



B. Methodische Grundlagen

Grundlagen des privaten Wirtschaftsrechts –
Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts
Sommersemester 2024



B. Methodische Grundlagen

I. Einsatz von Generalklauseln

– Insbesondere zum Schutz des Wettbewerbs werden Generalklauseln eingesetzt

- Nähe zum öffentlichen Recht
 - Gemeinwohlbezug
 - Gefahrenabwehr
 - polizeirechtliche Generalklausel



B. Methodische Grundlagen

- I. Einsatz von Generalklauseln
- II. Umgang mit Generalklauseln
 1. Begriff der Generalklausel
 - a) Abgrenzung von
 - (1) unbestimmten Rechtsbegriffen
 - (2) Querschnittsklauseln
 - (3) Auffangtatbeständen



B. Methodische Grundlagen

- I. Einsatz von Generalklauseln
- II. Umgang mit Generalklauseln
 1. Begriff der Generalklausel
 2. Verwendung von Generalklauseln im Bereich des Wirtschaftsrechts
 - a) Freiheitsfördernd (z.B. Grundfreiheiten des Unionsrechts)
 - b) Freiheitsbeschränkend
 - (1) Kartellrecht

Artikel 102 AEUV (ex-Artikel 82 EG)

Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.



B. Methodische Grundlagen

- I. Einsatz von Generalklauseln
- II. Umgang mit Generalklauseln
 1. Begriff der Generalklausel
 2. Verwendung von Generalklauseln im Bereich des Wirtschaftsrechts
 - a) Freiheitsfördernd (z.B. Grundfreiheiten des Unionsrechts)
 - b) Freiheitsbeschränkend
 - (1) Kartellrecht
 - (2) Lauterkeitsrecht

§ 3 UWG

(1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig.



B. Methodische Grundlagen

- I. Einsatz von Generalklauseln
- II. Umgang mit Generalklauseln
 1. Begriff der Generalklausel
 2. Verwendung von Generalklauseln im Bereich des Wirtschaftsrechts
 - a) Freiheitsfördernd (z.B. Grundfreiheiten des Unionsrechts)
 - b) Freiheitsbeschränkend
 - (1) Kartellrecht
 - (2) Lauterkeitsrecht
 - (3) Immaterialgüterrecht
 - i. *numerus clausus* der Immaterialgüterrechte
 - ii. Verhältnis Nachahmungsfreiheit - Immaterialgüterrechtsschutz



B. Methodische Grundlagen

3. Ausfüllung der Generalklausel

a) Flexibilität mit Chancen und Risiken

(1) z.B. *öffentliche Ordnung* im PolR definiert als

„Gesamtheit jener ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beobachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen Gemeinschaftslebens betrachtet wird“
(PrOVGE 91, 139, 140 – *Damenboxkämpfe*)



B. Methodische Grundlagen

3. Ausfüllung der Generalklausel

a) Flexibilität mit Chancen und Risiken

(1) z.B. *öffentliche Ordnung* im PolR definiert als

„Gesamtheit jener ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beobachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen Gemeinschaftslebens betrachtet wird“
(ProVGE 91, 139, 140 – *Damenboxkämpfe*)

(2) Am 9. November 1933 befand dasselbe Gericht, dass „mit dem Durchbruch der nationalen Revolution ein gewaltiger innerer Umschwung stattgefunden“ habe, der sich auf die Begriffe von öffentlicher Ordnung erstreckte und „in den Anschauungen über Bestimmung und Betätigung der Frau einen Wandel bewirkt (habe), wie er in der Entwicklung deutschen Rechts selten erlebt worden“ war



B. Methodische Grundlagen

3. Ausfüllung der Generalklausel

a) Flexibilität mit Chancen und Risiken

(1) z.B. öffentliche Ordnung im PolR definiert als „Gesamtheit jener ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beobachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen Gemeinschaftslebens betrachtet wird“ (PrOVGE 91, 139, 140 – Damenboxkämpfe)

(2) Am 9. November 1933 befand dasselbe Gericht, dass „mit dem Durchbruch der nationalen Revolution ein gewaltiger innerer Umschwung stattgefunden“ habe, der sich auf die Begriffe von öffentlicher Ordnung erstreckte und „in den Anschauungen über Bestimmung und Betätigung der Frau einen Wandel bewirkt (habe), wie er in der Entwicklung deutschen Rechts selten erlebt worden“ war

(3) heute: Verpflichtung zu grundrechtskonformer Auslegung



B. Methodische Grundlagen

3. Ausfüllung der Generalklausel
 - a) Flexibilität mit Chancen und Risiken
 - b) Fallgruppenbildung und Konkretisierung
 - (1) Zur „gefühlbetonten Werbung“

