

Wolf, Behördl. Durchsetzung des Lauterkeitsrechts zur Optimierung des Wettbewerbsschutzes

Ungeachtet sämtlicher sonstiger Streitfragen zu § 4a UWG liegt jedoch keine Ausnutzung des (geringen) Alters oder der (alters-typischen) Unerfahrenheit und Leichtgläubigkeit vor, wie soeben zu § 6 Abs. 2 JMStV dargelegt.

V. Ergebnis

- 41 Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die minderjährigen Nutzer sozialer Netzwerke kommerzielle Kommunikation durchaus erkennen und sich mit ihr auseinandersetzen können. Das Influencer-Marketing wirkt jedoch stark durch vermeintliche Authentizität und Privatheit, wodurch die Glaubwürdigkeit von den minderjährigen Followern bei Influencern wesentlich höher eingeschätzt wird als bei Celebrities, die als Testimonials werden. Jedoch ist festzustellen, dass – korrekte Kennzeichnung voraus-

gesetzt – das Influencer-Marketing hinsichtlich der minderjährigen Follower weder gegen lauterkeitsrechtliche noch gegen medienrechtliche Verbote verstößt. Die minderjährigen Nutzer, die wie keine andere Altersgruppe mit sozialen Netzwerken vertraut sind, sind vielmehr gefordert, sich mit dem Anforderungsprofil einer Empfehlung durch einen Influencer auseinander zu setzen. Zudem besteht typischerweise in den von den Influencern beworbenen Produkten aus den Bereichen Mode, Essen, Lifestyle u. ä. bei den minderjährigen Nutzern Marktkenntnis; auch bewegt sich die Preisklasse der beworbenen Produkte im Rahmen des Taschengeldes der Minderjährigen. Der thematische Bereich des Reisens wird von Minderjährigen – wegen des größeren finanziellen Volumens – ohnehin nicht autonom genutzt.

Prof. Dr. Maik Wolf, Berlin*

Behördliche Durchsetzung des Lauterkeitsrechts zur Optimierung des Wettbewerbsschutzes

INHALT

I. Problemstellung

II. Vorteile eines ergänzenden Public Enforcement

III. Ergänzungsverhältnis des materiellen Lauterkeits- und Wettbewerbsrechts

1. Überschneidung des materiellen Anwendungsbereiches

- Historische Perspektive
- Entwicklung nach Schaffung des GWB
- GWB im Harmonisierungsbereich der UGP-RL

2. Zielkonformität

3. Keine gegenseitige Aushebelung der gesetzlichen Wertungen

- Einschränkung des Wettbewerbs durch das Lauterkeitsrecht?
- Leistungswettbewerb in der neueren Entscheidungspraxis
- Inhaltliche Überschneidungen in der Anwendungspraxis

IV. Materielle Auffangwirkung des Lauterkeitsrechts

1. Beispiel: Induziertes Tipping von Netzwerkmärkten

- Problemstellung
- Wettbewerberbehinderung und Marktstörung

2. Beispiel: Produktmanipulationen

3. Schlussfolgerungen:

- Umfassende Durchsetzungskompetenz
- Einschränkung bei unternehmerischem Individualschutz

V. Ergebnisse

I. Problemstellung

- 1 Seit seiner Entstehung vor über 100 Jahren ist das Lauterkeitsrecht im Wesentlichen eine privatrechtliche Materie.¹⁾ Dem All-

gemeininteresse an lauterem Wettbewerb wird über ein dezentrales Private Enforcement Geltung verschafft, wonach neben betroffenen Wettbewerbern auch Unternehmens- und Verbraucherverbände klagen können (§ 8 Abs. 3 UWG). Vor einer Klagemöglichkeit der Verbraucher schreckte der Gesetzgeber aus Angst vor einer Prozessflut bisher zurück,²⁾ könnte dazu aber bald unionsrechtlich angehalten sein.³⁾ Die in anderen Staaten anzutreffende behördliche Aufsicht⁴⁾ ist dem deutschen Recht zwar nicht völlig fremd und wird in Teilbereichen durch die BNetzA vermittelt (vgl. § 67 Abs. 1 S. 1 TKG i. V. m. § 7 UWG; § 20 UWG),⁵⁾ spielt aber im Vergleich zur zivilgerichtlichen Fallpraxis nur eine untergeordnete Rolle.

Internationalisierung und Digitalisierung der Wirtschaft stellen jedoch die Rechtsordnung vor neue Herausforderungen, in denen eine Durchsetzung über das Privatrecht schon aufgrund von Ermittlungs- und Beweisschwierigkeiten an ihre Grenzen stößt.⁶⁾ Unter dem Narrativ der Intensivierung des Verbraucherschutzes wurde deshalb kürzlich erneut⁷⁾ die Frage gestellt, ob und inwieweit dem Private Enforcement des UWG ein Public Enforcement zur Seite zu stellen sei. In einer vom BMWi in Auftrag gegebenen Studie zeigen *Podszun/Busch/Henning-Bodewig*

2) Reg.-Begr. UWG-Novelle 2004, BT-Drs. 15/1487, S. 22; zustimmend *Köhler*, GRUR 2003, 265 ff.; kritisch *Sack*, GRUR 2011, 953, 963 f.; *Keßler*, WRP 2005, 264, 272 f.; *Säcker*, WRP 2004, 1199, 1219 f.

3) Siehe Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der EU-Verbraucherschutzvorschriften, COM(2018) 185 final, für einen Art. 11a der UGP-RL. Näher dazu *Alexander*, Editorial WRP Heft 01-2019 und *Dröge*, WRP 2019, 160 ff.

4) Systematisierung bei *Henning-Bodewig*, WRP 2015, 667, 670; ausführlich der Sammelband von *Schmidt-Kessel/Schubmehl* (Hrsg.), Lauterkeitsrecht in Europa, 2011.

5) Vgl. zu § 67 Abs. 1 S. 1 TKG i. V. m. §§ 7, 3 UWG VG Köln, 11.12.2013 – 1 L 1345/13, BeckRS 2014, 56047. Zu streng erscheint daher die Aussage, eine behördliche Durchsetzung sei ein Fremdkörper im Lauterkeitsrecht. So *Goldmann*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, 4. Aufl. 2016, Vorbem. zu §§ 8 ff. Rn. 3.

6) Dazu unten II.

7) Die EU-Kommission erwog bereits im Grünbuch über unlautere Handelspraktiken in der B2B-Lieferkette v. 31.01.2013, COM (2013) 37 final, S. 20, die Möglichkeit einer behördlichen Überwachung. Siehe die ablehnende Stellungnahme des BR im Vorgang BR-Drs. 59/13.

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 403.

1) Dazu *Ahrens*, WRP 1980, 129 ff.

Wolf, Behörl. Durchsetzung des Lauterkeitsrechts zur Optimierung des Wettbewerbschutzes

die Grenzen des zivilgerichtlichen Rechtsschutzes auf und identifizieren ein dahingehendes potentiell Aufgabenfeld der Kartellbehörden.⁸⁾

- 3 Doch eine Begrenzung dieses Diskurses auf den Verbraucherschutz kann leicht den Vorwurf einer Überdehnung des kartellbehördlichen Aufgabenbereichs zu einer Super-Verbraucherschutzbehörde⁹⁾ oder sogar eines die Grundprinzipien des allgemeinen Wettbewerbsrechts bedrohenden Paradigmenwechsels¹⁰⁾ auslösen. Zudem schützt das Lauterkeitsrecht nicht nur individuelle Interessen der Verbraucher, sondern auch der Wettbewerber, verklammert über das Allgemeininteresse an funktionierenden Wettbewerbsprozessen.¹¹⁾ Das mit der Öffnung des Lauterkeitsrechts für den Kompetenzbereich der Kartellbehörden verbundene Potential erscheint daher mit dem Verweis auf den Verbraucherschutz nicht erschöpft.
- 4 In diesem Zusammenhang bedeutsam ist ein zweiter Diskurs über neuartige Gefahren für den Wettbewerb in der digitalen Ökonomie, die mit den tradierten Instrumentarien des allgemeinen Wettbewerbsrechts schwer zu fassen sind. So kommt die ebenfalls im Auftrag des BMWi erstellte Studie von *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* zu dem Schluss, dass insbesondere digitale Plattformmärkte mit ausgeprägten Netzwerkeffekten bereits vor Verfestigung einer marktbeherrschenden Stellung (§ 18 GWB) oder relativer Marktmacht (§ 20 Abs. 1 GWB) gegen Maßnahmen geschützt werden müssten, die ein Umkippen („Tipping“) des Marktes begünstigen, d. h. bevor das Kind in den Brunnen gefallen ist. Vorgeschlagen wird, diese Schutzlücke über eine fallgruppenspezifische Ergänzung des GWB zu schließen.¹²⁾
- 5 Effektivierung des Verbraucherschutzes und Aufstockung des wettbewerbsrechtlichen Arsenal zur Bewältigung der digitalen Wende schließen eine gemeinsame Lösung nicht aus. Für Rechtsordnungen mit einem lauterkeitsrechtlichen Public Enforcement etwa wird zur Schließung von Lücken des Wettbewerbsrechts auf die Instrumente des Lauterkeitsrechts verwiesen.¹³⁾ Auch ist daran zu erinnern, dass die Grenzen zwischen beiden Gebieten keineswegs trennscharf verlaufen, es vielmehr zahlreiche, einem stetigen Veränderungsprozess unterliegende Überlappungen gibt.¹⁴⁾ Vor diesem Hintergrund könnte die Einrichtung eines Public Enforcement im Bereich des Lauterkeitsrechts zugleich Lücken des allgemeinen Wettbewerbsrechts schließen helfen. *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* ziehen die Aufnahme einer dem US-amerikanischen Monopolisierungsverbot (Sec. 2 Sherman Act) nachempfundenen Regelung in das Wettbewerbsrecht in Betracht, befürchten jedoch eine Aufweichung der Grenzen zwischen Wettbewerbs- und Lauterkeitsrecht.¹⁵⁾ Die Grenzen

sind jedoch bereits verwischt,¹⁶⁾ was einen übergreifenden Ansatz so reizvoll macht. Unter diesem Vorzeichen ist die Frage nach der behördlichen Durchsetzbarkeit des UWG erneut zu beleuchten und dessen Nützlichkeit für eine über den Verbraucherschutz hinausgehende Wettbewerbsaufsicht zu skizzieren.

II. Vorteile eines ergänzenden Public Enforcement

Nur kurz sei auf die allgemeinen Vorteile eines Public- im Vergleich zum Private Enforcement eingegangen. Beide sind gleichwertige Säulen des wettbewerblichen Ordnungsrahmens.¹⁷⁾ Der EuGH hält sie zur Durchsetzung des Unionsrechts prinzipiell für austauschbar.¹⁸⁾ Aus dem gleichen Grund besteht gegenüber Kartellbehörden kein Anspruch auf Einschreiten, solange eine zivilgerichtliche Durchsetzung möglich ist.¹⁹⁾ In der rechtspraktischen Umsetzung stößt ein Private Enforcement jedoch auf Schwierigkeiten, die ein Public Enforcement vermeidet. Private sind bei komplexen Sachverhalten im zivilgerichtlichen Verfahren Ermittlungs- und damit Beweisproblemen ausgesetzt, die – so die von *Podszun/Busch/Henning-Bodewig* befragten Verbände – von vornherein einer Rechtsdurchsetzung entgegenstehen können.²⁰⁾ Auch Geheimhaltungsbedürfnisse der Beklagten können einem Verfahren mangels In-Camera-Verfahren den Garaus machen,²¹⁾ womit auch die sog. Bärenfang-Doktrin wirkungslos wird.²²⁾ Manipulationen von Algorithmen oder technischen Anlagen, die als Geschäftsgeheimnisse gelten, sind kaum im Wege der Zivilklage aufzudecken, selbst wenn sie zu einer massiven Täuschung der Verbraucher oder spürbaren Wettbewerbsverzerrung führen. Die Kartellbehörden haben dagegen erweiterte Aufklärungsbefugnisse mit Einsichts-, Prüfungs- und Durchsuchungsrechten, die sich auch auf Unternehmensgeheimnisse erstrecken (§ 59 GWB).²³⁾

Ein ergänzendes Public Enforcement könnte eine Leitbildfunktion für das – weiterhin notwendige²⁴⁾ – Private Enforcement entfalten. Ein individueller Anspruch auf Einschreiten der Kartellbehörden besteht bei alternativem Zivilrechtsschutz zwar nicht.²⁵⁾ Endverbraucher – die zukünftig wohl in den Kreis der Klagebefugten für Schadensersatzansprüche einbezogen werden müssen²⁶⁾ – würden aber bereits von der Möglichkeit einer Follow-On-Klage i. S. d. § 33b GWB profitieren.²⁷⁾ Die nicht den Zwängen des Zivilprozesses unterliegenden behördlichen Feststellungen könnten in Fällen mit großer Breitenwirkung für zahlreiche individuelle Kompensationsinteressen nutzbar gemacht werden. Greift die Behörde einzelne, gehäuft auftretende Fälle mit jeweils geringer gesamtwirtschaftlicher Relevanz auf, kann im nachfolgenden Zivilprozess auf behördliche Tatsachen-

8) *Podszun/Busch/Henning-Bodewig*, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts Darstellung und Systematisierung von Möglichkeiten und Defiziten der privaten Durchsetzung des Verbraucherschutzes sowie Einbeziehung der Kartellbehörden zu dessen Durchsetzung, Februar 2018, vorgestellt in *dies.*, GRUR 2018, 1004; so bereits *Augenhofer*, Deutsche und europäische Initiativen zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018, S. 83; Stellungnahmen der Verbraucherkommission Bayern mit der Empfehlung zur behördlichen Rechtsdurchsetzung, 29.06.2016; ebenso schon der frühere Präsident des BKartA *Günther*, WuW 1972, 427, 437; v. *Hippel*, IZ 1972, 417, 422.

9) *Henning-Bodewig*, Editorial WRP Heft 04-2017.

