d. h. mit der Nachfrageentscheidung und Informiertheit der Entscheidung der Marktgegenseite oder mit der Angebotsfreiheit der Mitbewerber zusammenhängende Interessen zu beschränken. Eine solche Restriktion ist weder erforderlich noch geboten, noch wird sie durch eine Auslegung nach den klassischen Auslegungsmethoden der juristischen Methodenlehre gestützt. Sonach gehen die Interessen der Marktteilnehmer über ihre wirtschaftlichen Interessen hinaus und umfassen grundsätzlich auch das Interesse an der Wahrung ihrer sämtlichen sonstigen Rechte, Rechtsgüter und Interessen. Dazu zählt auch das hier relevante Interesse der Marktgegenseite an einer ordnungsgemäßen, qualitativen und zuverlässigen Rechtsdienstleistung. Weil aber die Interessenbeeinträchtigung von dem Geschäftsabschluss nicht beliebig weit losgelöst sein darf, ist im Interesse einer hinreichenden Rückbindung an das Wettbewerbsgeschehen zu fordern, dass das so geschützte und betroffene Interesse gerade durch die Marktteilnahme berührt werden muss. Konkret muss die Norm hierzu daraufhin untersucht werden, ob das in ihr verkörperte Interesse bei objektiver Betrachtung stets oder typischerweise durch Marktverhalten im Rahmen der Marktteilnahme des jeweiligen Marktteilnehmers beeinträchtigt wird. Dadurch wird sichergestellt, dass nicht jeder Gesetzesverstoß ohne Bezug zur Marktteilnahme als Rechtsbruch sanktioniert werden kann. Denn dies ist nicht das Ziel des UWG.

⁷⁶² Vgl. *Wüstenberg*, WRP 2017, 396 (398).

Die Bedeutung einer so extensiv verstandenen Interessenklausel liegt in ihrer Ausgrenzungsfunktion. Die hier vorgeschlagene objektiv-formale Auslegung der Marktverhaltensklausel muss dadurch begrenzt werden, dass sich die gesetzliche Vorschrift auch ausschließlich an die nach § 1 Abs. 1 S. 1 UWG geschützten Interessenkreise richtet und so mit dem Schutzbereich des UWG korrespondiert. Regelungen des Marktverhaltens, die auf ganz andere Interessenrichtungen zielen, etwa auf das Abgaben- oder Sozialrecht und die nicht die Regelung der im privaten Wirtschaftsgeschehen miteinander verwobenen Marktteilnehmerinteressen im Blick haben, oder die jedenfalls nicht im Rahmen der Marktteilnahme berührt werden, müssen aus dem Anwendungsbereich des Rechtsbruchtatbestandes herausgehalten werden. Damit werden gesetzliche Vorschriften ausgeschieden, die gänzlich andere Interessen verfolgen und die keinen Bezug zu den Interessenbeziehungen zwischen den Marktteilnehmern haben. Solche Vorschriften sind dann nicht dazu gedacht, mit den Mitteln des Lauterkeitsrechts als außerhalb des UWG gelegenes Wettbewerbsrecht durchgesetzt zu werden. Dies betrifft z. B. Vorschriften, die im regulatorischen oder fiskalischen Interesse des Staates liegen, aber auch solche, bei denen wie in *Eizellspende* zwar das Interesse an der körperlichen Unversehrtheit geschützt wird, welches aber nicht gerade aufgrund der Marktteilnahme beeinträchtigt wird.

C. Zusammenfassende Übersicht der Auslegungsvorschläge

Die Erarbeitung der zuvor unterbreiteten Auslegungsvorschläge ist nötig, weil in der Auslegungspraxis durch Rechtsprechung und Schrifttum bisher kein zufriedenstellendes Auslegungsergebnis präsentiert werden konnte, welches sich nahtlos in den Rechtsbruchtatbestand einfügt und zu einer schlüssigen Rückanbindung an die Schutzzweckklausel des UWG führt. Die Schwierigkeiten beginnen schon damit, dass nicht ganz klar ist, ob zwischen Marktverhaltensklausel und Interessenklausel zu differenzieren ist, was durch die überwiegenden Ansichten im Schrifttum wohl so gesehen, durch die Rechtsprechung aber kaum praktiziert wird. Die Marktverhaltensregelung wird dann versucht durch verschiedene Umschreibungen wie Marktbezogenheit bzw. Marktbezug und auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion zu erschließen, die indes selbst hochgradig auslegungsbedürftig sind und deren Auslegung erheblich von der Vorstellung des Rechtsanwenders abhängt und seinem Interpretationsspielraum unterliegt, was am Ende dann zu spekulativen- oder Zufallsergebnissen führt. Dies verdeutlicht auch die Mutterentscheidung zum Rechtsbruchtatbestand (*Elektroarbeiten*), in der der BGH für die streitgegenständliche Vorschrift keinen

Lauterkeitsbezug erkennen konnte, obwohl die Norm nach dem Willen des Gesetzgebers einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch begründen sollte.⁷⁶³

Die Auslegung der Interessenklausel ist ebenso problematisch: Minimalkonsens dürfte sein, dass es um die aus der Zusammenschau mit der Schutzzweckklausel resultierenden funktionstypischen Interessen der Marktteilnehmer geht. Vehement umstritten ist aber, ob funktionstypisch allein die wirtschaftlichen Interessen oder auch marktrelevante Integritätsinteressen im Anschluss an den Transaktionsabschluss sind. Diese Frage ist deshalb schwierig aufzulösen, weil die Marktteilnehmerinteressen mit der Schutzrichtung des UWG schwer in Einklang zu bringen sind, da auch sie nicht unumstritten ist und der Rechtsbruchtatbestand das UWG auch für nicht unbedingt wettbewerbskonforme Wertungen aus den jeweils einzubeziehenden Normen öffnet. Daher wird dieser Streit auf hilfsargumentativen Nebenkriegsschauplätzen ausgetragen, anstatt die Auslegung danach auszurichten, wie die Interessenklausel am besten in das Gesamtbild des UWG passt und mit der Marktverhaltensklausel innerhalb des Rechtsbruchtatbestandes funktioniert. Eine umfassende Auslegung der Interessenklausel hat gezeigt, dass es für eine exklusive Beschränkung auf wirtschaftliche Interessen der Marktteilnehmer, wie sie von der funktionsorientierten Auffassung vertreten wird, keine durchgreifenden Argumente gibt. Im Gegenteil spricht nach hier vertretener Ansicht alles für eine Einbeziehung auch der sonstigen Interessen, Rechte und Rechtsgüter der Marktteilnehmer, die relevant werden, wenn sie gerade durch die Marktteilnahme beeinträchtigt werden können. Diese Einschränkung macht die spezifisch wettbewerbsbezogene Schutzfunktion, die nach mancher Ansicht zur Eingrenzung des Rechtsbruchtatbestandes beitragen soll, überflüssig.

In diesem Kapitel ist mithin versucht worden, diese Problematik mit einer nach hier vertretener Auffassung vorzugswürdigen formal-systematischen Methodik aufzulösen. Als Ergebnisse lassen sich folgende Auslegungsvorschläge präsentieren:

- (i) eine gesetzliche Vorschrift im Sinne des § 3a UWG ist nach Maßgabe des Art. 2 EGBGB jede Rechtsnorm, insbesondere also formelle Gesetze, Verordnungen und andere Legislativakte, die allgemeingültig ist, ein Privatrechtssubjekt bindend verpflichtet oder berechtigt und daher nicht lediglich zwischen staatlichen Subjekten Wirkung entfaltet oder sich an diese richtet;
- (ii) eine Regelung liegt vor, wenn eine gesetzliche Vorschrift nach dem Willen des Gesetzgebers dem unternehmerischen Normadressaten in jedem Einzelfall ein Verhalten final und imperativ aufgibt oder untersagt und da-

763 LT-Drs. 13/10828, S. 19.

mit ein Gebot oder Verbot beinhaltet, welches aufgrund staatlich-autoritativer Veranlassung erzwungen und eigenständig durchgesetzt werden kann und nicht nur Vorbedingung für das eigentliche Marktverhalten ist. Eine Regelung liegt daher nur vor, wenn gegen das Verbot oder Gebot auch selbstständig verstoßen werden kann;

(iii) ein Marktverhalten im Sinne des § 3a UWG ist 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 (geschäftliche Handlung gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG);

(iv) eine Marktverhaltensregelung liegt vor, wenn der Tatbestand der verletzten Norm Verhaltensweisen beschreibt, die als geschäftliche Handlungen und damit als Marktverhalten definiert werden können. Ist das tatbestandliche Verhalten sehr unbestimmt formuliert oder ergibt sich das Verhalten, das geregelt werden soll, nicht direkt aus dem Tatbestand einer Norm, sondern z. B. erst aus einer Zusammenschau mit einer anderen Norm, weil sich der Gesetzgeber einer Verweistchnik bedient oder es sich um eine zusammengesetzte Norm handelt, so ist die Norm dann dazu bestimmt Marktverhalten zu regeln, wenn sie nach ihrer objektiven Stoßrichtung, also nach den Verhaltensweisen, die sie bei ihrer hypothetischen Anwendung in der Außenwelt regelt, Marktverhalten erfasst. Nicht erforderlich ist, dass in jedem Fall sämtliche der durch den Tatbestand beschriebenen oder nach der objektiven Stoßrichtung einer Norm umfassten Verhaltensweisen Marktverhalten sind. Es liegt zumindest „auch“ eine Marktverhaltensregelung vor, wenn bei wertender Betrachtung das tatbestandliche oder nach der objektiven Stoßrichtung erfasste Verhalten unter mehreren Verhaltensweisen als eine eigenständige und nicht nur hinter anderen Verhaltenskategorien zurücktretende Verhaltenskategorie bzw. Anwendungsfall erscheint und damit auch eine Beschreibung von Marktverhalten ist. Wird auf die objektive Stoßrichtung abgestellt, so muss als ein eigenständiger Anwendungsfall Marktverhalten erfasst sein, was der Fall ist, wenn das Verhalten, wenn es durch die Normadressaten vorgenommen wird, typischerweise oder häufig als eine geschäftliche Handlung und damit durch Marktverhalten vorgenommen wird. Normen regeln kein Marktverhalten, wenn sie schon von vornherein keine geschäftlichen Handlungen erfassen können, weil sie z. B. nur den Marktzutritt verbieten;

(v) eine gesetzliche Vorschrift dient dem Interesse der Marktteilnehmer, wenn sie auf den Schutz ihrer Rechte, Rechtsgüter und Interessen gerichtet ist. Liegt ein wirtschaftliches Interesse vor, dient die Norm also einer freien und informierten Entscheidung der Marktteilnehmer, ist ohne Weiteres

ein Marktteilnehmerinteresse anzunehmen und im Falle der Betroffenheit ihrer nicht-wirtschaftlichen Interessen, Rechte und Rechtsgüter nur dann, wenn diese bei objektiver Betrachtung stets oder typischerweise durch die Marktteilnahme, also durch den Abschluss von Austauschverträgen und den nachfolgenden Verbrauch oder Gebrauch der erworbenen Ware oder in Anspruch genommenen Dienstleistung berührt werden.

6. Kapitel: Analyse und Beurteilung der Rechtsdienstleistungsvorschriften

Im vorangegangenen Kapitel ist herausgearbeitet worden, wie die für die Analyse von gesetzlichen Vorschriften relevanten Merkmale der normenspezifischen Tatbestandskomponente nach der hier vertretenen Ansicht auszulegen sind. In diesem Kapitel sollen diese Auslegungsvorschläge auf die Analyse der Rechtsdienstleistungsvorschriften angewendet werden. Ziel ist es, dem Rechtsanwender aufzuzeigen, welche Rechtsdienstleistungsvorschriften als Primärnormen mittels § 3a UWG sanktioniert werden können, weil Verstöße gegen sie ein unlauteres Handeln bedeuten. Dies ist vor dem Hintergrund wichtig, dass dem Lauterkeitsrecht die zentrale Bedeutung zur Sicherung der Einhaltung der Rechtsdienstleistungsvorschriften zukommt.

A. Einführung und Grundlagen des Rechtsdienstleistungsrechts

I. Definitorischer Umfang

Vorab ist der Prüfungsumfang festzustellen, d.h. in welchen Regelungskomplexen Rechtsdienstleistungsvorschriften zu finden sind. Der Regelungskomplex, der die Rechtsdienstleistungsvorschriften umfasst, kann als Rechtsdienstleistungsrecht bezeichnet werden. Strukturell bildet das Rechtsdienstleistungsrecht mit dem anwaltlichen Berufsrecht grundsätzlich eine Einheit, wird aber im Verhältnis zu diesem als Komplementärrecht begriffen, nämlich für die Personengruppen, denen die Befugnis für rechtliche Beratung anders als nach § 4 BRAO nicht kraft beruflicher Zulassungsregel erteilt ist.⁷⁶⁴ Diese Vorschriften sind im RDG, der RDV und dem RDGEG aufzufinden, wobei das RDG der Regelungskern des Rechtsdienstleistungsrechts ist. Dessen Regelungstypen beschränken sich also auf zwei Gesetze und eine Verordnung, sodass es sich, soweit deren Vorschriften Privatrechtssubjekte binden, um gesetzliche Vorschriften i. S. d. § 3a UWG, Art. 2 EGBGB handelt. Werden in diesen Gesetzen Verweisketten aufgestellt, so können zum Rechtsdienstleistungsrecht ggf. auch Teile des anwaltlichen Berufsrechts zu zählen sein (z.B. der Verweis in § 4 RDGEG auf § 49b Abs. 2 S. 1 der BRAO⁷⁶⁵, welcher wiederum auf die Vorschriften des RVG⁷⁶⁶ verweist). Es handelt sich dabei aber eher um Rechtsdienstleistungsrecht im weiteren Sinne, da an sich keine originären Rechtsdienstleistungsvorschriften

⁷⁶⁴ Gaier/Wolf/Göcken/Wolf, 3. Aufl. 2020, AnwBr, Einl Vor § 1 RDG, Rn. 4.

⁷⁶⁵ Bundesrechtsanwaltsordnung vom 01.08.1959, BGBl. 1959 I, 565.

⁷⁶⁶ Rechtsanwaltsvergütungsgesetz vom 05.05.2004, BGBl. 2004 I, 718.

ten betroffen sind. Analysegegenstand sollen aber hier allein die eigenen, originären Normen des RDG, RDGEG und der RDV sein.

II. Entstehungsgeschichte und Systematik

1. Entwicklung vom Rechtsberatungsrecht zum liberalen Rechtsdienstleistungsrecht

Entstehungsgeschichtlich hat sich das Rechtsdienstleistungsrecht aus dem Gewerberecht entwickelt. Ende des 19. Jahrhunderts wurde die Befugnis zur außergerichtlichen Rechtsberatung noch nach der Gewerbeordnung von 1869⁷⁶⁷ beurteilt und sehr liberal gehandhabt. Sie konnte nur untersagt werden, wenn sich der Gewerbetreibende als nachweislich unzuverlässig herausstellte.⁷⁶⁸ Unter nationalsozialistischer Herrschaft wurde das Rechtsberatungsrecht dann in ein eigenständiges und nunmehr restriktiveres Regelwerk, das Rechtsberatungsmissbrauchsgesetz von 1935 (RBMG)⁷⁶⁹, überführt und einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zur geschäftsmäßigen Rechtsberatung für Personen, die nicht zum rechtsanwaltlichen Berufsstand gehörten, unterworfen, um vor allem der jüdischen Anwaltschaft Beschränkungen aufzuerlegen und der übrigen Anwaltschaft wirtschaftliche Vorteile zu sichern.⁷⁷⁰ Nach dem Ende der nationalsozialistischen Herrschaft wurde das RBMG dann als RBerG in das neue Bundesrecht überführt.⁷⁷¹ Die Regulierung des Rechtsdienstleistungsmarktes durch das RBerG stand aber weiterhin im Interesse u. a. des wirtschaftlichen Konkurrentenschutzes und des Schutzes der Bevölkerung vor unqualifizierten „Quacksalbern“, d. h. vor unrichtigem Rechtsrat.⁷⁷² Das als „Nazi-Gesetz“⁷⁷³ bemakelte RBerG wurde dann im Jahr 2008 durch einen neu konzipierten Rechtsrahmen abgelöst. Mit dem am 01.07.2008 in Kraft getretenen RDG wurde der regulatorische Rahmen außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen neu gefasst. Beibehalten wurde der Charakter des präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt. Entfallen ist die Voraussetzung der Geschäftsmäßigkeit der Rechtsberatung. Das RDG fand so Rückkehr zu seinen liberalen Wurzeln, indem es die Möglichkeit zur Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen durch seinen doch umfangreichen Bestand an Erlaubnisvorschriften, z. B. durch

767 Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vom 21.06.1869, BGBl. 1869, 245.

768 BT-Drs. 16/2460, S. 390.

769 Gesetz zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung vom 13.12.1935, RGBl. 1935 I, 1478.

770 Kluth, VuR 2018, 403.

771 Deckenbrock/Henssler/Henssler, 5. Aufl. 2021, Einl zum RDG Rn. 6.

772 Vgl. Gaier/Wolf/Göcken/Wolf, 3. Aufl. 2020, AnwBr, Einl Vor § 1 RDG, Rn. 2; BT-Drs. 16/2460, S. 390.

773 Römermann, NJW 2008, 1249.

§ 7 RDG, ausgeweitet hat. Damit berücksichtigte der Gesetzgeber die verfassungsrechtlich (Art. 12 GG) und unionsrechtlich (Art. 49 ff. EGV⁷⁷⁴) gebotene einschränkende Auslegung des präventiven und sehr restriktiven Verbotsumfangs, der noch Gegenstand des vormaligen RBERG war. Zusätzlich wurden mit der RDV die Voraussetzungen und Details des Registrierungsverfahrens geregelt, welches Personen durchlaufen müssen, die gewerbliche Rechtsdienstleistungen in größerem Umfang und in bestimmten Bereichen erbringen wollen und sich daher registrieren lassen müssen (§§ 10 ff. RDG). Ebenfalls neu geschaffen wurde das RDGEG. Damit sollte ein reibungsloser Übergang des alten RBERG zum neuen RDG ermöglicht werden, da Erlaubnisse nach dem RBERG auch unter der neuen Rechtslage fortbestehen sollten (§ 1 f. RDGEG). Zuletzt ist das Rechtsdienstleistungsrecht dann zweimal innerhalb eines Jahres novelliert worden. Mit dem Gesetz zur Verbesserung des Verbraucherschutzes im Inkassorecht und zur Änderung weiterer Vorschriften⁷⁷⁵ sind RDG und RDGEG restrukturiert worden; durch verschiedene Klarstellungen sollte der Rechtssicherheit Rechnung getragen und durch die Ergänzung von Darlegungs- und Informationspflichten der Verbraucherschutz gestärkt werden.⁷⁷⁶ Ausgelöst durch die „wenigermiete.de“-Entscheidungen des BGH⁷⁷⁷ wurde das RDG durch das Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt⁷⁷⁸ (sog. „Legal Tech“-Gesetz) weiter ergänzt; insbesondere wurden einige Kernvorschriften wie der § 2 RDG und die §§ 4, 5 RDG geändert und an das automatisierte Masseninkassogeschäft angepasst. Zudem wurden weitere Darlegungspflichten und Informationspflichten (§§ 13 ff. RDG) sowie Vergütungs- und Kostenvorschriften (§§ 13d ff. RDG) zugunsten der Verbraucher in das RDG eingefügt bzw. modifiziert, die aus Kohärenzgründen z. T. aus dem RDGEG in das RDG verschoben worden sind, um Systemwidersprüchlichkeiten zu beheben.⁷⁷⁹ In § 7 RDGEG wurde schließlich eine neue Übergangsvorschrift eingefügt, die die Nachholung der Pflicht zur Übermittlung einer Tätigkeitsbeschreibung nach § 13 Abs. 2 RDG auch für die altregistrierten Inkassodienstleister anordnet.

Zum Teil wird heute angesichts des sich wandelnden Rechtsdienstleistungsmarktes für eine gänzliche Neugestaltung des Rechtsdienstleistungsrechts

774 Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung vom 02.10.1997.

775 Gesetz zur Verbesserung des Verbraucherschutzes im Inkassorecht und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 22.12.2020, BGBl. 2020 I, 3320.

776 BT-Drs. 19/20348, S. 37.

777 BGH, NJW 2020, 208; BGH, NJW-RR 2020, 779.

778 Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt vom 10.08.2021, BGBl. 2021 I, 3415.

779 Näher: Günther, MMR 2021, 764; Fries, NJW 2021, 2537; Hartung, AnwBl Online 2021, 152 ff.

plädiert. So soll nach dem Vorschlag von *Römermann* mit einem neuen Gesetz, nämlich einem Rechtsdienstleistungsgesetzbuch (RDGB), ein großer Wurf in Richtung Liberalisierung des Rechtsdienstleistungsmarktes gelingen und das Verhältnis zwischen RDG-Dienstleistern und Rechtsanwälten umfassend geregelt werden.⁷⁸⁰

2. Systematik und Regelungsstrategie

a) Struktureller Aufbau

Die Rechtsdienstleistungsvorschriften finden sich in drei Gesetzen. Kerngesetz ist das RDG. Begleitet wird es durch die Annexgesetze des RDGEG und der RDV. Strukturell kann das RDG daher als Ankergesetz angesehen werden. Es gliedert sich in fünf Teile. Der erste Teil beinhaltet die nach neuer Gesetzgebungstechnik übliche Schutzzweckklausel, die als Auslegungsdirektive für die Gerichte und Rechtsanwender dient und beschränkt den Anwendungsbereich auf außergerichtliche Rechtsdienstleistungen. Sie steckt also die sachliche Reichweite und den Anwendungsbereich des RDG ab. Zudem enthält § 2 RDG die Definition für außergerichtliche Rechtsdienstleistungen und normiert in § 3 RDG das grundsätzliche präventive Verbot. Hieraus ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber den Normencharakter des RDG als Verbotsgesetz definiert. Im Speziellen werden in § 4 RDG dann grundsätzlich von einer Erlaubnis gedeckte Rechtsdienstleistungen wieder eingeschränkt, wenn sie mit einer anderen Leistungspflicht kollidieren. Der § 5 RDG normiert die grundsätzliche Erlaubnis für Rechtsdienstleistungen, die als Nebentätigkeiten erbracht werden. Auf den ersten Teil folgen zwei weitere Teile mit besonderen Vorschriften. Der zweite Teil enthält Vorschriften für nicht im Rechtsdienstleistungsregister registrierte Personen, wobei mit § 9 RDG eine ordnungsrechtliche Ermächtigungsgrundlage für ein Verbot ständig unqualifizierter Rechtsdienstleistungen eingefügt worden ist. Im dritten Teil finden sich anschließend die besonderen Vorschriften für registrierungspflichtige Rechtsdienstleistungen, insbesondere für Inkassodienstleistungen (§§ 10 ff. RDG). Außerdem beinhaltet er gewisse Registrierungsvoraussetzungen (z.B. die Anforderungen an einen Sachkundennachweis). Details werden, im Wesentlichen mittels der dort vorhandenen Formvorschriften, für das Rechtsdienstleistungsregister dann im vierten Teil festgelegt. Den fünften und letzten Teil bilden verwaltungsrechtliche Schlussvorschriften mit Bezug zum datenschutzrechtlichen Umgang personenbezogener Daten durch die Verwaltungsbehörden, zur verwaltungsrechtlichen Zuständigkeitsverteilung und schließlich ein Bußgeldtatbestand nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht.

⁷⁸⁰ *Freudenberg*, NJW-Newsletter v. 30.5.2021.

b) Schutzzwecke

Das RDG enthält in seinem § 1 Abs. 1 S. 2 eine Schutzzweckklausel. Danach ist Regulationsanliegen des RDG die Rechtsuchenden, den Rechtsverkehr und die Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen zu schützen. Primärer Zweck des Rechtsdienstleistungsrechts ist der umfassende Schutz des Verbrauchers, und zwar nicht nur im Sinne des § 13 BGB, sondern im Sinne eines umfassenden Nachteilsschutz sowohl privater als auch unternehmerischer rechtsuchender Nachfrager.⁷⁸¹ Daneben wird auch der Rechtsverkehr geschützt, d. h. alle Personen und Stellen, die mit Rechtsdienstleistungen in Berührung kommen können, wie etwa der Gegner des Rechtsuchenden, Behörden und Gerichte. Bei diesem Schutz des Rechtsverkehrs handelt es sich um einen echten Gemeinwohlbelang und mithin um ein Allgemeininteresse.⁷⁸² Dieser Schutzzweck rechtfertigt sich vor dem Hintergrund des Allgemeininteresses an der Funktionsfähigkeit von Justiz und Verwaltung, weil verhindert werden soll, dass aufgrund von un- oder schlechtqualifizierten Rechtsdienstleistern eine Lähmung der Gerichte und Behörden erfolgt, die mit von vornherein aussichtslosen und sinnlosen Rechtshandlungen und Eingaben überflutet würden. Es geht folglich auch um die Effektivität der Rechtspflege.⁷⁸³

Ferner ist die Rechtsordnung und damit ein hochrangiges Gemeinschaftsgut geschützt, was sich ebenfalls aus einem Allgemeininteresse rechtfertigt, weil die Gestaltung der Rechtsordnung und die Fortentwicklung des Rechts zur Vermeidung negativer Folgen für die Rechtskultur und die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege nur in Hände qualifizierter Personen gelangen soll.⁷⁸⁴

Der Konkurrentenschutz der Anwaltschaft in Bezug auf Dritte ist heute kein Schutzzweck des RDG mehr.⁷⁸⁵ Zwar hatte der BGH in seiner Rechtsprechung zum RBERG den Schutz des Anwaltsstands gegen den Wettbewerb anderer noch anerkannt.⁷⁸⁶ Der Gesetzgeber hat sich jedoch bewusst gegen die Aufnahme dieses Schutzzweckes in die Schutzzweckklausel entschieden. Seine Anerkennung würde dem Ziel, das Berufsrecht im Bereich der Rechtsberufe und der freien Berufe insgesamt zu entbürokratisieren und

781 BT-Drs. 16/3655, S. 45; näher Gaier/Wolf/Göcken/Wolf, 3. Aufl. 2020, AnwBr, § 1 RDG, Rn. 3, 5.

782 Gaier/Wolf/Göcken/Wolf, 3. Aufl. 2020, AnwBr, § 1 RDG, Rn. 9; BT-Drucks. 16/3655, S. 45.

783 Deckenbrock/Henssler/Deckenbrock, 5. Aufl. 2021, RDG, § 1 Rn. 10.

784 Vgl. Sadighi, S. 49; BT-Drs. 16/3655, S. 45.

785 So aber Gaier/Wolf/Göcken/Wolf, 3. Aufl. 2020, AnwBr, § 1 RDG Rn. 12.

786 BGH, NJW 2006, 2910 (2911).

zu liberalisieren, widersprechen.⁷⁸⁷ Es ist nicht Aufgabe der Gerichte und Rechtsanwender, dem Gesetzgeber hier über den Mund zu fahren.⁷⁸⁸

c) Regelungstypus, Funktion und Regelungsstrategie

aa) RDG als präventives Verbotsgesetz

Seit dem Inkrafttreten des RBerG ist das Rechtsberatungs- bzw. dienstleistungsrecht als präventives Verbotsgesetz ausgestaltet. Nach der aktuellen Kernvorschrift des § 3 RDG sind alle unerlaubten Rechtsdienstleistungen verboten. Dabei handelt es sich um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und nicht um ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt.⁷⁸⁹ Dies liegt daran, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung des RDG ein liberales Rechtsdienstleistungsrecht schaffen wollte, das nicht grundsätzlich Ausdruck einer Missbilligung von außergerichtlichen Rechtsdienstleistungen ist. Stattdessen ist die Erbringung von Rechtsdienstleistungen vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich garantierten Berufs- und unionsrechtlichen Wettbewerbsfreiheit durchaus erwünscht.⁷⁹⁰ Dies hat zur Folge, dass Ordnungsbehörden kein Ermessen ausüben können, wenn in erlaubter Weise Rechtsdienstleistungen angeboten oder erbracht werden. Diese Tätigkeiten dürfen nicht unterbunden werden; Personen, für die die Registrierungsvoraussetzungen vorliegen, sind auf Antrag zu registrieren.

bb) Ordnungsrechtliche Natur der Rechtsdienstleistungsvorschriften

Rechtsdienstleistungsrecht ist Ordnungsrecht.⁷⁹¹ Die Definition einer Rechtsdienstleistung in § 2 RDG bezieht sich, anders als in ihrer Vorgängervorschrift im RBerG, nicht mehr auf einzelne Berufe und Berufsstände, für die jeweils zu untersuchen war, ob die rechtliche Seite der Angelegenheit im Vordergrund steht bzw. ihren Schwerpunkt darstellt und es wesentlich um die Klärung rechtlicher Verhältnisse ging, sodass die jeweilige Tätigkeit dann als erlaubnispflichtige Rechtsberatung zu qualifizieren war.⁷⁹² Das RDG stellt mit seinem § 2 RDG nunmehr auf die Handlung im Einzelfall ab. Entscheidend ist nur noch, ob für die jeweilige Tätigkeit im Einzelfall die Voraussetzungen des § 2 RDG vorliegen. Ist dies der Fall, ist der Anwendungsbereich des RDG eröffnet und die Handlung nach dem RDG grund-

⁷⁸⁷ BT-Drs. 16/3655, S. 42.

⁷⁸⁸ Im Ergebnis ebenso Grunewald/Römermann/Römermann, RDG, § 1 RDG Rn. 22.

⁷⁸⁹ Krenzler/Remmert, 2. Aufl. 2017, RDG, § 1 Rn. 6.

⁷⁹⁰ Kleine-Cosack, 2. Aufl. 2008, RDG, II. AT Rn. 34.

⁷⁹¹ Sadighi, S. 57.

⁷⁹² BGH, GRUR 2005, 353 (354) – *Testamentsvollstreckung durch Banken*; Gaier/Wolf/Göcken/Wolf, 3. Aufl. 2020, AnwBr, § 1 RDG Rn. 13a; Henssler/Prütting/Weth, 2. Aufl. 2004, Art 1 § 1 RBerG Rn. 4.

sätzlich erlaubnispflichtig und somit nur zulässig, soweit ein Erlaubnistatbestand eingreift.

cc) Nicht abschließende, aber umfassende Regelungsstrategie

Das RDG und seine Annexgesetze stellen jedoch keine abschließenden Regelungen zur Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen dar. Vielmehr soll in einem umfassenden und ganzheitlichen Ansatz die Befugnis zur außergerichtlichen Erbringung von Rechtsdienstleistungen reguliert werden.⁷⁹³ Dies ergibt sich aus § 1 Abs. 3 RDG. Danach bleiben Regelungen in anderen Gesetzen über die Befugnis, Rechtsdienstleistungen zu erbringen, unberührt. Das RDG ist diesbezüglich als *lex generalis* anzusehen.⁷⁹⁴ Gibt es also in anderen Regelungsmaterien speziellere Vorschriften mit Bezug zu außergerichtlichen Rechtsdienstleistungen, gehen diese vor. Hierfür ist es unerheblich, ob sie im Verhältnis zum RDG die Voraussetzungen verschärfen oder lockern.⁷⁹⁵ Daher scheint für das Verhältnis zwischen dem RDG sowie seinen Annexgesetzen und den Spezialgesetzen der Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* Anwendung zu finden. Spezialvorschriften mit Bezug zur Rechtsdienstleistungserbringung sind vor allem in den berufsrechtlichen Gesetzen und Ordnungen zu finden. Insbesondere die BRAO statuiert eine umfassende und abschließende Rechtsberatungs- und Vertretungsbefugnis für Rechtsanwälte (§§ 3 ff. BRAO). Außerdem normieren etwa § 3 PAO⁷⁹⁶, § 2 Abs. 2 WPO⁷⁹⁷, § 3 StBerG⁷⁹⁸, §§ 1, 24 BNotO⁷⁹⁹, §§ 17 ff. BeurkG⁸⁰⁰ die Befugnis der jeweils diesen Regelungen unterworfenen Berufsstände zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen. Eine eigene Regelung für diese Berufsstände ist im RDG nicht vorgesehen. Dennoch gibt es aber auch in den nicht-berufsständischen allgemeinen Gesetzen Öffnungsvorschriften für die Rechtsdienstleistungserbringung. So ist es z. B. nach § 34d Abs. 1 S. 7, Abs. 2 S. 2 GewO⁸⁰¹ den Versicherungsmaklern und Versicherungsberatern erlaubt, in gewissem Umfang Rechtsberatung und -besorgung im Zusammenhang mit versicherungsrechtlichen Fragestellungen zu leisten. Weitere vorrangige Regelungen bieten z. B. § 1908f Abs. 4

793 Deckenbrock/Henssler/Deckenbrock, 5. Aufl. 2021, RDG, § 1 Rn. 29.

794 Deckenbrock/Henssler/Deckenbrock, 5. Aufl. 2021, RDG, § 1 Rn. 28.

795 Gaier/Wolf/Göcken/Wolf, 3. Aufl. 2020, AnwBr, § 1 RDG Rn. 49 f.

796 Patentanwaltsordnung vom 07.09.1966, BGBl. 1966 I, 557.

797 Gesetz über eine Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer vom 24.07.1961, BGBl. 1961 I, 1049.

798 Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Steuerberater und Steuerbevollmächtigten vom 16.08.1961, BGBl. 1961 I, 1301.

799 Bundesnotarordnung vom 24.02.1961, BGBl. 1961 I, 97.

800 Beurkundungsgesetz vom 28.08.1969, BGBl. 1969 I, 1513.

801 Gewerbeordnung vom 22.02.1999, BGBl. 1999 I, 202.

BGB, nach dem Betreuungsvereine im Einzelfall bei der Errichtung von Vorsorgevollmachten rechtlich beraten dürfen, § 23 Abs. 3 AGG⁸⁰², der die Besorgung von Rechtsangelegenheiten zugunsten Benachteiligter durch Antidiskriminierungsverbände zulässt, und § 192 Abs. 3 VVG⁸⁰³, nach welchem das Leistungsangebot einer Krankheitskostenversicherung auch die Beratung und Unterstützung bei der Anspruchsdurchsetzung und Abwehr unberechtigter Entgeltansprüche der versicherten Person hinsichtlich der Leistungserbringung und (unberechtigter) Entgeltansprüche enthalten darf.

Das RDG kann jedoch nur und soweit Anwendung finden, wie das Spezialgesetz die Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen (abschließend) regelt.⁸⁰⁴ Je umfassender die Rechtsdienstleistungsbefugnis in anderen Spezialgesetzen normiert ist, desto weniger umfangreich kann das RDG eingreifen. Umgekehrt kommt eine subsidiäre Erlaubnis nach dem RDG umso eher in Betracht, je eingeschränkter die jeweilige Spezialregelung ist. Ein Beispiel: Die Steuerrechtsberatung ist ausschließlich im StBerG geregelt. Die danach gestatteten Dienst- und Beratungsleistungen dürfen nur in dem darin festgelegten Umfang und nur von dem erfassten Berechtigtenkreis (Steuerberater und Wirtschaftsprüfer; bei Letzteren i. V. m. § 3 WPO) erbracht werden. Im Einzelfall kann für die Steuerberatung aber auch die Beratung im Arbeits-, Sozial-, und Strafrecht erforderlich werden. Hierzu sagt das StBerG nichts aus. Die Zulässigkeit richtet sich dann für diese Bereiche nach dem RDG. Dementgegen handelt es sich z. B. bei § 34d Abs. 1 S. 8 GewO nicht um eine abschließende Regelung. Nach dieser Vorschrift umfasst die einem Versicherungsmakler erteilte Erlaubnis auch die Befugnis Dritte, die nicht Verbraucher sind, bei der Vereinbarung, Änderung oder Prüfung von Versicherungsverträgen gegen gesondertes Entgelt rechtlich zu beraten. Fraglich ist daher, ob der Versicherungsvermittler abseits vom „Vertragsmanagement“ auch zur nachgelagerten Schadensabwicklung aus den jeweiligen Versicherungen rechtsberatend tätig werden darf. Für diese Frage ist das RDG ergänzend heranzuziehen und zu untersuchen, ob diese Tätigkeit noch in den Bereich einer nach § 5 RDG erlaubten Nebenleistung fällt, die zum jeweiligen Berufs- oder Tätigkeitsbild gehört. Der BGH hat dies für die Schadensabwicklung verneint.⁸⁰⁵

802 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 24.08.2006, BGBl. 2006 I, 1897.

803 Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 23.11.2007, BGBl. 2007 I, 2631.

