

MARTIN HÖFINGHOFF

Vorsprung durch Rechtsbruch in Deutschland und Spanien

Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com Bd. 85



85



TENEA

Verstöße gegen außerwettbewerbsrechtliche Normen wurden in Deutschland über Jahrzehnte hinweg mittels der Generalklausel des UWG geahndet. Erst 2004 erhielt die wohl wichtigste Fallgruppe eine eigene Vorschrift.

In Spanien fand die Rechtsfigur 1991 mit der Verabschiedung eines Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb Eingang. Dabei konnte der Gesetzgeber auf die deutschen Erfahrungen mit der Materie zurückgreifen.

Die vorliegende Arbeit untersucht in einem »dreiseitigen« Rechtsvergleich (deutsche Rechtslage vor und nach der Reform von 2004, spanische Rechtslage) Generalklauseln und Sonder- bzw. Beispieltatbestände. Europäischen und internationalen Aspekten ist ein eigenes Kapitel gewidmet.

Auf der Grundlage des Vergleichs wird ein eigenes Modell aufgebaut, das auf die konkreten Auswirkungen eines Verhaltens auf den Wettbewerb und die lauterkeitsrechtlich geschützten Interessen abstellt. Unbestimmter Rechtsbegriff der Generalklausel ist der »Leistungswettbewerb«. Der Beispieltatbestand zum Rechtsbruch berücksichtigt neben Unternehmer- ausdrücklich auch Verbraucherinteressen.

Martin Höfinghoff, geboren 1974, studierte Rechtswissenschaft in Bochum, Hamburg und Nottingham. 2001 Erstes Staatsexamen und Ergänzungsstudiengang Wirtschaftsrecht in Hamburg. Anschließend Promotion, unterstützt durch den Deutschen Akademischen Austauschdienst. Seit 2004 Referendariat in Hamburg. Beschäftigung bei deutschen, spanischen und internationalen Kanzleien sowie deutschen und spanischen Universitäten.

Kontakt: mhoefinghoff@hotmail.com

TENEA

TENEA

Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com Bd. 85



Tenea (ἡ Τενέα), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit [...]
Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly*. Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

MARTIN HÖFINGHOFF

Vorsprung durch Rechtsbruch
in Deutschland und Spanien

TENEA



Martin Höfinghoff

Vorsprung durch Rechtsbruch
in Deutschland und Spanien

(Juristische Reihe TENEА/wwв.jurawelt.com; Bd. 85)

Zugleich Universität Hamburg
Dissertation 2004

Gedruckt auf holzfreiem, säurefreiem,
alterungsbeständigem Papier

© TENEА Verlag für Medien
Berlin 2004

Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.
Digitaldruck und Bindung:

Bookstation GmbH · 78244 Gottmadingen

Umschlaggestaltung: nach Roland Angst, München

TENEА-Graphik: Walter Raabe, Berlin

Printed in Germany 2004

ISBN 3-86504-111-6

VORWORT

Die vorliegende Arbeit wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg im Juli 2004 als Dissertation angenommen.

Doktorvater ist Prof. Dr. Marian Paschke.

Dank gilt meinen Eltern für die Ermöglichung der Promotion, dem Deutschen Akademischen Austauschdienst für die Unterstützung und Dr. Carme Madrenas i Boadas für wertvolle Ratschläge zur spanischen Rechtslage.

Rechtsprechung und Zeitschriftenliteratur sind auf dem Stand von Dezember 2004, die nach der UWG-Reform veröffentlichten Neuauflagen der Kommentare konnten dagegen nicht mehr berücksichtigt werden.

Hamburg, im Januar 2005

Martin Höfinghoff

Kontakt: mhoefinghoff@hotmail.com

INHALTSVERZEICHNIS

Ausgangspunkt der Arbeit	7
Einleitung	9
1. Kapitel: Rechtslage in Deutschland.....	11
A. Entwicklung	11
I. Unlauterer Wettbewerb.....	11
II. Rechtsbruch.....	13
III. Geltendes Recht	15
B. Die Generalklausel	18
I. UWG a.F.....	18
1. Geschäftlicher Verkehr	18
2. Wettbewerbshandlung.....	18
a) Allgemeines	19
b) Wettbewerbsverhältnis	19
aa) Sachstand.....	19
bb) Kritik im Schrifttum	19
c) Wettbewerbsabsicht	21
aa) Sachstand.....	21
bb) Kritik im Schrifttum	22
3. Gute Sitten.....	22
a) Vorbemerkung	22
b) Die Anstandsformel	23
c) Ethik / Moral	23
d) Konventionalnormen	24
e) Richterliche Ermächtigung	24
f) Ordre Public	25
g) Leistungswettbewerb	25
h) Funktionaler Ansatz.....	25
i) Subjektive Voraussetzungen	25
II. Geltendes Recht.....	26
1. Regelungstechnik.....	26
2. Unbestimmter Rechtsbegriff	27
3. Erheblichkeitsklausel	28
4. Wettbewerbshandlung / Wettbewerbsverhältnis.....	29
5. Subjektive Voraussetzungen	31
C. Rechtsbruch.....	31
I. UWG a.F.....	31
1. Qualität der verletzten Vorschrift	31
2. Der klassische Ansatz	32
a) Sittlich fundierte / wertbezogene / unmittelbar wettbewerbsbezogene Normen .	32
aa) Wettbewerbshandlung im geschäftlichen Verkehr	32
bb) Zeitpunkt.....	33
cc) Sittenwidrigkeit wegen Rechtsbruchs	33
(1) Wettbewerbliche Relevanz.....	33
(2) Wettbewerbsrechtliche Wertung	33
(a) Sittlich fundierte Normen	34
(b) Normen, die dem Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter dienen.....	34
(aa) Schutz der Volksgesundheit.....	34

(bb) Schutz der Rechtspflege.....	35
(cc) Umweltschutz.....	35
(dd) Rundfunkfreiheit.....	35
(ee) Ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Postdienstleistungen	35
(ff) Wettbewerb als Institution.....	35
(gg) Sicherung des Friedens in Europa, <i>ordre public</i> ?.....	36
(c) Unmittelbar wettbewerbsbezogene Normen.....	36
dd) Subjektive Voraussetzungen.....	37
b) Wertneutrale Normen.....	37
aa) Allgemeine Voraussetzungen.....	37
bb) Wettbewerbsrechtliche Wertung.....	37
(1) Vorsprung.....	37
(2) Schrankengleichheit / allgemeine Missachtung.....	38
(3) Gruppen / Beispiele.....	39
cc) Subjektive Voraussetzungen.....	40
c) Ausschließlichkeitsrechte.....	40
aa) Allgemeine Voraussetzungen.....	40
bb) Wettbewerbsrechtliche Wertung.....	40
3. Kritik im Schrifttum.....	42
a) Willkür.....	42
b) Zirkelschluss, Undurchführbarkeit der Differenzierung.....	43
c) Mangelnder Wettbewerbsbezug.....	43
d) Mangelnde Flexibilität.....	43
e) Entscheidungswut.....	44
f) Inkohärenz und Lücken.....	44
g) Das Sonderproblem der öffentlich-rechtlichen Normen.....	44
4. Alternative Ansätze.....	46
a) Schutznormtheorie.....	46
aa) Normzweck.....	46
(1) Schutzzweck in persönlicher Hinsicht.....	46
(2) Schutzzweck in gegenständlicher Hinsicht.....	46
(3) Übereinstimmung in der Verletzungsform.....	47
bb) Vorsprung.....	47
cc) Verbraucherschutz.....	48
dd) Subjektive Voraussetzungen, Verschulden.....	48
b) Wettbewerbsnähe.....	48
c) Modifizierung des „klassischen“ Ansatzes.....	49
d) Gleichstellung von Gesetzes- und Sittenwidrigkeit.....	49
e) Grundsätzliche Vorsprungsprüfung.....	50
f) § 13 UWG a.F. als „Transportnorm“.....	50
5. Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung.....	51
a) Nachtbackverbot und Tariflohnunterschreitung.....	51
b) Hormonpräparate.....	52
c) Abgasemissionen.....	53
d) Verbandsklage gegen Vielfachabmahner.....	55
e) Sportwetten.....	56
f) Elektroarbeiten, Kommunaler Schilderprägebetrieb, Altautoverwertung.....	57
g) Ausschreibung von Vermessungsleistungen, Telefonischer Auskunftsdienst, Krankenkassenzulassung und Rechtsanwalts-gesellschaft.....	60
h) Zusammenfassung.....	61

6. Zusammenfassung / Kodifizierungsvorschlag de lege lata a.F.....	61
a) Der klassische Ansatz	61
b) Die Lage unter Berücksichtigung neuerer Rechtsprechung	62
II. UWG-Novelle von 1994 und geltendes Recht	63
1. UWG-Novelle von 1994	63
2. Geltendes Recht	64
2. Kapitel: Rechtslage in Spanien	69
A. Entwicklung	69
I. Vor der <i>Ley de Competencia Desleal</i>	69
II. <i>Ley de Competencia Desleal</i>	73
1. Grundlagen, Erarbeitung	73
2. Parlamentarische Debatte.....	75
a) Änderungen.....	75
b) Abgelehnte Änderungsanträge.....	76
c) Schlussdebatte.....	78
3. Präambel.....	79
4. Verhältnis zum Allgemeinen Werbegesetz.....	79
5. Aufnahme im Schrifttum	80
B. Allgemeine Anwendbarkeitsvoraussetzungen der LCD, Generalklausel	82
I. Zweck (Artikel 1 LCD)	82
1. Geschütztes Rechtsgut: Wettbewerb.....	82
2. Geschützte Interessen: die aller Marktteilnehmer.....	82
II. Objektiver Anwendungsbereich (Artikel 2 LCD)	83
1. Verhaltensweise auf dem Markt	83
2. Wettbewerbszweck	84
III. Subjektiver Anwendungsbereich (Artikel 3 LCD)	84
1. Alle Marktteilnehmer	84
2. Keine Voraussetzung: Wettbewerbsverhältnis	85
IV. Territorialer Anwendungsbereich (Artikel 4 LCD)	86
V. Die Generalklausel (Artikel 5 LCD)	86
1. Treu und Glauben	86
2. Objektiver Verstoß.....	88
C. Rechtsbruch.....	89
I. Artikel 15 I LCD.....	89
1. Allgemeine Voraussetzungen	89
2. Qualität der verletzten Vorschrift	89
3. Verletzung.....	90
4. Bedeutsamer Wettbewerbsvorteil	90
a) Vorteil, Kausalität	90
b) Bedeutsamkeit.....	90
c) Schrankengleichheit / allgemeine Missachtung.....	91
5. Ausnutzung des Vorteils	91
6. Gruppen / Beispiele.....	92
7. Keine subjektiven Voraussetzungen	92
II. Artikel 15 II LCD	92
1. Allgemeine Voraussetzungen	92
2. Qualität der verletzten Vorschrift	92
3. Wettbewerbsregelnde Norm	93
a) Weite Auslegung / Vorteil	93
b) Schutzzweck	94
c) Diskussion.....	94

d) Gruppen / Beispiele	97
aa) Nach dem weiten Ansatz	97
(1) Normen, die den Wettbewerb auf bestimmten Märkten beseitigen.....	97
(2) Normen, die den Zugang zu einem Beruf einschränken.....	97
(a) Allgemein.....	97
(b) Sonderproblem: Öffentlich-rechtlicher Marktzutritt.....	97
(3) Normen, die die Art und Weise des Wettbewerbsverhaltens regeln	98
(a) Allgemein.....	98
(b) Sonderproblem: Standesrecht	99
(c) Fallstudie: Buchpreisbindung	101
(4) Kartellgesetz (Ley de Defensa de la Competencia, LDC).....	103
bb) Nach dem Schutzzweck	103
4. Verletzung	104
5. Keine Subjektiven Voraussetzungen.....	104
6. Problem der Markteinheit.....	104
III. Ausschließlichkeitsrechte	105
3. Kapitel: Vergleich	106
A. Entwicklung.....	106
B. Allgemeine Vorschriften / Generalklausel.....	107
I. Gesetzgebungstechnik.....	107
II. Allgemeine Anwendbarkeitsvoraussetzungen / Generalklausel.....	107
1. Zweck	107
2. Verhaltensweise.....	107
3. Persönlicher Anwendungsbereich	109
4. Erheblichkeitsklausel.....	109
5. Unbestimmter Rechtsbegriff	109
6. Subjektive Voraussetzungen	110
C. Rechtsbruch	111
I. Qualität der verletzten Vorschrift.....	111
1. Allgemein	111
2. Standesrecht.....	111
3. Normen, die den öffentlich-rechtlichen Marktzutritt regeln	112
II. Zeitpunkt	112
III. Kategorisierung	113
1. Allgemein	113
2. Vorteil.....	114
3. Ausschließlichkeitsrechte	115
IV. Subjektive Voraussetzungen	115
4. Kapitel: Internationale und Europäische Aspekte	116
A. Artikel 10 ^{bis} PVÜ.....	116
B. Artikel 1 WIPO Model Provisions.....	116
C. Europäisches Gemeinschaftsrecht	117
I. Kompetenz	117
II. Das Grünbuch Verbraucherschutz	118
III. Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken.....	120
IV. Weitere Reformvorschläge.....	125
5. Kapitel: eigener Ansatz.....	128
A. Allgemeine Anwendbarkeitsvoraussetzungen / Generalklausel.....	128
I. Regelungstechnik	128
II. Normzweckklausel?.....	129
III. Verhaltensweise.....	129

IV. Betroffener Personenkreis.....	130
V. Unbestimmter Rechtsbegriff	130
VI. Erheblichkeitsklausel	131
VII. Keine subjektiven Voraussetzungen.....	132
VIII. Kodifizierungsvorschlag	133
B. Rechtsbruch	134
I. Qualität der verletzten Vorschrift	134
1. Allgemein.....	134
2. Marktzutrittsregeln.....	134
II. Verstoß	135
1. Indirekte Verstöße?	135
2. Gefestigte Verwaltungspraxis / gefestigte Verwaltungsrechtsprechung	135
3. Zeitpunkt	135
III. Differenzierungskriterium: Auswirkung.....	135
1. Allgemein.....	135
2. Insbesondere Beeinträchtigung von Unternehmerinteressen: Vorteil	137
a) Begriff.....	137
b) Schrankengleichheit / allgemeine Missachtung.....	138
c) Keine subjektiven Voraussetzungen	138
3. Insbesondere Beeinträchtigung von Verbraucherinteressen: Entscheidung wegen irrtümlicher Annahmen	138
a) Allgemein.....	138
b) Konkurrenz	139
c) Keine subjektiven Voraussetzungen	139
IV. Erheblichkeitsklausel	139
V. Keine subjektiven Voraussetzungen	140
VI. Ausschließlichkeitsrechte	140
VII. Kodifizierungsvorschlag.....	140
C. Europa	141
Zusammenfassung	143
Anhang: Gerichte, Kartellbehörde und Werbeselbstkontrolle in Spanien	144
A. Gerichtsbarkeit	144
B. Kartellbehörde	145
C. Werbeselbstkontrolle.....	145
Literaturverzeichnis	147
Entscheidungsübersicht	166
Abkürzungsverzeichnis.....	171

AUSANGSPUNKT DER ARBEIT

Unter dem Konzept des „Rechtsbruchs“ werden außerwettbewerbsrechtliche Normen mit dem Instrumentarium des Lauterkeitsrechts durchgesetzt. Ein durch das Verhalten des Normbrechers Beeinträchtigter kann unter bestimmten Umständen mit eigenen Ansprüchen gegen den Verstoß vorgehen, und zwar unter Berufung auf das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb – unabhängig davon, welchem Bereich die in Frage stehende Vorschrift entstammt.

Das ist regelungstechnisch recht ungewöhnlich, bedeutet es doch, dass ein Gesetz auf andere Gesetze übergreift bzw. deren Regeln in den eigenen Anwendungsbereich überführt, und das quer durch alle drei Rechtsgebiete. Das erzeugt Probleme: Der eigentlich fachfremde Wettbewerbsrichter wendet ihm unvertraute, häufig sehr spezielle und technische Vorschriften an. Da er dabei nicht an andere Entscheidungen gebunden ist, setzt er sich nicht selten in Widerspruch zur gängigen Praxis der Verwaltung oder zu gefestigter Verwaltungsrechtsprechung, wenn die betroffene Vorschrift diesem Bereich entstammt. Rechtsunsicherheit ist die Folge – was der Staat dem Einzelnen mit der einen Hand gibt, etwa durch eine vorübergehende ausdrückliche Duldung eines streng genommen rechtswidrigen Verhaltens zur Erhaltung von Arbeitsplätzen im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens der Verwaltung, nimmt er ihm mit der anderen wieder weg, indem er etwa einem Konkurrenten einen Unterlassungsanspruch gegen das betreffende Verhalten gewährt.

Dass der BGH bis vor einigen Jahren jeden noch so geringen Verstoß gegen jede noch so marginale oder unzeitgemäße Norm mit der großen Keule des UWG niedergeschmettert hat, hat diesen Konflikt nicht eben entschärft.

Kommt dieser Systemübergreif nicht einem Systembruch gleich? Oder, noch überspitzter formuliert: Entscheidet hier überhaupt der gesetzliche Richter im Sinne von Artikel 101 I 2 GG? Oder ist die wettbewerbsrechtliche Sonderfigur ohne weiteres durch das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung gedeckt?

Weder Gesetzgebung noch Rechtsprechung und Literatur haben diese Fragen problematisiert. In Deutschland ist seit einem Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahre 1911¹ die Feststellung, dass der Verstoß gegen außerwettbewerbsrechtliche Vorschriften über die Generalklausel des UWG verfolgt werden kann, unbestrittener kleinster gemeinsamer Nenner. Diskutiert wird allenfalls das andere Extrem – die allgemeine Gleichstellung von Rechtswidrigkeit und Unlauterkeit. Den Autoren der spanischen *Ley de Competencia Desleal* (LCD) und des am 8. Juli 2004 in Deutschland in Kraft getretenen neuen UWG stellte sich die Frage nach dem „ob“ der Erfassung der Materie in einer Sondervorschrift überhaupt nicht – zu unbestritten und als geltendes Recht grundsätzlich bewährt ist die über die Jahre in Deutschland zu § 1 UWG gewachsene Fallgruppe.

Wenn ich dem Stand der Dinge im Ergebnis auch zustimme, so möchte ich ihn doch nicht als selbstverständlich gegeben hinnehmen. Ausgangspunkt einer Abhandlung zur Figur des Rechtsbruchs sollte unter Beachtung der oben aufgeworfenen Probleme die Frage sein, ob eine Nutzbarmachung wettbewerbsfremder Normen für das Lauterkeitsrecht überhaupt angebracht ist, ob die Fallgruppe bzw. jetzt ihre Kodifizierung mithin eine Daseinsberechtigung hat.

Ich nähere mich der Materie also von der der knapp gehaltenen Literatur zum Thema entgegen gesetzten Seite – ich weise nicht darauf hin, dass es zu weit gehen würde, Rechtswidrigkeit und Unlauterkeit gleichzustellen, sondern prüfe die Grundvoraussetzung, ob

¹ RG Z 77, 217.

die Durchsetzung außerwettbewerbsrechtlicher Normen durch das Wettbewerbsrecht überhaupt gerechtfertigt ist.

Zur Bejahung dieser Frage führt ein abermaliger Wechsel der Perspektive des Betrachters: Was wäre, wenn es keine spezielle Kodifizierung gäbe (wie es in Deutschland noch bis vor kurzem der Fall war) und die Materie auch nicht über die Generalklausel erfasst werden sollte? Dann entstünde die Situation, dass *expressis verbis* nicht verbotene Verhaltensweisen über die Generalklausel unterbunden werden könnten, glatte Rechtsbrüche jedoch nicht. Das wäre offensichtlich ein Wertungswiderspruch.

Viele Vorschriften des Regelungsdschungels europäischer Staaten sind verfehlt, und es scheint überzogen und sachfremd, jeglichen Rechtsverstoß im Wege des Lauterkeitsrechts zu verfolgen, ließe sich diesem entgegen. Dieses Argument wird indes entkräftet durch eine differenzierte Anwendung der Figur – Rechtswidrigkeit und Unlauterkeit sollen nicht gleichgestellt werden – und durch die Einführung eines Bedeutsamkeitsvorbehalts.

Wenn man den Rechtsbruch als eigene Gruppe oder Vorschrift nicht erfassen wollte, gleichzeitig aber akzeptieren würde, dass eine lauterkeitsrechtliche Generalklausel unverzichtbar ist (was ob innovativer Geschäftspraktiken und technischer Neuerungen niemand ernsthaft anzweifelt), so müsste man schlusslogisch folgenden Umweg in Kauf nehmen, um zu angemessenen Ergebnissen zu gelangen:

Bei der Bewertung der Lauterkeit eines Verhaltens dürfte keine Rolle spielen, ob dieses gesetzeswidrig ist. Allenfalls ließe sich der Gesetzeswidrigkeit eine gewisse Indizwirkung zusprechen. Diese müsste sich aber an festen und nachvollziehbaren Maßstäben messen lassen, um dem Gebot der Rechtssicherheit zumindest einigermaßen Rechnung zu tragen. Damit wäre man aber letzten Endes wieder bei der Bildung einer entsprechenden Fallgruppe, die durch die angelegten Maßstäbe definiert würde.

Einem Rechtsbruch selbst diese Indizwirkung abzusprechen, hieße, eine Entscheidung im vom speziellen Lauterkeitsrecht abgesehen leeren bzw. rechtsfreien Raum zu verlangen. Der Richter müsste wettbewerbsrechtliche Scheuklappen anlegen und die gesamte übrige Rechtswirklichkeit um sich herum bei seiner Entscheidung ignorieren.

Das ist praktisch nicht durchführbar und zeigt letzten Endes, dass es absurd wäre, die Erfassung außerwettbewerbsrechtlicher Rechtsbrüche aus dem Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts grundsätzlich auszuschließen.

Jedoch ist bei ihrer näheren Ausgestaltung Zurückhaltung geboten. Insbesondere sollten Fachkompetenz und Ansichten anderer Gerichtszweige und der Verwaltung respektiert werden. Schließlich ist es deren Handwerkszeug, das sich der Wettbewerbsrichter ausleiht. Er sollte es nicht in völlig verbogenem oder anders eingestelltem Zustand zurückgeben. Ein gewisses Maß an Gebundenheit ist daher wünschenswert.

EINLEITUNG

Die von der deutschen Rechtsprechung zu § 1 UWG a.F. entwickelte Fallgruppe des Vorsprungs durch Rechtsbruch beinhaltet eine kaum fassbare Fülle an Gerichtsentscheidungen. Die Kriterien waren dabei über die Jahrzehnte hinweg so sachfremd wie unbestimmt. Unterschieden wurde zwischen der Verletzung werthaltiger Normen, die in der Regel per se sittenwidrig waren, und der Verletzung sonstiger, wertneutraler Vorschriften, die nur bei Vorliegen weiterer Umstände, nämlich des bewussten und planmäßigen Verstoßes zur Verschaffung eines Vorsprungs im Wettbewerb, das Urteil der Sittenwidrigkeit begründeten.

Dieses Dogma, das auf eine Entscheidung des Reichsgerichts zurückgeht, schien auf alle Ewigkeit unabänderlich in Stein gemeißelt, an dem sich die mannigfache Kritik der Literatur die Zähne ausbiss. Bis zur letzten Dekade des vorigen Jahrhunderts hat der BGH fleißig und kritiklos vor sich hin entschieden und jeden noch so marginalen Verstoß gegen längst nicht mehr zeitgemäße Gesetze mit den schweren Geschützen des UWG geahndet.