10) *Ackermann*, NZKart 2016, 397 f.; *Alexander*, NZKart 2017, 391, 397.

11) Siehe § 1 UWG; zum Wettbewerbschutz Art. 1 IrreführungsRL 2006/114/EG.

12) *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 59 ff. (zit. nach der im Internet auf den Seiten des BMWi abrufbaren Version).

13) Vgl. OECD, Algorithms and Collusion – Background Note by the Secretariat, 09.06.2017, DAF/COMP(2017)4 Rn. 99; für die USA zu Sec. 5 FTC Act *Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition, 2016, S. 68; *dies.*, Two Artificial Neural Networks Meet in an Online Hub and Change the Future (of Competition, Market Dynamics and Society), July 2017, Oxford Legal Studies Research Paper No. 55/2015, S. 31.

14) *Köhler*, WRP 2005, 645 ff.; siehe bereits *E. Ulmer*, Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht, 1932, S. 9.

15) *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (Fn. 12), S. 45.

16) Dazu unten IV. Siehe das als Unlauterkeitstatbestand betitelte Monopolisierungsverbot des Art. 60 § 1 EGKS.

17) BVerfG, 09.10.2000 – 1 BvR 1627/95, GRUR 2001, 266, 270.

18) EuGH, 26.02.2008 – C-132/05, EU:C:2008:117, Rn. 68 ff. – *Parmigiano Reggiano*.

19) BGH, 14.11.1968 – KVR 1/68, WuW/E BGH 995, 996 f. – *Taxiflug*; BGH, 25.10.1983 – KVR 8/82, WuW/E 2058, 2060 – *Internord*; BGH, 19.12.1995 – KVZ 23/95, WuW/E 3035, 3036 – *Nichtzulassungsbeschwerde*; BGH, 11.03.1997 – KVZ 22/96, WuW/E 3113, 3114 – *Berufsordnung*.

20) *Podszun/Busch/Henning-Bodewig* (Fn. 8), S. 165, 169 ff.; siehe auch *Podszun*, in: *Hilty/Henning-Bodewig* (Hrsg.), *Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire*, 2009, S. 151, 171.

21) Siehe auch *Podszun/Busch/Henning-Bodewig* (Fn. 8), S. 217 f.

22) Dazu BGH, 13.07.1962 – 1 ZR 43/61, GRUR 1963, 270, m. Anm. *Hefermeht*; BGH, 19.02.2014 – 1 ZR 230/12, WRP 2014, 697 Rn. 14 – *Umweltengel für Tragetasche*.

23) KG, 18.11.1985 – 1 Kart. 32/85, WuW/E OLG 3721, 3725; KG, 04.10.1985 – Kart 30/85, WuW/E OLG 3729, 3730; s. auch BGH, 19.06.2007 – KVR 17/06, WRP 2007, 1224, 1230; *Klöse*, in: *Wiedemann*, 3. Aufl. 2016, § 52 Rn. 27; zum verfassungsrechtlichen Hintergrund BVerfG, 14.03.2006 – 1 BvR 2087/03 u. a., NVwZ 2006, 1041. Im Beschwerdeverfahren sind Einschränkungen möglich (§ 71 Abs. 1 S. 2, 3 § 72 Abs. 2 S. 2, 3 GWB).

24) *Köhler*, WRP 2018, 519, 522; *Micklitz*, in: *Schulte-Nölke/BMJV* (Hrsg.), *Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts*, 2017, S. 7, 15 f.; *Schricker*, GRUR Int. 1970, 32, 44.

25) *Nachw.* in Fn. 19.

26) Siehe Kommission (Fn. 3).

27) Vgl. *Podszun/Busch/Henning-Bodewig* (Fn. 8), S. 153.

Wolf, Behörl. Durchsetzung des Lauterkeitsrechts zur Optimierung des Wettbewerbsschutzes

erkenntnisse verwiesen werden. Private Kläger hätten nur nachzuweisen, dass die Marktgegebenheiten sich seit der Behördenentscheidung nicht verändert haben.²⁸⁾ Einen Schritt in diese Richtung hat der Gesetzgeber mit der Sektoruntersuchung im Bereich des Lauterkeitsrechts gemäß § 32e Abs. 5 GWB getan, die gerade solchen Durchsetzungsdefiziten begegnen soll.²⁹⁾ Leider sind die entsprechenden Ermittlungskompetenzen des BKartA bis dato deutlich eingeschränkt.³⁰⁾

- 8 Bei der – auch aus ökonomischer Sicht ertragreichen³¹⁾ – rechtlichen Umsetzung wären Detailfragen zu klären. Insoweit sei hier auf die Vorschläge von *Podszun/Busch/Henning-Bodewig*,³²⁾ *Köhler*,³³⁾ *Micklitz*³⁴⁾ und *Tönneke*³⁵⁾ verwiesen. Die Kombination von Public und Private Enforcement hat sich jedenfalls in anderen Bereichen als praxistauglich erwiesen.³⁶⁾ Bei der Durchsetzung des UWG hinsichtlich telefonspezifischer Werbung durch die BNetzA sind beachtliche Erfolge zu verzeichnen.³⁷⁾ Etwaige Bedenken gegen ein Nebeneinander von Zivil- und Verwaltungsgerichten³⁸⁾ lassen sich durch eine Sonderzuweisung zur ordentlichen Gerichtsbarkeit auflösen.³⁹⁾ Um parallele Verfahren zu vermeiden, ließe sich – neben der sowieso bestehenden Möglichkeit der Verfahrensaussetzung gem. § 148 ZPO i. V. m. § 33b GWB⁴⁰⁾ oder § 251 ZPO – an Sperren ähnlich § 32e Abs. 6 GWB oder § 610 Abs. 3 ZPO denken. Auch wären prozessuale Besonderheiten zu beachten. So hätten z. B. die für den Zivilprozess entwickelten Beweiserleichterungen (vgl. § 5 Abs. 4 UWG) im Verwaltungsprozess eine andere Bedeutung.⁴¹⁾ Insoweit lassen sich die Erfahrungen des Wettbewerbsrechts mit seinem mehrsäuligen Durchsetzungsregime fruchtbar machen, wonach diese erst bei Nichtaufklärbarkeit Wirkung (non liquet) entfalten, falls sich nicht ein weitergehender Wille des Gesetzgebers nachweisen lässt.⁴²⁾
- 9 Es ist nicht ausgeschlossen, dass das Unionsrecht über kurz oder lang eine behördliche Aufsicht fordern wird.⁴³⁾ Bisher hat zwar die UGP-RL (2005/29/EG) das auf dem Private Enforcement fußende deutsche System toleriert.⁴⁴⁾ Die Neufassung der VO (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz (ZusVO), welche ab 2020 gilt,⁴⁵⁾ setzt aber auch für die Durchsetzung der UGP-RL und der Irreführungs-RL Bußgeld- und Ermittlungsbefugnisse voraus, die nur schwerfällig über

ein zivilgerichtliches System abgebildet werden können.⁴⁶⁾ Nach dem aktuellen Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der EU-Verbraucherschutzvorschriften⁴⁷⁾ hätten die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass bei Verstößen i. S. d. UGP-RL für die Zwecke der ZusVO Geldbußen mit einem Höchstbetrag von mindestens 4% des Jahresumsatzes verhängt werden können.⁴⁸⁾

III. Ergänzungsverhältnis des materiellen Lauterkeits- und Wettbewerbsrechts

10 Damit sich materielles Lauterkeits- und Wettbewerbsrecht bei der Aufgabe des Wettbewerbsschutzes ergänzen, sind ihre Anwendungsfelder auf dem Boden ihrer teleologischen Zweckbestimmung auf dieses gemeinsame Ziel zu kalibrieren. Die Art der Durchsetzung des materiellen Rechts, ob im Wege des Private oder Public Enforcement, erschien in der Vergangenheit noch mit dessen Zweckbestimmung verwoben, hat sich inzwischen aber zur Frage einer an Effizienzmaßstäben ausgerichteten Rechtstechnik entwickelt.⁴⁹⁾

1. Überschneidung des materiellen Anwendungsbereiches

a) Historische Perspektive

11 Von der Durchsetzungsebene befreit finden das materielle Lauterkeits- und Wettbewerbsrecht im Delikt des allgemeinen Zivilrechts eine gemeinsame Wurzel, als welches das Reichsgericht z. B. Boykott, Kartelle und Irreführung identifizierte.⁵⁰⁾ Aus dem allgemeinen Zivildelikt hatte sich – nach dem nicht ganz geglückten 1896er Versuch⁵¹⁾ – mit dem UWG von 1909⁵²⁾ zunächst das Lauterkeitsrecht emanzipiert.⁵³⁾ Das mit der Kartellverordnung von 1923 geschaffene „Kartellrecht“ war noch kein Instrument zum Schutz des Wettbewerbs, sondern ein im Allgemeininteresse stehendes polizeiliches Organisationsrecht für Kartelle.⁵⁴⁾ Das UWG übernahm deshalb weiterhin Aufgaben, die heute dem Wettbewerbsrecht zugeschrieben werden, wie etwa der heute nach § 1 und § 19 GWB zu behandelnde, berichtigte Benrather Tankstellenfall illustriert.⁵⁵⁾ Der von §§ 19, 20 GWB erfasste Missbrauch wirtschaftlicher Macht war Gegenstand des § 826 BGB.⁵⁶⁾

b) Entwicklung nach Schaffung des GWB

12 Mit dem GWB wurden zahlreiche Lücken geschlossen, die nicht mehr über das UWG oder das BGB abgedeckt werden mussten. Die gemeinsamen Wurzeln bleiben jedoch bestehen. Es ist nicht unüblich, im Zivilgerichtsstreit die Vereinbarkeit eines unternehmerischen Verhaltens gleichermaßen am UWG und am GWB zu messen.⁵⁷⁾ Für bestimmte Fälle wird teilweise sogar Inhaltsgleichheit angenommen. So folgt die Beurteilung einer Behinderungs- und Diskriminierungspraxis nach § 3 Abs. 1 i. V. m. § 4 Nr. 4 UWG nach ständiger Rechtsprechung des BGH den gleichen Maßstäben wie §§ 19, 20 GWB, deren Prüfung sich

28) Vgl. BGH, 24.06.1965 – KZR 7/64, NJW 1965, 2249, 2250 – Brotkrieg; OLG Düsseldorf, 08.06.2011 – VI-U (Kart) 2/11, BeckRS 2012, 4895.

29) Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drs. 18/11446, S. 26.

30) § 32e Abs. 5 S. 3 GWB.

31) *Towfigh/Chatziathanasiou*, in: Schulte-Nölke/BMJV (Hrsg.), Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 93 ff.

32) *Podszun/Busch/Henning-Bodewig* (Fn. 8).

33) *Köhler*, WRP 2018, 519 ff.

34) *Micklitz* (Fn. 24), S. 7 ff.

35) *Brönneke*, in: Schulte-Nölke/BMJV (Hrsg.), Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 127 ff.

36) Vgl. weiterhin *Köhler*, WRP 2018, 519, 524.

37) *Schulte-Nölke/Henning-Bodewig/Podszun*, Evaluierung der verbraucherschützenden Regelungen im Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken, Studie im Auftrag des BMJV, 2017, S. 112.

38) So *Podszun/Busch/Henning-Bodewig* (Fn. 8), S. 48, 277.

39) Ebenso *Podszun/Busch/Henning-Bodewig* (Fn. 8), S. 224 f.; *Rott*, in: Schulte-Nölke/BMJV (Hrsg.), Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 31, 83.

40) Für eine analoge Anwendung auf Unterlassungs- und Beseitigungsklagen *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl. 2014, GWB § 33 Rn. 93; *Rehbinder*, in: LMRKM, 3. Aufl. 2016, GWB § 33 Rn. 73; a. A. *Bechtold*, GWB, 9. Aufl. 2018, § 33 Rn. 44.

41) Offen gelassen bei *Podszun/Busch/Henning-Bodewig* (Fn. 8), S. 219 f.

42) Vgl. *Wolf*, in: MünchKommGWB, 2. Aufl. 2015, § 18 Rn. 38 ff.

43) *Micklitz* (Fn. 24), S. 7, 11 ff.

44) Dazu *Alexander*, GRUR Int 2005, 809, 810.

45) Art. 41, 42 VO (EU) 2017/2394.

46) *Podszun/Busch/Henning-Bodewig* (Fn. 8), S. 63 ff.; vgl. auch Kommission, Mitteilung zur Neugestaltung der Rahmenbedingungen für die Verbraucher, COM(2018) 183 final, S. 9 f.; Kommissionsmitteilung zum Schutz von Unternehmen vor irreführenden Vermarktungspraktiken und Gewährleistung der wirksamen Durchsetzung v. 27.11.2012, COM(2012) 702 final, S. 15; *Osterrieth/Schönig*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, 3. Aufl. 2016, Allgemeine Marktbehinderung (S1) Rn. 138 ff.

47) Kommission, Richtlinienvorschlag COM(2018) 185 final, 11.4.2018.

48) Art. 1 Nr. 5 des Vorschlages, COM(2018) 185 final, S. 38.

49) Vgl. *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 470 ff.; *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 298.

50) Vgl. RG, 25.06.1890 – I 96/90, RGZ 28, 238, 243, 247 f. (Kartellboykott); RG, 24.03.1931 – VII 322/30, RGZ 132, 273, 276 (Ausnutzung von Marktmacht); RG, 27.10.1988 – I 228/88, RGZ 22, 93, 96 (unlautere Beeinträchtigung); siehe dazu *Beater*, ZEuP 2003, 11, 14 ff.; *Schricker/Henning-Bodewig*, WRP 2001, 1367.

51) RGBl. 1896, Nr. 13, S. 145–149.

52) RGBl. 1909, Nr. 31, S. 499.

53) Dazu *Ahrens*, WRP 1980, 129.

54) *Isay*, Die Geschichte der Kartellgesetzgebungen, 1955, S. 41.