Fall 1: Die Beklagte ist Vertragspartner der McDonald's-Gruppe. In dieser Eigenschaft betreibt sie ein Schnellimbiss-Restaurant. Am 9. September 1983 warb sie in einer Tageszeitung im Rahmen einer „Spendenaktion zugunsten des Deutschen Kinderhilfswerks e.V.“ für ihren „Big Mac“ mit folgendem Slogan: „McHappyTag ist Spendentag: Jeder Big Mac nur 2 Mark“. Im Folgenden legte sie dar, dass der Erlös aus dem Verkauf der bezeichneten Burger an diesem Tag dem Deutschen Kinderhilfswerk e.V. zufließen wird (BGH v. 12.3.1987, I ZR 40/85 = GRUR 1987, 534 – *McHappy-Tag*).



B. Methodische Grundlagen

3. Ausfüllung der Generalklausel
 - a) Flexibilität mit Chancen und Risiken
 - b) Fallgruppenbildung und Konkretisierung

(1) zur „gefühlbetonten Werbung“

[Wie der Bundesgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat, widerspricht es jedoch den guten Sitten im Wettbewerb, wenn ein im Eigeninteresse handelndes, gewerbliches Unternehmen mit seiner Werbung zielbewusst und planmäßig an die Hilfsbereitschaft der Kunden appelliert, ohne dass die gebotene Leistung hierfür einen sachlichen Anlass gibt; denn hierbei tritt die Ausnutzung der Hilfsbereitschaft des Verbrauchers an die Stelle des Leistungswettbewerbs, ohne dass es für diese unsachliche Beeinflussung eine Rechtfertigung gibt (vgl. BGH, Urt. v. 19.5.1976 - I ZR 35/75 = GRUR 1976, 699, 700 = WRP 1976, 606 - Die 10 Gebote heute - m.w.N.).

Die Beklagte ist ein kommerzielles Unternehmen, das auf Gewinnstreben ausgerichtet ist. Wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat, verfolgt sie diesen Zweck auch mit der streitigen Spendenaktion. Es handelt sich um eine Werbemaßnahme, die dem allgemeinen Unternehmensziel der Umsatzsteigerung und Gewinnerzielung dient. Diese Werbung soll auf das Restaurant aufmerksam machen und ihm ein positives Image verleihen. Sie soll zu einem Besuch an dem betreffenden Tag verleiten, wodurch - wie festgestellt - nicht nur der Umsatz der von der Spendenaktion betroffenen "Hamburger", sondern des gesamten Angebots gefördert wird.]



3. Ausfüllung der
- a) Flexibilität mit
- b) Fallgruppenbe
- (1) zur „gefü



Fall 2: Die Parteien stritten um die farbphotographische Abbildung einer ölverschmutzten Ente, die auf einem Ölteppich schwimmt. Die Bekl. hat dieses Foto als Anzeige in Illustrierten und auf Plakatwänden veröffentlichen lassen und dabei auf dem Rand des Bildes den sie benennenden Hinweis "United Colors of Benetton" angebracht. (BGH v. 6.7.1995, I ZR 293/93 – *Ölverschmutzte Ente* = GRUR 1995, 598)



B. Methodische Grundlagen

3. Ausfüllung der Generalklausel

a) Flexibilität und Risiken

b) Fallgruppenbildung und Konkretisierung

(1) zur „gefühlbetonten Werbung“

„Wer im geschäftlichen Verkehr **Gefühle des Mitleids oder der Solidarität mit sozialem Engagement ohne sachliche Veranlassung zu Wettbewerbszwecken ausnutzt, setzt sich dem Vorwurf sittenwidrigen Handelns** im Wettbewerb aus (§ 1 UWG). Eine solcherart gefühlbetonte Werbung ist nicht nur dann wettbewerbswidrig im Sinne des § 1 UWG, wenn sie unmittelbar oder mittelbar im Zusammenhang mit dem Waren- oder Dienstleistungsangebot des werbenden Unternehmens steht (BGH [...] GRUR 1987, 534, 536 = WRP 1987, 553 - *McHappy-Tag*; [...]), sondern **auch dann, wenn sie im wesentlichen nur zur Steigerung des Ansehens des Unternehmens bei den Verbrauchern eingesetzt** wird ...“



B. Methodische Grundlagen

3. Ausfüllung der Generalklausel
 - a) Flexibilität mit Chancen und Risiken
 - b) Fallgruppenbildung und Konkretisierung
 - (1) zur „gefühlbetonten Werbung“

Fall 3: Die Beklagte, Inhaberin von Augenoptikergeschäften, warb am 3. Juni 1994 in der „S. Zeitung“ für Sonnengläser. In ihrer Anzeige benutzte sie eine Abbildung eines Papageis, unter der das Emblem der "Aktionsgemeinschaft Artenschutz e.V." mit dem umlaufenden Text "B. Optik unterstützt die Aktionsgemeinschaft Artenschutz e.V." gedruckt war. Neben diesem Bild wurden Sonnengläser beschrieben, die einen besonderen UV-Schutz bieten sollten (BGH v. 22.9.2005, I ZR 55/02 = GRUR 2006, 75 - *Artenschutz*).