Die letzten Jahre haben allerdings ein Umdenken der Richter gebracht. Zwar hielt der BGH auch weiterhin an der Unterscheidung zwischen werthaltigen und wertneutralen Normen fest, doch wurden die diesbezüglichen Beteuerungen von Urteil zu Urteil leiser – ein Abschied auf Raten. Ausdrücklich begraben hat der BGH die traditionelle Differenzierung indes nicht. Die wichtigste Neuerung aus Karlsruhe besagte, dass von der Fallgruppe nur noch der Bruch von Vorschriften erfasst wurde, die eine wettbewerbsbezogene Schutzfunktion haben.

Während in Deutschland das Umdenken begann, musste sich Spanien erst einmal ein eigenes Lauterkeitsrecht zimmern. Das hat bis 1991 gedauert, und der Zustand vor der *Ley de Competencia Desleal* (LCD) wird gelegentlich als „Wilder Westen“ beschrieben.² Mit der LCD wurde dann aber ein modernes Lauterkeitsrecht geschaffen, das mit Blick auf andere Länder formuliert wurde, ohne deren zum Teil veralteten Formulierungen und Kriterien kritiklos zu übernehmen. Größtenteils hatte man dabei die Schweiz im Auge, hinsichtlich des Rechtsbruchs wurde allerdings auf die entsprechende deutsche Fallgruppe und die deutsche Literatur geschielt.

Eine eigene Vorschrift zum Thema unterscheidet zwischen dem Bruch wettbewerbsregelnder Normen, der ohne weiteres unlauter ist, und dem Bruch sonstiger Vorschriften, der mit der Ausnutzung eines Wettbewerbsvorteils einhergehen muss:

Artikel 15 LCD: Verletzung von Normen

- 1. Als unlauter gilt es, auf dem Markt einen Wettbewerbsvorteil auszunutzen, der durch die Verletzung der Gesetze erlangt wurde. Der Vorteil muss bedeutsam sein.*
- 2. Als unlauter gilt auch die einfache Verletzung von Rechtsnormen, die die Regelung der Wettbewerbstätigkeit zum Gegenstand haben.*

Das UWG neuer Form hat die Rechtsfigur nun auch kodifiziert:

§ 4 UWG: Beispiele unlauteren Wettbewerbs

Unlauter im Sinne von § 3 handelt insbesondere, wer

...

- 11. einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.*

² Vicent, Introducción S. 600.

Damit setzt die Vorschrift nur ein einziges Kriterium. Das entspricht in etwa einer der Neuerungen, die die jüngste Rechtsprechung des BGH gebracht hat, ohne die übrigen zu beachten und ohne eine ausdrückliche Aussage darüber zu treffen, ob weiterhin an der Differenzierung zwischen werthaltigen und wertneutralen Normen festgehalten werden soll.

Auf europäischer Ebene existiert ein Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, der eine Generalklausel, aber keine besondere Vorschrift zum Rechtsbruch enthält. Vor allem aber beschränkt sich der Vorschlag auf den Schutz von Verbraucherinteressen. Unternehmerinteressen bleiben außen vor.

Diese Arbeit baut auf einem Vergleich der Rechtslage in Deutschland und Spanien und einer Darstellung der internationalen und europäischen Lage ein eigenes Modell zur Generalklausel und zum Rechtsbruch auf. Entscheidendes Kriterium der Generalklausel wird dabei die Beeinträchtigung des Leistungswettbewerbs sein, die Vorschrift zum Rechtsbruch fußt auf der Voraussetzung einer Auswirkung auf den Wettbewerb im Sinne einer Beeinträchtigung von wettbewerbsrechtlich geschützten Unternehmer- oder Verbraucherinteressen.

1. KAPITEL: RECHTSLAGE IN DEUTSCHLAND

A. Entwicklung

I. Unlauterer Wettbewerb

Ein Bedarf zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs besteht nur dort, wo solcher überhaupt denkbar ist, wo die Freiheit zum unternehmerischen Handeln groß genug ist, schwarzen Schafen die Hintertür des Missbrauchs zu öffnen. Das war in Deutschland traditionell nicht der Fall. Bis weit ins 19. Jahrhundert hinein verfolgte die Politik einen Ansatz, der alles andere als liberal war. Zwar entdeckte die Wirtschaftslehre Mitte des Jahrhunderts die freien Modelle für sich und verhätschelte sie bis in die siebziger Jahre hinein, bemerkenswerte Auswirkungen auf die politische Wirklichkeit hatte das indes nicht.³ Vor allem die Zunftmoral verhinderte ungewünschte Verhaltensweisen.⁴

Und verschwand mit den Zünften. Die Einführung der Gewerbefreiheit im gesamten Reichsgebiet 1871 krepelte die wirtschaftliche Landschaft erheblich um. Deutschland entdeckte den Wettbewerb, ganze Branchen wurden kartellisiert, unlautere, vor allem irreführende Praktiken etablierten sich.⁵ Die Industrialisierung beschleunigte die Entwicklung noch, wenn sie auch schon bald in ihre erste Krise stolperte. Die Politik reagierte mit Schutzzöllen nach außen und zunehmender Einflussnahme im Innern – wiederum antiliberale Schritte, die vor dem Hintergrund sozialer Spannungen getroffen wurden.⁶

Da die Gesetzgebung ansonsten nur sehr zögerlich reagierte, wäre es an der Rechtsprechung gewesen, der zunehmenden Verrohung im Wettbewerb Einhalt zu gebieten. Die deutschen Richter hätten sich ihre französischen Kollegen zum Vorbild nehmen können, die gegen unlautere Wettbewerbshandlungen die Generalklausel des Art. 1382 *code civil* ins Feld führten, der auch in Teilen des Deutschen Reichs anwendbar war.⁷ Sie taten es nicht. Im Gegenteil: Den zaghaften Versuch der Regelung eines Teilgebiets des Wettbewerbsrechts betrachteten sie als Aufforderung, von allem, was nicht ausdrücklich geregelt war, die Finger zu lassen – das Markenschutzgesetz, 1874 erlassen, sei abschließend.⁸ Als wenn das noch nicht genug wäre: Selbst wenn vor 1874 Schutz bestanden habe, sei dieser durch die Einführung des Markenschutzgesetzes beseitigt worden.⁹ Eine Abhilfe könne nur im Wege der Gesetzgebung geschaffen werden.¹⁰ Erklären lässt sich diese Zurückhaltung allenfalls damit, dass die Entscheidungen in einer Zeit ergingen, in der der Wirtschaftsliberalismus für die Staatspraxis trotz oben erwähnter gegenläufiger Schritte Maß gebend war.¹¹

Zeitgenössische Kritiker waren ratlos: „Man staunt über diese Rechtsprechung, da jedes tiefe Eindringen in das Wesen der Rechtsinstitute fehle; aber nachdem man auf solche Weise begonnen hatte, gingen die Irrungen weiter und weiter.“¹²

³ Lammel GRUR 1986, 362 (365 f).

⁴ Gloy GRUR-FS 856 Rn 1.

⁵ Emmerich S. 9.

⁶ Großkomm-Schünemann Einl. Rn B 10.

⁷ Lammel GRUR 1986, 362 (364).

⁸ RG Z 3, 67 (69), 17, 101 (102).

⁹ RG Z 18, 93 (99).

¹⁰ RG Z 20, 71 (76).

¹¹ Lammel GRUR 1986, 362 (367 f).

¹² Kohler S. 57.

Und so wies der Gesetzgeber, als er der Bitte des Reichsgerichts um Abhilfe schließlich nachkam, ausdrücklich darauf hin, dass er dies nicht zuletzt wegen der Unfähigkeit der Rechtsprechung, schadensersatzrechtliche Generalklauseln ausdehnend auszulegen, tue.¹³

1896 trat das erste Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in Kraft.

Es enthielt keine umfassende Wettbewerbsordnung, sondern lediglich eine Reihe von Einzeltatbeständen zur Bekämpfung der größten Missstände. Auf eine Generalklausel wurde dagegen - abgesehen von einer mit dem § 3 UWG von 1909 über irreführende Angaben vergleichbaren Vorschrift in § 1 - verzichtet, nicht zuletzt wohl, weil man der Rechtsprechung den adäquaten Umgang mit einem solchen Werkzeug nicht zutraute. Aber auch grundsätzliche Bedenken hinsichtlich der Rechtssicherheit hielten die Gesetzgeber von einer weiter gehenden Regelung ab. Auch der Hinweis auf die französische Jurisprudenz, die die Problematik über Art. 1382 *code civil* in den Griff bekommen hatte, fruchtete nicht. Dort habe man schließlich hundert Jahre der Rechtsentwicklung gebraucht, um „nach mannigfachem Schwanken feste, geläufige Grundsätze herauszubilden“, so der Regierungsrat Hauß.¹⁴ So viel Zeit habe man in Deutschland nicht, erklärte er weiter, ohne in Betracht zu ziehen, dass ein Rückgriff auf eben diese französische Entwicklung manches vielleicht erheblich einfacher gemacht hätte.

Nun meldete sich aber doch das Reichsgericht zu Wort und versuchte, die unübersehbaren Lücken des UWG, das es ausdrücklich als nicht abschließend anerkannte, mit dem Instrumentarium des 1900 in Kraft getretenen BGB, und zwar vor allem mit dessen § 826, zu stopfen.¹⁵ Der erwies sich jedoch ob seiner engen Voraussetzungen als stumpfes Schwert – spätestens der Schädigungsvorsatz ließ sich meist nicht nachweisen. Der zweite Weg des Reichsgerichts, nämlich der über § 823 I BGB, wäre wohl mit der Anerkennung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs als sonstiges Recht gangbarer gewesen, scheiterte aber letztlich daran, dass das Gericht dem Schritt vorwärts einen rückwärts folgen ließ und den Rechtsschutz auf unmittelbare Eingriffe beschränkte.¹⁶

Letztendlich zeigt diese Entwicklung, dass die kasuistische Konzeption des UWG von 1896 den Anforderungen des Marktes nicht gewachsen war und eine weitere Reform provozieren musste.¹⁷

Die wurde schließlich mit dem Entwurf eines neuen UWG, den die Regierung Anfang 1909 in den Reichstag einbrachte, in Gang gebracht. Dieser Entwurf war zur Enttäuschung vieler allerdings nicht als radikaler Neubeginn gedacht, sondern enthielt nur punktuelle Veränderungen zum Gesetz von 1896. Eine Generalklausel suchten die Parlamentarier abermals vergebens. Da aber fast das gesamte politische Spektrum eine solche forderte,¹⁸ setzte der Reichstag eine Kommission zur Überarbeitung des Entwurfs ein. Die maß in Abwägung der Gefahr, dass Wettbewerber „immer neue Kniffe“ ausfindig machen würden, um die gesetzlichen Tatbestände zu umgehen,¹⁹ einerseits und den Nachteilen einer „kautschukartigen Bestimmung“, die dem subjektiven Ermessen des Richters einen „etwas zu weiten Spielraum“ lasse²⁰, andererseits, der Gefahr für die ordentlichen Gewerbetreibenden ein größeres Gewicht als der befürchteten Rechtsunsicherheit bei. So wurde das UWG von 1909 letztendlich mit der am Anfang stehenden Generalklausel, die bis ins Jahr 2004 Gültigkeit haben sollte, verabschiedet.

¹³ Stenographische Berichte S. 1196.

¹⁴ S. 26.

¹⁵ Erstmals RG Z 48, 114.

¹⁶ Großkomm-Schünemann Einl. Rn B 16.

¹⁷ So auch Wadle JuS 1996, 1064.

¹⁸ Ohly S. 202.

¹⁹ Frank in GRUR 1909, 106 (117).

²⁰ Linz in GRUR 1909, 106 (121).

Die Rechtsprechung handhabte § 1 UWG anfangs allerdings keinesfalls konsequent²¹ und machte den Anschein, als wolle sie die Bedenken von Hauß gegen eine Generalklausel²² bestätigen. Bis zum Beginn der zwanziger Jahre spielte die Vorschrift kaum eine Rolle, bevor sie zur „großen Generalklausel“, zur „Zentralnorm des Wettbewerbsrechts“ wurde.²³ Diese Entwicklung wurde freilich unterbrochen durch die Machtübernahme der Nationalsozialisten, mit deren Herrschaft der „mehr oder weniger konsequent betriebene Niedergang der Wettbewerbswirtschaft“²⁴ zugunsten einer „Volksgemeinwirtschaft“ einherging. Das Zwangskartellgesetz von 1933 lässt sich hier als Anfangspunkt nennen. Das Reichsgericht zwängte die „guten Sitten“ der Generalklausel in ein Korsett des „gesunden Volksempfindens“, dem zuwider handelte, wer die „redlichen Volksgenossen“ missachtete. Entscheidend war von nun an „das seit dem Umbruch herrschende Volksempfinden, die nationalsozialistische Weltanschauung“.²⁵ Damit verkam das wettbewerbliche Allgemeininteresse zum bloßen Vehikel ideologischer, rassistischer Doktrinen.²⁶ In der Nachkriegszeit und bis heute hat das Wettbewerbsrecht in Form des UWG von 1909 und seiner Nebengesetze zahlreiche Änderungen und Neuerungen in Teilbereichen erfahren, die für die vorliegende Arbeit nicht weiter relevant sind. Hervorzuheben ist allenfalls noch die immer stärker werdende Stellung des Verbrauchers, ein Trend, der Mitte der sechziger Jahre aus den Vereinigten Staaten nach Europa kam,²⁷ in Deutschland indes bereits in der Diskussion um den Schutz der Allgemeinheit durch das UWG von 1896 seinen Grundstein gefunden hatte.²⁸

II. Rechtsbruch

Solange die zaudernde Rechtsprechung als Instrumente lediglich die Einzelregelungen des UWG von 1896 und das BGB zur Hand hatte, war an eine richterrechtliche Herausbildung der Grundsätze über den Rechtsbruch nicht zu denken. Die Generalklausel von 1909 war es, die der Rechtsfigur den Boden bereitete, und bereits 1911 befasste sich das Reichsgericht erstmals mit der Frage, ob der Verstoß gegen eine außerwettbewerbsrechtliche Norm zugleich sittenwidrig im Sinne des UWG ist.²⁹ Und erkannte, das sei „nicht schlechthin“ der Fall. Zwar sei ein „fortgesetztes vorsätzliches Zuwiderhandeln gegen ein Verbotsgesetz, wenn es mit einer vorsätzlichen Benachteiligung anderer verbunden ist“, sittenwidrig, nicht aber eine „beharrliche Zuwiderhandlung“ gegen gewerbepolizeiliche Verbote.³⁰ Die Berufung auf ebenfalls gebrochene Vorschriften zum Schutze der Gesundheit wurde dem Kläger versagt.³¹ Der heute noch gültige Grundsatz, der die schematische Gleichsetzung von Gesetzes- und Sittenverstoß verbietet, war geboren und zwang die Rechtsprechung zum mühsameren, aber selbst gewählten Weg von Entscheidungen anhand der Umstände des Einzelfalls. 1911 verneinte sie die Sittenwidrigkeit eines Verstoßes gegen speziell für Genossenschaften geltende, die gewerbliche Betätigung einschränkende Bestimmungen.³² Ebenso wenig sah sie im Betrieb eines Gewerbes ohne die vorgeschriebene Erlaubnis einen Wettbewerbsverstoß.³³ Selbst der strafgesetzlich verbotenen Ausspielung durch progressive Kundenwerbung nach

²¹ Gloy GRUR-FS 880 Rn 44.

²² Siehe Fn 14.

²³ Ohly S. 203.

²⁴ Großkomm-Schünemann Einl. Rn B 20.

²⁵ RG Z 150, 1 (4 f).

²⁶ Großkomm-Schünemann Einl. Rn B 35.

²⁷ Beier GRUR Int. 1984, 61 (66).

²⁸ Emmerich S. 10.

²⁹ RG Z 77, 217.

³⁰ RG Z 77, 217 (220).

³¹ Anders später der BGH, siehe Fn 41.

³² RG Z JW 1912, 254.

³³ OLG Jena JW 1919, 942; RG Z JW 1924, 297.

dem Schneeballsystem – 1986 durch die Einführung des § 6c UWG a.F. erfasst – wollte sie zumindest nicht ohne das Hinzutreten weiterer Umstände den Makel des Sittenwidrigen anheften.³⁴ Zusammenfassend lässt sich über die zwanziger Jahre sagen, dass sie auch hinsichtlich des Rechtsbruchs durch richterliche Zurückhaltung geprägt wurden.

Das Kriterium des Vorsprungs, den sich ein Unternehmer durch einen Rechtsbruch gegenüber seinen Konkurrenten sichert, entdeckte die Rechtsprechung 1927.³⁵ Es ist ansonsten vor allem ein Kind Ulmers, der es erstmals 1929 in einer Anmerkung zu einem Urteil des OLG Düsseldorf behandelte.³⁶ Er fußte seine Argumentation später auf den Gleichheitssatz, der verlange, dass Normen, die nicht dem Wettbewerbsrecht angehören, aber für alle Konkurrenten verbindlich sind, zu wettbewerbsrechtlicher Bedeutung erhoben werden müssten.³⁷ Unter Prägung des Begriffs der *par condicio concurrentium*, der gleichen Wettbewerbslage, wies er darauf hin, dass für die Unlauterkeit der Wettbewerbshandlung der Vorsprung, den der Unternehmer durch den Rechtsbruch erziele, entscheidend sei.³⁸ In einer Aufgliederung der Generalklausel des § 1 UWG bezeichnete er den „ungehörigen Vorsprung“ als „eine von drei Grundregeln des Wettbewerbsrechts“.³⁹

Ob Verstöße gegen Vorschriften zum Schutz des Publikums vor gesundheitlichen Gefahren per se unlauter sind, hatte das Reichsgericht bereits in seinem ersten Fall zur Thematik des Rechtsbruchs zu entscheiden und verneinte es.⁴⁰ Zwar schien es später diese Rechtsprechung dahin gehend zu relativieren, dass zumindest in Zusammenschau eines Verstoßes gegen Vorschriften zum Schutz der Verbraucher gegen Gesundheitsschädigung und einem damit verbundenen Vorsprung vor den Mitbewerbern Sittenwidrigkeit denkbar ist,⁴¹ die Abkehr vom ursprünglichen Ansatz ließ jedoch fast ein halbes Jahrhundert auf sich warten. Erst eine BGH-Entscheidung von 1956 widersprach ausdrücklich der alten Reichsgerichts-Rechtsprechung und stellte fest, dass ein Verstoß gegen Vorschriften, die aus Gründen der Volksgesundheit erlassen sind, sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG sei, ohne dass weitere Unlauterkeitsmomente hinzukommen müssten.⁴²

In der dunkelsten Phase deutscher Rechtsprechung und unüberhörbar von der Ideologie der damaligen Zeit verseucht, legte das Reichsgericht den Grundstein zur Differenzierung zwischen sittlich fundierten und wertneutralen Normen, die fortan die gesamte deutsche Entwicklung zum Rechtsbruch bestimmen sollte.⁴³ Wenn das Verbot, gegen das der Wettbewerber verstößt, „einer sittlichen Auffassung Ausdruck verleiht“, so das Gericht, könne das bereits für die Bejahung der Sittenwidrigkeit genügen.⁴⁴ Beruht es dagegen auf Erwägungen, „die mit dem allgemeinen sittlichen Empfinden nichts zu tun haben und das Gebiet des geschäftlichen Anstands nicht berühren“ sondern lediglich „aus Gründen staatlicher Zweckmäßigkeit“ erlassen wurden, so sei der Verstoß nur dann sittenwidrig, wenn er zu einem ungerechtfertigten Vorsprung führe.⁴⁵

³⁴ RG Z 115, 319.

³⁵ RG Z 117, 16.

³⁶ JW 1929, 3094 (3095).

³⁷ Sinnzusammenhänge S. 23.

³⁸ Sinnzusammenhänge S. 24.

³⁹ GRUR 1937, 769 (771).

⁴⁰ RG Z 77, 217 (220).

⁴¹ RG MuW 1932, 83 (84).

⁴² BGH Z 22, 167 (180).

⁴³ RG GRUR 1941, 280.

⁴⁴ RG GRUR 1941, 280 (282).

⁴⁵ RG GRUR 1941, 280 (282).

Callmann brachte bereits 1929 das Kriterium der Planmäßigkeit ins Spiel, indem er forderte, nicht jede einmalige Gesetzeswidrigkeit als sittenwidrig anzusehen, sondern weiter gehend zu prüfen, ob sie „zur Geschäftsgrundlage, gewissermaßen zum Rechnungsfaktor der Kalkulation“ des Unternehmers geworden ist.⁴⁶

Ein von Kohler verfochtener Ansatz, der von der neueren Debatte wieder aufgegriffen wurde⁴⁷, konnte sich dagegen in seiner Zeit nicht durchsetzen: Er wollte nach dem „Grundsatz der selbständigen Behandlung der Verkehrsgeschäfte ohne Vor- und Rückschau“ nur die Rechtswidrigkeit der Wettbewerbshandlung selbst, nicht aber vor- oder nachgelagerte Rechtsbrüche als unlauter verstanden wissen, da es einem Wettbewerber nicht zugemutet werden könne, eine allumfassende Durchforschung seines Betriebes durch die Konkurrenz zu dulden.⁴⁸

III. Geltendes Recht

Nachdem der Versuch einer Novellierung des UWG 1994⁴⁹ ohne Ergebnis aufgegeben wurde, hat ein neuer Ansatz unter breiter Beteiligung von Forschung und Lehre zur Verabschiedung des UWG in seiner aktuellen Form geführt. Die Grundlage hierzu schuf eine beim Bundesjustizministerium eingerichtete „Arbeitsgruppe Unlauterer Wettbewerb“, die sich aus Juristen, Praktikern und Vertretern der Spitzenverbände der Industrie, des Handels und des Handwerks, der Verbraucher und der Gewerkschaften zusammengesetzte und seit Februar 2001 insgesamt neunmal zusammengekommen war.⁵⁰ Von der Gruppe erstellt bzw. für ihre Arbeit bestimmt waren Gutachten von Fezer⁵¹ und von Schrickler und Henning-Bodewig⁵² sowie ein Vorschlag für eine europäische Richtlinie und ein neues UWG von Köhler, Bornkamm und Henning-Bodewig. Es folgten ein Referentenentwurf,⁵³ ein Entwurf der Bundesregierung⁵⁴ und schließlich die Stellungnahme des Bundesrates und die Gegenäußerung der Bundesregierung.⁵⁵

Am 15. September 2003 beriet der Bundestag über den Entwurf in erster Lesung, verwies die Sache an den Rechtsausschuss und nahm ihn in der von diesem empfohlenen Fassung am 1. April 2004 an.⁵⁶ Der Bundesrat rief daraufhin den Entwicklungsausschuss wegen für die vorliegende Arbeit nicht weiter interessierenden Differenzen an, ohne dass dieser einen Einigungsvorschlag unterbreiten konnte. Den vom Bundesrat eingelegten Einspruch wies der Bundestag am 16. Juni 2004 zurück. Das UWG wurde am 3. Juli 2004 unterzeichnet und am 7. Juli 2004 im Bundesgesetzblatt verkündet,⁵⁷ so dass es am 8. Juli 2004 in Kraft getreten ist. Neben der Generalklausel und der Kodifizierung des Rechtsbruchs, die in eigenen Kapiteln behandelt werden,⁵⁸ ergeben die aktuellen Entwicklungen und schließlich die Verabschiedung des neuen UWG, soweit für die vorliegende Arbeit relevant, folgendes Bild:

Bereits Fezer spricht in seinem Gutachten, das als erste Arbeitsunterlage der Arbeitsgruppe bestimmt war, die Frage der Einführung einer Normzweckklausel in das UWG an. Unter Ignorierung von Artikel 1 der spanischen LCD behauptet er fälschlicher Weise, dass den

⁴⁶ MuW 1929, 570 (571).