55) RG, 18.12.1931 – II 514/30, RGZ 134, 342; *E. Ulmer* (Fn. 14), S. 15.

56) RG, 15.12.1933 – VII 292/33, RGZ 143, 24, 28, m. w. N.

57) Ausdrücklich für zulässig erklärend BGH, 05.02.2009 – I ZR 119/06, WRP 2009, 1086 Rn. 10 – Änderung der Voreinstellung II; BGH, 07.02.2006 – KZR 33/04, WRP 2006, 1113 Rn. 17 – Probeabonnement.

Wolf, Behörl. Durchsetzung des Lauterkeitsrechts zur Optimierung des Wettbewerbsschutzes

in einem Querverweis erschöpfen kann.⁵⁸⁾ So konnte offen gelassen werden, ob ein Unternehmen Marktmacht i. S. d. § 18 oder § 20 Abs. 1 GWB hatte. Auch das Predatory Pricing wird mit dem Verkauf unter Einstandspreis traditionell als Materie des Lauterkeitsrechts wahrgenommen,⁵⁹⁾ ist zugleich aber eine Fallgruppe des Marktmachtmissbrauchs.⁶⁰⁾ Die Einführung des GWB führte so zwar zu einer kompetenziellen Entlastung des UWG, hat jedoch nicht dessen wettbewerbsichernde Funktion ausgehöhlt. Am augenfälligsten wird dies beim Tatbestand der allgemeinen Marktstörung, dessen praktische Relevanz zwar aufgrund der ausdifferenzierten Tatbestände des UWG abgenommen hat,⁶¹⁾ der aber entgegen einzelner Literaturstimmen⁶²⁾ weiterhin dem Schutz wirksamer Wettbewerbsstrukturen dient (näher dazu unter III. 3.).⁶³⁾

c) GWB im Harmonisierungsbereich der UGP-RL

- 13 Die UGP-RL als dominante Säule des modernen Lauterkeitsrechts soll eine abschließende Regelung für alle verbraucherschädigenden Geschäftspraktiken darstellen.⁶⁴⁾ Die Mitgliedstaaten dürfen auch keine strengeren Regelungen einführen.⁶⁵⁾ Ihr breiter Anwendungsbereich kann im Einzelfall sogar die Anwendung des Wettbewerbsrechts beeinflussen. So hält der EuGH ein nationales Verbot des Verkaufs unter Einkaufspreis für eine verbraucherschützende Maßnahme, die im Lichte der UGP-RL auszulegen ist.⁶⁶⁾ Zwar setzt die Sperrwirkung der UGP-RL einen Verbraucherschutzzweck voraus,⁶⁷⁾ wobei Zweckpluralität unschädlich ist.⁶⁸⁾ Doch neben den durch nationale Gesetzgeber explizierten Zielen stellt der EuGH darauf ab, inwieweit der Verbraucher faktisch vor schädlichen Auswirkungen geschützt wird.⁶⁹⁾ Vom Harmonisierungszwang der UGP-RL sind nur Rechtsvorschriften über solche Geschäftspraktiken ausgenommen, die „lediglich“ die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigen oder sich nur auf ein Rechtsgeschäft zwischen Gewerbetreibenden beziehen.⁷⁰⁾ Gerade dem Verbot der §§ 19, 20 GWB kann eine verbraucherschützende Tendenz nicht abgesprochen werden.⁷¹⁾ Erwägungsgrund 9 der VO (EG) Nr. 1/2003, der die Grenzen des wettbewerbsrechtlichen Harmonisierungszwangs aufzeigt, beschreibt dementsprechend Rechtsvorschriften gegen unlautere Geschäftspraktiken als solche, „mit denen Unternehmen untersagt wird, bei ihren Handelspartnern

ungerechtfertigte, unverhältnismäßige oder keine Gegenleistungen umfassende Bedingungen zu erzwingen, zu erhalten oder den Versuch hierzu zu unternehmen.“ Muss damit z. B. für § 20 Abs. 3 GWB eine richtlinienkonforme Auslegung in Betracht gezogen werden, fällt die Anwendung des Wettbewerbs- mit der des Lauterkeitsrechts zusammen. Soweit das nationale Missbrauchsverbot mit dem primärrechtlichen Art. 102 AEUV übereinstimmt, wird ein Konflikt mit der UGP-RL zwar grundsätzlich ausscheiden. Setzt der nationale Gesetzgeber aber gem. Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO (EG) Nr. 1/2003 strengere Vorschriften, wie mit den §§ 20, 21 GWB, ist der unionsrechtliche Rahmen einschließlich der UGP-RL zu beachten.⁷²⁾

2. Zielkonformität

Dass zwischen UWG und GWB keine trennscharfe Aufgabenteilung besteht, spiegelt auch deren Zielvorstellung wider. Anerkanntermaßen vermitteln beide Bereiche erst in ihrem Zusammenspiel die Vorstellung der Rechtsordnung von einem funktionierenden Wettbewerbssystem.⁷³⁾ Frühere Versuche einer exakten Abgrenzung, z. B. anhand der Aufgabe als Individual- und Institutionenschutz,⁷⁴⁾ dem *Ob* und *Wie* des Wettbewerbschutzes⁷⁵⁾ oder durch methodische Gegenüberstellung von ökonomischer Marktanalyse und Setzung moralgebundener Verhaltensstandards,⁷⁶⁾ haben an Bedeutung verloren. Die ökonomische Theorie hat Einzug in das UWG bei gleichzeitiger Anerkennung seiner Marktordnungsfunktion gehalten (dazu unten III. 3.). Beide Rechtsbereiche gründen heute auf der in § 1 UWG ausformulierten Schutzzwecktrias, wenn auch mit unterschiedlicher Schwerpunktsetzung.

Das ursprünglich als reiner Mitbewerberschutz verstandene Lauterkeitsrecht⁷⁷⁾ wurde erst später auf den institutionellen Schutz funktionierender Wettbewerbsprozesse⁷⁸⁾ und den der Verbraucherinteressen erstreckt.⁷⁹⁾ Wurde der Verbraucher zunächst nur in seiner Rollenfunktion als Schiedsrichter im Wettbewerb,⁸⁰⁾ ist er spätestens durch die UGP-RL und schließlich endgültigen Streichung des Spürbarkeitsmerkmals umfassend in seiner Persönlichkeit vor unternehmerischen Einwirkungen geschützt.⁸¹⁾ Diese Schutzzwecktrias hat auch unter dem zweiseitigen System der Irreführungs- und der UGP-RL Bestand, die trotz ihrer individualistischen, auf Mitbewerber- bzw. Verbraucherschutz ausgerichteten Zwecksetzung⁸²⁾ dem unionsrecht-

58) BGH, 31.01.2012 – KZR 65/10, NJW 2012, 2110, 2113 Rn. 37; BGH, 14.07.1998 – KZR 1/97, WRP 1999, 105, 109 – Schilderpräger im Landratsamt; BGH, 21.02.1989 – KZR 7/88, WRP 1989, 493, 494 – Krankentransportbestellung; BGH, 10.12.1985 – KZR 22/85, WRP 1986, 261, 264 – Abwehrblatt II.

59) Vgl. BGH, 02.10.2008 – I ZR 48/06, WRP 2009, 432 Rn. 13 u. 25 – Küchentiefpreis-Garantie; BGH, 31.01.1979 – I ZR 21/77, WRP 1979, 300.

60) *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU_Kartellrecht, 3. Aufl. 2014, AEUV Art. 102 Rn. 38.

61) *Osterieth/Schönig*, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 46), Allgemeine Marktbehinderung (S1) Rn. 11.

62) *Ablehnend etwa Lux*, Der Tatbestand der allgemeinen Marktbehinderung, 2006, S. 423 ff.

63) BGH, 29.10.2009 – I ZR 180/07, WRP 2010, 746 Rn. 20 – Stumme Verkäufer II; BGH, 02.10.2008 – I ZR 48/06, WRP 2009, 432 Rn. 25 – Küchentiefpreis-Garantie; BGH, 30.03.2006 – I ZR 144/03, WRP 2006, 888 Rn. 14–10% billiger („Bestand des Wettbewerbs“); *Sosnitzka*, in: Ohly/Sosnitzka, UWG, 7. Aufl. 2016, § 1 Rn. 31; *Osterieth/Schönig*, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 46), Allgemeine Marktbehinderung (S1) Rn. 23.

64) Art. 4 UGP-RL.

65) EuGH, 14.01.2010 – C-304/08, EU:C:2010:12 = WRP 2010, 232 Rn. 41 – Plus Warenhandels-gesellschaft.

66) EuGH, 19.10.2017 – C-295/16, EU:C:2017:782 = WRP 2018, 165 Rn. 38 ff. – Europamar Alimentación; siehe bereits EuGH, 07.03.2013 – C-343/12, EU:C:2013:154 Rn. 14 ff. – Euronics.

67) EuGH, 07.03.2013 – C-343/12, EU:C:2013:154 Rn. 31 – Euronics.

68) EuGH, 09.11.2010 – C-540/08, EU:C:2010:660 = WRP 2011, 45 Rn. 26 – Mediaprint; zur Einwirkung der UGP-RL auf § 4 Nr. 4 UWG *Köhler*, GRUR 2008, 841, 846 f.

69) EuGH, 19.10.2017 – C-295/16, EU:C:2017:782 = WRP 2018, 165 Rn. 35 – Europamar Alimentación.

70) EuGH, 14.01.2010 – C-304/08, EU:C:2010:12 = WRP 2010, 232 Rn. 39 – Plus Warenhandels-gesellschaft; EuGH, 09.11.2010 – C-540/08, EU:C:2010:660 = WRP 2011, 45 Rn. 21 – Mediaprint; Erw. 6 UGP-RL.

71) *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 40), § 19 Rn. 21.

72) Vgl. auch *Podszun* (Fn. 20), S. 151, 153, der diese Tatbestände eher lauterkeitsrechtlich verortet.

73) Ebenso *Köhler*, WRP 2005, 645, 646; zu dieser Entwicklung *Merz*, Die Vorfeldthese, 1988, S. 34 ff.; 183 ff.; *Schwipps*, Wechselwirkungen zwischen Lauterkeitsrecht und Kartellrecht, 2009, S. 54 ff.; *Raiser*, GRUR Int. 1973, 443, 445; *Tilmann*, GRUR 1979, 825; *Baudenbacher*, GRUR 1981, 19; *ders.*, ZHR 1980, 145.

74) Vgl. BGH, 16.03.1954 – I ZR 179/52, GRUR 1954, 342, 344; *Würdinger*, WuW 1953, 721, 731; *Benisch*, WuW 1956, 480, 483.

75) *Fikentscher*, FS Hallstein, 1966, S. 127, 134; *ders.*, GRUR Ausl 1966, 181, 182; *Schlup*, GRUR Int. 1973, 446, 447 f.; *Ullmann*, GRUR 2003, 817, 821, dort insbesondere Fn. 38.

76) *Fikentscher*, GRUR Ausl 1966, 181, 183.

77) *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 37. Aufl. 2019, § 1 Rn. 1; siehe zur Begründung des Irreführungsverbots zunächst mit dem Mitbewerber- und dann mit dem Verbraucherschutzgedanken, *Beater*, JZ 1997, 916 ff.

78) Vgl. frühzeitig RG, 24.01.1928 – II 272/27, RGZ 120, 47, 49; RG, 29.04.1930 – II 355/29, RGZ 128, 330, 342; RG, 27.03.1936, GRUR 1936, 810, 812 – Diamantine; dazu *Beater*, WRP 2012, 6 ff. Ausdrücklich bejahend etwa *Podszun*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Fn. 5), § 1 Rn. 73 f.; s. auch BVerfG, 12.07.2007 – 1 BvR 2041/02, GRUR 2008, 81, 82 f. – Pharmakartell; BVerfG, 06.02.2002 – 1 BvR 952/90, GRUR 2002, 455 – Tier- und Artenschutz, m. w. N. Dazu unten III. 3.

79) Vgl. BGH, 11.05.2000 – I ZR 28/98, WRP 2000, 1116, 1119 – Abgasemissionen; ausführlich dazu *Schricker*, GRUR Int. 1970, 32 ff.

80) Vgl. *Kefler*, WRP 2005, 1203, 1208 ff.; *Lettl*, GRUR 2004, 449, 452; *Micklitz/Kefler*, WRP 2003, 919, 922.

81) So auch *Sosnitzka*, in: Ohly/Sosnitzka (Fn. 63), § 1 Rn. 23; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 77), § 1 Rn. 8; zur Bedeutung des Spürbarkeitsmerkmals bereits *Lettl*, GRUR 2004, 449, 450.

82) Jew. Art. 1.

