

20.04.2024

**Grundlagen des privaten Wirtschaftsrechts –  
Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts**

**SS 2024**

**Universität Konstanz  
Mo 8.15 – 11.30 h, C 230**

*Jochen Glöckner*

**Reader Teil 2**

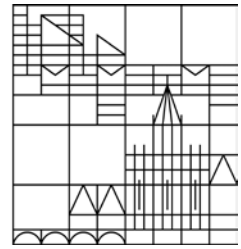
**Schutz des Wettbewerbs**

Arbeitspapier 5. E. Wettbewerbsschutz

Arbeitspapier 6. F. Kartellrecht

Arbeitspapier 7. G. Vergaberecht

Arbeitspapier 8. H. Lauterkeitsrecht



20.04.2024

**Grundlagen des privaten Wirtschaftsrechts –  
Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts  
SS 2024**

**Universität Konstanz  
Mo 08.15 – 11.30 h, C 230  
Jochen Glöckner**

**Arbeitspapier 5  
E. Wettbewerbsschutz**

Bitte lesen Sie vorbereitend:

RG v. 18.12.1931, II 514/30 (OLG Düsseldorf) – *Benrather Tankstelle* = RGZ 134, 342

BVerfG v. 1.8.2001, 1 BvR 1188/92 – *Schockwerbung* = GRUR 2001, 170, 173

EuGH v. 8.3.2001, Rs. C-405/98 – *Gourmet*, Slg. 2001, I-1795

BGH v. 26.11.1997, I ZR 148/95 – *Werbegewinnspiel im Ausland* = GRUR 1998, 419

**I. Begriffe**

In den deutschsprachigen Rechtsräumen bezeichnet „Lauterkeitsrecht“ den Inbegriff der Normen, welche den Schutz der Lauterkeit des Wettbewerbs bezwecken. Ursprünglich wurde dafür der Begriff „Wettbewerbsrecht“ verwendet und sprachlich in einen Gegensatz zum „Kartellrecht“ gebracht. In gleichem Maße, in dem das Europäische Kartellrecht in den Art. 101 ff. AEUV an Bedeutung gewann, verschob sich die Terminologie: In Rückübersetzung der gebräuchlichen englischen Bezeichnung *competition law* (ebenso frz.: *droit de la concurrence*, it.: *diritto della concorrenza*) für die Art. 101 ff. AEUV i.V.m. der Fusionskontrolle, wurde es gebräuchlich, auch auf Deutsch von „Wettbewerbsrecht“ zu sprechen (z.B. *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbs-

recht), wenn man Kartellrecht meinte. Das ist grundsätzlich begrüßenswert, da der Regelungsgegenstand der Art. 101 ff. AEUV - ebenso wie der des Kartellgesetzes oder des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen - über Kartelle i.e.S. weit hinausreicht und Wettbewerbsbeschränkungen durch vertikale Vereinbarungen ebenso wie den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen und Unternehmenszusammenschlüsse umfasst. In diesem Sinne hat *Fikentscher* (Wettbewerb und Gewerblicher Rechtsschutz. Die Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsordnung, 1958, S. 197) im Jahr 1958 unter dem Eindruck des GWB zur Verwendung der Bezeichnung „Recht der Wettbewerbsbeschränkungen“ statt „Kartellrecht“ aufgefordert. Das hat sich (leider) nicht durchgesetzt. Zur Vermeidung von Verwechslungen zwischen „Wettbewerbsrecht“ im neuen europarechtlichen Verständnis und dem überkommenen nationalen Verständnis wurden die Regelungen über den unlauteren Wettbewerb zunehmend durch die Begriffe „Lauterkeitsrecht“ oder „Wettbewerbsrecht im engeren Sinne“ beschrieben. Dem folgt auch diese Darstellung. Der sprachlichen Verwirrung steht die einhellige Auffassung gegenüber, wonach beide Rechtsgebiete den Zweck des Schutzes des Wettbewerbs verfolgen, wobei die Schutzrichtungen – einmal vor Beschränkungen der Freiheit des Wettbewerbs (Kartellrecht), einmal vor Verfälschungen (Lauterkeitsrecht) – divergieren sollen.

## II. *Historische Entwicklung von Lauterkeits- und Kartellrecht*

Lauterkeits- und Kartellrecht haben als Rechtsgebiete bei weitem nicht die Tradition wie etwa das Bürgerliche Recht. Sie entwickelten sich erst im Gefolge der Gewährung allgemeiner Gewerbefreiheit, d.h. in Deutschland seit Erlass der Gewerbeordnung von 1869 durch den Norddeutschen Bund. Mit der Beseitigung der Zunftschranken setzte nicht nur eine stürmische wirtschaftliche Entwicklung ein, sondern es stellte sich auch heraus, dass die einmalige Freiheitsgewährung zur Schaffung einer Wettbewerbsordnung nicht genügte. Es bedurfte ihrer steten „Pfleger“. Der einsetzende Konkurrenzkampf artete insofern aus, als in ganzen Branchen Praktiken wie Täuschung der Abnehmer, Nachahmung und Anschwärzung der Konkurrenten an der Tagesordnung waren. Durch solche Praktiken wurden die Nachfrageströme fehlgeleitet und der Wettbewerb denaturiert. Daneben wurde der Wettbewerb durch die Tendenz zur Selbstaufhebung bedroht. Im Gefolge der Depression von 1873 setzte eine rasch um sich greifende Kartellierung ein, die zunächst die Folgen der Krise lindern wollte („Kartelle als Kinder der Not“). Bald nahmen die Kartelle indes offensive Züge an. Hinzu kam eine sich verstärkende Konzentrationsbewegung.

### 1. Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs

So wurde die Rechtsordnung auf den Plan gerufen. In Deutschland wurde zunächst der vermeintlich unlautere Wettbewerb bekämpft. Nachdem es den Gerichten nicht gelungen war, den allgemeinen deliktsrechtlichen Rechtsschutz wirksam auszugestalten, entstand das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 27. Mai 1896. Wegen seines engen Zuschnitts auf bestimmte Tatbestände blieb es jedoch bedeutungslos. Im Jahr 1909 wurde ein UWG erlassen, in welchem durch die Aufnahme einer Generalklausel nach dem – damals aktuellen – Vorbild von § 826 BGB das Manko der Vorgängerregelung behoben wurde. Erst im Jahr 2004 wurde das UWG grundlegend modernisiert. Bis zum 12.12.2007 hätte die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie; UGP-RL), die eine Totalharmonisierung der Regelungen im Bereich der unlauteren Geschäftspraktiken im Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbraucher (B2C) bewirkt, in nationales Recht umgesetzt werden müssen. Erst Ende 2008 kam es aber in Umsetzung der Richtlinie zu einer Gesetzesnovelle. Für die Zwischenzeit war das UWG 2008 richtlinienkonform auszulegen. Danach wurde das UWG durch das Gesetz über unseriöse Geschäftspraktiken geändert. Infolge der Beanstandungen der Kommission an der vermeintlich unzureichenden Umsetzung der UGP-Richtlinie kam es zur UWG-Novelle 2015.

## 2. Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen

Auf die Gefahren der Selbstaufhebung des Wettbewerbs durch Kartelle und Konzentration reagierten die Rechtsordnungen demgegenüber bedeutend langsamer. Im Jahr 1891 wurde im Deutschen Reichstag eine Kartelldebatte geführt, die zu keiner gesetzgeberischen Maßnahme führte. So lag die Entwicklung in den Händen der Rechtsprechung. Sowohl das Bayerische Oberste Landesgericht (BayObLG, SeuffArch 44 Nr. 13 [1888]) als auch das Reichsgericht (RGZ 38, 155 - *Sächsisches Holzstoffkartell* [1897]) sprachen sich indes für die zivilrechtliche Wirksamkeit von Kartellvereinbarungen aus. Es verstoße „nicht wider das Prinzip der Gewerbefreiheit, ... wenn sich Gewerbsgenossen zu dem in gutem Glauben verfolgten Zweck miteinander verbinden, einen Gewerbszweig durch Schutz gegen die Entwertung seiner Erzeugnisse und die sonstigen aus Preisunterbietungen Einzelner hervorgehenden Nachteile lebensfähig zu erhalten“ (aaO., S. 158). Bemerkenswert ist dabei, dass das Reichsgericht einen Zusammenhang mit der Handelspolitik hergestellt hat: Wenn der Staat selbst „durch Einführung von Schutzzöllen auf die Steigerung der Preise gewisser Produkte“ hinwirke, könne es nicht schlechthin als dem Interesse der Gesamtheit zuwiderlaufend angesehen werden, wenn sich Private mit demselben Ziel zusammenschlossen (aaO., S. 157).

Die Entscheidung der Gerichte zugunsten der grundsätzlichen Zulässigkeit von Kartellen blieb demgegenüber grundlegend bis 1945. Im Jahr 1923 erging zwar die Verordnung gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen (RGBl. I, S. 1067). Diese sog. Kartellverordnung war indes rechtspolitisch ein Fehlschlag, weil sie Kartelle grundsätzlich erlaubte und lediglich einer Registrierungspflicht und bestimmten Kontrollmechanismen unterwarf. Die Kartellentwicklung erreichte im Jahr 1925 mit 2500 Industriekartellen ihren Höhepunkt. Lediglich die Auswüchse der Kartellierung wurden im Anschluss an das berühmte *Benrather Tankstellen*-Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahr 1931 (RGZ 134, 342) mit lauterkeitsrechtlichen Mitteln korrigiert.

**Fall 1:** Der Betreiber einer Tankstelle in Benrath hatte sich geweigert, seinen Benzinpreis nach den „Bedingungen für den Verkauf von Autotreibstoffen“ der sog. „Konvention“, einem Kartell von Lieferanten von Autotreibstoffen und Tankstellenbetreibern, festzusetzen. Darauf reduzierten die Kartellanten ihren Benzinpreis einzig und allein für ihre Tankstellen in Benrath und wiesen die Inhaber der Tankstellen in Benrath an, den Außenseiter in Zukunft unter allen Umständen zu unterbieten. Als Zweck ihrer ständigen Preisunterbietungen gaben sie an, sie hätten den Außenseiter nicht vernichten, sondern allein dazu zwingen wollen, seine Preise in gleicher Höhe festzusetzen wie sie. (RGZ 134, 342)

Die Entscheidung bewirkte allerdings ein weiteres Zurücktreten des Kartellrechts hinter dem Lauterkeitsrecht. Das nationalsozialistische Regime erließ im Jahr 1933 gar ein Zwangskartellgesetz (RGBl. I, S. 488).

Erst nach dem Zweiten Weltkrieg änderten sich die Verhältnisse. Im Potsdamer Abkommen war die Dezentralisierung der deutschen Wirtschaft in kürzester Frist beschlossen worden. Damit wurde das Ziel verfolgt, die als übermäßig empfundene Konzentration der Wirtschaftskraft zu beseitigen: *„At the earliest practicable date, the German economy shall be decentralized for the purpose of eliminating the present excessive concentration of economic powers as exemplified in particular by cartels, syndicates, trusts and other monopolistic arrangements.“* (Nr. 12 des Potsdamer Abkommens v. 5.6.1945). Gestützt darauf erließen die amerikanische und die britische Militärregierung textlich übereinstimmend für ihre Zonen das Gesetz Nr. 56 bzw. die Verordnung Nr. 78 *„Prohibition of Excessive Concentration of German Economic Power“*. Das sog. „alliierte Dekartellierungsrecht“ wurde zunächst in alliierter Zuständigkeit, ab dem Souveränitätsstichtag am 5. Mai 1955 in deutscher Zuständigkeit angewendet. Dadurch verloren zunächst die über Jahrzehnte gewachsenen Kartelle ihre Selbstverständlichkeit. Sie lösten sich auf oder wurden nicht wieder neugegründet. Daneben setzte sich das Wettbewerbsdenken durch, die Idee des freien Wettbewerbs, wie sie sich in den USA entwickelt hatte.

Zeitgleich bemühte man sich, aufbauend auf den Arbeiten der Ordo-Liberalen der Freiburger Schule aus der Vorkriegszeit, um eine neue Konzeption des Kartellrechts. Bereits am 5. Juli 1949 legte ein Sachverständigenausschuss *Ludwig Erhard* als damaligem Direktor der Verwaltung für Wirtschaft in Frankfurt den nach seinem Vorsitzenden benannten *Josten-Entwurf* vor. Die alliierten Dekartellierungsgesetze und das ordo-liberale Gedankengut des *Josten-Entwurfs* bildeten die Wurzeln des deutschen Kartellrechts. Der Regierungsentwurf von 1952 zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (BT-Drs. I/3462; RegE-GWB) baute in vielem auf dem *Josten-Entwurf* auf. Er sah ein generelles Kartellverbot (§ 1 RegE-GWB) und eine Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen (§§ 17, 25 RegE-GWB) ebenso wie eine Fusionskontrolle (§ 18 RegE-GWB) vor. Der Bundestag sprach sich im Gesetzgebungsverfahren jedoch gegen letztere aus. Nach erbitterten politischen Auseinandersetzungen („Der siebenjährige Krieg“) wurde das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen am 27. Juli 1957 erlassen (BGBl. I, S. 1081) und trat am 1. Januar 1958 in Kraft.

Im Jahr 1973 wurde mit der 2. GWB-Novelle die Zusammenschlusskontrolle eingeführt, vor der sich das Parlament bei der Schaffung des GWB noch gescheut hatte. Daneben wurde die Zulässigkeit der vertikalen Preisbindung für Markenartikel gestrichen und durch eine Erweiterung der Missbrauchsaufsicht für marktstarke Unternehmen ergänzt.

Die 6. GWB-Novelle vom 26.8.1998, die am 1.1.1999 in Kraft trat, bewirkte einerseits in materiellrechtlicher Hinsicht eine strukturelle Anpassung an das EG-Kartellrecht - das deutsche Kartellrecht als Urgestein der Wettbewerbsgesetze in Europa stand zuletzt allein, da die Rechtsordnungen der damaligen vierzehn anderen EG-Mitgliedstaaten Kartellgesetze nach dem Vorbild des Europarechts erlassen hatten; überdies bedurfte das EG-Vergaberecht einer formell-gesetzlichen Grundlage, welche der deutsche Gesetzgeber im GWB schuf -, andererseits in formaler Hinsicht eine komplette Neunummerierung des GWB.

Am 1.7.2005 trat die 7. GWB-Novelle in Kraft, welche durch die Änderung des EG-Kartellverfahrensrechts erforderlich geworden war. Die Novelle hatte eine noch stärkere Anpassung an das Gemeinschaftsrecht zur Folge. In Anlehnung an das Modell des EG-Kartellrechts wurde § 1 GWB zu einem allgemeinen Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen ausgebaut. Neu war die Einbeziehung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen, die vordem in §§ 14 ff. GWB a.F. selbständig geregelt waren. Einer der wichtigsten Kernpunkte der 7. GWB-Novelle war die Einführung des Prinzips der Legalausnahme für zu rechtfertigende Wettbewerbsbeschränkungen in § 2 GWB. Die Anmelde- und Freistellungstatbestände der §§ 2 ff. a.F. GWB wurden mit Ausnahme der Regelung zu Mittelstandskartellen abgeschafft. Nach § 2 Abs. 1 GWB sind diejenigen Vereinbarungen vom Verbot des neuen § 1 GWB freigestellt, „die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung der technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind oder Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten“.

Am 30.6.2013 trat die 8. GWB-Novelle in Kraft. Sie hat vor allem den materiellen Prüfungsmaßstab der Fusionskontrolle auch sprachlich dem des EU-Kartellrechts angenähert, indem der Marktbeherrschungstest durch den SIEC-Test ersetzt wurde. Die Vorschriften über einseitiges Verhalten wurden strukturell völlig neu gefasst, §§ 18 ff. GWB.

Am 18. April 2016 wurde das Kartellvergaberecht durch Art. 1 des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts grundlegend neu geregelt. Die 9. GWB-Novelle trat am 9. Juni 2017 in Kraft. Mit ihr wurde vor allem die EU-Richtlinie über Schadensersatzklagen umgesetzt. Daneben wurde der Digitalisierung der Wirtschaft Rechnung getragen.

Am 20. Januar 2021 trat die 10. GWB-Novelle in Kraft. Sie brachte weitreichende Neuerungen im Missbrauchsrecht mit sich. Die als „Digitalisierungsgesetz“ bezeichnete Novelle adressierte wettbewerbliche Probleme, die infolge der überragenden Marktmacht großer Digitalkonzerne in den Fokus der wettbewerbsspolitischen Diskussion geraten waren. Bereits am 7. November 2023 trat die 11. GWB-Novelle in Kraft. Ein Kernstück der Novelle war die Erweiterung der Befugnisse des Bundeskartellamts hinsichtlich von Abhilfemaßnahmen im Anschluss an eine Sektoruntersuchung, die theoretisch nun sogar gem. § 32f Abs. 4 GWB in der Anordnung des Verkaufs von Unternehmensanteilen und somit in die Anordnung einer „anlasslosen Entflechtung“ gipfeln kann (siehe hierzu auch *Franck*, NJW 2024, 246). Weiter sollte durch die Einführung des § 32g GWB die Durchsetzung des Digital Markets Act (DMA) weiter gestärkt werden. Die Schärfe der Sanktion der Vorteilsabschöpfung gem. § 34 GWB wurde durch eine Senkung ihrer Voraussetzungen erhöht.

### III. Grundlagen des deutschen und Europäischen Kartellrechts

#### 1. Europäisches Kartellrecht

Bereits der im Juli 2002 ausgelaufene Vertrag zur Gründung einer Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS – „Montanunion“) aus dem Jahr 1951 enthielt Wettbewerbsregeln. In deren Hintergrund stand allerdings noch zentral das aus dem Potsdamer Abkommen stammenden Anliegen der Dekartellierung der deutschen Wirtschaft.

Bei der Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft im Jahr 1958 hatten sich die Akzente bereits deutlich verschoben: Mit der angestrebten Öffnung der nationalen Märkte („Binnenmarkt“) wäre es nicht vereinbar gewesen, wenn die Wettbewerbschancen der Unternehmen im grenzüberschreitenden Handel durch unterschiedliche kartellrechtliche Regime der Mitgliedstaaten beeinflusst worden wären. Aus diesem Grund enthielt der E(W)G-Vertrag seit seiner Schaffung nicht nur in seinen Zielvorschriften eine Verpflichtung auf „ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt“ (zul. Art. 3 Abs. 1 lit. g EG), sondern auch detaillierte Wettbewerbsregeln in den Art. 81 ff. EG. Mit dem Vertrag von Lissabon sind die Vorschriften des Europäischen Kartellrechts in die Art. 101 ff. AEUV unverändert „umgezogen“. Lediglich die dem Art. 3 Abs. 1 lit. g EG entsprechende Regelung ist nun in einem der Protokolle zum EU-Vertrag enthalten („[Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb](#)“, site zul. besucht am 19.4.2024), welche gemäß Art. 51 EUV auch Bestandteil der Verträge sind. Eine inhaltliche Änderung ist hiermit nicht verbunden (vgl. hierzu AP 1). Die im Ersten Kapitel des Siebten Titels des AEUV niedergelegten Art. 101 - 109 AEUV (früher Art. 81 - 89 EG; davor Art. 85 - 94 EGV) enthalten die *Wettbewerbsregeln* der Union. Die Wettbewerbsregeln gliedern sich in Vorschriften für Unternehmen (Abschnitt 1, Art. 101 - 106 AEUV; früher Art. 81 - 86 EG; davor Art. 85 - 90 EGV) und über staatliche Beihilfen (Abschnitt 2, Art. 107 - 109 AEUV; früher Art. 87 - 89; davor Art. 92 - 94 EGV). Da die früheren Artikel nicht nur in älterer Literatur anzutreffen sind, sondern auch häufig noch in Urteilen zitiert werden, ist es wichtig, auch diese den richtigen Norminhalten zuzuordnen zu können.

Innerhalb der Vorschriften des ersten Abschnitts nimmt Art. 106 AEUV (früher Art. 86 EG; davor Art. 90 EGV) eine Sonderstellung ein. Nur der zweite Absatz richtet sich der Überschrift gemäß an Unternehmen. Artikel 106 AEUV wendet sich demgegenüber an die Mitgliedstaaten und verpflichtet sie, in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine den Verträgen und insbesondere dessen Art. 18 und 101 bis 109 widersprechende Maßnahmen zu treffen. Die Regelung stellt zum einen klar, dass die Mitgliedstaaten sich nicht den ihnen aus den Verträgen entstehenden Verpflichtungen dadurch entziehen können, dass sie Handlungsbefugnisse auf Unternehmen delegieren. Zum anderen verbietet sie den Mitgliedstaaten, von ihnen abhängige Unternehmen zu einem mit den Verträgen unvereinbaren Verhalten zu veranlassen.

Den wesentlichen materiellen Gehalt der für Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln enthalten die Art. 101 bis 103 AEUV (früher Art. 81 – 83 EG; davor Art. 85 - 87 EGV) i.V.m. der Fusionskontrollverordnung Nr. 139/2004 (FKVO): Darin wird in Art. 101 Abs. 1 AEUV (früher Art. 81 EG; davor Art. 85 EGV) ein allgemeines Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen mit Nichtigkeitsfolge (Abs. 2) aufgestellt. Die Unterscheidung von horizontalen und vertikalen Vereinbarungen spielt im EU-Kartellrecht auf der Seite des Tatbestands von Art. 101 Abs. 1 AEUV keine Rolle, sondern wird erst auf einer zweiten Ebene relevant: Unter bestimmten Umständen kann wettbewerbsbeschränkendes Verhalten vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV freigestellt werden, Art. 101 Abs. 3 AEUV. An dieser Stelle werden Beschränkungen, die aus Abreden im Vertikalverhältnis hervorgehen, anderen Maßstäben unterworfen als Beschränkungen durch Abreden von Mitbewerbern. Artikel 102 Abs. 1 EG (früher Art. 82 Abs. 1 EG; davor Art. 86 Abs. 1 EGV) verbietet die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung. In Verbindung mit der in Art. 103 EG bzw. der Fusionskontrollverordnung (FKVO) Nr. 139/2004 begründeten Fusionskontrolle umschreiben die an Unternehmen gerichteten Wettbewerbsregeln des AEUV das herkömmlicherweise als Kartellrecht bezeichnete Rechtsgebiet.

#### a) Wettbewerbsleitbild und Ziele des EU-Kartellrechts

Die Art. 101 ff. AEUV schützen den Wettbewerb in der Union, definieren den Begriff aber nicht. Anders als im Rahmen zahlreicher nationaler Systeme zum Schutz des Wettbewerbs wird im Zusammenhang mit dem Europäischen Wettbewerbsrecht das zugrunde gelegte Wettbewerbsleitbild selten ausführlich dargestellt.

Tatsächlich knüpfen weder die Wettbewerbsvorschriften des AEUV noch die des früher geltenden EG-Vertrages noch die Rechtsprechung des EuGH an ein bestimmtes ökonomisches Wettbewerbsmodell an. „Wettbewerb“ als unbestimmter Rechtsbegriff wird anhand der allgemeinen Grundsätze und Ziele des EUV und des AEUV ausgelegt

Aus der Präambel und den Zielbestimmungen des früher geltenden EG-Vertrages ging die Verpflichtung auf einen freien, unverfälschten, wirksamen und redlichen Wettbewerb hervor. Mit dem Attribut „frei“ wurden insbesondere Beschränkungen des Wettbewerbs durch Unternehmen erfasst. Dem Schutz des freien Wettbewerbs dienen die Vorschriften über das Europäische Wettbewerbsrecht in den Art. 81 ff. EG (jetzt Art. 101 ff. AEUV). Die Attribute „unverfälscht“ und „wirksam“ (im untechnischen Sinne) zielten demgegenüber auf die Sicherung der Funktionsbedingungen des Wettbewerbs. Der Vertrag von Lissabon ist wettbewerbspolitisch wesentlich zurückhaltender. Artikel 3 Abs. 3 EUV nimmt aus wettbewerbsrechtlicher Sicht lediglich auf den Binnenmarkt und eine wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft Bezug. Flankierend stellt das bereits erwähnte Protokoll Nr. 27 – insoweit in Anknüpfung an den früher geltenden Art. 3 Abs. 1 lit. g EG - klar, dass der Binnenmarkt des Art. 3 EUV auch ein System umfasst, welches den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt.

Wird als Leitbild der *unverfälschte* Wettbewerb zugrunde gelegt, so muss gegen jedes Wettbewerbsverhalten der Unternehmen vorgegangen werden, das geeignet ist, diesen Wettbewerb zu *verfälschen*. Über die in dem Protokoll Nr. 27 niedergelegte Verpflichtung zum Schutz gegen Wettbewerbsverfälschungen wird die Diskussion von der Frage nach dem anzustrebenden Wettbewerbsleitbild abgelenkt. Tatsächlich besteht bei unmittelbaren Angriffen auf die Funktionsbedingungen des Wettbewerbs häufig breiterer Konsens als bei der abstrakten Diskussion um ein Wettbewerbsleitbild. Gleichwohl wird die Grundfrage dadurch nicht beantwortet, sondern nur verschoben. Bereits begrifflich ergibt sich aus der Formulierung „unverfälscht“, dass sich der Akt der Verfälschung auf einen Idealzustand beziehen muss. Solange dieser Idealzustand nicht weiter konkretisiert wird, fällt die Abgrenzung legitimen Wettbewerbsverhaltens von gegen die Art. 101 ff. AEUV verstoßenden Verfälschungshandlungen schwer. In Ermangelung konkreter Vorgaben muss auf die Gesamtheit des *acquis communautaire* zurückgegriffen werden.

aa) Angriffe auf das Binnenmarktziel

Zu den grundlegenden Forderungen des EUV und des AEUV im Hinblick auf einen wirksamen Wettbewerb gehört zunächst, dass die Bildung eines einzigen Marktes mit binnenmarktähnlichen Verhältnissen erreicht wird. Das System unverfälschten Wettbewerbs und die Vorschriften über den Freiverkehr im Binnenmarkt bilden eine funktionale Einheit. Der durch die Grundfreiheiten ermöglichte Wettbewerb muss vor wettbewerbsbeschränkenden Eingriffen von Unternehmen geschützt werden. Die Errichtung des Binnenmarktes und die Sicherung seines ordnungsgemäßen Funktionierens werden als Nahziel der Wettbewerbsregeln bezeichnet. Insoweit hat der Wettbewerb gegenüber der Marktintegration als primärer Gemeinschaftsaufgabe gem. Art. 3 EUV i.V.m. Protokoll Nr. 27 nur dienende Funktion. Europäische Wettbewerbspolitik ist zu allererst Integrationspolitik. Eine Abschottung der nationalen Märkte ist weder mit dem Binnenmarktziel noch mit dem Leitbild der Wettbewerbsordnung vereinbar. Wettbewerbsverhalten, das auf eine Wiederherstellung von Einzelmärkten gerichtet ist, verfälscht den Wettbewerb.

bb) Angriffe auf die Funktionsbedingungen des Wettbewerbs

*Verbraucherautonomie:* Zu den Funktionsbedingungen des Wettbewerbs zählt insbesondere die Autonomie der ökonomischen Entscheidung auf der jeweiligen Marktgegenseite. Die Autonomie der Entscheidung kann auf mannigfaltige Weise beeinträchtigt werden. Beeinflussungen durch die Ausübung von unangemessenem Druck oder unzulässige Einwirkungen auf das Vorstellungsbild der Marktgegenseite zählen dazu.

*Markttransparenz:* Grundlage der autonomen Entscheidung ist eine hinreichende Markttransparenz. Auch insoweit ist keine Verpflichtung auf das Wettbewerbsmodell vollkommener Konkurrenz, das von der Fiktion vollständiger Markttransparenz ausgeht, zu erkennen, da ein Zustand „totaler Markttransparenz“ heute weniger in Sicht ist denn je. Ohne eine wertende Entscheidung darüber zu treffen, wieviel Transparenz der Wettbewerb *idealiter* benötigt, gehen die Unionsorgane daher zutreffend davon aus, dass eine Verbesserung der Markttransparenz nicht nur im Interesse der Verbraucher, sondern auch im Interesse des Wettbewerbsschutzes regelmäßig geboten ist. Demgemäß ziehen sich Kennzeichnungs- und Aufklärungspflichten durch das gesamte europäische Sekundärrecht.

*Angriffe auf die Marktstruktur – Künstliche Marktzutrittsschranken:* Zu den Voraussetzungen, unter denen Wettbewerb stattfindet und unter denen er seine Funktionen erfüllen kann, gehören insbesondere die Freiheit des Marktzugangs, des Abschlusses und der inhaltlichen Ausgestaltung von Austauschverträgen. Sie ermöglichen erst den Marktteilnehmern, eine Auswahlentscheidung unter ökonomischen Gesichtspunkten treffen zu können. Verhaltensweisen, welche diese Freiheiten einschränken, stellen regelmäßig verbotene Wettbewerbsstörungen dar.

Den Forderungen der *Chicago School*, strategisches Wettbewerbsverhalten in weitem Umfang zuzulassen, weil es im Regelfall aus Effizienzgesichtspunkten gerechtfertigt sei, ist der EuGH bislang nicht nachgekommen. Insoweit ist eher eine vergleichsweise rigide Missbrauchsaufsicht gem. Art. 102 AEUV in den Bereichen des Behinderungsmisbrauchs festzustellen. In Fällen, in denen der EuGH das Bestreben von Unternehmen erkannt hat, die Kosten ihrer Konkurrenten zu erhöhen, um sie so vom Marktzutritt abzuhalten, war er mit der Annahme einer marktbeherrschenden Stellung recht großzügig. Im Dezember 2008 hat die Europäische Kommission eine Mitteilung vorgelegt, in der sie ihre Prioritäten bei der Anwendung von Art. 102 AEUV auf Fälle des Behinderungsmisbrauchs erläutert, vgl. die [Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABI 2009 Nr. C 45/7](#) (site zul. besucht am 19.4.2024). In dem Papier kündigte die Kommission an, sich auf diejenigen missbräuchlichen Verhaltensweisen zu konzentrieren, die den Verbrauchern am meisten schaden. Wettbewerb komme den Verbrauchern in Form niedrigerer Preise, höherer Qualität und eines größeren Angebots an neuen oder verbesserten Waren und Dienstleistungen zugute.



b) Effizienzorientierung

Bei der Feststellung eines Angriffs auf die Funktionsbedingungen des Wettbewerbs spielen Gesichtspunkte der Sicherung wirtschaftlich effizienten Verhaltens in der Rechtsprechung bislang nur eine untergeordnete Rolle. Eine Steigerung der Effizienz kann aber immerhin die Freistellung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV begründen. Insoweit hat sich jedenfalls die Kommission bereits im Zusammenhang mit der Vertikal-GVO (vgl. dazu später) sowie der Fusionskontrollvereinbarung von 2004 zu einem „*more economic approach*“ bekannt.

Dieselbe Akzentverschiebung wirkt sich auch bei der Kontrolle einseitigen Verhaltens aus. In den oben genannten Erläuterungen hält die Kommission fest, dass sie von der Möglichkeit einer Rechtfertigung einer an sich wettbewerbswidrigen Marktverschließung durch Effizienzvorteile unter den in Art. 101 Abs. 3 AEUV genannten Voraussetzungen ausgeht.

c) Einbeziehung weiterer Gesichtspunkte: Verbraucherschutz im Kartellrecht

Als tragender Gesichtspunkt des europäischen Wettbewerbsrechts wurde die Verbraucherwohlfahrt zunächst erkannt, die Eigenständigkeit des Kriteriums jedoch bezweifelt. Diese Einschränkung ging davon aus, dass Verbraucher nur mittelbar durch die allgemeinen Wirkungen des Wettbewerbs begünstigt werden. Zahlreiche Entscheidungen des EuGH ließen sich jedoch ausgehend von einem am bloßen Wettbewerbsschutz orientierten Verständnis der Art. 101 ff. AEUV nur schwer begründen. Das wird vor allem im Rahmen des Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung deutlich. Der Anwendungsbereich der Vorschrift wurde durch eine enge Marktabgrenzung, die restriktive Berücksichtigung potentiellen Wettbewerbs sowie die Auflösung des Konnex von Marktbeherrschung und Missbrauch in einer Weise erweitert, die allein unter der Annahme einer besonderen Berücksichtigung von Verbraucherinteressen begründet werden kann.

In jüngerer Zeit wird diese in der Vergangenheit latent vorhandene Tendenz zur unmittelbaren Berücksichtigung von Verbraucherinteressen durch den *more economic approach* zum Konzept erhoben. Obgleich bei einer rein ökonomischen Analyse keineswegs klar ist, dass die alleinige Orientierung an der Verbraucherwohlfahrt im Verhältnis zur allgemeinen Wohlfahrt maßgeblich zu sein hat, haben sich Proponenten der *Antitrust Law & Economics* den Verbraucherschutz in besonderer Weise auf die Fahnen geschrieben. So verwundert es nicht, dass auch in jüngeren Stellungnahmen der Europäischen Kommission das Kartellrecht und seine Durchsetzung zunehmend mit dem Gedanken des Verbraucherschutzes gerechtfertigt werden.

Jüngst wird verstärkt diskutiert, welche Verbraucherinteressen das Kartellrecht schützen sollte. Neben dem klassischen Fokus auf das Preisniveau werden vor allem Umweltschutz- und Nachhaltigkeitsbelange genannt. Die Kommission erwog im Rahmen ihres Green Deals, Nachhaltigkeitsaspekte im Rahmen der Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften einzustellen ([Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Der europäische Grüne Deal](#), 11.12.2019, COM(2019) 640 final; site zuletzt besucht am 19.4.2024). Dem folgend fügte die Kommission in ihre Horizontal-Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit vom 21. Juli 2023 ein ganzes Kapitel zu Nachhaltigkeitsvereinbarungen zwischen Unternehmen ein mit Erläuterungen, wann diese keinen Kartellrechtsverstoß darstellen.

d) Gesetz über digitale Märkte („Digital Markets Act“)

Im September im Jahr 2022 erließ der Unionsgesetzgeber die Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828

(kurz: Digital Markets Act/Gesetz über digitale Märkte) und zielte damit darauf, einen Regulierungsrahmen für große Online-Plattformen zu schaffen. Die Verordnung beinhaltet spezifische Verbote und Gebote. Beispielsweise wird vorgesehen, dass große Online-Plattformen Nutzer nicht daran hindern dürfen, vorinstallierte Apps zu deinstallieren, Art. 6 Abs. 3 UAbs. 1 Digital Markets Act.

#### e) Datenverordnung („Data Act“)

Als Teil der „europäischen Datenstrategie“ trat am 11. Januar 2024 die Verordnung (EU) 2023/2854 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2023 über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung sowie zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie (EU) 2020/1828 (kurz: Data Act/Datenverordnung; DatenVO) in Kraft, die ab dem September 2025 anwendbar sein wird. Die Verordnung soll u.a. den Nutzern von vernetzten Produkten, die Daten über ihre Nutzung oder ihre Umgebung sammeln und mit dem Internet verbunden sind („Internet of Things“), Art. 2 Nr. 5 DatenVO, oder von verbundenen Diensten, Art. 2 Nr. 6 DatenVO, ein Recht auf Zugang und Gebrauch der durch ihre Nutzung erzeugten Daten geben (Art. 4 Abs. 1 DatenVO). Der Hersteller oder Verkäufer des datenerzeugenden Produktes („Dateninhaber“) soll zukünftig mit dem Nutzer des Produktes einen Datenlizenzvertrag abschließen müssen, um die vom Nutzer durch die Benutzung generierten Daten nutzen dürfen (Art. 4 Abs. 13 DatenVO). Allerdings hält den Verkäufer des datenerzeugenden Produktes nichts davon ab, den Verkauf des Produktes an den Nutzer unter die Bedingung der Zustimmung zu dem Datenlizenzvertrag zu stellen (*Antoine*, CR 2024, 1, 6). Auf der anderen Seite soll der Nutzer von dem Dateninhaber verlangen können, dass er die Daten an vom Nutzer bestimmte Dritte weitergibt (Art. 5 Abs. 1 DatenVO). Das soll nicht nur die verfestigte Verteilung von Unternehmen mit Zugang zu solchen Daten aufbrechen, sondern gibt auch dem Nutzer potenziell die Möglichkeit, seine durch die Benutzung erzeugten Daten an Dritte zu verkaufen. Neben diesen Zielen sollen durch die Verordnung momentane Lock-In-Effekte in der digitalen Wirtschaft aufgehoben, die Interoperabilität von Daten gefördert und KMU gestärkt werden und der Wirtschaftsbereich der digitalen Wirtschaft damit insgesamt gestärkt werden.

## 2. Deutsches Kartellrecht

Das deutsche Kartellrecht ist im GWB in der Fassung nach der 11. GWB-Novelle vom 7. November 2023 geregelt. § 1 GWB entspricht Art. 101 Abs. 1 AEUV. Gemäß § 2 Abs. 1 GWB können in Anlehnung an Art. 101 Abs. 3 AEUV Vereinbarungen i.S.d. § 1 GWB nach dem Prinzip der Legalausnahme freigestellt werden. § 2 Abs. 2 GWB überträgt den Regelungsgehalt der von der Kommission erlassenen Gruppenfreistellungsverordnungen im Wege einer dynamischen Verweisung ins deutsche Recht. Im Bereich von Wettbewerbsbeschränkungen durch Vereinbarungen im Vertikalverhältnis ist damit die Europäische Vertikal-GVO anwendbar, die solche Vereinbarungen im Grundsatz gestattet. § 3 GWB begründet eine originär nationale Freistellung horizontal wirkender Wettbewerbsbeschränkungen bei sog. Mittelstandskartellen.

Inhaber einer marktbeherrschenden Stellung gem. § 18 GWB unterliegen ebenfalls einem Verbot, diese Position durch einseitiges Marktverhalten zu missbrauchen, § 19 GWB. Die Vorschrift entspricht der Regel des Art. 102 AEUV. Erweitert wird der Kreis der Normadressaten allerdings durch § 20 GWB auf nur relativ marktstarke Unternehmen. Mit der 10. GWB-Novelle wurde das Missbrauchsrecht in § 19a GWB um ein Verbot missbräuchlichen Verhaltens für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb ergänzt.

Schließlich bedürfen Zusammenschlussvorhaben („Fusionen“) der Freigabe durch das BKartA. Das BKartA untersagt das Vorhaben, wenn zu erwarten ist, dass der Zusammenschluss den wirksamen Wettbewerb erheblich einschränkt, insbesondere indem er eine marktbeherrschende

Stellung begründet oder verstärkt, § 36 Abs. 1 GWB. Mit der 8. GWB-Novelle wurde die Zusammenschlusskontrolle an den in der europäischen Fusionskontrolle beherrschenden SIEC-Test angepasst (vgl. o.).

## 3. Die Struktur der an Unternehmen gerichteten Wettbewerbsregeln

**Grundschema des materiellen  
Europäischen und deutschen Kartellrechts**

	<b>Beschränkungen durch horizontale Abreden</b>	<b>Beschränkungen durch vertikale Abreden</b>	<b>Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung</b>	<b>Fusionskontrolle</b>
EU	Art. 101 AEUV	Art. 101 AEUV	Art. 102 AEUV	Art. 102 AEUV, Fusionskontrollverordnung
D	§§ 1 - 3 GWB	§§ 1, 2 GWB	§§ 19 ff. GWB	§§ 35 ff. GWB

#### IV. Grundlagen des deutschen und Europäischen Lauterkeitsrechts

## 1. Deutsches Lauterkeitsrecht

## a) Historische Entwicklung

## 1) Französische Wurzeln

Die Ursprünge des modernen Lauterkeitsrechts werden im Allgemeinen in Frankreich erkannt. Um die Mitte des vorletzten Jahrhunderts artikuliert sich dort in Rechtsprechung und Literatur der Gedanke, dass das Prinzip der Wettbewerbsfreiheit die Bekämpfung von Missbräuchen bei ihrer Ausübung nicht ausschließt. Mit dieser Einsicht begann auch der Begriff der *concurrance déloyale*, sich durchzusetzen. Die französische Rechtsprechung hat dabei zunächst ohne klare Angabe einer gesetzlichen Grundlage, vielleicht auch ohne Vorstellung darüber, wo diese zu suchen sein könnte, Schutzbedürfnissen nachgegeben, die ihr einleuchtend erschienen, und zahlreiche, auch heute noch anerkannte Fallreihen entwickelt. Danach erst wurde die deliktsrechtliche Generalklausel in Art. 1382 Code Civil der schon eingespielten Praxis untergeschoben.

## aa) Spezifisch deliktsrechtliche Probleme

In Deutschland finden sich erst ab 1860 und vor allem in den Geltungsgebieten des französischen Rechts, wo man sich auf die deliktsrechtliche Generalklausel des Art. 1382 Code Civil stützte, Ansätze eines von sondergesetzlichen Vorschriften unabhängigen Kennzeichenschutzes. Immerhin lehnte aber das Oberhofgericht Mannheim noch im Jahr 1874 die auf den Begriff der *concurrance déloyale* gestützte französische Auffassung als willkürlich ab (insoweit abgedr. bei *J. Kohler*, Der unlautere Wettbewerb. Darstellung des Wettbewerbsrechts, 1914, S. 37 ff., 38). Einen weiteren Rückschlag für die deliktsrechtliche Lauterkeitskontrolle brachte das *Apollinaris*-Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahr 1880 (RGZ 3, 67, 69): Dem 1874 in Kraft getretenen Markenschutzgesetz wurde die gesetzgeberische Entscheidung entnommen, dass jedes darin nicht verbotene Verhalten erlaubt sei.

## bb) Erlass lauterkeitsrechtlicher Sondergesetze

Erst zu Beginn der 90er-Jahre des 19. Jahrhunderts etablierte sich in Deutschland der Rechtsbegriff „unlauterer Wettbewerb“. Gleichzeitig setzten Bestrebungen ein, unlauterem Wettbewerb durch gesetzgeberische Maßnahmen entgegenzutreten. Als Resultat versuchte der Gesetzgeber im Jahr 1896, den Bedürfnissen der Praxis durch den Erlass des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs gerecht zu werden. Doch erst mit dem heute noch geltenden UWG aus

dem Jahr 1909, das eine Generalklausel nach dem Muster des § 826 BGB enthielt, „wurde der Bann gebrochen, die Rechtsprechung, die nach einer gesetzgeberischen Krücke suchte, hatte sie gefunden“ (J. Kohler, Unlauterer Wettbewerb, 1914, S. 57 ff., 63). Mit der Generalklausel wurde auch in Deutschland die Entwicklung eines Systems wettbewerblicher Verhaltensregeln durch die Rechtsprechung ausgelöst.

#### cc) Entwicklung der Fallreihen

Nach Inkrafttreten des deutschen UWG von 1909 begannen die Gerichte, sich an ihren früheren Entscheidungen zu orientieren und Fallgruppen zu formen. Einflussreich war dabei die von Josef Kohler entwickelte Unterscheidung zwischen „Irreleitungen“ und „Feindseligkeiten“. Sie wurde in der Literatur weiterentwickelt und findet sich im Wesentlichen noch in der Systematik *Hefermehls* wieder, der die Formulierungen „Kundenfang“, „Behinderung“, „Ausbeutung“ und „Vorsprungserlangung durch Rechtsbruch“ prägte. Den Sondertatbeständen kam hinter der „großen“ (§ 1 UWG a.F.) und der „kleinen“ (§ 3 UWG a.F.) Generalklausel nur geringe Bedeutung zu.

#### dd) Weitere Entwicklung unter dem UWG 1909

##### (1) Erste Deregulierung des UWG

Vor allem in den 60er- und 70er-Jahren des letzten Jahrhunderts war es durch eine rege Tätigkeit der Abmahnvereine und eine klägerfreundliche bzw. wenig wettbewerbsorientierte Praxis der Gerichte zu einer – nicht nur im europäischen Umfeld – einzigartigen Strenge und Vielschichtigkeit des deutschen Lauterkeitsrechts gekommen. Anfang der 90er-Jahre des letzten Jahrhunderts erkannte der EuGH in verschiedenen lauterkeitsrechtlichen Regelungen nicht zu rechtfertigende Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs (vgl. dazu noch später). Dies löste eine erste Liberalisierungsdiskussion aus, die in die UWG-Novelle von 1994 mündete.

Um den erwähnten Missständen bei der Durchsetzung gegenzusteuern („Abmahnvereine“), schränkte der Gesetzgeber im Jahr 1994 die *abstrakte Klageberechtigung der Mitbewerber und der Verbände nach § 13 Abs. 2 UWG a.F. ein*. Mitbewerber müssen seitdem auf demselben Markt tätig sein; gewerblichen Interessenverbänden muss eine „erhebliche Zahl von Gewerbetreibenden“ angehören, die auf demselben Markt tätig sind. Die seinerzeit ebenfalls geplante Aufhebung des Rabattgesetzes scheiterte jedoch zunächst.

Ohne eine Änderung des positiven Rechts vollzog sich die bei weitem bedeutendste Akzentverschiebung: Die Rechtsprechung übernahm zuletzt ausdrücklich (BGH, WRP 2000, 517, 520 - *Orient-Teppichmuster*) das vom EuGH entwickelte Verbraucherleitbild für die Beurteilung irreführender Verbraucherwerbung, nachdem er bereits vorher über mehrere Jahre seine überstrenge Judikatur gelockert hatte.

##### (2) Paradigmenwechsel bei der vergleichenden Werbung

Über Jahrzehnte war die vergleichende Werbung unterschiedlichen Prüfungsmaßstäben unterworfen gewesen. Dabei hatte die Rechtsprechung den Grundsatz entwickelt, dass vergleichende Werbung wegen ihrer inhärent herabsetzenden oder ausbeutenden Wirkung im Grundsatz verboten sei, und allein unter besonderen Umständen (Informationsinteresse der Allgemeinheit) gerechtfertigt sein könne (vgl. die Darstellung in BGH, GRUR 1998, 824 – *Testpreis-Angebote*).

Im Jahr 1997 wurde die EG-Richtlinie über vergleichende Werbung erlassen (vgl. dazu noch später), die den Gesetzgeber im Jahr 2000 zu einer grundlegenden Neuregelung, enthalten in den §§ 2, 3 S. 2 UWG a.F., veranlasste. Darin wurde in der Sache das Verbotsprinzip aufgegeben und durch das Missbrauchsprinzip ersetzt, auch wenn formal – durch die Vorschrift des § 3 S. 2 UWG a.F. - am Verbotsprinzip festgehalten wurde.

## (3) Rabattgesetz, die Zweite!

Ebenfalls auf die Europäische Gesetzgebung, nämlich auf die Niederlegung des Herkunftslandprinzips in der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, ist die ersatzlose Aufhebung des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung im Jahr 2001 zurückzuführen.

## ee) Neuarchitektur des UWG

Am 7.7.2004 trat ein neues UWG in Kraft. Im Zuge der Reform hatte eine grundlegende Überarbeitung des Gesetzes stattgefunden. Die Arbeiten an dem Gesetz sind vor dem Hintergrund der europäischen Bestrebungen zu würdigen, das Recht des unlauteren Wettbewerbs insgesamt zu harmonisieren.

Das UWG war als nicht mehr zeitgemäß und im internationalen Vergleich in einzelnen Bereichen besonders restriktiv erkannt worden. Durch den Entwurf sollte eine grundlegende Modernisierung ermöglicht werden. Einige der materiellen Schwerpunkte der Reform wurden bereits erwähnt: die Zweckbestimmung in § 1 UWG, die neuen Generalklauseln und der Gewinnabschöpfungsanspruch aus § 10 UWG.

## ff) Das UWG 2008 - Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken

Die Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie; UGP-RL) im Dezember 2008 hatte zahlreiche Änderungen des UWG zur Folge. Der gegenständliche Anwendungsbereich des UWG wurde wesentlich erweitert. Nicht nur geschäftliche Handlungen vor Vertragsschluss, sondern auch Handlungen während des Vertragsschlusses sowie Handlungen, die danach erfolgen, konnten ab jetzt unlauter sein. Die Generalklausel erhielt einen zusätzlichen Tatbestand für verbrauchergerichtete geschäftliche Handlungen sowie eine Einbindung der in einem Anhang mit 30 per se verbotenen irreführenden oder aggressiven geschäftlichen Handlungen, der sogenannten "schwarze Liste" enthaltenen Tatbeständen. Den Unternehmen wurden Informationspflichten auferlegt. Für die Irreführung durch Unterlassen wurde eine selbstständige Regelung in § 5a UWG aufgenommen.

## gg) Doch nicht genug reformiert! UWG-Novellen 2015/2022

Als Folge der Beanstandungen der Kommission an den deutschen Umsetzungsmaßnahmen wurde der Begriff der fachlichen Sorgfalt in § 2 Nr. 7 UWG durch den Begriff der unternehmerischen Sorgfalt ersetzt. Zudem wurde die Generalklausel des § 3 UWG abermals neu gefasst. In Absatz 2 wurde deutlich gemacht, dass die Generalklausel für geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern solche abschließend regelt. Absatz 1 normiert die Unzulässigkeit unlauterer geschäftlicher Handlungen. Im Geltungsbereich der UGP-Richtlinie, also bei geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern, ist darin aber nur noch eine Rechtsfolgenregelung zu sehen. Zusätzlich wurde die Liste von Konkretisierungstatbeständen in § 4 UWG völlig überarbeitet: Die Regelungen zur unangemessenen unsachlichen Beeinflussung in § 4 Nrn. 1, 2 UWG 2008 wurden gestrichen. Dafür wurde in § 4a UWG ein neuer Tatbestand geschaffen, mit dem die Art. 8, 9 UGP-RL umgesetzt werden, allerdings ohne deren Beschränkung auf verbraucherbezogene Beeinflussungen zu übernehmen. Die Verschleierungstatbestände in § 4 Nrn. 3 - 5 UWG 2008 wurden in die Irreführungstatbestände in § 5 UWG überführt. Das Koppelungsverbot in § 4 Nr. 6 UWG 2008 wurde ersatzlos aufgehoben. Es verblieben die Tatbestände zum Schutz der Mitbewerber aus § 4 Nrn. 7 – 10 UWG 2008, die neu nummeriert als § 4 Nrn. 1 - 4 UWG unverändert fortbestehen. Der früher in § 4 Nr. 11 UWG normierte Rechtsbruchtatbestand wurde in § 3a UWG überführt.

Die Änderungen der UGP-Richtlinie im Jahr 2019 wurden durch das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Jahr 2021 umgesetzt, das am 28. Mai 2022 in Kraft trat.

## b) Schutzzweck des Lauterkeitsrechts

Auf den Schutzzweck des Lauterkeitsrechts wurde in AP 2 bereits eingegangen. An dieser Stelle soll die dort angesprochene Entwicklung vertiefend dargestellt werden.

Zeitgleich mit dem Aufblühen des Lauterkeitsrechts als Sonderdeliktsrecht schlich sich mit dem quantitativen Wachstum seiner Bedeutung auch eine qualitative Veränderung ein. *Kohler* hatte im Jahr 1914 das Wettbewerbsrecht auf die ausschließliche Grundlage des Persönlichkeitsrechts gestellt.