⁴⁷ Siehe dazu C.V.2 und C.V.4.

⁴⁸ S. 31.

⁴⁹ WRP 1994, 369.

⁵⁰ Vgl. Gesetzesentwurf UWG der Bundesregierung, www.bmj.bund.de, 20 f.

⁵¹ WRP 2001, 989.

⁵² WRP 2001, 1367.

⁵³ GRUR 2003, 298.

⁵⁴ www.bmj.bund.de.

⁵⁵ BT Drucksache 15/1487 S. 29 ff, 40 ff.

⁵⁶ Plenarprotokoll 15/102, 9280 ff, siehe dazu und zur folgenden Entwicklung auch Henning-Bodewig GRUR 2004, 713 (714).

⁵⁷ BGBl I 2004, 1414.

⁵⁸ B.II., C.II.

Mitgliedstaaten der EU eine solche selbständige Vorschrift fremd sei, und plädiert dafür, die Erläuterung des Normzwecks in die Generalklausel zu integrieren.⁵⁹ Der Vorschlag von Köhler, Bornkamm und Henning-Bodewig dagegen enthält für ein UWG und eine Richtlinie als erste Vorschrift bereits folgende Klausel:⁶⁰

Dieses Gesetz [Diese Richtlinie] bezweckt den Schutz der Verbraucher, der Mitbewerber und der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb. Es schützt damit auch das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.

Die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht spricht sich in einer Stellungnahme⁶¹ für die eigenständige Normzweckklausel aus und begrüßt, dass anstelle der „antiquiert wirkenden und in Europa ungebräuchlichen ‚gute Sitten‘-Formel“ der Begriff der Unlauterkeit gewählt wurde. Allerdings kritisiert sie, dass die Mitbewerber nicht an erster Stelle genannt werden. Außerdem erwecke die Formulierung in Satz 2 den Eindruck, dass die Allgemeinheit nur reflexartig geschützt werde. Dies könne durch die Ersetzung des Wortes „damit“ durch „zugleich“ behoben werden. Alternativ könne man auch folgendermaßen formulieren:

Dieses Gesetz dient dem Schutz der Lauterkeit im Wettbewerb im Interesse der Mitbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit.

Den Forderungen wurde nachgekommen. Referenten-⁶² und schließlich Regierungsentwurf⁶³ lauten gleich:

Diese Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucher und der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.

Das UWG n.F. hat bei ansonsten gleich lautender Formulierung den Verbrauchern die Verbraucherinnen an die Seite gestellt. Über Sinn und Unsinn dieses Einschubs mag man streiten, erlaubt sei hier nur die kurze Frage, warum neben *Verbraucherinnen* nicht auch *Mitbewerberinnen* und *sonstige Marktteilnehmerinnen* erwähnt werden.

Schünemann weist darauf hin, dass zwischen Verbraucher- und Mitbewerberinteressen grundsätzlich Kongruenz bestehe, so dass die Bedeutung ersterer nicht überschätzt werden dürfe. Jedoch gebe es Ausnahmen von diesem Grundsatz – insbesondere die Berücksichtigung von Informationsinteresse sei speziell auf Verbraucher zugeschnitten.⁶⁴ Da die Berücksichtigung des Allgemeininteresses sich im Interesse an einem unverfälschten Wettbewerb erschöpfe, entfalte dieses schließlich überhaupt keine eigenständige Bedeutung.⁶⁵ Auch die Entwürfe verweisen auf die Antiquiertheit des Begriffs der „guten Sitten“ im Vergleich zu dem der „Unlauterkeit“.⁶⁶ Letzterer verbessere auch die Kompatibilität mit dem Gemeinschaftsrecht, da er in diesem in vielen Vorschriften verwendet werde.⁶⁷ Die Definition des Begriffs der Unlauterkeit ist in den Begründungen der Entwürfe allerdings leider sehr ständisch ausgefallen:⁶⁸

⁵⁹ Fezer WRP 2001, 989 (997).

⁶⁰ Köhler / Bornkamm / Henning-Bodewig WRP 2002, 1317.

⁶¹ GRUR 2003, 127 (128).

⁶² GRUR 2003, 298.

⁶³ www.bmj.bund.de 3.

⁶⁴ Schünemann WRP 2004, 925 (932).

⁶⁵ Schünemann WRP 2004, 925 (936).

⁶⁶ GRUR 2003, 298 (304); www.bmj.bund.de S. 30.

⁶⁷ GRUR 2003, 298 (304); www.bmj.bund.de S. 30.

⁶⁸ GRUR 2003, 298 (304); www.bmj.bund.de S. 30.

Unlauter sind alle Handlungen, die den anständigen Gepflogenheiten in Handel, Gewerbe, Handwerk oder selbständiger beruflicher Tätigkeit zuwiderlaufen.

Inhaltliche Änderungen bringt die Ersetzung der *guten Sitten* durch die *Unlauterkeit* im Übrigen nicht mit sich.⁶⁹

Bereits der Vorschlag von Köhler, Bornkamm und Henning-Bodewig beinhaltete wie die Entwürfe und das UWG in seiner geltenden Fassung in der jeweils zweiten Vorschrift einen Katalog von Definitionen.⁷⁰ Definiert wird unter anderem die „Wettbewerbshandlung“, die aus systematischen Gründen hier später⁷¹ behandelt wird. Daneben werden „Marktteilnehmer“, „Mitbewerber“ und „Nachrichten“ definiert. Hinsichtlich des Verbraucherbegriffs wird auf §§ 13 und 14 des BGB verwiesen. Die „unlautere Wettbewerbshandlung“ und die Aufspaltung der „Nachrichten“ in „Werbung“, „vergleichende Werbung“ und „irreführende Werbung“, wie sie der Vorschlag von Köhler, Bornkamm und Henning-Bodewig vorsah,⁷² sind dagegen auf der Strecke geblieben.

Die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht befürwortet diese Gesetzgebungstechnik als dem Standard im europäischen Recht entsprechend.⁷³

⁶⁹ So auch Henning-Bodewig GRUR 2004, 713 (715); Ohly GRUR 2004, 889 (895).

⁷⁰ WRP 2002, 1317 (1318); GRUR 2003, 298; www.bmj.bund.de S. 3 f.

⁷¹ B.II.4.

⁷² WRP 2002, 1317 (1318).

⁷³ GRUR 2003, 127 (128).

B. Die Generalklausel

I. UWG a.F.

Die Figur des Rechtsbruchs hatte bis zur im Sommer 2004 in Kraft getretenen Novelle keine Kodifizierung im UWG gefunden, sondern war, wie eben skizziert, von den Gerichten im Rahmen ihrer Rechtsprechung zur Generalklausel entwickelt worden. Deshalb konnte gegen ein Verhalten nach den Grundsätzen des Rechtsbruchs nur dann vorgegangen werden, wenn es die Tatbestandsmerkmale des § 1 UWG a.F. erfüllte. Vor der Beschäftigung mit dem Rechtsbruch musste daher ein Blick auf die Voraussetzungen des § 1 UWG a.F. stehen.

Der lautete:

Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

Relevant auch für den Rechtsbruch konnte also nur eine im geschäftlichen Verkehr vorgenommene Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs sein, wobei die letzten beiden Voraussetzungen im Allgemeinen als Wettbewerbshandlung bezeichnet werden.

1. Geschäftlicher Verkehr

Der geschäftliche Verkehr bestimmt den allgemeinen Anwendungsbereich der Vorschrift und ist die erste, große Eingangspforte, die ein Verhalten passieren muss, bevor es an die kleineren Tore der spezielleren Voraussetzungen anklopfen kann. Er wird weit definiert als jede irgendwie der Förderung eines Geschäftszwecks dienende selbständige Tätigkeit,⁷⁴ die weder ein Unternehmen noch einen Betrieb voraussetzt.⁷⁵ Ob der Handelnde sich selbst oder einen Dritten begünstigen will, spielt ebenso wenig eine Rolle⁷⁶ wie die Frage, ob überhaupt Gewinnerzielungsabsicht im Spiel ist. Auch gemeinnützige Organisationen, die sich wirtschaftlich betätigen, handeln daher im geschäftlichen Verkehr, nicht dagegen Verbände und Parteien in der politischen Auseinandersetzung.⁷⁷ Erfasst werden ebenso die anwaltliche, wissenschaftliche und künstlerische Betätigung⁷⁸ wie die Verwertung urheberrechtlicher Nutzungsrechte.⁷⁹ Bei Gewerbetreibenden sieht die Rechtsprechung eine tatsächliche Vermutung hinsichtlich des Handelns im geschäftlichen Verkehr.⁸⁰

Die Handlung muss allerdings durch Betätigung am Markt nach außen hervortreten, so dass rein betriebsinterne Vorgänge wie Produktionsprozesse ausscheiden.⁸¹ Damit sind auch rein private und rein amtliche Betätigungen von der Anwendbarkeit des § 1 UWG a.F. ausgenommen.⁸²

2. Wettbewerbshandlung

Die Problematik der Wettbewerbshandlung ist in den vergangenen Jahrzehnten vom Schrifttum ausführlich erörtert worden. Eine so detaillierte Behandlung kann das Thema im Rahmen einer Arbeit, in der es nur als Vorfrage eine Rolle spielt, natürlich nicht erfassen. Auch erscheint mir die Diskussion um den Kreis derjenigen, die den Unterlassungsanspruch

⁷⁴ RG Z 108, 272 (274).

⁷⁵ B/H Einl Rn 208.

⁷⁶ RG Z 79, 321 (322).

⁷⁷ Emmerich S. 21 f.

⁷⁸ B/H Einl Rn 208.

⁷⁹ BGH Z 26, 52 (58).

⁸⁰ BGH GRUR 1962, 34 (36).

⁸¹ BGH Z 144, 255.

⁸² BGH Z 29, 299 (303).

aus § 1 UWG a.F. geltend machen können, im Hinblick auf die Erweiterung dieser Gruppe durch § 13 II 1 Nr. 1 UWG a.F. in ihrer Breite als nicht angemessen.

a) Allgemeines

Das Tatbestandsmerkmal des Handelns zu Zwecken des Wettbewerbs hat die Aufgabe einer zum geschäftlichen Verkehr zusätzlichen Präzisierung durch nähere Bestimmung des Kreises der Aktiv- und Passivlegitimierten.⁸³ Es liegt in jedem Verhalten, das äußerlich geeignet ist, den Absatz oder Bezug einer Person zum Nachteil einer anderen zu verändern.⁸⁴ Diese Wechselbeziehung wird aus dem Wort „zu“ in § 1 UWG a.F. gezogen.⁸⁵

Im Rahmen dieser Auslegung forderte die Rechtsprechung objektiv ein Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Handelnden und dem Benachteiligten und subjektiv eine entsprechende Absicht.⁸⁶

b) Wettbewerbsverhältnis

aa) Sachstand

Die Figur des Wettbewerbsverhältnisses wurde durch die Strafsenate des Reichsgerichts entwickelt, mit einigem zeitlichen Zögern von den Zivilsenaten übernommen und war von Anfang an Bestandteil der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.⁸⁷

Das in § 1 UWG a.F. gesehene konkrete Wettbewerbsverhältnis und die geforderte Wechselbeziehung hatten zur Folge, dass aus dieser Vorschrift alleine nur der bestimmte – beschädigte oder bedrohte – Konkurrent, dem gegenüber eine unlautere Handlung vorlag, auf Unterlassung klagen konnte.⁸⁸ Indizien für das Vorliegen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses sind die Gleichheit des Kundenkreises sowie die Zugehörigkeit zur selben oder zu einer verwandten Branche, wobei letzteres allerdings durch räumliche Entfernung ausgeschlossen sein kann⁸⁹ – ein Hamburger Metzger wird einem Kollegen aus München schwerlich Konkurrenz machen. Aber auch Gewerbetreibende völlig verschiedener Branchen können zueinander in ein konkretes Wettbewerbsverhältnis treten, etwa durch den Versuch, mit einem Substitutionshinweis gezielt Kunden abzuwerben⁹⁰ oder mit der Benutzung einer fremden Marke für ein anderes, auf denselben Kundenkreis zielendes Produkt.⁹¹

Das konkrete Wettbewerbsverhältnis wurde indes abstrahiert durch die Erweiterung der Anspruchsberechtigung auf alle sonstigen Mitbewerber in § 13 II 1 Nr. 1 UWG a.F.⁹² Konnte ein Gewerbetreibender Ansprüche aus § 1 UWG a.F. allein mangels konkreter Betroffenheit oder weil sich der anzugreifende Verstoß gegen eine unbestimmte Mehrheit von Mitbewerbern richtete, nicht geltend machen, so half ihm möglicherweise § 13 UWG a.F., der sich mit einem lediglich abstrakten Wettbewerbsverhältnis begnügte.

bb) Kritik im Schrifttum

Seit langem schon hadert die Literatur mit dem Begriff des Wettbewerbsverhältnisses, will ihn teils weiter auslegen, teils ganz abschaffen und teils sogar auf den Oberbegriff der Wettbewerbshandlung verzichten. Kleinster gemeinsamer Nenner ist die Einigkeit darüber, dass die aktuelle Definition die Anwendbarkeit des UWG a.F. über Gebühr und unzeitgemäß

⁸³ Emmerich S. 21.

⁸⁴ BGH Z 3, 270 (277).

⁸⁵ Hirtz GRUR 1988, 173 (176).

⁸⁶ BGH WM 1997, 1947 (1949).

⁸⁷ RG St 32, 27 (28); RG Z 118, 133 (136); BGH GRUR 1951, 283.

⁸⁸ BGH GRUR 1965, 612 (615).

⁸⁹ Nägele WRP 1996, 997 (998 f).

⁹⁰ BGH GRUR 1972, 553.

⁹¹ BGH Z 93, 97 (97 f).

⁹² Hirtz GRUR 1988, 173 (174).

eingeschränkt hat. So ist die Frage, wie weit der Begriff zu erstrecken ist, zur „Gretchenfrage für die Anwendbarkeit des UWG“ a.F. geworden.⁹³

Ein Teilaspekt der Diskussion betrifft die Belangbarkeit von Monopolunternehmen nach UWG. Nimmt man die als allgemein gültig betrachtete Definition wörtlich, so unterliegen sie dem Lauterkeitsrecht nicht. Ein Monopolist steht nun einmal allein und befindet sich daher zu niemandem in einem Wettbewerbsverhältnis. Auch wenn er der Missbrauchsaufsicht nach § 19 GWB unterliegt und daher keinen Freibrief für unlauteres Handeln im geschäftlichen Verkehr hält,⁹⁴ besteht indes doch Einigkeit darüber, dass es widersinnig wäre, das UWG nicht auch auf ihn anzuwenden.⁹⁵ Monopolunternehmen müssten sich deshalb eben „wie Wettbewerber“ behandeln lassen.⁹⁶ So wünschenswert das sein mag, es ist doch eine Hilfskonstruktion. Der Monopolist steht ex definitione mit niemandem in einem Wettbewerbsverhältnis im Sinne der allgemeinen Auslegung dieses Begriffs.⁹⁷

Entscheidendes Argument gegen die einengende Interpretation der Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs war aber der Funktionswandel, den das UWG im Laufe der Jahre erfahren hatte. Hatte es ursprünglich vorwiegend die Aufgabe, Konkurrenten zu schützen, so traten zwischenzeitlich der Schutz der Verbraucher und der Schutz des Wettbewerbs als Institution gleichberechtigt hinzu.⁹⁸ Wirft man einen Blick auf den Wortlaut des § 1 UWG a.F., so lässt sich die Voraussetzung einer Wettbewerbshandlung dort nicht zwingend finden. Die Wortlautinterpretation gebietet aber nicht eine Orientierung an der historischen Funktion zur Zeit der Entstehung des UWG von 1909 (die das Erfordernis eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses durchaus gerechtfertigt haben mag), maßgeblich muss vielmehr der jeweils aktuelle Schutzzweck sein.⁹⁹

Daher forderte Loewenheim schon in den frühen 70er Jahren des letzten Jahrhunderts, man müsse ob des Verbraucherschutzes den Begriff des Wettbewerbszwecks „neu überdenken“.¹⁰⁰ Das Erfordernis eines Wettbewerbsverhältnisses sei „sachfremd“, wurde in den 80er Jahren konstatiert.¹⁰¹ Zu Recht? In der Theorie wohl ja. In der Praxis hat die Rechtsprechung das wohl früh genau so gesehen, ohne eine ausdrückliche Abkehr vom alten Dogma zu vollziehen. Der Wettbewerbszweck werde schon seit langem so weit ausgelegt, dass er etwa eine Verbraucherverbandsklage kaum mehr behindern könne, wurde Loewenheim auf seine Anregung entgegnet.¹⁰² Und in der Tat hat die Rechtsprechung des BGH¹⁰³ im Laufe der Zeit zu einer extremen Ausweitung des Begriffs des konkreten Wettbewerbsverhältnisses und damit letztlich zu seiner völligen Infragestellung geführt. Seinen ursprünglichen Zweck, den jeweils betroffenen Konkurrentenkreis abzugrenzen, erfüllte er zuletzt jedenfalls kaum noch.¹⁰⁴

Nichtsdestotrotz forderte das Schrifttum, den womöglich de facto teilweise bereits vollzogenen Ansatz auch in der theoretischen Auseinandersetzung umzusetzen.

Hefermehl räumte ein, dass die Abwendung vom Erfordernis „Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs“ für das geltende Recht nicht möglich sei.¹⁰⁵ Sonst sei das UWG kein

⁹³ von Gierke / Sandrock S. 293.

⁹⁴ Hefermehl, Krummer-FS 357.

⁹⁵ B/H Einl Rn 247.

⁹⁶ B/H Einl Rn 231.

⁹⁷ Lindacher BB 1975, 1311 (1313).

⁹⁸ Lindacher BB 1975, 1311 (1314).

⁹⁹ Sack WRP 1982, 615 (624).

¹⁰⁰ Zitiert in Katzenberger GRUR Int. 1973, 700 (702).

¹⁰¹ Knöpfle JZ 1984, 923 (928).

¹⁰² Kraßer zitiert in Katzenberger GRUR Int. 1973, 700 (702).

¹⁰³ GRUR 1972, 553; 1983, 247; Z 93, 96; 113, 82, GRUR 1994, 808; 1995, 57.

¹⁰⁴ Nägele WRP 1996, 997 (999).

¹⁰⁵ Krummer-FS 355.

Wettbewerbsgesetz mehr, sondern allgemeiner ein Recht gegen unlautere wirtschaftliche Betätigung auf dem Markt. Die Trennlinie zwischen dem wettbewerblichen und dem außerwettbewerblichen Bereich (§ 823 BGB) sei dann nicht mehr exakt zu ziehen.¹⁰⁶ Er sah ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs daher unter Verzicht auf das Erfordernis des Wettbewerbsverhältnisses dann als gegeben an, wenn ein Gewerbetreibender objektiv seine Stellung im Wettbewerb allgemein fördert und subjektiv diese Wirkung mindestens nebenbei verfolgt.¹⁰⁷

Auch Lindacher¹⁰⁸ forderte einen Abschied vom Wettbewerbsverhältnis und schlug zwei neue Wege vor, wobei er den letzteren favorisierte: Zum einen könne man im Gegensatz zur Ansicht Hefermehls das Merkmal des Wettbewerbszwecks schlechthin für obsolet erklären, zum anderen es lediglich im Wege einer weiteren Auslegung umdeuten.

Ebenso wenig hielt Knöpfle¹⁰⁹ das Wettbewerbsverhältnis für erforderlich. In teleologischer Interpretation wies er darauf hin, dass das UWG neben den Konkurrenten gleichgewichtig auch die Abnehmer schützen will, und verwies weiter auf den juristischen und den alltäglichen Sprachgebrauch: Wettbewerbsfreiheit sei die Freiheit zur wirtschaftlichen Betätigung. Von „Wettbewerb“ sei also die Rede, wenn es um die wirtschaftliche Betätigung gehe, so dass eine Handlung schon dann zu Zwecken des Wettbewerbs erfolge, wenn sie den Wirtschaftserfolg eines Gewerbetreibenden fördern soll.

Im Gegensatz dazu wollte Ulmer¹¹⁰ vor allem mit Blick auf die von ihm verfochtene europäischen Rechtsangleichung hinsichtlich der wettbewerblichen Generalklausel die Beschränkung auf Wettbewerbshandlungen überhaupt vermeiden.

Auch Schricker¹¹¹ hielt das Merkmal des Handelns zu Wettbewerbszwecken für nicht mehr sachgerecht. So könnten etwa Verbraucherverbände ebenso wie Wettbewerber Verbraucher oder andere Wettbewerber schädigen, und zwar unabhängig davon, ob sie einen Wettbewerbszweck verfolgen oder nicht. Ihr Verhalten könne sogar noch schädlicher sein als das von Wettbewerbern, etwa bei öffentlichen Stellungnahmen, da einer neutralen Stelle eher geglaubt werde. Daher sollte nach seiner Ansicht auch gegen Verbraucherverbände wettbewerbsrechtlich vorgegangen werden können.

Sack¹¹² schließlich schlug einen anderen Weg ein, indem er forderte, über die Anwendung des § 1 UWG müsse der Schutzzweck der im Einzelfall verletzten Sittennorm entscheiden.

c) Wettbewerbsabsicht

aa) Sachstand

Subjektiv erforderte eine Wettbewerbshandlung die Absicht, eigenen oder fremden Wettbewerb zum Nachteil eines anderen zu fördern. Dabei brauchte die Absicht nicht alleiniger und wesentlicher Beweggrund sein. Es genügte, dass sie hinter anderen Beweggründen nicht völlig zurücktrat.¹¹³ Ein bloßes Bewusstsein der Förderung genügte dagegen nicht.¹¹⁴ Ob die Handlung ihren Zweck erreichte, war belanglos.¹¹⁵

Verbraucher verfolgen gewöhnlich ihre eigenen Interessen und haben daher in der Regel keine Wettbewerbsabsicht. Da jedoch die Absicht, fremden Wettbewerb zu fördern, genügte, konnte das subjektive Element ausnahmsweise auch bei ihnen gegeben sein.¹¹⁶ Bei

¹⁰⁶ B/H Einl Rn 247.

¹⁰⁷ Krummer-FS 356.

¹⁰⁸ BB 1975, 1311 (1314).

¹⁰⁹ UFITA 93 (1982) 25 (40).

¹¹⁰ GRUR Int. 1973, 135 (138).

¹¹¹ GRUR 1975, 349 (352).

¹¹² WRP 1982, 615 (625).

¹¹³ BGH Z 19, 392 (393 f).

¹¹⁴ BGH GRUR 1981, 658 (660).

¹¹⁵ B/H Einl Rn 232.

¹¹⁶ B/H Einl Rn 233.

