

LENA CARLA WEBER

Die Verwirkung von Unterlassungsansprüchen im Lauterkeitsrecht

*Geistiges Eigentum und
Wettbewerbsrecht*
204

Mohr Siebeck

Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht

herausgegeben von

Peter Heermann, Axel Metzger,
Ansgar Ohly und Olaf Sosnitza

204



Lena Carla Weber

Die Verwirkung von Unterlassungsansprüchen im Lauterkeitsrecht

Mohr Siebeck

Lena Carla Weber, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Konstanz und der Université René Descartes Paris; Rechtsreferendariat im OLG-Bezirk Karlsruhe; Rechtsanwältin in Frankfurt; 2023 Promotion; Rechtsanwältin und Corporate Counsel in München.

ISBN 978-3-16-164258-6/eISBN 978-3-16-164259-3

DOI 10.1628/978-3-16-164259-3

ISSN 1860-7306/eISSN 2569-3956 (Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2025 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Vorwort

Diese Arbeit wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz im Wintersemester 2021/2022 als Dissertation angenommen.

An erster Stelle bedanke ich mich bei meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. *Jochen Glöckner*, LL.M. (USA), der mich bereits während meines Studiums für den Gewerblichen Rechtsschutz begeistert hat. Er hat mein Promotionsvorhaben mit seiner wertvollen Expertise begleitet und gefördert. Sein Engagement und seine inspirierenden Anregungen haben maßgeblich zum Gelingen meiner Promotion beigetragen. Ferner danke ich herzlich Herrn Prof. Dr. *Christian Picker* für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Ebenso bedanke ich mich bei den Herausgebern der Schriftenreihe „Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht“ – in alphabetischer Reihenfolge – Prof. Dr. *Peter W. Heermann*, LL.M. (Univ. of Wisc.), Prof. Dr. *Axel Metzger*, LL.M. (Harvard), Prof. Dr. *Ansgar Ohly*, LL.M. (Cambridge) und Prof. Dr. *Olaf Sosnitza* für die Aufnahme meiner Arbeit in diese Schriftenreihe.

Meinen Eltern und meiner Schwester möchte ich meinen tief empfundenen Dank aussprechen. Sie haben mich während des Studiums und der Promotion auf vielfältige und verlässliche Weise unterstützt. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet. Ferner danke ich meinem Onkel *Karl Stoll* für seinen Zuspruch und seine stete Unterstützung, die von großem Wert für mich waren.

Meinem Partner *Johannes Hegele*, LL.M. (Berkeley) danke ich von Herzen für seine kluge Geduld und seinen liebevollen Rückhalt, die mehr bedeuten, als es Worte fassen könnten.

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
1. Teil: Einführung	1
A. Problemstellung	3
I. <i>Lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche</i>	4
II. <i>Rechtsprechungsänderung zur Verwirkung bei Unterlassungsansprüchen</i>	5
B. Gang der Untersuchung	11
2. Teil: Allgemeiner Teil: Verwirkung infolge Zeitablaufs gem. § 242 BGB im Bürgerlichen Recht	13
A. Begriff „Verwirkung“	15
I. <i>Allgemeiner Sprachgebrauch</i>	15
II. <i>Juristische Terminologie</i>	15
III. <i>„Verwirkung infolge Zeitablaufs“ gem. § 242 BGB</i>	17
B. Rechtsgrundlagen der Verwirkung	19
I. <i>Ursprünge und Entwicklung der Verwirkung</i>	19
II. <i>Bedeutung der Rechtsgrundlage in Treu und Glauben gem. § 242 BGB</i>	33
III. <i>Ergebnis</i>	61
C. Voraussetzungen der Verwirkung	63
I. <i>Prüfung der Voraussetzungen: Zeit- und Umstandsmoment</i>	63
II. <i>Zeitablauf der Verwirkung</i>	64

<i>III. Besondere Umstände</i>	73
<i>IV. Wechselwirkung der Voraussetzungen</i>	88
<i>V. Erforderliche Interessenabwägung</i>	90
<i>IV. Ergebnis</i>	90
D. Rechtsfolge der Verwirkung	93
<i>I. Einrede oder Einwendung</i>	93
<i>II. Rechtshemmende oder rechtsvernichtende Wirkung</i>	94
<i>III. Reichweite der Verwirkung</i>	96
<i>IV. Ergebnis</i>	96
E. Abgrenzung der Verwirkung von anderen Rechtsinstituten ...	99
<i>I. Verjährung, §§ 194 ff. BGB</i>	99
<i>II. Verschweigung</i>	104
<i>III. Unzulässige Rechtsausübung, §§ 226, 826 BGB</i>	105
<i>IV. Verzicht</i>	106
<i>V. Ersitzung</i>	110
<i>VI. Erwirkung</i>	111
<i>VII. Ergebnis</i>	112
F. Bedeutung des Vertrauensschutzprinzips für die Verwirkung	113
<i>I. Verwirkung und Vertrauensgedanke</i>	113
<i>II. Hintergrund des Vertrauensschutzprinzips</i>	115
<i>III. Vertrauensmechanismus bei der Verwirkung</i>	121
<i>IV. Ergebnis</i>	124
G. Anwendungsbereich der Verwirkung	127
<i>I. Rechtsausübungsfreiheit</i>	127
<i>II. Subjektive Rechte</i>	128
<i>III. Absolute Rechte</i>	129
<i>IV. Verteidigungsmittel des Schuldners</i>	132

<i>V. Ergebnis</i>	134
H. Ausnahmen und Einschränkungen	135
<i>I. Gesetzliche Sonderregeln</i>	135
<i>II. Verwirkung von Unterlassungsansprüchen</i>	136
<i>III. Ergebnis</i>	145
I. Gesamtergebnis zum Allgemeinen Teil	147
3. Teil: Besonderer Teil: Verwirkung von Unterlassungsansprüchen im Lauterkeitsrecht	149
A. Verwirkung im Kennzeichenrecht	151
<i>I. Verwirkungsformen im Kennzeichenrecht</i>	151
<i>II. Verhältnis der Verwirkungsformen</i>	156
<i>III. Ergebnis</i>	158
B. Verwirkung im Lauterkeitsrecht	159
<i>I. Charakterisierung des Lauterkeitsrechts</i>	159
<i>II. Rechtsgrundlage der Verwirkung</i>	179
<i>III. Bedeutung der Verwirkung im Lauterkeitsrecht</i>	181
<i>IV. Unterlassungsansprüche im Lauterkeitsrecht</i>	189
<i>V. Mehrdimensionale Interessenlage im Wettbewerbsrecht</i>	212
<i>VI. Anwendungsbereich der Verwirkung im Lauterkeitsrecht</i>	224
<i>VII. Voraussetzungen der Verwirkung im Lauterkeitsrecht</i>	227
C. Anknüpfung des verwirkungsrelevanten Zeitablaufs	243
<i>I. Paradigmenwechsel der Rechtsprechung</i>	244
<i>II. Entscheidungen zur Verwirkung von Unterlassungsansprüchen</i>	245
<i>III. Übertragung der Rechtsprechung ins Lauterkeitsrecht</i>	252
<i>IV. Differenzierung zwischen Dauer- und Wiederholungshandlungen</i>	263
<i>V. Dogmatik der Verwirkung</i>	273

D. Lösungskonzepte	299
I. Normative Zusammenfassung von Verletzungshandlungen	299
II. Gegenstand der Verwirkung	308
III. Lösung im Vertrauensschutzprinzip	322
4. Teil: Gesamtergebnis der Untersuchung	331
Literaturverzeichnis	335
Register	357

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
1. Teil: Einführung	1
A. Problemstellung	3
I. <i>Lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche</i>	4
II. <i>Rechtsprechungsänderung zur Verwirkung bei Unterlassungsansprüchen</i>	5
1. Jeweiliger Neubeginn der Verwirkung bei Wiederholungshandlungen	6
2. Eingeschränkte Verwirkung von lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsansprüchen	6
a) Wesen der Verwirkung	7
aa) Gleichlauf von Verjährung und Verwirkung bei Wiederholungshandlungen	7
bb) Verletzungshandlung im Rahmen der Verwirkung	8
b) Schutzwürdigkeit des Schuldners	8
aa) Vertrauen des Schuldners	8
bb) Differenzierung nach der Art der Verletzungshandlung	9
3. Unzureichende Auseinandersetzung im Schrifttum	10
B. Gang der Untersuchung	11
2. Teil: Allgemeiner Teil: Verwirkung infolge Zeitablaufs gem. § 242 BGB im Bürgerlichen Recht	13
A. Begriff „Verwirkung“	15
I. <i>Allgemeiner Sprachgebrauch</i>	15
II. <i>Juristische Terminologie</i>	15
1. Gesetzlich normierte Fälle des Verwirkungsbegriffs	16