B. Methodische Grundlagen

3. Ausfüllung der Generalklausel
 - a) Flexibilität mit Chancen und Risiken
 - b) Fallgruppenbildung und Konkretisierung
 - (1) zur „gefühlbetonten Werbung“

§ 4 UWG 2004 Beispiele unlauteren Wettbewerbs

Unlauter im Sinne von § 3 handelt insbesondere, wer

1. Wettbewerbshandlungen vornimmt, die geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer durch Ausübung von Druck, in menschenverachtender Weise oder durch **sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss** zu beeinträchtigen;



B. Methodische Grundlagen

3. Ausfüllung der Generalklausel
 - a) Flexibilität mit Chancen und Risiken
 - b) Fallgruppenbildung und Konkretisierung
 - (1) zur „gefühlbetonten Werbung“

Eine Werbeaussage kann **nicht schon dann als unlauter angesehen werden, wenn das Kaufinteresse durch Ansprechen des sozialen Verantwortungsgefühls, der Hilfsbereitschaft, des Mitleids oder des Umweltbewusstseins geweckt werden soll, ohne dass ein sachlicher Zusammenhang zwischen dem in der Werbung angesprochenen Engagement und der beworbenen Ware besteht.**

Eine Werbemaßnahme ist eine unangemessene unsachliche Einflussnahme auf Marktteilnehmer im Sinne des § 4 Nr. 1 UWG, wenn sie mit der Lauterkeit des Wettbewerbs unvereinbar ist. Die Beurteilung, ob dies der Fall ist, erfordert eine Abwägung der Umstände des Einzelfalls im Hinblick auf die Schutzzwecke des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, bei der die **Grundrechte der Beteiligten** zu berücksichtigen sind .



B. Methodische Grundlagen

3. Ausfüllung der Generalklausel

a) Flexibilität mit Chancen und Risiken

b) Fallgruppenbildung und Konkretisierung

(1) zur „gefühlbetonten Werbung“

i. inzwischen verfassungsrechtlich motivierte Liberalisierung

ii. Aufgabe der älteren Rechtsprechung:

iii. Unsachlichkeit begründet nicht Unlauterkeit, solange Verbraucher weiß, wofür er sich engagiert, und dies bewusst tut



B. Methodische Grundlagen

3. Ausfüllung der Generalklausel

a) Flexibilität mit Chancen und Risiken

b) Fallgruppenbildung und Konkretisierung

c) Richterliche Fallgruppenbildung und Kodifizierung

(1) Vorhandene gesetzliche Tatbestände als Induktionsmaterial zur Ausfüllung von Generalklauseln

(2) Nachträgliche Kodifizierung von Rechtsprechung

i. Gefahr der Versteinerung

ii. aber auch Möglichkeit nachträglicher „Uminterpretation“ (z.B. BGH – *Artenschutz*)



B. Methodische Grundlagen

3. Ausfüllung der Generalklausel
 - a) Flexibilität mit Chancen und Risiken
 - b) Fallgruppenbildung und Konkretisierung
 - c) Richterliche Fallgruppenbildung und Kodifizierung
 - (1) Vorhandene gesetzliche Tatbestände als Induktionsmaterial zur Ausfüllung von Generalklauseln
 - (2) Nachträgliche Kodifizierung von Rechtsprechung
 - (3) Gesetzgeberische Reaktion
 - i. z.B. Verkauf unter Einstandspreis