„Das Walten dieses Persönlichkeitsrechts im Verkehr ist offensichtlich. Jeder Verkehrtreibende ist frei im lauterem und redlichen Verkehr; jeder kann aber verlangen, dass er nicht durch Unlauterkeiten anderer Schädigungen erleidet.“ (*J. Kohler*, Unlauterer Wettbewerb, 1914 S. 17 ff., 18)

Den ersten Schritt der Loslösung von einem solchen individualrechtlichen Verständnis machte das Reichsgericht. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1928 führte es im Zusammenhang mit der Klageberechtigung aus, „dass die Unterlassungsklage, die an sich nur den Konkurrenten schützen soll, in Wahrheit doch – wie das ganze Wettbewerbsgesetz – den Auswüchsen des Wettbewerbs auch im öffentlichen Interesse entgegenstehen“ solle (RGZ 120, 47, 49 – Großhändlerverband). Konsequenterweise wurde die seinerzeit anerkannte Zulässigkeit einer Preisbindung der zweiten Hand durch das Erfordernis begrenzt, dass „hierdurch nicht eine künstliche unbillige Hochhaltung der Preise für den Verbraucher bewirkt“ werde. Dieses „sozialrechtliche“ Verständnis des Lauterkeitsrechts wurde in den 30er-Jahren weitergeführt. So müsse das Rechtsinstitut der Verwirkung in Fällen ausscheiden, wo Interessen der Allgemeinheit auf dem Spiel ständen, weil durch das Verhalten des Verletzers nach wie vor das Publikum getäuscht werde (RG, GRUR 1933, 782, 786). In demselben Kontext ist nicht zuletzt die bereits mehrfach erwähnte Entscheidung des Reichsgerichts zum *Benrather Tankstellen-Fall* zu nennen (RGZ 134, 342). Der endgültige Durchbruch einer sozialrechtlichen Betrachtung des Lauterkeitsrechts in Deutschland wird mit dem *Diamantine-Urteil* aus dem Jahr 1936 (RG, GRUR 1936, 810) verbunden.

Im Jahr 1937 konstatierte *Eugen Ulmer* (Wandlungen und Aufgaben im Wettbewerbsrecht, GRUR 1937, 769, 770) demgemäß neben den „Verfeinerungen“ auch „grundsätzliche Wandlungen“ im Lauterkeitsrecht. Es vollziehe sich „ein breiter Einbruch des Gemeinschaftsgedankens“, „ein Wandel von einer individual- zu einer sozialetischen Beurteilung“. Soweit ersichtlich wurde zum ersten Mal ausdrücklich die Frage nach den vom Lauterkeitsrecht zu schützenden Interessen gestellt. Damit setzte die Debatte zum Schutzzweck des UWG ein. Neben dem „Schutz der schöpferischen wirtschaftlichen Leistung des Einzelnen“ erkannte *Ulmer* „das Interesse des Volksganzen an einer gesunden und sauberen Ordnung des Wirtschaftslebens“ sowie schließlich als Sonderinteresse das der Abnehmer, des Publikums, das in den abnehmerorientierten Fallreihen in erster Linie beeinträchtigt werde.

### aa) Schutzzweckdiskussion vor der UWG-Reform

Die erstmals von *Ulmer* in dieser Form ausgesprochene Reihung verschiedener Schutzgüter hat die Entwicklung des Lauterkeitsrechts in Deutschland bis heute maßgeblich beeinflusst. Sie entspricht daher der ganz herrschenden Meinung. Bisweilen wird diesbezüglich von der Dreidimensionalität oder auch „Schutzzwecktrias“ des Lauterkeitsrechts gesprochen.

Nach dem Ende der nationalsozialistischen Diktatur und unter dem Eindruck der Kartellgesetzgebung wurden in der Literatur Stimmen laut, die das Lauterkeitsrecht zu seinen am Konkurrentenschutz ausgerichteten Ursprüngen zurückführen wollten. Auf *Würdinger* geht die Trennungstheorie zurück: Das Kartellrecht bezwecke den Schutz des Wettbewerbs als Institution der bestehenden Marktwirtschaft. Dem Lauterkeitsrecht sei die Vorstellung des Schutzes des Wettbewerbs

als Institution fremd. Die Trennungstheorie konnte sich indes nicht durchsetzen. Sowohl das Wettbewerbsrecht als auch das Lauterkeitsrecht verfolgen den Schutz des Wettbewerbs als Institution.

Angesichts der feststellbaren Überschneidungen der Anwendungsbereiche von Lauterkeits- und Wettbewerbsrecht wird heute zwar allgemein die These der Identität der Schutzobjekte akzeptiert. Allerdings wird darauf hingewiesen, dass insbesondere im Bereich der marktmachtorientierten Wettbewerbsstörungen die klaren Wertungen des Wettbewerbsrechts, d.h. insbesondere dessen Marktmacherfordernis beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, bei der Beurteilung der Unlauterkeit berücksichtigt werden müssen. Sie sollen insoweit eine Sperrwirkung entfalten. Die Anwendung des Lauterkeitsrechts „im Vorfeld“ des Kartellrechts sei deshalb nicht möglich.

Kritisiert wurde ferner die Konturenlosigkeit des Begriffs der Allgemeininteressen. Das Allgemeininteresse kaschiere jedes beliebige Individualinteresse. Insoweit ist zu differenzieren: Gerade wenn mit dem Lauterkeitsrecht der Schutz der Wettbewerbsordnung als Institution verfolgt wird, werden Interessen der Allgemeinheit berücksichtigt. Die berücksichtigungsfähigen Interessen der Allgemeinheit sollten allerdings auf den Bestand und die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs beschränkt werden.

Trotz aller Kritik hat sich die Anerkennung „sozialrechtlicher“ Aspekte des Lauterkeitsrechts unter Einbeziehung des Allgemeininteresses heute als herrschende Meinung durchgesetzt (vgl. nur BVerfG, GRUR 2001, 170, 173 – *Schockwerbung*). Im Ergebnis werden mit dem Lauterkeitsrecht unterschiedliche Zwecke verfolgt.

- Zum einen wird das Allgemeininteresse an einer funktionierenden Wettbewerbsordnung verfolgt. Sie verlangt nicht allein nach freiem, sondern auch nach unverfälschtem Wettbewerb. Verfälscht werden kann der Wettbewerb insbesondere durch Fehlleitungen der Nachfrage, die aus unlauterem Verhalten resultieren können.
- Daneben wird - historisch an erster Stelle - das Individualinteresse der Konkurrenten geschützt, die durch unlauteres Verhalten wirtschaftlich geschädigt werden.
- Schließlich wird das Individualinteresse der Abnehmer und Konsumenten geschützt, von Irreführungen, aber auch von anderen Formen unangemessener Einflussnahme verschont zu bleiben.

#### bb) Schutzzwecke nach der UWG-Reform 2004

Gemäß § 1 Abs. 1 dient das UWG 2004 dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb bzw. seit der UWG-Reform 2008 vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.

Des Rückgriffs auf die „sonstigen Marktteilnehmer“ bedurfte es, weil durch die Anknüpfung der bürgerlich-rechtlichen Begriffe des Verbrauchers und des Unternehmers, vgl. § 2 Abs. 2 UWG, ansonsten Schutzlücken entstanden wären.

Durch § 1 Abs. 1 S. 2 UWG wird klargestellt, dass neben den individuellen und kollektiven Einzelinteressen auch das Allgemeininteresse geschützt wird. Der oben dargestellten Sichtweise folgend kann dieses Allgemeininteresse jedoch nur in dem Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb bestehen.



cc) Schutzzwecke nach den UWG-Reformen 2008/15/21

Die UWG-Novelle 2008 bezweckte im Wesentlichen die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (dazu sogl.). Diese dient unmittelbar dem Schutz der wirtschaftlichen Verbraucherinteressen und führt zu diesem Zweck eine Totalharmonisierung der mitgliedstaatlichen Regelungen von Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern herbei.

Vor diesem Hintergrund war eine Auflösung der Schutzzwecktrias im UWG, dessen Reduktion auf die von der Richtlinie nicht erfassten Bereiche und eine separate Umsetzung der Richtlinie gefordert worden. Der deutsche Gesetzgeber hielt demgegenüber 2008 ebenso wie 2015 und 2021 an der einheitlichen Regelung und der Schutzzwecktrias in § 1 Abs. 1 UWG, gestützt auf einschlägige Aussagen in den Begründungserwägungen der UGP-Richtlinie, fest.

2. Europäisches Lauterkeitsrecht

a) Frühe Harmonisierungsversuch

Bereits zu Beginn der 60er-Jahre des letzten Jahrhunderts hatte die Europäische Kommission beim Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht eine Bestandsaufnahme zum Recht des unlauteren Wettbewerbs in Auftrag gegeben. Unter der Leitung *Eugen Ulmers* entstand das umfangreiche Gutachten zum „Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG“. In dem ersten, 1965 erschienenen, Band schlug *Ulmer* den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages vor. Er sollte auf den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb durch eine von mehreren Einzeltatbeständen ergänzte Generalklausel gerichtet sein. Die Generalklausel werde sich zweckmäßigerweise an Art. 10<sup>bis</sup> Abs. 2 PVÜ anlehnen. Die Einzeltatbestände sollten die Herbeiführung einer Verwechslungsgefahr, die Anschwärzung bzw. vergleichende Werbung, die Begründung einer Irreführungsgefahr und den Schutz von Unternehmensgeheimnissen regeln.

Verschiedene Umstände, namentlich der Widerstand der 1972 der Gemeinschaft beigetretenen *common law*-Staaten Großbritannien und Irland, führten dazu, dass das anspruchsvolle Vorhaben umfassender Harmonisierung weiter und weiter eingeschränkt wurde, bis schließlich nicht mehr als die vergleichsweise bedeutungslose Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung (ABl. 1984 Nr. L 250/17) übrigblieb.

In der Folge wurden einzelne Gesichtspunkte in verschiedenen Gemeinschaftsrechtsakten spezifisch geregelt. Zu nennen sind Werberegulungen in verschiedenen produkt- oder medienspezifischen Gemeinschaftsrechtsakten sowie vor allem die Fernabsatzrichtlinien. Einem bereits in der Richtlinie über irreführende Werbung erteilten Harmonisierungsauftrag folgend wurde die Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung (ABl. 1997 Nr. L 290/18) erlassen. Deren prompter „Umsetzung“ durch den Bundesgerichtshof (BGH, GRUR 1998, 824, 827 - *Testpreis-Angebot*; ebenso OGH, GRUR Int. 1999, 794 – *AMC/ATC*) ist es zu verdanken, dass bereits vor der Änderung des UWG das erste Urteil des EuGH zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen vergleichender Werbung vorlag (EuGH v. 25.10.2001, Rs. C-112/99 – *Toshiba*).

b) Negativ-Integration durch die Grundfreiheiten

Das Scheitern der frühen Gesamtharmonisierung des Lauterkeitsrechts bildete nur den Auslöser zur aktuellen Entwicklung des Europäischen Lauterkeitsrechts. Die über viele Jahre unbefriedigenden Harmonisierungsversuche des Europäischen Gesetzgebers haben zunächst die Rechtsprechung als „Motor der Integration“ herausgefordert. Als Schwungrad diente dabei namentlich die in Art. 34 AEUV (früher Art. 28 EG; davor Art. 30 EGV) niedergelegte Freiheit des Warenverkehrs. Für

nationale Regelungen kommt daneben zunehmend der Dienstleistungsfreiheit Bedeutung zu, da zum einen das vertriebene Produkt selbst eine Dienstleistung sein kann und zum anderen Unternehmen, die Werbeleistungen anbieten, durch Werbebeschränkungen an der Erbringung ihrer Leistungen gehindert werden.

Die endgültige Klarstellung über die Reichweite der Warenverkehrsfreiheit erfolgte im Jahr 1979 im Urteil in der Rechtssache *Cassis de Dijon* (EuGH v. 20.2.1979, Rs. 120/78 - *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 649): Nach einer deutschen Regelung mussten Fruchtsaftliköre einen Mindestgehalt von 25 % an Weingeist haben, weshalb der in Frankreich hergestellte Fruchtsaftlikör Cassis de Dijon mit einem Weingeistgehalt von nur 15 - 20 % vom deutschen Markt ausgeschlossen wurde. Die zu untersuchende Vermarktungsregel war unterschiedslos für in- und ausländische Waren anwendbar. Der Gerichtshof bejahte gleichwohl die Anwendbarkeit von Art. 30 EGV (jetzt Art. 34 AEUV; früher Art. 28 EG).

Zugleich reagierte der EuGH auf das damit geschaffene Bedürfnis nach einer Erweiterung der Rechtfertigungsgründe: Nach der Formulierung aus dem Urteil *Cassis de Dijon* sind Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung ergeben, nur zulässig, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um *zwingenden Erfordernissen* gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, *der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes*. Damit gelang dem EuGH der vollständige Durchbruch zu einem Verständnis der Warenverkehrsfreiheit, das vom *Herkunftslandprinzip* ausgeht. Liegen keine „zwingenden Erfordernisse“ vor, so gibt es keinen stichhaltigen Grund dafür, zu verhindern, dass in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellte und in den Verkehr gebrachte alkoholische Getränke in die anderen Mitgliedstaaten eingeführt werden. Güter, die bereits den Vorschriften des Herstellungsstaates nicht entsprechen, müssen selbstverständlich auch von den anderen Mitgliedstaaten nicht akzeptiert werden.

Durch *Dassonville* wurden die Regeln des nationalen Lauterkeitsrechts auf den Prüfstand der Warenverkehrsfreiheit gestellt, in *Cassis de Dijon* wurde der Schutz der Lauterkeit des Handelsverkehrs sowie der Verbraucher als grundsätzlich zu berücksichtigendes „zwingendes Erfordernis“ anerkannt. Dennoch verstrich einige Zeit, bevor die Bedeutung der europarechtlichen Vorgaben für die mitgliedstaatlichen Lauterkeitsrechtsordnungen allgemein wahrgenommen wurde. Nach 1979 kam es zwar zu zahlreichen Urteilen des EuGH über mitgliedstaatliche Regelungen lauterkeitsrechtlicher Natur. Da die ersten Entscheidungen des EuGH die jeweils streitgegenständlichen mitgliedstaatlichen Regelungen billigten oder keine Abweichung vom geltenden Recht bewirkten, schien die Relevanz der europarechtlichen Kontrolle unter dem Prüfungsmaßstab der Grundfreiheiten jedoch zunächst begrenzt. Das änderte sich schlagartig mit einigen Urteilen aus den frühen 90er-Jahren des letzten Jahrhunderts. In *GB-INNO* (EuGH v. 7.3.1990, Rs. C-362/88 - *GB-INNO-BM*, Slg. 1990, I-667) ging es um die luxemburgische Regelung, wonach bei Angeboten, die mit einem Preisnachlass verbunden sind, weder die Dauer des Angebots angegeben noch auf die früheren Preise hingewiesen werden durfte. In der Rechtssache *Yves Rocher* (EuGH v. 18.5.1993, Rs. C-126/91 - *Yves Rocher*, Slg. 1993, I-2361) war das deutsche Verbot der Werbung mit Eigenpreisvergleichen in § 6e UWG a. F. Streitgegenstand. Sie gaben den Anstoß zu einer ersten Deregulierungsdebatte zum deutschen UWG und zu der Gesetzesnovelle von 1994.

Der Einfluss der Warenverkehrsfreiheit auf nationale Lauterkeitsregeln ist gleichwohl begrenzt. Dafür ist die sog. *Keck-Rechtsprechung* des EuGH verantwortlich. An der weiten Definition der *Dassonville*-Formel wird demnach ausdrücklich nur noch für produktbezogene Regelungen festgehalten. Vertriebsregelungen, die für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, *und* den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten *rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren*, werden nunmehr für nicht geeignet gehalten, den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder

stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tun. Diese Regelungen fallen daher nicht in den Anwendungsbereich von Art. 34 AEUV.

In seiner Entscheidung der Rechtssache *Gourmet* hat der EuGH die *Keck*-Formel vollends vom Kopf auf die Füße gestellt. Er zitiert zwar die maßgebenden Erwägungsgründe des *Keck*-Urteils, hebt indes nur noch auf die Frage der Marktzugangsbeschränkung ab:

„Nach Randnummer 17 des Urteils *Keck* und *Mithouard* fallen nationale Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, nur dann nicht in den Anwendungsbereich des Artikels 30 EG-Vertrag, wenn sie nicht geeignet sind, den Marktzugang für Erzeugnisse aus einem anderen Mitgliedstaat zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tun.“ (EuGH v. 8.3.2001, Rs. C-405/98 - *Konsumentombudsmannen (KO) ./. Gourmet International Products AB (GIP)*, Slg. 2001, I-1795 N. 17)

Mit diesem Zustand war man an sich zufrieden. Weitergehende Harmonisierungsbemühungen waren bereits seit dem Maastricht-Vertrag eingestellt worden. Mit dem Entstehen der Informations- bzw. Kommunikationsgesellschaft, der Verbreitung des Internet und dem damit verbundenen Aufkommen von Online Marketing und E-Commerce sind jedoch tatsächliche Veränderungen eingetreten, welche eine These von der Beschränktheit des Harmonisierungsbedarfs nicht mehr als vertretbar erscheinen lassen.

#### c) Sprengkraft des Online Marketing

Das ökonomische Potential des Online Marketing und des E-Commerce würden durch die nationale Rechtszersplitterung über Gebühr gebremst. Daneben würde der Wettbewerb durch die Drohung der Anwendung einer Vielzahl – u. U. kaum vorhersehbarer – verschiedener Lauterkeitsordnungen beeinträchtigt, wenn das potentiell weltweite Internetangebot als Teil des jeweils betroffenen Produktmarkts und seine preisbremsende Wirkung entfielen.

#### aa) Herkunftslandprinzip in der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr als Katalysator der Harmonisierung

Der europäische Gesetzgeber hat das Problem früh erkannt und wie bereits bei der Fernsehrichtlinie (Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl. 1989 Nr. L 298/23) mit der Niederlegung des Herkunftslandprinzips in Art. 3 Abs. 2 als Kernregelung der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr", ABl. 2000 Nr. L 178/1) reagiert. Das Herkunftslandprinzip wird für den Bereich des Lauterkeitsrechts allein im Bereich grenzüberschreitender E-Mail-Werbung durchbrochen, Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Anh. Spiegelstr. 8.

Das Herkunftslandprinzip der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr bietet der Kritik breite Angriffsfläche: *Fezer* und *Koos* (IPRax 2000, 349) haben zutreffend darauf hingewiesen, dass die sekundärrechtliche Niederlegung eines materiell-rechtlich verstandenen Herkunftslandprinzips dessen Einschränkungen bei marktneutralen Beschränkungen des Warenverkehrs (*Keck*-Doktrin) übergeht und faktisch zu einer Privilegierung des Online- gegenüber dem Offline-Marketing führt. Generell wird ein „*race to the bottom*“ befürchtet. Das liegt insbesondere daran, dass der „harmonisierte Bereich“ in der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr – anders als in der Fernsehrichtlinie – weiter definiert wird und Wettbewerbsbehandlungen erfasst, die gerade nicht harmonisiert sind. Dementsprechend hat sich die deutsche Regierung nur unter der Bedingung mit der Regelung einverstanden erklärt, dass weiter an harmonisierenden Maß-

nahmen gearbeitet werde. Überdies kann das gemeinschaftsrechtlich begründete Herkunftslandprinzip nur im europäischen Rahmen gelten. Als missliche Konsequenz hätte man mit einer Rechtsspaltung zu leben: Bei „Europäischen Sachverhalten“ müsste die Eingriffsmöglichkeit der nach der Auswirkungstheorie berufenen Rechtsordnung auf das Maß der Rechtsordnung des Herkunftslandes beschränkt werden, bei „internationalen Sachverhalten“ nicht. In der Literatur ist zu Recht die Meinung geäußert worden, dass ein europarechtliches Herkunftslandprinzip allein dem weiteren Ausbau der „Festung Europa“ dient.

#### bb) Harmonisierung nach 2000

Bereits die politische Einigung im Rat über die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr kam nur unter der Bedingung zustande, dass die materielle Harmonisierung des Lauterkeitsrechts vorangetrieben werde. Auf dieser Grundlage sind zwei Gesetzgebungsvorhaben entstanden:

##### (1) (Geänderter) Vorschlag für eine Verordnung über Verkaufsförderung

Als Resultat der Arbeit der Expertengruppe und auf der Grundlage der Vorarbeiten zu einer „Mitteilung über kommerzielle Kommunikationen“ entstand der *Vorschlag für eine Verordnung über Verkaufsförderung* als Bestandteil einer „Mitteilung der Kommission zur Verkaufsförderung im Binnenmarkt“. Dieser ist insbesondere wegen seiner Ausrichtung am Herkunftslandprinzip stark kritisiert worden und wurde dann von der Kommission zurückgezogen.

##### (2) Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken

Zeitgleich mit dem Vorschlag für eine Verordnung über Verkaufsförderungsmaßnahmen wurde ein *Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union* verabschiedet. Sein Titel ist an sich irreführend (in verschiedenen Publikationen wird es treffender als „Grünbuch über lautere Geschäftspraktiken“ bezeichnet), denn in der Sache zielt es allein auf die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen „in Sachen lauterer/guter Geschäftspraktiken“. Mit ihm sollte „eine breit angelegte Debatte darüber in Gang gesetzt werden, wie das Funktionieren des Binnenmarkts im B2C-Bereich, d.h. Transaktionen zwischen gewerblichem Handel und Endverbrauchern, verbessert werden kann“. Am 11. Mai 2005 trat die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (im Folgenden: UGP-Richtlinie; UGP-RL) in Kraft.

#### d) Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie; UGP-RL)

Der sachliche Anwendungsbereich ist auf den „B2C“-Bereich (*business to consumer*) beschränkt. Erfasst wird nur unmittelbar verbrauchergerichtetes Marktverhalten der Unternehmen. Die erfassten Geschäftspraktiken müssen die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher unmittelbar schädigen. Die Richtlinie schützt aber nicht allein den Verbraucher, sondern daneben mittelbar die wirtschaftlichen Interessen der Mitbewerber. Folgerichtig sind Mitbewerber klagebefugt, Art. 11 Abs. 1 UGP-RL.

Die Richtlinie begründet in der *Generalklausel* des Art. 5 Abs. 1 UGP-RL ein zwingendes *Verbot unlauterer Praktiken*. Eine Geschäftspraxis gilt gem. Art. 5 Abs. 2 UGP-RL als unlauter, wenn sie einerseits dem Gebot der *beruflichen Sorgfaltspflicht* widerspricht und andererseits das *wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers wesentlich beeinflusst oder dazu geeignet* ist. Ähnlich wie beispielsweise das schweizerische oder spanische Lauterkeitsrecht lässt der Vorschlag auf die Generalklausel einen gestuften *Beispielskatalog* unlauterer Geschäftspraktiken folgen.

Gemäß Art. 5 Abs. 4 lit. a i.V.m. 6 ff. UGP-RL werden *irreführende Handlungen* näher geregelt. Im Hinblick auf die darin erfolgende Einbeziehung des allgemeinen Irreführungsverbots wird zu-

gleich die Irreführungsrichtlinie dahingehend modifiziert, dass ihr Zweck auf den Schutz von Gewerbetreibenden beschränkt wird. Als irreführend gilt danach auch das *Vorenthalten* von unter Würdigung aller tatsächlicher Umstände *wesentlichen Informationen*. Spezifische lauterkeitsrechtliche Informationspflichten werden nicht begründet. Allerdings werden bestimmte Informationen in Art. 7 Abs. 4 UGP-RL ausdrücklich als wesentlich erklärt. Informationen, welche Gewerbetreibende aufgrund anderer Akte des Gemeinschaftsrechts verschaffen müssen, sind jedoch gem. Art. 7 Abs. 5 UGP-RL stets wesentlich.

*Aggressive Geschäftspraktiken*, wie sie in Art. 8 ff. UGP-RL näher geregelt sind, sind gem. Art. 5 Abs. 4 lit. b UGP-RL ebenfalls unlauter. Das Regelungsmodell des Art. 8 UGP-RL erscheint jedoch wenig geglückt. Die Vorschrift verlangt, dass die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers durch „unzulässige Beeinflussung ... erheblich beeinträchtigt wird“ und der Verbraucher dadurch „veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte“. Im Hinblick auf das Erfordernis der „unzulässigen“ Beeinflussung gibt Art. 9 UGP-RL lediglich Hinweise, welche Umstände bei der Wertung zu berücksichtigen sind. Das zweite Erfordernis, die Veranlassung zu einer geschäftlichen Entscheidung, die anderenfalls nicht getroffen worden wäre, ist bei weitem überschießend, denn es ist – auch legitimer Werbung – eigen, die Abnehmer zu Entscheidungen zu bewegen, die sie ohne die Werbemaßnahme nicht trafen.

Schließlich verweist Art. 5 Abs. 5 UGP-RL auf die „*schwarze Liste*“ von in einem Anhang konkret aufgelisteten Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter anzusehen sind. Dabei handelt es sich um typische Geschäftspraktiken, für welche klargelegt wird, dass es sich um irreführende oder aggressive Geschäftspraktiken handelt. Dazu zählen u.a. *Lockangebote, bait-and-switch, redaktionelle Werbung, Schneeballsysteme, unerwünschte Telefon-, Telefax-, E-Mail- und SMS-Werbung, an Kinder gerichtete Werbung* und die *Zusendung unbestellter Waren*.

Im Zuge der UWG-Novellen 2008, 2015 und 2021 wurde die 2019 geänderte Richtlinie 2005/29/EG umgesetzt.

- e) Harmonisierung der Durchsetzung des Lauterkeitsrechts: Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz

Im Hintergrund der vergleichsweise plötzlichen Begeisterung der Brüsseler Verbraucherschützer für das Lauterkeitsrecht stehen rechtlich vergleichsweise einfach gelagerte Sachverhalte, in denen ganz eindeutig unseriöse Geschäftemacher das Durchsetzungsdefizit ausnutzen, welches beim sog. *off-shore*-Wettbewerb entsteht. Beispielhaft sei der Fall genannt, welcher der Entscheidung des deutschen Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1997 – *Werbegewinnspiel im Ausland* (GRUR 1998, 419) – zugrunde lag:

**Fall 1:** Der Beklagte betrieb in G (Deutschland) einen Einzelhandel mit "Textilien, Geschenkartikeln und Neuheiten", für den er zeitweise die Firma "D. S." führte. Er unterhielt dort ein Postfach auf den Namen "D. S. International" und in A. das Postfach auf den Namen "D. S." In Frankreich wohnhafte Verbraucher erhielten in französischer Sprache abgefasste Schreiben, in denen ihnen die Zusendung von Waren mit einem zugesicherten Wert von mehr als 600 FF versprochen wurde, falls der Einsender seinerseits zuvor 99 FF per Scheck oder internationaler Postanweisung an die "D. S., Postfach G." übersende. In anderen Schreiben wurde die Zusendung von Geld- oder Sachpreisen im Wert von 100 bis 10.000 FF versprochen, wenn die Empfänger zuvor an die "D. S. - Postfach - A. - Allemagne" eine Summe von 59,90 FF schickten. Wer zahlte, erhielt entweder Waren unter dem versprochenen Wert oder überhaupt nichts. Der Kläger ist ein in Bonn ansässiger Verbraucherschutzverein, zu dessen satzungsgemäßen Aufgaben es gehört, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen und zu fördern. Er verfolgt insbesondere den Zweck, unlauteren Wettbewerb erforderlichenfalls durch Einleitung gerichtlicher Maßnahmen zu unterbinden. Der Kläger hat das Verhalten

des Beklagten als einen Verstoß gegen § 1 und § 3 UWG a.F. beanstandet. (BGH v. 26.11.1997, I ZR 148/95)

Der BGH wies die Klage als unbegründet ab. Anwendbar sei auf der Grundlage der Marktortregel allein französisches Recht. Das deutsche UWG könne daher keinen Unterlassungsanspruch begründen. Auf die Verletzung französischen Rechts habe der Kläger sich aber nicht berufen. Immerhin ließ der BGH offen, ob die Klagebefugnis des Verbrauchervereins u.U. auch Verletzungen des französischen Wettbewerbsrechts umfasse. Der kaltschnäuzige Umgang der deutschen Justiz mit den Interessen der geschädigten französischen Konsumenten ist bei der Kommission nicht unbemerkt geblieben.

Bereits im Jahr 1998 war die Richtlinie über Unterlassungsklagen (Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl. 1998 Nr. L 166/51; inzwischen in kodifizierter Form erlassen als Richtlinie 2009/22/EG) erlassen worden. Sie sieht vor, dass im Fall von Verletzungen bestimmter, europarechtlich geschützter Verbraucherrechte, bestimmte, in einem bei der Kommission geführten Verzeichnis registrierte „qualifizierte Einrichtungen“ im nationalen Recht zur Verbandsklage auf Unterlassung befugt sein sollen. Nach Umsetzung dieser Richtlinie wäre im Beispielsfall also ein bei der Kommission registrierter französischer Verbraucherschutzverein in Deutschland klagebefugt gewesen. Trotz der Umsetzung der Unterlassungsklagenrichtlinie war ein Durchsetzungsdefizit bei grenzüberschreitenden Wettbewerbsverstößen feststellbar.

Dieses Durchsetzungsdefizit war eines der von der DG Sanco seit dem Grünbuch über Verbraucherschutz verfolgten Kernthemen. Es wurde erkannt, dass bei so evidenten Wettbewerbsverstößen ein verwaltungsrechtlicher Durchsetzungsmechanismus unabdingbar ist. Am 18. Juli 2003 legte die Kommission deshalb einen Vorschlag für eine Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz vor (KOM [2003] 443 endg.):

Der Schutz der Verbraucher gegen grenzüberschreitende Verstöße erfordere die Einrichtung eines *Netztes öffentlicher Durchsetzungsbehörden* im gesamten Binnenmarkt. Die bestehenden nationalen Durchsetzungsregelungen für die Gesetze zum Schutz der Verbraucherinteressen seien nicht an die Erfordernisse einer Durchsetzung im Binnenmarkt angepasst. Eine wirksame und effiziente Zusammenarbeit bei der Durchsetzung sei in solchen Fällen gegenwärtig nicht möglich.

Am 29.12.2004 ist die Verordnung 2006/2004/EG über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz (ABl. 2004 Nr. L 364/1) in Kraft getreten. Sie wurde in der Zwischenzeit durch die Verordnung (EU) 2017/2394 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2017 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 (ABl. 2017 Nr. L 345/1) abgelöst, aber erst mit Wirkung vom 17. Januar 2020 aufgehoben. Sie legt die Modalitäten fest, nach denen die in den Mitgliedstaaten für die Durchsetzung der Gesetze zum Schutz der Verbraucherinteressen verantwortlichen zuständigen Behörden benannt werden und miteinander und mit der Kommission zusammenarbeiten sollen, um im Interesse des Schutzes der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher zu gewährleisten, dass die entsprechenden Rechtsvorschriften eingehalten und das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts sichergestellt wird, Art. 1 der Verordnung. Die für den Anwendungsbereich der Verordnung maßgebenden Gesetze zum Schutz der Verbraucherinteressen werden gem. Art. 3 Nr. 1 im Anhang der Verordnung abschließend aufgeführt. Dabei handelt es sich um den *Gesamtbestand der Richtlinien zum Schutz der wirtschaftlichen Verbraucherinteressen*.

Jeder Mitgliedstaat hat gem. Art. 5 Abs. 1 der Verordnung die *zuständigen Behörden* und eine zentrale Verbindungsstelle zu benennen, die für die Anwendung dieser Verordnung zuständig sind. Die zuständigen Behörden müssen über die in Art. 9 Abs. 1 zur Durchführung dieser Verordnung *erforderlichen Ermittlungs- und Durchsetzungsbefugnisse* verfügen. Die zuständigen

Behörden sollen im Wege der *Amtshilfe* tätig werden, d.h. auf Verlangen der ersuchenden Behörde. Die Amtshilfe beschränkt sich zunächst auf die *Lieferung von Auskünften*, Art. 11 Abs. 1. Die ersuchte Behörde stellt erforderlichenfalls entsprechende Ermittlungen an oder trifft andere notwendige Maßnahmen, um die angeforderten Informationen zu beschaffen, Art. 11 Abs. 2. Sehr viel weiterreichend ist das *Durchsetzungsersuchen* gem. Art. 12: Auf Verlangen einer ersuchenden Behörde hat die ersuchte Behörde nämlich alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um unverzüglich eine Einstellung oder eine Untersagung des Verstoßes innerhalb der Union zu bewirken. Dazu gehört gegebenenfalls, dass vor einem höheren Gericht Rechtsmittel eingelegt werden, falls ein Klageverfahren vor Gericht nicht erfolgreich ist.

Angesichts dieser weitreichenden Verpflichtung wurde in Art. 14 Abs. 2 niedergelegt, dass ein *Amtshilfeersuchen abgelehnt* werden kann, wenn eine der in Art. 14 Abs. 2 lit. a-e aufgezählten Voraussetzungen alternativ gegeben ist.

Die Bestimmungen über die gegenseitige Amtshilfe gelten für *Verstöße innerhalb der Union, weitverbreitete Verstöße* und *weitverbreitete Verstöße mit Unions-Dimension*, Art. 2 Abs. 1. Unter Verstößen innerhalb der Union werden Handlungen oder Unterlassungen verstanden, die gegen die im Anhang aufgeführten Gesetze zum Schutz der Verbraucherinteressen verstoßen und die *Kollektivinteressen* von Verbrauchern schädigen oder schädigen können, die *in einem anderen Mitgliedstaat* oder anderen Mitgliedstaaten als dem Mitgliedstaat ansässig sind, in dem der Verstoß seinen Ursprung hatte oder stattfand, Art. 3 Nr. 2. Weitverbreitete Verstöße kennzeichnet nach Art. 3 Nr. 3, dass sie die Kollektivinteressen von Verbrauchern schädigen oder schädigen können, die in mindestens *zwei anderen Mitgliedstaaten* als dem Mitgliedstaat ansässig sind, in dem der Verstoß seinen Ursprung hatte oder stattfand (lit. a) oder, dass alle Handlungen oder Unterlassungen desselben Unternehmers *in mindestens drei Mitgliedstaaten gleichzeitig* stattfinden sowie *gemeinsame Merkmale* aufweisen, einschließlich derselben unerlaubten Verhaltensweise und derselben verletzten Interessen (lit. b). Ein weitverbreiteter Verstoß mit Unions-Dimension liegt vor, wenn ein weitverbreiteter Verstoß die Kollektivinteressen von Verbrauchern *in mindestens zwei Dritteln der Mitgliedstaaten*, die zusammen *mindestens zwei Drittel der Bevölkerung der Union* ausmachen, geschädigt hat, schädigt oder voraussichtlich schädigen kann, Art. 3 Nr. 4.

In Deutschland trat am 21. Dezember 2006 das Gesetz über die Durchführung der Verbraucherschutzgesetze bei innerstaatlichen Verstößen (BGBl. 2006, I Nr. 65)) in Kraft, welches der Durchführung der Verordnung 2006/2004/EG über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz dient. Um das Gesetz über die Durchführung der Verbraucherschutzgesetze bei innergemeinschaftlichen Verstößen an die Neuerungen der Verordnung über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden von 2017 anzupassen, hat der Gesetzgeber es mit Wirkung zum 30.6.2020 novelliert. Das Gesetz benennt in § 2 die für die Durchführung der Verordnung in Deutschland zuständigen Behörden. Grundsätzlich ist gemäß § 2 Nr. 1 VSchDG das *Bundesamt für Justiz* zuständige Behörde. In den Nr. 2 - 7 des § 2 sind von dieser Regelung Ausnahmen festgeschrieben, so dass bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 2 Nr. 2 a) oder b) oder des § 2 Nr. 2a VSchDG die *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* zuständig ist, bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Nr. 3 VSchDG das *Luftfahrt-Bundesamt*, bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Nr. 5 die *Eisenbahn-Bundesanstalt*, bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Nr. 6 die *Bundesnetzagentur* und bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Nr. 4 und 7 VSchDG die jeweils nach *Landesrecht zuständige Behörde*. In § 3 VSchDG wird zudem das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz als zentrale Verbindungsstelle im Sinne des Art. 5 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2017/2394 festgelegt.

f) REFIT zum Verbraucher- und Marketingrecht

In einem durch die Kommission 2017 abgeschlossenen Eignungstest des Verbraucher- und Marketingrechts der EU (sog. REFIT oder Fitness Check) stellte die Kommission in ihrem Bericht (Kommission, Report on the Fitness Check, SWD (2017) 209 endg.) den Überarbeitungsbedarf des geltenden EU-Rechts fest. Dabei waren sowohl die UGP-Richtlinie wie auch die Irreführungsrichtlinie Gegenstand des Testes. In die Schlussphase des REFIT fiel vor allem die Erfahrung der unzureichenden rechtlichen Bewältigung des Abgasskandals.

Zusammen mit zwei Richtlinienvorschlägen schloss die Kommission der Überprüfung ihre Mitteilung über die Neugestaltung der Rahmenbedingungen für die Verbraucher an (Kommission, Mitteilung v. 11.4.2018, KOM (2018) 183 endg.), in der sie ihre neuen Vorschläge und Initiativen konkretisiert, die als „New Deal for Consumers“ bekannt geworden sind.

Die Vorschläge beziehen sich allerdings nicht auf die zuvor beabsichtigte Änderung der Irreführungsrichtlinie. Diesbezüglich verabschiedete die Kommission am 12.6.2019 allein die Verordnung (EU) 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (sog. „P2B-Verordnung“; ABl. 2019 Nr. L 186/57-79), die – statt den B2B-Bereich allgemein zu überarbeiten – nur das Verhältnis zwischen Plattformen und Unternehmen und die dort auftretenden Handelspraktiken betrifft.

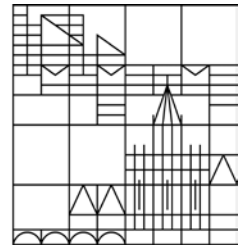
Ein Vorschlag hat in die „Omnibus-Richtlinie“ (RL (EU) 2019/2161 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union vom 27.11.2019, ABl. 2019 Nr. L 328/7) gemündet, die insbesondere die UGP-Richtlinie geändert hat. Insbesondere Art. 7 UGP-RL wie auch die black list wurden im Hinblick auf neue unlautere Handelspraktiken im Online Verkehr erweitert, Rechtsbehelfe zugunsten der Verbraucher wurden in Art. 11a eingeführt und Sanktionen wie Geldbußen für das Lauterkeitsrecht eingeführt. Das zur Umsetzung erlassene und am 28.05.2022 in Kraft getretene Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht hat in § 9 Abs. 2 UWG eine Anspruchsgrundlage für Schadensersatzansprüche von Verbrauchern geschaffen. § 19 UWG sieht nunmehr Bußgeldvorschriften bei einem weitverbreiteten Verstoß und einem weitverbreiteten Verstoß mit Unions-Dimension vor.

Die letztgenannten Anpassungen bilden nur einen Teil der auf die verbesserte sowie wirksamere Durchsetzung der Verbraucher- und Lauterkeitsrechts zielenden Gesetzesinitiativen. Sie sind im Zusammenhang mit der bereits 2017 erfolgten Nachschärfung der Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz (vgl. dazu bereits o.) sowie der parallel erlassenen Richtlinie (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG (ABl. 2020 Nr. L 409/1; hierzu bereits AP 4 sowie oben) zu sehen.

g) Richtlinie zu unlauteren Handelspraktiken in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette

Die am 17.4.2019 von Rat und Europäischem Parlament unterzeichnete [Richtlinie 2019/633/EU über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette \(ABl. 2019 Nr. L 111/59\)](#) widmet sich hingegen ausschließlich dem B2B-Bereich und soll dort die negativen Folgen der ungleichen Verhandlungsposition von KMU gegenüber ihren Käufern ausgleichen und so zur Steigerung der Gesamteffizienz der Lebensmittelkette wie auch zu einem faireren Wettbewerb beitragen. Sie besitzt damit große Ähnlichkeit zu § 20 GWB, der der missbräuchlichen Ausnutzung überlegener Marktmacht begegnet. Die Verlagerung in das Lauterkeitsrecht ist Konsequenz der fehlenden Einbeziehung von relativer Marktmacht in Art. 102 AEUV. Die Bundesregierung hat am 25.01.2021 einen [Entwurf zur Änderung des Agrarmarktstrukturgesetzes](#) (BT-Drs. 19/26102) zur Umsetzung der besagten Richtlinienbestimmungen vorgelegt. Eine solche Änderung wurde vom Bundestag beschlossen und am 02.06.2021 verkündet ([BGBl. 21/1278](#), site zuletzt besucht am 19.4.2024).





20.04.2024

**Grundlagen des privaten Wirtschaftsrechts –  
Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts  
SS 2024  
Universität Konstanz  
Mo 08.15 – 11.30 h, C 230  
Jochen Glöckner**

**Arbeitspapier 6**

**F. Überblick über das Europäische und deutsche Kartellrecht**

Bitte lesen Sie vorbereitend:

EuGH v. 13.7.1966, verb. Rs. 56, 58/64 – *Consten & Grundig*, Slg. 1966, 322

EuGH v. 13.2.1979, Rs. 85/76 – *Vitamine*, Slg. 1979, 461

EuGH v. 14.2.1978, Rs. 27/76 – *United Brands*, Slg. 1978, 207

***I. Durchsetzung***

Wie in den Ausführungen zu den Grundlagen des Wettbewerbsschutzes allgemein dargelegt wurde (AP 5), besteht ein allgemeines Interesse daran, dass die kartellrechtlichen Grundsätze eingehalten werden. *Jeder* Verstoß gegen die materiellen Rechtssätze fügt den Beteiligten und der Volkswirtschaft unmittelbaren Schaden zu. Dazu zählt ein Kartell der drei Bäcker im Zentrum einer Kleinstadt ebenso wie das jahrelang und weltweit praktizierte Vitamin-Kartell. Eine Bagatellisierung ist daher unangebracht. Es besteht auch keine Gefahr eines „*over-enforcement*“. Von der Durchsetzung des ökonomisch „richtigen“ Kartellrechts kann es nicht genug geben. Im Gegenteil verlangt der Wettbewerb selbst nach möglichst umfassender Durchsetzung, denn durch eine wie auch immer geartete ungleichmäßige Durchsetzung würde das Kartellrecht selbst zum wettbewerbsverzerrenden Faktor, weil es dann die Wettbewerbschancen ungleich verteilen würde. Vor diesem Hintergrund wäre es kurzsichtig, die Einhaltung des Kartellrechts allein der verwaltungsrechtlichen Kontrolle der Kartellbehörden zu überlassen. Ein solcher Zugang vernachlässigt

- die begrenzte Arbeitskapazität der Behörden
- den Umstand, dass private Wettbewerbsteilnehmer im Regelfall über die besten und unmittelbarsten Informationen über Wettbewerbsverstöße verfügen und ein vitales Eigeninteresse an der Rechtsdurchsetzung haben.

Es bedarf daher wie schon in AP 4 aufgezeigt einer Zusammenschau der verwaltungsrechtlichen Kartellrechtsaufsicht mit den Möglichkeiten zivilrechtlicher Anspruchsdurchsetzung, dem sog. *private enforcement*. Sie wird nachfolgend, entsprechend den parallelen Strukturen der Kartellrechtsanwendung (vgl. AP 5) für das deutsche und EU-Kartellrecht erläutert.

## 1. Durchsetzung des deutschen Kartellrechts

Bezüglich der strafrechtlichen Sanktionen sei auf AP 4 verwiesen. Nachfolgend wird auf einzelne Punkte der verwaltungsrechtlichen und zivilrechtlichen Durchsetzung vertieft eingegangen.

### a) Verwaltungsrechtliche Durchsetzung

#### aa) Kartellbehörden

Im Zentrum der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung steht das Bundeskartellamt (BKartA < <http://www.bundeskartellamt.de/>>, Seite zul. besucht am 04.04.2024). Als Bundesoberbehörde ist das BKartA grundsätzlich von den Weisungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz abhängig, dessen Ministerium sie untersteht, § 52 GWB.

Daneben existieren die Landeskartellbehörden. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen dem BKartA und ihnen richtet sich nach § 48 Abs. 2 GWB.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz ([https://www.bmwi.de/Navigation/DE/Themen/themen.html?cl2Categories\\_LeadKeyword=wettbewerbspolitik](https://www.bmwi.de/Navigation/DE/Themen/themen.html?cl2Categories_LeadKeyword=wettbewerbspolitik), Seite zul. besucht am 04.04.2024) wird als Kartellbehörde gem. § 48 Abs. 1 GWB tätig.

Die Hauptaufgabe der Monopolkommission (<http://www.monopolkommission.de>, Seite zul. besucht am 04.04.2024) besteht in der zweijährlichen Erstellung eines sog. Hauptgutachtens über die Entwicklung der Unternehmenskonzentration und die Anwendung der §§ 44 – 47 GWB sowie die Erstellung von Sondergutachten.

#### bb) Sanktionen und Befugnisse

Nach der Abschaffung der Administrativfreistellungen vom Kartellverbot gibt es nur noch *ein* selbständig geregeltes Verfahren, bei welchem die Entscheidung von einem Antrag eines betroffenen Unternehmens abhängt: Die Fusionskontrolle ist gerichtet auf die Freigabe oder Untersagung von Unternehmenszusammenschlüssen gem. § 40 Abs. 2 GWB.

Im Übrigen enthalten die §§ 32 ff. GWB den Sanktionenkatalog, welcher der Behörde bei Verstößen zur Verfügung steht: Gem. § 32 Abs. 1 GWB können die Behörden die betroffenen Unternehmen nach allgemeinen polizeirechtlichen Grundsätzen, d.h. ohne den Nachweis eines Verschuldens, verpflichten, die Durchführung verbotener Verträge oder Beschlüsse oder die Vornahme sonstiger verbotener Handlungen abzustellen. Des Weiteren haben die Behörden gem. § 32 Abs. 2 GWB die Befugnis, den betroffenen Unternehmen alle geeigneten Maßnahmen zur Abstellung eines verbotenen Verhaltens aufzugeben (sog. positive Tenorierung). Dem EU-Kartellrecht entsprechend (vgl. Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003) steht der Behörde gem. § 32 Abs. 2 GWB die Möglichkeit der missbrauchs- bzw. verhaltensabhängigen Entflechtung von Unternehmen bei Kartellrechtsverstößen zur Verfügung. Inzwischen bietet § 32f Abs. 4 GWB dieselbe Möglichkeit ohne einen vorangegangenen Kartellrechtsverstoß allein auf der Grundlage einer Sektoruntersuchung.

Die Feststellung eines beendeten Verstoßes ist auf der Grundlage von § 32 Abs. 3 GWB möglich. Einstweilige Maßnahmen zur Durchsetzung des Kartell- und Missbrauchsverbots ermöglicht § 32a GWB.

§ 32b GWB schafft eine Rechtsgrundlage für die Bindenderklärung von Verpflichtungszusagen. Die entscheidende Rechtsfolge resultiert aus der Anordnung in § 81 Abs. 2 Nr. 2 lit. a GWB, wonach Bußgelder verhängt werden können, wenn für bindend erklärten Verpflichtungszusagen zuwidergehandelt wird.

Die Entscheidung, dass kein Anlass zum Tätigwerden der Kartellbehörde besteht, beruht auf § 32c GWB. Auf diese Entscheidung hat das Unternehmen jedoch keinen Anspruch. Dies entspricht dem Grundgedanken des Systems der Legalausnahme, wonach die Unternehmen grundsätzlich selbst einschätzen müssen, ob ihr Verhalten am Markt rechtmäßig ist. Gemäß § 32d GWB kann die Kartellbehörde im Einzelfall den Rechtsvorteil einer GVO entziehen.

Wenn ein Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig gegen die Vorschriften des deutschen oder Europäischen Wettbewerbsrechts verstoßen hat, ist die Behörde berechtigt, den durch den Kartellverstoß erlangten wirtschaftlichen Vorteil abzuschöpfen, § 34 GWB.

Bezüglich der Geldbußenregelungen in §§ 81 ff. GWB sei auf AP 4 verwiesen. Seit der 10. GWB-Novelle 2021 sind die Kriterien der Zumessung der Geldbuße gesetzlich in § 81d GWB verankert.

#### cc) Verfahren

Das Kartellverwaltungsverfahren ist in den §§ 54 – 62 GWB geregelt. Diesem formellen Verfahren geht allerdings regelmäßig ein informelles Verfahren voraus, in dem zahlreiche Fälle durch Gespräche zwischen der Behörde und den Beteiligten geklärt werden.

Ein förmliches Verfahren kann entweder von Amts wegen oder auf Antrag eingeleitet werden. Drittschutz wird ferner durch § 54 Abs. 1 S. 2 GWB gewährt.

Die Kartellbehörden haben nach § 59 GWB ein Auskunfts- und Untersuchungsrecht. Durchsuchungen sind gem. § 59 Abs. 4 GWB nach richterlicher Anordnung zulässig. Gemäß § 32e GWB hat das Bundeskartellamt die Befugnis, eine Enquêteuntersuchung hinsichtlich bestimmter Wirtschaftszweige oder – sektorübergreifend – bestimmter Arten von Vereinbarungen durchzuführen.

Bußgelder werden nicht im Verwaltungsverfahren, sondern im Bußgeldverfahren gem. §§ 81 ff. GWB verhängt. Maßgebend ist insoweit § 81 GWB, der festlegt, welche Verstöße im Fall ihrer fahrlässigen oder vorsätzlichen Begehung mit Bußgeldern belegt werden können. Die folgenden Vorschriften enthalten weitere Regelungen des Verfahrens. Im Übrigen ist auf die Regelungen des OWiG zurückzugreifen.

#### dd) Rechtsschutz

Die Verfügungen der Kartellbehörden sind zwar Verwaltungsakte. Gegen belastende Verwaltungsakte ist jedoch nicht der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 VwGO eröffnet. Die §§ 73 Abs. 1, 4 GWB enthalten die abdrängende Anordnung eines Sonderrechtsweges zu den ordentlichen Gerichten. Das in den §§ 73 – 76 GWB geregelte Kartellbeschwerdeverfahren ist allerdings ein besonderes Verwaltungsstreitverfahren. Die beschwerten Adressaten haben die Möglichkeit der Kartellbeschwerde zum zuständigen OLG. Erste Instanz sind damit die Kartellsenate der OLG, die als Tatsacheninstanz entscheiden, wie gesehen nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen, d.h. dem Amtsermittlungsgrundsatz folgend, § 75 GWB. Die Beteiligten trifft lediglich eine Mitwirkungspflicht.

Bei Bußgeldern enthalten die §§ 83 ff. GWB vom OWiG abweichende Sonderregelungen zur Zuständigkeit und zum Instanzenzug. Legt der Adressat eines Bußgeldbescheides Einspruch gegen diesen ein (vgl. § 67 OWiG), so wird zur Entscheidung aber in Abweichung zu § 68 OWiG nicht das Amtsgericht, sondern gem. § 83 GWB wiederum das Oberlandesgericht berufen.

b) Zivilrechtliche Durchsetzung

aa) In Betracht kommende Anspruchsgrundlagen – „Schwert- und Schildprozesse“

Kartellrechtsverstöße können die Zivilgerichte in zwei Weisen beschäftigen: Zum einen mag der durch den Verstoß Beschwerte Schadensersatz (vgl. insofern AP 4), Belieferung o.ä. verlangen. Daneben ist in § 34a GWB die Vorteilsabschöpfung durch Verbände und Einrichtungen geregelt, die für die sog. Massen- und Streuschäden eingeführt worden ist. Bei der Durchsetzung des Kartellrechts sind seit der 8. GWB-Novelle auch Verbraucherverbände befugt, Normadressaten, die gegen das deutsche und europäische Kartellrecht verstoßen, auf Beseitigung und Unterlassung in Anspruch zu nehmen, § 33 Abs. 4 GWB. Bei der Schädigung von Verbrauchern können Verbraucherverbände inzwischen auf der Grundlage des Verbraucherrechtgedurchsetzungsgesetzes (VDuG) auch Abhilfeklagen anstrengen. Man spricht insoweit von „Schwertprozessen“. Weitaus häufiger sind in der Praxis jedoch sog. „Schildprozesse“ in denen sich der Beklagte, von dem die Erfüllung eines Vertrages oder, gestützt auf die Verletzung eines Vertrages, Schadensersatz verlangt wird, mit dem Einwand wehrt, dieser Vertrag sei infolge eines Kartellrechtsverstößes nichtig.

bb) Nichtigkeit kartellrechtswidriger Verträge

Die Nichtigkeit kartellrechtswidriger Verträge kann stets geltend gemacht werden. Problematisch ist insoweit allerdings regelmäßig die Reichweite der Nichtigkeit. Bei Vertriebsverträgen ist u.U. nur eine Ausschließlichkeitsbindung unwirksam, die Pflicht zur Abnahme von Waren bzw. deren Bezahlung wird jedoch nach allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen (Vorliegen von Erhaltungsklauseln, § 139 BGB) beurteilt. Häufig wird der geltend gemachte Anspruch von der wegen Kartellrechtsverstößes nichtigen Norm nicht berührt, bzw. die Teilnichtigkeit führt nicht zur Gesamtnichtigkeit (vgl. dazu BGH v. 24.9.2002, KZR 10/01 = NJW 2003, 347).

cc) Zivilprozessuale Besonderheiten

Für Zivilklagen aufgrund des GWB und der Wettbewerbsregeln des AEUV sind in den §§ 87 ff. GWB Besonderheiten vorgesehen.

dd) Schwächen der Rechtsdurchsetzung

Die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung litt unter verschiedenen systembedingten Problemen:

- kein Zugang des Klägers zu den Beweismitteln im Bereich des beklagten Kartellanten oder Marktbeherrschers
- häufige wirtschaftliche Abhängigkeit – *you may win the case, but lose your business!* Vgl. dazu insb. § 20 GWB und die daraus resultierende „Ross-und-Reiter“-Problematik.
- Schwächen der Ansprüche auf Schadensersatz, die im allgemeinen Zivilrecht wurzeln: insb. Kausalität und Quantifizierung des Schadens.
- Möglichkeit der Vorteilsabschöpfung durch Verbände und „qualifizierte Einrichtungen“ nur für vorsätzliche Verstöße, vgl. § 34a GWB.

