

05.04.2024

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

**Reader Teil 1  
Grundlagen**

Terminplan

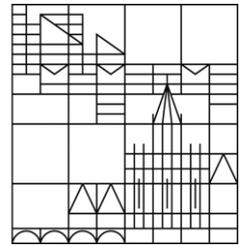
Literaturhinweise

Arbeitspapier 1. A. Einführung

Arbeitspapier 2. B. Methodische Grundlagen

Arbeitspapier 3. C. Ökonomische Grundlagen

Arbeitspapier 4. D. Rechtsschutz



05.04.2024

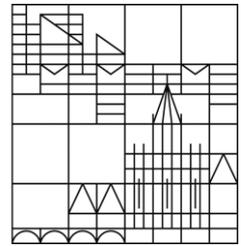
**Grundlagen des privaten Wirtschaftsrechts –  
Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts  
SS 2024**

**Universität Konstanz  
08.04. – 03.06.2024  
Mo 8.15 – 11.30 h, C 230**

*Jochen Glöckner*

**Terminplan**

- 08.04. Begriff des Wirtschaftsrechts; Quellen des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts  
Methodische Grundlagen: Generalklauseln, Prognoseentscheidungen, Zweck  
Ökonomische Grundlagen
- 15.04. Rechtsschutz
- 22.04. Forts. Rechtsschutz  
Wettbewerbsschutz nach deutschem und europäischem Recht: Einführung
- 29.04. Überblick über das deutsche und Europäische Kartellrecht
- 06.05. Überblick über das deutsche und Europäische Vergaberecht  
Überblick über das deutsche und Europäische Lauterkeitsrecht
- 13.05 Einführung ins Immaterialgüterrecht  
Überblick über die Erfinderrechte
- 20.05 - Pfingstmontag –
- 27.05 - Pfingstpause -
- 03.06. Überblick über die Kennzeichenrechte



05.04.2024

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

**Universität Konstanz  
Mo 08:15 – 11:30 Uhr, C 230**

*Jochen Glöckner*

**Literaturhinweise**

**A. Allgemeine Ausbildungsliteratur zum Wirtschaftsrecht**

*Enchelmaier*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., 2020; *Schwarze*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 2007; *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, 13. Aufl., 2023; *Enders*, Grundzüge des Internationalen Wirtschaftsrechts, 3. Aufl., 2021; *Mehring/Hesse/Herzog/Kurtz*, Bürgerliches Recht für Studium und Praxis - Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts, 5. Aufl., 2023; Tietje/Nowrot (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., 2021; *Kilian/Wendt*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 9. Aufl., 2023; *Heinemann/Schnyder*, Internationales Wirtschaftsrecht in a nutshell, 2017; *Steckler/Tekidou-Kühlke*, Kompendium Wirtschaftsrecht, 8. Aufl., 2016.

**B. Literatur zu Einzelfragen**

**I. Wirtschaftsrecht**

*Kübler*, Wirtschaftsrecht in der Bundesrepublik. Versuch einer wissenschaftshistorischen Bestandsaufnahme, in: Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, Simon (Hrsg.), 1994, S. 364; *Mestmäcker*, Wirtschaftsrecht, RabelsZ 54 (1990), 409; *Hönn*, Umbruch im Wettbewerbs- und Kartellrecht vor dem Hintergrund von Wahlfachgruppe und Schwerpunktbereich, JuS 2004, 760; *Meessen*, Zu einer Neuaufteilung des Fächerkanons - Wirtschaftsrecht im Zeichen internationaler und vergleichender Rechtstheorie, ZVglRWiss 100, 41; *Vogel*, Die

Harmonisierung des europäischen Wirtschaftsrechts - Mythos oder Realität?, *RabelsZ* 2001, 591.

*Schwarze*, Das wirtschaftsverfassungsrechtliche Konzept des Verfassungsentwurfs des Europäischen Konvents - zugleich eine Untersuchung der Grundprobleme des europäischen Wirtschaftsrechts, *EuZW* 2004, 135; *Schlupe*, Was ist Wirtschaftsrecht?, in: Festschrift für Walther Hug zum 70. Geburtstag, 1968, S. 25; *Baudenbacher*, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, *ZHR* 144 (1980), 145; *Wendt*, Einführung in das Europäische Wirtschaftsrecht, *JA* 2015, 1275; *Möschel*, Wettbewerb zwischen Privatautonomie und ökonomischer Effizienz, *AcP* 216 (2016), 13; *Laitenberger*, EU-Wettbewerbsregeln, Binnenmarkt und 60 Jahre Römische Verträge – Herausforderungen in einer Welt im Wandel, *NZKart* 2017, 89.

*Berger*, Einheitliche Rechtsstrukturen durch außergesetzliche Rechtsvereinheitlichung, *JZ* 1999, 369. *Nowak*, Wettbewerb und soziale Marktwirtschaft in den Regeln des Lissabonner Vertrags, *EuR-Beil* 2011, 21.

## II. Methodische Grundlagen

*Micklitz/Keßler*, Funktionswandel des UWG, *WRP* 2003, 919; *Ohly*, Das neue UWG – Mehr Freiheit für den Wettbewerb?, *GRUR* 2004, 889; *Köhler*, Die „Bagatellklausel“ in § 3 UWG, *GRUR* 2005, 1; *Schünemann*, „Unlauterkeit“ in den Generalklauseln und Interessenabwägung nach neuem UWG, *WRP* 2004, 925; *Schünemann*, Generalklausel und Regelbeispiele, *JZ* 2005, 271; *Wuttke*, Die Bedeutung der Schutzzwecke für ein liberales Wettbewerbsrecht (UWG), *WRP* 2007, 119; *Fezer*, Eine Replik: Die Auslegung der UGP-RL vom UWG aus? Methodensynkretismus zur Abwehr des rechtsverbindlichen Richtlinienbegriffs der Unlauterkeit im Sinne des Art. 5 Abs. 2 lit. a und b UGP-RL, *WRP* 2010, 677; *ders.*, Die Generalklausel – eine Sternstunde des Lauterkeitsrechts in der europäischen Union, in: Festschrift für Büscher, 2018, S. 297.

*Glöckner*, Individualschutz und Funktionenschutz in der privaten Durchsetzung des Kartellrechts – Der Zweck heiligt die Mittel nicht; er bestimmt sie!, *WRP* 2007, 490; *ders.*, Wettbewerbsbezogenes Verständnis der Unlauterkeit und Vorsprungserlangung durch Rechtsbruch, *GRUR* 2008, 90; *Keßler*, Vom Recht des unlauteren Wettbewerbs zum Recht der Marktkommunikation - Individualrechtliche und institutionelle Aspekte des deutschen und europäischen Lauterkeitsrechts, *WRP* 2005, 1203; *Köhler*, Die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland – eine kritische Analyse, *GRUR* 2012, 1073; *Henning-Bodewig*, Der Schutzzweck des UWG und die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, *GRUR* 2013, 238; *Glöckner*, Über die Schwierigkeit, Proteus zu beschreiben – die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland, *GRUR* 2013, 224; *Satzky*, Missbrauchsaufsicht und Verbraucherschutz im GWB, *NZKart* 2018, 554; *Lübbig*, Weniger Ökonomie wagen, *NZKart* 2019, 513.

## III. Ökonomische Grundlagen

Ökonomische Analyse: *Burow*, Einführung in die Ökonomische Analyse des Rechts, *JuS* 1993, 8; *Ott/Schäfer*, Die ökonomische Analyse des Rechts – Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?, *JZ* 1988, 213; *Eidenmüller*, Rechtsanwendung, Gesetzgebung und ökonomische Analyse, *AcP* 197 (1997), 80; *Steinmetzler*, Funktionales Privatrechtsverständnis und ökonomische Analyse des Rechts, *JA* 1998, 335; *Nitsche/Thielert*, Die ökonomische Analyse auf dem Vormarsch – Europäische Reform und deutsche Wettbewerbspolitik, *WuW* 2004, 250; *Schlecht*, Entscheidungsleitlinien der deutschen Wettbewerbspolitik, *ORDO* 43, 319; *Bechtold*, Zur rechtsökonomischen Analyse im Immaterialgüterrecht, *GRUR Int.* 2008, 484; *Heitzer*, Schwerpunkte deutscher

Wettbewerbspolitik, WuW 2007, 854; *Nagel*, Wettbewerb und Rechtsordnung, KJ 2007, 144; *Ganea*, Ökonomische Aspekte der urheberrechtlichen Erschöpfung, GRUR Int. 2005, 102; *Kruse*, Wege einer ökonomischen Beweisführung in Kartellverfahren, NZKart 2017, 432; *Weber*, Entgangener Gewinn, entgangene Klageanreize – der problematische Art. 12 (3) der Kartellschadensersatzrichtlinie, NZKart 2018, 13. Eine Einführung und Vertiefung in die volkswirtschaftliche Thematik der Monopole findet sich z.B. bei: *Mankiw/Taylor*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, Teil 6, 8. Auflage, 2021.

Industrieökonomik: *Fehl*, Wettbewerbliche Dimensionen des Oligopolmarktes, ORDO 37, 141 (1986); *Buehler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 2002.

Informationsökonomik: *Macho-Stadler/Pérez-Castrillio*, An introduction to the economics of information, 2. Aufl., 2001; *Darby/Karni*, Free Competition and the Optimal Amount of Fraud, 16 J. L. Econ. 67 ff. (1973); *Nelson*, Information and Consumer Behavior, 78 J. Pol. Econ. 311 ff. (1970); *ders.*, Advertising as Information, 82 J. Pol. Econ. 729 ff. (1974).

#### IV. Rechtsschutz

*Augenhofer*, Individualrechtliche Ansprüche des Verbrauchers bei unlauterem Wettbewerbsverhalten des Unternehmers, WRP 2006, 169; *Beuchler*, Das „Schreckgespenst“ § 10 UWG: mehr Gespenst als Schrecken, WRP 2006, 1288; *Stillner*, Verbraucherschutz im Wettbewerbsrecht, VuR 2007, 47; *Glöckner*, Individualschutz und Funktionenschutz in der privaten Durchsetzung des Kartellrechts – Der Zweck heiligt die Mittel nicht; er bestimmt sie!, WRP 2007, 490; *Sack*, Das Verhältnis des UWG zum allgemeinen Deliktsrecht, FS für Eike Ullmann, 2006, 825; *Bergmann/Fiedler*, Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer und Passing-on defense: Private Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland, BB 2012, 206; *Deutmoser*, Die Büchse der Pandora: Kollektiver Rechtsschutz in Europa, EuZW 2014, 652; *Ohly*, UWG-Rechtsschutz bei Verstößen gegen die Datenschutz-Grundverordnung?, GRUR 2019, 686.

*Alexander*, Gemeinschaftsrechtliche Perspektiven der kollektiven Rechtsdurchsetzung, WRP 2009, 683; *Lübbig/le Bell*, Die Reform des Zivilprozesses in Kartellsachen, WRP 2006, 1209; *Lampert/Weidenbach*, Akteneinsicht zur Substantiierung einer Schadensersatzklage gegen Mitglieder eines Kartells - Beweisprobleme gibt es nicht!, WRP 2007, 152; *Keßler*, Private Enforcement - Zur deliktsrechtlichen Aktualisierung des deutschen und europäischen Kartellrechts im Lichte des Verbraucherschutzes, WRP 2006, 1061; *Weitbrecht*, Schadensersatzansprüche der Unternehmer und Verbraucher wegen Kartellverstößen, NJW 2012, 881; *Scheel*, Unionsrechtlicher Schadensersatzanspruch bei unangemessener Verfahrensdauer, EuZW 2014, 138; *Makatsch/Abeling*, Das Ende kollektiver Kartellschadensersatzklagen in Deutschland?, WuW 2014, 164; *Stancke*, Rechtliche Rahmenbedingungen kartellrechtlicher Massenklagen, WuW 2018, 59; *Stadler*, Musterfeststellungsklagen im deutschen Verbraucherrecht?, VuR 2018, 83; *Glöckner*, Die Rolle des Staates als enforcer im Wirtschaftsrecht, WuW 2019, 546; *Lühmann*, Der Vorschlag einer europäischen Verbandsklage, NJW 2019, 570; *Augenhofer*, Die Reform des Verbraucherrechts durch den „New Deal“ – ein Schritt zu einer effektiven Rechtsdurchsetzung?, EuZW 2019, 5; *dies.*, Die neue Verbandsklagen-Richtlinie – effektiver Verbraucherschutz durch Zivilprozessrecht?, NJW 2021, 113; *Röthemeyer*, Die neue Verbandsklagen-Richtlinie, VuR 2021, 43.

*Kramer/André*, Grundzüge des vergaberechtlichen Rechtsschutzes, JuS 2009, 906; *Irmer*, Schutz vor den Verwaltungsgerichten bei Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte - Eine unendliche Geschichte oder nur ein kurzer Spuk?, ZfBR 2007, 233; *Glöckner*, Effektive und effiziente Sanktionen bei Vergaberechtsverstößen, in: FS Motzke, 2006, S. 113; *Burgi*, von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, NVwZ 2007, 737; *Byok*, Wettbewerbsrechtliche Rechtsschutzmöglichkeiten des Bieters bei Auftragsvergaben der

öffentlichen Hand, WuW 2009, 269; *Braun*, Zivilrechtlicher Schutz bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte, NZBau 2008, 160; *Grams*, Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte; Zivilgerichtsbarkeit; einstweilige Verfügung, VergabeR 2008, 130; *Alexander*, Vergaberechtlicher Schadensersatz gemäß § 126 GWB, WuW 2009, 28; *Germelmann*, Die Vergabekammern im System des vergaberechtlichen Rechtsschutzes, DÖV 2013, 50; *Opheys*, Effektiver Rechtsschutz im Vergabeverfahren, NZBau 2017, 714.

*Kämpfer*, Der Schadensersatzanspruch bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten – Neue Entwicklungen seit der Enforcement-Richtlinie, GRUR Int. 2008, 539; *Schauwecker*, Zur internationalen Zuständigkeit bei Patentverletzungsklagen, GRUR Int. 2008, 96; *Holzapfel*, Zum einstweiligen Rechtsschutz im Wettbewerbs- und Patentrecht, GRUR 2003, 287; *Berneke*, Der enge Streitgegenstand von Unterlassungsklagen des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts in der Praxis, WRP 2007, 579; *Motyka*, Aktuelle Fragen des Konkurrentenschutzes in der Europäischen Fusionskontrolle, EuZW 2007, 463; *Sujeck*, Die Solvay-Entscheidung des EuGH und ihre Auswirkungen auf Verfahren über Immaterialgüterrechte, GRUR-Int 2013, 201; *Henning-Bodewig*, Haften Privatpersonen nach dem UWG, GRUR 2013, 26; *Glombik*, Das Patent, VR 2014, 267; *Zurth*, Bereicherungsrechtliche Implikationen im Immaterialgüterrecht, GRUR 2019, 143; *Köhler*, Der Schadensersatzanspruch für Verbraucher im UWG und seine Realisierung, GRUR 2022, 435; *Rauer/Shchavelev*, Der neue Verbraucherschutz, GRUR-Prax 2022, 35; *Glöckner*, Der neue Individualanspruch der Verbraucher bei unlauteren geschäftlichen Handlungen, WRP 2022, 383; *Husemann*, Die Durchsetzung von Ansprüchen im Wettbewerbs- und Urheberrecht sowie gewerblichen Rechtsschutz, JuS 2022, 113; *Scherer*, Abhilfeanspruch gem. Art. 9 Abs. 1 VerbandsklagenRL/§ 1 Abs. 1 Nr. 1 VDuG-E und Verbraucherschadensersatzanspruch gem. § 9 Abs. 2 UWG – Kollektivrechtsschutz contra Individualrechtsschutz?, VuR 2022, 443; *Schuschnigg*, Die Verbandsklagen-Richtlinie, EuZW 2022, 1043; *Schultze-Moderow/Steinle/Muchow*, Die neue Sammelklage – Ein Balanceakt zwischen Verbraucher- und Unternehmensinteressen, BB 2023, 72.

## V. Wettbewerbsschutz nach deutschem und europäischem Recht: Einführung

*Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht Band 1/EU, 6. Aufl., 2019; *Fikentscher*, Wettbewerb und Gewerblicher Rechtsschutz. Die Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsordnung, 1958; *Gloy/Loschelder/Erdmann* (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl., 2019, §§ 1 – 4, 9; *Thum*, Instrumente des EG-Wettbewerbsrechts zur Sicherung unverfälschten Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt gegenüber Unternehmen, Jura 2007, 918; *Emmerich*, Verbraucherschutz und Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, AG 2001, 211; *Alexander*, Wege und Irrwege – Europäisierung im Kartell- und Lauterkeitsrecht, GRUR Int. 2013, 636; *Paal*, Immaterialgüter, Internetmonopole und Kartellrecht, GRUR 2013, 873; *Nolte/Wimmers*, Wer stört? Gedanken zur Haftung von Intermediären im Internet – von praktischer Konkordanz, richtigen Anreizen und offenen Fragen, GRUR 2014, 16; *Spindler*, Das neue Telemediengesetz – WLAN-Störerhaftung endgültig adé?, NJW 2017, 2305; *Kindler*, Der europäische Deliktgerichtsstand und die gewerblichen Schutzrechte, GRUR 2018, 1107.

## VI. Überblick über das deutsche und europäische Kartellrecht

*Heinemann*, Europäisches Kartellrecht - Einführung und aktuelle Entwicklungen (Teil I), Jura 2003, 649; *ders.*, Teil II, Jura 2003, 721; *Buchmann*, Positive Comity im internationalen Kartellrecht, 2004; *Fritzsche*, Der Beseitigungsanspruch im Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle, WRP 2006, 42; *Basedow*, Kartellrecht im Land der Kartelle – Zur Entstehung und

Entwicklung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 2008, 270; *Büdenbender*, Einführung in das nationale wie das europäische Kartellrecht, JA 2008, 481; *Mestmäcker*, 50 Jahre GWB: Erfolgsgeschichte des unvollkommenen Gesetzes, WuW 2008, 6; *Roth*, Effet utile im europäischen Kartellrecht, WRP 2013, 257; *Brinker*, Die Zukunft des Kartellrechts, NZKart 2013, 2; *Brammer*, Ne bis in iedem im europäischen Kartellrecht – Neue Einsichten zu einem alten Grundsatz, EuZW 2013, 617; *Glöckner*, Verfassungsrechtliche Fragen um das Verhältnis staatlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung, WRP 2014, 410; *Lettl*, Schadensersatz bei Kartellverstößen nach der 9. GWB-Novelle, WM 2016, 1961; *Meixner*, 9. GWB-Novelle: Wesentliche Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Überblick, WM 2017, 1233, 1281; Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, 2017; *Volmar/Kranz*, Einführung ins Kartellrecht, JuS 2018, 14; *Schweitzer*, Datenzugang in der Datenökonomie: Eckpfeiler einer neuen Informationsordnung, GRUR 2019, 569; *Fischer*, Zur Aufwertung des Behinderungsmissbrauchs in der digitalen Ökonomie, NZKart 2020, 61;436; *Base-dow*, Gruppenfreistellung oder Leitlinien? – Zur Anpassung des europäischen Wettbewerbsrechts an die Digitalökonomie, EuZW 2020, 1; *Haus/Rundel*, Neue Missbrauchsaufsicht für digitale Ökosysteme, RD 2022, 125; *Bueren*, Die Neufassung der Missbrauchsgeneralklausel durch die 10. GWB-Novelle im Lichte des Facebook-Beschlusses, ZHR 2021, 556.

## VII. Vergaberecht

*Heckmann*, Einführung in das Vergaberecht, VergabeR 2009, 5; *Kaltenborn*, Mittelstandsförderung im Konflikt mit europäischem Vergaberecht?, GewArch 2006, 321; *Lux*, Einführung in das Vergaberecht, JuS 2006, 969; *Burgi*, Die Bedeutung der allgemeinen Vergabegrundsätze Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung, NZBau 2008, 29; *Stoye*, Primärrechtsschutz in der GWB-Novelle – Kleine Vergaberechtsreform mit großen Einschnitten, VergabeR 2008, 871; *Gabriel*, Der persönliche Anwendungsbereich des primären EG-Vergaberechts, VergabeR 2009, 7; *Siegel*, Die Grundfreiheiten als Auffangnorm im europäischen und nationalen Vergaberecht, EWS 2008, 66; *Mann*, Kommunales Wirtschaftsrecht als Vorfrage des Vergaberechts?, NVwZ 2010, 857; *Bonhage/Ritzenhoff*, Mindestanforderungen an die finanzielle Leistungsfähigkeit in Vergabeverfahren, NZBau 2013, 151; *Hildebrandt/Conrad*, Rechtsfragen der Rückforderung von Zuwendungen bei Verstößen gegen das Vergaberecht, ZfBR 2013, 130; *Gabriel/Voll*, Das Ende der Inländerdiskriminierung im Vergabe(primär)recht, NZBau 2014, 155; *Hertwig*, „Erfahrung auf nationalen Märkten“ kein zulässiges Wertungskriterium, NZBau 2014, 205; *Byok*, Entwicklung des Vergaberechts, NJW 2017, 1519; *Beck*, Grundzüge des Beihilfe- und Vergaberechts, DVP 2017, 47; *Bungenberg/Schelhaas*, Die Modernisierung des deutschen Vergaberechts, WuW 2017, 72; *Müller-Feldhammer*, Die Bieter- und Arbeitsgemeinschaft – kartellrechtlich ein Auslaufmodell?, NZKart 2019, 463; *Portz*, Aktuelle Entwicklungen im Vergaberecht, KommJur 2020, 45; *Burgi*, 20 Jahre Rechtsschutz durch Vergabekammern, NZBau 2020, 3.

## VIII. Überblick über das deutsche und europäische Lauterkeitsrecht

*Lettl*, Das neue UWG, GRUR-RR 2009, 41; *Leistner*, Bestand und Entwicklungsperspektiven des Europäischen Lauterkeitsrechts, ZEuP 2009, 56; *Köhler*, Die UWG-Novelle 2009, WRP 2009, 109; *Glöckner/Henning-Bodewig*, EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem „neuen“ UWG?, WRP 2005, 1311; *Micklitz/Keßler*, Europäisches Lauterkeitsrecht, GRUR Int. 2002, 885; *Keßler*, UWG und Verbraucherschutz – Wege und Umwege zum Recht der Marktkommunikation, WRP 2005, 264; *Ohly*, Bausteine eines europäischen Lauterkeitsrechts, WRP 2008, 177; *Peifer*, Die Zukunft der irreführenden Geschäftspraktiken, WRP 2008, 556; *Henning-Bodewig*, Die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs in den EU-Mitgliedstaaten: eine Bestandsaufnahme, GRUR Int. 2010, 273; *dies.*, Nationale Eigenständigkeit und europäische Vorgaben im Lauterkeitsrecht, GRUR Int. 2010, 549; *dies.*, UWG und Geschäftsethik, WRP 2010, 1094; *Beater*, Allgemeininteressen und UWG, WRP 2012, 6;

*Alexander*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 2005/29/EG bis zum Jahr 2012, WRP 2013, 17; *Glöckner*, Über die Schwierigkeit, Proteus zu beschreiben – die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland, GRUR 2013, 224; *Henning-Bodewig*, Schutzzweck des UWG und die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR 2013, 238; *Alexander*, Wege und Irrwege – Europäisierung im Kartell- und Lauterkeitsrecht, GRUR Int. 2013, 636; *Glöckner/Kur*, Geschäftliche Handlungen im Internet – Herausforderungen für das Marken- und Lauterkeitsrecht, GRUR-Beilage 2014, 29; *Sosnitza*, Das Internet als Rahmenbedingung und neue Handlungsform im Marken- und Lauterkeitsrecht, GRUR-Beilage 2014, 93; *Ohly/Sattler*, 120 Jahre UWG im Spiegel von 125 Jahren GRUR, GRUR 2016, 1229; *Ohly*, Das neue UWG im Überblick, GRUR 2016, 3; *Alexander*, Gegenstand, Inhalt und Umfang des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen nach der Richtlinie (EU) 2016/943 (Richtlinie (EU) 2016/943), WRP 2017, 1034; *Ohly*, Die Haftung von Internet-Dienstleistern für die Verletzung lauterkeitsrechtlicher Verkehrspflichten, GRUR 2017, 441; *Sosnitza*, Lauterkeitsrecht gestern, heute und morgen, GRUR 2018, 255; *Köhler*, Behördliche Durchsetzung des Lauterkeitsrechts - eine Aufgabe für das Bundeskartellamt?, WRP 2018, 519; *Dröge*, Der „New Deal for Consumers“ – ein Paradigmenwechsel im deutschen UWG, WRP 2019, 160; *Birk*, UWG-Novelle 2022 – Klagerecht für Verbraucher!, GRUR-Prax 2020, 605; *Scholtyssek/Judis/Krause*, Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz – Risiken, Chancen und konkreter Handlungsbedarf für Unternehmen, CCZ 2020, 23; *Schmidt*, Neue Anforderungen für Online-Marktplätze und Bewertungsplattformen im Zivil- und Lauterkeitsrecht, VuR 2022, 131; *Alexander*, Transparenz beim Influencer-Marketing, ZUM 2022, 77.

## IX. Einführung ins Immaterialgüterrecht

*Pahlow/Eisfeld*, Grundlagen und Grundfragen des Geistigen Eigentums, 2008; *Schuhmacher*, Marktaufteilung und Urheberrecht im EG-Kartellrecht, GRUR Int. 2004, 487; *Wielsch*, Wettbewerbsrecht als Immaterialgüterrecht, EuZW 2005, 391, 683; *Ohly*, Geistiges Eigentum?, JZ 2003, 545; *Kreutzmann*, Neues Kartellrecht und geistiges Eigentum, WRP 2006, 453; *Buhrow/Nordemann*, Grenzen ausschließlicher Rechte geistigen Eigentums durch Kartellrecht, GRUR Int. 2005, 407; *Seichter*, Die Umsetzung der Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, WRP 2006, 391; *Ahrens*, Brauchen wir einen Allgemeinen Teil der Rechte des Geistigen Eigentums?, GRUR 2006, 617; *Jestaedt*, Der Schutzbereich des eingetragenen Geschmacksmusters nach dem neuen Geschmacksmustergesetz, GRUR 2008, 19; *McGuire/v. Zumbusch/Joachim*, Verträge über Schutzrechte des geistigen Eigentums (Übertragung und Lizenzen) und dritte Parteien (Q 190), GRUR Int. 2006, 682; *Oechsler*, Die Idee als persönliche geistige Schöpfung – Von Fichtes Lehre zum Gedankeneigentum zum Schutz von Spielideen, GRUR 2009, 1101; *Podszun*, Geistiges Eigentum und Kartellrecht, Jura 2010, 437; *Hauck/Heim*, Schwerpunktbereich Urheberrecht: Die rechtliche Bewertung von „Filesharing“- und „Streaming“-Sachverhalten, JuS 2014, 303; *Fezer*, Theorie der Funktionalität der Immaterialgüterrechte als geistiges Eigentum, GRUR 2016, 30; *Bornkamm*, 120 Jahre Urheberrecht, GRUR 2016, 1226; *Gorny*, Exklusivrechte als wichtiger Bestandteil der digitalen Ökonomie, ZUM 2016, 226; *Pfeifer*, Plattformwirtschaft und das Geistige Eigentum: High-Noon-Stimmung für Rechteinhaber, GRUR-Prax 2018, 2; *Apel/Drescher*, Die Unterlassungserklärung im Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht - Eine Einführung, Jura 2019, 526; *Stieper*, Die Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, ZUM 2019, 211; *Papastefanou*, "Fair-Use" im Zeitalter digitaler Kulturtechniken, WRP 2019, 171; *Papastefanou*, KI-gestützte Schöpfungsprozesse im geistigen Eigentum, WRP 2020, 290; *Kaesling*, Die EU-Urheberrechtsnovelle - der Untergang des Internets?, JZ 2019, 586; *Ory*, Urhebervertragsrecht vor der dritten Reform, AfP 2019, 287; *Legner*, Erzeugnisse Künstlicher Intelligenz im Urheberrecht, ZUM 2019, 807; *Ory/Sorge*, Schöpfung durch Künstliche Intelligenz?, NJW 2019, 710; *Rauer/Bibi*, Digitale Wirklichkeit – Gibt es einen Lichtbildschutz für virtuelle Bilder?, ZUM 2020, 519; *Zech*, Urheberrecht und Technik, ZUM 2020, 801; *Spindler*, Haftung für Urheberrechtsver-

stöße auf Online-Plattformen, NJW 2021, 2554; *Brauneck*, Der Data Governance Act, das geistige Eigentum und das Europäische Wettbewerbsrecht, WRP 2023, 23.