804 Deckenbrock/Henssler/Deckenbrock, 5. Aufl. 2021, RDG, § 1 Rn. 29, 31a.

805 BGH, GRUR 2016, 820 (822 ff.) – *Schadensregulierung durch Versicherungsmakler*; a. A. Kleine-Cosack, 2. Aufl. 2008, RDG, § 1 Rn. 55 f. Die Tarifoptimierung hingegen zählt nach Ansicht des BGH zum Tätigkeitsbild eines Versicherungsmaklers und ist daher eine nach §§ 3, 5 RDG erlaubte Nebenleistung, vgl. BGH, NJW 2018, 3715 (3716 f.).

Enthält ein Spezialgesetz keine eigene Regelung zur Rechtsdienstleistungserbringung, richtet sich die Zulässigkeit allein nach den Vorschriften des RDG. Dies gilt auch für juristisch qualifizierte Personen, etwa für die nicht zur Rechtsanwaltschaft zugelassenen Volljuristen, Diplom-Juristen, Hochschullehrer, Fachhochschuljuristen und Wirtschaftsjuristen. Von ihnen erbrachte Rechtsdienstleistungen sind nur zulässig, soweit sie nach den §§ 3 ff. RDG von einer Erlaubnis nach dem RDG gedeckt sind.⁸⁰⁶

III. Verfassungs- und Unionsrechtskonformität

Das RDG, insbesondere das präventive Verbot aus § 3 RDG, greift in die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG ein. Der Gesetzgeber geht aber davon aus, dass die Schutzzwecke des RDG es rechtfertigen, die Berufs- und Dienstleistungsfreiheit in Bereichen, in denen Rechtsdienstleistungen erbracht werden, einzuschränken.⁸⁰⁷ Die bisherige Rechtsprechung des BVerfG⁸⁰⁸ hat sich mit der Verfassungsmäßigkeit der Vorschriften des RBerG auseinandergesetzt und sie grundsätzlich bejaht.⁸⁰⁹ Die Einschränkung der Berufsfreiheit sei vor dem Hintergrund des Schutzes des Rechtsuchenden sowie des Interesses an einer geordneten Rechtspflege geeignet, erforderlich und angemessen.⁸¹⁰ Aus unionsrechtlicher Sicht greifen die Verbotsvorschriften des RDG in die in Art. 56 AEUV⁸¹¹ garantierte Dienstleistungsfreiheit ein. Für Art. 1 § 1 Abs. 1 RBerG hat der EuGH entschieden, dass dieser Eingriff aus Gründen eines Allgemeininteresses gerechtfertigt sei, welches mit der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege zusammenhängt.⁸¹² Auch wenn es nicht für das aktuell gültige RDG entschieden worden ist, so dürfte die Vereinbarkeit des RDG mit dem Verfassungs- und Unionsrecht vor dem Hintergrund des Liberalisierungsgedankens auch für das gesamte Rechtsdienstleistungsrecht gelten. Die Rechtsdienstleistungsvorschriften sind mithin auch verfassungs- und unionsrechtskonform.⁸¹³

806 *Kleine-Cosack*, 2. Aufl. 2008, RDG, § 1 Rn. 57.

807 BT-Drs. 16/3655, S. 31.

808 Bundesverfassungsgericht.

809 BVerfG, NJW 2002, 1190, 1. LS.

810 BVerfG, NJW 2010, 3291; ausführlich: *Mann/Schnuch*, NJW 2019, 3477 (3479 ff.).

811 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 09.05.2008, ABl. EG C 115, 47.

812 EuGH, EuZW 1997, 53 (55 f.) – *Broede/Sandker*.

813 Ebenso Gaier/Wolf/Göcken/Wolf, 3. Aufl. 2020, AnwBr, Vor § 1 RDG, Rn. 13a, 14.

IV. Anwendbarkeit des UWG auf die Rechtsdienstleistungsvorschriften

Die Anwendbarkeit des UWG auf die Rechtsdienstleistungsvorschriften war seit jeher unproblematisch. Zwischenzeitlich hätte man an der Anwendbarkeit des UWG jedoch Zweifel haben können, welche auf das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht⁸¹⁴ zurückzuführen gewesen sind. Der neue § 1 Abs. 2 UWG schränkt den Anwendungsbereich des UWG ein und bestimmt, dass das UWG nicht auf Vorschriften zur Regelung besonderer Aspekte unlauterer geschäftlicher Handlungen anwendbar ist. Der § 1 Abs. 2 UWG dient der Umsetzung des Art. 3 Abs. 4 der UGP-RL.⁸¹⁵ Dieser wurde indes überschießend umgesetzt, da sich § 1 Abs. 2 UWG nicht auf den Harmonisierungsbereich beschränkt, sondern durch die systematische Stellung in § 1 UWG auf das gesamte UWG anwendbar ist. Daher gälte er auch für § 3a UWG sowie für das harmonisierungsfreie Rechtsdienstleistungsrecht.⁸¹⁶ So sind z. B. die Informationspflichten in § 13b RDG oder die Hinweispflicht in § 15 Abs. 5 S. 2 RDG sicherlich besondere Aspekte unlauterer geschäftlicher Handlungen, da sie spezielle materiell-rechtliche Anforderungen enthalten und auch durch geschäftliche Handlungen vorgenommen werden. Allerdings ist durch § 3a UWG bereits eine Regelung zur Berücksichtigung von Spezialregelungen geschaffen worden, sodass § 1 Abs. 2 UWG auf § 3a UWG letztlich nicht anwendbar ist.⁸¹⁷ Das UWG bleibt daher auf die Rechtsdienstleistungsvorschriften voll anwendbar.

B. Lauterkeitsrechtliche Behandlung von Rechtsdienstleistungsvorschriften und Leitlinien der Rechtsprechung

Die Transmission von Rechtsdienstleistungsvorschriften in das Lauterkeitsrecht blickt entsprechend des über hundertjährigen Bestehens des Rechtsdienstleistungs- und beratungsrechts sowie des Wettbewerbsrechts auf eine langjährige Tradition zurück. Somit gibt es bereits einen umfangreichen Bestand an Rechtsprechung zur Einordnung einiger Rechtsdienstleistungs- und beratungsvorschriften als Primärnormen. Für die hier interessierende Fra-

814 Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 10.08.2021, BGBl. 2021 I, 3504.

815 BT-Drs. 19/27873, S. 31.

816 Vgl. BeckOK UWG/Alexander, 14. Ed. 1.12.2021, UWG 2022, § 1 Rn. 93.

817 Vgl. BeckOK UWG/Alexander, 14. Ed. 1.12.2021, UWG 2022, § 1 Rn. 101; BT-Drs. 19/27873, S. 32.

gestellung ist es wertvoll, die bisherige Behandlung von Rechtsdienstleistungs- und beratungsvorschriften zu untersuchen, Leitlinien der Rechtsprechung zur Einordnung zu identifizieren, und zu analysieren, ob diese vor dem Hintergrund der hier präsentierten Auslegungsvorschläge verwertbar sind.

I. Einordnung von Rechtsdienstleistungsvorschriften durch die Rechtsprechung

1. Begründung der Primärnormqualität durch die Schutzzweckklausel

Die Rechtsprechung begründet heute kaum noch aktiv, dass und weshalb es sich bei den Rechtsdienstleistungsvorschriften um Marktverhaltensregelungen im Interesse der Marktteilnehmer i. S. d. § 3a UWG handelt. Zumeist leitet sie die Primärnormqualität des § 3 RDG, welcher in den ganz überwiegenden Fällen Anknüpfungspunkt für die Beurteilung nach § 3a UWG ist, daraus her, dass sie auf ihre vorangegangenen Entscheidungen zu § 3 RDG als Marktverhaltensregelung im Interesse der Marktteilnehmer Bezug nimmt.⁸¹⁸ In der Tat besteht ein ansehnlicher Entscheidungsbestand, in dem der Wettbewerbsprozess gestützt auf einen Verstoß gegen § 3 RDG nach § 3a UWG geführt worden ist. Insofern verwundert es nicht, dass der BGH seine Methodik zur Begründung der Vorschriften des RDG, insbesondere des § 3 RDG, als Primärnormen als seine ständige Rechtsprechung begreift.⁸¹⁹

Soweit jedoch in den Entscheidungen zur Qualität der Rechtsdienstleistungsvorschriften doch im Einzelnen Stellung genommen wird, verwendet die Rechtsprechung stets die gleiche Begründung: Bei § 3 RDG handele es sich um eine Marktverhaltensregelung, da sie bezwecke, die Rechtsuchenden, den Rechtsverkehr und die Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen zu schützen.⁸²⁰ Dieser Textbaustein wird in so gut wie allen Entscheidungen zu § 3 RDG referiert.⁸²¹ Dagegen gibt es zu anderen Rechtsdienstleistungsvorschriften, soweit ersichtlich, keine Rechtsprechung. Nur das OLG Köln hat für die vormaligen in § 11a RDG aF (jetzt: § 13a RDG) geregelten Informationspflichten gegenüber dem Verbraucher und für die Vergütungs- und Abrechnungsvorschrift des vormaligen § 4 Abs. 5 RDGEG aF (jetzt: § 13d RDG) entschieden, dass es sich um Marktverhaltensregelungen im Interesse der Marktteilnehmer handele, da diese Vorschriften zum Schutz

818 Zuletzt in BGH, GRUR 2021, 1425 (1426) – *Vertragsdokumentengenerator*.

819 BGH, GRUR 2021, 758 (761) – *Rechtsberatung durch Architektin*.

820 BGH, GRUR 2016, 1189 (1190) – *Rechtsberatung durch Entwicklungsingenieur*.

821 Z. B. BGH, GRUR 2012, 79 – *Rechtsberatung durch Einzelhandelsverband*; KG, GRUR-RR 2021, 494 (498); OLG Brandenburg, GRUR-RR 2019, 159 (160); etwas ausführlicher: OLG Hamburg, GRUR-RR 2017, 65 (70).

der Verbraucher vor unseriösen Inkassounternehmen eingeführt worden seien.⁸²² Hier zeigt sich also auch die zum Teil in der Rechtsprechung oben ermittelte Tendenz, dass die Primärnormqualität zu großen Teilen allein aus dem interessenbezogenen Schutzzweck einer Norm hergeleitet wird, oder aber überhaupt nicht mehr, wenn es sich nach Ansicht der Rechtsprechung um typische Marktverhaltensregelungen handelt.⁸²³ Verfolgt man die stets auf frühere Entscheidungen zu den Rechtsdienstleistungsvorschriften rekurrierende Verweiskette der Rechtsprechung zurück, wird deutlich, dass die Einordnung der Rechtsdienstleistungsvorschriften auf die Begründung zum Vorgängergesetz zurückgeht, nämlich auf Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG, wie sich aus der BGH-Entscheidung *Finanz-Sanierung* ergibt.⁸²⁴ Auch seit Inkrafttreten des neuen Rechtsdienstleistungsrechts am 01.07.2008 will die Rechtsprechung daher an den Wertungen zu Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG festhalten. Dies wird mit dem fortbestehenden Verbotscharakter im RDG und der Schutzzweckklausel des § 1 Abs. 1 S. 2 RDG begründet, nach der die Rechtsuchenden, der Rechtsverkehr und die Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen durch das RDG geschützt sind.⁸²⁵

2. Pauschalisierende Erstreckung auf alle Vorschriften des RDG

Überdies ist zu beobachten, dass die Rechtsprechung sich zur Einordnung einer Rechtsdienstleistungsvorschrift pauschaler Aussagen bedient, die sich auf alle Rechtsdienstleistungsvorschriften beziehen. So wird oft ohne nähere Begründung die Aussage getroffen, dass die Vorschriften des Rechtsdienstleistungsgesetzes als Marktverhaltensregelungen (nach § 4 Nr. 11 UWG aF) angesehen werden könnten, ohne dass jedoch auf die jeweils konkret betroffene Vorschrift abgestellt wird.⁸²⁶ Die Rechtsprechung schert somit ganze Vorschriftenkomplexe über einen Kamm, ohne zu beachten, dass jede einzelne Vorschrift für sich zu analysieren ist. Dies mag auch daran liegen, dass die Rechtsprechung, wie soeben gezeigt, den in § 1 Abs. 1 S. 2 RDG vorangestellten Schutzzweck und den darin enthaltenen interessengerichteten Wettbewerbsbezug zur Begründung heranzieht, dass es sich um eine Primär-

822 OLG Köln, GRUR-RR 2019, 307 (308); zuvor schon ohne nähere Begründung: LG Dortmund, GRUR-RS 2018, 49064; LG Frankenthal, Urteil vom 18. Juli 2017 – 6 O 82/17 –, juris.

823 Vgl. oben unter 5. Kap. B.I.1.a).

824 BGH, GRUR 2009, 1077 (1079) – *Finanz-Sanierung*.

825 BGH, GRUR 2009, 1077 (1079) – *Finanz-Sanierung*.

826 BGH, GRUR 2012, 405 (406) – *Kreditkontrolle*; OLG Hamm, GRUR-RS 2015, 10960; LG Hamburg, MMR 2020, 496 (497). Völlig daneben ist daher auch die Aussage des OLG Brandenburg, GRUR-RR 2019, 159 (160): „Das RDG stellt eine Marktverhaltensregelung im Sinne § 3 a UWG dar [...]“.

norm handelt und dieser Schutzzweck schließlich für alle Vorschriften des Gesetzes gilt.⁸²⁷

3. Ableitbare Grundsätze zur Beurteilung von Rechtsdienstleistungsvorschriften

Nach der Rechtsprechungs begründung für die Einordnung von Rechtsdienstleistungsvorschriften als Marktverhaltensregelungen im Interesse der Marktteilnehmer soll es somit genügen, dass die Schutzzweckklausel des RDG, die den Schutz von zumindest einer Marktteilnehmergruppe (den Rechtsuchenden) anordnet, vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen schützen und daneben dem Schutz der Rechtsordnung und des Rechtsverkehrs dienen soll. Aus dieser Begründung heraus sollen nach Ansicht der Rechtsprechung pauschal alle Rechtsdienstleistungsvorschriften (jedenfalls solche des RDG) Marktverhaltensregelungen im Interesse der Marktteilnehmer i. S. d. § 3a UWG sein.

4. Bewertung

Die Rechtsprechung verwendet für die Einordnung von Rechtsdienstleistungsvorschriften als Primärnormen eine völlig oberflächliche und pauschalisierende Begründung, die so auch nicht mit dem aktuellen Rechtsbruchtatbestand vereinbar ist. Soweit die Rechtsprechung u. a. aus dem fortbestehenden Verbotscharakter des § 3 RDG die Primärnormqualität ableiten will, so ist dies zwar unter historisch-genetischen Gesichtspunkten verständlich. Denn der Gesetzgeber hat beispielhaft daraufhin gewiesen, dass Vorschriften, die den Marktzutritt regulieren, auch Marktverhaltensregelungen sein können, wenn sie als Voraussetzung für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten den Nachweis besonderer fachlicher Fähigkeiten fordern. Dies ist offensichtlich auch bei der Vornahme nicht erlaubter und damit verbotener außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen der Fall. Aus dem Verbotscharakter allein rechtfertigt sich aber noch nicht das Vorliegen einer Primärnorm nach § 3a UWG. Unzutreffend ist auch der Verweis der Rechtsprechung auf die Schutzzweckklausel des § 1 Abs. 1 S. 2 RDG. Die Schutzzwecke beschreiben lediglich die Ziele des Gesetzgebers im Hinblick auf den Schutzzumfang des Rechtsdienstleistungsrechts. Mit dem Erlass des RDG ging es dem Gesetzgeber darum, die Rechtsuchenden, sowie die Rechtsordnung und den Rechtsverkehr zu schützen. Dieses in Gesetzesform gegossene Regelungsziel als Maßgabe für die Beurteilung einer Primärnorm zu verwenden, entspricht der Logik der Rechtsprechung und auch der herrschenden Auffassung im Schrifttum, die die Primärnormqualität am

827 BGH, GRUR 2016, 1189 (1190) – *Rechtsberatung durch Entwicklungsingenieur*.

häufigsten durch die Suche nach der gesetzgeberischen Motivlage und den Schutzzwecken zu begründen versuchen. Diese Regelungsintention würde in der Konsequenz dann aber auf jede einzelne Rechtsdienstleistungsvorschrift ausstrahlen. Vor diesem Hintergrund erklärt sich dann auch die Aussage der Rechtsprechung, dass alle Rechtsdienstleistungsvorschriften Marktverhaltensregelungen im Interesse der Marktteilnehmer seien. Denn letztlich teilen demzufolge dann alle Vorschriften des Regelungskanons (RDG) diese Regelungsintention bzw. das durch die Schutzzweckklausel beschriebene gesetzgeberische Ziel. Dies hätte für die Vorschriften des RDG zur Folge, dass damit streng genommen auch die Primärnormqualität von Verwaltungs- und Verfahrensvorschriften wie etwa der §§ 18, 19 RDG begründet werden könnte. Es liegt jedoch auf der Hand, dass sie keine Marktverhaltensregelungen im Interesse der Marktteilnehmer sind. Ihnen kann daher keine wettbewerbsbezogene bzw. auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion zukommen. Es ist zwar richtig, dass die Schutzzweckklausel einen besonderen Rang bei der Auslegung der Rechtsdienstleistungsvorschriften einnimmt.⁸²⁸ Sie kann aus den genannten Gründen aber nicht allein für die Beurteilung aller Rechtsdienstleistungsvorschriften nach § 3a UWG verwendet werden. Darüber hinaus wird durch die Rechtsprechung die gesamte Schutzzweckklausel zur Begründung der Primärnormqualität referiert. Maßgeblich kann für die Einbeziehung in das UWG jedoch nur der Schutz der Marktteilnehmer, also der Rechtsuchenden als Marktgegenseite der Rechtsdienstleister sein, nicht aber der Institutionenschutz und der Schutz von Allgemeininteressen wie der Schutz der Rechtsordnung bzw. des Rechtsverkehrs. Diese haben für das UWG unmittelbar außer Betracht zu bleiben. Die begründungsweise Heranziehung der gesamten Schutzzweckklausel für alle Rechtsdienstleistungsvorschriften kann also nicht richtig sein. Deshalb verbietet sich auch die pauschalisierende Aussage, alle Vorschriften des RDG seien Marktverhaltensregelungen im Interesse der Marktteilnehmer.⁸²⁹ Manche Vorschriften des RDG können ganz andere Interessen verfolgen oder mit Marktverhalten nichts zu tun haben. Stattdessen muss jede einzelne Vorschrift gesondert analysiert werden.

II. Verwertbarkeit der Leitlinien für die hier unterbreiteten Auslegungsvorschläge

Für das hier vorgeschlagene Auslegungsmodell können die Leitlinien der Rechtsprechung nur sehr eingeschränkt fruchtbar gemacht werden. Der Schutzzweckklausel kommt zwar für die Bestimmung des geschützten Interesses eine wichtige Bedeutung zu. Allerdings auch nur dort, wo sie sinnvoll-

⁸²⁸ Grunewald/Römermann/Römermann, RDG, § 1 Rn. 5.

⁸²⁹ So auch *Wüstenberg*, WRP 2017, 396 (402).

lerweise aktiviert werden kann. Für die Definitionsvorschrift des § 2 RDG sowie für die Verwaltungs- und Verfahrensvorschriften ist dies gerade nicht der Fall. Hierbei handelt es sich schon nicht um gesetzliche Vorschriften oder Regelungen. Zwar kann die Schutzzweckklausel des RDG indizieren, dass es sich z. B. bei der Vorschrift des § 3 RDG jedenfalls auch, d. h. neben dem nicht durch das UWG geschützten Allgemeininteresse am Schutz der Rechtsordnung und des Rechtsverkehrs, um eine Vorschrift zum Schutz der Marktgegenseite, d. h. der privaten und gewerblichen Rechtsuchenden handelt. Ansonsten beschreibt die Schutzzweckklausel, wie gezeigt, nur die mit dem RDG verfolgte gesetzgeberische Intention und die Ziele des Gesetzgebers im Hinblick auf die Schutzrichtung des RDG. Aus dem Schutzzweck allein lässt sich aber eben nicht auf das Vorliegen einer Marktverhaltensregelung schließen. Ebenso wenig kann hierfür der fortdauernde Verbots- gesetzcharakter herangezogen werden. Dieser vermag sicherlich den Regelungscharakter des § 3 RDG zu begründen, nicht jedoch etwas zu der Frage auszusagen, ob eine Primärnorm vorliegt, die alle Merkmale der normenspezifischen Tatbestandskomponente erfüllt.

Aus der zu den Rechtsdienstleistungsvorschriften ergangenen wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung ergibt sich ferner, dass diese zur Qualifikation einer Rechtsdienstleistungsvorschrift als Primärnorm im Kern auf die Begründung zum RBerG zurückgreift. Nach dem hier präsentierten Auslegungsmodell kann die Begründung zum RBerG jedoch nicht unbesehen auf das RDG übertragen werden, da das RDG in wesentlichen Kernaspekten völlig anders konzipiert ist. In dieser Arbeit ist vorgeschlagen worden, dass nur dann eine Marktverhaltensregelung i. S. d. § 3a UWG vorliegt, wenn die jeweilige gesetzliche Vorschrift ein Marktverhalten einer Regelung unterwirft. Hierzu muss festgestellt werden, dass Gegenstand eines Verbots oder Gebots nach dem Willen des Gesetzgebers ein Marktverhalten sein soll, was dadurch zu erkennen ist, dass nach dem Tatbestand einer Norm oder nach ihrer objektiven Stoßrichtung ein Verhalten erfasst ist, das zumindest in einer eigenständigen Verhaltenskategorie bzw. in einem eigenständigen Anwendungsfall durch eine geschäftliche Handlung ausgefüllt wird. Die Vorschriften nach dem RBerG wären damit grundsätzlich als Marktverhaltensregelungen einzuordnen gewesen, da die das RBerG eröffnende Tat-handlung nach Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBerG eine *geschäftsmäßige* Rechtsbe-sorgung voraussetzte, die stets durch eine geschäftliche Handlung und somit durch Marktverhalten vorgenommen wurde. Aufgrund verschiedener ver-fassungs- und verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen hat der Gesetzgeber den Begriff der Geschäftsmäßigkeit nicht in das RDG übernommen.⁸³⁰ Nun-mehr stellt das RDG ganz allgemein auf eine Tätigkeit in einer konkreten

830 BT-Drs. 16/3655, S. 1, 27.

fremden Angelegenheit ab, sobald diese eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert. Dadurch können Rechtsdienstleistungen auch durch private oder jedenfalls nicht durch geschäftliche Handlungen erbracht werden (vgl. §§ 6, 7 RDG).⁸³¹

Zwar wird dadurch das Spektrum der durch die geschäftsmäßige Rechtsbesorgung erfassten Verhaltensweisen jedenfalls nicht enger geworden sein. Allerdings ist aufgrund der Wandlung des Rechtsdienstleistungsrechts von einer sachbereichsbezogenen, berufsgruppenspezifischen Erlaubnis nach dem RBerG hin zu einer tätigkeitszentrierten Materie heute umso mehr darauf zu achten, ob mit der jeweiligen Rechtsdienstleistungsvorschrift Marktverhalten geregelt wird. Die Leitlinien der Rechtsprechung können nach der hier erarbeiteten Auslegungsmethodik allenfalls für einzelne Merkmale des Rechtsbruchtatbestandes (Regelung, Interessenklausel) herangezogen werden, aber nicht zur Begründung des gesamten Primärnormcharakters einer Rechtsdienstleistungsvorschrift.

C. Analyse der Rechtsdienstleistungsvorschriften durch Anwendung der Auslegungsvorschläge

In diesem Abschnitt sollen die Rechtsdienstleistungsvorschriften nun nach den oben erarbeiteten Auslegungsvorschlägen analysiert werden.⁸³² Hierfür wird jede einzelne Vorschrift auf ihre Primärnormeneigenschaft untersucht, indem das Vorliegen der einzelnen Kernmerkmale der normenspezifischen Tatbestandskomponente geprüft wird.

I. Vorschriften des Rechtsdienstleistungsgesetzes

1. § 1 RDG – Anwendungsbereich

Die in dieser Norm enthaltenen Bestimmungen beschreiben die wesentlichen Kernpunkte zum Regelungsgegenstand, Schutzzweck und territorialen Geltungsbereich des RDG. Genau genommen handelt es sich schon um keine gesetzliche Vorschrift, in jedem Fall aber um keine Regelung i. S. d. § 3a UWG, weil ein bindendes und eigenständig durchsetzbares Gebot oder Verbot fehlt. Eine Primärnorm ist deshalb in den Bestimmungen des § 1 RDG nicht zu sehen.

831 BT-Drs. 16/3655, S. 1.

832 Vgl. oben unter 5. Kap. A. – C.

2. § 2 RDG – Begriff der Rechtsdienstleistung

Die Definition, was eine Rechtsdienstleistung ist, enthält § 2 Abs. 1 RDG. Der § 2 Abs. 2 RDG stellt neuerdings klar, dass auch gewisse Tätigkeiten, die in Zusammenhang mit Inkassodienstleistungen stehen, stets als Rechtsdienstleistungen anzusehen sind, während Abs. 3 Negativausnahmen formuliert. Als Definitionsvorschrift ordnet § 2 RDG lediglich Verhaltensweisen ein, knüpft an sie jedoch keine Rechtsfolge. Der § 2 RDG enthält daher schon keine Regelungen.

3. § 3 RDG – Befugnis zur Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen

a) Regelungscharakter

Die hier betrachtete Vorschrift regelt die Erbringung sämtlicher außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen, indem sie die selbstständige Rechtsdienstleistungserbringung einem Erlaubnisvorbehalt entweder nach Maßgabe des RDG oder nach anderen Gesetzen unterwirft. Danach ist die selbstständige Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen nur in dem Umfang zulässig, in dem sie durch das RDG oder durch oder aufgrund anderer Gesetze erlaubt wird. Darin liegt ein präventives und auch zwingendes sowie eigenständig durchsetzbares Verbot der selbstständigen Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen, welches so lange fort gilt, bis eine Erlaubnisvorschrift eingreift und dadurch das Verbot aufgehoben wird. Der Verbotscharakter gilt daher in dieser Vorschrift, wie vormals für den Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG, tatsächlich fort.

b) Marktverhaltensregelung

Fraglich ist aber, ob darin auch eine Marktverhaltensregelung liegt. Für den Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG war das Vorliegen einer Marktverhaltensregelung leicht festzustellen und zu bejahen. Da gem. Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG nur *geschäftsmäßig* erbrachte Rechtsdienstleistungen geregelt worden waren und in einem geschäftsmäßigen Handeln auch stets eine geschäftliche Handlung bzw. eine Wettbewerbshandlung zu sehen war, stellte Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG nach hier vertretener Ansicht immer eine Marktverhaltensregelung dar. Auch der BGH erkannte in der Vorschrift folglich eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion.⁸³³ Dieser Schluss kann für die Nachfolgervorschrift des Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG, den § 3

⁸³³ BGH, GRUR 2005, 353 (354) – *Testamentsvollstreckung durch Banken*; BGH, GRUR 2005, 355 (356) – *Testamentsvollstreckung durch Steuerberater*; BGH, GRUR 2005, 604 (605) – *Fördermittelberatung*; OLG Karlsruhe, GRUR-RR 2007, 51. Ebenso v. Walter, S. 213.

RDG, so allerdings nicht mehr gezogen werden. Dies ist Folge der vom Gesetzgeber nicht in die neue Fassung des RDG übernommenen Voraussetzung der Geschäftsmäßigkeit.⁸³⁴ Der Gesetzgeber hat sich von dieser Terminologie gelöst und als Tathandlung den zentralen Begriff der – entgeltlichen oder unentgeltlichen – Rechtsdienstleistung eingeführt.⁸³⁵ Eine Rechtsdienstleistung ist gem. § 2 Abs. 1 RDG „jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, sobald sie eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert“. Gemäß § 2 Abs. 2 RDG ist eine Rechtsdienstleistung „unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des Absatzes 1, die Einziehung fremder oder zum Zweck der Einziehung auf fremde Rechnung abgetretener Forderungen, wenn die Forderungseinziehung als eigenständiges Geschäft betrieben wird, einschließlich der auf die Einziehung bezogenen rechtlichen Prüfung und Beratung (Inkassodienstleistung)“. Daher ist zu fragen, ob dieses tatbestandliche Verhalten zumindest auch als eigenständige Verhaltenskategorie Handlungen erfasst, die geschäftliche Handlungen sind.

aa) Tatbestandlich geregeltes Verhalten unbestimmt

Das tatbestandlich geregelte Verhalten trifft hierzu zunächst keine Aussage. Die Rechtsdienstleistungserbringung knüpft zwar *expressis verbis* an die Leistungserbringung und damit an die Leistungsphase an. Die Rechtsdienstleistung ist in § 2 RDG allerdings denkbar weit definiert. Vorausgesetzt wird nur, dass es sich um eine fremdnützige *Tätigkeit* handelt, die eine substanzielle Rechtsprüfung erfordert und sich nicht auf die bloße Anwendung des Rechts beschränkt.⁸³⁶ Erfolgt diese Tätigkeit wie noch i. S. d. Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG geschäftsmäßig, z. B. in Zusammenhang mit dem Geschäftsmodell eines Unternehmers, läge darin ohne Weiteres stets eine geschäftliche Handlung i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG. Die Vorschrift wäre dann klar dazu bestimmt, Marktverhalten zu regeln. Jedoch muss sie nicht zwingend mit einem Geschäftsabschluss in Zusammenhang stehen, sondern kann auch durch eine nicht die Voraussetzungen der geschäftlichen Handlung erfüllende Handlung vorgenommen und damit verhaltenstechnisch unterschiedlich ausgefüllt werden. Eine solche Rechtsdienstleistungserbringung durch nicht-geschäftliche Handlungen kann z. B. dadurch erfolgen, dass unentgeltliche Rechtsdienstleistungen erbracht werden, was dann unerlaubt wäre, wenn sie ohne (ordnungsgemäße) Anleitung i. S. d. § 6 Abs. 2 RDG erfolgen.⁸³⁷ Denkbar ist weiter eine Rechtsdienstleistungserbringung durch Wohlfahrts- und Jugendhilfeverbände i. S. d. § 8 Abs. 1 Nr. 5 RDG, die

834 Vgl. oben unter B.II.

835 BT-Drs. 16/3655, S. 1.

836 BT-Drs. 16/3655, S. 1.

837 So etwa im Fall des OLG Frankfurt a. M., GRUR-RR 2015, 474 (476).

typischerweise ebenfalls nicht als geschäftliche Handlung zu qualifizieren ist, auch wenn ausnahmsweise etwas anderes gelten kann. Die durch solche Verbände erfolgende Rechtsberatung würde gegen § 3 RDG verstoßen und wäre somit verboten, wenn die Verbände oder Organisationen z. B. nicht über die erforderliche Ausstattung verfügen oder keine ordnungsgemäße Anleitung gegeben ist (§ 8 Abs. 2 i. V. m. § 7 Abs. 2 RDG).

Wie sich zeigt, sind durch das tatbestandliche Verhalten des § 3 RDG heute auch zu einem gewissen Anteil Verhaltensweisen erfasst, die private oder altruistische und damit nicht die Voraussetzungen der geschäftlichen Handlung erfüllende Verhaltensweisen und damit kein Marktverhalten sind. Es handelt sich dabei auch nicht nur um Ausnahmefälle, sodass nicht gesagt werden kann, dass das tatbestandliche Verhalten stets oder typischerweise Marktverhalten regelt. Die rein formale Betrachtung des tatbestandlich geregelten Verhaltens hilft hier also nicht weiter, da das geregelte Verhalten letztlich nur eine den Anforderungen des § 2 Abs. 1 RDG genügende *Tätigkeit* gleich in welchem Kontext sein muss. Hieraus lassen sich überhaupt keine aussagekräftigen Verhaltenskategorien ableiten, die dadurch erfasst sein sollen. Das tatbestandliche Verhalten ist also denkbar unbestimmt.

bb) Objektive Stoßrichtung zielt auch auf Marktverhalten

Damit festgestellt werden kann, ob § 3 RDG dennoch eine Marktverhaltensregelung ist, kann allerdings darauf geschaut werden, ob die Norm bei ihrer hypothetischen Anwendung in der Außenwelt Verhaltensweisen erfasst, die geschäftliche Handlung beschreiben und daher Marktverhalten sind. Es muss zumindest festgestellt werden können, dass es sich bei den erfassten Verhaltensweisen, wenngleich neben anderen Anwendungsfällen, um einen eigenständigen Anwendungsfall der Norm in Bezug auf ein bestimmtes Verhalten (hier: Marktverhalten) handelt. Daraus würde dann hervorgehen, dass der Gesetzgeber zumindest mit einem eigenständigen Anwendungsfall des geregelten Verhaltens auch Marktverhaltensrecht schaffen wollte und die Vorschrift somit auch dazu bestimmt ist, Marktverhalten zu regeln.

In der Außenwelt werden Rechtsdienstleistungen durch Unternehmen oder unternehmerische Dienstleister häufig entweder als eigenes (Haupt-)Geschäft erbracht oder werden mit anderen geschäftlichen/unternehmerischen Tätigkeiten vermengt und gewissermaßen als Annex zur Haupttätigkeit erbracht, z. B., weil die Haupttätigkeit dies strukturell erfordert oder weil es um Ausnahmen geht, in denen hin und wieder eine Rechtsdienstleistung erbracht wird, dies aber keine typische Nebenleistung darstellt. Die Rechtsdienstleistungen werden damit in diesen Fällen in Zusammenhang mit oder als geschäftliche Handlungen erbracht. Hierfür ist nicht nur die Rechtsprechung Zeugnis, die sich schon häufig mit der Rechtsdienstleistungserbrin-

gung durch Versicherungsmakler und -berater, Architekten, Werkstätten oder Informationsdienstleistern beschäftigt hat – allesamt unter der, wenn auch nicht explizit angesprochenen, Annahme, dass eine geschäftliche Handlung vorlag.⁸³⁸ Auch die große Anzahl der tätigen Inkassodienstleister und generell der registrierten Personen, die Rechtsdienstleistungen geschäftsmäßig erbringen und deren Geschäftsmodell sogar auf einer geschäftsmäßigen Erbringung von Rechtsdienstleistungen fußt, spricht dafür, dass das Tätigkeitsverbot in der Außenwelt in erheblichen Ausmaß Verhaltensweisen betrifft, die Unterfälle geschäftlicher Handlungen sind. Es handelt sich daher sicherlich um einen eigenständigen Anwendungsfall. Bei objektiver Betrachtung der Tatbestandsdefinition in § 2 RDG wird deutlich, dass der weit überwiegende Teil der durch die Rechtsdienstleistungserbringung erfassten Verhaltensweisen durch unternehmerische und geschäftliche Tätigkeiten am Markt erfolgt, und damit zu einem erheblichen Umfang als geschäftliche Handlung und mithin als Marktverhalten. In vielen Geschäftsfeldern ist die Rechtsdienstleistungserbringung nämlich typischer Leistungsbestandteil oder geradezu notwendige Nebentätigkeit. Diese Ausrichtung zeigt sich auch daran, dass viele Erlaubnistatbestände typische geschäftliche Tätigkeiten regeln. Der Gesetzgeber hat also offenbar tatsächlich ein Bedürfnis gesehen, Geschäftsmodelle von Unternehmern, im Rahmen derer geschäftsmäßig Rechtsdienstleistungen erbracht werden, explizit durch Erlaubnistatbestände im RDG von dem präventiven Verbot des § 3 RDG auszunehmen. So knüpfen die Verhaltensweisen für die Erlaubnis nach § 5 RDG an die Leistungserbringung im Rahmen des Leistungsangebots eines Berufs oder einer Tätigkeit an, sodass in der Regel geschäftsmäßige Rechtsdienstleistungen als Nebenleistungen für wirtschaftlich tätige Unternehmen geregelt werden.⁸³⁹ Gleiches ist auch für die erlaubten Tätigkeiten nach § 10 Abs. 1 RDG (Inkassodienstleistungen, Rentenberatung, Rechtsdienstleistungen nach einem ausländischen Recht) festzustellen. In allen Fällen geht es bei den in § 10 Abs. 1 RDG aufgezählten Tätigkeiten um die gewerbsmäßige Bearbeitung von Rechtssachen, die im geschäftlichen Verkehr gegen Entgelt vorgenommen werden. Es wird in aller Regel mit der Erbringung der jeweiligen Rechtsdienstleistungen nicht nur ein Absatz gefördert, sondern Absatz generiert, sodass damit ein Unternehmens- und Marktbezug vorliegt. Die danach erfassten Verhaltensweisen, die ausschließlich die gewerbsmäßige Erbringung von Rechtsdienstleistungen zum Gegenstand haben, sind

838 BGH, GRUR 2021, 758 (759) – *Rechtsberatung durch Architektin*; BGH, GRUR 2016, 1189 (1190) – *Rechtsberatung durch Entwicklungsingenieur*; BGH, GRUR 2016, 820 (821) – *Schadensregulierung durch Versicherungsmakler*; BGH, GRUR 2012, 79 – *Rechtsberatung durch Einzelhandelsverband*; OLG Köln, GRUR-RS 2020, 17239.