Die Richtlinie 2014/104/EU über Schadensersatzansprüche bei Kartellverstößen (ABl. 2014 Nr. L 349/1) ist ein Versuch, verschiedenen dieser Probleme unionsweit beizukommen. Die Regelungen wurden durch die 9. GWB-Novelle umgesetzt:

Die Problematik der Aktivlegitimation – insbesondere der Klagen mittelbar Geschädigter und Verbraucher (*offensives passing-on*) wurde durch den Europäischen Gesetzgeber in Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1 Richtlinie 2014/104 geklärt. Dort wird angeordnet, dass auch mittelbar Geschädigte einen eigenen Schadensersatzanspruch haben sollen. Die Umsetzung in nationales Recht finden die Regelungen im § 33c Abs. 2-5 GWB.

Im Rahmen des defensiven *passing-on* ist hinsichtlich der Schadensentstehung gem. § 33 Abs. 3 Satz 2 GWB 2013 (entspr. § 33c Abs. 1 Satz 1 GWB) der Schaden, der durch den Bezug einer überkauften Ware oder Dienstleistung entsteht, nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde. Zur Folgefrage der Vorteilsausgleichung äußerte sich § 33 Abs. 3 Satz 2 GWB 2013 indes gerade nicht. Gemäß Art. 13 S. 1 Richtlinie 2014/104 muss die beklagte Partei zwar im Verhältnis zum unmittelbar Geschädigten das Recht haben, im Falle einer Schadensersatzklage wegen Preisaufschlägen den Einwand der Schadensabwälzung geltend zu machen, trägt diesbezüglich aber die Beweislast. Der Beklagte kann gem. Art. 13 S. 2 Richtlinie 2014/104 immerhin in angemessener Weise Offenlegungen von dem Kläger oder von Dritten verlangen. Die entsprechenden Regelungen wurden in § 33c Abs. 1 Satz 2, 33g Abs. 2-10 GWB umgesetzt.

Die seit jeher bestehenden Schwierigkeiten bei der Quantifizierung des im Wettbewerb erlittenen Schadens im Rahmen der Schadensberechnung sollen auch durch die Richtlinie 2014/104 beseitigt werden. So sieht Artikel 17 Abs. 2 Richtlinie 2014/104 vor, dass bei Zuwiderhandlungen in Form von Kartellen die Schadensentstehung widerleglich vermutet wird, vgl. § 33a Abs. 2 Satz 1 GWB. Bei der Ermittlung des Schadensumfangs dürfen die Beweisanforderungen die Ausübung des Rechts des Geschädigten auf Schadensersatz nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren. Schließlich muss das Instrument der Schadensschätzung zur Verfügung stehen, Art. 17 Abs. 1 Richtlinie 2014/104, vgl. § 33a Abs. 3 GWB.

Auch hinsichtlich der Verjährung sieht die Richtlinie 2014/104 Änderungen vor. Die ihrer Natur nach deliktischen Ansprüche aus §§ 33, 33a GWB würden nach der allgemeinen Regel der §§ 195, 199 BGB in drei Jahren ab Kenntnis des Gläubigers verjähren. In Umsetzung von Art. 10 Richtlinie 2014/104 sieht § 33h Abs. 1 GWB als Sonderregelung eine Verjährungsdauer von fünf Jahren ab Kenntnis vor. Es bleibt für Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche kenntnisunabhängig bei einer Höchstfrist von zehn Jahren, § 33h Abs. 3 GWB. Verbleibende Ansprüche verjähren in 30 Jahren, § 33h Abs. 4 GWB. Im Hinblick auf die Förderung von *follow on*-Klagen hält § 33h Abs. 6 GWB einen besonderen Hemmungstatbestand bereit.

Bzgl. der Offenlegung von Beweismitteln sieht die Richtlinie 2014/104 folgende Änderungen vor: Geschädigten muss ein Recht eingeräumt werden, beim zuständigen Gericht einen Antrag auf Offenlegung der Beweismittel zu stellen, wenn er die mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen und Beweismittel dargelegt hat, aus denen sich plausible Gründe für den Verdacht ergeben, dass er einen durch eine Zuwiderhandlung der anderen Partei gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schaden erlitten hat, Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2014/104. Die einschränkenden Kriterien sollen sog. Ausforschungsanträge (*fishing expeditions*) verhindern. Geschäftsgeheimnisse werden durch Art. 5 Abs. 4 Richtlinie 2014/104 geschützt. Besondere Regelungen gelten für die Offenlegung von Beweismitteln aus den Akten einer Wettbewerbsbehörde, die Kronzeugenunternehmenserklärungen und Vergleichsausführungen enthalten, vgl. Art. 6 Abs. 1, 6 Richtlinie 2014/104. Zur Umsetzung schafft § 33g GWB einen materiellrechtlichen Herausgabeanspruch; die verfahrensrechtliche Entsprechung findet sich in den §§ 89b ff. GWB.

Der Ross-Reiter-Problematik wird jedenfalls bezogen auf Lebensmittelketten inzwischen durch Erlass der Richtlinie über unlautere Handelspraktiken zwischen Unternehmen in der Lebensmittelversorgungskette (hierzu bereits AP 5) begegnet, indem nach Art. 3 Abs. 1 lit. h auch Vergeltungsmaßnahmen für die Geltendmachung von Rechten der unterlegenen Partei als unlauter

deklariert werden. Sie obliegt jedoch der Durchsetzung durch die Behörden und ist damit der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung zuzuordnen.

## 2. Durchsetzung des Europäischen Wettbewerbsrechts

### a) Verwaltungsrechtliche Durchsetzung

#### aa) Durch die Europäische Kommission

Das Europäische Kartellrecht ist einer der wenigen Bereiche, in denen materielles Europarecht durch eigene Behörden der Union durchgesetzt wird. Zuständig ist insoweit die Europäische Kommission. Innerhalb der Kommission werden Wettbewerbssachen von der Generaldirektion Wettbewerb („DG COMP“) bearbeitet.

Im AEUV sind keine Regelungen über das Verfahren niedergelegt. Artikel 103 AEUV enthält jedoch eine Ermächtigung an den Rat zum Erlass entsprechender Verordnungen.

Der Rat hat dazu im Jahr 1962 die Verordnung Nr. 17 erlassen. Sie wurde mit Wirkung vom 1. Mai 2004 von der Verordnung Nr. 1/2003 abgelöst. Durch die VO Nr. 1/2003 wurde das Europäische Kartellrecht grundlegend reformiert. Seitdem wird das EU-Kartellrecht dezentral angewendet. Zudem wurde die bis dahin geltende Anmeldepflicht von Kartellen durch das Prinzip der Legalausnahme ersetzt. Es bedarf seitdem keiner positiven Entscheidungen der Europäischen Kommission mehr, welche wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV freigestellt sind. Die Kehrseite der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 3 AEUV bildet für die Normadressaten die Notwendigkeit, eigenverantwortlich zu entscheiden, ob eine Abrede gegen das Kartellverbot verstößt (sog. Selbstveranlagung). Im April 2009 legte die Kommission dem Europäischen Parlament und dem EU-Ministerrat einen Bericht über die Anwendung der Verordnung Nr. 1/2003 vor (KOM (2009) 206 endg.). Die Bewertung der Kommission fiel weitgehend positiv aus. Danach habe die Verordnung zu einer effizienten Durchsetzung geführt und eine kohärente und einheitliche Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln ermöglicht. Die EU-Wettbewerbsregeln hätten sich EU-weit als allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze durchgesetzt. Einige Aspekte, darunter etwa die effizientere Ausgestaltung von Beschwerden, die nach der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte keine prioritären Verfahren auslösen, wird die Kommission näher untersuchen.

Beachten Sie aber, dass diese Regeln nur für die „allgemeinen“ Kartellsachen gelten! Für die Zusammenschlusskontrolle enthält die FKVO eigene Verfahrensvorschriften.

#### (1) Sanktionen

*Abstellungsverfügung.* Stellt die Kommission eine Zuwiderhandlung gegen Art. 101 oder 102 AEUV fest, so kann sie die beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen, Art. 7 Abs. 1 VO Nr. 1/2003.

*Bindungserklärung.* Beabsichtigt die Kommission, eine Abstellungsverfügung zu erlassen, und bieten die beteiligten Unternehmen an, Verpflichtungen einzugehen, die geeignet sind, die ihnen von der Kommission nach ihrer vorläufigen Beurteilung mitgeteilten Bedenken auszuräumen, so kann die Kommission diese Verpflichtungszusagen im Wege einer Entscheidung für die Unternehmen für bindend erklären, Art. 9 VO Nr. 1/2003. Diese Erklärung hat zur Folge, dass nachfolgende Verstöße der Unternehmen ohne weiteres mit Bußgeldern belegt werden können, Art. 23 Abs. 2 lit. c VO Nr. 1/2003.

*Feststellung.* Soweit die Kommission ein berechtigtes Interesse hat, kann sie auch eine Zuwiderhandlung feststellen, nachdem diese beendet ist, Art. 7 Abs. 1 S. 4. Umgekehrt kann die Kommission auch feststellen, dass Art. 101 AEUV auf eine Vereinbarung, einen Beschluss ei-

ner Unternehmensvereinigung oder eine abgestimmte Verhaltensweise keine Anwendung findet, weil die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht vorliegen oder weil die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind. bzw. dass Art. 102 AEUV durch ein Wettbewerbsverhalten nicht verletzt wird, wenn eine solche Feststellung aus Gründen des öffentlichen Interesses der Gemeinschaft im Bereich der Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV erforderlich ist, Art. 10 VO Nr. 1/2003.

*Geldbußen:* Zu Geldbußen kann wiederum auf AP 4 verwiesen werden.

## (2) Verfahren

Die Kommission kann von Amts wegen oder auf eine Beschwerde hin ein Verfahren einleiten, Art. 7 Abs. 1 VO Nr. 1/2003. Der Kommission stehen je nach Sachverhalt verschiedene Handlungsalternativen zur Verfügung. So kann sie einzelne Wirtschaftszweige untersuchen, Art. 17 VO Nr. 1/2003, ein Auskunftsverlangen stellen, Art. 18 VO Nr. 1/2003, natürliche und juristische Personen befragen, die dieser Befragung zustimmen, Art. 19 VO Nr. 1/2003, oder auch Nachprüfungen in betrieblichen Räumlichkeiten vornehmen, Art. 20 VO Nr. 1/2003.

Besteht ein begründeter Verdacht, dass relevante Geschäftsunterlagen, die als Beweismittel für einen *schweren* Verstoß gegen Art. 101 oder 102 AEUV von Bedeutung sein könnten, in anderen Räumlichkeiten — darunter auch die Wohnungen von Unternehmensleitern und Mitgliedern der Aufsichts- und Leitungsorgane sowie sonstigen Mitarbeitern der betreffenden Unternehmen und Unternehmensvereinigungen — aufbewahrt werden, so kann die Kommission auch eine Nachprüfung in diesen anderen Räumlichkeiten, Art. 21 Abs. 1 VO Nr. 1/2003 anordnen.

## (3) Verfahrensrechte

Den Unternehmen und Unternehmensvereinigungen stehen gewisse Verfahrensrechte zu. Hierzu gehören insbesondere das Recht auf rechtliches Gehör und die Verteidigungsrechte (*due process*). Um das Recht auf Gehör besser wahrnehmen zu können hat die Kommission 1982 den Posten des Anhörungsbeauftragten geschaffen. Diesem wurde als unabhängiger, aber in Wettbewerbsfragen erfahrener Person das Anhörungsverfahren übertragen. Seine zentrale Aufgabe ist es, dafür Sorge zu tragen, dass das Recht auf Anhörung in Wettbewerbsverfahren vor der Kommission nach Art. 101 und 102 AEUV und der Fusionskontrollverordnung Nr. 139/2004 wirksam ausgeübt werden kann.

## (4) Rechtsschutz

Gegen Entscheidungen der Kommission ist die Nichtigkeits- bzw. Verpflichtungsklage zum (Allgemeinen) Gericht (früher: Gericht erster Instanz), kurz: EuG, möglich, Art. 256 Abs. 1, 263 bzw. 265 AEUV. Das Gericht kann Entscheidungen, mit denen Geldbußen oder Zwangsgelder verhängt wurden, unbeschränkt nachprüfen und den Betrag selbst festsetzen, Art. 31 VO Nr. 1/2003. Es handelt sich dabei um sog. Direktverfahren, die sehr umfangreich sind. Aus Anlass früher Verfahren der Kommission, in denen europaweit ganze Industrien „aufgeräumt“ wurden (Zucker, Soda, Glas), sind Urteile von mehreren hundert Seiten Länge ergangen. Gegen die Entscheidungen des Gerichts kann ein Rechtsmittel zum Gerichtshof der EU (kurz: EuGH) eingelegt werden, das allerdings ausschließlich auf Rechtsfehler des EuG gestützt werden kann, Art. 256 Abs. 2 AEUV.

### bb) Durch die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten

*Unmittelbare Anwendbarkeit des EU-Kartellrechts:* Die Art. 101, 102 AEUV sind wegen ihrer Natur direkt anwendbar. Daher können auch nationale Wettbewerbsbehörden und Gerichte die EU-Wettbewerbsvorschriften, insb. die Art. 101, 102 AEUV, anwenden. Seit der 6. GWB-Novelle ist in § 50 GWB eine Zuständigkeitsbegründung für das deutsche Recht zu finden.

cc) Koordinationsbedarf bei parallelen Zuständigkeiten:

Bei Wettbewerbsbeschränkungen mit Unionsdimension werden die mitgliedstaatlichen Kartellbehörden nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, auch das EU-Kartellrecht anzuwenden, Art. 3 Abs. 1 VO Nr. 1/2003. Daraus resultiert nahezu zwangsläufig eine konkurrierende Zuständigkeit mehrerer mitgliedstaatlicher Kartellbehörden sowie der Kommission. Um hier überflüssige Arbeit – und womöglich widersprüchliche Entscheidungen – zu vermeiden, wurde im Oktober 2002 das Netzwerk der Wettbewerbsbehörden (ECN, *European Competition Network*) eingerichtet, das aus der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der 27 Mitgliedstaaten besteht. Innerhalb dieses Netzwerks sollen Fälle einer Behörde zugewiesen werden, die gut zur Bearbeitung geeignet ist. Im Bericht der Kommission über das Funktionieren der Verordnung Nr. 1/2003 (KOM (2009) 206 endg.) teilte die Kommission mit, dass sich die Zusammenarbeit der Kommission und der einzelnen Mitgliedstaaten im ECN bewährt habe. Durch das Netz sei die Kommission über viele wettbewerbsrechtliche Entscheidungen innerhalb der EU informiert worden. Eine kohärente und einheitliche Anwendung sei durch die enge Zusammenarbeit im ECN möglich. Das ECN sei auch verantwortlich dafür, dass die Mitgliedstaaten oder die einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden eigene Kronzeugenregelungen ausgearbeitet und eingeführt hätten und dass die einzelnen Regelungen weitgehend kohärent seien.

*Homogene Rechtsentwicklung:* Das Ziel homogener Entwicklung des EU-Kartellrechts soll vor allem durch eine enge Zusammenarbeit der Kommission und der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Netzwerk erreicht werden, vgl. Art. 11 Abs. 1 VO Nr. 1/2003. Dazu ist sowohl die Übermittlung von Schriftstücken vorgesehen als auch die gegenseitige Unterrichtung.

Daneben wird die homogene Entwicklung des Rechts durch ein Befolgungsgebot sichergestellt. Wenn Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten nach Art. 101 oder 102 AEUV über Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen zu befinden haben, die bereits Gegenstand einer Entscheidung der Kommission sind, dürfen sie keine Entscheidungen treffen, die der von der Kommission erlassenen Entscheidung zuwiderlaufen würden, Art. 16 Abs. 2 VO Nr. 1/2003.

*Rechtsschutz:* Gegen Entscheidungen der nationalen Wettbewerbsbehörden wird Rechtsschutz durch die mitgliedstaatlichen Gerichte nach den Maßgaben des nationalen Rechts gewährt. Insoweit greift zur Gewährleistung einer homogenen Rechtsentwicklung vor allem die Verpflichtung zur Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung gem. Art. 267 AEUV ein. Auch dürfen die mitgliedstaatlichen Gerichte nicht bereits erlassenen oder voraussichtlichen Entscheidungen der Kommission zuwiderlaufende Entscheidungen erlassen.

dd) Harmonisierung der behördlichen Durchsetzung in den Mitgliedstaaten („ECN plus-RL“):

Seit 2004 werden Verletzungen des Unionskartellrechts obligatorisch auch durch die mitgliedstaatlichen Kartellbehörden verfolgt. Insoweit fanden allerdings die bis dahin nicht harmonisierten mitgliedstaatlichen Verfahrensregelungen Anwendung. Durch die insoweit unterschiedliche Verfolgungsintensität wurden Marktverzerrungen befürchtet. Das versuchte die am 3. Februar 2019 in Kraft getretene Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts ([ABl. 2019 Nr. L 11/3](#)) zu vermeiden. Sie sollte die dezentrale Durchsetzung durch die Schaffung des sog. ECN plus verbessern, d.h. eine vertiefte Zusammenarbeit im Rahmen des bereits bestehenden ECN herbeiführen, und hierfür auch die Verordnung Nr. 1/2003 ergänzen. Die zuvor nicht harmonisierten mitgliedstaatlichen Verfahrensregelungen zur Amtshilfe wurden vereinheitlicht und den Mitgliedstaaten wurde aufgegeben, den nationalen Behörden ein Mindestmaß an Untersuchungs- und Entscheidungsbefugnissen einzuräumen. Zudem sollte die Richtlinie die Unabhängigkeit der nationalen Behörden sicherstellen. Hierzu wurden die Weisungsunabhängigkeit der nationalen Behörden sowie die Übertragung ausreichender personeller, finanzieller und technischer Ressourcen vorgeschrie-



ben. Der deutsche Gesetzgeber hat die ECN plus-Richtlinie mit der 10. GWB-Novelle vom 20. Januar 2021 umgesetzt.

b) Zivilrechtliche Durchsetzung

aa) In Betracht kommende Anspruchsgrundlagen

Für Verstöße gegen Art. 101 AEUV hält die Vorschrift selbst in Absatz 2 eine zivilrechtliche Sanktionsnorm bereit. Es ist die Nichtigkeit entsprechender Verträge. Allerdings überlässt das Europarecht den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, die Reichweite der Nichtigkeit selbst zu bestimmen.

Schadensersatzansprüche gewährt das Europarecht selbst zwar nicht, verpflichtet aber die Mitgliedstaaten dazu, solche Ansprüche bereitzuhalten, um die praktische Wirksamkeit des EU-Kartellrechts nicht zu beeinträchtigen. Überdies hat der Europäische Gesetzgeber 2014 eine Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellverstößen erlassen. Sie trifft weitreichende Anordnungen im Hinblick auf materielle Voraussetzungen, insbesondere die Aktivlegitimation, die Verjährung, die Reichweite des Einwands der Schadensabwälzung (passing on) und die Schadensberechnung, prozessuale Fragen wie den Zugang zu Beweismitteln sowie Folgefragen wie die Organisation der Haftung in der Schuldnermehrheit (im Einzelnen vgl. o.). Die Richtlinie war bis zum 27. Dezember 2016 umzusetzen und schlägt sich in den Neuregelungen der 9. GWB-Novelle (§§ 33a ff. GWB) nieder.

Die Möglichkeit, Ansprüche auf §§ 3, 3a UWG (früher §§ 3, 4 Nr. 11 UWG) unter dem Gesichtspunkt der Vorsprungserlangung durch Rechtsbruch zu stützen, wurde von der jüngeren Rechtsprechung mit Hinweis auf die differenzierte Regelung der Aktivlegitimation in § 33 GWB abgelehnt.

bb) Prozessuale Besonderheiten

Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die sich aus den Art. 101, 102 AEUV ergeben, gelten die §§ 87 ff. GWB.

cc) Schwächen der Rechtsdurchsetzung

Das EU-Kartellrecht leidet im Augenblick vor allem an den fehlenden Individualsanktionen. Zwar ist theoretisch möglich, die Verantwortlichen eines Unternehmens im Wege der gesellschaftsrechtlichen Rückgriffshaftung der Organmitglieder wegen Kartellrechtsverstößen in Anspruch zu nehmen, wenn diese Verstöße über die Verhängung von Geldbußen oder die Verpflichtung zur Zahlung von Schadensersatz gegen das Unternehmen zu einem Schaden für dieses geführt haben. In der Praxis ist diese Haftung jedoch nach wie vor weitgehend bedeutungslos. Über eine strafrechtliche Haftung wird im Wesentlichen nachgedacht, weil die immer höher steigenden Geldbußen die Unternehmen u.U. enorm belasten, ohne aber für die jeweils Handelnden geeignete Anreize zur Abschreckung zu setzen.

## II. Horizontale Vereinbarungen

### 1. Begriff des Kartells

Der Begriff des Kartells wird im internationalen Kontext nicht immer einheitlich verwendet. Z.T. wird er auf *alle Formen* kollusiven Verhaltens angewendet, die zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen (sollen). Im Folgenden wird der Begriff aber, dem traditionellen deutschen Sprachgebrauch folgend, Wettbewerbsbeschränkungen durch kollusives Verhalten *im Horizontalverhältnis* vorbehalten. Die Begriffe „Horizontal“- und „Vertikalverhältnis“ bzw. die jeweiligen Attribute beziehen sich auf die zugrundeliegenden Wettbewerbsverhältnisse.

## 2. Horizontale Vereinbarungen gem. Art. 101 AEUV

### a) Die Reichweite des Verbotstatbestandes in Art. 101 Abs. 1 AEUV

„Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, ...“

#### aa) Unternehmen

Der Unternehmensbegriff wird denkbar weit ausgelegt. Er erfasst nicht nur Personenhandels- und Kapitalgesellschaften, sondern auch einfache Gesellschaften, Einzelunternehmer und öffentlich-rechtliche Einheiten, sofern sie sich auf dem Markt bewegen.

Ausgegrenzt werden in erster Linie Endverbraucher, unselbständige Arbeitnehmer und öffentlich-rechtliche Körperschaften, soweit sie hoheitliche Gewalt ausüben.

#### bb) Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen

Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst im Gegensatz zu Art. 102 AEUV kollusives Wettbewerbsverhalten zwischen verschiedenen Unternehmen. Es wird durch drei Begehungsformen umschrieben.

Der Begriff der „*Vereinbarungen*“ war ursprünglich wohl enger ausgelegt worden, weshalb die Tatbestandsalternative der „aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen“ aufgenommen worden war. Der EuGH hat den Begriff der Vereinbarungen jedoch frühzeitig weit ausgelegt. Er umfasst auch Gentlemen's Agreements, Frühstückskartelle etc.

„*Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen*“ sind typischerweise Verbandsbeschlüsse. Tragen bereits „rechtmäßige“ Verbände nicht selten kartellistische Züge, so ist darüber hinaus feststellbar, dass Kartelle sich zur Tarnung bisweilen – ausschließlich zu diesem Zweck gegründeter – Verbände bedienen.

„*Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen*“ bilden einen Auffangtatbestand, der insbesondere eingreift, wenn das quasi-rechtsgeschäftliche Verhalten, welches „Vereinbarungen“ verlangt, nicht nachgewiesen werden kann. Nach ständiger Rechtsprechung umfasst dieser Begriff eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen, die bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt. Abzugrenzen sind die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen aber vom sog. „Parallelverhalten“. Bloßes Parallelverhalten ist in bestimmten Wettbewerbssituationen unabdingbar und kann daher nicht kartellrechtlich verboten werden.

#### cc) Wettbewerbsbeschränkung

In etwas redseliger Weise spricht Art. 101 Abs. 1 AEUV von der „Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs“. Insoweit besteht Einigkeit, dass alle Begriffe in dem der *Wettbewerbsbeschränkung* aufgehen. Der Tatbestand der Wettbewerbsbeschränkung wird konkretisiert in der Beispielliste des Art. 101 Abs. 1 AEUV. Der wettbewerbsbeschränkende Charakter einer Abrede fehlt, wo von vornherein zulässigerweise kein Wettbewerb besteht, also insbesondere innerhalb eines Konzerns.

#### dd) bezwecken oder bewirken

Entscheidend ist allein, dass die oben aufgeführten Verhaltensformen eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken oder bezwecken. Beide Tatbestandsalternativen sind selbständig, d.h. die

subjektiv nicht vorhergesehene oder nicht gewollte Wettbewerbsbeschränkung wird wegen ihrer objektiven Wirkung ebenso erfasst wie die subjektiv vielleicht beabsichtigte, aber gescheiterte Wettbewerbsbeschränkung.

ee) welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind

Erforderlich ist schließlich ein Unionsbezug. Ihn leistet das Erfordernis, dass die Wettbewerbsbeschränkung den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sein muss. Der Begriff des innergemeinschaftlichen Handels wird von der Rechtsprechung weit ausgelegt. Er umfasst nicht nur den Warenverkehr, sondern auch den Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen Mitgliedstaaten. Die in den Art. 101 und 102 AEUV geforderte "Eignung zur Beeinträchtigung" dieses Handels ist bereits dann gegeben, wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass die wettbewerbsbeschränkende Absprache oder missbräuchliche Verhaltensweise *unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach* den Wirtschaftsverkehr zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise beeinflussen kann, welche die Erreichung der Vertragsziele erschwert.

ff) Spürbarkeit

Die Praxis hat ein weiteres – ungeschriebenes – Tatbestandsmerkmal der Verbotsnorm in Art. 101 Abs. 1 AEUV entwickelt: Stets ist erforderlich, dass das Wettbewerbsverhalten eine *spürbare* Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt und außerdem geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen. Nach der Rspr. des EuGH ist Art. 101 AEUV nicht anwendbar, wenn eine Vereinbarung die Wettbewerbsverhältnisse bei den relevanten Erzeugnissen mit Rücksicht auf die schwache Marktstellung der Beteiligten nur geringfügig beeinträchtigt.

Zur Konkretisierung des Spürbarkeitserfordernisses hat *die Kommission* eine Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung; ABl. 2014 Nr. C 291/1) erlassen.

b) Rechtfertigung, Art. 101 Abs. 3 AEUV

Der weite Verbotstatbestand des Absatzes 1 muss im Zusammenhang mit dem ebenso weiten Rechtfertigungstatbestand in Absatz 3 gelesen werden. Nur zusammen geben sie eine Auskunft darüber, ob ein Verhalten rechtswidrig und damit nichtig i.S.d. Absatzes 2 ist.

Bei horizontalen Abreden ist der Bereich möglicher Rechtfertigungsgründe schmal: Im Kernbereich der *hardcore*-Kartelle (Preis- und Mengenabsprachen, Gebiets- und Kundenaufteilungen) ist eine Rechtfertigung ausgeschlossen.

Relevante Einschränkungen des Kartellverbots ergeben sich für horizontale Abreden allein durch die Gruppenfreistellungsverordnungen der Kommission vom 1. Juni 2023 2023/1067 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen (ABl. 2023 Nr. L 143/20) sowie 2023/1066 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung (ABl. 2023 Nr. L 143/9). Ergänzt werden die beiden Gruppenfreistellungsverordnungen durch die überarbeiteten Leitlinien der Kommission zur Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (C[2023] 3445 final). Die Überarbeitung sollte vorwiegend Aspekte der Nachhaltigkeit (diesen wird in den Leitlinien ein ganzes Kapitel gewidmet) vermehrt berücksichtigen und nähere Erläuterungen zu Fragen des Datenaustausches enthalten (Mitteilung der Kommission v. 1.3.2022,

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip\\_22\\_1371](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_1371), site zuletzt besucht am 04.04.2024).

### 3. Kartellverbot im GWB

#### a) Strukturen des Kartellverbots

##### aa) Verbotsnorm, § 1 GWB

Das Verbot horizontaler Vereinbarungen ist in § 1 GWB geregelt. Die Vorschrift wurde 2005 an Art. 81 EG (jetzt Art. 101 AEUV) angeglichen. Daraus ergibt sich die an Art. 101 AEUV orientierte Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale inklusive des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals der Spürbarkeit sowie der Leitlinien und Bekanntmachungen.

##### bb) Freistellungsmöglichkeit

Eine horizontale Vereinbarung kann nach § 2 Abs. 1 GWB freigestellt werden. Die Vorschrift entspricht inhaltlich der Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV. Das System der Legal Ausnahme, das sich aus dem Inkrafttreten der VO Nr. 1/2003 ergibt, wurde für das GWB übernommen; die §§ 9-13 GWB, welche die Administrativfreistellung regelten, wurden 2005 ebenfalls aufgehoben.

§ 2 Abs. 2 GWB überträgt den Regelungsgehalt der von der Kommission erlassenen Gruppenfreistellungsverordnungen im Wege einer dynamischen Verweisung ins deutsche Recht. Im Rahmen horizontaler Vereinbarungen sind die GVO über Spezialisierungsvereinbarungen und die GVO über Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung hervorzuheben.

##### cc) Mittelstandskartelle

Die kasuistisch ausgestalteten Freistellungstatbestände der §§ 2-7 GWB 1998 wurden mit Ausnahme der in § 3 GWB enthaltenen Regelung für Mittelstandskartelle im Jahr 2004 ebenfalls gestrichen.

#### b) Rechtsfolgen

Dem § 1 GWB unterfallende Vereinbarungen sind nichtig. Bei § 1 GWB handelt es sich um ein Verbotsgesetz, bei dem der Zweck die Nichtigkeit des Vertrages gem. § 134 BGB fordert. Im Rahmen horizontaler Vereinbarungen erfasst die Nichtigkeit zwar sog. *Ausführungsverträge*, d.h. Verträge zwischen den Kartellmitgliedern oder mit Dritten, die der Durchführung der verbotenen Wettbewerbsbeschränkung dienen, *nicht aber* sog. *Folgeverträge*, d.h. im Regelfall Lieferungsverträge der Kartellmitglieder mit unbeteiligten Dritten. Insoweit bleibt es bei Schadensersatzansprüchen.

Daneben werden sog. Hardcore-Kartelle wie besprochen regelmäßig erhebliche Geldbußen als Rechtsfolgen nach sich ziehen.

### *III. Wettbewerbsbeschränkungen durch vertikale Vereinbarungen*

#### 1. Vertikale Abreden und Wettbewerbsbeschränkungen

##### a) Vereinbarungen im Vertikalverhältnis

In Rechtswissenschaft und Praxis hat sich die Verwendung der Begriffe „Vertikalverhältnis“ bzw. „Horizontalverhältnis“ durchgesetzt. Damit wird auf das Verhältnis zwischen Wettbewerbsteilnehmern bezuggenommen, die entweder auf verschiedenen Produktions- bzw. Vertriebsstufen oder auf derselben stehen (vgl. nur Art. 1 Abs. 1 lit. a Verordnung (EU) 2022/720 der Kommis-

sion vom 10. Mai 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. 2022 Nr. L 134/5 – im Folgenden: Vertikal-GVO).

#### b) Relevanz von Bindungen im Vertikalverhältnis für den Wettbewerb

Wirtschaftsteilnehmer auf verschiedenen Produktions- und Vertriebsstufen binden sich gegenseitig in mannigfaltiger Weise. Jedem Austauschvertrag liegt im Hinblick auf den Vertragsgegenstand eine Bindung zugrunde. Diesen Verträgen will sich das Kartellrecht aber nicht entgegenstellen. Bindungen durch Kauf-, Miet-, Werk- oder Lizenzverträge begründen keine Wettbewerbsbeschränkungen, sondern bilden das Wesen des Wettbewerbs, der auf privatautonomer Rechtsgestaltung beruht.

Wettbewerbsbeschränkungen können niemals im Vertikalverhältnis eintreten, sondern immer nur im Horizontalverhältnis zwischen Marktteilnehmern auf derselben Wirtschaftsstufe, die sich an dieselben Abnehmerkreise wenden. Die Begriffe „Vertikal-“ bzw. „Horizontalverhältnis“ bzw. die Attribute „vertikal“ und „horizontal“ beziehen sich auf die zugrundeliegenden Wettbewerbsverhältnisse. Der U.S. Supreme Court hat das in einer Fußnote auf die griffige Formel gebracht: „*All anticompetitive effects are by definition horizontal effects*“ (*Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717, 730 Fn. 4 [1988]).

Um kartellrechtlich relevant zu sein, muss Wettbewerbsverhalten im *Vertikalverhältnis* also Wettbewerbsbeschränkungen im *Horizontalverhältnis* bewirken. Sie gilt es im Einzelnen zu identifizieren. Häufig enthalten Abreden im Vertikalverhältnis über die Erbringung der eigentlichen Leistung hinausgehende Bindungen:

**Fall 1:** Ein Pachtvertrag, den eine Brauerei über ein ihr gehörendes Lokal abschließt, enthält die Verpflichtung des Pächters, seinen gesamten Bedarf an Bier beim Verpächter zu decken.

**Fall 2:** Ein Franchisevertrag enthält die Verpflichtung des Franchisegebers, innerhalb eines bestimmten Vertragsgebietes keine weitere Franchise zu vergeben.

**Fall 3:** Ein Distributionsvertrag enthält die Regelung, wonach der Händler nur im Rahmen von fünf Sonderverkaufsaktionen im Monat berechtigt ist, von einem „Ziel-Endverkaufspreis“ nach unten abzuweichen.

**Fall 4:** Ein anderer Distributionsvertrag für Damenoberbekleidung eines bestimmten Herstellers auferlegt dem Abnehmer die Pflicht, sämtliche Produkte der jeweils aktuellen Kollektion auf einer Verkaufinsel von mindestens 60 m<sup>2</sup> Größe unter Einsatz des jeweils aktuellen Werbematerials des Herstellers zu präsentieren.

**Fall 5:** Ein Kaufvertrag enthält eine Klausel, nach der dem Käufer die Weiterverarbeitung des gekauften Produktes untersagt ist.

Typische Beispiele für wettbewerbsbeschränkendes Wettbewerbsverhalten im Vertikalverhältnis sind die vertikale Preisbindung (Fall 3), Exklusivvertriebsverträge (Fall 2), Alleinbezugsverträge (Fall 1), selektive Vertriebssysteme (Fall 4) und Verwendungsbeschränkungen (Fall 5). Auf Einzelheiten bezüglich dieser Verhaltensweisen und die jeweilige kartellrechtliche Behandlung wird in der Vorlesung Kartellrecht vertieft eingegangen.

## 2. Vertikale Abreden nach dem EU-Kartellrecht

### a) Prüfungsmaßstab

Die an Unternehmen gerichteten Wettbewerbsregeln in den Art. 101 ff. AEUV *unterscheiden nicht* zwischen horizontalen und vertikalen Abreden. Grundsätzlich werden danach sämtliche

Vertikalabreden vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst, wenn sie den Wettbewerb beschränken.

b) Wettbewerbsbeschränkung

Im Hinblick auf das Erfordernis der Wettbewerbsbeschränkung hatte der EuGH sich in der grundlegenden Entscheidung *Consten & Grundig* aus dem Jahr 1966 mit dem Argument auseinandersetzen, dass ausreichender *Interbrand*-Wettbewerb (also der Wettbewerb zwischen Händlern unterschiedlicher Marken) geeignet sei, die Wettbewerbserschwerung selbst eines vollständigen Ausschlusses des *Intrabrand*-Wettbewerbs (also der Wettbewerb zwischen Händlern desselben Produkts) durch Alleinvertriebsverträge zu beseitigen. Der EuGH ist ihm jedoch nicht gefolgt und hat die wettbewerbsbeschränkende Wirkung eines Alleinvertriebssystems bejaht. Dieses Ergebnis hat er in zweifacher Weise begründet: Zunächst erscheine es wegen des erheblichen Anteils der Vertriebskosten am Gesamtgestehungspreis als wichtig, dass auch der Wettbewerb zwischen den Händlern gefördert werde. Dieses Argument ist jedoch eben wegen der Wirkungen des *Interbrand*-Wettbewerbs wenig überzeugend, denn der Wettbewerbsdruck durch konkurrierende Händler desselben Produkts wird ersetzt durch den über den Hersteller vermittelten Wettbewerbsdruck durch Hersteller austauschbarer Produkte.

Als zweites Argument stützte der EuGH sich auf den Gesichtspunkt, dass die „streitige Vereinbarung darauf abziele, den französischen Markt für Grundig-Erzeugnisse abzuriegeln und innerhalb der Gemeinschaft getrennte nationale Märkte ... künstlich aufrechtzuerhalten“.

In AP 5 wurde bereits festgestellt, dass der Wettbewerb gegenüber der Marktintegration als primärer Gemeinschaftsaufgabe gem. Art. 3 EUV i.V.m. Protokoll Nr. 27 nur dienende Funktion hat. Wettbewerbsverhalten, das auf eine Wiederherstellung von Einzelmärkten gerichtet ist, verfälscht den Wettbewerb.

c) Freistellung, Art. 101 Abs. 3 AEUV

Weil aber das materielle Argument der minderen Schädlichkeit von Abreden im Vertikalverhältnis gleichwohl zutreffend erkannt wurde, wurden im europäischen Recht seit Mitte der 1960er-Jahre zahlreiche *Gruppenfreistellungsverordnungen* für verschiedene Typen von Vertikalvereinbarungen erlassen. Insoweit hat – trotz der formalen Erfassung vertikaler Abreden durch Art. 101 Abs. 1 AEUV – eine weitreichende Annäherung an die Rechtslage nach dem früheren deutschen Recht, das bis 2004 zwischen Abreden im Horizontal- und Vertikalverhältnis unterschied, stattgefunden. Zum Abschluss kam diese Entwicklung mit der Ablösung der sektoriellen Gruppenfreistellungsverordnungen durch eine Schirm-Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalvereinbarungen (kurz: Vertikal-GVO) im Jahre 1999, die im Jahr 2010 (vgl. o.) und zuletzt im Jahr 2022 überarbeitet wurde. Ein vorwiegendes Ziel der jüngsten Überarbeitung war die Anpassung der Vorschriften an die über die vergangenen zehn Jahre entstandenen Dimensionen des elektronischen Handels und der Online-Plattformen.

Die Vertikal-GVO beschreibt in Art. 2 nur sehr generell die Anwendungsvoraussetzungen. In Art. 4 sind einige „schwarze“ Klauseln („Kernbeschränkungen“) aufgeführt, die bei ihrer Vereinbarung zum generellen Ausschluss der Verordnung führen, darunter namentlich die Bedingungen, dass die Vertikalvereinbarungen zum einen *nicht zur Festsetzung von Mindestpreisen* und zum anderen *nicht zur Marktabschottung* dienen dürften, Art. 4 lit. a, b, c zif. i), d), e) Vertikal-GVO. Daneben zählt sie in Art. 5 einzelne „graue“ Klauseln auf, die bei ihrer Vereinbarung zwar nicht mit freigestellt sind, aber nicht dazu führen, dass die Freistellung insgesamt entfällt. Im Übrigen gilt der Grundsatz: Was nicht ausdrücklich verboten ist, ist erlaubt.

Neben der Vertikal-GVO haben die Verordnung (EU) Nr. 316/2014 für Technologietransfer-Vereinbarungen (ABl. 2014 Nr. L 93/17) sowie die Verordnung (EG) Nr. 461/2010 vom 27. Mai

2010 über vertikale Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor (ABl. 2010 Nr. L 129/52; verlängert bis 2028) Bedeutung für vertikale Abreden.

### 3. Vertikale Abreden nach deutschem Kartellrecht

Auch vertikale Vereinbarungen fallen seit der 7. GWB-Novelle 2005 unter § 1 GWB. Entsprechend den horizontalen Vereinbarungen kommt nun eine Freistellung nach § 2 Abs. 1 GWB, wobei das System der Legalausnahme auch hier gilt, oder über § 2 Abs. 2 GWB nach der Vertikal-GVO in Betracht.

Als letztes Reservat der zulässigen vertikalen Preisbindung neben Vereinbarungen bei landwirtschaftlichen Erzeugnissen (vgl. § 28 GWB) sowie dem Zeitungs- und Zeitschriftenbereich (vgl. 30 GWB) stellen sich die Buchpreise dar: Sie waren bis 30. September 2002 durch § 15 GWB a.F. vom Verbot der vertikalen Preisbindung befreit. Seit dem 1. Oktober 2002 ist die Befreiung nach dieser Vorschrift beschränkt auf Zeitungen und Zeitschriften (vordem: Verlagserzeugnisse). Allerdings wurde damit die Zulässigkeit der Preisbindung für Bücher nicht aufgehoben. Ganz im Gegenteil sind die Verleger von Büchern gem. § 5 Abs. 1 des Buchpreisgesetzes nunmehr dazu verpflichtet, den Endverkaufspreis festzulegen. Die Einzelhändler sind gem. § 3 des Buchpreisgesetzes zur Einhaltung des so festgesetzten Buchpreises verpflichtet.

## IV. Das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im deutschen und Europäischen Kartellrecht

### 1. Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im EU-Kartellrecht

Seit Mitte der 1990er-Jahre hatte sich das EU-Kartellrecht, das traditionell neben der Optimierung der Wettbewerbsprozesse vor allem die Marktintegration verfolgte, einer stärkeren ökonomischen Ausrichtung zugewandt. Die Diskussion um die Funktion von „*economic evidence*“ bei der Missbrauchskontrolle hatte in diesem Zusammenhang als letzte eingesetzt. Die Economic Advisory Group for Competition Policy (EACGP) der Kommission hatte im Sommer 2005 einen Bericht erstellt ([Report by the EAGCP, An economic approach to Article 82](#), site zul. besucht am 04.04.2024), der stark für eine Auslegung des Art. 82 EG (jetzt Art. 102 AEUV) unter Berücksichtigung der ökonomischen Effekte anstelle des bislang vorherrschenden formellen Ansatzes – der sich an bestimmten Verhaltensweisen von Unternehmen ausrichtet – eintrat. Daraufhin hatte die Europäische Kommission im Dezember 2005 ein Diskussionspapier (vgl. AP 5) veröffentlicht und zu einer Abgabe von Stellungnahmen eingeladen. Dieses Papier war auf die Anwendungsfragen des Art. 82 EG (jetzt Art. 102 AEUV) im Zusammenhang mit Behinderungsmissbräuchen beschränkt und klammerte Probleme des Marktstruktur- und des Ausbeutungsmissbrauchs aus. Anfang Dezember 2008 veröffentlichte die Kommission Erläuterungen (Mitteilung der Kommission v. 9.2.2009, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, [ABl. 2009 Nr. C 45/02](#)).

#### a) Systematische Stellung und Funktion der Missbrauchskontrolle gem. Art. 102 AEUV

Artikel 102 AEUV ist zunächst Ausdruck der Erkenntnis, dass nicht allein die Selbstaufhebung des Wettbewerbs durch Absprachen volkswirtschaftlich schädlich ist. Dieselben Nachteile, insbesondere der befürchtete *deadweight loss*, d.h. der monopolbedingte Wohlfahrtsverlust (vgl. dazu AP 3) tritt bei jeglicher Form einer wirtschaftlichen Machtstellung auf. Allerdings verbietet Art. 102 AEUV lediglich den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, gibt aber keine Handhabe gegen das Entstehen marktbeherrschender Stellungen als solche.

b) Struktur des Missbrauchsverbotes

Artikel 102 AEUV verlangt das Bestehen einer beherrschenden Stellung auf zumindest einem wesentlichen Teil des Binnenmarktes, die missbräuchlich ausgenutzt wird, wodurch die Gefahr einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten begründet wird. Letzteres Kriterium, die sog. Zwischenstaatlichkeitsklausel, soll - wie die entsprechende Formulierung in Art. 101 AEUV - auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts den Geltungsbereich des Unionsrechts von dem des innerstaatlichen Rechts abgrenzen.

c) Marktbeherrschung

In ständiger Rechtsprechung (z.B. EuGH v. 13.2.1979, Rs. 85/76 - *Vitamine*, Slg. 1979, 461 Rn. 38) verwendet der EuGH folgende Definition der Marktbeherrschung, die auch die Kommission übernommen hat:

„Marktbeherrschung ist die wirtschaftliche Machtstellung, die das Unternehmen in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, Abnehmern und schließlich Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.“ (EuGH v. 14.2.1978, Rs. 27/76 – *United Brands*, Slg. 1978, 207 Rn. 63/66).

Beim Vorwurf des *Ausbeutungsmissbrauchs* ist Marktbeherrschung im Sinne einer Preisbestimmungsmacht denknotwendig erforderlich. Konsequenterweise hat auch der EuGH in *United Brands* den von der Kommission erhobenen Vorwurf des Preismissbrauchs angesichts der evident fehlenden Preisbestimmungsmacht des Normadressaten beanstandet.

Beim Vorwurf des *Behinderungsmissbrauchs* kann Marktbeherrschung im Sinne einer Preisbestimmungsmacht erforderlich sein, weil *bestimmte* Verhaltensformen nur aufgrund erheblicher Unabhängigkeit vom Vertragspartner möglich sind.

Andere Verhaltensformen stehen hingegen grundsätzlich *jedem Marktteilnehmer* unabhängig von seiner Marktstellung offen, z.B. die Gewährung von Treuerabatten. Bei ihnen ist das Vorliegen der Marktbeherrschung im Sinne einer Wettbewerbsverhinderungsmacht unabhängig von der zu untersuchenden Verhaltensform zu prüfen.

Schließlich gibt es Verhaltensformen, die zwar *nicht notwendigerweise Preisbestimmungsmacht*, wohl aber eine *qualifizierte Marktstellung* voraussetzen, wie das *United-Brands-Urteil* zeigt. Hier ist das Eingreifen der Missbrauchskontrolle durchaus geboten. Es ist auch nicht tautologisch, aus dem Vorliegen der qualifizierten Marktstellung, die das inkriminierte Verhalten erst ermöglicht, auf die Marktbeherrschung, die es dem Missbrauchsverbot unterwirft, zu schließen. Es handelt sich lediglich um eine - vom EuGH immer wieder geforderte - teleologische Auslegung entsprechend dem in den Art. 3 EUV i.V.m. Protokoll Nr. 27 erklärten Ziel eines unverfälschten Wettbewerbs auf dem Binnenmarkt. Denn bestimmte Verhaltensformen werden im Regelfall final eingesetzt, um durch die Abwesenheit von Wettbewerb zur Preisbestimmungsmacht zu gelangen.

aa) Marktabgrenzung erforderlich

Die Feststellung der nach Art. 102 AEUV erforderlichen marktbeherrschenden Stellung setzt nach der Praxis der Kommission und der Europäischen Gerichte wie der ganz herrschenden Meinung in der Literatur in einem ersten Schritt die Abgrenzung des relevanten geographischen Marktes und des Produktmarktes voraus. In einem zweiten Schritt wird beurteilt, ob das Unternehmen eine beherrschende Stellung auf dem so bestimmten Markt innehat.

Kritik an diesem Vorgehen wird vor allem von Autoren geäußert, die von einem stark ökonomisch orientierten Verständnis des Wettbewerbsrechts geprägt sind. Sie hat lange Zeit wenig



gefruchtet, doch in jüngster Zeit immerhin zu einer Korrektur des sog. Bedarfsmarktkonzepts geführt: Insbesondere bei der Definition des relevanten Produktmarktes geht die herrschende Meinung davon aus, dass bestimmte Produkte mit dem in Frage stehenden Produkt des Normadressaten entweder austauschbar sind und damit einen Markt bilden (dazu sogl.) oder aber nicht austauschbar sind und damit für die Frage nach der Marktbeherrschung unbeachtlich sind. Die klassische Fragentrias - Markt? Beherrschung? Missbrauch? - führt jedoch nur in seltenen Fällen problemlos zum richtigen Ergebnis. Sie basiert auf der Prämisse, dass bestimmte Produkte sehr homogen sind, dass ferner die Verwendung der Produkte weitgehend einheitlich ist und dass schließlich die wirtschaftlichen Zwecke der Nachfrager nicht mit anderen Produkten verfolgt werden können. Nur in diesem Fall lässt sich die Testfrage nach der Austauschbarkeit relativ leicht mit „ja“ oder „nein“ beantworten.

Bei den meisten Produkten differieren die Verwendungszwecke der Abnehmer aber von vornherein mehr oder weniger stark, so dass auf der Grundlage der funktionellen Austauschbarkeit je nach Abnehmern verschiedene andere Produkte zum Produktmarkt zu zählen wären. Die allgemeine Entwicklung des Wirtschaftslebens entfernt sich stetig weiter von dem beschriebenen Idealbild. Die zunehmende Produktdifferenzierung insb. auf den Konsummärkten trägt einerseits zu einer politisch durchaus wünschenswerten Pluralisierung bei und kann auch zur Produktinnovation führen. Andererseits wird durch die Produktdifferenzierung die Homogenität des Produktmarktes aufgelöst. Preistheoretiker stellen bei vollständiger Austauschbarkeit stets uneingeschränkte Nachfrageelastizität fest, während bei unvollständiger Austauschbarkeit (z.B. durch Produktdifferenzierung) die Nachfrageelastizität abnimmt. In diesem Fall entsteht eine Kurve, die das Verhältnis verlorener Verkäufe pro erhöhter Preiseinheit wiedergibt (sog. „*diversion ratio*“). Für diese Kurve ist die Marktdefinition bedeutungslos. Es ist unbeachtlich, ob die Verbraucher im Fall einer Preiserhöhung auf ein perfekt austauschbares Produkt ausweichen können oder aber nur zum Teil auf ein unvollkommen austauschbares Produkt. Für den Hersteller stellt sich die Frage, ob er die Möglichkeit hat, über den Preis zu diskriminieren, d.h. seinen Gewinn dadurch zu optimieren, dass er von den Abnehmern, die substituieren können, den Wettbewerbspreis nimmt, dagegen von den Abnehmern, die nicht substituieren können, einen Monopolaufschlag verlangt. Preistheoretiker benötigen daher keine Marktabgrenzung, sondern ihnen genügen zwei Kurven, welche zum einen die direkte Preiselastizität der Nachfrage, welche die Abhängigkeit der Nachfrage vom Preis des Produkts beschreibt (eine ähnliche Funktion hat die Kreuznachfrageelastizitätskurve, die misst, wie stark die Nachfrage nach einem anderen Produkt steigt, wenn der Preis für das Produkt des zu untersuchenden Herstellers erhöht wird; sog. Elastizitätenkonzept), zum anderen das Verhältnis von Herstellungskosten zum Preis wiedergeben. Vermag der Hersteller einerseits, einen Preis durchzusetzen, der erheblich über seinen Kosten liegt, und andererseits, einen Bereich relativ inelastischer Nachfrage so weit auszunutzen, bis die bei einer weiteren Preiserhöhung entstehenden Verkaufsverluste den höheren Stückgewinn aufwiegen, so verfügt der Hersteller über Marktmacht im ökonomischen Sinn.

