

# Inhaltsübersicht

Einführung und Gang der Untersuchung.....	1
---	---

## 1. Teil: Grundlagen

1. <i>Kapitel:</i> Wirtschaftlicher Hintergrund – Imitationsmarketing als Marketingkonzept .....	7
2. <i>Kapitel:</i> Die lauterkeitsrechtliche Konsequenz: Der europäische Verbraucherschutztatbestand der irreführenden Produktvermark- tung nach Art. 6 Abs. 2 lit. a UGP-RL .....	39
3. <i>Kapitel:</i> Bisherige Regelungen im deutschen Recht.....	66

## 2. Teil: Der lauterkeitsrechtliche Verbraucherschutztatbestand des § 5 Abs. 2 UWG

1. <i>Kapitel:</i> Entstehungsgeschichte des § 5 Abs. 2 UWG.....	97
2. <i>Kapitel:</i> Anwendungsbereich des § 5 Abs. 2 UWG .....	106
3. <i>Kapitel:</i> Tatbestandsvoraussetzungen des § 5 Abs. 2 UWG.....	122

## 3. Teil: Konkurrenzen und Auswirkungen des neuen Verbraucherschutztatbestands des § 5 Abs. 2 UWG

1. <i>Kapitel:</i> Verhältnis des neuen Verbraucherschutztatbestands des § 5 Abs. 2 UWG zu anderen Unläuterkeitstatbeständen des UWG und Abgrenzung der Anwendungsbereiche.....	207
2. <i>Kapitel:</i> Verhältnis des neuen Verbraucherschutztatbestands des § 5 Abs. 2 UWG zum Kennzeichenrecht.....	274
3. <i>Kapitel:</i> Auswirkungen des § 5 Abs. 2 UWG auf die Ausübung von Kennzeichenrechten und die Vertragsgestaltungsfreiheit der Kennzeicheninhaber .....	302
Zusammenfassung.....	351

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	XXXI
Einführung und Gang der Untersuchung.....	1

## 1. Teil

### Grundlagen

<i>1. Kapitel: Wirtschaftlicher Hintergrund – Imitationsmarketing als Marketingkonzept</i> .....	7
A. Zum Begriff des Imitationsmarketings .....	9
I. Der Wortbestandteil Marketing.....	9
II. Der Wortbestandteil Imitation.....	10
B. Wirtschaftliche Aspekte des Imitationsmarketings.....	11
I. Absatzpolitik eines Unternehmens als entscheidender Faktor des wirtschaftlichen Erfolgs .....	11
II. Manipulation der Verbraucherentscheidung durch Imitationsmarketing als Marketingkonzept .....	13
1. Abgrenzung des Imitationsmarketings von der Produktimitation.....	13
2. Ausnutzung der Verbrauchervorstellung über die Leistungsmerkmale des fremden Produkts sowie der unterschiedlichen Preisbereitschaft .....	14
C. Ausgangspunkte des Schutzes der Verbraucherentscheidung.....	16
I. Verbraucherschutz und Wettbewerbsschutz – Verbraucherpolitik als Teil der Wirtschaftspolitik .....	16
1. Entwicklung vom bloßen Wettbewerbsschutz zur Anerkennung des Bedürfnisses nach Verbraucherschutz.....	16
2. Verbraucherschutz durch Lauterkeitsrecht .....	17
II. Schutz der Belange der Verbraucher als schutzbedürftige Marktteilnehmer und aktive Gestalter.....	18
III. Wirtschaftliche Funktion des Verbrauchers im Wettbewerb.....	20

1. Das normative Postulat der Konsumentensouveränität .....	20
a) Bedeutung des Begriffs der Konsumentensouveränität.....	20
b) Auseinandersetzung mit der Kritik an der These von der Konsumentensouveränität – souveräner Verbraucher oder manipuliertes Wesen? .....	21
c) Konsumentensouveränität als Leitbild.....	23
2. Wettbewerb als produktive Auseinandersetzung der Marktteilnehmer .....	24
3. Steuerungsfunktion der Verbraucherentscheidung im Wettbewerb .....	25
4. Rechtlicher Schutz des Verbrauchers als Akteur im Wettbewerb und seiner Entscheidung als unverzichtbarer Faktor eines funktionierenden Wettbewerbs .....	27
5. Kenntnis der Produktalternativen als Voraussetzung der Wahlfreiheit .....	28
6. Schutz der informationellen Entscheidungsgrundlage – Markttransparenz.....	29
7. Auswirkungen des Imitationsmarketings auf die Möglichkeit des Verbrauchers zur Erfüllung seiner Steuerungsfunktion .....	31
IV. Kaufentscheidungsverhalten von Verbrauchern – Erkenntnisse der Konsumentenforschung .....	32
1. Grundsätze der ökonomischen Entscheidungslehre .....	33
2. Informationsökonomische Eigenschaftstypologie .....	35
3. Schlüsselsignale und soziale Wirkung eines Produkts.....	37
2. Kapitel: Die lauterkeitsrechtliche Konsequenz: Der europäische Verbraucherschutztatbestand der irreführenden Produktvermarktung nach Art. 6 Abs. 2 lit. a UGP-RL.....	39
A. Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vom 11. Mai 2005 (UGP-RL).....	39
I. Vorgeschichte und Entstehungsgeschichte der UGP-RL.....	41
1. Das Grünbuch der Kommission zur kommerziellen Kommunikation im Binnenmarkt.....	41
2. Das Grünbuch der Kommission zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union .....	42
3. Der Vorschlag für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt.....	43
4. Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken .....	44
II. Überblick über den Regelungsinhalt der UGP-RL .....	44