Wolf, Behörl. Durchsetzung des Lauterkeitsrechts zur Optimierung des Wettbewerbsschutzes

lichen Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem, unverfälschtem Wettbewerb verpflichtet bleiben (Art. 119 Abs. 1 AEUV, Art. 51 EUV i. V. m. Protokoll Nr. 27). Die über bilaterale Rechtsverhältnisse hinausgehenden Funktionsbedingungen des Wettbewerbs sind deshalb als Bewertungs- und Bezugsrahmen einzubeziehen.⁸³⁾ Für das unbestritten dem Institutionenschutz verpflichtete GWB musste sich dagegen der Individualschutzgedanke erst durchsetzen und wird – soweit es den Verbraucher angeht – bis heute kritisch beäugt.⁸⁴⁾ Der Wettbewerberschutz wird z. B. in § 20 Abs. 3 GWB,⁸⁵⁾ der Verbraucherschutz durch die § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG nachempfundene Klagebefugnis qualifizierter Verbraucherverbände in § 33 Abs. 4 GWB besonders betont,⁸⁶⁾ insbesondere wenn entsprechend der Rechtslage zum UWG tatsächlich Verbraucherinteressen berührt sein müssen.⁸⁷⁾ Dieser Schutzzwecktrias folgt auch der Zielekanon des EU-Wettbewerbsrechts, welches das GWB stark prägt.⁸⁸⁾ Nach der Rechtsprechung des EuGH sind die EU-Wettbewerbsregeln nämlich dazu bestimmt, „die unmittelbaren Interessen einzelner Wettbewerber oder Verbraucher zu schützen“, ebenso wie „die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen.“⁸⁹⁾

3. Keine gegenseitige Aushebelung der gesetzlichen Wertungen

- 16 Betrachtet man Lauterkeits- und Wettbewerbsrecht als funktionale Äquivalente zum Schutze funktionierenden Wettbewerbs,⁹⁰⁾ bedeutet eine engere Verzahnung über die Enforcementebene aus teleologischer Perspektive keinen grundlegenden Paradigmenwechsel.⁹¹⁾ Gleichwohl wird in der Literatur davor gewarnt, mit einem lauterkeitsrechtlichen allgemeinen Wettbewerbsschutz die Wertungen des GWB zu untergraben,⁹²⁾ häufig verknüpft mit einer Ablehnung der sog. Vorfeldthese⁹³⁾ oder dem Begriff des Leistungswettbewerbs.⁹⁴⁾ Diese gegen einen Wettbewerbsschutz unterhalb der Marktbeherrschung i. S. d. § 18 GWB gerichtete Kritik scheint dem hier verfolgten Ziel der Lückenschließung im Wege zu stehen. Sie ist jedoch in ihrem spezifischen historischen Kontext zu würdigen.

83) Vgl. Erw. 3 Irreführungs-RL und Art. 1 UGP-RL. Ebenso *Kefler*, WRP 2005, 1203, 1206; *Köhler/Lettl*, WRP 2003, 1019, 1050; *Veelken*, WRP 2004, 1, 10; *Glöckner*, GRUR 2008, 960, 964; *Ullmann*, GRUR 2003, 817, 821 Fn. 38; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen* (Fn. 77), § 1 Rn. 41; *Fezer*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell* (Fn. 46) § 3 Rn. 408; *Osterrieth/Schönig*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell* (Fn. 46), Allgemeine Marktbehinderung Rn. 20; *Podszun* (Fn. 20), S. 151, 156; eine Segregation beobachtend dagegen *Peukert*, in: *Hilty/Henning-Bodewig* (Hrsg.) (Fn. 20), S. 27 ff. Das BVerfG spricht von ein „Grundsätzen des Leistungswettbewerbs“, die in jede Einzelfallabwägung einfließen, BVerfG, 12.07.2007 – 1 BvR 2041/02, GRUR 2008, 81, 82 f. – Pharmakartell; BVerfG, 12.12.2000 – 1 BvR 1762/95, WRP 2001, 129 – Benetton I.

84) Kritisch *Satzky*, NZKart 2018, 554 ff.; Verbraucherschutz betonend *BKartA*, Wettbewerb und Verbraucherverhalten – Konflikt oder Gleichlauf zwischen Verbraucherschutz und Kartellrecht? Hintergrundpapier zur Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht 06.10.2016.

85) Vgl. BT-Drs. 8/3690, S. 30.

86) Siehe Reg.-Begr. zur 8. GWB-Novelle, BT-Drs. 17/9852, S. 27.

87) KG, 27.05.2005 – 5 W 53/05, GRUR-RR 2005, 359 – Dosenpfand; ebenso *Lettl*, GRUR 2004, 449, 460; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzer* (Fn. 63), § 8 Rn. 109.

88) Schon zur 1. GWB-Novelle wurde betont, dass die Generalklausel des Missbrauchsverbots dem europäischen Vorbild folge (Begr. RegE zur 1. GWB-Novelle, BT-Drs. IV/2564, 15 f.; Wirtschaftsausschuss, BT-Drs. IV/3533, S. 5; ebenso BGH, 06.11.2013 – KZR 58/11, WuW/E DE-R 4037, Rn. 51 – VBL-Gegenwert; BGH, 08.04.2014 – KZR 53/12, WuW/E DE-R 4261, 4268, Rn. 46 – VBL-Versicherungspflicht.

89) Vgl. EuGH, 04.06.2009 – C-8/08, EU:C:2009:343, Rn. 38 – T-Mobile Netherlands; EuG, 14.03.2013 – T-588/08, EU:T:2013:130, Rn. 65 – Dole/Kommission.

90) Siehe bereits BGH, 26.10.1961 – KZR 3/61, NJW 1962, 247, 248 (zu § 1 GWB a. F.).

91) Vgl. *Podszun*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* (Fn. 5), § 1 Rn. 73, wonach das UWG als „Schwester des Kartellrechts“ anzusehen sei; siehe auch *Glöckner*, GRUR 2008, 960.

92) *Lux* (Fn. 62), S. 415 ff.

93) Siehe etwa *Mestmäcker*, Der verwaltete Wettbewerb, 1984, S. 143 ff.; *Merz* (Fn. 73), S. 252 f.

94) Vgl. etwa *Podszun*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* (Fn. 5), § 3 Rn. 141.

a) Einschränkung des Wettbewerbs durch das Lauterkeitsrecht?

Mit der Ausrichtung des Lauterkeitsrechts auf den allgemeinen Wettbewerbsschutz wird teilweise die Gefahr einer Beschränkung des vom GWB geschützten Wettbewerbs verbunden. Jene Kritik ist u. a. getragen von der Prämisse, eine Kollektivvereinbarung, unlauteres Verhalten zu unterlassen, unterfalle per se nicht dem Kartellverbot des § 1 GWB.⁹⁵⁾ Diese noch in der Gesetzesbegründung zum Ur-GWB ausgesprochene Auffassung⁹⁶⁾ wird heute aber aufgeweicht durch die Erkenntnis, dass kollektive Zwangsmaßnahmen gerade nicht gesetzlich vorgegeben sind, die Feststellung der Unlauterkeit als Rechtsfrage den zuständigen Gerichten gebührt und sich Art. 101 AEUV als Barriere gegen einen Rückfall in eine korporatistische Selbstverwaltung der Wirtschaft erwiesen hat.⁹⁷⁾ Die zur Abwehr innovativer Wettbewerbsmethoden insbesondere von Newcomern eingesetzte Möglichkeit für Interessenverbände, vereinbarte Verhaltensregeln vom Kartellverbot freizustellen (§ 28 GWB a. F.), ist heute entschärft, weil zum Zwecke des Lauterkeitsschutzes verabredete Regeln ihrerseits nicht gegen §§ 1, 2 GWB verstoßen dürfen (§§ 24, 26 Abs. 2 GWB). Damit ist die Gefahr, unbequemem Wettbewerb durch „Verunlauterung“ korporativ auszuschalten, deutlich geringer.⁹⁸⁾

Da Ständeregeln i. S. d. § 24 GWB nicht gegenüber Außenseitern wirken (§ 21 Abs. 3 GWB), ist die Tendenz, stattdessen das Lauterkeitsrecht einzusetzen, dem Vorwurf einer Begünstigung von die Wirtschaftspolitik lenkenden Kartellen⁹⁹⁾ und der Wiedererweckung des äußeren Organisationszwanges ausgesetzt.¹⁰⁰⁾ Bedenklich war vor diesem Hintergrund eine Entwicklung, die mit dem Begriff des Leistungswettbewerbs (§ 24 Abs. 2 GWB) aufgewerteten Kollektivvereinbarungen als Beurteilungsmaßstab für die Lauterkeit i. S. d. UWG einzusetzen.¹⁰¹⁾ Dessen gesetzliche Einführung in das GWB erschien als Versuch, den Anwendungsbereich des damals privilegierenden § 28 GWB a. F. auf Regeln ohne Lauterkeitsbezug zu erstrecken,¹⁰²⁾ den der BGH zuvor ausdrücklich gefordert hatte.¹⁰³⁾ Er wurde im Wege korporativer Verständigung positiv definiert, mit einer strukturkonservierenden Betonung der Hauptleistung.¹⁰⁴⁾ Dies führte zu einer Missbilligung von Zugaben, Rabatten oder gar häufigem Werben.¹⁰⁵⁾ Der die Hauptleistung betreffende Preiswettbewerb geriet ebenfalls in Gefahr, zum Schutze etablierter Unternehmensstrukturen eingeschränkt zu werden, soweit Niedrigpreise, Lockangebote oder Mischkalkulationen aufs Korn genommen wurden.¹⁰⁶⁾ Diese mit dem Prinzip eines offenen Wettbewerbs-

95) Siehe *Mestmäcker* (Fn. 93), S. 5 ff., 90 f.; *Lukes*, Der Kartellvertrag, 1959, S. 125; BGH, 26.10.1961 – KZR 3/61, GRUR 1962, 154, 158 – Speditionswerbung; BGH, 22.01.1952 – I ZR 68/51, GRUR 1952, 516, 520 – Hummel-Figuren; vgl. auch BGH, 08.04.1952 – I ZR 80/51, GRUR 1952, 582, 583; kritisch dazu *Sack*, GRUR 1975, 297, 298.

96) Begr. zum 1. GWB-Entwurf 1952, BT-Drs. I/3462, S. 25.

97) Näher dazu *Wolf*, in: *MünchKommEUWettBR*, 2. Aufl. 2015, Einl. Rn. 1211 ff.

98) Zu dieser Gefahr bereits *Koenigs*, GRUR 1958, 589, 590.

99) *Mestmäcker*, ZgS 129 (1973), 89, 96.

100) *Mestmäcker* (Fn. 93), S. 10 f.

101) Kritisch dazu *Mestmäcker* (Fn. 93), S. 26 f.; weitergehend der Antrag zur Änderung des UWG in BT-Drs. 8/1670, S. 7 ff.

102) Siehe 1. Reg.-Begr. zur 2. GWB-Novelle, BT-Drs. IV/2520, S. 34 f.; zu dieser Entwicklung *Mestmäcker* (Fn. 93), S. 22 f.

103) BGH, 15.07.1966 – KVR 3/65, NJW 1966, 2261, 2263 – Bauindustrie; BGH, 14.03.1968 – KVR 4/67, NJW 1968, 1723, 1724.

104) Kritisch *Mestmäcker* (Fn. 93), S. 6; *Osterrieth/Schönig*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell* (Fn. 46), Allgemeine Marktbehinderung (S1) Rn. 112; vgl. dagegen in diesem Sinne etwa noch BGH, 12.01.1960 – I ZR 52/59, GRUR 1960, 382, 383 – Verbandsstoffe („mit einem lautereren Leistungswettbewerb, der sich nur auf sachliche, die Ware selbst betreffende Erwägungen stützen soll“).

105) Vgl. *Ulmer*, GRUR 1977, 565, 571 ff.

106) Siehe etwa *Ulmer*, GRUR 1977, 565, 572.

Wolf, Behörl. Durchsetzung des Lauterkeitsrechts zur Optimierung des Wettbewerbsschutzes

prozesses unvereinbare bestandssichernde Funktion betonte den Schutz der *bisher erbrachten Leistung*.¹⁰⁷⁾ Über Reizworte wie das Schmarotzen oder Preisschleuderei wurden Verhaltensweisen als leistungsfremd verunglimpft und in die Unlauterkeit getrieben, die aus heutiger Sicht aktiven Wettbewerb bescheinigen.¹⁰⁸⁾ Vor diesem Hintergrund erscheint der Begriff des Leistungswettbewerbs mit einem Makel behaftet.¹⁰⁹⁾

- 19 Der frühere Versuch, Standesregeln der angestammten Unternehmen in äußere Verhaltensverbote zu kleiden, wurde schließlich mit der Idee verknüpft, ein marktmachtunabhängiges Diskriminierungsverbot zu schaffen.¹¹⁰⁾ Der Gesetzgeber ließ sich zu dessen Einführung zwar nicht hinreißen, kam dem Gedanken aber mit der Erstreckung des Missbrauchsverbots auf relativ marktstarke Unternehmen entgegen (§ 20 Abs. 1 GWB). Befürchtet wurde, dass ein marktmachtunabhängiges allgemeines Diskriminierungsverbot auch wettbewerbsneutrale Verhaltensweisen erfassen würde.¹¹¹⁾ Ebenso kritisiert wurde dementsprechend die sog. Vorfeldthese. Sie bezweckte einen lauterkeitsrechtlichen Wettbewerbsschutz, wurde aber interpretiert als ein um die Voraussetzung der Marktbeherrschung beschnittenes Missbrauchsverbot.¹¹²⁾

b) Leistungswettbewerb in der neueren Entscheidungspraxis

- 20 In diesem Entwicklungsprozess musste die Tendenz, Wettbewerbsmaßnahmen mit dem Hinweis auf ihren wettbewerbschädigenden Charakter für unlauter zu befinden, suspekt erscheinen. Eine gemeinsame Verpflichtung des UWG und des GWB auf den Schutz funktionierender Wettbewerbsprozesse war deswegen nicht mit der Anerkennung eines lauterkeitsrechtlichen Tatbestandes zum Schutz des Wettbewerbs gleichzusetzen. Zweischneidig erscheint in diesem Zusammenhang die Forderung, die Wertungen des GWB im UWG zu beachten. Eine Berücksichtigung des Kartell- und des Missbrauchsverbotes diene der Offenhaltung der Märkte,¹¹³⁾ ein Verweis auf die Wertungen des korporativen Leistungswettbewerbsbegriffs i. S. d. § 24 GWB der Einschränkung wettbewerblischer Spielräume.¹¹⁴⁾
- 21 Der frühere Kampf gegen die Instrumentalisierung des Lauterkeitsrechts für wettbewerbsfremde Gruppeninteressen darf jedoch nicht dessen Aufgabe behindern, die Funktionsfähigkeit der Märkte sicherzustellen. Dementsprechend gehört der Begriff des Leistungswettbewerbs heute zum Standardrepertoire des UWG.¹¹⁵⁾ Er findet jedoch keine Anlehnung an den des § 24 Abs. 2 GWB, der als Ausnahmerecheinung anzusehen ist.¹¹⁶⁾ Der Kartellsenat wies in der Entscheidung Probeabonnement darauf hin, dass Wettbewerbsregeln i. S. d. §§ 24 ff. GWB trotz Anerkennung durch das BKartA keine Rechtsnormqualität erlangen. Sie führen nur zu einer Selbstbindung der Behörde (§ 26 Abs. 1 S. 2 GWB), nehmen dem Gericht aber nicht die Entschei-

dung über die Lauterkeit eines Verhaltens ab.¹¹⁷⁾ Heute gilt ein offener Leistungsbegriff, der keine marktkonservierende Funktion hat, sondern umgekehrt die Öffnung der Märkte für Newcomer und neue Werbemethoden voraussetzt.¹¹⁸⁾ Statt einer positiven Vorabdefinition des Leistungsbegriffs auf dem Boden der Verkehrsüblichkeit,¹¹⁹⁾ ist er offen gegenüber zukünftigen Leistungen gleich welcher Art, ohne Voreingenommenheit gegenüber dem Unüblichen.¹²⁰⁾ Geschützt wird nicht die bisherige Leistung, sondern die Möglichkeit des künftigen Leistungsvorstoßes. Mit den Worten des BGH: „*Es ist nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts, den Bestand bestehender wettbewerblischer Strukturen zu bewahren und wirtschaftlichen Entwicklungen entgegenzusteuern, in denen die bisherigen Marktteilnehmer mit Recht eine Bedrohung ihres Kundenstammes erblicken. Denn es ist gerade Sinn der Wettbewerbsrechtsordnung, dem freien Spiel der Kräfte des Marktes im Rahmen der gesetzten Rechtsordnung Raum zu gewähren. (...) [A]ufkeimenden Wettbewerb mit Hilfe des Lauterkeitsrechts zu verbieten und sich zur Rechtfertigung auf den Schutz des Wettbewerbs zu berufen, hieße, die Dinge auf den Kopf zu stellen.*“¹²¹⁾