Gewerbetreibenden sah der BGH dagegen bei objektiv geeignetem Verhalten eine tatsächliche Vermutung nach der Lebenserfahrung zugunsten der Wettbewerbsabsicht.¹¹⁷

Das Merkmal wurde entwickelt, um wissenschaftliche, religiöse und politische Äußerungen sowie Stellungnahmen der Medien auszuklammern.¹¹⁸ Damit sollte gesichert werden, dass der grundrechtliche Schutz der jeweiligen Institution nicht unterlaufen wird. So wies der BGH im Fall der Presse darauf hin, dass vom Bewusstsein der Wettbewerbsförderung keinesfalls per se auf eine entsprechende Absicht zu schließen sei.¹¹⁹ Gleiches gelte für wissenschaftliche Kritik an Unternehmen und ihren Produkten.¹²⁰

bb) Kritik im Schrifttum

Verfechter der objektiven Theorie wollten das subjektive Element ersatzlos streichen. Sie argumentierten, die tatsächliche Vermutung hinsichtlich der Handlungen Gewerbetreibender bedeute nichts anderes als eine Beweislastumkehr, durch die die Prüfung der Absicht in der Praxis weit gehend leer laufe, so dass auch ganz auf sie verzichtet werden könne.¹²¹

Im Übrigen seien wissenschaftliche, religiöse und politische Äußerungen sowie solche der Medien Sonderfälle, in denen andere, vorrangige Regelungen eingriffen. Diese Sonderfälle seien nicht zu verallgemeinern und rechtfertigten den eigenen Prüfungspunkt der Wettbewerbsabsicht nicht.¹²²

Dem wurde indes der Wortlaut entgegen gehalten – mit der Formulierung „zu Zwecken“ habe der Gesetzgeber die Prüfung der subjektiven Seite zwingend festgelegt.¹²³

3. Gute Sitten

a) Vorbemerkung

Es gibt wenige Rechtsbegriffe, über die so viel geschrieben worden ist wie über die guten Sitten, wie Nordemann bereits 1975 festgestellt hat¹²⁴, und der Strom an Abhandlungen über den vielleicht unbestimmtesten aller Rechtsbegriffe ist inzwischen alles andere als abgerissen. Der Theorienstreit hat mittlerweile ein gewisses Eigenleben entwickelt.¹²⁵ Das fordert dieser Abhandlung, die das Problem lediglich als Ausgangspunkt bearbeitet, ein hohes Maß an Konzentration und Kurzhaltung ab. Das gilt umso mehr, als die im Folgenden dargestellten Ansätze in ihrer Reinform gar nicht vertreten werden. Vielmehr ähneln sich praktisch alle Theorien an der ein oder anderen Stelle, lediglich die Schwerpunkte werden anders gewichtet. In den meisten Fällen, die als sittenwidrig erachtet werden, herrscht im Übrigen ein breiter Konsens über das Ergebnis. Die Streitfälle, die bleiben, vermögen die verschiedenen Ansätze indes meist auch nicht eindeutig zu lösen. So wird den Bearbeitern gelegentlich der Vorwurf übergroßer Abstraktheit gemacht.¹²⁶ Letztendlich sind es die über die Jahre zu § 1 UWG a.F. erarbeiteten Fallgruppen, von denen der Rechtsbruch eine ist, die als Unterbegriffe der guten Sitten Rechtssicherheit bringen sollen.

Nichtsdestotrotz darf ein unreflexiertes Abarbeiten dieser Fallgruppen die Arbeit am Gesetzestext nicht ersetzen, so dass sich auch diese Abhandlung in angemessener Kürze mit dem Begriff der guten Sitten auseinander zu setzen hat. Verstößt ein Verhalten nach den im vorliegenden Kapitel dargestellten Theorien nicht gegen die guten Sitten, so kann es das auch nicht unter dem Blickwinkel des Rechtsbruchs im Rahmen des § 1 UWG a.F.

¹¹⁷ GRUR 1957, 93.

¹¹⁸ Emmerich S. 29.

¹¹⁹ GRUR 1986, 812.

¹²⁰ Z 65, 325 (328).

¹²¹ Gierke / Sandrock S. 296.

¹²² Emmerich S. 29.

¹²³ Hirtz GRUR 1988, 173 (176).

¹²⁴ GRUR 1975, 625.

¹²⁵ Ohly S. 207.

¹²⁶ Ohly S. 208.

Mit anderen Worten: Beim Bearbeiten einer Fallgruppe (wie hier des Rechtsbruchs) ist stets die allgemeine Reichweite der Sittenwidrigkeit im Blickwinkel zu behalten.

Zu beachten ist dabei, dass der Begriff der guten Sitten keine einheitliche Bedeutung für alle Rechtsgebiete hat. Er ist vielmehr gegenstandsbezogen auszulegen.¹²⁷ Vorliegend ist sein Gehalt für den Schutzzweck des Wettbewerbs entscheidend. Was er im Rahmen der §§ 138, 826 BGB zu leisten vermag, interessiert hier nicht.

b) Die Anstandsformel

Bereits das Reichsgericht hat mit der Anstandsformel gearbeitet, der BGH hat sie übernommen, wenn auch zusehends andere Aspekte in seine Entscheidungen eingeflossen sind. Nach ihr sind die besonderen Umstände des Einzelfalles darauf zu prüfen, ob das in Frage stehende Verhalten mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zu vereinbaren ist.¹²⁸ Maßstab dabei kann der verständige Durchschnittsgewerbetreibende sein, soweit er betroffen ist,¹²⁹ aber auch der normale Durchschnittsbürger, wenn er bzw. die Allgemeinheit betroffen ist,¹³⁰ etwa hinsichtlich Verbraucherbelästigung,¹³¹ Nachahmungsgefahr¹³² oder des Bestandes und der Grundlagen des Leistungswettbewerbs.¹³³ Der BGH nimmt eine Gesamtwürdigung aller Umstände vor,¹³⁴ wobei mehrere Teilhandlungen, die jede für sich genommen nicht zu beanstanden sind, in ihrer Kombinations- bzw. Summenwirkung sittenwidrig werden können.¹³⁵

Die Anstandsformel wird im Schrifttum fast einhellig abgelehnt. Ihre Elemente seien nicht nachprüfbar, wird ihr vorgeworfen, so dass letzten Endes nur eine unbestimmte Formel durch eine andere ersetzt werde.¹³⁶ Im Übrigen halte sich die Rechtsprechung selber nicht an ihre Vorgaben, was sich nicht zuletzt daran zeige, dass sie die Ansichten der Bürger oder der Gewerbetreibenden der jeweiligen Branche nur ganz selten durch Umfragen ermittle.¹³⁷

c) Ethik / Moral

Ausgangspunkt vieler Abhandlungen im Schrifttum ist die Frage, welcher Ethik- bzw. Moralbegriff der Untersuchung der guten Sitten zugrunde zu liegen hat. Schließlich verweisen die Sittenwidrigkeitsklauseln zwangsläufig auf ethische (moralische, sittliche) Verhaltensnormen, da jede auf einen Interessenausgleich zielende rechtliche Verhaltensnorm letztendlich ethischer Natur ist.¹³⁸ Sack¹³⁹ unterscheidet zwischen autonomer Moral, die Gewissen und Gesinnung des Einzelnen ist, und heteronomer Moral, die fremdgesetzt ist und der Rechtsmoral oder sonstigen weltanschaulichen oder religiösen Weltordnungen entspringt. Er weist darauf hin, dass nur letztere für die Bestimmung der guten Sitten maßgeblich ist, da die Gewissensentscheidung des Einzelnen nicht entscheidend dafür sein kann, was er rechtlich darf oder nicht.

Hefermehl¹⁴⁰ umschreibt diesen Begriff mit „herrschender Sozialmoral“.

Eine allein am guten Geschmack orientierte Wertung findet dagegen nicht statt.¹⁴¹

¹²⁷ Burmann WRP 1972, 511 (513).

¹²⁸ BGH Z 10, 228 (232).

¹²⁹ K/P Einf Rn 303.

¹³⁰ BGH GRUR 1971, 322 (323).

¹³¹ BGH Z 54, 188 (190).

¹³² BGH Z 43, 278 (279).

¹³³ BGH Z 82, 375.

¹³⁴ BGH Z 81, 291 (295).

¹³⁵ BGH GRUR 1977, 668 (670).

¹³⁶ Nordemann GRUR 1975, 625 (626).

¹³⁷ Emmerich S. 43.

¹³⁸ Sack NJW 1985, 761 (768 f).

¹³⁹ NJW 1985, 761 (767).

¹⁴⁰ GRUR-FS 903 Rn 6.

¹⁴¹ BGH GRUR 1995, 592 (594).

d) Konventionalnormen

Man hat versucht, dem Begriff der guten Sitten beizukommen, indem man ihn mit den Konventionalnormen gleichgesetzt hat. Eine im Wettbewerb geübte Sitte ist demnach ein von allen Gewerbetreibenden oder von einer bestimmten Gruppe von Gewerbetreibenden zur Norm erhobener Brauch. Diese Sitte ist gut, wenn sie objektiv für den Leistungswettbewerb¹⁴² aller nützlich ist, was sich wiederum nach den Belangen der ausübenden Gruppe entscheiden soll.¹⁴³

Ob damit aber an Bestimmtheit gewonnen ist, erscheint mehr als fraglich. Wusste man vorher nicht, was der Durchschnittsgewerbetreibende für anständig hält, so rätselt man nun darüber, was er zur Norm erhoben haben will.

e) Richterliche Ermächtigung

Dass sich eine Einheitsformel, die alle Wettbewerbsverstöße erfassen kann, offensichtlich nicht aufstellen lässt, führte zu der breiten Annahme, dass § 1 UWG a.F. als Ermächtigungsnorm zu lesen sei, die den Richter legitimiere, ihren Inhalt induktiv für den Einzelfall zu konkretisieren.¹⁴⁴ Die Generalklausel gebe dem Richter so verstanden die Freiheit zur Rechtsfortbildung¹⁴⁵ und sei ein „Stück offen gelassener Gesetzgebung“, der Richter würde zum Normmitgestalter.¹⁴⁶ Und in der Tat erinnert die Realität stark an die *common law*-Praxis des angloamerikanischen Rechts.¹⁴⁷

Begründet wird dies auch historisch. Da die guten Sitten dem römischen Recht entstammen und dort die Funktion der *boni mores* auch in der Ermächtigung des Richters zur Tatbestandsabgrenzung gelegen hätten, müsse dies auch für das deutsche Recht gelten.¹⁴⁸

Sack, der seinen Ansatz von der Ermächtigung des Richters in das Korsett der klassischen Anstandsformel zwingt, argumentiert, dass der historische Gesetzgeber beim Gebrauch des Begriffs der guten Sitten von der Anstandsformel ausgegangen und dabei von einer Ansicht geprägt worden sei, „die den Juristen aufgrund seiner Herkunft, Bildung und Ausbildung als den Repräsentanten des Volksgeistes und damit wohl auch der gerecht und billig Denkenden verstand“. Daher enthalte die Generalklausel die Aufforderung an den Richter, im konkreten Einzelfall eine nach seinem Anstandsgefühl billige und gerechte Entscheidung zu treffen.¹⁴⁹

Falls dieses Argument zur Entstehungszeit von BGB und UWG von 1909 Gültigkeit gehabt haben sollte, so hat es diese jedoch inzwischen verloren. Die Vorstellung, die der historische Gesetzgeber mit dem Begriff der guten Sitten im Wettbewerb verband, hat sich inzwischen gewandelt, so dass historische Auslegungen nicht mehr weiter helfen.¹⁵⁰

Allgemein problematisch an diesem Ansatz ist, dass anstelle des Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden das des zuständigen BGH-Senats tritt.¹⁵¹ Und auch Befürworter der Ermächtigung gestehen ein, dass die Richter ihre Entscheidungen meist intuitiv treffen.¹⁵²

Dem richterlichen Ermessen wird so weit gehend freie Hand gelassen.

Letztendlich muss sich auch der Richter bei seiner Entscheidung von vorhersehbaren, bekannten und nachvollziehbaren Kriterien leiten lassen. Meist greift er hierbei auf den *ordre public* oder die Grundsätze des Leistungswettbewerbs zurück.

¹⁴² Hier zeigt sich, dass eine klare Trennung der Theorien einfach nicht möglich ist, siehe unter g).

¹⁴³ Vogt NJW 1976, 729 (736).

¹⁴⁴ Hefermehl GRUR-FS 904 f Rn 9.

¹⁴⁵ Hefermehl Fischer-FS 199.

¹⁴⁶ Hirtz GRUR 1986, 110 (111).

¹⁴⁷ Ohly S. 233.

¹⁴⁸ Mayer-Maly JuS 1986, 596 (598).

¹⁴⁹ NJW 1985, 761 (764).

¹⁵⁰ Ohly S. 206.

¹⁵¹ Nordemann, GRUR 1975, 625 (627).

¹⁵² Hefermehl, GRUR-FS 905 Rn 10.

f) Ordre Public

Hiernach liegt in den guten Sitten als unbestimmtem Rechtsbegriff eine Einbruchsstelle der Grundrechte in das Wettbewerbsrecht, so dass die guten Sitten durch den *ordre public* des Grundgesetzes konkretisiert werden.¹⁵³ So soll der Richter durch Art. 1 III GG hier besonders intensiv an die Verfassung gebunden sein.¹⁵⁴ § 1 UWG a.F. sei somit nichts anderes als die wettbewerbsrechtliche Ausprägung des Art. 2 I GG: Die durch letzteren garantierte Freiheit der Betätigung im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs finde ihre Grenzen in den Rechten anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung und dem Sittengesetz.¹⁵⁵

Freilich ist auch dieser Ansatz nicht frei von der Schwäche, die eigentlich allen Theorien zur Sittenwidrigkeit vorgeworfen wird: Hier wird wieder nur ein unbestimmter Begriff durch einen anderen ersetzt.¹⁵⁶

g) Leistungswettbewerb

Nach diesem Prinzip können nur leistungsgerechte Wettbewerbsmittel Gegenstand des Leistungsvergleichs auf dem Markt sein und zum Leistungswettbewerb zählen, der die Durchsetzung der besseren Leistung auf dem Markt ermöglichen soll.¹⁵⁷ Kriterium ist hier, ob der Wettbewerb auf Qualität und Preiswürdigkeit der eigenen Leistung aufbaut.¹⁵⁸

Als Nichtleistungswettbewerb und damit sittenwidrig wird dagegen ein wettbewerbsfremdes, den Grundsätzen des Leistungswettbewerbs nicht entsprechendes Verhalten angesehen.¹⁵⁹

Aber auch hier wird kritisiert, dass „einfach an die Stelle eines unbestimmten Rechtsbegriffs ein anderer gesetzt wird“¹⁶⁰, der „abstrakt wie die Generalklausel selbst“¹⁶¹ ist.

h) Funktionaler Ansatz

Der funktionale Ansatz sieht als übergeordneten Gesichtspunkt der Wertung den Schutzzweck des UWG.¹⁶² Verletze das Verhalten eines Wettbewerbers die konkreten Funktionen des Wettbewerbs, so sei es funktions- und damit sittenwidrig, da die guten Sitten im Wettbewerb dahin gingen, die dem Wettbewerb eigenen Funktionen zu erhalten und zu fördern. Eine Funktionsstörung sei daher aus den objektiven Funktionen des Wettbewerbs heraus als Verstoß gegen die guten Sitten zu werten.¹⁶³ Entscheidender Maßstab seien Funktionsbedingungen und Funktionsweise eines hinreichend freien und fairen Wettbewerbs.¹⁶⁴

Ob mit diesen Begriffen an Rechtsklarheit gewonnen wird, mag indes dahin gestellt bleiben.

i) Subjektive Voraussetzungen

Nach fast einhelliger Auffassung bedurfte es für § 1 UWG a.F. zwar nicht eines bewusst sittenwidrigen Handelns, jedoch musste der Wettbewerber alle Umstände gekannt haben, die sein Verhalten sittenwidrig machten.¹⁶⁵

Nur sehr sporadisch wurde dafür plädiert, bei der Bestimmung der Sittenwidrigkeit vollständig auf subjektive Elemente zu verzichten. Dieser Ansicht wird hier gefolgt, da es nicht von dem Willen der Beteiligten, sondern nur vom „objektiven“ Gesetz abhängen kann,

¹⁵³ Hirtz GRUR 1986, 110 (114).

¹⁵⁴ Hirtz GRUR 1986, 110 (111).

¹⁵⁵ Nordemann GRUR 1975, 625 (629).

¹⁵⁶ Hefermehl GRUR-FS 904 Rn 8.

¹⁵⁷ Hefermehl Fischer-FS 200.

¹⁵⁸ BGH Z 51, 236 (242).

¹⁵⁹ von Gramm WM 1976, 338 (341).

¹⁶⁰ Emmerich S. 50.

¹⁶¹ Ohly S. 233.

¹⁶² K/P Einf Rn 273.

¹⁶³ Burmann WRP 1972, 511 (514).

¹⁶⁴ Emmerich S. 51.

¹⁶⁵ von Gramm WM 1976, 338 (341).

was im Wettbewerb erlaubt und was verboten ist.¹⁶⁶ Anderes kann sich nur für den weitergehenden Schadensersatzanspruch ergeben.

II. Geltendes Recht

Das UWG in seiner geltenden Fassung sieht in § 3 eine Generalklausel vor, der in § 4 eine Liste von Beispielen unlauteren Wettbewerbs folgt.

Die Generalklausel lautet:

§ 3: Verbot unlauteren Wettbewerbs

Unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen, sind unzulässig.

Dieser Abschnitt stellt die entsprechenden Vorarbeiten, die geltende Rechtslage und die ersten Reaktionen im Schrifttum dar.

1. Regelungstechnik

Fezer schlägt zwei Alternativen der Gesetzgebungstechnik vor:¹⁶⁷ Zum einen könne die Generalklausel durch einen Beispielskatalog ergänzt werden. Zum anderen könnten in einem dualen System Spezialtatbestände selbständig neben der Generalklausel stehen. Vorteil der ersten Alternative sei, dass dem Richter wettbewerbsrechtliche Wertmaßstäbe und Beurteilungskriterien als Auslegungsdirektiven bei der Konkretisierung der Generalklausel an die Hand gegeben würden. Nachteil sei dagegen, dass ein Beispielskatalog stets zeitbedingt sei und die Flexibilität der Generalklausel beschränke. Außerdem sei das Richterrecht in Anpassung an aktuelle Entwicklungen schwerfälliger, weniger transparent und weniger legitimiert als die parlamentarische Gesetzgebung. Fezer plädiert daher für das duale System einer Generalklausel auf der einen und Spezialtatbeständen auf der anderen Seite. Dies gewährleiste Rechtssicherheit und zeitnahe und sachgerechte Anpassung des Wettbewerbsrechts an aktuelle Entwicklungen, wenn sich die Spezialtatbestände auf die Regelung von Kernbereichen beschränkten.

Schricker und Henning-Bodewig erwähnen daneben als dritte Möglichkeit die Voranstellung der Einzeltatbestände, auf die die anschließende Generalklausel dann Bezug nimmt („unlauter handelt auch, wer durch ein anderes Mittel ...“). Aus europäischer Perspektive unter Berücksichtigung des angelsächsischen Misstrauens gegenüber dem weiten Anwendungsbereich der Generalklausel bevorzugen sie diese Variante.¹⁶⁸

In der mit Köhler und Bornkamm erstellten Arbeit dagegen befürwortet Henning-Bodewig eine vorangestellte Generalklausel mit anschließendem Beispielskatalog.¹⁶⁹

Dem folgen auch Referenten- und Regierungsentwurf¹⁷⁰ und schließlich der Gesetzgeber. Die nicht abschließenden Beispiele sollen die Generalklausel präzisieren und dadurch größere Transparenz schaffen.¹⁷¹

Engels / Salomon kritisieren den Katalog, da er den dynamischen Charakter der Generalklausel beschneide und zu einer „Erstarrung des Wettbewerbsrechts“ beitrage.¹⁷²

Auch Ohly bemängelt, dass die aufgeführten Fallgruppen im Zustand des Jahres 2003 „eingefroren“ würden, sieht andererseits aber auch den Vorteil größerer Transparenz und den Zwang der Praxis, die unlauterkeitsbegründenden Faktoren präzise zu benennen.¹⁷³

¹⁶⁶ So auch Emmerich S. 57.

¹⁶⁷ Fezer WRP 2001, 989 (994).

¹⁶⁸ Schricker / Henning-Bodewig WRP 2001, 1367 (1379).

¹⁶⁹ Köhler / Bornkamm / Henning-Bodewig WRP 2002, 1317 (1318 f).

¹⁷⁰ GRUR 2003, 298; www.bmj.bund.de S. 4 f.

¹⁷¹ www.bmj.bund.de S. 33.

¹⁷² Engels / Salomon WRP 2004, 32 (35).

¹⁷³ Ohly GRUR 2004, 889 (896).

Durch den ausführlichen Beispielskatalog verkleinert sich der Anwendungsbereich der Generalklausel im Vergleich zu § 1 UWG a.F. erheblich, beschränkt sich auf die Funktion, Lücken zu schließen¹⁷⁴ und wird so „von der Königsnorm zum Auffangtatbestand“.¹⁷⁵

2. Unbestimmter Rechtsbegriff

Fezer will auf den Begriff der „guten Sitten“ verzichten, da dieser keinen Wettbewerbsbezug aufweise. Angemessener sei es, auf eine „Beeinträchtigung des lautereren und unverfälschten Leistungswettbewerbs sowie der Belange der Verbraucher“ abzustellen.¹⁷⁶ Schricker und Henning-Bodewig dagegen wollen an dem klassische Begriff festhalten. Wesentlich für die Unlauterkeit solle sein, dass „im geschäftlichen Verkehr unter der Verletzung der guten Sitten die Interessen der Anbieter, Abnehmer und/oder der Allgemeinheit beeinträchtigt werden oder der Gefahr einer Beeinträchtigung ausgesetzt sind.“¹⁷⁷

Und wieder ist in der folgenden, auch von Henning-Bodewig mitgetragenen Arbeit ein Richtungswechsel zu verzeichnen. In dem mit Köhler und Bornkamm erstellten Vorschlag wird wie folgt formuliert:¹⁷⁸

Unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Verbraucher, der Mitbewerber oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht unerheblich zu verfälschen, sind verboten.

Die Formulierung „zum Nachteil“ soll dabei zum Ausdruck bringen, dass die Lauterkeit nicht um ihrer selbst Willen geschützt wird, sondern nur, insoweit die fragliche Maßnahme tatsächlich geeignet ist, zu einer Beeinträchtigung geschützter Interessen zu führen.¹⁷⁹

In Änderung der Reihenfolge der Aufzählung der geschützten Interessen und Ersetzung von „verboten“ durch „unzulässig“ haben die Entwürfe diesen Vorschlag übernommen.¹⁸⁰

Unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht unerheblich zu verfälschen, sind unzulässig.

„Unlauter“ sollen danach alle Handlungen sein, die „den anständigen Gepflogenheiten in Handel, Gewerbe, Handwerk oder selbständiger beruflicher Tätigkeit zuwiderlaufen“.¹⁸¹

Unter Verfälschung des Wettbewerbs sei nicht von vornherein eine Verfälschung des Wettbewerbs als Institution zu verstehen. Maßstab seien vielmehr die Wirkungen wettbewerbswidrigen Verhaltens auf das Marktgeschehen. Das setze eine nach objektiven und subjektiven Kriterien unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu treffende Wertung voraus, in die neben Art und Schwere des Verstoßes die zu erwartenden Auswirkungen auf den Wettbewerb und der Schutzzweck des Wettbewerbsrechts einzubeziehen seien.¹⁸² Den Begründungen zur Normzweckklausel entsprechend werde auf den Begriff der „guten Sitten“ verzichtet, um den Wettbewerber nicht unnötig mit dem Makel der Unsittlichkeit zu belasten.¹⁸³

Berlit bemängelt, dass der Begriff des „Verfälschens“ als solcher nicht näher erläutert wird.¹⁸⁴ Unter Rückgriff auf das Strafrecht versteht er hierunter, dass die Wettbewerbshandlung geeignet sein muss, „nachträglich einen bestehenden Wettbewerb auf eine Weise inhaltlich zu

¹⁷⁴ Schünemann WP 2004, 925 (928).