III.	Zweck und Konzeption der UGP-RL – Art. 1 UGP-RL .....	46
IV.	Reichweite der Harmonisierung und Anwendungsbereich der UGP-RL – Art. 3 UGP-RL .....	47
	1. Die Harmonisierungsformen der Voll- und Mindestharmonisierung .....	47
	2. Vollharmonisierungscharakter der UGP-RL .....	48
	3. Vollharmonisierung mit modifizierter Bereichsausnahme? .....	48
	4. Vollharmonisierung des b2c-Geschäftsverkehrs – Teilharmonisierung des Lauterkeitsrechts .....	50
V.	Definitionen des Art. 2 UGP-RL .....	51
	1. Verbraucher nach Art. 2 lit. a UGP-RL .....	52
	2. Gewerbetreibender nach Art. 2 lit. b UGP-RL .....	52
	3. Produkt nach Art. 2 lit. c UGP-RL .....	53
	4. Geschäftspraktiken nach Art. 2 lit. d UGP-RL .....	53
	5. Wesentliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers nach Art. 2 lit. e UGP-RL .....	53
	6. Berufliche Sorgfalt nach Art. 2 lit. h UGP-RL .....	54
	7. Geschäftliche Entscheidung nach Art. 2 lit. k UGP-RL .....	54
VI.	Die Generalklausel des europäischen Lauterkeitsrechts – Art. 5 UGP-RL .....	55
	1. Das Verbot unlauterer Geschäftspraktiken des Art. 5 Abs. 1 UGP-RL und die Unlauterkeitsmerkmale des Art. 5 Abs. 2 UGP-RL .....	55
	2. Der abweichende Beurteilungsmaßstab des Art. 5 Abs. 3 UGP-RL .....	56
	3. Irreführende und aggressive Geschäftspraktiken als Konkretisierungen der Generalklausel nach Art. 5 Abs. 4 UGP-RL .....	56
B.	Die irreführende Produktvermarktung nach Art. 6 Abs. 2 lit. a UGP-RL .....	57
	I. Regelungsstruktur des Verbots der irreführenden Produktvermarktung .....	57
	II. Originärer Verbraucherschutztatbestand des europäischen Lauterkeitsrechts .....	58
	III. Schutz der informationellen Grundlage der Verbraucherentscheidung als Normzweck der irreführenden Produktvermarktung nach Art. 6 Abs. 2 lit. a UGP-RL .....	58
C.	Ergänzung des Verbraucherschutzes vor irreführender Produktvermarktung nach Art. 6 Abs. 2 lit. a UGP-RL durch das per se-Verbot nach Art. 5 Abs. 5 UGP-RL iVm Nr. 13 des Anhangs I der UGP-RL .....	60

I.	Die „schwarze Liste“ des Anhangs I der UGP-RL .....	60
II.	Das per se-Verbot der Nr. 13 des Anhangs I der UGP-RL .....	61
1.	Ähnlichkeit des beworbenen Produkts mit einem Produkt eines bestimmten Herstellers .....	61
2.	Werbung in einer Weise, die den Verbraucher absichtlich dazu verleitet, fälschlicherweise zu glauben, das Produkt sei von jenem Hersteller .....	62
a)	Werbung .....	62
b)	Art und Weise der Werbung, die den Verbraucher absichtlich dazu verleitet, fälschlicherweise zu glauben, das Produkt sei von jenem Hersteller .....	63
3. Kapitel:	Bisherige Regelungen im deutschen Recht .....	66
A.	Lauterkeitsrechtlicher Leistungsschutz nach § 4 Nr. 9 UWG .....	67
I.	Entwicklung des lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutzes .....	67
II.	Tatbestandsvoraussetzungen des lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutzes nach § 4 Nr. 9 UWG .....	68
1.	Waren und Dienstleistungen .....	69
2.	Wettbewerbliche Eigenart .....	70
a)	Bedeutung des Tatbestandsmerkmals .....	70
b)	Anforderungen an die wettbewerbliche Eigenart .....	71
3.	Nachahmung .....	73
4.	Anbieten der nachgeahmten Waren oder Dienstleistungen .....	74
III.	Vermeidbare Herkunftstäuschung nach § 4 Nr. 9 lit. a UWG .....	74
1.	Betriebliche Herkunftstäuschung .....	74
2.	Vermeidbarkeit .....	76
IV.	Rufausbeutung und Rufbeeinträchtigung nach § 4 Nr. 9 lit. b UWG .....	76
1.	Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung .....	76
2.	Voraussetzungen der Rufausbeutung nach § 4 Nr. 9 lit. b 1. Alt. UWG .....	77
a)	Ausnutzen der Wertschätzung .....	77
aa)	Rufausbeutung .....	77
bb)	Vorrangigkeit der markenrechtlichen Wertungen im Falle der Anlehnung an bekannte Kennzeichen nach der höchstrichterlichen Vorrangthese .....	78
cc)	Rufausbeutung durch Herkunftstäuschung .....	80