Dieses dynamische Wettbewerbsverständnis legt auch der EuGH bei der Anwendung von Art. 101, 102 AEUV an.¹²²⁾ Es setzt einen durch Vorstoß und Verfolgung geprägten Wettbewerbsprozess voraus, ausgerichtet an der sich ständig verändernden Sicht der Marktgegenseite und mit der realen Gefahr des Marktaustritts.¹²³⁾ Das ist das genaue Gegenteil eines formalen Wettbewerbsbegriffs, der den Erhalt möglichst vieler Wettbewerber voraussetzt und z. B. die kostenlose Abgabe von Produkten bereits unlauter erscheinen lässt, wenn sie die Existenz einzelner Wettbewerber gefährdet.¹²⁴⁾ Wie es der BGH frühzeitig vorgezeichnet hatte, läuft das moderne Verständnis auf eine ökonomische Analyse der langfristigen Auswirkungen auf den Wettbewerb hinaus.¹²⁵⁾ Wie von *Eugen Ulmer* frühzeitig wegen der Lücken der KartVO von 1923 gefordert, beteiligt sich das UWG damit an der Aufgabe, eine wettbewerbsrechtliche Ordnung zu errichten, um strukturelle Gefährdungen des Wettbewerbs zu vermeiden.¹²⁶⁾

Hierin mag man der Sache nach eine Verabschiedung vom früheren Begriff des Leistungswettbewerbs sehen¹²⁷⁾ oder eine Ersetzung durch das allgemeinere Konzept der Wettbewerbsfreiheit¹²⁸⁾ oder einen wettbewerbsfunktionalen Beurteilungsrahmen.¹²⁹⁾ Die damalige Kritik an der marktbezogenen Unlauterkeit war jedenfalls gegen ein Lauterkeitsverständnis gerichtet, das moderne Werbe- und Absatzmethoden unterdrückte.¹³⁰⁾ Sie

107) Kritisch dazu *Ullmann*, GRUR 2013, 817, 821 Rn. 38; *Podszun*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* (Fn. 5), § 3 Rn. 141.

108) Vgl. die Beispiele bei *Ulmer*, GRUR 1977, 565, 568 ff.

109) Siehe etwa *Sosnitsa*, in: *MünchKommUWG*, 2. Aufl. 2014, Grundl. Rn. 20.

110) Dazu *Tilmann*, GRUR 1979, 825, 829. Vgl. bereits Art. V 9 c 4 des Gesetzes Nr. 56 der amerikanischen Militärregierung bzw. der Verordnung Nr. 78 der britischen Militärregierung. Zu deren Anwendung BGH, 18.11.1955 – I ZR 176/53, GRUR 1956, 118, 121 ff. – *Gesangbuch*; BGH, 18.04.1958 – I ZR 158/56, GRUR 1958, 487, 489 – *Antibiotica*.

111) Siehe *Mestmäcker* (Fn. 93), S. 49 f.

112) Überblicksweise *Merz* (Fn. 73), S. 31 ff.

113) So etwa *Mestmäcker* (Fn. 93), S. 145 f.; siehe heute auch *Osterrieth/Schönig*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell* (Fn. 46), *Allgemeine Marktbehinderung* (S1) Rn. 102p f.

114) *Koenigs*, GRUR 1958, 589, 590.

115) Siehe etwa BGH, 23.06.2016 – I ZR 137/15, WRP 2017, 46, 48 Rn. 23 – *Fremdcoupon-Einlösung*; BGH, 02.12.2015 – I ZR 176/14, WRP 2016, 966, 973 Rn. 68 – *Herrnhuter Stern*; BGH, 24.01.2013 – I ZR 136/11, WRP 2013, 1188, 1192 Rn. 36 – *Regalsystem*.

116) Anders noch *Fezer*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell* (Fn. 46), § 3 Rn. 387 f.

117) BGH, 07.02.2006 – KZR 33/04, WRP 2006, 1113 Rn. 19–21 – *Probeabonnement*.

118) Siehe insbesondere BGH, 24.01.2013 – I ZR 136/11, WRP 2013, 1188, 1192 Rn. 36 – *Regalsystem*; BGH, 29.10.2009 – I ZR 180/07, WRP 2010, 746 Rn. 21 – *Stumme Verkäufer II*; BGH, 20.11.2003 – I ZR 151/01, WRP 2004, 896, 897 – 20 Minuten Köln.

119) Dagegen *Osterrieth/Schönig*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell* (Fn. 46), *Allgemeine Marktbehinderung* (S1) Rn. 112.

120) BGH, 07.02.2006 – KZR 33/04, WRP 2006, 1113 Rn. 19 – *Probeabonnement*; *Köhler*, WRP 2005, 645, 652.

121) BGH, 20.11.2003 – I ZR 151/01, WRP 2004, 896, 899 – 20 Minuten Köln.

122) EuGH, 13.02.1979 – 85/76, EU:C:1979:36 Rn. 90 f. – *Hoffmann-La Roche*; EuGH, 03.07.1991 – C-62/86, EU:C:1991:286 Rn. 69 f. – *AKZO/Kommission*; EuGH, 15.03.2007 – C-95/04 P, EU:C:2007:166 Rn. 66 – *British Airways*; EuGH, 27.03.2012 – C-209/10, EU:C:2012:172 Rn. 22 – *Post Danmark I*.

123) Vgl. EuGH, 06.09.2017 – C-413/14 P, EU:C:2017:632, Rn. 133 f. – *Intel/Kommission*.

124) Zum ähnlichen Verständnis in der früheren US-Antitrust-Rechtsprechung *Hovenkamp*, *The Antitrust Enterprise*, 2008, S. 1 ff.

125) Mit zahlreichen Beispielen dazu *Lehmann*, GRUR 1979, 368, 377.

126) *E. Ulmer* (Fn. 14), S. 15; s. BGH, 20.11.2003 – I ZR 151/01, WRP 2004, 896, 897 – 20 Minuten Köln.

127) So *Sosnitsa*, in: *MüKo UWG*, 2. Aufl. 2014, UWG Grundl. Rn. 21.

128) So *Osterrieth/Schönig*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell* (Fn. 46), *Allgemeine Marktbehinderung* (S1) Rn. 114 f.

129) *Hetmank*, GRUR 2014, 437 ff.

130) So etwa *Kraft*, GRUR 1980, 966 ff.

Wolf, Behördl. Durchsetzung des Lauterkeitsrechts zur Optimierung des Wettbewerbsschutzes

ist deshalb heute eher als Mahnung gegen ein statisches Lauterkeitsrecht zu verstehen. Auch ist daran zu erinnern, wie zunächst der Einzug des heute anerkannten Verbraucherschutzgedankens in das UWG mit den gleichen Argumenten wie eine wettbewerbsorientierte Anwendung bekämpft wurde.¹³¹⁾

- 24 Vor diesem Hintergrund ist auch keine übermäßige industriepolitische Prägung des Lauterkeitsrechts zu befürchten. Dieser Gesichtspunkt wurde gegen einen institutionellen Wettbewerbschutz vorgebracht, der kleinere und mittlere Unternehmen unter besondere Obhut stellt.¹³²⁾ Nun wurde zu Recht darauf hingewiesen, dass Wettbewerbschutz ohne eine wirtschaftspolitisch relevante Vorstellung von „Wettbewerb“ nicht umsetzbar ist.¹³³⁾ Bereits der Verbraucherschutz prägt das lauterkeitsrechtliche Wettbewerbsdenken gesellschaftspolitisch vor.¹³⁴⁾ Explizit mittelstandsschützende Tendenzen im Gesetzestext des UWG wurden aber inzwischen beseitigt.¹³⁵⁾ Unter dem heute genutzten Konzept des offenen Wettbewerbsprozesses gibt es zudem kaum industriepolitische, d.h. unternehmensselektive Anknüpfungspunkte, wenn man – wie der BGH in der Entscheidung Hitlisten-Platten – danach fragt, ob aus einem Verhalten „die Gefahr einer nachhaltigen Beeinträchtigung der strukturellen Voraussetzungen für einen wirksamen Wettbewerb – einschließlich des Wettbewerbs durch kleine oder mittlere Unternehmen – erwächst.“¹³⁶⁾ Das frühere Postulat der für alle gleichlautenden Spielregeln wird zwar im Lichte der ökonomischen Funktionsbedingungen des Marktes kontextualisiert und dadurch entformalisiert.¹³⁷⁾ Der allein auf moralischer Vorwerfbarkeit beruhende Unlauterkeitsbegriff hat sich nicht durchgesetzt und stünde mit dem heutigen UWG und dessen unionsrechtlichen Grundlagen auch nicht in Einklang.¹³⁸⁾ Dadurch kann unternehmensspezifische Marktmacht zu einer lauterkeitsrechtlichen Beschränkung der Handlungsfreiheit führen. Allerdings wird umgekehrt z. B. durch die prognostische Einbeziehung der Nachahmungsgefahr verhindert, dass kleinere Unternehmen einen Freibrief zur langfristigen Schädigung der Wettbewerbsprozesse erhalten.¹³⁹⁾

c) Inhaltliche Überschneidungen in der Anwendungspraxis

- 25 Das Wettbewerbsrecht knüpft Verhaltensverbote an zwei Tatbestände: Marktmacht oder Kooperation.¹⁴⁰⁾ Die mit Marktmacht verbundenen abstrakten Gefahren für den Wettbewerb können also wettbewerbsichernde Maßnahmen begründen. Marktmächtige Unternehmen unterliegen damit Beschränkungen, die für andere Unternehmen nicht gelten.¹⁴¹⁾ Das UWG dagegen kann unilaterale Verhaltensweisen von Unternehmen erfassen, die nicht marktbeherrschend (§ 18 GWB) oder relativ marktstark (§ 20 Abs. 1 GWB) sind. Eine generelle Sperrwirkung des GWB, wie sie deswegen teilweise gefordert wurde,¹⁴²⁾ hat sich nicht durchgesetzt. Die Anwendung des UWG darf sich zwar nicht in einem Verweis auf das GWB beschränken (§ 3a UWG).¹⁴³⁾ Beide

Gesetze stellen aber eigenständige Prüfungsrahmen bereit, die – auch wenn sie im Einzelfall vergleichbare Beurteilungskriterien vorgeben können – jeweils einer gesonderten und damit auch parallelen Anwendung zugänglich sind.¹⁴⁴⁾ Die lauterkeitsrechtliche Würdigung beschränkt sich dementsprechend – entgegen den gegenüber einer so interpretierten Vorfeldthese erhobenen Bedenken¹⁴⁵⁾ – nicht auf eine um den Marktmachtaspekt beschnittene Missbrauchsprüfung. Der abstrakte Gefahrentatbestand „Marktmacht“ wird durch eine konkrete Analyse der Auswirkungen auf Wettbewerber und Verbraucher substituiert.¹⁴⁶⁾ Während es für § 19 GWB, Art. 102 AEUV ausreicht, dass das Verhalten des beherrschenden Unternehmens den Wettbewerb verzerren kann und der zusätzliche Beweis einer tatsächlichen und quantifizierbaren Verschlechterung der Wettbewerbsstellung einzelner Handelspartner nicht verlangt wird,¹⁴⁷⁾ müsste dieser für die Anwendung des UWG unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle im Einzelfall erbracht werden.

Dementsprechend bedarf es für die Annahme einer gezielten Behinderung gem. § 4 Nr. 4 UWG einer Würdigung der Gesamtumstände, einschließlich des Marktanteils und der Finanzkraft des Preisunterbieters, der Eigenart, Dauer, Häufigkeit und Intensität der Maßnahme sowie der Zahl, Größe und Finanzkraft der Mitbewerber.¹⁴⁸⁾ Neben einem Verdrängungseffekt müssen Plusfaktoren hinzukommen, um die Unlauterkeit eines Verhaltens zu begründen, die aber – und das macht die Flexibilität einer lauterkeitsrechtlichen Aufsicht aus – nicht ausschließlich über den Begriff der (relativen) Marktmacht i. S. d. §§ 18, 20 Abs. 1 GWB vermittelt werden müssen.¹⁴⁹⁾ Sie können sich auch – so wie von *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* gefordert¹⁵⁰⁾ – aus sonstigen wettbewerbsrelevanten Umständen ergeben.