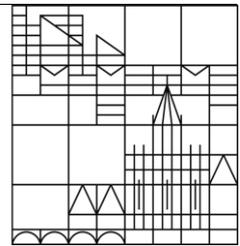
## X. Erfinderrechte

*Ohly*, Software und Geschäftsmethoden im Patentrecht, CR 2001, 809; *Reinbothe*, Geistiges Eigentum und die Europäische Gemeinschaft, ZEuP 2000, 5; *Knaak*, Die EG-Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums und ihr Umsetzungsbedarf im deutschen Recht, GRUR Int. 2004, 745; *Beyerlein*, Das neue Geschmacksmustergesetz, WRP 2004, 676; *Wimmer-Leonhard*, Softwarepatente - eine „Never-Ending-Story“, WRP 2007, 273; *Fabry*, Die Harmonisierung der europäischen Patentrechtsprechung, GRUR 2008, 7; *Pahlow*, Erfindungsschutz vor Patenterteilung, GRUR 2008, 97; *Müller-Stoy/Paschold*, Europäisches Patent mit einheitlicher Wirkung als Recht des Vermögens, GRUR Int. 2014, 646; *Spindler*, Der Auskunftsanspruch gegen Verletzer und Dritte im Urheberrecht nach neuem Recht, ZUM 2008, 640; *Nägele/Jacobs*, Zwangslizenzen im Patentrecht – unter besonderer Berücksichtigung des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwands im Patentverletzungsprozess, WRP 2009, 1062; *Ernstthaler/Bock*, Verhältnis zwischen Kartellrecht und Immaterialgüterrecht am Beispiel des Essential-facility-Rechtsprechung von EuGH und EuG, GRUR 2009, 1; *Fischmann*, Die Pflicht zur Lizenzerteilung in Patent-Ambush-Fällen nach deutschem und europäischem Kartellrecht, GRUR Int. 2010, 185; *Pagenberg*, Das zukünftige europäische Patentgerichtssystem – Status Quo nach den Anträgen der Generalanwälte, GRUR 2011, 32; *Enders*, Know How Schutz als Teil des geistigen Eigentums, GRUR 2012, 25; *Gärtner/Simon*, Reform des Arbeitnehmererfinderrechts – Chancen und Risiken, BB 2011, 1909; *Wirtz*, Der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand nach der Orange-Book-Standard-Entscheidung des BGH – Versuch einer dogmatischen Einordnung, WRP 2011, 1392; *Pagenberg*, Die EU-Patentrechtsreform – zurück auf Los?, GRUR 2012, 582; *Kühnen*, Die Erteilungsakte - Verbotenes oder gebotenes Auslegungsmittel bei der Schutzbereichsbestimmung europäischer Patente?, GRUR 2012, 664; *Müller*, Der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand im Patentverletzungsverfahren - Drei Jahre nach der BGH-Entscheidung „Orange-Book-Standard“, GRUR 2012, 686; *Seitz/Kock*, Wettbewerbsrechtliche Aspekte von Sortenschutz- und Patentlizenzen im Saatgutbereich - Ausgestaltung, Beschränkung und rechtliche Vorgaben für Schutzrechtslizenzen im Bereich des Patent- und Sortenschutzes, GRUR-Int. 2012, 868; *Haberl/Schallmoser*, Der aktuelle Entwurf der Verfahrensordnung für das Einheitliche Patentgericht, GRUR-Prax 2014, 171; *Groh*, „Mit fremden Federn“, WRP 2013, 403; *Kappl*, Vom Geschmacksmuster zum eingetragenen Design, GRUR 2014, 326; *Nack*, Der Erfindungsbegriff – eine gesetzgeberische Fehlkonstruktion?, GRUR 2014, 148; *Schicker/Haug*, Grundzüge des Designgesetzes, NJW 2014, 726; *Tilmann*, 125 Jahre GRUR – Patentrecht, GRUR 2016, 1218; *Kühnen/Grundwald*, Vorbereitung und Durchführung eines Patentverletzungsverfahrens: Strategie und Haftungsrisiken (Teil 1), GRUR-Prax 2018, 513; *dies.*, Vorbereitung und Durchführung eines Patentverletzungsverfahrens: Gerichtliche Durchsetzung patentrechtlicher Ansprüche (Teil 2), GRUR-Prax 2018, 544; *Dornis*, Standardessenzielles Patent, FRAND-Bindung und Rechtsübergang, GRUR 2020, 690.

## XI. Kennzeichenrechte

*Fezer*, Entwicklungslinien und Prinzipien des Markenrechts in Europa. Auf dem Weg zur Marke als einem immaterialgüterrechtlichen Kommunikationszeichen, GRUR 2003, 457; *ders.*, Normenkonkurrenz zwischen Kennzeichenrecht und Lauterkeitsrecht, WRP 2008, 1; *Ann*, Die Europäisierung des Markenrechts, ZEuP 2002, 5; *Berlit*, Die Europäisierung des Markenrechts durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, EWS 2004, 113; *Meister*, Historische Entwicklung von Zeichenwesen und nationalem Zeichenrecht: Deutschland und sein Vorfeld, WRP 2006, 1185, 1307; *Pfeiffer/Rein*, Einführung in das Markenrecht, JuS 2006, 584; *Berneke*, Kennzeichenstärke und Verwechslungsgefahr im Markenrecht, WRP 2007, 1417; *Schreiber*, Wettbewerbsrechtliche Kennzeichenrechte?, GRUR 2009, 113; *Groh*, Evolution im

Werktitelrecht? – Zum Werktitelschutz für Veranstaltungen, WRP 2012, 143; *Rudloff-Schäffer*, Das künftige europäische Markensystem nach der MPI-Studie – welche Schlussfolgerungen bieten sich an?, GRUR Int. 2012, 208; *Weber/Hackbart/Römhild/Ebert/Weidenfeller/v. Ahsen*, Verletzung von Marken durch Waren im Transit (Q230), GRUR-Int. 2012, 894; *Binder*, Die Zukunftsfähigkeit der markenrechtlichen Lizenzanalogie, GRUR 2012, 1186; *Poch*, Aktuelle Entwicklungen im Gemeinschaftsmarkenrecht, EuZW 2013, 445; *Sack*, Kritische Anmerkungen zur Regelung der Markenverletzungen in den Kommissionsvorschlägen für eine Reform des europäischen Markenrechts, GRUR 2013, 657; *Fezer*, Der Wettbewerb der Markensysteme, GRUR 2013, 1185; *Scherer*, Doppelidentitätsschutz als Verwechslungsschutz, WRP 2014, 12; *Kur*, Gemeinfreiheit und Markenschutz, GRUR 2017, 1082; *Grübler*, EU-Markenrechtsreform: Neue Regeln für Hör-, Bewegungs- und Multimediemarken, GRUR-Prax 2017, 417; *Kefferpütz*, Harmonisiertes Markenrecht? Unterschiedliche Ansätze und Ergebnisse der europäischen und der deutschen Gerichte, GRUR-Prax 2017, 519; *Meinhardt*, Die einstweilige Verfügung im Kennzeichenrecht in der gerichtlichen Praxis, WRP 2017, 1180; *Hacker*, Das Markenrechtsmodernisierungsgesetz (MaMoG), Teil 1: Markenfähigkeit, absolute Schutzhindernisse und patentamtliche Verfahren, GRUR 2019, 113; Teil 2: Verletzung und Transit, Schutzschranken und Benutzungszwang, Gewährleistungsmarke, Sonstiges, GRUR 2019, 235; *Ring*, Die Markenrechtsreform 2019 infolge des Markenrechtsmodernisierungsgesetzes, NJ 2019, 50; *Hamming*, Der gutgläubige Erwerb einer Marke, GRUR-Prax 2020, 501; *Dissmann*, Mund-Nase-Schutz und gewerblicher Rechtsschutz, GRUR-Prax 2020, 537.



05.04.2024

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

**Arbeitspapier 1  
A. Einführung**

*I. Einordnung der Lehrveranstaltung*

In der Vorlesung „Grundlagen des privaten Wirtschaftsrechts - Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts“ wird im Wahlpflichtmodul des Schwerpunktbereichs „Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht“ zum einen eine *Übersicht* über die im Einzelnen umfassten Rechtsgebiete des privaten *Wirtschaftsrechts* vermittelt: Dazu zählen insbesondere der Wettbewerbsschutz in seinen Ausprägungen durch das Kartell- bzw. Lauterkeitsrecht sowie das Immaterialgüterrecht. Bereits vor 30 Jahren wurde geäußert, dass im Bereich des Wirtschaftsrechts 80 % der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten der (damaligen) EWG auf europäische Quellen zurückzuführen sei. Der Grad der Durchdringung und Durchwirkung hat bis heute tendenziell zugenommen.

Zum anderen soll den Studierenden durch die generalistische Perspektive der Veranstaltung die Möglichkeit verschafft werden, übergeordnete Prinzipien und verbindende Momente der einzelnen Teildisziplinen zu erkennen. Dazu gehören vor allem die ökonomischen Grundlagen (Industrieökonomik, Informationsökonomik), die methodischen Fragen (Umgang mit Generalklauseln; Parallelität und Wechselbezüglichkeit von Institutionen- und Individualschutz) sowie die Durchsetzungsproblematik. Von grundlegender Bedeutung ist die für das Wirtschaftsrecht typische sog. funktionale Methode der Rechtsauslegung.

## II. Lückenhaftigkeit der allgemeinen Ausbildung

Die Wirtschaft hat vor allem seit den 80er-Jahren des letzten Jahrhunderts einen sprunghaften Internationalisierungsprozess erfahren. Ähnliches gilt für das Recht der Wirtschaft. Diese Verschiebung der Akzente in der Wirtschaft, der internationalen Wirtschaftsrechtspraxis und im materiellen Wirtschaftsrecht wurde von der traditionellen Juristenausbildung jedoch lange Zeit ignoriert. Das Europäische Wirtschaftsrecht gelangt typischerweise erst dann in den Lehrstoff, wenn Verordnungen in Kraft getreten oder Richtlinien umgesetzt sind, und am nationalen Recht geschulte Juristen an der dogmatischen, bisweilen selbst redaktionellen Unzulänglichkeit dieser Quellen verzweifeln. Ein integrativer Zugang aus der Perspektive des Wirtschaftsrechts unterbleibt jedoch zumeist.

An dieser Stelle setzt der Schwerpunktbereich „Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht“ an. Damit wird zum einen die praktische Bedeutung der umfassten Rechtsgebiete anerkannt und die ihm gebührende Aufmerksamkeit in der Ausbildung eingeräumt. Zum anderen wird die Breite des Wirtschaftsrechts, seine Internationalität und die ihm wesenseigene Generalität berücksichtigt.

## III. Begriff des Wirtschaftsrechts

Der Begriff des Wirtschaftsrechts ist schillernd. Die Diskussion um ihn erreichte in den 1970er Jahren ihren Höhepunkt und ist seitdem eher abgeebbt. Dennoch ist es sinnvoll, sich vorab Gedanken über den Inhalt des so selbstverständlich verwendeten Begriffs zu machen.

Ende der 1890er Jahre tauchte der Begriff erstmals auf und wurde weitgehend inhaltsgleich mit dem des „Industrierechts“ verwendet, setzte sich gegenüber letzterem allerdings in den 1920er Jahren durch. In dieser Phase bezeichnete er das *rechtliche Instrumentarium staatlicher Intervention und Lenkung*. „Wirtschaftsrecht“ dachte in dieser Phase vom Staat aus; es handelte sich um öffentliches Recht mit der Besonderheit, dass die privatrechtlich geregelten Austauschbeziehungen zwischen den Wirtschaftssubjekten den Gegenstand der Einwirkung bildeten. Heute klingt dieser Zugang im sog. „Wirtschaftsverwaltungsrecht“ nach. Zu denken ist z.B. an die gemeindewirtschaftsrechtliche Frage der Zulässigkeit erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit der öffentlichen Hand.

Mit der Durchsetzung ordo-liberaler Wettbewerbsmodelle in den 1950er Jahren verschob sich der Akzent. Wirtschaft und Wettbewerb wurden nicht mehr als „staatliche Veranstaltung“ verstanden, sondern als vor-rechtliches „Naturgesetz“. Die Wettbewerbsordnung ist damit nicht mehr vom staatlichen Gesetz zu begründen, sondern allenfalls in eine Rechtsordnung zu transformieren. Der Begriff des Wirtschaftsrechts verschiebt sich damit hin zu einem Recht der Wirtschaftsordnungen, „dem Inbegriff der rechtserheblichen Normen, die die Freiheit des Zuordnungswechsels und die Zuordnung wirtschaftlicher Güter in allgemeinen Grundsätzen ... regeln, um eine nach den Maßstäben der wirtschaftlichen Gerechtigkeit ausgewogene Selbstentfaltung und Versorgung der Wirtschaftsbürger im Rahmen einer gesetzten Wirtschaftsverfassung zu gewährleisten“ (*Fikentscher, Wirtschaftsrecht, Bd. I, 1983, S. 1*). Insoweit ist die grundsätzliche Entscheidung zwischen Plan- und Marktwirtschaft unverzichtbar. In Deutschland waren die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Entscheidungen des Grundgesetzes vor dem Hintergrund der deutschen Teilung bis 1990 stets umstritten. Eine erheblich weiterreichende Bindung an das marktwirtschaftliche System trat jedoch durch Art. 4 EG in der Fassung des Amsterdamer Vertrags 1997 ein:

### „Artikel 4

(1) Die Tätigkeit der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft im Sinne des Artikels 2 umfasst nach Maßgabe dieses Vertrags und der darin vorgesehenen Zeitfolge die Einführung einer Wirtschaftspolitik, die auf einer engen Koordinierung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaa-

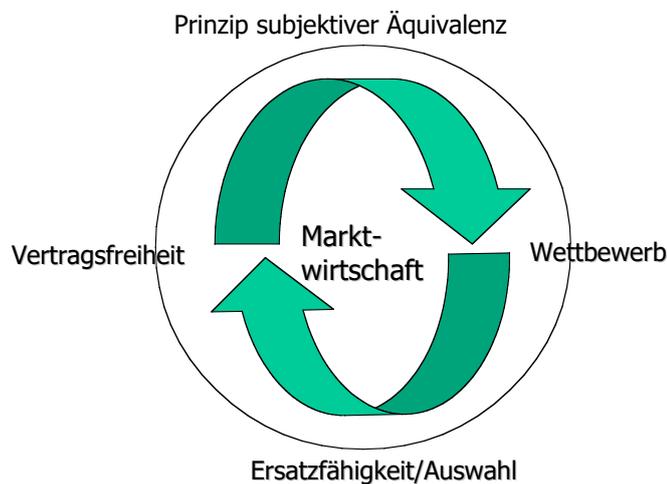
ten, dem Binnenmarkt und der Festlegung gemeinsamer Ziele beruht und dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist.“

Entsprechend regelt inzwischen Art. 120 AEUV:

„Artikel 120 (ex-Artikel 98 EGV)

Die Mitgliedstaaten richten ihre Wirtschaftspolitik so aus, dass sie im Rahmen der in Artikel 121 Absatz 2 genannten Grundzüge zur Verwirklichung der Ziele der Union im Sinne des Artikels 3 des Vertrags über die Europäische Union beitragen. Die Mitgliedstaaten und die Union handeln im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, wodurch ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert wird, und halten sich dabei an die in Artikel 119 genannten Grundsätze.“

Wirtschaftsrecht wird insoweit aus der Perspektive des Privatrechts entworfen. Ein Ausgleich wird erzielt, indem die Wechselbezüglichkeit von Wettbewerbsordnung und Privatautonomie erkannt wird: Wettbewerb und Privatautonomie sind zwei Seiten derselben Münze.



Wettbewerb und Vertragsfreiheit stehen in einem unlöslichen Verhältnis der Wechselbezüglichkeit: Wettbewerb setzt zunächst die Vertragsfreiheit voraus, weil allein sie die für den Wettbewerb elementare Ersatzfähigkeit, d.h. die Substituierbarkeit von Angeboten schafft. Auf der anderen Seite verlangt die Vertragsfreiheit nach Wettbewerb, denn allein funktionierender Wettbewerb vermag, selbst größte Machtunterschiede zu neutralisieren, und gestattet so dem modernen Privatrecht, sich einer Kontrolle der objektiven Äquivalenz der Leistungspflichten bei Austauschverträgen weitgehend zu enthalten. Wettbewerbsschutz ist damit stets auch Schutz der schwächeren Vertragspartei (sog. „konstitutiver“ Verbraucherschutz). Das rechtfertigt den besonderen Schutz des Wettbewerbs durch die Rechtsordnung. Ihn gewährleisten das Kartellrecht und das Lauterkeitsrecht.

Allerdings versagt der Wettbewerb bisweilen aus strukturellen Gründen im Hinblick auf die mit ihm verfolgten Ziele, wodurch die Notwendigkeit besonderen Verbraucherschutzes begründet wird. Wird dieser Verbraucherschutz gewährt, sei es durch Maßnahmen, durch welche insb. die informationelle Unterlegenheit des Verbrauchers ausgeglichen wird (z.B. Informations- und Aufklärungspflichten; sog. „komplementärer“ Verbraucherschutz), sei es durch Maßnahmen, durch welche die Unterlegenheit des Verbrauchers im Wege der Gewährung besonderer zivilrechtlicher Rechtsbehelfe beseitigt wird (z.B. Widerrufsrechte, AGB-Kontrolle, zwingende Vorschriften; sog. „kompensatorischer“ Verbraucherschutz), so wird damit über den Schutz materialer Vertragsfreiheit wiederum zugleich der Wettbewerb geschützt.

Aus einer ähnlichen Motivation – nämlich der Diagnose eines Marktversagens wegen bestimmter Umstände - heraus wurde der EU-Gesetzgeber in den vergangenen Jahren im Bereich der Digitalisierung aktiv und schuf wettbewerbliche Regeln, die sich wieder mehr von der privatrechtlichen Perspektive hin zur öffentlich-rechtlichen Perspektive zur Regulierung des Wettbewerbs bewegen. So erließ er am 14.09.2022 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). Hiermit sollen Anbieter von großen Online-Plattformen, die nach der Verordnung als „Gatekeeper“ für den Markt eingestuft werden können, weil sie eine starke wirtschaftliche Position mit erheblichen Auswirkungen auf den Binnenmarkt haben, über eine starke Vermittlungsposition verfügen und so zu einer Verfestigung des Wettbewerbs im jeweiligen Bereich führen, Pflichten unterworfen werden, die nur für sie gelten und die Verfestigung des Wettbewerbs in diesem Bereich aufbrechen sollen. Und auch die flankierende [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](#) (kurz: Digital Services Act) enthält Regelungen, bei denen sehr großen Plattformen noch einmal deutlich mehr Pflichten auferlegt werden als den übrigen Online-Plattformen.

Die meisten Darstellungen des Wirtschaftsrechts beschränken sich auf pragmatische Begriffsbestimmungen: Wirtschaftsrecht wird im Wesentlichen durch den Zusammenhang zwischen Recht und Wirtschaft definiert.

#### *IV. Wirtschaftsrecht als Methode*

Die bedeutendste Konsequenz der Anerkennung des Wirtschaftsrechts in den letzten Jahrzehnten ist nicht in der Schaffung einer neuen Kategorie im juristischen Fächerkanon zu erkennen, sondern in der Schaffung einer juristischen Methode:

Der Begriff des Wirtschaftsrechts liegt „quer“ zu den etablierten Kategorien; wirtschaftsrechtliche Normen können sowohl privatrechtlicher wie öffentlich-rechtlicher, materiell-rechtlicher wie prozessualer Natur sein. Dem trägt die Konzeption des Schwerpunktbereichs Rechnung.

Mit den ordo-liberalen Ansätzen in den 1950er Jahren hat sich zugleich die Auffassung durchgesetzt, dass die rechtswissenschaftliche Arbeit sich im Wirtschaftsrecht nicht in der deduzierenden oder abwägend-wertenden Dogmatik erschöpfen kann, sondern auf zusätzliche Arbeitsschritte angewiesen ist, um sich im Hinblick auf die wirtschaftlichen Folgen dieser Dogmatik zu vergewissern.

##### 1. Funktionale Auslegung

Seit den 1970er Jahren hat die sog. funktionale Auslegung des Rechts einen festen Platz im Wirtschaftsrecht eingenommen. Von der objektiv-teleologischen Methode unterscheidet sie insbesondere, dass sie gestattet, die sog. „Fernziele“ einzelner Normen im Gesamtkontext der Wirtschaftsverfassung zu berücksichtigen. Diese Fernziele sind insb. der Schutz der Wettbewerbsordnung, der z.B. gebietet, allgemeine Normen des Zivilrechts in einer Weise auszulegen, dass sie den Wettbewerb nicht verfälschen.

Kritiker nehmen an, dass die funktionale Methode mit der objektiv-teleologischen Methode deckungsgleich sei. Dem kann nur zugestimmt werden, wenn und soweit der objektive Telos einer Norm unmittelbar oder zumindest sekundär im Wettbewerbsschutz zu erkennen ist. Bei zahlreichen Normen, insb. des allgemeinen Zivilrechts, fehlt es indes an einer solchen Funktion. Auch und gerade bei ihnen ist jedoch eine funktionale Auslegung geboten (vgl. dazu vertiefend AP 2).

## 2. Ökonomische Analyse des Rechts

Seit den 1970er-Jahren hat sich – in den USA auf den wettbewerbstheoretischen Arbeiten der sog. „Chicago School“ of Economics aufbauend – die Disziplin „Law and Economics“, dt.: „Ökonomische Analyse des Rechts“ (im Folgenden: ÖAR) entwickelt. Auch die ÖAR ist im Grundsatz eine funktionale Methode. Sie geht davon aus, dass Rechtssätze grundsätzlich seitens der Legislative so zu schaffen und seitens der Rechtsanwendung so auszulegen sind, dass sie zu möglichst effizienten Ergebnissen führen. Insoweit handelt es sich allerdings um eine auf eine Funktion – nämlich die Herbeiführung effizienter Ergebnisse – reduzierte funktionale Methode.

„Wirtschaftsrecht“ bezeichnet zusammenfassend ein methodisches Programm, das sich bei den Konfliktfeldern der Rechtsentwicklung nicht mit tradierten dogmatischen Instrumenten begnügt, sondern zunehmend von den Möglichkeiten gesellschaftstheoretischer und sozialempirischer Vergewisserung Gebrauch macht (vgl. dazu vertiefend AP 3).

## V. Eigenarten des Wirtschaftsrechts

Neben der besonderen Methode wird das Wirtschaftsrecht von verschiedenen Besonderheiten geprägt:

### 1. Internationalität

Mit der Internationalisierung des Aktionsradius der Wirtschaftssubjekte haben *grenzüberschreitende Konflikte* an Bedeutung gewonnen. Der traditionelle Zugang der Rechtsanwendung nähert sich diesem Problem über die zwei Fragen nach der internationalen Zuständigkeit und – daran anschließend – dem anwendbaren Recht.

Dieser Zugang ist nicht nur häufig kompliziert, schwer berechenbar und damit risikoträchtig, sondern bleibt auch einer bloßen *Rechtskoordinierung* verhaftet.

Den Interessen der Wirtschaftssubjekte an einer Reduzierung der Rechtsinformationskosten und der Haftungsrisiken (*compliance costs*) dient demgegenüber eine internationale *Harmonisierung* des Wirtschaftsrechts. Weit fortgeschritten sind hier die Bereiche des Kaufrechts auf der Grundlage des UN-Kaufrechts und des Immaterialgüterrechts auf der Grundlage verschiedener völkerrechtlicher Übereinkommen. Erheblich größere Breite hat die Rechtsharmonisierung im Bereich des Wirtschaftsrechts innerhalb der Europäischen Union.

### 2. „lex mercatoria“

In verschiedenen Bereichen ist es zu einer weitgehenden Harmonisierung durch international einheitliche *Handelsbräuche* gekommen. Die sog. „*lex mercatoria*“ ist jedoch aus sich heraus gerade kein Gesetz. Sie bedingt vielmehr eine Anknüpfung der staatlichen Rechtsordnungen an die Handelsbräuche. Die Grundlage dafür bilden z.B. die Anerkennung der Privatautonomie, wodurch sich die Parteien an international anerkannte Regelwerke binden können (z.B. die Incoterms der ICC: „fob“, „cif“ etc.), oder aber die besondere Anerkennung der Handelsbräuche wie z.B. in § 346 HGB.

### 3. Transaktionsbezogene Betrachtung

Weiter von Bedeutung ist die typische, an den wirtschaftlichen Interessen der beteiligten Wirtschaftssubjekte orientierte, transaktionsbezogene Betrachtung, in deren Vordergrund die Möglichkeiten der Wirtschaftssubjekte stehen, bestimmte Verkehrsgeschäfte durchzuführen und mit den daraus resultierenden Risiken umzugehen.

## *VI. Rechtsquellen*

Die deutschen Rechtsquellen des Wirtschaftsrechts sind nicht schwerer aufzufinden als die des allgemeinen Zivil- oder öffentlichen Rechts.

Von erheblicher Bedeutung sind jedoch daneben die wirtschaftsrechtlichen Normen, die aus der europäischen Wirtschaftsintegration hervorgegangen sind. Im Vordergrund steht dabei zwar naturgemäß das EU-Recht. Nicht zu vernachlässigen ist aber, dass Deutschland auch Mitglied des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) ist und zahlreiche – auch für das Wirtschaftsrecht maßgebliche – Verpflichtungen in anderen Institutionen übernommen hat (z.B. die Europäische Menschenrechtskonvention oder das Europäische Patentübereinkommen).

Vollends über die geographischen Grenzen Europas hinaus reichen die rechtlichen Vorgaben, die aus der Mitgliedschaft Deutschlands in der Welthandelsorganisation (WTO) resultieren. Hier wird nicht nur der Freihandel mit Waren und Dienstleistungen (GATT und GATS) gewährleistet, sondern auch ein internationaler Mindeststandard für den Schutz der Immaterialgüterrechte (TRIPs) niedergelegt (Texte unter [www.wto.org](http://www.wto.org)). Mit Blick auf letztere sind vor allem die von der [World Intellectual Property Organisation \(WIPO\) verwalteten Staatsverträge](http://www.wipo.org) von Bedeutung.

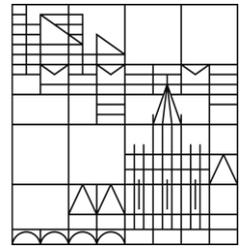
Im Verlauf der Veranstaltung steht allerdings das EU-Wirtschaftsrecht im Vordergrund. Die einschlägigen Quellen werden weitgehend auf dem Server der EU (<https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>) bereitgehalten.

## *VII. Gegenstand der Vorlesung*

(vgl. Terminplan)

## *VIII. Wirtschaftsrecht und Unternehmensrecht*

Es besteht zwar weitgehend Übereinstimmung darin, dass Wirtschaftsrecht auch das Unternehmensrecht umfasst. Dazu gehören neben dem Gesellschaftsrecht auch das Betriebsverfassungsrecht und das Kapitalmarktrecht. Diesen Umstand spiegelt der Schwerpunktbereich „Unternehmen und Finanzen“ wider. Eine Einbeziehung würde indes den Rahmen dieser Veranstaltung sprengen.



05.04.2024

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

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

**Arbeitspapier 2**

**B. Methodische Grundlagen**

*I. Methodische Grundlagen*

Das Wirtschaftsrecht ist zu verstehen als Recht der Wirtschaftsordnungen, „dem Inbegriff der rechtserheblichen Normen, die die Freiheit des Zuordnungswechsels und die Zuordnung wirtschaftlicher Güter in allgemeinen Grundsätzen ... regeln, um eine nach den Maßstäben der wirtschaftlichen Gerechtigkeit ausgewogene Selbstentfaltung und Versorgung der Wirtschaftsbürger im Rahmen einer gesetzten Wirtschaftsverfassung zu gewährleisten“ (*Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, Bd. I, 1983, S. 1, vgl. bereits AP 1). Durch den Begriff „Wirtschaftsverfassung“ wird deutlich, dass wirtschaftsrechtliche Fragen durch grundsätzliche Entscheidungen geprägt werden. Innerhalb der EU ist eine dieser Grundsatzentscheidungen die wirtschaftspolitische Orientierung zugunsten „einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“, vgl. Art. 119, 120 AEUV. Die in diesen Vorschriften ausgesprochene Bindung an die Unionsziele des Art. 3 EUV verweist unter dem Gesichtspunkt des Binnenmarkts zum einen auf die Formulierung von der „sozialen Marktwirtschaft“ in Art. 3 Abs. 3 sowie zum anderen auf ein System, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt, vgl. Art. 3 Abs. 3 EUV und das Protokoll Nr. 27 „über den Binnenmarkt und den Wettbewerb“ (dazu bereits AP 1). Was unter Wettbewerb in diesem Sinne zu verstehen ist, wird später geklärt (AP 3).

Insbesondere zum Schutz des Wettbewerbs werden Generalklauseln sowie unbestimmte Rechtsbegriffe eingesetzt. Dieser Umstand macht auch in methodischer Hinsicht deutlich, wie nahe Teile des *privaten* Wirtschaftsrechts dem öffentlichen Recht stehen. Das wird besonders

im Vergleich zum Polizei- und Sicherheitsrecht deutlich, welches den Zweck der Gefahrenabwehr mithilfe der berühmten polizeirechtlichen Generalklausel (etwa in §§ 1, 3 bwPolG) verfolgt.

## II. Umgang mit Generalklauseln

In kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen haben Generalklauseln eine lange Tradition, wenn sie auch nicht immer unumstritten waren („Flucht in die Generalklausel“). Dass auch im Europarecht zunehmend von Generalklauseln Gebrauch gemacht wird, ist vor diesem Hintergrund kaum verwunderlich. Im Folgenden soll dargestellt werden, in welchen Bereichen des nationalen und europäischen Wirtschaftsrechts Generalklauseln Verwendung finden und wie diese auszufüllen sind.

### 1. Begriff der Generalklausel

Generalklauseln sind sowohl von unbestimmten Rechtsbegriffen, wie zum Beispiel „wesentlich“, „angemessen“ oder „spürbar“, als auch von Auffangklauseln („... oder in sonstiger Weise“) sowie Querschnittklauseln (z.B. § 242 BGB) abzugrenzen. Im Gegensatz zu den letzteren zeichnet sich die Generalklausel im hier verwendeten Sinn durch zwei Besonderheiten aus: Zum einen bietet sie die Möglichkeit, ganze Rechtsgebiete unter einem einheitlichen Ziel zu regeln. Ein Musterbeispiel bieten nach wie vor die polizeirechtlichen Generalklauseln. Zum anderen ist die Generalklausel selbständig gegenüber den Sondertatbeständen. Letztere wirken zwar konkretisierend, sind aber zur Ausfüllung nicht erforderlich.

### 2. Verwendung von Generalklauseln im Bereich des Wirtschaftsrechts

Generalklauseln werden meistens *freiheitsfördernd* eingesetzt, wofür das prominenteste Beispiel die generalklauselartig formulierten Grundrechte und Grundfreiheiten sind. Im Wirtschaftsrecht wird allerdings häufig die Freiheit des einzelnen im Interesse der Allgemeinheit *eingeschränkt*. Das mag die lang überwiegende Zurückhaltung im Umgang mit dieser Form der Rechtsetzung (z.B. im Deliktsrecht, Lauterkeitsrecht) erklären. Dies hat sich allerdings geändert, da der Gesetzgeber die Möglichkeit erkannt hat, durch Generalklauseln nicht nur wirtschaftspolitische Entscheidungen einfließen zu lassen, sondern durch diese auch eine „Anpassung“ seiner Norm an Weiterentwicklungen der Wirklichkeit zu gestatten. Diese Eigenschaft ist besonders in einem Rechtsgebiet, das von der Dynamik des Wettbewerbs geprägt wird, von großer Bedeutung.