839 Vgl. BT-Drs. 16/3655, S. 51 f.

damit geschäftliche Handlungen und knüpfen an Marktverhalten an.⁸⁴⁰ Dass die von § 10 Abs. 1 RDG erfassten Verhaltensweisen ausnahmsweise einmal keine geschäftlichen Handlungen darstellen und es somit an Marktverhalten fehlt, ist nach hier vertretener Ansicht an sich nicht denkbar. Dies würde an der objektiven Stoßrichtung der Vorschrift aber auch nichts ändern, weil Begebenheiten, bei denen einmal ein Verhalten auch nicht als geschäftliche Handlung vorgenommen werden kann, so untergeordnet und vernachlässigbar sind, dass es keinen Einfluss darauf hat, dass die objektive Stoßrichtung der Vorschrift auf geschäftliche Handlungen und damit auf Marktverhalten geht. In vielen weiteren Erlaubnisvorschriften außerhalb des Rechtsdienstleistungsrechts wird sogar, wie früher im RBerG, weiterhin ein geschäftsmäßiges bzw. gewerbliches Handeln vorausgesetzt, im Rahmen dessen die Rechtsdienstleistungserbringung in gewissem Umfang erlaubt ist (§ 3 StBerG; § 34d Abs. 1 S. 1 u. 7, Abs. 2 GewO).

Es ist unbeachtlich, wenn in einzelnen eigenständigen Kategorien des geregelten Verhaltens die Rechtsdienstleistung üblicherweise oder z. T. auch nicht als geschäftliche Handlung erbracht werden kann (z. B. §§ 6 bzw. 7, 8 RDG). Denn bei wertender Betrachtung hat der Gesetzgeber mit der objektiven Ausrichtung der Norm schwerpunktmäßig, jedenfalls aber auch, einen eigenständigen Anwendungsfall vorgesehen, der Verhaltensweisen erfasst, die als Leistungshandlungen auf dem Markt für Rechtsdienstleistungen vorkommen.⁸⁴¹ Er hat sonach das Verbot des § 3 RDG auch, wenn nicht sogar primär, auf eine Verhaltenskategorie bezogen, die Marktverhalten darstellt und wollte damit außerwettbewerbsrechtliches Wettbewerbsrecht schaffen.

Da die Gefährdungslage durch nicht ordnungsgemäße, unzuverlässige, oder minderqualitative Rechtsberatung allerdings auch bei nicht-geschäftsmäßigen und unentgeltlichen Rechtsdienstleistungen gegeben ist, besteht durchaus ein weiterreichendes Bedürfnis an einem umfangreichen Schutz aller Rechtsuchenden vor allen schädlichen Rechtsdienstleistungstätigkeiten.⁸⁴² Um diesem sehr umfassend angelegten Bedürfnis Rechnung zu tragen, hat der Gesetzgeber das geregelte Verhalten weit definiert und auch die Regelung von nicht-wirtschaftlichen und nicht-geschäftsmäßigen Tätigkeiten vor Augen gehabt. Dementsprechend ist weder die Definition der Rechtsdienstleistung vollständig kongruent mit der geschäftlichen Handlung, noch erfasst die objektive Stoßrichtung der Vorschrift ausschließlich geschäftliche

⁸⁴⁰ So zutreffend *Chemnitz/Johnigk*, 11. Aufl. 2003, RBerG, Art. 1 § 1 Rn. 222 f. (noch zum RBerG).

⁸⁴¹ Dieses Ergebnis wird durch eine Analyse der Rechtsprechungspraxis durch den Verfasser gestützt. Soweit ersichtlich, war in keiner Entscheidung, deren Gegenstand ein Verstoß gegen das Verbot der selbstständigen Erbringung von Rechtsdienstleistungen war, das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung fraglich.

⁸⁴² *Deckenbrock/Henssler/Deckenbrock*, 5. Aufl. 2021, RDG, § 1 Rn. 6, 8.

Handlungen und damit Marktverhalten als einzige Anwendungskategorie der Vorschrift. Somit intendiert der Gesetzgeber einerseits die Regelung von Marktverhalten, andererseits aber auch Fälle, in denen die Rechtsdienstleistung nicht mit Marktbezug erfolgt, hierbei aber trotzdem das Risiko einer Gefährdung des geschützten Interesses der Rechtsuchenden an fachkundigen und qualifizierten, d. h. ordnungsgemäßen Rechtsdienstleistungen durch unqualifizierte und unzuverlässige Rechtsdienstleister außerhalb der Marktteilnahme besteht. Es spricht aber nicht gegen einen marktverhaltensregelnden Normzweck, dass gegen eine Marktverhaltensregelung durch ein Verhalten verstoßen werden kann, in dem keine geschäftliche Handlung zu sehen ist. Der Gesetzgeber kann natürlich Vorschriften als Marktverhaltensregelungen ausgestalten, die nicht allein Marktrecht regeln. Das ist Ausfluss seiner Kompetenz, in Vorschriften auch einen zweigleisigen Schutzzweck vorzusehen, der nur zum Teil mit dem UWG und dem Rechtsbruchtatbestand anbindet. Liegt im konkreten Fall deshalb keine geschäftliche Handlung und damit kein Marktverhalten vor, kommen natürlich die lauterkeitsrechtlichen Rechtsfolgen nicht in Betracht, da die den Anwendungsbereich des UWG eröffnende geschäftliche Handlung fehlt und es deshalb an einer markttypischen Gefährdungslage mangelt. Wie oben dargestellt besteht die aus einer unqualifizierten Rechtsdienstleistungserbringung resultierende Gefährdungslage aber auch außerhalb des Marktgeschehens, etwa bei altruistischer Rechtsberatung. Hierbei ist es nicht nötig, im Eilverfahren den Unterlassungsantrag zu stellen und damit eine schnelle Sanktionsmöglichkeit herbeizuführen. Denn die markttypische Gefährdung der Rechtsuchenden gerade als Marktteilnehmer droht nicht. Stattdessen kann eine Untersagung nach § 9 RDG ergehen.

Da insoweit die objektive Stoßrichtung der Norm auch auf die Erfassung von Marktverhalten als den (wohl) überwiegenden Anwendungsfall dieser Norm geht, handelt es sich bei § 3 RDG um eine Regelung, die auch dazu bestimmt ist, das Marktverhalten der Marktteilnehmer zu regeln. Für dieses Ergebnis spricht zudem, dass durch den Wegfall der Geschäftsmäßigkeit, wie sie im RBerG vorausgesetzt worden war, der erfasste Umfang der Tathandlung jedenfalls nicht enger geworden ist, weil nach wie vor genau die gleichen geschäftsmäßigen Handlungen erfasst werden, wie sie auch durch das RBerG erfasst worden waren. Diese Kategorie besteht auch im RDG weiter fort, nur sind jetzt auch unentgeltliche, altruistische Handlungen erfasst. Dies stellt jedoch kein Minus im Hinblick auf den abgedeckten Handlungsumfang dar.

c) Marktteilnehmerinteresse

Bei objektiver Betrachtung bezweckt § 3 RDG, den privaten und unternehmerischen Rechtsuchenden, also den Nachfrager nach Rechtsdienstleistung

gen, vor unqualifizierten und nicht fachgemäßen Rechtsdienstleistungen zu schützen, und dient damit dem Integritätsinteresse der Rechtsuchenden als Verbraucher, Unternehmer oder sonstigen Marktteilnehmern.⁸⁴³ Da es sich damit um ein nicht-wirtschaftliches Interesse handelt, ist es erforderlich, dass dieses Interesse stets oder typischerweise durch die Marktteilnahme, also durch den Abschluss von Austauschverträgen und den nachfolgenden Verbrauch oder Gebrauch der erworbenen Ware oder in Anspruch genommenen Dienstleistung berührt wird. In der Tat wird dieses Interesse vorwiegend durch die Marktteilnahme des Rechtsuchenden berührt, der dem Rechtsdienstleister bei der Nachfrage nach Rechtsdienstleistungen am Markt gegenübertritt. Daher wird dieses Marktteilnehmerinteresse typischerweise durch die marktrelevante Inanspruchnahme der Rechtsdienstleistung betroffen. Die Interessenklausel ist damit erfüllt. Bei § 3 RDG handelt es sich damit um eine Primärnorm i. S. d. § 3a UWG.

4. § 4 RDG – Unvereinbarkeit mit einer anderen Leistungspflicht

Auch Rechtsdienstleistungen, die grundsätzlich erlaubt sind, dürfen nach dem in § 4 S. 1 RDG normierten allgemeinen Grundsatz nicht erbracht werden, wenn es dadurch zu einer Kollision von Leistungspflichten kommt, die die qualitative und ordnungsgemäße Erfüllung der Rechtsdienstleistungspflicht gefährdet. Hierbei handelt es sich um ein als allgemeinen Grundsatz formuliertes unbedingtes Verbot.⁸⁴⁴ Fraglich ist, ob es sich damit um ein von § 3 RDG unabhängiges Verbot handelt, welches eigenständig durchsetzbar ist.⁸⁴⁵ Nur dann kann es eine Regelung sein. Die Vorschrift liest sich zunächst in der Tat wie ein eigenständiges Verbot („*dürfen nicht erbracht werden*“). Hierfür mag auch der Wortlaut des § 4 S. 1 RDG sprechen, der nicht voraussetzt, dass es sich um eine *erlaubte* Rechtsdienstleistung handelt, sondern nur verlangt, dass eine Rechtsdienstleistung nach § 2 RDG vorliegt. Es scheint jedoch eher so zu sein, dass es sich bei § 4 S. 1 RDG um eine Rückausnahme von einer nach § 3 RDG i. V. m. mit einer Erlaubnisvorschrift erlaubten Rechtsdienstleistung handelt.⁸⁴⁶ Denn die Erbringung einer Rechtsdienstleistung ohne Erlaubnis verstößt schon von vornherein gegen § 3 RDG und darf daher nicht erbracht werden, sodass man schon gar nicht mehr zur Prüfung des § 4 S. 1 RDG käme. Denklogisch kann es daher bei § 4 RDG nur darum gehen, bei prinzipiell erlaubten Rechtsdienstleistungen für den Fall einer Pflichtenkollision eine Ausnahme von dieser Erlaubnis vorzusehen.

843 Vgl. auch Deckenbrock/Henssler/Deckenbrock, 5. Aufl. 2021, RDG, § 1 RDG Rn. 8.

844 BGH, NJW 2020, 208 (231); Gaier/Wolf/Göcken/Johnigk, 3. Aufl. 2020, AnwBr, § 4 RDG Rn. 7,8 m. w. N.

845 So wohl Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.116; Römermann, NJW 2011, 884 (886).

846 Deckenbrock/Henssler/Deckenbrock, 5. Aufl. 2021, RDG, § 4 RDG Rn. 11.

In diesem Fall läge dann ein Verstoß gegen § 3 RDG, aber nicht gegen § 4 S. 1 RDG vor. Ansonsten müsste bei jeder strittigen Rechtsdienstleistungserbringung zuerst auf einen Verstoß gegen § 4 RDG geprüft werden, bevor auf einen Verstoß gegen § 3 RDG geprüft wird, was in der Praxis jedoch nicht geschieht.⁸⁴⁷ Da das Verbot in § 4 S. 1 RDG sonach nicht eigenständig durchsetzbar ist, handelt es sich um keine Regelung. Gleiches gilt für § 4 S. 2 RDG. Diese Vorschrift stellt eine Art Negativfiktion dar, die lediglich das normierte Verhalten einordnet. Die Vorschriften in § 4 RDG besitzen demnach keine Primärnormqualität.

5. § 5 RDG – Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit

Bei § 5 RDG handelt es sich um eine Erlaubnisvorschrift innerhalb der Systematik des RDG für Rechtsdienstleistungen, die als Nebentätigkeit zum Berufs- oder Tätigkeitsbild gehören. Die Vorschrift selbst stellt kein Verbot oder Gebot auf, sondern bestimmt lediglich, dass eine Rechtsdienstleistung unter den genannten Voraussetzungen das präventive Verbot des § 3 RDG aufhebt. Sie ist nicht mittels staatlichen Zwangs eigenständig durchsetzbar und daher keine Regelung. Da aus diesem Grund nicht gegen sie verstoßen werden kann, ist auch eine Zuwiderhandlung gegen § 5 RDG im Speziellen und gegen Erlaubnisvorschriften im Allgemeinen nicht denkbar. Wer ohne Erlaubnis Rechtsdienstleistungen erbringt, verstößt nämlich gegen § 3 RDG und nicht gegen § 5 RDG bzw. eine andere Erlaubnisvorschrift. Die Vorschriften in dem § 5 RDG stellen mithin schon keine Regelungen dar.

6. Weitere Vorschriften, die Erlaubnissätze beinhalten (§§ 6 bis 8, 10 RDG)

a) Erlaubnissätze

Aus den im Rahmen der Analyse des § 5 RDG genannten Gründen sind auch die Erlaubnissätze der §§ 6 Abs. 1, 7 Abs. 1, 8 Abs. 1 sowie 10 Abs. 1 RDG keine Regelungen.

b) Anleitungs- und Ausstattungspflicht nach §§ 6 Abs. 2, 7 Abs. 2 und 8 Abs. 2 RDG

Diese Normen enthalten jedoch nicht nur den Erlaubnissatz, sondern mitunter auch Annexbestimmungen, die Marktverhaltensregelungen darstellen könnten, etwa, wenn vorgesehen ist, dass die Rechtsdienstleister weitere

⁸⁴⁷ Vgl. BGH, GRUR 2016, 820 – *Schadensregulierung durch Versicherungsmakler*; BGH, NJW 2020, 208.

Vorkehrungen zu treffen haben, die eine sichere und zuverlässige Rechtsdienstleistungserbringung und gute Beratungsqualität absichern und so den Schutz des Rechtsuchenden erhöhen sollen.⁸⁴⁸ So muss der Rechtsdienstleister nach § 6 Abs. 2 S. 1 RDG, wenn er unentgeltliche Rechtsdienstleistungen außerhalb persönlicher oder familiärer Bindungen erbringt, sicherstellen, dass die Rechtsdienstleistung durch einen Erlaubnisinhaber oder Volljuristen oder unter deren Anleitung erfolgt. Bei Rechtsdienstleistungen durch Berufs- und Interessenverbände und Genossenschaften nach § 7 Abs. 1 RDG sowie für manche öffentlichen Stellen (§ 8 Abs. 1 Nr. 4, 5, Abs. 2 RDG) kommt gem. § 7 Abs. 2 S. 1 RDG (ggf. i. V. m. § 8 Abs. 2 RDG) hinzu, dass sie über die zur sachgerechten Rechtsdienstleistungserbringung erforderliche personelle, sachliche und finanzielle Ausstattung verfügen müssen.

aa) Regelung

Diese Vorschriften stellen Anforderungen an die Organisationsstruktur, den Betrieb und die Ausstattung des Unternehmens oder der Einrichtung, im Rahmen derer Rechtsdienstleistungen erbracht werden sollen. Dadurch soll auch bei unentgeltlichen Rechtsdienstleistungen gegenüber Dritten bzw. bei Personen, die bereits in Verbands- und Mitgliedschaftsstrukturen eingebunden sind und keine gesonderte Leistung an den Rechtsdienstleister erbringen, eine Risikominimierung erreicht werden. Denn wird in größerem Umfang unentgeltlich oder im Verbands- und Vereinigungswesen querfinanziert durch Mitgliedsbeiträge Rechtsberatung erbracht, ist angesichts des z. T. auch hohen Professionalisierungsgrades zum Schutz des Rechtsuchenden eine absichernde Anleitung, Organisation und Ausstattung nötig.⁸⁴⁹ Es handelt sich dabei um ein Gebot, die Organisationsstruktur und Ausstattung zur Sicherstellung der auch im Bereich altruistischer und mitgliederfinanzierter (professionalisierter) Rechtsberatung erforderlichen Beratungsqualität auszurichten.⁸⁵⁰ Der Verstoß gegen diese Pflichten führt nicht dazu, dass die Rechtsdienstleistungserbringung unerlaubt wäre, sodass diese Pflichten anders als die Erlaubnissätze keine im Verhältnis zu § 3 RDG unselbstständigen Gebote sind. Sie sind vielmehr eigenständig durchsetzbare Gebote, bei deren Zuwiderhandlung die Untersagung nach § 9 Abs. 1 RDG droht. Der Gesetzgeber hat dadurch verdeutlicht, dass die Anleitung und Ausstattung unbedingt und in jedem Fall gewährleistet sein muss. Diese Organisationspflichten sind demnach unabhängige und eigenständige Handlungsgebote und damit Regelungen.

848 Dreyer/Lamm/Müller/Dreyer/Geißler, RDG, § 6 RDG Rn. 16.

849 Vgl. BT-Drs. 16/3655, S. 58, 60, 62.

850 BT-Drs. 16/3655, S. 58, 60.

bb) Marktverhaltensregelung

Dennoch sind sie keine Marktverhaltensregelungen. Die Vorschriften haben zwar durchaus einen recht engen Bezug zur Erbringung der Rechtsdienstleistung, da die Anleitung und die erforderliche Ausstattung auch während der Erbringung der Rechtsdienstleistung und damit eines eventuellen Marktverhaltens gegeben sein müssen. Der Regelungsgegenstand selbst ist jedoch kein Marktverhalten. Das tatbestandliche Verhalten ist die *Sicherstellung* der Rechtsdienstleistungserbringung durch eine qualifizierte Person oder durch deren Anleitung bzw. das *Verfügen* über eine sachgerechte personelle, sachliche und finanzielle Ausstattung. Die Sicherstellung der Anleitung wird im Falle der Rechtsdienstleistungserbringung durch die Beauftragung der qualifizierten Person bzw. deren arbeitsvertragliche Anstellung in dem Unternehmen oder dem Verband/der Vereinigung erfolgen. Die Anleitung wird in der Regel dadurch geschehen, dass die qualifizierte Person dazu verpflichtet wird, die Rechtsdienstleistungserbringung entweder zu begleiten oder zu beaufsichtigen oder entsprechende Schulungen durchzuführen.⁸⁵¹ Das Verfügen beschreibt die tatsächliche Besitzlage an Ausstattung. Es geht mithin lediglich um die innerbetriebliche Ausstattung, die stets vorhanden sein muss, somit also um die innere Organisation des Betriebs des Rechtsdienstleisters und nicht um den Leistungsaustausch und das Verhältnis zwischen Rechtsdienstleister und Rechtsuchenden in diesem Zusammenhang. Sie muss zwar während der gesamten Leistungsphase vorliegen, hat aber keinen unmittelbaren Einfluss auf das Transaktionsgeschehen. Der Rechtsdienstleister muss diese Ausstattung nur vorhalten, tritt aber dadurch noch nicht in Interaktion mit dem Rechtsuchenden. Sie hat darauf auch keine Auswirkungen. Damit liegt auch keine geschäftliche Handlung vor; es wird mit dieser Organisationspflicht kein Marktverhalten geregelt.

Auch wenn es vorkommen kann, dass im Einzelfall die Sicherstellung der Anleitung oder das Verfügen über Ausstattung als geschäftliche Handlung am Markt geschieht, handelt es sich dabei lediglich um einen Reflex des weiten tatbestandlichen Verhaltens. Zur Marktverhaltensregelung ist die Vorschrift aber nicht bestimmt. Auch durch die Analyse anhand der objektiven Stoßrichtung der Vorschrift ergibt sich nichts anderes. Es handelt sich mithin nicht um Primärnormen.

⁸⁵¹ Hier sind vielfältige Organisationsstrukturen denkbar, vgl. näher Gaier/Wolf/Göcken/Piekenbrock, 3. Aufl. 2020, AnwBr, § 6 RDG, Rn. 26, 27.

c) Verfahrensvorschriften bei registrierten Personen, § 10 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, 3 RDG

Die Bestimmungen in § 10 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 sowie Abs. 3 S. 1 und S. 2 RDG beinhalten Verfahrensvorschriften und die Möglichkeit der Aufsichtsbehörde, die Registrierung mit Nebenbestimmungen zu versehen (§ 10 Abs. 3 S. 1 und S. 2 RDG). Zum Teil handelt es sich dabei nicht einmal um gesetzliche Vorschriften, weil sich die Bestimmungen allein an die Behörde richten (§ 10 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 1 u. 2 RDG). Soweit sie sich an Privatrechtssubjekte richten, wie dies bei der Antragspflicht nach § 10 Abs. 2 RDG der Fall ist, liegt aber schon klar keine Regelung vor. Es handelt sich allein um Verfahrensvorschriften ohne Marktbezug.⁸⁵²

d) Angabepflicht bei Teilbereichsregistrierung, § 10 Abs. 3 S. 3 RDG

Etwas anderes könnte sich jedoch für § 10 Abs. 3 S. 3 RDG ergeben. Für den Fall einer Teilbereichsregistrierung nach § 10 Abs. 1 S. 2 RDG ordnet diese Vorschrift an, dass der Umfang der beruflichen Tätigkeit, also für welchen Teilbereich der Rechtsdienstleister registriert worden ist, dem Rechtsuchenden gegenüber durch den Rechtsdienstleister eindeutig angegeben werden muss. Diese Vorschrift enthält eine typische Informationspflicht, die der Inkassodienstleister, Rentenberater oder Rechtsdienstleister in einem ausländischen Recht, welche zudem allesamt typischerweise unternehmerische Rechtsdienstleister darstellen, gegenüber dem Rechtsuchenden als Nachfrager nach Rechtsdienstleistungen erfüllen muss. Sie gibt ihnen also bindend ein Verhalten auf und ist daher als Gebot und somit als Regelung einzuordnen.

Die Teilbereichsregistrierung (z. B. Rentenberatung nur für betriebliche Altersversorgung) ist dem Rechtsuchenden bei Geschäftsabschluss über die Rechtsdienstleistungserbringung mitzuteilen. Solche tatbestandlichen Informations- und Angabepflichten vor oder *bei Geschäftsabschluss* werden stets durch geschäftliche Handlungen vorgenommen und sind daher dazu bestimmt, das Marktverhalten zu regeln. Die Vorschrift dient auch dem Interesse der Rechtsuchenden, die als Nachfrager von Rechtsdienstleistungen ohne Weiteres sonstige Marktteilnehmer i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG sind, die, wenn sie einem nur für Teilbereiche von Rechtsdienstleistungen registrierten Rechtsdienstleister auf dem Rechtsdienstleistungsmarkt gegenübertreten, ansonsten kaum erkennen könnten, dass dieser nur eine eingeschränkte Erlaubnis und damit auch nur eine entsprechend beschränkte Kompetenz besitzt. Diese Information ist für sie jedoch für den Geschäftsabschluss

⁸⁵² Zum Marktbezug von Verfahrensvorschriften vgl. MüKoUWG/Schaffert, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 78.

sehr relevant. Damit dient die Vorschrift dem wirtschaftlichen Interesse der Rechtsuchenden an der Informiertheit ihrer Entscheidung. Folglich ist auch die Interessenklausel erfüllt. Es handelt sich bei § 10 Abs. 3 S. 3 RDG mithin um eine Marktverhaltensregelung im Interesse der Marktteilnehmer und folglich um eine Primärnorm.

7. § 9 RDG – Untersagung von Rechtsdienstleistungen

Die in § 9 Abs. 1 RDG vorgesehene Untersagungsmöglichkeit von Rechtsdienstleistungen bildet die Ermächtigungsgrundlage für eine verwaltungsrechtliche Untersagung minderqualitativer Rechtsdienstleistungen. Da die Bestimmungen nur die Behörde binden, sind sie schon keine gesetzlichen Vorschriften. Wird gegen eine Untersagungsverfügung nach § 9 RDG verstoßen, erfüllt dieser Verstoß den Bußgeldtatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 1 1. Alt. RDG. Indes kommen daneben keine wettbewerbsrechtlichen Ansprüche unter dem Aspekt eines Rechtsbruchs i. S. d. § 3a UWG in Betracht, weil es sich bei den §§ 6, 7 und 8 RDG um keine Primärnormen handelt.⁸⁵³ Denn es ist gemeinhin anerkannt, dass die Nichtbeachtung einer Untersagungsanordnung *qua* Verwaltungsaktes keinen Gesetzesverstoß darstellt.⁸⁵⁴ Dies wäre nur dann anders, wenn es sich um bindende, gesetzeswiederholende Verwaltungsakte handelt. In diesen Fällen wäre eine Zuwiderhandlung aber kein Verstoß gegen den Verwaltungsakt, sondern gegen die diesem zugrundeliegende Primärnorm und könnte über § 3a UWG sanktioniert werden.⁸⁵⁵ Da es sich hier jedoch um eine Ermächtigungsnorm handelt, die den Erlass einer Untersagungsverfügung in das Ermessen der Behörde stellt, löst der Verstoß gegen einen auf dieser Grundlage ergangenen Verwaltungsakt keine wettbewerbsrechtlichen Ansprüche aus, da ansonsten die Umgehung des behördlichen Ermessens drohen würde.⁸⁵⁶

Auch die behördliche Registrierungs- und Bekanntmachungspflicht gem. § 9 Abs. 2 S. 1 RDG richtet sich nur auf das Verhältnis zwischen der untersagenden Behörde und der für den Rechtsdienstleister zuständigen Aufsichtsbehörde, entfaltet mithin lediglich zwischen staatlichen Subjekten Wirkung und ist daher keine gesetzliche Vorschrift. Gleiches gilt für die Ermächtigungsnorm zur Betriebsuntersagung nach § 9 Abs. 2 S. 2 RDG i. V. m. § 15b RDG.

853 So auch Gaier/Wolf/Göcken/Piekenbrock, 3. Aufl. 2020, AnwBr, § 9 RDG Rn. 6; a. A. *Sabel*, AnwBl 2007, 816 (820).

854 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.56.

855 v. *Walter*, S. 159; *Köhler*, GRUR 2004, 381 (383).

856 Vgl. *Köhler*, GRUR 2004, 381 (383).

8. § 11 RDG – Besondere Sachkunde, Berufsbezeichnungen

Die hier betrachtete Norm besitzt zwei Regelungskerne. Während in Abs. 1 bis 3 die erforderliche theoretische Sachkunde für die Erlaubnisinhaber umrissen wird (Kenntnisse in gewissen Rechtsgebieten für Inkassodienstleister, Rechtsdienstleister nach einem ausländischen Recht und Rentenberater), sind in Abs. 4 bis 5 Vorschriften für das Tragen von Berufsbezeichnungen enthalten.

a) Erfordernis besonderer Sachkunde gem. § 11 Abs. 1 bis 3 RDG

Bei den nach Erlaubnisarten gegliederten Sachkunderfordernissen in den Abs. 1 bis 3 handelt es sich sicherlich um Vorschriften, die im Interesse der Rechtsuchenden am Markt eine Mindestqualität der Rechtsdienstleistungserbringung ihnen gegenüber sicherstellen sollen, wenn diese am Markt als Marktpartner den unternehmerischen Rechtsdienstleistern gegenüberstehen. Jedoch enthalten sie keine Marktverhaltensregelungen, sondern sind als offene Programmsätze ausgestaltet, die nur die Segmente des materiellen Rechts aus den drei Beratungsbereichen des § 10 Abs. 1 S. 1 RDG in einer Positivliste benennen und kein Marktverhalten regeln.⁸⁵⁷ Sie beschreiben gerade keine geschäftlichen Handlungen. Besitzt der Rechtsdienstleister nicht die erforderliche Sachkunde, wird er nicht registriert, sodass die Rechtsdienstleistungserbringung gegen § 3 RDG verstößt und darüber sanktioniert werden kann. Werden z. B. Rechtsdienstleistungen durch Inkassounternehmen für Rechtsgebiete erbracht, für die sie nicht die notwendige Sachkunde haben, weil sie für das jeweilige Rechtsgebiet keine Sachkundeprüfung absolviert haben (z. B. für das Urheberrecht), verstößt dies nicht gegen § 11 Abs. 1 RDG, sondern ebenfalls gegen § 3 RDG.⁸⁵⁸ Daher fehlt es in jedem Fall an einer Regelung. Fällt die Sachkunde später weg, kann die Behörde ordnungsrechtlich gem. § 13h Nr. 4 RDG i. V. m. §§ 12 Abs. 1 Nr. 2, 11 Abs. 1 bis 3 RDG gegen den nicht (mehr) sachkundigen Rechtsdienstleister vorgehen und dessen Betrieb untersagen. Bis zum bekanntgegebenen Widerruf kann sich aber der registrierte Inkassodienstleister für die Zulässigkeit seiner Rechtsdienstleistungen auf die Tatbestandswirkung des Registrierungsverwaltungsaktes berufen, was ein wettbewerbsrechtliches Vorgehen ausschließt, da bis dahin keine Zuwiderhandlung vorliegt.⁸⁵⁹

⁸⁵⁷ BeckOK RDG/*Günther*, 20. Ed. 1.1.2022, RDG, § 11 Rn. 1; Krenzler/*Schmidt*, 2. Aufl. 2017, RDG, § 11 RDG Rn. 2.

⁸⁵⁸ KG, GRUR-RR 2022, 86 (88, 91 f.).

⁸⁵⁹ Vgl. oben unter 4. Kap. D.III.2.

b) Berufsbezeichnungsvorschriften nach § 11 Abs. 4 und 5 RDG

Das Führen von Bestandteilen in der Berufsbezeichnung, die eine Tätigkeit eines registrierten Erlaubnisinhabers nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 RDG nahelegen bzw. eine Verwechslungsgefahr zu einem solchen begründen können, ist nach § 11 Abs. 4 RDG verboten, wenn es sich nicht wirklich um eine entsprechend registrierte Person handelt. Ob die Person dabei unterhalb der Registrierungsschwelle berät oder lediglich informierend oder unterrichtend tätig wird, ist dafür unerheblich. Angesichts ihres Schutzzwecks gilt die Vorschrift umfassend.⁸⁶⁰ Es liegt daher ein Handlungsverbot und damit eine Regelung vor.⁸⁶¹ Hierfür spricht auch, dass Verstöße gem. § 20 Abs. 1 Nr. 3 RDG Ordnungswidrigkeiten sind.

Das tatbestandlich geregelte Verhalten ist das *Führen* einer Berufsbezeichnung. Um auch als Marktverhaltensregelung angesehen werden zu können, muss das tatbestandliche Verhalten zumindest als eigenständige Verhaltenskategorie eine geschäftliche Handlung und damit Marktverhalten darstellen. Wird die Berufsbezeichnung im beruflichen Verkehr geführt, erfolgt das Führen stets als geschäftliche Handlung und folglich als Marktverhalten. Das Führen der Bezeichnung kann aber auch durch Verhaltensweisen im sozialen Leben erfolgen, z. B. durch Angeberei gegenüber Freunden, Familie und Bekannten mit diesen Berufen. Im Kontext der Vorschrift (Berufsbezeichnung der unternehmerisch tätigen Inkassodienstleister und Rentenberater) wird das Führen der in § 11 Abs. 4 RDG genannten Bezeichnungen aber typischerweise im wettbewerbsrechtlichen und rechtsdienstleistenden Umfeld relevant und dadurch verwirklicht, dass die Personen unter diesen geschützten Bezeichnungen nach außen werbend auftreten, um unter dem Eindruck vermeintlich entsprechender Qualifizierung ein eigenes Geschäft zu machen. Auch nach der objektiven Stoßrichtung der Vorschrift ergibt sich daher, dass mit dem Führen der Berufsbezeichnung als eigenständiger Anwendungsfall, und zwar sogar ganz überwiegend, geschäftliche Handlungen geregelt werden. Folglich ist darin eine Marktverhaltensregelung zu sehen. Es schadet nicht, dass im Einzelfall dieses Verhalten auch im privaten Umfeld vorgenommen werden kann und keine geschäftliche Handlung darstellt. Denn bei objektiver Betrachtung erfolgt das Führen primär im Geschäftsverkehr und damit durch Marktverhalten. Erfolgt es einmal nicht als geschäftliche Handlung, ist ohnehin der Anwendungsbereich des UWG nicht eröffnet. Mit Berufsbezeichnungsvorschriften hat der Gesetzgeber aber ty-

860 A. A. BeckOK RDG/Günther, 20. Ed. 1.1.2022, RDG, § 11, Rn. 16.

861 Dagegen zu unpräzise Grunewald/Römermann/Suppe, RDG, § 9 RDG, Rn. 14: „Gebots- und Verbotswirkung dieser Bestimmung“. Diese Vorschrift stellt offensichtlich kein Gebot dar, weil sie dem berechtigten Personenkreis der registrierten Erlaubnisinhaber nicht die Pflicht auferlegt, diese Berufsbezeichnungen zu tragen.

pisches außerwettbewerbsrechtliches Wettbewerbsrecht geregelt. Dass das Führen nicht vollständig kongruent mit der geschäftlichen Handlung ist, hat nur den Grund, zugleich im privaten Bereich die Integrität und das Ansehen der Rentenberater und Inkassodienstleister gewissermaßen außerhalb des Marktgeschehens zu gewährleisten.

Die Vorschrift dient auch dem Schutz von Rechtsuchenden, die Rechtsdienstleistungen von Unternehmern beziehen, welche unter Verwendung von Bestandteilen der entsprechenden Erlaubnisbezeichnung oder ähnlichen Bezeichnungen wahrheitswidrig suggerieren, eine Beratungsbefugnis zu besitzen, die jedoch nur den fachkundigen und qualifizierten registrierten Personen zukommt. Es geht also um den Schutz der Nachfrager vor der irrigen Inanspruchnahme von entsprechend qualifizierten Rechtsdienstleistungen, wenn sie diesen Rechtsdienstleistern auf dem Markt von Rechtsdienstleistungen gegenüberreten und damit um eine korrekte und informierte Entscheidungsgrundlage. Damit liegt die Vorschrift im wirtschaftlichen Interesse der Rechtsdienstleistungen nachfragenden Marktteilnehmer und schützt damit ein Marktteilnehmerinteresse.

In § 11 Abs. 5 RDG ist dagegen ein Handlungsgebot enthalten, wonach Personen, die in einem EU/EWR-Staat oder in der Schweiz eine zu Inkassodienstleistern oder Rentenberatern vergleichbare Tätigkeit ausüben und in Deutschland als registrierte Personen nur für einen Teilbereich registriert sind, ihren Beruf unter der auf Deutsch übersetzten Berufsbezeichnung ihres Herkunftsstaates auszuüben haben. Eine Regelung ist damit unproblematisch gegeben. Hinsichtlich der Einordnung dieser Norm als Primärnorm liegt zunächst eine Marktverhaltensregelung vor. Es geht gerade um die Ausübung eines Berufs unter der ausländisch-qualifizierten Teilbereichsbezeichnung (d. h. gewerblichen Rechtsdienstleistungserbringung), mit der ein klassischer Unterfall der geschäftlichen Handlung im Rahmen der Leistungsphase und damit Marktverhalten beschrieben wird. Auch die Interessenklausel ist erfüllt, da die gleichen wirtschaftlichen Interessen der Rechtssuchenden wie im Falle des § 11 Abs. 4 RDG betroffen sind. Mithin handelt es sich bei § 11 Abs. 4 und 5 RDG um Primärnormen.