Der Übergang von der individuellen Behinderung zum Tatbestand der allgemeinen Marktstörung ist fließend.¹⁵¹⁾ Letztere kann gegeben sein, wenn ein unternehmerisches Verhalten die ernstliche Gefahr einer nicht unerheblichen Einschränkung des Leistungswettbewerbs auf einem Markt begründet.¹⁵²⁾ Es erfolgt letztlich eine Aufsummierung der wettbewerbslichen Effekte über den Anspruchsteller hinaus in Form einer prognostischen Beurteilung der Marktentwicklung einschließlich etwaiger Nachahmungseffekte,¹⁵³⁾ wobei die Offenheit und Dynamik des Wettbewerbsgeschehens zu beachten sind.¹⁵⁴⁾ Hierbei ist nach der Rechtsprechung des BGH auch die Gefahr einer dauerhaften Monopolisierung des Marktes einzubeziehen.¹⁵⁵⁾

Das UWG ermöglicht somit losgelöst von den Abstraktionen des GWB eine Einzelfallbetrachtung, die neuartige oder nur situative Gefahrenpotentiale fassbar macht. Dafür ist stückweise aus den einzelnen Wettbewerbsverhältnissen heraus die konkrete Wett-

131) So insbesondere *Samwer*, GRUR 1969, 326 ff.

132) Dazu *Sosnitzka*, in: MüKo UWG, 2. Aufl. 2014, UWG § 3 Rn. 65; *Mestmäcker* (Fn. 93), S. 145.

133) *Koenigs*, GRUR 1958, 589 f.; *Sack*, GRUR 1970, 493, 499 f.; *Schluep*, GRUR Int. 1973, 446, 452.

134) Deswegen Verbraucherschutz ablehnend *Samwer*, GRUR 1969, 326, 328 ff.

135) Dazu *Sambuc*, GRUR 1981, 796, 797; *Ulmer*, GRUR 1977, 565, 579.

136) BGH, 04.04.1995 – KZR 34/93, WRP 1995, 624.

137) Vgl. BGH, 26.02.1965 – Ib ZR 51/63, GRUR 1965, 489, 491 – Kleenex; *Ulmer*, GRUR 1977, 565, 579 f.

138) So etwa noch *Fikentscher*, GRUR Ausl 1966, 181, 183.

139) Vgl. BGH, 14.06.1974 – I ZR 104/73, GRUR 1975, 26, 29 – Colgate.

140) Vgl. EuGH, 14.03.2013 – C-32/11, EU:C:2013:160 = WRP 2013, 610 Rn. 48 – Allianz Hungária Biztosító u. a.

141) Dies ist Folge des eingeschränkten Kausalitätsverständnisses, *Wolf*, in: Münch-KommGWB (Fn. 42), § 19 Rn. 35.

142) So etwa *Mestmäcker* (Fn. 93), S. 144; *Lux* (Fn. 62) S. 415 ff.

143) BGH, 07.02.2006 – KZR 33/04, WRP 2006, 1113 – Probeabonnement.

144) BGH, 20.11.2003 – I ZR 151/01, WRP 2004, 896, 897 – 20 Minuten Köln; i. E. auch *Podszun*, in: Hilty/Henning-Bodewig (Hrsg.) (Fn. 20), S. 151, 160.

145) Siehe *Osterrieth/Schönig*, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 46), Allgemeine Marktbehinderung (S1) Rn. 133 f.

146) Dazu *Schünemann*, in: Hilty/Henning-Bodewig (Hrsg.) (Fn. 20), S. 97 ff.

147) EuGH, 19.04.2018 – C-525/16, EU:C:2018:270, Rn. 27 – MEO; EuGH, 15.03.2007 – C-95/04 P, EU:C:2007:166, Rn. 145 – British Airways/Kommission.

148) BGH, 02.10.2008 – I ZR 48/06, WRP 2009, 432 Rn. 25 – Küchentiefstpreis-Garantie.

149) BGH, 29.03.2018 – I ZR 34/17, WRP 2018, 932 Rn. 47 – Bonusaktion für Taxi App.

150) *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (Fn. 12), S. 59 ff.

151) Vgl. BGH, 02.10.2008 – I ZR 48/06, WRP 2009, 432 Rn. 13 u. 25 – Küchentiefstpreis-Garantie, zum Verkauf unter Einstandspreis nach beiden Fallgruppen.

152) BGH, 29.06.2000 – I ZR 128/98, WRP 2000, 1394 – ad-hoc-Meldungen.

153) Vgl. BGH, 26.02.1965 – Ib ZR 51/63, GRUR 1965, 489, 491 – Kleenex; BGH, 14.05.1992 – I ZR 204/90, WRP 1992, 646, 649 – Verdeckte Laienwerbung. Kritisch zur Nachahmungsgefahr *Osterrieth/Schönig*, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 46), Allgemeine Marktbehinderung (S1) Rn. 138 ff.

154) *Osterrieth/Schönig*, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 46), Allgemeine Marktbehinderung (S1) Rn. 144.

155) BGH, 29.06.2000 – I ZR 128/98, WRP 2000, 1394 – ad-hoc-Meldungen; zustimmend *Osterrieth/Schönig*, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 46), Allgemeine Marktbehinderung (S1) Rn. 146.

Wolf, Behördl. Durchsetzung des Lauterkeitsrechts zur Optimierung des Wettbewerbsschutzes

bewerbungsgefahr nachzuweisen; eine nur abstrakte Gefahr reicht nicht.¹⁵⁶⁾ Das verlangt eine ökonomische Beurteilung der konkreten Wettbewerbsverhältnisse.¹⁵⁷⁾ Dementsprechend ist es auch nicht überzeugend, einem lauterkeitsrechtlichen Wettbewerbsschutz pauschal gegenläufige Wertungen des GWB vorzuhalten. Dass dort Marktmacht ein Aufgreifbarbestand ist, heißt nicht, dass in allen anderen Fällen keine ernststen Wettbewerbsgefahren bestehen können.¹⁵⁸⁾ Dies würde dem historischen Gesetzgeber einen wettbewerbstheoretischen Weitblick unterstellen, der mit der Vorstellung von der Offenheit und Dynamik des Wettbewerbsprozesses kollidiert.

- 29) Das moderne Lauterkeitsrecht schränkt dementsprechend nicht einen vom GWB geschützten Wettbewerb ein. Ein solches Argument mag im Lichte der historischen Entwicklung zwar nachvollziehbar sein. Nichtsdestotrotz markiert das GWB lediglich bestimmte Maßnahmen als nicht wettbewerblich. Eine Annahme, alles was übrig bleibt, würde positiv den Begriff des Wettbewerbs ausmachen, so dass jede weitergehende gesetzliche Beschränkung der Handlungsfreiheit von Unternehmen eine Einschränkung „des Wettbewerbs“ sei, setzt ein außergesetzliches Wettbewerbsverständnis voraus und konfliktiert schon mit der Intention zahlreicher weiterer Regeln des Regulierungs-, Vergabe- und Beihilfenrechts und heute auch mit der des – vom moralisierten Ballast befreiten – Lauterkeitsrechts.¹⁵⁹⁾ Das allgemeine Wettbewerbsrecht verbietet Verhaltensweisen ebenso wie das Lauterkeitsrecht und engt damit den Bereich wirtschaftlicher Freiheit ein, in der Hoffnung, die Selbststeuerungskräfte des Wettbewerbs zu sichern. Aufgabe ist es deshalb, UWG und GWB auf das gleiche Ordnungssubstrat Wettbewerb zu kalibrieren.¹⁶⁰⁾ Dass diese für den Zivilrichter aufgrund der begrenzten Erkenntnismöglichkeiten des Zivilprozesses häufig anspruchsvoll sein mag,¹⁶¹⁾ ist ein Grund mehr für die Einrichtung eines ergänzenden Public Enforcement.¹⁶²⁾

IV. Materielle Auffangwirkung des Lauterkeitsrechts

- 30) Schon an dieser Stelle lässt sich ermesen, welche Bedeutung das Instrument des modernen Lauterkeitsrechts für den Wettbewerbsschutz in einer digitalen Ökonomie haben kann, in der es – wie das Gutachten von *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* hervorhebt¹⁶³⁾ – unter bestimmten Voraussetzungen zu spät wäre, das Entstehen von Marktmacht abzuwarten. Vor der Einführung eines neuen Tatbestands für Tipping-geneigte Märkte¹⁶⁴⁾ ist daher die Frage berechtigt, inwieweit stattdessen die Effektivität des Wettbewerbsschutzes über das UWG durch die Einführung eines Public Enforcement gestärkt werden kann. Im Folgenden werden exemplarisch einige Problemfelder skizziert, die über das UWG angegangen werden könnten. Dass dazu auch neuartige Fallgruppen unter die Regelungen des UWG subsumiert werden müssen, ist – mit den Worten des BVerfG – „in ihrer Funktion und

ihrem Wesen begründet. Wäre dies ausgeschlossen, könnten sie der Vielgestaltigkeit der Lebenssachverhalte, die der Normzweck erfassen will, nicht gerecht werden.“¹⁶⁵⁾

1. Beispiel: Induziertes Tipping von Netzwerkmärkten

a) Problemstellung

Eine Enforcementlücke im allgemeinen Wettbewerbsrecht haben *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* auf Märkten mit Netzwerkeffekten identifiziert. Solche Effekte können zwischen verschiedenen Nutzergruppen einer Leistung auftreten.¹⁶⁶⁾ Direkte Netzwerkeffekte bezeichnen die Relation zwischen dem Nutzen und der Anzahl der Nutzer innerhalb einer Nutzergruppe. Sie treten z. B. bei Kommunikationsdiensten wie Telefonnetzen auf¹⁶⁷⁾ und können exponentielle Wachstumsraten nach sich ziehen. Sie haben konzentrationsfördernde Wirkung,¹⁶⁸⁾ da die Attraktivität des Dienstes steigt, je mehr (potentielle) Kommunikationspartner ihn nutzen.¹⁶⁹⁾ Bei indirekten Netzwerkeffekten profitieren verschiedene Nutzergruppen voneinander. Diese treten z. B. bei Plattformen (mehreseitige Märkte i. S. d. § 18 Abs. 3a GWB) auf, die zwischen Nutzergruppen unterschiedlicher Marktebenen eine Intermediärsfunktion einnehmen. Sie können einseitig sein, d. h. nur eine Nutzergruppe profitiert (oder verliert) von dem Zuwachs der anderen Gruppe, oder auch wechselseitig. Indirekte wechselseitige Netzwerkeffekte treten z. B. bei Computerbetriebssystemen auf. Für den Endnutzer steigt die Attraktivität eines Systems, je mehr Applikationen ihm zur Verfügung stehen, für Programmentwickler, je mehr Endnutzer es gibt.¹⁷⁰⁾ Mit zunehmender Größe eines Netzwerks oder eines mehrseitigen Dienstes kann ein Sogeffekt auftreten, der eine Konzentration auf wenige Anbieter oder – ähnlich wie bei natürlichen Monopolen – einen einzigen begünstigt.¹⁷¹⁾

Auf solchen Märkten können auch nicht marktstarke Unternehmen in der Lage sein, ein Tipping des Marktes zu begünstigen und damit eine Monopolisierung herbeizuführen. Einige Praktiken, wie Exklusivitätsvereinbarungen oder Meistbegünstigungsklauseln, lassen sich über das Wettbewerbsrecht erfassen.¹⁷²⁾ Doch wenn unilaterale Maßnahmen unterhalb der Marktmachtsschwellen der §§ 18, 20 Abs. 1 GWB einen Sogeffekt induzieren, der sich mit zunehmender Marktmacht potenziert, kann mit Erreichen dieser Schwellen der Wettbewerb bereits strukturell geschädigt sein. Wettbewerbsgefährdend ist z. B. die Erschwerung des sog. Multi-Homing, d. h. einer parallelen Nutzung mehrerer Dienste, was im digitalen Umfeld häufig mit wenig Aufwand und Kosten für den Verbraucher verbunden ist und Netzwerkeffekte abmildert, indem ein einseitiges Kippen des Marktes verhindert wird.

b) Wettbewerberbehinderung und Marktstörung

Mit den Fallgruppen der gezielten Behinderung (§ 4 Nr. 4 UWG) und der allgemeinen Marktstörung (§ 3 Abs. 1 UWG) stehen zwei Instrumente zur Schließung solcher Lücken des GWB bereit. Voraussetzung der „gezielten“ Behinderung ist nach dem Zweistufen-Test des BGH¹⁷³⁾ neben einer Beeinträchtigung der wett-

156) Vgl. BGH, 02.10.2008 – I ZR 48/06, WRP 2009, 432 Rn. 14 – Küchentiefpreis-Garantie.

157) *Lehmann*, GRUR 1979, 368, 377.

158) So aber *Hirtz*, GRUR 1980, 93, 95 f.; *Lux* (Fn. 62), S. 415 ff., m. w. N.; *Merz* (Fn. 73), S. 234 ff.; *Mestmäcker* (Fn. 93), S. 144 ff.

159) So etwa *Lux* (Fn. 62), S. 415.

160) *Schluep*, GRUR Int. 1973, 446, 447.

161) Vgl. *Baudenbacher*, GRUR 1981, 19, 27 ff.; von einer generellen Überforderung ist entgegen *Lux* (Fn. 62), S. 376 ff., nicht auszugehen; *Kraft*, GRUR 1980, 966, 967. Die Feststellung der maßgeblichen Verbrauchersicht ist mit ähnlichen Problemen behaftet. Vgl. *Schricker*, GRUR Int. 1970, 32, 37 ff.

162) Zur Beteiligung der Kartellbehörden im Zivilverfahren, Reg.-Entwurf einer UWG-Novelle, BT-Drs. 9/1707, S. 32 f.

163) *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (Fn. 12), S. 40 ff.

164) *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (Fn. 12), S. 92.