2. Nicht normierte Fälle des Verwirkungsbegriffs	16
III. „Verwirkung infolge Zeitablaufs“ gem. § 242 BGB	17
B. Rechtsgrundlagen der Verwirkung	19
I. Ursprünge und Entwicklung der Verwirkung	19
1. Ursprung der Rechtsgrundlage der Verwirkung im römischen Recht	20
a) „Bona fides“	21
b) „Exceptio doli“	23
2. Rechtsprechungsentwicklung der Verwirkung	24
a) Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts	25
b) Entscheidungen des Reichsgerichts	26
c) Dogmatische Zuordnung der Verwirkung durch das Reichsgericht in § 242 BGB	27
d) Geltung der Verwirkung für das gesamte Privatrecht	27
e) Rechtspolitische Dimension der Anerkennung der Verwirkung	29
II. Bedeutung der Rechtsgrundlage in Treu und Glauben gem. § 242 BGB	33
1. Fehlende ausdrückliche Normierung der Verwirkung	33
a) Normierung des Grundsatzes von Treu und Glauben	34
b) Fehlende Normierung eines allgemeinen Missbrauchsverbots ...	37
c) Normierung des Verbots vorsätzlicher sittenwidriger Schädigungen	38
d) Anwendung der Verwirkung trotz fehlender Normierung	39
2. Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB	40
a) Begriff „Treu und Glauben“	40
aa) Wortsinn des Begriffspaares	40
bb) „Verkehrssitte“	41
b) Bedeutung und Inhalt des Grundsatzes von Treu und Glauben	42
aa) Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit	43
bb) Rekurs auf außerrechtliche und überrechtliche objektive Wertungen	44
c) Treu und Glauben als Rechtsgrundlage der Verwirkung	45
3. Verwirkung als unzulässige Rechtsausübung	46
a) Begriffe „Rechtsmissbrauch“ und „unzulässige Rechtsausübung“	47
b) Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben in § 242 BGB	47
c) Inhaltliche Schranke der Rechtsausübung	49
d) Institutioneller und individueller Rechtsmissbrauch	50
aa) Institutioneller Rechtsmissbrauch	50
bb) Individueller Rechtsmissbrauch	51

cc) Rechtsmissbrauch im Rahmen der Verwirkung	52
4. Verwirkung als Fall des „venire contra factum proprium nulli conceditur“	52
a) Inhalt des Grundsatzes „venire contra factum proprium nulli conceditur“	53
b) Vertrauensschutz als Legitimationsgrund	54
aa) Vertrauen im rechtlichen Kontext	55
bb) Nicht-rechtsgeschäftliches Vertrauensschutzprinzip	56
cc) Enttäushtes Vertrauen	56
c) Allgemeine Voraussetzungen unzulässigen widersprüchlichen Verhaltens	57
d) Verwirkung als Unterfall unzulässigen widersprüchlichen Verhaltens	59
aa) Treueverstoß im Rahmen der Verwirkung	59
bb) Verwirkung als Sonderfall unzulässigen widersprüchlichen Verhaltens	60
III. Ergebnis	61
C. Voraussetzungen der Verwirkung	63
I. Prüfung der Voraussetzungen: Zeit- und Umstandsmoment	63
II. Zeitablauf der Verwirkung	64
1. Keine abstrakte Bestimmung des verwirkungsrelevanten Zeitraums	65
a) Versuch einer Eingrenzung im Schrifttum	65
b) Stand der Rechtsprechung	66
aa) Einfluss der maßgeblichen Verjährungsfrist	66
(1) Mögliche Verwirkung vor dem Ablauf kurzer Verjährungsfristen	67
(2) Beachtung der gesetzgeberischen Wertung der Verjährungsfrist	68
bb) Relevanz sonstiger Faktoren	69
2. Flexibilität der Verwirkung als Ausübungsschranke	70
3. Bedeutung des Zeitablaufs für die Verwirkung	71
a) Unselbständigkeit des Zeitablaufs	71
b) Bedeutung des Zeitablaufs gegenüber den besonderen Umständen	72
c) Zeitablauf und Kontinuitätsinteresse	72
III. Besondere Umstände	73
1. Keine abstrakte Bestimmung der besonderen Umstände	74
2. Schutzwürdiges Vertrauen des Schuldners	74
a) Verhaltensbeitrag des Gläubigers	75

aa) Bloße Untätigkeit	75
bb) Vertrauensbegründender Verhaltensbeitrag	76
b) Zurechnungselemente	78
aa) Risikosphäre des Gläubigers	79
bb) Kenntnis des Gläubigers	79
c) Vertrauenstatbestand	80
aa) Tatsächliches und berechtigtes Vertrauen	81
bb) Fehlende Schutzwürdigkeit des Vertrauens	81
cc) Vertrauensbegründende Umstände vor Anspruchsentstehung	82
d) Vertrauensinvestition	84
aa) Begriff „Vertrauensinvestition“	84
bb) Bedeutung von Vertrauensinvestitionen im Rahmen der Verwirkung	85
cc) Funktionsrelevanz von Vertrauensdispositionen	86
IV. Wechselwirkung der Voraussetzungen	88
1. „Bewegliches System“ nach <i>Wilburg</i>	88
2. Anwendbarkeit des beweglichen Systems auf die Verwirkung	89
V. Erforderliche Interessenabwägung	90
IV. Ergebnis	90
D. Rechtsfolge der Verwirkung	93
I. Einrede oder Einwendung	93
II. Rechtshemmende oder rechtsvernichtende Wirkung	94
III. Reichweite der Verwirkung	96
IV. Ergebnis	96
E. Abgrenzung der Verwirkung von anderen Rechtsinstituten ...	99
I. Verjährung, §§ 194 ff. BGB	99
1. Praktische Bedeutung der Unterscheidung	99
2. Ratio der Verjährung	100
3. Tatbestand der Verjährung	101
4. Tatbestandliche Unterschiede	102
5. Prinzipielle Unabhängigkeit der Verwirkung von der Verjährung ...	103
II. Verschweigung	104
III. Unzulässige Rechtsausübung, §§ 226, 826 BGB	105
IV. Verzicht	106

1. Einseitiger Verzicht und Erlassvertrag	106
2. Vertrauensauslösendes Verhalten und Verzichtserklärung	107
a) Verzichtswille	107
b) Erklärungsgehalt	108
<i>V. Ersitzung</i>	110
1. Tatbestandliche Unterschiede	110
2. Verhältnis von Ersitzung und Verwirkung	111
<i>VI. Erwirkung</i>	111
<i>VII. Ergebnis</i>	112
F. Bedeutung des Vertrauensschutzprinzips für die Verwirkung	113
<i>I. Verwirkung und Vertrauensgedanke</i>	113
1. Bedeutung von Vertrauen für die Verwirkung	114
2. Auseinandersetzung im Schrifttum	114
<i>II. Hintergrund des Vertrauensschutzprinzips</i>	115
1. Allgemeine Hintergründe des Vertrauensschutzprinzips	116
a) Risikoentscheidung des Schuldners	117
b) Vertrauen zur Reduktion von Unsicherheiten	117
aa) Korrektiv und Ergänzung zur Privatautonomie	118
bb) Eigenständigkeit des Vertrauensschutzprinzips	120
2. Erwägungen für den Vertrauensschutz bei der Verwirkung	120
<i>III. Vertrauensmechanismus bei der Verwirkung</i>	121
1. Gläubigerverhalten als Anlass des Vertrauens	122
2. Vertrauensbildung auf Seiten des Schuldners	122
a) Vergegenwärtigtes Verhalten des Gläubigers	122
b) Eigenverantwortliche Risikoentscheidung des Schuldners	123
<i>IV. Ergebnis</i>	124
G. Anwendungsbereich der Verwirkung	127
<i>I. Rechtsausübungsfreiheit</i>	127
<i>II. Subjektive Rechte</i>	128
<i>III. Absolute Rechte</i>	129
1. Keine Verwirkung absoluter Rechtspositionen	130
2. Wesentliche dingliche Rechte verwirklichende Ansprüche	131
<i>IV. Verteidigungsmittel des Schuldners</i>	132
1. Einreden im technischen Sinn	132
2. Einwendungen	133

V. Ergebnis	134
H. Ausnahmen und Einschränkungen	135
I. Gesetzliche Sonderregeln	135
II. Verwirkung von Unterlassungsansprüchen	136
1. Begrifflichkeiten	136
a) Einzelhandlungen	136
b) Wiederholungshandlungen	137
c) Dauerhandlungen	137
2. Maßgeblicher Inhalt der „Fuhrpark“-Entscheidung	138
3. Untersuchung der „Fuhrpark“-Entscheidung	138
a) Urteil des Reichsgerichts zur Verwirkung von Schadensersatzansprüchen	139
b) Verwirkungsrechtsprechung vor der „Fuhrpark“-Entscheidung	140
c) Keine Aussage zu sich andauernd wiederholenden Störungen ...	140
aa) Parallele zur Ausschlussfrist in § 864 Abs. 1 BGB	141
bb) Keine formale Betrachtung des Zeitablaufs	142
cc) Austauschbarkeit des maßgeblichen Störverhaltens	142
4. Nach der „Fuhrpark“-Entscheidung ergangene Rechtsprechung ...	144
III. Ergebnis	145
I. Gesamtergebnis zum Allgemeinen Teil	147
3. Teil: Besonderer Teil: Verwirkung von Unterlassungsansprüchen im Lauterkeitsrecht	149
A. Verwirkung im Kennzeichenrecht	151
I. Verwirkungsformen im Kennzeichenrecht	151
1. Spezialgesetzliche Verwirkung im Markengesetz	152
a) Regelungsgegenstand	152
b) Unionsrechtliche Vorgaben	154
2. Allgemeine Verwirkungsgrundsätze	155
II. Verhältnis der Verwirkungsformen	156
1. Unterschiede	156
2. Anwendbarkeit der Allgemeinen Verwirkungsgrundsätze	157
III. Ergebnis	158