b) Unangemessenheit der Ausnutzung .....	80
3. Voraussetzungen der Rufbeeinträchtigung nach § 4	
Nr. 9 lit. b 2. Alt. UWG.....	81
V. Gesamtabwägung iRd § 4 Nr. 9 UWG .....	81
VI. Schutzdauer des lauterkeitsrechtlichen	
Leistungsschutzes .....	82
B. Irreführung über die betriebliche Herkunft nach § 5 Abs. 2	
S. 1 Nr. 1 UWG 2004 (nunmehr § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG) .....	82
I. Umsetzung des Art. 3 lit. a Richtlinie 84/450/EWG	
(nunmehr Richtlinie 2006/114/EG) über irreführende	
und vergleichende Werbung.....	83
II. Werbung .....	83
III. Irreführung .....	84
IV. Relevanz der Irreführung .....	85
V. Betriebliche Herkunftsangaben .....	86
VI. Lehre von der qualifizierten betrieblichen	
Herkunftsangabe .....	86
C. Herbeiführen von Verwechslungen durch vergleichende	
Werbung nach § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG .....	88
I. Vergleichende Werbung.....	88
1. Legaldefinition der vergleichenden Werbung	
in § 6 Abs. 1 UWG.....	88
2. Erfordernis eines Vergleichs .....	89
a) Rechtsprechung des EuGH .....	89
b) Rechtsprechung des BGH.....	90
3. Mitbewerberbegriff.....	91
II. Herbeiführen von Verwechslungen nach § 6 Abs. 2	
Nr. 3 UWG.....	92
D. Überschneidungen mit Vorschriften außerhalb	
des Lauterkeitsrechts .....	94

## 2. Teil

### Der lauterkeitsrechtliche Verbraucherschutztatbestand des § 5 Abs. 2 UWG

I. Kapitel: Entstehungsgeschichte des § 5 Abs. 2 UWG.....	97
A. Umsetzung der UGP-RL ins UWG.....	97
B. Umsetzung des Richtlinientatbestands des Art. 6 Abs. 2	
lit. a UGP-RL ins UWG .....	98

I.	Anfängliche Absage des deutschen Gesetzgebers an eine Umsetzung des Art. 6 Abs. 2 lit. a UGP-RL.....	98
II.	Streit um die Notwendigkeit und die Möglichkeiten der Umsetzung des Art. 6 Abs. 2 lit. a UGP-RL .....	100
	1. Restriktive Auffassungen hinsichtlich einer Umsetzung des Art. 6 Abs. 2 lit. a UGP-RL.....	100
	2. Hintergrund der teilweise restriktiven Haltung gegenüber der Umsetzung des Richtlinienrechts .....	101
	3. Kritik an der fehlenden Umsetzung des Tatbestands des Art. 6 Abs. 2 lit. a UGP-RL im Referentenentwurf.....	102
	4. Umsetzungsvorschläge.....	103
III.	Umsetzung der irreführenden Produktvermarktung nach Art. 6 Abs. 2 lit. a UGP-RL in § 5 Abs. 2 UWG.....	103
	1. Gesetzentwurf der Bundesregierung.....	103
	2. Stellungnahme des Bundesrats zu § 5 Abs. 2 UWG-E ....	104
	3. Umsetzung des Art. 6 Abs. 2 lit. a UGP-RL in § 5 Abs. 2 UWG.....	105
2. Kapitel:	Anwendungsbereich des § 5 Abs. 2 UWG .....	106
A.	Reichweite der Harmonisierung durch die UGP-RL und Anwendungsbereich der irreführenden Produktvermarktung nach Art. 6 Abs. 2 lit. a UGP-RL .....	106
B.	Materiellrechtliche Aufspaltung des UWG in verbraucher-schützende und mitbewerberschützende Verbotstatbestände.....	108
	I. Das integrierte Modell des UWG 2004 im Gegensatz zur Beschränkung des Regelungsgegenstands der UGP-RL.....	108
	II. Gesetzestechnische Einheit aus Mitbewerber- und Verbraucherschutzrecht im UWG nach der Reform im Jahre 2008.....	110
	III. Materiellrechtliche Trennung der verbraucher-schützenden und mitbewerberschützenden Unlauterkeitstatbestände.....	111
C.	Auseinandersetzung mit der Kritik an einer materiellrechtlichen Aufspaltung des UWG .....	114
D.	Anwendung der irreführenden Produktvermarktung nach § 5 Abs. 2 UWG auf geschäftliche Handlungen im b2c-Geschäftsverkehr.....	116
E.	Anwendung der irreführenden Produktvermarktung nach § 5 Abs. 2 UWG auf geschäftliche Handlungen im b2b-Geschäftsverkehr?.....	116

I.	Die Problematik der Bestimmung des Anwendungsbereichs des § 5 Abs. 2 UWG als Folge des Festhaltens am integrierten Ansatz durch den Gesetzgeber .....	117
II.	Auswirkungen einer möglichen Anwendung im b2b-Geschäftsverkehr auf die Unlauterkeitsprüfung nach § 5 Abs. 2 iVm § 3 Abs. 1 UWG .....	117
III.	Argumente für die Anwendung des § 5 Abs. 2 UWG auf Sachverhalte des b2b-Geschäftsverkehrs .....	118
IV.	Argumente für die Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 5 Abs. 2 UWG auf Sachverhalte des b2c-Geschäftsverkehrs .....	119
V.	Ergebnis: Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 5 Abs. 2 UWG auf geschäftliche Handlungen im b2c-Geschäftsverkehr .....	121
3. Kapitel:	Tatbestandsvoraussetzungen des § 5 Abs. 2 UWG .....	122
A.	Allgemeines .....	122
I.	Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 5 Abs. 2 UWG anhand der anerkannten methodischen Auslegungsregeln .....	122
II.	Systematische Auslegung .....	122
1.	Unionsrechtskonforme Auslegung des § 5 Abs. 2 UWG als systematische Auslegungsmethode .....	123
2.	Richtlinienkonforme bzw. richtlinienoptimierende Auslegung des § 5 Abs. 2 UWG als systematische Auslegungsmethode .....	123
a)	Richtlinienkonforme Auslegung .....	123
b)	Richtlinienoptimierende Auslegung .....	124
3.	Auslegung des § 5 Abs. 2 UWG iSd irreführenden Produktvermarktung nach Art. 6 Abs. 2 lit. a UGP-RL .....	125
4.	Auslegungsdirektive und Auslegungsgrundsätze der UGP-RL .....	126
B.	Geschäftliche Handlung .....	128
I.	Funktion und Entstehung des Begriffs der geschäftlichen Handlung .....	128
1.	Das Merkmal des Handelns im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs im UWG 1909 .....	129
2.	Die Wettbewerbshandlung als Abgrenzungsmerkmal des UWG 2004 .....	130