9. § 12 RDG – Registrierungs Voraussetzungen

Die Voraussetzungen, die eine nach § 10 Abs. 1 RDG registrierte Person erfüllen muss, um sich als solche bei der Behörde registrieren zu lassen und in das Rechtsdienstleistungsregister eingetragen zu werden sowie nähere Einzelheiten hierzu finden sich in § 12 RDG. Die Vorschriften in § 12 Abs. 1 Nr. 1 1. HS. Nr. 2 bis 3 RDG benennen positive Voraussetzungen (persönliche Eignung und Zuverlässigkeit, Sachkunde und das Vorliegen einer Berufshaftpflichtversicherung) und in § 12 Abs. 1 Nr. 1 2. HS RDG findet sich

eine Aufzählung nicht abschließender Regelbeispiele für das Fehlen der persönlichen Zuverlässigkeit und Eignung. Etwa fehlt sie nach Buchst. a), wenn die Vermögensverhältnisse ungeordnet sind. Wann dies der Fall ist, wird in § 12 Abs. 2 RDG definiert. Sodann wird in § 12 Abs. 3 RDG festgelegt, dass die theoretische und praktische Sachkunde i. S. d. § 12 Abs. 1 Nr. 2 RDG durch Zeugnisse nachzuweisen ist bzw. durch angeleitete praktische Berufsausübung- oder ausbildung grundsätzlich in gewissem Umfang oder durch einen Anpassungslehrgang im Inland zu erfolgen hat. Da Rechtsdienstleister vermehrt auch als juristische Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit auftreten, die zwar rechts- oder jedenfalls teilrechtsfähig, aber nicht aus sich heraus selbst handlungsfähig sind, bestimmt § 12 Abs. 4 S. 1 RDG, dass in diesem Fall die juristische Person oder Gesellschaft eine qualifizierte Person benennen muss, die die personengebundenen Voraussetzungen des § 12 Abs. 1 Nr. 1 und 2 RDG erfüllt und zudem nach S. 2 dort dauerhaft beschäftigt, weisungsunabhängig und vertretungsberechtigt sein muss. Gemäß § 12 Abs. 4 S. 3 RDG steht diese Möglichkeit auch registrierten Einzelpersonen (z. B. Rentenberatern) offen. In § 12 Abs. 5 RDG findet sich schließlich eine Ermächtigungsnorm für den Verordnungsgesetzgeber, durch eine Rechtsverordnung Einzelheiten zu den Registrierungs Voraussetzungen in einer größeren Detailtiefe zu regeln. Ziel ist es, dass die Voraussetzungen der Registrierung in den §§ 11, 12 RDG zwar in ihren Grundzügen festgesetzt werden, aber die Detailfragen in ständiger Abstimmung mit der Verwaltung und der Praxis spezifiziert und ggf. wegen geänderter Anforderungen in der praktischen Anwendung angepasst werden können.⁸⁶²

Bis auf § 12 Abs. 5 RDG, der lediglich eine an staatliche Stellen (BMJ⁸⁶³ mit Zustimmung des Bundesrates) gerichtete Ermächtigungsnorm ist, handelt es sich zunächst um gesetzliche Vorschriften, da sie an die registrierungswilligen Privatrechtssubjekte gerichtet sind und diese für das Registrierungsverfahren im Hinblick auf die Registrierungs Voraussetzungen binden. Diese gesetzlichen Vorschriften dienen auch der Qualitätssicherung gegenüber den Rechtssuchenden, die sich darauf verlassen können sollen, dass Rechtsdienstleistungen nur von persönlich zuverlässigen, integren, sachkundigen, erfahrenen und gegen Pflichtverletzungen versicherten Personen erbracht werden. Damit dienen sie ersichtlich den Interessen der Rechtssuchenden als Marktteilnehmer vor Gefahren, die aus der marktrelevanten Inanspruchnahme von minderqualitativen Rechtsdienstleistungen herrühren, womit die Interessenklausel erfüllt ist.

Fraglich ist indes, ob diese Bestimmungen auch Marktverhaltensregelungen sind. Während z. B. die Definition in § 12 Abs. 2 RDG ersichtlich keine

⁸⁶² BT-Drs. 16/3655, S. 70.

⁸⁶³ Bundesministerium der Justiz.

Regelung ist, scheint der imperative Wortlaut einiger Vorschriften (Abs. 3: „ist nachzuweisen“, „müssen erfolgen“; Abs. 4: „müssen benennen“, „muss beschäftigt werden“) das Vorliegen einer Regelung zunächst nahezu legen. Allerdings könnte das Merkmal einer Regelung dann fehlen, wenn es sich zwar um Gebote oder Verbote handelt, sie aber nicht eigenständig durchsetzbar sind und nicht gegen sie verstoßen werden kann. Die Registrierungs-voraussetzungen nach Abs. 1 müssen *vis-à-vis* der Registrierungsbehörde erfüllt werden, damit diese die Registrierung *qua* Verwaltungsakt vornehmen kann. Gleiches gilt auch für die Nachweise der theoretischen Sachkunde und die Voraussetzungen für die praktische Sachkunde nach Abs. 3 S. 1 bis 4. Es handelt sich also um Voraussetzungen, die in erster Linie an die Eintragung ins Rechtsdienstleistungsregister und nicht an Marktverhalten anknüpfen.⁸⁶⁴ Erfüllt der Registrierungsanwärter diese Voraussetzungen nicht, kommt er nur nicht in den Genuss der gewünschten Registrierung. Und wer ohne sie Rechtsdienstleistungen erbringt, verstößt gegen § 3 RDG und nicht gegen § 12 Abs. 1 RDG. Gleiches gilt für die Benennungs- und Beschäftigungspflicht in § 12 Abs. 4 RDG. Im Übrigen stellen die letztgenannten Gebote auch keine Marktverhaltensregelungen dar, weil das tatbestandlich geregelte Benennen bzw. Beschäftigen lediglich die innerbetriebliche Strukturierung der jeweiligen juristischen Person bzw. Gesellschaft betrifft.⁸⁶⁵ Sie haben keine Außenwirkung und sind auch nicht dazu geeignet, den Rechtsuchenden in seiner wirtschaftlichen Entscheidung zu beeinflussen. Fallen die Voraussetzungen nachträglich weg, kann die Behörde zudem als Sofortmaßnahme den Weiterbetrieb nach § 13h Abs. 4 Nr. 1 RDG, ggf. auch als sofort vollziehbare Anordnung, untersagen und die bereits erfolgte Registrierung nach § 14 S. 1 RDG widerrufen. Selbst wenn man also in manchen Vorschriften eigenständig durchsetzbare Regelungen erkennen wollte, stellen sie keine Marktverhaltensregelungen dar. Es handelt sich also nicht um Primärnormen.

10. § 13 RDG – Registrierungsverfahren

Die hier untersuchte Norm enthält Vorgaben zum Ablauf des Registrierungsverfahrens, und zwar vom Antragseingang bis zur Registrierung und deren Veröffentlichung im Rechtsdienstleistungsregister. Gegenstand dieser Norm ist also der förmliche Verfahrensablauf, der zum Nachweis der in § 12 RDG bestimmten materiellen Registrierungs-voraussetzungen seinerseits Voraus-

⁸⁶⁴ Vgl. z. B. BT-Drs. 16/3655, S. 68 für das Vorliegen einer Berufshaftpflichtversicherung: „Eine Berufshaftpflichtversicherung ist konstitutive Voraussetzung für die Registrierung“.

⁸⁶⁵ Vgl. hierzu die gleich gelagerte Begründung zur Anleitungs- und Ausstattungspflicht oben unter C.I.6.b).

setzung ist.⁸⁶⁶ Sie ist damit förmliches Abbild der Registrierungsvoraussetzungen nach § 12 RDG i. V. m. der auf § 12 Abs. 5 RDG beruhenden RDV.⁸⁶⁷

Soweit die Bestimmungen nicht nur bloße Pflichten der Registrierungsbehörde (z. B. § 13 Abs. 3, Abs. 4 S. 2 bis 4, Abs. 5 S. 3 RDG) beschreiben oder die Oberbehörde zum Erlass einer die Detailfragen konkretisierenden Rechtsverordnung ermächtigen (§ 13 Abs. 5 RDG), und die aus diesem Grund schon keine gesetzlichen Vorschriften darstellen, sondern Vorschriften tatsächlich Vorgaben für den Registrierungsanwärter machen, scheinen auf den ersten Blick bindende Gebote und Verbote vorzuliegen.⁸⁶⁸ Im § 13 RDG dürfte dies aber nur für die (Änderungs-)Mitteilung gem. § 13 Abs. 4 S. 1 RDG und die Mitteilung gem. § 13 Abs. 5 S. 1, S. 2 RDG wirklich zutreffen. Hierfür spricht sicherlich die Anwendung des Ordnungswidrigkeitenrechts bei Verstößen gegen diese Pflichten (§ 20 Abs. 2 Nr. 1 RDG), wodurch verdeutlicht wird, dass Verstöße gegen diese Gebote in jedem Fall zu unterbleiben haben. Es müsste sich jedoch auch um eigenständig durchsetzbare Gebote handeln, damit über das Lauterkeitsrecht ein Unterlassungsanspruch gerechtfertigt ist. Dies wird von *Dötsch* bestritten.⁸⁶⁹ Es handele sich bloß um Mitteilungsobliegenheiten, die lediglich zu einem Widerruf nach § 14 S. 1 Nr. 1 RDG führen würden.⁸⁷⁰ Worin aber das für Obliegenheiten typische Verschulden gegen sich selbst liegen soll, stellt er nicht klar. Zwar ist es so, dass es auf den ersten Blick zu Wertungswidersprüchen kommen könnte, wenn der Verstoß gegen eine Änderungs- oder Ergänzungsmitteilung nach Abs. 4 S. 1 bzw. Abs. 5 bei einer Sanktionierung über §§ 3a i. V. m. 8 ff. UWG ohne Weiteres zu unterlassen, er im Falle eines Widerrufs nach § 14 S. 1 Nr. 1 RDG dagegen nur unter der Voraussetzung eines beharrlichen Handelns verboten wäre. Allerdings lässt sich die Voraussetzung eines beharrlichen Verstoßes im Rahmen der Bagatellkomponente in der Spürbarkeit gut berücksichtigen. Es ist auch nicht so, dass die Änderungs- bzw. Ergänzungsmitteilung lediglich eine Vorfeldvoraussetzung wäre, die nur zu der Zurückweisung des Registrierungsantrags und damit zum Fehlen der konstitutiven Registrierung führt. Es liegt daher fern, von einer reinen Obliegenheit auszugehen. Vielmehr handelt es sich nach der hier vertretenen Auffassung um eine eigenständig durchsetzbare Pflicht.⁸⁷¹ Ansonsten könnte die Aufsichtsbehörde die vom Gesetzgeber gewollte Prüfung, ob und wie sich diese Tä-

866 Vgl. Grunewald/Römermann/*Suppé*, RDG, § 13 RDG Rn. 1.

867 BeckOK RDG/*Günther*, 20. Ed. 1.1.2022, RDG, § 13 Rn. 1.

868 So z. B. die Antragspflicht des Rechtsdienstleisters in § 13 Abs. 1 S. 1 RDG.

869 Deckenbrock/Henssler/*Dötsch*, 5. Aufl. 2021, RDG, § 13 RDG Rn. 86.

870 Deckenbrock/Henssler/*Dötsch*, 5. Aufl. 2021, RDG, § 13 RDG Rn. 83, 86.

871 Der Gesetzgeber spricht auch selbst von einer Verpflichtung, vgl. BT-Drs. 16/3655, S. 71: „Die Vorschrift verpflichtet die registrierten Personen [...]“ und „Die Verpflichtung dient [...]“.

tigkeiten auf die für die Inkassodienstleistung erforderliche Sachkunde beziehungsweise die Zulässigkeit von Nebenleistungen nach § 5 Abs. 1 RDG auswirken, nicht zuverlässig vornehmen.⁸⁷² Es handelt sich also um eigenständig durchsetzbare Gebote und damit um Regelungen.

Fraglich ist aber, ob es sich dabei auch um Marktverhaltensregelungen handelt. Dazu müsste die tatbestandliche Handlung zunächst eine geschäftliche Handlung beschreiben. Allerdings genügt es in dem Fall, dass sie verschiedene Verhaltensweisen umfasst, dass die Vornahme als geschäftliche Handlung zumindest als eine eigenständige Verhaltenskategorie erscheint oder aber nach der objektiven Stoßrichtung der Vorschrift geschäftliche Handlungen als zumindest ebenso eigenständiger Anwendungsfall erfasst sind. Für den Fall der Änderungsmitteilung in Bezug auf die Registrierung bzw. den Inhalt des Rechtsdienstleistungsregisters nach § 13 Abs. 4 S. 1 RDG ist die Mitteilung allein im Innenverhältnis zwischen Behörde und registrierter Person zu machen und bezieht sich lediglich auf das Registrierungsverfahren und die durch das Rechtsdienstleistungsregister aufzunehmenden Angaben. Die Mitteilung beschreibt daher kein Marktverhalten, sondern nur für den Verwaltungsvorgang der Registrierung durch die Behörde relevantes Verhalten in Bezug auf die Daten der registrierten Person. Die Mitteilung hat aber nichts mit dem Austauschverhältnis zwischen Rechtsdienstleister und Rechtsuchendem zu tun, sondern bezweckt, den Kontrollaufwand für die Behörde in Bezug auf die Frage zu reduzieren, ob Tatsachen vorliegen, die einen Widerruf rechtfertigen würden. Da allenfalls nur ein sehr loser Zusammenhang mit dem Marktverhalten besteht und die geforderten Handlungen keine geschäftlichen Handlungen sind, handelt es sich nicht um Marktverhaltensregelungen.⁸⁷³ Aus gleichen Gründen ist auch die Pflicht zur Ergänzungsmitteilung nach § 13 Abs. 5 S. 1 u. 2 RDG keine Marktverhaltensregelung. Danach müssen durch Inkassodienstleister Tätigkeiten auf anderen als bereits zuvor mitgeteilten Rechtsgebieten unverzüglich der zuständigen Behörde in Textform mitgeteilt werden. Gleiches gilt gem. S. 2,

⁸⁷² BT-Drs. 19/27673, S. 43.

⁸⁷³ Vgl. *Frenzel*, S. 102 f. zu den Verfahrensvorschriften in § 6 ff. BRAO; BeckOK RDG/*Günther*, 20. Ed. 1.1.2022, RDG, § 13 Rn. 1. Anders aber LG Hamburg, GRUR-RS 2018, 13168 zu den Mitteilungspflichten des Tabakerzeugnisherstellers/Importeurs gegenüber der Behörde zu den Herstellerangaben und den Inhalts- und Wirkstoffen in § 24 Abs. 1 bis 3 TabakerzV. Das LG begründet die Qualität der Vorschrift damit, dass sie in Umsetzung der RL 2014/40/EU dazu dienen sollen, elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter zu regulieren, um eine Verbesserung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts sowie ein hohes Schutzniveau für die öffentliche Gesundheit zu erreichen. All dies sind jedoch keine für §§ 1 Abs. 1 S. 1, 3a UWG relevante Schutzgüter. Die Mitteilung gegenüber der Behörde ist zudem kein Marktverhalten. Im Ergebnis wie in der Begründung ist die Entscheidung des LG Hamburg damit klar verfehlt.

wenn andere als bereits zuvor mitgeteilte Nebenleistungen erbracht werden sollen. Die neuen Tätigkeiten bzw. Nebenleistungen müssen dann nachgemeldet werden. Die jeweilige Mitteilung erfolgt im Vorfeld der für die neuen Rechtsgebiete bzw. Nebenleistungen zu erbringenden Tätigkeiten gegenüber der Behörde. In ihr liegt zwar der objektive Zweck einer Absatzförderung, da die Mitteilung unmittelbar mit einer Erweiterung des Absatzes von Rechtsdienstleistungen auf neuen Rechtsgebieten und in Bezug auf weitere Nebenleistungen zusammenhängt, wenn der Inkassodienstleister seine Leistungen in neuen Branchen anbieten und erbringen will. Allerdings ist sie nicht geeignet, den Rechtsuchenden zu erreichen, weil die Mitteilung nur im Subordinationsverhältnis zwischen Behörde und Inkassodienstleister erfolgt. Damit ist die Ergänzungsmitteilung keine geschäftliche Handlung und auch keine Marktverhaltensregelung. Bei den Vorschriften des § 13 RDG handelt es sich somit ebenfalls nicht um Primärnormen.

11. § 13a RDG – Darlegungs- und Informationspflichten gegenüber Privatpersonen

Macht ein Inkassodienstleister die Forderung eines Gläubigers gegenüber einer Privatperson geltend, muss er dieser gegenüber umfangreiche Informationspflichten erfüllen (§ 13a Abs. 1 RDG). Sollte die Privatperson dies fordern, müssen ihr gem. § 13a Abs. 2 RDG ferner die ladungsfähige Anschrift des Auftraggebers und bei Verträgen die wesentlichen Umstände des Vertragsschlusses angegeben werden. Letztere sind lediglich anlassbezogene Informationspflichten.⁸⁷⁴ Diese Darlegungs- und Informationspflichten sollen gewährleisten, dass Privatpersonen die gegen sie erhobenen Forderungen vollständig nachvollziehen können. Ziel ist es, dass Privatpersonen alle Angaben erhalten, die sie benötigen, um die Berechtigung einer gegen sie gerichteten Forderung zu überprüfen und sich ggf. mit allen erforderlichen rechtlichen Schritten dagegen zur Wehr zu setzen.⁸⁷⁵ Hinzu kommen neuerdings erweiterte Hinweispflichten in § 13a Abs. 3 und 4 RDG für verschiedene Methoden, die in der Inkassopraxis gängig, für die Privatperson allerdings nachteilig sind, weil diese die rechtlichen Folgen und Kosten häufig nicht überblicken kann. So muss bei der Absicht, der Privatperson eine Stundungs- oder Ratenzahlungsvereinbarung zu unterbreiten, eine Kosteninformation (Abs. 3), und im Falle der Aufforderung zur Abgabe eines Schuldanerkenntnisses (Abs. 4 S. 1), der Privatperson gegenüber ein Disclaimer erfolgen, der die rechtlichen Folgen eines Schuldanerkenntnisses mit dem Inhalt gem. § 13a Abs. 4 S. 2 RDG beinhaltet. Die Vorschrift war vor der Novelle 2021 in § 11a RDG lokalisiert, wurde dann aber durch das Ge-

⁸⁷⁴ Deckenbrock/Henssler/Dötsch, 5. Aufl. 2021, RDG, § 13a RDG nF Rn. 21 ff.

⁸⁷⁵ Deckenbrock, ZRP 2020, 173.

setz zur Verbesserung des Verbraucherschutzes im Inkassorecht und zur Änderung weiterer Vorschriften in § 13a RDG überführt und durch die weiteren Hinweispflichten in § 13 Abs. 3 und 4 RDG ergänzt.

Bis auf § 13 Abs. 5 RDG, der in Anlehnung an den Verbraucherbegriff des § 13 BGB definiert, wer Privatperson i. S. d. § 13a Abs. 1 bis 4 RDG ist, handelt es sich bei allen genannten Bestimmungen um gesetzliche Vorschriften und um Handlungsgebote, die dem Inkassodienstleister positive Handlungspflichten auferlegen (Abs. 1: „*müssen übermitteln*“; Abs. 2: „*hat mitzuteilen*“; Abs. 3 u. 4: „*hat hinzuweisen*“).⁸⁷⁶ Dass in Abs. 2 die ergänzenden Informationspflichten von einem Willensakt der Privatperson abhängig gemacht werden, ändert daran nichts. Denn liegt der Willensakt vor, so muss der Inkassodienstleister tätig werden. Er hat es nicht in der Hand. Diese Gebote sind auch eigenständig durchsetzbar und es kann gegen sie selbstständig verstoßen werden. Der Gesetzgeber hat seinen bindenden Gebotswillen auch dadurch zum Ausdruck gebracht, dass Verstöße gegen diese Informations- und Hinweispflichten gem. § 20 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 RDG Ordnungswidrigkeiten darstellen, sodass es sich um Regelungen handelt.

Die genannten Informations- und Hinweispflichten müssen bei der ersten Geltendmachung der Forderung gegenüber Privatpersonen (Abs. 1) oder ggf. auch danach (Abs. 2 bis 4) erfüllt werden. Die Informationspflichten knüpfen also an die Tathandlung der Forderungseinziehung an. Je nach konkretem Einziehungsmodell handelt es sich entweder um ein eigen- bzw. fremdnütziges Verhalten in der Nachverkaufsphase in Bezug auf die Einziehung der vertraglichen Hauptforderung; im Hinblick auf die Inkassokosten aber in jedem Fall um ein Verhalten zugunsten des eigenen Unternehmens. Denn die Pflichten stehen in objektiven Zusammenhang mit der Durchführung des der Hauptforderung zugrundeliegenden Vertrags, was durch das Eintreiben fremder Forderungen zugunsten der Auftraggeber und damit in der Regel zugunsten fremder Unternehmer einer fremden Absatzförderung dient.⁸⁷⁷ In jedem Fall aber handelt der Inkassodienstleister dadurch, dass er fremde Forderungen, d. h. die seiner Auftraggeber, gegenüber den Privatpersonen geltend macht, in Zusammenhang mit dem Absatz seiner eigenen Dienstleistungen gegenüber seinem Auftraggeber. Unabhängig davon, dass die Hauptforderung auch einmal nicht auf einem Geschäftsabschluss beruhen kann, da auch nicht-vertragsbezogene Forderungen ohne Weiteres als Inkassoforderungen eingezogen werden können, wird der Inkassodienstleister bei der Forderungseinziehung also stets eine eigennützige geschäftliche

⁸⁷⁶ Unpräzise jedoch Gaier/Wolf/Göcken/Siegmund, 3. Aufl. 2020, AnwBr, § 11a RDG Rn. 10.

⁸⁷⁷ So etwa OLG Köln, GRUR-RR 2019, 307 (308); LG Düsseldorf, BeckRS 2017, 126181; LG Hamburg, BeckRS 2017, 161708.

Handlung vornehmen, sodass die Informationspflichten an Marktverhalten anknüpfen. Damit ist die Marktverhaltensklausel erfüllt.

Fraglich ist, ob die Informationspflichten bei objektiver Betrachtung den Interessen von Marktteilnehmern dienen. Dies könnte zweifelhaft sein, da die relevanten Handlungen gegenüber Privatpersonen zu erfolgen haben und Privatpersonen keine Marktteilnehmer im eigentlichen Sinne sind. Nach der Definition des § 13a Abs. 5 RDG treten sie dem Inkassodienstleister nämlich nicht nur als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen gegenüber. Anders als Verbraucher ist für Privatpersonen nicht Voraussetzung, dass sie ein Rechtsgeschäft abschließen oder im Geschäftsverkehr handeln. Es ist damit nicht immer eine Person betroffen, die in ein Austauschverhältnis eingeschaltet ist. Vielmehr ist Schutzsubjekt der Forderungsschuldner im Allgemeinen. Bei den geschützten Privatpersonen handelt es sich auf den ersten Blick sonach um Dritte, die an sich nicht durch das UWG geschützt sind. Wie dargestellt schadet es aber nicht, wenn durch diese Personengruppe (jedenfalls nicht nur peripher oder zufällig) auch Personen erfasst sind, die Marktteilnehmer sind.⁸⁷⁸ In diesem Fall ist die Definition der Privatperson ersichtlich an den Verbraucherbegriff angelehnt, und lässt sich von ihm auch nicht abgrenzen sondern überschneidet sich mit diesem.⁸⁷⁹ Die Definition umfasst zwar in jedem Fall alle Verbraucher, geht aber über den Verbraucherbegriff hinaus, und erfasst damit z.B. auch Adressaten von Inkassotätigkeiten, die sich auf Schadenersatzforderungen aus Urheberrechtsverletzungen im Internet beziehen.⁸⁸⁰ Hierfür wäre die Verbraucherdefinition aus UWG und BGB untauglich, weil es um deliktische Handlungen geht. Da die Definition in § 13a Abs. 5 RDG aber *jedenfalls auch* alle Verbraucher i. S. d. §§ 2 Abs. 2 UWG, 13 BGB erfasst, handelt es sich um eine Vorschrift, die hauptsächlich in ihrem Interesse liegt. Sie dient auch dem Transparenz- und Informationsinteresse, damit die jeweilige Privatperson bzw. der Verbraucher die Berechtigung der gegen sie geltend gemachten Forderung sowie die rechtlichen Folgen und Kosten prüfen bzw. beurteilen kann und entlastet die Privatpersonen in Gestalt des Verbrauchers von einer eigenen Prüfung. Zweifelhaft ist aber, ob die Privatperson in Gestalt des Verbrauchers gegenüber dem Inkassodienstleister auch gerade als Marktteilnehmer geschützt ist. Dies liegt nicht unbedingt auf der Hand, denn der Verbraucher steht mit dem Inkassodienstleister nicht in einer Vertragsbeziehung. Allerdings besteht ein enger Zusammenhang mit einer Transaktion eines Unternehmers auf Grundlage derer der Inkassodienstleister die offene Forderung eintreibt. Insofern wirkt die Austauschphase in Gestalt des Inkassodienstleisters fort, weshalb

878 Vgl. oben unter 5. Kap. B.III.1.c).

879 Krenzler/Schmidt, RDG, 2. Aufl. 2017, § 11a RDG Rn. 6.

880 BeckOK RDG/Günther, 20. Ed. 1.1.2022, RDG, § 13a Rn. 21; BT-Drs. 17/13057, S. 19.

der Verbraucher gerade auch in seiner Stellung als Marktteilnehmer heraus geschützt ist. Bei Informationspflichten, die überwiegend Verbrauchern gegenüber erfüllt werden müssen, handelt es sich, so wie hier, um Marktverhaltensregelungen, die *auch* dem Interesse der Marktteilnehmer zu dienen bestimmt sind.⁸⁸¹ Damit dienen diese Vorschriften auch einem Marktteilnehmerinteresse, sodass es sich bei den Vorschriften in § 13a RDG – abgesehen von § 13a Abs. 5 RDG – um Primärnormen handelt.

12. § 13b RDG – Darlegungs- und Informationspflichten für Verbraucher

Der § 13b RDG enthält hingegen Informationspflichten, die *für* einen Verbraucher als Auftraggeber des Inkassodienstleisters dem Verbraucher gegenüber erfüllt werden müssen. Der Verbraucher tritt hier als Nachfrager nach den von dem Inkassodienstleister angebotenen Rechtsdienstleistungen auf. Bei diesen Informations- und Mitteilungspflichten handelt es sich um teils bedingte („falls“), aber jedenfalls bei Eintritt der Bedingung um bindende Gebote und damit um Regelungen. Die einzelnen in Abs. 1 genannten Informationen sind dem Verbraucher vor Abgabe seiner Vertragserklärung mitzuteilen. Damit regeln sie eindeutig geschäftliche Handlungen, denn auch der vorvertragliche Bereich ist von der Definition in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG umfasst. Da diese Informationspflichten dem Verbraucher eine rationale und informierte Entscheidung über die Beauftragung des Inkassodienstleisters ermöglichen sollen, ist auch die Interessenklausel erfüllt. Der § 13b Abs. 1 RDG ist mithin eine Primärnorm i. S. d. § 3a UWG.

Auch § 13b Abs. 2 RDG beinhaltet Mitteilungspflichten gegenüber dem Verbraucher und damit an sich typische Marktverhaltensregelungen. Diese Mitteilungspflichten betreffen indes den Fall, dass ein Inkassodienstleister das Tätigwerden für den Verbraucher ablehnt. Dann muss er mitteilen, was die wesentlichen Gründe der Ablehnung waren, ob eine (automatisierte) Forderungsprüfung stattgefunden hat, und dass die Ablehnung eine anderweitige Durchsetzungsmöglichkeit der Forderung unberührt lässt. Die Interessenklausel ist hierbei offensichtlich erfüllt. Die Vorschrift soll auch verhindern, dass der Verbraucher der Fehlvorstellung unterliegt, die Forderung sei objektiv uneinbringlich und er auf weitere Durchsetzungsversuche verzichtet, was bei diesem zu einem Vermögensschaden führen kann. Dieses Interesse wird bei objektiver Betrachtung auch stets durch die marktrelevante An-

881 So auch Ohly/Sosnitza/Ohly, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 75. Durch die deutliche sprachliche Anlehnung des § 13a Abs. 5 RDG an den auch dem UWG zugrundeliegenden Verbraucherbegriff des § 13 BGB hat der Gesetzgeber aber deutlich gemacht, dass Hauptregelungsanliegen gerade die Geschäftsbeziehung zwischen Verbraucher und Unternehmer ist, vgl. BT-Drs. 17/13057, S. 19.

frage zur Beauftragung eines Inkassodienstleisters berührt. Allerdings liegt hier der Ausnahmefall vor, dass es sich bei einer sonst typischen Marktverhaltensregelung nicht um eine solche handelt. Der Unternehmer muss die Informationen in Zusammenhang mit der Ablehnung des Vertragsschlusses mit dem Verbraucher diesem gegenüber mitteilen. Das geregelte Verhalten ist also die Mitteilung der und bei Ablehnung des Tätigwerdens gegenüber dem Verbraucher. Ohne Zweifel steht die Ablehnung der Tätigkeit in sehr engem Zusammenhang mit dem Marktgeschehen, da zumindest schon eine Vorprüfung in Bezug auf die Werthaltigkeit und Einbringbarkeit der Forderung stattgefunden haben dürfte. Die Mitteilung über die Ablehnung des Tätigwerdens, d. h. des Vertragsschlusses über die Erbringung von Rechtsdienstleistungen, stellt jedoch in aller Regel keine geschäftliche Handlung dar, da sie im grundsätzlich pflichtenfreien Stadium der „Nach-Vertragsanbahnung“ bei gescheitertem Vertragsschluss erfolgt.⁸⁸² Der Inkassounternehmer will einen Vertragsschluss aus welchen Gründen auch immer vermeiden, wodurch der Absatzförderungszusammenhang fehlt. Durch die Ablehnung erlangt er weder einen geschäftlichen Vorteil, noch steigert seine Reputation gegenüber Abnehmern oder greift in den Wettbewerb zwischen Rechtsdienstleistern ein.⁸⁸³ Eine Beeinträchtigung fremder Marktchancen genügt für einen Absatzförderungszusammenhang eben nicht. Daher fehlt es an einer Marktverhaltensregelung.⁸⁸⁴ Der § 13b Abs. 2 RDG ist also keine Primärnorm i. S. d. § 3a UWG.

13. § 13c RDG – Vergütungsvereinbarungen für Inkassodienstleistungen und Rechtsdienstleistungen in einem ausländischen Recht

In § 13c RDG werden die Details und Inhalte von Vergütungs- und Erfolgshonorarvereinbarungen festgelegt. So bedarf es für Vergütungsvereinbarungen nach § 13c Abs. 1 S. 1 RDG grundsätzlich der Textform mit dem Inhalt nach S. 2 RDG. Der Normsetzer hat damit eine zwingende Form i. S. d. § 126b BGB festgeschrieben. Die gesetzliche Rechtsfolge folgt aus § 125 S. 1 BGB, sodass aufgrund eines Verstoßes gegen die Textform die Nichtigkeit der Vergütungsvereinbarung vorliegt. Der Gesetzgeber hat also die Rechtsfolge bei einem Verstoß gegen die Textform in anderer Weise ausgestaltet als durch ein Verbot oder Gebot. Der Inkassodienstleister muss die Vergütungsvereinbarung nicht in Textform abschließen. Er muss dann nur

882 Vgl. Deckenbrock/Henssler/Dötsch/Seichter, 5. Aufl. 2021, RDG, § 13a RDG nF Rn. 82.

883 Vgl. Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Keller, 5. Aufl. 2021, UWG, § 2 Rn. 57.

884 A.A. Deckenbrock/Henssler/Dötsch/Seichter, 5. Aufl. 2021, RDG, § 13b RDG nF Rn. 94.

die Nichtigkeit der Vereinbarung gem. § 125 S. 1 BGB in Kauf nehmen.⁸⁸⁵ Eine Regelung ist darin folglich nicht zu sehen, da es an einem eigenständig imperativen und final durchsetzbaren Gebot fehlt. Die Annahme eines Unterlassungsanspruches nach dem UWG wäre verfehlt.

Allerdings könnten die Ausgestaltungs- und Inhaltsbestimmungen für die Vergütungsvereinbarung gem. Abs. 1 S. 2 und für die Vereinbarung eines Erfolgshonorars gem. Abs. 3 Regelungen des Marktverhaltens darstellen. Der § 13c Abs. 1 S. 2 RDG betrifft zunächst die Form und den Aufbau von Vergütungsvereinbarungen von Inkassodienstleistern, mithin deren Ausgestaltung, während § 13c Abs. 3 RDG bestimmt, dass in Erfolgshonorarvereinbarungen Angaben zur Vergütung, Einfluss von Kosten, zur Bemessung des Honorars sowie zu den Folgen einer vorzeitigen Beendigung des Vertrags enthalten sein müssen. Aufgrund des imperativen Wortlauts („*muss*“) stellen beide Vorschriften ohne Weiteres Regelungen dar.

Sie sind Marktverhaltensregelungen, wenn sie nach dem Tatbestand oder nach ihrer objektiven Stoßrichtung Verhalten erfassen, die auch, d. h. zumindest als eigenständige Kategorie bzw. Anwendungsfall geschäftliche Handlungen beschreiben und damit Marktverhalten regeln. Vorliegend bedeutet eine andersartige Ausgestaltung der Vergütungsvereinbarung die Gefahr, dass sie neben der Vollmacht untergeht und der Rechtsuchende eine solche Vereinbarung, hätte er die Vergütungsvereinbarung deutlich erkannt, sonst so nicht abgeschlossen hätte. Es liegt also ein objektiver Zusammenhang mit dem Abschluss eines Vertrags vor, sodass stets eine geschäftliche Handlung und damit eine Marktverhaltensregelung gegeben ist. Gleiches gilt freilich für die Inhaltspflichten in der Vereinbarung eines Erfolgshonorars. Auch hier soll der Rechtsuchende zum Vertragsschluss bewegt werden. Es ist gewollt, dass er die Erfolgshonorarvereinbarung akzeptiert und er somit zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst wird, die er sonst wahrscheinlich nicht so getroffen hätte. Denn das Ausbleiben der Angabepflichten ist geeignet, ihn über die daraus folgenden Pflichten zu täuschen. Sie gleichen damit gesetzlichen Informationspflichten und sind somit stets geschäftliche Handlungen, sodass auch in § 13c Abs. 3 RDG eine Marktverhaltensregelung liegt. Mithin beziehen sich die Ausgestaltungs- und Angabepflichten unmittelbar stets auf die dem Geschäftsabschluss zugrundeliegenden Vereinbarungen und stellen daher in jedem Fall eine geschäftliche Handlung des Inkassodienstleisters gegenüber seinem rechtsuchenden Auftraggeber dar. Sie sind daher Marktverhaltensregelungen. Die Vorschriften schützen

⁸⁸⁵ Nach Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 3a Rn. 1.52 wäre dennoch eine Regelung anzunehmen, da er es für unerheblich hält, ob die Vorschrift das Marktverhalten durch ein Gebot oder Verbot oder in sonstiger Weise, z. B. durch Anordnung der Unwirksamkeit von Handlungen regelt. Letzteres ist hier der Fall.

dadurch die Informiertheit der Entscheidungsfindung. Damit dienen sie auch dem Schutz wirtschaftlicher Interessen der rechtsuchenden Verbraucher als Marktteilnehmer. Folglich sind § 13c Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 RDG Primärnormen i. S. d. § 3a UWG. Das gleiche gilt für Fälle, in denen es um Rechtsdienstleistungen in einem ausländischen Recht geht – hierfür allerdings in Verbindung mit § 13c Abs. 5 RDG. Hierbei richtet sich der Unterlassungstenor darauf, eine Vergütungs- oder Erfolgshonorarvereinbarung zu verwenden, ohne den Voraussetzungen des § 13c Abs. 1 S. 2 RDG zu genügen bzw. die Angaben nach § 13c Abs. 3 RDG zu enthalten.

Hingegen handelt es sich bei dem Verbot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars im Falle einer Inkassodienstleistung über unpfändbare Forderungen gem. § 13 Abs. 4 RDG nicht um eine Primärnorm. Es liegt zwar ein klares Verbot vor („ist unzulässig“), welches sich auf die Vereinbarung eines Erfolgshonorars und damit auf einen Vertragsabschluss bezieht, sodass eine Marktverhaltensregelung gegeben ist. Allerdings ist die Interessenklausel nicht erfüllt. Schutzgegenstand sind unpfändbare Forderungen, die sich vorwiegend auf familienrechtliche Unterhaltsansprüche und andere sozialrechtliche Sicherungs- und Bezugsansprüche beziehen (z. B. § 850 ZPO). Solche Forderungen dürfen nicht Gegenstand einer Erfolgshonorarvereinbarung werden. Vielmehr ergibt sich daraus der Normzweck, Personen zu schützen, die Schuldner von Forderungen aus höchstpersönlichen Ansprüchen sind. Bei objektiver Betrachtung dient sie deshalb dem Interesse aller Personen an ihrem sozialen Schutz, nämlich vor Aufzehrung von Vermögen, was der Sicherung ihrer Grundbedürfnisse und ihrer Lebensgrundlage dient. Damit dient die Vorschrift dem Interesse an sozialer Sicherheit von Personen, ist aber nicht auch dazu bestimmt, gerade die Interessen von Marktteilnehmern zu schützen. Auch werden die Interessen nicht gerade durch die Marktteilnahme berührt. Diese Interessen resultieren nicht aus dem Abschluss von Austauschverträgen oder dem Gebrauch oder Verbrauch von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen und damit aus der marktrelevanten Inanspruchnahme einer Leistung, sondern aus höchstpersönlichen Bindungen bzw. aus der rein sozialen Stellung als Mensch. Die Interessenklausel ist damit nicht erfüllt. Ein Verstoß begründet also kein unlauteres Handeln wegen Rechtsbruchs i. S. d. § 3a UWG.