B. Verwirkung im Lauterkeitsrecht	159
<i>I. Charakterisierung des Lauterkeitsrechts</i>	159
1. Historischer Überblick	160
a) Entwicklung der Regelungen zur Bekämpfung eines unlauteren Wettbewerbs	161
b) Ursprünglicher Schutzzweck des Lauterkeitsrechts	163
2. Einfluss des Europarechts	164
a) Primäres und sekundäres Europarecht	165
b) Vertrauensschutz und Rechtsmissbrauch auf unionsrechtlicher Ebene	167
c) Anwendung des nationalen Verwirkungsgrundsatzes	167
3. Deliktsrechtliche Ausgestaltung	168
a) Gemeinsame deliktsrechtliche Grundstruktur	169
aa) Gegenstand des Deliktsrechts	169
bb) Deliktsrechtliche Kategorien im Lauterkeitsrecht	170
b) Wesentliche Unterschiede	172
aa) Lauterkeitsrechtliche Maßstäbe für geschäftliche Handlungen	172
bb) Sonderdeliktscharakter des Lauterkeitsrechts	175
4. Zweck des Lauterkeitsrechts	175
5. Ergebnis	178
<i>II. Rechtsgrundlage der Verwirkung</i>	179
1. Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung von Abwehransprüchen	179
2. Eignung der Vorschrift des § 8c UWG als Rechtsgrundlage für die Verwirkung	180
<i>III. Bedeutung der Verwirkung im Lauterkeitsrecht</i>	181
1. Entwicklung der Verwirkung im Lauterkeitsrecht	182
a) Ursprünglicher Ansatz des Reichsgerichts zum Warenzeichengesetz	182
b) Verortung der Verwirkung in §§ 1 UWG (1909), 826 BGB	183
c) Diskrepanz zur Verortung der Verwirkung im Aufwertungsrecht	184
d) Rechtsgrundlage der Verwirkung in § 242 BGB	184
e) Entfaltung des Verbraucherschutzgedankens im Lauterkeitsrecht	185
2. Praktische Relevanz der Verwirkung im Lauterkeitsrecht	185
a) Verjährungsregelung im Lauterkeitsrecht	186
b) Anwendungsbereich der Verwirkung	186
3. Ergebnis	188
<i>IV. Unterlassungsansprüche im Lauterkeitsrecht</i>	189
1. Gesetzliche Unterlassungsansprüche	190

a)	Rechtsgrundlage gem. § 8 Abs. 1 UWG	190
b)	Voraussetzungen der Unterlassungsansprüche	191
aa)	Verletzungsunterlassungsanspruch	192
bb)	Vorbeugender Unterlassungsanspruch	193
c)	Verhältnis lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsansprüche	193
2.	Rechtliche und wirtschaftliche Charakteristika	194
a)	Realisierung der Präventivfunktion des Lauterkeitsrechts	194
aa)	Präventivfunktion des Lauterkeitsrechts	194
(1)	Verhinderung von Wettbewerbsverstößen	195
(2)	Kompensation im Lauterkeitsrecht	195
(a)	Unlauterkeit des Verhaltens und Schadenseintritt ...	195
(b)	Eingeschränkte Anspruchsbefugnis für Schadensersatzansprüche	196
bb)	Zukunftsbezogenheit von lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsansprüchen	198
cc)	Präventionswirkung von lauterkeitsrechtlichen Schadensersatzansprüchen	200
dd)	Zukunftsgestaltende Wirkung der Verwirkung bei Unterlassungsansprüchen	201
b)	Durchsetzbarkeit von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen	202
aa)	Zivilrechtliche Durchsetzung	203
(1)	Weite Aktivlegitimation für Unterlassungsansprüche gem. § 8 Abs. 3 UWG	203
(2)	Effektive Verfolgung von Wettbewerbsverstößen	204
bb)	Beweiserleichterungen	205
cc)	Durchsetzung im vorläufigen Rechtsschutz	207
(1)	Unterlassungsansprüche im Eilrechtsschutzverfahren ...	207
(2)	Verfügungsgrund in verwirkungsrelevanten Fällen	208
(a)	Verfügungsgrund	208
(b)	Selbstwiderlegung der Dringlichkeit in Verwirkungsfällen	209
dd)	Empfindlichkeit der Folgen	209
3.	Ergebnis	211
V.	<i>Mehrdimensionale Interessenlage im Wettbewerbsrecht</i>	212
1.	Multilaterale Interessen	212
2.	Gläubigermehrheit bei Unterlassungsansprüchen	214
a)	Vielzahl von potentiellen Gläubigern von Unterlassungsansprüchen	214
b)	Vertrauensgrundlage bei lauterkeitsrechtlichen Mehrpersonenverhältnissen	216
aa)	Konkretes Vertrauen bei einer Vielzahl von Gläubigern	216

bb) Bildung tatsächlichen Vertrauens	216
cc) Bildung schutzwürdigen Vertrauens	217
c) Eingeschränkte Anspruchsbefugnis zur Vertrauensbildung	218
aa) Rein mitbewerberbezogene Verstöße	218
(1) Individualinteressen eines Mitbewerbers	219
(2) Anspruchsberechtigung nur für bestimmte Mitbewerber	219
bb) Marktbezogene Verstöße	221
d) Vertrauensgrundlage bei rein mitbewerberschützenden Vorschriften	222
e) Gläubigermehrheit bei rein mitbewerberschützenden Vorschriften	223
<i>VI. Anwendungsbereich der Verwirkung im Lauterkeitsrecht</i>	224
1. Berücksichtigung von Allgemeininteressen	225
2. Ausnahmen bei berührten Allgemeininteressen	226
<i>VII. Voraussetzungen der Verwirkung im Lauterkeitsrecht</i>	227
1. Anwendbarkeit der Verwirkungsgrundsätze des Bürgerlichen Rechts	227
2. Besitzstandserfordernis im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht	228
a) Schadensersatz-, Bereicherungs- und Auskunftsansprüche	230
b) Besitzstandserfordernis bei Abwehransprüchen	231
aa) Schutzwürdiger Besitzstand	231
(1) Tatsächlicher Besitzstand	232
(2) Schutzwürdigkeit des Besitzstands	234
bb) Kriterien zur Bestimmung eines wertvollen Besitzstands	234
c) Unterscheidung nach der Anspruchsart	236
aa) Entbehrlichkeit des Besitzstands bei Schadensersatzansprüchen	237
bb) Zu erleidender Nachteil bei zukunftsgestaltenden Vorgängen	238
cc) Bewertung der Differenzierung der Rechtsprechung	239
(1) Wesensverschiedenheit der Ansprüche	239
(2) Mögliche Überschneidungen	240
(3) Differenzierung nach der Zukunftsgerichtetheit des Verletzungsverhaltens	241
3. Ergebnis	242
C. Anknüpfung des verwirkungsrelevanten Zeitablaufs	243
<i>I. Paradigmenwechsel der Rechtsprechung</i>	244
1. Vorangegangene Rechtsprechung	244
2. Neuere Rechtsprechung im Kennzeichen- und Lauterkeitsrecht	244