#### a) Kartellrecht

Im Kartellrecht lassen sich die Generalklauseln sowohl auf nationaler Ebene (§§ 1, 19 GWB) als auch auf europäischer Ebene (Art. 101, 102 AEUV) rasch auffinden. Anstatt spezieller Freistellungstatbestände enthält Art. 101 Abs. 3 AEUV eine ebenso generalklauselartige Rechtfertigungsmöglichkeit, die weder im weiteren Verlauf des Artikels, noch an sonstiger Stelle des AEUV näher erläutert wird.

Durch Art. 102 S. 1 AEUV wird die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung verboten; es wird aber nicht definiert, was im Einzelnen hierunter zu verstehen ist. Auch Art. 102 S. 2 AEUV, der bestimmte Missbrauchstatbestände aufzählt, soll keinen erschöpfenden Beispielskatalog enthalten, sondern benennt nur Regelbeispiele. Letztlich hat er – was noch genauer darzulegen sein wird – in weiten Bereichen nicht einmal indizielle Wirkung.

Die Rechtskonkretisierung in diesem Bereich ist in letzter Instanz an die Europäischen Gerichte delegiert. Die Kontrolldichte durch die Europäischen Gerichte ist besonders hoch, weil es sich bei den Art. 101 ff. AEUV insgesamt um unmittelbar anwendbares Recht handelt, da die Wettbewerbsregeln sich an die Unternehmen richten. Allein bei komplexen technischen oder

wirtschaftlichen Zusammenhängen nehmen die Unionsgerichte an, dass die Europäische Kommission einen eingeschränkt gerichtlicher Kontrolle unterliegenden Beurteilungsspielraum habe. Bei der Kontrolle des missbräuchlichen Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen haben die Kartellbehörden demgegenüber kein Ermessen, so dass die Gerichte die Entscheidungen voll überprüfen können.

Da die §§ 1, 2 GWB und § 19 GWB an die Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV bzw. Art. 102 AEUV weitgehend angeglichen sind, finden sich hier grundsätzlich dieselben generalklauselartigen Strukturen. Allerdings wird im deutschen Kartellrecht an einigen Stellen des GWB eine strengere Handhabung deutlich. Vgl. dazu vertieft AP 6.

#### b) Lauterkeitsrecht

In das Europäische Lauterkeitsrecht ist mit Art. 5 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vom 11.5.2005 (ABl. 2005 Nr. L 149/22; nachfolgend: UGP-Richtlinie; UGP-RL) eine „große“ Generalklausel eingefügt worden. Deren Absatz 1 verbietet unlautere Geschäftspraktiken. Weiter ist nach Absatz 2 eine Geschäftspraxis unlauter, wenn sie den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflichten widerspricht und geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten der Durchschnittsadressaten wesentlich zu beeinflussen.

Trotz dieser Formulierung ist insgesamt die Zurückhaltung des Gesetzgebers deutlich geworden. So enthalten die Art. 6 ff. UGP-RL Sondertatbestände zur Irreführung und zur unangemessenen Beeinflussung und im Anhang I UGP-RL findet sich eine so genannte „Schwarze Liste“, welche verschiedene Geschäftspraktiken aufzählt, die unter allen Umständen als unlauter anzusehen sind, d.h. *per se*-Verbote begründet. Diese Mischung ist nicht unproblematisch. So wird die selbständige Bedeutung der Generalklausel verringert, indem die Sondertatbestände und die Schwarze Liste induktive Wirkung auf die Auslegung des Art. 5 UGP-RL ausüben.

Das deutsche Lauterkeitsrecht kennt ebenfalls eine Generalklausel (§ 3 UWG). Die Generalklausel in § 3 UWG 2004, wonach unlautere Wettbewerbshandlungen als unzulässig erachtet werden, sofern sie geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen, war seit der UWG-Reform von 2008 zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken mit Wirkung vom 30.12.2008 in § 3 Abs. 1 UWG enthalten. Aufgrund der Beanstandungen der Kommission zur unzureichenden Umsetzung der UGP-Richtlinie kam es 2015 zu einer erneuten UWG-Novelle und damit auch zu einer Überarbeitung der Generalklausel. Diese wurde in § 3 UWG neu gefasst: Während Absatz 1 unverändert die Unzulässigkeit unlauterer geschäftlicher Handlungen normiert, wurde in Absatz 2 eine eigene Generalklausel für geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern eingefügt. Die Regelung in § 3 Abs. 1 UWG stellt im Geltungsbereich der UGP-Richtlinie, also gegenüber Verbrauchern, aber nur noch eine Rechtsfolgenregelung auf, wohingegen § 3 Abs. 1 UWG außerhalb des Anwendungsbereichs der UGP-Richtlinie dem Wortlaut nach wieder zu einem eingliedrigem Verbotstatbestand reduziert wurde (vgl. im Einzelnen zu den Änderungen der Generalklausel im UWG durch die Reform 2015 AP 4).

#### c) Immaterialgüterrecht

Im Immaterialgüterrecht fehlen schutzgewährende Generalklauseln, weil es sich bei den Rechten des geistigen Eigentums um Ausschließungsrechte handelt, welche die Nachahmungsfreiheit einschränken. Ihr Zweck wird darin erkannt, einen Anreiz zu investitionsintensiven Innovationen zu geben. Generalklauseln könnten, so wird befürchtet, den Imitationswettbewerb über Gebühr belasten.

### 3. Ausfüllung der Generalklauseln

### a) Flexibilität und Risiken

Vermöge ihrer Offenheit können Generalklauseln ganz unterschiedlichen sozialen und politischen Bedürfnissen angepasst werden. Die Generalklauseln des Polizeirechts wie des Lauterkeitsrechts haben in nicht weniger als fünf verschiedenen Staatsformen Dienst getan. In der wegweisenden Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts wurde öffentliche Ordnung z.B. 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*). Solche Blankettnormen können zur Anpassung an geänderte gesellschaftspolitische Ausgangssituationen genutzt werden.

Diese Flexibilität ist nicht ohne Risiken: Beispielsweise waren Damenboxkämpfe noch im Herbst 1932 für mit der öffentlichen Ordnung vereinbar gehalten worden. Am 9. November 1933 befand das PROVG jedoch, 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“ sei. Daher seien Damenboxkämpfe als Verstöße gegen die öffentliche Ordnung zu betrachten.

Heute wird verfassungsrechtlicher Kritik am Einsatz von Generalklauseln mit dem Hinweis begegnet, dass die grundrechtlichen Gewährleistungen eine restriktive und freiheitliche Handhabung des Begriffs der öffentlichen Ordnung sichern.

### b) Fallgruppenbildung und Konkretisierung

Eine deduktive Anwendung der Generalklauseln läuft meist Gefahr, unbestimmte Rechtsbegriffe durch Blankettnormen zu ersetzen, welche die Beweggründe der Entscheidung eher verdecken, als sie offenlegen (z.B. die Anstandsformel beim Verstoß gegen die guten Sitten gem. §§ 138, 826 BGB, § 1 UWG 1909).

Ein bewährtes Vorgehen bei der Anwendung von Generalklauseln stellt demgegenüber die Fallgruppenbildung dar. Ausgehend von bereits anerkannten Beispielen der Tatbestandserfüllung können diese die Rechtsentwicklung prägen. Sie bilden auf diese Weise das Induktionsmaterial für die Anwendung der Generalklausel. So bildeten sich z.B. im Lauterkeitsrecht die ersten Fallreihen um die bereits anerkannten Tatbestände herum. Einzelne Entscheidungen (z.B. zum Verstoß gegen Tarifbindungen oder zum Vertreterbesuch im Trauerhaus) hatten dann wegweisende Funktion und führten zur Entwicklung ganzer Fallgruppen (Vorsprung durch Rechtsbruch; psychischer Kaufzwang). Ein Musterbeispiel für diese Entwicklung liefert die Behandlung der sog. gefühlsbetonten Werbung (vgl. vertiefend *Seichter*, Das Regenwaldprojekt – zum Abschied von der Fallgruppe der gefühlsbetonten Werbung, WRP 2007, 230).

**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*).

Zum Zeitpunkt der Entscheidung war noch die Generalklausel in § 1 UWG in der Fassung aus dem Jahr 1909 als Maßstab heranzuziehen. Fraglich war demnach, ob in der Ankündigung des „McHappy-Tages“ ein Verstoß gegen die guten Sitten zu sehen war. Eine der damals anerkannten Fallgruppen lässt sich unter dem Schlagwort „Kundenfang durch Beeinträchtigung

der freien Willensentschließung“ zusammenfassen. Eine Untergruppe hiervon war wiederum die so genannte „gefühlbetonte 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.]

...

Der nachfolgende Fall war insoweit anders gelagert, als die Werbung, die zwar ebenfalls zielbewusst und planmäßig an die Hilfsbereitschaft der Kunden appellierte, gerade nicht dazu eingesetzt wurde, konkrete Umsatzgeschäfte zu fördern:

**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 links unten den sie benennenden Hinweis "United Colors of Benetton" angebracht. (BGH v. 6.7.1995, I ZR 293/93 = GRUR 1995, 598 – *Ölverschmutzte Ente*)

Der Bundesgerichtshof sah sich zunächst veranlasst, die durch Fall 1 beschriebene Fallreihe zu erweitern: Der Vorwurf des sittenwidrigen Werbeverhaltens der Bekl. lag im Kern darin begründet, dass sie mit der lediglich auf sie als publizierendes Unternehmen hinweisenden Darstellung des Elends geschundener Kreatur bei einem nicht unerheblichen Teil der Verbraucher starke Gefühle des Mitleids und der Ohnmacht über die Umweltzerstörung weckt, sich dabei als gleichermaßen betroffen darstellt und damit eine Solidarisierung der Einstellung solchermaßen berührter Verbraucher mit dem Namen und zugleich mit der Geschäftstätigkeit ihres Unternehmens herbeiführt.

[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 1976, 308, 309 = WRP 1976, 233 – *UNICEF-Grußkarten*; GRUR 1987, 534, 536 = WRP 1987, 553 – *McHappy-Tag*; WRP 1995, 487, 488 – *Arbeitsplätze bei uns*; *Ullmann*, FS Traub, S. 411, 419 4 f.), sondern auch dann, wenn sie im Wesentlichen nur zur Steigerung des Ansehens des Unternehmens bei den Verbrauchern eingesetzt wird (vgl. BGHZ 112, 311, 315<sup>1</sup> – *Biowerbung mit Fahrpreiserstattung*; BGH GRUR 1991, 545 = WRP 1991, 227 – *Tageseinnahme für Mitarbeiter*, *Piper*, GRUR 1993, 276, 282).]

Vor allem verfassungsrechtliche Gründe – zu der Werbeaktion von Benetton ergingen nicht weniger als zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in denen die Meinungsfreiheit des Gewerbetreibenden geschützt wurde – haben zu einer Änderung der Rechtsprechung zu dieser Fallgruppe geführt:

**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*).

Die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts zur Meinungsfreiheit in Fall 2 sowie ein in der Zwischenzeit gewandeltes Verbraucherleitbild führten in Fall 3 zu einer völlig anderen Sichtweise. Der Bundesgerichtshof nahm nunmehr an, dass keine unangemessene Beeinflussung und somit keine Unlauterkeit vorlag. Seitdem reicht es nicht mehr aus, dass die beworbene Ware keinen sachlichen Anlass für die „gefühlbetonte Werbung“ gibt. Vielmehr bedarf es einer tatsächlichen Beeinträchtigung der freien Willensbildung. Bei der Anzeige in Fall 3 kann der Konsument jedoch nach wie vor entscheiden, ob er sich beim Kauf einer Sonnenbrille von Tierschutzfragen beeinflussen lassen will, und ist somit in seiner Entscheidung frei.

Als für die Entscheidung von Fall 3 erhebliche Normen lagen allerdings zum Zeitpunkt der Entscheidung §§ 3, 4 Nr. 1 UWG in der Fassung aus dem Jahr 2004 vor. Dadurch wird das Zusammenwirken von Rechtsprechung und Gesetzgebung besonders deutlich. So waren die bis dahin als Fallgruppen für einen Verstoß gegen die guten Sitten (vgl. § 1 UWG a.F.) anerkannten Sachverhalte als Beispiele für unlautere Wettbewerbshandlungen 2004 in § 4 UWG aufgenommen worden. Unter anderem gingen die Fallgruppen „Werbung mit unsachlichen Argumenten“ und die hier betroffene „gefühlbetonte Werbung“ in § 4 Nr. 1 UWG 2004 (in Kraft bis 2015) auf, wonach die Beeinträchtigung der Verbraucher durch *sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss* unlauter war. Es stellte sich also die Frage, ob die ältere Praxis durch ihre Kodifizierung einer geänderten Bewertung durch die Gerichte entzogen war.

Indes führte die Kodifizierung zum einen nicht dazu, dass die Handhabung des Lauterkeitsrechts weniger flexibel geworden wäre, wie die vorliegende Entscheidung des Bundesgerichtshofs zeigte: Die unbestimmten Rechtsbegriffe „unangemessener unsachlicher Einfluss“ erhielten den erforderlichen Bewertungsspielraum. Die Kodifizierung führte zum anderen auch nicht dazu, dass die Generalklausel an Bedeutung verloren hätte. Zwar findet sich für das Gros der Lauterkeitsverstöße nunmehr ein Sondertatbestand. Dennoch ist die Generalklausel unabdingbar, um einen umfassenden Rechtsschutz sicherzustellen. Bereits in der Entscheidung des BGH v. 12.7.2007, I ZR 18/04 – *Jugendgefährdende Medien bei eBay* – wurde deutlich gemacht, dass auch weiterhin eine Notwendigkeit für eine flexible Anwendung der Generalklausel des § 3 UWG neben den Fallgruppen des § 4 UWG besteht (vgl. im Einzelnen dazu AP 8 Lauterkeitsrecht).

Allerdings kann die Wechselwirkung zwischen gerichtlicher und gesetzgeberischer Konkretisierung auch in entgegengesetzter Richtung vor sich gehen. So gibt es Fälle, in denen der Gesetzgeber konkretisierend tätig wird, weil die Rechtsprechung die Einbeziehung einer Fallgruppe in die Generalklausel „verweigert“. Als Beispiel kann hier § 20 Abs. 3 Nr. 2 GWB genannt werden. Diese Vorschrift setzt fest, dass es sich bei dem Verkauf unter Einstandspreis um eine unbillige Behinderung kleinerer oder mittlerer Wettbewerber durch marktstarke Unternehmen handelt. Dies war im Jahr 1995 von der Rechtsprechung abgelehnt worden:

„Als unbillige Behinderung im Sinne des § 26 Abs. 4 GWB [a.F.; nunmehr § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, d. Verf.] 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).

Weil die damit erforderliche konkrete Wettbewerbsgefährdung schwer darzulegen und nachzuweisen war, entstand in den Augen des Gesetzgebers eine Schutzlücke, die er durch die Schaffung des § 20 Abs. 4 S. 2 GWB a.F., nunmehr § 20 Abs. 3 Nr. 2 GWB (bitte Wortlaut lesen und vergleichen mit der hervorgehobenen Passage des Urteils!) aus Anlass der 6. GWB-Novelle bereits im Jahr 1998 schloss, indem er nicht nur gelegentliche Angebote unter dem Einstandspreis gerade unabhängig von der Feststellung einer konkreten Wettbewerbsgefährdung verbot. Seit dem 22.12.2007 ist dieses Verbot weiter verschärft worden: Der Verkauf unter Einstandspreis von Lebensmitteln (Nr. 1) ist selbst beim nur gelegentlichen Angebot verboten. Die Verbote finden sich seit der 8. GWB-Novelle 2013 in § 20 Abs. 3 Nrn. 1, 2 GWB.

Ganz allgemein ist das Zusammenspiel von Generalklauseln und konkretisierenden Tatbeständen problematisch, weil stets ein Spannungsverhältnis zwischen der Entscheidung des Gesetzgebers, mit der Generalklausel einen Auffangtatbestand bereitzuhalten, und seiner Entscheidung, durch die tatbestandlichen Schranken des Sondertatbestandes die Grenzen der geschützten Interessensphären festzulegen, besteht. Alternativ kann von der uneingeschränkten Anwendung der Generalklausel oder *e contrario* von deren Ausschluss durch die Existenz eines einschlägigen Sondertatbestandes ausgegangen werden. Verschiedentlich bleiben solche Konkretisierungen gar annähernd bedeutungslos. Als Beispiel kann hier Art. 102 AEUV herangezogen werden. In dessen Satz 2 sind Beispiele für einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung aufgeführt. Alle Beispiele betreffen Fälle, welche die Ausbeutung der Marktgegenseite (den so genannten Ausbeutungsmissbrauch), also das Vertikalverhältnis, betreffen. In der Anwendungspraxis des Art. 102 AEUV stehen demgegenüber Fälle des Missbrauchs in Bezug auf Wettbewerber, also im Horizontalverhältnis (der so genannte Behinderungsmissbrauch) eindeutig im Vordergrund. In diesem Fall wird eine indizielle Wirkung des Beispielkatalogs für den Behinderungsmissbrauch allgemein abgelehnt.

### III. Prognoseentscheidungen

Das Wirtschaftsrecht operiert in erheblichem Umfang mit Rechtsbegriffen, die an hypothetische Umstände oder künftige Entwicklungen anknüpfen. Die Beurteilung der Frage, wie eine

hypothetische Entwicklung ausgesehen hätte, stellt sich schwieriger dar als die Beurteilung von in der Vergangenheit abgeschlossenen Vorgängen.

## 1. Arten von Prognoseentscheidungen im Wirtschaftsrecht

### a) Kartellrecht

Im Rahmen des Kartellrechts sind verschiedene Prognoseentscheidungen zu treffen. Zum einen beruht bereits das allgemeine Kartellverbot auf einer solchen Prognose. Deutlich wird dies, wenn etwa das deutsche bzw. europäische Kartellverbot mit dem schweizerischen verglichen wird: In der Schweiz haben die Unternehmen, wenn ihnen der Vorwurf der Kartellbildung gemacht wird, die Möglichkeit, sich mit der Begründung zu entlasten, dass durch die ihnen vorgeworfene Handlung der Wettbewerb nicht beschränkt wird, weil hinreichender Außenwettbewerb durch Nicht-Kartellmitglieder besteht, vgl. Art. 5 Abs. 3 und 4 des Schweizer Kartellgesetzes. In der EU hingegen lässt der Gesetzgeber diesen Gegenbeweis nicht zu. Das beruht auf der prognostizierenden Annahme, dass Unternehmen gar nicht erst zu Kartellabsprachen greifen werden, wenn sie nicht selbst davon überzeugt sind, dass diese wirtschaftlich sinnvoll sind, weil kein hinreichender Außenwettbewerb mehr besteht.

Eine typische Prognoseentscheidung ist im Zusammenhang mit der Zusammenschlusskontrolle erforderlich, da es sich hier um eine *ex ante*-Kontrolle handelt, im Rahmen derer die Auswirkung des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb beurteilt werden muss.

### b) Lauterkeitsrecht

Im Lauterkeitsrecht ist grundsätzlich die Beeinträchtigung von Interessen von Marktteilnehmern Voraussetzung für ein Verbot. Die Frage danach ist eine Prognoseentscheidung. Besonders deutlich wird dies, wenn die Wettbewerbsbeeinträchtigung auf eine Nachahmungsgefahr gestützt wird.

### c) Kennzeichenrecht

Als Voraussetzung für die Eintragung eines Zeichens als Marke wird die Fähigkeit des Zeichens gefordert, als Herkunftshinweis für konkrete Waren oder Dienstleistungen dienen zu können. Ob ein Zeichen diese Fähigkeit besitzt, kann nur im Rahmen einer Prognoseentscheidung geklärt werden.

## 2. Strukturen der Entscheidungsfindung

Zunächst stellt sich die Frage, wer die Entscheidungen trifft. Während im Lauterkeitsrecht im allgemeinen keine behördliche Entscheidungsinstanz existiert, findet sich im Kennzeichenrecht das Deutsche Patent- und Markenamt (im Folgenden: DPMA) für deutsche Marken und das Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (im Folgenden: EUIPO) für Unionsmarken, Muster und Modelle. Die einzigen Behörden mit einer beschränkten wettbewerbspolitischen Gestaltungsprärogative hält allerdings das Kartellrecht bereit.

Wie die Behördenstruktur, so unterscheidet sich auch die sachliche Grundlage, die den einzelnen Prognoseentscheidungen zugrunde gelegt wird. Kartellrechtliche Prognoseentscheidungen werden breit im tatsächlichen Bereich abgestützt. Allerdings ist die Kontrolldichte der Gerichte auch in diesem Bereich hoch, so dass aufhebende Gerichtsentscheidungen meist auf mangelnden Nachweis der tatsächlichen Grundlagen durch die Kartellbehörde gestützt werden. Problematisch ist, dass dadurch die Möglichkeiten der Kartellbehörden zukunftsgerichteter und wirtschaftspolitisch gestaltender Entscheidungen beeinträchtigt zu werden droht.

Die lauterkeitsrechtlichen Prognoseentscheidungen beinhalten häufig stärker eine Postulierung zu erwartenden Marktverhaltens als dessen Begründung. Es werden selten Tatsachen festgestellt, sondern wenig abgestützte richterliche Erfahrungssätze zugrunde gelegt.

Noch einen Schritt weiter geht man bei der Prognose der Unterscheidungskraft im markenrechtlichen Eintragungsverfahren, die eher spekulativ ist. Hier ist anhand allgemein kundiger Tatsachen zu entscheiden, ohne dass eine Verkehrsbefragung vorgenommen wird. Festgemacht werden diese Tatsachen an konkreten Indizien, die dem Zeichen selbst zu entnehmen sind.

### 3. Veränderungen des Umfelds

Im Bereich des Wirtschaftsrechts sind verschiedene Veränderungen des Umfelds der Prognoseentscheidungen zu erkennen, die sich auch auf die Beurteilungskompetenzen ausgewirkt haben.

#### a) Konkrete Veränderungen

Das Europäische Kartellverfahrensrecht hat mit der EG-Verordnung Nr. 1/2003 gravierende Änderungen erfahren. Während die Kommission früher eine Rechtfertigung nach Art. 81 Abs. 3 EG (nunmehr Art. 101 Abs. 3 AEUV) konstitutiv feststellen konnte und musste, also ein „Freistellungsmonopol“ hatte, ist seit 2004 das System der Legalausnahme eingeführt worden. Die Kommission kann zwar noch Leitlinien erlassen. Ihr wirtschaftspolitischer Entscheidungsraum, durch die Nicht-Verfolgung bzw. umgekehrt die Ablehnung der Freistellung wettbewerbsgestaltend einzugreifen, ist durch die Neuregelung aber erheblich eingengt worden.

Im Kartellrecht ist eine weitere strukturelle Veränderung zu erkennen. Einerseits ist eine stärkere Beeinflussung der Entscheidungen durch ökonomische Gesichtspunkte spürbar. Dies kann mit dem Schlagwort „*more economic approach*“ umschrieben werden. Der Einfluss empirischer Argumentation wurde dadurch verstärkt. Andererseits haben sich die Grundrechte im Wirtschaftsrecht emanzipiert und ihr Einfluss hat zugenommen (vgl. o. Fall 3), was gegenläufig zu einer Normativierung der Entscheidungen führt. Zusammengenommen führen beide Effekte aber dazu, dass nicht allein der Spielraum von Verwaltungsbehörden, sondern auch der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum bezüglich Prognoseentscheidungen begrenzt wurde. All das hat dazu geführt, dass *per se*-Regeln und abstrakte Gefährdungstatbestände zurückgedrängt wurden.

#### b) Auswirkungen auf die Beurteilungskompetenz

Die Zurückdrängung von *per se*-Regeln und Gefährdungstatbeständen wirkt sich auf die Beurteilungskompetenzen aus: Während bei abstrakten Tatbeständen der Gesetzgeber eine bestimmte Prognose vorwegnimmt, verschiebt sich mit der Zurückdrängung die Beurteilung auf die Rechtsanwender und in letzter Instanz auf die Gerichte.

Fraglich ist weiter, inwieweit das Verhältnis zwischen Behörden und Gerichten davon betroffen ist. Während im deutschen Verwaltungsrecht bei Prognoseentscheidungen ein nur eingeschränkter justiziabler Beurteilungsspielraum gegeben ist, wird ein solcher im Wirtschaftsrecht allein im kartellrechtlichen Zusammenhang – und auch dort nur in eingeschränktem Umfang – bejaht. Diese unterschiedliche Behandlung hat zwei gute Gründe: Zum einen haben kartellrechtliche Entscheidungen erhebliche gesamtwirtschaftliche Auswirkungen; zum anderen sind nur relativ wenige Entscheidungen zu fällen. So wurden im Jahr 2022 nur fünf Zusammenschlussvorhaben durch die Kommission [näher überprüft](#), das Bundeskartellamt gibt an, 2022 ebenfalls nur fünf Vorhaben in einem so genannten Hauptprüfverfahren [überprüft zu haben](#). Demgegenüber wurden im selben Jahr beim EUIPO über 174.000 [Marken](#)

[angemeldet](#), beim DPMA waren es 2023 gut 75.000 [Anmeldungen](#). Im Bereich des Lauterkeitsrechts hat die größte deutsche Rechtsdatenbank für 2017 407 Entscheidungen registriert, von denen erfahrungsgemäß deutlich mehr als die Hälfte auf Irreführungstatbestände gestützt werden. Es liegt auf der Hand, dass Hunderte oder Tausende von Behörden- und Gerichtsentscheidungen nicht mit demselben Aufwand vorbereitet und gefällt werden können wie wenige Dutzend.

#### 4. Prognoseentscheidungen und Wettbewerb als Entdeckungsverfahren?

„Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“ geht begrifflich auf einen einflussreichen Vortrag von *v. Hayek* zurück. Dessen wettbewerbstheoretischer Ansatz lehnt in erster Linie das sog. Struktur-Verhaltens-Ergebnis-Paradigma ab. Dieses Paradigma geht davon aus, dass man durch die Beeinflussung der Marktstruktur über das Marktverhalten der Akteure die gewünschten Marktergebnisse herbeiführen könne. *v. Hayek* ging hingegen davon aus, dass durch die klassische Markttheorie der Weg zum Verständnis des Wettbewerbs versperrt wird, da erst der Wettbewerb die gewünschten Ergebnisse im Einzelnen aufzeigen kann. Vor diesem Hintergrund sind zukunftsorientierte Prognoseentscheidungen im Hinblick auf die Marktergebnisse schwer zu rechtfertigen. Das Vorgehen *v. Hayeks* basierte allerdings auch auf der konsequenten Trennung von Staat und Markt. Hierdurch sollte vor allem verhindert werden, dass der Staat zu stark durch konkrete Wirtschaftssteuerung in den Markt eingreift.

Davon ist die moderne Begründung der Einbeziehung ökonomischer Argumente weit entfernt. Im Laufe der Zeit hat sich die Ökonomie – auch aus dem Bewusstsein der Unsicherheit ihrer eigenen Instrumente heraus - weiterentwickelt. Dies führt unter anderem zur Einbeziehung komplexerer Modelle, die eine Prognose bestimmter Abläufe zumindest erleichtern. Im Ergebnis sollte die Nutzung ökonomischer Argumente, die bereits in das Kartellrecht Einzug gehalten haben, auch auf andere wirtschaftsrechtliche Bereiche ausgeweitet werden. Die unter Umständen damit verbundene Rechtsunsicherheit kann zum Beispiel dadurch abgemildert werden, dass der ökonomische Sachverstand und die Möglichkeiten der Kartellrechtsbehörde instrumentalisiert werden und als (nicht verbindliche) Leitlinien anderen Behörden und den Gerichten als Hilfen zur Verfügung gestellt werden.

### *IV. Zweck und Zweckmehrheit*

Insbesondere im Rahmen der Auslegung von Generalklauseln, aber auch bei der Anwendung anderer Normen ist deren Schutzzweck von großer Bedeutung. Das Wirtschaftsrecht ist geprägt von einer Schutzzweckmehrheit. Zum einen soll durch das Wirtschaftsrecht der Wettbewerb als Institution geschützt werden und zum anderen sind (auch) die Individualinteressen von Bedeutung. Bei einer teleologischen Auslegung kommt es vor, dass ein (zumindest scheinbarer) Schutzkonflikt entsteht. Ein tatsächlicher Konflikt kann allerdings deshalb nicht vorliegen, weil der Wettbewerb nicht um seiner selbst willen geschützt wird, sondern durch ihn wiederum verschiedene Individualinteressen geschützt werden. Umgekehrt wird, wenn Individualrechte gewährt werden, die Wettbewerbsverstöße abwehren oder sanktionieren sollen, auch der Wettbewerb geschützt. Besonders deutlich wird dies, wenn man die einzelnen Rechtsgebiete betrachtet.

#### 1. Kartellrecht

Das Kartellrecht schützt in erster Linie den Wettbewerb als Institution. Funktionsfähiger Wettbewerb ist vor allem volkswirtschaftlich erwünscht, weil er monopolbedingte Wohlfahrtsverluste ausschließt. Allerdings ist anerkannt, dass daneben auch der Zweck besteht, Individualinteressen zu schützen: Auf der einen Seite stehen diejenigen Individualinteressen, welche durch funktionierenden Wettbewerb generell gefördert werden. Dazu zählt insbesondere das Individualinteresse der Wettbewerbsteilnehmer auf der

Marktgegenseite, von der preisbremsenden Wirkung des Wettbewerbs zu profitieren. Auf der anderen Seite steht das zum grundrechtlich geschützten Recht auf Handlungsfreiheit im Wettbewerb verdichtete Individualinteresse, das durch kartellrechtswidrige Wettbewerbshandlungen unmittelbar beeinträchtigt werden kann.