Schließlich ist auch § 13c Abs. 2 RDG keine Primärnorm. Sie gibt dem Richter lediglich die Möglichkeit, ohne die Unwirksamkeit der Vereinbarung erkennen zu müssen, den vereinbarten Betrag auf eine angemessene Summe herabzusetzen. Da der § 13c Abs. 2 RDG somit nur staatliche Organe bindet, ist er schon keine gesetzliche Vorschrift i. S. d. § 3a UWG, Art. 2 EGBGB.

14. § 13d RDG – Vergütung der Rentenberater

Diese Norm bestimmt in Abs. 1 S. 1 die entsprechende Geltung des RVG für die Vergütung der Rentenberater. Die Vorschrift ist eine Analogieverweisung auf die Vorschriften des RVG ohne eigenen Regelungscharakter. Allerdings kann § 13d Abs. 1 S. 1 RDG *in Verbindung* mit einer das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer regelnden Vorschrift des RVG selbst zu einer Marktverhaltensregelung werden, weil er die Qualität der jeweiligen RVG-Vorschrift übernimmt. Hierfür ist jede RVG-Vorschrift in Verbindung mit § 13d RDG auf ihre Primärnormeigenschaft zu untersuchen, was an dieser Stelle jedoch weder geleistet werden soll noch kann.

Bei § 13d Abs. 1 S. 2 RDG handelt es sich sodann um die Pflicht, für den Fall, dass die Grundlage der Vergütungsberechnung der Gegenstandswert ist (Regelfall gem. § 2 Abs. 1 RVG), auf diesen Umstand hinzuweisen. Darin liegt ein echtes Gebot und damit eine Regelung. Diese Pflicht ist vor Übernahme des Auftrags, d. h. vor dem Geschäftsabschluss, zu erfüllen.⁸⁸⁶ Damit knüpft sie an Verhalten an, welches eindeutig einen Absatzförderungszusammenhang vor Vertragsschluss besitzt und damit stets eine geschäftliche Handlung und folglich Marktverhalten beschreibt. Auch die Interessenklausel ist erfüllt. Die Vorschrift dient dem Informationsinteresse des rechtsuchenden Nachfragers, damit dieser Kenntnis über die Kostengrundlage hat und sich damit auf die Abrechnung bei ggf. auch hohen Gegenstandswerten vorbereiten kann. Mithin dient die Marktverhaltensregelung auch einem wirtschaftlichen Interesse von Marktteilnehmern. Die Vorschrift ist also eine Primärnorm i. S. d. § 3a UWG.

Der § 13d Abs. 2 RDG enthält Vereinbarungsverbote betreffend Gebührenunterschreitungen (S. 1), Erfolgshonorare und Kostenübernahmen für Rentenberater (S. 2 1. Alt. bzw. 2. Alt., also eine Verbotstrias). Das grundsätzliche und präventive Verbot von Gebührenunterschreitungen und von Erfolgshonorarvereinbarungen gilt jedoch nur, soweit das RVG (z. B. in §§ 4, 4a RVG) nichts anderes bestimmt. Liegen besondere Umstände vor, z. B. die Bedürftigkeit des Auftraggebers, dürfen im Einzelfall aber gem. Abs. 2 S. 3 in den Fällen der Gebührenunterschreitung bei der Vereinbarung eines Honorars Gebühren ermäßigt oder ganz erlassen werden.⁸⁸⁷ Stets unzulässig ist also allein die Kostenübernahme. Sämtliche dieser Verbote sind Handlungsverbote. Schon aus dem Wortlaut (Gebührenunterschreitung „*ist untersagt*“, Erfolgshonorar „*ist unzulässig*“, Kostenübernahmen „*sind unzulässig*“) wird deutlich, dass dem Gesetzgeber die genannten Verhaltensweisen absolut unerwünscht sind und er sie in jedem Fall verhindern will,

⁸⁸⁶ Dreyer/Lamm/Müller/Müller, RDG, § 4 RDGEG Rn. 24.

⁸⁸⁷ So wie hier: Deckenbrock/Henssler/Seichter, 5. Aufl. 2021, RDG, § 4 RDGEG Rn. 30; a. A. Dreyer/Lamm/Müller/Müller, RDG, § 4 RDGEG Rn. 89.

soweit er selbst nichts Gegenteiliges in anderen Vorschriften (z. B. in § 4a RVG für eine ausnahmsweise Zulässigkeit eines Erfolgshonorars) angeordnet hat. Damit enthalten die Vorschriften Regelungen.⁸⁸⁸

Diese Vorschriften sind Preisvorschriften im weiteren Sinne, also solche, die entweder einen bestimmten Preis für eine Ware oder Dienstleistung unmittelbar zwingend vorschreiben oder mittelbar durch das Festlegen fixer Parameter den Weg der Preisbildung so definieren, dass der Anbieter in der Preisfindung und -bildung nicht mehr gänzlich frei ist und sich daher des Preises nicht mehr oder nur eingeschränkt im gesetzlich vorgegebenen Rahmen als Aktionsparameter im Wettbewerb bedienen kann.⁸⁸⁹ Weil sie ein bestimmtes Verhalten im Wettbewerb gebieten, werden Preisvorschriften als typische Marktverhaltensregelungen begriffen.⁸⁹⁰ In der Tat beschreibt die Verbotstriaus stets geschäftliche Handlungen. So bezieht sich das Verbot einer Gebührenunterschreitung auf die *Vereinbarung* oder das *Fordern* einer geringeren Gebühr, wodurch zwei Anknüpfungspunkte zum Marktverhalten, die sich auf den Geschäftsabschluss bzw. die Leistungsphase beziehen, gegeben sind. Die Vereinbarung einer Gebühr bei Geschäftsabschluss oder, bei Fehlen einer entsprechenden Vereinbarung, das Fordern während der oder im unmittelbaren Anschluss an die Dienstleistungserbringung stellen somit stets geschäftliche Handlungen und folglich Marktverhalten dar, weshalb in diesen Verboten auch Marktverhaltensregelungen liegen.⁸⁹¹

Im Hinblick auf das Verbot eines Erfolgshonorars werden die Verhaltensweisen einer *Vereinbarung* und im Hinblick auf Kostenübernahmen einer *Verpflichtung* geregelt. Sie weisen ebenfalls einen sehr engen Zusammenhang zum Geschäftsabschluss auf bzw. betreffen diesen direkt. Dem Gesetzgeber geht es um ein Verbot von Gebührenvereinbarungen bzw. Verpflichtungen, die in der Regel zusammen mit dem Geschäftsabschluss über die jeweilige Dienstleistung getroffen werden. Sie erfolgen daher in jedem Fall

888 Dagegen meint Dreyer/Lamm/Müller/Müller, RDG, § 4 RDGEG Rn. 69, dass in § 4 RDGEG keine eigene Regelung enthalten sei, da insoweit auf § 49b Abs. 2 S. 1 BRAO verwiesen werde. Dem scheint auch der BGH in GRUR 2019, 970 (972 f.) – *Erfolgshonorar für Versicherungsberater* zu folgen, der allein § 49b Abs. 2 S. 1 BRAO auf seine Qualität als Marktverhaltensregelung prüft (anders noch die Vorinstanz, OLG Hamburg, GRUR-RS 2018, 46068). Nach hier vertretener Auffassung ist in dem Erfolgshonorarvereinbarungsverbot in § 4 Abs. 2 S. 2 1. HS RDGEG aF und § 13d Abs. 2 S. 2 1. HS RDG nF eine eigenständige Regelung enthalten. Ansonsten wäre es ausreichend gewesen, auf die entsprechende Anwendung des § 49b Abs. 2 S. 1 BRAO zu verweisen. In der rechtsdienstleistungsrechtlichen Vorschrift wird jedoch der Gesetzesbefehl eigenständig geregelt.

889 v. Walter, S. 220 f.

890 v. Walter, S. 220, Ullmann, GRUR 2003, 817 (822).

891 So im Ergebnis auch BGH, GRUR 2006, 955 – *Gebührenvereinbarung II*; Bieber, WRP 2008, 723 (726) (zur Gebührenunterschreitung i. S. d. § 49b Abs. 1 S. 1 BRAO).

als geschäftliche Handlungen und Marktverhalten und sind daher Marktverhaltensregelungen.⁸⁹²

Diese Marktverhaltensregelungen dienen bei objektiver Betrachtung unterschiedlichen Marktteilnehmerinteressen. Das Gebührenunterschreitungs- und das Kostenübernahmeverbot dienen dem Interesse der Rechtsuchenden an einem weitgehend gleichen Zugang zum Recht und der Wahrung seiner Entscheidungsfreiheit, weil er so nicht der Verlockung ausgesetzt ist, sich aus wirtschaftlichen Gründen einen preiswerten Dienstleister zu suchen und sich somit frei von solchen Erwägungen für einen Dienstleister seiner Wahl entscheiden kann. Zugleich wird man in diesem Verbot den Schutz der Mitbewerber vor ruinösem Wettbewerb durch Dumping-Gebühren erkennen können. Damit ist in dieser Hinsicht die Interessenklausel erfüllt.

Das Verbot von Erfolgshonoraren dient jedenfalls auch den Interessen der Rechtsuchenden als Nachfrager.⁸⁹³ Ein Interesse an einer unvoreingenommenen Beratung ist davon indes nicht betroffen, denn diese Gefahr besteht tatsächlich nicht. Ein echtes Erfolgshonorar wird den Dienstleister nicht dazu verleiten, den Rechtsuchenden voreingenommen zu beraten und zu einem Geschäftsabschluss zu bringen. Dies liegt daran, dass der Dienstleister – berät er unsachgemäß oder gibt er Erfolgsaussichten vor, die tatsächlich nicht oder nicht so bestehen – auf den Kosten vollständig sitzen bleibt, wenn der Erfolg nicht eintritt. Ein Anreiz besteht also nicht, zu einem Tätigwerden zu raten, wenn die Erfolgsaussichten ungewiss oder schlecht sind.⁸⁹⁴ Stattdessen liegt es im Interesse des Rechtsuchenden, dass es nicht zu gebührenmäßigen Verwerfungen auf den entsprechenden Märkten kommt, um seine Entscheidungsfreiheit zu sichern. Denn die Möglichkeit eines Erfolgshonorars könnte dazu führen, dass erfolgreiche Dienstleister mit einer entsprechenden Erfolgsquote nur noch auf (wertmäßig hoher) Erfolgshonorar-Basis arbeiten, während weniger Erfolgreiche auf die gesetzlichen Gebühren „vertrauen“. Die Folge wäre eine Schere, nach der sich erfolgreiche, fähige Dienstleister unter hohen Erfolgshonoraren auf der einen, und weniger erfolgreiche, ggf. auch weniger fähige, die nur die gesetzlichen Gebühren verlangen, auf der anderen Seite sammeln. Damit wird faktisch eine echte Wahlfreiheit der Rechtsuchenden verhindert, die so nicht mehr den Anwalt

892 Vgl. BGH, GRUR 2019, 970 (972 f.) – *Erfolgshonorar für Versicherungsberater*; v. Walter, S. 221.

893 A.A. MüKoUWG/Schaffert, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 120 und Ohly/Sosnitzer/Ohly, 7. Aufl. 2016, UWG, § 3a Rn. 3, nach denen allein der Schutz der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts im Vordergrund stünde.

894 Zutreffend Bieber, WRP 2008, 723 (726 f.); MüKoUWG/Schaffert, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 120, a.A. BGH, GRUR 2019, 970 (972 f.) – *Erfolgshonorar für Versicherungsberater*; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2021, UWG, § 3a Rn. 1.114.

ihres Vertrauens wählen können. Die Gleichmäßigkeit der Gebührenstruktur trägt so zur Gleichmäßigkeit der Anbieter auf dem jeweiligen Dienstleistungs- und Beratungsmarkt bei, was aus den genannten Gründen durchaus im Interesse der Rechtsuchenden und wohl auch der Mitbewerber liegt. Es ist mithin auch hier ein Marktteilnehmerinteresse identifizierbar.

Zusammenfassend handelt es sich bei allen Vorschriften des § 13d Abs. 2 RDG somit um Primärnormen. Auch § 13d Abs. 1 S. 2 RDG ist eine Primärnorm.

15. § 13e RDG – Erstattungsfähigkeit der Kosten für Inkassodienstleister

Die hier betrachtete Norm ist durch das Gesetz zur Verbesserung des Verbraucherschutzes im Inkassorecht und zur Änderung weiterer Vorschriften aus Gründen systematischer Angleichung von § 4 Abs. 4 und 5 RDGEG in das RDG eingefügt worden. Ähnlich wie der § 4 Abs. 5 RDGEG aF bestimmt diese Vorschrift zunächst, dass ein Gläubiger die Kosten für einen Inkassodienstleister vom Schuldner nur bis zur Höhe der einem beauftragten Rechtsanwalt nach dem RVG zustehenden Kosten als Schaden ersetzt verlangen kann.⁸⁹⁵

Bei dieser Vorschrift müsste zunächst eine Regelung identifiziert werden. Maßgeblich ist, dass ein final und imperativer Gebots- oder Verbotswille des Normsetzers besteht und dieses Gebot oder Verbot eigenständig durchsetzbar ist. Die Überführung der Bestimmungen aus dem RDGEG in das RDG hat bewirkt, dass die Vorschrift dem UKlaG unterstellt wird (vgl. § 2 Abs. 2 UKlaG). Damit hat der Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet, auch für diese Vorschrift mittels einer Unterlassungsklage gegen Verstöße vorzugehen, wodurch verdeutlicht wird, dass er nicht nur zu einem Verhalten motivieren, sondern es bindend vorgeben will.⁸⁹⁶ Es ist danach verboten, höhere als die durch einen Rechtsanwalt für diese Tätigkeit nach dem RVG zu berechnenden Kosten von dem Schuldner ersetzt zu verlangen, z. B. etwa eine höhere als eine 1,3 Gebühr gem. § 2 RVG Nr. 2300.⁸⁹⁷ Eine Regelung liegt somit vor.

Nicht auf den ersten Blick erkennbar ist, dass es sich hierbei um eine Marktverhaltensregelung handelt. Vielmehr wird man zunächst daran zweifeln können, denn die tatbestandliche Handlung ist das Ersatzverlangen hin-

895 Näher dazu: Deckenbrock/Henssler/Seichter, 5. Aufl. 2021, RDG, § 13b RDG nF Rn. 1 ff.

896 Das deckt sich mit der Selbsteinschätzung des Gesetzgebers, vgl. BT-Drs. 19/20348, S. 52.

897 OLG Köln, GRUR-RR 2019, 307 (310 f.); LG Hamburg, BeckRS 2017, 161708 zu § 4 Abs. 5 RDGEG aF.

sichtlich der Inkassokosten des Gläubigers gegenüber dem Schuldner. Diese tatbestandliche Handlung ist recht weit. Würde sich das Verbot auf das Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher oder die Geltendmachung des Inkassodienstleisters gegenüber einem Verbraucher beziehen, wäre darin eine typische geschäftliche Handlung zu sehen. Stattdessen hat sich der Gesetzgeber entschieden, ein sehr viel weiteres Interessengefüge zu regeln, da die geregelte Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner über das Beziehungsgeflecht zwischen Unternehmer bzw. Inkassodienstleister und Verbraucher hinausgeht. Es reicht aber aus, dass nach der objektiven Stoßrichtung der Norm ein eigener Anwendungsfall auch Verhalten ist, welches durch eine geschäftliche Handlung und damit durch Marktverhalten vorgenommen wird. Nach einer objektiven Betrachtung und der gedachten Anwendung der Norm wird sich das Verbot sehr häufig, wenn nicht sogar überwiegend, auf Fälle beziehen, durch die ein Unternehmer oder Inkassodienstleister, welcher Forderungen anderer Unternehmer gegenüber Verbrauchern geltend macht, seine Kostenforderung im Rahmen des Geschäftsverlaufs durch ein Forderungsschreiben gegenüber dem Schuldner eintreibt.⁸⁹⁸ Dabei handelt es sich eindeutig um geschäftliche Handlungen, da dadurch jedenfalls der Absatz der Inkassodienstleistung gefördert wird. Zudem wird es dann auch um die Geltendmachung der Inkassokosten als Verzugschaden des unternehmerischen Gläubigers gehen. Damit läge zugleich ein Handeln zugunsten des eigenen Inkassounternehmens und des Unternehmens des Auftraggebers/Gläubigers vor, welches auch einen objektiven Zusammenhang mit der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen aufweist.⁸⁹⁹ Das verobjektivierte Verhalten, auf welches die objektive Stoßrichtung der Norm zielt, wird somit zumindest auch in einigem Umfang durch geschäftliche Handlungen ausgefüllt, sodass die Regelung von Marktverhalten ein eigenständiger Anwendungsfall dieser Vorschrift ist. Die Marktverhaltensklausel ist erfüllt.

Zweifelhaft erscheint aber, ob die Vorschrift zumindest auch dazu bestimmt ist, ein Interesse von Marktteilnehmern zu schützen. Marktteilnehmer sind nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG neben Mitbewerbern und Verbrauchern alle Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind. Die Vorschrift dient zunächst dem Interesse des *Schuldners* vor einer finanziellen Überlastung, wenn er sich unbegrenzt hohen Schadensersatzforderungen aus Inkassovergütungsansprüchen zwischen Gläubiger und Inkassounternehmen (§ 3a RVG) ausgesetzt sieht. Der Schuldner ist von der Definition des Marktteilnehmers jedoch nicht erfasst. Bei objektiver Betrachtung werden aber sehr häufig Verbraucher oder sonstige Nachfra-

898 So etwa im Fall des OLG Hamburg, GRUR-RS 2020, 16404; OLG Köln, GRUR-RR 2019, 307.

899 OLG Köln, GRUR-RR 2019, 307 (308).

ger, die aus einem Waren- oder Dienstleistungskauf mit einer unbezahlten Forderung des Unternehmers in Anspruch genommen werden, den Begriff des Schuldners ausfüllen. Damit ist die Marktverhaltensregelung zumindest auch dazu bestimmt, die Interessen von Marktteilnehmern zu schützen.⁹⁰⁰ Die Interessenklausel ist damit ebenfalls erfüllt, sodass in § 13e Abs. 1 RDG eine Marktverhaltensregelung im Interesse der Marktteilnehmer gesehen werden kann und eine Primärnorm vorliegt.

Der § 13e Abs. 2 RDG ist schließlich eine Verweisnorm auf § 788 ZPO. Er hat weder Regelungscharakter noch Marktverhaltensbezug und stellt folglich für sich genommen schon keine Marktverhaltensregelung dar. Der § 13e Abs. 2 RDG ist folglich keine Primärnorm.

16. § 13f RDG – Beauftragung von Rechtsanwälten und Inkassodienstleistern

Der § 13f RDG befasst sich mit der Doppelbeauftragung eines Inkassodienstleisters und eines Rechtsanwalts. Diese Norm bestimmt, dass der Gläubiger einer Forderung die Geltendmachung doppelter Kosten für die Beauftragung eines Inkassodienstleisters und eines Rechtsanwalts bei außergerichtlichen und gerichtlichen Aufträgen nicht gegen den Schuldner geltend machen kann. Die Beschränkung greift nach S. 3 dann nicht mehr ein, wenn der Schuldner die Forderung bestreitet, weil dann ein sachlicher Grund für die zusätzliche Beauftragung eines Rechtsanwalts vorliegt und ein Mitarbeiterwechsel gerechtfertigt ist.

Darin liegt eine Regelung. Denn es liegt ein Verbot der Doppelbeauftragung von Inkassodienstleister und Rechtsanwalt vor, soweit der Schuldner die Forderung nicht bestritten hat. Hierfür spricht, dass auch diese Vorschrift systematisch unter das RDG gestellt worden ist, wodurch zusätzlich das besondere Rechtsfolgenregime des UKlaG eingreift. Dies ist auch sinnvoll. Denn nach der bisherigen Rechtslage konnten bei einer Doppelbeauftragung zwar ebenfalls nur Kosten bis zur Höhe der Vergütung eines Rechtsanwalts durch den Gläubiger vom Schuldner verlangt werden, da ansonsten ein Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB vorgelegen hätte. Diese Rechtslage war jedoch den Verbrauchern häufig nicht bekannt und eine entsprechende Herleitung nicht immer eindeutig.⁹⁰¹ Durch die nunmehr klare Bestimmung kommt so der Verbotswille des Gesetzgebers zum Ausdruck. Es handelt sich um ein grundsätzliches Verbot, höhere Kosten gegenüber dem Schuldner geltend zu machen als die

900 Vgl. oben unter 5. Kap. B.III.1.c). Vgl. ferner LG Hamburg, BeckRS 2017, 161708 zu § 4 Abs. 5 RDGEG aF.

901 So auch in BT-Drs. 19/20348, S. 28.

der Beauftragung lediglich eines Rechtsanwalts oder lediglich eines Inkassodienstleisters.

Da die Vorschrift nach ihrer objektiven Stoßrichtung genauso wie § 13e Abs. 1 RDG normalerweise das Abrechnungsverhalten eines Unternehmers bzw. eines Inkassodienstleisters gegenüber einem Verbraucher als Schuldner erfasst, ist zumindest *auch* eine Marktverhaltensregelung gegeben. Sie liegt ebenso zumindest auch im Interesse von Verbrauchern und der sonstigen Marktgegenseite vor einer doppelten, sachgrundlosen Kostenbelastung, die daraus herrührt, dass sie Leistungen oder Waren bezogen haben, ohne die Gegenleistung zu erbringen und der Unternehmer daher einen Inkassodienstleister oder einen Rechtsanwalt beauftragen musste. Dieser marktrelevante Zusammenhang kann sich dann in Gestalt des eingeschalteten Inkassodienstleisters fortwirken, womit die Norm zumindest auch dazu bestimmt ist, ein Interesse der Marktteilnehmer zu schützen, sodass eine Primärnorm gegeben ist.⁹⁰²

17. § 13g RDG – Umgang mit Fremdgeldern

Den Inkassodienstleistern wird in dieser Vorschrift aufgegeben, fremde Gelder unverzüglich weiterzuleiten oder auf ein gesondertes Konto einzuzahlen. Sie enthält ein klares Handlungsgebot und mithin eine Regelung, was durch die Behandlung als Ordnungswidrigkeit gem. § 20 Abs. 1 Nr. 5 RDG im Falle eines Verstoßes untermauert wird. Um als Marktverhaltensregelung angesehen werden zu können, müsste die Weiterleitung bzw. Einzahlung des Geldes zunächst an Marktverhalten anknüpfen, also eine geschäftliche Handlung darstellen. Festzuhalten ist zunächst, dass die Weiterleitung des eingezogenen Geldes bzw. die Einzahlung auf ein Anderkonto dem Geschäftsabschluss nachfolgen. Denn die Beauftragung des Inkassodienstleisters und die Einziehung der Geldforderung sind in diesem Fall schon abgeschlossen. Es handelt sich mithin um eine dem Marktverhalten an sich nachgelagerte Pflicht. Dennoch handelt es sich nach hier vertretener Ansicht um eine Marktverhaltensregelung. Denn sie steht in direktem Zusammenhang mit der Durchführung der Dienstleistung des Inkassounternehmers. Die unverzügliche Auskehrung des durch die Forderungseinziehung erlangten Geldes oder – je nach Vereinbarung – die Einzahlung auf ein Anderkonto ist in aller Regel Bestandteil der aus dem Auftragsverhältnis resultierenden Austauschbeziehung zwischen Inkassounternehmer und Auftraggeber. Der Inkassounternehmer erfüllt damit seine Leistungspflicht. Es liegt damit stets eine geschäftliche Handlung und folglich eine Regelung von Markt-

902 Vgl. zuvor unter 15. zu § 13e RDG.

verhalten vor.⁹⁰³ Diese Marktverhaltensregelung dient auch dem Interesse der Marktpartner der Inkassounternehmer an ihrem Vermögensschutz. Dieses Interesse wird auch durch deren Marktteilnahme berührt, nämlich wenn der Marktpartner den Inkassounternehmer mit der Forderungseinziehung beauftragt, dieser aber mit dem Geld nicht verantwortungsvoll umgeht und es nicht, nicht vollständig oder verspätet weiterleitet oder sonst missbräuchlich damit umgeht. Mithin ist § 13g RDG eine Marktverhaltensregelung im Interesse der Marktteilnehmer und eine Primärnorm.

18. § 13h RDG – Aufsichtsmaßnahmen

Die Bestimmungen in dieser Norm betreffen die Aufsicht über die Einhaltung des RDG und mögliche Aufsichtsmaßnahmen durch die Aufsichtsbehörde. Sie erweitern den ursprünglich lediglich auf Auflagen und Widerrufe beschränkten verwaltungsrechtlichen Sanktionenfächer um kurzfristige Maßnahmen, wie etwa die verhaltensbezogene Unterlassensanordnung in Abs. 2 S. 2 oder die Betriebsuntersagung gem. Abs. 4. Es handelt sich also bei den Bestimmungen in § 13h RDG ganz überwiegend um Verfahrensbestimmungen, die an eine Behörde gerichtet und die daher von vornherein schon keine gesetzlichen Vorschriften i. S. d. § 3a UWG sind. Aufgrund der Eigenschaft des § 13h Abs. 1, Abs. 2 S. 2, Abs. 4 RDG als Ermessensnormen kann auch nicht wegen unlauteren Handelns nach § 3a UWG in Anspruch genommen werden, wer z. B. gegen eine behördliche Untersagungsverfügung oder eine Unterlassungsverfügung nach § 13h Abs. 4 bzw. Abs. 2 S. 2 RDG verstößt.⁹⁰⁴ Soweit der Rechtsdienstleister gem. § 13h Abs. 5 S. 1 RDG Mitwirkungshandlungen erbringen muss, handelt es sich bei diesen Bestimmungen zwar um gesetzliche Vorschriften, da sie den Rechtsdienstleister als Privatrechtssubjekt binden sowie um Handlungsgebote und damit um Regelungen. Jedoch fehlt es an einer Marktverhaltensregelung, da die dieser Pflicht unterworfenen Handlungen keine geschäftlichen Handlungen auf dem Absatzmarkt von Rechtsdienstleistungen sind, sondern allein im Subordinationsverhältnis des Rechtsdienstleisters zur Behörde stattfinden. Vorschriften, welche, wie hier, lediglich die behördliche Überwachung ermöglichen bzw. erleichtern sollen, sind daher keine Marktverhaltensregelungen und somit keine Primärnormen.⁹⁰⁵

903 Im Ergebnis so wie hier: *Bieber*, WRP 2008, 723 (728); a. A. Gloy/Loschelder/Dankwerts/Jänich, 5. Aufl. 2019, HdB WbR, § 67 Rn. 32; *Frenzel*, S. 159 – alle zum ähnlichen § 4 BORA.

904 Vgl. hierzu oben unter C. I. 7.

905 So zutreffend *Bieber*, WRP 2008, 723 (730).

19. § 14 RDG – Widerruf der Registrierung

Diese Vorschrift trifft Bestimmungen über den Widerruf der Registrierung von Rechtsdienstleistern und enthält eine Aufzählung von abschließenden Widerrufsgründen in Nrn. 1 bis 4.⁹⁰⁶ Der § 14 RDG enthält reine Verfahrensvorschriften, welche sich allein an die Aufsichtsbehörde richten und nur diese binden. Er enthält sonach schon keine gesetzlichen Vorschriften. Mit Bekanntgabe des Widerrufs gegenüber dem Rechtsdienstleister entfaltet die Widerrufsverfügung Wirksamkeit, was dazu führt, dass, soweit kein anderer Zeitpunkt in der Widerrufsverfügung angegeben ist, die Registrierung sofort unwirksam wird (§ 49 Abs. 4 VwVfG). In der Folge darf der Rechtsdienstleister keine registrierungspflichtigen Rechtsdienstleistungen nach § 10 RDG mehr erbringen. Ansonsten verstößt er gegen § 3 RDG. Nur bis zur Bekanntgabe des Widerrufs gilt dementsprechend auch die Tatbestandswirkung des Registrierungsverwaltungsaktes. Ersichtlich stellt auch die Analogieverweisung des § 14 S. 2 RDG auf § 15 BRAO keine gesetzliche Vorschrift und im Übrigen keine Marktverhaltensregelung dar.

20. § 14a RDG – Bestellung eines Abwicklers für Rentenberater

Kann oder darf ein nach § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 RDG registrierter Rentenberater durch Ableben bzw. durch Verlust der Tätigkeitserlaubnis seine Tätigkeit nicht mehr ausüben, darf die Aufsichtsbehörde nach § 14a Abs. 1 RDG einen Rechtsanwalt als Abwickler bestellen. Der Abs. 1 S. 1 beinhaltet lediglich die behördliche Ermächtigung für die zwangsweise Bestellung eines Abwicklers und ist deshalb keine gesetzliche Vorschrift. Der § 14a Abs. 1 S. 2 RDG bestimmt, dass Abwickler Rechtsanwälte oder Rentenberater mit analoger Registrierung sein müssen. Diese Vorgabe beinhaltet ersichtlich keine Regelung, sondern legt ordnend fest, wer als Abwickler durch die Behörde bestellt werden darf. Für die Einzelheiten der Abwicklung enthält § 14a Abs. 2 RDG eine modifizierende Analogieverweisung auf die Parallelvorschriften in der BRAO (§§ 53 Abs. 4 S. 3, 54 Abs. 1 S. 2, 3, Abs. 3, Abs. 4 S. 1 bis 3, 55 Abs. 1 S. 4, 5, Abs. 2 S. 1, 4, Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 BRAO). Ob eine Marktverhaltensregelung im Interesse der Marktteilnehmer gegeben ist, richtet sich nach Maßgabe der hier entwickelten Auslegungsvorschläge allein nach diesen Vorschriften der BRAO in Verbindung mit § 14a Abs. 2 RDG.

⁹⁰⁶ Wie der Wortlaut zeigt, schließt § 14 RDG nicht die Anwendung der allgemeingesetzlichen Widerrufsgünde nach den §§ 48, 49 VwVfG aus.

21. § 15 RDG – Vorübergehende Rechtsdienstleistungen

a) Erlaubnissatz

Die registrierungspflichtigen Tätigkeiten nach § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 RDG (Inkassodienstleistungen, Rentenberatung) sind gem. § 15 Abs. 1 S. 1 RDG auch für einen ausländischen Rechtsdienstleister aus EU/EWR-Staaten sowie der Schweiz erlaubt, wenn er diesen oder einen entsprechenden Beruf in dem ausländischen Staat rechtmäßig ausübt und die Inkassodienstleistung oder Rentenberatung in Deutschland nur vorübergehend und gelegentlich ausgeübt wird (sog. vorübergehende Rechtsdienstleistungen). Es geht bei Abs. 1 S. 1 um reglementierte Berufe, denen aber, wenn sie in dem ausländischen Staat nicht reglementiert sein sollten, gem. Abs. 1 S. 2 dennoch vorübergehende Rechtsdienstleistungen erlaubt sind, wenn die Personen, die diese ausüben, eine mindestens zehnjährige Berufsausübungserfahrung haben. Diese Erlaubnisnormen sind keine Regelungen. Auch hier gilt: Wer sich nicht auf die Erlaubnis nach § 15 Abs. 1 S. 1 RDG, ggf. i. V.m. § 15 Abs. 1 S. 2 RDG oder eine andere Erlaubnis, berufen kann, verstößt gegen die Marktverhaltensregelung des § 3 RDG und handelt folglich gem. § 3a UWG unlauter. Die Vorschrift ist also schon nicht eigenständig durchsetzbar und gegen sie kann auch nicht selbstständig verstoßen werden. In S. 3 werden dem Rechtsanwender dann orientierungsweise nicht abschließende Kriterien mitgeteilt, nach denen eine gelegentliche und nur vorübergehende Rechtsdienstleistung zu beurteilen ist. Auch diese Vorschrift beinhaltet ersichtlich keine Regelung.

b) Erstmeldeobliegenheit

Bevor ausländische Rechtsdienstleister vorübergehende Rechtsdienstleistungen erbringen dürfen, müssen sie der Registrierungsbehörde eine Meldung gem. § 15 Abs. 2 S. 1 RDG mit dem Inhalt nach S. 3 machen. Zunächst liegt es nahe, nach dem hier vorgeschlagenen Verständnis eine Regelung anzunehmen, denn ein Verstoß ist eine Ordnungswidrigkeit nach § 20 Abs. 2 Nr. 4 RDG und damit bußgeldbewehrt, wodurch der Verbotswille des Gesetzgebers zum Ausdruck kommt. Dies genügt jedoch nicht. Es muss sich nach der hier vertretenen Ansicht auch um ein eigenständig durchsetzbares Gebot oder Verbot handeln. Vorliegend tritt die Vorschrift jedoch nur ergänzend neben die Erlaubnisvorschrift des § 15 Abs. 1 S. 1 bzw. S. 2 RDG mit der Maßgabe, dass die Erlaubnis nur unter der Voraussetzung eingreift, dass eine Meldung erfolgt („ist nur zulässig“). Es handelt sich daher weniger um eine eigenständig durchsetzbare Pflicht als vielmehr um eine Obliegenheit, deren Nichtvornahme zum Ausbleiben der Erlaubnis und der Registrierung führt und damit zu einer unerlaubten Rechtsdienstleistungs-

erbringung bei Nichtbeachtung.⁹⁰⁷ Wer also seiner Meldepflicht nicht nachkommt und Rechtsdienstleistungen erbringt, verstößt nicht gegen § 15 Abs. 2 S. 1, 3 RDG sondern gegen den § 3 RDG und handelt folglich unlauter nach § 3a UWG. Es handelt sich also um keine eigenständig durchsetzbare Handlungspflicht und damit nicht um eine Regelung.⁹⁰⁸ Ohnehin stellt § 15 Abs. 2 S. 1 u. 3 RDG lediglich Marktzugangsvoraussetzungen auf und regelt damit keine geschäftliche Handlung, sondern nur ein Verhalten weit im Vorfeld des Marktauftritts. Damit sind keine Primärnormen gegeben.

c) Änderungsmeldung

Auch stellt die Bestimmung zur Änderungsmitteilung gem. § 15 Abs. 2 S. 4 RDG i. V.m. § 13 Abs. 4 S. 1 RDG keine Marktverhaltensregelung dar. Hierfür kann auf die Begründung und das Ergebnis zu § 13 Abs. 4 S. 1, 2 RDG verwiesen werden.⁹⁰⁹

d) Wiederholungsmeldung

Zum gleichen Ergebnis wie für die Erstmeldung nach Abs. 2 S. 1 ist für die Obliegenheit zur Wiederholungsmeldung gem. § 15 Abs. 2 S. 5 RDG zu kommen. Auch hier ist ein Verstoß nach § 20 Abs. 2 Nr. 5 RDG eine Ordnungswidrigkeit. Dementsprechend erscheint zunächst ein bindendes Handlungsgebot vorzuliegen. Dennoch ist darin keine Regelung zu erkennen. Die vollständige und korrekte (Erst-)Meldung führt gem. § 15 Abs. 3 S. 1 RDG dazu, dass eine Erlaubnis für vorübergehende Rechtsdienstleistungen für einen Zwölfmonatszeitraum ergeht, mit der Folge, dass entsprechende vorübergehende Rechtsdienstleistungen erbracht werden dürfen.⁹¹⁰ Nach 12 Monaten erlischt diese Erlaubnis dann durch Zeitablauf, wie sich aus § 15 Abs. 2 S. 5 RDG ergibt. Wer dann vorübergehende Rechtsdienstleistungen auch nach Ablauf eines Jahres im Inland erbringen will, muss jährlich die bezeichnete und auch den Voraussetzungen des Abs. 2 S. 6 genügende Wiederholungsmeldung erstatten. Ohne sie werden nach Ablauf der 12 Mona-

907 Zutreffend daher Deckenbrock/Henssler/*Glinde*mann, 5. Aufl. 2021, RDG, § 15 RDG, Rn. 124, nach welchem dem Rechtsdienstleister mangels Eingreifens der Erlaubnisnorm aus § 15 die üblichen zivil- und wettbewerbsrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen das RDG drohen (Hervorhebung durch den Verfasser).

908 Dagegen handelt es sich z. B. bei den Mitteilungspflichten in § 24 Abs. 1 bis 3 TabakerzV um eigenständige Marktverhaltensregelungen, da diese nicht selbst Voraussetzungen für eine Registrierung, eine Zulassung oder sonst für ein erlaubtes Tätigwerden sind, sondern für sich stehen, vgl. LG Hamburg, GRUR-RS 2018, 13168.