<i>II. Entscheidungen zur Verwirkung von Unterlassungsansprüchen</i>	245
1. BGH-Entscheidung „Honda-Grauiimport“	246
a) Maßgeblicher Sachverhalt der Entscheidung	246
b) Argumentation zur Verwirkung	246
2. Bewertung	248
a) Verwirkung von Unterlassungsansprüchen	
wegen Parallelimporten	248
aa) Vorinstanzliches Urteil des OLG Düsseldorf	248
bb) Stellungnahme im Schrifttum	248
cc) Parallelimport als Fallkonstellation	
möglicher Kennzeichenrechtsverletzungen	249
b) Herkömmliches Verwirkungskonzept	249
aa) Untätigkeit der Klägerin	250
bb) Sporadische Verletzungshandlungen	250
3. Ergebnis	251
<i>III. Übertragung der Rechtsprechung ins Lauterkeitsrecht</i>	252
1. BGH-Entscheidung „Hard Rock Cafe“	252
a) Maßgeblicher Inhalt der Entscheidung	253
aa) Sachverhalt	253
bb) Argumentation zur Verwirkung	253
(1) Kennzeichenrechtliche Unterlassungsansprüche	253
(2) Lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche	254
(a) Anwendbarkeit der Verwirkung auf den	
lauterkeitsrechtlichen Irreführungsschutz	254
(b) Verwirkung des	
lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruchs	255
b) Bewertung	255
aa) Anwendbarkeit der Verwirkung auf den	
lauterkeitsrechtlichen Irreführungsschutz	255
bb) Verwirkung von Wiederholungshandlungen	
im Lauterkeitsrecht	256
(1) Zeitliche Abfolge der Verletzungshandlungen	256
(2) Vertrauenstatbestand	257
(3) Vorinstanzliches Urteil des OLG Karlsruhe	257
2. Nachfolgende BGH-Entscheidungen und Instanzrechtsprechung	258
a) BGH-Entscheidung „Peter Fechter“	259
aa) Maßgeblicher Sachverhalt	259
bb) Argumentation zur Verwirkung	259
b) BGH-Entscheidung „ConText“	260
c) Instanzrechtsprechung	261
3. Ergebnis	262
<i>IV. Differenzierung zwischen Dauer- und Wiederholungshandlungen</i>	263

1.	Abgrenzung zwischen Dauer- und Wiederholungshandlungen	263
a)	Abgrenzungskriterien	263
b)	Abgrenzungsschwierigkeiten	265
2.	Differenzierung nach der Verletzungsart im Verjährungsrecht	266
a)	Maßgeblichkeit der Verletzungshandlung im Verjährungsrecht	266
b)	Beginn der Verjährungsfrist	267
3.	Differenzierung nach der Verletzungsart im Rahmen der Verwirkung	268
a)	Praktische Konsequenzen für den verwirkungsrelevanten Zeitablauf	269
b)	Parallele zur Verjährung	269
c)	Bedeutung der Verletzungshandlung für den verwirkungsrelevanten Zeitablauf	270
aa)	Schutzlücke bei sich wiederholenden Verletzungshandlungen	270
bb)	Beginn des verwirkungsrelevanten Zeitablaufs bei Wiederholungshandlungen	271
4.	Ergebnis	272
V.	<i>Dogmatik der Verwirkung</i>	273
1.	Vergleich mit einer lizenzvertraglichen Situation	273
a)	Argumentation des BGH in der „Honda-Grauiimport“- Entscheidung	273
b)	Vergleichbarkeit der lizenzvertraglichen Situation mit der Verwirkung	274
aa)	Lizenzvertragliche Situation	274
(1)	Beendigung des Lizenzvertrags	274
(2)	Keine Weiterbenutzungsrechte des Lizenznehmers	275
bb)	Situation bei der einseitigen Gestattung	276
cc)	Situation bei der Verwirkung im Lauterkeitsrecht	276
(1)	Ähnlichkeit der Verwirkung mit einer einseitigen Gestattung	277
(2)	Rechtsposition und Besitzstand	277
c)	Stellungnahme	278
2.	Isolierte Prüfung des Zeitablaufs	278
a)	Erforderliche Gesamtbetrachtung	279
b)	Keine Beschränkung der Verwirkung durch typisierende Regeln	280
3.	Jeweiliger Neubeginn des Zeitablaufs und Vertrauensschutzprinzip	280
a)	Bedeutung der Anspruchsentstehung für das Vertrauensverhältnis	281
aa)	Tatsächliche Lebensbeziehung	281
bb)	Verletzung unterschiedlicher Rechtspositionen und qualitativ verschiedene Handlungen	281

cc)	Gleichförmigkeit des Handelns	282
b)	Bezugspunkt des verwirkungsrelevanten Vertrauens	282
aa)	Bezugspunkt des Verhaltens des Gläubigers	283
bb)	Bezugspunkt des tatsächlichen Vertrauens des Schuldners	284
cc)	Maßgebliche Perspektive für die Schutzwürdigkeit des Schuldnervertrauens	285
(1)	Fehlendes Bewusstsein des Schuldners für die Verletzungshandlung	286
(2)	Zukunftsbezogenheit des Vertrauens	286
(3)	Intensiviertes Vertrauen bei Wiederholungshandlungen	287
(4)	Einfluss des Schuldnerverhaltens auf die Schutzwürdigkeit des Vertrauens	288
(a)	Zeitliche Unterbrechungen	288
(b)	Umstände der Verletzungshandlungen	288
4.	Schutzwürdigkeit des Besitzstands bei Wiederholungshandlungen	289
5.	Verwirkung als Erhalt des „status quo“	290
a)	Zukunftsbezogenheit der Verwirkung gem. § 21 Abs. 1 bis Abs. 3 MarkenG	291
b)	Zukunftsbezogenheit der allgemeinen Verwirkung von Unterlassungsansprüchen	292
c)	Zukunftsbezogenheit des Besitzstands	292
aa)	Recht auf Fortsetzung der Verletzungshandlungen	293
bb)	Reichweite des schutzwürdigen Besitzstands	294
(1)	Räumlicher Umfang des Besitzstands	294
(2)	Sachlicher Umfang des Besitzstands	294
cc)	Ausdehnungsverbot	295
6.	Ergebnis	296
D.	Lösungskonzepte	299
I.	Normative Zusammenfassung von Verletzungshandlungen	299
1.	Art und Weise der Wiederholungshandlungen	300
2.	Berücksichtigung eines wirtschaftlichen Zusammenhangs	300
a)	Rechtliche Handlungseinheit im Strafrecht	301
aa)	„Natürliche Handlungseinheit“	301
bb)	„Fortsetzungszusammenhang“	301
b)	Rechtliche Handlungseinheit im Zivilrecht	302
aa)	Verjährungsrecht	303
bb)	Strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungen	303
cc)	Verhängung von Ordnungsmitteln	304
c)	Normative Handlungseinheit im Rahmen der Verwirkung	305
aa)	Strafrechtliche Beweggründe	305

bb) Übertragbarkeit der strafrechtlichen Argumentation	305
cc) Interessenlage bei der Verwirkung	306
3. Ergebnis	307
<i>II. Gegenstand der Verwirkung</i>	308
1. Isolierte Betrachtung des Unterlassungsanspruchs	309
a) Unterlassungsansprüche bei Verletzung absoluter Rechte	309
b) Unterlassungsansprüche bei Verstößen gegen Verhaltensnormen	309
2. Tauglicher Anknüpfungspunkt: Rechtsposition oder individueller Anspruch	310
a) Primäre und sekundäre subjektive Rechte nach Raiser	312
b) Geschützte Rechtspositionen im Lauterkeitsrecht	314
aa) Schutzgutsdiskussion im älteren Schrifttum	314
bb) Kein individueller Zuweisungsgehalt im Lauterkeitsrecht . . .	315
cc) Einordnung als „Recht des geistigen Eigentums“	317
dd) Lauterkeitsrechtliche Verbotsnormen	317
c) Unabhängigkeit sekundärer Rechte im Lauterkeitsrecht	318
3. Konkretisierte Rechtsposition als tauglicher Anknüpfungspunkt . . .	319
a) Relevanz für den Beginn des verwirkungsrelevanten Zeitablaufs	320
b) Verwirkungsrelevantes Vertrauen in Bezug auf die Rechtsausübungsfreiheit	320
c) Bewertung	320
4. Ergebnis	321
<i>III. Lösung im Vertrauensschutzprinzip</i>	322
1. Beginn des verwirkungsrelevanten Zeitablaufs	322
2. Reduktion des verwirkungsrelevanten Zeitablaufs	322
3. Analyse des Konzepts	323
a) Anwendbarkeit im Kennzeichen- und Lauterkeitsrecht	323
b) Vertrauensschutz als maßgebliche Ratio	323
c) Anforderungen an einen starken Vertrauenstatbestand	324
aa) Vorverhalten des Gläubigers	324
bb) Gleichförmigkeit der Verletzungshandlungen	325
cc) Regelmäßigkeit der Verletzungshandlungen	325
dd) Umstände zur Einbindung in den Vertrauenstatbestand . . .	326
d) Dogmatische Tragfähigkeit des Konzepts	328
aa) Unabhängigkeit der Verwirkung von der Verjährung	328
bb) Gesamtbetrachtung	328
cc) Betonung des Vertrauensschutzes	329
4. Ergebnis	330
4. Teil: Gesamtergebnis der Untersuchung	331

Literaturverzeichnis	335
Register	357

1. Teil

Einführung

Die Verwirkung ist ein gesetzlich nicht ausdrücklich geregeltes Rechtsinstitut, das bereits vor Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs Gegenstand der Rechtsprechung war¹ und auch im Lauterkeitsrecht² Anwendung findet. Die auf Treu und Glauben gem. § 242 BGB³ gestützte Verwirkung beruht auf dem Gedanken des Vertrauensschutzes und versagt dem Gläubiger unter bestimmten Voraussetzungen die Rechtsausübung. Nach der Rechtsprechung tritt Verwirkung ein, wenn der Gläubiger über eine längere Zeitspanne hinweg untätig bleibt und der Schuldner tatsächlich darauf vertraut hat und auch bei verständiger Würdigung aller Umstände darauf vertrauen durfte, dass der Gläubiger sein Recht nicht mehr geltend macht.⁴ Dabei muss die „verspätete Geltendmachung“⁵ unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls als eine für den Schuldner mit Treu und Glauben nicht zu vereinbarende Belastung erscheinen.⁶

¹ ROHG 9, 406; 23, 83; RGZ 32, 61.