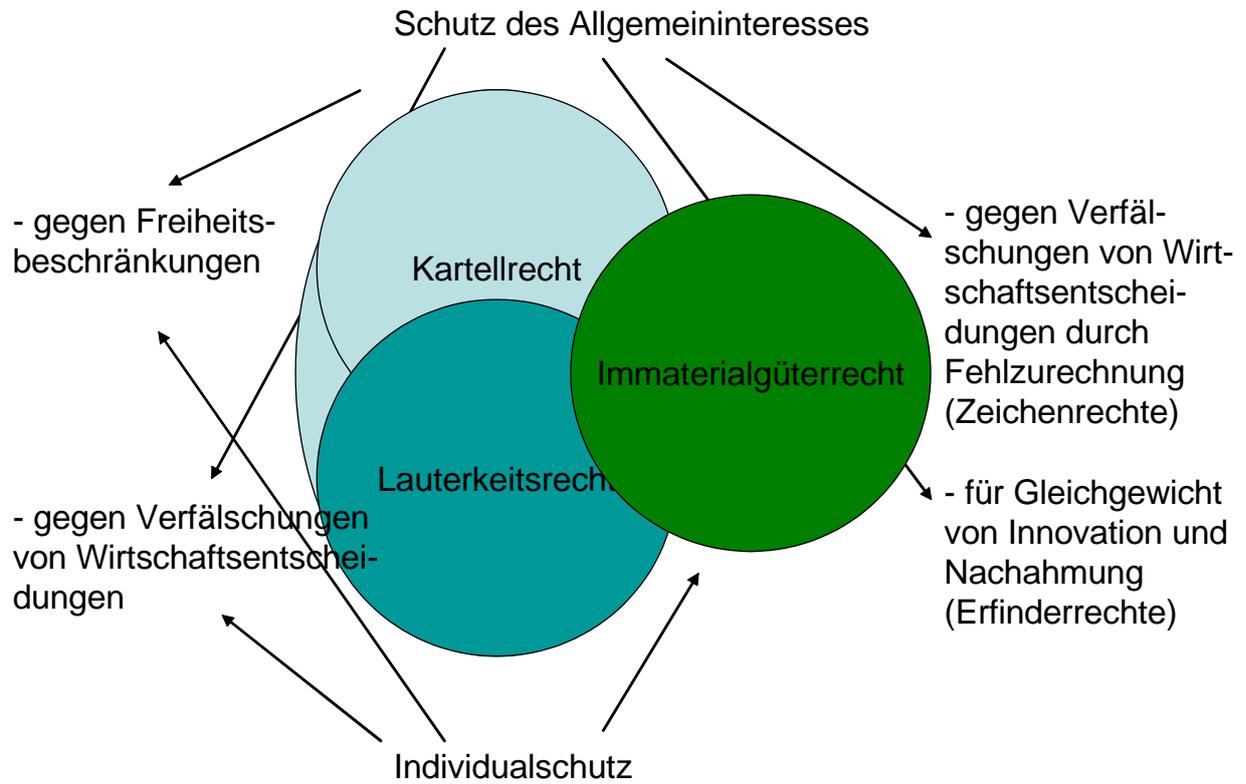
## 2. Lauterkeitsrecht

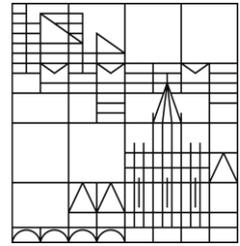
Nach § 1 Abs. 1 UWG dient das Lauterkeitsrecht dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und der Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb und schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb. Der Individualschutz der Verbraucher, die durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigt werden, muss nach der Richtlinie (EU) 2019/2161 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union vom 27.11.2019 (ABl. 2019 Nr. L 328/7) seinen Niederschlag in angemessenen und wirksamen Rechtsbehelfen finden.

Neben dem Schutz von Individualinteressen (Mitbewerber und Marktgegenseite) wird aber auch der Schutz des (lauteren) Wettbewerbs bezweckt. Dies entspricht der auch schon vor 2004 vertretenen Schutzzwecktrias des Lauterkeitsrechts, die sich seit den 1930er-Jahren entwickelt hat und in ihren Konsequenzen bis heute nicht unumstritten ist.

## 3. Immaterialgüterrecht

Immaterialgüterrechte begründen subjektive Rechte ihrer Inhaber. Der Individualschutz liegt damit auf der Hand. Auf den ersten Blick erscheint demgegenüber nicht ganz ersichtlich, warum die Immaterialgüterrechte zugleich den Wettbewerb schützen sollten, gewähren sie doch Ausschließlichkeitsrechte, durch welche der Wettbewerb ausgeschlossen wird. Dies wäre allerdings eine sehr kurzfristige Sichtweise: Soweit durch die Erfinderrechte geistige Leistungen eigentumsähnlich geschützt werden können, wird ein Anreiz für Investitionen geschaffen, die Innovationen fördern. Langfristig gesehen kommt dies dem Gleichgewicht von Innovations- und Imitationswettbewerb zugute. Bei Kennzeichenrechten steht der Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen durch die Begründung einer Verwechslungsgefahr im Vordergrund.





05.04.2024

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

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

**Arbeitspapier 3**

**C. Ökonomische Grundlagen**

*I. Bedeutung ökonomischer Argumente im Wirtschaftsrecht*

1. Grundsätzliche Bedeutung ökonomischer Argumente

Wie bereits in der Einführung angesprochen, wird im Bereich des Wirtschaftsrechts zunehmend von den Möglichkeiten gesellschaftstheoretischer und sozialempririscher Vergewisserung Gebrauch gemacht, indem vor allem die ökonomische Analyse des Rechts als Instrument einer funktionalen Rechtsauslegung herangezogen wird. Die zugrunde liegende Orientierung an Effizienzgesichtspunkten ist grundsätzlich sinnvoll, da volkswirtschaftliche Effizienz per se im Gemeinwohlinteresse liegt und effizienzorientierte wirtschaftspolitische Maßnahmen den Mitgliedstaaten und der EU gem. Art. 120 AEUV aufgegeben sind.

**Bsp.:** Ein Lastwagenfahrer verdient umso mehr (ergänze: und schafft einen diesem Verdienst entsprechenden volkswirtschaftlichen Mehrwert), je schneller er fährt. Je schneller er fährt, desto größer ist aber die Gefahr, dass er dadurch Schäden verursacht.

Nach der ökonomischen Analyse des Rechts („*Law and Economics*“) haben Rechtsnormen dafür zu sorgen, dass ein volkswirtschaftlich optimales Ergebnis eintritt, d.h. der wirtschaftliche Gesamtnutzen maximiert wird. Was wirtschaftlich effizient ist, soll im Ausgangspunkt nicht verhindert werden. Zu verhindern ist auf alle Fälle, dass ein volkswirtschaftlicher Schaden entsteht, weil der Schaden (= das Produkt aus Verletzungswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe) größer ist als

der Gewinn aus dem risikoerhöhenden Verhalten. Im konkreten Fall ginge es darum, den Lastwagenfahrer zu einer Fahrverhalten anzuhalten, bei dem der Mehrwert aus einer höheren Geschwindigkeit nicht überwogen wird durch weitere Schäden, die aus einer noch höheren Geschwindigkeit resultieren.

Mit der Frage der verteilenden Gerechtigkeit (ist es sinnvoll, die Lasten aus dem wohlfahrtsfördernden Verhalten den Geschädigten aufzugeben, den unmittelbaren Nutzen aber dem Schädiger zu belassen?) beschäftigt sich die ökonomische Analyse des Rechts (ÖAR) an dieser Stelle (noch) nicht. Sie begnügt sich mit der Identifizierung sog. „Pareto-effizienter“ Ergebnisse, das sind Ergebnisse, bei denen der Schädiger in der Lage ist, aus dem erzielten Gewinn den Schaden des Geschädigten zu übernehmen.

Erst an zweiter Stelle ist die anschließende Frage zu beantworten, wer für die Schäden haften soll. Sie wird von der ÖAR im Grundsatz danach beurteilt, wer am kostengünstigsten in der Lage ist, den Schaden zu vermeiden oder zu versichern („*cheapest risk avoider*“; „*cheapest risk insurer*“). Im oben genannten Beispiel ist das der Lastwagenfahrer oder sein Arbeitgeber.

Die ÖAR ist aus verschiedenen Gründen heftig angegriffen worden. Dazu gehört insbesondere ihre Grundhypothese des Rationalitätsaxioms (auch REM-Hypothese; abgeleitet vom *rational egoistischen Menschen*). Dieses besagt, dass sich wirtschaftliche Unternehmen am Ziel der Gewinnmaximierung, natürliche Personen am Ziel der Nützlichkeitsmaximierung orientieren. Dies wurde zu Unrecht stets als Angriffspunkt der ÖAR gesehen. Bei dem Rationalitätsaxiom geht es nämlich nicht um das Zerrbild, dass die Wirtschaftsteilnehmer robotergleich allein auf ihren finanziellen Vorteil bedacht durchs Leben gehen. Die Entscheidung über die persönliche Nützlichkeit kann durchaus auf immaterielle Vor- oder Nachteile gestützt werden. Von der Fiktion der eigenverantwortlichen und autonomen Willensbetätigung geht im Übrigen die gesamte Rechtsordnung - im Zivil- wie im Straf- oder Staatsrecht - aus. Maßgebend ist allerdings, dass die Individuen ihre Entscheidungen auf der Grundlage zutreffender Informationen treffen (dazu vgl. auch noch unten).

Heute haben sich die Fronten aufeinander zu bewegt. Es ist jedenfalls kaum zu bestreiten, dass das Ziel ökonomisch effizienter Ergebnisse als im Allgemeininteresse liegend grundsätzlich anzuerkennen ist. Es bedarf daher stets rechtfertigender Gründe, bzw. überwiegender anderer Allgemeininteressen, wenn Rechtsnormen von diesem Ziel abweichen. Andererseits ist klarzustellen, dass die Feststellung einer Ineffizienz *per se* kein Urteil gestattet. Auch Autoren, die der AÖR folgen, widersprechen nicht dem Grundsatz des Primats des Rechts.

**Bsp.:** In einer Gesellschaft möge nur Wasser erwirtschaftet werden. Verschiedene Wirtschaftssubjekte erwirtschaften viel Wasser, andere gar keins.

Es bleibt eine politische Aufgabe und zugleich die des Rechts, über die Frage der Verteilung des Wassers zu entscheiden. Bei dieser Entscheidung kann aber berücksichtigt werden, wie viel Wasser im Zuge einer Umverteilung auf dem Boden landet und (für alle!) verloren geht oder wegen der negativen Anreizwirkung einer Umverteilung gar nicht erst erwirtschaftet wird. Gründe der Verteilungsgerechtigkeit können aber auch ineffiziente Regelungen stützen. Im oben genannten Lastwagenbeispiel wurde die volkswirtschaftliche Effizienz allein auf der Basis von Auswirkungen im Vermögen der Beteiligten dargestellt. Es bleibt originäre Aufgabe des Rechts zu bewerten, ob etwa die physische Integrität eventueller Opfer höher zu bewerten ist als das volkswirtschaftliche Effizienzinteresse (vgl. in diesem Sinne BGH v. 31.10.2006, VI ZR 223/05 = NJW 2007, 762).

Natürlich kann demgemäß die Beurteilung (ausschließlich) nach Effizienz Gesichtspunkten zu aus normativen Gründen unerwünschten Ergebnissen führen. Wenn aber von der Leitlinie der Effizienz abgewichen werden soll, sollte dies begründet werden. Als Beispiel dafür kann die Privilegierung der Arbeitnehmer genannt werden, die bei der Haftung für Schäden, die im Rahmen der Tätigkeit für den Arbeitgeber entstanden sind, eingreift. Denn in der Konsequenz

der oben dargestellten Grundsätze zur Effizienz und dem „*cheapest risk avoider*“ läge es eigentlich, die jeweiligen Haftungstatbestände so auszugestalten, dass jeweils derjenige, der eine Verkehrspflichtverletzung begeht, dafür in vollem Umfang haftet, da er regelmäßig am einfachsten in der Lage sein wird, durch verkehrsgemäßes Verhalten das Risiko zu vermeiden. Im Bereich der Verletzungen Dritter durch Verrichtungsgehilfen ist dieses Ziel durch die Anordnung der Haftung des Geschäftsherrn in § 831 BGB sowie die Anerkennung des Organisationsverschuldens im Rahmen von § 823 BGB für den Geschäftsherrn geschehen.

Bestimmte Risiken resultieren aber aus einem Verhalten des Verrichtungsgehilfen, das sich der Kontrolle durch den Geschäftsherrn entzieht (und wofür dieser daher auch nicht haften soll!). Hier bleibt es bei der Eigenhaftung des Verrichtungsgehilfen. Auch insoweit ginge an sich ein richtiger Verhaltensanreiz von der Sanktion aus. Dieser an sich erwünschte Verhaltensanreiz wird durch die sog. Haftungsprivilegierung der Arbeitnehmer teilweise vereitelt, weil sie zu einer Entlastung der Arbeitnehmer auch im Fall der Schädigung Dritter führt, indem ihnen ein Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber gewährt wird. Die Privilegierung gibt so betrachtet zwar einen – im Ausgangspunkt falschen – Anreiz zu unsorgfältigem Verhalten der Arbeitnehmer (sog. *moral hazard*).

Dies kann aber zum einen mit den Wertungen gerechtfertigt werden, die hinter der Anerkennung der Haftungsprivilegierung stehen: Es erscheint zum einen ungerecht, die unmittelbar handelnden Arbeitnehmer mit einem Haftungsrisiko zu belasten, das ihre Vergütung nicht widerspiegelt. Zum anderen ist selbst in der Haftungsprivilegierung der Arbeitnehmer eine ökonomische Ratio zu erkennen: Fehlte die Haftungsprivilegierung nämlich, so würde das außer Verhältnis zum Verdienst stehende und damit existenzbedrohende Haftungsrisiko die Arbeitnehmer entweder zu ineffizient sorgfältigem Arbeiten veranlassen oder aber langfristig dafür sorgen, dass von großer Haftung bedrohte Tätigkeiten gar nicht mehr ausgeübt würden.

## 2. Anwendungsbeispiel

Ein häufig genanntes Beispiel für eine intuitive Berücksichtigung von Effizienzargumenten in der Gesetzgebung bildet die Regelung im Rahmen von Mängelansprüchen, nach der ein Sachmangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen haben muss, um eine Haftung des Verkäufers für diesen Mangel zu begründen (vgl. § 434 Abs. 1 BGB). Grundsätzlich könnte die Haftung auch an eine Haltbarkeit für einen bestimmten Zeitraum geknüpft werden, was insbesondere angesichts der besonderen Problematik, die mit der Feststellung der Anfänglichkeit des Mangels verbunden ist, die Rechtsanwendung erheblich erleichtert hätte.

Exkurs: Im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs wird diese Problematik freilich durch die Sonderregelung in § 477 BGB (§ 476 BGB a.F.) weitgehend entschärft. Die dazu entstandene Praxis (EuGH v. 04.06.2015, C-497/13 – Faber = NJW 2015, 2237 m. Anm. *Hübner*, NJW 2015, 2241, BGH v. 12.10.2016, VIII ZR 103/15 = NJW 2017, 1093) hat sich einer de-facto-Haltbarkeitsgarantie angenähert, indem sie die Beweislast deutlich zu Gunsten der Verbraucher verschob. Allerdings wurden aus Gründen des Verbraucherschutzes Effizienzgesichtspunkte vernachlässigt.

Hinter der gesetzlichen Regelung des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB steckt jedoch unausgesprochen der Gedanke des *cheapest risk avoiders*: Vor Gefahrübergang, also in den meisten Fällen vor Übergabe, ist der Verkäufer am besten in der Lage, den Zustand der Kaufsache zu kontrollieren und Schaden von der Sache abzuwenden, da er unmittelbaren Zugriff auf die Sache hat. Nach Gefahrübergang ist dies jedoch der Käufer. Durch seine Behandlung der Kaufsache kann er mögliche Verschlechterungen nach der Übergabe am besten kontrollieren und verhindern und sollte deshalb auch das entsprechende Risiko tragen. Eine Haltbarkeitshaftung würde wiederum für den Käufer einen Anreiz zu unsorgfältigem Umgang mit der Kaufsache setzen (sog. *moral hazard*). Die Beweiserleichterung im Rahmen von § 477 BGB und Art. 11 Abs. 1 WarenkaufRL

soll vermeiden, dass es bei der Beweisführung zu „unvermeidbaren Schwierigkeiten“ für den Verbraucher kommt und setzt durch die Möglichkeit des Gegenbeweises nach der Wertung des EuGH auch keine übermäßigen Anreize für den unsorgfältigen Umgang (EuGH v. 04.06.2015, C-497/13 – Faber = NJW 2015, 2237, 2239; BGH v. 12.10.2016, VIII ZR 103/15 = NJW 2017, 1093, 1096). Noch nicht absehbar sind die Folgen der Erweiterung der üblichen Beschaffenheit auf die Haltbarkeit in Art. 7 Abs. 1 lit. d WarenkaufRL für dieses Modell der Risikoverteilung.

## II. Wettbewerbsschutz und Wettbewerbstheorien

Bereits im zweiten Arbeitspapier wurde dargestellt, dass weite Bereiche des Wirtschaftsrechts den Zweck verfolgen, den Wettbewerb als Institution zu schützen. Noch nicht geklärt wurde allerdings, was unter Wettbewerb zu verstehen ist. Im Hinblick darauf soll ein Überblick über die verschiedenen Wettbewerbstheorien gegeben werden. Diese beeinflussen maßgeblich die Vorstellung davon, was „Wettbewerb“ ist.

### 1. Theorie des vollkommenen Wettbewerbs

Die Theorie des vollkommenen Wettbewerbs, auch „klassische Theorie“ genannt, geht von einem Modell der vollkommenen Konkurrenz aus. Dabei wird ein homogenes Produkt von einer unendlich großen Zahl von Unternehmen angeboten. Der Markt ist völlig transparent und der Marktzutritt unbeschränkt. Unter diesen Voraussetzungen wird jede Veränderung des Preises durch einen Wettbewerber mit einem Verlust an Geschäftsabschlüssen „bestraft“. Für die klassische Theorie sind Marktintransparenz, Marktzutrittsschranken etc. von Übel, weil sie das Modell der vollkommenen Konkurrenz beeinträchtigen.

Das Modell des vollkommenen Wettbewerbs lebt von Märkten, die nicht unbedingt besonders realitätsnah sind, was seit jeher kritisiert wurde. Daneben würde die angestrebte Vielzahl von Anbietern zu einem Verlust aller Skalenökonomien führen. Zentral ist diesem Ansatz entgegenzuhalten, dass seine Verwirklichung den Antrieb der Wettbewerbsordnung insgesamt entfallen ließe: Vollkommener Wettbewerb sorgt dafür, dass sich der Marktpreis unmittelbar über den Gestehungskosten einpendelt, und nimmt den Unternehmen damit die Möglichkeit der Gewinnerzielung.

Das ordo-liberale Konzept entwickelte sich bereits in den 1930er-Jahren aus den Arbeiten der Freiburger Schule um Walter Eucken und Franz Böhm. Es verfolgt das Ziel, Anforderungen an eine Ordnung zu formulieren, die einerseits den Individuen möglichst große Freiräume ermöglicht (liberal ist) und andererseits aber auch sicherstellt, dass sich der Wettbewerbsprozess in einem geordneten Rahmen (ordo = Ordnung) bewegt. Auch die Vertreter des Ordo-Liberalismus gingen von einem Modell vollkommenen Wettbewerbs aus. Eine auf *laissez faire* begründete Wettbewerbsordnung trage eine Tendenz zur Selbstzerstörung in sich, indem der Einzelne und marktmächtige Gruppen den Wettbewerb unter Missbrauch der eigenen Freiheit missbrauchten. Da es Wechselwirkungen zwischen der Wirtschaftsordnung und der politischen Ordnung gebe, drohe die wirtschaftliche auf die politische Macht überzugreifen. Daher müsse der Entstehung und dem Missbrauch wirtschaftlicher Macht von Einzelnen und Gruppen durch aktive Wirtschaftspolitik gegengesteuert werden. Der Staat müsse einen legislativen Rahmen zum Schutz des Wettbewerbs setzen. Er müsse Markttransparenz und freie Zugänglichkeit zum Markt gewährleisten. Allen Konkurrenten sollen ähnliche Bedingungen zur Verfügung stehen. Ein Marktversagen sei die Folge einer nicht rechtzeitigen Setzung eines staatlichen Rahmens. Monopole seien aufzulösen und wenn dies nicht möglich sei, unter staatliche Aufsicht zu stellen.

### 2. Theorien des funktionsfähigen Wettbewerbs

Auf der Grundlage der Arbeiten von Clark haben sich Theorien vom „funktionsfähigen“ oder „wirksamen“ Wettbewerb („*workable competition*“) durchgesetzt, deren Ziel die Gewährleistung

eines gesamtwirtschaftlichen Wohlfahrtsoptimums ist. Davon ausgehend sind „Funktionskataloge“ entwickelt worden. Die bekanntesten Funktionen sind (1) Einkommensverteilung, (2) Steuerung der Produktion, (3) Ressourcenallokation (4) Fortschrittsförderung. Zwar blieb zunächst der vollkommene Wettbewerb das Leitbild und damit die „First Best Solution“, so dass der unvollkommene Wettbewerb nur als *second best* Lösung erschien. Um den Wettbewerb auf einem Markt, der durch Unvollkommenheiten, d.h. Abweichungen vom vollkommenen Wettbewerb, gekennzeichnet ist, funktionsfähig zu halten, sei die Unvollkommenheit nicht zwingend mit ihrer Beseitigung anzugehen. Ausgehend von der Gegengifftthese (*remedial imperfections*) Clarks könne der Wettbewerb auf diesen Märkten funktionsfähiger gemacht werden, wenn sich an die Unvollkommenheiten weitere Unvollkommenheiten (als Gegengift) anschließen.

In späteren Arbeiten löste Clark sich ganz von der Annahme, dass der funktionsfähige Wettbewerb nur eine *second best* Lösung sei. Mit der Theorie vom vollkommenen Wettbewerb blieb die Theorie vom wirksamen Wettbewerb jedoch durch die Annahme verbunden, dass die Ergebnisse des Wettbewerbs prognostizier- und steuerbar seien: Die *Marktstruktur* (*structure*) sei maßgebend für das *Marktverhalten* des Wirtschaftsteilnehmers (*conduct*) und damit für das *Marktergebnis* (*performance*; sog. *structure-conduct-performance paradigm*, auch: *Harvard School of Economics*). Danach gewährt weder atomistische Konkurrenz noch ein enges Oligopol optimale Marktergebnisse, sondern es sind weite Oligopole anzustreben.

Das von *Kantzenbach* entwickelte Konzept eines funktionsfähigen Wettbewerbs lässt sich als eine deutsche Variante der Theorie vom funktionsfähigen Wettbewerb einordnen. Die dynamischen Funktionen des Wettbewerbs dienen dazu, die gesamtwirtschaftlichen Ziele zu sichern. Die Intensität des Wettbewerbs definiert *Kantzenbach* als die Geschwindigkeit, mit der die Gewinne, die durch den Vorsprung erzielt werden, von den Wettbewerbern wieder eingeholt werden. *Kantzenbach* ging davon aus, dass die dynamischen Funktionen des Wettbewerbs am besten verwirklicht sind, wenn die Wettbewerbsintensität optimal ist.

### 3. Theorie des dynamischen Wettbewerbs

Die Theorie des dynamischen Wettbewerbs wurde wesentlich durch die *Schumpeterschen Thesen* und die Entwicklung der *Industrial Organizations* (*Mason/Bain*) geprägt. Ihre Vertreter nehmen die Abweichungen vom Modell der vollkommenen Konkurrenz nicht nur als *second best*-Lösung hin, sondern erachten sie als unabdingbar für den wirtschaftlichen Fortschritt. Wettbewerb wird demnach als Prozess von abwechselnden Vorstoß- und Aufholphasen (*moves and responses*) betrachtet.

### 4. Systemtheorie und österreichische Schule

Die österreichische Schule und die durch sie geprägte systemtheoretische Schule, die auch als das neuklassische Konzept bezeichnet wird, haben sowohl an der Theorie des vollkommenen Wettbewerbs als auch des funktionsfähigen Wettbewerbs Kritik geübt, als diese die Annahme zugrunde legen, dass durch strukturelle Maßnahmen das Marktverhalten und so mittelbar das Marktergebnis beeinflusst werden könnten. Sie befürworten eine weitgehende wettbewerbspolitische Abstinenz des Staates und knüpfen an den freien Wettbewerb der Klassik an, weil eine Vorhersage der vom Wettbewerb zu erwartenden Resultate ausgeschlossen sei. Erst das komplexe System Wettbewerb fördere das Wissen zutage, das zur Erstellung einer Prognose benötigt werde (v. *Hayek*, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren).

### 5. Chicago School of Economics

Die Chicago School strebt die Maximierung des Konsumentenwohls an. Dies soll durch die Steigerung der Effizienz der Unternehmen erreicht werden (*efficiency doctrine*). Im Einklang mit der Systemtheorie und der österreichischen Schule vertritt auch sie die These, dass

Wettbewerbsprozesse unvorhersehbar seien und sich der Markt langfristig selbst heile. Sie geht von einem freien Spiel der Kräfte auf dem Markt aus, bei dem nur die Besten überleben (*survival of the fittest*). Was aber im Wettbewerb bestehe, sei im Ergebnis erhaltenswert, weil angesichts der marktmachterodierenden Wirkung des Wettbewerbs seine Überlebens- und damit Leistungsfähigkeit unter Beweis gestellt werde. Die Chicago School unterstellt, dass es keine Marktzutrittsschranken gebe. Das Marktergebnis spiegle die Effizienz der verschiedenen Marktteilnehmer wider. Da staatliche Eingriffe zu keinen effizienten Marktergebnissen führen würden, sei eine Marktregulierung durch Wettbewerbsrecht weitestgehend abzulehnen. Die Aufgabe des Staates beschränke sich darauf, die künstlichen Schranken des Zugangs zum Markt zu bekämpfen. Die Vertreter der Chicago School im Kartellrecht stehen daher vertikalen Vereinbarungen, Behinderungen von Mitbewerbern durch Koppelungsangebote oder Ausschließlichkeitsbindungen positiv gegenüber, da sie eine effizienz erhöhende Wirkung hätten und die Konsumentenwohlfahrt steigerten.

## 6. Post-Chicago; New Industrial Economics

Neben den wettbewerbstheoretischen Ansätzen ist vor allem die Spieltheorie in der Neueren Industrieökonomik von Bedeutung. Die Spieltheorie ist eine Sammlung spieltheoretischer Modelle unvollkommenen Wettbewerbs, die zur Beschreibung und Analyse des Verhaltens von Anbietern auf oligopolistischen Märkten herangezogen wird. Der Begriff Spiel ist dabei durchaus wörtlich zu verstehen, da sich die Spieltheorie an Konkurrenzsituationen in strategischen Spielen, wie z.B. Schach oder Poker, orientiert. Sie löst die Struktur-Verhalten-Ergebnis-Theorie als Paradigma der klassischen *Industrial Economics* ab, macht die Chicago-Schule überflüssig und belebt die empirische Forschung im Bereich der *Industrial Economics* wieder. Im selben Zusammenhang steht das Entstehen der Verhaltens- und Neuroökonomik.

Die spieltheoretische Perspektive hebt sich vom traditionellen mikroökonomischen Verständnis oligopolistischer Interdependenz dadurch ab, dass vorausgesetzt wird, jeder Spieler (Anbieter) verfolge aufgrund seiner Analyse der besten Strategien der Konkurrenten seine eigene beste Strategie. Die Spieler entwickeln dabei rationale Erwartungen aufgrund ihrer Kenntnisse über die relevanten Marktverhältnisse („Spielregeln“) und der Annahme, dass sich ihre ebenfalls rational verhaltenden Konkurrenten Erwartungen über das Verhalten der Konkurrenten bilden. Die rationalen Erwartungen sollen dann die Grundlage für gewinnmaximierende Verhaltensweisen der im Markt befindlichen Firmen sein. Gegenstand der Spieltheorie ist die Analyse strategischer Entscheidungssituationen. In solchen Entscheidungssituationen (1) hängt das (Markt-)Ergebnis von Entscheidungen mehrerer Entscheidungsträger ab, so dass ein einzelner das Ergebnis nicht unabhängig von der Wahl der anderen bestimmen kann, (2) ist jeder Entscheidungsträger sich dieser Interdependenz bewusst, (3) geht jeder Entscheidungsträger davon aus, dass alle anderen sich ebenfalls der Interdependenz bewusst sind und (4) jeder berücksichtigt bei seinen Entscheidungen (1), (2) und (3). Ein Musterbeispiel für eine spieltheoretische Analyse bildet das sog. „Gefangenendilemma“

Zwei Personen werden verdächtigt, gemeinsam ein Verbrechen begangen zu haben. Die Beweise reichen aber für eine Überführung nicht aus, sondern ein Geständnis wird benötigt. Die beiden werden isoliert. Anschließend schlägt der Staatsanwalt beiden einen *deal* vor: Wer den anderen ans Messer liefert, soll mit einer leichten Strafe davonkommen. Wenn beide schweigen und gegen die Strafverfolgungsbehörden kooperieren, gewinnen beide; wenn einer von ihnen „auspackt“, wird er zwar weniger gewinnen, aber doch noch besser dastehen, als wenn nur der andere Komplize redet.

Keiner der Beteiligten kann eine optimale Entscheidung treffen, ohne zu wissen, wie der andere entscheidet. Die Spieltheorie lässt sich auf wirtschaftliche Sachverhalte übertragen: Anknüpfungspunkt der Spieltheorie ist stets eine Entscheidungssituation im Hinblick auf ein wirtschaftsrelevantes *Verhalten* unter Einbeziehung des wirtschaftsrelevanten Verhaltens Dritter.