3. Der Richtlinienbegriff der Geschäftspraktik im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern.....	131
4. Die geschäftliche Handlung als neues Abgrenzungsmerkmal des UWG .....	131
a) Umsetzung des Richtlinienbegriffs der Geschäftspraktik .....	131
b) Differenzierung der geschäftlichen Handlung im b2b-Geschäftsverkehr und im b2c-Geschäftsverkehr .....	133
II. Verhalten einer Person .....	134
III. Im geschäftlichen Verkehr .....	135
IV. Unternehmensbezug des Verhaltens.....	135
V. Marktbezug des Verhaltens.....	136
VI. Zeitliche Reichweite der geschäftlichen Handlung .....	137
1. Zeitliches Verständnis der Wettbewerbshandlung unter Geltung des UWG 2004 .....	137
2. Verhalten vor, bei und nach Vertragsschluss.....	138
3. Ansätze der rechtswissenschaftlichen Literatur zur Abgrenzung der lauterkeitsrechtlichen Kontrolle nachvertraglicher Handlungen von den vertragsrechtlichen Bestimmungen .....	139
4. Stellungnahme: Kumulative Anwendbarkeit des Vertragsrechts und des Lauterkeitsrechts .....	141
5. Lauterkeitsrechtliche Vertragskontrolle mittels des Verbots der irreführenden Produktvermarktung nach § 5 Abs. 2 UWG .....	143
VII. Objektiver Zusammenhang mit der Absatz- oder Bezugsförderung oder mit dem Vertragsabschluss oder der Vertragsdurchführung .....	145
1. Umsetzung des Erfordernisses eines unmittelbaren Zusammenhangs mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts nach Art. 2 lit. d UGP-RL .....	145
2. Austausch des subjektiven Merkmals der Wettbe- werbsförderungsabsicht gegen objektive Kriterien.....	146
3. Konkretisierung des objektiven Zusammenhangs .....	147
a) Objektiver Zusammenhang mit der Absatz- oder Bezugsförderung.....	147
b) Objektiver Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Durchführung des Vertrags.....	148
C. Vermarktungszusammenhang der geschäftlichen Handlung.....	149

D. Die lauterkeitsrechtliche Verwechslungsgefahr nach § 5 Abs. 2 UWG.....	150
I. Einordnung der Verwechslungsgefahr als spezieller Fall der Irreführung.....	151
II. Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Verwechslungsgefahr im Hinblick auf die Zielsetzung der UGP-RL.....	152
III. Unabhängigkeit der lauterkeitsrechtlichen Verwechslungsgefahr nach § 5 Abs. 2 UWG vom kenn- zeichenrechtlichen Begriff der Verwechslungsgefahr .....	152
1. Ansatz in der Literatur zur einheitlichen unionsrechtlichen Bestimmung des Begriffs der Verwechslungsgefahr in Art. 6 Abs. 2 lit. a UGP-RL und Art. 5 Abs. 1 lit. b MRL .....	153
2. Richtlinienkonforme und normzweckorientierte Auslegung des Begriffs der Verwechslungsgefahr in § 5 Abs. 2 UWG und den kennzeichenrechtlichen Bestimmungen.....	154
a) Schutz der Ausschließlichkeitsrechte und ihrer ökonomischen Funktionen durch den kennzeichenrechtlichen Verwechslungsschutz .....	155
b) Unmittelbarer Schutz der Auswahlentscheidung des Verbrauchers durch § 5 Abs. 2 UWG .....	157
c) Ergebnis: Unabhängigkeit der Verwechslungs- gefahr nach § 5 Abs. 2 UWG von der kennzeichenrechtlichen Verwechslungsgefahr als Folge der Verschiedenartigkeit der Schutzzwecke .....	158
3. Das „O <sub>2</sub> “-Urteil des EuGH.....	160
IV. Beurteilungsmaßstab und Bewertungskriterien der lauterkeitsrechtlichen Verwechslungsgefahr .....	162
1. Verbraucher als angesprochener Verkehrskreis.....	162
2. Das europäische Verbraucherleitbild.....	163
a) Bezugnahme auf das Verbraucherleitbild im UWG und der UGP-RL .....	163
b) Leitbild des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers als Maßstab zur Beurteilung der Verwechslungsgefahr .....	163
c) Normative Bestimmung auf empirischer Tatsachengrundlage .....	165
d) Auseinandersetzung mit dem Vorwurf der Relativierung des Konzepts des verständigen Durchschnittsverbrauchers durch die UGP-RL.....	167