165) BVerfG, 12.12.2000 – 1 BvR 1762/95, WRP 2001, 129, 134 – Benetton I.

166) Vgl. dazu *Pohlmeier*, Netzwerkeffekte und Kartellrecht, 2004, S. 29 ff.

167) BKartA, B6-113/15, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, S. 100.

168) *Evans/Schmalensee*, Competition Policy International 2007, Vol. 3, 151, 164, 173.

169) Siehe Kommission, 03.10.2014 – COMP/M.7217, Rn. 127 ff. – Facebook/Whatsapp.

170) RegBegr. zur 9. GWB-Novelle, BT-Drs. 18/10207, 50; Kommission, 24.03.2004 – COMP/C-3/37.792, Rn. 533, 1062 – Microsoft.

171) *Evans/Schmalensee* (Fn. 168), 151, 164; *Peitz*, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2006, 7(3), 317, 322; *Grave*, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, S. 17, 28.

172) *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (Fn. 12), S. 40.

173) BGH, 30.04.2014 – I ZR 224/12, WRP 2014, 839 Rn. 23 – Flugvermittlung im Internet; BGH, 29.03.2018 – I ZR 34/17, WRP 2018, 932 Rn. 46 – Bonusaktion für Taxi App; BGH, 17.05.2001 – I ZR 216/99, WRP 2001, 1283, 1288 – Mitwohnzentrale.de.

Wolf, Behörl. Durchsetzung des Lauterkeitsrechts zur Optimierung des Wettbewerbsschutzes

bewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten das Hinzutreten besonderer Unlauterkeitsmerkmale. Unlauter ist eine Beeinträchtigung, mit der gezielt der Zweck verfolgt wird, Mitbewerber an ihrer Entfaltung zu hindern und sie dadurch zu verdrängen, oder wenn diese dazu führt, dass die beeinträchtigten Mitbewerber ihre Leistung am Markt durch eigene Anstrengung nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen können. Erforderlich ist eine Gesamtwürdigung der Einzelfallumstände einschließlich der Interessen der Mitbewerber, Verbraucher und sonstiger Marktteilnehmer sowie der Allgemeinheit.

- 34** Auf einem bereits gekippten Markt bestehen erhebliche Markteintrittsbarrieren. Der typischerweise sowieso schon wechselträge Verbraucher müsste von Wettbewerbern dazu animiert werden, einen Dienst in Anspruch zu nehmen, der zwar technisch gesehen besser sein mag, jedoch mangels ausreichender Nutzerzahlen den eigentlichen Nutzen *noch* nicht erfüllen kann. Dies kann eine Abwartehaltung („Pinguin Effekt“) auslösen, die – bis zu einer disruptiven Innovation – die Etablierung selbst höherwertiger Produkte verhindert.¹⁷⁴⁾ Diese Zusammenhänge können nicht auf eine vom UWG grundsätzlich hinzunehmende Verbraucherentscheidung zurückgeführt werden, anders als etwa in den Werblocker-Fällen.¹⁷⁵⁾ Denn der einzelne Verbraucher kann sich Netzwerkeffekten gerade nicht zur Optimierung seiner individuellen Präferenzen entziehen.
- 35** Auf ein Tipping gerichtete Maßnahmen verstärken solche Netzwerkeffekte und können folglich im Erfolgsfalle verhindern, dass Mitbewerber ihre eigene Leistung angemessen zur Geltung bringen können, unabhängig von ihrer Qualität und des potentiellen Verbrauchernutzens. Wird also die Nutzung bestimmter anderer Dienste mittelbar technisch erschwert, indem Multi-Homing durch künstlich geschaffene Inkompatibilitäten verhindert wird, bezweckt dieses Verhalten eine Situation, die individuelle Leistungsvorstöße anderer Unternehmen nicht mehr zulässt. Die Interessen der Verbraucher sind dabei nicht nur anhand kurzfristiger Vorteile zu bemessen. Ebenso wie *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* es für das Wettbewerbsrecht vorschlagen, ist zu fragen, inwieweit eine Strategie wirtschaftlich nur aufgrund der Erwartung einer längerfristigen Monopolisierung des Marktes sinnvoll erscheint.¹⁷⁶⁾ Der kurzfristige Nutzen des Verbrauchers ist im Rahmen der Interessenabwägung mit den langfristigen Nachteilen nicht nur für ihn, sondern auch die Wettbewerber und damit das Wettbewerbsgeschehen insgesamt zu berücksichtigen. Bei der Gewichtung ist zu beachten, dass – wie der BGH mehrfach klargestellt hat – das UWG die Offenhaltung der Märkte bezweckt und die Verfestigung von Monopolen vermeiden möchte.¹⁷⁷⁾
- 36** Der Tatbestand der Marktstörung kann weitergehend auch Maßnahmen erfassen, die nicht gegen spezifische Mitbewerber gerichtet sind, sondern z. B. durch allgemeine Isolierung des eigenen Angebots ein Tipping begünstigen. Dazu ist regelmäßig eine gewisse Marktpräsenz erforderlich, während ein Unternehmen kurz nach Markteintritt eher ein Interesse an einer Standardisierung hat. So hatte nach den Feststellungen der Europäischen Kommission Microsoft zur Marktetablierung zunächst Schnittstelleninformationen zu seinen Betriebssystemen geteilt und die anderer Unternehmen genutzt. Als es eine gewisse Marktdeckung erreicht hatte, wechselte es zu einer Geheimhaltungspolitik und musste schließlich durch die Kommission zur Bekannt-

gabe verpflichtet werden.¹⁷⁸⁾ Lauterkeitsrechtlich geht es darum, eine Situation, in der solche gezielten Auflagen zur Öffnung des Wettbewerbs erforderlich wären, zu verhindern.

Dazu sind einzelne Verhaltensweisen im Lichte der tatsächlichen Marktbedingungen auf ihre wettbewerbliche Bedeutung zu untersuchen, einschließlich der zu erwartenden Auswirkung auf das künftige Verhalten der Mitbewerber.¹⁷⁹⁾ Eine Marktstörung liegt vor, wenn sich dabei die ernsthafte Gefahr einer nicht unerheblichen Einschränkung des Wettbewerbs zeigt.¹⁸⁰⁾ Auf einem gekippten Markt mit Netzwerkeffekten hat sich diese Gefahr realisiert, wenn die Unternehmen neue Leistungen nicht mehr zur Geltung bringen und die Verbraucher aus ihrer jeweils isolierten Schiedsrichterposition heraus auch keine Angebotsalternative wählen können. Zurückhaltung ist auf Märkten im Entstehungsprozess geboten, wo noch nicht klar ist, ob eine Produktstrategie unter Ausnutzung von Netzwerkeffekten dauerhaft marktprägend sein kann. Ein zu strenges Recht könnte Innovationspotentiale zum Schaden der Verbraucher unterdrücken. Dieses Problem wird aber rechtspraktisch aufgelöst, da in einem so frühen Stadium kaum hinreichend robuste ökonomische Aussagen gemacht werden können, um eine unlautere allgemeine Wettbewerbsschädigung nachzuweisen. Auch für die allgemeine Marktbehinderung ist nach der Wettbewerbsplausibilität einer Maßnahme zu fragen.¹⁸¹⁾

2. Beispiel: Produktmanipulationen

Ein lauterkeitsrechtliches Public Enforcement kann insbesondere über den Irreführungstatbestand (§§ 5, 5a UWG) auch das Problem der Produktmanipulationen effektiver bekämpfen und damit die Marktteilnehmer sowie das Interesse an funktionierenden Wettbewerbsprozessen schützen.¹⁸²⁾ Die Manipulation der Suchergebnisse durch Google, welche die Kommission wegen ihrer Verdrängungswirkung als Missbrauch einer beherrschenden Stellung erfasste,¹⁸³⁾ wäre auch als Irreführung thematisierbar gewesen, soweit unrichtig der Schein einer neutralen Ergebnisfindung beim Verbraucher erweckt wurde. In diesem Sinne hat der BGH einen Verstoß gegen das Irreführungsverbot i. S. d. §§ 5, 5a UWG bejaht, weil auf einem Preisvergleichsportal der Hinweis fehlte, dass nur Angebote von Unternehmen angezeigt werden, die sich zur Zahlung einer Provision verpflichtet haben.¹⁸⁴⁾

Ein weiteres Anwendungsbeispiel ist die sogenannte geplante Obsoleszenz. Insoweit sind insbesondere die qualitative Variante, bei der Produkte offensichtlich minderwertig („Sollbruchstelle“, schnell verschleißender, aber fest eingebauter Akku) hergestellt werden, sowie die funktionell-technische Variante, bei der Produkte durch neue Produkte bzw. Einstellen der Produktpflege (z. B. Softwareupdates) im Wert gemindert werden, zu berücksichtigen.¹⁸⁵⁾ Sie kann unter den Voraussetzungen einer markt-

174) Mit Bsp. *Hovenkamp* (Fn. 124), S. 277 ff.

175) Vgl. BGH, 24.06.2004 – I ZR 26/02, WRP 2004, 1272 – Werblocker; BGH, 19.04.2018 – I ZR 154/16, WRP 2018, 1322 Rn. 38 – Werblocker II.

176) *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (Fn. 12), S. 63.

177) BGH, 20.11.2003 – I ZR 151/01, WRP 2004, 896, 899 – 20 Minuten Köln; vgl. auch BGH, 12.05.2010 – I ZR 214/07, WRP 2011, 59 Rn. 27 – Rote Briefkästen; vgl. auch zum MarkenG BGH, 05.06.2008 – I ZR 169/05, WRP 2008, 1202 Rn. 23 – POST.

178) Kommission, Entsch. v. 24.05.2004 – COMP/C-3/37.792, Rn. 560 ff. – Microsoft.

179) BGH, 26.02.1965 – Ib ZR 51/63, GRUR 1965, 489, 491 – Kleenex.

180) BGH, 29.06.2000 – I ZR 128/98, WRP 2000, 1394 – ad-hoc-Meldungen.

181) Vgl. BGH, 14.06.1974 – I ZR 104/73, GRUR 1975, 26, 29 – Colgate.

182) §§ 5, 5a UWG sind nicht nur auf die UGP-RL, sondern auch auf die Irreführungs-RL zurückzuführen, welche insoweit einen eigenständigen Schutzauftrag vermittelt, EuGH, 13.03.2014 – C-52/13, EU:C:2014:150 = WRP 2014, 933 Rn. 20 ff. – Posteshop.

183) Kommission, Entsch. v. 27.06.2017 – AT.39740 – Google Shopping.

184) Vgl. dazu BGH, 27.04.2017 – I ZR 55/16, WRP 2017, 1468 – Preisportal.

185) Zu dieser Einteilung *Packard*, Die große Verschwendung, 1962; *Gregory*, Southern Economic Journal, Vol. 14(1) 1947, 24 ff.; dem folgend *I. Schmidt*, WuW 1971, 868 ff. Praxisbeispiele bei *Schridde/Kreiß/Winzer*, Geplante Obsoleszenz, Gutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, 2013, S. 26 ff.; zur gesellschafts- und wirtschaftspolitischen Kontextualisierung *Hoffmann*, Verschwendung, 2009.

Wolf, Behörl. Durchsetzung des Lauterkeitsrechts zur Optimierung des Wettbewerbsschutzes

beherrschenden Stellung als eine Form des Ausbeutungsmissbrauchs i. S. d. § 19 GWB beurteilt werden,¹⁸⁶⁾ ist lauterkeitsrechtlich aber eine Irreführung i. S. d. §§ 5, 5a UWG, wenn dem Verbraucher ein qualitätsrelevanter Abnutzungsmechanismus (§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG) verschwiegen wird. Neben der Enttäuschung einer Verkehrsvorstellung kann auch das Informationsgebot des § 5a Abs. 2 UWG verletzt sein.¹⁸⁷⁾ In diesem Sinne hat jüngst die italienische Kartellbehörde Apple und Samsung eine Irreführung vorgeworfen, weil durch Softwareupdates die Leistungsfähigkeit älterer Geräte gesenkt wurde und die Verbraucher nicht auf die besonders kurze Laufzeit der Akkus hingewiesen wurden.¹⁸⁸⁾ Solche Praktiken weisen unabhängig von der Marktmacht der Unternehmen eine erhebliche gesamtwirtschaftliche Schädlichkeit auf.¹⁸⁹⁾ Neben den Interessen der Verbraucher¹⁹⁰⁾ sind z. B. bei Verdrängungseffekten auch die Wettbewerbsprozesse gefährdet. Wie für das Tipping erscheint daher eine Beschränkung auf Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung unzureichend. Doch der Beweis solcher Praktiken gelingt im Zivilverfahren nur schwer, da häufig Unternehmensinterna und Geschäftsgeheimnisse betroffen sind.¹⁹¹⁾

3. Schlussfolgerungen:

a) Umfassende Durchsetzungskompetenz

40 Es gibt zahlreiche weitere Anwendungsfälle, in denen über das Lauterkeitsrecht gesamtwirtschaftlich relevante Gefahren für den Wettbewerb und die Verbraucher erfasst werden können.¹⁹²⁾ Bei der algorithmischen Preissetzung im Online-Handel etwa ist noch auszuloten, inwieweit deren preisstärkende Wirkungen als abgestimmte Verhaltensweise i. S. d. § 1 GWB, Art. 101 AEUV erfasst werden können.¹⁹³⁾ Verbleibende Lücken lassen sich über das Lauterkeitsrecht schließen,¹⁹⁴⁾ soweit eine unzulässige Preisbildung irreführend ist.¹⁹⁵⁾ Gerade für rechtliche Grauzonen erscheint es sinnvoll, wenn der Kartellbehörde gleichzeitig sowohl das Wettbewerbs- als auch das Lauterkeitsrecht zur Verfügung stünden.¹⁹⁶⁾