Gleichwohl kann die Marktabgrenzung nicht aufgegeben werden. Zunächst legt bereits der Gesetzeswortlaut ein Verständnis nahe, wonach sich die Beherrschung auf einen bestimmten Markt beziehen muss. Vor allem aus praktischen Erwägungen muss aber an dem traditionellen Verfahren festgehalten werden. Der preistheoretische Zugang setzt nämlich das Vorhandensein der Preiselastizitätskurve der Nachfrage voraus. Diese Kurve kann jedoch nicht einmal experimentell herausgefunden werden. Allenfalls der Monopolist wäre in der Lage, durch minimale Veränderungen seines Preises Informationen über die Zielfunktion zu erlangen.

bb) Marktbeurteilung

(1) Marktdefinition

Traditionell wird der relevante Markt in dreierlei Hinsicht abgegrenzt: (a) nach den Eigenschaften des vom Normadressaten angebotenen Produkts, die den sog. Produktmarkt definieren, (b)

nach der räumlichen Ausdehnung des Angebots, die den geographischen Markt festlegt, sowie (c) nach der zeitlichen Ausdehnung des Angebots.

## (2) Austauschbarkeit

Ist ein Markt solchermaßen definiert, so muss die Stellung des Normadressaten auf diesem Markt beurteilt werden. Das erfordert Untersuchungen, durch welche Wettbewerber der Normadressat auf dem gewählten Markt einem Konkurrenzdruck ausgesetzt ist (*Nachfragesubstitution*). Die Abwesenheit von Wettbewerbern verleiht dem Normadressaten einerseits Preisbestimmungsmacht, andererseits erhöht sie sein Wettbewerbsverhinderungspotential. Anders gewendet setzt Marktbeherrschung voraus, dass für die Marktgegenseite zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse keine oder nur unzureichende *Ausweichmöglichkeiten* bestehen. Demgemäß definiert der EuGH den relevanten Markt zu Recht folgendermaßen:

„... bei der Prüfung der Frage, ob ein Unternehmen auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung einnimmt, (sind) die Wettbewerbsmöglichkeiten im Rahmen des Marktes zu beurteilen, in dem sämtliche Erzeugnisse zusammengefasst sind, die sich aufgrund ihrer Merkmale zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs besonders eignen und mit anderen Erzeugnissen *nur in geringem Maße austauschbar* sind.“ (EuGH v. 9.11.1983, Rs. 322/81 - *Michelin*, Slg. 1983, 3461 Rn. 37; Hervorhebung d. Verf.)

Im Rahmen dieser Marktbeurteilung ist demgemäß die Frage der *Austauschbarkeit* des Produkts des Normadressaten mit den Produkten anderer Anbieter entscheidend. Die Frage nach der Austauschbarkeit des Produktes ist dabei auf alle Merkmale des Produkts, d.h. nicht allein seine *Beschaffenheit*, sondern auch den *Ort* und die *Zeit* des Angebots zu beziehen.

*Im Bereich des Produktmarktes:* Für die Frage der Austauschbarkeit ist der Standpunkt der *Marktgegenseite* maßgebend. Wenn Leistungen in unterschiedlichen Beziehungen erbracht werden, ist die Frage der Marktbeherrschung getrennt zu prüfen. Bei der Beurteilung der Marktstellung eines elektronischen Reservierungssystems für den Luftverkehr ist demgemäß zu differenzieren, ob das System den Luftfahrtunternehmen zu ihrer Beteiligung oder den Reisebüros bzw. Fluggästen zu deren Flugreservierung angeboten wird.

Ist die „richtige“ Marktgegenseite festgelegt, spielt die sog. physikalisch-chemisch-technische Äquivalenz nur eine untergeordnete Rolle. Bei der Beurteilung, ob ein hinreichender Grad an Austauschbarkeit gegeben ist, spielen wie bereits in AP 3 erwähnt auch Verbraucherschutzgesichtspunkte eine erhebliche Rolle.

*Angebotssubstitution* durch andere Unternehmen, welche die Herstellung eines austauschbaren Produktes aufnehmen können, wird in der Praxis nur dann unmittelbar bei der Beurteilung des Marktes berücksichtigt, wenn die Anbieter in Reaktion auf kleine, dauerhafte Preissteigerungen in der Lage sind, ihre Produktion auf die relevanten Erzeugnisse umzustellen und sie kurzfristig auf den Markt zu bringen.

*Im Bereich des geographischen Marktes:* Auf der ersten Stufe der Marktbeurteilung, der Marktdefinition, ist allein maßgebend, dass es sich bei dem geographischen Markt um ein Gebiet handeln muss, auf dem der Normadressat während eines bestimmten Zeitraums eine bestimmte Leistung vertrieben hat oder vertreibt. Wo eine Leistung vertrieben wird, ist unter Zugrundelegung der nach der Verkehrsauffassung üblichen Geschäftsabwicklung zu beurteilen. Der Ort des Vertriebs ist daher selten mit dem zivilrechtlichen Erfüllungsort identisch. Entsprechend den Abnehmergewohnheiten wird etwa ein Metzgereifachgeschäft in einem städtischen Vorort unter Umständen nur einen geographischen Markt von drei Kilometern Durchmesser haben, während die Frischfleischabteilung eines Einkaufszentrums auf der grünen Wiese ohne weiteres einen Markt von dreißig Kilometern Durchmesser bedienen kann. Versandhäuser oder Teleshopping-Agenturen vertreiben unabhängig von ihrem Sitz in einem Markt, der von der Reichweite des

Marketings (Verfügbarkeit der Kataloge, Empfang der Verkaufssendungen) ebenso wie von der Möglichkeit der Auslieferung abhängt.

Als echte Einschränkung ist zu beachten, dass es sich bei dem derart festgelegten geographischen Markt um einen *wesentlichen Teil des Binnenmarktes* handeln muss.

In der Vergangenheit wurde die Marktabgrenzung zwar mit großer Sorgfalt, doch im Wesentlichen auf der Grundlage bloßer Plausibilitätserwägungen durchgeführt, bei denen nicht selten unterschwellig der Schutz von Partikularinteressen (vgl. *United Brands*, AP 3) ergebnisleitend war. Insgesamt ist vor allem bei abgeleiteten Märkten eine problematische Tendenz zu engen Marktabgrenzungen sichtbar (vgl. *Commercial Solvents*, *Hugin*). In jüngerer Zeit hat vor allem die Kommission auf andere Verfahren zurückgegriffen: Um die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite zu beurteilen, wird zum einen die sog. Kreuzpreiselastizität geprüft, d.h. untersucht, ob das Preisniveau für die untersuchten Produkte einen Einfluss auf das Preisniveau vermeintlicher Substitute hat. Begrenzt wird die Leistungsfähigkeit solcher Methoden bei verknüpften Preisstrukturen (z.B. ist Gaspreis an Ölpreis gekoppelt; möglicherweise verwenden auch beide verglichenen Produkte Rohstoffe, die analogen Preisentwicklungen unterworfen sind). Daneben wendet die Kommission den sog. hypothetischen Monopoltest (auch sog. SSNIP-Test) an, den sie in ihrer Bekanntmachung (Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 Nr. C 372/5) über den relevanten Markt plastisch folgendermaßen beschreibt:

„Zur Veranschaulichung soll dieser Test auf den Zusammenschluss von Unternehmen, die Erfrischungsgetränke abfüllen, angewandt werden: Hierbei wäre unter anderem zu ermitteln, ob unterschiedliche Geschmacksrichtungen der Erfrischungsgetränke zu ein und demselben Markt gehören. Konkret muss also die Frage untersucht werden, ob Konsumenten des Produktes A zu Produkten mit anderem Geschmack übergehen würden, wenn der Preis für A dauerhaft um 5 bis 10 % erhöht wird. Wechseln die Verbraucher in einem so starken Maß zu beispielsweise B über, dass die Preiserhöhung für A wegen der Absatzeinbußen keinen Zusatzgewinn erbringt, so umfasst der Markt mindestens die Produkte A und B. Der Vorgang wäre außerdem auf andere verfügbare Produkte anzuwenden, bis eine Reihe von Produkten ermittelt ist, bei denen eine Preiserhöhung keine ausreichende Substitution bei der Nachfrage zur Folge hat.“

#### cc) Anforderungen an die Beherrschung und ihre Feststellung

Die marktbeherrschende Stellung kann nicht durch besondere Parameter unmittelbar gemessen werden. Ihre Beurteilung setzt eine wertende Zusammenschau verschiedener Umstände voraus. Bei teleologischer Betrachtung ist maßgebend, ob der Normadressat die Fähigkeit hat, wirksamen Wettbewerb zu verhindern. Das hängt im Wesentlichen von der Stellung des Normadressaten im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern ab. Auf die oben beschriebene Marktdefinition muss demgemäß eine Marktbeurteilung folgen. Sie beginnt regelmäßig mit einer Marktstrukturanalyse, die durch eine Unternehmensstrukturanalyse ergänzt wird. Abschließend werden das Marktverhalten des Normadressaten und die durch den Wettbewerb erzielten Marktergebnisse einbezogen.

##### (1) Marktstrukturanalyse

Ein Marktanteil allein kann zwar nur selten Marktmacht verleihen. Umgekehrt ist ein hoher Marktanteil aber ein wertvoller Indikator für Marktmacht (so auch ausdr. EuGH v. 13.12.1979, Rs. 85/76 - *Vitamine*, Slg. 1979, 461 Rn. 41), da im Regelfall nur solche Unternehmen in der Lage sind, ihre Marktanteile zu vergrößern, die über Marktmacht im ökonomischen Sinn verfügen. Marktanteile sind demgemäß trotz aller Schwierigkeiten bei ihrer Ermittlung von hohem Wert für die Beurteilung einer Wettbewerbssituation.

Unter preistheoretischer Betrachtung muss die Verhinderung von Monopolstellungen als Primärzweck des gesamten Wettbewerbsrechts erkannt werden. Monopolstellungen sind volkswirtschaftlich schädlich, weil sie unerwünschte Wohlfahrtsverluste verursachen (vgl. AP 3). Auch die Missbrauchskontrolle knüpft konzeptionell an das Vorliegen eines Monopols an. Echte Monopole, d.h. Marktalleinstellungen, können rechtliche oder faktische Gründe haben.

Besondere Beachtung verdienen die sog. „natürlichen Monopole“. Natürliche Monopole bestehen bei Leistungen, die wirtschaftlich sinnvoll nur von einem Anbieter erbracht werden können. Als Beispiel mögen ein Zeitungsaustragedienst, das Eisenbahnschienennetz oder das Abwasserleitungsnetz genannt werden. Die Beispiele zeigen, dass „natürliche“ Monopole keineswegs naturgegeben sind. Sie beruhen auf wirtschaftlichen Erwägungen, die sich mit den tatsächlichen Umständen ändern können.

Schließlich gibt es rein faktische Alleinstellungen von Herstellern auf bestimmten - an sich offenen - Märkten. Diese faktischen Alleinstellungen bilden die oberste Stufe der vom EuGH zur Beurteilung der Marktbeherrschung von Unternehmen entwickelten Stufenlehre bei der Würdigung von Marktanteilen. Wohlfahrtsverluste treten jedoch nicht erst beim völligen Fehlen von Wettbewerb, sondern bereits im Fall erheblicher Störungen ein.

- Monopolstellung: Unternehmen in Monopolstellung sind notwendigerweise marktbeherrschend.
- Besonders hohe Marktanteile: „Besonders hohe“ Marktanteile oberhalb von 80 % sind Quasi-Monopole. Sie führen in der Regel zur Annahme einer marktbeherrschenden Stellung.
- Marktanteile über 50 %: In mehreren Entscheidungen haben Europäische Gerichte festgestellt, dass es bei einem Marktanteil von über 50 % in der Regel keiner weiteren Umstände bedürfe, um die marktbeherrschende Stellung zu begründen. Dies gilt jedoch nur in der Regel, d.h. bei außergewöhnlichen Marktumständen können weitere Erwägungen erforderlich sein.
- Marktanteile von 25 bis 50 %: Der EuGH begnügt sich mit Faustformeln, wonach die Annahme der Marktbeherrschung insbesondere durch die Umstände gestützt werden könne, dass der Marktanteil des Marktführers die addierten Marktanteile seiner beiden nächsten Verfolger übersteige oder ein Mehrfaches des Marktanteils seines stärksten Wettbewerbers sei. In Fortsetzung dieser Argumentation werden im Allgemeinen auch Marktanteile zwischen 25 und 40 % für geeignet gehalten, das Verdikt der Marktbeherrschung zu tragen, wenn der Markt im Übrigen hinreichend zersplittert ist. Die Kommission geht jedoch davon aus, dass das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung bei einem Marktanteil von weniger als 40 % unwahrscheinlich sei.
- Bei Marktanteilen unter 25 % wird im Allgemeinen keine Marktbeherrschung vorliegen können. Bemerkenswert ist jedoch, dass der EuGH selbst im Fall eines Marktanteils von lediglich ca. 10 % seine Ablehnung der Marktbeherrschung durch weitere Umstände abgesichert hat.

#### Potentieller Wettbewerb

Im Zuge der Marktstrukturanalyse ist nicht allein zu berücksichtigen, welche Anbieter *in concreto* auf dem in geographischer und sachlicher Hinsicht definierten Markt aktiv sind, sondern auch, welche tatsächlich nicht vertretenen Anbieter (zum Konzept der Angebotsumstellungsflexibilität) dem Normadressaten gleichwohl „unsichtbare Zügel“ anlegen. Der EuGH berücksichtigt potentiellen Wettbewerb allerdings zu Recht nur dann, wenn der Marktzutritt hinreichend wahrscheinlich ist.

## (2) Unternehmensstrukturanalyse

Oben wurde ausgeführt, dass Marktanteile im Grundsatz als Funktion von Marktbeherrschung begriffen werden müssen. Den Ursprung von Marktbeherrschung bilden neben exogenen Marktzutrittsschranken die dem Unternehmen des Normadressaten anhaftenden Eigenschaften selbst. Sie wirken sich gegenüber der aktuellen Konkurrenz als Machtfaktor, gegenüber der potentiellen Konkurrenz als negativer Anreiz für den Marktzutritt aus. In der Praxis werden Marktstruktur- und Unternehmensstrukturtest regelmäßig miteinander kombiniert.

Zu den unternehmensabhängigen Eigenschaften zählen vor allem der technologische (Know-how, Patente) und der kommerzielle (Vertriebsorganisation, gesicherte Rohstoffversorgung) Vorsprung eines Unternehmens gegenüber seinen Konkurrenten, aber auch Umstände, die dem Unternehmen unmittelbar anhaften wie die optimale Unternehmensstruktur, Qualität von Leitung und Personal, Vertikalintegration oder Wirtschafts- und Finanzkraft.

## (3) Marktverhalten und Marktergebnisse

Auf das Marktverhalten und die Marktergebnisse wurde bisher nur in geringem Umfang zurückgegriffen. Das Marktverhalten gestattet im Allgemeinen nur Rückschlüsse auf das Verhältnis des Normadressaten zur Marktgegenseite bzw. seinen Wettbewerbern. Seine Preispolitik ist dabei ein gewisses Indiz. Kann ein Unternehmen über einen längeren Zeitraum hinweg wesentlich höhere Preise verlangen als seine Konkurrenten, so lässt dies auf eine beherrschende Stellung schließen. Andererseits schließen mäßige Preise eine beherrschende Stellung nicht aus.

Bestimmte Wettbewerbshandlungen können als solche Indizien für eine marktbeherrschende Stellung sein. Der EuGH bejaht die Frage im Grundsatz. Der Rückschluss aus einem bestimmten Wettbewerbsverhalten auf die Marktbeherrschung ist aber nur dann möglich, wenn das fragliche Verhalten allein dem Marktbeherrscher praktisch möglich ist. Anderenfalls handelt es sich um einen Zirkelschluss. Insbesondere bei Formen des Ausbeutungsmisbrauchs ist ein solcher Rückschluss allerdings möglich.

### dd) Gemeinsame marktbeherrschende Stellung

Der Wortlaut des Art. 102 AEUV zeigt, dass auch koordiniertes Verhalten einen Wettbewerbsrechtsverstoß begründen kann. Verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung *durch mehrere Unternehmen*. Die Vorschrift geht damit zwar vom kollektiven Missbrauch aus; dieser setzt jedoch kollektive Marktbeherrschung voraus.

Durch diese Formulierung sollen zunächst Kampfmaßnahmen von Kartellen gegen Außenseiter und Ausbeutungshandlungen gegenüber der Marktgegenseite erfasst werden. Insoweit konkurrieren Art. 101 und 102 AEUV ideal. Einen eigenständigen Anwendungsbereich erlangt Art. 102 AEUV im Fall gemeinsam operierender Konzernunternehmen. Noch nicht endgültig geklärt ist die Frage, ob Art. 102 AEUV auch im Fall der Reaktionsverbundenheit mehrerer Unternehmen im engen Oligopol anwendbar ist.

Die Rechtsprechung des EuG zu Fusionsentscheidungen der Kommission (EuG v. 6.6.2002, Rs. T-342/99 – *Airtours*, Slg. 2002, II-2585 Rn. 61 ff.), wonach allein das drohende Entstehen eines engen Oligopols gleichzusetzen sei mit einer gemeinsam marktbeherrschenden Stellung, lässt sich wohl nicht auf das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV übertragen. Insoweit zwingt die zukunftsgerichtete und marktstrukturorientierte, auf die Abwehr von Gefahren für die Wettbewerbsordnung gerichtete Perspektive der Zusammenschlusskontrolle zu einer offeneren Sichtweise.

#### d) Missbrauch

Der Rechtsprechung des EuGH kann entnommen werden, dass das primäre Schutzobjekt des Missbrauchsverbots der Wettbewerb als Institution ist. Daraus folgt, dass neben der Ausbeutung von Handelspartnern und Verbrauchern (sog. Ausbeutungsmissbrauch) auch alle wettbewerbsbeschränkenden oder -verfälschenden Verhaltensweisen, selbst wenn sie nicht unmittelbar zu einer Schädigung der Verbraucher führen, unter den Verbotstatbestand fallen. Dazu zählt insbesondere jede mit unlauteren oder leistungsfremden Mitteln herbeigeführte Behinderung von Handelspartnern oder Konkurrenten (sog. Behinderungsmissbrauch) sowie der durch Unternehmenszusammenschlüsse bewirkte Marktstrukturmissbrauch.

#### aa) Generalklausel und Regelbeispiele

In Art. 102 AEUV wird die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung verboten. Im Verlauf des AP 2 wurde bereits über die Generalklausel des Art. 102 AEUV gesprochen, dem zwar mit Art. 102 lit. a bis d AEUV Regelbeispiele zur Seite gestellt wurden, diese aber keine indizielle Wirkung auf die Auslegung der Generalklausel haben. Zwar betreffen sämtliche in Art. 102 AEUV enthaltene Tatbestände den Machtmissbrauch des Marktbeherrschers im Vertikalverhältnis, d.h. gegenüber der Marktgegenseite. Daraus darf aber nicht der Gegenschluss gezogen werden, dass auf Konkurrenten gerichtetes Wettbewerbsverhalten im Horizontalverhältnis nicht erfasst werden würde. Da das primäre Schutzobjekt des Art. 102 AEUV der Wettbewerb als Institution ist, können die im Beispielskatalog des Art. 102 AEUV enthaltenen Schranken überwunden werden, und die Generalklausel kann nicht nur in Fällen des Ausbeutungsmissbrauchs zum Ausgleich bestehender Wettbewerbsdefizite, sondern auch und vor allem zur Aufrechterhaltung des noch vorhandenen, wenngleich in seiner Wirksamkeit geschwächten, sowie zur Entwicklung neuen, wirksamen Wettbewerbs nutzbar gemacht werden. Fälle des Marktstrukturmissbrauchs sowie der direkten Behinderung von Wettbewerbern werden von der Generalklausel erfasst.

#### bb) Definition

Davon ausgehend definiert die Rechtsprechung den Missbrauch als

„die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur des Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen.“ (EuGH v. 13.2.1979, Rs. 85/76 - *Vitamine*, Slg. 1979, 461 Rn. 91)

Entschlackt man die Formulierung um Bestandteile, die an die Marktbeherrschung anknüpfen, so verbleibt als Definition des Missbrauchs die *Behinderung des Wettbewerbs durch Verwendung von Mitteln, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen*.

Aus der Formulierung wird deutlich, dass dem Missbrauchskonzept des Art. 102 AEUV ein objektives Verständnis zugrunde liegt. Die Vorschrift erhebt nicht den Vorwurf sittlich-moralischen Fehlverhaltens und stellt keine subjektiven Anforderungen. Darüber hinaus sind die durch die Formulierung dem Rechtsanwender an die Hand gegebenen Kriterien aber alles andere als trennscharf. Maßgebend soll die Abweichung vom „normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerb auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger“ sein. Abzustellen ist demgemäß auf ein Referenzmodell des Wettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen.

### (1) Strategisches Verhalten

Als strategisches Verhalten wird Marktverhalten bezeichnet, das nicht auf eine Verbesserung der eigenen Leistung, d.h. auf deren erhöhte Honorierung durch den Markt, gerichtet ist, sondern in erster Linie das Verhältnis zu den Mitbewerbern berührt. Dazu zählen zunächst echte Behinderungsmaßnahmen, durch welche aktuelle Mitbewerber unmittelbar in ihrer Möglichkeit, ihr zumindest teilweise substituierbares Produkt auf dem Markt anzubieten, beeinträchtigt werden. Ein weiteres Beispiel bildet Marktverhalten, durch das künstliche, d.h. nicht in der Qualität des eigenen Unternehmens oder Produkts begründete, Marktzutrittsschranken errichtet werden und der potentielle Wettbewerb als Grenze der eigenen Marktmacht vermindert wird („*raising rivals' costs*“).

### (2) Grenzfälle

Jenseits eindeutiger Fälle der Behinderung aktueller oder potentieller Wettbewerber beginnen die Schwierigkeiten. Dem Unternehmen im Wettbewerb geht es selten allein entweder um das eigene Fortkommen oder um die Steine im Weg der Konkurrenten. Dem steht bereits das Wesen des Wettbewerbs als System allseitiger und wechselbezüglicher Beziehungen entgegen. Das eigene Fortkommen behindert als solches den Wettbewerber wie auch die Behinderung der Wettbewerber das eigene Fortkommen fördert. Es gibt zahlreiche Grenzfälle, in denen die eigene Stellung auf dem Markt untrennbar mit der der Wettbewerber verbunden ist. Top-slice-Rabatte dienen z.B. wie alle Rabatte der eigenen Absatzförderung, bewirken aber zugleich in spezifischer Weise den Ausschluss anderer Hersteller von bestimmten Marktsegmenten, da sie an den Umstand geknüpft sind, dass ein Abnehmer seinen gesamten Bedarf bei dem den Rabatt gewährenden Hersteller deckt. In solchen Fällen bedarf es tatsächlich einer Abwägung legitimer Interessen des Wettbewerbers mit den Interessen der Allgemeinheit, um zu einem sachgerechten Ergebnis zu gelangen.

Im Zusammenhang der Abgrenzung von hinzunehmender Behinderung durch Wettbewerb von der wettbewerbsbeschränkenden Behinderung im Wettbewerb sind die Bestrebungen der Europäischen Kommission zu sehen, gestützt auf ökonomische Erkenntnisse Leitlinien zu vermitteln. Die Kommission unterscheidet zwischen Behinderungen mit und ohne wettbewerbswidriger Marktverschließung („*anticompetitive foreclosure*“):

„In dieser Mitteilung bezeichnet der Begriff „wettbewerbswidrige Marktverschließung“ einen Sachverhalt, in dem das marktbeherrschende Unternehmen durch sein Verhalten vorhandenen oder potenziellen Wettbewerbern den Zugang zu Lieferquellen oder Märkten erschwert oder unmöglich macht und als Folge das marktbeherrschende Unternehmen aller Wahrscheinlichkeit nach in der Lage ist, die Preise zum Nachteil der Verbraucher gewinnbringend zu erhöhen.“ (Erläuterungen Rn. 19, ABl. 2009 Nr. C 45/02)

### cc) Verhältnis zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch - besondere Verantwortung des Marktbeherrschers

Die Formulierung „Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung“ legt an sich nahe, dass der Missbrauchsbegriff durch ein besonderes Verhältnis zu der vorliegenden Marktbeherrschung eingeschränkt wird. Der EuGH ist einem solchen Verständnis bereits früh entgegengetreten und hat das Erfordernis eines kausalen Zusammenhangs zwischen der Marktbeherrschung und dem Missbrauch abgelehnt. Es entspricht heute allgemeiner Auffassung, dass der Marktbeherrscher allein wegen dieses Umstandes eine „besondere Verantwortung“ (*special responsibility*) dafür trägt, dass er durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb im Sinne der in Art. 3 EUV i.V.m. Protokoll Nr. 27 niedergelegten Zielbestimmung nicht beeinträchtigt. Dabei ist der sachliche Anwendungsbereich der besonderen Verantwortung, die ein Unternehmen in beherrschender Stellung trägt, anhand der spezifischen Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu ermitteln, die eine Situation geschwächten Wettbewerbs erken-

nen lassen. Im Ergebnis kann Marktbeherrschern ein Verhalten untersagt sein, das einfachen Marktteilnehmern offensteht.

e) Beispiele

aa) Preiskampf (predatory pricing)

Der Begriff des Preiskampfes umfasst durchaus verschiedene Formen von Wettbewerbsverhalten. Im Vordergrund steht die Preisunterbietung in Vernichtungsabsicht (*predatory pricing*): Ein Unternehmen unterbietet die Preise eines Konkurrenten in der Absicht, diesen zum Verlassen des Marktes zu zwingen bzw. den Marktzutritt eines potentiellen Konkurrenten zu verhindern, um sodann freie Bahn für den eigenen Absatz und die künftige Preisgestaltung zu haben. Der Wettbewerber verzichtet auf kurzfristige Gewinne, um den Gesamtgewinn über einen längeren Zeitraum zu maximieren.

Der Durchführung eines Preiskampfes steht demgemäß zunächst die Notwendigkeit seiner Finanzierung im Wege. Darüber hinaus hat diese Strategie nur dann Sinn, wenn der Gegner eine wesentliche Bedrohung im Wettbewerb darstellt, seine Entfernung den Wettbewerb bedeutend verringert und die Marktzutrittschranken hoch genug sind, dass die Wahrscheinlichkeit neu auftretender Wettbewerber gering ist. Nur dann besteht eine Aussicht auf Amortisation der Kosten des Preiskampfes (Verlustrausgleich, auch sog. *recoupment*).

Wann ein Preiskampf mit Art. 102 AEUV vereinbar ist, hängt davon ab, ob die Grenze zwischen Leistungswettbewerb und wettbewerbschädigendem Behinderungswettbewerb überschritten ist. Sofern ein Unternehmen also den Preiskampf nur betreibt, um den anderen zu schwächen und nicht um sich selbst zu stärken, liegt ein Wettbewerbsverstoß vor.

Angesichts der oben dargestellten besonderen ökonomischen Voraussetzungen einer gezielten Preisunterbietung in Verdrängungsabsicht überlässt man dem Wettbewerber als bestem Kenner der Marktsituation die Beurteilung, ob eine Gefährdung des Wettbewerbs vorliegt. Handelt er in Umsetzung einer gefassten Verdrängungsabsicht, so lässt sich rückschließen, dass eine entsprechende Gefährdung des Wettbewerbs gegeben ist. In diesem Sinne führt die Kommission in ihren Erläuterungen (Rn. 20, ABl. 2009 Nr. C 45/02) aus, dass

„Unterlagen, die direkte Hinweise auf eine Strategie zur Ausschließung von Wettbewerbern enthalten (zum Beispiel genaue Pläne für bestimmte Vorgehensweisen, um Konkurrenten auszuschließen ...) ... helfen (können, d. Verf.), das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens nachzuvollziehen und zu bewerten.“

Typischerweise wird es jedoch an Beweisen für die Verdrängungsabsicht gerade fehlen. Insoweit hat die Rechtsprechung den Grundsatz entwickelt, dass ein wettbewerbswidriger Missbrauch auch dann vorliege, wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine variablen Durchschnittskosten unterschreite. Dann erleide es an jedem verkauften Stück nämlich einen Verlust, so dass kein anderer Grund als die Verdrängung von Wettbewerbern für eine solche Preispolitik erkennbar sei. Für die Beurteilung des verdrängenden Preiskampfes spielen demgemäß die durchschnittlichen variablen Kosten und die durchschnittlichen Gesamtkosten eine entscheidende Rolle.

Die Preispolitik allein gebietet allerdings nicht zwingend den Schluss auf eine gezielte Verdrängung. Auch Verlustverkäufe sind unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, wenn es sich nicht um Verdrängungspraktiken handelt. Sie können objektiv gerechtfertigt sein. Umgekehrt kann die Gefahr einer Wettbewerbsbeeinträchtigung selbst dann vorliegen, wenn bei einem Preiskampf der Einstandspreis nicht unterschritten wird. In einem solchen Fall muss die Verdrängungsabsicht indes ihrerseits nachgewiesen werden.



Die Kommission geht gegen Kampfpreise in einer dreistufigen Prüfung vor: Zunächst wird geprüft, ob der Marktbeherrscher mit seiner Preisstrategie ein „Opfer“ (*sacrifice*) erbringt. Das ist stets dann der Fall, wenn er seine durchschnittlichen vermeidbaren Kosten unterschreitet, aber auch dann, wenn das mutmaßliche Kampfpreisverhalten kurzfristig zu einem niedrigeren Nettoertrag geführt hat, als bei einem vernünftigen anderen Verhalten zu erwarten gewesen wäre. Anschließend wird der „*as-efficient-competitor*“-Test durchgeführt, um festzustellen, ob das Kampfpreisverhalten den Verbrauchern schaden kann. Normalerweise werden ebenso effiziente Wettbewerber nur durch Preise unterhalb der langfristigen durchschnittlichen Grenzkosten vom Markt ausgeschlossen. Abschließend wird untersucht, ob der Preiskampf die Marktmacht zum Nachteil der Verbraucher verstärkt. Insoweit reicht es aus, wenn das Kampfpreisverhalten aller Wahrscheinlichkeit nach einen Preisrückgang verhindern oder verzögern würde, der andernfalls eingetreten wäre. Die Ermittlung des Schadens für die Verbraucher ist keine einfache Gewinn- und Verlustrechnung, und ein Nachweis über einen Gesamtgewinn (*recoupment*) wird nicht für erforderlich gehalten. Immerhin möchte die Kommission auch die Möglichkeiten eines Wiedereintritts prüfen.

#### bb) Boykott

„Boykott“ im wirtschaftlichen Wettbewerb ist die organisierte Absperrung eines bestimmten Gegners vom üblichen Geschäftsverkehr. In einem engen Verständnis setzt der Boykott drei Beteiligte voraus: den Aufrufer, der den Boykott initiiert, die Adressaten, welche die Sperre ausführen, und den Boykottierten. Im internationalen Sprachgebrauch wird der Begriff allerdings z.T. in einem weiteren Sinne für jegliche Form der Absperrung einzelner Teilnehmer am Wirtschaftsleben verwendet. Im Zwei-Parteien-Verhältnis sollte allerdings treffender von der einfachen Liefer- oder Bezugssperre gesprochen werden.

Der Boykott im Wettbewerb, bei dem ein *Wettbewerber* seine Lieferanten oder Abnehmer zur Meidung der Konkurrenten aufruft, ist heute rar. Mit der Dekartellierung der Wirtschaft sind Konstellationen, in denen ein Aufrufer genügend Marktmacht hat um auf die Adressaten den für einen Boykott nötigen Druck ausüben zu können, selten geworden. Nach wie vor können aber Empfehlungen von Wirtschaftsverbänden ähnliche Folgen haben (vgl. z.B. EuGH v. 26.11.1975, Rs. 73/74 - *Papiers Peints*, Slg. 1975, 1491).

Ohne Marktmacht sind boykottähnliche Praktiken vor allem in Situationen denkbar, wo den Adressaten kein oder nur ein geringes wirtschaftliches Opfer abverlangt wird. Faktische Boykottwirkung haben z.B. sog. Top-Slice Rabatte. Bei ihnen wird der Adressat durch besonders günstige Konditionen, die ausschließlich an die Deckung des Gesamtbedarfs beim „Verrufer“ geknüpft sind, davon abgehalten, sein wirtschaftliches Bedürfnis beim „Boykottierten“ zu decken.

In jüngerer Zeit sind Boykotte vor allem durch Umwelt- oder Menschenrechtsorganisationen durchgeführt worden. Im Anschluss an ihren Entschluss, die Ölbohrinsel Brent Spar in der Nordsee zu versenken, wurde z.B. Shell U.K. nach öffentlichkeitsmobilisierenden Aktionen von Greenpeace durch Meidung ihrer Tankstellen geschädigt. Unter der Entscheidung Präsident *Chiracs*, die unterirdischen Atomwaffenversuche im Mururoa-Atoll wiederaufzunehmen, mussten französische Wein- oder Käseproduzenten leiden. Wegen des Verhaltens der Schweiz im Zusammenhang mit den sog. nachrichtenlosen Geldern wurden schweizerische Banken und Unternehmen in den USA mit Boykott bedroht. Solche Boykottaufrufe „funktionieren“, weil die Adressaten im Regelfall durch die Befolgung des Aufrufs keine wirtschaftlichen Nachteile erleiden und deshalb durch die Verrufung des Boykottierten zu einer Änderung ihres wirtschaftlichen Verhaltens bewegt werden können.

Im Fall des Boykotts *durch Unternehmen* werden die Boykottierenden durch Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst. Entweder treffen sie untereinander eine Absprache (sog. Kartellsperre) oder der Boykott wird durch den Aufruf zum abgestimmten Verhalten im Sinne der Vorschrift. Wendet das Kartell seine Kollektivmacht in Gestalt von Verdrängungs- oder Disziplinierungsmaßnah-

men gegen den Boykottierten als Außenseiter an, so liegt darin zugleich ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV. Es wird Idealkonkurrenz zwischen beiden Vorschriften angenommen. Beim Verbraucherboykott ist das Verhalten der Boykottierenden kartellrechtlich irrelevant, da Art. 101 AEUV sich ausschließlich an Unternehmen wendet.

Der Aufrufer ist in der echten Boykottsituation nicht an dem abgestimmten Verhalten der Adressaten beteiligt, und beim einseitigen Aufruf kann auch keine Absprache angenommen werden. Daher bleibt nur der Rückgriff auf Art. 102 AEUV (sog. Behinderungsmisbrauch).

Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung wird im Fall des Boykottaufrufs durch einen Wettbewerber im Regelfall bejaht werden können. Wendet sich der Aufrufer nämlich gegen einen günstiger anbietenden Wettbewerber, so werden ihm die Adressaten nur Folge leisten, wenn sie anderweitige Nachteile befürchten, die den Vorteil des günstigeren Kaufs überwiegen. Hat der Aufrufer entsprechende Druckmittel in der Hand, so begründen sie die Marktmacht.

Der Boykott, bzw. der Boykottaufruf, ist Behinderungswettbewerb *par excellence*. Er verhindert, dass die austauschbare Leistung eines Wettbewerbers den Markt erreicht und den Abnehmern eine Ausweichmöglichkeit eröffnet. Echte Boykotte sind zwar selten. Ebenso behindernde Wirkung hat die demgegenüber verbreitete Praxis beherrschender Unternehmen, ihre Kunden durch Alleinbezugs- und Präferenzvereinbarungen oder mithilfe eines Systems finanzieller Vergünstigungen oder Sanktionen von Geschäften mit konkurrierenden Anbietern abzuhalten. Durch ausschließliche Bezugsverpflichtungen wird im Allgemeinen gegen Art. 102 lit. b AEUV verstoßen. Der Rückgriff auf die Generalklausel ist daneben stets möglich.

Bei der Anwendung von Art. 102 AEUV ist die faktische Bezugsbindung gleichbedeutend mit der rechtlichen. Daher unterfallen auch Treuerabatte, Jahresumsatz- und Zielrabatte oder die oben angesprochenen Top-slice-Rabatte dem Verbot des Art. 102 AEUV. Eine weniger strenge Beurteilung ist - trotz der Selbständigkeit der Tatbestände von Art. 101 und 102 AEUV - dann möglich, wenn eine Alleinbezugsvereinbarung die Voraussetzungen für eine Freistellung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt. Im Übrigen ist die Möglichkeit einer objektiven Rechtfertigung zu erwägen.

#### cc) Liefersperre - Kontrolle abgeleiteter Märkte

Die Liefer- oder Bezugssperre - d.h. die *Geschäftsverweigerung* - wird zwar nicht selten als Boykott bezeichnet, unterscheidet sich von letzterem allerdings dadurch, dass sie im Zwei-Personen-Verhältnis praktiziert wird. Die Liefersperre kann zwar theoretisch auch die Folge eines befolgten Boykottaufrufs oder einer Kartellvereinbarung sein; regelmäßig wird von ihr jedoch gesprochen, wenn ein Unternehmen aus autonomen Erwägungen einen Geschäftsabschluss verweigert.

Wettbewerbsrechtliche Bedeutung erhält eine Geschäftsverweigerung, wenn der potentielle Vertragspartner keine Ausweichmöglichkeit hat. Insbesondere abgeleitete und nachgeordnete Märkte können durch die Lieferverweigerung wirksam gesperrt werden. Es handelt sich auch dabei um strategisches Marktverhalten.

Nach den Erläuterungen der Kommission können weitreichende kartellrechtliche Lieferverpflichtungen langfristig verbraucherschädlich sein, weil sie die Investitionsbereitschaft der Unternehmen senken können (Erläuterungen Rn. 75, ABl. 2009 Nr. C 45/02.). In Bezug auf die Voraussetzungen der Wettbewerbswidrigkeit der Lieferverweigerung führt die Kommission die Linie der für die Normadressaten restriktiven Entscheidungen der Europäischen Gerichte weiter. So will die Kommission bei der Frage nach der Notwendigkeit der Lieferung berücksichtigen, ob es sich um eine erstmalige Lieferverweigerung („de-novo Lieferverweigerung“) oder die Beendigung einer längeren Lieferbeziehung handelt. Beim Schaden für die Verbraucher wird berücksichtigt, ob das Opfer der Lieferverweigerung beabsichtigt, neue oder verbesserte Erzeugnisse oder

Dienstleistungen anzubieten, für die eine potenzielle Verbrauchernachfrage besteht, oder wahrscheinlich zur technischen Entwicklung beiträgt.

Wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen den Preis für ein notwendiges Vorprodukt so ansetzt, dass es sogar für einen ebenso effizienten Wettbewerber nicht mehr möglich ist, auf dem nachgelagerten Markt langfristig rentabel zu bleiben (sog. „Kosten-Preis-Schere“), behandelt die Kommission den Fall in derselben Weise wie eine Lieferverweigerung. Bei Ermittlung der Kosten eines ebenso effizienten Wettbewerbers will die Kommission grundsätzlich die langfristigen durchschnittlichen Grenzkosten der nachgelagerten Einheit des integrierten marktbeherrschenden Unternehmens zugrunde legen (Erläuterungen Rn. 80, ABI. 2009 Nr. C 45/02).

#### dd) Diskriminierung

Boycott und Liefersperre werden z.T. als Sonderfälle der Diskriminierung verstanden, weil es für den Begriff der Diskriminierung, verstanden als unterschiedliche Behandlung eines Unternehmens im Verhältnis zu anderen vergleichbaren Unternehmen, unerheblich sei, ob sie von dritter Seite veranlasst wird. Demgegenüber ist zu beachten, dass es durchaus Fälle gibt, in denen eine Geschäftsverweigerung nicht diskriminiert, weil sie entweder gerechtfertigt ist oder weil im Fall der Sperrung abgeleiteter Märkte *überhaupt keine* Lieferungen an Dritte mehr vorgenommen werden. Daher ist die Diskriminierung ein besonderer Umstand, der zur Wettbewerbswidrigkeit einer Geschäftsverweigerung führen kann.

Diskriminierungen werden zunächst von Art. 102 lit. c AEUV erfasst. Danach kann der Missbrauch insbesondere bestehen in

„der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;“.

Der Schutzzweck der Norm besteht darin, Wettbewerbsverfälschungen auf vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufen zu vermeiden, die ihren Ursprung in einer ungleichen Behandlung von Lieferanten oder Abnehmern haben. Aus Art. 102 lit. c AEUV folgt die positive Verpflichtung der Marktbeherrscher zur Gleichbehandlung der Abnehmer und Lieferanten in vergleichbarer Lage.

Das Diskriminierungsverbot begründet keine unbedingte Pflicht zur Gleichbehandlung. Nur wesentlich Gleiches soll gleich behandelt werden. Die Eigenarten der jeweiligen Produkte sowie die Besonderheiten des Marktes können durchaus berücksichtigt werden. Der Marktbeherrscher darf sich - als Ausdruck seiner besonderen Verantwortung - jedoch nicht von rein subjektiven Erwägungen leiten lassen. Differenzierungen von Preisen und Geschäftsbedingungen müssen auf einleuchtende sachliche Gründe gestützt sein, die mit den Zielen des Vertrages im Einklang stehen. Insoweit ist der für Preisdifferenzierungen angewandte Maßstab vor allem daraufhin zu untersuchen, ob er als Mittel zur Abschottung territorialer Teilmärkte oder zur Behinderung von Wettbewerbern eingesetzt wird. Im Rahmen von Art. 102 lit. c AEUV wird die Diskriminierung nicht um ihrer selbst willen verboten, sondern wegen ihrer wettbewerbsverfälschenden Wirkung.

#### ee) Missbrauch von Nachfragemacht

Alle bisher geschilderten Verhaltensformen waren Fälle des Behinderungsmissbrauchs. Die Systematik von Art. 102 AEUV wird dadurch in gewisser Weise auf den Kopf gestellt. Oben wurde bereits ausgeführt, dass im Zeitpunkt der Schaffung der Vorschrift das wettbewerbsfeindliche Entstehen von Marktmacht in Verfolgung industriepolitischer Ziele durchaus bewusst in Kauf genommen wurde. Mit dem heutigen Art. 102 AEUV sollte zunächst eine Schranke für den Fall der missbräuchlichen Ausbeutung von Marktmacht errichtet werden. Zur Vermeidung der monopolbedingten Wohlfahrtsverluste sollte die tatsächliche Marktmacht von Unternehmen, ökonomisch verstanden als die Fähigkeit, die Preise deutlich über die Kosten zu erheben, eingeschränkt werden. Besonders deutlich wird das in Art. 102 lit. a AEUV, wonach der Missbrauch insbesondere in

„der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen“

bestehen kann. Damit wird die Ausbeutung von Handelspartnern und Verbrauchern durch das beherrschende Unternehmen erfasst. Handelspartner können sowohl Lieferanten als auch Abnehmer sein. In beiden Fällen nutzt der Marktbeherrscher seine Stellung aus, um geschäftliche Vorteile zu erzielen, die bei wirksamem Wettbewerb nicht möglich gewesen wären. Voraussetzung für die Ausbeutung ist nämlich, dass der Marktgegenseite eine Ausweichmöglichkeit fehlt. Der Zwang geht von der wirtschaftlichen Überlegenheit selbst aus; es ist nicht erforderlich, dass der Marktbeherrscher Druck ausübt.

## 2. Einseitig wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen im deutschen Recht

Bis 1999 waren marktbeherrschende Stellungen im deutschen Recht allein einer Missbrauchsaufsicht unterworfen, die nur mäßig wirksam war, weil der Verletzende nur eine Untersagungsverfügung durch die Kartellbehörde riskierte. Allein die Verbote der unbilligen Behinderung und der Diskriminierung wirkten unmittelbar. Mit der 6. GWB-Novelle fand insoweit bereits eine Angleichung an das EU-Kartellrecht statt, mit der Folge, dass seitdem auch in Deutschland ein unmittelbar geltendes Missbrauchsverbot besteht, dessen Verletzung auch ohne weiteres Schadensersatzansprüche Dritter begründen kann. In der 8. GWB-Novelle wurden die Vorschriften strukturell reformiert.

Nunmehr enthält § 18 GWB die grundlegenden Regelungen zur Marktbeherrschung. Das allgemeine Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung in § 19 GWB wird ergänzt durch eine Erweiterung des Kreises der Normadressaten auch bloß relativ marktstarke Unternehmen in § 20 GWB. Ein gesondertes Boykottverbot ist in § 21 GWB niedergelegt. Damit weicht das deutsche Recht nach wie vor signifikant vom EU-Kartellrecht ab, was auch nach der Reform des Kartellverfahrensrechts innerhalb des Anwendungsbereichs des EU-Kartellrechts auf der Grundlage von Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO Nr. 1/2003 möglich geblieben ist. Der deutsche Gesetzgeber hat diesen Spielraum bewusst genutzt.

### a) Marktbeherrschung, § 18 GWB

Eine ausführliche Definition der marktbeherrschenden Stellung findet sich in § 18 Abs. 1, 3 GWB. Die gesetzliche Vermutung der Einzelmarktbeherrschung gem. § 18 Abs. 4 GWB verlangt seit der 8. GWB-Novelle in Annäherung an den Standard des EU-Kartellrechts einen Marktanteil von 40 Prozent. Wie das EU-Kartellrecht kennt auch das deutsche Kartellrecht die gemeinsam marktbeherrschende Stellung. Gem. § 18 Abs. 5 Nrn. 1, 2 GWB sind zwei oder mehr Unternehmen aber bereits dann gemeinsam marktbeherrschend, wenn zwischen ihnen für eine bestimmte Art von Waren oder Leistungen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht, oder sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen der Marktbeherrschung nach § 18 Abs. 1 GWB erfüllen.

### b) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, § 19 GWB

#### aa) Generalklausel, § 19 Abs. 1 GWB

Die Generalklausel zum Missbrauchstatbestand ist sprachlich entschlackt, doch weitgehend an Art. 102 AEUV angelehnt. Auf weitergehende Ausführungen soll daher verzichtet werden.

#### bb) Beispielstatbestände, § 19 Abs. 2 GWB

Die Beispielstatbestände in § 19 Abs. 2 GWB umfassen den Behinderungsmissbrauch sowie die Diskriminierung (Nr. 1), das Verlangen unangemessener Preise (Nr. 2), die Diskriminierung (Nr. 3), weiterhin– ein Novum der 6. GWB-Novelle – die Sperre des Zugangs zu wesentlichen

Einrichtungen (Nr. 4). Von letzterer Vorschrift wird reger Gebrauch gemacht, wenn auch schwerpunktmäßig bei sehr klassischen *essential facilities* wie z.B. Fährhäfen (vgl. dazu BGH – *Fährhafen Puttgarden*) und bei der Öffnung von Netzwerken. Das sog. „Anzapfen“ wird im Tatbestand des ungerechtfertigten Aufforderns anderer Unternehmen zur Vorteilsgewähr (Nr. 5) erfasst.

c) Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht, § 20 GWB

In § 20 Abs. 1 GWB wird im Hinblick auf bestimmte Missbrauchsformen – die unbillige Behinderung und Diskriminierung gem. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB der Kreis der Normadressaten erweitert: Richtet sich die letztgenannte Vorschrift an „marktbeherrschende Unternehmen“ i.S.d. § 18 GWB, so genügt die bloß „relative“ Marktmacht. Die „Relativität“ besteht einerseits darin, dass nicht – wie sonst – auf das generelle („absolute“) Machtverhältnis gegenüber allen aktuellen oder potentiellen Geschäftspartnern und Wettbewerbern abgestellt wird, sondern auf die *bilateralen* Beziehungen zu einzelnen Anbietern und Nachfragern. Allerdings wird diese subjektiv-individualisierende Sicht zugleich dadurch wieder eingeschränkt, dass auch das bilaterale Machtverhältnis maßgebend durch die generelle Marktbedeutung des marktstarken Unternehmens geprägt wird. Andererseits resultiert die Relativität der Marktbeherrschung bei eher quantitativer Betrachtung in graduell niedrigeren Anforderungen an die generelle Marktstärke.

Als Normzweck wird das Anliegen betrachtet, auch die von bloß relativer Marktbeherrschung, von bloßer „Marktstärke“, ausgehenden Beeinträchtigungen der Wettbewerbsfreiheit anderer Unternehmen und Störungen des Marktgeschehens unterbinden zu können. Schutzzweck der Norm ist es „die Märkte offen zu halten“. § 20 Abs. 1 GWB gehört zu den schwierigsten Bestimmungen des deutschen Kartellrechts, da durch die Erfassung bloß „marktstarker“ Unternehmen die international etablierte und auch ökonomisch anerkannte Grundstruktur des Wettbewerbschutzes gegen schädliche Vereinbarungen und Monopolstellungen durchbrochen wird.

Seit 1989 wird der Schutz gegen marktstarke Unternehmen beschränkt auf kleine und mittlere Unternehmen; inzwischen gilt diese Beschränkung allerdings nur noch für den sog. horizontalen Missbrauch gem. § 20 Abs. 3 GWB. Seit der 6. GWB-Novelle wird der Tatbestand der unbilligen Behinderung durch § 20 Abs. 4 S. 2 GWB a.F. konkretisiert, welcher den Verkauf unter Einstandspreis verbietet. 2007 wurde § 20 Abs. 4 S. 2 GWB a.F. verschärft. Bei Lebensmitteln stellt auch der nur gelegentliche Verkauf unter Einstandspreis eine unbillige Behinderung dar, § 20 Abs. 3 Nr. 1 GWB. Die Neufassung von 2007 stellte klar, dass bei Lebensmitteln nur drohender Verderb oder drohende Unverkäuflichkeit sowie in vergleichbar schwerwiegenden Fällen eine Rechtfertigung darstellen. Zudem war die Abgabe an gemeinnützige Einrichtungen explizit ausgenommen. Die Regelungen zur Ausnutzung der relativen Marktmacht bezogen auf Lebensmittel werden nun durch die Richtlinie über unlautere Handelspraktiken zwischen Unternehmen in der Lebensmittelversorgungskette (hierzu bereits AP 5) ergänzt.

Eine unbillige Behinderung liegt gem. § 20 Abs. 3 Nr. 2 GWB auch dann vor, wenn ein Unternehmen andere Waren als Lebensmittel oder gewerbliche Leistungen nicht nur gelegentlich unter Einstandspreis anbietet und von kleinen oder mittleren Unternehmen, mit denen es im Wettbewerb steht, für deren Lieferung einen höheren Preis fordert, als es selbst auf dem Markt anbietet.

d) Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb, § 19a GWB

Mit der 10. GWB-Novelle vom 20. Januar 2021 hat der Gesetzgeber in § 19a GWB einen neuen Verbotstatbestand eingeführt, der Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb adressiert. Über das Verhältnis der überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb zu dem Begriff der Marktbeherrschung besteht bislang

noch Unklarheit. Einiges spricht dafür, ihn als *aliud* zum allgemeinen Marktbeherrschungsbegriff zu behandeln. Die Vorschrift verfolgt eine eindeutig wettbewerbsschützende Zielrichtung, adressiert aber im Kern Marktgrenzen übersteigendes Marktverhalten.