909 Vgl. oben unter C.I.10.

910 BT-Drs. 16/3655, S. 74: „[...] so dass die Aufnahme der Tätigkeit, wie von der Richtlinie gefordert, bereits mit der vollständigen Meldung nach Absatz 2 erfolgen kann“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

te erbrachte vorübergehende Rechtsdienstleistungen unerlaubt und daher unter Verstoß gegen § 3 RDG erbracht. Aus diesen Gründen handelt es sich auch bei der Wiederholungsmeldung um keine eigenständig durchsetzbare Pflicht, gegen die aus dem genannten Grund auch nicht verstoßen werden kann.

Bei § 15 Abs. 3 RDG handelt es sich hingegen schon nicht um eine gesetzliche Vorschrift i. S. d. Art. 2 EGBGB, da sie lediglich Bestimmungen hinsichtlich des Verwaltungsverfahrens nach Vorliegen der Meldung trifft und somit nur die Behörde bindet.

e) Herkunftssprachliche Berufsbezeichnungspflicht

Allerdings könnte § 15 Abs. 4 S. 1 u. 2 RDG eine Primärnorm darstellen. Nach § 15 Abs. 4 S. 1 RDG sind vorübergehende Rechtsdienstleistungen unter der in der Sprache des Niederlassungsstaats für die Tätigkeit bestehenden Berufsbezeichnung zu erbringen. Nach S. 2 muss eine Verwechslungsgefahr mit den Berufsbezeichnungen Inkassodienstleister oder Rentenberater (§ 11 Abs. 4 RDG) ausgeschlossen sein. Denn diese Tätigkeiten dürfen anders als solche nach § 15 Abs. 1 RDG nicht nur vorübergehend und nicht nur gelegentlich und nur durch inländische Rechtsdienstleister ausgeübt werden. Hierbei handelt es sich ohne Weiteres um eine bindende Regelung, die auch eigenständig durchsetzbar ist („sind zu erbringen“). Bei S. 2 handelt es sich allerdings nicht um eine eigenständige Regelung. Sie enthält kein eigenes Handlungsge- oder verbot. Liest man sie für sich allein, hat sie auch keine eigene Aussagekraft. Erst im Zusammenhang mit der Pflicht nach S. 1 ergibt sie Sinn. Denn nur, wer überhaupt erst einmal vorübergehende Rechtsdienstleistungen unter den ausländischen Berufsbezeichnungen nach S. 1 erbringt, muss die Verwechslungsgefahr nach S. 2 ausschließen. Es handelt sich um eine ergänzende Voraussetzung zu § 15 Abs. 4 S. 1 RDG. Mit dieser Vorschrift zusammen bildet sie einen einheitlichen Rechtssatz. Darin liegt das Gebot die vorübergehende Rechtsdienstleistung unter der Sprache des Niederlassungsstaates zu führen, wobei eine Verwechslungsgefahr mit den Berufsbezeichnungen, die an die Berufsbezeichnungen i. S. d. § 11 Abs. 4 RDG angelehnt sind oder Begriffsteile von ihnen enthalten, ausgeschlossen sein muss.

Auch müsste damit die Vornahme einer geschäftlichen Handlung und damit Marktverhalten geregelt werden. Anders als bei § 11 Abs. 4 RDG ist das tatbestandliche Verhalten, an das im § 15 Abs. 4 RDG angeknüpft wird, nicht das Führen von Berufsbezeichnungen, sondern das „Erbringen von vorübergehenden Rechtsdienstleistungen“ unter der Berufsbezeichnung, wie sie in der Sprache des Niederlassungsstaates besteht und unter Ausschluss einer Verwechslungsgefahr. Das geregelte Verhalten ist die berufsmäßige Erbrin-

gung von vorübergehenden Rechtsdienstleistungen im Rahmen von Inkassogeschäften und Rentenberatung, mithin die Leistungsphase, welche stets eine geschäftliche Handlung darstellt. Damit wird eindeutig stets Marktverhalten beschrieben.⁹¹¹ Bei objektiver Betrachtung dienen diese Vorschriften auch dem Schutz der Informiertheit der Entscheidungsfindung der Rechtssuchenden als Marktpartner von vorübergehenden Rechtsdienstleistern, nämlich vor Verwechslungsrisiken mit inländischen registrierten Rechtsdienstleistern. Denn nur, wenn der ausländische Rechtsdienstleister in einer unterscheidungskräftigen Weise seine ausländische Berufsbezeichnung verwendet, kann der Rechtssuchende erkennen, dass der ausländische Rechtsdienstleister im Vergleich zu den inländischen Rechtsdienstleistern eingeschränkte Befugnisse und Qualifikationen besitzt. Es ist damit ein typisches wirtschaftliches Interesse von Marktteilnehmern betroffen, welches sich auf die Informiertheit ihrer Entscheidung bezieht. Eine Marktverhaltensregelung im Interesse der Marktteilnehmer liegt damit vor. Bei § 15 Abs. 4 S. 1 u. 2 RDG handelt es sich damit um eine Primärnorm.

f) Berufshaftpflichtversicherung und Hinweispflicht

Vorübergehende Rechtsdienstleistungen werden grundsätzlich aus dem Ausland heraus erbracht. Werden sie aber von dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland aus erbracht, sind die ausländischen Rechtsdienstleister nach § 15 Abs. 5 S. 1 RDG wie auch die inländischen Rechtsdienstleister dazu verpflichtet, eine Berufshaftpflichtversicherung zur Deckung der sich aus ihrer Berufstätigkeit in Deutschland ergebenden Haftpflichtgefahren für Vermögensschäden abzuschließen. Ist ihnen das nicht möglich oder unzumutbar, haben sie nach § 15 Abs. 5 S. 2 RDG ihren Auftraggeber vor ihrer Beauftragung auf diese Tatsache und deren Folgen in Textform hinzuweisen.

Zunächst handelt es sich sowohl bei der Versicherungspflicht für sich (S. 1) als auch bei der Informationspflicht im Falle des Fehlens einer Versicherung (S. 2) um Regelungen. Dies ergibt sich schon aus dem imperativ ausgestalteten Wortlaut der Vorschrift. Sie sind auch eigenständig durchsetzbare Pflichten. Insbesondere ist die Versicherungspflicht nach S. 1 *nicht lediglich*

911 Unpräzise ist daher das Schrifttum, welches entgegen dem klaren tatbestandlichen Wortlaut noch immer auf das „Führen“ einer Berufsbezeichnung (wie in § 11 Abs. 4 RDG) verweist, vgl. Deckenbrock/Henssler/*Glinde*mann, 5. Aufl. 2021, RDG, § 15 RDG, Rn. 134; Dreyer/Lamm/Müller/*Lamm*, RDG, § 15 RDG, Rn. 47; Grunewald/Römermann/*Franz*, RDG, § 15 RDG, Rn. 17. Nach dem klaren Wortlaut geht es aber gerade um die Erbringung der vorübergehenden Rechtsdienstleistungen im Inkasso- und Rentenberatungsbereich, womit ausdrücklich auf die Leistungsphase abgestellt wird. Dieser Anknüpfungspunkt ist auch marktnäher als das „Führen“, siehe oben unter C.I. 8. b). Ähnlich wie hier: Gaier/Wolf/Göcken/*Wolf*, 3. Aufl. 2020, AnwBr, § 15 RDG Rn. 24.

Voraussetzung für eine Registrierung, sondern *darüber hinaus* eine eigenständig normierte Pflicht und ein Handlungsgebot. Durch ihre eigenständige Normierung in Abs. 5 für vorübergehend registrierte Personen oder Gesellschaften bezieht sie sich ihrem Wortlaut nach auf *bereits* erlaubt tätige, da vorübergehend registrierte Rechtsdienstleister, und ist daher der Meldung nachgelagert, sodass bei Fehlen einer angemessenen Berufshaftpflichtversicherung die Erlaubnis nach § 15 Abs. 1 S. 1 RDG jedenfalls nach Abs. 5 davon grundsätzlich unberührt bleibt. Hieran zeigt sich der eigenständige Regelungscharakter im Gegensatz zu § 12 Abs. 1 Nr. 3 RDG: Eine Berufshaftpflicht ist zwar Voraussetzung für die Meldung gem. § 15 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 RDG und damit für ein erlaubtes Tätigwerden, *zugleich* aber eine eigenständige Pflicht nach Abs. 5.

Die Verpflichtung, eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschließen, stellt sich gleichwohl nicht als Marktverhaltensregelung dar. Zwar ist ein enger Zusammenhang zum Absatzgeschäft der ausländischen Rechtsdienstleister schon im Wortlaut angelegt und ergibt sich daraus, dass die Verpflichtung gerade an die *Berufstätigkeit* in Deutschland in Zusammenhang mit sich daraus ergebenden Haftpflichtgefahren für Vermögensschäden anknüpft. Es ist also sicherlich der Zweck des Abschlusses einer Berufshaftpflichtversicherung, den Absatz zu fördern, da nur mit dieser Versicherung entsprechende Rechtsdienstleistungen im Inland erbracht werden dürfen. Dennoch ist die Abschlusshandlung nicht geeignet, den rechtsuchenden Nachfrager zu erreichen und ihn damit zu einer wirtschaftlichen Entscheidung zu beeinflussen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Es handelt sich bei dem Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung mithin um keinen Unterfall einer geschäftlichen Handlung, sodass auch keine Marktverhaltensregelung vorliegt. Der § 15 Abs. 5 S. 1 RDG ist somit keine Primärnorm. Verstöße können aber nach dem UKlaG geahndet werden.

Eine Primärnorm ist aber die in § 15 Abs. 5 S. 2 RDG festgelegte Informationspflicht im Falle des Fehlens einer entsprechenden Versicherung. Die Pflicht, den Auftraggeber *vor* Auftragsübernahme darüber zu unterrichten, dass es dem Dienstleister nicht möglich ist, einen entsprechenden Versicherungsschutz zu erhalten und den Auftraggeber über die Folgen aufzuklären erfolgt zwar grundsätzlich vor dem Geschäftsabschluss, ist diesem aber *unmittelbar* vorgelagert und stellt für den Auftraggeber eine ganz wesentliche Information dar, die regelmäßig darüber entscheidet, ob es zu einem Geschäftsabschluss kommt oder nicht. Ihr ist also der Zweck der Absatzförderung immanent. Auch ist sie geeignet, den rechtsuchenden Auftraggeber tatsächlich zu erreichen und seine wirtschaftliche Entscheidung zu beeinflussen. Das tatbestandliche Verhalten beschreibt damit stets eine geschäftliche Handlung, sodass eine Marktverhaltensregelung gegeben ist. Die Informationspflicht dient der Informiertheit der Entscheidungsfindung

des rechtsuchenden Auftraggebers als Nachfrager nach den Leistungen des vorübergehenden Rechtsdienstleisters, ob er trotz der Risiken wegen des Fehlens einer Berufshaftpflichtversicherung den vorübergehenden Rechtsdienstleister beauftragen will. Damit dient die Vorschrift einem wirtschaftlichen Marktteilnehmerinteresse. Festzuhalten ist, dass § 15 Abs. 5 S. 2 RDG eine Marktverhaltensregelung im Interesse der Marktteilnehmer und damit eine Primärnorm ist.

g) Übrige Vorschriften

Bei § 15 Abs. 6 RDG handelt es sich schließlich um eine behördliche Ermächtigungsnorm zum Erlass von Untersagungsverfügungen gegen Rechtsdienstleister, die dauerhaft unqualifizierte vorübergehende Rechtsdienstleistungen erbringen oder in erheblichem Maß gegen Berufspflichten verstoßen (S. 1) nebst einem Katalog von Regelbeispielen in S. 2. Als behördliche Ermächtigungsnorm ist sie an sich schon keine gesetzliche Vorschrift i. S. d. § 3a UWG, Art. 2 EGBGB. In § 15 Abs. 7 S. 1 RDG wird schließlich wie bei Abs. 1 eine Erlaubnis für Rechtsdienstleistungen in einem ausländischen Recht bestimmt. Systematisch etwas unglücklich wurde diese Erlaubnisvorschrift an das Ende des § 15 RDG gestellt, um zu verdeutlichen, dass es, anders als bei den vorübergehenden Rechtsdienstleistungen nach § 15 Abs. 1 S. 1 RDG, hier nicht um Berufe (Inkassodienstleister, Rentenberater), sondern um Tätigkeiten geht, die durch verschiedene Berufsbilder ausgeübt werden können. Sie ist, wie auch § 15 Abs. 1 S. 1 RDG, ebenfalls keine Marktverhaltensregelung. Für die Analogieverweisregelung in § 15 Abs. 7 S. 2 gilt das zu dem § 15 Abs. 1 S. 2 u. 3, Abs. 2 bis 6 RDG vorstehend Gesagte.

22. §§ 15a bis 20 RDG – Weitere Vorschriften des RDG

Die Vorschriften in den §§ 15a ff. RDG sind überwiegend Verfahrens- und Verwaltungsvorschriften, die lediglich an die zuständige Behörde adressiert sind. Ganz überwiegend berechtigen oder verpflichten sie keine Privatrechtssubjekte und sind folglich keine gesetzlichen Vorschriften i. S. d. § 3a UWG, Art. 2 EGBGB.⁹¹² Im Übrigen handelt es sich jedenfalls nicht um Regelungen. Etwas anderes kann zwar grundsätzlich für Ordnungswidrigkeitentatbestände gelten, wenn sie eigenständige Verbote oder Gebote, mithin Handlungs- oder Unterlassungspflichten regeln und einen eigenen Rechtssatz beinhalten.⁹¹³ Der bloße Umstand, dass ein reguliertes Verhal-

⁹¹² Eine Ausnahme stellt allenfalls das Einsichtsrecht nach § 16 Abs. 1 S. 2 RDG und die Vorschriften des Ordnungswidrigkeitenrechts nach § 20 Abs. 1 und Abs. 2 RDG dar.

⁹¹³ So etwa in BGH, GRUR 2006, 41 (1043) – *Kontaktanzeigen*.

ten eine Ordnungswidrigkeit darstellt, indiziert für sich jedoch nicht eine Primärnormqualität i. S. d. § 3a UWG. Die in § 20 Abs. 1 und 2 RDG vorgesehenen Ordnungswidrigkeitenvorschriften enthalten jedoch keinen eigenen Rechtssatz, sondern beziehen sich auf die Sanktionierung der in den jeweils bezeichneten anderen Tatbeständen des RDG geregelten verbotenen bzw. gebotenen Verhaltensweisen. Daher handelt es sich bei § 20 Abs. 1 und 2 RDG selbst nicht um Marktverhaltensregelungen.

II. Vorschriften der Rechtsdienstleistungsverordnung

Die Bestimmungen der RDV konkretisieren die Anforderungen, die an eine Registrierung nach §§ 12 i. V. m. 10 und 11 RDG gestellt werden sowie die Einzelheiten zum Registrierungsverfahren und zum Rechtsdienstleistungsregister.

1. §§ 2 und 3 RDV – Nachweis der theoretischen und praktischen Sachkunde

Diese Vorschriften konkretisieren aufgrund der Verordnungsermächtigung in § 12 Abs. 5 RDG die Registrierungsvoraussetzungen aus dem § 12 Abs. 3 RDG und legen Details über Art, Weise und Inhalt der für die Registrierung nach § 12 Abs. 3 RDG beizubringenden theoretischen und praktischen Sachkundenachweise fest. Denn Rechtsdienstleister müssen für ihr Tätigkeitsgebiet (Inkassodienstleistungen, Rentenberatung, Rechtsdienstleistungen in einem ausländischen Recht) über besondere theoretische Sachkunde in den für ihren Fachbereich jeweils relevanten Rechtsgebieten nach § 12 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 S. 1 i. V. m. § 11 Abs. 1 bis 3 RDG sowie praktische Sachkunde gem. § 12 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 S. 2 bis 4 RDG verfügen. Als Grundkonzeption sieht der Verordnungsgeber vor, dass der Nachweis der theoretischen Sachkunde durch einen Sachkundelehrgang (§ 2 Abs. 1 S. 1 RDV) und der Nachweis der praktischen Sachkunde durch Arbeitszeugnisse (§ 3 Abs. 1 S. 1 RDV) zu erfolgen hat. Soweit es sich überhaupt um gesetzliche Vorschriften handelt (z. B. § 2 Abs. 2 S. 1 RDV oder § 3 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 RDV), beinhaltet jedoch keine von ihnen eine Regelung. Die Anforderungen an Art, Weise und Inhalt des Sachkundenachweises sind auch hier lediglich Voraussetzungen für die Registrierung i. S. v. §§ 10 Abs. 1, 13 RDG und folglich keine eigenständig durchsetzbaren Gebote. Denn wer nicht die erforderliche Sachkunde durch Nachweise gem. §§ 2, 3 RDV gegenüber der Behörde nachweist, wird nicht registriert. Da die Registrierung nach §§ 10, 13 RDG aber konstitutive Voraussetzung für die erlaubte Rechtsdienstleistungserbringung durch registrierte Personen ist, werden diese ohne die Registrierung zwar unerlaubt tätig, verstoßen dadurch aber gegen § 3 RDG und handeln gem.

§ 3a UWG i. V. m. § 3 RDG unlauter, nicht jedoch wegen eines Verstoßes gegen §§ 2, 3 RDV.⁹¹⁴ Es handelt sich folglich um keine Primärnormen.

2. § 4 RDV – Sachkundelehrgang

Die hier betrachteten und ebenfalls auf Grundlage der Verordnungsermächtigung gem. § 12 Abs. 5 RDG erlassenen Vorschriften spezifizieren die Inhalte, Ausgestaltung und Durchführung des Sachkundelehrgangs, dessen Absolvierung für den Nachweis der theoretischen Sachkunde gem. § 2 Abs. 1 RDV erforderlich ist. Sie enthalten überwiegend schon keine eigenständig durchsetzbaren Gebote, sondern legen lediglich programmatische Anforderungen an Lehrgang, Prüfung und Zeugnis fest, die erfüllt sein müssen, damit die Teilnahme an einem solchen Lehrgang zum Nachweis der theoretischen Sachkunde anerkannt werden kann.⁹¹⁵ Werden die Anforderungen nicht eingehalten, liegt kein geeigneter Nachweis für die Registrierung vor, die infolgedessen nicht vorgenommen wird. Und ohne Registrierung vorgenommene Rechtsdienstleistungen verstoßen (nur) gegen § 3 RDG und sind nach § 3a UWG unlauter.

Eine Ausnahme könnte in § 4 Abs. 2 S. 1 RDV liegen. Hiernach müssen die Anbieter von Sachkundelehrgängen gewährleisten, dass nur qualifizierte Lehrkräfte eingesetzt werden. Diese Vorschrift ist aufgrund ihres imperativ ausgestalteten Wortlauts („müssen“) ein bindendes Gebot an die Anbieter von Sachkundelehrgängen, die von ihnen angebotenen Lehrgänge in einer bestimmten Weise zu organisieren, indem sie qualifizierte Lehrkräfte einzusetzen haben, z. B. nach S. 2 Richter, Rechtsanwälte, Hochschullehrer oder berufserfahrene Personen. Jedoch kommen auch andere Personen in Betracht („insbesondere“).⁹¹⁶ Anders als die übrigen Vorschriften in § 4 RDV legt der § 4 Abs. 2 S. 1 RDV damit nicht lediglich Anforderungen an den Lehrgang und das Lehrgangszeugnis fest, sondern beinhaltet ein echtes, an den Lehrgangsanbieter adressiertes Handlungsgebot, wie sie mit ihrem Lehrgang nach außen auftreten müssen und deshalb eine Regelung.

914 Im Ergebnis zu Recht hat daher das KG, GRUR-RS 2021, 21761 angenommen, dass in dem Fall, dass ein Inkassodienstleister durch eine Forderungseinziehung, die eine Rechtsprüfung nach dem Urheberrecht erforderte, die nicht im Rahmen der erforderlichen und nachgewiesenen Sachkunde gem. §§ 11 Abs. 1, 12 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3, Abs. 5 RDG i. V. m. § 2 Abs. 1 RDV lag, unerlaubt gehandelt und damit gegen § 3 RDG aber nicht gegen §§ 11 Abs. 1 RDG bzw. § 2 Abs. 1 RDV verstoßen hat. Bei § 3 RDG handelt es sich in der Tat um eine Marktverhaltensregelung, woraus das KG den Unlauterkeitsvorwurf gem. § 3a UWG als begründet ansah.

915 BeckOK RDG/Günther, 20. Ed. 1.1.2022, RDG, § 4 RDV Rn. 1.

916 Beispielsweise Dozenten für den Studiengang Recht oder Rechtspflege an einer Fachhochschule.

Fraglich ist, ob die Vorschrift auch dazu bestimmt ist, das Marktverhalten zu regeln. Die Tathandlung liegt hier in dem „Gewährleisten“ des Einsatzes qualifizierter Personen durch den Lehrgangsanbieter. Das Gewährleisten ist jedoch ein sehr weiter und abstrakt gefasster Begriff und umschreibt keine konkrete Handlung, sondern eine unbestimmte Anzahl von Handlungen. Das Gewährleisten spezifiziert auch nicht, was der Lehrgangsanbieter für das Vorhandensein qualifizierten Personals tun muss und wie er es tun muss. Daraus geht noch nicht hervor, ob es auch Normzweck ist, Marktverhalten zu erfassen. Das bedeutet aber nicht, dass deshalb keine Marktverhaltensregelung vorliegt. Zu fragen ist, durch welche Handlungen bei typisierender Betrachtung und hypothetischer Anwendung der Norm das beschriebene „Gewährleisten“ typischerweise ausgefüllt wird. Sind demnach durch zumindest einen eigenständigen Anwendungsfall des erfassten Verhaltens geschäftliche Handlungen erfasst, kann darin eine Marktverhaltensregelung gesehen werden. Nach dieser objektiven Stoßrichtung wird der Einsatz von qualifiziertem Lehrpersonal allein dadurch gewährleistet werden, dass die *privaten* (vgl. § 12 Abs. 5 RDG) Lehrgangsanbieter qualifizierte Lehrpersonen beschäftigen, beauftragen oder sonst wie verpflichten, den Sachkundelehrgang durchzuführen. Dies steht durchaus in engem Zusammenhang mit dem Absatz ihres Leistungsangebots, nämlich der Durchführung des Sachkundelehrgangs und gilt sowohl für eigenständige, private Lehrgangsanbieter wie auch für Berufsverbände, die Lehrgänge für ihre Mitglieder und/oder branchenangehörige Unternehmen veranstalten. Es handelt sich bei strenger Betrachtung zwar um Vorgänge innerhalb eines Unternehmens, zugleich aber um Pflichten, die während der Leistungserbringung gegenüber den Nachfragern nach Sachkundelehrgängen erfüllt werden müssen, sodass es sich nicht bloß um innerbetriebliche Verhaltensweisen handelt, sondern um solche, die das Wettbewerbsgeschehen auf dem Markt dadurch beeinflussen oder immerhin zu beeinflussen vermögen, dass sie so im nachfolgenden Verhalten im Wettbewerb gegenüber Marktteilnehmern fortwirken.⁹¹⁷ Deshalb stellen diese Maßnahmen typische geschäftliche Handlungen dar, da sie mit ihrer eigenen Absatzförderung sowie der Absatzförderung der Nachfrager nach Sachkundelehrgängen objektiv zusammenhängen und auch geeignet sind, sie zu erreichen und in ihrer geschäftlichen Entscheidung an der Teilnahme eines Sachkundelehrgangs zu beeinflussen.⁹¹⁸ Nach der objektiven Stoßrichtungen der Vorschrift geschieht das Gewährleisten ganz überwiegend und damit zumindest auch durch geschäftliche Handlungen und damit durch Verhaltensweisen, die Marktverhalten sind, sodass eine Marktverhal-

917 Vgl. MüKoUWG/Schaffert, 3. Aufl. 2020, UWG, § 3a Rn. 62; Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt, 4. Aufl. 2010, HdB WbR, § 58 Rn. 36 f.

918 Vgl. MüKoUWG/Bähr, 3. Aufl. 2020, UWG, § 2 Rn. 180; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 40. Aufl. 2022, UWG, § 2 Rn. 57.

tensregelung vorliegt. Dies liegt auch im Interesse der Nachfrager von Lehrgangsangeboten an einer hinreichenden Qualität von Sachkundelehrgängen, welches durch die Nachfrage nach den Lehrgängen und somit durch die Marktteilnahme der Nachfrager berührt wird. Deshalb ist auch die Interessenklausel erfüllt. Die übrigen Vorschriften beschreiben dagegen allein den organisatorischen Ablauf der Lehrgänge, sodass allein § 4 Abs. 2 S. 1 RDV eine Primärnorm ist.

3. § 5 RDV – Berufshaftpflichtversicherung

Die hier betrachteten Bestimmungen treffen Detailregelungen für den Inhalt einer Berufshaftpflichtversicherung, deren Abschluss Voraussetzung für die Registrierung der Registrierungsanwärter gem. § 12 Abs. 1 Nr. 3 RDG ist. Allerdings knüpfen auch hier die Spezifika zu der Versicherung überwiegend an die Registrierung an, sodass es sich eher nicht um eigenständig durchsetzbare Regelungen handeln dürfte. Auch hier wäre die Folge einer entgegen den Bestimmungen des § 5 RDV ausgestalteten Police, die nicht den Anforderungen für die Voraussetzung des § 12 Abs. 1 Nr. 3 RDG genügt, dass die Registrierung nicht vorgenommen wird. Ohne die konstitutive Registrierung würde mangels Erlaubnis dann aber allein ein Verstoß gegen § 3 RDG vorliegen. Aufgrund des Wortlauts, nach dem die Versicherung von den registrierten Personen zu unterhalten ist (§ 5 Abs. 1 S. 1 RDV) ließe sich zwar vertreten, dass die Berufshaftpflichtversicherungspflicht nicht lediglich Voraussetzung für die Registrierung ist, sondern für den gesamten Zeitraum der Registrierung und der Tätigkeit zu erfüllen ist und damit auch eine eigenständige Regelung gegeben wäre. Auch dann würde es sich aber nicht um eine Marktverhaltensregelung handeln. Denn die Vorschriften knüpfen nicht an geschäftliche Handlungen an. Der Abschluss bzw. das Unterhalten einer Berufshaftpflichtversicherung beschreibt keine geschäftlichen Handlungen auf dem Absatzmarkt der Rechtsdienstleistungen, sondern die betriebsinterne Organisation und verlässt nicht die unternehmensinterne Sphäre. Auch wenn dies dem Schutz der rechtsuchenden Nachfrager vor unabgesicherten Risiken aus Haftungsfällen bei Rechtsdienstleistern dient und damit die Interessenklausel erfüllt wäre, handelt es sich nach allem nicht um Marktverhaltensregelungen und um Primärnormen.

In Betracht käme allenfalls, in § 5 Abs. 5 S. 2 RDV eine Marktverhaltensregelung zu sehen. Nach dieser Vorschrift kann ein nach § 5 Abs. 5 S. 1 RDV zulässiger Selbstbehalt i. H. v. bis zu 1 % der Mindestversicherungssumme (EUR 2.500) des Versicherungsnehmers dem Dritten nicht entgegengehalten und gegenüber einer mitversicherten Person geltend gemacht werden. Diese Vorschrift hat zunächst durchaus einen Bezug zum Marktverhalten des Versicherers, denn die tatbestandliche Handlung des Entgegengehaltens

des Selbstbehalts des Versicherungsnehmers durch den Versicherer gegenüber dem geschädigten Dritten stellt eine typische geschäftliche Handlung dar, da das Entgegenhalten die eigene Einstands- und Leistungspflicht des Versicherers gegenüber dem Dritten reduziert, was schließlich dem Absatzgeschäft des Versicherers zugutekäme. Zweifelhaft ist jedoch, ob hierin eine Regelung liegt. Dazu muss anhand der Vorschrift der eindeutige Wille des Gesetzgebers zum Vorschein kommen, das tatbestandliche Verhalten, hier also das Entgegenhalten des Selbstbehalts gegenüber dem Dritten, d. h. dem geschädigten Rechtsuchenden, in jedem Fall und unbedingt zu verbieten. Es wäre zwar denkbar, dass der Gesetzgeber damit ein Verbot des Versicherers implementieren wollte, die Deckungssumme gegenüber dem Dritten um den mit dem Versicherungsnehmer vereinbarten Selbstbehalt zu kürzen. Dieser Wille ist in der Vorschrift jedoch nicht zweifelsfrei zu erkennen. Es scheint eher so zu sein, dass der Gesetzgeber lediglich klarstellen wollte, dass der Selbstbehalt zwischen Versicherungsnehmer (registrierte Person) und Versicherer nur im Innenverhältnis zwischen diesen wirkt. Im Außenverhältnis zwischen Versicherer und geschädigtem Dritten ist er unwirksam und der Versicherer in seiner vollen und ungeminderten Einstandspflicht. Der Gesetzgeber wollte hiermit kein spezifisches Marktverhaltensverbot regeln, sondern das Verhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer ordnen. Hierfür spricht auch, dass weder ein imperativer Wortlaut vorgesehen ist (z. B.: „*darf nicht entgegenhalten*“) und dass, anders als etwa bei den Vorschriften des RDG, keine zusätzlichen Unterlassungsmechanismen nach dem UKlaG vorgesehen sind. Sonach wird man in § 5 Abs. 5 S. 2 RDV keine Regelung erblicken können. Keine der Vorschriften des § 5 RDV ist mithin eine Primärnorm.

4. §§ 6 bis 10 RDV – Weitere Vorschriften der RDV

Des Weiteren enthalten die §§ 6 ff. RDV Verfahrensvorschriften zum Antragsverfahren (§ 6 RDV), welche die Form und den Inhalt des Antrags i. S. d. § 13 Abs. 1 RDG im Einzelnen festlegen sowie Verwaltungsvorschriften zur Aktenaufbewahrung (§ 8 RDV) und zum Aufbau und den Suchfunktionen im Rechtsdienstleistungsregister (§ 9 RDV). Der § 10 RDV bestimmt schließlich, dass die RDV am 1.7.2008 in Kraft tritt. All diese Bestimmungen stellen Verfahrensvorschriften dar. Die Vorschriften des § 6 RDV sind zwar, weil sie den Registrierungsanwärter binden, gesetzliche Vorschriften, indes aber keine Regelungen, da sie nur dessen Handlungen im Registrierungsverfahren ordnen, ihm aber keine eigenständig durchsetzbaren Gebote auferlegen. Wer etwa den Antrag nicht in Textform gem. § 6 Abs. 1 RDV stellt oder ihn nicht mit den notwendigen Angaben versieht, verstößt nicht gegen die jeweilige Vorschrift des § 6 RDV, sondern wird schlicht nicht registriert – und wer ohne Registrierung tätig wird, verstößt gegen die Pri-

märnorm des § 3 RDG. Dagegen handelt es sich bei den §§ 7 ff. RDV nicht einmal um gesetzliche Vorschriften. Sie richten sich lediglich an die Registrierungsbehörde als Teil der staatlichen Verwaltung und betreffen nur die behördliche Organisation des Registrierungsverfahrens und des Rechtsdienstleistungsregisters. Somit kann in keiner der in den §§ 6 bis 10 RDV enthaltenen Vorschriften eine Primärnorm erblickt werden.

III. Vorschriften des Einführungsgesetzes zum Rechtsdienstleistungsgesetz

Das RDGEG ist ein Teil der begleitenden Gesetzesstruktur zum RDG. Es enthält neben Übergangsvorschriften für Erlaubnisinhaber nach dem RBerG auch Regelungen über die Vergütung registrierter Personen nach dem RDG innerhalb und außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens.⁹¹⁹ Auch das RDGEG wurde im Rahmen der Novelle 2020 tiefgreifend restrukturiert. Die bisher in § 4 RDGEG enthaltenen Vergütungsvorschriften für Inkassodienstleister und Rentenberater passten nicht so recht in die Struktur des RDGEG, welches sich ansonsten nur mit Berufen und Berufsqualifikationen aus dem alten RBerG, der sog. Alterlaubnisinhaber, beschäftigte, weshalb die Vergütungsvorschriften in das RDG (§ 13b, 13d RDG) überführt wurden, wo auch sämtliche anderen Vorschriften zu diesen Berufen verortet sind. Da die übrigen Vorschriften des RDGEG die Berufe oder Berufsqualifikationen der Alterlaubnisinhaber betreffen, die jedoch perspektivisch infolge Zeitablaufs (Ruhestand oder Ableben der Alterlaubnisinhaber) wegfallen werden, geht der Gesetzgeber aktuell davon aus, dass das RDGEG später vollständig aufgehoben werden kann.⁹²⁰

1. § 1 RDGEG – Erlaubnisinhaber nach dem Rechtsberatungsgesetz

Diese Vorschrift bestimmt die Überführung von Alterlaubnissen nach dem vormaligen RBerG in das RDG und deren Fortgeltung. So können sich gem. § 1 Abs. 1 RDGEG alle Alterlaubnisinhaber nach dem RBerG, die nicht Mitglied einer Rechtsanwaltskammer sind (sog. Verkammerung), nach § 13 RDG registrieren lassen. Dagegen gilt die Registrierung von Kammerrechtsbeiständen, die nach § 209 BRAO Inhaber einer Vollerlaubnis sind, fort und sie können weiter erlaubt tätig sein, bis sie aus der Rechtsanwaltskammer ausscheiden. Allein wenn sie freiwillig ausscheiden, können sie die Registrierung neu beantragen, bis dahin aber nicht weiter erlaubt tätig werden, da bis zur Registrierung nach § 13 RDG die Erlaubnis erlischt, soweit nicht der Antrag auf Registrierung innerhalb von drei Monaten nach Widerruf gestellt

919 BT-Drs. 16/3655, S. 1.

920 BT-Drs. 19/20348, S. 33.

wird (§ 1 Abs. 2 S. 2, S. 3 RDGEG). Die nach dem RBerG (Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 5, 6 RBerG) erlaubt tätigen Inkassodienstleister, Rentenberater und Rechtsdienstleister in einem ausländischen Recht, deren Pendant sich heute in § 10 Abs. 1 RDG findet, sollen nach § 1 Abs. 3 RDGEG wie diese registriert werden und dürfen ihre Befugnisse, so, wie sie ihnen nach dem RBerG zustanden, auch weiter unter Geltung des RDG in gleichem Umfang ausüben. Waren die Alterlaubnisinhaber in Bezug auf andere Bereiche registriert oder wich ihr Erlaubnisumfang von dem der registrierten Personen i. S. d. § 10 Abs. 1 RDG ab, werden sie entweder gesondert oder mit entsprechendem Zusatz als registrierte Erlaubnisinhaber registriert und eingetragen (§ 1 Abs. 3 S. 1 u. 2 RDGEG). Ferner werden in § 1 Abs. 4 RDGEG Verfahrensvorschriften für die Überführung der Erlaubnis durch Registrierung nach § 13 RDG implementiert (keine Prüfung der Registrierungsvoraussetzungen; nur Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung; Registrierung und Möglichkeit zur nachträglichen Benennung qualifizierter Personen) und in § 1 Abs. 5 RDGEG die Möglichkeit der Behörde, für prozessvertretungsbefugte Alterlaubnisinhaber im Falle ihres Todes oder der Rücknahme oder des Widerrufs ihrer Registrierung einen Abwickler zu bestellen (§ 14a RDG).

Viele dieser Vorschriften beziehen sich lediglich auf das Verfahren zur Registrierung der Alterlaubnisinhaber und damit auf das diesem Vorgang zugrundeliegende Verwaltungsverfahren und sind daher schon keine gesetzlichen Vorschriften (z. B. § 1 Abs. 2 S. 1, S. 3, Abs. 3 S. 1 oder Abs. 4 S. 1 RDGEG). Denn sie ordnen nur das behördliche Registrierungsverfahren von Alterlaubnisinhabern als Verwaltungsverfahren. Andere richten sich zwar an die Alterlaubnisinhaber und berechtigen sie (z. B. § 1 Abs. 1, Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 3 u. 4 RDGEG), doch beinhalten diese gesetzlichen Vorschriften keine eigenständig durchsetzbaren Gebote oder Verbote, gegen die selbstständig verstoßen werden kann, weshalb sie keine Regelungen i. S. d. § 3a UWG und damit auch keine Primärnormen sind.