² Gegenstand der Arbeit sind gesetzliche lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche. Das deutsche Lauterkeitsrecht ist kodifiziert im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb („UWG“) in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010 (BGBl. I S. 254), das zuletzt durch Artikel 13 des Gesetzes vom 8. Oktober 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 272) geändert worden ist.

³ Bürgerliches Gesetzbuch („BGB“) vom 18. August 1896 in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 34 Absatz 3 des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 411) geändert worden ist.

⁴ Vgl. nur BGH NJW-RR 2014, 1043, 1044 f.

⁵ BGH GRUR 2001, 323, 326 – Temperaturwächter, zur Verwirkung von Ansprüchen im Patentrecht.

⁶ Vgl. nur BGH NJW 2003, 824.

A. Problemstellung

Da die Verwirkung nicht ausdrücklich gesetzlich normiert ist, obliegt es der Wissenschaft und Praxis, ein im Einzelfall gerechtes Verwirkungskonzept zu entwickeln. Die lauterkeitsrechtliche Rechtsprechung hat sich dazu jahrzehntelang an schematischen Leitlinien¹ orientiert, nach denen sich der Eintritt der Verwirkung bestimmt hat.

Wenn beispielsweise der Schuldner über einen längeren Zeitraum hinweg wiederholt nachgeahmte Ware vertrieben hat und aufgrund des Verhaltens des Gläubigers davon ausgehen durfte, dass dieser nicht gegen ihn vorgeht, war die Verwirkung sowohl auf die daraus resultierenden Unterlassungs- als auch Schadensersatzansprüche anwendbar.² Die Verwirkung diente dem Schuldner in diesen Fällen dazu, seinen aus der Anspruchsdurchsetzung resultierenden wirtschaftlichen Wertverlust zu verhindern.³ Die Rechtsprechung hat damit wertungsmäßig schützenswertes Vertrauen des Schuldners berücksichtigt, vom Gläubiger nicht mehr in Anspruch genommen zu werden – unabhängig davon, welche Verletzungshandlung dem Anspruch zugrunde lag.⁴

Bei lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsansprüchen hat die Rechtsprechung in den letzten Jahren ihr herkömmliches Verwirkungskonzept aufgegeben.⁵ In der kennzeichenrechtlichen Entscheidung „Honda Grauiimport“ hat der BGH entschieden, dass der verwirkungsrelevante Zeitablauf bei Unterlassungsansprüchen, die aus gleichartigen Wiederholungshandlung resultieren, für jeden Anspruch neu beginnt.⁶ Dies führt dazu, dass die singulären Ansprüche mangels eines ausreichend langen Zeitraums nicht mehr der Verwirkung unterliegen. Die Rechtsprechung hat diese Wertung mit der BGH-Entscheidung „Hard Rock

¹ Dazu *Neu*, Die neuere Rechtsprechung, S. 3 ff.

² Vgl. zur Irrelevanz der Verletzungshandlungen bei der Verwirkung von Unterlassungsansprüchen: BGH GRUR 1951, 159, 162 f. – Störche; GRUR 1960, 183, 185 f. – Kosaken-Kaffee; NJW-RR 1990, 1318, 1321 – Datacolor; GRUR 2012, 534, 538; GRUR 1993, 151, 153 – Universitätssymbol.

³ Ständige Rechtsprechung, vgl. nur: BGH GRUR 1989, 449, 451 – Maritim; GRUR 2003, 628, 630 – Klosterbrauerei; GRUR 2004, 783, 785 – NEURO-VIBO-LEX/NEURO-FIBRAFLEX; BGH GRUR 2016, 705, 709 – ConText.

⁴ GRUR 2012, 534, 538; GRUR 1993, 151, 153 – Universitätssymbol.

⁵ BGH GRUR 2012, 928, 930 – Honda-Grauiimport; GRUR 2013, 1161, 1162 – Hard Rock Cafe; GRUR 2016, 705, 709 – ConText.

⁶ BGH GRUR 2012, 928, 930 – Honda-Grauiimport.

Cafe“ ins Lauterkeitsrecht übertragen.⁷ Der BGH führt dazu aus, dass der Schuldner „[...] gegenüber bestimmten gleichartigen Verletzungshandlungen kein berechtigtes Vertrauen darauf begründen [kann], der [...] [Gläubiger] werde auch künftig ein derartiges Verhalten dulden und auch in Zukunft nicht gegen solche – jeweils neuen – Rechtsverletzungen vorgehen.“⁸ Mit dieser einseitigen Interessengewichtung versagt die Rechtsprechung praktisch die Anerkennung der Verwirkung für lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche aus sich wiederholenden Verletzungshandlungen.

Dies scheint in bestimmten Fällen kontraintuitiv. Wenn der Schuldner etwa über einen ununterbrochen längeren Zeitraum dieselben unlauteren Nachahmungen vertrieben und ihm der Gläubiger zu verstehen gegeben hat, er werde ihn deswegen nicht in Anspruch nehmen, vertraut der Schuldner auf seine Nichtinanspruchnahme. Die neuere Rechtsprechung⁹ zerstört diese Vertrauensbildung, indem sie die Verwirkungsvoraussetzungen bei sich wiederholenden Verletzungshandlungen am Zeitablauf ausrichtet und für jeden daraus resultierenden Anspruch gesondert prüft. Dabei ging die frühere Rechtsprechung davon aus, dass sich der Schuldner etwa durch den langjährigen Vertrieb von Waren und den damit zusammenhängenden Entscheidungen eine schützenswerte Position aufbauen kann, die die Verwirkung bewahren soll.¹⁰

I. Lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche

Seit jeher unterlagen lauterkeitsrechtliche Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche gleichermaßen der Verwirkung.¹¹ Für Schadensersatzansprüche gilt das weiterhin. Für deren Verwirkung ist entscheidend, ob dem Schuldner die verspätete Geltendmachung des Rechts insgesamt nicht zugemutet werden darf.¹² Bei Schadenersatzansprüchen besteht ohnehin kein verwirkungsrelevantes Problempotential, weil für sie regelmäßig die kurze Verjährung von sechs Monaten

⁷ BGH GRUR 2013, 1161, 1162 – Hard Rock Cafe.

⁸ BGH GRUR 2013, 1161, 1163 – Hard Rock Cafe.

⁹ Die angeführte Rechtsprechung liegt zwar bereits einige Jahre zurück. In Abgrenzung zu der seit Jahrzehnten vorangegangenen Rechtsprechung wird sie für die Zwecke dieser Arbeit als „neuere“ Rechtsprechung bezeichnet.

¹⁰ RGZ 134, 38, 40 – Hunyadi Janos; RG GRUR 1939, 418, 419 – FiTiWi II; BGH GRUR 1963, 478, 481 – Bleiarbeiter; GRUR 1991, 157, 158 – Johanniter-Bier; vgl. GRUR 1998, 1034, 1037 – Makalu.

¹¹ BGH GRUR 1951, 159, 162 f. – Störche; GRUR 1960, 183, 185 f. – Kosaken-Kaffee; NJW-RR 1990, 1318, 1321 – Datacolor; GRUR 2012, 534, 538; sogar ohne Differenzierung zwischen Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen: BGH GRUR 1961, 420, 425 – Cuyper; GRUR 1963, 478, 480 – Bleiarbeiter.

¹² Beispielhaft: BGH GRUR 1951, 159, 162 f. – Störche; GRUR 1960, 183, 185 f. – Kosaken-Kaffee; NJW-RR 1990, 1318, 1321 – Datacolor; GRUR 2012, 534, 538 – Landgut Borsig.

im Lauterkeitsrecht eingreift. Das eingeschränkte Verwirkungskonzept betrifft nach der neueren Rechtsprechung nur lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche,¹³ die Gegenstand der hiesigen Untersuchung sind.