## V. Die Zusammenschlusskontrolle im deutschen und Europäischen Kartellrecht

Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen genießt eine Sonderstellung innerhalb des Kartellrechts. Sie bildet den jüngsten Zweig des Kartellrechts, und für sie gelten im Europarecht eigene Verfahrensvorschriften. Daneben konnte bei der Zusammenschlusskontrolle das sog. Prinzip des *one stop shop* verwirklicht werden, d.h. anders als im allgemeinen Kartellrecht gilt nicht die Zweischrankentheorie. Unternehmenszusammenschlüsse unterliegen nur entweder der Kontrolle durch das EU-Kartellrecht oder der durch die nationalen Kartellrechtsordnungen, wobei die Befassung der Kommission die Zuständigkeit der nationalen Behörden verdrängt, vgl. Art. 21 Abs. 2 FKVO. Vor diesem Hintergrund erscheint es geboten, auch hier die Darstellung mit den europäischen Vorschriften zu beginnen. Im März 2021 veröffentlichte die Kommission einen neuen Leitfaden zur Anwendung des Art. 22 Abs. 2 FKVO, nach dem sie Verweisungsanträge an sie gem. dem Art. 22 von Mitgliedstaaten auch dann annehmen möchte, wenn der Mitgliedstaat selbst gar nicht zuständig ist. Dies betrifft auch Vorhaben der Unternehmen, die weder die europäischen noch irgendwelche nationalen Funktionskontrollschwellen erreichen (Mitteilungen der Kommission v. 31.3.2021, Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems nach Artikel 22 der Fusionskontrollverordnung auf bestimmte Kategorien von Vorhaben, [ABl. 2021 Nr. C 113/01](#)). Aktuell prüft der EuGH die Rechtmäßigkeit dieses Vorgehens.

### 1. Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im EU-Kartellrecht

#### a) Rechtsgrundlagen

Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft enthielt zwar in den Art. 85, 86 EWGV die an Unternehmen gerichteten Wettbewerbsregeln, aber kein Verbot wettbewerbsschädlicher Unternehmenszusammenschlüsse. Das wurde in den 70er- und 80er-Jahren zunehmend als Mangel empfunden. Die Gesetzgebungsarbeiten kamen aber nur langsam voran. Durch zwei Entscheidungen signalisierte der EuGH dem Europäischen Gesetzgeber, dass er bereit war, notfalls selbst aktiv zu werden (EuGH v. 21.2.1973, Rs. 6/72 - *Continental Can*, Slg. 1973, 215 Rn. 28; EuGH v. 17.9.1987, verb. Rs. 142, 156/84 – *BAT und Reynold's* ./ *Komm.*, Slg. 1987, 4487).

#### aa) Fusionskontrollverordnung

Die dogmatisch überaus fragwürdige Entscheidung *BAT und Reynold's* verfehlte ihr Ziel jedenfalls nicht, denn im Jahr 1989 wurde schließlich die Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (sog. Fusionskontrollverordnung, FKVO) erlassen, die am 1.5.2004 durch die [Verordnung \(EG\) Nr. 139/2004](#), ABl. 2004 Nr. L 24/1 ersetzt wurde. Seit dem Inkrafttreten der FKVO wurde die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen auf der Grundlage von Art. 81, 82 EG (jetzt 101, 102 AEUV) aufgegeben. Aktuell hat die Kommission indes angekündigt, von dieser Praxis wieder Gebrauch zu machen, wenn der EuGH den Weg über Art. 22 FKVO versperre.

b) Zusammenschlusskontrolle auf der Grundlage der FKVO

aa) Struktur und Funktionsweise der Zusammenschlusskontrolle

Die EU-Fusionskontrolle ist wie alle modernen Ordnungen zur Zusammenschlusskontrolle eine *ex-ante*-Kontrolle, d.h. die beteiligten Unternehmen bedürfen zur Wirksamkeit des Zusammenschlussvorhabens der vorherigen Zustimmung der Behörde. Zusammenschlüsse unterliegen einem Vollzugsverbot.

Am Ausgangspunkt des Kontrollverfahrens steht demgemäß die Meldepflicht der beteiligten Unternehmen. Allerdings sind nicht alle Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig, sondern nur diejenigen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung.

Durch die Anmeldung wird das Prüfungsverfahren ausgelöst. Es verläuft in zwei Phasen: Phase I bildet gleichsam ein Vorverfahren und etwa 90 % aller angemeldeten Zusammenschlussvorhaben werden in dieser Phase erledigt. Die Phase I endet entweder mit für die Anmelder positiven Entscheidungen oder mit der Entscheidung, ins Hauptverfahren, die Phase II, überzugehen: Entscheidet die Kommission, das Verfahren einzuleiten, beginnt das Hauptverfahren, die Phase II: Auch in der Phase II ermittelt die Kommission zunächst. Wenn sich auf der Grundlage dieser Ermittlungen die ernsthaften Bedenken erhärten, formuliert die Kommission schriftlich ihre Einwände gegen das Zusammenschlussvorhaben, die sog. „Beschwerdepunkte“, und gibt den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme. Diese Beschwerdepunkte sind entscheidend für den weiteren Gang des Verfahrens, denn die Kommission kann ihre Entscheidung nur auf Umstände stützen, zu denen sie den Beteiligten rechtliches Gehör gewährt hat. Den am Zusammenschluss Beteiligten wird Akteneinsicht gewährt. Anschließend können sich die Beteiligten, denen die Beschwerdepunkte übermittelt wurden, innerhalb einer gesetzten Frist äußern. Andere Verfahrensbeteiligte erhalten Gelegenheit, sich bei der förmlichen Anhörung zu äußern. Nach der Auswertung der Anhörung erstellt die Kommission einen Entscheidungsentwurf und übersendet diesen den Mitgliedstaaten unter Anberaumung eines Termins für den Beratenden Ausschuss.

Seit dem Jahr 2000 verwendet die Kommission ein vereinfachtes Verfahren („Fast track“), um besonders einfach gelagerte Fälle schnell abzuwickeln (vgl. die Bekanntmachung der Kommission über ein vereinfachtes Verfahren für bestimmte Zusammenschlüsse gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004; ABI. 2005 Nr. C 56/32).

bb) Gegenstand der Prüfung

(1) Aufgriffskriterien: Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung und Schwellenwerte

Zusammenschluss: Der gemeinhin gebrauchte Begriff „Fusionskontrolle“ ist unscharf bzw. zu eng: Im gesellschaftsrechtlich-technischen Sinne versteht man unter einer Fusion nur die Unternehmensverschmelzung. Der Anwendungsbereich der Zusammenschlusskontrolle ist demgegenüber weitaus breiter: Gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. a FKVO fällt zwar zunächst die Verschmelzung zweier oder mehrerer Unternehmen unter den Zusammenschlussbegriff. Ihr kommt aber nur geringe praktische Bedeutung zu. Artikel 3 Abs.1 lit. a FKVO umfasst auch die wirtschaftliche Fusion durch Errichtung eines Gleichordnungskonzerns. Daneben genügt aber gem. Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO auch der bloße Kontrollerwerb durch den Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögenswerten, durch Vertrag oder in sonstiger Weise.

(2) Gemeinschaftsweite Bedeutung:

Die FKVO gilt nur für Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung, Art. 1 Abs. 1 FKVO. Ein Zusammenschluss im Sinne dieser Verordnung hat gem. Art. 1 Abs. 2 FKVO ge-

meinschaftsweite Bedeutung, wenn ein weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen von mehr als 5 Mrd. € und ein gemeinschaftsweiter Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von jeweils mehr als 250 Mio. € erzielt wird.

cc) Prüfungsmaßstab: Erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs

Soweit ein geplanter Zusammenschluss die Schwellenwerte übersteigt, überprüft die Kommission, ob dadurch der wirksame Wettbewerb erheblich behindert wird.

Der Prüfungsmaßstab hat sich mit der geltenden FKVO geändert. Stützte sich die vorhergehende Verordnung noch unmittelbar auf das Kriterium der Marktbeherrschung - ein Zusammenschluss muss verhindert werden, wenn er eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt - so hat sich in Art. 2 Abs. 2, 3 FKVO eine Mischung verschiedener Ausdrücke und Kriterien durchgesetzt, die als sog. „SIEC-Test“ (Significant Impediment to Effective Competition) sowohl aus rechtlicher als auch aus praktischer Sicht ein Novum darstellt. Gemäß Art. 2 Abs. 3 FKVO ist ein Zusammenschluss nun zu untersagen, wenn er wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindern würde, insbesondere infolge der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

Der FKVO selbst lässt sich nicht entnehmen, ob und gegebenenfalls welche anderen Fallkonstellationen neben der Marktbeherrschung vom SIEC-Test erfasst werden. Einige der Erwägungsgründe enthalten jedoch diesbezüglich Konkretisierungen (vgl. z.B. EGr. 25).

dd) Die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen in der Fusionskontrolle

Im Grünbuch war zudem um Stellungnahme zu der Frage gebeten worden, welcher Stellenwert Effizienzerwägungen in der Fusionskontrolle zukommt und in welchem Umfang sie berücksichtigt werden sollten. Die rechtliche Grundlage für eine explizite Einbeziehung von Effizienzvorteilen hat die Kommission vor der Novellierung der FKVO in Art. 2 Abs. 1 lit. b gesehen. Danach war sie verpflichtet, bei der Prüfung eines Zusammenschlusses auch die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts zu berücksichtigen, sofern diese dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert. Zwar ist die Vorschrift in der novellierten FKVO unverändert geblieben. Vor der Novellierung der FKVO hat die Kommission indessen des Öfteren erklärt, in Zukunft der Behauptung von mit dem Zusammenschlussvorhaben verbundenen Effizienzvorteilen stärkeres Gewicht zu geben. In der novellierten FKVO hat die stärkere Berücksichtigung behaupteter Effizienzvorteile in EGr. 29 Niederschlag gefunden. Es sei möglich, dass die durch den Zusammenschluss bewirkten Effizienzvorteile die negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb, insbesondere den möglichen Schaden auf die Verbraucher, ausgleichen würden, so dass durch den Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb nicht erheblich behindert würde.

c) Rechtsschutz

Die Kommission hat auf die anhaltende Kritik, der Fusionskontrolle würde es an Rechtsschutz mangeln, mit einer Veränderung ihrer internen Strukturen reagiert. Durch die Einführung einer *peer review*, einer internen Prüfung der Entscheidungen in komplexen Fällen durch ein aus erfahrenen Beamten zusammengesetztes Panel, soll die Qualität der Entscheidungen gesichert werden. Hierdurch soll der Gefahr vorgebeugt werden, dass Fusionen auf Grund rechtswidriger Entscheidungen der Kommission verlangsamt werden und durch diese Verzögerung scheitern.



## 2. Fusionskontrolle nach deutschem Kartellrecht

### a) Anwendung deutschen Kartellrechts qua Verweisung gem. Art. 9 FKVO

Soweit der Anwendungsbereich der Europäischen Fusionskontrolle eröffnet ist, wird die nationale Zusammenschlusskontrolle ausgeschlossen, Art. 21 Abs. 3 FKVO. Zuständig zur Ausübung der EU-Fusionskontrolle ist dann allein die Kommission, Art. 21 Abs. 2 FKVO.

Allerdings kann die Kommission bestimmte Fälle an die nationalen Kartellbehörden gem. Art. 9 FKVO („deutsche Klausel“) verweisen, wenn ein Zusammenschluss entweder den Wettbewerb auf einem Markt in diesem Mitgliedstaat, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist, erheblich zu beeinträchtigen droht, oder den Wettbewerb auf einem Markt in diesem Mitgliedstaat beeinträchtigen würde, der alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist und keinen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellt. Im Fall einer solchen Verweisung wendet die nationale Kartellbehörde ihr eigenes Kartellrecht an.

### b) Autonome Anwendung deutschen Kartellrechts

Im autonomen Anwendungsbereich des deutschen Kartellrechts bleiben somit nur Vorhaben, die entweder nicht dem Zusammenschlussbegriff des Art. 3 FKVO unterfallen oder denen es an der gemeinschaftsweiten Bedeutung fehlt. Den Vorrang des Unionsrechts verdeutlicht § 35 Abs. 3 GWB.

#### aa) Rechtsgrundlage

Die deutsche Zusammenschlusskontrolle ist geregelt in den §§ 35 ff. GWB.

#### bb) Struktur und Funktionsweise

Auch die deutsche Zusammenschlusskontrolle ist eine *ex ante*-Kontrolle, § 39 Abs. 1 GWB. Ein nicht freigegebener Zusammenschluss darf gem. § 41 Abs. 1 GWB nicht vollzogen werden. Gegen das Vollzugsverbot verstößende Rechtsgeschäfte sind nichtig, § 41 Abs. 1 S. 2 GWB. Bereits die Meldepflicht bezieht sich auf „Zusammenschlüsse“, die in § 37 GWB näher definiert sind.

#### cc) Verfahren

Die Zusammenschlusskontrolle ist gem. §§ 39 ff. GWB dem Bundeskartellamt exklusiv zugewiesen.

Auch die deutsche Fusionskontrolle verläuft in zwei Stufen, vgl. § 40 GWB.

Eine Besonderheit der deutschen Fusionskontrolle stellt indes das Institut der Ministererlaubnis gem. § 42 GWB dar. Bei Zusammenschlussvorhaben kann der Bundeswirtschaftsminister die Erlaubnis erteilen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgehoben wird oder der Zusammenschluss durch ein überragendes Allgemeininteresse gerechtfertigt wird. In der Geschichte der deutschen Fusionskontrolle (seit 1973) hat der [Bundeswirtschaftsminister](#) bei 23 Anträgen zehn Mal von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Die spektakulärsten Fälle betrafen die Zusammenschlüsse von Daimler-Benz und MBB im Jahr 1989, von E.ON und Ruhrgas im Jahr 2002 sowie von Kaiser´s Tengelman durch EDEKA im Jahr 2017.

#### dd) Prüfungsgegenstand

Es muss sich zunächst um einen Zusammenschluss gem. § 37 GWB handeln. Vor allem der Anteilserwerb ist in § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB konkreter geregelt als in der FKVO. Die Vorschriften

über die Zusammenschlusskontrolle finden ferner nur Anwendung, wenn der Zusammenschluss eine gewisse wirtschaftliche Bedeutung hat, die in § 35 Abs. 1 GWB näher definiert wird.

Im Zuge der 9. GWB-Novelle wurde die Zusammenschlusskontrolle zudem gem. § 35 Abs. 1a GWB in subsidiärer Form auf Fälle erstreckt, in denen der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als 400 Mio. € beträgt. Damit sollte dem Umstand Rechnung getragen werden, dass ein relativ hoher Kaufpreis trotz niedriger Inlandsumsätze für eine fusionskontrollrechtliche Relevanz spricht. Hintergrund für die Einführung des neuen Aufgreifstatbestands bildete der Kauf von WhatsApp durch Facebook für 19 Mrd. US\$, der mangels relevanter Umsätze von WhatsApp nicht der deutschen Fusionskontrolle unterfiel.

#### ee) Prüfungsmaßstab

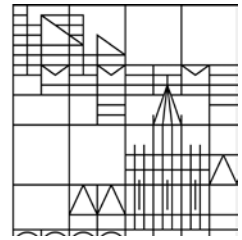
Die 8. GWB-Novelle hat den Maßstab der Fusionskontrolle dem europäischen Recht auch sprachlich angenähert, indem der Marktbeherrschungstest durch den SIEC-Test ersetzt wurde. Mit dem Begriff der marktbeherrschenden Stellung wird auf die Definition in § 18 Abs. 1 GWB verwiesen. Auch die Vermutungsregelung in § 18 Abs. 4 GWB ist anwendbar. Es wird aber ausdrücklich niedergelegt, dass Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen, welche die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen, die Untersagung ausschließen.

### 3. Ausblick

Nachdem die Kommission am 6.2.2019 die Übernahme des TGV-Herstellers Alstom durch Siemens [untersagt](#) hatte, wurden in der Politik viele kritische Stimmen laut. Der Vorwurf war, dass die auf den Europäischen Binnenmarkt oder auf den nationalen Markt ausgerichtete Fusionskontrollvorschriften das Heranwachsen von Großkonzernen behindern würden und es damit Unternehmen erschweren würde, im internationalen Wettbewerb zu bestehen. Dementsprechend forderte das Bundeswirtschaftsministerium in der [Nationalen Industriestrategie 2030](#) (vom 5.2.2019, S. 12 ff.) die Fokussierung auf nationale und regionale Märkte aufzulösen und so den internationalen Wettbewerb «auf Augenhöhe» zuzulassen. Dafür zog das Ministerium eine Reform des Wettbewerbsrechts in Erwägung (weiterführend [Persch, Die Nationale Industriestrategie 2030 und das Wettbewerbsrecht – Size matters?, D´Kart vom 12.4.2019](#)).

Die Intention wurde nochmals in einem [deutsch-französischem Manifest vom 19.2.2019](#) unter Beteiligung des Bundeswirtschaftsministeriums bekräftigt. Daraufhin kündigte auch der Rat an den Wettbewerbsrahmen anzupassen, um auf globale Marktentwicklungen besser reagieren zu können ([Europäischer Rat, Tagung des Europäischen Rates \(21. und 22. März 2019\) – Schlussfolgerungen, EUCO 1/19](#), S. 2). Sowohl gegen das Manifest wie auch die offene Formulierung in der Schlussfolgerung des Rates richtete sich ein [offener Brief](#), der von 92 Juristen und Ökonomen unterschrieben und am 30. April 2019 in der Financial Times veröffentlicht wurde (Franco-German proposals would undermine competitive markets in the EU, Sekundärquelle abrufbar unter: <https://www.d-kart.de/in-defence-of-merger-control/>, site zul. besucht am 20.4.2024).

Am 14.09.2022 erließ der Unionsgesetzgeber die Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (sog. *Digital Markets Act*/Gesetz über digitale Märkte) und zusätzlich am 19.10.2022 die Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (sog. *Digital Services Act* / Gesetz über digitale Dienste). Hiermit sollte die Regulierung digitaler Dienste und digitaler Märkte gestaltet werden. Der Digital Markets Act adressiert Digitalkonzerne mit großer Marktmacht. Es soll ein Missbrauch von Marktmacht bereits ex ante unterbunden werden.



20.04.2024

**Grundlagen des privaten Wirtschaftsrechts –  
Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts  
SS 2024**

**Universität Konstanz**  
**Mo 08.15 – 11.30 h, C 230**  
*Jochen Glöckner*

**Arbeitspapier 7**  
**G. Vergaberecht**

Bitte lesen Sie vorbereitend:

EuGH v. 28.10.1999, C-81/98 – *Alcatel Austria*, Slg. 1999, I-7693

EuGH v. 17.9.2002, C-513/99 – *Concordia ./.* HKL, Slg. 2002, I-7213

**G. Vergabe öffentlicher Aufträge**

Das Gesamtvolumen öffentlicher Aufträge in der EU – d.h. der Einkauf von Gütern, Dienstleistungen und Bauaufträgen durch Regierungen und Körperschaften öffentlichen Rechts – wurde im Jahr 2017 von der Kommission mit 545,4 Mrd. EUR sowie ca. 13,3 % des Bruttoinlandsproduktes der Union geschätzt. Die Bedeutung öffentlicher Aufträge variiert je nach Mitgliedstaat zwischen 6,4 (Zypern) und 19,5 (Niederlande) % des jeweiligen nationalen BIP (Public Procurement Indicators 2017, DG GROW G4 - Innovative and e-Procurement, July 9, 2019, < <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/38003> > (site zul. besucht am 04.04.2024).

Auch dieses bedeutende Segment des Geschäftsverkehrs soll dem internationalen Wettbewerb geöffnet werden. Dabei geht es einerseits um eine spezifisch freihandelsorientierte Effizienzsteigerung durch die Nutzbarmachung relativer Wettbewerbsvorteile ausländischer Anbieter (vgl. dazu AP 1), andererseits um die Effizienzsteigerung, die aus der Intensivierung des Wettbewerbs durch eine Erhöhung der Anzahl der Anbieter auf einem bestimmten geographischen Markt resultiert. Beide Aspekte gehen jedoch im Gesichtspunkt der Wettbewerbsförderung und Wohlfahrtssteigerung durch Marktintegration auf (vgl. bereits AP 5); sie haben an sich nichts mit dem Wettbewerbsschutz, wie er zuletzt (vgl. AP 5, 6) besprochen wurde, zu tun. Das öffentliche

Vergaberecht wird gleichwohl in diesem Kontext besprochen, weil der deutsche Gesetzgeber seinen Verpflichtungen durch Umsetzung in den §§ 97 ff. GWB nachgekommen ist.

Die wohlfahrtsfördernden Wirkungen grenzüberschreitenden Wettbewerbs um öffentliche Aufträge wurden nicht allein auf europäischer, sondern auch auf internationaler Ebene erkannt.

## I. Vergabe öffentlicher Aufträge im WTO-Regime

### 1. Öffentliche Aufträge unter GATT

Das GATT befreit das öffentliche Auftragswesen weitestgehend von der in Art. 3 Abs. 4 GATT niedergelegten Pflicht zur Inländerbehandlung:

Article III

National Treatment on Internal Taxation and Regulation

....

8. (a) The provisions of this Article shall not apply to laws, regulations or requirements governing the procurement by governmental agencies of products purchased for governmental purposes and not with a view to commercial resale or with a view to use in the production of goods for commercial sale.

...

Article XVII

State Trading Enterprises

1. (a) Each contracting party undertakes that if it establishes or maintains a State enterprise, wherever located, or grants to any enterprise, formally or in effect, exclusive or special privileges,\* such enterprise shall, in its purchases or sales involving either imports or exports, act in a manner consistent with the general principles of non-discriminatory treatment prescribed in this Agreement for governmental measures affecting imports or exports by private traders.

(b) The provisions of sub-paragraph (a) of this paragraph shall be understood to require that such enterprises shall, having due regard to the other provisions of this Agreement, make any such purchases or sales solely in accordance with commercial considerations,\* including price, quality, availability, marketability, transportation and other conditions of purchase or sale, and shall afford the enterprises of the other contracting parties adequate opportunity, in accordance with customary business practice, to compete for participation in such purchases or sales.

(c) No contracting party shall prevent any enterprise (whether or not an enterprise described in sub-paragraph (a) of this paragraph) under its jurisdiction from acting in accordance with the principles of sub-paragraphs (a) and (b) of this paragraph.

2. The provisions of paragraph 1 of this Article shall not apply to imports of products for immediate or ultimate consumption in governmental use and not otherwise for resale or use in the production of goods\* for sale. With respect to such imports, each contracting party shall accord to the trade of the other contracting parties fair and equitable treatment."

### 2. Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen

Das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (*Government Procurement Agreement, GPA*) ist eine der vier plurilateralen Handelsübereinkünfte im Anhang 4 des Überein-

kommens von Marrakesch (abrufbar unter [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/gpr-94\\_01\\_e.htm](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_01_e.htm), site zul. besucht am 04.04.2024). Diese Übereinkünfte gelten nur für diejenigen WTO-Mitglieder, welche sie ausdrücklich angenommen haben. Die Europäische Gemeinschaft, inzwischen die Europäische Union als ihre Rechtsnachfolgerin mit ihren derzeit 27 Mitgliedstaaten, zählt zu den 21 (aktuelle Infos unter [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gp\\_gpa\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm), site zul. besucht am 04.04.2024) WTO-Mitgliedern, die diese Übereinkünfte unterzeichnet und angenommen haben.

Durch das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, das an die Stelle des ursprünglich im Rahmen der Tokio-Runde geschlossenen Übereinkommens trat, soll ein möglichst großer Teil der Beschaffungsaufträge für den internationalen Wettbewerb geöffnet und ein Rahmen der Transparenz und Nichtdiskriminierung gegenüber ausländischen Waren bzw. Dienstleistungen und Lieferanten geschaffen werden. Das Übereinkommen erstreckt sich auch auf Beschaffungsaufträge von Behörden unterhalb der Regierungsebene (einzelne Bundesstaaten, Provinzen, Kantone, große Agglomerationen) und sowohl auf Waren als auch auf Arbeiten und Dienstleistungen.

Das Übereinkommen regelt die öffentlichen Beschaffungsaufträge, deren Wert einen bestimmten Betrag überschreitet, und zwar 130.000 SZR (Sonderziehungsrechte; *special drawing right*, SDR, Rechnungseinheit des IWF; im April 2024 entspricht ein 1 SZR etwa 1,06 EUR; aktuelle Werte abrufbar unter [http://www.imf.org/external/np/fin/data/rms\\_sdrv.aspx](http://www.imf.org/external/np/fin/data/rms_sdrv.aspx) site zul besucht am 04.04.2024) für den Erwerb von Waren und Dienstleistungen durch die Zentralregierung, 200.000 SZR für die Behörden unterhalb der Regierungsebene, 400.000 SZR für öffentliche Versorgungsunternehmen und 5 Mio. SZR für Bauaufträge.

Das Übereinkommen deckt fünf Sektoren ab: *Häfen, Flughäfen, Wasser, Strom und öffentlicher Verkehr*. Es stützt sich auf das Prinzip der Gegenseitigkeit: die Länder müssen ihre öffentlichen Ausschreibungen in den genannten Sektoren nur für die Unterzeichner des Übereinkommens öffnen, die sich für jeweils denselben Sektor verpflichtet haben.

Im Dezember 2006 wurde gemäß dem Überprüfungsauftrag in Art XXIV:7 (b), (c) GPA eine provisorische revidierte Version (abrufbar unter [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/negotiations\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/negotiations_e.htm), site zul. besucht am 04.04.2024). vereinbart, die einerseits das Verfahren vereinfachen und den Einsatz moderner Techniken gestatten, andererseits Lücken im Anwendungsbereich des GPA schließen soll. Diese Revision stand unter dem Vorbehalt, dass man sich auf weitere Marktzugangszugeständnisse würde verständigen können. Diese Verständigung wurde im Jahr 2011 erzielt und durch eine Entscheidung des GPA-Komitees 2012 umgesetzt. Die revidierte Version des GPA ist am 6. April 2014 in Kraft getreten. Sie wird in der EU zugrundegelegt, da die EU zu den ratifizierenden Staaten gehört.

## II. Öffentliches Beschaffungswesen in der EU

Bevor die Union Rechtsvorschriften in diesem Bereich erließ, gingen nur 2 % der in der Union vergebenen öffentlichen Aufträge an Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat als dem, der den Auftrag ausgeschrieben hatte. Dieses Fehlen eines offenen und wirksamen Wettbewerbs war eine der offensichtlichsten und absolut nicht zeitgemäßen Schranken für die Vollendung des Binnenmarktes. Von den Mehrkosten für die öffentlichen Auftraggeber abgesehen bremste der fehlende innergemeinschaftliche Wettbewerb in einigen Schlüsselbereichen (z.B. Telekommunikation) auch die Entwicklung auf dem Weltmarkt konkurrenzfähiger europäischer Unternehmen.

## 1. Europäisches Regelungsregime

Die erste Baukoordinierungsrichtlinie stammt aus dem Jahr 1971. Sie wurde mehrfach geändert und schließlich in konsolidierter Fassung im Jahr 1993 neu erlassen. Neben ihr standen die Lieferkoordinierungsrichtlinie und die 1992 erlassene Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie. Ergänzt wurden sie durch die sog. Sektorenkoordinierungsrichtlinie.

Alle vier Richtlinien wurden durch die Richtlinien 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 (ABl. 1997 Nr. L 328/1) bzw. 98/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 (ABl. 1998 Nr. L 101/1) an die Vorgaben des WTO-Rechts (vgl. dazu o.) angepasst.

Im Februar 2004 wurden die Vergaberichtlinien grundlegend modernisiert. Das Gesetzgebungspaket war das Ergebnis einer Untersuchung bei öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen. Es verfolgte zwei Hauptziele: Zum einen ging es darum, die geltenden Richtlinien zu vereinfachen; die Baukoordinierungs-, die Liefer- und die Dienstleistungsrichtlinie wurden deshalb in einer Richtlinie, der Vergaberichtlinie, zusammengefasst. Dadurch wurde das etwas willkürliche Nebeneinander verschiedener Schwellenwerte besser koordiniert. Neben der allgemeinen Vergaberichtlinie stand und steht nach wie vor eine Sektorenrichtlinie:

Im Jahr 2009 wurde daneben die [Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG](#), ABl. 2009 Nr. L 216/76 erlassen, um den schrittweisen Aufbau eines europäischen Markts für Verteidigungsgüter mit den Zwecken der Verbesserung der europäischen rüstungstechnologischen und -industriellen Basis und des Ausbaus der zur Umsetzung der europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik notwendigen militärischen Kapazitäten voranzutreiben.

Im Dezember 2011 hatte die Kommission Richtlinienvorschläge bezüglich der Regeln zum öffentlichen Auftragswesen vorgelegt. Diese Vorschläge waren Teil eines Gesamtprogramms, das auf die umfassende Modernisierung der Regeln zum öffentlichen Auftragswesen abzielte. Dieses Programm beinhaltete die Überarbeitung der Vergaberichtlinie und der Sektorenrichtlinie sowie eine neue Richtlinie betreffend Konzessionen, die bis dahin nur unvollständig auf europäischer Ebene geregelt waren. Diese Richtlinienvorschläge wurden am 15. Januar 2014 vom Europäischen Parlament angenommen und vom Rat am 11. Februar 2014 verabschiedet.

- [Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG](#), ABl. 2014 Nr. L 94/65
- [Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG](#), ABl. 2014 Nr. L 94/243
- [Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe](#), ABl. 2014 Nr. L 94/1

Die Mitgliedstaaten hatten bis April 2016 Zeit, die neuen Regelungen in nationales Recht umzusetzen (vgl. dazu u.).

Für öffentliche Liefer- und Bauaufträge wurde im Dezember 1989 eine Richtlinie über Nachprüfungsverfahren erlassen, deren Anwendungsbereich 1992 auf Dienstleistungsaufträge ausgedehnt wurde. Diese Richtlinie schreibt vor, dass Verstöße gegen die Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge wirksam zu ahnden sind. Im Bereich der Wasser- und Energieversorgung, des Verkehrs und der Telekommunikation deckt die vom Rat erlassene Richtlinie die Lie-

fer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge ab, die von Wasser- und Energieversorgungsunternehmen, Verkehrsbetrieben und Telekommunikationsunternehmen vergeben werden. Die Richtlinie trägt den Besonderheiten dieser Auftraggeber und den unterschiedlichen Strukturen dieser Sektoren in der Gemeinschaft Rechnung.

Auch für diesen Bereich hat der Rat eine Richtlinie über Nachprüfungsverfahren erlassen, die dafür sorgt, dass im Falle eines Verstoßes gegen die Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge in den sogenannten "besonderen" Sektoren Unternehmen, die sich geschädigt fühlen, ausreichende Möglichkeiten haben, eine Nachprüfung zu verlangen.

- [Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG vom 21. Dezember 1989 \(ABl. 1989 Nr. L 395/33\).](#)
- [Sektorenrechtsmittelrichtlinie 92/13/EWG vom 25. Februar 1992 \(ABl. 1992 Nr. L 76/14\),](#) die Auftraggeber in den Sektoren erfasst.

Am 20.12.2007 wurde eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinien Art 89/665/EWG und 92/13/EWG veröffentlicht. Durch sie soll die Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren hinsichtlich der Vergabe öffentlicher Aufträge verbessert und die Garantien der Richtlinien in Hinblick auf Transparenz und Nichtdiskriminierung verstärkt werden.

[Richtlinie 2007/66/EG vom 11.12.2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge \(ABl. 2007 NR. L 335/31\).](#)

Alle diese Richtlinien bilden den gemeinschaftsrechtlichen Rahmen für ein öffentliches Auftragswesen, das auf folgenden Grundsätzen beruht:

- Transparenz bei der Ausschreibung öffentlicher Aufträge und transparente Bewertungskriterien für die Auswahl der Angebote;
- Vorzug für offene und nichtoffene Verfahren (anstelle von Verhandlungsverfahren);
- Gleichbehandlung;
- Bindung an das wirtschaftlichste Angebot;
- wirksame und rasch greifende Rechtsmittel gegen öffentliche Auftraggeber, die sich nicht an das Unionsrecht halten.

Alle Rechte und Pflichten der am Vergabeverfahren Beteiligten helfen aber nicht weiter, wenn die Anbieter keine Kenntnis von den Verfahren haben bzw. aus praktischen Gründen kein Angebot abgeben können. Deshalb müssen zunächst die öffentlichen Auftraggeber für die Veröffentlichung ihrer Ausschreibungen ein einheitliches Muster verwenden. Daneben hat die Kommission in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten das Projekt SIMAP (Informationssystem für das öffentliche Auftragswesen) ins Leben gerufen. Die Bekanntmachungen können mittels einer im Rahmen von SIMAP entwickelten Software auf elektronischem Wege, auch über das Internet, erstellt und veröffentlicht werden. Mithilfe von "Käuferprofilen" können die öffentlichen Auftraggeber die technischen Spezifikationen und andere für die Angebotserstellung erforderlichen Unterlagen auf elektronischem Wege verfügbar machen. Darüber hinaus können diese Profile ergänzende Informationen über Beschaffungsverfahren, zuständige Personen, laufende Ausschreibungen samt zugehörigen Leistungsbeschreibungen und geplante Beschaffungsvorhaben vermitteln. Diese Profile sind über die SIMAP-Website zugänglich. Die Software zur Erstellung der Käuferprofile wird den öffentlichen Auftraggebern von der Kommission zur Verfügung gestellt.

Um die Übermittlung der wesentlichen Informationen zu beschleunigen, ermöglicht die Kommission auch die kostenlose Konsultation der Datenbank TED, in der sich potentielle Lieferanten über ausgeschriebene Aufträge informieren können. Über die SIMAP-Website können außer-

dem mittels einer Suchmaschine potentiell interessante Ausschreibungen sowohl in der Datenbank TED als auch in anderen Datenbanken ermittelt werden.

#### a) Vergaberichtlinie

Die Vergaberichtlinie erfasst die Vergabe öffentlicher Aufträge. Als "öffentlicher Auftrag" wird der Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen durch einen oder mehrere öffentliche Auftraggeber von Wirtschaftsteilnehmern, die von diesen öffentlichen Auftraggebern ausgewählt werden, verstanden, Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 VergabeRL. „Öffentliche Auftraggeber“ sind der Staat, die Gebietskörperschaften, die Einrichtungen des öffentlichen Rechts oder die Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts bestehen, Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 VergabeRL.

#### b) Sektorenrichtlinie

Ein Grund für die Einführung von Vorschriften zur Koordinierung der Vergabeverfahren in den Sektoren Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Telekommunikation ist die Vielzahl von Möglichkeiten, über die einzelstaatliche Behörden verfügen, um das Verhalten der Auftraggeber zu beeinflussen, unter anderem durch die Beteiligung an deren Kapital und die Vertretung in deren Verwaltungs-, Geschäftsführungs- oder Aufsichtsorganen. Ein weiterer wichtiger Grund, der eine Koordinierung der Vergabeverfahren durch Auftraggeber in diesen Sektoren notwendig macht, ist die Abschottung der Märkte, in denen sie tätig sind, was darauf zurückzuführen ist, dass die Mitgliedstaaten für die Versorgung, die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen, mit denen die betreffenden Dienstleistungen erbracht werden, besondere oder ausschließliche Rechte gewähren.

Weil bereits Unionsvorschriften auf mehr Wettbewerb zwischen den Luftverkehrsgesellschaften abzielen, erschien es bereits 2004 nicht mehr angemessen, diese Auftraggeber in die vorliegende Richtlinie einzubeziehen. Dasselbe gilt für den Seeverkehr. Der Anwendungsbereich der bis dahin geltenden Richtlinie 93/38/EWG umfasste auch bestimmte Aufträge, die von Auftraggebern im Telekommunikationssektor vergeben werden. Zur Liberalisierung dieses Sektors wurde ein Rechtsrahmen geschaffen, der im Vierten Bericht über die Umsetzung des Reformpakets für den Telekommunikationssektor vom 25. November 1998 genannt wird. Eine Folge davon war, dass in diesem Sektor *de facto* und *de iure* echter Wettbewerb herrschte. Angesichts dieser Lage hatte die Kommission zur Information eine Liste der Telekommunikationsdienstleistungen veröffentlicht, die gem. Art. 8 der genannten Richtlinie bereits von deren Anwendungsbereich ausgenommen werden können. Im Siebten Bericht über die Umsetzung des Reformpakets für den Telekommunikationssektor vom 26. November 2001 wurden zusätzliche Fortschritte bestätigt. Es erschien deshalb nicht länger notwendig, die Beschaffungstätigkeit von Auftraggebern dieses Sektors zu regeln. Der Titel der neu erlassenen Sektorenrichtlinie wurde daher geändert. Erfasst wird nur noch der Postsektor. Die Sektorenrichtlinie 2014 hat dies übernommen.

#### c) Rechtsmittelrichtlinien

Mit ihnen soll sichergestellt werden, dass das Nachprüfungsverfahren zumindest jedem zur Verfügung steht, der ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht. Die unter Verletzung des Rechts erlassenen Entscheidungen der Vergabebehörden müssen wirksam und rasch nachgeprüft werden. Die Nachprüfungsverfahren müssen in allen Mitgliedstaaten u. a. die Möglichkeit vorläufiger Maßnahmen (wie die Aussetzung des beanstandeten Vergabeverfahrens), die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen, einschließlich der Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen in den Ausschreibungsdokumenten, sowie Entschädigung der durch einen Verstoß Geschädigten vorsehen.



Außerdem ist ein besonderes Verfahren vorgesehen, aufgrund dessen die Kommission, wenn sie zu der Auffassung gelangt, dass ein klarer und eindeutiger Verstoß gegen die Gemeinschaftsvorschriften für das öffentliche Auftragswesen vorliegt, dem betreffenden Mitgliedstaat und der Vergabebehörde die Gründe mitteilen und die Beseitigung des Verstoßes fordern kann. Der Mitgliedstaat muss hierauf innerhalb von 21 Tagen antworten. Hält die Kommission die Antwort des Mitgliedstaates nicht für überzeugend, kann sie auf das Vertragsverletzungsverfahren zurückgreifen und den Gerichtshof anrufen, damit dieser gegebenenfalls im Wege der einstweiligen Verfügung vorläufige Maßnahmen ergreift.

Durch die Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG sollten die Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EG so präzisiert und ergänzt werden, dass die vom Unionsgesetzgeber angestrebten Ziele, die Transparenz und die Nichtdiskriminierung im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge garantiert werden können.

Die Richtlinie führte eine Mindest-Stillhaltefrist neu ein, die Mitbieter eine wirksame Nachprüfung zwischen der Zuschlagserteilung und dem Abschluss des betreffenden Vertrages ermöglichen soll. Den Mitbieter sollen gleichzeitig mit der Mitteilung über die Zuschlagserteilung die relevanten Informationen übermittelt werden, die für eine wirksame Nachprüfung unerlässlich sind, so z.B. die einschlägigen Gründe, die in Art. 41 der Richtlinie 2004/18/EG bzw. in Art. 49 der Richtlinie 2004/17/EG genannt sind. Die betroffenen Bieter sollen auch über die tatsächliche Frist für ein Nachprüfungsverfahren informiert werden. Wenn die Richtlinie 2004/18/EG oder die Richtlinie 2004/17/EG nicht die vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt vorschreibt, soll es genügen, ein Nachprüfungsverfahren nach Vertragsschluss zu ermöglichen. Eine Stillhaltefrist soll auch entfallen, wenn es keine anderen Bewerber gibt. Bei Aufträgen, die auf Rahmenvereinbarungen oder dynamischen Beschaffungssystemen beruhen, soll alternativ zur Stillhaltefrist die Einführung der Unwirksamkeit als wirksame Sanktion durch die Mitgliedstaaten vorgesehen werden können.

Ein weiteres Ziel der Richtlinie ist die Bekämpfung der freihändigen Vergabe öffentlicher Aufträge, die einen schweren Verstoß gegen das Vergaberecht darstellt. Es sollen hierfür wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen vorgesehen werden. Nationale Gerichte sollen über die Möglichkeit verfügen, Verträge für unwirksam zu erklären, wenn diese rechtswidrig ohne Transparenz und ohne vorherige Ausschreibung vergeben wurden.

Die Richtlinie sieht zudem die Möglichkeit alternativer Sanktionen bei anderen Verstößen vor, wie die Verhängung von Geldbußen bzw. –strafen. Die Mitgliedstaaten haben auch die Möglichkeit, den Vertrag in Ausnahmefällen aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls nicht für unwirksam zu erklären, wobei wirtschaftliche Interessen nur ausnahmsweise einen zwingenden Grund darstellen können sollen. Die Mitgliedstaaten sollen zudem eine Mindestverjährungsfrist für Nachprüfungen festlegen.

Die Richtlinie sieht zudem die Abschaffung des Bescheinigungsverfahrens und des Schlichtungsverfahrens vor. Die Richtlinie war bis zum 20.12.2009 in nationales Recht umzusetzen. Dieser Vorgabe ist der nationale Gesetzgeber durch Verabschiedung des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts im April 2009, durch die insbesondere die §§ 101a, b GWB 2005 (inzwischen §§ 134, 135 GWB) eingeführt wurden, nachgekommen.

## 2. EU-Vergaberecht und sog. „vergabefremde“ Kriterien

Das EU-Vergaberecht zielt auf die Schaffung von Transparenz und Gleichbehandlung bei der Durchführung von Vergabeverfahren. Die Vergabe öffentlicher Aufträge wurde seit jeher – ausgesprochen oder unausgesprochen – als verdeckte Beihilfe zur Förderung der lokalen oder nationalen Wettbewerber genutzt. Genau dies sollte verhindert werden. Zu diesem Zweck werden die Auftraggeber verpflichtet, den Zuschlag auf der Grundlage objektiver Kriterien zu erteilen, welche die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der

Gleichbehandlung gewährleisten und sicherstellen, dass die Angebote unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen bewertet werden. Dementsprechend darf der Zuschlag nur für das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ erteilt werden, z.B. Art. 67 Abs. 1 VergabeRL. Im Gefolge einer Ausschreibung ist den Auftraggebern daher die Auswahl unter Einbeziehung anderer Kriterien untersagt. Fraglich könnte jedoch erscheinen, wie weit die Auftraggeber berechtigt sind, andere Kriterien bereits in die Vergabebedingungen aufzunehmen:

**Fall:** Der Stadtrat von Helsinki beschloss am 27. August 1997, den gesamten innerstädtischen Busverkehr schrittweise öffentlich in der Weise auszuschreiben, dass der erste öffentlich ausgeschriebene Verkehr mit dem Herbstfahrplan 1998 beginnen konnte. Das Beschaffungsamt der Stadt Helsinki forderte mit Schreiben vom 1. September 1997 und mit im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* vom 4. September 1997 veröffentlichter Bekanntmachung zur Abgabe von Angeboten für den Betrieb des innerstädtischen Busverkehrs der Stadt Helsinki nach Gruppen und Fahrplänen auf, die in einem 7 Lose umfassenden Dokument näher angegeben waren. Im Ausgangsverfahren geht es um den Auftrag für die Linie 62 betreffende Los 6 dieser Ausschreibung. Es sollte das Unternehmen den Zuschlag erhalten, das das für die Stadt gesamtwirtschaftlich günstigste Angebot machen würde. Bei dieser Beurteilung sollten drei Gruppen von Kriterien berücksichtigt werden, nämlich der für den Betrieb geforderte Gesamtpreis, die Qualität des Fuhrparks (Busse) und das Qualitäts- und Umweltkonzept des Verkehrsunternehmers. Das Beschaffungsamt der Stadt Helsinki erhielt acht Angebote für das Los 6, darunter die Angebote der HKL und der Swebus. Die HKL war eine Abteilung der städtischen Verkehrsbetriebe. Der Wirtschaftsausschuss beschloss, die HKL als Betreiber der Linie, die das Los 6 bildete, auszuwählen, da deren Angebot als wirtschaftlich insgesamt am günstigsten angesehen wurde. Die Swebus hatte zwar das vom Preis her günstigste Angebot gemacht. Die HKL erhielt jedoch die Höchstzuschläge wegen Stickoxidemissionen unter 2 g/kWh sowie für einen Lärmpegel unter 77 dB. Die Swebus erhielt keine zusätzlichen Punkte im Rahmen der die Stickoxidemissionen und den Lärmpegel der Busse betreffenden Kriterien. Somit erhielt die HKL insgesamt die höchste Punktzahl und den Zuschlag. Die Concordia als Rechtsnachfolgerin der Swebus erhob dagegen Nichtigkeitsklage vor dem Kilpailuneuvosto (finnischer Wettbewerbsrat) und machte u.a. geltend, dass die Vergabe von Zusatzpunkten für Fahrzeuge, die gewisse Stickoxidemissionen und gewisse Lärmpegel unterschritten, unangemessen und diskriminierend sei. Es seien Zusatzpunkte für den Einsatz einer Art von Autobussen gewährt worden, die tatsächlich nur ein Bieter, nämlich die HKL, habe anbieten können. (EuGH v. 17.9.2002, C-513/99 – Concordia ./ HKL, Slg. 2002, I-7213)

Das zuständige finnische Gericht legte dem EuGH daraufhin die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen über öffentliche Aufträge dahin auszulegen seien, dass eine Stadt, die einen Auftrag für den Betrieb des innerstädtischen Busverkehrs ausschreibt, bei den Kriterien für den auf der Grundlage des günstigsten Angebots zu vergebenden Auftrag neben dem Angebotspreis, dem Qualitäts- und Umweltkonzept des Verkehrsunternehmers und mehreren anderen Eigenschaften des Fuhrparks auch die Verringerung der Stickoxid- und Lärmemissionen in der in der Ausschreibung angegebenen Weise so berücksichtigen kann, dass für Fahrzeuge, deren Stickoxidausstoß oder Lärmpegel unterhalb gewisser Grenzen bleibt, Zusatzpunkte vergeben werden, die in die Gesamtbewertung der Angebote einfließen. Wenn diese Frage bejaht werde, stellte es die weitere Frage, ob die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen über öffentliche Aufträge dahin auszulegen seien, dass die Vergabe von Zusatzpunkten für die vorgenannten Eigenschaften des Fuhrparks hinsichtlich Stickoxid- und Lärmemissionen dennoch unzulässig sei, wenn von vornherein feststehe, dass das eigene Busunternehmen der Stadt, die die Ausschreibung veranstalte, einen Fuhrpark anbieten könne, der diesen Anforderungen genüge, während aufgrund der tatsächlichen Umstände nur wenige andere Unternehmen dieses Sektors hierzu in der Lage seien. Der EuGH führte dazu aus:

„53. Nach Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 kann der Auftraggeber bei der Erteilung des Zuschlags - wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt - verschiedene auf den jeweiligen Auftrag bezogene Kriterien, zum Beispiel Qualität, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit der Leistung, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt, Ausführungszeitraum oder -frist und Preis, anwenden.

54. Um zu bestimmen, ob und unter welchen Voraussetzungen der Auftraggeber nach Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe a Umweltschutzkriterien berücksichtigen kann, ist erstens festzustellen, dass - wie eindeutig aus dem Wortlaut dieser Vorschrift und insbesondere aus der Verwendung des Ausdrucks zum Beispiel hervorgeht - die Kriterien, die als Kriterien für die Erteilung des Zuschlags für einen öffentlichen Auftrag an das wirtschaftlich günstigste Angebot festgelegt werden können, nicht abschließend aufgezählt sind (siehe in diesem Sinne auch das Urteil vom 18. Oktober 2001 in der Rechtssache C-19/00, SIAC Construction, Slg. 2001, I-7725, Randnr. 35).

55. Zweitens darf Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe a nicht dahin ausgelegt werden, dass jedes Vergabekriterium, das der Auftraggeber festgelegt hat, um das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, notwendigerweise rein wirtschaftlicher Art sein muss. Es kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass Faktoren, die nicht rein wirtschaftlich sind, sich auf den Wert eines Angebots für diesen Auftraggeber auswirken können. Diese Feststellung wird auch durch den Wortlaut dieser Vorschrift, in dem die Ästhetik eines Angebots ausdrücklich als Kriterium genannt wird, bekräftigt.

56. Im Übrigen soll, wie der Gerichtshof bereits entschieden hat, die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge auf Gemeinschaftsebene die Hemmnisse für den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr beseitigen (siehe u. a. Urteil SIAC Construction, Randnr. 32).

57. Mit Rücksicht auf dieses Ziel und auch in Anbetracht des Wortlauts des Artikels 130r Absatz 2 Unterabsatz 1 Satz 3 EG-Vertrag, der durch den Vertrag von Amsterdam in leicht geänderter Form in Artikel 6 EG übernommen worden ist und nach dem die Erfordernisse des Umweltschutzes bei der Festlegung und Durchführung der Gemeinschaftspolitiken und -maßnahmen einbezogen werden müssen, ist zu folgern, dass Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 die Möglichkeit nicht ausschließt, dass der Auftraggeber im Rahmen der Beurteilung, welches Angebot wirtschaftlich am günstigsten ist, Umweltschutzkriterien anwendet.

58. Diese Feststellung bedeutet jedoch nicht, dass alle derartigen Kriterien vom Auftraggeber berücksichtigt werden dürfen.

59. Zwar überlässt Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 dem öffentlichen Auftraggeber die Wahl der Kriterien für die Zuschlagserteilung, doch kommen nur Kriterien in Betracht, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen (siehe in diesem Sinne für öffentliche Bauaufträge die Urteile Beentjes, Randnr. 19, Evans Medical und Macfarlan Smith, Randnr. 42, sowie SIAC Construction, Randnr. 36). Da ein Angebot sich notwendigerweise auf den Auftragsgegenstand bezieht, müssen auch die Zuschlagskriterien, die nach dieser Vorschrift festgelegt werden können, mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen.

60. Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass - wie der Gerichtshof bereits entschieden hat - der öffentliche Auftraggeber, um das günstigste Angebot herauszufinden, aufgrund qualitativer und quantitativer Kriterien, die je nach Auftrag wechseln, die vorgelegten Angebote beurteilen und eine Entscheidung treffen muss (siehe in diesem Sinne für öffentliche Bauaufträge das Urteil vom 28. März 1985 in der Rechtssache 274/83, Kommission/Italien, Slg. 1985, 1077, Randnr. 25).