B. Methodische Grundlagen

„Als unbillige Behinderung im Sinne des § 26 Abs. 4 GWB können Verkäufe unter dem Einstandspreis und die Werbung dafür jedoch - wie dargelegt - dann zu werten sein, wenn diese als Maßnahmen des Verdrängungswettbewerbs anzusehen sind oder eine Ausnutzung überlegener Marktmacht vorliegt, die geeignet ist, durch Behinderung kleiner oder mittlerer Wettbewerber die strukturellen Voraussetzungen für wirksamen Wettbewerb - einschließlich eines Wettbewerbs durch kleine oder mittlere Unternehmen - nachhaltig zu beeinträchtigen. **Die Gefahr solcher Marktwirkungen kann aber nicht schon dann angenommen werden, wenn Angebote unter dem Einstandspreis nicht nur gelegentlich, sondern systematisch im Wettbewerb eingesetzt werden** (vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 14, Tz. 186; Markert aaO § 26 Rdn. 375 f.; Carlhoff in Frankfurter Kommentar, § 26 GWB Rdn. 374, 376, 379; Schmitz, WuW 1992, 209, 222; Wrage-Molkenthin, wistra 1990, 183, 184; a.A. Ulmer in Schwerpunkte des Kartellrechts 1990/1991, S. 71, 79, 81 f. und in Festschrift für v. Gamm, S. 677, 693). Dies gilt schon deshalb, weil mit der Feststellung eines systematischen Vorgehens noch nichts über den Umfang und die Marktbedeutung der Maßnahmen ausgesagt ist. **Erforderlich ist vielmehr**, dass die Werbung mit Angeboten unter dem Einstandspreis derart durch besondere Umstände - wie insbesondere eine besondere Häufigkeit oder Intensität - gekennzeichnet ist, dass gerade durch sie die dargelegte **Gefahr für den Wettbewerb begründet** wird.“ (BGHZ 129, 203 – *Hitlisten-Platten* [1995]).



B. Methodische Grundlagen

3. Ausfüllung der Generalklausel

a) Flexibilität mit Chancen und Risiken

b) Fallgruppenbildung und Konkretisierung

c) Richterliche Fallgruppenbildung und Kodifizierung

(1) Vorhandene gesetzliche Tatbestände als Induktionsmaterial zur Ausfüllung von Generalklauseln

(2) Nachträgliche Kodifizierung von Rechtsprechung

(3) Gesetzgeberische Reaktion

i. z.B. Verkauf unter Einstandspreis

ii. Einführung von § 20 Abs. 4 S. 2 GWB in 6. GWB-Novelle 1998 (nunmehr § 20 Abs. 3 Nrn. 1, 2 GWB)



B. Methodische Grundlagen

§ 20 Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht

[...]

(3) ¹Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht dürfen ihre Marktmacht nicht dazu ausnutzen, solche Wettbewerber unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern. ²Eine unbillige Behinderung im Sinne des Satzes 1 liegt insbesondere vor, wenn ein Unternehmen

1. Lebensmittel im Sinne des § 2 Absatz 2 des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches unter Einstandspreis oder
 2. andere Waren oder gewerbliche Leistungen **nicht nur gelegentlich** unter Einstandspreis oder [...]
- anbietet, es sei denn, dies ist jeweils sachlich gerechtfertigt.



B. Methodische Grundlagen

III. Prognoseentscheidungen

1. Arten von Prognoseentscheidungen im Wirtschaftsrecht

a) Kartellrecht

- (1) Kartellverbot beruht auf gesetzgeberischer Prognose, dass Außenwettbewerb nicht ausreicht, den wegfallenden Innenwettbewerb zwischen Kartellmitgliedern zu ersetzen
- (2) Zusammenschlusskontrolle: Ex ante-Bewertung gerichtet auf Einschätzung der Marktentwicklung



B. Methodische Grundlagen

III. Prognoseentscheidungen

1. Arten von Prognoseentscheidungen im Wirtschaftsrecht

a) Kartellrecht

b) Lauterkeitsrecht

(1) Wettbewerbsbeeinträchtigung

(2) Irreführungsgefahr

(3) Nachahmungsgefahr



B. Methodische Grundlagen

III. Prognoseentscheidungen

1. Arten von Prognoseentscheidungen im Wirtschaftsrecht

a) Kartellrecht

b) Lauterkeitsrecht

c) Kennzeichenrecht

(1) Unterscheidungskraft

(2) Verwechslungsgefahr



B. Methodische Grundlagen

1. Arten von Prognoseentscheidungen im Wirtschaftsrecht
2. Strukturen der Entscheidungsfindung
 - a) Gericht oder Behörde?
 - b) Fachkompetenz zur Beurteilung tatsächlicher Grundlagen?
 - c) Fallhäufigkeit?



B. Methodische Grundlagen

1. Arten von Prognoseentscheidungen im Wirtschaftsrecht
2. Strukturen der Entscheidungsfindung
3. Veränderungen des Umfeldes
 - a) Z.B. Verfahrensrechtsnovelle EU-Kartellrecht 2004
 - b) „more economic approach“
4. Prognoseentscheidungen und Wettbewerb als Entdeckungsverfahren?



B. Methodische Grundlagen

IV. Zweck und Zweckmehrheit

1. Kartellrecht
2. Lauterkeitsrecht
3. Immaterialgüterrecht



B. Methodische Grundlagen

IV. Zweck und Zweckmehrheit