Der Unterlassungsanspruch bildet das zentrale Durchsetzungsinstrument des Wettbewerbsrechts.¹⁴ Dies liegt in erster Linie daran, dass der Unterlassungsanspruch auf die Verhinderung künftiger Beeinträchtigungen gerichtet ist, worauf es im Wettbewerbsgeschehen mehr ankommt als etwa im Bürgerlichen Recht.¹⁵ In einem dynamischen Wettbewerb muss wettbewerbswidriges Handeln schnell abzustellen sein. Dies ist mit Unterlassungsansprüchen prinzipiell möglich. Sie zielen darauf ab, wirtschaftliche Einbußen des Gläubigers zu verhindern. Bei der Verwirkung von lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsansprüchen bestehen näher zu prüfende Besonderheiten, die auch im Rahmen der Verwirkung berücksichtigt werden müssen. Sie können den Charakteristika des Lauterkeitsrechts, der lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsansprüche oder der Anwendung der Verwirkungsgrundsätze auf das Lauterkeitsrecht geschuldet sein und sind vor dem Hintergrund der neueren Rechtsprechung zu analysieren. Auch wenn die Verwirkung auf lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche nur zurückhaltend angewendet wird, muss das Verwirkungskonzept auf eine dogmatisch tragfähige Grundlage rückführbar sein.

II. Rechtsprechungsänderung zur Verwirkung bei Unterlassungsansprüchen

Wie dargestellt, differenziert die neuere Rechtsprechung bei lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsansprüchen nach der Art der Verletzungshandlung.¹⁶ Den wiederholten Vertrieb nachgeahmter oder kennzeichenrechtsverletzender Ware ordnet sie beispielsweise als Wiederholungshandlung ein, die Führung eines Unternehmenskennzeichens als Dauerhandlung.¹⁷ Bei Dauerhandlungen beginnt der verwirkungsrelevante Zeitablauf mit Anspruchsentstehung. Folglich kann

¹³ BGH GRUR 2013, 1161, 1162 – Hard Rock Cafe; vgl. GRUR 2016, 705, 709 – ConText zum Urheberrecht.

¹⁴ Vgl. *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch, S. 23; vgl. *Schaub*, in: Teplitzky, 2. Kapitel Rn. 14. Das Wettbewerbsrecht im weiteren Sinn umfasst sowohl das Lauterkeitsrecht als auch das Kartellrecht, *von Gamm*, in: Reimer, Bd. 2, S. 8 Rn. 1. Das Wettbewerbsrecht im engeren Sinn findet seine Hauptgrundlage im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, *von Gamm*, in: Reimer, Bd. 2, S. 9 Rn. 2; *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, Bd. 2, § 22 S. 366 f. Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich ausschließlich auf das Lauterkeitsrecht.

¹⁵ *Schaub*, in: Teplitzky, 2. Kapitel Rn. 14.

¹⁶ BGH GRUR 2012, 928, 930 – Honda-Grauimport; GRUR 2013, 1161, 1162 – Hard Rock Cafe; GRUR 2016, 705, 709 – ConText; zum Urheberrecht: BGH GRUR 2014, 363, 364 – Peter Fechter.

¹⁷ BGH GRUR 2012, 928, 930 – Honda-Grauimport; GRUR 2013, 1161, 1162 – Hard Rock Cafe.

bei unbeanstandeten Dauerhandlungen ein für die Verwirkung ausreichend langer Zeitablauf vorliegen. Anders ist dies bei Wiederholungshandlungen.

1. Jeweiliger Neubeginn der Verwirkung bei Wiederholungshandlungen

Bei Wiederholungshandlungen löst jede Verletzungshandlung einen neuen Unterlassungsanspruch aus. Bei ihnen beginnt die für den Verwirkungseintritt maßgebende Zeitspanne nach der neueren Rechtsprechung für jede einzelne Handlung von neuem.¹⁸ Auf die Gleichartigkeit, Periodizität oder etwaige Nähe zu Dauerhandlungen kommt es nach der Rechtsprechung nicht an. Der jeweilige Neubeginn des Zeitablaufs mit jeder Wiederholungshandlung führt dazu, dass die verwirkungsrelevante längere Zeitspanne jedenfalls für den letzten aus den Wiederholungshandlungen resultierenden Anspruch typischerweise nicht erfüllt ist. Mit diesem Anspruch dringt der Gläubiger dann gegen den Schuldner durch, wenn die Verjährung nicht greift. Wenn die Verwirkungsvoraussetzungen bei gleichartigen Wiederholungshandlungen für jeden daraus resultierenden Anspruch gesondert geprüft werden, ist die Verwirkung mangels ausreichend langen Zeitablaufs praktisch ausgeschlossen.

2. Eingeschränkte Verwirkung von lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsansprüchen

Die Problematik der dargestellten Differenzierung bei Unterlassungsansprüchen wird anhand des folgenden Beispielsfalls deutlich: Wenn der Gläubiger gegenüber dem Schuldner zu verstehen gibt, er schreite nicht gegen die Ausstellung eines herabsetzenden Plakats in einem Schaufenster ein, vertraut der Schuldner darauf, deswegen zukünftig nicht in Anspruch genommen zu werden. Die Differenzierung der neueren Rechtsprechung führt jedoch zu folgendem Ergebnis: Wenn der Schuldner das Plakat einmal ins Schaufenster stellt und dort wochenlang stehen lässt, unterlägen die aus dieser Dauerhandlung resultierenden Unterlassungsansprüche prinzipiell der Verwirkung. Wenn der Schuldner hingegen das streitgegenständliche Plakat jeden Tag aufs Neue einstellt, könnten die gegen diese wiederholten Handlungen gerichteten Unterlassungsansprüche nicht verwirken.

Entsprechendes gilt, wenn der Schuldner unter einer lauterkeitsrechtlich zu beanstandenden Bezeichnung seit Jahrzehnten ein Restaurant betreibt und der Gläubiger den Eindruck erweckt, er werde deswegen nicht gegen ihn einschreiten: Die Unterlassungsansprüche des Schuldners wegen des Betriebs des Restaurants als Dauerhandlung unterlägen der Verwirkung. Dies gilt hingegen nicht für

¹⁸ BGH GRUR 2012, 928, 930 – Honda-Grauimport; GRUR 2013, 1161, 1162 – Hard Rock Cafe; GRUR 2016, 705, 709 – ConText; zum Urheberrecht: BGH GRUR 2014, 363, 364 – Peter Fechter.

Unterlassungsansprüche hinsichtlich der Ausgabe der mit der beanstandeten Bezeichnung etikettierten Speisekarten oder Gläser, weil sie Wiederholungshandlungen sind.

Die technische Differenzierung nach der Verletzungsart scheint deshalb nicht zu überzeugen, weil sie vermeintlich von kleinlichen Details abhängt und sich das Vertrauen des Schuldners nicht auf die Anspruchs- oder Verletzungsart, sondern darauf bezieht, dass der Gläubiger keine Ansprüche gegen ihn geltend macht. Es stellt sich die Frage, ob die eingeschränkte Verwirkung von lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsansprüchen nach dem Konzept der neueren Rechtsprechung mit Wesen und Zweck der Verwirkung vereinbar ist.

a) Wesen der Verwirkung

Die Differenzierung nach der Verletzungsart stammt aus dem Verjährungsrecht¹⁹ und scheint in erster Linie unter dogmatischen Gesichtspunkten problematisch.

aa) Gleichlauf von Verjährung und Verwirkung bei Wiederholungshandlungen

Dogmatisch ist die Verwirkung ein von der Verjährung grundsätzlich unabhängiges Rechtsinstitut. Dementsprechend erlangte die Verwirkung insbesondere dann Bedeutung, wenn die Verjährung versagte.²⁰ Bei Dauerhandlungen ist die Verwirkung nach wie vor unabhängig von der Verjährung: Beispielsweise beginnt die Verjährung bei der Benutzung eines Unternehmenskennzeichens grundsätzlich erst mit Abschluss der Verletzungshandlung zu laufen,²¹ während für den verwirkungsrelevanten Zeitablauf auf den Handlungsbeginn abzustellen ist.²² Wenn der Schuldner etwa über Jahre hinweg unbeanstandet ein nachgeahmtes Zeichen benutzt und die Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen ist, steht dem Schuldner bei seiner Inanspruchnahme prinzipiell der Verwirkungseinwand zu. Folglich kann die Verwirkung eingreifen, ohne dass die Verjährungsfrist überhaupt zu laufen begonnen hat. Bei Dauerhandlungen läuft die Verwirkung deshalb nicht parallel zur Verjährung.

Anders ist die Situation hingegen, wenn der Schuldner wiederholt wettbewerbswidrig handelt. Wenn der Schuldner etwa wiederholt wettbewerbswidrige Ware vertreibt, beginnt die sechsmonatige Verjährungsfrist gem. § 11 UWG für die daraus resultierenden Unterlassungsansprüche, bei gegebener Kenntnis des Verletzten von den anspruchsbegründenden Tatsachen, jeweils mit Entstehung der einzelnen Ansprüche neu zu laufen.²³ Entsprechend beginnt nach der jünge-

¹⁹ BGH NJW 1986, 2309, 2311 f.; NJW 1986, 2827, 2829; Grothe, in: MüKo-BGB, § 199 BGB Rn. 13 ff.

²⁰ Vgl. Droste, GRUR 1950, 560, 561; von Godin, UWG, § 1 Rn. 282. Dazu 2.E.I.1, S. 99.