¹⁷⁵ Ohly GRUR 2004, 889 (897).

¹⁷⁶ Fezer WRP 2001, 989 (999).

¹⁷⁷ Schricker / Henning-Bodewig WRP 2001, 1367 (1378).

¹⁷⁸ Köhler / Bornkamm / Henning-Bodewig WRP 2002, 1317 (1318).

¹⁷⁹ Köhler / Bornkamm / Henning-Bodewig WRP 2002, 1317 (1325).

¹⁸⁰ WRP 2003, 298; www.bmj.bund.de S. 4.

¹⁸¹ www.bmj.bund.de S. 30.

¹⁸² www.bmj.bund.de S. 33.

¹⁸³ www.bmj.bund.de S. 30.

¹⁸⁴ Berlit WRP 2003, 563 (564).

verändern bzw. zu beeinflussen, dass ein vorher gesetzter Anschein konterkariert wird.“ Dem gemäß sei ein Vergleich des „regelmäßigen“ mit dem späteren, verfälschten Wettbewerb nötig. Ansprüche könnten aus der Generalklausel also nur hergeleitet werden, wenn der wettbewerbswidrig Handelnde durch seine Wettbewerbshandlung den Anschein erwecke, diese Handlung entspreche einem üblichen lauterem Verhalten. Das umschreibe aber letztlich nichts anderes als den Irreführungstatbestand. Da die Handlung darüber hinaus „unlauter“ und geeignet sein müsse, den Wettbewerb „nicht unerheblich zu verfälschen“ (dazu gleich), träten an die Stelle der bekannten „guten Sitten“ drei neue Begriffe, die kumulativ vorliegen müssten.¹⁸⁵ Das werde zu einer umfangreichen Instanzrechtsprechung führen, um neu geschaffene Konflikte zu klären.¹⁸⁶

Im Übrigen sei zweifelhaft, dass dem Begriff der „Unlauterkeit“ ein geringerer Makel innewohne als dem der „Unsittlichkeit“.¹⁸⁷

Zumindest der problematische Begriff des „Verfälschens“ ist inzwischen auf der Strecke geblieben. Bereits Sack hatte vorgeschlagen, auf „Beeinträchtigung“ statt auf „Verfälschung“ abzustellen.¹⁸⁸ Auch der Bundesrat stellte in seiner Stellungnahme für das aus § 13 II UWG a.F. bekannte „Beeinträchtigen“ ab und wies darauf hin, dass es keinen richtigen oder falschen Wettbewerb, sondern nur beschränkten oder behinderten, also beeinträchtigten Wettbewerb gebe.¹⁸⁹ Dem schloss sich die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung vorbehaltlos an.¹⁹⁰ § 3 UWG stellt nun dem entsprechend auf Beeinträchtigungen und nicht auf Verfälschungen ab.

3. Erheblichkeitsklausel

Fezer befürwortet die Einführung einer Spürbarkeitsgrenze entweder als allgemeine Vorschrift oder integriert in die Generalklausel im Sinne des Erfordernisses einer wesentlichen, erheblichen oder unverhältnismäßigen Beeinträchtigung des Leistungswettbewerbs.¹⁹¹ Der Vorschlag von Köhler, Bornkamm und Henning-Bodewig¹⁹² und die Entwürfe¹⁹³ haben sich für die Integrierung in die Generalklausel entschieden und stellen, wie im vorherigen Abschnitt zitiert, auf Handlungen ab, die geeignet sind, den Wettbewerb „nicht unerheblich zu verfälschen“. Laut Begründung soll das lediglich Bagatellfälle ausschließen, so dass die Schwelle nicht zu hoch anzusetzen sei.¹⁹⁴

Gegen die Spürbarkeitsklausel spricht sich die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht aus.¹⁹⁵ Ohly sieht Schwierigkeiten in der praktischen Anwendung.¹⁹⁶ Laut Seichter ist eine Bagatellgrenze dagegen nötig, um die Akzeptanz des Gesetzes zu fördern.¹⁹⁷ Engels / Salomon begrüßen, dass sich die Gerichte von nun an nur mit wettbewerbsrelevanten Verstößen beschäftigen müssten und unseriösen Abmahnern missbräuchliches Verhalten erschwert werde.¹⁹⁸

Der Bundesrat hat gefordert, auf eine nicht „nur“ unerhebliche Beeinträchtigung abzustellen, um klarzustellen, dass nicht unlautere Wettbewerbshandlungen zu einem beachtlichen Teil legalisiert werden, sondern nur die eben genannten Bagatellfälle ausgeschlossen werden

¹⁸⁵ Berlit WRP 2003, 563 (564).

¹⁸⁶ Berlit WRP 2003, 563 (567).

¹⁸⁷ Berlit WRP 2003, 563 (564).

¹⁸⁸ Zitiert in Bruhn GRUR 2003, 132 (134).

¹⁸⁹ BT Drucksache 15/1487, 30.

¹⁹⁰ BT Drucksache 15/1487, 40.

¹⁹¹ Fezer WRP 2001, 989 (1000 f).

¹⁹² Köhler / Bornkamm / Henning-Bodewig WRP 2001, 1317 (1318).

¹⁹³ GRUR 2003, 298; www.bmj.bund.de S. 4.

¹⁹⁴ www.bmj.bund.de S. 33.

¹⁹⁵ GRUR 2003, 127 (129).

¹⁹⁶ Ohly GRUR 2004, 889 (95).

¹⁹⁷ Zitiert in Bruhn GRUR 2003, 132 (134).

¹⁹⁸ Engels / Salomon WRP 2004, 32 (34).

sollen.¹⁹⁹ Dem sind die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung und schließlich auch der Gesetzgeber gefolgt.²⁰⁰

4. Wettbewerbshandlung / Wettbewerbsverhältnis

Fezer fordert, an dem Erfordernis einer Wettbewerbshandlung festzuhalten, da Gegenstand des UWG als Wettbewerbsgesetz nicht allgemein das Handeln eines Unternehmens im geschäftlichen Verkehr, sondern lediglich marktbezogenes Verhalten sei.²⁰¹ Eine Wettbewerbshandlung liege vor, wenn das Verhalten des Unternehmens objektiv geeignet ist, die Marktverhältnisse zu beeinflussen.²⁰² Allerdings sei eine besondere Erwähnung des Begriffs nicht nötig. Die Voraussetzung werde vielmehr schon dadurch zum Ausdruck gebracht, dass auf eine Beeinträchtigung des Leistungswettbewerbs oder eine Beeinflussung der Wettbewerber und Verbraucher abgestellt werde.²⁰³

Ein Wettbewerbsverhältnis solle dagegen nicht mehr gefordert werden, da es den Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts unangemessen begrenze und mit dessen Funktionswandel von reinem Konkurrentenschutz hin zur Einbeziehung von Verbraucher- und Allgemeininteressen nicht zu vereinbaren sei. Das werde umso deutlicher, wenn man den Verbraucherschutz als dem Konkurrentenschutz gleichwertig ansehe.²⁰⁴

Auch das Gutachten von Schrickler und Henning-Bodewig fordert ohne weitere Erläuterungen den Verzicht auf ein Wettbewerbsverhältnis.²⁰⁵

Nicht ganz eindeutig dagegen zeigt sich der Vorschlag, den Henning-Bodewig zusammen mit Köhler und Bornkamm unterschrieben hat: Artikel / Paragraf 2 Nummer 1 definiert Wettbewerbshandlung als

*jede Handlung mit dem Ziel, zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens den Absatz oder den Bezug von Waren oder die Erbringung oder den Bezug von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern.*²⁰⁶

Laut den Erläuterungen soll der Begriff der Wettbewerbshandlung damit in der Sache dem „Handeln im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs“ im Sinne des § 1 UWG a.F. entsprechen.²⁰⁷ Das ist hinsichtlich der allgemeinen Definition richtig.²⁰⁸ Wenn sich die Begriffe aber „in der Sache“ decken sollen, ohne dass dies weiter ausgeführt wird, so beinhaltet dies eine vollständige Übereinstimmung. Das bedeutet schlusslogisch, dass hiernach auch am weiteren Erfordernis des geltenden „Handelns im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs“ festgehalten werden soll – dem Wettbewerbsverhältnis. Damit setzt sich Henning-Bodewig in Widerspruch zu ihrem nur ein Jahr zuvor zusammen mit Schrickler veröffentlichten Gutachten. So eindeutig wie es die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht sieht, die in einer Stellungnahme zum Vorschlag von Köhler, Bornkamm und Henning-Bodewig lobt, dass ein Wettbewerbsverhältnis nicht mehr gefordert werde,²⁰⁹ ist die Sache jedenfalls nicht.

Auch Referenten- und Regierungsentwurf und schließlich das geltende Recht verfolgen keine einheitliche Linie. Zwar decken sich die Formulierungen in § 2 Nr. 1 und unterscheiden sich

¹⁹⁹ BT Drucksache 15/1487, 29 f.

²⁰⁰ BT Drucksache 15/1487, 40.

²⁰¹ Fezer WRP 2001, 989 (999).

²⁰² Fezer WRP 2001, 989 (1000).

²⁰³ Fezer WRP 2001, 989 (1000).

²⁰⁴ Fezer WRP 2001, 989 (999).

²⁰⁵ Schrickler / Henning-Bodewig WRP 2001, 1367 (1378).

²⁰⁶ Köhler / Bornkamm / Henning-Bodewig WRP 2002, 1317 (1318).

²⁰⁷ Köhler / Bornkamm / Henning-Bodewig WRP 2002, 1317 (1325).

²⁰⁸ Vgl. I.1.; I.2.a).

²⁰⁹ GRUR 2003, 127 (128).

auch nur unerheblich vom Vorschlag Köhlers, Bornkamms und Henning-Bodewigs. Wettbewerbshandlung ist danach *jede Handlung einer Person mit dem Ziel, zu Gunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens den Absatz oder den Bezug von Waren oder die Erbringung oder den Bezug von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern.*²¹⁰

Wie diese Definition zu verstehen ist, wird jedoch unterschiedlich erläutert. Der Referentenentwurf führt wie der vorhergehende Vorschlag aus, dass die Wettbewerbshandlung in der Sache dem „Handeln im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs“ des § 1 UWG a.F. entspreche. Und er wird konkreter: Zwischen dem geförderten und dem benachteiligten Unternehmen müsse ein konkretes Wettbewerbsverhältnis bestehen, wobei entsprechend der bisherigen Rechtslage ein mittelbares Wettbewerbsverhältnis genüge.²¹¹

Anders dagegen kurz und knapp die Erläuterung des Regierungsentwurfs: „Nicht erforderlich ist das Vorliegen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses, so dass auch Unternehmer mit Monopolstellung erfasst werden.“²¹²

Da nach dem Wortlaut beide Auslegungen möglich erscheinen, wird hier die letzte Erläuterung der Verfasser zugrunde gelegt. Das UWG n.F. macht in diesem Sinne die Anwendbarkeit der Generalklausel nicht von einem konkreten Wettbewerbsverhältnis abhängig. Das bedeutet indes schlusslogisch, dass ein abstraktes Wettbewerbsverhältnis auch weiterhin gefordert wird. Henning-Bodewig folgt dagegen ihrer bereits im zusammen mit Schrickler erstellten Gutachten²¹³ geäußerten Ansicht, nach der der Begriff der Wettbewerbshandlung überhaupt kein Wettbewerbsverhältnis voraussetze – weder abstrakt noch konkret. Dies sei vielmehr eine Frage der Anspruchsberechtigung.²¹⁴

Engels und Salomon hingegen meinen, dass der Begriff der Wettbewerbshandlung ein konkretes Wettbewerbsverhältnis voraussetze, da er dem „Handeln im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs“ i.S.d. § 1 UWG a.F. entspreche.²¹⁵

Überlebt hat das konkrete Wettbewerbsverhältnis zweifelsfrei im Rahmen der Definition des Mitbewerbers in § 2 I Nr. 3 des Regierungsentwurfs als *jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in Wettbewerb steht.*²¹⁶

Der Referentenentwurf hatte die Vorschrift noch um den Halbsatz „oder durch die Wettbewerbshandlung unmittelbar betroffen ist“ ergänzt.²¹⁷ Beide Begründungen betonen, dass die Mitbewerbereigenschaft ein konkretes Wettbewerbsverhältnis voraussetze,²¹⁸ wobei der Regierungsentwurf ergänzt, dass dies auch mittelbar sein könne²¹⁹.

Dem Bundesrat war die Wortwahl nicht genau genug. Er schlug vor, „in Wettbewerb steht“ durch „in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht und durch die Wettbewerbshandlung unmittelbar verletzt ist“ zu ersetzen.²²⁰ Die Bundesregierung nahm sich die Kritik zu Herzen,

²¹⁰ GRUR 2003, 298; www.bmj.bund.de S. 3.

²¹¹ GRUR 2003, 298 (304).

²¹² www.bmj.bund.de S. 31.

²¹³ Schrickler / Henning-Bodewig WRP 2001, 1367.

²¹⁴ Henning-Bodewig GRUR 2004, 713 (715).

²¹⁵ Engels / Salomon WRP 2004, 32 (34).

²¹⁶ www.bmj.bund.de S. 4.

²¹⁷ GRUR 2003, 298.

²¹⁸ GRUR 2003, 298 (304); www.bmj.bund.de S. 31.

²¹⁹ www.bmj.bund.de S. 31.

²²⁰ BT Drucksache 15/1487, 29.

strich aber in ihrer Gegenäußerung den zweiten Halbsatz des Bundesratsvorschlags wieder.²²¹ Dem ist der Gesetzgeber gefolgt. Laut § 2 I Nr. 3 UWG n.F. bedeutet daher „Mitbewerber“ *jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht.*

5. Subjektive Voraussetzungen

Der Bundesrat hat dafür plädiert, entgegen der aktuellen herrschenden Meinung klarzustellen, dass eine objektive Eignung zur Beeinträchtigung des Wettbewerbs für die Verwirklichung der Generalklausel genüge, da das gleiche Verhalten nicht dem einen verboten und dem anderen erlaubt werden könne. Schließlich gehe es nicht um eine Bestrafung des Wettbewerbers, sondern um die Verhinderung des Verhaltens.²²²

Dem widerspricht die Bundesregierung. Es handele sich um eine dogmatische Frage, deren Klärung der Rechtsprechung und Literatur überlassen werden könne. Die praktische Bedeutung sei ohnehin gering, da die Kenntnis spätestens mit einer Abmahnung vorliege.²²³

C. Rechtsbruch

I. UWG a.F.

1. Qualität der verletzten Vorschrift

Ausgangspunkt der Untersuchung ist die Frage, was unter „Rechtsbruch“ zu verstehen ist, welches „Recht“ also maßgeblich ist. Es ist jede Rechtsnorm, also eine Verordnung oder Satzung ebenso wie ein formelles Gesetz,²²⁴ in nationale Gesetze transformierte völkerrechtliche Verträge, unmittelbar geltendes Gemeinschaftsrecht, Gewohnheitsrecht und Recht, das durch richterliche Rechtsfortbildung geschaffen wurde.²²⁵

Was keine Rechtsnorm ist, fällt damit auch nicht in diese Kategorie und in diese Abhandlung. Damit bleiben insbesondere Wettbewerbsregeln, Berufs- und Standesordnungen und technische Regeln außen vor.²²⁶

Erstere sind private Richtlinien, die von den Unternehmen einer Branche aufgestellt werden, um die Gebote des lautereren Wettbewerbs für die betreffende Branche zu konkretisieren,²²⁷ etwa die Richtlinien des Zentralverbandes der deutschen Werbewirtschaft (ZAW-Richtlinien), die Wettbewerbsrichtlinien der Versicherungswirtschaft oder die Werberichtlinien des Verbandes der Zigarettenindustrie. Sie sind als privatrechtliche Verträge, die nur die Beteiligten binden, einzuordnen.²²⁸ Da sie keinen Gesetzesrang haben, können sie allenfalls als Erkenntnishilfe oder Indiz für das, was in einer Branche den guten Sitten des Wettbewerbs entspricht, dienen.²²⁹ Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche aus § 1 UWG kann der Verstoß gegen sie nicht so ohne weiteres, wie das beim Gesetzesbruch der Fall sein kann, begründen. Gegenüber Außenseitern, die nicht an solchen Regeln beteiligt sind, sind sie grundsätzlich nicht durchsetzbar.²³⁰

Aber auch als Erkenntnisquelle für die Auffassungen einer Branche sind sie mit Vorsicht zu genießen, etwa, wenn sie nur erstellt wurden, um einer strengeren Regelung durch den

²²¹ BT Drucksache 15/1487, 40.

²²² BT Drucksache 15/1487, 30.

²²³ BT Drucksache 15/1487, 40.

²²⁴ Gloy-Jakobs/Hasselblatt § 46 Rn 3.

²²⁵ Heidelberger Kommentar § 1 Rn 610.

²²⁶ Heidelberger Kommentar § 1 Rn 610.

²²⁷ Emmerich S. 323 f.

²²⁸ BGH GRUR 1994, 219.

²²⁹ BGH GRUR 1977, 257 (259).

²³⁰ B/H § 1 Rn 691.

Verordnungsgeber zuvorzukommen oder wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich viele Branchenmitglieder nicht an die Regeln gebunden fühlen.²³¹ Darüber hinaus sind sie oft kartellrechtlich nicht ganz unbedenklich und können daher ohnehin nichtig sein.²³² Auch ist zu bedenken, dass Motivation für die Erstellung solcher Regeln vielfach der Versuch ist, die Rechtsprechung in ihrer Definition lauterer Verhaltens zu beeinflussen, um Außenseitern zugunsten der etablierten Branchenangehörigen das Leben schwer zu machen. Zugegebenenerweise neigen die Gerichte gelegentlich dazu, sich solche detaillierten Verbandsregeln zunutze zu machen, da sie ihnen die Ausfüllung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel auch argumentativ erleichtern.²³³ Maß gebend können aber nicht sie, „sondern immer nur Gesetz und Recht und sonst nichts“ sein, was sich schon aus Art. 20 III GG ergibt.²³⁴

Gleiches gilt für Berufs- und Standesordnungen wie die der Heilberufe und der Rechtsberatung: Sofern es nicht ausdrücklich geregelt ist (etwa in § 57 I StBerG, §§ 1, 18 WPO) oder sie zu Gewohnheitsrecht geworden sind, sind sie keine Rechtsnormen. Sie können allenfalls dazu herhalten, herauszufinden, was nach Auffassung der Berufsangehörigen dem Wesen und der Würde des Berufsstandes entspricht. Schließlich ist auch hier zu bedenken, dass die Berufsverbände in erster Linie ihre eigenen Interessen vertreten, so dass ihre Auffassungen von Unlauterkeit für den Richter nicht Maß gebend sein können. Außerdem kann nicht jeder Standesregel ohne weiteres unterstellt werden, dass sie auch tatsächlich eine Standesauffassung wieder spiegelt und einheitlich befolgt wird.²³⁵ Auch Standesregeln können daher nicht entscheidend sein, Maßstab bleibt das Gesetz.

Ebenso zu behandeln sind schließlich technische Regeln wie DIN-Normen. Auch sie sind keine Rechtsnormen, sondern lediglich unverbindliche Empfehlungen, deren Anwendung zwar erwartet wird aber doch auf freiwilliger Basis geschieht.²³⁶ Damit scheiden auch sie als Grundlage dieser Arbeit aus.

2. Der klassische Ansatz

Dieser Abschnitt orientiert sich an der traditionellen deutschen Unterscheidung zwischen dem Bruch wertbezogener Normen auf der einen und wertneutraler Normen auf der anderen Seite. Dass dieses Gebiet, das auf ewige Zeit unabänderlich erschien, schließlich doch in Bewegung geraten ist, wird in dem folgenden Abschnitt unter „Neuere Entwicklungen“ gewürdigt. Außerdem wird auf die Besonderheiten, die für die Verletzung von Ausschließlichkeitsrechten gelten, eingegangen.

a) Sittlich fundierte / wertbezogene / unmittelbar wettbewerbsbezogene Normen

aa) Wettbewerbshandlung im geschäftlichen Verkehr

Dass die Arbeit mit den zu § 1 UWG a.F. entwickelten Fallgruppen nicht am Gesetzestext mit seinen allgemeinen Voraussetzungen vorbei führen darf, wurde bereits erwähnt. Das bedeutet, dass eine unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs zu untersuchende Handlung erst die beiden großen Tore der Generalklausel passieren muss. Geschieht sie nicht im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs, so ist sie auch nicht unlauter im Sinne des § 1 UWG – Rechtsbruch hin oder her.

Dass dies in der Vergangenheit hin und wieder außer Acht gelassen wurde und Fallgruppen wie die des Rechtsbruchs „ein von ihrer normativen Grundlage weitest gehend gelöstes und schwer kontrollierbares Eigenleben als Ersatztatbestandsmerkmale mit integriertem

²³¹ BGH GRUR 1994, 219 (220).

²³² Emmerich S. 324.

²³³ Sosnitza S. 234 f.

²³⁴ Emmerich S. 325.

²³⁵ B/H § 1 Rn 673.

²³⁶ BGH Z 59, 303 (308 f.).

Rechtswidrigkeitsurteil“ gewonnen haben, bemängelt Schönemann als Verlust an Rechtsstaatlichkeit.²³⁷

bb) Zeitpunkt

Die Frage, ob der Gesetzesverstoß mit der Wettbewerbshandlung zusammenfallen muss oder ob er ihr auch vorausgehen oder nachfolgen kann, blieb seit Kohlers Ausführungen von 1914²³⁸ weitgehend unbeachtet. Zahlreiche Lehrbücher und teilweise auch die Kommentare ignorieren den Aspekt ganz einfach.²³⁹ Köhler/Piper weisen lediglich kurz darauf hin, dass in die Würdigung des zu beurteilenden Gesamtverhaltens alle maßgeblichen Umstände einzubeziehen sind, egal, ob sie die Wettbewerbshandlung begleiten, ihr vorausgehen oder nachfolgen.²⁴⁰

Auch herrschte keineswegs Klarheit darüber, ob in die Gruppe der vorausgegangenen oder nachfolgenden Verstöße nur solche gegen wertneutrale oder auch solche gegen wertbezogene Normen fallen sollten. Hefermehl behandelte den Bereich jedenfalls als Unterabschnitt zu den wertneutralen Vorschriften, ohne auf die Frage einzugehen.²⁴¹

Die allgemeine Trägheit, mit der diese Thematik bis in die 80er Jahre angegangen wurde, lässt sich wohl mit der bis dato geringen praktischen Relevanz erklären – es gab einfach keine Fälle, deren Lösung hiervon abgehängt hätte. Angestoßen durch die Rechtsprechung erlangte die Frage der Vor- und Rückschau erst in den letzten Jahren wieder Beachtung. Der aktuellen Entwicklung ist ein eigener Abschnitt gewidmet.²⁴²

Bis dahin galt wohl, dass auch vorausgehende oder nachfolgende Gesetzesverstöße irgendwie unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu beachten seien, ohne dass eine theoretische Aufarbeitung des Bereichs stattfand.

cc) Sittenwidrigkeit wegen Rechtsbruchs

(1) Wettbewerbliche Relevanz

An dieser Stelle ist zu prüfen, ob der Rechtsverstoß für die Beurteilung der Wettbewerbshandlung erheblich ist. Das ist nur der Fall, wenn er sich irgendwie auf den Wettbewerb auswirkt und dadurch den Schutzbereich des § 1 UWG a.F. berührt. Mit anderen Worten: Nur wenn die Rechtsverletzung geeignet ist, die Wettbewerbslage irgendwie zu beeinflussen, kann sie überhaupt wettbewerbliche Relevanz entwickeln. Tut sie das nicht, so ist die Generalklausel a.F. nicht einschlägig.²⁴³

(2) Wettbewerbsrechtliche Wertung

Der Verstoß gegen so genannte werthaltige Normen indizierte grundsätzlich die Unlauterkeit, ohne dass es der Feststellung weiterer Unlauterkeitsumstände bedurfte, denn es lag auch in der Zielsetzung des § 1 UWG a.F., zu verhindern, dass die Lauterkeit des Wettbewerbs durch dessen Betreibung unter Missachtung gewichtiger Interessen der Allgemeinheit beeinträchtigt wurde.²⁴⁴

Die Kategorie lässt sich in drei Untergruppen einteilen:²⁴⁵

Den Verstoß gegen

- sittlich fundierte Normen,
- Vorschriften, die dem Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter dienen

und

²³⁷ Schönemann WRP 2002, 1345 (1347).