61. Außerdem geht ebenfalls aus der Rechtsprechung hervor, dass ein Zuschlagskriterium, das einem öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe des Auftrags an einen Bieter eine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen würde, unvereinbar mit Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 wäre (siehe in diesem Sinne Urteile Beentjes, Randnr. 26, und SIAC Construction, Randnr. 37).
62. Sodann ist festzustellen, dass die zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots festgelegten Kriterien unter Beachtung aller Verfahrensvorschriften der Richtlinie 92/50, insbesondere der Publizitätsvorschriften, angewendet werden müssen. Gemäß Artikel 36 Absatz 2 dieser Richtlinie müssen daher alle derartigen Kriterien im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags ausdrücklich angegeben werden, wenn möglich in absteigender Reihenfolge der ihnen zugemessenen Bedeutung, damit die Unternehmer in der Lage sind, vom Bestehen und von der Tragweite dieser Kriterien Kenntnis zu nehmen (siehe in diesem Sinne für öffentliche Bauaufträge das Urteil Beentjes, Randnrn. 31 und 36, sowie das Urteil vom 26. September 2000 in der Rechtssache C-225/98, Kommission/Frankreich, Slg. 2000, I-7445, Randnr. 51).
63. Schließlich müssen bei solchen Kriterien alle wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, vor allem das Diskriminierungsverbot, das aus den Bestimmungen des Vertrages zum Niederlassungsrecht und zum Recht des freien Dienstleistungsverkehrs folgt, beachtet werden (siehe in diesem Sinne die Urteile Beentjes, Randnr. 29, und Kommission/Frankreich, Randnr. 50).
64. Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass der öffentliche Auftraggeber, wenn er beschließt, einen Auftrag an den Bieter zu vergeben, der das wirtschaftlich günstigste Angebot gemäß Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 abgegeben hat, Umweltschutzkriterien berücksichtigen darf, sofern diese Kriterien mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen, diesem Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen, im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags ausdrücklich genannt sind und bei ihnen alle wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, vor allem das Diskriminierungsverbot, beachtet werden.
65. Was das Ausgangsverfahren angeht, ist zunächst festzustellen, dass Kriterien, die sich auf die Höhe der Stickoxidemissionen und auf den Lärmpegel der Busse beziehen, wie die in der vorliegenden Rechtssache streitigen, als Kriterien anzusehen sind, die mit dem Gegenstand eines Auftrags zusammenhängen, der die Erbringung von städtischen Busverkehrsdienstleistungen betrifft.
66. Sodann sind Kriterien, nach denen an Angebote, die bestimmten spezifischen und objektiv quantifizierbaren Umwelanforderungen entsprechen, Zusatzpunkte vergeben werden, nicht so geartet, dass dem öffentlichen Auftraggeber eine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit eingeräumt wird.
67. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die im Ausgangsverfahren streitigen Kriterien - wie in den Randnummern 21 bis 24 dieses Urteils angegeben ist - in der vom Beschaffungsamt der Stadt Helsinki veröffentlichten Bekanntmachung des Auftrags ausdrücklich genannt worden sind.
68. Schließlich ist festzustellen, dass die Frage, ob bei den im Ausgangsverfahren streitigen Kriterien insbesondere das Diskriminierungsverbot beachtet wird, im Rahmen der Beantwortung der dritten Vorabentscheidungsfrage, deren Gegenstand sie gerade bildet, zu prüfen sein wird.
69. In Anbetracht aller vorstehenden Erwägungen ist daher auf die zweite Frage zu antworten, dass Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 dahin auszulegen ist, dass der Auftraggeber, wenn er im Rahmen eines öffentlichen Auftrags über die Er-

bringung von städtischen Busverkehrsdienstleistungen beschließt, einen Auftrag an den Bieter zu vergeben, der das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben hat, Umweltschutzkriterien wie die Höhe der Stickoxidemissionen oder den Lärmpegel der Busse berücksichtigen darf, sofern diese Kriterien mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen, dem Auftraggeber keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen, ausdrücklich im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags genannt sind und bei ihnen alle wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere das Diskriminierungsverbot, beachtet werden.“

Zur Folgefrage nach dem Vorliegen einer Diskriminierung aufgrund des Umstandes, dass allein das städtische Unternehmen HKL die zu vergebenden Zusatzpunkte erwerben konnte, führte der EuGH aus:

„81. Die Pflicht zur Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung entspricht dem Wesen der Richtlinien auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge, die namentlich die Entwicklung eines echten Wettbewerbs auf den Gebieten fördern sollen, die in ihren jeweiligen Anwendungsbereich fallen, und die Zuschlagskriterien aufstellen, die einen solchen Wettbewerb gewährleisten sollen (siehe in diesem Sinne Urteil vom 22. Juni 1993 in der Rechtssache C-243/89, Kommission/Dänemark, Slg. 1993, I-3353, Randnr. 33).

82. Nach der in Randnummer 63 des vorliegenden Urteils zitierten Rechtsprechung muss bei den Zuschlagskriterien daher das Diskriminierungsverbot beachtet werden, so wie es sich aus den Vorschriften des Vertrages über das Niederlassungsrecht und den freien Dienstleistungsverkehr ergibt.

83. Im vorliegenden Fall ist zunächst festzustellen, dass die im Ausgangsverfahren streitigen Zuschlagskriterien, wie aus dem Vorlagebeschluss hervorgeht, objektiv und ohne Unterschied auf alle Angebote anwendbar waren. Sodann standen diese Kriterien in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem angebotenen Fuhrpark und waren in ein System der Zuteilung von Punkten integriert. Schließlich konnten im Rahmen dieses Systems Zusatzpunkte aufgrund anderer mit dem Fuhrpark zusammenhängender Kriterien vergeben werden, wie z. B. aufgrund des Einsatzes von Niederflurbussen, der Zahl der Sitzplätze und der Klappsitze sowie des Alters der Busse.

84. Außerdem hat die Swebus, wie sie in der mündlichen Verhandlung eingeräumt hat, die Ausschreibung für die Linie 15 des städtischen Busnetzes der Stadt Helsinki gewonnen, obwohl in dieser Ausschreibung ausdrücklich der Einsatz von gasbetriebenen Fahrzeugen verlangt wurde.

85. Es ist daher festzustellen, dass in einem solchen tatsächlichen Rahmen der Umstand, dass eines der Kriterien, die der Auftraggeber zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots festgelegt hatte, nur von einer kleinen Zahl von Unternehmen erfüllt werden konnte, zu denen ein zu diesem Auftraggeber gehörendes Unternehmen gehörte, als solcher keinen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz darstellen kann.

86. Unter diesen Voraussetzungen ist auf die dritte Frage zu antworten, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz der Berücksichtigung von Umweltschutzkriterien wie der im Ausgangsverfahren streitigen nicht allein deshalb entgegensteht, weil das eigene Verkehrsunternehmen des Auftraggebers zu den wenigen Unternehmen zählt, die in der Lage sind, einen Fuhrpark anzubieten, der diesen Kriterien entspricht.“

Die vom EuGH entwickelten Kriterien finden sich inzwischen im Richtlinienrecht, vgl. z.B. Art. 67 Abs. 2 VergaberL sowie in der deutschen Umsetzung, vgl. § 97 Abs. 3 und 127 Abs. 1 Satz 4 GWB, wieder.

Im Zuge der Ausrichtung der Wirtschaft auf Nachhaltigkeit geht inzwischen von der EU selbst eine Initiative zur Förderung umweltorientierter Auftragsvergabe („Green Public Procurement“) aus.

### III. Öffentliche Vergabe im deutschen Recht

#### 1. Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen/Teil A (VOB/A)

Bereits Ende des 19. Jahrhunderts hatten sich im öffentlichen Auftragswesen, namentlich im Baubereich, Missstände ergeben. Reformbestrebungen waren durch den Ersten Weltkrieg unterbrochen worden. Im Jahr 1921 wurde die Reichsregierung durch einen Antrag der Zentrums- partei ersucht, einen Ausschuss einzusetzen, der einheitliche Vergabebedingungen aufstellen sollte. Dem daraufhin einberufenen Reichsverdingungsausschuss (RVA) gehörten Vertreter der öffentlichen Auftraggeber, der Bauwirtschaft, der Gewerkschaften sowie der Architekten und Ingenieure an. Im Jahr 1926 wurde die „Verdingungsordnung für Bauleistungen“ vom RVA verabschiedet. Sie bestand aus einem Teil A, der das Vergabeverfahren regelte, einem Teil B, der Sonderregelungen zu den §§ 631 ff. BGB enthielt, und einem Teil C, der technische Normen bereithielt. Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde ein Deutscher Verdingungsausschuss für Bauleistungen (inzwischen: Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen, DVA) gegründet, der 1952 eine Neufassung der VOB vorlegte. Seitdem wird die VOB regelmäßig überarbeitet. Im hier interessierenden Zusammenhang hat allein der Teil A der VOB Bedeutung:

Die VOB/A wurde bereits 2016 überarbeitet. Schwerpunkt der Überarbeitung des Abschnitts 2 war insbesondere die Abstimmung auf das neue Kartellvergaberecht. Mit der Einfügung eines Abschnitts 3 wurde die EU-Richtlinie 2009/81/EG für Vergaben in den Bereichen von Verteidigung und Sicherheit umgesetzt. Die letzte Überarbeitung der [VOB/A fand 2019](#) statt. In Abschnitt 1 wurden weitere Anpassungen zur Vergaberechtsreform von 2016 vorgenommen und die Abschnitte 2, 3 redaktionell überarbeitet.

Die VOB hat insgesamt keinen Gesetzesrang; sie kann nur als Allgemeine Geschäftsbedingungen in einen Bauvertrag eingebunden werden. Die Vergabevorschriften des Teils A sind daher aus sich heraus im Regelfall nicht anwendbar.

Zu ihrer Anwendbarkeit führte jedoch der Umstand, dass seit der Verabschiedung der VOB/A die Stellen der öffentlichen Verwaltung durch Verwaltungsvorschriften angewiesen waren, Aufträge nach den Vorgaben der VOB/A zu vergeben. Im Hintergrund dessen stand allerdings primär das Interesse an effektivem Einsatz der staatlichen Mittel sowie am Ausschluss von Korruption und Vetternwirtschaft. Dementsprechend wurde den Regelungen der VOB/A die Schutzgesetzeigenschaft zugunsten der Bieter versagt. Zivilrechtlicher Rechtsschutz wurde den Bietern nur auf der Grundlage der c.i.c. gewährt. Sehr umstritten ist und war, ob u.U. ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse bestand.

#### 2. Die Auswirkungen der europarechtlichen Vorgaben

##### a) Das Ende der haushaltsrechtlichen Lösung

Die oben dargestellten europarechtlichen Regelungen haben zwar auch den Schutz des öffentlichen Vermögens im Visier. Allerdings geht es ihnen im Wesentlichen um die Kosteneinsparungen, die aus einer Intensivierung des Wettbewerbs durch die Öffnung des Binnenmarktes resultieren. Daneben setzen sie auf die Realisierung der Marktfreiheit der Wettbewerber.

Aus diesem Grund musste der erste Umsetzungsversuch des deutschen Gesetzgebers, die sog. „haushaltsrechtliche Lösung“ durch Einfügung der §§ 57a – 57c in das HGrG im Jahr 1993 scheitern: Die genannten haushaltsrechtlichen Vorschriften wiesen öffentliche Auftraggeber bei Aufträgen, welche die europarechtlichen Schwellenwerte überschritten, zur Vergabe nach den

Regelungen der VOB/A an, der zuvor die sog. „a-Paragraphen“ eingefügt worden waren, in denen die Anforderungen der Vergaberichtlinien umgesetzt worden waren. Diese Lösung fand keine Gnade vor den Augen des EuGH (v. 11.8.1995, C-433/93 – Komm. ./ Deutschland, Slg. 1995, I-2317), dem ein hinreichender Rechtsschutz der Bieter fehlte. Der deutsche Gesetzgeber hatte noch in der Begründung festgehalten, dass „individuelle, einklagbare Rechtsansprüche“ nicht begründet werden sollten.

#### b) Stattdessen: Die kartellrechtliche Lösung

Der deutsche Gesetzgeber reagierte darauf – aber auch auf zunehmenden internationalen Druck -, indem er eine formalgesetzliche Grundlage im GWB schuf: Seit der 6. GWB-Novelle 1998 bilden die §§ 97 ff. GWB den Kern des Kartellvergaberechts: Wettbewerb, Transparenz, Gleichbehandlung und Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot. Das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz, welches das Richtlinienpaket 2014 (vgl. o.) mit Wirkung vom 18. April 2016 umsetzte, hat zu einer erheblichen Erweiterung des Kartellvergaberechts geführt, in das nicht allein allgemeine Grundsätze, sondern gleichsam der gesamte „Allgemeine Teil des Vergaberechts“ überführt wurde. In den §§ 113, 114 GWB finden sich Ermächtigungsgrundlagen zum Erlass von Verordnungen. Sie bilden heute zunächst die Basis der mit Wirkung vom 18. April 2016 neu erlassenen Vergabeverordnung (VgV). In dieser sind inzwischen auch Regelungen für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen, auch freiberuflichen Leistungen, zusammengefasst, weshalb oberhalb der jeweils geltenden Schwellenwerte nicht mehr auf Abschnitt 2 VOL/A sowie die VOF zurückzugreifen ist. Die Vergabeverordnung hat mithin selbständige Bedeutung erlangt und ist nicht mehr nur „Scharnier“ zwischen dem GWB und den Vergabeordnungen. Neben der Vergabeverordnung stehen die Sektorenverordnung und die Konzessionsvergabeverordnung (beide ebenfalls neu erlassen) sowie die lediglich geänderte Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit.

Immerhin werden die besonderen Regelungen für die Vergabe von Bauaufträgen weiterhin durch den DVA in der VOB/A erarbeitet. Dazu verweist § 2 Satz 2 VgV auf Abschnitt 2 der VOB/A 2019 (VOB/A–EU) (sog. Kaskadenlösung), der im Zuge der Novelle wesentlich umfangreicher geworden ist. Soweit der Verordnungsgeber auf die VOB/A verweist, wird dieser Rechtsnormqualität zugebilligt. Die Konzessionsvergabeverordnung gilt auch für Baukonzessionen.

Die Kaskadenlösung wurde von einer Arbeitsgruppe überprüft, die sich in ihrem Bericht vom Dezember 2019 für deren Erhalt ausgesprochen hat (<https://www.bvmb.de/publikationen/pressemitteilungen/1714-vob-a-bleibt-erhalten-reaktion-bvmb-2>, site zuletzt besucht am 04.04.2024). Selbst bei einer Vereinheitlichung des Vergaberechts soll hiermit nicht die Festlegung auf einen Lösungsansatz verbunden werden (vgl. [Referentenentwurf der Bundesregierung vom 19.03.2019 zur Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung \(VgV\) und der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit \(VSVgV\)](#), S. 2). Die Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung (VgV) und der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) wurde am 12.7.2019 verabschiedet (vgl. BGBl. 2019, I 1081).

Die veränderten Regelungsstrukturen haben zwar sicher nicht zur Ausgewogenheit des GWB beigetragen, das nun beinahe so viele Vorschriften zur öffentlichen Auftragsvergabe enthält, wie zu Wettbewerbsbeschränkungen durch Unternehmen. Dennoch tragen sie zu einer Verbesserung der Regelungstransparenz im Vergaberecht und mithin zur Rechtssicherheit bei.

#### c) Das Nachprüfungsverfahren

In der Entscheidung *Alcatel Austria* (EuGH v. 28.10.1999, C-81/98, Slg. 1999, I-7693) stellte der EuGH klar, dass zu den Entscheidungen, die nach der Rechtsmittelrichtlinie aufhebbar sein müssen, auch die *Entscheidung über den Zuschlag* zählt. Unabhängig davon, ob der Zuschlag nach dem einschlägigen Recht des jeweiligen Mitgliedstaats durch Verwaltungsakt oder auf-

grund eines rein faktischen Beschlusses getroffen wird, muss diese Entscheidung einer isolierten Kontrolle durch die Nachprüfungsinstanzen zugänglich sein. Eine Beschränkung der Kontrolle auf vorbeugenden Rechtsschutz oder Schadensersatzansprüche ist damit nicht vereinbar. Das deutsche Vergaberecht, das traditionell von einer Einheit von Zuschlagsentscheidung und Vertragsschluss mit dem erfolgreichen Bieter ausgeht, musste hier mit besonderen Regelungen für Richtlinienkonformität sorgen.

### 3. Andere Vergabeordnungen

Die VOB erfasst nur Bauleistungen. Für allgemeine Dienstleistungen ist die VOL, für freiberufliche Leistungen war bis 2016 die VOF anwendbar.

### 4. Überblick über die geltenden Regelungen

Das deutsche Recht knüpft an den beschränkten Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien an und differenziert nach Aufträgen ober- bzw. unterhalb bestimmter Schwellenwerte.

#### a) Oberhalb der Schwellenwerte

##### aa) Materielle Vorgaben an die Vergabeentscheidung

###### (1) Grundsätze

Die §§ 97 ff. GWB legen nunmehr für öffentliche Aufträge oberhalb der Schwellenwerte, vgl. § 106 Abs. 1 GWB, die an der Gewährleistung eines funktionierenden Bieterwettbewerbs orientierten Grundprinzipien des Vergabeverfahrens fest: Es sind Wettbewerb und Transparenz, § 97 Abs. 1 GWB, Gleichbehandlung, § 97 Abs. 2 GWB, und Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot, § 127 GWB.

###### (2) Berücksichtigung des Mittelstandes, § 97 Abs. 4 GWB

Schon nach § 97 Abs. 3 S 1 GWB aF waren mittelständische Interessen „vornehmlich“ zu berücksichtigen. Dies ist jedoch nicht im Sinne einer Bevorzugung zu verstehen, die freilich problematisch wäre. Vielmehr sollten teilbare Leistungen nicht zu einer Gesamtvergabe zusammengefasst werden, damit mittelständische Unternehmen nicht von vornherein vom Zuschlag ausgeschlossen werden. § 97 Abs. 4 S 2 GWB verschärft diesen Grundsatz, da nunmehr die Verpflichtung besteht, die Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Ausnahmen hiervon sind zulässig, sofern wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern, § 93 Abs. 4 S 3 GWB.

###### (3) Vergabefremde Kriterien, § 97 Abs. 3, 127 GWB

Gemäß § 97 Abs. 3, 127 GWB kann der Auftraggeber zusätzliche Anforderungen an den Auftragnehmer stellen, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Mit dieser Norm hat der Gesetzgeber von der Befugnis Gebrauch gemacht, die Auftragsvergabe an zusätzliche Bedingungen in Form von vergabefremden Kriterien zu knüpfen (vgl. bereits o.).

#### bb) Grundprinzipien des Vergabeverfahrens

##### (1) Formale Gleichbehandlung

Der Grundsatz formaler Gleichbehandlung verlangt zunächst, dass allen potentiellen Auftragnehmern dieselben Vergabeunterlagen, einschließlich einer eindeutigen und erschöpfenden Beschreibung der Leistung, welche die Berechnung der Preise gestattet, z.B. §§ 121 Abs. 1 S.



1 GWB, 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-EU, zur Verfügung gestellt werden. Auf diese Ausschreibungen müssen die Angebote bis zum Ende der Angebotsfrist mit Öffnung der Angebote durch den Verhandlungsleiter eingehen, z.B. § 14 Abs. 2 VOB/A-EU. Sie müssen in einem verschlossenen Umschlag abgegeben und bis zum Eröffnungstermin unter Verschluss gehalten werden, z.B. § 13 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A-EU. Anschließend ist allein die Aufklärung des rechtsgeschäftlichen Inhalts von Angeboten zulässig; Verhandlungen sind verboten, z.B. § 15 Abs. 3 VOB/A-EU.

## (2) Eignung und Präqualifikationssysteme, § 122 GWB

Gleich zu behandeln sind nur fachkundige, leistungsfähige, gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen, vgl. § 122 Abs. 1 GWB. Zur Gewährleistung dieser Umstände mussten die Unternehmen bislang die zum Nachweis ihrer Eignung relevanten Unterlagen bei jeder Ausschreibung erneut beifügen. § 122 Abs. 3 GWB schafft die Möglichkeit, die maßgebliche Eignung bereits vorab im Rahmen eines sog. Präqualifikationssystems nachweisen zu können, um zum einen Ressourcen zu schonen, zum anderen für den Bieter eine mögliche Fehlerquelle – nämlich das Fehlen des Eignungsnachweises – auszuschließen.

## (3) Möglichst offene Verfahren, § 119 Abs. 2 GWB

Es besteht ein *numerus clausus* der zur Verfügung stehenden Vergabeverfahren: Grundsätzlich vorzugswürdig ist gem. § 119 Abs. 2 GWB das offene Verfahren, bei dem eine unbeschränkte Zahl von Bietern zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird, sowie das nicht offene Verfahren, bei dem zunächst öffentlich zur Teilnahme aufgefordert wird (Teilnahmewettbewerb), aber nicht alle Bieter in die Wertung gehen, sondern aus dem Bewerberkreis eine beschränkte Anzahl zur Angebotsabgabe aufgefordert wird, § 119 Abs. 4 GWB. Das offene Verfahren kann auch als dynamisches elektronisches Verfahren gem. § 120 Abs. 1 GWB stattfinden. Zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots kann eine elektronische Auktion eingesetzt werden, § 120 Abs. 2 GWB. Die anderen Verfahrensarten stehen nur zur Verfügung, soweit dies nach den Regelungen des GWB gestattet ist, § 119 Abs. 2 Satz 2 GWB.

Ein „wettbewerblicher Dialog“ gem. § 119 Abs. 6 GWB ist ein Verfahren, das nur zur Vergabe besonders komplexer Aufträge eingesetzt werden darf. Es beruht auf der Annahme, dass allein das Fachwissen der potentiellen Auftragnehmer den Auftraggeber in die Lage versetzt, seine eigenen Bedürfnisse und die technischen Möglichkeiten zu ihrer Befriedigung zu erkennen. Insofern erfolgt eine Aufforderung zur Teilnahme an ausgewählte Unternehmen, mit denen anschließend über alle Einzelheiten des Auftrags verhandelt wird.

Beim Verhandlungsverfahren gem. § 119 Abs. 5 GWB wendet der Auftraggeber sich, u.U. ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme, an ausgewählte Unternehmen, um mit einem oder mehreren zu verhandeln.

## cc) Rechtsschutz im Nachprüfungsverfahren

Der von der Rechtsmittelrichtlinie verlangte Primärrechtsschutz wird durch das in den §§ 155-184 GWB geregelte Nachprüfungsverfahren gewährt. Die Vorschriften setzen die Rechtsmittelrichtlinie um. Soweit die Bestimmungen über das Vergabeverfahren den Schutz des Bieters bezwecken, vermitteln sie subjektive Rechte, die in einem Rechtsschutzverfahren durchsetzbar sind. Die Verfahren zur Vergabe von Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträgen der in §§ 98 ff. GWB genannten Auftraggeber unterliegen gem. § 155 GWB der Nachprüfung durch die Vergabekammern des Bundes und der Länder. Durch sie wird auf Antrag eines Auftragsinteressenten gem. § 160 Abs. 1 GWB ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet. Dabei muss der Antragsteller geltend machen, dass er durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften in seinen Rechten verletzt worden ist, § 160 Abs. 2 GWB. Durch § 160 Abs. 3 GWB wurden erweiterte Rügeobliegenheiten der Bieter begründet. Dadurch soll bereits frühzeitig Klarheit über die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens herrschen.

Gemäß § 163 Abs. 1 S. 1 GWB erforscht die Vergabekammer den Sachverhalt von Amts wegen. Stellt die Vergabekammer eine Rechtsverletzung des Antragstellers fest, so trifft sie die geeigneten Maßnahmen, um die Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung zu verhindern, § 168 Abs. 1 GWB. Dieser Antrag ist aber nur dann zulässig, wenn er vor der Erteilung des Zuschlags gestellt wurde, da ein einmal erteilter Zuschlag nicht mehr aufgehoben werden darf, § 168 Abs. 2 S. 1 GWB. Insoweit bleibt nur noch eine Feststellung der Rechtsverletzung gem. § 168 Abs. 2 S. 2 GWB.

Die Entscheidung der Vergabekammer stellt nach § 168 Abs. 3 S. 1 GWB zwar einen Verwaltungsakt dar. Gemäß § 171 GWB kann gegen die Entscheidung aber nur die sofortige Beschwerde zum zuständigen OLG eingelegt werden. Ist die Beschwerde erfolgreich, so kann das Gericht in der Sache selbst entscheiden oder die Sache an die Vergabekammer zur erneuten Entscheidung zurückverweisen, § 178 Satz 2 GWB. Das Gericht ist – ebenso wie die Vergabekammer – nicht befugt, einen bereits erteilten Zuschlag wieder aufzuheben, § 178 Satz 3 i.V.m. § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB. Immerhin hat die sofortige Beschwerde aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer, § 173 Abs. 1 Satz 1 GWB.

In der Entscheidung *Alcatel Austria* hatte der EuGH klargestellt, dass zu den Entscheidungen, die nach der Rechtsmittelrichtlinie aufhebbar sein müssen, auch die Entscheidung über den Zuschlag zählt. Unabhängig davon, ob der Zuschlag nach dem einschlägigen Recht des jeweiligen Mitgliedstaats durch Verwaltungsakt oder aufgrund eines rein faktischen Beschlusses getroffen wird, muss diese Entscheidung einer isolierten Kontrolle durch die Nachprüfungsinstanzen zugänglich sein. Eine Beschränkung der Kontrolle auf Schadensersatzansprüche ist damit nicht vereinbar. Damit hatte sich die traditionelle Einheit von Zuschlag und Vertragsschluss im deutschen Recht jedenfalls in ihrer ursprünglichen Fassung als gemeinschaftsrechtswidrig erwiesen, weil nach dem Zuschlag durch Annahme eines Angebots ein einmal abgeschlossener Vertrag nicht mehr angegriffen werden soll (*pacta sunt servanda*). Der Gesetzgeber hat versucht, an dieser Konzeption festzuhalten, indem im Jahr 2001 in § 13 Satz 1 VgV aF eine Pflicht der öffentlichen Auftraggeber niedergelegt hat, wonach die überangenen Bieter nach Maßgabe strenger Fristen vorab über die Nichtberücksichtigung ihrer Angebote zu informieren sind und ihnen der Name des erfolgreichen Bieters mitzuteilen ist. Durch den so ermöglichten Antrag auf Nachprüfung wird gem. § 169 Abs. 1 GWB ein Suspensiveffekt ausgelöst, der im Regelfall einen hinreichenden Primärrechtsschutz gewährleistet. Der Suspensiveffekt versagt indes insbesondere bei sog. *de facto*-Vergaben, bei denen es an einem Vergabeverfahren und damit auch konkurrierenden Bietern von vornherein fehlt. Diese Lücke wurde durch die Änderung der Rechtsmittelrichtlinie bzw. deren Umsetzung geschlossen:

Die Informations- und Wartepflicht nicht berücksichtigter Bieter sowie die Rechtsfolge eines Verstoßes hiergegen sind nunmehr in §§ 134, 135 GWB zu finden. Demnach ist der Bieter über seine Nichtberücksichtigung zu informieren, der Zuschlag an den berücksichtigten Bieter darf erst innerhalb einer Frist von 15 Kalendertagen nach Absendung der Information erteilt werden. Ferner sind die „Gründe“ der beabsichtigten Nichtberücksichtigung mitzuteilen, d.h. es genügt nicht mehr die Angabe eines Grundes, vielmehr ist der Bieter über alle Gründe zu informieren. Das soll dem Bieter eine effektive Abschätzung der Erfolgsaussichten eines Nachprüfungsverfahrens ermöglichen.

Die Unwirksamkeit eines Vertrages, der unter Verstoß gegen die Informationspflicht geschlossen wurde, ergibt sich aus § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB, weiterhin ist nunmehr auch die sog. *de facto*-Vergabe geregelt, § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Demzufolge ist der Vertrag von Anfang an nichtig, jedoch nur dann, wenn der fragliche Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist, § 135 Abs. 1 GWB. Aus Gründen der Rechtssicherheit kann die Unwirksamkeit innerhalb eines Nachprüfungsverfahrens nur innerhalb 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes, spätestens jedoch sechs Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht werden, § 135 Abs. 2 S. 1 GWB.

Ist der Zuschlag einmal erfolgt und wirksam, so sind übergangene Bieter auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nach § 181 GWB verwiesen. Dieser Sekundärrechtsschutz kommt allerdings nur in Betracht, wenn im Vergabeverfahren gegen eine bieterschützende Norm verstoßen wurde und das betroffene Unternehmen ohne diesen Verstoß eine echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten, vgl. § 181 Satz 1 GWB. Daneben kann der Bieter Ansprüche auf der Grundlage von §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB und §§ 823, 826 BGB, §§ 19, 20, 33 GWB geltend machen, denn § 181 Satz 2 GWB lässt weiterreichende Schadensersatzansprüche unberührt. Umgekehrt kann auch den Bieter eine Schadensersatzpflicht treffen, wenn er vom Rechtsschutz im Vergabeverfahren in missbräuchlicher Weise Gebrauch macht.

#### b) Unterhalb der Schwellenwerte

Wie bereits oben ausgeführt, sind unterhalb der Schwellenwerte weder die Vergaberichtlinien noch die Vorschriften des Vierten Teils des GWB anwendbar, § 106 Abs 1 GWB. Im rechtsfreien Raum erfolgt die Vergabe gleichwohl nicht.

##### aa) Europarechtliche Vorgaben

Der Anteil von öffentlichen Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte, liegt bei ca. 98 % aller kommunalen Aufträge. Ziel der Kommission ist es, auch diese Märkte für öffentliche Aufträge mit kleinerem Volumen einem verstärkten europaweiten Wettbewerb zu öffnen. Am 23.6.2006 hat die Europäische Kommission daher eine [„Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen“](#) (ABl. 2006 Nr. C 179/2) veröffentlicht.

Die Rechtsprechung der europäischen Gerichte hatte bereits seit längerem klargestellt, dass gewisse europarechtliche Mindeststandards auch für solche öffentlichen Aufträge gelten, welche nicht die Schwellenwerte der Vergabe- oder Sektorenrichtlinie erreichen. Zunächst ist bei der Ausschreibung eines öffentlichen Auftrags festzustellen, ob dieser „Binnenmarktrelevanz“ aufweist. Dies ist dann nicht der Fall, wenn der Auftrag „wegen besonderer Umstände wie beispielsweise einer sehr geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung“ für Wirtschaftsteilnehmer in anderen Mitgliedstaaten nicht von Interesse ist. Handelt es sich demgegenüber um einen binnenmarktrelevanten Auftrag, so ist darauf bereits bei der Ausschreibung Rücksicht zu nehmen.

Die Vergabe selbst muss auch insoweit in einem diskriminierungsfreien, transparenten und objektiven Verfahren erfolgen. Insbesondere eine Benachteiligung ausländischer Bieter ist unzulässig. Die Beteiligung ausländischer Bieter soll sichergestellt werden, indem den Bietern angemessene Fristen für eine fundierte Analyse und Angebotserstellung eingeräumt werden, so dass auch Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten sich erfolgreich am Wettbewerb beteiligen können. Entsprechend sind ausländische Befähigungsnachweise anzuerkennen, die denjenigen inländischen gleichstehen, welche für die Durchführung des Auftrags notwendig sind.

Hinsichtlich des Rechtsschutzes bei Verstößen gegen die dargelegten Grundsätze weist die Kommission darauf hin, dass die Betroffenen einen effektiven gerichtlichen Schutz in Anspruch nehmen können müssen. Daraus leitet sie ein Recht des ausgeschlossenen Bieters ab, eine Begründung für die Entscheidung verlangen zu können. Im Übrigen müsse der Rechtsschutz dem entsprechen, der bei vergleichbaren Ansprüchen auf nationales Recht gestützt werden kann.

##### bb) Verfassungsrechtliche Vorgaben

Die Frage, ob der Rechtsschutz bei Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte im deutschen Recht ausreichend ausgestaltet ist, hat bereits das Bundesverfassungsgericht beschäftigt. Dabei standen im Wesentlichen drei Fragen zur Diskussion. Zum einen stand ein Verstoß

gegen die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG bzw. den Justizgewährungsanspruch im Raum. Zum anderen wurde vom Bundesverfassungsgericht eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes des Art. 3 Abs. 1 GG erörtert. Allerdings erkannte das Gericht hinsichtlich aller drei Fragen keinen Verstoß gegen die Wertungen des Grundgesetzes.

Dass für Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte des § 100 Abs. 1 GWB a.F. i.V.m. § 2 VgV a.F. kein Primärrechtsschutz gewährt wird, begründet keinen Verstoß gegen die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, weil Rechtsschutz nur gegen Akte öffentlicher Gewalt zu gewähren ist. Der Staat werde beim Vergabeverfahren aber nur als Nachfrager am Markt tätig. In dieser Rolle unterscheide er sich nicht grundlegend von anderen Marktteilnehmern. Auf seine übergeordnete öffentliche Rechtsmacht greife er bei einer Vergabeentscheidung nicht zurück, so dass kein Anlass bestehe, seine Maßnahme als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG einzuordnen.“

Darüber hinaus erkannte das Bundesverfassungsgericht darin auch keinen Verstoß gegen den Justizgewährungsanspruch. § 97 Abs. 7 GWB a.F. könne ihn ebenso wenig begründen wie Art. 12 Abs. 1 GG. Anderes gelte zwar für den aus Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Anspruch auf Gleichbehandlung bei Vergabeentscheidungen. Er begründe ein gegen den Staat gerichtetes subjektives Recht, dessen Verletzung der Benachteiligte mit Hilfe des Justizgewährungsanspruchs rügen könne. Der über Art. 3 Abs. 1 GG begründete Justizgewährungsanspruch sei aber nicht verletzt, weil die in der Rechtsordnung vorgesehenen Möglichkeiten des Rechtsschutzes rechtsstaatlichen Anforderungen genügen. Dass keine besonderen Vorkehrungen für die Durchsetzung von Primärrechtsschutz geschaffen worden seien, sei nicht zu beanstanden.

#### cc) „Nachprüfung light“

Die Praxis ist dazu übergegangen, vorläufigen Rechtsschutz durch die Zivilgerichte zu gewähren. Betroffene Mitbewerber beantragen eine einstweilige Verfügung gem. §§ 935, 940 ZPO, gerichtet auf Unterlassung der rechtswidrigen Zuschlagserteilung. Der Verfügungsanspruch wird in Schadensersatzansprüchen erkannt, die entweder auf § 311 Abs. 2 BGB oder auf §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 3 GG gestützt werden. Der Verfügungsgrund, also die Besorgnis, dass durch Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts des Gläubigers vereitelt oder wesentlich erschwert wird (vgl. § 935 ZPO), ist bei bevorstehender rechtswidriger Zuschlagserteilung gegeben. Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund sind von dem betroffenen Mitbewerber glaubhaft zu machen, vgl. § 920 Abs. 2 ZPO. In der Praxis wird diese auf den Vorgaben des BVerfG entwickelte Rechtsschutzform begrüßt, da sie einerseits gestattet, gegen grobe Regelverletzungen vorzugehen (Verstoß gegen Willkürverbot), andererseits nicht jedes Vergabeverfahren unter das Damoklesschwert der umfassenden Nachprüfung stellt („Rüge light“).

#### dd) Sekundäre Rechtsbehelfe

Ist es bereits zum Zuschlag gekommen, so ist diese Entscheidung nicht mehr anfechtbar. Es bleibt dann bei der Geltendmachung sekundärer Rechtsbehelfe, insbesondere Ansprüchen auf Schadensersatz. § 181 GWB ist allerdings nicht anwendbar; es bleibt bei dem Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundlagen:

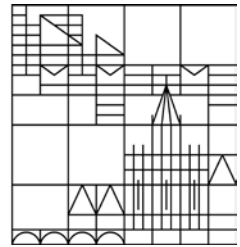
Nach etablierter Praxis wird zwischen dem Ausschreibenden einerseits und einem interessierten Bieter andererseits spätestens mit der Anforderung der Ausschreibungsunterlagen durch diesen ein auf eine mögliche Auftragserteilung gerichtetes vorvertragliches Vertrauensverhältnis begründet. Bei Verletzung dieses Vertrauensverhältnisses durch den Ausschreibenden können nach den Grundsätzen einer Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen Schadensersatzansprüche des interessierten Bieters nach vertragsrechtlichen Grundsätzen aus §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB entstehen. Vor diesem Hintergrund können sowohl die rechtswidrige

Durchführung als auch die rechtswidrige Aufhebung eines Ausschreibungsverfahrens Schadensersatzansprüche begründen.

Sie sind auf den Ersatz des Schadens gerichtet, den der Bieter dadurch erlitten hat, dass er darauf vertraut hat, die Ausschreibung werde nach den Vorschriften der VOB/A abgewickelt und insbesondere nicht aus einem anderen als den in § 17 VOB/A genannten Gründen aufgehoben. Ein daraus abgeleiteter Anspruch ist im Allgemeinen auf einen Ersatz des negativen Interesses, d.h. auf den Ersatz der durch Beteiligung an der Ausschreibung entstandenen Aufwendungen beschränkt. Auch die ungerechtfertigte Aufhebung der Ausschreibung vereitelt allein die insoweit rechtlich geschützte Chance des Bieters, welche seinen Aufwand zur Erstellung des Angebots amortisiert. In besonderen - seltenen - Fällen kann die Haftung aus vorvertraglichem Verschulden aber auch den Ersatz des sogenannten positiven Interesses, insbesondere den durch Nichterteilung des Auftrags entgangenen Gewinn erfassen. In Betracht kommt das insbesondere, wenn konkurrierende Angebote bei rechtskonformer Durchführung des Verfahrens hätten ausgeschlossen werden müssen und ein Zuschlag erteilt wird. Wird die Ausschreibung rechtswidrig aufgehoben, so lehnt die Praxis einen Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses ab.

#### 5. Öffentliche Aufträge und Strafrecht

Die wirtschaftliche Bedeutung der Vergabe von öffentlichen Aufträgen ist enorm (s.o.). Daher überrascht es nicht, dass potenzielle Auftragnehmer, wie auch Amtsträger, gelegentlich nicht vor wettbewerbsbeschränkenden Abreden (Submissionskartellen) oder Korruption zurückschrecken. Der Gesetzgeber ist dieser Entwicklung mit einer Reihe von strafrechtlichen Sanktionen entgegengetreten. Mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13.8.1997 (BGBl. 1997, I S. 2338) hat der Gesetzgeber im Rahmen der „Straftaten gegen den Wettbewerb“ die §§ 298, 299 StGB eingefügt. Im Bereich der öffentlichen Aufträge ist insbesondere § 298 StGB relevant. Diese Norm erfasst den sog. Submissionsbetrug (Ausschreibungsbetrug). Sofern ein Vermögensschaden nachgewiesen werden kann, ist stets auch an § 263 StGB zu denken, der aufgrund der unterschiedlichen Schutzgüter im Verhältnis zu § 298 StGB in Idealkonkurrenz steht. Schließlich ist bei öffentlichen Aufträgen die Strafbarkeit der Beteiligten im Rahmen der „klassischen“ Korruptionstatbestände der §§ 331 ff. StGB zu beachten.



20.04.2024

**Grundlagen des privaten Wirtschaftsrechts –  
Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts  
SS 2024**

**Universität Konstanz  
Mo 08.15 – 11.30 h, C 230  
Jochen Glöckner**

**Arbeitspapier 8**

**H. Überblick über das deutsche und Europäische Lauterkeitsrecht**

Bitte lesen Sie vorbereitend:

BGH v. 15.12.2016 - I ZR 197/15 – Bodendübel = GRUR 2017, 734

EuGH v. 17.10.2013, Rs. C-391/12 – Good News = GRUR Int. 2013, 1158

BGH v. 22.09.2005, I ZR 28/03 – Zeitschrift mit Sonnenbrille = WRP 2006, 69

BGH v. 20.10.1999, I ZR 167/97 – Orient-Teppichmuster = WRP 2000, 517

BGH v. 7.11.2002, I ZR 276/99 – Klosterbrauerei = WRP 2003, 739

BGH v. 13.6.2002, I ZR 173/01 – Koppelungsangebot II = NJW 2002, 3403

BGH v. 15.7.1999, I ZR 14/97 – Entfernen von Kontrollnummern = GRUR 1999, 1109

EuGH v. 25.10.2001, Rs. C-112/99 – Toshiba, Slg. 2001, I-7945

BGH v. 2.10.2002, I ZR 90/00 – Ersetzt = WRP 2003, 637

BGH v. 11.5.2000, I ZR 28/98 – Abgasemissionen = GRUR 2000, 1076

## I. *Lauterkeitsrechtliches Sanktionensystem und Prozessrecht*

### 1. Sanktionensystem

Zunächst ist klarzustellen, dass es sich auch bei den die Rechtsfolgen betreffenden Normen um materielles Recht handelt. Diese Regelungen stehen allerdings in sehr engem Zusammenhang mit Fragen des Prozessrechts. So betrifft etwa die Frage, wer aus der Verletzung einer lauterkeitsrechtlichen Norm Ansprüche ableiten kann, die materiellrechtliche Frage der Aktivlegitimation. Davon zu trennen, aber häufig inhaltlich verbunden, ist die Frage, wer diese Ansprüche gerichtlich durchzusetzen berechtigt ist. Diese Frage betrifft die prozessuale Seite, die sog. Klagebefugnis.

#### a) Zivilrechtliche, verwaltungsrechtliche und strafrechtliche Durchsetzung

Wie in AP 4 dargelegt, erfolgt die Durchsetzung des Lauterkeitsrechts schwerpunktmäßig mit den Mitteln des Zivilrechts. Daneben waren nur in Nebengebieten verwaltungsrechtliche Sanktionen vorgesehen. Die Änderung der UGP-Richtlinie durch die Richtlinie (EU) 2019/2161 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union vom 27.11.2019 (s. hierzu bereits AP 2), nach der in Art. 13 Abs. 1 UGP-RL nF wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen durch die Mitgliedstaaten vorgesehen werden müssen, wird zu einem Bedeutungsgewinn der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung beitragen. Der Gesetzgeber hat die Vorgaben in den neuen §§ 5c, 19 UWG umgesetzt, die am 28. Mai 2022 in Kraft getreten sind. Strafrechtliche Normen gehören demgegenüber seit jeher zum Kernbestand des Lauterkeitsrechts.

#### b) Zivilrechtliche Sanktionen

Die zivilrechtlichen Sanktionen werden in den §§ 8 ff. UWG geregelt. Man unterscheidet insofern *negatorische* und *reparatorische* Ansprüche.

##### aa) Negatorische Ansprüche

*Unterlassungsanspruch:* Mit der Unterlassungsklage wird der Rechtsschutz gegen unmittelbar drohende unlautere geschäftliche Handlungen angestrebt. In AP 4 wurde bereits dargestellt, dass der von § 8 Abs. 1 UWG normierte Unterlassungsanspruch präventive Funktion hat und einzige materielle Voraussetzung das Bestehen einer Verletzungsgefahr ist.

Die Unterlassungsklage setzt an der Wurzel der geschäftlichen Handlung an. Sie bekämpft die Ursache der Wettbewerbsbeeinträchtigung und dient nicht lediglich der Folgenbeseitigung. Die richterlich ausgesprochene Unterlassungsverpflichtung besitzt überdies weitergehende praktische Bedeutung. Ihr Effekt erschöpft sich nicht im Verhältnis des Klägers zum Beklagten, sondern sie wirkt im Ergebnis auch zum Vorteil der übrigen Marktteilnehmer und des Wettbewerbs.

Der Umfang des Unterlassungsanspruchs wurde in den vergangenen Jahren durch den BGH stetig ausgeweitet (BGH, GRUR 2016, 720 – *Hot Sox*; BGH, GRUR 2017, 208 – *Rückruf von RESCUE-Produkten*; BGH, GRUR 2017, 823 – *Luftentfeuchter*). Nach seiner Auffassung führt eine Unterlassungspflicht über das bloße Unterlassen hinaus zu der Verpflichtung, mögliche und zumutbare Handlungen vorzunehmen, um einen Störungszustand, der bereits in der Vergangenheit durch die zu unterlassende Handlung entstanden ist, zu beseitigen. Bezieht sich das Verbot auf bestimmte Produkte, müssen diese darüber hinaus, soweit sie vor dem Verbot bereits an Abnehmer ausgeliefert wurden, grundsätzlich von diesen zurückgerufen werden.

Aufgrund ihrer einfachen und raschen Durchsetzungsmöglichkeit erfreut sich die Unterlassungsklage vor allem im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes großer Beliebtheit.

Materielle Voraussetzung: *Verletzungsgefahr*

Der Unterlassungsanspruch erfasst die Gefährdung wirtschaftlicher Interessen durch unlautere geschäftliche Handlungen. Für die materielle Begründetheit der Klage kommt es nicht darauf an, ob die Verletzungsgefahr erstmalig droht (Erstbegehungsgefahr, § 8 Abs. 1 S. 2 UWG) oder ob bereits eine Beeinträchtigung eingetreten ist (Erstverletzung) und weitere zu befürchten sind (Wiederholungsgefahr, § 8 Abs. 1 S. 1 UWG).

Die Abgabe einer „*Unterwerfungserklärung*“ durch den Verletzer, um die Wiederholungsgefahr entfallen zu lassen, wurde bereits besprochen (AP 4).

*Vollstreckung*: Untersagungsurteile werden durch Ordnungsmittel durchgesetzt. Letztere werden auf Antrag des Klägers bereits mit dem Unterlassungsausspruch angedroht.

*Beseitigungsanspruch*: Der Beseitigungsanspruch ist in § 8 Abs. 1 UWG geregelt.

*Materielle Voraussetzungen*: Das Bestehen eines Beseitigungsanspruchs setzt materiellrechtlich den Fortbestand einer rechtswidrigen Störung voraus (fortdauernder Störungszustand). Der zugrundeliegende Wettbewerbsverstoß muss sich weiterhin schädigend auswirken und seine Wirkung darf nicht mit der einmaligen Vornahme erschöpft sein. Das Reichsgericht sprach metaphorisch von einer „stetig neu fließenden und fortwirkenden Quelle der Verletzung“ (RGZ 163, 210, 215). In der Konsequenz entfällt der Beseitigungsanspruch mit Wegfall des Störungszustands.

*Inhalt*: Das UWG sieht keine inhaltliche Konkretisierung der möglichen Beseitigungsmaßnahmen vor. Der Anspruchsinhalt ist daher aufgrund der maßgebenden Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu bestimmen. Es kommt auf den Umfang und die Art des Störungszustands an. Die Variationsbreite der möglichen Gegenstände des Beseitigungsanspruchs ist angesichts der Vielgestaltigkeit der möglichen Störungszustände denkbar weit.

Die begehrte Beseitigungsmaßnahme muss zur Aufhebung des Störungszustands *geeignet, erforderlich und verhältnismäßig* sein. Damit erfordert die Ermittlung der konkreten Beseitigungsmaßnahme eine sorgfältige Interessenabwägung. Leitmaxime ist die effektive Beseitigung des Störungszustands. Die Beseitigungsmaßnahme darf jedoch keinen Strafcharakter annehmen. Insbesondere ist der Erforderlichkeitsgrundsatz zu beachten. Der Anspruch kann nur das jeweils mildeste Mittel zur Verletzungsbeseitigung tragen. So reicht es aus, unzutreffende Bezeichnungen auf Geschäftspapieren zu überkleben oder zu überdrucken, ohne dass ihre Vernichtung angeordnet zu werden braucht. Allerdings kann es darüber hinaus auch geboten sein, durch entsprechend offene Fassung des Urteilstenors dem Schuldner die Entscheidungsfreiheit über das Mittel zur Beseitigung der - allerdings konkret zu bezeichnenden - Verletzung zu belassen, wenn die Frage nach der Geeignetheit bestimmter Maßnahmen beim Entscheid des Prozessgerichts mit einem erheblichen, von erst später feststellbaren Tatsachen abhängigen, Prognoserisiko behaftet ist.

#### bb) Reparaturische Ansprüche

Zu den reparatorischen Klagen sind die Klagen auf Schadensersatz in Form von materiellen und immateriellen Schäden zu rechnen. Ihnen ist gemeinsam, dass es sich ihrer primären Funktion nach um Wiedergutmachungsklagen handelt. Neben der Ausgleichsfunktion ist ihnen zusätzlich auch Präventions- und Sanktionswirkung beizumessen. In der lauterkeitsrechtlichen Praxis kommt ihnen eine nur untergeordnete Rolle im Vergleich zu den Abwehrklagen zu. Im UWG selbst ist allein der Schadensersatzanspruch geregelt, § 9. Der Anspruch auf Gewinnherausgabe ist auf allgemeine Rechtsinstitute (GoA, Eingriffskondiktion) zu stützen. Nur punktuell kann durch die Berechnung des Schadensersatzes nach dem Verletzergewinn geholfen werden. Problematisch ist die Geltendmachung immaterieller Schäden.



### c) Aktivlegitimation

§ 8 Abs. 3 UWG regelt, wer zur Geltendmachung von Ansprüchen auf Unterlassung und Beseitigung berechtigt (aktivlegitimiert) ist. Die Aktiv- oder Sachlegitimation ist keine Prozessvoraussetzung, sondern die Bedingung der materiellen Begründetheit der Klage. Aktivlegitimiert ist der Träger eines Rechts bzw. Inhaber eines Anspruchs. Anspruchsberechtigt sind hiernach Mitbewerber, Verbraucher- und Industrieverbände, qualifizierte Verbraucherverbände nach der Verbandsklagenrichtlinie sowie die Industrie- und Handelskammern bzw. Handwerkskammern.

Durch die Richtlinie (EU) 2019/2161 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union vom 27.11.2019 (ABl. L Nr. 328/7) zur Änderung der UGP-Richtlinie wurde ein neuer Art. 11a UGP-RL eingeführt, der Rechte der Verbraucher auf Schadensersatz, Preisreduktion und Vernichtung des Vertrages vorsieht. Das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerbebereich hat in dem neugeschaffenen § 9 Abs. 2 UWG eine entsprechende Anspruchsgrundlage geschaffen; es ist am 28. Mai 2022 in Kraft getreten (vgl. oben).

### d) Passivlegitimation

Der Begriff der Passivlegitimation wird ebenso häufig missverstanden wie der der Aktivlegitimation: Passiv legitimiert ist derjenige, der durch den erhobenen Anspruch verpflichtet wird. Es handelt sich deswegen um eine Frage des materiellen Rechts. Wird „der Falsche“ verklagt, so hat das Gericht in der Sache zu entscheiden und die Klage mangels Begründetheit abzuweisen. Nur vor diesem Hintergrund ist es zutreffend, unter Passivlegitimation die Frage zu verstehen, gegen wen die lauterkeitsrechtlichen Ansprüche im Wege der Klageerhebung zutreffenderweise geltend zu machen sind. Bei der Prüfung der Passivlegitimation geht es mithin um die Ermittlung des Anspruchsverpflichteten.

Das UWG enthält keine explizite Regelung der Passivlegitimation. Sie ergibt sich deswegen aus den allgemeinen Grundsätzen des Deliktsrechts: Passivlegitimiert ist, wer unlauteren Wettbewerb begeht. Bei negatorischen Klagen ist zum einen derjenige passivlegitimiert, der durch sein eigenes Verhalten einen Wettbewerbsverstoß zu begehen droht oder bereits begangen hat. Darüber hinaus sind die Grundsätze über Täterschaft und Teilnahme gem. § 840 BGB anwendbar. Haben mehrere gemeinsam durch einen Wettbewerbsverstoß einen Schaden verschuldet, so haften sie gem. § 840 BGB dem Verletzten gegenüber als Gesamtschuldner. Die Haftung für das Verhalten Dritter bestimmt sich bei Schadensersatzansprüchen nach §§ 31, 831 BGB. Denkbar ist jedoch stets die Begründung einer Eigenhaftung unter dem Gesichtspunkt des Organisationsverschuldens. Für negatorische Ansprüche erweitert § 8 Abs. 2 UWG die Haftung des Unternehmensbetreibers.

## 2. Lauterkeitsprozessrecht

Im prozessualen Bereich enthält das UWG einige Sonderregelungen:

### a) „Fliegender Gerichtsstand“

Die allgemeinen Gerichtsstandsregeln der §§ 12 ff. ZPO werden durch § 14 Abs. 2 S. 2 UWG erweitert. Besondere Bedeutung hat insoweit die Regelung in § 14 Abs. 2 S. 1 UWG. Danach kann der Kläger das Gericht anrufen, „in dessen Bezirk die Zuwiderhandlung begangen wurde“. Bei Wettbewerbsverstößen in Druckschriften ist Begehungsort nicht nur der Ort des Erscheinens, sondern grundsätzlich auch jeder Ort ihrer Verbreitung.

Dieser sog. „fliegende Gerichtsstand“, der dem Kläger das sog. *forum shopping* in weitem Umfang ermöglicht, wird nur durch die Regelung in § 14 Abs. 2 S. 3 UWG eingeschränkt: Danach darf auf den Begehungsort nur dann zurückgegriffen werden, wenn der vermeintliche Verletzer im Geltungsbereich des Gesetzes keinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Allerdings gilt diese

Einschränkung nur für die gem. § 8 Abs. 3 Nr. 2 – 4 aktivlegitimierten Kläger. Dem Mitbewerber i.S.v. § 8 Abs. 1 Nr. 1 UWG steht nach wie vor der fliegende Gerichtsstand zur Verfügung.