²¹ BGH GRUR 2003, 448, 450 – Gemeinnützige Wohnungsgesellschaft.

²² Büscher, in: Fezer/Büscher/Obergfell, § 8 UWG Rn. 358 m. w. N.

²³ BGH NJW 1978, 1377, 1378 – Fahrradgepäckträger II; Grothe, in: MüKo-BGB, § 199 BGB Rn. 14.

ren Rechtsprechung auch der verwirkungsrelevante Zeitablauf für jeden Anspruch gesondert mit Entstehung des Anspruchs neu.²⁴ Damit beginnen Verjährung und Verwirkung bei sich wiederholenden Handlungen gleichzeitig. Zumindest der letzte aus der Verletzung resultierende Anspruch kann dann mangels ausreichend langer Zeitdauer nicht verwirken. Wenn die Verjährung nicht greift, steht dem Schuldner kein Verteidigungsmittel zu, mit dem er seine Inanspruchnahme abwehren kann.

bb) Verletzungshandlung im Rahmen der Verwirkung

Der von der neueren Rechtsprechung ins Feld geführte Ansatz, darauf abzustellen, ob der Schuldner ununterbrochen oder jeweils von neuem wettbewerbswidrig verletzt, ist dem Verwirkungsgrundsatz fremd. Er erklärt sich nicht zuletzt wohl auch aus dem Bestreben, den nicht kodifizierten und schwer prognostizierbaren Tatbestand der Verwirkung fassen und eingrenzen zu können.

Der Zweck der Verwirkung ist es, denjenigen zu schützen, der sich durch eine wettbewerbswidrige Handlung eine wertvolle Position aufgebaut hat und dessen Vertrauen darauf schutzwürdig ist.²⁵ Dies steht seit jeher im Kontext damit, dass sich der Verwirkungstatbestand aus der Perspektive des Schuldners beurteilt: Bei der Bewertung der Verwirkung wird darauf abgestellt, dass die Geltendmachung von Rechten des Gläubigers für den Schuldner unzumutbar ist.²⁶ Die neuere Rechtsprechung wirft die Frage auf, ob die schutzwürdigen Interessen des Schuldners noch ausreichend Berücksichtigung finden.

b) Schutzwürdigkeit des Schuldners

Mit der neueren Rechtsprechung lässt sich argumentieren, dass dem Schuldner der Verwirkungseinwand verwehrt bleiben soll, wenn er stets von neuem wettbewerbswidrig handelt. Es fragt sich jedoch, ob ein Schuldner, der wiederholt handelt, nicht genauso schutzwürdig sein kann wie ein Schuldner, der dauernd wettbewerbswidrig handelt.

aa) Vertrauen des Schuldners

Die Erscheinungsformen möglicher Verletzungshandlungen sind vielfältig. Sie können etwa zeitlich in sehr engen oder weit auseinanderliegenden Abständen, gleichförmig oder qualitativ unterschiedlich erfolgen. Bezugspunkt des für die

²⁴ BGH GRUR 2012, 928, 930 – Honda-Grauimport; GRUR 2013, 1161, 1162 – Hard Rock Cafe; GRUR 2016, 705, 709 – ConText; zum Urheberrecht: BGH GRUR 2014, 363, 364 – Peter Fechter.

²⁵ Thiering, in: Ströbele/Hacker/Thiering, § 21 MarkenG Rn. 61.

²⁶ Vgl. Fritzsche, Unterlassungsanspruch, S. 520; Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 184; Hamburger, Treu und Glauben, S. 83; von Godin, UWG, § 1 Rn. 272.

Verwirkung maßgeblichen Vertrauens des Schuldners ist stets das Verhalten des Gläubigers²⁷: Der Gläubiger muss durch sein Verhalten gegenüber dem Schuldner objektiv Grund zur Annahme gegeben haben, dass er sein Recht nicht mehr geltend macht.²⁸ Vor diesem Hintergrund scheint die Differenzierung der Rechtsprechung nach der Verletzungsart problematisch.

bb) Differenzierung nach der Art der Verletzungshandlung

Wenn beispielsweise im Rahmen eines von der Wettbewerbsordnung gebilligten Geschäftsmodells wettbewerbswidrig Waren vertrieben werden, klassifiziert die Rechtsprechung den Warenvertrieb als Wiederholungshandlung.²⁹ Ungeachtet eines etwaigen Vertrauens des Schuldners könnte der Gläubiger nunmehr die Unterlassung des Warenvertriebs verlangen. Der über Jahre hinweg gebildete Geschäftswert auf Seiten des Schuldners bliebe dabei unberücksichtigt. Denn zumindest der aus der letzten Wiederholungshandlung resultierende Unterlassungsanspruch wäre schon mangels ausreichend langen Zeitablaufs nicht verwirkt.

Würde der Schuldner dagegen unter einer wettbewerbswidrigen Bezeichnung Dienstleistungen anbieten und sich der Gläubiger gegen die Führung einer Firmierung wehren, wäre das Schuldnervertrauen nach der jüngeren Rechtsprechung schutzwürdig. Denn die Führung einer Unternehmensbezeichnung ordnet die Rechtsprechung als Dauerhandlung ein.³⁰ Bei Dauerhandlungen beginnt der für die Verwirkung maßgebliche Zeitraum unabhängig vom Verjährungsbeginn, der erst mit Ende der Dauerhandlung einsetzt, bereits mit der Vornahme der Handlung.³¹ Deshalb scheitert das Erfordernis eines ausreichend langen Zeitablaufs bei Dauerhandlungen nicht per se. Demnach stünde es dem Schuldner prinzipiell frei, sich mit der Verwirkung zu wehren.

Das angeführte Beispiel zeigt, dass es auf den ersten Blick nicht nachvollziehbar ist, weshalb das Vertrauen eines Schuldners bei wettbewerbswidrigen Wiederholungshandlungen weniger schutzwürdig ist als bei wettbewerbswidrigen Dauerhandlungen. Dauerhandlungen und sich wiederholende Handlungen können unter Umständen nah beieinanderliegen und lassen sich im Einzelfall nur schwer abgrenzen.³² Dies ist insbesondere der Fall, wenn Wiederholungshandlungen gleichförmig sind und regelmäßig erfolgen.

²⁷ Vgl. *Kegel*, in: FS Pleyer, 1986, 513, 524.

²⁸ Vgl. BGH NJW 2018, 1013, 1014.

²⁹ BGH GRUR 2012, 928, 930 – Honda-Grauimport; GRUR 2013, 1161, 1162 – Hard Rock Cafe.

³⁰ BGH GRUR 2013, 1161, 1163 – Hard Rock Cafe.

³¹ *Bacher*, in: Teplitzky, 17. Kapitel Rn. 3c.

³² So auch *Ludwig/Schwalb*, WRP 2014, 669, 672, die jedoch der Ansicht der neueren Rechtsprechung folgen.

3. Unzureichende Auseinandersetzung im Schrifttum

Insbesondere im älteren Schrifttum werden die dogmatischen Grundlagen und Voraussetzungen der Verwirkung im Lauterkeitsrecht behandelt.³³ Das Schrifttum setzt sich allenfalls reflexartig damit auseinander, ob die Unterscheidung der neueren Rechtsprechung nach der Verletzungsart haltbar ist.³⁴ Nur wenige widmen sich diesem Thema kritisch, insbesondere *Goldmann*³⁵, *Fritzsche*³⁶ und *Thiering*³⁷. Der überwiegende Teil im Schrifttum folgt indes der Auffassung der neueren Rechtsprechung. Erklärungen, weshalb im Rahmen der Verwirkung von Unterlassungsansprüchen ein Paradigmenwechsel erfolgt ist, finden sich weder in Rechtsprechung noch im Schrifttum.

³³ Folgende Beispiele seien genannt: *Siebert*, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung; *Tschigale*, Rechtsnatur der Verwirkung; *Frank*, Verwirkung im Wettbewerbsrecht; *Meyer*, Verwirkung im Wettbewerbsrecht; *Gumpel*, Verwirkung im Wettbewerbsrecht; *Karakantas*, Die Verwirkung; *Furler*, Besitz, Verkehrsgeltung, *Oppenheim*, Verwirkung im gewerblichen Rechtsschutz; *Schmidt*, Rechtsnatur der Verwirkung.

³⁴ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 11 UWG Rn. 2.14; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 8c UWG Rn. 38; *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 5 UWG Rn. 392; *Bacher*, in: Teplitzky, 17. Kapitel Rn. 3b.

³⁵ *Goldmann*, GRUR 2017, 657.

³⁶ *Fritzsche*, in: MüKo-UWG, § 11 UWG Rn. 295 f.

³⁷ *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, § 21 MarkenG Rn. 63 ff. zum Kennzeichenrecht, der auch die unzureichende Auseinandersetzung im Schrifttum bemängelt; vgl. auch *Krüger*, WRP 2016, 1214, 1216.