Wettbewerbshandlungen als gegenständlicher Anknüpfungspunkt des Wettbewerbsrechts sind typische Anwendungsbeispiele für spieltheoretische Betrachtungen. Die Reaktionen von Konkurrenten und Abnehmern erscheinen nicht als zufällig oder naturgegeben, sondern sind ihrerseits von der Entscheidung des Wettbewerbsteilnehmers abhängig (interdependent). Ausführlich erörtert wurden bereits z.B. strategische Modelle der Abschreckung vom Marktzutritt. Die Spieltheorie gewährleistet jedoch nur, dass der interaktive Charakter von Wettbewerbshandlungen berücksichtigt wird; ein Allheilmittel ist sie nicht.

### III. Industrieökonomik

Die bereits angesprochene Industrieökonomik (*Industrial Economics*) bezeichnet ein Forschungsgebiet, das sich insbesondere mit dem wechselseitigen Aufeinandereinfließen von Markt und Unternehmen beschäftigt. Ausgangspunkt war ursprünglich die Beschreibung eines (eng abgegrenzten) Marktes anhand formaler Modelle. Hierbei legte man das Rationalitätsaxiom zugrunde und bestimmte die Marktergebnisse mit Gleichgewichtskonzepten. Ziel war es unter anderem, durch eine starke Abstraktion spezielle Probleme erkennen zu können und Lösungsansätze herauszuarbeiten. Die „Neuere Industrieökonomik“, welche sich in den letzten Jahrzehnten entwickelt hat, ergänzte die theoretischen Modelle durch empirische Erkenntnisse. Besondere Bedeutung haben hierbei die bereits oben dargelegten spieltheoretischen Ansätze erlangt. Die gewonnenen Aussagen lassen sich insbesondere im Bereich der Wirtschaftspolitik und des Wettbewerbsrechts fruchtbar machen.

Die *New Industrial Economics* haben ein erhebliches Maß der bis dahin entwickelten ökonomischen Grundlagen fortgeführt, so zum Beispiel die preistheoretischen Grundlagen.

#### 1. Preistheoretische Grundlagen

##### a) Zahlungsbereitschaft als Ausgangspunkt der Modelle

Auf der Grundlage des Rationalitätsaxioms hängt das Verhalten der Anbieter von der Zahlungsbereitschaft der potentiellen Abnehmer ab. Die Zahlungsbereitschaft ist abhängig von verschiedenen Faktoren wie dem zur Verfügung stehenden Kapital, dem relativen Preis im Verhältnis zu anderen Gütern und dem persönlichen Geschmack bzw. den Präferenzen oder Bedürfnissen. Sie ist Ausgangspunkt jeglicher Modellbetrachtung. In einem Beispiel sieht das so aus:

Abb. 1: Bsp.: Zahlungsbereitschaft für je einen Laib Brot

Zahl	Anja	Bert	Christian	Dorothee
Nr. 1	10	9	5	3
Nr. 2	7	6	4	2
Nr. 3	5	3	3	1
Nr. 4	3	1	2	0
Nr. 5	1	0	1	0

##### b) Schlussfolgerungen

Aus der von individuellen Umständen abhängenden individuellen Zahlungsbereitschaft resultiert die *aggregierte Zahlungsbereitschaft*.

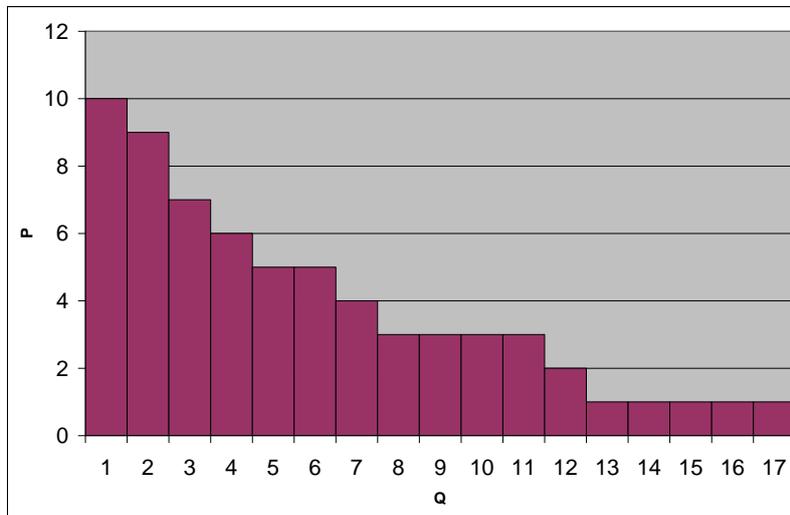
Abb. 2: Aggregierte Zahlungsbereitschaft

Preis	Menge
10	1
9	2
8	2
7	3
6	4
5	6
4	7
3	11
2	13
1	17

Für einen Preis von 10 kann nur 1 Laib verkauft werden, für einen Preis von 9 immerhin 2. Eine weitere Preissenkung auf 8 bringt keine Mehrverkäufe, weil der nächste Erwerber nur bereit ist, für 7 zu kaufen. Besonders flach wird die Kurve dagegen bei der Senkung des Preises von 6 auf 5 und von 4 auf 3.

Wird bei der aggregierten Zahlungsbereitschaft danach gefragt, welche Menge (Q) bei einem bestimmten Preis (P) umgesetzt werden kann, so wird in der Umkehrfunktion dargestellt, welcher Preis bei einer bestimmten Menge erzielt werden kann. Die sich ergebende Kurve beschreibt die aggregierte Grenzzahlungsbereitschaft. Das Attribut „Grenz-“ bezieht sich auf den Umstand, dass danach gefragt wird, welcher Preis für das jeweils nächste Stück der Produktion verlangt werden kann.

Abb. 3: Aggregierte Grenzzahlungsbereitschaft



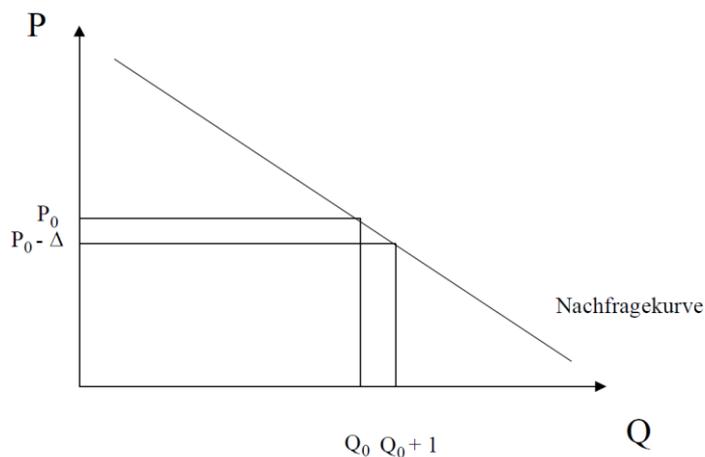
Aus der aggregierten Grenzzahlungsbereitschaft kann die allgemeine Nachfragekurve entwickelt werden. Es muss aber betont werden, dass die Nachfragekurve weder zu berechnen noch ein für alle Zeiten gegebenes Faktum ist. Sie resultiert für jedes Produkt aus der Summe der individuellen Präferenzen, die jeweils von externen Faktoren wie den zur Verfügung stehenden Mitteln oder der Angewiesenen beeinflusst werden. Es kann immerhin verallgemeinert werden, dass die Nachfragekurve regelmäßig von links oben nach rechts unten verlaufen wird, da eine höhere Menge der angebotenen Waren regelmäßig zu niedrigeren Preisen führen wird.

### c) Perspektive des Monopolisten

#### (1) Maximierung der Einkünfte

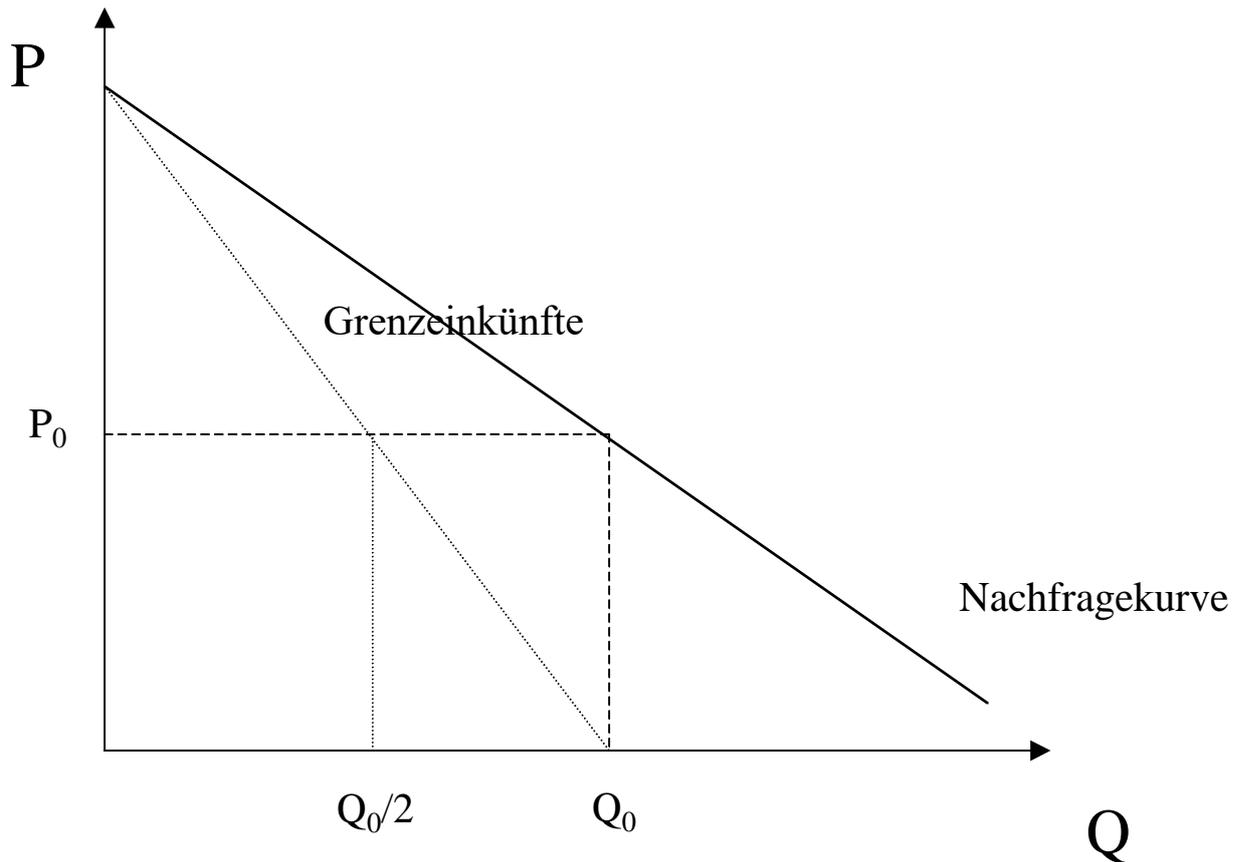
Auch der Monopolist begegnet einer bestimmten Nachfragekurve und ist im Regelfall an einer Gewinnmaximierung interessiert. Durch eine Veränderung der produzierten Stückzahl verändern sich seine Gesamteinkünfte. Die Grenzeinkünfte (die für die jeweils nächste Einheit erzielten Einkünfte) setzen sich zusammen aus dem zusätzlichen Einkommen für die weitere hergestellte Einheit ( $Q_0 + 1$ ) und dem Einkommensverlust aus dem entsprechend der fallenden Nachfragekurve niedrigeren Stückpreis ( $P_0 - \Delta$ ).

Abb. 4: Grenzeinkünfte I



Daraus ergibt sich, dass der Verlauf der Nachfragekurve entscheidend ist für die Optimierung des Einkommens. Aus hier nicht näher zu erläuternden Gründen verläuft die Kurve für die Grenzeinkünfte immer genau zwischen der y-Achse und der Nachfragekurve. Wo die Grenzeinkünfte 0 sind, d.h. die Kurve die x-Achse schneidet, liegt die Menge, bei der die Gesamteinkünfte am höchsten sind, weil jede weitere Einheit negative Einkünfte verursacht und damit die Gesamteinkünfte mindert.

Abb. 5: Grenzeinkünfte II



### (2) Gewinnmaximierung

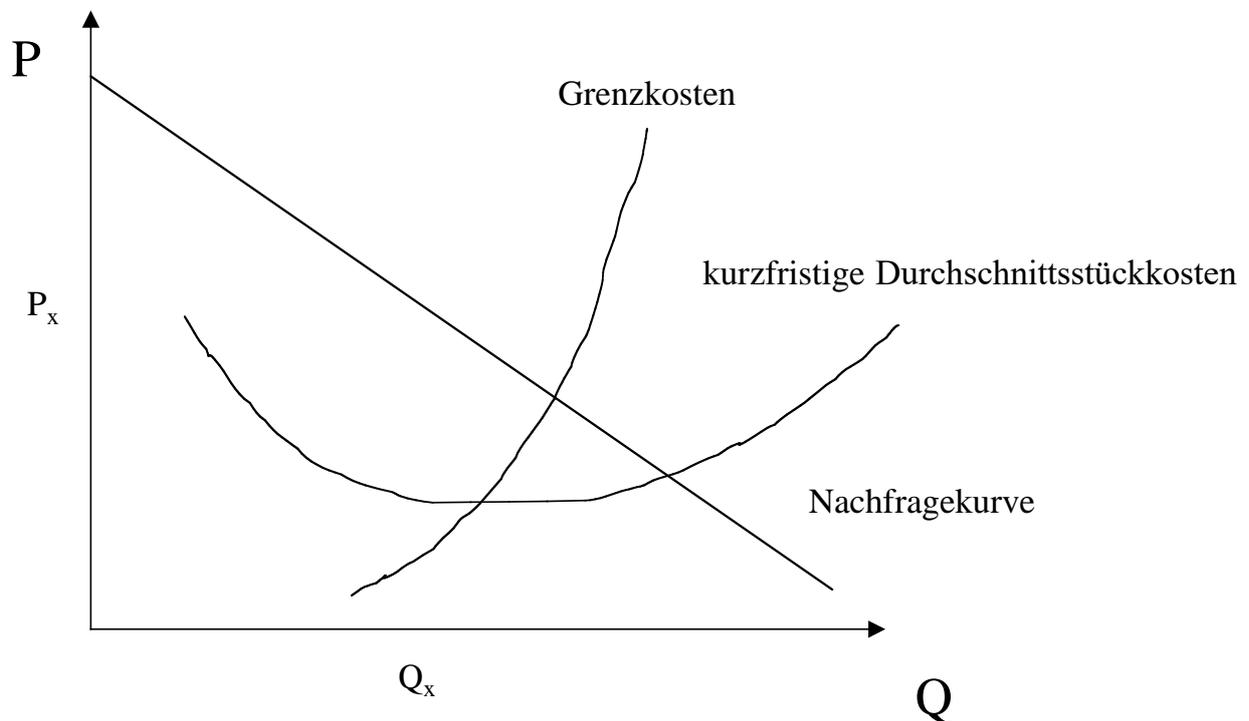
Der Monopolist ist jedoch nicht an einer Maximierung der Einkünfte, sondern an einer Maximierung der Gewinne interessiert. Der Gewinn ist die Differenz aus Gesamteinkünften und Gesamtkosten. An dieser Stelle kommen also die Kosten ins Spiel:

### (3) Gestehungskosten

Zu unterscheiden sind langfristige und kurzfristige Kosten. Im vorliegenden Zusammenhang wird die lange Frist durch den Zeitraum bestimmt, in dem sämtliche kostenverursachenden Faktoren geändert werden können. Die kurze Frist wird durch den Zeitraum bestimmt, in dem mindestens ein kostenverursachender Faktor nicht geändert werden kann.

Die (kurzfristigen) Kosten setzen sich zusammen aus Fixkosten und variablen Kosten. Die Durchschnittsgesamtkosten werden aus dem Quotienten von Gesamtkosten bei einer produzierten Menge gebildet. Die Grenzkostenfunktion (Funktion, welche die konkreten zusätzlichen Kosten für jede weitere produzierte Einheit wiedergibt) schneidet die Funktion der Durchschnittsgesamtkosten an ihrem Tiefpunkt. Jede weitere Einheit davor senkt die Durchschnittsgesamtkosten; jede Einheit danach lässt sie steigen.

Abb. 6: Grenzkosten und Durchschnittsgesamtkosten



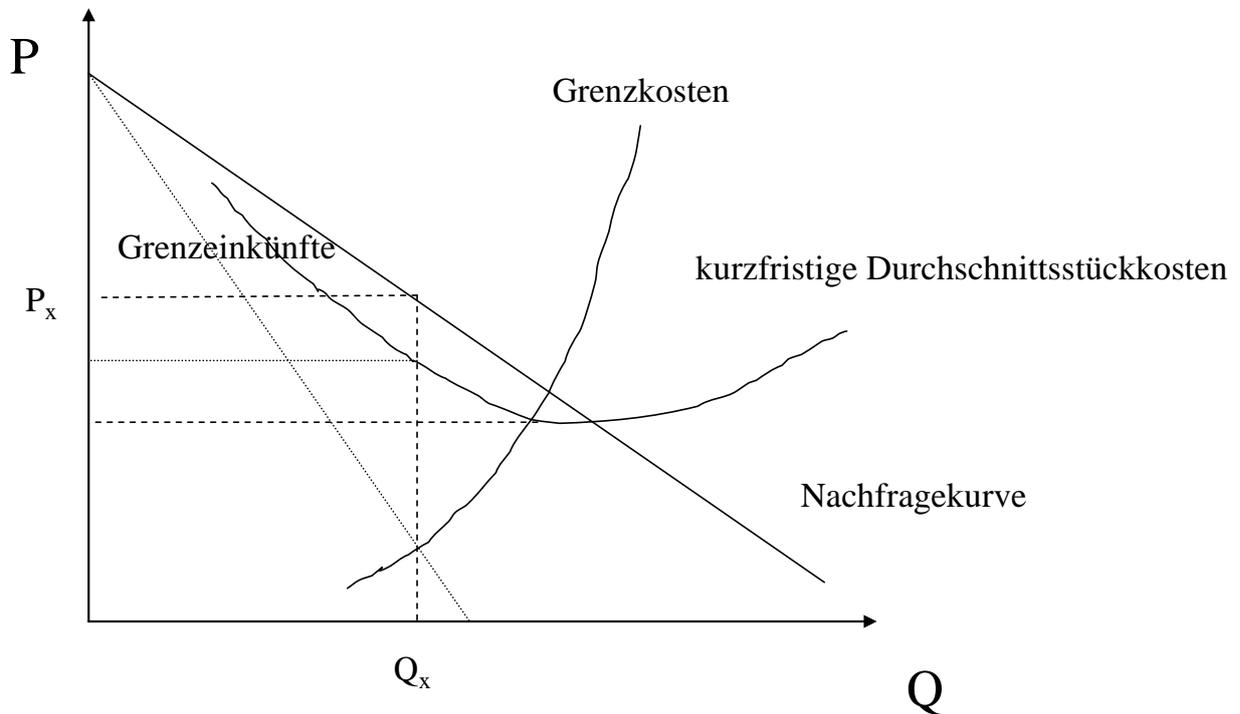
Auf längere Frist lassen sich Kosten optimieren. Das setzt lediglich voraus, dass die Größe des Unternehmens veränderbar und der Markteintritt möglich ist.

Den maximalen Gewinn erzielt der Unternehmer bei der Herstellungsmenge, bei der die Grenzeinkünfte, d.h. die Einkünfte aus dem jeweils nächsten Geschäft, den Grenzkosten, d.h. den Kosten für den Abschluss des jeweils nächsten Geschäfts, entsprechen. Wachsen die Grenzkosten stärker als die Grenzeinkünfte, so wird jede weitere verkaufte Einheit ein gewinnminderndes Geschäft.

$$\begin{aligned} \text{Gewinn} &= \text{Gesamteinkünfte} - \text{Gesamtkosten} \\ &= (P \times Q) - (\text{Durchschnittsstückkosten} \times Q) \\ &= (\text{Preis} - \text{Durchschnittsstückkosten}) \times Q \end{aligned}$$

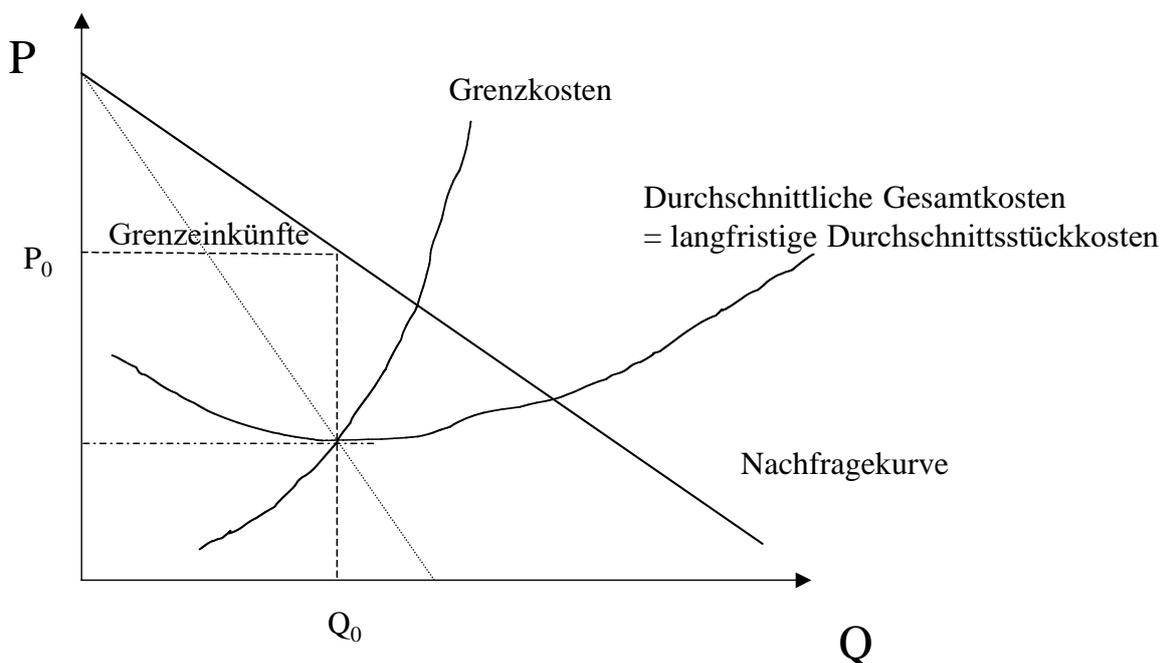
Das Unternehmen wird seine Größe, d.h. die produzierte Menge  $Q_0$  danach wählen, dass die Grenzeinkünfte den Grenzkosten entsprechen

Abb. 7: Kurzfristige Gewinnmaximierung



Sie sehen an diesem Bild, dass an der Stelle, an welcher die Grenzkosten den Grenzeinkünften entsprechen ( $Q_x$ ), die kurzfristigen Durchschnittsstückkosten nicht minimiert sind. Auf lange Sicht wird der Monopolist bestrebt sein, seine Unternehmensgröße dahingehend zu optimieren, dass ihm bei der so bestimmten Menge die niedrigsten Durchschnittsgesamtkosten entstehen. Unterstellt, dass die langfristigen Durchschnittsgesamtkosten diesem Betrag entsprechen, ergibt sich folgendes Bild:

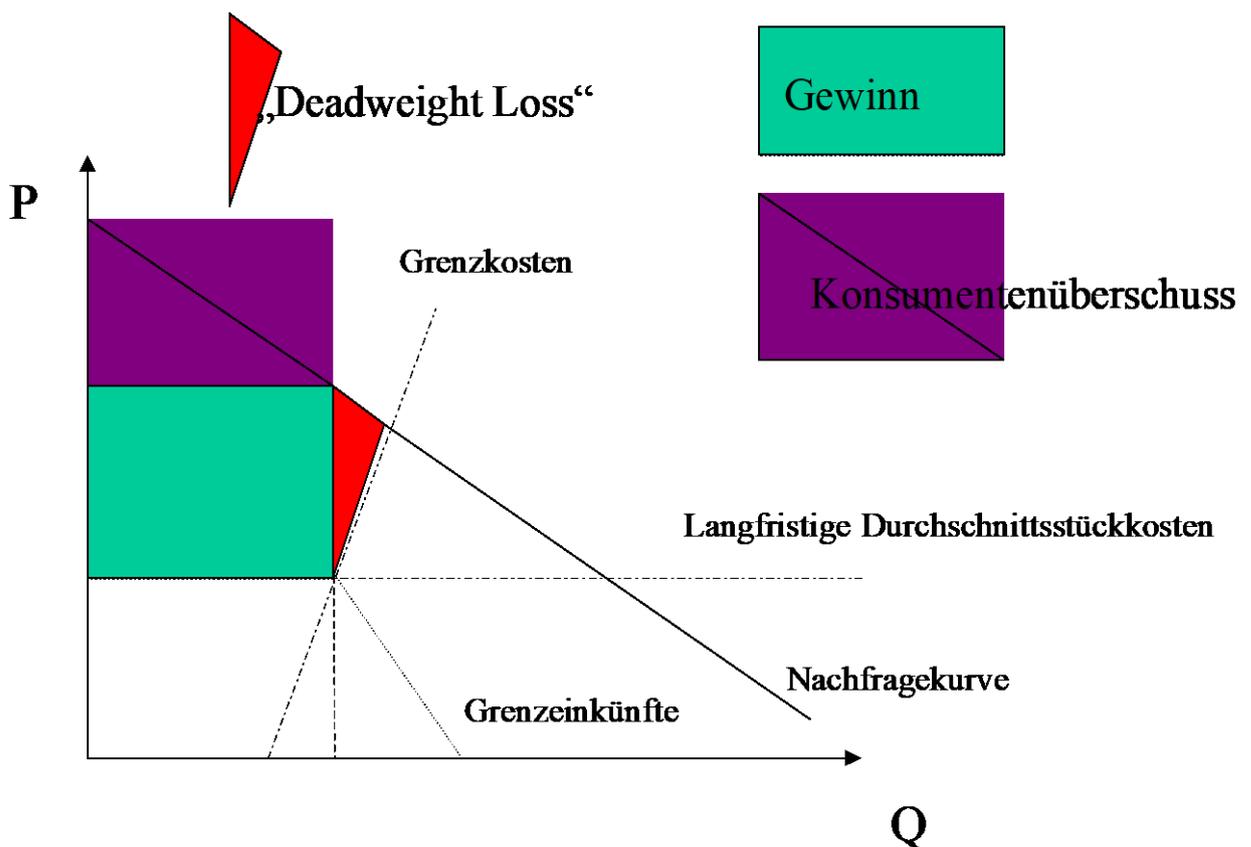
Abb. 8: Langfristige Gewinnmaximierung



## d) Effizienzverluste durch Monopole

Die wohlfahrtsorientierte Argumentation gegen Monopole beruht auf zwei Prämissen: Zunächst sollen Preisdiskriminierungen ausgeschlossen sein; daneben muss die Grenzzahlungsbereitschaft bei der Menge  $Q + 1$  mindestens den Wohlfahrtsverlust für Dritte durch die Herstellung der zusätzlichen Einheit, d.h. die Grenzkosten übersteigen.

Abb. 9: Deadweight loss



Das rote Dreieck umfasst den gesamtökonomischen Wohlfahrtsverlust, der durch das Monopol, verursacht wird: Bis zu seiner rechten Spitze wird die Produktion verhindert, die an sich rentabel wäre, weil insoweit die Grenzkosten unter der Zahlungsbereitschaft der Nachfrager liegen. Es handelt sich dabei um kein Viereck, weil die Fläche unterhalb des Dreiecks bis zu seiner rechten Spitze von den Kosten aufgezehrt wird, welche die Produktion der zusätzlichen Stückzahl verursacht (Grenzkosten).

Zu beachten bleibt aber, dass der *deadweight loss* umso geringer wird, je flacher die Nachfragekurve, d.h. je höher die Preiselastizität ist. Bei hoher Preiselastizität nähert sich die Nachfragekurve einer Horizontalen: Eine geringe Reduktion des Preises führt zu einer großen Erhöhung der Menge. Bestimmt wird die Preiselastizität im Wesentlichen von der Homogenität der Produkte, damit zusammenhängend ihrer Substituierbarkeit.

Abgesehen davon führen Monopole zu weiteren Effizienzverlusten durch die Kosten des sog. *rent-seeking-behavior*. Dabei handelt es sich um Kosten, die daraus entstehen, dass

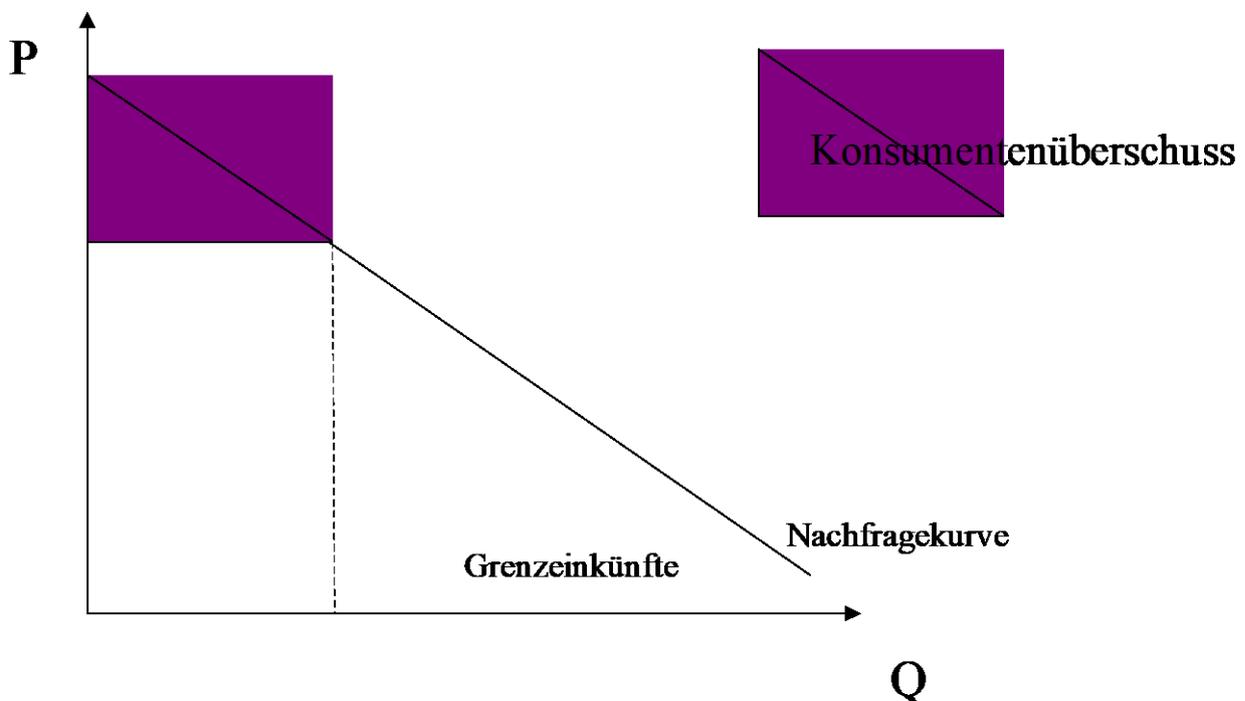
Unternehmen investieren, um eine Monopolrente zu erhalten. Häufig ist es so, dass die Unternehmen sich verschätzen, d.h. mehr in den Gewinn der Monopolsituation investieren, als die Monopolrente schließlich einträgt (vgl. z.B. Preiskampf in Vernichtungsabsicht).