3. Bewertung des Gesamteindrucks des Verbrauchers .....	168
a) Die Verpackung eines Produkts als Verwechslungsgefahr hervorrufende Vermarktungspraktik .....	169
b) Verwechslungsgefahr als Folge der kommerziellen Mitteilung bzw. kommerziellen Kommunikation .....	170
4. Konkrete Gefahr der Verwechslung .....	170
5. Unterscheidung der Verwechslungsgefahr von der Nachahmung .....	171
6. Objektive Rechtsnatur der Verwechslungsgefahr .....	172
V. Produktbezogene und kennzeichenbezogene Vermarktungspraktiken .....	172
1. Verwechslungsgefahr mit einer anderen Ware oder Dienstleistung eines Mitbewerbers .....	173
2. Verwechslungsgefahr mit einem Kennzeichen eines Mitbewerbers .....	174
a) Der Kennzeichenbegriff des § 5 Abs. 2 UWG .....	174
aa) Unabhängigkeit des Kennzeichenbegriffs des § 5 Abs. 2 UWG von kennzeichenrechtlichen Schutzvoraussetzungen .....	174
bb) Parallele zur Diskussion um den Kennzeichenbegriff iRd vergleichenden Werbung .....	176
cc) Hervorrufen einer typischen Kennzeichenwirkung beim Verbraucher .....	178
b) Irrtümliche Zuordnung eines Produkts aufgrund Kennzeichenimitationsmarketings .....	180
c) Beispielsfälle .....	180
VI. Ausgesuchte Fallkonstellationen .....	182
1. Gefahr der Verwechslung durch Dritte ausreichend? .....	182
2. Hervorrufen eines Zweitmarkenirrtums als irreführende Produktvermarktung .....	184
E. Der Mitbewerberbegriff des § 5 Abs. 2 UWG .....	187
I. Rechtsprechung des EuGH zum Mitbewerberbegriff iRd vergleichenden Werbung .....	187
II. Anwendung und Auslegung der Definition des Mitbewerbers nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG .....	188
1. Unternehmer .....	189
2. Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen .....	189
3. Konkretes Wettbewerbsverhältnis .....	190
F. Relevanz der geschäftlichen Handlung .....	192

I.	Das Relevanzerfordernis als Konsequenz der Funktion der Verbraucherentscheidung im Wettbewerbsprozess .....	192
II.	Regelungssystematik des UWG in Bezug auf die Unlauterkeit und die Unzulässigkeit des Imitationsmarketings nach § 5 Abs. 2 UWG.....	194
III.	Unterscheidung der Generalklauseln des § 3 Abs. 1 UWG und des § 3 Abs. 2 S. 1 UWG sowie ihrer Relevanzkriterien .....	195
	1. § 3 Abs. 2 UWG als spezielle, in Umsetzung des Art. 5 UGP-RL geschaffene, Generalklausel des b2c-Geschäftsverkehrs und ihr Spürbarkeitskriterium.....	195
	a) Auseinandersetzung um die Bedeutung und den Anwendungsbereich der Regelung des § 3 Abs. 2 S. 1 UWG .....	196
	b) § 3 Abs. 2 S. 1 UWG als spezielle Generalklausel und Grundnorm zur Bestimmung der Unlauterkeit im b2c-Geschäftsverkehr .....	197
	aa) Die Generalklausel des Art. 5 Abs. 1 UGP-RL und ihre Unlauterkeitsmerkmale nach Art. 5 Abs. 2 UGP-RL .....	198
	bb) Irreführende und aggressive Geschäftspraktiken als Konkretisierungen der Generalklausel nach Art. 5 Abs. 4 UGP-RL.....	199
	2. § 3 Abs. 1 UWG als Generalklausel des b2b-Geschäftsverkehrs.....	200
IV.	Anwendung des Relevanzerfordernisses des § 3 Abs. 2 S. 1 UWG auf die Fälle der irreführenden Produktvermarktung nach § 5 Abs. 2 UWG.....	200
	1. Normierung der verbraucherbezogenen Unlauterkeit im vollharmonisierten Tatbestand des § 5 Abs. 2 UWG.....	200
	2. Inhaltliche Konkretisierung des Relevanzerfordernisses nach den §§ 3 Abs. 2 S. 1, 5 Abs. 2 UWG.....	201
	a) Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung der Fähigkeit des Verbrauchers, sich auf Grund von Informationen zu entscheiden .....	201
	b) Eignung zur Veranlassung des Verbrauchers zu einer geschäftlichen Entscheidung.....	202
	c) Verbraucherleitbild als Beurteilungsmaßstab .....	203
	3. Existenz eines speziellen Relevanzmerkmals innerhalb des Tatbestands der irreführenden Produktvermarktung nach § 5 Abs. 2 UWG und Art. 6 Abs. 2 lit. a UGP-RL?.....	203