Etwas anderes könnte sich nur aus dem Aspekt ergeben, dass nach § 1 Abs. 3 S. 3 RDGEG die registrierten Erlaubnisinhaber nach dem RBerG, deren Erlaubnis sich auf andere Bereiche erstreckt oder deren Befugnisse über die in § 10 Abs. 1 RDG geregelten Befugnisse hinausgehen (vgl. § 1 Abs. 3 S. 2 RDGEG), unter ihrer bisher geführten Berufsbezeichnung Rechtsdienstleistungen in allen Bereichen des Rechts erbringen dürfen, auf die sich ihre vormalige Registrierung erstreckte. Diese Vorschrift enthält zunächst die Erlaubnis, alle ihnen bisher nach dem RBerG zustehenden Rechtsdienstleistungen weiter erbringen zu dürfen, auch wenn diese möglicherweise

weitreichender waren, als es das RDG heute zulassen würde.⁹²¹ Es ist darin das (unechte) Gebot enthalten, dass sie dies unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung tun müssen. Anders formuliert: es ist ihnen verboten, unter einer anderen als ihrer bisher geführten Berufsbezeichnung Rechtsdienstleistungen in den Bereichen ihrer Alterlaubnis zu erbringen. Vor dem Hintergrund der Bedeutung dieses Gebots für die rechtsuchenden Nachfrager wird man hierin sicherlich ein eigenständiges und final und imperativ durchsetzbares Gebot sehen müssen. Die Tathandlung knüpft dabei, wie eben auch nach der vormaligen Erlaubnis nach dem RBerG, dessen Fortgeltung diese Vorschrift bestimmt (Art. 1 § 1 RBerG i. V. m. § 4 Abs. 1 2. AVO RBerG), an die geschäftsmäßige Rechtsdienstleistungserbringung dieser Alterlaubnisinhaber und damit in jedem Fall an eine geschäftliche Handlung an, sodass eine Marktverhaltensregelung vorliegt. Die Vorschrift des § 1 Abs. 3 S. 3 RDGEG schützt den rechtsuchenden Nachfrager dahingehend, dass es sich bei dem Rechtsdienstleister tatsächlich um einen nach den Bestimmungen des RBerG (weitergehend) qualifizierten registrierten Alterlaubnisinhaber handelt, dient somit also der Informiertheit der Entscheidungsfindung der rechtsuchenden Nachfrager und damit einem typischen wirtschaftlichen Interesse eines Marktteilnehmers. Der § 1 Abs. 3 S. 3 RDGEG ist mithin eine Primärnorm.

Dagegen stellt § 1 Abs. 3 S. 4 RDGEG keine Primärnorm dar. Nach dieser Vorschrift dürfen die nach § 1 Abs. 3 S. 2, 3 RDGEG registrierten Alterlaubnisinhaber die ihnen nach ihrem bisherigen, ggf. sogar unbegrenzten Umfang erlaubten Rechtsdienstleistungen auf den Gebieten des Steuerrechts und des gewerblichen Rechtsschutzes nur erbringen, soweit ihre Alterlaubnis diese Gebiete ausdrücklich umfasst hat. Dies liest sich zunächst zwar wie ein eigenständiges und präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt hinsichtlich der Rechtsdienstleistungserbringung auf den Bereichen des Steuerrechts und des gewerblichen Rechtsschutzes.⁹²² Der Sache nach knüpft die Vorschrift aber an den Erlaubnissatz des § 1 Abs. 3 S. 3 RDGEG an mit der Maßgabe, dass selbst dann, wenn die bisherige Erlaubnis inhaltlich unbegrenzt war, nur dann eine Erlaubnis auf dem Gebiet des Steuerrechts oder im gewerblichen Rechtsschutz besteht, wenn und soweit die Alterlaubnis nach dem RBerG diese Bereiche ausdrücklich erfasst hat. Es handelt sich damit gerade nicht um ein eigenständiges Verbot, sondern um eine Beschränkung des Erlaubnissatzes in § 1 Abs. 3 S. 3 RDGEG. Selbst wenn also eine Vollerlaubnis vorliegt und damit Rechtsdienstleistungen im Steuerrecht oder gewerblichen Rechtsschutz an sich erlaubt i. S. d. § 3 RDG erbracht

⁹²¹ So z. B. Inkassoerlaubnis mit zusätzlicher Erlaubnis zur außergerichtlichen und gerichtlichen Beratung und Vertretung in Verkehrsunfallangelegenheiten, s. BT-Drs. 16/3655, S. 78.

⁹²² Grundsätzlich ähnlich wie § 3 RDG, vgl. oben unter C.I.3.

werden dürfen, erfolgt die Rechtsdienstleistungserbringung auf diesen Gebieten nur dann erlaubt, wenn dies in der bisherigen Registrierung der registrierten Alterlaubnisinhaber so ausdrücklich ausgewiesen war. Erbringen sie ohne explizite Nennung in der Alterlaubnis (Registrierung) dennoch entsprechende Rechtsdienstleistungen auf diesen Gebieten, greift auch die Vollerlaubnis nach § 1 Abs. 3 S. 3 RDGEG nicht mehr ein und es liegt eine unerlaubte Rechtsdienstleistung i. S. d. § 3 RDG und dementsprechend ein Verstoß gegen diese Vorschrift, aber nicht gegen § 1 Abs. 3 S. 4 RDGEG vor. Daher liegt in dieser Vorschrift entgegen dem ersten Anschein keine eigenständig durchsetzbare Regelung, gegen die selbstständig verstoßen werden kann und deshalb auch keine Primärnorm.

2. § 2 RDGEG – Versicherungsberater

Handelt es sich bei dem Alterlaubnisinhaber um einen Versicherungsberater (Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 RBerG), so kann sich dieser nicht gem. § 1 Abs. 3 S. 2 RDGEG registrieren lassen, sondern nur eine Erlaubnis als Versicherungsberater nach § 34d Abs. 2 GewO bei der jeweils für ihn zuständigen Industrie- und Handelskammer beantragen. Diese Vorschrift ist lediglich eine als *lex specialis* zu § 1 Abs. 1 RDGEG anzusehende Verweissvorschrift auf die Erlaubnis nach § 34d Abs. 2 GewO. Sie enthält keine eigene Regelung und ist daher keine Primärnorm.

3. § 3 RDGEG – Gerichtliche Vertretung

Diese Norm stellt eine Übergangsregelung für die Kammerrechtsbeistände i. S. v. § 209 BRAO und nach § 3 Abs. 2 RDGEG für die Teilerlaubnisinhaber und nichtverkammerten, aber gem. § 1 Abs. 1 bzw. 3 RDGEG registrierten Rechtsbeistände dar. Sie erlaubt diesen Personen in gleichem Umfang wie es ihnen nach dem RBerG vormals möglich war (jedoch nicht in den Fällen der notwendigen Vertretung), die gerichtliche Vertretung nach den in Abs. 1 bzw. Abs. 2 genannten Vorschriften. Sie sind als Analogieverweisungen einzuordnen. Eine Einordnung als Marktverhaltensregelungen scheidet für sich genommen daher aus. Wohl aber können die einzelnen Bezugsnormen jeweils Marktverhaltensregelungen im Interesse der Marktteilnehmer sein, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen. Dies ist für jede einzelne Vorschrift nach den hier präsentierten Auslegungsvorschlägen gesondert zu prüfen.

Das Gericht kann auch die registrierten Erlaubnisinhaber gem. § 3 Abs. 3 S. 1 RDGEG von der gerichtlichen Vertretung zurückweisen, soweit diese nicht oder nicht in dem erforderlichen Umfang zur gerichtlichen Vertretung befugt sind sowie nach Abs. 3 S. 3 bei Unfähigkeit deren weiteres Auftreten während des Verfahrens untersagen. Nach Abs. 3 S. 2 sind Prozesshandlungen eines nicht oder nicht ausreichend vertretungsbefugten registrierten Er-

laubnisinhabers bis zu seiner gerichtlichen Zurückweisung wirksam. Diese Bestimmungen sind, soweit sie sich an das Gericht richten, schon keine gesetzlichen Vorschriften.

4. § 4 RDGEG – Vergütung

Für die Vergütung der registrierten Erlaubnisinhaber mit Ausnahme der Frachtprüfer nach § 4 Abs. 1 RDGEG und für die Erstattungsfähigkeit der Vergütung von Kammerrechtsbeiständen nach § 4 Abs. 2 RDGEG wird in diesen Vorschriften auf § 13d RDG bzw. § 13d Abs. 3 RDG verwiesen. Da insoweit diese Vorschriften entsprechend gelten und es sich mithin um Analogieverweisungen handelt, können die Ausgangsnormen der § 4 Abs. 1 bzw. Abs. 2 RDGEG in Verbindung mit ihren Bezugsnormen Marktverhaltensregelungen im Interesse der Marktteilnehmer darstellen, wenn auch die Bezugsnormen als Primärnormen eingeordnet werden können.⁹²³ Wie oben zu § 13d RDG dargestellt, ist dies z.B. für § 13d Abs. 1 S. 2 RDG und für die meisten Regelungen des § 13d Abs. 2 RDG anzunehmen.⁹²⁴ Zwar sind die Analogieverweisungen in § 4 RDGEG daher für sich genommen keine Marktverhaltensregelungen, da sie selbst keinen vollständigen Rechtssatz abbilden. In Verbindung mit den entsprechenden Vorschriften des § 13d RDG und ggf. den RVG-Vorschriften können sie jedoch zu Marktverhaltensregelungen, die dem Interesse von Marktteilnehmern dienen, aufgebaut werden und dementsprechend Primärnormen sein.

5. § 5 RDGEG – Diplom-Juristen aus dem Beitrittsgebiet

Juristen aus der DDR, die ihre Ausbildung dort absolviert haben, werden durch diese Vorschriften Personen mit der Befähigung zum Richteramt i. S. d. § 5 DRiG⁹²⁵ gleichgestellt. Sie dürfen somit die in Nr. 1 i. V. m. §§ 6 Abs. 2 S. 1 und 7 Abs. 2 S. 1 RDG bezeichneten außergerichtlichen Rechtsdienstleistungen erbringen bzw. als anleitende Personen fungieren, sowie nach den in Nr. 2 bis Nr. 9 genannten Verfahrensvorschriften unentgeltliche Prozessvertretungen vornehmen. Auch hier handelt es sich um Analogieverweisungen, die selbst keinen eigenen, das Markverhalten regelnden Charakter besitzen. Es gilt insofern das zu § 3 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 RDGEG Gesagte, dass es in der Regel auf die Primärnormqualität der Bezugsnorm ankommt.⁹²⁶ Jedenfalls bei der Gleichstellung im Fall der §§ 6 Abs. 2 S. 1 RDG und 7 Abs. 2 S. 1 RDG (hier i. V. m. § 5 Nr. 1 RDGEG) kann von keiner

⁹²³ Vgl. oben unter C.I.14.

⁹²⁴ Vgl. oben unter C.I.14.

⁹²⁵ Deutsches Richtergesetz vom 19.04.1972, BGBl. 1973 I, 713.

⁹²⁶ Vgl. oben unter C.III.3.

Marktverhaltensregelungen im Interesse der Marktteilnehmer, d. h. auch von keinen Primärnormen, ausgegangen werden.⁹²⁷

6. § 6 RDGEG – Schutz der Berufsbezeichnung

Die hier betrachtete gesetzliche Vorschrift enthält das Verbot, die Berufsbezeichnung „Rechtsbeistand“ oder eine ihr zum Verwechseln ähnliche Bezeichnung zu führen, sofern es sich nicht tatsächlich um Kammerrechtsbeistände oder registrierte Rechtsbeistände handelt und damit eine Regelung. Bei diesen Berufsbezeichnungsvorschriften handelt es sich um typische Marktverhaltensregelungen, die das Führen von Berufsbezeichnungen betreffen und damit überwiegend geschäftliche Handlungen beschreiben. Sie bezwecken den Schutz der rechtsuchenden Nachfrager vor einer Inanspruchnahme von Leistungsangeboten unqualifizierter Anbieter, die wahrheitswidrig suggerieren, sie besäßen die Qualifikation der Kammerrechtsbeistände und registrierten Rechtsbeistände. Der § 6 RDGEG ist also eine Marktverhaltensregelung im Interesse der Marktteilnehmer und eine Primärnorm.⁹²⁸

7. § 7 RDGEG – Übergangsvorschrift zu § 13 Absatz 2 des Rechtsdienstleistungsgesetzes

Der § 7 RDGEG dient der Einhaltung der Voraussetzungen des neu eingefügten § 13 Abs. 2 RDG auch für die (erhebliche) Anzahl von bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des § 13 Abs. 2 RDG aktiven Inkassodienstleistern, die bereits vor der Einfügung des § 13 Abs. 2 RDG registriert waren. Ohne diese Vorschrift müssten altregistrierte Inkassodienstleister die für die neu zu registrierenden Inkassodienstleister geltenden Bestimmungen des § 13 Abs. 2 RDG nicht einhalten. Nach § 7 S. 1 RDGEG mussten daher jetzt auch solche altregistrierten Inkassodienstleister, wenn sie Tätigkeiten über den Umfang der in § 11 Abs. 1 RDG genannten Rechtsgebiete hinaus oder als Nebenleistung i. S. d. § 5 RDG erbringen wollen, der für sie zuständigen Aufsichtsbehörde bis zum 30.7.2022 eine inhaltliche Darstellung der von ihnen ausgeübten Tätigkeiten mit den Angaben nach S. 2 übermitteln. Der Sache nach müssen sie also die (zukunftsgerichtete) Mitteilung nach § 13 Abs. 2 RDG nachholen, was durch den § 7 S. 1, 2 RDGEG (gegenwartsbezogen) auf bereits registrierte Inkassodienstleister projiziert wird. Anders als § 13 Abs. 2 RDG ist § 7 S. 1, 2 RDGEG durchaus eine Regelung, denn es handelt sich um eine nachträgliche Pflicht des Inkassodienstleiters, die Mitteilung nach S. 1 mit dem Inhalt nach S. 2 gegenüber der Behörde zu

⁹²⁷ Vgl. oben unter C.I.6.b).

⁹²⁸ Es kann daher zu allem auf die Ausführungen zu § 11 Abs. 4 RDG oben unter C.I.8.b) verwiesen werden.

machen. Sie ist, anders als § 13 Abs. 2 RDG, nicht Voraussetzung für die Registrierung, denn die hier betroffenen Inkassodienstleister sind ja bereits registriert. Es handelt sich daher um ein eigenständig durchsetzbares Handlungsgebot, welches sich auch an dem imperativen Wortlaut zeigt („haben zu übermitteln“, „müssen enthalten“), und damit um eine Regelung. Gleichwohl ist darin keine Marktverhaltensregelung zu sehen. Sicherlich wird zwar mit der Mitteilung der Absatzförderungszweck verfolgt, Rechtsdienstleistungen auf dem Markt anbieten zu dürfen. Allerdings ist die Mitteilung nicht geeignet, den rechtsuchenden Nachfrager zu einer geschäftlichen Entscheidung zu bewegen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Denn die Mitteilung erreicht nicht ihn, sondern die Behörde. Die Vorschriften in § 7 S. 1 u. 2 RDGEG sind daher ebenso wenig Marktverhaltensregelungen wie die Vorschriften in § 13 Abs. 2 S. 1 u. 2 RDG und somit keine Primärnormen. Der § 7 S. 3 RDGEG richtet sich dagegen an die Aufsichtsbehörde und ist aus diesem Grund schon von vornherein keine gesetzliche Vorschrift i. S. d. § 3a UWG, Art. 2 EGBGB.

IV. Zwischenergebnis zur Analyse der Rechtsdienstleistungsvorschriften

Die in diesem Kapitel vorgenommene Analyse der Rechtsdienstleistungsvorschriften anhand der präsentierten Auslegungsvorschläge hat gezeigt, dass diese sehr gut auf die durchaus unterschiedlich konzipierten Vorschriften angewendet werden konnten. Aus diesem Grund haben sich die Rechtsdienstleistungsvorschriften auch als taugliches Analysematerial für die Auslegungsvorschläge herausgestellt, welches als Musterbeispiel für viele andere Rechtsmaterien dienen kann. Denn die Rechtsdienstleistungsvorschriften bestehen aus einem Vorschriftenmix mit unterschiedlichen Normkonzeptionen und -gattungen. Neben der zentralen Erlaubnisvorschrift als Marktzutrittsvorschrift mit Doppelfunktion (§ 3 RDG) konnten die Auslegungsvorschläge auch auf Definitionsvorschriften (§ 2 RDG), auf Berufsbezeichnungsvorschriften (§§ 11 Abs. 4 u. 5 RDG, 6 RDGEG), Informationsvorschriften (§§ 13a, 13b RDG), Verfahrens- und Verwaltungsvorschriften (§§ 13, 15a ff. RDG), Vergütungs- und Kostenvorschriften (§§ 13d, 13e RDG, 4 RDGEG), Ermächtigungsnormen (§ 12 Abs. 5 RDG) und andere angewendet werden.

Die Anwendung des Analysemodells auf diese Vorschriften war sehr einfach handhabbar und hat bei einer stets genauen Betrachtung zur gewünschten Präzision geführt. So konnte bei vielen Vorschriften gezeigt werden, dass entweder schon keine gesetzliche Vorschrift vorlag, weil lediglich das behördliche Verwaltungsverfahren geordnet werden sollte oder es schon am Regelungscharakter fehlte – einem Merkmal, das im Schrifttum und in der

Rechtsprechung zu Unrecht kaum beachtet wird. Denn wie sich gezeigt hat, eignet es sich sehr gut zur Aussonderung von schon anfänglich für § 3a UWG untauglichen Vorschriften. Besonders die Voraussetzungen und Anforderungen dafür festlegen, dass ein Unternehmer in den Genuss einer Erlaubnis oder Registrierung kommt, sind in der Regel nicht eigenständig durchsetzbar. Das liegt daran, dass in diesem Fall lediglich der behördliche Zulassungsakt nicht vorgenommen werden kann und die Folge eben eine solche ist, die in einem unerlaubten oder verbotenen Handeln liegt, welches dann einen Verstoß gegen das vorgelagerte präventive Verbot darstellt, aber nicht gegen die originäre Vorschrift, die die entsprechenden Voraussetzungen für ein erlaubtes Handeln vorsieht. Dies ist bei vielen Rechtsdienstleistungsvorschriften mit Bezug zum Registrierungs- oder Meldeverfahren der Fall. Daher kann gegen solche Vorschriften genau genommen schon nicht eigenständig verstoßen werden. Sie sind nicht selbstständig durchsetzbar.

Im Hinblick auf das Vorliegen einer Marktverhaltensregelung konnte gezeigt werden, dass das tatbestandlich geregelte Verhalten sehr gut geeignet ist zu ermitteln, ob eine Vorschrift nach ihrem Normzweck auch geschäftliche Handlungen und somit Marktverhalten regeln soll und dazu (auch) bestimmt ist (z.B. §§ 13b, 13d Abs. 2 S. 1 u. 2 RDG). Manche Verhaltensweisen sind aber sehr weit gefasst und passen nicht immer vollständig auf den Begriff der geschäftlichen Handlung, wie z.B. die in § 3 RDG vorausgesetzte selbstständige Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen i. S.d. § 2 RDG, weil der Gesetzgeber das Bedürfnis einer Regelung eines weiten Handlungsspektrums sah. Der Normzweck, zumindest auch Marktverhalten zu erfassen, kann nach hier vertretener Ansicht aber auch zuverlässig aus der objektiven Stoßrichtung der Norm ermittelt werden. Dies führt bei § 3 RDG zu dem Ergebnis, dass der Gesetzgeber zumindest auch Marktverhalten regeln wollte. Gleiches gilt freilich für die objektive Bestimmung der Marktteilnehmerinteressen. Dies untermauert die vielseitige und treffsichere Einsetzbarkeit der Auslegungsvorschläge für unterschiedliche Normkonzeptionen auch in Bezug auf unterschiedliche Rechtsmaterien.

Im Endeffekt dürften die Analyseergebnisse zu den Rechtsdienstleistungsvorschriften, die bisher Gegenstand von Entscheidungen der Gerichte waren, trotz der unterschiedlichen Herangehensweise den Ergebnissen der Rechtsprechung entsprechen. Dies schadet indes nicht, geht es in dieser Arbeit doch um die Entwicklung eines universell anwendbaren, einfach handhabbaren und effizienten Analysemodells, mit dem treffsichere und präzise Ergebnisse auf verschiedenen Auslegungsstufen erzielt werden können, was anhand seiner exemplarischen Anwendung auf die Rechtsdienstleistungsvorschriften als gelungen angesehen werden kann.

Die Analyse der Rechtsdienstleistungsvorschriften konnte unter Anwendung des in dieser Arbeit präsentierten Auslegungsmodells deutlich vereinfacht werden. Die bisherige und nach der hier vertretenen Ansicht zum Teil sogar deutlich an der Grenze des Vertretbaren liegende Begründung der Rechtsprechung für die Analyse von Rechtsdienstleistungsvorschriften, die sich allein auf die Schutzzweckklausel oder die vormalige Einordnung der Vorschriften des RBerG stützt, ohne aber zu sehen, dass der undifferenzierte Rückgriff auf die Schutzzweckklausel nicht mit dem System des UWG übereinstimmt, da letzteres im Gegensatz zur Schutzzweckklausel des § 1 Abs. 1 RDG nicht den Rechtsverkehr und die Rechtsordnung als Schutzsubjekte erfasst, ist daher verzichtbar. Gleiches gilt für die verschiedenen und hochgradig unbestimmten Begriffsbildungen, wie z. B. eine wettbewerbs- bzw. auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion.

D. Ergebnis und Mehrwert der Auslegungsvorschläge

Eingangs ist in dieser Arbeit auf das Problem hingewiesen worden, dass Normen, insbesondere die immer relevanter werdenden Rechtsdienstleistungsvorschriften, mit der bisherigen Auslegung des Rechtsbruchtatbestandes nur unzureichend analysiert werden konnten, da die bisherigen Begründungsmodelle der Rechtsprechung und des Schrifttums nur mit oberflächlichen und letztlich auswechselbaren Begründungsmodellen und Begriffen diese Normen zu erfassen versuchen. Hinzu kam, dass es bis jetzt immer noch kein klares und einheitliches Auslegungsmodell in Bezug auf die Tatbestandsmerkmale des § 3a UWG gab. Zur Abhilfe dieses Problems sind in dieser Arbeit neue Auslegungsvorschläge unterbreitet worden, die auf die Rechtsdienstleistungsvorschriften angewendet worden sind.

Die vorgenommene Analyse der Rechtsdienstleistungsvorschriften hat zu wichtigen Erkenntnissen in Bezug auf die Einordnung von gesetzlichen Vorschriften als solche, die auch dazu bestimmt sind, das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln, geführt. So hat sich gezeigt, dass mit den in dieser Arbeit vorgebrachten Auslegungsvorschlägen eine präzise und aufgrund der Orientierung an den in § 3a UWG enthaltenen klar abgrenzbaren Tatbestandsmerkmalen auch eine dogmatisch überzeugende Einordnung von gesetzlichen Vorschriften als rechtsbruchrelevante Normen möglich ist. Daraus folgt, dass die im Schrifttum z. B. von *Frey-Gruber* zu Recht kritisierte Verwendung von immer neuen Umschreibungen, welche die Kernfrage, nämlich, ob es sich bei der jeweils untersuchten gesetzlichen Vorschrift um eine solche handelt, die nach dem Willen des Gesetzgebers außerwettbewerbsrechtliches Wettbewerbsrecht darstellt, nur scheinbar zu beantworten vermögen, verzichtbar ist. Diesen Begriffsbildungen lag stets die wirre

Suche nach dem Normzweck des Gesetzgebers primär in den Materialien zugrunde, der indes häufig entweder gar nicht oder nicht eindeutig identifizierbar ist und hochgradig von dem Standpunkt und der Interpretation des Rechtsanwenders abhängt.

Mit der hier vorgeschlagenen, durchaus formellen und technischen Herangehensweise ist eine aufwändige Suche in den Materialien oder eine tiefgreifende Auslegung nach Wortlaut, Systematik, Telos und dem Willen des historischen Gesetzgebers entbehrlich. In der Folge kommt es auch nicht zu Mutmaßungen über die Motive des Gesetzgebers und den Zweck der Vorschrift. Stattdessen kann einfach, verlässlich und stringent anhand des Vorliegens des jeweiligen Merkmals die Vorschrift auch schon früh und ohne aufwendige Analyse gleich als untaugliche Norm ausgeschieden werden, wenn in ihr z.B. schon keine gesetzliche Vorschrift oder aber keine bindende und eigenständige Regelung zu sehen ist. Ist hingegen eine Regelung gegeben, kann im Weiteren im Wege der Prüfung auf das Vorliegen der Marktverhaltensklausel und der Interessenklausel auf die eigentliche Kernfrage zurückgekommen werden: handelt es sich um von dem Gesetzgeber gewolltes außerwettbewerbsrechtliches Wettbewerbsrecht, indem die Vorschrift durch das geschützte Interesse und das geregelte Marktverhalten mit dem subjektiven und sachlichen Schutzbereich des UWG in § 1 Abs. 1 S. 1 UWG bzw. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG korrespondiert? Diese Kernfrage konnte mit der hier vorgeschlagenen Auslegung der Marktverhaltensregelung und des geschützten Marktteilnehmerinteresses unkompliziert erschlossen und dadurch festgestellt werden, ob die zu untersuchenden Vorschriften überhaupt vom Gesetzgeber gewolltes Marktrecht darstellen. Denn nur dieses kann im Gefüge des UWG als systemkonform angesehen werden.

Durch die hier präsentierten Auslegungsvorschläge können nicht nur erhebliche Unsicherheiten über die Auslegung von Normen ausgeräumt werden. In der Folge können auch signifikante Effizienzsteigerungspotenziale vor allem für das in der wettbewerbsrechtlichen Praxis begehrte einstweilige Verfügungsverfahren realisiert werden. Weil aufwändige Analysen entfallen, ist es schon bei Ablehnung eines Tatbestandsmerkmals des § 3a UWG möglich, schnell das Vorliegen einer Primärnorm zu verneinen. Die Verwendung des hier vorgeschlagenen Auslegungsmodells erweist sich somit auch als prozessökonomisch vorteilhaft. Dass die Ergebnisse häufig denen der Rechtsprechung entsprechen können, spricht nicht gegen die Vorzüge der Auslegungsvorschläge. Ihr Mehrwert liegt darin, dass untaugliche Normen zügiger ausgeschieden werden können und die Argumentation unkomplizierter und tragfähiger ist und vereinheitlicht wird. Sie sind auch weniger streitbar und damit verlässlicher, da die Analyse kaum Interpretationsspielräume offenlässt. Immer neue Begriffsbildungen sind nicht nötig, da das hier vorgeschlagene Analysemodell für alle Vorschriften universell anwend-

bar und leistungsfähig ist. Dadurch entfällt auch ein immer neuer Begründungsaufwand, wenn Analyseergebnisse nach den bisherigen Auslegungsmethoden und die Vorstellung von dem, was nach § 3a UWG unlauter sein sollte, auseinanderfallen. Immer neue Nachjustierungen in der Auslegung des Rechtsbruchtatbestandes müssen nicht erfolgen.

Durch die hier vorgenommene Analyse der Rechtsdienstleistungsvorschriften ist also demonstriert worden, dass der Mehrwert dieser Auslegungsvorschläge auch in ihrer der rechtspraktischen Anwendung tatsächlich realisiert wird. Dies wurde in dieser Arbeit im Speziellen anhand der Rechtsdienstleistungsvorschriften gezeigt, gilt aber auch für andere Regelungsbereiche im Allgemeinen. Die hier erarbeiteten Auslegungsvorschläge haben somit ihre Bewährungsprobe bestanden.

Als Ergebnis lässt sich mithin festhalten, dass die Auslegungsvorschläge einen erheblichen Mehrwert bieten, während die hergebrachten Argumentationsmuster und Auslegungsmethoden keine zuverlässige und effiziente Erschließung des Rechtsbruchtatbestandes und seiner Merkmale ermöglichen. Zugunsten des hier vorgeschlagenen Analysemodells sollten gesetzliche Vorschriften nicht mehr mit Wettbewerbs- und Marktbezug, sekundär wettbewerbsbezogener Schutzfunktion oder auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogener Schutzfunktion auf ihre Tauglichkeit für § 3a UWG geprüft werden.

7. Kapitel: Zusammenfassung der Ergebnisse

In diesem letzten Kapitel sollen die Ergebnisse aus den einzelnen Kapiteln zusammengetragen und überblicksartig dargestellt werden.

Folgendes lässt sich zusammenfassend festhalten:

1. Der Rechtsbruchtatbestand stellt eine Transformationsnorm für Vorschriften dar, die die Merkmale seiner normenspezifischen Tatbestandskomponente erfüllen. Diese Normen werden als Primärnormen bezeichnet. Seit der Kodifikation 2004 müssen sie gesetzliche Vorschriften sein, die auch dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer (Interessenklausel) das Marktverhalten zu regeln (Marktverhaltensklausel). Seitdem wird das Vorliegen eines Rechtsbruchs nicht mehr danach beurteilt, ob die verletzte Vorschrift einen inneren Wertbezug hat oder nicht. Deshalb spielt es keine Rolle mehr, ob die Vorschrift wichtige Gemeinschaftsgüter oder Allgemeininteressen schützt. Sie sind für das UWG heute unbeachtlich. Die Normen des Rechtsberatungsrechts, die stets als wertbezogen angesehen worden waren, sind dementsprechend einer Beurteilung nach dieser Maßgabe nicht mehr zugänglich. Es kommt allein darauf an, ob die jeweilige Norm mit dem Normzweck des UWG korrespondiert. Dieser erfasst in subjektiver Hinsicht heute auch nur den Schutz der Marktteilnehmer, insbesondere der Verbraucher und der Marktgegenseite i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 1 UWG, und in sachlicher Hinsicht den Schutz vor unlauteren geschäftlichen Handlungen i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG.
2. Voraussetzung für die Anwendung des Rechtsbruchtatbestandes ist das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung. Sie dient der Umsetzung der Geschäftspraktik der UGP-RL. Entscheidend ist, ob die unternehmerische Handlung einen objektiven und unmittelbaren Zusammenhang mit dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Marktteilnehmer aufweist. Hierfür kommt es auf eine objektiv-funktionale und typisierende Betrachtung des unternehmerischen Verhaltens nach seinem Handlungssinn im Rahmen seiner Geschäftsstrategie an. Die jeweilige Handlung muss dergestalt auf die Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung des Marktteilnehmers gerichtet sein, dass sie bei objektiver Betrachtung zum einen geeignet, und zum anderen nach dem Handlungssinn daraus der (vorrangige) Zweck herauszulesen ist, dadurch den Absatz zu fördern, einen Vertrag abzuschließen oder ihn durchzuführen.
3. Die Auslegung der Geschäftspraktik ist nur in dem durch die UGP-RL harmonisierten Bereich und für die durch die Reichweite der Geschäftspraktik erfassten Handlungen bindend. Das betrifft absatzbezogenes B2C-Verhalten zugunsten des eigenen Unternehmens. Es besteht aber

ein weites Spektrum harmonisierungsfreier Bereiche wie das Nachfragegeschäft sowie alle Handlungen im B2B-Verhältnis. Harmonisierungsfrei im B2C-Bereich sind zudem fremdnützige Absatzhandlungen und Nachfragehandlungen sowie über den Umfang der Geschäftspraktik hinausgehenden Verhaltensweisen (außerhalb des objektiven Unmittelbarkeitszusammenhangs) oder aber, wenn kein Gewerbetreibender bzw. Unternehmer handelt. Ausnahmsweise sind auch Handlungen nicht erfasst, die zwar gegenüber dem Verbraucher vorgenommen werden, aber ausschließlich gegen die Interessen der Mitbewerber gehen, da dann der Schutzbereich der Richtlinie nicht tangiert wird. Ausgenommen sind auch Bereichsausnahmen wie etwa nach Art. 3 Abs. 8 UGP-RL, worunter auch die Rechtsdienstleistungsvorschriften fallen.

4. Dem Gesetzgeber standen viele Spielräume offen, in denen er die geschäftliche Handlung abweichend von der Geschäftspraktik allein nach autonomen und nationalen Maßstäben auslegen konnte. Diese hat er jedoch so gut wie nicht genutzt. Zwar finden sich einige autonome Regelungen schon in der Definition der geschäftlichen Handlung, wonach klar das B2B-Feld sowie alle eigen- wie auch fremdnützigen Absatz- und Bezugshandlungen im B2C- wie auch im B2B-Bereich abgedeckt sind. Dennoch wollte der Gesetzgeber auch außerhalb des Harmonisierungszwanges die gleichen Beurteilungsmaßstäbe wie für die Geschäftspraktik anwenden. Die geschäftliche Handlung ist also auch in harmonisierungsfreien Bereichen so weit wie möglich richtlinienkonform auszulegen.
5. Es bedarf daher im Grundsatz eines objektiv-funktionalen Zusammenhangs 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. Es ist daher auch hier entscheidend, ob die Handlung bei objektiver Betrachtung geeignet ist, den Marktpartner (Verbraucher, Unternehmer oder sonstiger Marktteilnehmer) zu erreichen, und ob der Handlung nach ihrem Handlungssinn die im Rahmen der jeweiligen Geschäftsstrategie des Unternehmers typisierende-objektive Zwecksetzung zu entnehmen ist, den Marktpartner derart zu beeinflussen, dass es zum Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen kommen kann, in Bezug auf den Vertragsabschluss in Vertragsverhandlungen einzutreten, daran festzuhalten oder zu einem Abschluss zu bringen, und in Bezug auf die Durchführung eines Vertrags den Marktpartner dahingehend zu beeinflussen, ob, wie und unter welchen Bedingungen er eine Zahlung insgesamt oder teilweise leisten, ein Produkt behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit dem Produkt ausüben will. Unerheblich ist, wie der

Vertragspartner beeinflusst werden soll. Sowohl vertragliche als auch nicht vertragliche Methoden sind von der Auslegung erfasst.

6. Für horizontale B2B-Handlungen kommt keine objektiv-funktionale Auslegung in Betracht. Es ist nicht ersichtlich, wie die Handlung geeignet sein soll, die Marktgegenseite alsbald zu erreichen und sie in ihrer wirtschaftlichen Entscheidung zu beeinflussen. Eine funktionale Auslegung scheint daher nicht möglich. Verbleibt man daher – richtliniennah – bei einer objektiven Auslegung, sollte ein objektiver Zusammenhang vorliegen, wenn die Handlung bei objektiv-typisierender Betrachtung des Handlungszwecks darauf gerichtet ist, auf den Geschäftsbetrieb des Mitbewerbers einzuwirken und in objektiv-kausaler Weise dazu geeignet ist, sich negativ auf die Stellung des Mitbewerbers am Markt und seinen Absatz oder den Bezug von Waren und Dienstleistungen auszuwirken.
7. Der Begriff „gesetzliche Vorschrift“ entspricht dem des Gesetzes in Art. 2 EGBGB. Dies sind Rechtsnormen, die aufgrund staatlich-autoritativer Veranlassung aus der staatlichen Innensphäre in den Privatrechtsverkehr hineinragen und Privatrechtssubjekte berechtigten, verpflichten oder für sie eine andere Rechtsfolge treffen, derer sie zu befolgen gezwungen sind und denen so eine Außenwirkung zukommt. Es genügt nicht, dass sie Subjekte der Staatsorganisation und -verwaltung binden oder an diese gerichtet sind.
8. Zuwiderhandeln bedeutet, dass sämtliche objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale einer Vorschrift erfüllt werden. Zuwiderhandeln kann zum einen der Normadressat als Täter selbst oder gemeinschaftlich durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken mit anderen als Mittäter. Auch Gehilfen können zuwiderhandeln, was indes einen Haupttäter voraussetzt, da die Grundsätze der Akzessorietät eingreifen. Für den Bereich des Rechtsdienstleistungsrechts handelt es sich bei einer Erlaubnis i. S. d. § 3 RDG allerdings um ein besonderes persönliches Merkmal i. S. d. § 28 StGB, sodass dieses jeder Zuwiderhandelnde selbst und in eigener Person erfüllen muss. Ein Unternehmer muss sich aber auch die Zuwiderhandlung Dritter, z. B. seiner Mitarbeiter, zurechnen lassen nach § 8 Abs. 2 UWG, §§ 278, 831, 31 BGB, sodass er dann selbst als Zuwiderhandelnder in Anspruch genommen werden kann.
9. Der Geschäftsleiter haftet persönlich nur, wenn er selbst die Zuwiderhandlung begeht oder er eine Garantenstellung innehat. Liegt nach außen hin ein Verhalten vor, über das typischerweise auf Geschäftsführungsebene entschieden wird, besteht eine Indizwirkung einer eigenen Zuwiderhandlung. Dies kann z. B. bei Vermarktungshandlungen oder dem Internetauftritt des Unternehmens gegeben sein. Allerdings wird

man hierbei auf den Einzelfall, insbesondere auf die Größe des Unternehmens und eine ggf. vorliegende Ressortverteilung schauen müssen.