## 2. Preisdiskriminierung

Alle bisherigen Ausführungen bauten darauf auf, dass eine Preisdiskriminierung nicht möglich ist, d.h. beim Ausgangsbeispiel alle Nachfrager für alle Gegenstände denselben Preis zu bezahlen haben.

Unter Wohlfahrtsgesichtspunkten ist der Ausschluss von Preisdiskriminierungen allerdings nicht unproblematisch. Im Verhältnis zwischen Anbietern und Nachfragern kommt es stets zu einer Begünstigung der Abnehmer:

Abb. 10: Consumers' surplus - Konsumentenüberschuss



Die durch den Ausschluss der Preisdiskriminierung vermeintlich gerechte Behandlung der Abnehmer (jeder Abnehmer bezahlt für dasselbe Produkt denselben Preis) ist in gewisser Weise sogar unsozial, weil durch den Ausschluss der Preisdiskriminierung nur diejenigen Abnehmer begünstigt werden, die ohnehin die höchste Zahlungsbereitschaft haben.

Im Bereich der oben angesprochenen Monopolsituation entsteht gar der *deadweight loss* erst durch den Ausschluss der Preisdiskriminierung.

## 3. Anwendungsbeispiele

Im Rahmen des Kartellrechts gilt es, um z.B. eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Marktstellung i.S.d. Art. 102 AEUV festzustellen, den jeweils betroffenen Markt abzugrenzen. Dies geschieht traditionell nach dem Bedarfsmarktkonzept. Bei diesem wird danach gefragt, ob ein Gut durch ein anderes austauschbar ist. Sofern dies der Fall ist, werden beide Güter demselben Markt zugeordnet. Preistheoretiker hingegen grenzen den Markt nicht ab, sondern ermitteln anhand der Preiselastizität der Nachfrage „direkt“ die Stärke der Marktmacht. Die Preiselastizität beschreibt, wie sich die Produktnachfrage zu einer Preisänderung verhält. Die

*United Brands*-Entscheidung des EuGH (EuGH v. 14.2.1978, 27/76, Slg. 1978, 207) hatte die Frage zu entscheiden, ob Bananen Teil des Marktes für Frischobst sind, oder einen eigenen Markt darstellen. Der EuGH argumentierte, dass eine bestimmte Verbrauchergruppe (Alte, Zahnlose und Kinder) ihren Bedarf an Obst nicht durch Äpfel o.ä. decken kann und somit von Bananen „abhängig“ ist. Für diese stellt der Bananenmarkt einen abgegrenzten Markt dar. Dennoch – insoweit ist der EuGH einem Irrtum erlegen – ist eine Trennung beider Märkte jedenfalls unter ökonomischen Gesichtspunkten nicht geboten: Eine Möglichkeit der Preisdiskriminierung war nämlich nicht gegeben. *United Brands* hätte daher, wenn die Preise für Bananen auf das Niveau angehoben worden wären, welches bei einer isolierten Betrachtung der auf Bananen angewiesenen Käufergruppe optimal erschienen wäre, einen erheblichen Anteil der Käufer innerhalb der sehr viel größeren Gruppe der substituierfähigen Obstkonsumenten verloren.

Grundsätzlich bedarf es deshalb bei der Frage nach der Austauschbarkeit im Rahmen des Bedarfsmarktkonzeptes einer Einschränkung. Diese kann durch eine wertende Auslegung der ökonomischen Ergebnisse erreicht werden. Letztlich fragt man dann nach einer „vernünftigen“ Austauschbarkeit, die in dem *United Brands*-Fall zumindest unbewusst und unterschwellig durch Verbraucherschutzfragen bestimmt wurde. Eine solche wertende Auslegung wäre bei einer rein ökonomischen Auslegung (vgl. o.) nicht möglich gewesen.

#### IV. Informationsökonomik

##### 1. Allgemeine Überlegungen

Innerhalb des Wirtschaftsrechts tragen Informationen ambivalente Züge. Vollkommene Information aller Marktteilnehmer ist, wie oben dargestellt, nicht erwünscht, da sie das Anreizmoment des Wettbewerbs ausschliesse. Innerhalb des Wettbewerbs ist im Gegenteil Herrschaftswissen zu schützen (vgl. z.B. Immaterialgüterrechte: Patent, Know how); Wissen muss seinerseits handelbar sein, um dort zum Einsatz zu gelangen, wo es den höchsten Ertrag ermöglicht, und um einen Anreiz zur Generierung von neuem Wissen zu bilden.

Wo aber kein schutzwürdiges Interesse an der Kontrolle über die Information besteht, wird davon ausgegangen, dass Information dem Wettbewerb nützt. Ein Mindestmaß an Markttransparenz wird vorausgesetzt, damit die Ressourcen der Marktteilnehmer nicht fehlgeleitet werden. Weiter wird davon ausgegangen, dass auf dem Markt Informationsasymmetrien vorliegen. Die Auswirkungen des Fehlens von Informationen an bestimmte Stellen sind unter anderem Gegenstand der Untersuchungen der Informationsökonomik.

Einerseits werden die negativen Auswirkungen von Informationsasymmetrien, wie zum Beispiel strategische Konflikte, behandelt. Andererseits wird das Verhalten der Marktteilnehmer an sich untersucht. Marktteilnehmer sind zunächst bestrebt, durch Suchen und Verwerten von Informationen eine Reduzierung der Marktunsicherheit herbeizuführen. Anbieter nutzen dies aus, indem sie besondere Informationen signalisieren (*Signalling*). Das geschieht nicht zuletzt im Wege des Einsatzes von Kennzeichen. Die Nachfrager hingegen bedienen sich des so genannten *Screenings*, d.h. sie sammeln die ihnen zugänglichen Informationen, um ein besseres Bild über das Informationsangebot zu erhalten. Wo das Screening sehr aufwendig ist, kommen sog. Informationsintermediäre zum Einsatz.

##### 2. Transaktionskosten und ihre Verteilung

Bei völliger Markttransparenz, wenn also jeder Marktteilnehmer über alle Informationen verfügt, ist Wettbewerb nicht mehr möglich. Auf der anderen Seite ist eine Entscheidung, die auf fehlerhaften oder unzureichenden Informationen beruht und dadurch zum Beispiel zu einer

Fehlinvestition führt, ineffizient. Somit muss, um Wettbewerb gewährleisten, oder zumindest fördern, zu können, ein bestimmtes (Mindest-)Maß an Information sichergestellt werden.

Das Auffinden von Informationen, aber auch deren Weiterleitung, verursacht Transaktionskosten. Die Zahlungsbereitschaft der Marktteilnehmer, eine bestimmte Information zu erhalten oder zu übermitteln, hängt davon ab, wie hoch der Nutzen des Wissenselements für den Einzelnen ist. Folglich sind auch hier preistheoretische Elemente enthalten. Setzt man nun das Ziel einer möglichst effektiven Verteilung der Suchkosten und damit das Ziel der Minimierung der Gesamtkosten, so führt dies dazu, dass diese Kosten demjenigen auferlegt werden müssen, der die niedrigsten Grenzkosten hat. Dass dies nicht immer unproblematisch möglich ist, zeigt sich an dem folgenden Anwendungsbeispiel.

### 3. Anwendungsbeispiel Verbraucherinformation

Die Frage nach der effektivsten Verteilung der Suchkosten ist insbesondere im Rahmen des Verbraucherrechts zu beantworten, wo typischerweise Informationsasymmetrien bestehen. Geht man nach den oben herausgearbeiteten Grundsätzen vor, so muss zunächst danach gefragt werden, wer die niedrigsten Transaktionskosten hätte. In den meisten Fällen ist dies der Unternehmer. Während jeder Verbraucher individuell eine mehr oder weniger aufwendige Recherche betreiben müsste, um beispielsweise die Zusammensetzung des Materials zu erwerbender Schuhe herauszufinden, kann der Unternehmer die Information durch Aufbringen eines kleinen Hinweisschildes mit vereinheitlichten Zeichen kostengünstig zur Verfügung stellen. Um die Suchkosten der Verbraucher durch produktbezogene Informationen nicht entgegen dem Ziel zu erhöhen, darf ihnen aber auch nicht zu viel an Information zugemutet werden, da dies wiederum dazu führen würde, dass sich der Verbraucher aus der Masse die für ihn relevanten Informationen herausfiltern müsste (*information overload*).

Bei der Interessenabwägung im Hinblick auf die Kosten der Information stellt sich ein weiteres Problem. So sind die Transaktionskosten der Verbraucher in aller Regel nicht operational. Soweit es sich um Konsumgeschäfte handelt, geht der Abnehmer der Befriedigung seiner wirtschaftlichen Bedürfnisse in seiner Freizeit nach. Für den zu treibenden Zeitaufwand kann daher weder ein gewerblicher Stundensatz verrechnet noch ein entgangener Gewinn beziffert werden. Aus dieser mangelnden Bezifferbarkeit der Transaktionskosten darf allerdings nicht darauf geschlossen werden, dass sie nicht anfallen. Freizeit hat durchaus erheblichen kommerziellen Wert. Es besteht allein die Besonderheit, dass - wie bei allen Streuschäden - erst die Betrachtung der Transaktionskosten in ihrer Kumulation für den einzelnen Abnehmer und über die Gesamtheit der Abnehmer hinweg ihre gesamtwirtschaftliche Bedeutung offenbart.

In diesem Sinne wird insbesondere von der Europäischen Kommission die dominierende Stellung der Verbraucherinformation betont. Die dafür erforderlichen Transaktionskosten können entweder den Unternehmen auferlegt werden oder es können die Verbraucher mit dem erforderlichen Aufwand der Informationsverschaffung belastet werden. Im Rahmen des europäischen Verbraucherschutzes wird versucht, einen Ausgleich dieser Möglichkeiten zu erreichen. So wird an den Verbraucher ein gewisser Anspruch gestellt, indem von ihm erwartet wird, dass er durchschnittlich informiert ist. Informationen, die lediglich der ungewöhnlich Unwissende benötigt, müssen nicht verschafft werden. Gleichzeitig wird dem Verbraucher aber in weiten Bereichen keine Selbstinformationsobliegenheit abverlangt, vielmehr wird den Unternehmern eine Fülle von Pflichtangaben und Informationspflichten auferlegt. Diese können an die Art der Produkte anknüpfen.

Als Beispiel für die umfassenden Pflichten der Unternehmer kann in diesem Zusammenhang auf den im Zuge der Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken neugefassten § 5a UWG verwiesen werden. Irreführende geschäftliche Handlungen können durch positives Tun (§ 5 UWG) oder durch Unterlassen (§ 5a UWG) begangen werden. Für eine Irreführung durch Unterlassen kommt es danach maßgeblich auf die Verkehrsauffassung sowie

die Eignung eines Verschweigens zur Beeinflussung der Entscheidung gem. § 5a Abs. 1 Nr. 2 UWG an. Das Verschweigen der im Katalog von § 5b Abs. 1 UWG genannten Umstände stellt indes regelmäßig eine Irreführung dar. Zu einer anderen Bewertung führen im Ausnahmefall die Umstände des Einzelfalls oder wenn sich die betreffenden Tatsachen bereits unmittelbar aus den Umständen ergeben. Die Informationspflichten nehmen mit der Konkretetheit der Geschäftsanbahnung zu.

## V. Verhaltensökonomik

Die oben beschriebene Fundamentalkritik an der REM-Hypothese ist wahrscheinlich unbegründet. Zum einen lassen sich auch immaterielle und altruistische Motive im Rahmen einer Nützlichkeitsbewertung berücksichtigen, selbst wenn die Bewertung häufig schwerfallen wird. Zum anderen beruhen auch andere Teilrechtsordnungen – häufig in viel fragwürdigerer Weise – auf der Fiktion der freien und rationalen Entscheidung.

Ernster ist die Kritik zu nehmen, die sich auf empirisch festgestellte Defizite der Hypothese stützt. So haben zunächst sog. Ultimatumsspiele gezeigt, dass Menschen zwar womöglich unbewusst, doch systematisch und berechenbar auf die Nützlichkeitsmaximierung verzichten:

Probanden, die zu zweit spielen, wird die Möglichkeit gegeben, einen fixen Geldbetrag untereinander aufzuteilen. Der erste Spieler macht jeweils einen Vorschlag, welchen Anteil der zweite Spieler erhalten soll. Wenn der zweite Spieler den Vorschlag annimmt, erhält er den vorgeschlagenen Betrag und der erste Spieler behält den Rest. Der zweite Spieler kann den Vorschlag auch ablehnen, wodurch jedoch beide Spieler leer ausgehen. Unter Zugrundelegung der REM-Hypothese dürfte der zweite Spieler an sich kein Angebot ablehnen. Da der erste Spieler das erkennen kann, sollte er an sich von der Gesamtsumme nur die kleinste monetäre Einheit abziehen. Verhaltensökonomische Experimente lehren anderes: Im Allgemeinen schlägt der erste Spieler eine Aufteilung von 60:40 vor, die von der zweiten Person akzeptiert wird. Wenn die zweite Person jedoch weniger als 30 % erhalten soll, lehnen die Spieler die Aufteilung häufig ab. Als Erklärung für dieses Verhalten wird die Bereitschaft angeführt, trotz eigener Nachteile als unfair empfundene Verhaltensweisen zu bestrafen. Mit dem Ultimatumsspiel wird nachgewiesen, dass bei nur einem Mitspieler auch die Lage des anderen berücksichtigt und nicht rein eigennützig gehandelt wird. - Allerdings könnte man die feststellbaren Ergebnisse auch anders deuten: Wenn das Ultimatumsspiel über mehrere Wiederholungen verläuft, kann eine frühe selbstschädigende Ablehnung durch den Mitspieler Signalwirkung auf den Erstspieler haben, diesen veranlassen, künftig „bessere“ Angebote zu machen und so die wirtschaftliche Situation auch des Mitspielers verbessern. Selbst wenn diese spieltheoretische Erklärung in Ermangelung von Spielwiederholungen ausgeschlossen ist, kann das „gute Gefühl“, das mit der unmittelbaren Bestrafung von als asozial empfundenem Verhalten verbunden ist, den wirtschaftlichen Nachteil überkompensieren und die Entscheidung insgesamt rational begründen.

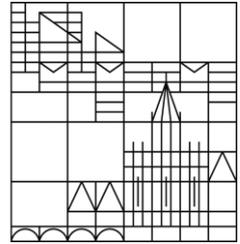
Der Verhaltensökonomie (*behavioral economics*) verdanken wir allerdings darüber hinausgehend die Erkenntnis, dass Menschen sich nicht allein individuell, sondern in bestimmten Situationen berechenbar irrational verhalten.

Ein Beispiel für strukturell irrationales Handeln ist der sog. *endowment bias*, auch unter dem Begriff *Besitztumseffekt* bekannt. Danach sind Güter, die Menschen besitzen, für diese wichtiger als Güter, die sie nicht besitzen. Was der Mensch besitzt, wird vom Besitzer häufig für wertvoller gehalten als aus Sicht der Käufer, die noch nicht besitzen. Der Trennungsverlust wiege schwerer als die Belohnung durch den erzielten Verkaufsgewinn.

Menschen bewerten auch Chancen und Risiken strukturell falsch. Neben die erheblichen Probleme, die mit der Quantifizierung und Bewertung von Gefahren verbunden sind, tritt die erkannte Tendenz, einerseits auch bedeutende Nachteile völlig unberücksichtigt zu lassen,

wenn sie nur mit einer sehr geringen Wahrscheinlichkeit eintreten (z.B. Gesundheitsgefahren beim Rauchen, Lebensgefahr beim Fliegen), andererseits für künftige ungewisse Vorteile aktuelle Nachteile in erheblich höherem Umfang in Kauf zu nehmen (sog *rent seeking behaviour*).

Im Bereich des Lauterkeitsrechts bekennt sich die Europäische Kommission inzwischen ausdrücklich zu einer Berücksichtigung solcher verhaltensökonomischer Erkenntnisse. Im Kartellrecht wird in geringerem Umfang von Abweichungen von der „rechnenden“ Preistheorie Gebrauch gemacht.



05.04.2024

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

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

**Arbeitspapier 4**

**D. Rechtsschutz**

*I. Strukturelle Parallelen*

1. Einführung

An dieser Stelle sollen vor allem die strukturellen Parallelen des Rechtsschutzes innerhalb der einzelnen zu behandelnden Rechtsgebiete im privaten Wirtschaftsrecht aufgezeigt werden.

Das Sanktionensystem im Wirtschaftsrecht ist nicht als geschlossenes System, sondern im Laufe der Entwicklung der einzelnen Teilrechtsgebiete entstanden. Ihm ist indes eigen, dass die Rechtsbehelfe, anders als in anderen Rechtsgebieten, nicht aus der Natur der betroffenen Rechtsbeziehungen folgen. Streitigkeiten aus Mietverträgen über die Verpflichtung des Mieters, „Schönheitsreparaturen“ zu übernehmen, betreffen allein die aus dem Vertrag resultierende Rechtsbeziehung zwischen Mieter und Vermieter und sind daher bereits ihrer Natur nach vor den Zivilgerichten zu klären. Öffentliche Interessen werden vor allem mit den Mitteln des sog. „sozialen Mietrechts“ verfolgt, dessen Vorschriften unabdingbar sind. Nur ausnahmsweise gibt es deshalb Anlass, darüber hinausgehende Sanktionen vorzusehen, so etwa im Fall des Mietwuchers, vgl. §§ 5 WiStrG, 291 StGB.

Demgegenüber bestehen im Wirtschaftsrecht Steuerungsmöglichkeiten durch die Wahl strafrechtlicher, verwaltungsrechtlicher oder zivilrechtlicher Sanktionen. Der Gesetzgeber verfügt über ein weites Ermessen bei der Auswahl der für die jeweiligen Konfliktlagen geeignetsten Rechtsschutzsysteme, das an dem Allgemeininteresse der effektiven

Rechtsdurchsetzung orientiert ist. Die Rechtsvergleichung zeigt, dass die Entscheidung, welchem Durchsetzungssystem in welchem Rechtsgebiet der Vorzug gegeben wird, stark von den national unterschiedlich entwickelten kulturellen Präferenzen abhängt. In Frankreich zum Beispiel ist eine weitgehende strafrechtliche Sanktionierung (z.B. Verkauf unter Einstandspreis, Irreführungsverbot) erkennbar. Ebenso stehen strafrechtliche Sanktionen im Zentrum des amerikanischen Kartellrechts, während das deutsche Recht hier traditionell eher mit verwaltungsrechtlichen Instrumenten operiert.

Nachfolgend soll ein Überblick über die Rechtslage in Deutschland und Europa verschafft werden. Vorab kann festgehalten werden, dass das Sanktionsinstrumentarium jedes Teilgebiets des Wirtschaftsrechts sowohl straf- und verwaltungsrechtliche, als auch zivilrechtliche Züge hat. Die Gewichtung hängt im Wesentlichen davon ab, wie weitgehend Rechtsgebiete als Instrumente der Durchsetzung subjektiver Rechte behandelt werden.

## 2. Strafrechtliche Durchsetzung

Nur kurz soll auf die strafrechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten eingegangen werden:

Im *Kartellrecht* ist zunächst der sogenannte Submissionsbetrug als Fall des § 263 StGB zu nennen, bei welchem die Bewerber einer Ausschreibung vereinbaren, wer von ihnen das niedrigste Angebot abgibt, und so zum einen den Wettbewerb ausschließen und zum anderen gegenüber dem Ausschreibenden den falschen Eindruck erwecken, die eingereichten Angebote seien unter Wettbewerbsbedingungen zustande gekommen. Daneben steht die Strafbarkeit für wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen nach § 298 StGB. Darüber hinaus sind Kartellrechtsverstöße aber in Deutschland (noch) nicht strafbedroht.

Im *Lauterkeitsrecht* zählen strafrechtliche Normen demgegenüber seit jeher zum Kernbestand des Sanktionsinstrumentariums. Bereits das UWG von 1896 sanktionierte bestimmte Formen der irreführenden Werbung, des Geheimnisverrats und der Bestechung mit Strafe. Erst im Jahr 1997 wurde die „einfache“ Bestechung aus dem UWG ins StGB überführt, vgl. § 299 StGB. Im heutigen UWG sind noch die strafbare irreführende Werbung und die progressive Kundenwerbung als Straftatbestand geregelt, vgl. §§ 16 Abs. 1 und 2 UWG. Die §§ 17-19 UWG 2015 zum strafrechtlichen Schutz von Betriebs- und Unternehmensgeheimnissen wurden im Zuge der Umsetzung der Richtlinie [2016/943/EU](#) über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung in das am 21.3.2019 verabschiedete [Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie \(EU\) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung \(sog. Geschäftsgeheimnisgesetz; GeschGehG\)](#) überführt.

Auch im *Immaterialgüterrecht* ist eine breite strafrechtliche Sanktionierung anerkannt. So stellt zum Beispiel § 143 MarkenG die Verletzungshandlungen des § 14 Abs. 2 MarkenG sowie Vorbereitungshandlungen der Verletzung unter Strafe. Weil die Verletzungstatbestände des Markengesetzes durch die Markenrechtsrichtlinie harmonisiert wurden, gilt mittelbar auch für den Umfang der Strafbarkeit die Auslegungshoheit des EuGH. Wegen des Grundsatzes „*nullum crimen sine lege*“ besteht allerdings keine Strafbarkeit, wo Umsetzungsdefizite seitens des nationalen Gesetzgebers eine Strafbarkeit an engere Voraussetzungen knüpfen, als sie die Auslegung des EuGH gebietet. Dies ist insbesondere im Rahmen der Auslegung der Rufausbeutung innerhalb des Warenähnlichkeitsbereichs relevant. Auch im Patentrecht gibt es eine Vorschrift, § 142 PatG, die bestimmte Patentrechtsverletzungshandlungen unter Strafe stellt.

### 3. Verwaltungsrechtliche Durchsetzung

Eine verwaltungsrechtliche Durchsetzung kann zum einen durch Behörden der Gewerbepolizei erfolgen, es können zum anderen aber auch Sonderbehörden geschaffen und eingesetzt werden. Solche Sonderbehörden wurden im *Kartellrecht* geschaffen und haben sich im Verlauf der vergangenen Jahrzehnte weitgehend bewährt. Das Kartellrecht wurde auch lange Zeit als reines Wirtschaftsverwaltungsrecht angesehen. Dementsprechend werden Kartellrechtsverstöße bis heute im Wesentlichen mit verwaltungsrechtlichen Mitteln geahndet.

Im *Lauterkeitsrecht* verlief die Entwicklung anders (vgl. bereits AP 1). Da es lange Zeit als Sonderdeliktsrecht verstanden wurde, war die verwaltungsrechtliche Durchsetzung eher schwach entwickelt. Nur in Randgebieten, wie zum Beispiel in der Preisangabeverordnung (PAngV) war eine Sanktion in Form von Ordnungswidrigkeiten vorgesehen (vgl. § 10 PAngV). Verstöße gegen die Anforderungen der PAngV werden als Verwaltungsunrecht verfolgt. Eine allgemeine Durchsetzung der Einhaltung der objektiven Verhaltensnormen des Lauterkeitsrechts auf der Grundlage der polizeirechtlichen Generalklauseln findet hingegen nicht statt, obwohl es naheliegend wäre, im – als Zweck des Lauterkeitsrechts anerkannten – Schutz des Wettbewerbs ein schutzwürdiges Allgemeininteresse zu erkennen.

Erst in jüngerer Zeit hat die verwaltungsrechtliche Durchsetzung an Gewicht gewonnen, da auf sie zunächst bei der Verfolgung grenzüberschreitender Verstöße zurückgegriffen wurde. Auch Verstöße gegen das lauterkeitsrechtliche Verbot unerwünschter Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern werden inzwischen gem. § 20 UWG durch Bußgelder sanktioniert. Zudem wurden dem Bundeskartellamt mit der am 9. Juni 2017 in Kraft getretenen 9. GWB-Novelle neue Kompetenzen im Bereich des Verbraucherschutzes übertragen. Das Bundeskartellamt kann bei begründetem Verdacht auf gravierende Verstöße gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) Sektoruntersuchungen durchführen. Laut [eigenen Angaben](#) des Bundeskartellamts führt das Amt derzeit noch eine Sektoruntersuchung zum Scoring beim Online-Shopping durch und beendete 2023 eine Sektoruntersuchung Messenger- und Video-Diensten. Drei verbraucherrechtliche Sektoruntersuchungen wurden im Jahr 2020 und eine 2021 abgeschlossen. Ebenso kann sich das Bundeskartellamt in laufende gerichtliche verbraucherrechtliche Rechtsstreitigkeiten einschalten. Daneben hat die Änderung der UGP-Richtlinie durch die RL (EU) 2019/2161 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union vom 27.11.2019 (vgl. hierzu bereits AP 2), nach der in Art. 13 Abs. 1 UGP-RL wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen durch die Mitgliedstaaten vorgesehen werden müssen, zu einem weiteren Bedeutungsgewinn der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung beigetragen. Auf der Grundlage des am 28. Mai 2022 in Kraft getretenen neuen § 19 Abs. 1 UWG handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen dem neuen § 5c Abs. 1 Verbraucherinteressen verletzt.

Das *Immaterialgüterrecht* beschreitet hier einen Zwischenweg. In diesem Bereich wurden zwar Behörden geschaffen, insbesondere das Deutsche Patent- und Markenamt und das Europäische Amt für Geistiges Eigentum (EUIPO). Diese werden aber traditionell der *freiwilligen Gerichtsbarkeit* zugeordnet. Der Rechtsschutz erfolgt konsequenterweise über die Zivilgerichte.

### 4. Zivilrechtliche Durchsetzung

*Immaterialgüterrechte* werden aufgrund ihrer Ausgestaltung als eigentumsähnliche Rechten seit jeher im Verletzungsverfahren zivilrechtlich durchgesetzt. Dasselbe gilt für das *Lauterkeitsrecht*. Demgegenüber hat sich die zivilrechtliche Verfolgung von Verstößen gegen das *Kartellrecht* erst vergleichsweise langsam und schrittweise etabliert. So wurden insbesondere Schadensersatzansprüche von Unternehmen, die auf Grund kartellistischer Absprachen geschädigt wurden, in Europa nur verhalten geltend gemacht. Während in den USA fast 90 % der kartellrechtlichen Verfahren auf Privatklagen zurückzuführen sind, ist in der EU die verwaltungsrechtliche Durchsetzung der Normalfall. Nach dem [Jahresbericht 2020/21](#) des Bun-

deskartellamts haben sich die Bedingungen für Schadensersatzklagen in Deutschland in den letzten Jahren verbessert. Es sei deshalb weiterhin mit einer großen Bedeutung von allgemeinen kartellrechtlichen Schadensersatzklagen, follow-on-Klagen oder außergerichtlicher Ausgleichsleistungen zu rechnen (Bundeskartellamt, Jahresbericht 2020/21, S. 23).

## *II. Einzelne Aspekte der Durchsetzung*

### 1. Öffentliches Recht

Wie oben dargestellt, ist die verwaltungsrechtliche Durchsetzung im Wirtschaftsrecht eine Domäne des Kartellrechts. Insoweit ist die Durchsetzung durch die deutschen Behörden, also des Bundeskartellamts, der Landeskartellbehörden, des Wirtschaftsministeriums und der Monopolkommission, und durch die europäischen Behörden, die Generaldirektion Wettbewerb innerhalb der Europäischen Kommission, zu unterscheiden.

Nur bei der Zusammenschlusskontrolle ist das Verfahren auf einen bestimmten Verwaltungsakt (Genehmigung) gerichtet. Im Übrigen werden die Kartellbehörden ähnlich Polizeibehörden zur Gefahrenabwehr tätig. Die größte Bedeutung haben insoweit Untersagungs- und Beseitigungsverfügungen. Allerdings können die Kartellbehörden bei Verstößen gegen das deutsche und Europäische Wettbewerbsrecht auch Geldbußen verhängen, § 81 GWB. Primär werden diese gegen die individuell Handelnden verhängt. Insoweit ist die Bußenhöhe bei schwerwiegenderen Verstößen auf 1 Mio. € begrenzt. Die hinter den Handelnden stehenden Unternehmen, meist juristische Personen, werden über § 30 OWiG erreicht. Auch gegenüber weiteren Unternehmen, d. h. Rechtsnachfolgern, wirtschaftlichen Nachfolgern und solche Unternehmen die einen beherrschenden Einfluss auf das nach § 30 OWiG haftende Unternehmen ausüben, können nach dem neu eingefügten § 81a GWB Bußgelder verhängt werden. Ihnen gegenüber reicht der Bußenrahmen bis zu 10 % des Jahresumsatzes. Bei weniger schwerwiegenden Verstößen können stets nur Bußen bis zu 100.000 € verhängt werden, § 81c Abs. 2 GWB.