41 Die genannten Beispielfälle zeigen auch die Grenzen eines Private Enforcement auf. Schon die Sondierung der Marktverhältnisse verlangt eine besondere ökonomische Erkenntnisfähigkeit der Gerichte. Dabei ist gar nicht in Abrede zu stellen, dass die spezialisierten Spruchkörper zur Bewältigung solcher Informationen in der Lage wären.¹⁹⁷⁾ Jedoch werden diese rechtspraktischen Bedürfnisse nicht durch entsprechende Ermittlungskompetenzen – weder der Parteien noch des Gerichtes – unterfüttert.¹⁹⁸⁾ Über die Erstreckung des behördlichen Durchsetzungs- und Sanktionsregimes auf das UWG können neuartige Erscheinungen erfasst werden, während die materiell-rechtliche Wettbewerbsrechtsordnung vorerst unangetastet bleibt. Eine Zusammenfassung beider Gesetze erscheint dementsprechend unnö-

tig.¹⁹⁹⁾ Die Kartellbehörden können auf umfassende Erfahrungswerte bei der ökonomischen Beurteilung unternehmerischer Verhaltensweisen und deren Auswirkungen auf die sonstigen Marktteilnehmer zurückgreifen.²⁰⁰⁾ Diese Kompetenz ist für die Anwendung des UWG und des GWB gleichermaßen entscheidend.²⁰¹⁾ Aufgrund dieses inneren Zusammenhangs ist es sinnvoll, sie mit dem Schwert des UWG zu munitionieren, statt z. B. eine ganz eigenständige neue „Verbraucherschutzbehörde“ zu gründen.²⁰²⁾

Um neben dem Schutz der Verbraucher auch den der Wettbewerbsordnung zu steigern, ist eine zu enge Begrenzung auf einzelne Tatbestände des UWG zu vermeiden. Die Generalklausel des § 3 UWG ist zur Erfassung der Marktstörung und der Vielfalt und Dynamik des Wirtschaftslebens erforderlich, wie die Erfahrungen zum Lauterkeitsgesetz von 1896 zeigen. Eine Intensitätsschwelle, die sich wie § 32e Abs. 5 S. 1 GWB an einer besonderen Allgemeinbetroffenheit orientiert, wäre nur bedingt justizabel. Sie würde entweder einen zusätzlichen Unsicherheitsfaktor ins Verfahren bringen oder sich in einem diffusen Ermessensspielraum auflösen, der sich vom allgemeinen behördlichen Aufgreiffemessen nicht mehr unterscheidet. Zudem kann sich der Grad der Allgemeinbetroffenheit auch erst im Laufe eines Verfahrens in seiner ganzen Tragweite offenbaren.²⁰³⁾ Bedenken wegen eines Enforcementexzesses ließen sich über eine Begrenzung des Ordnungswidrigkeitsrahmens zerstreuen. Über ein regelmäßiges Monitoring kann die Funktionsfähigkeit des Public Enforcements kontrolliert werden.

b) Einschränkung bei unternehmerischem Individualschutz

Nicht der behördlichen Unterstützung bedarf der ergänzende wettbewerbliche Leistungsschutz i. S. d. § 4 Nr. 3 UWG. Er vermittelt neben den sondergesetzlichen Schutzrechten einen zur Disposition der beeinträchtigten Mitbewerber stehenden Schutz.²⁰⁴⁾ Die Abwehr einer Produktnachahmung steht nicht im Allgemeininteresse, nur weil sie auf einer unredlichen Informationsbeschaffung beruht (lit. c) oder die Wertschätzung des Produktes ausnutzt oder beeinträchtigt (lit. b). Anders ist dies bei einer Täuschung der Abnehmer (lit. a), die jedoch auch unabhängig von der Nachahmung über § 5 UWG erfasst werden kann.

Bei der gezielten Behinderung soll es zwar nach der bisherigen Rechtsprechung ebenfalls dem Mitbewerber überlassen bleiben, ob er die Beeinträchtigung hinnimmt oder nicht.²⁰⁵⁾ Insoweit ist jedoch eine wesentliche Grundlage für funktionierenden Wettbewerb betroffen, nämlich die Möglichkeit zur Teilnahme. Außerdem ist die formale Unterscheidung zwischen gezielter Behinderung und allgemeiner Marktstörung wenig trennscharf. Erstere lässt sich auch als Bestandteil einer (bezweckten) Marktstörungsstrategie beschreiben, insbesondere bei gezielten Maßnahmen, die letztlich ein Tipping ganzer Märkte begünstigen. Es bestünde die Gefahr, dass das UWG z. B. beim „Abkauf“ von Rechtsschutz seine wettbewerbsschützende Aufgabe nicht wahrnehmen kann. Dementsprechend ist die Kartellbehörde nicht gehindert, auf dem Boden des § 20 GWB vorzugehen, nur weil ein Betroffener wegen seiner subjektiven Abhängigkeitslage eigene privatrechtliche Ansprüche geltend machen könnte.²⁰⁶⁾

186) I. Schmidt, WuW 1971, 868, 875 ff.; Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 40), § 19 Rn. 83; Wiedemann, in: Wiedemann, Hdb KartR, 3. Aufl. 2016, § 23 Rn. 57.

187) Hess, Geplante Obsoleszenz, 2018, S. 217 ff.; Fezer, in: Brönneke/Wechsler (Hrsg.), Obsoleszenz interdisziplinär, 2015, S. 205 ff.

188) Art. 20, 21, 22, 24 Codice del consumo; siehe AGCM, Pressemitteilung v. 24.10.2018.

189) Siehe Art. 9 Abs. 1 lit. b RL 2008/98/EG; in Frankreich ist geplante Obsoleszenz unter Strafe gestellt, Article L213-4-1 (Code de la consommation).

190) Darauf abstellend Fezer, in: Brönneke/Wechsler (Hrsg.), Obsoleszenz interdisziplinär, 2015, S. 205 ff.

191) Dazu oben II.

192) Bsp. bei Glückner, in: Hilty/Henning-Bodewig (Hrsg.) (Fn. 20), S. 263, 274 ff.

193) Näher Wolf, NZKart 2019, 2 ff.

194) OECD (Fn. 13), Rn. 99.

195) Siehe Nachw. in Fn. 13.

196) Zu organisatorischen Folgefragen Monopolkommission, 22. Hauptgutachten 2018, Rn. 959 ff.

197) Vgl. Poeltzig (Fn. 49), S. 512; Hess, JZ 2011, 66, 73 f.

198) Siehe oben II.

199) Dazu Baudenbacher, ZHR 144 (1980), 145, 170; Tilmann, GRUR 1979, 825, 829.

200) Becker, ZWR 2018, 229 ff.

201) Reg.-Entwurf einer UWG-Novelle, BT-Drs. 9/1707, S. 32 f.

202) Ebenso Ost, in: Schulte-Nölke/BMJV (Hrsg.), Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, S. 189 ff.

203) So auch Alexander, NZKart 2017, 391, 393, zu § 32e Abs. 5 S. 1 GWB.

204) BGH, 14.04.1988 – I ZR 35/86, WRP 1988, 654, 655 f. – Vespa-Roller; BGH, 24.03.1994 – I ZR 42/93, WRP 1994, 519, 523 – Cartier-Armreif.

205) BGH, 02.10.2008 – I ZR 48/06, WRP 2009, 432 Rn. 22 – Küchentiefpreis-Garantie.

206) Siehe BKartA, 03.07.2014 – B2-58/09 – EDEKA Hochzeitsrabatte; bestätigt durch BGH, 23.01.2018 – KVR 3/17, WRP 2018, 556.

V. Ergebnisse

- 45 1. UWG und GWB bilden in materiell-rechtlicher Hinsicht eine wechselseitige Auffangordnung mit dem Ziel, funktionierenden Wettbewerb bei gleichzeitigem Schutz der Marktteilnehmer sicherzustellen. Wettbewerbsschutz bedarf einer Abschätzung der individuellen Auswirkungen auf die Marktteilnehmer, wodurch die Ziele des Institutionen- und des Individualschutzes in einem Bewertungshorizont verschmelzen.²⁰⁷⁾ Vor diesem Hintergrund dient eine Stärkung des Lauterkeitsrechts durch Einbindung in den Kompetenzbereich des BKartA nicht nur der Effektivierung des Verbraucherschutzes, sondern kann zugleich Lücken im System des allgemeinen Wettbewerbsrechts schließen.
- 46 2. Die Verbotstatbestände des UWG können Grenzfälle der digitalen Ökonomie erfassen, deren Bewältigung über das allgemeine Wettbewerbsrecht konzeptionelle Anpassungen verlangen würde, z. B. Maßnahmen, die ein Tipping auf Plattformmärkten begünstigen, die Verschleierung von Produktmanipulationen und die gesamtwirtschaftlich schädliche Ausbeutung der Verbraucher durch geplante Obsoleszenz. Aufklärung und Beweisbarkeit solcher Praktiken können jedoch in einem zunehmend

digitalisierten und internationalisierten Wirtschaftsgeschehen in komplexen Fällen häufig nicht mehr durch ein dezentrales Private Enforcement bewältigt werden, wie es bisher dem UWG zugrunde liegt.

3. Das im allgemeinen Wettbewerbsrecht etablierte Zusammenspiel von Public und Private Enforcement sollte daher auf das UWG übertragen werden. Problemfälle mit einer besonderen Breitenwirkung können so mit den erweiterten Befugnissen der Kartellbehörden aufgearbeitet werden und in Follow-On-Verfahren eine zivilgerichtliche Befriedigung der Betroffenen ermöglichen. Eine ausdrückliche gesetzliche Aufgreifschwelle würde das Public Enforcement jedoch als unnötiges Angriffsmittel schwächen. Der ergänzende wettbewerbliche Leistungsschutz sollte ausgenommen bleiben, da er nur individuellen Unternehmerinteressen dient. Die Übertragung des lauterkeitsrechtlichen Public Enforcement auf die Kartellbehörden vermeidet die Schaffung einer Superverbraucherbehörde ebenso wie eine materiell-rechtliche Zersplitterung des GWB.

207) So bereits BGH, 26.02.1965 – I B ZR 51/63, GRUR 1965, 489, 491.

RA Dr. Urs Verweyen, LL.M., Berlin*

Gebrauchskunst nach BGH „Seilzirkus“ und „Geburtstagszug“

INHALT

- I. Die (neuen) Vorgaben des BGH – „Seilzirkus“ und „Geburtstagszug“
 1. Seilzirkus und Geburtstagszug
 2. Prüfschema bei Gebrauchskunst
- II. Rechtsprechung der Instanzgerichte
 1. Erste instanzgerichtliche Urteile
 - a) OLG Nürnberg – Kicker-Stecktafel
 - b) OLG Schleswig – Geburtstagszug II
 - c) OLG München und OLG Naumburg – Unternehmenslogo
 - d) LG Frankfurt a. M. und OLG Frankfurt a. M. – Landeswappen
 - e) OLG Köln – Hirsch-Urnen
 - f) OLG Frankfurt a. M. – Tapetenmuster
 2. Porsche-Entscheidung des LG Stuttgart
- III. Ausblick

- 1 Seit den BGH-Entscheidungen „Seilzirkus“ (2011)¹⁾ und „Geburtstagszug“ (Ende 2013)²⁾, in denen der BGH die Hürden für den urheberrechtlichen Schutz von Gebrauchskunst scheinbar auf das gleiche, geringe Niveau der „kleinen Münze“ abgesenkt hat, wie für freie, nicht einem Gebrauchszweck dienende Kunst (dazu nachfolgend I.), sind eine Reihe von Urteilen der Instanzgerichte zu der Frage ergangen, ob Designleistungen (Produkt-

designs von Spielzeugen und Urnen ebenso wie Kommunikationsdesigns einer Fußballtafel und eines Unternehmenslogos) als persönliche geistige Leistungen i. S. v. § 2 Abs. 2, Abs. 2 UrhG geschützt sind und ob den Designern neben den negatorischen Ansprüchen nach §§ 97 ff. UrhG bei wirtschaftlich besonders erfolgreichen Produkten die urhebervertraglichen Ansprüche auf angemessene Vergütung (§ 32 UrhG) und auf Nachvergütung (Fairnessausgleich, § 32a Abs. 1 UrhG) zustehen (II. 1.). Zuletzt hat sich das Landgericht Stuttgart mit Urteil vom 26.07.2018 mit dieser Frage befasst und der Erbin des Konstrukteurs und Designers des „Ur-Porsches“ eine Nachvergütungsforderung gegen die Porsche AG versagt (II. 2.). Diese Entscheidungen zeigen exemplarisch das große Risiko, aber auch das erhebliche Potenzial entsprechender Klagen in „designbasierten“ Industrien auf.

I. Die (neuen) Vorgaben des BGH – „Seilzirkus“ und „Geburtstagszug“

1. Seilzirkus und Geburtstagszug

Nachdem sich der BGH in seiner „Seilzirkus“-Entscheidung³⁾ vor einer endgültigen Festlegung in der Frage der Anwendbarkeit des Maßstabs der „kleinen Münze“⁴⁾ auf Gebrauchskunst i. S. v. § 2 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 UrhG noch „drücken“ konnte, kam es in der Entscheidung „Geburtstagszug“⁵⁾ zum Schwur: Aufgrund des gewandelten, unionsrechtlich überlagerten Verständnisses des Geschmacksmuster- bzw. Designrechts sah sich der BGH zur

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 403.

1) BGH, 12.05.2011 – I ZR 53/10, GRUR 2012, 58 – Seilzirkus.

2) BGH, 13.11.2013 – I ZR 143/12, WRP 2014, 172 – Geburtstagszug.

3) BGH, 12.05.2011 – I ZR 53/10, GRUR 2012, 58 – Seilzirkus.

4) Zum Begriff: s. Schrader, WRP 2017, 1421, 1422, dort Fn. 5.

5) BGH, 13.11.2013 – I ZR 143/12, WRP 2014, 172 – Geburtstagszug. Bestätigt in BGH, 16.06.2016 – I ZR 222/14, WRP 2016, 1517, Rn. 44 – Geburtstagskarawane.