²³⁸ Siehe A.III. (Fn. 47).

²³⁹ Z.B. Emmerich; Speckmann; Gloy; Nordemann / Nordemann / Nordemann; von Godin, von Gramm.

²⁴⁰ § 1 Rn 624.

²⁴¹ B/H § 1 Rn 663, anders OLG Köln BB 1993, 1387, siehe unten, 5.a) (Fn 412).

²⁴² Siehe 5. a) und c).

²⁴³ B/H § 1 Rn 611.

²⁴⁴ Z.B. BGH Z 140, 134 (138 f.).

²⁴⁵ K/P § 1 Rn 745.

- unmittelbar wettbewerbsbezogene Regelungen.

(a) Sittlich fundierte Normen

Als sittlich fundiert werden Normen bezeichnet, die Ausdruck einer sittlichen Grundanschauung sind. Der Verstoß gegen sie führte in der Regel per se zur Unlauterkeit, weil er nach Auffassung der Allgemeinheit nicht nur sittlich, sondern auch wettbewerbsrechtlich schlechthin verwerflich sei. Entscheidend war dabei der Unrechtsgehalt der einzelnen verletzten Vorschrift, nicht der des Gesetzes im Ganzen. Dessen Zielsetzung konnte allerdings Hinweise auf Bedeutung und Gewicht der jeweiligen Einzelnorm geben.²⁴⁶

Der Kreis der sittlich fundierten Normen ist klein. Zu ihm zählte die Rechtsprechung etwa den Straftatbestand des Betruges (§ 263 StGB),²⁴⁷ das Verbot der Verbreitung pornografischer Schriften (§ 184 StGB),²⁴⁸ den Wucher (§ 138 II BGB)²⁴⁹ und Vorschriften, die es verbieten, Tieren dauernde und erhebliche Schmerzen und Leiden zuzufügen (§§ 1, 2, 17 TierSchG).²⁵⁰

(b) Normen, die dem Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter dienen

Solche Vorschriften stehen zwar oft nicht selbst auf einer sittlichen Grundlage. Trotzdem konnte der Verstoß gegen sie ohne weiteres die Sittenwidrigkeit einer Wettbewerbshandlung begründen, da er wegen der wichtigen Stellung des betroffenen Gemeinschaftsguts dem sittlich-rechtlichen Empfinden der Allgemeinheit widerspricht.²⁵¹

Als besonders wichtige Gemeinschaftsgüter werden bei allen Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall

- die Volksgesundheit,
 - die Rechtspflege,
 - der Umweltschutz,
 - die Rundfunkfreiheit,
 - die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Postdienstleistungen
- und
- der Wettbewerb als Institution

gesehen.

Darüber hinaus versuchte Weber, durch die Etablierung der „Sicherung des Friedens in Europa“ und des *ordre public* als wichtige Gemeinschaftsgüter § 1 UWG für die Durchsetzung der Artikel 81, 82 EG nutzbar zu machen.²⁵²

(aa) Schutz der Volksgesundheit²⁵³

Der Verstoß gegen Vorschriften, die dem Schutz der Volksgesundheit dienen, war der Paradefall der Sittenwidrigkeit im Wettbewerb ohne das Hinzutreten weiterer Umstände.

So stufte der BGH aus dem Apothekengesetz das Verbot der Berufsausübung außerhalb genehmigter Betriebsräume²⁵⁴, das Verbot, Rezepte außerhalb genehmigter Rezeptsammelstellen zu sammeln²⁵⁵ sowie das Verbot des Arzneimittelversandes²⁵⁶ als dem Schutz der Volksgesundheit dienend und damit wertbezogen ein.

Gleiches galt für zahlreiche Regelungen des Arzneimittelgesetzes²⁵⁷ und des Heilmittelwerbegesetzes.²⁵⁸

²⁴⁶ K/P § 1 Rn 746.

²⁴⁷ BGH Z 147, 296 (304 f.)

²⁴⁸ OLG Hamburg WRP 1987, 484 (485).

²⁴⁹ OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2002, 166 (167).

²⁵⁰ BGH Z 130, 182 (186).

²⁵¹ B/H § 1 Rn 614.

²⁵² Weber GRUR 2002, 485 (488).

²⁵³ Siehe dazu im Einzelnen K/P § 1 Rn 763 ff.

²⁵⁴ BGH GRUR 1981, 280.

²⁵⁵ BGH GRUR 1981, 282; GRUR 1982, 313.

²⁵⁶ BGH GRUR 2001, 178.

²⁵⁷ BGH Z 22, 167; Z 23, 184; Z 44, 208, GRUR 1995, 419; GRUR 1998, 407; GRUR 2001, 450.

Bestimmungen des Heilpraktikergesetzes, die eine Berufsausübung von einer Erlaubnis abhängig machen, sollen die Bevölkerung vor unqualifizierter Behandlung schützen und sind damit wertbezogen.²⁵⁹ Kennzeichnungsbestimmungen der Kosmetikverordnung gehören in diese Kategorie, da sie bei etwaigen Mängeln eines Mittels dessen Herkunft schnell greifbar machen können.²⁶⁰

Ebenso werden die Pflicht aus dem Pflanzenschutzgesetz, Gebrauchsanleitungen auf der Verpackung anzugeben,²⁶¹ und zahlreiche lebensmittelrechtliche Vorschriften²⁶² bewertet.

(bb) Schutz der Rechtspflege

Auch die Rechtspflege wird als besonders wichtiges Gemeinschaftsgut gesehen. So hat der BGH einen Verstoß gegen den Erlaubniszwang des Art. 1 § 1 RBERG ohne das Hinzutreten weiterer Umstände als wettbewerbswidrig eingestuft.²⁶³ Ebenso hat das Bundesverfassungsgericht die Steuerrechtspflege als wichtiges Gemeinschaftsgut bezeichnet,²⁶⁴ woraufhin der BGH Verstöße gegen die Steuerberatungsverbote und weitere Verbote des Steuerberatungsgesetzes unter § 1 UWG a.F. subsumierte.²⁶⁵

Ebenso ist das Recht auf freie Anwaltswahl (§ 3 III BRAO) wertbezogen.²⁶⁶ Auch dem Verbot des Handelns eines Anwalts in Angelegenheiten, in denen er außerhalb seiner Anwaltstätigkeit bereits beruflich aktiv war (§ 45 I Nr. 4 BRAO), haben die Karlsruher Richter das Attribut der Wertbezogenheit gegeben, verneinten die Unlauterkeit eines Verstoßes hiergegen allerdings, da diesem der nötige wettbewerbliche Bezug fehle.²⁶⁷

(cc) Umweltschutz

Parallel zur verfassungsrechtlichen Debatte beschäftigt sich auch das Wettbewerbsrecht zunehmend mit dem Stellenwert des Umweltschutzes. 2000 hat der BGH erstmals in einem Fall mit wettbewerbsrechtlicher Problematik ausdrücklich festgestellt, dass Vorschriften, die dem Schutz der Menschen und der Umwelt vor schädlichen Umwelteinwirkungen dienen, wertbezogen sind.²⁶⁸

(dd) Rundfunkfreiheit

Auch die durch Art. 5 I 2 GG geschützte Rundfunkfreiheit ist ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut.²⁶⁹

(ee) Ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Postdienstleistungen

Der BGH hat in diesem Zusammenhang den Lizenzvorbehalt für die Beförderung von Briefsendungen bis 1000 Gramm gemäß § 5 I PostG als dem Universaldienst und damit einem wichtigen, verfassungsrechtlich geschützten Gemeinschaftsgut (Artikel 87 f I GG) dienend eingestuft, gleichzeitig die Vorschrift allerdings auch als unmittelbar wettbewerbsregelnd bewertet.²⁷⁰

(ff) Wettbewerb als Institution

Auch der Wettbewerb als Institution fällt in diese Gruppe. Unvereinbar mit § 1 UWG a.F. war daher ohne weiteres ein Rechtsbruch, der den Bestand des Wettbewerbs in einer ganzen

²⁵⁸ BGH Z 81, 130; Z 114, 354; GRUR 1979, 646; GRUR 1983, 333; GRUR 193, 595; GRUR 1989, 624; GRUR 1996, 806; GRUR 1997, 761.

²⁵⁹ BGH GRUR 1981, 665; GRUR 1992, 175; GRUR 1999, 512; vgl. aber zu Einschränkungen BVerfG NJW 2000, 2736 und BGH GRUR 2001, 1170.

²⁶⁰ BGH Z 142, 192; GRUR 1989, 673; GRUR 1994, 642; GRUR 2001, 841.

²⁶¹ BGH Z 126, 270; GRUR 1996, 372.

²⁶² BGH 1994, 304; GRUR 1997, 537; GRUR 198, 493.

²⁶³ BGH GRUR 1989, 437 (439).

²⁶⁴ BVerfG E 21, 173 (179).

²⁶⁵ Etwa BGH Z 98, 330 (336 f.).

²⁶⁶ BGH Z 109, 153 (162 f.).

²⁶⁷ BGH GRUR 2001, 354 (356), siehe ausführlich zu diesem Urteil unten unter 5.d)

²⁶⁸ BGH Z 144, 255 (265 f.) zu § 1 BImSchG; siehe ausführlich zu diesem Urteil unter 5.c).

²⁶⁹ BGH Z 110, 278.

²⁷⁰ BGH GRUR 2003, 250 (251).

Branche gefährdet,²⁷¹ in einem nicht unerheblichen Umfang zur Ausschaltung des Leistungswettbewerbs führt²⁷² oder die Gefahr einer Nachahmung mit sich bringt, die zu einer gemeinschaftsschädigenden Störung des Wettbewerbs führen würde.²⁷³

(gg) Sicherung des Friedens in Europa, *ordre public*?

Dass die Sicherung des Friedens in Europa und wohl auch der *ordre public* als besonders wichtige Gemeinschaftsgüter zu gelten haben, bedarf wohl keiner weiteren Begründung. Die hochtrabenden Begriffe brachte Weber indes aus recht bodenständigen Motiven ins Spiel: Er wollte § 1 UWG a.F. als Instrument gegen die Missachtung des europäischen Kartellrechts der Artikel 81, 82 EG nutzen. Die Artikel, so seine Argumentation, schützten unmittelbar den Wettbewerb, die Konkurrenz der Unternehmen auf dem Gemeinsamen Markt. Damit seien sie Exekutivnormen der Artikel 2, 3 lit. g EG und dienten so dem Fernziel der Entwicklung eines harmonischen, ausgewogenen Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft, letztlich dem Zusammenschluss der Wirtschaftskräfte der Mitgliedsstaaten und damit schließlich, wie in der Präambel des EG als Idee des EG-Vertrages festgehalten sei, der Sicherung des Friedens und der Freiheit in Europa.²⁷⁴

Das scheint mir indes ein wenig weit hergeholt, denn mit einer solchen „Stufenargumentation“ lässt sich letztlich von jeder bloßen Ordnungsnorm Stück für Stück bis zu den Grundsätzen der Verfassung klettern.

Zustimmungswürdiger scheint mir die Nummer kleiner, die Weber als Alternative anbot: Schon der Gemeinsame Markt und die Existenz unverfälschten Wettbewerbs als Institution auf diesem Markt und als Prinzip der Sozialordnung des europäischen Gemeinwesens seien als wichtige Gemeinschaftsgüter zu klassifizieren.²⁷⁵

Da Schiedssprüche, die Artikel 81, 82 EG missachten, laut BGH gegen den *ordre public* verstoßen,²⁷⁶ argumentierte Weber weiter, bezweckten die Vorschriften auch dessen Schutz, so dass sie auch unter diesem Gesichtspunkt als wichtige Gemeinschaftsgüter anzusehen seien.²⁷⁷

Im Übrigen seien sie unmittelbar wettbewerbsbezogen,²⁷⁸ und selbst wenn man das alles bestreiten wolle, könne man immer noch mit dem Vorsprungsgedanken argumentieren.²⁷⁹

Mögliche Konflikte zwischen Aktionen Privater und solcher der Kommission sah Weber als nicht zu schwer wiegend, da den Artikeln 81, 82 EG im Gegenzug zu mehr Geltung verholfen werden könne.²⁸⁰ In diesem Sinne merkte bereits 1973 das Landgericht Köln an, dass eine Verfolgung entsprechender Verstöße über § 1 UWG a.F. grundsätzlich denkbar sei.²⁸¹

(c) Unmittelbar wettbewerbsbezogene Normen

Dienen Vorschriften bereits aus sich heraus unabhängig von den konkreten Auswirkungen ihrer Missachtung dem Schutz des Wettbewerbs, haben sie also eine unmittelbar wettbewerbsbezogene Schutzrichtung, so wurde ein Verstoß gegen sie als dem sittlichen Empfinden der Allgemeinheit widersprechend und damit ohne weiteres als sittenwidrig angesehen. Das gilt etwa für aufsichtsrechtliche Bestimmungen für die Privatversicherung,²⁸² Wettbewerbsverbote der öffentlichen Hand,²⁸³ berufsrechtliche Werbeverbote,²⁸⁴ das Verbot

²⁷¹ BGH Z 81, 291 (295).

²⁷² BGH Z 82, 375 (397).

²⁷³ BGH GRUR 1979, 321 (323).

²⁷⁴ Weber GRUR 2002, 485 (488).

²⁷⁵ Weber GRUR 2002, 485 (488).

²⁷⁶ BGH BB 1969, 692.

²⁷⁷ Weber GRUR 2002, 485 (488).

²⁷⁸ Weber GRUR 2002, 485 (488).

²⁷⁹ Weber GRUR 2002, 485 (489).

²⁸⁰ Weber GRUR 2002, 485 (489 f).

²⁸¹ GRUR 1973, 314.

²⁸² BGH GRUR 1985, 447 (450).

²⁸³ BGH GRUR 1996, 213 (216).

der Veranstaltung eines Glücksspiels ohne Erlaubnis gemäß § 284 StGB,²⁸⁵ Vergabennormen gemäß §§ 97 ff. GWB²⁸⁶, Lizenzvorbehalte für die Briefbeförderung wie den gemäß § 5 I PostG²⁸⁷ und Beschränkungen des Wiederverkäufers, wie sie § 15 GWB a.F. enthielt.²⁸⁸

Zu beachten ist allerdings, dass nicht jede Verletzung einer wettbewerbsregelnden, insbesondere einer GWB-Vorschrift, stets wettbewerbswidrig ist.²⁸⁹ Nicht unmittelbar wettbewerbsbezogen sind im übrigen Vorschriften, die lediglich ordnende Funktion haben, ohne ihrerseits ein Werturteil zu enthalten. Zu diesen gehören vor allem die Preisangabenverordnung und das Ladenschlussgesetz, solange es noch Bestand hat.²⁹⁰

dd) Subjektive Voraussetzungen

Der Verletzer musste die äußeren Tatumstände kennen. Auf das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit kam es nicht an. Verschulden wurde für den Schadenersatz, nicht aber für die Unterlassung vorausgesetzt.²⁹¹

Es genügte, dass der Betroffene mit dem Vorliegen der Umstände rechnet, die objektiv die Sittenwidrigkeit begründen²⁹², oder dass er sich der Kenntnis bewusst verschließt oder entzieht.²⁹³

b) Wertneutrale Normen

aa) Allgemeine Voraussetzungen

Die Ausführungen zum Bruch wertbezogener Normen hinsichtlich der Wettbewerbshandlung im geschäftlichen Verkehr, des Zeitpunkts und der wettbewerbliehen Relevanz gelten auch für die Verletzung wertneutraler Normen.

bb) Wettbewerbsrechtliche Wertung

Als wertneutral bezeichnet man jede Norm, die eben nicht wertbezogen ist, sondern als reine Ordnungsnorm aus Gründen der Zweckmäßigkeit erlassen wurde. Ein Verstoß gegen eine solche war nicht ohne weiteres wettbewerbswidrig. Vielmehr setzte die Unlauterkeit das Hinzutreten weiterer Gesichtspunkte voraus: die bewusste und planmäßige Ausnutzung der Gesetzestreue der Mitbewerber zur Erlangung eines Vorsprungs im Wettbewerb.²⁹⁴

(1) Vorsprung

Der Rechtsbruch musste zu einem Vorteil im Wettbewerb führen. Ein solcher liegt in jeder Verbesserung der eigenen Wettbewerbslage im Vergleich zu den Mitbewerbern und zur Lage, die ohne den Verstoß bestünde. Eine Umsatzsteigerung ist nicht Voraussetzung, auch die Vermeidung oder Verringerung von Verlusten kann einen Vorteil darstellen.²⁹⁵ Ebenso wenig kommt es auf die tatsächliche Erzielung des Vorsprungs an, es genügt die Eignung des Verstoßes.²⁹⁶

Der Vorteil muss allerdings die Möglichkeit zur positiven Beeinflussung der Wettbewerbslage geben. Ist er nicht greifbar, so ist die Unlauterkeit des Rechtsbruchs laut Köhler/Piper mangels wettbewerbliehen Relevanz zu verneinen.²⁹⁷ Das ist zwar im Ergebnis

²⁸⁴ BGH GRUR 2000, 613 (616).

²⁸⁵ BGH GRUR 2002, 636 (637).

²⁸⁶ LG Hamburg WRP 1999, 441.

²⁸⁷ BGH GRUR 2003, 250 (251), der die Vorschrift allerdings gleichzeitig als ein wichtiges Gemeinschaftsgut schützend einstuft.

²⁸⁸ BGH GRUR 1978, 445 (446).

²⁸⁹ B/H § 1 Rn 626.

²⁹⁰ Vgl. K/P § 1 Rn 748

²⁹¹ BGH Z 23, 184 (194).

²⁹² BGH GRUR 1991, 914 (915).

²⁹³ BGH GRUR 1955, 411 (414).

²⁹⁴ BGH GRUR 1973, 655 (657).

²⁹⁵ K/P § 1 Rn 786.

²⁹⁶ BGH GRUR 1973, 655 (657).

²⁹⁷ K/P § 1 Rn 787.

richtig, sprachlich aber ungenau. Entweder der Verstoß hat zu einem Vorteil geführt, der sich dann auch „greifen“ lässt, oder eben nicht. Dann ist eben nichts da, was „greifbar“ wäre. Insbesondere sind Überschriften wie „Relevanter Wettbewerbsvorsprung“ oder „Relevanz des Wettbewerbsvorsprungs, wie sie sich in den Kommentaren finden,²⁹⁸ missverständlich, sollen sie doch nichts weiter aussagen, als dass überhaupt ein Vorsprung feststellbar ist. Auch die Berufung auf ein Urteil des BGH²⁹⁹ erscheint mir zweifelhaft. Zwar bemängelt der an entsprechender Stelle, dass die Vorinstanz einen Vorteil durch Rechtsbruch angenommen hat, „ohne nähere Feststellungen über Art, Umfang und realen Möglichkeiten eines solchen Vorteils zu treffen“, stützt seine Ablehnung der Unlauterkeit vorliegend aber darauf, dass der Vorteil wohl nicht durch einen Normverstoß, sondern auf legale Weise erzielt wurde.

Zugegebenerweise kamen an anderer Stelle auch aus Karlsruhe Hinweise darauf, dass der durch einen Gesetzesverstoß erstrebte Vorteil nur dann beachtlich sei, wenn er objektiv die Möglichkeit verschaffe, die Wettbewerbslage zu Gunsten des Verletzers „spürbar bzw. nennenswert“ zu beeinflussen.³⁰⁰ Doch auch das ist missverständlich, hieß es doch weiter: „Ein ... Gesetzesverstoß von nur geringer Bedeutung, der einen greifbaren Wettbewerbsvorteil vor gesetzestreuem Mitbewerbern nicht zur Folge hat, vermag den Vorwurf eines sittenwidrigen Wettbewerbsverhaltens nicht zu begründen.“³⁰¹ Hier wurden die Intensität des Gesetzesverstoßes und die des Vorsprungs vermischt. Im Ergebnis blieb es dabei, dass ein „greifbarer“ im Sinne eines überhaupt existenten Wettbewerbsvorsprungs genüge.

Insbesondere kannte das deutsche Recht vor der letzten Novelle im Gegensatz zum spanischen keinen allgemeinen Bedeutsamkeitsvorbehalt (*ventaja significativa*, Art. 15.1 Satz 2 LCD) für die Unlauterkeit eines Vorsprungs durch Rechtsbruch. Lediglich nicht unmittelbar Verletzte waren gemäß § 13 II Nr. 1 und 2 UWG a.F. auf Aktionen gegen Handlungen, die geeignet sind, den entsprechenden Wettbewerb wesentlich zu beeinträchtigen, beschränkt. Für den unmittelbar Verletzten galt diese Einschränkung nicht.

Weiterhin war § 1 UWG a.F. nicht anwendbar, wenn ein Vorteil zwar deutlich gegeben war, jedoch nicht im Wettbewerb, sondern etwa zur Verbesserung der Gewinnspannen der angestrebten Geschäfte eingesetzt wurde.³⁰²

Schließlich schied laut BGH die Unlauterkeit aus, wenn der durch den Gesetzesverstoß erlangte Wettbewerbsvorteil auch bei gesetzmäßigem Handeln eingetreten wäre.³⁰³ Die Behandlung an dieser Stelle leuchtet mir indes nicht ein – wenn der Vorteil so oder so, also unabhängig vom Rechtsbruch, eingetreten wäre, dann war dieser Bruch auch nicht kausal für den Vorteil, und die Fallgruppe des Vorsprungs *durch* Rechtsbruch, die ja gerade auf der kausalen Verknüpfung von Bruch und Vorteil beruht, war schon nicht einschlägig.