Die Sanktionen der Europäischen Kommission können stets nur gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen gerichtet werden. Auch der Kommission stehen zunächst die Gefahrenabwehrmaßnahmen zur Verfügung. Bei vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstößen gegen die Wettbewerbsregeln der Art. 101, 102 AEUV oder die Entscheidungen der Kommission kann sie darüber hinaus Geldbußen verhängen. Für jedes an der Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen oder jede beteiligte Unternehmensvereinigung darf diese Geldbuße 10 % seines bzw. ihres jeweiligen im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes nicht übersteigen, Art. 23 Abs. 2 VO Nr. 1/2003. Der Rahmen ist damit sehr weit. Selbst die Rekordbußen (2009 das Bußgeld gegen Intel in Höhe von einer Mrd. €; 2012 fast 1,5 Mrd. € gegen sieben internationale Konzerne wegen der Beteiligung an Kartellen im Sektor Bildröhren; 2013 in Höhe von 1,7 Mrd. € gegen acht internationale Finanzinstitute; 2016 das Rekordbußgeld von 2,93 Mrd. € gegen das Lkw-Kartell sowie 2017 in der Höhe von 2,43 Mrd. € gegen Google) haben den gegebenen Rahmen bei weitem nicht ausgeschöpft. Es ist jedoch ein steter Anstieg der Bußenhöhen im Bereich der sog. hardcore-Verstöße feststellbar. Die obige Entwicklung zeigt, dass die Kommission diese Strategie weiterverfolgen wird, insbesondere wenn die betroffenen Unternehmen zum wiederholten Mal gegen das EU-Kartellrecht verstoßen. Aus Unternehmenssicht wird zwar vertreten, dass der weite Bußenrahmen gegen das Bestimmtheitsgebot verstoße und damit verfassungswidrig sei. Gefordert wird eine „berechenbare“ Grundlage für die Verhängung von Bußen. Es ist aber zu beachten, dass genau diese Berechenbarkeit verhindert werden muss, will man nicht die Kartellrechtsverletzung der betrieblichen Investitionskostenrechnung zugänglich machen. Zudem hat die Kommission im Jahr 2006 neue [Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen](#) (site zuletzt bes. am 28.03.2024) veröffentlicht. [Entsprechende](#) Leitlinien (zuletzt

vom 11.20.2021) legte das BKartA zugrunde (site zuletzt bes. am 28.03.2024). Mit der 10. GWB-Novelle wurde im Jahr 2021 in § 81d GWB zudem eine gesetzliche Grundlage für die Zumessung der Geldbuße geschaffen.

Sowohl das BKartA als auch die Kommission haben Kronzeugenprogramme aufgelegt, um die Zentrifugalkräfte des Kartells zu stärken. Das europäische Kronzeugenprogramm wurde im Jahr 2006 durch die Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen (ABl. 2006 Nr. C 298/11) grundlegend novelliert, das deutsche ebenfalls zuletzt 2006 (die „Überführung“ des Kronzeugenprogramms in die §§ 81h ff. GWB durch die 10. GWB-Novelle hatte nur wenige inhaltliche Folgen). Der völlige Erlass der Geldbuße ist bei beiden möglich, allerdings nicht gegenüber dem sogenannten „*ringleader*“ des Kartells, § 81k Abs. 3 GWB.

Im lauterkeitsrechtlichen Bereich ist, wie oben dargelegt, hauptsächlich die PAngV verwaltungsrechtlich konzipiert. Verstöße werden als Verwaltungsunrecht behandelt und werden ebenfalls mit Bußgeldern sanktioniert. Der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung kommt auf der Grundlage des EU-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetzes vom 21.12.2006, welches ursprünglich der Durchführung der EG-Verordnung 2006/2004 und mittlerweile der sie ersetzenden EU-Verordnung 2017/2394 dient, größere Bedeutung zu. Zur Umsetzung wurden die §§ 5c, 19 UWG erlassen. Am 09.08.2009 trat das Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung in Kraft. Es führte bei Verstößen gegen das Verbot unerlaubter Telefonwerbung, dem sogenannten *cold calling*, ein Bußgeld von bis zu 300.000 € ein, §§ 7 Abs. 2 Nr. 2, 20 Abs. 1, 2 UWG. Call Centern, die ihre Rufnummer unterdrücken, drohen inzwischen Bußen bis zu 100.000 €, §§ 102 Abs. 2, 149 Abs. 1 Nr. 17e TKG.

## 2. Zivilrecht

Im Zivilrecht sind die verschiedenen Arten von Sanktionen zu unterscheiden. Neben den negatorischen Ansprüchen und den Schadensersatzansprüchen steht die Gewinnabschöpfung.

### a) Exkurs: Primärrechtsschutz im Vergaberecht

Das Vergaberecht beschäftigt sich mit dem grenzüberschreitenden Wettbewerb um öffentliche Aufträge. Es hat an sich nichts mit dem Wettbewerbsschutz, wie er bisher 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.

Das geltende europäische Vergaberecht schöpft im Wesentlichen aus der [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](#) (im Folgenden: Vergaberichtlinie), die durch die [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](#) (im Folgenden: Sektorenrichtlinie) und die erst 2014 entstandene [Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. 2014 Nr. L 94/1, zuletzt](#) geändert durch delegierte Verordnung (EU) Nr. 2023/2497 (im Folgenden: Konzessionsrichtlinie) ergänzt wird.

Gerade in diesem Bereich hängt die praktische Wirksamkeit in erheblichem Umfang von den im Fall von Verstößen zur Verfügung stehenden Sanktionen ab. Dies hat bereits der Umstand deutlich gemacht, dass das Europäische Vergaberechtsregime, dessen Existenz bis in die frühen 1970er-Jahre zurückreicht, erst mit der Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien für die Vergabepaxis relevant wurde. Bei diesen ersten Rechtsmittelrichtlinien handelt es sich um die

*Rechtsmittelrichtlinie* 89/665/EWG vom 21. Dezember 1989 (ABl. 1989 Nr. L 395/33) und um die *Sektorenrechtsmittelrichtlinie* 92/13/EWG vom 25. Februar 1992 (ABl. 1992 Nr. L 76/14).

Am 20.12.2007 wurde die Richtlinie 2007/66/EG des Rates vom 11. Dezember 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) veröffentlicht. Sie sieht eine Stillhaltefrist von mindestens 10 Tagen zwischen der Zuschlagserteilung und der Vertragsunterzeichnung vor. Damit soll Bietern, die nicht den Zuschlag erhalten haben, die Möglichkeit eröffnet werden, ein wirksames Nachprüfungsverfahren zu einem Zeitpunkt einzuleiten, zu dem eine Korrektur einer rechtswidrigen Entscheidung noch möglich ist. Durch die Richtlinie soll auch der freihändigen Vergabe öffentlicher Aufträge entgegengearbeitet werden. Nationale Gerichte sollen der Richtlinie gemäß in der Lage sein, Verträge für unwirksam zu erklären, wenn diese rechtswidrig ohne Transparenz und ohne vorherige Ausschreibung vergeben wurden. In diesem Fall muss dann eine erneute Ausschreibung erfolgen.

Durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.4.2009 wurden im Anschluss an die Vergaberechtsnovelle vom 1.11.2006 weitere Regelungen der Richtlinien 2004/17/EG, 2004/18/EG sowie der neuen Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG in nationales Recht umgesetzt.

Das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz, welches das Richtlinienpaket 2014 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. Die Stillhaltefrist ist nunmehr in modifizierter Form 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 vorgesehenen 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 unwirksam, 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 festgestellt werden, wenn sie innerhalb von 30 Kalendertagen nach der Information der betroffenen Bieter und Bewerber durch den öffentlichen Auftraggeber über den Abschluss des Vertrags sowie nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht worden ist, § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB.

Der von der Rechtsmittelrichtlinie verlangte Primärrechtsschutz wird im nationalem Recht gem. den §§ 155-184 GWB gewährt. Ein solches Nachprüfungsverfahren wird auf Antrag nach § 160 GWB nur dann durchgeführt, wenn die Schwellenwerte der Vergabeverordnung, die auf der Grundlage des § 97 Abs. 6 GWB erlassen wurde, überschritten wurden. Die Neudefinition der Auftraggeber in § 98 GWB erfasst über § 101 GWB auch Konzessionsgeber und gem. § 105 Abs. 1 Nr. 1 GWB auch Baukonzessionen. Unterhalb der Schwellenwerte sind die Richtlinie und die §§ 97 ff. GWB nicht anwendbar. Der Rechtsschutz ist dann weitgehend auf sekundäre Rechtsbehelfe beschränkt.

Antragsbefugt sind Unternehmen, die Interesse an einem Auftrag haben und denen durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (§ 160 Abs. 2 GWB). Zuständig sind – je nach Auftraggeber – in der ersten Stufe die Vergabekammern des Bundes oder der Länder. Die Vergabekammern sind Einrichtungen der Verwaltung. Ihr Verfahren ist jedoch dem gerichtlichen Verfahren angenähert. Stellt die Vergabekammer im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens 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). Die Vergabekammern entscheiden durch Beschluss, der zwar die Rechtsqualität eines Verwaltungsakts hat (vgl. § 168 Abs. 3 S. 1 GWB), für dessen Anfechtung jedoch die allgemeinen Regeln gelten. Gegen die Entscheidung der Vergabekammern kann gemäß § 171 GWB nur die sofortige Beschwerde zum zuständigen OLG eingelegt werden. Das Nachprüfungsverfahren hat Suspensivwirkung bei ausgeschriebenen Verfahren (vgl. § 173 Abs. 1 GWB). Für die Dauer des Verfahrens besteht ein Zuschlagsverbot nach § 169 Abs. 1 GWB.

Ist der Zuschlag indes einmal erfolgt bzw. unterhalb der Schwellenwerte, 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 S. 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, §§ 20, 33 GWB geltend machen, denn § 181 S. 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) Negatorische Ansprüche

Durch negatorische Ansprüche sollen künftige oder eingetretene Beeinträchtigungen abgewehrt werden. Neben dem Unterlassungsanspruch steht der Anspruch auf Beseitigung, der bisher zwar gewohnheitsrechtlich anerkannt war, nun aber sowohl im Kartellrecht, § 33 GWB, als auch im Lauterkeitsrecht, § 8 UWG, ausdrücklich genannt wird. In der Praxis ist die Unterlassungsklage der weitaus wichtigste Rechtsbehelf. Insbesondere im Immaterialgüterrecht hat sie sich als Mittel eines effektiven Präventivrechtsschutzes erwiesen. Die Unterlassungsklage setzt an der Wurzel des Wettbewerbsverhaltens an. Sie bekämpft die Ursache der Wettbewerbsbeeinträchtigung und dient nicht lediglich der Folgenbeseitigung. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Prüfung der lauterkeitsrechtlichen und der kartellrechtlichen Ansprüche Parallelen hinsichtlich der zu prüfenden Voraussetzungen aufweist. So kennen sowohl das Lauterkeitsrecht als auch das Kartellrecht etwa die Begriffe der Prognoseentscheidung oder der Begehungsgefahr.

#### aa) Kartellrecht

Mit § 33 Abs. 1 GWB ist sowohl ein Anspruch auf Beseitigung, als auch – bei Wiederholungsgefahr – ein solcher auf Unterlassung gegeben. Beide Ansprüche sind verschuldensunabhängig.

Einen Anspruch auf Unterlassen hat grundsätzlich, wer von einem Verstoß gegen eine Vorschrift des GWB, gegen Art. 101 oder 102 AEUV oder gegen die Art. 5, 6, 7 des Gesetzes über digitale Märkte oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde betroffen ist, wenn Wiederholungsgefahr bezüglich des Verstoßes besteht. Der Anspruch geht unter, wenn die Gefahr der Wiederholung erlischt. Sollte noch keine der oben genannten Verletzungen eingetreten sein, aber eine sogenannte Erstbegehungsgefahr bestehen, so kommt auch ein vorbeugender Unterlassungsanspruch nach § 33 Abs. 1 GWB in Betracht. Für das Vorliegen einer Erstbegehungsgefahr ist erforderlich, dass ein Verstoß ernsthaft droht.

#### bb) Lauterkeitsrecht

Mit der Unterlassungsklage wird der Rechtsschutz gegen unmittelbar drohende Maßnahmen unlauteren Wettbewerbs angestrebt. Der zugrundeliegende und von § 8 Abs. 1 UWG normierte Unterlassungsanspruch hat präventive Funktion. Er dient der Schadensverhütung. Einzige

materielle Anspruchsvoraussetzung ist das Bestehen einer *Verletzungsgefahr*. Der Wettbewerbsverstoß braucht noch nicht eingetreten zu sein (vorbeugende Unterlassungsklage). Der Klageberechtigte muss die Störungshandlung nicht erst hinnehmen, sondern kann sie durch die gerichtliche Untersagung bereits im Vorfeld verhindern. Die Unterlassungsklage stellt damit ein effektives Mittel im Kampf gegen den unlauteren Wettbewerb dar. Allerdings kann sie für den Unternehmer, dem eine bestimmte Handlung verboten wird, weitreichende Auswirkungen haben.

**Bsp.:** E hat für sein neues Produkt von seiner Marketing-Abteilung eine besondere Werbestrategie ausarbeiten lassen. Dies hat mehrere Wochen in Anspruch genommen. Kernstück dieser Strategie ist ein Werbeslogan. Kurz vor der Erscheinung des Produkts und damit auch kurz vor Anlaufen der Werbung erkennt der Mitbewerber A, der von der Kampagne erfahren hat, in dem Slogan einen Verstoß gegen § 4 Nr. 1 UWG und erhebt vorbeugende Unterlassungsklage. Dem E wird verboten, für das Produkt in der geplanten Form zu werben.

Bei der Aufforderung, etwas zu unterlassen, handelt es sich vor allem nach dem europäischen Sprachgebrauch um keine eigentliche Sanktion. Allerdings wirkt die Unterlassungsverfügung für E durchaus nachteilig, da viel Zeit und Geld in eine Kampagne investiert wurden, die nun verloren sind.

Der Beseitigungsanspruch hingegen dient der Aufhebung eines durch unlauteres Wettbewerbsverhalten hervorgerufenen und fortdauernden Störungszustands. Er ist auf die Abwehr gegenwärtiger Beeinträchtigungen gerichtet. *Besondere Ausprägungen* des Beseitigungsanspruchs finden sich mit dem *Widerrufsanspruch* und dem Anspruch auf *Urteilspublikation*. Auch die *Feststellungsklage* kann als besondere Beseitigungsmaßnahme verstanden werden.

Die Abgrenzung zwischen Schadensersatzanspruch und Beseitigungsanspruch ist nicht immer einfach. Ein besonders problematischer Berührungspunkt ist der sogenannte Vernichtungsanspruch. Um einen Störungszustand zu beseitigen, müssen unter Umständen Gegenstände vernichtet werden.

**Bsp.:** Im obigen Beispiel hat E den streitgegenständlichen Slogan auf 1.000 T-Shirts und 1.000 Kugelschreiber gedruckt und diese in den Verkaufsräumen seines Unternehmens ausgelegt bzw. einige T-Shirts an Kunden verteilt.

Der Beseitigungsanspruch umfasst in erster Linie das Entfernen der Werbeartikel aus den Verkaufsräumen. Fraglich ist, ob auch die bereits verteilten Gegenstände zurückgefordert werden müssen. Dem wird hier die Unmöglichkeit der geforderten Maßnahme entgegenstehen, da die verteilten Werbeartikel sachenrechtlich wirksam in das Eigentum der Empfänger übergegangen sind und kein Herausgabeanspruch ersichtlich ist. Des Weiteren kann hier aber auch eine Vernichtung der noch vorhandenen T-Shirts und Kugelschreiber angezeigt sein, wenn kein anderes Mittel dem E die wirtschaftliche Nutzung der Gegenstände gestattet und zugleich dem rechtlich geschützten Interesse des A gerecht wird.

#### cc) Immaterialgüterrecht

Auch das Markenrecht kennt einen Unterlassungsanspruch, z.B. § 14 Abs. 5 MarkenG. Demnach kann der Inhaber einer Marke Unterlassung der unzulässigen Benutzungshandlung vom Verletzer verlangen. Hierbei genügt die objektive Rechtswidrigkeit des Handelns des Verletzers. Ein Verschulden ist auch hier nicht erforderlich.

Der Unterlassungsanspruch umfasst ebenfalls einen Anspruch auf Beseitigung bereits eingetretener Störungen, wie etwa den Verzicht auf einen Domainnamen gegenüber der Vergabestelle. Allerdings ist er hier im Gegensatz zu UWG und GWB nicht gesetzlich normiert.

Gleiches gilt für bereits erfolgte Verstöße, in diesem Fall ist aber dennoch eine vorbeugende Unterlassungsklage möglich.

Die zivilrechtlichen Ansprüche des Patentinhabers gegen den vermeintlichen Verletzer regelt § 139 Abs. 1 PatG. Dem Patentinhaber steht zunächst ein Unterlassungsanspruch zu. Daneben kann der Verletzte verlangen, dass das im Besitz oder Eigentum des Verletzers befindliche Erzeugnis, das Gegenstand des Patents ist, vernichtet wird, es sei denn, dass der durch die Rechtsverletzung verursachte Zustand des Erzeugnisses auf andere Weise beseitigt werden kann und die Vernichtung für den Verletzer oder Eigentümer im Einzelfall unverhältnismäßig ist, § 140a PatG. Dieser gesetzlich geregelte Anspruch wird als besondere Ausprägung des zwar nicht ausdrücklich normierten, aber allgemein anerkannten Beseitigungsanspruchs verstanden.

#### dd) Abmahnung

Von großer praktischer Bedeutung ist *im gesamten gewerblichen Rechtsschutz* die Abmahnung als besondere Rechtsschutzform. Darunter versteht man die Aufforderung, einen bestimmten Rechtsverstoß einzustellen, meist begleitet von der Aufforderung, eine vertragsstrafenbewehrte Unterwerfungserklärung abzugeben. Ca. 90 % aller Wettbewerbsverstöße im Lauterkeitsrecht werden so außergerichtlich geklärt.

Mit der UWG-Reform aus dem Jahr 2004 hat der Gesetzgeber im Lauterkeitsrecht erstmals eine gesetzliche Grundlage für die Abmahnung geschaffen, vgl. § 12 Abs. 1 UWG a.F. Demnach „sollte“ der zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigte zunächst eine Abstellung des Verhaltens durch eine Abmahnung versuchen und erst nach erfolgloser Abmahnung gerichtlichen Schutz in Anspruch nehmen. Damit hat der Gesetzgeber jedoch weitgehend das nachvollzogen, was bereits vor der UWG-Reform 2004 gewohnheitsrechtlich anerkannt war. Es besteht zwar keine Rechtspflicht des Gläubigers lauterkeitsrechtlicher Ansprüche, den Verletzer abzumahnern. Der Gläubiger riskiert jedoch, trotz Obsiegens im Prozess auf der Grundlage von § 93 ZPO mit den Prozesskosten belastet zu werden, wenn der nicht abgemahnte Beklagte den Anspruch im Prozess sofort anerkennt. Leistet der Verletzer einer Abmahnung indes nicht Folge, indem er eine durch eine Vertragsstrafe bewehrte Unterlassungserklärung abgibt, so gibt er Anlass zur Klage.

Die unberechtigte oder missbräuchliche Abmahnung kann ihrerseits als Behinderungsmaßnahme einen Lauterkeitsverstoß begründen und nach § 13 Abs. 5 UWG einen Aufwendungsersatzanspruch auslösen. Darüber hinaus kann sie Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb begründen.

Die Abgabe einer vorbehaltlosen Unterlassungserklärung durch den Verletzer, einer sog. „*Unterwerfungserklärung*“, die meist Folge einer (begründeten) Abmahnung ist, reicht im Allgemeinen aus, um die (aufgrund der konkreten Verletzungshandlung bestehende) Vermutung der Wiederholungsgefahr entfallen zu lassen. Dies hat zur Folge, dass der Anspruch auf Unterlassung entfällt. Dazu muss sie allerdings nach h.M. *strafbewehrt* sein, d.h. der Verletzer muss sich verpflichten, eine angemessene Vertragsstrafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu entrichten. Begründet wird dies damit, dass nur dann die Unterwerfung ausreichende Sicherheit für die Befolgung der Unterlassungserklärung bietet.

Dieselben Grundsätze gelten im gesamten gewerblichen Rechtsschutz.

Durch das Gesetz zur Stärkung eines fairen Wettbewerbs vom 26.11.2020 (BGBl. I 2020, 2568) hat der Gesetzgeber die Erstattungsfähigkeit von Abmahnkosten unter anderem durch die in § 13 Abs. 2 UWG genannten Pflichtangaben, die in der Abmahnung klar und verständlich zu benennen sind, eingeschränkt. „Massen-Abmahnungen“ sind ein häufig anzutreffendes Phänomen. Sie werden eingesetzt, um strafbewehrte Unterlassungserklärungen, mitunter rechtsmissbräuchlich, zu erwirken und die Erstattung der dafür angefallenen Anwaltskosten zu

fordern. Nach § 13 Abs. 3 UWG sind Abmahnkosten nur noch erstattungsfähig, soweit die Abmahnung nicht nur materiell berechtigt ist, sondern auch den zusätzlichen Anforderungen des § 13 Abs. 2 UWG entspricht. Dadurch soll Abmahnmissbrauch entgegengewirkt werden.

#### c) Anspruch auf Schadensersatz

Bezogen auf den Anspruchsinhalt unterscheidet sich der Schadensersatzanspruch vom in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch dadurch, dass ein Wettbewerbsverstoß regelmäßig bereits begangen sein wird, weil anderenfalls der anspruchsbegründende Schaden kaum eingetreten sein kann. Die weiteren Abwehransprüche unterscheiden sich vom Schadenersatzanspruch dadurch, dass sie nach ihrer Wirkung eine geringere Reichweite besitzen. Während die Abwehransprüche lediglich die Beseitigung des Störungszustands bezwecken, umfasst der Schadenersatzanspruch darüber hinausgehend die Beseitigung der wirtschaftlich nachteiligen Folgen des Störungszustands.

#### aa) Kartellrecht

Im Wesentlichen beschränkte sich die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts in der Vergangenheit weitgehend auf die „Kartelleinrede“, d.h. die Geltendmachung der Nichtigkeit einer vertraglichen Verpflichtung gem. § 1 GWB. Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wird in letzter Zeit aber immer populärer. Damit vergrößert sich allerdings auch der daraus resultierende Problembereich:

In Rahmen der 9. GWB-Novelle, bei der insbesondere die Umsetzung der Kartellschadensersatz-RL 2014/104 im Mittelpunkt stand, wurde das Kartellschadensersatzrecht materiell-rechtlich überarbeitet. Sie trat am 9.6.2017 in Kraft.

Danach wird das Kartellschadensersatzrecht detailliert in den §§ 33a-33h GWB geregelt. Grundsätzlich kann ein Schadensersatzanspruch aus § 33a Abs. 1 S. 1 GWB entstehen. Während die Problematik der Anspruchsgrundlage damit weitgehend geklärt ist, gab es insbesondere im Zusammenspiel mit der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung Schwierigkeiten. Dies betraf zum einen die Frage danach, wie sich die oben erwähnten Kronzeugenprogramme auf die zivilrechtliche Durchsetzung auswirken: Der Anreiz für Kartellanten, das Kartell zu verraten, entsteht aus der Berücksichtigung dieses Umstandes im Rahmen der Verhängung der Geldbußen. Dieser Bonus betraf aber nicht die zivilrechtlichen Sanktionen. Sofern zivilrechtliche Klagen in spürbarem Umfang drohten, wenn bei der Anspruchsverfolgung relevante Informationen offenbart wurden, verlor der Anreiz von Bonusprogrammen an Bedeutung, da der Kronzeuge unter Umständen dennoch hohen (zivilrechtlichen) Geldforderungen ausgesetzt war. Gerade bei der Verfolgung von *hardcore*-Kartellen sind die Behörden aber auf „Aussteiger“ angewiesen. Die [Richtlinie über Schadensersatzklagen aus Kartellrechtsverstößen](#) enthält deshalb Regelungen, welche die Kronzeugen auch im Rahmen der zivilrechtlichen Haftung privilegieren und so den Erfolg der Kronzeugenprogramme schützen sollte. Im Zuge der 9. GWB-Novelle wurde daraufhin zum einen § 33e GWB eingeführt, der Kronzeugen eine gewisse Haftungsprivilegierung im Hinblick auf Schadensersatzansprüche gewährt. Im neu geschaffenen § 33g Abs. 4 Nr. 1 GWB wird darüber hinausgehend der Schutz des Kronzeugen vor Offenlegung seiner Erklärung im Rahmen eines Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften nach § 33g GWB normiert, der durch die Verfahrensregelungen in §§ 89c, 89d GWB ergänzt wird.

Eine weitere potentielle Schwachstelle der zivilrechtlichen Durchsetzung bildeten die auftretenden Beweisprobleme. Dem Geschädigten war es bereits häufig nicht möglich, das haftungsbegründende Verhalten zu beweisen. Auch war es nicht ohne Schwierigkeiten möglich, den Schaden genau zu beziffern. Der durch die 9. GWB-Novelle neu eingeführte § 33a Abs. 2 GWB sieht nun eine Schadensvermutung vor und in dem zum selben Zeitpunkt eingeführten § 33g GWB wird die Offenlegung von Beweismitteln materiell-rechtlich ausgestaltet.

Ebenfalls im Bereich der Schadensbeziehung war das Problem der „*passing-on defence*“ angesiedelt. Es stellte sich nämlich die Frage, ob ein Unternehmen, das als Abnehmer von Waren oder Dienstleistungen durch eine Kartellvereinbarung geschädigt wurde, auch dann Schadensersatz verlangen kann, wenn es – wie bei gut funktionierenden marktdeckenden Kartellen regelmäßig – die als Folge des künstlichen Monopolzuschlags überhöhten Einstandskosten seinerseits an seine Abnehmer weiterreichen konnte.

Im deutschen Recht war grundsätzlich anerkannt, dass eine Vorteilsausgleichung nur unter engen Voraussetzungen gerechtfertigt ist. Sie setzte voraus, dass zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Vorteil beim zunächst Geschädigten ein adäquater Kausalzusammenhang besteht, die Anrechnung dem Zweck des Schadensersatzes entspricht und den Schädiger nicht unbillig entlastet (BGHZ 136, 52, 54).

**Fall 1:** Die Klägerin (K) bezog von der Beklagten (B) Vitamine und Vitamingemische zur Herstellung von Lebensmitteln in den Jahren 1989 bis 1999 zu einem Gesamtlieferpreis von über 9 Mio. DM. Die Beklagte war während dieses Zeitraums an weltweit wirksamen Preiskartellen über diese Vitamine beteiligt, die zu einem erheblichen Anstieg der Vitaminpreise führten. Die Klägerin verlangt nun Schadensersatz. Sie führt an, die Kartellpreise für die Vitamine wären gegenüber dem fiktiven Marktpreis mindestens 20% überhöht gewesen. Durch die überhöhten Abgabepreise sei ihr ein Vermögensschaden entstanden. (OLG Karlsruhe v. 28. 1. 2004 - 6 U 183/03 = NJW 2004, 2243 bzw. LG Dortmund v.01.04.2004, 13 O 55/02 Kart = EWS 2004, 434)

In einer jüngeren Entscheidung hatte sich der Bundesgerichtshof bereits für die Zulässigkeit der *passing-on defence* ausgesprochen. Der Zweck der Haftungsnorm stehe nicht entgegen, da eine einmalige Haftung – gegenüber dem mittelbar Geschädigten – für generalpräventive Zwecke ausreiche. Eine faktische Aushöhlung der zivilrechtlichen Haftung soll durch hohe Anforderungen an den Beweis der gelungenen Abwälzung vermieden werden (BGH v. 28.6.2011, KZR 75/10 – ORWI, BGHZ 190, 145).

In Umsetzung des Art. 13 S. 1 Schadensersatz-RL regelt der neu geschaffene § 33c GWB nun ausdrücklich die Behandlung der *passing-on defence*. Demnach ist im Falle eines Preisaufschlags, der Schaden zwar nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde. Der Schaden des Abnehmers ist aber ausgeglichen, soweit der Abnehmer einen Preisaufschlag, der durch einen Verstoß nach § 33a Absatz 1 verursacht worden ist, an seine (mittelbaren) Abnehmer weitergegeben hat (Schadensabwälzung). Davon unberührt bleibt der Anspruch des Geschädigten auf Ersatz seines entgangenen Gewinns nach § 252 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, soweit der entgangene Gewinn durch die Weitergabe des Preisaufschlags verursacht worden ist. § 33c Abs. 2 GWB sieht zudem zugunsten eines mittelbaren Abnehmers die widerlegliche Vermutung vor, dass der Preisaufschlag auf ihn abgewälzt wurde.

#### bb) Lauterkeitsrecht

Der lauterkeitsrechtliche Schadenersatzanspruch gem. § 9 UWG zielt auf den Ausgleich der durch einen Wettbewerbsverstoß verursachten materiellen Nachteile. Früher er auf den geschädigten Mitbewerber beschränkt. Seit dem 28.05.2022 erhalten in Umsetzung des Art. 11a UGP-RL jedoch auch geschädigte Verbraucher auf der Grundlage von § 9 Abs. 2 UWG Schadensersatzansprüche. Auch im Lauterkeitsrecht ist der Schadensersatz nicht das primäre Sanktionsmittel.

Der neue Verbraucherschadenersatzanspruch wird als Folge der regelmäßig nur geringen individuellen Schäden wohl nur in Verbindung mit der ebenfalls neu zu schaffenden kollektiven Durchsetzung praktische Bedeutung erlangen. Insoweit ist namentlich das Konkurrenzverhältnis zu vertraglichen Ansprüchen und dem Vorrang der Nacherfüllung bislang ungeklärt.