10. Die zentrale Komponente einer gesetzlichen Vorschrift, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, stellt eine abstrakte Verweisung dar. Es ist insbesondere anerkannt, dass mittlerweile auch doppelfunktionale Vorschriften über den Rechtsbruchtatbestand in das UWG einbezogen werden können, d. h. insbesondere solche, die nicht nur den Marktzutritt, sondern zugleich auch das Marktverhalten regeln.
11. Für die Beurteilung der Spürbarkeitsklausel in der Bagatellkomponente ist es lediglich erforderlich, dass das Auswirkungskriterium gegeben ist, da sowohl das Unwertkriterium der Tathandlung als auch das Einwirkungskriterium durch den Primärnormverstoß schon von vornherein vorliegen. Für die Beurteilung der Eignung des Verstoßes im Hinblick auf eine spürbare Interessenbeeinträchtigung ist eine umfassende Würdigung des Einzelfalls in Bezug auf die Frage vorzunehmen, ob die geschützten Interessen hinreichend intensiv beeinträchtigt werden können. Kriterien sind Art und Schwere der geschäftlichen Handlung, die auch im Zusammenhang mit dem Schutzzweck und der Zielsetzung der verletzten Primärnorm bestimmt werden, sowie die Dauer und ggf. Anzahl der Verstöße, die Wiederholungs- und Nachahmungsgefahr und daraus folgende behördliche Sanktionen gegen das Opfer. Die Schwelle zur Spürbarkeit bei Betroffenheit wichtiger Interessen ist eher überschritten als bei weniger wichtigen Interessen.
12. Selbst wenn ein gewichtiges Interesse wie z. B. der Gesundheitsschutz von Marktteilnehmern oder das Interesse am Schutz vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen betroffen ist, ist die Spürbarkeit nicht indiziert. Sie muss stets in jedem Einzelfall positiv festgestellt werden.
13. Erfüllt in dem Fall, dass eine Handlung eine Primärnorm verletzt und damit ein Rechtsbruch nach § 3a UWG vorliegt, die gleiche Handlung auch die verbraucherbezogenen Spezialtatbestände z. B. der §§ 5, 5a, 5b UWG, so ist nur der jeweilige Spezialtatbestand anzuwenden, weil die Spezialtatbestände durch den Verbraucherschadensersatzanspruch nach § 9 Abs. 2 S. 1 UWG speziellere Rechtsfolgen auslösen. In ihrem und dem Anwendungsbereich der UGP-RL wäre zwar eine Verletzung einer Norm, die wie die §§ 5, 5a oder 5b UWG die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher schützen, nach § 3a UWG nur dann spürbar, wenn der Verstoß geeignet wäre, das wirtschaftliche Interesse eines Verbrauchers wesentlich zu beeinträchtigen. Doch da der § 3a UWG nach der *Knuspermüsli II*-Entscheidung des BGH keine Anwendung mehr findet, kommt es auf diese Frage nicht mehr an. Der § 3a UWG tritt zurück.

14. Schützt die Primärnorm hingegen ein wirtschaftliches Interesse (von Marktteilnehmern) an einer freien und informierten Entscheidung außerhalb der UGP-RL, ist also z. B. ein sonstiger Marktteilnehmer betroffen oder handelt es sich um keine wesentliche Informationspflicht bzw. um eine solche außerhalb der kommerziellen Kommunikation oder unterfällt die Vorschrift einer Bereichsausnahme, so ist die Interessenbeeinträchtigung dann, wenn die Handlung nicht zugleich durch die UGP-RL erfasst wird oder die Vorschrift nicht auf Unionsrecht beruht, dennoch nicht nur dann spürbar, wenn der Verstoß geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Marktpartners wesentlich zu beeinflussen, was der Fall wäre, wenn der Verstoß geeignet ist, ihn zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte (Entscheidungsrelevanz). Die eigenständigen Kriterien der Spürbarkeitsklausel können daneben weiterhin angewendet werden. Allerdings stellt das Vorliegen der Entscheidungsrelevanz ein starkes Indiz für die Spürbarkeit dar, auch wenn bei Zugrundelegung der autonomen Beurteilungskriterien der Spürbarkeitsklausel ausnahmsweise etwas anderes gelten kann.
15. Der § 3a UWG kann heute nicht mehr neben oder vorrangig zu den Spezialtatbeständen der §§ 4a, 5, 5a und 5b UWG, soweit sie die Vorgaben der UGP-RL in innerstaatliches Recht umsetzen, angewendet werden. Denn mit dem neuen Verbraucherschadensersatzanspruch in § 9 Abs. 2 S. 1 UWG, der auf der UGP-RL beruht und welcher nach § 9 Abs. 2 S. 2 UWG nicht für den Rechtsbruchtatbestand gilt, resultieren aus Verstößen speziellere Rechtsfolgen. Die alleinige oder parallele Anwendung des § 3a UWG, der diese speziellere Rechtsfolge nicht auszulösen vermag, wäre aus diesem Grund unionsrechtswidrig.
16. Andere Ansprüche und (spezialgesetzliche) Sanktionen sperren die Anwendung des § 3a UWG nicht. Es können ohne Weiteres auch andere zivilrechtliche und ordnungsrechtliche Ansprüche und Sanktionen eingreifen, wie etwa §§ 823, 826 BGB oder verwaltungsrechtliche Maßnahmen und Sanktionen. Auch die verwaltungsrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten in den Rechtsdienstleistungsvorschriften sperren die Anwendbarkeit des Rechtsbruchtatbestandes nicht, da das lediglich aus verwaltungsrechtlichen Maßnahmen bestehende Sanktionensystem des RDG nach seinem Sinn und Zweck nicht abschließend ist. Denn das RDG enthält keinen dem Lauterkeitsrecht vergleichbaren zivilrechtlichen Anspruchszuschnitt. Es besteht also generell Anspruchs- und Sanktionenparallelität.
17. Die Wettbewerbsgerichte können eine Primärnorm eigenständig auslegen und Verstöße feststellen. An behördliche oder fachgerichtliche Entscheidungen sind sie nur gebunden, wenn diese Tatbestandswirkung bzw. Feststellungswirkung entfalten, d. h. wenn die Behörde in Bezug

auf das konkret beanstandete Verhalten einen wirksamen Verwaltungsakt erlassen hat oder wenn diesbezüglich bei einer vorhergehenden fachgerichtlichen Entscheidung der gleiche Streitgegenstand vorliegt. Eine Bindungswirkung kann überdies auch vorliegen, wenn eine Rechtsverordnung oder Satzung etwas zu einem konkreten erlaubten Verhalten aussagt, was in Fällen von selbstvollziehenden Erlaubnissen hinsichtlich hinreichend konkret gefasster Tätigkeiten vorkommen kann oder im Falle von beidseitig bindenden (und nicht nichtigen) Verwaltungsverträgen. In jedem Fall muss sich die Verbots- oder Erlaubnisaussage auf das konkret angegriffene Marktverhalten richten, was anhand einer entsprechenden Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB zu beurteilen ist. Widersprüche oder Anfechtungsklagen beseitigen die Tatbestandswirkung nicht. Bei fortbestehender Wirksamkeit besteht auch die Tatbestands- und Bindungswirkung fort.

18. Schreitet die Behörde gegen einen ihr bekannten Gesetzesverstoß nicht ein und duldet sie ihn, genießt der Normunterworfenene keinen Vertrauensschutz, da die Behörde nichts Bindendes hinsichtlich des Verhaltens ausgesagt hat und das geduldete Verhalten auch auf Opportunitätsgründen beruhen kann. Eine Duldung könnte im Übrigen auch nur diese Behörde selbst binden, nicht jedoch Dritte. Vertraut der Adressat auf eine objektiv unrichtige Normauslegung einer Behörde, so erliegt er einem Rechtsirrtum, der ihn nicht vor einer lauterkeitsrechtlichen Inanspruchnahme nach § 3a UWG bewahrt, da subjektive Momente und Fehlvorstellungen für den Rechtsbruchtatbestand irrelevant sind. Für die objektive Beurteilung eines Zuwiderhandelns kommt es daher auf die Rechtsauffassung der zuständigen Verwaltungsbehörde oder der Fachgerichte nicht an.
19. Eine Tatbestandswirkung im Rechtsdienstleistungsrecht entfalten nach aktueller Rechtslage insbesondere die Registrierungsverwaltungsakte für Inkassodienstleistungen. Dies beruht auf der detaillierten Begründungspflicht für das auszuübende Tätigkeitsbild, die gem. § 13 Abs. 2 RDG vorsieht, dass dem Antrag auf Registrierung einer Inkassodienstleistung eine exakte inhaltliche Darstellung der beabsichtigten Tätigkeiten beigefügt werden muss. Auf die Duldung einer Behörde oder die Rechtsauslegung durch diese oder ein Fachgericht kann sich der Verletzte nicht berufen.
20. Wesentlich für die Analyse von Rechtsdienstleistungsvorschriften ist, ob sie die Voraussetzungen der normenspezifischen Tatbestandskomponente, also die Marktverhaltensklausel und die Interessenklausel erfüllen. Sie können nur dann als außerhalb des UWG gelegenes materielles Wettbewerbsrecht betrachtet werden, wenn sie gesetzliche Vorschriften sind, eine Regelung beinhalten, diese Regelung nach ihrem Normzweck

zumindest auch dazu bestimmt ist, ein Marktverhalten zu gebieten oder zu verbieten und dies auch zum Schutz eines mit § 1 Abs. 1 S. 1 UWG gemeinten Marktteilnehmerinteresses bezweckt ist. Jedes Merkmal ist eigenständig und für sich auf sein positives Vorliegen zu prüfen.

21. Eine Regelung liegt vor, wenn sich aus dem Tatbestand der Norm oder auch in Zusammenschau mit der Rechtsfolgenanordnung ergibt, dass der Gesetzgeber final und imperativ die Tatbestandserfüllung verhindern bzw. ein Handeln gebieten möchte und dieses Handlungsgebot oder -verbot auch eigenständig durchsetzbar in dem Sinne ist, dass gegen diese Regelung selbstständig verstoßen werden kann. Nicht genügend ist es, wenn eine andere Rechtsfolge getroffen wird, die dem Adressaten vielleicht unlieb ist, aber das Verhalten nicht unbedingt und in jedem Einzelfall verbietet, sondern dieses nur lenken will. Von einem Verbot oder Gebot kann daher nicht gesprochen werden, wenn durch die Rechtsfolgenanordnung lediglich Handlungsanreize gesetzt werden. Das Lauterkeitsrecht ist dann nicht das richtige Mittel für die Sanktionierung des Normverstößes. Indiz für ein Gebot oder Verbot kann die Anordnung von Strafen bei Verstößen oder ihre Einordnung als Ordnungswidrigkeiten sein.
22. Marktverhalten ist eine im Rechtsbruchtatbestand vorgenommene unabhängige abstrakte Beschreibung der geschäftlichen Handlung und damit gleichbedeutend mit der Definition in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG. Dies ergibt sich aus dem Sinnzusammenhang zwischen dem intendierten Schutz vor unlauterem Marktverhalten und der Beschreibung dieser Unwert-handlungen im UWG als „unlautere geschäftliche Handlungen“ (§ 3 Abs. 1 UWG). Der entscheidende systematische Vorteil der Anknüpfung an die geschäftliche Handlung liegt darin, dass so stets die gleichen Verhaltensweisen in das UWG einbezogen werden, die dem durch die geschäftliche Handlung geprägten sachlichen Anwendungsbereich des UWG entsprechen und etwaige Änderungen automatisch mitvollzogen werden.
23. Das Vorliegen einer Marktverhaltensregelung wird dadurch festgestellt, dass das tatbestandliche Verhalten stets einen Fall einer geschäftlichen Handlung beschreibt. Ausnahmen sind nur zulässig, wenn kein klares tatbestandliches Verhalten identifiziert werden kann. Ist z.B. das tatbestandliche Verhalten sehr unbestimmt formuliert oder handelt es sich um eine Verweisnorm, die erst zusammengesetzt einen vollständigen Rechtssatz bildet, so kann eine Marktverhaltensregelung auch dann angenommen werden, wenn die Norm nach ihrer objektiven Stoßrichtung Marktverhalten erfasst. Dies ist der Fall, wenn bei hypothetischer Anwendung der gesamten Norm die danach in der Außenwelt betroffenen Verhaltensweisen durch geschäftliche Handlungen vorgenommen wer-

den. Die tatbestandlich geregelten oder durch die objektive Stoßrichtung erfassten Verhaltensweisen müssen jedoch nicht in jedem denkbaren Einzelfall geschäftliche Handlungen sein. Es genügt, dass bei wertender Betrachtung zumindest eine von ggf. mehreren dadurch erfassten eigenständigen Verhaltenskategorien bzw. Anwendungsfällen durch geschäftliche Handlungen und damit durch Marktverhalten ausgefüllt werden können, da es der § 3a UWG ausreichen lässt, dass die Vorschrift (lediglich) „auch“ dazu bestimmt ist, das Marktverhalten zu regeln. Eine umfassende Auslegung der Vorschrift nach Maßgabe aller Auslegungsmethoden, insbesondere anhand der Materialien, findet nicht statt.

24. Auch Vorschriften, die nicht die wirtschaftlichen Interessen der Marktteilnehmer an der Informiertheit und Freiheit ihrer Entscheidung schützen, können über den Rechtsbruchtatbestand berücksichtigt und so in das UWG einbezogen werden. Denn auch der Integritätsschutz der Marktteilnehmer entspricht bei lebensnaher Betrachtung ihrer funktionstypischen Rolle. Ist ein nicht-wirtschaftliches Interesse betroffen, so ist es erforderlich, dass dieses Interesse, z. B. an Gesundheitsschutz oder qualifizierter Rechtsberatung, typischerweise gerade aus der Stellung und durch die Interaktion der geschützten Person am Markt heraus betroffen wird. Die Interessenklausel dient dadurch dazu, solche Vorschriften auszusondern, die nicht die markttypischen Interessen der Marktteilnehmer im UWG i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 1 UWG betreffen oder die gar nicht aus der Marktteilnahme heraus berührt werden und damit nichts mit der Interaktion der Marktakteure auf dem Markt zu tun haben. Dem Marktteilnehmerinteresse im Rechtsbruchtatbestand kommt sonach eine Ausgrenzungsfunktion zu.
25. Bisher durch die Rechtsprechung etablierte Begründungsmodelle zur Einordnung von Rechtsdienstleistungsvorschriften können heute nicht mehr für ihre Analyse fruchtbar gemacht werden. Die Heranziehung des Schutzzwecks gem. der Schutzzweckklausel in § 1 Abs. 1 S. 2 RDG vermag allenfalls noch die Interessenklausel und der Verbotscharakter eine Regelung hinsichtlich des § 3 RDG argumentativ zu stützen. Dies entspricht zwar dem häufigen Vorgehen der Rechtsprechung, aus dem geschützten Interesse auf das Vorliegen einer Primärnorm zu schließen und damit einen interessengerichteten Wettbewerbsbezug anzunehmen. Allerdings steht dieses Vorgehen heute nicht mehr mit dem Normtext und den klar abgrenzbaren Merkmalen des Rechtsbruchtatbestandes in Einklang und zudem im Spannungsfeld mit dem hier vorgeschlagenen Analysemodell. Es können somit auch nicht pauschal alle Rechtsdienstleistungsvorschriften aufgrund des übergeordneten Schutzzwecks der Schutzzweckklausel des RDG als Primärnormen angesehen werden.

26. Viele Rechtsdienstleistungsvorschriften sind keine Primärnormen. Oftmals fehlt es bereits an einer gesetzlichen Vorschrift, da nur die Behörde oder der Verordnungsgeber adressiert wird. Besonders bei den Erlaubnisvorschriften sowie den Verwaltungs- und Verfahrensvorschriften hinsichtlich behördlicher Meldungen und der Registrierung fehlt es, auch wenn gesetzliche Vorschriften i. S. d. Art. 2 EGBGB vorliegen, häufig an einer eigenständig durchsetzbaren Regelung, gegen die selbstständig verstoßen werden kann. In jedem Fall betreffen diese dann aber keine geschäftlichen Handlungen. Wirkliche Primärnormen sind nur wenige Vorschriften. Hierzu zählen das präventive Verbot in § 3 RDG sowie so gut wie alle Informationspflichten und Berufsbezeichnungsvorschriften und auch die Vergütungsregelungen.

Literaturverzeichnis

- Ahrens, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Der Wettbewerbsprozess – ein Praxiskommentar, 9. Auflage, Köln 2021
- Alexander, Christian*, Die Informationspflichten gem. § 40 Abs. 1 und 2 EnWG und ihre Durchsetzung nach Energiewirtschafts-, Lauterkeits- und Vertragsrecht, WRP 2012, 660
- ders.*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 2005/29/EG bis zum Jahr 2012, WRP 2013, 17
- ders.*, Grundfragen des neuen § 3a UWG – Systematik, Anwendungsbereich, Abgrenzungen: verbraucherbezogenes und unternehmens-bezogenes Lauterkeitsrecht, WRP 2016, 411
- ders.*, Wettbewerbsrecht mit Schutz von Geschäftsgeheimnissen – Kommentar, 2. Auflage, Köln 2019
- Baumbach, Adolf* (Begr.)/*Hefermehl, Wolfgang*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung, 23. Auflage, München 2004
- Baumbach, Adolf*, Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 1. Auflage, Berlin 1929
- Beater, Axel*, Allgemeinheitsinteressen und UWG, WRP 2012, 6
- ders.*, Unlauterer Wettbewerb, 2. Auflage, Tübingen 2011
- Bieber, Marc*, Die Kontrolle des Berufsrechts der Freiberufler – insbesondere der Rechtsanwälte – mit Hilfe von § 4 Nr. 11 UWG, WRP 2008, 723
- Böhler, Christian*, Wettbewerbsrechtliche Schranken für Werbemaßnahmen gegenüber Minderjährigen – Einfluss der UGP-RL auf die kinderschützenden Beispielstatbestände des § 4 UWG, WRP 2011, 1028
- Böhler, Roland*, Alter und neuer Rechtsbruchtatbestand – Aufgezeigt am Beispiel des Marktzutritts kommunaler Unternehmen, Berlin 2009 (Diss.)
- Bohne, Daniel*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, Baden-Baden 2015 (Diss.)
- Burgi, Martin*, Kollektiver Rechtsschutz als Geschäftsmodell – Neuartige Rechtsdienstleistungen im Lichte des Verfassungsrechts, DVBl. 2020, 471
- Büscher, Wolfgang*, Neue Unlauterkeitstatbestände und Sanktionen im Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht (Teil 1), WRP 2022, 1
- Büscher, Wolfgang* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Geschäftsgeheimnisgesetz und Preisangabenverordnung – Kommentar, 2. Auflage, Köln 2021
- Büscher, Wolfgang/Dittmer, Stefan/Schiwy, Peter* (Hrsg.), Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht – Kommentar, 3. Auflage, München 2015

- Chemnitz, Jürgen/Johnigk, Frank*, Rechtsberatungsgesetz – Kommentar, 11. Auflage, Köln 2003
- Deckenbrock, Christian*, Erweiterung anwaltlicher Informationspflichten gegenüber Dritten – Wirksame Bekämpfung unseriöser Inkassos oder Eingriff in das anwaltliche Mandatsverhältnis?, ZRP 2020, 173
- Deckenbrock, Christian/Henssler, Martin* (Hrsg.), Rechtsdienstleistungsgesetz mit Rechtsdienstleistungsverordnung und Einführungsgesetz zum RDG – Kommentar, 5. Auflage, München 2021
- Dettmar, Jasmin Isabel*, Unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch nach Maßgabe des § 4 Nr. 11 UWG n.F., Berlin 2010 (Diss.)
- Doepner, Ulf*, Unlauterer Wettbewerb durch Verletzung von der Verbraucherinformation dienenden Gesetzesvorschriften, WRP 1980, 473
- ders.*, Unlauterer Wettbewerb durch Verletzung von Marktzutrittsregelungen?, WRP 2003, 1292
- ders.*, Unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch – Quo vadis?, GRUR 2003, 825
- Dreyer, Heinrich/Lamm, Christian-Peter/Müller, Thomas*, Rechtsdienstleistungsgesetz mit Einführungsgesetz und Rechtsdienstleistungsverordnung – Praxiskommentar, Berlin 2009
- Elskamp, Gregor*, Gesetzesverstoß und Wettbewerbsrecht – Zur wettbewerbsrechtlichen Unzulässigkeit von Verstößen gegen außerwettbewerbsrechtliche Gesetze, Baden-Baden 2008 (Diss.)
- Engels, Stefan/Salomon, Thomas H.*, Vom Lauterkeitsrecht zum Verbraucherschutz: UWG Reform 2003, WRP 2004, 32
- Ernst, Stephan*, Abmahnungen auf Grund von Normen außerhalb des UWG – Die Rechtslage nach jüngerer Rechtsprechung und Gesetzesnovelle, WRP 2004, 1133
- Festl-Wietek, Maximilian*, § 3a UWG: Marktverhaltensregelungen zum Schutz Minderjähriger, Baden-Baden 2018 (Diss.)
- Fezer, Karl-Heinz* (Hrsg.), Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Band 1, München 2005
- ders.*, Objektive Theorie der Lauterkeit im Wettbewerb, Festschrift für Gerhard Schricker, München 2005, S. 671
- Fezer, Karl-Heinz/Büscher, Wolfgang/Obergfell, Eva Inés*, Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bd. I u. II, 3. Auflage, München 2016
- Frenzel, Sten*, Die Unlauterkeit anwaltlicher Berufsrechtsverstöße: Zugleich: Der Rechtsbruchtatbestand nach § 4 Nr. 11 UWG, Bonn 2005 (Diss.)
- Frey-Gruber, Sarah*, Der Rechtsbruchtatbestand im UWG, Berlin 2010 (Diss.)

- Fries, Martin*, De minimis curat Mercator: Legal Tech wird Gesetz, NJW 2021, 2537
- Fritzsche, Jörg/Münker, Reiner/Stollwerck, Christoph* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar UWG, 15. Ed., München 2022
- Gaier, Reinhard/Wolf, Christian/Göcken, Stephan*, Anwaltliches Berufsrecht – Kommentar, 3. Auflage, Berlin 2020
- Gärtner, Anette/Heil, Ulf*, Kodifizierter Rechtsbruchtatbestand und Generalklausel – Zur Bedeutung des Marktbezugs im neuen UWG, WRP 2005, 20
- Geis, Norbert*, Das Lauterkeitsrecht in der rechtspolitischen Diskussion, Festschrift für Winfried Tilmann, München 2003
- Glöckner, Jochen*, Rechtsbruchtatbestand oder ... The Saga continues!, GRUR 2013, 568
- ders.*, Wettbewerbsbezogenes Verständnis der Unlauterkeit und Vorsprungserlangung durch Rechtsbruch, GRUR 2008, 960
- Götting, Horst-Peter*, Der Rechtsbruchtatbestand, Festschrift für Gerhard Schricker, München 2005, S. 689
- Götting, Horst-Peter/Meyer, Justus/Vormbrock, Ulf* (Hrsg.), Gewerblicher Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht – Praxishandbuch, 2. Auflage, Baden-Baden 2020
- Götting, Horst-Peter/Nordemann, Axel* (Hrsg.), UWG – Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2016
- Grunewald, Barbara/Römermann, Volker* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar RDG, 20. Ed., München 2022
- Grunewald, Barbara/Römermann, Volker* (Hrsg.), Rechtsdienstleistungsgesetz – Kommentar, Köln 2008
- Günther, Tim*, Das neue „Legal-Tech“-Gesetz – Eine Zwischenlösung für den Rechtsdienstleistungsmarkt, MMR 2021, 764
- Gutmayer, Henriette*, Die Neukonzeption des Rechtsbruchtatbestandes in § 4 Nr. 11 UWG, Berlin 2012 (Diss.)
- Hagenmaier, Daniel*, Lauterkeitsrechtlicher Schutz des Verbrauchers nach Vertragsschluss, Berlin 2019 (Diss.)
- Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) mit Preisangabenverordnung – Kommentar, 2. Auflage, München 2009
- Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke/Goldmann, Michael/Tolkmitt, Jan* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) mit Preisangabenverordnung und Geschäftsgeheimnisgesetz – Kommentar, 5. Auflage, München 2021

- Hartung*, Markus, Der Regierungsentwurf zum Legal Tech Inkasso – hält er was er verspricht? – Die Zukunft des Verbraucher- und Unternehmerinkassos und der Zugang zum Recht, *AnwBl Online* 2021, 152
- ders.*, Inkasso, Prozessfinanzierung und RDG – Was darf ein Lega-Tech-Unternehmen als Inkassodienstleister, *AnwBl Online* 2019, 353
- Hasselblatt*, Gordian N. (Hrsg.), *Münchener Anwalts Handbuch Gewerblicher Rechtsschutz*, 5. Auflage, München 2017
- Heermann*, Peter W./*Schlingloff*, Jochen (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München 2020, Band 2, 3. Auflage, München 2022
- Hennigs*, Stefan, *Unlauterer Wettbewerb durch die Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln*, Baden-Baden 2017 (Diss.)
- Henning-Bodewig*, Frauke, Das neue UWG – von Brüsseler Gnaden?, *Festschrift für Gerhard Schricker*, München 2005, S. 705
- dies.*, Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken und UWG-Reform, *GRUR Int* 2004, 183
- dies.*, Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken und UWG-Reform, *GRUR Int* 2004, 183
- Henssler*, Martin/*Prütting*, Hanns, *Bundesrechtsanwaltsordnung mit EuRAG, Berufs- und Fachanwaltsordnung, RAVPV, Rechtsdienstleistungsgesetz, Mediationsgesetz, ZMediatAusbV und Partnerschaftsgesellschaftsgesetz – Kommentar*, 2. Auflage, München 2004, 5. Auflage, München 2019
- Hetmank*, Sven, „Wettbewerbsfunktionales Verständnis“ im Lauterkeitsrecht, *GRUR* 2014, 437
- ders.*, Der rechtsbruchtatbestand und die Suche nach den Grenzen des Lauterkeitsrechts, *JZ* 2014, 120
- Isele*, Jan-Felix, Von der „Wettbewerbshandlung“ zur „geschäftlichen Handlung“: Hat die „Änderung der Voreinstellung“ ausgedient?, *GRUR* 2009, 727
- Keck*, Stefan, *Wettbewerbsverstöße durch Rechtsbruch*, Regensburg 2005 (Diss.)
- Keßler*, Jürgen, *UWG und Verbraucherschutz – Wege und Umwege zum Recht der Marktkommunikation*, WRP 2005, 264
- Kleine-Cosack*, Michael, *Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) – Kommentar*, 2. Auflage, Heidelberg 2008
- Kluth*, Winfried, Interessenkonflikte in Fällen neuer Modelle der Massendienstleistung durch Inkassodienstleister, *VuR* 2018, 403
- Koch*, Thomas, GOOD NEWS aus Luxemburg? Förderung fremden Wettbewerbs ist keine Geschäftspraktik, *Festschrift für Helmut Köhler*, München 2014, S. 359
- Köhler*, Helmut, Zur richtlinienkonformen Auslegung und Neuregelung der „Bagatellklausel“ in § 3 UWG, *WRP* 2008, 10

- ders.*, „Wettbewerbshandlung“ und „Geschäftspraktiken“, WRP 2007, 1393
- ders.*, Der Rechtsbruchtatbestand im neuen UWG, GRUR 2004, 381
- ders.*, Einheitlicher, gespaltener oder funktionaler Mitbewerberbegriff im UWG – Zugleich Besprechung der Entscheidung „Zweitmarkt für Lebensversicherungen“ des BGH, GRUR 2021, 426
- ders.*, Unzulässige geschäftliche Handlungen bei Abschluss und Durchführung eines Vertrags, WRP 2009, 898
- ders.*, UWG-Reform 2015: Im Regierungsentwurf nicht angesprochene Defizite bei der Umsetzung der UGP-Richtlinie, WRP 2015, 1037
- ders.*, Wettbewerbsrecht im Wandel: die neue Rechtsprechung zum Tatbestand des Rechtsbruchs, NJW 2002, 2761
- ders.*, Wettbewerbsrecht im Wandel: Die neue Rechtsprechung zum Tatbestand des Rechtsbruchs, NJW 2002, 2761
- ders.*, Wettbewerbsverstoß durch rechtswidrigen Marktzutritt?, GRUR 2001, 777
- ders.*, Zur geschäftlichen Relevanz unlauterer geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern, WRP 2014, 259
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn/Alexander, Christian* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 40. Auflage, München 2022; 35. Auflage, München 2017
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Henning-Bodewig, Frauke*, Vorschlag für eine Richtlinie zum Lauterkeitsrecht und eine UWG-Reform, WRP 2002, 1317
- Krenzler, Michael* (Hrsg.), Rechtsdienstleistungsgesetz, RDG, RGEg, RDV – Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2017
- Lettl, Tobias*, Das neue UWG – Aktuelles Recht für die Praxis, München 2004
- ders.*, Der Schutz der Verbraucher nach der UWG-Reform, GRUR 2004, 449
- ders.*, Die geschäftliche Relevanz nach §§ 3 Abs. 2, 3a, 4a Abs. 1, 5 Abs. 1 S. 1 und 5a Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UWG, WRP 2019, 1265
- ders.*, Gemeinschaftsrecht und neues UWG, WRP 2004, 1079
- Loschelder, Michael/Danckwerts, Rolf* (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Auflage, München 2019
- Mann, Thomas/Schnuch, Franziska*, Verbot des kommerziellen, gerichtlichen Masseninkassos durch Legal-Tech-Anbieter – ein Verstoß gegen Art. 12 GG?, NJW 2019, 3497
- Niebel, Rembert/Jauch, Andreas*, Die UWG-Reform 2015 – ein Überblick über die Auswirkungen in der Praxis, BB 2016, 259
- Ohly, Ansgar*, Bausteine eines europäischen Lauterkeitsrechts – Zugleich Besprechung von Jochen Glöckner, Europäisches Lauterkeitsrecht, WRP 2008, 177
- ders.*, Das neue UWG im Überblick, GRUR 2016, 3

- ders.*, Vom abstrakten zum konkreten Verbraucherschutz im Rechtsbruchtatbestand, Festschrift für Helmut Köhler, München 2014, S. 508
- Ohly*, Ansgar/*Sosnitza*, Olaf, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung – Kommentar, 7. Auflage, München 2016
- Paschke*, Marian/*Berlit*, Wolfgang/*Meyer*, Claus, Hamburger Kommentar – Gesamtes Medienrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2021
- Pautsch*, Arne/*Hoffmann*, Lutz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) – Kommentar, 2. Auflage, Berlin 2021
- Piper*, Henning/*Ohly*, Ansgar (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung – Kommentar, 4. Auflage, München 2006
- Plager*, Anton, Schutzzwecke des Lauterkeitsrechts – Entfaltung und Entwicklung zwischen 1909 und 2004, Frankfurt am Main 2010 (Diss.)
- Quack*, Friedrich, Vom Beitrag des unlauteren Wettbewerbs zur Entwicklung des Wirtschaftsverwaltungsrecht, Festschrift für Reinhold Trinkner, Heidelberg 1995, S. 265
- Rauscher*, Thomas/*Krüger*, Wolfgang (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1, 6. Auflage, München 2020
- Remmert*, Frank, Aktuelle Entwicklungen im RDG – In dubio pro liberate?, BRAK-Mitteilung 5/2018, S. 231
- Rennen*, Günter/*Caliebe*, Gabriele, Rechtsberatungsgesetz mit Ausführungsverordnungen und Erläuterungen, 3. Auflage, München 2001
- Römermann*, Volker, Illegale Rechtsberatung bei betrieblicher Altersversorgung, NJW 2011, 884
- ders.*, RDG – zwei Schritte vor, einen zurück, NJW 2008, 1249
- Römermann*, Volker/*Günther*, Tim, Legal Tech als berufsrechtliche Herausforderung – Zulässige Rechtsdurchsetzung mit Prozessfinanzierung und Erfolgshonorar, NJW 2019, 551
- Römermann*, Volker/*Römermann*, Rachele, Auswirkungen des Rechtsdienstleistungsgesetzes auf Wettbewerb und Nachfrage, ZAP Fach 23 (2008), 779
- Rönnau*, Thomas, Grundwissen: Strafrecht – Versuchsbeginn, JuS 2013, 879
- Rothkopf*, Matthias, Wettbewerbsrechtlicher Rechtsbruchtatbestand und Produktsicherheitsrecht, Hamburg 2016 (Diss.)
- Rüthers*, Bernd/*Fischer*, Christian/*Birk*, Axel, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, 12. Auflage, München 2022
- Sabel*, Oliver, Das Gesetz zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts, AnwBl 2007, 816
- Sack*, Rolf, Die lückenfüllende Funktion der Generalklausel des § 3 UWG, WRP 2005, 531

- ders.*, Gesetzeswidrige Wettbewerbshandlungen nach der UWG-Novelle. WRP 2004, 1307
- Sadighi*, Nawid, Die Haftung von Nichtanwältin unter Geltung des Rechtsdienstleistungsgesetzes, Baden-Baden 2015 (Diss.)
- Scherer*, Inge, Lauterkeitsrecht und Leistungsstörungenrecht – Veränderung des Verhältnisses durch § 2 I Nr. 1 UWG?, WRP 2009, 761
- dies.*, Marktverhaltensregeln im Interesse der Marktbeteiligten – Funktionsorientierte Ausrichtung des neuen Rechtsbruchtatbestandes in § 4 Nr. 11 UWG, WRP 2006, 401
- dies.*, Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal für die „Geschäftspraxis“ nach Art. 2 d) UGP-RL – Weitreichende Konsequenzen für die „geschäftliche Handlung“ nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG?, WRP 2014, 517
- Schoch*, Friedrich/*Schneider*, Jens-Peter (Hrsg.), Verwaltungsrecht, Band VwVfG, 1. EL August, München 2021
- Schricker*, Gerhard, Gesetzesverletzung und Sittenverstoss: rechtsvergleichende Untersuchung zur wettbewerbsrechtlichen Haftung bei Verletzung außerwettbewerbsrechtlicher Normen, München 1969 (Habil.)
- Schünemann*, Wolfgang B., „Unlauterkeit“ in den Generalklauseln und Interessenabwägung nach neuem UWG, WRP 2004, 925
- Seichter*, Dirk (Hrsg.), juris Praxiskommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 5. Auflage, Saarbrücken 2021
- Skupin*, Florian, Rechtsdurchsetzende nichtanwältliche Dienstleister, Trier 2022 (Diss.)
- Sosnitza*, Olaf, Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – Voll- oder Teilharmonisierung?, WRP 2006, 1
- Spindler*, Gerald/*Schuster*, Fabian (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien – Kommentar, 4. Auflage, München 2019
- Spittka*, Jan, Können Verbraucherschützer wegen DS-GVO-Verstößen klagen?, GRUR-Prax 2019, 272
- Stolterfoht*, Joachim N., Der Wettbewerbsrichter als Verwaltungsjurist – Erwägungen zum Vorsprung durch Rechtsbruch, Festschrift für Fritz Rittner, München 1991, S. 695
- Teplitzky*, Otto von/*Pfeifer*, Karl-Nikolaus/*Leistner*, Matthias, Großkommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Nebengesetzen, Band. 1 bis 3, 3. Auflage, Berlin 2020.
- Ullmann*, Eike, Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld von Europa und Deutschland, GRUR 2003, 817
- Walter*, Axel von, Rechtsbruch als unlauteres Marktverhalten – Tatbestand und Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG in Abgrenzung zur Fallgruppe „Vorsprung durch Rechtsbruch“, Tübingen 2007 (Diss.)

- Wank*, Rolf, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Auflage, München 2015
- ders.*, Juristische Methodenlehre – Eine Anleitung für Wissenschaft und Praxis, München 2020
- Weber*, Christoph Andreas, Der Rechtsbruchtatbestand des § 3a UWG in Anwendung auf öffentlich-rechtliche Primärnormen, GRUR 2019, 905
- Wolff*, Heinrich Amadeus (Hrsg.)/*Hömig*, Dieter (Begr.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Handkommentar, 13. Auflage, Baden-Baden 2022
- Wüstenberg*, Dirk, Zur Zweckbestimmung von Marktverhaltensregeln, WRP 2017, 396
- Wuttke*, Tobias, Die Bedeutung der Schutzzwecke für ein liberales Wettbewerbsrecht (UWG) – Zugleich eine Anmerkung zu BGH, I ZR 234/03 – *Warnhinweis II*, WRP 2007, 119
- Ziegler*, Kai Peter, Der Vorsprung durch Rechtsbruch von Umweltschutzvorschriften, Heidelberg 1998 (Diss.)
- Zippelius*, Reinhold, Juristische Methodenlehre, 12. Auflage, München 2021