(2) Schrankengleichheit / allgemeine Missachtung

Die Verschaffung eines sachlich ungerechtfertigten Wettbewerbsvorsprungs setzte voraus, dass Verletzer und Mitbewerber durch die verletzte Norm gleichermaßen gebunden waren und dadurch die gleiche wettbewerbliche Ausgangslage vorfanden (Schrankengleichheit, *par condicio concurrentium*).³⁰⁴

Das war insbesondere nicht der Fall, wenn sich die Konkurrenz ihrerseits nicht an die Norm hielt.³⁰⁵ Da die Sittenwidrigkeit des durch den Rechtsbruch erlangten Vorsprungs darauf beruhte, dass die Mitbewerber aufgrund ihres rechtmäßigen Verhaltens benachteiligt wurden, bestand eben dieser Nachteil bei allgemeiner Missachtung der Norm nicht mehr. Eine

²⁹⁸ B/H § 1 Rn 655; K/P § 1 Rn 787.

²⁹⁹ K/P § 1 Rn 787 auf BGH GRUR 1985, 886 (888).

³⁰⁰ BGH GRUR-RR 2002, 304 (305).

³⁰¹ BGH GRUR-RR 2002, 304 (305).

³⁰² BGH Z 120, 324 (325, 327).

³⁰³ BGH GRUR 1994, 220 (222).

³⁰⁴ BGH GRUR 1996, 786 (788).

³⁰⁵ Ulmer / Reimer Rn 85.

allgemeine Missachtung der gesetzlichen Regelung beseitigte die *par condicio concurrentium* in der entsprechenden Branche³⁰⁶ - wo keine Gesetzestreue existierte, konnte sie auch nicht ausgenutzt werden.

Dafür, dass Gesetze befolgt werden, spricht indes eine tatsächliche Vermutung, den Gegenbeweis musste der Mitbewerber erbringen, der gegen das Gesetz verstoßen hatte.³⁰⁷

Eine Mindermeinung wollte dagegen auch bei der Beseitigung der gleichen Ausgangslage durch brancheninterne Wild-West-Gebräuche Unlauterkeit wegen Ausnutzung eines Vorsprungs durch Rechtsbruch annehmen: Zwar könne dann nicht mehr die Ausnutzung der Gesetzestreue der Mitbewerber Maß gebend sein, entscheidend sei aber die Erzielung von Wettbewerbsvorteilen im Verhältnis zur Konkurrenz. Die könnten auch in der Vermeidung von Nachteilen, die sich aus der Befolgung des Gesetzes im Verhältnis zu den Mitbewerbern ergäben, liegen. Entscheidender Gesichtspunkt sei nämlich nicht die Gesetzes(un)treue der anderen, sondern die Förderung des (eigenen oder fremden) Wettbewerbs mit gesetzeswidrig erzielten Mitteln.³⁰⁸

Einen praktischen Einwand hatte Schrickler:³⁰⁹ Die ausnahmslose Gesetzesverletzung in einer Branche sei nur ein theoretisches Schulbeispiel. Auch der letzte Gesetzestreue verdiene aber noch Schutz gegen den Wettbewerbsvorsprung der Gesetzesverletzer. Selbst wenn die Gesetzesverletzung verbreitet sei und sich nur noch eine Minderheit an die Vorschriften halte, sei daher ein unlauterer Vorsprung gegeben, der ein Eingreifen des Wettbewerbsrechts rechtfertige.

(3) Gruppen / Beispiele³¹⁰

Das Ziel der Preisangabenverordnung ist laut BGH, die Position des Verbrauchers zu stärken und damit eine entscheidende Voraussetzung für das Funktionieren der marktwirtschaftlichen Ordnung zu schaffen, während der Zweck des UWG nicht allgemein die Förderung des Wettbewerbs, sondern der Schutz des lautereren Wettbewerbs sei, womit Vorschriften der Preisangabenverordnung wertneutral seien.³¹¹

Ähnlich argumentierten die Richter hinsichtlich §§ 21 f. BGB.³¹²

Wertneutral sind außerdem Vorschriften aus

- dem Bäckerei-Arbeitszeitgesetz,³¹³
- dem Verbraucherkreditgesetz,³¹⁴
- dem Branntweinmonopolgesetz,³¹⁵
- dem Eichgesetz,³¹⁶
- dem Gesetz über Einheiten im Messwesen,³¹⁷
- dem Fernmeldeanlagenengesetz,³¹⁸
- der Fertigpackungsverordnung,³¹⁹
- der Gewerbeordnung,³²⁰

³⁰⁶ Eichmann GRUR 1967, 564 (568).

³⁰⁷ OLG Hamburg NJW-RR 1991, 302 (304).

³⁰⁸ K/P § 1 Rn 789.

³⁰⁹ S. 271 f.

³¹⁰ Siehe dazu im Einzelnen Großkomm-Teplitzky § 1 Rn G 205 ff.

³¹¹ BGH GRUR-RR 2002, 304; BGH GRUR 1991, 845 (846); a.A. OLG Koblenz GRUR 1988, 925 (927); OLG Hamm GRUR 1989, 362 (363).

³¹² BGH Z 85, 84 (88); BGH GRUR 1986, 823 (824 f); anders Köhler GRUR 2001, 777 (781).

³¹³ BGH WRP 1981, 138.

³¹⁴ BGH GRUR 1989, 669 (671).

³¹⁵ BGH GRUR 1971, 580 (581).

³¹⁶ BGH GRUR 1982, 118.

³¹⁷ BGH GRUR 1993, 679.

³¹⁸ BGH GRUR 1990, 1018.

³¹⁹ BGH GRUR 1995, 760.

³²⁰ BGH GRUR 1963, 578: § 14; BGH GRUR 1976, 635: § 34c; BGH GRUR 1988, 310: § 105b.

- der Handwerksordnung,³²¹
- dem Haustürwiderrufsgesetz,³²²
- der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure,³²³
- dem Ladenschlussgesetz,³²⁴
- dem Personenbeförderungsgesetz,³²⁵
- dem Schwerbeschäftigtengesetz,³²⁶
- dem SGB IV,³²⁷
- Tarifverträgen,³²⁸
- dem Tierzuchtgesetz,³²⁹
- dem Presserecht.³³⁰

cc) Subjektive Voraussetzungen

In subjektiver Hinsicht wurde verlangt, dass sich der Betroffene bewusst und planmäßig über die wertneutrale Vorschrift hinwegsetzte, um sich einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung gegenüber den gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen. Dabei war unerheblich, ob er sich der Rechtswidrigkeit seines Tuns bewusst war, solange er Vorsatz im Sinne von Kenntnis der Tatumsstände hatte. Auch musste keine Absicht hinter dem Verhalten stehen, es genügte, wenn der Vorsprung in Kauf genommen wurde.³³¹

Planmäßigkeit setzte nicht voraus, dass bereits mehrere Gesetzesverstöße begangen worden waren. Ein in diesem Sinne zielbewusstes Handeln konnte vielmehr schon dann vorliegen, wenn erst ein oder sogar noch überhaupt kein Verstoß vorlag, aber zu befürchten war, dass der Wettbewerber sein Verhalten darauf einrichtete, sich über entsprechende Vorschriften hinwegzusetzen. Versehentliche oder auf bloßer Unachtsamkeit beruhende Verstöße kamen allerdings nicht in Frage.³³²

Am bewussten und planmäßigen Rechtsbruch fehlte es auch, wenn der Wettbewerber wegen gefestigter Verwaltungspraxis³³³ oder oberlandesgerichtlicher Entscheidungen³³⁴ an der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens nicht zweifeln brauchte.

c) Ausschließlichkeitsrechte

aa) Allgemeine Voraussetzungen

Die obigen Ausführungen hinsichtlich der Wettbewerbshandlung im geschäftlichen Verkehr, des Zeitpunkts und der wettbewerblichen Relevanz gelten auch für die Verletzung von Ausschließlichkeitsrechten.

bb) Wettbewerbsrechtliche Wertung

Verletzungen von Ausschließlichkeitsrechten wie Urheberrechten, verwandten Schutzrechten, Rechten an Warenzeichen usw. konnten vom Rechtsinhaber über § 1 UWG a.F. verfolgt werden,³³⁵ und zwar neben den spezialgesetzlichen Ansprüchen.³³⁶

³²¹ BGH GRUR 1993, 397.

³²² BGH GRUR 1992, 521.

³²³ BGH GRUR 1991, 769.

³²⁴ BGH Z 45, 1.

³²⁵ BGH GRUR 1957, 558.

³²⁶ BGH GRUR 1980, 800

³²⁷ BGH GRUR 1996, 70.

³²⁸ BGH Z 120, 320.

³²⁹ BGH WRP 2002, 684

³³⁰ BGH GRUR 1989, 830 (832) zur Impressumspflicht.

³³¹ BGH GRUR 1974, 281 (282).

³³² BGH GRUR 1974, 281 (282).

³³³ BGH GRUR 1988, 382 (383).

³³⁴ BGH GRUR 1982, 236 (238).

³³⁵ BGH GRUR 1960, 144.

³³⁶ BGH GRUR 1985, 550 (553).

Keinen Anspruch hatte nach der Rechtsprechung dagegen grundsätzlich der gesetzestreue Wettbewerber, der gegen einen ein Ausschließlichkeitsrecht missachtenden Konkurrenten vorgehen wollte, ohne Rechtsinhaber zu sein. Zwar hätte ihm ein solcher Anspruch nach allgemeinen Kriterien (insbesondere Ausnutzung eines Vorsprungs, s.o.) häufig zugestanden. Trotzdem sei die Verteidigung solcher Rechte in erster Linie Sache des Rechtsinhabers. Umgekehrt stehe es diesem frei, Rechtsverletzungen ausdrücklich oder auch stillschweigend hinzunehmen und sich mit dem Verletzer in anderer Weise als durch Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs zu arrangieren. Solche denkbaren Vorstellungen des Rechtsinhabers dürften bei der Beurteilung der Wettbewerbswidrigkeit des Eingriffs in seine Rechte im Verhältnis Dritter untereinander nicht außer Betracht bleiben.³³⁷ Anderenfalls würde seine Dispositionsbefugnis über das in Frage stehende Recht unvertretbar eingeengt.³³⁸ Daher sei das Einschreiten eines Dritten allenfalls bei Hinzutreten besonderer zusätzlicher Umstände denkbar.³³⁹ Solche könnten etwa gegeben sein, wenn neben schutzwürdigen Interessen des Rechtsinhabers auch solche der Mitbewerber, der Verbraucher oder der Allgemeinheit beeinträchtigt sind, was zu einer Klagebefugnis aus § 13 II UWG a.F. führen würde.³⁴⁰

Mit diesem Ergebnis war Seifert nicht einverstanden. Er verwies hinsichtlich des in den 80er Jahren akuten massenhaften „Raubkopierens“ von Videofilmen auf den hierdurch neben den Rechteinhabern auch den das Urheberrecht beachtenden Videotheken und Händlern entstehenden beachtlichen wirtschaftlichen Schaden, der gerade auch diese schutzbedürftig mache.³⁴¹ Es sei im Widerspruch zur Ansicht der Oberlandesgerichte ausdrücklich zu begrüßen, wenn die Wettbewerber in Anwendung des § 1 UWG a.F. eine „Selbstreinigung“ ihrer Branche herbeiführen würden.³⁴² Die Thematik ist mit Blick auf Internettauschbörsen für Musik, Online-Angebote für das Herunterladen der aktuellen Kino-Top-Ten und die Möglichkeit, entsprechend Erlangtes für ein paar Cent und ohne Qualitätsverlust mit dem heimischem Brenner zu vervielfältigen, heute aktueller denn je.

§ 1 UWG a.F., so Seifert, bezwecke den Schutz des Mitbewerbers und gebe diesem einen eigenen Unterlassungsanspruch. Es gebe keinen Grund dafür, dass dieser tiefer stehe als der des jeweiligen Schutzrechtsinhabers.³⁴³

Üblicherweise wolle derjenige, der Schutzrechte in Anspruch nimmt, nicht, dass sich andere über diese Rechte hinwegsetzen. Daher sei nach der Lebenserfahrung davon auszugehen, dass die Rechtsverletzung gegen den (mutmaßlichen) Willen des Rechtsinhabers erfolgt. Das wiederum müsse zu einer Umkehrung des Regel-Ausnahmeverhältnisses, das die Gerichte statuiert hatten, führen. Es sei grundsätzlich nicht davon auszugehen, dass der Rechtsinhaber die Verletzung ausdrücklich oder stillschweigend hinnehmen wolle (so aber die Rechtsprechung, s.o.) Sei dies ausnahmsweise einmal doch der Fall, so liege es am „Verletzer“ (der dann streng genommen keiner ist), dies zu beweisen.³⁴⁴

Seifert verweist auf den Konkurrenten des Hehlers, von dem ja auch niemand verlange, darzulegen, dass der Eigentümer der Ware mit ihrem Verkauf nicht einverstanden sei.³⁴⁵

Dem stimme ich im Ergebnis zu. Zwar trägt der wirtschaftliche Nachteil einer Branche als Argument nicht, da er, wie die skizzierten Möglichkeiten – etwa Entstehung auf Grund ausdrücklicher Duldung des Rechtsinhabers – zeigen, auch legale Ursachen haben kann. Auch sehe ich die Interessen des Rechtsinhabers als höherrangig gegenüber denen des

³³⁷ OLG Köln GRUR 1983, 133

³³⁸ OLG Köln GRUR 1983, 517.

³³⁹ OLG Hamm GRUR 1984, 539.

³⁴⁰ B/H § 1 Rn 666.

³⁴¹ Seifert ZUM 1985, 81 (82).

³⁴² Seifert ZUM 1985, 81 (83).

³⁴³ Seifert ZUM 1985, 81 (84).

³⁴⁴ Seifert ZUM 1985, 81 (84).

³⁴⁵ Seifert ZUM 1985, 81 (84).

Mitbewerbers an, ist der Schutz des letzteren doch nur ein Reflex des Schutzes des ersten. Schließlich überzeugt der Vergleich mit der Fehlerware nicht, da § 246 StGB wohl den sittlich fundierten Normen zuzurechnen und ein Verstoß im Wettbewerb daher in der Regel per se sittenwidrig war, wohingegen das Gros der Ausschließlichkeitsrechte eher als wertneutral gilt.

Trotzdem ist es doch aus einer praktisch orientierten Sichtweise so, dass Inhaber von Ausschließlichkeitsrechten – man denke nur an die Film- und Musikindustrie – häufig so weit vom einzelnen Markt entfernt sind, dass sie die einzelne Verletzung ihrer Rechte kaum wahrnehmen können. Da sie aber als kommerzielle Unternehmen von diesen Rechten leben, ist doch wohl kaum davon auszugehen, dass sie bereit sind, Verletzungen zu dulden. Ich gebe zu, dass Beweislastumkehrungen problematisch sind und dass es Branchen geben mag, für die dieser Ansatz nicht gilt (wenn mir auch keine einfallen). Trotzdem halte ich das Ergebnis für logisch und praktisch besser als das der Rechtsprechung. Dass diese sich ändert und ein neues Feld für den Einsatz der Figur des Vorsprungs durch Rechtsbruch schafft, ist hinsichtlich der aktuellen, restriktiven Tendenz diesbezüglich (die ich grundsätzlich begrüße), indes unwahrscheinlich.

3. Kritik im Schrifttum

Das Schrifttum war nicht eben zurückhaltend mit harschem Protest gegen den klassischen Ansatz, und wenn dieser auch meist als herrschende Meinung bezeichnet wurde, so ergibt ein Blick auf die einschlägige Literatur ein anderes Bild: Mit dem, was wohl treffender als Ansicht der Rechtsprechung beschrieben werden sollte, war eigentlich niemand so ganz einverstanden, selbst in Kurzlehrbüchern oder knappen Aufsätzen, die sich eigentlich auf eine reine Darstellung beschränken wollten, klangen zwischen den Zeilen oft Zweifel an der Unterteilung in werthaltige und wertneutrale Normen durch. Zwar hat der BGH in jüngeren Urteilen sein starres Schema etwas aufgeweicht,³⁴⁶ dennoch haben die Einwände des Schrifttums ihre Bedeutung nicht verloren.

a) Willkür

„Nicht recht einsichtig“ sei die Differenzierung,³⁴⁷ Wertungswidersprüche werden den Entscheidungen attestiert,³⁴⁸ es gebe keine brauchbaren Kriterien zur Abgrenzung, so dass die Einordnung in die eine oder andere Gruppe letztendlich willkürlich erfolge.³⁴⁹ Und in der Tat bleibt die Rechtsprechung meist eine Begründung ihrer Kategorisierung im Einzelfall schuldig und beschränkt sich auf bloße Behauptungen.³⁵⁰ Die sind indes nicht immer in der Lage, aus sich heraus zu überzeugen. Nicht selten standen die Richter in der Vergangenheit mit nicht nachvollziehbaren Entscheidungen alleine da.³⁵¹ Warum soll etwa die Erlaubnispflicht im Versicherungsgewerbe ethisch fundiert sein, im Bankgewerbe aber nicht?³⁵² Dass sich die Rechtsprechung selbst oft nicht ganz sicher zu sein scheint, zeigt sich daran, dass sie – aus ihrer Sicht inkonsequent – auch bei Verstößen gegen wertbezogene Vorschriften häufig den Vorsprungsgesichtspunkt zu Hilfe zieht.³⁵³

Das war nicht zuletzt mit Blick auf das Rechtsstaatsprinzip problematisch: Ist eine Differenzierung, die zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führt, für den Betroffenen auch bei aller Anstrengung nicht nachvollziehbar geschweige denn vorhersehbar, so fehlt es an

³⁴⁶ Dazu unter 5.

³⁴⁷ Beater JZ 1997, 916 (920).

³⁴⁸ Mees GRUR 1996, 644 (645).

³⁴⁹ Schricker S. 240; Großkomm-Schünemann Einl Rn D 59; Sack WRP 1998, 683 (684); Stolterfoht Rittner-FS 704.

³⁵⁰ Emmerich S. 312.

³⁵¹ Schünemann S. 118.

³⁵² Großkomm-Schünemann Einl Rn D 60.

³⁵³ B/H § 1 Rn 614.

Rechtssicherheit.³⁵⁴ Der Normadressat hängt in der Luft, zurück auf den Boden bringt ihn erst der Richter, aber wo ihn dieser absetzen wird und warum gerade dort, bleibt sein Geheimnis.

b) Zirkelschluss, Undurchführbarkeit der Differenzierung

Auch aus rein logischer Sicht war die Rechtsprechung angreifbar: In einem ersten Schritt gab sie außerwettbewerbsrechtlichen Normen das Attribut der sittlichen Fundiertheit. In einem zweiten bezeichnete sie einen Verstoß gegen diese Kategorie von Normen als ohne weiteres sittenwidrig. In einem Satz zusammengefasst: Gegen die guten Sitten verstieß, wer Normen verletzte, die die guten Sitten schützen. Das ist ein Musterbeispiel eines Zirkelschlusses.³⁵⁵

Im Übrigen spricht ein grundsätzliches Argument gegen die Unterteilbarkeit an sich: Alle Gesetze müssen sich an Maßstäben der Gerechtigkeit messen lassen. Da die Verwirklichung der Gerechtigkeit ein Grundanliegen der Ethik ist, sind daher letztendlich alle Gesetze auch ethisch fundiert und wertbezogen.³⁵⁶

c) Mangelnder Wettbewerbsbezug

Die „guten Sitten“ sind, wie bereits ausgeführt wurde, kein allgemeiner Begriff, der in jedem Gesetz dieselbe Bedeutung hat. Zumindest für § 1 UWG a.F. konnte in sie keine rein moralische Bewertung hinein gelesen werden. Dann konnte aber auch nicht als Grundvoraussetzung die Kategorie sittlich fundierter Normen gebildet und aus ihrer Verletzung per se ein Sittenverstoß i.S.d. Wettbewerbsrechts gefolgert werden.³⁵⁷

Die Rechtsprechung verkannte, dass wettbewerbsrechtlich sittenwidrig nur sein kann, was auch einen Bezug zum Wettbewerb hat. Nicht schon allein aus der Beeinträchtigung allgemeiner Belange kann die Unlauterkeit gefolgert werden. Es muss „eine Brücke zur Sphäre des Wettbewerbs geschlagen werden“, wie Schrickler es formuliert hat.³⁵⁸

Der klassische Ansatz vernachlässigte die teleologische Auslegung, die eine stärkere Berücksichtigung des UWG als Schutz der Funktionsbedingungen des Wettbewerbs fordert.³⁵⁹ Ob eine Norm werthaltig ist oder nicht, ist dabei letztlich irrelevant.³⁶⁰

Das UWG soll unerwünschte Auswüchse des Wettbewerbskampfes, Verfälschungen des geschäftlichen Wettbewerbs und den Einsatz unlauterer Mittel unterbinden. Dieser Hintergrund muss Grundlage seiner gesamten Anwendung sein.³⁶¹ Wer wichtige Gemeinschaftsgüter wie die Volksgesundheit in den Vordergrund stellte, mochte aus ehrenwerten Motiven handeln. Er lief aber Gefahr, die eigentliche Aufgabe des Wettbewerbsrechts aus den Augen zu verlieren. Im Übrigen stehen zum Schutz der einschlägigen wichtigen Gemeinschaftsgüter andere Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung.³⁶²

Der Verzicht auf den Wettbewerbsbezug werthaltiger Normen gab Privaten Kompetenzen zur Durchsetzung von Normzwecken, die ihnen in diesen Bereichen eben nicht zustanden.³⁶³ Die Judikative betrieb bisweilen unter dem Einfluss soziologischen, mittelstandspolitischen oder ständischen Denkens ohne Befugnis Wirtschaftspolitik.³⁶⁴

d) Mangelnde Flexibilität

Sinn und Zweck einer Generalklausel ist es gerade, in einem komplexen, sich wandelnden Bereich Flexibilität zu schaffen, um gerechte Entscheidungen im Einzelfall zu gewährleisten.

³⁵⁴ von Schall-Riaucour S. 65.

³⁵⁵ Schrickler S. 240.

³⁵⁶ Sack WRP 1998, 683 (684).

³⁵⁷ Schrickler S. 242.

³⁵⁸ S. 247.

³⁵⁹ Großkomm-Schünemann Einl Rn D 59.

³⁶⁰ Doepner WRP 1980, 473 (475).

³⁶¹ Schrickler S. 243.

³⁶² Mees Vieregge-FS 627.

³⁶³ Stolterfoth Rittner-FS 704.

³⁶⁴ von Schall-Riaucour S. 64.

Das bedeutet natürlich nicht, dass ein Richter von Fall zu Fall nach Gutdünken entscheiden darf, ohne an irgendwelche über die vage Formulierung einer Generalklausel hinaus gehende Vorgaben gebunden zu sein. Es bedeutet aber, dass die Vorgaben daran zu messen sind, ob sie im konkret zu entscheidenden Fall gerechte, nachvollziehbare Ergebnisse schaffen können oder nicht. Die Fallgruppen zu § 1 UWG a.F. waren Entscheidungshilfen, Krücken, wenn man so will, die der alten Dame Generalklausel auf dem rechten Weg behilflich waren. Sie zum unantastbaren Dogma machen hieß, der Gehilfe mehr Bedeutung als Beinen und Füßen zuzusprechen.