#### b) Einstweilige Verfügung

Im gesamten gewerblichen Rechtsschutz hat der vorläufige Rechtsschutz überragende Bedeutung. Im Regelfall ist er gerade nicht vorläufig, denn in über 80 % aller Streitigkeiten kommt es nicht mehr zur Durchführung eines Hauptsacheverfahrens.

Der Erlass einer einstweiligen Verfügung setzt einen Verfügungsanspruch, das ist das durch das vorläufige Verfahren zu sichernde Recht, und einen Verfügungsgrund, das ist der Grund, weshalb im Eilverfahren entschieden werden soll, voraus. Das UWG erleichtert den Erlass einstweiliger Verfügungen, indem § 12 Abs. 2 UWG eine widerlegliche Vermutung für die Dringlichkeit als Verfügungsgrund aufstellt. Diese Vermutung der Dringlichkeit wird allerdings widerlegt, wenn der Kläger selbst durch sein zögerliches Verhalten zu erkennen gibt, dass er es nicht besonders eilig hat. Die Oberlandesgerichte schwanken in der Bemessung der Frist, innerhalb derer ein Kläger vorzugehen hat, zwischen einem und fünf Monaten.

#### 3. Weitere Besonderheiten

Als weitere Besonderheiten sind die Abmahnung und die Unterwerfungserklärung zu nennen. Diese wurden in AP 4 bereits geschildert. Bezüglich einer vertieften Darstellung sei auf die Vorlesung „Lauterkeitsrecht“ verwiesen.

## II. Umgang mit der „großen“ lauterkeitsrechtlichen Generalklausel

### 1. Entwicklung

Die Abgrenzung lauterer von unlauteren geschäftlichen Handlungen i.S.d. § 3 Abs. 1 UWG ist, wie in AP 2 bereits angesprochen, das Kernproblem des Lauterkeitsrechts, da der Begriff der Unlauterkeit nicht definiert wurde. Die Unlauterkeit wurde im Regierungsentwurf der UWG-Novelle 2004 im Zusammenhang mit der Schutzzweckklausel in § 1 UWG 2004 erläutert. Durch die Verwendung des Begriffs sollte die Kompatibilität mit dem Europarecht, das ihn in vielen Vorschriften verwende, verbessert werden und dem das Gesetz verletzenden Wettbewerber der vermeintlich unnötige Makel der Unsittlichkeit genommen werden. Der Begriff der Unlauterkeit wurde - wie zuletzt auch der Begriff der Sittenwidrigkeit - wettbewerbsbezogen ausgelegt.

Versuche, den Zugriffsbereich (verstanden als Gegensatz zum Anwendungsbereich) des Lauterkeitsrechts zu definieren oder auch nur die unlauteren Wettbewerbshandlungen zu kategorisieren, scheiterten weitgehend. Selbst entschiedene Verfechter einer materialen Betrachtungsweise waren außerstande, einheitliche oder sich ergänzende Kriterien der Unlauterkeit zu entwickeln, und präsentieren statt dessen „topoi-Kataloge“, welche lediglich Erörterungsgesichtspunkte enthielten, die zu einer Minderbewertung kollidierender Wettbewerbsinteressen führen konnten. Die Einteilung der für unlauter gehaltenen Wettbewerbshandlungen erfolgte in der Praxis nach dem formalen Gesichtspunkt der darstellerischen Zweckmäßigkeit. Lauterkeitsrecht wurde nicht definiert, sondern nur durch sog. Fallgruppen oder Fallreihen erklärt.

Die lauterkeitsrechtlichen Generalklauseln haben deutlich gemacht, dass darin kein Problem unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit zu erkennen ist. Im Gegenteil haben die durch die Rechtspraxis verfestigten Fallgruppen oftmals den Charakter selbständiger Gebote und Verbote gewonnen. Gefahr droht deshalb, weil sich die gedanklichen Produkte der Fallgruppenbildung im Lauf der Zeit über das Gesetz selbst erheben und ein schwer kontrollierbares Eigenleben entfalten. Dadurch werden Wertungswidersprüche und Friktionen nicht weniger herausgefordert als durch einen Gesetzesperfektionismus, der die Generalklausel durch entsprechende Einzeltatbestände ersetzen wollte.

Mit der UWG-Novelle 2004 wurden verschiedene der anerkannten Fallreihen kodifiziert und als Beispiele unlauteren Wettbewerbsverhaltens in § 4 UWG 2004 niedergelegt.

Im Zuge der Umsetzung der Richtlinie 2005/29 über unlautere Geschäftspraktiken ist am 30.12.2008 das Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb in Kraft getreten.

Der ehemals einheitliche Verbotstatbestand wurde durch drei neue Verbote ersetzt: Die bis dahin bestehende Generalklausel wurde in § 3 Abs. 1 leicht modifiziert. Es wurde zudem ein „verbraucherrechtlicher Konkretisierungstatbestand“ in § 3 Abs. 2 UWG 2008 geschaffen. Über § 3 Abs. 3 UWG 2008 wurde die in Analogie zur Regelungsstruktur der UGP-Richtlinie geschaffene „Schwarze Liste“ von per se-Verboten im Anhang zum UWG einbezogen. Die Verbotstatbestände des § 3 UWG wurden durch den Tatbestand der unzumutbaren Belästigung in § 7 UWG ergänzt.

## 2. Die geltende Generalklausel

Aufgrund der Beanstandungen der Kommission hinsichtlich der unzureichenden Umsetzung der UGP-Richtlinie, wurde auch die Generalklausel des § 3 UWG im Rahmen der UWG-Novelle von 2015 neu gefasst. In Absatz 2 findet sich nun eine eigene Generalklausel für geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern, welche diese abschließend regelt. Absatz 1 normiert die Unzulässigkeit unlauterer geschäftlicher Handlungen im Übrigen. Bei geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern, mithin im Geltungsbereich der UGP-Richtlinie, ist darin jedoch nur noch eine Rechtsfolgenregelung zu sehen.

Die bis dahin in § 3 Abs. 1 enthaltene Spürbarkeitsschwelle ist durch die UWG Novelle 2015 gestrichen worden. Die Gesetzesbegründung und die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses machen gleichwohl deutlich, dass an einem Erfordernis der Spürbarkeit der geschäftlichen Handlung festgehalten wird. Beim Auffangtatbestand des § 3 Abs. 1 UWG soll es der Rechtsprechung überlassen bleiben, nach wie vor angemessene Spürbarkeitserfordernisse aufzustellen (vgl. BT-Drs. 18/6571, S. 13; BT-Drs. 18/4535, S. 11).

## III. Verletzung von Verbraucherinteressen

### 1. Irreführungstatbestände

#### a) § 5 UWG

##### aa) Entwicklung

Im deutschen Recht war der lauterkeitsrechtliche Schutz gegen Irreführung unter der sog. „kleinen Generalklausel“ des § 3 aUWG in zweifelhafter Weise über die Jahrzehnte stetig verschärft worden. Die überkommene Praxis zu § 3 aUWG, die für ihre großzügige Bejahung einer relevanten Irreführungsgefahr berüchtigt war, ist nicht zuletzt auf die Zugrundelegung des Obersatzes zurückzuführen, wonach für die Bestimmung der Verkehrsauffassung bereits das (falsche) Verständnis eines „nicht unerheblichen Teils der angesprochenen Verkehrskreise“ ausreicht. Die allgemeine Anerkennung dieser Formel ist durch eine unheilige Allianz von Konkurrenten- und Konsumentenschutz bei der Durchsetzung des Irreführungsverbots begünstigt worden.

##### bb) Einfluss des Europarechts

Insbesondere die Grundfreiheiten und die Rechtsprechung des EuGH zu den zwingenden Erfordernissen der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes (vgl. AP 6) hatten auf die Entwicklung des § 5 UWG Einfluss.

## cc) Aktuelle Dogmatik des Irreführungsverbots

**Fall 1:** Die Beklagte betreibt in ihren Verkaufsstätten in Berlin den Einzelhandel mit Teppichen und Teppichböden. Als Beilage zu Berliner Tageszeitungen verbreitete sie den Prospekt "Riesige Auswahl China-Teppiche". Darin waren auf Seite 4 unter der Überschrift "Konsequent preiswert" Teppiche mit persischen Mustern abgebildet, die Bezeichnungen wie "K. Medaillon-Moud", "K.-Birdjend" oder "K.-Herati" trugen. Es handelte sich dabei um mechanisch hergestellte Teppiche. Die Klägerin hat die Werbung auf Seite 4 des Prospekts als irreführend angegriffen und Unterlassung begehrt. Die Beklagte trägt vor, das Wort "Webteppich" sei branchenfremd, und es bestehe ein jahrzehntelanger Handelsbrauch, Velour-Teppiche mit den orientalischen Namen der jeweiligen Provenienz zu kennzeichnen. (BGH v. 20.10.1999, I ZR 167/97, WRP 2000, 517 - *Orient-Teppichmuster*)

Das Berufungsgericht hatte die beanstandete Werbung als irreführend im Sinne des § 3 aUWG angesehen und dazu ausgeführt: Die Werbung der Beklagten für Teppiche, die das Aussehen von Orient-Teppichen hätten und die mit orientalischen Herkunftsbezeichnungen versehen seien, sei irreführend, solange nicht darauf hingewiesen werde, dass es sich um Webteppiche handle. Denn es sei zu beachten, dass die Beklagte in der Werbebeilage auf den ersten drei Seiten intensiv für Original-Orient-Teppiche geworben habe, deren Preise sich nicht einmal erheblich von denen von Webteppichen unterschieden. Ohne dass der flüchtige Verbraucher, von dem hier auszugehen sei, dies erkenne, erfolge der Übergang auf maschinengewebte Ware auf der weiteren Seite 4. Weder die Abfolge im Prospekt noch die Gestaltung der ersten vier Seiten ließen erkennen, dass es sich um eine qualitativ ganz andere Ware handle. Zumindest in der konkret vorgenommenen Gestaltung sei die Werbung irreführend. Das sei auch bei der hier insbesondere angegriffenen blickfangmäßigen Abbildung des Teppichs "K. Medaillon-Moud" der Fall. Erst bei genauerer Lektüre der sehr kleinen Schrift unter der Teppichabbildung könne der Leser erfahren, dass es sich offenbar um einen gewebten Teppich handle; denn der Vermerk unter dem Teppich ende mit "Teppich-Spezialfaser 100 % Polypropylen". Dies erschließe sich für den flüchtigen Betrachter aber erst dann, wenn er die gesamte Anzeige zur Kenntnis genommen und insbesondere auch den Text unter der Abbildung der Teppiche bis zu Ende gelesen habe. Damit habe die Beklagte erreicht, dass sich ein Kunde, der sich eigentlich nur für originale Orient-Teppiche interessiere, mit dieser Anzeige bis ins Einzelne beschäftige.

In den 1990er-Jahren betraf ein Schwerpunkt der Diskussion im Lauterkeitsrecht das Verständnis des Irreführungsverbotes vor dem Hintergrund der europarechtlichen Vorgaben. Schlüsselbegriffe der Auseinandersetzung waren das normative oder objektive Verständnis des Irreführungsverbots, die Ermittlung der Verkehrsauffassung durch Beweiserhebung oder aufgrund eigener Sachkunde des Gerichts, die Bestimmung des für die Irreführung erforderlichen „Quorums“ bzw. die Festlegung des Verbraucherleitbildes und schließlich die sog. wettbewerbliche Relevanz der Irreführung.

Die Unterschiede in der Anwendung des Irreführungsverbots zwischen der überkommenen deutschen Praxis und dem EuGH beruhten indes weniger darauf, dass der Modelladressat des deutschen Rechts für deutlich weniger intelligent gehalten wurde als der vom EuGH zugrundegelegte. Zu dem Auseinanderdriften der Maßstäbe kam es im Wesentlichen deshalb, weil deutsche Gerichte bei der Beurteilung der Irreführungsgefahr praktisch ohne Ausnahme davon ausgingen, dass Werbung nur flüchtig wahrgenommen werde. In der jüngeren Entscheidung *Orient-Teppichmuster* hat der Bundesgerichtshof nicht nur formal das Verbraucherleitbild des EuGH übernommen, sondern auch deutlich gemacht, dass die Irreführungsgefahr stets im Hinblick auf die konkrete Gefährdungssituation zu beurteilen ist. Das muss auf der Grundlage der oben dargestellten Rechtsprechung des EuGH für zulässig gehalten werden.

In Fall 1 ging der BGH – anders als das Berufungsgericht – davon aus, dass der Verbraucher beim Erwerb eines Teppichs nicht flüchtig wahrnimmt, sondern sich den Informationen mit einer

gewissen Sorgfalt widmet. Das liegt zum einen an der wirtschaftlichen Bedeutung – Teppiche sind vergleichsweise hochpreisige Güter -, zum anderen an der relativen Seltenheit der Geschäftsvornahme und zum letzten an den bekannten Qualitätsunterschieden. Davon ausgehend hat der BGH die klarstellenden Hinweise in der Werbebeilage für ausreichend gehalten, eine mögliche Irreführungstendenz zu neutralisieren.

**Fall 2:** Die Parteien streiten um die Berechtigung der Beklagten, die Bier- und Unternehmensbezeichnungen "Kloster Pilsner", "Sigel Kloster Pilsner" und "Klosterbrauerei GmbH, Metzingen, Brauort Stuttgart" zu verwenden. Die Klägerin ist die Benediktiner-Abtei St. Bonifaz in München, zu der das im 15. Jahrhundert gegründete Kloster Andechs gehört, das unter dieser Bezeichnung seit jeher Bier herstellt; es vertreibt sein Bier heute bundesweit. Die Beklagte bringt ihr Bier unter den Bezeichnungen "Kloster Pilsner" und "Sigel Kloster Pilsner" überwiegend im Raum Reutlingen, Tübingen, Stuttgart, daneben im übrigen Baden-Württemberg und in geringem Umfang auch im weiteren Bundesgebiet mit Ausnahme Bayerns auf den Markt. Sie wurde 1840 als "Klosterbrauerei" in Pfullingen gegründet, wobei der Bezug zu einem Kloster lediglich darin besteht, dass die (ursprüngliche) Pfullinger Braustätte auf dem neben einer Klosterkirche gelegenen Areal eines bereits in der Reformationszeit aufgegebenen Klarissenklosters lag. 1860 wurde die "Klosterbrauerei" von einem Christian Sigel erworben, der schon 1868 eine "Kloster-Sigel"-Marke schuf. Seit den dreißiger Jahren verwendet die Beklagte in der Werbung und in der Ausstattung der Bierflaschen die Abbildung eines roten Wachssiegels, auf dem ein Mönch mit einem überschäumenden Bierglas zu sehen ist. 1976 wurden die von der Familie Sigel gehaltenen Anteile an der Beklagten von der Schwabenbräu Robert Leicht AG, Stuttgart, erworben. 1980 wurde der Braubetrieb in Pfullingen eingestellt und die Beklagte unter Fortführung der Firma Klosterbrauerei GmbH mit einer Metzinger Brauerei verschmolzen. 1985 wurde auch der Braubetrieb in Metzingen eingestellt. Heute ist die Beklagte eine Tochter der Dinkelacker-Schwabenbräu AG in Stuttgart-Vaihingen. Die Beklagte selbst stellt kein Bier mehr her, sondern lässt es bei ihrer Konzernmutter im Rahmen eines Sudvertrages herstellen. Sie vertreibt ihr Bier, dessen Absatz sie in den letzten zehn Jahren von ca. 10.000 hl auf ca. 70.000 hl steigern konnte, unter den beanstandeten Bezeichnungen, unter anderem mit einem Etikett, auf dem die Bezeichnung "Kloster Pilsner" hervorgehoben ist und das die Abbildung eines Mönchs mit Bierglas zeigt. (BGH v. 7.11.2002, I ZR 276/99 – *Klosterbrauerei* = WRP 2003, 739)

Die herrschende Meinung ging bis dahin bei der Beurteilung der Irreführungsgefahr von einer zweistufigen Prüfung aus: Die erste Prüfungsstufe bildete die Untersuchung, ob objektiv, d.h. tatsächlich eine Irreführungsgefahr begründet wird. Diese Feststellung konnte auf der Grundlage empirischer Feststellungen durch Einholung von Meinungsforschungsgutachten getroffen werden, aber auch auf der Grundlage der eigenen Sachkunde des Gerichts, wenn zumindest eine Richterin oder ein Richter des befassten Gerichts dem von der umstrittenen Angabe angesprochenen Verkehrskreis angehörte und die Behauptung sich auf Gegenstände des alltäglichen Bedarfs bezog.

Wurde - auf die eine oder andere Weise - eine gewisse Irreführungsgefahr festgestellt, so wurde anschließend eine Interessenabwägung vorgenommen (z.B. BGH, WRP 1996, 729, 731 - *Der meistverkaufte Europas*). Dabei wurde ermittelt, ob der objektiv festgestellte Grad an tatsächlicher Irreführung unter Berücksichtigung evtl. entgegenstehender Interessen geeignet war, eine auch im Rechtssinn relevante Irreführung zu begründen. Das führte bei empirischer Feststellung der Irreführung zu einer Dynamisierung des Quorums. Ohne eine Festlegung durch die Gerichte selbst wurde davon ausgegangen, dass im Regelfall eine Irreführungsquote von 10 - 15 % genügte, um die rechtlich relevante Irreführungsgefahr zu begründen. Das erforderliche Quorum stieg jedoch z.B. bei objektiver Wahrheit der Angabe („Der meistverkaufte Europas“ war objektiv richtig; ein erheblicher Teil der Adressaten schloss aus dieser zutreffenden Angabe jedoch unrichtig, dass

der damit beworbene Rasierer auch in Deutschland am Häufigsten verkauft wurde) oder festgestelltem Informationsinteresse der Öffentlichkeit oder es fiel wie insb. bei gefährdeten Gesundheitsinteressen oder ungenügender Konsumenteninformation (z.B. Umweltwerbung). Abgewogen wurden das Interesse der Allgemeinheit am Schutz vor irreführenden Angaben einerseits und verschiedene widerstreitende Aspekte andererseits, wie z.B. die Angewiesenheit des Verkehrs auf bestimmte Bezeichnungen (z.B. „Emaill-Lack“, „Fichtennadel-Extrakt“), ein wertvoller Besitzstand an der Bezeichnung (z.B. „Glutamal“, die Verwendung der sog. Cantil-Flasche für Matéus Rosé), die Notwendigkeit der Schaffung neuer Gattungsbezeichnungen (Kunststoffglas), der Umstand, dass der beanstandete Begriff in der Gesetzes- oder Behördensprache definiert bzw. verwendet wurde („Fachkrankenhaus“) oder bei genauer Lektüre zwar objektiv richtig war, aber vom Verkehr falsch verstanden wurde.

Ein wettbewerbsbezogenes Verständnis des Lauterkeitsrechts gebietet demgegenüber zunächst eine Loslösung von der Vorstellung, dass bereits die Irreführung eines „*nicht unerheblichen Teils der angesprochenen Verkehrskreise*“ (BGH, GRUR 1955, 37, 40 – *Cupresa*) die relevante Irreführungsgefahr begründen kann.

Eine wettbewerbsbezogene Auslegung des lauterkeitsrechtlichen Irreführungsverbotet verbietet aber darüber hinaus jedes absolute, allein auf die falsche Vorstellung eines wie groß auch immer definierten Teils des angesprochenen Verkehrskreises bezogenes Verständnis. Tatsächlich muss die Frage nach dem Vorliegen einer lauterkeitsrechtlich relevanten Irreführungsgefahr insgesamt als Rechtsbegriff behandelt werden. Die Feststellung des Vorliegens einer Irreführungsgefahr im Rechtssinn ist das wertende Ergebnis einer umfassenden Interessenabwägung.

In diese Interessenabwägung einzustellen ist allerdings namentlich die *objektiv* bestehende Irreführungsgefahr. Dabei sind einerseits die Handlungsfreiheit des Wettbewerbers und das Allgemeininteresse an freiem Wettbewerb, andererseits das Allgemeininteresse am Schutz der Wettbewerbsordnung vor Verfälschungen zu berücksichtigen. Maßgebend ist insoweit zum einen, welche Transaktionskosten auf der Seite des Anbieters (Kosten der Marktanpassung) bzw. auf der Seite der Abnehmer (Klarstellungsaufwand) zur Beseitigung der Irreführungsgefahr erforderlich sind. Sie müssen unter Berücksichtigung der Schutzwürdigkeit des Interesses des Anbieters an der Zulässigkeit seines Wettbewerbsverhaltens zwischen dem Wettbewerber und der Marktgegenseite verteilt werden.

Bei reinen Inlandssachverhalten kann ein Interesse der Allgemeinheit an der mit einer Angabe bewirkten Informationsvermittlung (sog. passives Informationsinteresse) bestehen, da sie u.U. zur Erhöhung der Markttransparenz beiträgt. Das Gewicht dieses Interesses hängt allerdings unmittelbar von der Natur der Angabe ab.

Gegengerichtet ist demgegenüber das Interesse der Allgemeinheit am Schutz des unverfälschten Wettbewerbs. Es wird umso stärker berührt, je größer das Irreführungspotential ist. Maßgebend ist dabei zunächst, *wie viele* Adressaten irreführt werden. Die empirische Feststellung hat insoweit besondere Bedeutung, weil erst sie bei bestehenden schutzwürdigen Interessen des Wettbewerbers und der Allgemeinheit an der Zulässigkeit der beanstandeten Angabe eine *Gewichtung* des Interesses am Schutz des unverfälschten Wettbewerbs und damit die Abwägung gestattet.

Im Sinne der hier vorgestellten integrativen Betrachtung des Irreführungsbegriffs hat der Bundesgerichtshof auch den oben vorgestellten *Klosterbrauerei*-Fall entschieden: Darin hatte das Berufungsgericht zunächst zugunsten der Klägerinnen unterstellt, dass die Verwendung des Begriffs "Kloster" bei den angesprochenen Verkehrskreisen eine Fehlvorstellung auslöse. Dem ist der BGH gefolgt: Es entspreche der allgemeinen Lebenserfahrung, dass der Verkehr die Bezeichnung "Kloster" für Bier oder für eine Brauerei in der Weise verstehe, dass das Bier entweder in einer wirklichen Klosterbrauerei - also in einer zu einem Kloster gehörenden Brauerei - gebraut worden ist oder dass zumindest ein Bezug zur klösterlichen Brautradition der früheren

Jahrhunderte, insbesondere zu einer klösterlichen Braustätte, bestehe (so auch OLG Hamburg WRP 1998, 76, 77 f.; OLG Nürnberg GRUR-RR 2001, 61, 63; OLG Frankfurt GRUR-RR 2001, 67, 68). Auch die wettbewerbliche Relevanz einer diesbezüglichen Fehlvorstellung könne nicht geleugnet werden: Allein der Umstand, dass sich eine Vielzahl von Unternehmen auf eine solche Tradition beriefen und sie in ihrer Werbung herausstellten, deute auf eine entsprechende Wertschätzung der "Kloster"-Bezeichnungen für Biere beim Publikum hin. Derartige Bezeichnungen vermittelten unterschwellig den Eindruck einer alten, bodenständigen Brautradition. Auch verständige Verbraucher ließen sich von solchen versteckten Qualitätssignalen leiten, selbst wenn sie sich darüber im Klaren sein mögen, dass das konkrete Bier nicht mehr von Mönchen gebraut werde und im Übrigen von Mönchen gebrautes Bier nicht notwendig etwas Besonderes sein müsse.

Die Bejahung einer Irreführungsgefahr bedeutet jedoch nicht zwingend auch das Vorliegen eines Lauterkeitsverstößes. Der Bundesgerichtshof verwies zunächst auf seine etablierte Praxis zur Interessenabwägung (vgl. dazu o.): In der Rechtsprechung sei anerkannt, dass eine Irreführungsgefahr in besonderen Ausnahmefällen hinzunehmen sei, wenn die Belange der Allgemeinheit nicht in erheblichem Maße und ernstlich in Mitleidenschaft gezogen werden, weil nur eine geringe Irreführungsgefahr vorliegt (vgl. BGH GRUR 1983, 32, 34 – *Stangenglas I*; GRUR 1986, 903, 904 – *Küchen-Center*; Baumbach/*Hefermehl* aaO § 3 UWG Rdn. 107; *Piper* in Köhler/Piper aaO § 3 Rdn. 216; Großkomm.UWG/*Lindacher*, § 3 Rdn. 259). Eine solche Ausnahme komme insbesondere dann in Betracht, wenn durch das Verbot ein wertvoller Besitzstand an einer Individualkennzeichnung zerstört würde (BGH GRUR 1977, 159, 161 – *Ostfriesische Tee Gesellschaft*, vgl. ferner BGH, Urt. v. 28.1.1957, I ZR 88/55, GRUR 1957, 285, 287 = WRP 1957, 173 – *Erstes Kulmbacher*).

Durch seine anschließenden Ausführungen stellt der Bundesgerichtshof diese Grundsätze jedoch in einen *völlig neuen Zusammenhang*: Sie seien nämlich *Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*, unter dessen Vorbehalt das Irreführungsverbot stehe. Auch wenn im allgemeinen das Interesse des Werbetreibenden an der Weiterverwendung einer irreführenden Angabe nicht schutzwürdig ist (vgl. BGH, Urt. v. 11.10.1972 - I ZR 38/71, GRUR 1973, 532, 533 f. – *Millionen trinken ...*; BGH GRUR 1960, 563, 566 – *Sektwerbung*), könne es doch im Einzelfall das Schutzbedürfnis der Allgemeinheit und das individuelle Interesse eines Mitbewerbers überwiegen.

Im Streitfall erkannte der BGH ein Überwiegen der Interessen der Beklagten gegenüber dem Interesse der Allgemeinheit und der Klägerin an einem Verbot der Bezeichnungen "Kloster Pilsner" und "Klosterbrauerei". Auf der einen Seite seien die Fehlvorstellungen, die die angegriffenen Bezeichnungen beim Verbraucher bewirkten, für die Kaufentscheidung zwar von Bedeutung, aber doch nur von geringem Gewicht. Wodurch sich ein unter der Bezeichnung "Kloster" vertriebenes Bier von anderen Bieren abhebe, sei keineswegs eindeutig. Die Verwendung dieser Bezeichnung könnte die Klägerin auch einem Unternehmen nicht verwehren, das sich zwar zu Recht auf eine klösterliche Brautradition berufe, das aber selbst in keiner Weise mehr mit einem Kloster verbunden sei und dessen Bier auch längst nicht mehr mit dem früher an derselben Stelle von Mönchen gebrauten Bier übereinstimme, auf das es mit der Bezeichnung "Kloster" Bezug nehme. Das berechnete Interesse der Allgemeinheit sowie das gleichgerichtete Interesse der Klägerin daran, dass die Beklagte diese Bezeichnung nicht mehr verwende, könne daher wettbewerbsrechtlich nur als verhältnismäßig gering eingestuft werden.

Das Interesse der Beklagten an einer Weiterverwendung der beanstandeten Bezeichnungen ergebe sich auf der anderen Seite vor allem aus der langjährigen Verwendung, die in der Vergangenheit niemals von einem Wettbewerber oder von dritter Seite beanstandet worden sei. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Rechtsvorgängerin der Beklagten bereits 1840 als "Klosterbrauerei" in Pfullingen gegründet worden sei und die Beklagte die Firma nach der Verschmelzung mit einer Metzinger Brauerei im Jahre 1980 fortführe, ohne dass die Verwendung

dieses Begriffs jemals beanstandet worden wäre. Seit 1868 verende die Rechtsvorgängerin bzw. die Beklagte den Begriff "Kloster" als Bestandteil einer Marke. Auch dies sei niemals beanstandet worden. Damit sei der Rechtsvorgängerin der Beklagten über viele Jahrzehnte ein wertvoller Besitzstand zugewachsen, auf den sich auch die Beklagte berufen könne. Diese Abwägung wird zusätzlich dadurch entscheidend bestimmt, dass die Beklagte sich nach Ausstoß und Verbreitungsgebiet in der Tradition des Unternehmens halte, das seit nunmehr über 160 Jahren in Pfullingen und Umgebung Bier unter der Bezeichnung "Kloster" und "Klosterbrauerei" vertreibe.

Neben diesen faktischen, auf die tatsächlichen Umstände der Wahrnehmungssituation bzw. des Ablaufs der Geschäftsabwicklung zielenden Umständen finden unter dem Gesichtspunkt der vermeintlich fehlenden *wettbewerblichen Relevanz* bislang auch normative Aspekte Berücksichtigung. Das Erfordernis der wettbewerblichen Relevanz wurde in § 3 UWG verallgemeinert.

Dabei ist jedoch erkennbar, dass unter das Erfordernis der wettbewerblichen Relevanz zwei durchaus verschiedene Kategorien von Argumenten subsumiert werden. Zum einen geht es darum, das Fortwirken einer Irreführung im *tatsächlichen* Marktverhalten der Adressaten der Angabe festzustellen. Diesbezüglich hat der Bundesgerichtshof es stets genügen lassen, wenn die Abnehmer durch die irreführende Werbung zu einer Beschäftigung mit dem Angebot *angelockt* wurden. Zum anderen werden unter dem Erfordernis der wettbewerblichen Relevanz Argumente geprüft, die im Hinblick auf den Schutzzweck des Irreführungsverbots die Verbindung zwischen tatsächlicher Irreführung und Marktergebnissen aus *normativen* Erwägungen als unterbrochen erscheinen lassen. Insoweit wurde der Gesichtspunkt der wettbewerblichen Relevanz der Irreführung bemüht (z.B. BGH, GRUR 1973, 206, 207 – Skibindungen), um den als überschießend erkannten Anwendungsbereich des Irreführungsverbots einzugrenzen.

In diesem Sinne hat der Bundesgerichtshof im *Klosterbrauerei*-Fall die wettbewerbliche Relevanz bejaht: Das Berufungsgericht hatte angenommen, die Verbraucher seien sich darüber im Klaren, dass sich deutsches Bier zwar wegen des Reinheitsgebots von anderen Bieren unterscheidet, dass aber bei Beachtung dieses Gebots für den einzelnen Bierbrauer nur ein relativ geringer Spielraum verbleibe mit der Folge, dass Verbraucher sich in erster Linie an Geschmacksrichtungen und Biergattungen orientierten. Damit hat das Berufungsgericht nicht hinreichend beachtet, dass auch die Kaufentscheidung verständiger Verbraucher maßgeblich durch Erwägungen beeinflusst werden kann, die sich einer rationalen Überprüfung entziehen. Die beworbene klösterliche Brautradition stellt ein solches Qualitätssignal dar, das - ähnlich wie die Alterswerbung - eine unternehmensbezogene positive Assoziation weckt. Derartige versteckte Qualitätssignale können für die Kaufentscheidung des Publikums maßgeblich sein. Dies werde nicht zuletzt auch durch das Verhalten der Anbieter selbst belegt, die derartigen Merkmalen, durch die sie sich von ihren Wettbewerbern absetzen vermögen, in der Aufmachung ihrer Produkte und in der Werbung generell einen breiten Raum einräumen (vgl. BGH, GRUR 1992, 66, 69 – *Königl.-Bayerische Weiße*).

Im Zweifel ist aber davon auszugehen, dass zumindest Täuschungen, d.h. Irreführungen durch Unwahrheit, wettbewerblich relevant sind. „Wer falsche Angaben macht, tut dies mit Vorbedacht. Der Kaufmann weiß besser als das Gericht, worauf das Publikum Wert legt.“ (*Callmann*, Anm. zu RG, JW 1929, 3072). Dem ist nach wie vor wenig hinzuzufügen.

#### dd) Der Irreführungstatbestand nach der UWG-Novelle 2022

Bereits im Zuge der Reform von 2008 war der Tatbestand der irreführenden Werbung in § 5 UWG 2004 in zwei Tatbestände aufgespalten worden: § 5 UWG und § 5a UWG. Durch die Anknüpfung an „irreführende geschäftliche Handlungen“ erweiterte der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des ansonsten weitgehend unveränderten § 5 UWG. 2015 wurde das bis dahin ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der wettbewerblichen Relevanz (vgl. dazu bereits o. Fall 2) sprachlich eng an Art. 6 UGP-RL angelehnt in § 5 Abs. 1 S. 1 UWG aufgenommen. Bereits



im Jahr 2008 wurde zur Umsetzung von Art. 6 Abs. 2 lit. a UGP-RL eine Regelung zur Verwechslungsgefahr bei der Vermarktung eines Produkts eingeführt, die sich nun nach der UWG Novelle von 2022 in § 5 Abs. 3 Nr. 1 UWG befindet. Danach ist eine Handlung irreführend, wenn sie im Zusammenhang mit der Vermarktung von Waren oder Dienstleistungen einschließlich vergleichender Werbung eine Verwechslungsgefahr mit einer anderen Ware oder Dienstleistung oder mit der Marke oder einem anderen Kennzeichen eines Mitbewerbers hervorrufen kann. In Umsetzung der Omnibus-RL fügte die UWG-Novelle von 2022 den § 5 Abs. 3 Nr. 2 UWG ein, nach dem es auch eine irreführende Handlung darstellt, wenn eine Ware in einem Mitgliedstaat der EU als identisch mit einer in einem anderen Mitgliedstaat vertriebenen Ware dargestellt wird, obwohl sich die beiden Waren in ihrer Zusammensetzung wesentlich voneinander unterscheiden. § 5 Abs. 5 UWG 2004 wurde im Zuge der Novelle von 2008 aufgehoben, denn es bestand eine weitgehende Überschneidung mit Nr. 5 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG (vgl. Nr. 5 Anh. I UGP-RL), wonach es stets eine irreführende geschäftliche Handlung darstellt, wenn ein Unternehmer Waren oder Dienstleistungen im Sinne von § 5b Abs. 1 zu einem bestimmten Preis anbietet und nicht darüber aufklärt, dass er hinreichende Gründe für die Annahme hat, er werde nicht in der Lage sein, diese oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen für einen angemessenen Zeitraum in angemessener Menge zum genannten Preis bereitzustellen oder bereitstellen zu lassen.

Wenngleich der UGP-Richtlinie keine selbständigen und vom Bestehen einer Irreführungsgefahr unabhängigen lauterkeitsrechtlichen Informationspflichten zu entnehmen sind, gehen die detaillierten Regelungen der Art. 7 Abs. 4, 5 UGP-RL zur Irreführung durch Unterlassen doch erheblich über das Maß hinaus, das § 5 Abs. 2 Satz 2 UWG 2004 zur Irreführung durch Unterlassen vorsah. Der Gesetzgeber hatte daher mit gutem Grund bereits 2008 entschieden, die weitreichenden Vorgaben der Richtlinie zu übernehmen. Diese sind nach der UWG Novelle 2022 nun vom § 5a UWG 2008 auf die § 5a und § 5b UWG aufgeteilt worden. § 5b bezieht sich dabei ausschließlich auf das Verhältnis von Unternehmern zu Verbrauchern (B2C), während § 5a auch auf den B2B-Bereich Anwendung findet (vgl. BT-Drs. 19/27873, S. 34 ff.). Durch die UWG-Novelle 2015 wurde der heutige § 5a Abs. 1 neu gefasst und im Wesentlichen weiter an die UGP-Richtlinie angepasst. Es muss sich um eine Information handeln, die für den Verbraucher oder den sonstigen Marktteilnehmer wesentlich ist, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen. Es genügt also nicht, dass eine Information wesentlich ist. Sie muss darüber hinaus im konkreten Fall für eine informierte Entscheidung notwendig sein (vgl. BT-Drs. 18/4535, S. 16).

§ 5b Abs. 1 UWG, der Art. 7 Abs. 4 UGP-RL umsetzt, enthält bei konkreten Angeboten an Verbraucher einen Katalog von Informationen, welche dem Verbraucher in jedem Fall zur Verfügung gestellt werden müssen. Die UGP-Richtlinie spricht von einer „Aufforderung zum Kauf“. Hierzu findet sich eine Legaldefinition in Art. 2 lit. i UGP-RL, wonach hierunter jede kommerzielle Kommunikation fällt, die die Merkmale des Produkts und den Preis in einer Weise angibt, die den Mitteln der verwendeten kommerziellen Kommunikation angemessen ist und den Verbraucher dadurch in die Lage versetzt, einen Kauf zu tätigen. Für die Anwendung des § 5b Abs. 1 UWG müssen die *essentialia negotii* bekannt sein, ohne dass es aber auf ein bindendes Angebot ankommen würde. Eine *invitatio ad offerendum* ist beispielsweise ausreichend (vgl. dazu ausf. EuGH – *Ving Sverige*, GRUR 2011, 930). Wesentliche Informationen nach § 5b Abs. 1 UWG sind die wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung (Nr. 1), die Identität und Anschrift des Unternehmers (Nr. 2), der Endpreis (Nr. 3), die Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen (Nr. 4), das Bestehen eines Rechts zum Rücktritt oder Widerruf (Nr. 5) und, bei Waren oder Dienstleistungen, die über einen Online-Marktplatz angeboten werden, die Information, ob es sich bei dem Anbieter der Waren oder Dienstleistungen nach dessen eigener Erklärung gegenüber dem Betreiber des Online-Marktplatzes um einen Unternehmer handelt (Nr. 6). Nach § 5b Abs. 4 UWG gelten Informationspflichten aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben ebenfalls als wesentlich. Hierzu zählen u.a. Informationspflichten, welche in der Fernab-

satzrichtlinie (Art. 4, 5), der Pauschalreiserichtlinie (Art. 3), der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (Art. 5, 6) und der Richtlinie über Lebensversicherungen (Art. 36) niedergelegt sind. Greifen § 5b Abs. 1 und Abs. 4 UWG nicht, so bleibt ein Rückgriff auf § 5a Abs. 1 UWG möglich.

Durch die UWG-Novelle 2015 wurden erstmals die Absätze 5 und 6 eingefügt, die nach in der UWG-Novelle von 2022 nunmehr in § 5a Abs. 3 und 4 UWG nF zu finden sind. Nach Absatz 3 sind danach bei der Beurteilung, ob wesentliche Informationen vorenthalten wurden, sowohl die Beschränkungen des vom Unternehmer gewählten Kommunikationsmittels (Nr.1) als auch alle Maßnahmen, um den Vertragspartner die Informationen auf andere Wege als durch das Kommunikationsmittel zur Verfügung zu stellen (Nr. 2), zu berücksichtigen. Zur Umsetzung der Omnibus-RL charakterisierte die UWG-Novelle 2022 in § 5b mit dem Abs. 2 und Abs. 3 gegenüber Verbrauchern erstmals auch folgende Informationen als wesentlich: die Hauptparameter zum Ranking von Suchergebnissen bei von Unternehmern zur Verfügung gestellten Online-Suchanfragen nach Waren oder Dienstleistungen verschiedener Anbieter (Abs. 2) und im Fall, dass der Unternehmer Verbraucherbewertungen für angebotene Waren oder Dienstleistungen zur Verfügung stellt, wie und ob er sicherstellt, dass die veröffentlichten Bewertungen tatsächlich von Verbrauchern stammen, die die angebotene Ware oder Dienstleistung erworben haben (Abs. 3).

#### b) Verdeckte Werbung, § 5a Abs. 4 UWG

Bis zur UWG-Novelle 2015 war verdeckte Werbung in einem eigenen Tatbestand (§ 4 Nr. 3 UWG 2008) geregelt. Dieser Tatbestand ist mit der UWG-Novelle 2015 weggefallen, weil sein Regelungsgehalt vollständig von § 5a UWG und dort für Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer jetzt insbesondere von Absatz 4 erfasst ist. Nach § 5a Abs. 4 UWG handelt unlauter, wer den Werbecharakter von geschäftlichen Handlungen verschleiert. Dahinter steht der Gedanke, dass der Abnehmer irregeführt wird und nicht das gewöhnliche Maß an Skepsis aufbringt, wenn er nicht weiß, dass er mit Werbung konfrontiert ist. Denn der Verbraucher lässt Handlungen und Äußerungen, die aus seiner Sicht neutral sind, in der Regel größere Beachtung zuteilwerden als Maßnahmen, die für ihn als Werbung erkennbar sind. Er wird ihnen weniger kritisch gegenüberstehen und eher geneigt sein, ihnen zu vertrauen (BGH, GRUR 1995, 744 – *Feuer, Eis & Dynamit I*).

Eine verdeckte Werbung kann vorliegen, wenn in den Medien keine klare Trennung von redaktionellem Teil und der Werbung erfolgte. Daher ist die Werbung als solche kenntlich zu machen. Neben dem Verbot der Tarnung von Werbung als redaktionellen Beitrag folgt daraus auch das Verbot, Produktinformationen unkritisch in den redaktionellen Teil zu übernehmen und das Gebot einer neutralen Berichterstattung. Aus diesem Grund wurden etwa Ranglisten in den Medien lange Zeit als unlauter angesehen (BGH, GRUR 1997, 912 – *Die Besten I*). Das Bundesverfassungsgericht hob dagegen die Bedeutung der Meinungsfreiheit stärker hervor und sah ein solches Verbot als Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 GG an (NJW 2003, 277 – *Anwaltsranglisten/JUVE-Handbuch*).

Die sich in jüngster Zeit großer Popularität erfreuende sog. Influencer-Werbung, bei der ein Blogger über *social media* wie YouTube gesponserte Produktempfehlungen ausspricht, verstößt gegen § 5a Abs. 4 UWG, wenn der kommerzielle Zweck nicht hinreichend deutlich gemacht wird (vgl. OLG Celle, GRUR 2017, 1158 – *Hashtag #ad*). Allerdings wurden insbesondere zum Schutze von Influencern mit der UWG-Novelle 2022 die Sätze 2 und 3 eingefügt. Nach Satz 2 liegt bei einer Handlung zugunsten eines fremden Unternehmers nur dann ein kommerzieller Zweck vor, wenn der Handelnde ein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung für die Handlung von dem Unternehmer erhält oder sich versprechen lässt. Damit soll ein sicherer Rechtsrahmen für Influencer gewährleistet werden, wenn diese Waren und Dienstleistungen anderer Unternehmen empfehlen, ohne davon selbst unmittelbar finanziell zu profitieren, wobei

als Gegenleistung aber auch der Erhalt von Produkten umfasst ist. Die bloße Steigerung der eigenen Bekanntheit durch solche Handlungen kann hingegen nicht als Gegenleistung gewertet werden. Jedoch ist zu beachten, dass Satz 2 nicht auf die Beurteilung der Frage anwendbar ist, ob eine unentgeltliche abgegebene Empfehlung von Influencern eine geschäftliche Handlung mit kommerziellen Zweck dadurch darstellt, dass sie dem Zweck der Förderung des *eigenen* Unternehmens dient (vgl. BT-Drs. 19/27873, S. 34 f.). Nach S. 3 wird der Erhalt oder das Versprechen einer Gegenleistung vermutet.

Von § 5a Abs. 4 UWG ist auch die Verschleierung einer Geschäftsanbahnung erfasst, d.h. das Nicht-Offenlegen des geschäftlichen Charakters einer Maßnahme etwa bei Hausbesuchen oder im Rahmen von Freizeitveranstaltungen. Darunter kann auch die sog. Laienwerbung fallen, bei der Privatleute gegen Gewährung einer Werbeprämie als Kundenwerber eingesetzt werden. Art. 7 Abs. 2 UGP-RL sieht es als eine irreführende Unterlassung an, wenn ein Gewerbetreibender „den kommerziellen Zweck der Geschäftspraxis nicht kenntlich macht, sofern er sich nicht aus den Umständen ergibt.“

In Nummer 11 der „*black list*“ (Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG) wurde der vom Unternehmer finanzierte Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung, ohne dass sich dieser Zusammenhang aus dem Inhalt oder aus der Art der optischen oder akustischen Darstellung eindeutig ergibt als Information als Verbotstatbestand aufgenommen.

## 2. Aggressive geschäftliche Handlungen

Der Wettbewerb kann nicht nur durch Irreführungspraktiken, sondern auch durch andere, teils subtilere, teils weniger subtile Praktiken verfälscht werden. Unstreitig unlauter sind die Nötigung des Adressaten sowie die massive Beeinträchtigung seiner Entscheidungsfreiheit.

Bis zur UWG-Novelle 2015 waren diese Fallgruppen der unangemessenen Einflussnahme von § 4 Nr. 1, 2 UWG 2008 geregelt. Aufgrund der Beanstandungen der EU-Kommission an der unzureichenden Umsetzung der UGP-Richtlinie gab der deutsche Gesetzgeber das Regelungsmodell des § 4 Nrn. 1, 2 UWG 2008 auf. Durch die UWG-Novelle 2015 wurde ein neuer § 4a für aggressive geschäftliche Handlungen eingefügt, der sich sprachlich und inhaltlich weit an die Formulierungen der Art. 8, 9 UGP-RL anlehnt, allerdings im Anwendungsbereich nicht auf gegenüber Verbrauchern begangene geschäftliche Handlungen begrenzt ist.

Während der Regelungsgehalt des § 4 Nrn. 1, 2 UWG 2008 im Wesentlichen im neuen § 4a aufgegangen sein soll, soll der Schutz vor menschenverachtenden geschäftlichen Handlungen außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie nach wie vor von § 3 Abs. 1 UWG gewährt werden (BT-Drs. 18/6571, S. 14)

**Fall 4:** Der Kläger, ein Verbraucherschutzverein, nimmt die Beklagte, die unter anderem Kochtöpfe vertreibt, auf Unterlassung von Verkaufsveranstaltungen in Übergangswohnheimen für Aussiedler in Anspruch. Am 14. August 1992 führte eine Außendienstmitarbeiterin der Beklagten im Übergangswohnheim für Aussiedler in N. eine Verkaufsveranstaltung für Produkte der Beklagten durch. Dabei unterzeichnete eine Aussiedlerin einen Kaufantrag für ein Topfset zu einem Gesamtpreis von 3.870,- DM. (BGH v. 7.5.1998, I ZR 85/96, GRUR 1998, 1041)

Der BGH nahm an, dass das Verhalten unter dem Gesichtspunkt der Ausnutzung der Unerfahrenheit des hier angesprochenen Personenkreises sittenwidrig sei und damit gegen § 1 UWG a.F. verstoße. Die gezielte Ausnutzung der geschäftlichen und rechtlichen Unerfahrenheit der umworbenen Kunden sei in der Regel unlauter. Ein solcher Fall liege hier vor.

Bei Aussiedlern, die zu Beginn ihres Aufenthaltes in der Bundesrepublik zunächst eine Unterkunft in Übergangswohnheimen zugewiesen erhielten, handele es sich um Personen, die noch nicht lange in Deutschland lebten und deshalb über keinerlei Erfahrungen mit dem hiesigen

Wirtschafts- und Rechtssystem verfügten, zumal sie vorher ganz überwiegend in agrarisch geprägten Teilen der ehemaligen UdSSR gelebt hätten.

Solche rechtlich und geschäftlich unerfahrene (potentielle) Kunden bedürften eines besonderen Schutzes. Dieser Personenkreis sei erfahrungsgemäß häufig nicht in der Lage, die wirtschaftliche Tragweite und die rechtlichen Auswirkungen eines Angebots abzuschätzen, da er in der Regel noch über keinerlei Erfahrungen mit den hiesigen Geschäftsgepflogenheiten verfüge. Ihm ist das bestehende Wirtschafts- und Rechtssystem völlig fremd und auch die Sprache oft noch nicht vertraut. Unter diesen besonderen Umständen könne der in Rede stehende Personenkreis, der zudem in aller Regel nur über begrenzte finanzielle Mittel verfüge, nur allzu leicht der Versuchung erliegen, die bei einer Verkaufsveranstaltung in Wohnheimen angepriesenen Waren zu erwerben.

Soll mit einer Werbe- und Verkaufsaktion gezielt die Unkenntnis, Ungewandtheit und Beeinflussbarkeit der angesprochenen Personen ausgenutzt werden, so verstoße dieses Verhalten grundsätzlich gegen die guten Sitten und war damit nach altem Recht wettbewerbswidrig im Sinne von § 1 aUWG (vgl. Köhler/Piper, UWG, § 1 Rdn. 77; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 19. Aufl., § 1 UWG Rdn. 195).

Im geltenden UWG wird diese Konstellation von § 4a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 3, S. 2 erfasst. Maßgebend ist der Durchschnitt der vom Werbenden angesprochenen Personengruppe. Um ein Wiederaufleben des überkommenen Verbraucherleitbildes zu verhindern, müssen die Defizite der angesprochenen Personenkreise allerdings eklatant sein (vgl. Scherer, WRP 2004, 1355).

Leichtgläubigkeit liegt vor, wenn ein Verbraucher nicht das Urteilsvermögen aufbringt, das nötig ist, um die Vor- und Nachteile eines Geschäfts richtig einzuschätzen und aus diesem Grund den Behauptungen des Werbenden ungeprüft Glauben schenkt. Eigenständige Bedeutung neben der geschäftlichen Unerfahrenheit kommt diesem Tatbestandsmerkmal bei Verträgen zu, deren Tragweite auch ein Durchschnittsverbraucher nicht ohne fachliche Beratung abschätzen kann, z.B. bei Versicherungsverträgen.

Doch nicht allein besonders unerfahrene Adressaten können in ihrem Entscheidungsprozess in unzulässiger Weise beeinflusst werden. Verschiedene Vertriebsstrategien können den Entscheidungsprozess in kritischer Weise beeinflussen:

#### aa) Werteklamme

Werteklamme ist Werbung mit dem Wert einer Ware oder Leistung, die dem Kunden im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Geschäfts über eine andere Ware oder Leistung verbilligt oder ganz unentgeltlich überlassen wird. Lange wurde in der deutschen Praxis hierin ein unsachliches und deshalb unlauteres Reklamemittel gesehen. Die Werteklamme gibt aber „statt Worte Werte“. Insbesondere Zugaben wirken sich unmittelbar auf das Preis-/Leistungsverhältnis aus. Daher ist nur schwer verständlich, weshalb der Abnehmer zu sachfremden Überlegungen gebracht werden soll.

Wichtiger ist jedoch, das grundlegende Fehlverständnis zu erkennen: Es ist nicht Aufgabe des Lauterkeitsrechts, darüber zu befinden, welche Überlegungen sachfremd und welche sachgemäß sind. Allein die Wirtschaftsteilnehmer haben zu bestimmen, welche Kriterien für ihre wirtschaftliche Entscheidung relevant sein sollen, d.h. ihre Präferenzen festzulegen, und die Wettbewerber haben es in der Hand, diesen Präferenzen in ihrem Marketing zu folgen oder aber evtl. gar, sie aktiv zu prägen.

Die Werteklamme wird danach zwar von § 4a UWG erfasst. Im Hinblick auf die materiellen Anforderungen an die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit dürfen aber keine allzu niedrigen Maßstäbe angelegt werden (vgl. dazu auch sogl.).