Selbst beim strukturell etablierten Schadensersatzanspruch der Mitbewerber fällt die Durchsetzung jedoch schwer. Das liegt insbesondere an den *praktischen Schwierigkeiten sowohl bei der Ermittlung des Schadenseintritts als auch bei der anschließenden Schadensberechnung*. Der lauterkeitsrechtlich relevante Schaden ist schwer greifbar und vielgestaltig. Anders als im herkömmlichen Schadensersatzrecht bildet der Eintritt eines konkreten Schadens (z.B. Kosten von Testkäufen, Vergütung eines Gutachters zur Ermittlung der tatsächlichen Beschaffenheit der vertriebenen Produkte; Rechtsverfolgungskosten) im Lauterkeitsrecht die Ausnahme. Hinzu kommt, dass sich eingetretene mittelbare Schäden, wie z. B. Umsatzrückgang, Marktverwirrung oder Störung der Kundenbeziehungen, nicht notwendig als eindeutige Folge eines Wettbewerbsverstoßes bestimmen lassen. Es kommen vielmehr weitere Ursachen in Betracht, wie veränderte Konjunkturlage, Preisgestaltung, Änderung der Verbrauchergewohnheiten etc. Der Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität ist daher für den Geschädigten regelmäßig nur unter großen Schwierigkeiten zu führen. Das zeigt sich beim Schadensposten des entgangenen Gewinns. Der wirtschaftliche Erfolg und korrespondierend die Gewinneinbuße des Verletzten hängen regelmäßig von einer Vielzahl von Faktoren ab.

Auch die Bestimmung der Schadenshöhe erweist sich im Lauterkeitsrecht regelmäßig als problembehaftet. Die Schadensberechnung nimmt daher nur einen untergeordneten Stellenwert ein. Angesichts der Quantifizierungsproblematik kommt in der gerichtlichen Praxis der Schadens*schätzung* auf der Grundlage von § 287 ZPO überragende Bedeutung zu. In einer Vielzahl von Entscheidungen bildet sie die alleinige Grundlage bei der Ermittlung des Haftungsumfanges. Lassen sich bestimmte Schadenspositionen aussondern und damit konkret ermitteln, so kommt die Schadensschätzung ergänzend zur Bestimmung des nicht ziffernmäßig quantifizierbaren Schadens zum Zuge.

Neben der den Regelfall bildenden konkreten Schadensberechnung stehen dem Verletzten im Einzelfall auch abstrakte Methoden zur Ermittlung seines Schadensumfangs zur Verfügung. In Betracht kommt einerseits die Schadensberechnung anhand fiktiver Lizenzgebühren (Lizenzanalogie), andererseits die Schadensberechnung anhand des vom Verletzer erzielten Gewinns. Es handelt sich insofern um verschiedene Arten der Schadensberechnung, nicht aber um eigenständige Ansprüche.

#### (1) Konkrete Schadensberechnung

##### (a) beim positiven Schaden

Im Rahmen der konkreten Schadensberechnung ist die tatsächlich erlittene Vermögenseinbuße des Verletzten zu ermitteln. Typologisch betrachtet lassen sich – trotz der Vielfalt der im einzelnen möglichen Schadenspositionen – im Wesentlichen zwei Grundkategorien des positiven Schadens unterscheiden: Es handelt sich zum einen um die finanziellen Einbußen, die aus der durch den Wettbewerbsverstoß hervorgerufenen Marktverwirrung hervorgerufen werden (*Marktverwirrungsschaden*), zum anderen um die dem Verletzer aus der Wahrnehmung seiner rechtlichen Ansprüche entstehenden Kosten (*Rechtsverfolgungskosten*).

##### (b) beim entgangenen Gewinn

Die konkrete Berechnung des entgangenen Gewinns kommt nur sehr eingeschränkt zum Zuge. Eine konkrete Schadensberechnung ist allerdings möglich, wenn der Schädiger – etwa durch Anschwärmung gegenüber dem Vertragspartner – einzelne Geschäfte an sich zieht, die ohne den Wettbewerbsverstoß vom Geschädigten getätigt worden wären oder wenn Geschäftspartner des Geschädigten ihre geschäftlichen Beziehungen aufgrund des Wettbewerbsverstoßes des Schädigers abbrechen. Insoweit kann der Verletzte vortragen und beweisen, welchen Nettogewinn er aus diesem Vertrag erzielt hätte.

Schwieriger ist die Beurteilung, wenn Wettbewerbsverstöße publikumsbezogen sind. Wenn der Gewinn nach dem Wettbewerbsverstoß signifikant absinkt und keine anderen plausiblen Ursachen dafür in Betracht kommen, kommt auch hier die Geltendmachung des entgangenen Gewinns in Betracht. Im Regelfall wird es aber an der Voraussetzung, dass keine anderen plausiblen Ursachen in Betracht kommen, gerade fehlen.

In dem *Tolbutamid*-Urteil des Bundesgerichtshofs (BGHZ 77, 16 – *Tolbutamid*) ging es um die Berechnung des Schadens, der durch eine Patentverletzung entstanden war. Durch die Patentverletzung war der Umsatz des Verletzten nur auf einem – nämlich dem vom Patentschutz erfassten – Produkt eingebrochen. Davon ausgehend verlangte die Kl. entgangenen Gewinn auf der Basis des Umsatzverlustes, wovon sie einen Gewinnanteil von 10 % und einen Deckungsbeitrag von 26 % geltend machte. Das wurde vom Bundesgerichtshof ebenso wie schon von der Vorinstanz beanstandet. Auch unter sog. „Rennern“ sei die Ertragslage so unterschiedlich, dass einzelne zu diesem Kreis zählende Erzeugnisse aus produktionsbedingten Umständen, kaufmännischen Erwägungen, Marktücksichten, längerfristigen Planungen und Erwägungen oder gar Fehlkalkulationen einen weitaus geringeren Gewinnanteil abwürfen.

## (2) abstrakte Methoden der Schadensberechnung

### (a) hypothetische Lizenzgebühr

Die Schadensberechnung auf Basis einer *hypothetischen Lizenzgebühr* wurde in der Rechtsprechung des Reichsgerichts für Fälle der Verletzung von Immaterialgüterrechten entwickelt und vom Bundesgerichtshof auf die Verletzung sachlich vergleichbarer Rechtspositionen ausgedehnt. Bei der Schadensberechnung in Form der Lizenzanalogie handelt es sich um eine normative Art der Schadensbestimmung (abstrakte Schadensberechnung). Die Schadensberechnung fußt auf der Fiktion eines Lizenzvertrags zwischen dem Schädiger und dem Verletzten. Darauf, ob der Geschädigte dem Verletzer in Realität überhaupt eine Lizenz erteilt hätte, kommt es nicht an. Der Haftungsumfang ermittelt sich aus der hypothetischen Lizenzgebühr, die für die Inanspruchnahme des verletzten Immaterialgüterrechts unter angemessenen Bedingungen zu entrichten gewesen wäre. Dabei wird davon ausgegangen, dass der Geschädigte zumindest einen Gewinn in Höhe der entgangenen Lizenzgebühr hätte erzielen können. Der Berechnungsmethode liegt die Überlegung zugrunde, dass der Schädiger aus Gründen der Billigkeit im Ergebnis nicht besser stehen darf als der Rechtstreue, der sich ordnungsgemäß um die Einräumung einer Lizenz bemüht. Die Problematik der Berechnungsmethode besteht darin, dass die Präventions- und Sanktionsfunktion des Schadenersatzes eingeschränkt wird: Im schlechtesten Fall hat der Verletzer lediglich die regulären Gebühren zu entrichten. Im Ergebnis ist die Gewährung von Schadenersatz auf der Grundlage der Lizenzanalogie nur eine zweitbeste Lösung. Auch rechtspolitisch ist es allemal sinnvoller, den konkret entstandenen Schaden so großzügig zu schätzen, dass der Rückgriff auf die Lizenzanalogie nicht erforderlich ist.

Im Zusammenhang mit lauterkeitsrechtlichen Verletzungstatbeständen kann die Schadensberechnung anhand der Lizenzanalogie ohnehin nur eingeschränkt zur Bestimmung des Haftungsumfangs herangezogen werden. Voraussetzung ist, dass Art und Umfang der durch das Lauterkeitsrecht gewährten Rechtsposition dem Immaterialgüterrechtsschutz in sachlicher Hinsicht vergleichbar sind. Dem Berechtigten muss ein Alleinbenutzungsrecht und korrespondierend eine gegenüber jedermann durchsetzbare Ausschließungsbefugnis zustehen. Bei sonstigen Wettbewerbsverstößen scheidet die Berechnung nach der Lizenzanalogie von vornherein aus. Damit kommen als mögliche Anwendungsfälle der Lizenzanalogie die unlautere Nachahmung von Produkten gem. § 4 Nr. 3 UWG sowie die unbefugte Verwertung von Geschäftsgeheimnissen gem. § 23 Abs. 1, Abs. 2 GeschGehG oder anvertrauter Vorlagen gem. § 23 Abs. 3 GeschGehG in Frage.

## (b) Berechnung nach dem Gewinn des Verletzers

Die Ermittlung des Haftungsumfangs auf Grundlage des vom Verletzer erzielten Gewinns ist eine eigenständige abstrakte Art der Schadensberechnung. Die Berechnungsmethode findet - wie auch die Lizenzanalogie - nur Anwendung auf Fallkonstellationen, in denen die durch das UWG geschützten Rechtspositionen dem Immaterialgüterrechtsschutz sachlich vergleichbar sind. Der Verletzergewinn dient als Bezugsgröße für die Ermittlung des dem Geschädigten durch den Wettbewerbsverstoß entgangenen Gewinns. Ohne Bedeutung ist es, ob der Verletzte den Gewinn tatsächlich hätte realisieren können. Der Verletzte kann indes nicht den gesamten Verletzergewinn als Schadenersatz fordern. Vielmehr sind diejenigen Gewinnfaktoren zu berücksichtigen, die nicht im Wettbewerbsverstoß des Schädigers begründet liegen, und dementsprechend den Haftungsumfang im Vergleich zum Gesamtgewinn des Verletzers schmälern. Im Übrigen sind vom erzielten Erlös des Verletzers seine eigenen Kosten abzuziehen. Insoweit wurden früher auch die Gemeinkosten als abzugsfähig anerkannt, mit der Folge, dass der rechnerisch verbleibende Gewinn minimiert wurde. Mit der Entscheidung *Gemeinkostenanteil* (GRUR 2001, 329) hat der BGH die Rechtsstellung des Gläubigers insoweit entscheidend verbessert. Im Ergebnis erweist sich diese Berechnungsform im Hinblick auf die Schadensberechnung jedoch als in gleichem Maße problembehaftet wie die Ermittlung des dem Geschädigten entgangenen Gewinns selbst. Immerhin bietet diese Variante der Schadensberechnung den Vorteil, dass der Verletzte nicht gehalten ist, zur Begründung seiner Ersatzforderung auch noch geheimhaltungsbedürftige Daten in den Prozess einzuführen.

Die drei Berechnungsarten dürfen nicht miteinander vermengt werden, wenn sie sich inhaltlich auf dieselbe Schadensposition beziehen. Davon abgesehen bestehen keine Bedenken gegen die kombinierte Anwendung der Berechnungsmethoden. Auf dieser Grundlage ist das Verhältnis der Berechnungsarten im Einzelfall zu bestimmen. Die konkrete Berechnung des entgangenen Gewinns und die abstrakte Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie oder dem Verletzergewinn dürfen nicht verquickt werden (Verquickungsverbot).

## cc) Immaterialgüterrecht

Auch im Immaterialgüterrecht gibt es Schadensersatzansprüche, z.B. § 14 Abs. 6 MarkenG und § 139 PatG. Das Problem der Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs liegt ebenfalls in der Schadensberechnung. So stehen auch hier nach Wahl des Anspruchsinhabers drei Berechnungsmöglichkeiten der Höhe des Schadens zur Verfügung.

Zum einen kann er den konkret entstandenen Schaden - einschließlich des entgangenen Gewinns gem. § 252 BGB - berechnen, der durch den Absatzausfall, die Verminderung des Rufs seiner Produkte oder den Marktverwirrungsschaden entstanden ist. In letzterem Fall kann er insbesondere auch die Kosten für aufklärende Werbung geltend machen. Allerdings scheitert der Nachweis der Höhe des tatsächlich entstandenen Schadens in der Praxis häufig an Beweisproblemen.

Erfolgversprechender und in der Praxis verbreitet ist daher die Schadensberechnung anhand einer fiktiven, angemessenen Lizenzgebühr. Danach hat der Verletzer den Betrag als Schaden zu ersetzen, welcher einer verkehrsüblichen Lizenzgebühr - beispielsweise in Form eines prozentualen Anteils des Umsatzes des Verletzers - entspricht, vgl. auch oben.

Die dritte Form der Bestimmung der Höhe des Schadensersatzes besteht schließlich in der Herausgabe des Verletzergewinns. Als Schadensersatzanspruch beruht dieser Anspruch auf der Unterstellung, dass es dem Verletzten gelungen wäre, denselben Gewinn zu erwirtschaften, den der Verletzer erzielt hat. Allerdings ist auch diese Form der Schadensberechnung aufgrund von Beweisproblemen in der Praxis nicht besonders bedeutsam.

Nach deutschem Recht ist eine Vermischung dieser drei Berechnungsweisen nicht zulässig.

#### d) Gewinnherausgabe

Als weitere Form der zivilrechtlichen Durchsetzung ist der Anspruch auf Herausgabe des Gewinns zu nennen. Seit langem ist anerkannt, dass der Verletzte bei Eingriffen in eigene Rechte mit Zuweisungsgehalt einen Anspruch auf Gewinnherausgabe aus § 687 Abs. 2 BGB (Geschäftsanmaßung; Vorsatz erforderlich) oder aus § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB (Eingriffskondiktion) hat; umstritten ist allerdings, ob der gem. § 818 Abs. 2 BGB herauszugebende Wert des erlangten „etwas“ der Gewinn aus dem Geschäft oder aber lediglich die ersparte Lizenzgebühr ist (Rspr.: lediglich ersparte Lizenzgebühr). Jedenfalls aber hat der Rechteinhaber im Fall wissentlichen Eingriffs über § 687 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf die Herausgabe des gesamten Gewinns.

#### e) Berücksichtigung von Allgemeininteressen im Durchsetzungssystem

##### aa) Verbandsklagen

###### (1) Anwendungsbereiche

Allgemeininteressen wird im Wirtschaftsrecht durch die Möglichkeit einer Verbandsklage Rechnung getragen. Im Lauterkeitsrecht ist eine Verbandsklagemöglichkeit in § 8 Abs. 3 Nr. 2 - 4 UWG vorgesehen. Im Kartellrecht enthielt § 33 Abs. 2 GWB eine Klagebefugnis lediglich für Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen. Voraussetzung war, dass die Verbandsklage der Sicherung eines fairen Wettbewerbs dient. Mit der 8. GWB-Novelle 2013 wurde die Verbandsklagemöglichkeit auf Verbraucherverbände ausgedehnt. Seit der 9. GWB-Novelle ist sie in § 33 Abs. 4 Nr. 1 GWB geregelt. Im Markengesetz bestehen in §§ 55 Abs. 2 Nr. 3, 128 Abs. 1, 135 Abs. 1 lediglich Verbandsklagemöglichkeiten für Löschungsansprüche wegen des Bestehens einer geographischen Herkunftsangabe mit älterem Zeitrang sowie für Unterlassungsansprüche zum Schutz geographischer Herkunftsangaben gem. § 128 MarkenG sowie für Unterlassungsklagen zum Schutz von Ursprungsbezeichnungen und geografischen Angaben im Sinne der VO (EWG) Nr. 1151/2012 gem. § 135 MarkenG. Im Urheberrecht wurde in § 95b UrhG eine Verbandsklagebefugnis eingeführt, um den aus den Schranken des Urheberrechts Begünstigten die Durchsetzung ihres Anspruchs auf die Mittel zur Inanspruchnahme der jeweiligen Schrankenvorschriften unter Ausschaltung der technischen Schutzmaßnahmen zu erleichtern.

###### (2) Negatorische Ansprüche

Nach klassischem Verständnis waren Verbände allerdings nur zur klagweisen Durchsetzung negatorischer Ansprüche befugt. Im Hinblick auf die zukunftsgerichtete Wirkung solcher Ansprüche stand der Schutz der Allgemeininteressen im Vordergrund. Insbesondere bei bis zu dem Zeitpunkt der Durchsetzung solcher Ansprüche entstehender kollektiver Schäden und fehlenden sonstigen Anreizen der Durchsetzung für Einzelne kann es zu volkswirtschaftlichen Schäden kommen.

###### (3) Kompensatorische Ansprüche

Im Bereich von Schadensersatzansprüchen fehlte es bisher an Instrumenten zu übergreifender Durchsetzung, mit denen zum einen parallele Ansprüche effizient bewältigt werden können und zum anderen die rationale Apathie der einzelnen Geschädigten überwunden werden kann. Im Jahr 2013 hat die Kommission eine Empfehlung „Auf dem Weg zu einem allgemeinen europäischen Rahmen für den kollektiven Rechtsschutz“ ausgesprochen, worin sie Voraussetzungen und Grundsätze für einen funktionierenden kollektiven Rechtsschutz in den Mitgliedstaaten niederlegte. In Deutschland wurden die Anregungen der rechtlich nicht

verbindlichen Empfehlung, vgl. Art. 288 Abs. 4 AEUV, zwar durch die Politik aufgegriffen, jedoch nicht umgesetzt (vgl. zu den jüngeren Entwicklungen *Stadler*, VuR 2018, 83).

Die stark gebremste Aktivität der Kommission wurde durch den Diesel-Skandal wieder beschleunigt. Im Rahmen des „New Deal for Consumers“ hat der Unionsgesetzgeber am 25.11.2020 die Richtlinie 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG verabschiedet (ABl. 2020 Nr. L 409/1). Danach muss die Anspruchsberechtigung von Verbänden auf den Ersatz von Kollektivschäden von Verbrauchern ausgedehnt werden. Die gem. Art. 9 RL 2020/1828 bereitzuhaltenden Abhilfeentscheidungen sollen Pflichten des Unternehmers begründen, unter anderem Entschädigungs-, Reparatur- oder Ersatzleistungen zu erbringen, den Preis zu mindern, die Vertragskündigung zu ermöglichen oder den Kaufpreis zu erstatten. Die Verbandsklagenrichtlinie erfasst allerdings im hier relevanten Rahmen lediglich lauterkeitsrechtliche Ansprüche. Der durch Kartelle verursachte Verbraucherschaden wird gerade nicht von der EU-Richtlinie verpflichtend erfasst.

Auch wenn die Regeln der Verbandsklagenrichtlinie eigentlich ab dem 25.6.2023 im deutschen Recht umgesetzt hätten sein müssen, wurde das zur Umsetzung erlassene [Gesetz zur Umsetzung der Verbandsklagenrichtlinie](#) erst mit Wirkung vom 13.10.2023 verabschiedet. Das neu geschaffene Verbraucherrechtsetzungsgesetz (VDuG) enthält nunmehr die neuen Regeln für Abhilfeklagen, die ebenfalls durch Verbände geltend gemacht werden, und die mit den Regeln zu den Musterfeststellungsklagen (die zuvor noch in den §§ 606-614 ZPO zu finden waren) zusammengeführt wurden. Zugleich wurden die Regeln für Musterfeststellungsklagen angepasst werden.

Die Abhilfeklagen sollen in ihrem Anwendungsbereich den Verbrauchern nach § 1 Abs. 1 VDuG für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die eine Vielzahl von Verbrauchern gegen einen Unternehmer betreffen, zugutekommen. Mithin soll die Abhilfeklage entgegen der Mindestvoraussetzungen der Verbandsklagerichtlinie nicht nur für Ansprüche aus dem EU-Verbraucherschutzrecht, sondern generell für alle zivilrechtlichen Ansprüche von Verbrauchern zugänglich sein und die Richtlinie somit überschießend umgesetzt werden. Erfasst sind davon auch Kartellschadensersatzklagen, wenn Verbraucher – insbesondere im Wege des passing-on – wirtschaftlich geschädigt wurden.

Die Abhilfeklagen sollen von qualifizierten Verbraucherverbänden, die in die Liste nach § 4 UKlaG eingetragen sind – und somit seit einem Jahr im Vereinsregister eingetragen sind und ihren satzungsgemäßen Aufgaben nachgehen – und nicht mehr als 5 % ihrer finanziellen Mittel von Unternehmen beziehen, geführt werden können. Zugleich werden somit auch die momentan strengeren Anforderungen für die Klageberechtigten einer Musterfeststellungsklage gesenkt. Der klagende Verband soll glaubhaft machen, dass von der Abhilfeklage mindestens 50 Verbraucher betroffen sind. Die vermeintlich betroffenen Verbraucher können sich über eine *opt-in*-Lösung bis zum Ablauf von drei Wochen nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung zur Teilnahme an der Verbandsklage anmelden (§ 46 Abs. 1 VDuG). Machen sie dies, so ist für sie zwar die Entscheidung über die Abhilfeklage verbindlich, sie tragen dafür aber nicht das Prozessrisiko der Verbandsklage und profitieren von einem positiven Ausgang. Nach einem erfolgreichen Urteil wird das beklagte Unternehmen – abhängig von der Antragsstellung des klagenden Verbands – zur Zahlung eines „kollektiven Gesamtbetrages“ an einen Sachwalter verurteilt. Dieser soll dann im sog. Umsetzungsverfahren den erlangten Betrag so aufteilen, dass die Ansprüche aller Verbraucher entsprechend der ihnen nach dem Urteil zustehenden Anspruchshöhe erfüllt werden. Im Sinne dieses Gesetzes sollen für prozessuale Fragen – insbesondere der Frage, ob sie sich an der Verbandsklage als Anspruchsinhaber beteiligen dürfen – auch kleine Unternehmen, die weniger als 10 Personen beschäftigen und deren Jahresumsatz oder -bilanz 2 Millionen Euro nicht übersteigt, als Verbraucher gelten (§ 1 Abs. 2 VDuG).

## bb) Gewinnabschöpfung

Von der oben beschriebenen Herausgabe des Gewinns vom Nichtberechtigten an den Berechtigten ist die Abschöpfung des Gewinns zu unterscheiden. Sie ist als verwaltungsrechtliche Sanktion gem. § 34 GWB für Kartellrechtsverletzungen seit langem bekannt. Vergleichsweise jung sind aber die Gewinnabschöpfungsmöglichkeiten durch Verbände gem. §§ 10 UWG, 34a GWB. Da sie weder mit dem Schadensersatzanspruch, noch mit dem bereicherungsrechtlichen Anspruch in allen Punkten zu vergleichen sind, handelt es sich um einen Anspruch eigener Art.

Die Gewinnabschöpfungsansprüche nach §§ 10 UWG, 34a GWB erweitern das zivilrechtliche Sanktionsinstrumentarium und sollen Rechtsschutzlücken vor allem bei den sogenannten Streuschäden schließen, die durch die Schädigung einer Vielzahl von Abnehmern bei gleichzeitig geringer Schadenshöhe beim Einzelnen (sog. „Streuschäden“) gekennzeichnet sind. Ein Rechtsdurchsetzungsdefizit rührt in diesen Fällen daher, dass die Betroffenen in Anbetracht des nur geringen eigenen Schadens in der Regel von der individuellen Geltendmachung der ihnen zustehenden Rechte absehen. Da auch die Mitbewerber in solchen Fällen entweder gar keinen Schaden haben oder einen Schadensersatzanspruch nicht durchsetzen können und Unterlassungsansprüche nur in die Zukunft gerichtet sind, konnte der Schädiger den rechtswidrig erzielten Gewinn behalten. Der Unterbindung solcher Vorgehensweisen dienen die genannten Vorschriften. Sie sollen keinen Interessenausgleich zwischen dem Schädiger und den Geschädigten schaffen; vielmehr sollen sie abschrecken und schwerwiegende Wettbewerbsverstöße unterbinden („unlauterer Wettbewerb soll sich nicht lohnen!“).

Der Verletzer muss einen Gewinn zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern erzielen. Ein Gewinn liegt vor, wenn sich die Vermögenslage des Unternehmens durch die Zuwiderhandlung verbessert hat. Im Grundsatz errechnet sich der Gewinn aus den Umsatzerlösen abzüglich der Kosten. Der Gewinn muss gerade auf dem betreffenden Wettbewerbsverstoß beruhen (Kausalität). Praktische Schwierigkeiten können sich hierbei etwa ergeben, wenn bei umfangreichen Werbeaktionen lediglich einzelne Aussagen unwahr sind.

Abzugrenzen ist der Gewinn zu Lasten der Abnehmer vom Gewinn auf Kosten der Mitbewerber. Nur ersterer wird von § 10 Abs. 1 UWG erfasst. Ein Gewinn ist zu Lasten von Abnehmern erzielt, wenn ihm unmittelbar ein Vermögensnachteil auf Seiten der Abnehmer gegenübersteht; es muss eine Vermögensverschiebung vom Vermögen des Abnehmers auf das Vermögen der Verletzers erfolgen. Dabei muss der Vermögensnachteil nicht bei jedem einzelnen Abnehmer festgestellt werden. Entsprechend dem Zweck des Gewinnabschöpfungsanspruchs sind diejenigen Geschäfte erfasst, aus denen den Abnehmern an sich zivilrechtliche Ansprüche zur Sicherung ihrer Vermögensinteressen gegen den Verletzer zustehen. Herauszugeben ist also der Gewinn, der dem Zuwiderhandelnden deshalb verbleibt, weil die Abnehmer die ihnen zustehenden Rechte und Ansprüche zur Sicherung ihrer Vermögensinteressen nicht geltend machen.

Abnehmer i.S.v. § 10 Abs. 1 UWG sind nicht nur Verbraucher, sondern alle unmittelbaren Vertragspartner. Um eine „Vielzahl von Abnehmern“ handelt es sich nach der Gesetzesbegründung, wenn ein größerer Personenkreis betroffen ist. Die Untergrenze dürfte – entsprechend dem AGB-Recht (vgl. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB: „Vielzahl von Verträgen“) – bei drei Abnehmern liegen.

Nach § 10 Abs. 2 UWG sind auf den Gewinn die Leistungen anzurechnen, die der Schuldner auf Grund der Zuwiderhandlung an Dritte oder an den Staat erbracht hat. Dies folgt aus dem Normzweck des § 10 Abs. 1 UWG. Denn ein Gewinnabschöpfungsanspruch soll verhindern, dass dem Verletzer ein Gewinn aus dem Wettbewerbsverstoß verbleibt; wird dieser Gewinn durch Leistungen an Dritte oder an den Staat aufgezehrt, so gibt es nichts mehr abzuschöpfen.

Der Gewinnabschöpfungsanspruch ist daher subsidiär gegenüber individuellen Ansprüchen Dritter, wie beispielsweise dem Anspruch geschädigter Mitbewerber aus § 9 UWG. Von § 10 Abs. 2 UWG sind nur tatsächlich erbrachte Leistungen einschließlich Erfüllungssurrogate erfasst. Der Zuwiderhandelnde kann sich nicht darauf berufen, dass er mit der Geltendmachung etwaiger Ansprüche rechnen muss oder bereits auf Zahlung verklagt wurde.

Der Anspruch aus § 10 Abs. 1 UWG ist gerichtet auf Herausgabe des (verbliebenen) Gewinns an den Bundeshaushalt. Der Anspruch ist also, ähnlich wie beim unechten Vertrag zugunsten Dritter, auf Leistung an einen Dritten gerichtet. Damit soll einer missbräuchlichen Geltendmachung des Anspruchs vorgebeugt werden.

Nach § 10 Abs. 4 UWG haben die Gläubiger der zuständigen Stelle des Bundes über die Geltendmachung von Ansprüchen nach § 10 Abs. 1 UWG Auskunft zu erteilen. Zweck dieser Regelung ist es, der zuständigen Stelle Klarheit darüber zu verschaffen, wer im Einzelnen mit welchem Ziel Ansprüche aus § 10 UWG geltend macht, da aus dem abgeführten Gewinn ggf. Aufwendungsersatzansprüche der Gläubiger zu befriedigen sind (vgl. § 10 Abs. 5 S. 1, 2). Zudem können durch die Auskunftserteilung möglicherweise unnötige Prozesse vermieden werden. Zu den erstattungsfähigen Aufwendungen nach § 10 Abs. 5 S. 1 UWG gehören zum einen die Aufwendungen, die eigentlich der Schuldner nach § 91 ZPO erstatten müsste, aber nicht erstattet. Denn vom Gläubiger kann nicht verlangt werden, durch das Betreiben der Zwangsvollstreckung eventuell neue finanzielle Risiken einzugehen. Zum anderen kann der Gläubiger aber auch Erstattung verlangen für erforderliche Aufwendungen, die ihm der Schuldner eigentlich nicht zu erstatten hat (z.B. Prozesskosten bei Teilunterliegen). Vorprozessuale Aufwendungen, die nicht unter § 91 ZPO fallen, können ebenfalls verlangt werden, soweit sie für die Rechtsverfolgung erforderlich waren und vom Schuldner nicht erstattet worden sind. Zusätzlich wurde eine Finanzierungsmöglichkeit durch das Bundesamt für Justiz im § 10 Abs. 6 UWG geschaffen.

Schwierigkeiten bezüglich der Durchsetzung ergaben sich zum einen daraus, dass es oft problematisch ist, dem Unternehmer den früher erforderlichen Vorsatz nachzuweisen, da die Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit nicht einfach ist. Aus diesem Grund reicht seit dem Gesetz zur Umsetzung der Verbandsklagenrichtlinie auch grobe Fahrlässigkeit gem. § 10 Abs. 1 UWG. Ein weiteres Problem war, dass der Gewinn zu Lasten der Abnehmer entstanden sein muss. Diese Voraussetzung ist schwer zu fassen. Als Reaktion darauf kann nun nach § 10 Abs. 1 Satz 2 UWG vom Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung entschieden werden.