## 3. Teil

# Konkurrenzen und Auswirkungen des neuen Verbraucherschutztatbestands des § 5 Abs. 2 UWG

<i>1. Kapitel:</i> Verhältnis des neuen Verbraucherschutztatbestands des § 5 Abs. 2 UWG zu anderen Unlauterkeitstatbeständen des UWG und Abgrenzung der Anwendungsbereiche.....	207
A. Verhältnis zum lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutz nach § 4 Nr. 9 UWG .....	208
I. Dualismus der Lauterkeitsrechtsordnungen innerhalb des UWG nach der Reform im Jahre 2008 .....	209
1. Reichweite der Harmonisierung durch die UGP-RL .....	209
2. Materiellrechtliche Trennung der verbraucher-schützenden und mitbewerberschützenden Tatbestände des UWG .....	210
3. Schutzzweckverschiedenheit der verbraucher-schützenden und mitbewerberschützenden Tatbestände des UWG .....	211
4. Unterscheidung des in einer verbraucherschützenden oder mitbewerberschützenden Norm zum Ausdruck kommenden lauterkeitsrechtlichen Unrechts .....	212
II. Anwendungsbereich des § 4 Nr. 9 UWG in Abgrenzung zu § 5 Abs. 2 UWG .....	213
1. Lauterkeitsrechtlicher Leistungsschutz als mitbewer-berschützende Regelung des Lauterkeitsrechts .....	213
a) Entstehungsgeschichte .....	213
b) § 4 Nr. 9 UWG als Mitbewerberschutzvorschrift – Schutz der unternehmerischen Leistung oder Interessenschutz .....	215
c) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 4 Nr. 9 UWG .....	218
aa) Bereicherungsrechtlicher Zuweisungsgehalt des lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutzes .....	218
(1) Streit um den Anwendungsbereich des § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB .....	219
(2) Bewertungskriterien der Zuweisung einer ausreichend verfestigten lauterkeitsrechtlichen Rechtsposition .....	221
(a) Den Zuweisungsgehalt des lauter-keitsrechtlichen Leistungsschutzes ablehnende Auffassungen .....	221

(b) Den Zuweisungsgehalt des lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutzes grundsätzlich anerkennende Auffassungen.....	222
(3) Folgerungen aus dem dogmatischen Konzept des Marktverhaltensrechts.....	224
(4) Folgerungen aus dem dogmatischen Konzept eines originären Leistungsschutzes .....	226
(5) Immaterialgüterrechtsähnliche Verfestigung der lauterkeitsrechtlichen Rechtsposition .....	227
(a) Die Rechtsprechung des BGH zur Immaterialgüterrechtsähnlichkeit des lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutzes .....	227
(b) Stellungnahme .....	228
(6) Folgerung für die Rechtsnatur des lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutzes aus der Diskussion um seinen bereicherungsrechtlichen Zuweisungsgehalt .....	231
(a) Abgrenzung des lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutzes vom Schutz der Auswahlentscheidung der Verbraucher nach § 5 Abs. 2 UWG .....	231
(b) § 4 Nr. 9 UWG als Mitbewerberschutzvorschrift .....	233
bb) Schadensermittlung .....	234
cc) Klagebefugnis .....	235
2. Konsequenzen für den lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutz und das Verhältnis zu § 5 Abs. 2 UWG .....	238
a) Abgrenzung der Anwendungsbereiche anhand der Verschiedenartigkeit.....	238
b) Neubestimmung des Anwendungsbereichs des § 4 Nr. 9 UWG aufgrund der UGP-RL? .....	239
c) Konkurrenzverhältnis zwischen § 5 Abs. 2 UWG und § 4 Nr. 9 UWG .....	241
aa) Parallele Anwendbarkeit des verbraucherschützenden § 5 Abs. 2 UWG und des mitbewerberschützenden § 4 Nr. 9 UWG auf geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern.....	241

bb) Widerspruch zwischen dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts und der parallelen Anwendbarkeit der §§ 4 Nr. 9, 5 Abs. 2 UWG auf geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern? .....	243
cc) Auflösung des Widerspruchs: Abgrenzung des mitbewerberschützenden Lauterkeitsrechts vom Regelungsbereich der UGP-RL anhand des Schutzzwecks.....	243
dd) Konsequenzen der parallelen Anwendbarkeit auf geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale .....	246
ee) Ausschließliche Anwendbarkeit des § 4 Nr. 9 UWG auf geschäftliche Handlungen gegenüber gewerblichen Abnehmern .....	247
III. Zwischenergebnis .....	248
B. Verhältnis zur Irreführung durch täuschende Angaben nach § 5 Abs. 1 S. 2 UWG.....	249
I. Ausführungen des Gesetzgebers im Laufe des Prozesses der Umsetzung der UGP-RL zum Verhältnis der Regelungen .....	249
II. Bestimmung des Konkurrenzverhältnisses auf Richtlinienebene .....	251
1. Regulationsstruktur der irreführenden Geschäftspraktiken nach Art. 6 UGP-RL – Irreführung durch täuschende Angaben und irreführende Veranlassung zu einer geschäftlichen Entscheidung.....	251
2. Verhältnis der Unlauterkeitstatbestände des Art. 6 Abs. 1 und 2 UGP-RL .....	252
III. Einordnung der irreführenden Produktvermarktung als besonderer Irreführungstatbestand des UWG.....	253
IV. Gegenüberstellung der Anwendungsbereiche .....	254
V. Parallele Anwendbarkeit des § 5 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 UWG im b2c-Geschäftsverkehr .....	256
VI. Ausschließliche Anwendbarkeit des § 5 Abs. 1 S. 2 UWG im b2b-Geschäftsverkehr.....	256
C. Verhältnis zur Regelung der vergleichenden Werbung in § 6 UWG .....	257
I. Verhältnis der Regelungen auf unionsrechtlicher Ebene.....	257