**Fall 5:** Der B-Verlag gibt die Zeitschrift „Celebrity Girl“ heraus, die vorwiegend von weiblichen Teenagern gelesen wird. In der August-Ausgabe 2006 brachte B die Zeitschrift mit einer auf der Titelseite befestigten Sonnenbrille heraus, die in den Farben „Schwarz“ und „Lila“ erhältlich war. Der normale Verkaufspreis der Zeitschrift von 4,50 EUR wurde von B dabei beibehalten. Auf dem Titelblatt hieß es unter anderem: „Extra! Designer-Brille“, und auf Seite 3 des redaktionellen Teils wurden den Leserinnen Tipps zur Verwendung der Brille gegeben. (BGH v. 22.09.2005, I ZR 28/03, WRP 2006, 69 – *Zeitschrift mit Sonnenbrille*)

„19 ... Zwar weist das Berufungsgericht zu Recht darauf hin, dass es sich bei der Personengruppe der Jugendlichen um Verbraucher handelt, die im Schnitt geschäftlich unerfahrener sind als der Durchschnitt aller Verbraucher. Allerdings werden hier mit einer Jugendzeitschrift und einer Sonnenbrille Produkte angeboten, die auch von Jugendlichen regelmäßig nachgefragt werden. Bei derartigen Produkten kann eine ausreichende Kenntnis des Markts und der Werthaltigkeit der Angebote vorausgesetzt werden. Der Preis von 4,50 [EUR] ... bewegt sich nach der Lebenserfahrung im Rahmen des Taschengelds der angesprochenen jugendlichen Verbraucher. Selbst wenn die Zeitschrift nur deshalb erworben wird, um in den Besitz der Sonnenbrille zu gelangen, sind mit dem Kauf keine nennenswerten wirtschaftlichen Belastungen verbunden. Es ist auch nicht ersichtlich, warum ein Jugendlicher eine Zeitschrift oder eine Sonnenbrille für 4,50 [EUR] ... sollte erwerben können, nicht aber auch für denselben Preis eine Zeitschrift mit Sonnenbrille. Dies gilt auch mit Blick auf den Umstand, dass die Sonnenbrille in zwei verschiedenen Farben angeboten wird und deshalb nicht auszuschließen ist, dass einzelne Jugendliche die Zeitschrift zweimal kaufen.“

Der BGH hat diese Rechtsprechung in der Entscheidung *Sammelaktion für Schoko-Riegel* (BGH, GRUR 2009, 71) bestätigt und einen Verstoß eines beklagten Schokoriegelherstellers verneint, da die Kinder in diesem Fall in der Lage waren, die Sammelaktion des Schokoriegelherstellers hinsichtlich wirtschaftlicher Bedeutung, Preiswürdigkeit und finanzieller Belastung hinreichend zu überblicken und damit die Unerfahrenheit der Kinder nicht ausgenutzt werde.

bb) Koppelungsangebote

**Fall 6:** Die Kl. vertreibt unter anderem Geräte der Unterhaltungselektronik. In einer Werbebeilage bot die Kl. unter der Überschrift „Irgendwo besseres Angebot gesehen? Das gibt’s doch gar nicht!“ einen dem Typ nach bezeichneten Videorekorder der Marke Toshiba zum Preis von 49 DM an. Ein bei der blickfangmäßig herausgestellter Preisangabe angebrachter Stern verwies den Leser auf eine Bedingung, wonach dieser Preis nur bei gleichzeitigem Abschluss eines Stromlieferungsvertrags gültig sei. Sie befand sich in einem Kasten, der als Ganzes etwa die Größe der unmittelbar daneben stehenden Preisangabe („49,-\*“) aufwies und in dem im linken Teil eine Glühbirne abgebildet war. Daneben stand in von oben nach unten kleiner werdender Schrift folgender Text: „Jetzt sollte Ihnen ein Licht aufgehen! Mindestlaufzeit 24 Monate; Grundgebühr: 9,90 DM/Monat; Verbrauchsgebühr: 0,27 DM/kWh. \*Preis nur gültig in Verbindung mit einem Abschluss eines Stromlieferungsvertrags von ares“. Unter diesen Angaben befanden sich eine Abbildung des fraglichen Videorekorders sowie nähere Angaben zu diesem Gerät verbunden mit dem Hinweis, dass der „Preis ohne Stromvertrag“ 249 DM betrage. (BGH v. 13.6.2002, I ZR 173/01, NJW 2002, 3403 – *Koppelungsangebot II*).

Vor dem Hintergrund des von 1932 bis 2001 bestehenden Verbots von Zugaben wurden Verbindungen unterschiedlicher Waren stets kritisch betrachtet. Erst im Anschluss an die Abschaffung des Zugabensverbots änderte der Bundesgerichtshof seine Praxis gegenüber Koppelungsangeboten: Ein Unternehmer kann seitdem mit einem Vertragsschluss eine Ware oder Leistung verbinden, die unentgeltlich abgegeben wird. Dies gilt aber nicht uneingeschränkt, sondern un-

terliegt einer Missbrauchskontrolle. Welche Anforderungen an die Zulässigkeit gestellt werden müssen ist im Einzelfall herauszuarbeiten, wobei auf die von dem jeweiligen Angebot ausgehenden Gefahren geachtet werden muss. Im Mittelpunkt steht dabei die Gefahr, dass die Verbraucher über den tatsächlichen Wert des Angebots getäuscht oder unzureichend informiert werden oder ihnen keine rationale Entscheidung mehr möglich ist, da sie sich mit einer „übertriebenen Anlockung“ konfrontiert sehen. Der Unternehmer muss nach dem BGH auf der einen Seite nicht den Wert der Sache, die mit dem eigentlichen Vertragsgegenstand gekoppelt wird angeben, der Verbraucher darf auf der anderen Seite aber nicht über den Wert der Zugabe getäuscht werden

Insbesondere muss dem Verbraucher deutlich gemacht werden, womit die Zugabe verbunden ist; die Angaben zu einer wirtschaftlichen Belastung dürfen nicht in den Hintergrund treten. In obigen Fall ging der BGH davon aus, dass der Sternchenhinweis, der auf den Kasten mit dem Hinweis auf den Stromliefervertrag verwies, ausreichte, um die Verknüpfung deutlich zu machen. Allerdings führte der BGH auch aus, dass der vorherige Hinweis auf den eigentlichen Vertrag denkbar gewesen wäre. Dennoch kann der verständige Verbraucher aus dem Gesamteindruck erkennen, dass es sich bei dem Videorekorder um eine Zugabe handelt. Somit liegt keine unzulässige Koppelung vor.

cc) Werbung mit „unsachlichen“ Argumenten

In Bezug auf die Entwicklung der Fallgruppe der gefühlsbetonten Werbung sei auf AP 2 verwiesen.

dd) Einsatz aleatorischer Reize

Auch der Einsatz aleatorischer Reize (lat. *alea*, der Würfel) wird vom deutschen Lauterkeitsrecht traditionell missbilligt, weil es sich um ein „sachfremdes Lockmittel“ handelt. Die bereits mehrfach vorgetragenen Einwände gegen eine solche Betrachtung gelten entsprechend.

Preisausschreiben und Gewinnspiele wurden im Allgemeinen toleriert, wenn sie zum einen die Aufmerksamkeit des Publikums auf die vertriebenen Produkte lenken sollen und zum anderen nicht von einem Einsatz abhängen. Als Einsatz wurde namentlich ein Kaufzwang betrachtet, weil dann ein Teil des Kaufpreises das Entgelt für die Teilnahmemöglichkeit darstellt. Die Praxis war überaus restriktiv. Die UWG-Novelle aus dem Jahr 2004 legte das Verbot sog. akzessorischer, d.h. von einem Erwerbsgeschäft abhängiger Werbegewinnspiele und -preisausschreiben in § 4 Nr. 6 UWG 2004 nieder. Mit der in § 4 Nr. 6 UWG 2004 geregelten Ausnahme sollten nur solche Fälle erfasst werden, in denen die Teilnahme am Gewinnspiel ohne den Kauf gar nicht möglich wäre (z.B. Preisrätsel in einer Zeitschrift). Dem Verbot in § 4 Nr. 6 UWG 2004 galt ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH (v. 14.1.2010, C-304/08 – *Plus Warenhandels-gesellschaft*), welcher die Norm für unvereinbar mit der UGP-Richtlinie befand. Der BGH befand daraufhin, dass § 4 Nr. 6 UWG 2004 in der Weise richtlinienkonform auszulegen sei, dass die Kopplung eines Preisausschreibens oder Gewinnspiels an ein Umsatzgeschäft nur dann unlauter sei, wenn sie im Einzelfall eine irreführende Geschäftspraxis darstelle (Art. 6 und 7 UGP-RL) oder den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspreche (Art. 5 Abs. 2 lit. a UGP-RL) (BGH GRUR 2011, 532 - *Millionen-Chance II*). Vor diesem Hintergrund wurde der Tatbestand in der UWG-Novelle 2015 aufgehoben.

3. Belästigung, § 7 UWG

Im geltenden Recht regelt § 7 UWG das Verbot der unzumutbaren Belästigung. Bei der Belästigung muss nicht notwendigerweise in die Entscheidungsfreiheit der Adressaten eingegriffen werden. Dadurch unterscheidet sich die Norm von § 4a. Der unlauterkeitsbegründende Umstand besteht in der missbilligten Aufdrängung einer geschäftlichen Handlung. Vor allem die verschiedenen Formen des Direkt- bzw. Telemarketing werden durch die Norm erfasst:

Einer der Leitentscheidungen zum sog. „Anreißen“ (BGH, GRUR 1960, 431 – *Kraftfahrzeugnummernschilder*) lag ein durchaus beachtliches Bedrohungspotential zugrunde: Kraftfahrzeuge werden bei den Zulassungsstellen angemeldet. Die Zulassungsstellen weisen die Kennzeichen zu und versehen sie mit Zulassungs- und TÜV-Plaketten. Die Anfertigung der Kennzeichen erfolgt jedoch (meist) durch private Schilderdruckereien. Behördengängern, die ihr Fahrzeug anmelden wollen, liegt im Allgemeinen wenig daran, sich nach der Zuweisung eines Kennzeichens von der Zulassungsstelle erst weit zu entfernen, um „ihre“ Nummernschilder drucken zu lassen, und anschließend wieder zur Bestempelung zur Zulassungsstelle zurückzukehren. Für die Schilderhersteller bedeutet demgemäß der Betrieb einer Niederlassung in oder bei der Zulassungsstelle einen erheblichen Wettbewerbsvorteil. Der Beklagte hatte sich in der Nähe der Zulassungsstelle aufgehalten und Personen, die sie mit einem Zulassungsschein verließen, angesprochen und auf seine auf der gegenüberliegenden Straßenseite befindlichen Betriebsräume hingewiesen. An derselben Straße befanden sich noch mindestens vier weitere Unternehmen desselben Geschäftszweigs.

In seiner Begründung hat der Bundesgerichtshof maßgeblich darauf abgestellt, dass die Einwirkung auf die Willensfreiheit der Angesprochenen jedenfalls dann nicht mit den Anforderungen des lautereren Wettbewerbs vereinbar wäre, wenn die Mitbewerber diese Werbemethode nachahmen würden, wozu sie aus naheliegenden Gründen gezwungen seien.

Dem Gericht stand erkennbar die Vorstellung vor Augen, dass die Angestellten der einschlägig tätigen Unternehmen alsbald vor den Toren der Zulassungsstellen warten und sich auf die potentiellen Kunden stürzen würden. In einer solchen Situation würde tatsächlich in relevanter Weise in die Entscheidungsautonomie der Marktgegenseite eingegriffen. Dasselbe mag auch für den Einsatz von „Schleppern“ für Hotels in Flughäfen oder Bahnhöfen gelten. Das bloße individuelle Ansprechen von Passanten auf öffentlichen Straßen oder Plätzen wird jedoch im Regelfall nicht zu einer vergleichbaren Einflussnahme führen. Das hat auch die Rechtsprechung, etwa in der Entscheidung des BGH v. 14.2.2004, (I ZR 227/01, GRUR 2004, 699 – *Ansprechen in der Öffentlichkeit*) ausdrücklich anerkannt. Insoweit wurde deutlich gemacht, dass allein der Gesichtspunkt der Belästigung die nach wie vor bejahte Unlauterkeit jedenfalls beim persönlichen Ansprechen zu nicht erkennbar gewerblichen Zwecken zu tragen vermag.

**Fall 7:** Die Klägerin ist die Verbraucherzentrale B. e.V. Zu ihren satzungsgemäßen Aufgaben gehört es, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen. Die Beklagte ist ein Versicherungsunternehmen, das seine Leistungen u.a. über die Vermittlung durch Banken im Rahmen eines Agenturverhältnisses vertreibt. Eine entsprechende "Rahmenvereinbarung über die Zusammenarbeit" hat sie auch mit der V. bank H. geschlossen. Im Herbst 1994 unterzeichnete eine Kundin der genannten Bank zwei Anträge zur Eröffnung von Sparkonten, deren vorgedruckter Text unter Ziffer 3 wie folgt lautet: "Der Konto-/Depotinhaber ist mit der persönlichen und telefonischen Beratung in Geldangelegenheiten durch die Bank [ ] einverstanden. [ ] nicht einverstanden." In beiden Anträgen ist das Kästchen vor dem Wort "einverstanden" angekreuzt. Anfang November 1995 rief ein Mitarbeiter der V. Bank H. die Kundin an und vereinbarte mit ihr einen Besuchstermin "wegen einer Steuerersparnisache". (BGH v. 2.11.2000, I ZR 154/98)

Seit den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs *Telefonwerbung I – VI* ist anerkannt, dass ein Telefonanruf im Privatbereich zu Werbezwecken grundsätzlich gegen die guten Sitten des Wettbewerbs verstößt. Dem liegt zugrunde, dass der Schutz der Individualsphäre vorrangig gegenüber dem wirtschaftlichen Gewinnstreben von Wettbewerbern ist und dass die berechtigten Interessen der gewerblichen Wirtschaft, ihre Produkte werbemäßig anzupreisen, es angesichts der Vielfalt der Werbemethoden nicht erfordern, mit der Werbung auch in den privaten Bereich des umworbenen Verbrauchers einzudringen. Werbeanrufe sind nur dann ausnahmsweise zulässig, wenn der Angerufene zuvor ausdrücklich oder konkludent sein Einverständnis

mit einem solchen Anruf erklärt hat (st. Rspr.; vgl. BGH, Urt. v. 8.12.1994 - I ZR 189/92, GRUR 1995, 220 – *Telefonwerbung V*, m.w.N.; BGHZ 141, 124 ff.; 141, 137 ff.). Dies gilt auch für Anrufe, die - wie hier - der Vorbereitung eines häuslichen Vertreterbesuchs dienen (BGH GRUR 2000, 818, 819 – *Telefonwerbung VI*, m.w.N.).

Es ist demnach grundsätzlich wettbewerbswidrig, den Inhaber eines Fernsprechanchlusses in dessen privatem Bereich ohne sein zuvor ausdrücklich oder konkludent erklärtes Einverständnis anzurufen, um einen Besuchstermin zu vereinbaren, der dem Neuabschluss eines Versicherungsvertrags dienen soll. Diese Rechtsprechung wurde in § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG kodifiziert.

Fraglich ist, ob vorliegend ein wirksames Einverständnis der Kundin mit dem Anruf des Mitarbeiters der V. bank H. vorlag. Der BGH hatte zunächst angenommen, dass die in den Kontoeröffnungsanträgen enthaltene Einverständniserklärung als Allgemeine Geschäftsbedingung i.S. von § 305 Abs. 1 BGB zu behandeln sei. Dabei sei es ohne Bedeutung, ob der Kunde die Wahl zwischen bestimmten, vom Verwender vorgegebenen Alternativen habe (vgl. BGH, Urt. v. 3.12.1991 - XI ZR 77/91, NJW 1992, 503 f.; Urt. v. 7.2.1996 - IV ZR 16/95, NJW 1996, 1208, m.w.N.; BGH GRUR 2000, 818, 819 - *Telefonwerbung VI*). Entscheidend sei, dass der Verwender - wie im vorliegenden Fall - bei der von den Kunden abzugebenden Erklärung die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit für sich ebenso in Anspruch nimmt wie bei der Vorformulierung eines Vertragstextes, und dass der Kunde nur darauf, ob er die Erklärung abgeben will, nicht aber auf ihren Inhalt Einfluss habe (vgl. BGHZ 141, 124 ff.). Es ist allerdings fraglich, ob dieser Zugang des Wettbewerbssenats mit der jüngeren Rechtsprechung zum AGB-Begriff in Einklang steht, vgl. BGH v. 6.12.2002, V ZR 220/02 = BGHZ 153, 148).

In der jüngeren Entscheidung *Einwilligung in Werbeanrufe II* (BGH v. 25.10.2012, I ZR 169/10) hat der BGH diesen expansiven Zugang korrigiert. Das in Deutschland als Regelungsmodell gewählte opt in-Verfahren wirkt sich nur dann nicht als faktisches Verbot jeder Telefonwerbung im privaten Bereich aus, wenn eine im modernen Geschäftsleben praktikable Möglichkeit besteht, die Einwilligung zu erhalten. Das setzt voraus, dass die Einwilligung grundsätzlich auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam erteilt werden kann. Der Verbraucherschutz vor Aushöhlung des Verbots wird in richtlinienkonformer Auslegung nunmehr auf andere Weise bewirkt: Eine Einwilligung wird nur dann gem. Art. 2 Satz 2 lit. f Richtlinie 2002/58/EG, Art. 2 lit. h Richtlinie 95/46/EG "in Kenntnis der Sachlage" erteilt, wenn der Verbraucher weiß, dass seine Erklärung ein Einverständnis darstellt und worauf sie sich bezieht. Die Einwilligung erfolgt für den konkreten Fall, wenn klar wird, welche Produkte oder Dienstleistungen welcher Unternehmen sie konkret erfasst.

Bei gewerblichen Adressaten tritt der Gesichtspunkt des Eindringens in die Privatsphäre selbstverständlich zurück. Demgemäß wird hier bereits von einem konkludenten Einverständnis des Werbeadressaten ausgegangen, wenn der Anruf dessen Kerngeschäft betrifft. Die mutmaßliche Einwilligung genügt zur Rechtfertigung des Wettbewerbsverhaltens, vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG.

Durch die UWG-Novelle 2008 wurde § 7 UWG als eigenständiger Unzulässigkeitstatbestand ausgestaltet, so dass nicht mehr auf die Bagatellklausel des § 3 Abs. 1 zurückzugreifen ist.

#### IV. Verletzung von Konkurrenteninteressen

##### 1. Anschwärzung, § 4 Nr. 1, 2 UWG

Einer der klassischen UWG-Tatbestände ist die Anschwärzung, die Herabsetzung eines Wettbewerbers gegenüber der Marktgegenseite. Anders als bei den folgenden Fallreihen der Irreführung und der unangemessenen Beeinflussung wird durch dieses Wettbewerbsverhalten zwar die Marktgegenseite nicht unmittelbar geschädigt; die Schädigung des Wettbewerbers erfolgt aber mittelbar über eine Einwirkung auf die Marktgegenseite.



Das UWG unterscheidet die Anschwärzung durch herabsetzende Meinungsäußerungen (§ 4 Nr. 1 UWG) und unwahre Tatsachenbehauptungen (§ 4 Nr. 2 UWG).

## 2. Individuelle Behinderung, § 4 Nr. 4 UWG

Bei den bisher geschilderten Wettbewerbsverstößen wurde die Wettbewerbsverfälschung durch eine „Umleitung“ der Nachfrage bewirkt. Der Wettbewerb kann aber auch durch Wettbewerbs-handlungen verfälscht werden, bei denen ein Wettbewerber unmittelbar die Marktposition seiner Mitbewerber angreift. Die individuelle Behinderung ist in § 4 Nr. 4 UWG geregelt.

Die Behinderungstatbestände stehen prototypisch für das überkommene Verständnis des Lauterkeitsrechts als Konkurrentenschutzrecht. Bei solcher Optik ist die Verletzung bestimmter Konkurrenten denknotwendig. Das Lauterkeitsrecht hat sich freilich inzwischen weit über den reinen Konkurrentenschutz hinaus entwickelt.

Die Verdrängung unterlegener Marktteilnehmer gehört zum Wesen des Wettbewerbs. Ihre Behinderung durch den Wettbewerb kann deswegen nicht *per se* unlauter sein. Die Grenze zwischen wettbewerbskonformer Beeinträchtigung und wettbewerbswidriger unlauterer Behinderung liegt dort, wo es Mitbewerbern oder Dritten erschwert oder verunmöglicht wird, ihre für die Bedürfnisbefriedigung aus der Sicht der Marktgegenseite relevante Leistungskraft zur Geltung zu bringen und infolgedessen die Marktgegenseite einen auf ihrem freien Willen beruhenden Marktvergleich nicht mehr vornehmen kann. Solche Behinderungen können sich gegen einen oder mehrere individuell bestimmte Mitbewerber oder gegen die Gesamtheit der Mitbewerber richten.

### a) Bezugsbehinderung

Bezugsbehinderungen sind wettbewerbswidrig, wenn der Mitbewerber an der Erstellung seiner Leistung gehindert und so vom Wettbewerb abgeschnitten werden soll.

### b) Absatzbehinderung

Darunter fällt v.a. das Abfangen von Kunden, die vor oder in unmittelbarer Nähe des Geschäfts der Konkurrenz angesprochen und mit dem eigenen Angebot konfrontiert werden. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalles. Der österreichische Oberste Gerichtshof hat zu Recht angenommen, dass das Ansprechen von Busfahrern und Reisenden auf einem für den Besuch einer berühmten Sehenswürdigkeit bestimmten Autobusparkplatz keine unlautere Behinderung ist, wenn der Mitbewerber sein Restaurant zwar im Bereich der Sehenswürdigkeit, aber außerhalb der Sichtweite des Parkplatzes mehr als 100 m entfernt betreibt (OGH, ÖBI 1997, 61 – *Stiftsparkplatz*). Bloße Handzettelwerbung vor dem Konkurrenzgeschäft auf eine mehrere Tage später und an einem anderen Ort stattfindende eigene, gleichartige Verkaufsveranstaltung ist nicht unlauter, da insoweit die sachliche Prüfung des Konkurrenzangebots durch die Interessenten nicht erschwert oder unmöglich gemacht wird (BGH, GRUR 1986, 547, 548 – *Handzettelwerbung*).

### c) Werbebehinderung

Die Vereitelung fremder Werbung durch Zerstören, Überkleben oder Überdecken ist unlauter. Dasselbe gilt für die Beseitigung von Marken und Gütezeichen auf fremden Waren bei anschließendem Weiterverkauf.

### d) Betriebsstörung

Betriebsstörungen sind behindernde Handlungen, die sich nicht gegen die Tätigkeit des Mitbewerbers am Markt, sondern gegen dessen Unternehmen selbst richten. Die Handlungen zielen

nicht unmittelbar auf die Marktpräsenz des Konkurrenten, sondern wollen diesen durch Störungen und Behinderungen seines Betriebs mittelbar treffen.

Dazu gehören unberechtigte Verwarnungen wegen angeblicher Schutzrechtsverletzung oder unlauteren Wettbewerbs durch Mitbewerber. Berechtigte Verwarnungen sind dagegen immer zulässig, ebenso die Bekanntgabe bloßer Rechtsauffassungen. Unzulässig ist das Sperren durch Zeichenerwerb, damit der Mitbewerber sich überhaupt keine Unternehmensidentität aufbauen kann (sog. „echte Markenpiraterie“), das Abwerben von Mitarbeitern und Kunden bei Vorliegen weiterer "besonderer Umstände“.

aa) Entfernen von Kontrollnummern

**Fall 8:** Die Klägerin stellt über ihre französische Tochtergesellschaft bekannte Markenparfums her (Davidoff, JOOP!, Jil Sander, Bogner, Monteil und Chopard) und vertreibt sie über ein selektives Vertriebssystem. Alle Produkte der Klägerin tragen auf dem Verpackungskarton eine zehnstellige Codenummer. Diese Nummer erfüllt zwei Funktionen: Zum einen dient sie der nach § 4 Abs. 1 KosmetikVO erforderlichen Identifizierung der Herstellung. Zum anderen ermöglicht die fortlaufend vergebene Nummerierung eine Kontrolle der Vertriebswege. Taucht Ware der Klägerin bei einem nichtgebundenen Wiederverkäufer auf, kann die Klägerin mit Hilfe der jeweiligen Nummer feststellen, auf welchem Wege die Ware in seine Hände gelangt ist. Die Beklagte betreibt eine Parfümeriekette. Obwohl sie nicht in das Vertriebssystem der Klägerin eingebunden ist, bietet sie in ihren Läden Produkte der Klägerin an. Sie erwirbt diese Produkte auf dem sogenannten grauen Markt, auf dem Waren der Klägerin entgegen den Vorgaben der Depotverträge an nichtgebundene Wiederverkäufer veräußert werden. Anlass für den vorliegenden Rechtsstreit ist der Umstand, dass die Beklagte in ihren Filialen Parfums der Klägerin anbietet, bei denen die letzten vier oder fünf Ziffern der Herstellungsnummer entfernt worden sind. (BGH v. 15.7.1999, I ZR 14/97 = GRUR 1999, 1109)

[Verstoß gegen § 4 Nr. 4 UWG

Der Bundesgerichtshof hat in der Entscheidung "Außenseiteranspruch II" vom 1. Dezember 1999 entschieden, dass ein dem Vertriebssystem nicht angehörender Händler nicht allein deswegen wettbewerbswidrig handelt, weil er vertriebsgebundene Ware unter Ausnutzung des Vertragsbruchs eines Vertragshändlers erwirbt und weiterveräußert. Der Bundesgerichtshof hat dabei aber - wie bereits in der Entscheidung "Entfernung der Herstellungsnummer I" vom 15. Juli 1999 (BGHZ 142, 192, 201) - zum Ausdruck gebracht, dass es dem Hersteller, der ein rechtlich nicht zu missbilligendes Vertriebsbindungssystem betreibt, freistehe, die Vertragstreue seiner Vertragshändler durch ein Nummernsystem zu kontrollieren (BGHZ 143, 232, 243 f.). Wird der Hersteller bei dieser legitimen Kontrolle dadurch behindert, dass ein Wettbewerber die Kontrollnummern entfernt oder Ware vertreibt, bei der die Kontrollnummern entfernt wurden, steht ihm gegenüber dem Wettbewerber ein Anspruch aus § 1 aUWG. zur Seite (BGHZ 142, 192, 202 - Entfernung der Herstellungsnummer I; 143, 232, 243 - Außenseiteranspruch II).

Die Reichweite dieses Anspruchs ist jedoch dadurch begrenzt, dass der Einsatz von Kontrollnummern nicht seinerseits rechtswidrig ist. Nicht jedem auf wirksamen Verträgen beruhenden Vertriebssystem wird der besondere Schutz zuteil, der darin besteht, dass die Entfernung der zur Kontrolle des Systems verwendeten Nummern unter dem Gesichtspunkt einer wettbewerbswidrigen Behinderung nach § 1 aUWG unterbunden werden kann. Dieser besondere Schutz kann vielmehr nur einem Vertriebssystem zukommen, das rechtlich nicht zu missbilligen ist.

Mit Hilfe des Herstellercodes kann die Klägerin die Graumarktquellen ermitteln, schließen und damit die Beklagte vom Bezug ihrer Waren ausschließen. Diese Kontrolle ihrer

Vertriebswege ist u.U. rechtswidrig und damit rechtlich nicht geschützt. In Betracht kommt insoweit ein Verstoß gegen autonomes deutsches oder europäisches Kartellrecht.]

...

#### bb) Systematischer Nachbau

Die Rechtsprechung nimmt aufgrund einer Gesamtwürdigung eine unlautere Behinderung an, wenn der Nachahmer sich bei freier Wählbarkeit einer Fülle von Gestaltungsmöglichkeiten schrittweise und zielbewusst an eine Vielzahl von Produkten des Originalherstellers (in casu: 19 von über 100) anhängt und ihm aufgrund der Einsparung kostspieliger eigener Entwicklungsarbeit eine erhebliche Preisunterbietung möglich ist, die ihm entsprechende Wettbewerbsvorteile verschafft (BGH, GRUR 1996, 210, 212 – *Vakuumpumpen*). Dabei spielt auch die Möglichkeit der Amortisation der Entwicklungskosten durch den Originalhersteller eine Rolle. Dem ist in Ergebnis und Begründung weitestgehend zuzustimmen. Das ergibt sich im Wesentlichen aus dem dem Lauterkeitsrecht zugrunde zulegenden dynamischen Wettbewerbsmodell, das ebenso sehr wie von der Imitation von der Innovation lebt und deswegen die Möglichkeit der Erzielung temporärer Vorsprungsrenten voraussetzt.

Werden nicht verwechselbare Produkte verschiedener Hersteller durch bloße Schaffung von Kompatibilität in Zusammenhang gebracht, so kann grundsätzlich unlautere Behinderung vorliegen, wenn die kompatiblen Folgeprodukte in billigerer Ausführung auf den Markt gebracht werden, so dass die Gefahr besteht, dass die schlechte billige Ware die teuren besseren Waren vom Markt verdrängt. Dafür ist aber erforderlich, dass die Qualitätsmängel des billigeren kompatiblen Produkts den Ruf des teureren „Originals“ beeinträchtigen (vgl. BGH, GRUR 2000, 521, 527 – *Modulgerüst*).

#### cc) Insb.: Vergleichende Werbung

##### Richtlinie über vergleichende Werbung 1997

Im Jahr 1997 wurde die Richtlinie 97/55/EG „zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung“ (ABl. 1997 Nr. L 290/18) erlassen. Die Richtlinie 84/450/EWG hat den Titel „... über irreführende und vergleichende Werbung“ erhalten. Durch die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken wurde der Schutzzweck und der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinie über irreführende Werbung im Hinblick darauf reduziert, dass der Schutz der Verbraucher gegenüber sie irreführenden Geschäftspraktiken bereits in ersterer begründet wird. Die mehrfach geänderte Richtlinie wurde schließlich in der Richtlinie 2006/114/EG kodifiziert. Vergleichende Werbung ist danach

„jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die von einem Mitbewerber angeboten werden, erkennbar macht“.

Dies stellt eine weite Definition dar, die es ermöglicht, alle Arten der vergleichenden Werbung abzudecken. Erfasst wird jede bezugnehmende Werbung, d.h. die persönliche, die sachlich kritisierende und die anlehnend vergleichende Werbung. Damit ist eine gezielte Bezugnahme erforderlich („die ... *einen Mitbewerber* ... erkennbar macht“, Hervorhebung d. Verf.). Aus der bloßen Kritik an Waren, Leistungen oder Werbemethoden von Mitbewerbern ist regelmäßig nicht bereits ein Vergleich herauszulesen (BGH, WRP 2001, 1291, 1293 – *Soooo ... billig*). Es genügt allerdings die nur mittelbare Bezugnahme auf einen Mitbewerber oder die von ihm angebotenen Leistungen.

Vergleichende Werbung ist zulässig, sofern sie nicht irreführend ist (lit. a), Waren oder Dienstleistungen für den gleichen Bedarf oder die gleiche Zweckbestimmung vergleicht (lit. b), eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbar und typische Eigenschaften, zu denen auch der Preis gehören kann, objektiv vergleicht (lit. c), Mitbewerber oder deren Erzeugnisse nicht herabsetzt oder verunglimpft (lit. d), sich bei Waren mit Ursprungsbezeichnungen in jedem Fall auf Waren mit derselben Bezeichnung bezieht (lit. e), den Ruf einer Marke, einer Firma, anderer Kennzeichen eines Mitbewerbers oder Ursprungsbezeichnungen von Konkurrenzprodukten nicht in unlauterer Weise ausnutzt (lit. f), die Ware oder Dienstleistung nicht als Imitation oder Nachahmung einer anderen Ware oder Dienstleistung mit geschützter Marke oder geschütztem Handelsnamen darstellt (lit. g) und schließlich auf dem Markt keine Verwechslung zwischen dem Werbenden und einem Mitbewerber verursacht (lit. h). Anders als das frühere deutsche Recht geht die Irreführungsrichtlinie vom Missbrauchsprinzip aus.

#### Vergleichende Werbung nach § 6 UWG

**Fall 9:** Die Klägerin stellt Gelenkwellen für Landmaschinen und Sonderantriebe her und vertreibt diese. Ihre Teile werden als Erstausrüstung von den Produzenten der Landmaschinen verwendet. In Deutschland hat die Klägerin in diesem Bereich einen Marktanteil von 70 %. Neben der Erstausrüstung liefert sie komplette Gelenkwellen und Teile davon für die Ersatzbeschaffung. Die Beklagte vertreibt ebenfalls komplette Gelenkwellen und Ersatzteile von Gelenkwellen. Sie tritt als Erstausrüsterin nicht in Erscheinung, sondern beliefert Landmaschinen-Reparaturbetriebe mit ihren Waren. Die Klägerin verwendet zur Kennzeichnung ihrer kompletten Gelenkwellen ein bestimmtes Nummernsystem und für die in den jeweiligen Gelenkwellen verwendeten Kreuzgarnituren darauf abgestimmte Nummern passend zur Baugröße der jeweiligen Gelenkwelle. Die Ersatzteilnummern sind aus diesen Bezeichnungen abgeleitet.

Die Beklagte benutzt in ihrem Katalog zur Kennzeichnung ihrer Gelenkwellen eigenständige Bestellnummern, zu denen in einer Spalte "ersetzt" die Baugrößenbezeichnungen der Klägerin genannt werden. Zur Bezeichnung der Einzelteile von Gelenkwellen verwendet die Beklagte ebenfalls eigenständige Bestellnummern und gibt an, dass ihr Ersatzteil das jeweilige Teil der Klägerin, welches mit seiner Baugröße oder Ersatzteilnummer bezeichnet wird, ersetzt. Auf der Verpackung ihrer Ersatzteile verwendet die Beklagte ebenfalls das Ersatzteilnummernsystem der Klägerin, beispielsweise "Kreuzgarnitur, ersetzt 11.03.00, 3.41". Eine technische Beschreibung, aus der sich Form, Abmessungen oder weitere technische Daten zur Kraftübertragung usw. ergeben, enthält der Ersatzteilkatalog der Beklagten nicht. Auf den Katalogseiten wird zudem darauf hingewiesen, dass die angebotenen Teile S.-Teile seien und die Originalbezeichnungen nur Vergleichszwecken dienen.

Die Klägerin sieht in der Verwendung ihrer Baugrößenbezeichnungen oder der weitgehend daraus abgeleiteten Ersatzteilnummern durch die Beklagte eine unzulässige Rufausbeutung. Das jeweilige Teil könne anhand seiner Maße und technischen Eigenschaften hinreichend genau bezeichnet werden, um für den Reparaturbetrieb eine sichere Ersatzteilbeschaffung zu gewährleisten. Insbesondere durch die Angabe "ersetzt" wolle die Beklagte an dem guten Ruf der Produkte der Klägerin teilhaben.

Die Beklagte hat geltend gemacht, auf dem Ersatzteilmarkt für Gelenkwellen habe sich die Notwendigkeit herausgebildet, die Bezeichnungen der Klägerin zur Kennzeichnung des eigenen Bauteils zu verwenden, weil die Klägerin praktisch marktbeherrschend sei und ihr Kennzeichnungssystem den Charakter einer Norm habe. Deshalb komme - auch unabhängig von dem Kataloghinweis - niemand auf die Idee, die Teile der Beklagten könnten Originalware sein, zumal die Teile nur an Fachkreise vertrieben würden. Mit ihrer Kennzeichnung halte sich die Beklagte im Rahmen dessen, was alle anderen Anbieter von Gelenkwellenteilen täten und zum Vertrieb der Produkte auch zwangsläufig tun

müssten. Ein Übergang auf die Produkte der Beklagten sei nicht ohne Nennung der Baugrößenbezeichnungen und Ersatzteilnummern der Klägerin möglich. Eine technische Beschreibung könne nicht zur hinreichenden Identifizierung des benötigten Teils dienen. Ein Hinweis darauf, welche Gelenkwellen für welche Landmaschine passten, sei ebenfalls nicht praktikabel, weil es eine unübersehbare Vielfalt von Landmaschinen gebe und ein Katalog dafür nicht erstellt werden könne. (BGH v. 2.10.2002, I ZR 90/00 = WRP 2003, 637 – *Ersetzt*)

Durch das Gesetz zur vergleichenden Werbung und zur Änderung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften vom 1. September 2000 war der neue § 2 aUWG mit Wirkung vom 14. September 2000 in Kraft getreten (Art. 1 Nr. 1-3 und Art. 4 des Gesetzes, BGBl. 2000, I S.1374). Die Vorschrift wurde durch die UWG-Novelle 2004 unverändert in § 6 UWG a.F. übernommen. Durch die UWG-Novelle 2008 wurde der Tatbestand der vergleichenden Werbung nur minimal verändert. Durch die Reform wurde § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG a.F. dahingehend geändert, dass es nunmehr durch den Vergleich nicht mehr zu einer Verwechslung kommen muss, sondern bereits die Gefahr einer Verwechslung zwischen dem Werbenden und einem Mitbewerber oder zwischen den von diesem angebotenen Waren und Dienstleistungen oder von ihm verwendeten Kennzeichen unlauter ist, § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG. In § 6 Abs. 2 Nr. 4 wurde die Formulierung „Wertschätzung“ durch „Ruf“ ersetzt. In der UWG-Novelle 2015 blieb § 6 UWG unverändert.

Bei der beanstandeten Werbung für die Gelenkwellen und die Ersatzteile der Beklagten handelt es sich um eine vergleichende Werbung i.S. von § 6 Abs. 1 UWG, weil mit ihr unmittelbar oder mittelbar Mitbewerber oder die von ihm angebotenen Produkte erkennbar gemacht werden.

Die Gegenüberstellung von Bestellnummern kann nicht schon deshalb als wettbewerbswidrig angesehen werden, weil ein sachlich rechtfertigender Anlass gefehlt habe. Vergleichende Werbung war nach den geltenden Normen, die die Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung (ABl. EG Nr. L 290 v. 23.10.1997, S. 18 = GRUR 1998, 117) umsetzen, vielmehr grundsätzlich zulässig. Nach der zweiten Begründungserwägung der Richtlinie soll sie dazu beitragen, die Vorteile der verschiedenen vergleichbaren Erzeugnisse objektiv herauszustellen und so den Wettbewerb zwischen den Anbietern von Waren und Dienstleistungen im Interesse der Verbraucher zu fördern (vgl. EuGH GRUR 2002, 354, 355 Tz. 36 = WRP 2001, 1432 – *Toshiba/Katun*).

Solche Gegenüberstellungen ermöglichen dem Verkehr, die Erzeugnisse eines Herstellers, die den Erzeugnissen eines anderen Herstellers entsprechen, eindeutig zu identifizieren. Eine solche Angabe stellt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften die Behauptung einer Gleichwertigkeit hinsichtlich der technischen Eigenschaften der beiden Erzeugnisse dar, das heißt einen Vergleich wesentlicher, relevanter, nachprüfbarer und typischer Eigenschaften der Erzeugnisse i.S. des § 2 Abs. 2 Nr. 2 aUWG (vgl. zu Art. 3a Abs. 1 Buchst. c Richtlinie 84/450/EWG: EuGH GRUR 2002, 354, 355 Tz. 38 f. – *Toshiba/Katun*). In der von der Klägerin beanstandeten konkreten Verwendung einer eigenen Bezeichnung in der angegriffenen Gegenüberstellung mit der Angabe "ersetzt" kann daher kein Verstoß gegen die guten Sitten i.S. von § 1 aUWG gesehen werden.

Möglich ist zwar, dass eine Gegenüberstellung der Bezeichnungen zu Verwechslungen zwischen den Herstellern oder zwischen den von diesen angebotenen Waren führt (§ 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG). Wenn die angesprochenen Verkehrskreise aber nicht über die Herkunft der Gelenkwellen oder der Ersatzteile getäuscht werden, insb. weil sie klarstellende Hinweise erkennen und entsprechend einordnen, kann nicht von einer Irreführung i.S. von § 5 UWG ausgegangen werden.

Durch Gegenüberstellungen könnte immerhin eine unlautere Ausnutzung oder Beeinträchtigung des von der Klägerin verwendeten Kennzeichens i.S. von § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG 2004 begrün-

det werden. Insb. die Anlehnung an einen „Branchenstandard“, den ein Marktführer gesetzt hat, gestattet nicht die Annahme einer unlauteren Ausnutzung des guten Rufs (BGHZ 139, 378, 387 – *Vergleichen Sie*; vgl. auch EuGH GRUR 2002, 354, 356 Tz. 53 ff. – *Toshiba/Katun*).

### 3. Allgemeine Marktbehinderung

Eine allgemeine Marktbehinderung (z.T. Marktstörung) liegt vor, wenn ein zwar nicht von vornherein unlauteres, aber doch wettbewerblich bedenkliches Wettbewerbsverhalten für sich allein oder in Verbindung mit den zu erwartenden gleichartigen Maßnahmen von Mitbewerbern die ernstliche Gefahr begründet, dass der Wettbewerb hinsichtlich der fraglichen Warenart in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird. Der Tatbestand wird nach wie vor allein über die Generalklausel in § 3 Abs. 1 UWG erfasst.

### 4. Ausbeutung

#### a) Ergänzender lauterkeitsrechtlicher Leistungsschutz

##### aa) Grundproblematik des ergänzenden lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutzes

Bei sämtlichen Fallreihen der Ausbeutung geht es um den Schutz von Leistungen im Wettbewerb. Der Schutz gewerblicher Leistungen ist die Domäne des Immaterialgüterrechts. Der immaterialgüterrechtliche Leistungsschutz ist ein absoluter. Der Inhaber eines Schutzrechts kann jede Form der unautorisierten Verwendung durch Dritte ausschließen.

Auf der anderen Seite ist der immaterialgüterrechtliche Leistungsschutz an die Erfüllung einer Vielzahl formaler (Registereintrag, Schutzgebühr) und inhaltlicher Voraussetzungen (z.B. Neuheit, Erfindungshöhe) gebunden und überdies im Regelfall zeitlich begrenzt. Lediglich die Kennzeichenrechte können theoretisch ewig bestehen. Diese Begrenzungen machen einerseits deutlich, dass ein ergänzender Leistungsschutz durch das Lauterkeitsrecht nicht unbesehen gewährt werden kann, da sonst die Wertungen der Immaterialgüterrechtsgesetze unterlaufen werden würden.

Andererseits führt die Struktur des Immaterialgüterrechtsschutzes zugleich zu der Erkenntnis, dass das Immaterialgüterrecht allein nicht geeignet ist, die wirtschaftlichen Interessen angemessen zu berücksichtigen. Der immaterialgüterrechtliche Schutz ist in einer Weise formalisiert und durchschlagend, dass eine extensive Auslegung des Tatbestandes nicht in Frage kommen kann, will man nicht das Wirtschaftsleben ersticken. Darauf beruht der sog. *numerus clausus* der Immaterialgüterrechte. Als schutzwürdig erkannte Interessen müssen demgemäß auf andere Weise zur Geltung gebracht werden. Als flexibles Instrument dazu hat sich das Lauterkeitsrecht erwiesen. In der Entscheidung *Bodendübel* hob der BGH hervor, dass auch (zuvor) patentgeschützten Erzeugnis wettbewerbliche Eigenart zukommen kann und dabei nicht nur solche Merkmale wettbewerbliche Eigenart begründen können, die von der patentierten technischen Lösung unabhängig sind, da ein (früherer) Patentschutz eines Erzeugnisses dieses nicht schlechter stellen darf. Die formgebenden technischen Merkmale eines Erzeugnisses können auch als Herkunftshinweis dienen, wenn bspw. ein Markenschutz für das Merkmal nicht möglich wäre (BGH, GRUR 2017, 734 – *Bodendübel*).

##### bb) Ausbeutungstatbestände - Reichweite des lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutzes

So stellte sich seit jeher die Frage, wie weit ein angemessener Leistungsschutz mit den Mitteln des Lauterkeitsrechts gewährt werden darf und kann. Damit wird die Frage nach dem Verhältnis des Schutzes der Immaterialgüterrechte zum allgemeinen Deliktsrecht bzw. zum Lauterkeitsrecht aufgeworfen. Die Praxis zieht bis heute aus dem immaterialgüterrechtlichen Sonderschutz einen Umkehrschluss, immaterialgüterrechtlicher Sonderschutz verdränge den lauterkeitsrechtlichen Schutz.

Im Hintergrund steht die oft zitierte „Umwegtheorie“: Durch die Anwendung des Lauterkeitsrechts dürfe kein Schutz gewährt werden, den das Immaterialgüterrecht bewusst verweigert habe. Eine strenge Anwendung der Umwegtheorie vernachlässigt indes, dass eine Privilegierung bestimmter - unlauterer! - Wettbewerbshandlungen kaum deshalb gerechtfertigt sein kann, weil ein immaterialgüterrechtlicher Schutz möglich gewesen wäre. Dementsprechend ist anerkannt, dass der Schutz einer Marke dort seine Grenze finden muss, wo ihr Gebrauch unlauter ist.

Der Umkehrschluss ist bereits methodisch angreifbar, weil der immaterialgüterrechtliche Schutz von *besonderer Natur* ist: Der immaterialgüterrechtliche Leistungsschutz ist ein *absoluter*. Der Inhaber eines Schutzrechts kann jede Form der unautorisierten Verwendung durch Dritte ausschließen (vgl. nur Art. 5 Abs. 1 der Markenrechtsrichtlinie: „Die eingetragene Marke gewährt ihrem Inhaber ein ausschließliches Recht. Dieses Recht gestattet es dem Inhaber, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ...). Immaterialgüterrechte können damit zur zeitlich begrenzten Monopolisierung von Märkten eingesetzt werden. Allgemein delikts- oder lauterkeitsrechtliche Ansprüche haben diese Reichweite nicht.

Aufgrund dieser besonderen Problematik dauerte die Etablierung einschlägiger Fallreihen vergleichsweise lang. Ein Schutz gegen Nachahmung wurde zunächst für Ausstattungen unter dem Gesichtspunkt der Verwechslungsgefahr gewährt. Er ist heute in § 4 Nr. 3 lit. a UWG niedergelegt. Daneben wurde der Gesichtspunkt der Rufausbeutung in den Fallgruppen der offenen Anlehnung erkannt und als unlauterkeitsbegründender Umstand herangezogen. Er findet sich seit der UWG-Novelle 2015 in § 4 Nr. 3 lit. b UWG wieder.

Im *technischen Bereich* legte das Reichsgericht zunächst die sog. „Hosenbodentheorie“ (die scherzhafte Bezeichnung spielt darauf an, dass nach jener Theorie die Verwertung eines Leistungsergebnisses demjenigen zustehe, der den „Hosenboden“ verbraucht hat, um die Leistung entstehen zu lassen, vgl. bereits *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 7. Aufl. 1956, § 1 UWG Rdn. 152) zugrunde: Es sei unzulässig, „ein mit Mühe und Kosten erlangenes fremdes Arbeitsergebnis“ auszubeuten (RGZ 111, 254, 256 – *Käthe Kruse-Puppen*). Spätere Entscheidungen heben das Erfordernis „besonderer Umstände“ hervor, derer es für die Annahme der Unlauterkeit bedarf. Sie gestatten es nach herrschender Meinung, den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit zu überwinden und sog. „ergänzenden lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutz“ zu gewähren. Die Unzulässigkeit der „sklavischen Nachahmung“ wurde damit begründet, dass der Nachbauer mit einer starken Verwechslungsgefahr rechnen musste, es aber gleichwohl unterließ, sie auszuschalten. Bereits im Jahr 1927 wurde der Gesichtspunkt hervorgehoben, dass der Nachahmer durch die Ersparnis weiterer Kosten einen ungerechtfertigten Vorteil erlange (KG, GRUR 1927, 821, 823 – *Citroën Torpedo/Opel Laubfrosch*).

Heute wird das Unlauterkeitsurteil beim systematischen Nachbau wettbewerblich eigenartiger Erzeugnisse eines Wettbewerbers überwiegend auf den Gesichtspunkt der Behinderung gestützt: Die unmittelbare und die fast identische Leistungsübernahme könne durch eine Preisunterbietung unlauter werden, wenn die Übernahme des mit hohen Entwicklungskosten belasteten Leistungsergebnisses zu einer ganz erheblichen, sich im Verkaufspreis niederschlagenden Diskrepanz der Gestehungskosten der beiderseitigen Erzeugnisse führt (BGH, GRUR 1996, 210, 213 – *Vakuumpumpen*).

#### b) Anlehnung, Rufausbeutung

Ein großer Teil der anlehrenden Werbung wird von den Regelungen über die vergleichende Werbung erfasst (vgl. dazu o.). § 6 UWG ist jedoch nicht einschlägig, wenn zwar Waren oder Kennzeichen einander gegenübergestellt werden, für den Umworbenen aber keine Kaufalternativen geboten werden. Die bloße Anlehnung zwecks Rufausbeutung ist kein Vergleich i.S.d. § 6 UWG. Insoweit kann auf die Generalklausel in § 3 UWG zurückgegriffen werden.

Zu beachten ist jedoch, dass nach überwiegender Auffassung der kennzeichenrechtliche den lauterkeitsrechtlichen Schutz verdrängt. Soweit das MarkenG der bekannten oder berühmten Marke Schutz gewährt, soll der Schutz auf der Grundlage von § 3 UWG ausgeschlossen sein (str.). Auf § 3 UWG soll indes wieder zurückgegriffen werden, wenn die markenrechtlichen Regelungen nicht zum Zuge kommen.

## 5. Rechtsbruch

Besondere Konsequenzen hat ein wettbewerbsbezogenes Verständnis des Lauterkeitsrechts im Rahmen der Fallreihe der Vorsprungserlangung durch Rechtsbruch. Insoweit wirkte sich erneut die Anknüpfung an die Sittenwidrigkeit verhängnisvoll aus. Mit dem *Abgasemissionen*-Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH, WRP 2000, 1116, 1121 – *Abgasemissionen*) hat allerdings ein Paradigmenwechsel eingesetzt. Bei Gesetzesverstößen bedarf es danach stets zumindest einer sekundären marktbezogenen Schutzfunktion der verletzten Norm.

Die Neuregelung des UWG 2004 hatte den Tatbestand der Vorsprungserlangung durch Rechtsbruch in § 4 Nr. 11 UWG 2004 kodifiziert. Unlauter handelt danach, wer einer Norm zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, *im Interesse der Marktteilnehmer* das Marktverhalten zu regeln. Die Begründung folgt dazu ausdrücklich der jüngeren Rechtsprechung im Hinblick auf das Erfordernis der sekundären wettbewerblichen Schutzfunktion. Im Zuge der UWG-Novelle 2015 wurde der Tatbestand in § 3a UWG in der Sache unverändert „umgezogen“.

Die Anwendbarkeit des § 3a UWG ist dann ausgeschlossen, wenn eine anderweitige Sanktionsregelung eine abschließende Regelung der zivilrechtlichen Ansprüche enthält. Dies gilt nach der jüngeren Rechtsprechung (BGH v. 7.2.2006, KZR 33/04, GRUR 2006, 773 – *Probeabonement*) insbesondere im Fall der §§ 33 ff. GWB. Die Entscheidung des kartellrechtlichen Gesetzgebers über die Anspruchsberechtigung darf demnach nicht durch die allzu großzügige Annahme einer Vorsprungserlangung durch Rechtsbruch konterkariert werden. Nach Ansicht des BGH ergibt sich das aus der wohlwogeneren Entscheidung des Gesetzgebers des geltenden GWB über die Reichweite der Aktivlegitimation in § 33 GWB.

Es besteht somit kein lauterkeitsrechtlicher Anspruch gestützt auf § 3a UWG, wenn sich der Vorwurf der Unlauterkeit allein auf die Verletzung eines kartellrechtlichen Tatbestandes stützt. Andere eigenständige Tatbestände des UWG können gleichwohl lauterkeitsrechtliche Ansprüche begründen. Grundet sich die Unlauterkeit etwa – wie etwa in Fällen des Boykotts oder der unbilligen Behinderung – auf eine gezielte Behinderung nach § 4 Nr. 4 UWG, stehen die zivilrechtlichen Ansprüche, die sich aus dem Kartellrecht und aus dem Lauterkeitsrecht ergeben, gleichberechtigt nebeneinander.

Im Übrigen ist im Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie deren Anspruch auf Totalharmonisierung zu beachten, der – unabhängig von der Verortung im äußeren Rechtssystem – keine weitergehenden Per se-Verbote duldet. Außerlauterkeitsrechtliche Verbotsnormen sind ggf. teleologisch zu reduzieren (vgl. BGH, GRUR 2011, 532 – *Millionen-Chance II*).