Register

- Absolute Rechte 129–131, 173, 309
Abwehransprüche 140
– Besitzstandserfordernis 231–236, 239
– rechtsmissbräuchliche Geltendmachung 179
Aktivlegitimation *siehe* Anspruchsbefugnis
Anspruch 82, 310, 321
Anspruchsbefugnis 218
– eingeschränkte 196–197, 218–221
– weite 203, 223
Anspruchsentstehung 102, 186, 267, 280, 322
Aufwertungsrecht 184
Ausschließlichkeitsrecht *siehe* Absolute Rechte
Außentheorie 49
- Besitzstand 155, 226, 228, 239, 241, 277, 289, 292, 294, 328, 331
– Rechtsprechung 294
– schutzwürdiger 155, 227, 234, 244, 255, 277, 290, 293, 294
– tatsächlicher 156, 232
Besondere Umstände 63, 73, 142, 249, 279, 322, 329, 331
Betriebliche Übung 82
Bewegliches System 88, 90, 147
Beweiserleichterungen 205
Bona fides 20, 21, 48
- Dauerhandlungen 5 f., 7, 9, 137, 263–268
Deliktsrecht 168, 174, 315
Dingliche Rechte 69, 111, 130–132, 139
Dogmatik 27, 31, 273–296, 328–330
- Eilrechtsschutz *siehe* Vorläufiger Rechtsschutz
Einrede 23, 93, 103, 132
Einstweiliger Rechtsschutz *siehe* Vorläufiger Rechtsschutz
Einwendung 93, 133, 233
Einzelhandlungen 136 f., 141, 263, 267, 293, 302
Erklärungsgehalt 108 f.
Erlassvertrag 106 f., 123 f.
Ersitzung 20, 105, 110 f.
Erwirkung 111
Europarecht 164, 167
Exceptio doli 21, 23 f., 30, 38, 105
- Fortsetzungszusammenhang 293, 301 f.
- Gemeinschaftsgedanke 31–33, 49 f.
Generalklausel 32, 37, 39 f., 44, 169–173, 315 f.
Gesamtbetrachtung 74, 279, 289, 328
Gestattung 276–278
Glauben 20, 34, 40, 44
Gläubigermehrheit 214, 223
Gläubigerverhalten 59, 75, 82, 122, 216, 324
– Untätigkeit 64, 75, 218, 250, 324
– Zurechenbarkeit 79
Gleichförmigkeit 282, 325
- Handlungseinheit 301–307
– im Zivilrecht 302–304
– im Strafrecht 301–302
- Innentheorie 32, 49
Instanzrechtsprechung 258, 261
Interessen 41, 53, 74, 306

- Allgemeininteressen 177, 212, 214, 225, 227, 234
- individuelle 182, 219, 255
- Interessenabwägung 90, 171, 279, 328
- multilaterale 185, 212
- Verbraucherinteressen 164, 215
- Irreführungsschutz 188, 213, 221, 254
- Irreführungstatbestand *siehe* Irreführungsschutz
- Kompensation 195
- Kontinuitätsinteresse 72, 285, 287
- Lauterkeitsrecht 159, 194, 252, 314
- Lizenzvertrag 273–275
- Lösungskonzepte 299–330
- Luhmann* 115–117
- Marktverhaltensrecht 160, 173, 201, 316
- Missbrauchsverbot *siehe* Rechtsmissbrauch
- Oppenheimer 30–32
- Ordnungsmittel 304
- Paradigmenwechsel 10, 234, 244
- Präventivfunktion 194, 200
- Privatautonomie 52, 71, 76, 105, 118
- Privatrechtsordnung 27, 32
- Raiser* 312
- Recht des geistigen Eigentums 317
- Rechtsausübung 19, 46, 50, 127, 320
 - Rechtsausübungsfreiheit 127, 320
 - Rechtsausübungsmacht 134, 319
 - unzulässige Rechtsausübung 39, 46–52, 105
- Rechtsfolge 93, 290
- Rechtsgrundlage 19, 33, 45, 179, 184
- Rechtsmissbrauch 47, 50
 - auf unionsrechtlicher Ebene 167
 - individueller 51
 - institutioneller 50
- Rechtsposition 49, 281, 310, 314, 319
- Rechtspositivismus 29
- Rechtsprechung 5, 24, 245, 252
- Rechtsschein 48, 55, 116 f., 120, 123
- Reichsgericht 26, 139, 182
- Reichsoberhandelsgericht 25
- Relative Rechte 129
- Risikoentscheidung 117, 123
- Risikosphäre 58, 79 f.
- Römisches Recht 20–24
- Schadensersatzansprüche 196, 200, 202, 237
- Schutzgut 176, 314
- Schutzlücke 119, 161, 270, 328
- Schutzwürdigkeit 8, 285
 - des Besitzstands 234, 289
 - des Schuldners 74
 - des Vertrauens 81, 217, 285, 287 f., 325
- Siebert* 31, 33, 49, 63
- Sittenwidrigkeit 38 f., 105, 162, 171
- Status quo 56, 290
- Strafrecht 42, 120, 301, 305
- Subjektive Rechte 31, 49, 128, 310, 318, 321
 - primäre 312
 - sekundäre 312
- Treu und Glauben 19, 27, 34, 40, 42, 47, 86
 - Begriff 40
 - Grundsatz 40
 - Normierung 34
- Treueverstoß 24, 52, 59, 286
- Umstandsmoment *siehe* Besondere Umstände
- Unterlassungsansprüche 4, 136, 189–211, 309
 - gesetzliche 190
 - kennzeichenrechtliche 253, 314
 - lauterkeitsrechtliche 4, 189, 254
 - Verletzungsunterlassungsanspruch 192
 - vorbeugende 193
 - zivilrechtliche Durchsetzung 203

- Venire contra factum proprium nulli conceditur 52–57, 122
- Veranlassungsprinzip *siehe* Risikosphäre
- Verbotnormen 172 f., 176, 288, 309, 317–319, 326
- Verhaltensbeitrag 58, 75–80, 82 f., 122, 282–285, 324
- des Gläubigers 58, 75–80, 82 f., 122, 324
 - des Schuldners 81, 288, 326
 - vertrauensbegründender 76–78, 282–285
- Verjährung 7, 99–104, 132, 279, 328
- Verjährungsfrist 66–68, 186 f.
 - Verjährungsrecht 266–272, 302 f.
- Verkehrssitte 41 f.
- Verletzungsart 136 – 138, 266–272
- Verschweigung 17, 104, 139
- Verstöße 137, 195, 204, 309
- marktbezogene 221, 234
 - mitbewerberbezogene 218, 223
- Verteidigungsmittel 132–134
- Vertrauen 8, 54–57, 80–84, 122, 281, 320, 323, 329
- Bezugspunkt 282–288
 - im rechtlichen Kontext 55
 - intensiviertes 287
 - schutzwürdiges 74, 81 f., 217, 288
 - tatsächliches 81, 216, 271 f.
 - Vertrauensgrundlage in Mehrpersonenverhältnissen 216–224
 - Vertrauensmechanismus bei der Verwirkung 121–125, 324–329
- Vertrauensdisposition *siehe* Vertrauensinvestition
- Vertrauenshaftung 56, 83, 114 f.
- Vertrauensinvestition 84–87, 229 f., 237–239
- Vertrauensschutzprinzip 54–58, 113–121, 280, 292
- Vertrauensstatbestand 80–84, 257, 281, 324–326
- Verwirkung 7, 13, 59, 181, 224, 273, 308
- als Unterfall unzulässigen widersprüchlichen Verhaltens 59 f.
 - Anwendungsbereich 127–134, 186–188, 224–227
 - Ausnahmen 135–145, 226
 - Bedeutung im Lauterkeitsrecht 181–188
 - Begriff 15–18
 - gesetzliche Sonderregeln 16, 135 f.
 - im Kennzeichenrecht 151–158
 - im Lauterkeitsrecht 149, 159–243
 - Voraussetzungen 63–90, 227–242
- Verwirkungskonzept *siehe* Verwirkung
- Verzicht 27, 106–109
- Vorkommission 35, 37
- Vorläufiger Rechtsschutz 207–209
- Wahrscheinlichkeit 73, 287, 289, 323, 325 – 327
- Wechselwirkung 88–89, 299
- Widersprüchliches Verhalten *siehe* venire contra factum proprium nulli conceditur
- Wiederholungshandlungen 6 f., 137, 187, 256–257, 263–265, 271, 287, 289 f.
- Wilburg 88 f.
- Zeitablauf 64–73, 243–251, 269–272, 320–322
- Bedeutung 71 f.
 - Beginn 65 f., 138, 244, 269–271, 280, 320
 - isolierte Prüfung 278–280
- Zeitmoment *siehe* Zeitablauf
- Zukunftsbezogenheit 198, 200, 286, 291, 292
- Zurechnung 58, 78–80
- Zuweisungsgehalt 315–318
- Zweite Kommission 35–38