II.	Unterschiede hinsichtlich des Normzwecks, der Auslegung und der Tatbestandsmerkmale der §§ 5 Abs. 2, 6 Abs. 2 UWG .....	259
III.	Parallele Anwendbarkeit des § 5 Abs. 2 UWG und der Bestimmungen des § 6 Abs. 2 UWG im b2c-Geschäftsverkehr .....	260
IV.	Ausschließliche Anwendbarkeit des § 6 UWG auf vergleichende Werbung im b2b-Geschäftsverkehr .....	261
D.	Verhältnis zu § 3 Abs. 3 UWG iVm Nr. 13 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG .....	261
I.	Die „schwarze Liste“ des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG .....	262
II.	Das per se-Verbot der Nr. 13 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG .....	262
1.	Ähnlichkeit der beworbenen Ware oder Dienstleistung mit der Ware oder Dienstleistung eines Mitbewerbers .....	263
a)	Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen .....	263
b)	Ähnlichkeit mit der Ware oder Dienstleistung eines bestimmten Herstellers, unabhängig vom Bestehen eines Mitbewerberverhältnisses .....	264
2.	Werbung in der Absicht, über die betriebliche Herkunft der beworbenen Ware oder Dienstleistung zu täuschen .....	265
a)	Werbung .....	265
b)	Handeln in der Absicht, über die betriebliche Herkunft der beworbenen Ware oder Dienstleistung zu täuschen .....	266
III.	Gegenüberstellung der Anwendungsbereiche der irreführenden Produktvermarktung nach § 5 Abs. 2 UWG und des per se-Verbots der Nr. 13 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG .....	268
1.	Engerer Anwendungsbereich und besondere Voraussetzungen des per se-Verbots der Nr. 13 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG .....	269
2.	Engerer Anwendungsbereich und besondere Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 UWG .....	269
IV.	Konkurrenzverhältnis zwischen § 5 Abs. 2 UWG und § 3 Abs. 3 UWG iVm Nr. 13 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG im b2c-Geschäftsverkehr .....	271
1.	Verdrängende Spezialität des § 3 Abs. 3 UWG iVm der Nr. 13 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG? .....	271
2.	Parallele Anwendbarkeit zur Anspruchs begründung im b2c-Geschäftsverkehr .....	272



V. Keine Anwendung der verbraucherschützenden Tatbestände der §§ 5 Abs. 2 und 3 Abs. 3 UWG iVm Nr. 13 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG im b2b-Geschäftsverkehr .....	273
2. Kapitel: Verhältnis des neuen Verbraucherschutztatbestands des § 5 Abs. 2 UWG zum Kennzeichenrecht.....	274
A. Verhältnis des Lauterkeitsrechts zum Kennzeichenrecht.....	274
I. Zusammentreffen zweier Regelungskomplexe.....	274
II. Kontroverse um das Konkurrenzverhältnis zwischen dem Lauterkeitsrecht und dem Kennzeichenrecht.....	275
1. Die Vorrangthese des BGH .....	276
2. Entwicklung der Rechtsprechung.....	277
3. Differenziertheit der Lösungsansätze in der rechtswissenschaftlichen Literatur .....	279
a) Verdrängende Spezialität des MarkenG.....	280
b) Subsidiäre Normenkonkurrenz .....	281
c) Kumulative Normenkonkurrenz .....	283
d) Entwicklung nach dem Erlass und der Umsetzung der UGP-RL .....	285
B. Konkurrenzverhältnis zwischen § 5 Abs. 2 UWG und dem Kennzeichenrecht .....	286
I. Schutzzweckverschiedenheit des § 5 Abs. 2 UWG und der Bestimmungen des MarkenG .....	287
1. Entstehungsgeschichte des § 5 Abs. 2 UWG und des MarkenG .....	287
2. Vergleich des Wortlauts der konkurrierenden Vorschriften .....	288
3. Systematische Auslegung der konkurrierenden Vorschriften .....	289
4. Zwischenergebnis: Schutz der subjektiven Ausschließlichkeitsrechte und ihrer ökonomischen Funktionen im Gegensatz zum Schutz der geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers.....	291
II. Kumulative Normenkonkurrenz zwischen § 5 Abs. 2 UWG und den kennzeichenrechtlichen Bestimmungen.....	293
III. Praktische Relevanz des Konkurrenzverhältnisses.....	296
1. Unterschiedliche Voraussetzungen des lauterkeits- rechtlichen und des kennzeichenrechtlichen Schutzes.....	296
a) Verwechslungsgefahr .....	296
b) Benutzung als Marke .....	297
c) Relevanz.....	297

2. Verjährung .....	298
3. Unterschiedliche Rechtsfolgen .....	298
4. Aktivlegitimation und Klagebefugnis .....	299
5. Unterschiedliche Streitgegenstände .....	300
6. Vorteile des Kennzeicheninhabers durch die neue lauterkeitsrechtliche Abwehrmöglichkeit .....	301
3. Kapitel: Auswirkungen des § 5 Abs. 2 UWG auf die Ausübung von Kennzeichenrechten und die Vertragsgestaltungsfreiheit der Kennzeicheninhaber .....	302
A. Kollision des Verbraucherschutztatbestands des § 5 Abs. 2 UWG mit dem ausschließlichen Recht des Kennzeicheninhabers .....	302
I. Imitationsmarketing als Folge der Ausübung eines Kennzeichenrechts .....	302
1. Einräumung eines Nutzungsrechts am Kennzeichen durch die Vergabe einer Lizenz .....	304
2. Abgrenzungs- und Vorrechtsvereinbarungen als Mittel zur Befriedung von Kennzeichenkollisionen im Rahmen privatautonomer Rechtsgestaltung .....	305
II. Eingriff in die Ausschließlichkeitsrechte als Auswirkung des neuartigen Verbraucherschutz- tatbestands des § 5 Abs. 2 UWG .....	307
1. Beschränkung des negativen Verbotungsrechts des Ausschließlichkeitsrechtsinhabers durch seine eingeschränkte Entscheidungsbefugnis .....	307
2. Beschränkung des positiven Benutzungsrechts des Ausschließlichkeitsrechtsinhabers durch seine eingeschränkten Verwertungsmöglichkeiten .....	309
III. Originärer Schutz der geschäftlichen Entscheidung der Verbraucher durch § 5 Abs. 2 UWG .....	310
1. Unmittelbarer Verbraucherschutz durch § 5 Abs. 2 UWG .....	310
2. Wertesteuerungsfunktion des § 5 Abs. 2 UWG .....	311
B. Bereits bestehende Schranken der Kennzeichenrechtsverwer- tung im Wettbewerb und ihre Lösung der Konfliktsituation .....	312
I. Warenverkehrsfreiheit nach den Artt. 28 und 34 ff. AEUV als unionsprimärrechtliche Schranke .....	313
II. Kartellrechtliches Verbot von Wettbewerbsbeschrän- kungen nach Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB als Schranke des Ausschließlichkeitsrechts .....	313

1. Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB.....	314
2. Wechselseitigkeit der Beschränkung im Verhältnis zwischen dem Ausschließlichkeitsrecht und dem kartellrechtlichen Verbot .....	315
3. Gruppenfreistellung und Einzelfreistellung.....	316
III. Irreführungsverbot nach §§ 3, 5 UWG als lauterkeitsrechtliche Schranke .....	318
IV. Zwischenergebnis .....	319
C. Lösung des Konflikts anhand der Bestimmung der Reichweite des Ausschließlichkeitsrechts und der Reichweite des Verbraucherschutzes .....	320
I. Relevante Grundsätze und Prinzipien des unions- rechtlichen Primärrechts zur Lösung des Konflikts.....	320
1. Privatautonomie und Vertragsfreiheit .....	320
a) Privatautonomie und Vertragsfreiheit als Grundsätze des unionsrechtlichen Primärrechts und des deutschen Verfassungsrechts .....	320
b) Einschränkung der Vertragsfreiheit und der privatautonomen Rechtsgestaltung des Kennzeichenrechtsinhabers .....	321
2. Transparenz und Information .....	322
a) Transparenz und Information als Voraussetzung der wirtschaftlichen Selbstbestimmung der Verbraucher.....	322
b) Die informierte Verbraucherentscheidung als Konzeption der UGP-RL und des verbraucher- bezogenen Lauterkeitsrechts des UWG .....	323
3. Prinzip der Selbstverantwortung .....	324
4. Unionsrechtlicher und nationaler Grundsatz der Verhältnismäßigkeit .....	325
II. Ausgleich der widerstreitenden Rechtspositionen durch wechselseitige Begrenzung .....	326
1. Beschränkung der Ausübung und Verwertung des Kennzeichenrechts durch § 5 Abs. 2 UWG .....	326
2. Sachliche Begrenzung des lauterkeitsrechtlichen Verbots des § 5 Abs. 2 UWG durch die Gewähr des spezifischen Gegenstands des gewerblichen Schutzrechts .....	327
a) Anerkennung und Schutz des Bestands und der Ausübung des geistigen Eigentums .....	327

b) Die Rechtsprechung des EuGH zum spezifischen Gegenstand des Schutzrechts als Kern des Eigentumsrechts .....	328
c) Begrenzung des § 5 Abs. 2 UWG durch die Rechtsprechung des EuGH zum spezifischen Gegenstand des gewerblichen Schutzrechts.....	330
d) Unterschiede der Konkretisierung des spezifi- schen Gegenstands in der EuGH-Rechtsprechung zur bestehenden Konfliktsituation .....	331
3. Anwendung der Formel vom spezifischen Gegenstand zur Lösung des Konflikts zwischen der Kennzeichenrechtsausübung und § 5 Abs. 2 UWG .....	333
a) Keine Gewährleistung des Verzichts auf die Herkunftsfunktion als spezifischer Gegenstand des Schutzrechts .....	334
b) Kein Schutz der Verbrauchervorstellungen über die Produktqualität durch § 5 Abs. 2 UWG .....	335
c) Bedeutung für das Recht des Kennzeicheninhabers zur Lizenzierung .....	337
4. Jüngste Entwicklung im Schrifttum zur Lösung des Konflikts .....	339
D. Rechtsfolgen der privatautonomen Rechtsgestaltung des Kennzeicheninhabers, auf deren Grundlage das Imitationsmarketing erfolgt.....	341
I. Wirksamkeit der kennzeichenrechtlichen Vereinbarung .....	341
1. Nichtigkeit der kennzeichenrechtlichen Vereinbarung nach § 134 BGB .....	341
a) Die §§ 3 Abs. 2 S. 1, 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 UWG als Verbotsgesetz iSd § 134 BGB.....	341
b) Vertragliche Verpflichtung zum Imitationsmarketing.....	342
c) Zeitpunkt der Beurteilung.....	343
d) Umfang der Nichtigkeit .....	344
2. Nichtigkeit der kennzeichenrechtlichen Vereinbarung nach § 138 Abs. 1 BGB .....	344
II. Vertragsrechtliche Folgen .....	345
1. Haftung des Kennzeicheninhabers im Falle der Nichtigkeit der vertraglichen Vereinbarung .....	346
2. Haftung des Kennzeicheninhabers im Falle der Wirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung.....	348

III. Haftung des Kennzeicheninhabers als Teilnehmer der irreführenden Produktvermarktung nach den §§ 3 Abs. 2 S. 1, 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 8 Abs. 1 UWG und den §§ 3 Abs. 2 S. 1, 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 9 UWG, 830 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB.....	349
Zusammenfassung.....	351
Literaturverzeichnis .....	367
Sachverzeichnis .....	383