Eine starre Schematisierung wird dem Sinn und Zweck des Wettbewerbsrechts nicht gerecht.³⁶⁵

e) Entscheidungswut

Ein weiterer Vorwurf eher grundsätzlicher Art, den sich die Rechtsprechung gefallen lassen musste, ist der der Überaktivität. Durch die Spezialgesetzgebung noch erschwert, fiel es ihr nicht immer leicht, die Anforderungen in einem vernünftigen Maß zu halten.³⁶⁶ Der Wettbewerb in Deutschland wird im internationalen Vergleich geprägt durch eine immense Anzahl zum Teil für schlichtweg überflüssig erachteter Normen, die das Verhalten von Unternehmen regulieren. Die – zuletzt rückläufige – Tendenz der Rechtsprechung, jede noch so geringe Missachtung jeder noch so marginalen Norm über § 1 UWG a.F. zu ahnden, haben Kritiker als Symptome einer Hypertrophie diagnostiziert.³⁶⁷ Es bestehe die Gefahr, dass § 1 UWG a.F. zu einer „allgemeinen Rechtsdurchsetzungsnorm“ werde.³⁶⁸

f) Inkohärenz und Lücken

Doepner³⁶⁹ verwies auf das Versäumnis, die Fallgruppen des Rechtsbruchs an die gewandelte Schutzrichtung des Wettbewerbsrechts (neben Individualschutz der Wettbewerber auch Interessen der Verbraucher und der Allgemeinheit) anzupassen. Es sei nicht sachgerecht, den Vorsprungsgedanken bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Verstößen anzuwenden, die wie die Preisangabenverordnung, das Textilkennzeichnungsgesetz oder das Gesetz über Einheiten im Messwesen ein Marktverhalten ausschließlich im wirtschaftlichen Interesse der Verbraucher regelten, ohne einen unmittelbaren Konkurrentenbezug aufzuweisen. Schließlich verfolge die Vorsprungstheorie allein einen auf Konkurrenten bezogenen Ansatz. Die Theorie versage deshalb überall dort, wo ein Rechtsverstoß nicht zu einem Vorsprung eines Wettbewerbers gegenüber seinen Konkurrenten führe bzw. führen könne. Wenn der BGH solche Fälle trotzdem in dieses Schema presse, wirke das konstruiert.

g) Das Sonderproblem der öffentlich-rechtlichen Normen

Ein Sonderproblem stellte sich, wenn die in Frage stehende Norm dem öffentlichen Recht entstammt. Denn dann agierten die Wettbewerbsrichter auf fremdem, ihnen in der Regel unvertrautem Gebiet. Und dazu noch mit ungleichem Rüstzeug, denn im Gegensatz zu den Behörden handelten sie nicht unter der Prämisse pflichtgemäßen Ermessens, so dass ihr Entscheidungsspielraum kleiner war.³⁷⁰ Auch war die Breite an Informationen, auf deren Grundlage entschieden wurde, unterschiedlich. Während Verwaltungsbehörden nach Opportunitätsprinzip und Inquisitionsmaxime handeln, sind die Zivilgerichte auf das Wissen beschränkt, das die Verhandlungsmaxime zu Tage fördert. Dass die Fachbehörden ohnehin ein weitaus besseres Tatsachen- und Fachwissen haben als die Zivilrichter, die mit der Rechtsmaterie häufig erstmals konfrontiert werden, liegt auf der Hand.³⁷¹

³⁶⁵ Vgl. Schrickler S. 242.

³⁶⁶ Rittner 1. Teil § 2 Rn 92.

³⁶⁷ Emmerich S. 309 f.

³⁶⁸ Weidert Helm-FS 133.

³⁶⁹ Doepner, Helm-FS 54 f.

³⁷⁰ Kroitzsch GRUR 1982, 389 (391).

³⁷¹ Kroitzsch GRUR 1995, 322 (323).

Der Adressat der öffentlich-rechtlichen Vorschrift war so mitunter der unerträglichen Situation ausgesetzt, dass sein Verhalten von der Verwaltungsbehörde oder sogar den Strafgerichten als gesetzeskonform abgesegnet wurde, während ein Zivilgericht in extensiver Auslegung derselben Vorschrift einen Gesetzesverstoß erblickte.³⁷² Auf der Strecke blieb für den Betroffenen der Glaube an das Rechtssystem und für die Allgemeinheit die Rechtssicherheit.

Nach Quack bestand die Gefahr der Ungerechtigkeit durch selektives Vorgehen der Konkurrenten. Da die nur von ihren eigenen Interessen gesteuert aktiv würden, ergebe sich eine Zufälligkeit der Verfolgung, die mit Blick auf den Gleichheitssatz problematisch sei.³⁷³

Er hat rund 200 Urteile der Wettbewerbsrichter in 12 Jahren in diesem Bereich gezählt, von denen keines notwendig gewesen sei.³⁷⁴ Dem entgegnete Doepner, dass die ebenfalls bzw. vorrangig zuständige staatliche Überwachung und Sanktionierung an erheblichen Vollzugsdefiziten leide.³⁷⁵ Es befremde da „schon ein wenig, dass ‚Fundamentalkritiker‘ die Realität der Überwachung und Rechtsverfolgung durch Behörden in den kritischen, wettbewerbsrechtlich instrumentalisierten Bereichen aus ihren Überlegungen weit gehend ausklammern“.³⁷⁶ Auch seien die Verwaltungsgerichte sehr zurückhaltend in ihren Urteilen, ergänzt Frenz.³⁷⁷

Doch die Kritik blieb harsch. Da werden Verwaltungsbefugnisse auf Privatpersonen delegiert,³⁷⁸ heißt es, das Wettbewerbsrecht mutiere zu „einer Art Ersatzverwaltung“.³⁷⁹ „Grenzüberschreitung“³⁸⁰ prangerte das zivilrechtliche Schrifttum an, die öffentlich-rechtliche Literatur wurde noch deutlicher gegen die unerwünschten Eindringlinge: Die „systemwidrige Expansion des Wettbewerbsrechts“ und das „zivilgerichtliche Dilettieren im Verwaltungsrecht“ müssten ein Ende haben, so Tettinger.³⁸¹

Dass die Zivilgerichte sich das Tor zu einer Untersuchung von Vorschriften öffnen, deren Anwendung eigentlich Sache der Verwaltung ist, sei etwa im Fall der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden nur die Konsequenz daraus, dass sich die Gemeinden auf die Ebene der Gleichordnung mit der Privatwirtschaft begäben, hielt Frenz dem entgegen.³⁸²

Stolterfoht differenzierte: Die Kompetenzbereiche der Verwaltungsbehörde und des Wettbewerbsrichters seien danach abzugrenzen, ob jeweils der Primärzweck oder der wettbewerbsrechtliche Sekundärschutz einer Norm verwirklicht werden solle.³⁸³

Für die Konkretisierung des Primärzwecks der Norm sei ausschließlich die Fachbehörde zuständig, die Kontrolle der wettbewerbsrechtlichen Lauterkeit stehe dagegen dem Wettbewerbsrichter zu.³⁸⁴ Damit werde letzterer hinsichtlich des Primärzwecks, nicht aber hinsichtlich des Sekundärzwecks an die Praxis der Verwaltungsbehörde gebunden. Eine ständige, in Bezug auf alle Betroffenen gleichmäßig ausgeübte Verwaltungspraxis dürfe er nicht in einer von ihm für richtig gehaltenen abweichenden Auslegung der Primärnorm ignorieren,³⁸⁵ solange das Verhalten der Behörde nicht offensichtlich rechtswidrig sei.³⁸⁶

³⁷² Kroitzsch GRUR 1995, 322 (325).

³⁷³ Trinker-FS 271, 273, 276.

³⁷⁴ Trinker-FS 268, 277.

³⁷⁵ Doepner Helm-FS 51.

³⁷⁶ Doepner Helm-FS 52.

³⁷⁷ Frenz WRP 2002, 1367 (1370).

³⁷⁸ Kroitzsch GRUR 1982, 389 (390).

³⁷⁹ Quack, Trinker-FS 270.

³⁸⁰ Quack, Trinker-FS 266.

³⁸¹ NJW 1998, 3473 (3474).

³⁸² Frenz WRP 2003, 455 (459).

³⁸³ Rittner-FS 705.

³⁸⁴ Rittner-FS 705.

³⁸⁵ Rittner-FS 708.

³⁸⁶ Rittner-FS 714.

4. Alternative Ansätze

a) Schutznormtheorie

Schon 1970 hat Schricker diesen Ansatz, dem sich die Rechtsprechung in neueren Urteilen behutsam annäherte, entwickelt. Er unterscheidet zwischen Normen, deren Schutzzweck zumindest teilweise mit dem des UWG übereinstimmt, und sonstigen Normen. Ein Verstoß gegen erstere begründe per se die Unlauterkeit, während Schricker bei letzteren mit dem Vorsprungsgedanken arbeitet.

Im Einzelnen:

aa) Normzweck

Ausgangspunkt ist stets eine teleologische Auslegung, die Ziel, Zweck und Funktion des § 1 UWG a.F. – Schutz bestimmter Gruppen gegen Beeinträchtigungen im Wettbewerb – beachtet.³⁸⁷ Da der Gesetzeszweck also ein „Schutzzweck“ ist, so folgert Schricker, ergeben sich Parallelen zum Deliktsrecht, so dass eine analoge Übertragung der Grundsätze der Schutznormtheorie und des Normzweckgedankens aus § 823 II BGB möglich ist. Damit wird die Schutznormtheorie zum rechtlichen Maßstab bei der Ausfüllung des wettbewerbsbezogenen Begriffs der „guten Sitten“.³⁸⁸

Entscheidend ist also der Schutzzweck der verletzten außerwettbewerbsrechtlichen Norm. Verfolgt sie zumindest teilweise Zwecke, denen auch das UWG dient, so führt ein Verstoß per se zur Unlauterkeit, ohne dass weitere Umstände hinzukommen müssten.³⁸⁹

Dabei will Schricker den Schutzzweck wie bei § 823 II BGB in dreifacher Hinsicht bestimmen: persönlich, gegenständlich und hinsichtlich der Verletzungsform.

(1) Schutzzweck in persönlicher Hinsicht

Das UWG schützt Belange der Allgemeinheit, der Wettbewerber und der Abnehmer.

Da im Rahmen des Interesses der Allgemeinheit keine bestimmbareren Einzelpersonen oder Personengruppen geschützt werden, sondern allgemeine Belange und Wertungsgesichtspunkte maßgebend sind, passt die Schutznormtheorie auf diesen Aspekt nicht. Sie ist nicht geeignet, an diese allgemeine Zielsetzung anzuknüpfen.³⁹⁰

Dagegen kommen vor allem solche außerwettbewerbsrechtlichen Normen in Betracht, deren Zweck der Konkurrentenschutz ist. Da sie wie das UWG die Wettbewerber im Auge haben, stimmen die Schutzzwecke überein, so dass ein Verstoß ohne weiteres unlauter ist.³⁹¹

Eine Verletzung der Abnehmerinteressen – vor allem der der privaten Verbraucher – bedeutet nicht per se unlauteren Wettbewerb. Abnehmerinteressen werden vom UWG nicht allumfassend geschützt. Es kommen daher nur solche Interessen in Betracht, die zum Schutzbereich des UWG gehören. Der Verbraucherschutz wird daher nur von Fall zu Fall relevant, etwa beim Schutz vor Täuschung, Belästigung und Vermögensbeeinträchtigung aus Geschäftsabschlüssen, weil dies spezifisch wettbewerbliche Verletzungstatbestände sind.

Liegt eine solche Verletzung vor, so führt sie per se zur Unlauterkeit. Da aber Normen, die dem Abnehmerschutz dienen, regelmäßig auch Wettbewerberinteressen schützen und die Verletzung letzterer bereits genügt, ist laut Schricker ein Fall, der sich allein auf ersteren stützt, rein theoretischer Natur.³⁹²

(2) Schutzzweck in gegenständlicher Hinsicht

Die im Einzelnen geschützten Rechtsgüter der Wettbewerber liegen ganz überwiegend im Vermögensbereich, aber auch der Schutz persönlichkeitsbezogener Aspekte kann Übereinstimmung mit dem Zweck des UWG begründen. So kommen die Freiheit der

³⁸⁷ Schricker S. 250.

³⁸⁸ Schricker S. 250 f.

³⁸⁹ Schricker S. 252

³⁹⁰ Schricker S. 253.

³⁹¹ Schricker S. 253.

³⁹² Schricker S. 253 f.

Willensentschließung und -betätigung im gewerblichen Bereich, das geschäftliche Ansehen oder der gute Ruf des Wettbewerbers in Betracht.³⁹³

Abnehmer werden in gegenständlicher Hinsicht, wie bereits angedeutet, nicht umfassend geschützt, sondern nur, soweit ihre Interessen in der Wettbewerbssphäre liegen. Auch hier zählen überwiegend Vermögensinteressen.³⁹⁴

(3) *Übereinstimmung in der Verletzungsform*

Zweck der missachteten Norm muss zumindest unter anderen sein, solche Arten von Verletzungen zu verbieten, die auch vom UWG erfasst werden. Zu den Verletzungsformen, die von der außerwettbewerblichen Norm gedeckt werden, müssen auch die typischen wettbewerbsrechtlichen Verletzungsformen gehören, im konkreten Fall muss es sich um eine solche Art der Verletzung handeln.

Da das UWG nicht nur einen begrenzten Katalog streng typisierter Verletzungsformen erfasst, sondern einen weiten Anwendungsbereich besitzt, kommt dieser Einschränkung allerdings nur eine geringe praktische Bedeutung zu. Entscheidend ist wiederum der Wettbewerbsbezug. Findet die Verletzung nicht in der geschäftlichen Sphäre statt, sondern im rein privaten Bereich des Wettbewerbers oder in Angelegenheiten des Verbrauchers, die nicht vom geschäftlichen Verkehr berührt werden, so ist § 1 UWG a.F. nicht einschlägig.³⁹⁵

bb) Vorsprung

Stimmt der Zweck der verletzten Norm nicht, auch nicht teilweise, mit dem des UWG überein, so verneint Schricker einen Per-Se-Schluss auf die Unlauterkeit. Trotzdem will er dem Wettbewerber unter Hinweis auf das Leistungsprinzip³⁹⁶ und die *par condicio concurrentium*³⁹⁷ den Schutz nicht vollständig versagen. Man müsse dem Konkurrenten gestatten, einer durch den Normverstoß bewirkten Verfälschung des Wettbewerbs entgegen treten zu können, da Sinn und Zweck des Wettbewerbsrechts sei, Mittel gegen solche Verfälschungen zu bieten. Ausgangspunkt ist also diesmal nicht der Zweck der verletzten Vorschrift. Der tritt in den Hintergrund, während der Schutzzweck des UWG entscheidet.³⁹⁸

Erzielt der Wettbewerber also durch einen Verstoß gegen eine außerwettbewerbliche Norm, deren Schutzzweck überhaupt nicht mit dem des UWG übereinstimmt, einen Vorsprung gegenüber seinen Konkurrenten, so begründet dies die Unlauterkeit. Dabei lässt Schricker wegen des präventiven Charakters des Wettbewerbsrechts bereits genügen, dass ein Vorsprung droht, ohne bereits tatsächlich eingetreten zu sein.³⁹⁹

Im Einzelnen differenziert er wiederum nach der Art der verletzten Norm:

Je enger ihre Beziehung zum Wettbewerb sei, desto eher seien wettbewerbliche Auswirkungen zu befürchten. Bei Wettbewerbshandlungen, die selbst ein solches Gesetz verletzen, sei die Gefahr eines Vorsprungs und damit die Unlauterkeit in der Regel ohne weiteres anzunehmen, sofern der Verstoß seiner Natur nach überhaupt geeignet sei, die Wettbewerbssituation zu verbessern.⁴⁰⁰

Bei „wettbewerbsfernen Normen“ oder der Wettbewerbshandlung vorausgehenden Gesetzesverstößen indiziere der bloße Normverstoß die Unlauterkeit dagegen nicht. Dann müssten weitere Merkmale hinzutreten wie Preisunterbietung, günstigere Gestaltung des Vertriebssystems, Ware, die den Eindruck eines besseren Angebots macht, Erweiterung des Sortiments oder der Warenvorräte, Modernisierung der Geschäftsräume usw. Die Grenze sei

³⁹³ Schricker S. 256.

³⁹⁴ Schricker S. 256. f.

³⁹⁵ Schricker S. 257.

³⁹⁶ Schricker S. 262.

³⁹⁷ Schricker S. 264.

³⁹⁸ Schricker S. 266.

³⁹⁹ Schricker S. 267.

⁴⁰⁰ Schricker S. 267.

erst dort erreicht, wo Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht mehr feststellbar sind, etwa bei bloßer Ansammlung finanzieller Mittel.⁴⁰¹

Ob aber der Systematik mit dem Hinzunehmen eines weiteren unbestimmten Begriffes wie dem der „wettbewerbsfernen Norm“ gedient ist, scheint doch zweifelhaft. Man stelle sich nur einmal die einzelnen Schritte zur Identifizierung einer solchen Vorschrift vor: Ausgangspunkt ist eine Norm, die nicht zum Wettbewerbsrecht zu rechnen ist. Zweitens darf ihr Zweck sich nicht, auch nicht in Teilbereichen, mit dem des Wettbewerbsrechts decken. Drittens muss sie auch darüber hinaus eine wie auch immer im Einzelnen geartete, weitere Distanz zum Wettbewerb aufweisen. Mir scheint das ein bisschen viel des Guten.

Auch ist anzumerken, dass die sehr weit gefassten Fallgruppen,⁴⁰² die Schricker nur beispielhaft anführt und die daher keinesfalls abschließend zu verstehen sind, wohl über das hinausgehen, was die Rechtsprechung im Fall wertneutraler Normen unter Vorsprung verstand.

cc) Verbraucherschutz

Der Vorsprungsgedanke passt nur dort, wo Wettbewerberinteressen in Frage stehen. Auf Verbraucherinteressen ist er nicht anwendbar. Da Schricker die ausschließliche Verletzung von Verbraucherinteressen ohne den Bezug zu Wettbewerberinteressen als rein theoretischen Fall ansieht, ist es konsequent, dass er ihn nicht weiter behandelt.

Will man ihn trotzdem erfassen, so kann im Verhältnis zu Verbrauchern die Sittenwidrigkeit der Wettbewerbshandlung im Einsatz des Normverstößes zu Verbraucher schädigenden, zum Beispiel irreführenden, Handlungsweisen gesehen werden.⁴⁰³

dd) Subjektive Voraussetzungen, Verschulden

Hinsichtlich der Verletzung von Normen, die im Schutzzweck mit dem UWG übereinstimmen, fordert Schricker für den Unterlassungsanspruch keine besonderen subjektiven Umstände, für den Schadensersatzanspruch Verschulden. Auf besondere Motive und Absichten oder sonstige qualifizierte subjektive Umstände kommt es nicht an, wenn nicht die verletzte Norm selbst solche voraussetzt.⁴⁰⁴

Die gleichen Grundsätze gelten für den mit der Wettbewerbshandlung einhergehenden Verstoß gegen eine Norm, die nicht „wettbewerbsfern“ ist.⁴⁰⁵ Ist sie das doch, so muss der erzielte Vorteil objektiv festgestellt werden. Wird mit dem Begriff der Gefahr gearbeitet, so können subjektive Elemente wie Vorteilsabsicht, der Wille, die Gesetzestreue der Wettbewerber auszunutzen, oder Planmäßigkeit des Handelns diese indizieren.⁴⁰⁶

b) Wettbewerbsnähe

Ähnlich argumentiert Schönemann, der ausschließlich nach der „Wettbewerbsnähe“ der verletzten Norm differenziert:

In der Verletzung „wettbewerbsnaher Normen“ liege per se auch wettbewerbliche Sittenwidrigkeit, wenn die betroffenen Normen die Wettbewerbsfreiheit stärken. Verstöße gegen „wettbewerbsferne Normen“ begründeten dagegen die wettbewerbsrechtliche Sittenwidrigkeit nur im Zusammenhang mit einem durch den Verstoß erzielten Wettbewerbsvorteil.⁴⁰⁷

Auch hier bleiben aber die Unsicherheiten im Einzelfall bestehen – was ist „wettbewerbsnah“, was „fern“?⁴⁰⁸

⁴⁰¹ Schricker S. 268 f.

⁴⁰² Schricker S. 270.

⁴⁰³ Reich / Wegener JuS 1974, 561 (566).

⁴⁰⁴ Schricker S. 258.

⁴⁰⁵ Schricker S. 268.

⁴⁰⁶ Schricker S. 269 f.

⁴⁰⁷ Großkomm-Schönemann Einl Rn D 69.

⁴⁰⁸ Mees GRUR 1996, 644 (645).

c) Modifizierung des „klassischen“ Ansatzes

Teplitzky sieht in der Schutzzwecktheorie den wettbewerbsgemäßen Ansatz. Trotzdem ist er gegen ihre Übernahme. Die Vorzüge seien nicht so groß, dass sie die Aufgabe eines in Jahrzehnte langer Entwicklung geschaffenen Systems, die mit einer durch die notwendige Neuorientierung der Rechtsprechung verbundenen Rechtsunsicherheit einhergehe, rechtfertigen würden.⁴⁰⁹

Daher bevorzugt er eine Modifizierung des alten Systems in vielen kleinen Schritten:

Zunächst will er die Zahl der unmittelbar wertbezogenen Normen reduzieren. Haben sie, wie es häufig der Fall sei, nur mittelbare Bezüge zu hochwertigen und eo ipso schützenswerten Rechtsgütern, so sei die Sittenwidrigkeit eines Verstoßes nicht ohne das Hinzutreten weiterer Umstände anzunehmen. Kriterien seien die Höhe bzw. Wertigkeit des Schutzgutes auf der einen und der Grad der Unmittelbarkeit der Betroffenheit auf der anderen Seite.⁴¹⁰

Weiterhin fordert er eine umfassende Sittenwidrigkeitsprüfung im Einzelfall bei wertbezogenen Normen unter relativ geringen Voraussetzungen. Damit will er die aktuelle Rechtsprechung, die dies in besonderen Ausnahmefällen bereits in Abkehr von ihren alten Grundsätzen praktiziert,⁴¹¹ fortentwickeln. Dies soll mehr Einzelfallgerechtigkeit gewährleisten und das Problem der Abgrenzung von werthaltigen und wertneutralen Normen verringern.⁴¹²

Auch bei der Wettbewerbswidrigkeit von Verstößen gegen wertneutrale Normen könnten die Anforderungen durch verschiedene Maßnahmen erhöht werden:

Eine Rückbesinnung auf die subjektive Voraussetzung des im Laufe der Jahre zur Leerformel verkümmerten bewussten und planmäßigen Handelns könnte einschränkend wirken.⁴¹³

Hinsichtlich des Vorsprungs solle eine Spürbarkeitsprüfung etabliert werden. Leitbild solle stets der „Durchschnittsverbraucher“, der sich nicht so leicht irritieren lässt, sein.⁴¹⁴ Die deutsche Figur des „unbedarften Verbrauchers“ ist ohnehin nicht auf viel Gegenliebe gestoßen. In englischen Vorlesungen kommt es vor, dass deutschen Hörern unter Hinweis auf das von der hiesigen Rechtsprechung unterstellte Niveau des Verbrauchers die Mündigkeit zum selbstständigen Supermarkt-Besuch abgesprochen wird.

Weiterhin könne die Unlauterkeit durch eine wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstandende Motivation oder Zielrichtung ausgeschlossen werden. Auch wenn das Verhalten im Einklang mit verwaltungsbehördlicher oder verwaltungsgerichtlicher Übung steht, solle es nicht beanstandet werden.⁴¹⁵

d) Gleichstellung von Gesetzes- und Sittenwidrigkeit

Vorweg: Völlig frei von Einschränkungen wird dieser Ansatz nicht vertreten.

Zwar ist nach Sack jede gesetzeswidrige Wettbewerbshandlung ohne weiteres sittenwidrig gemäß § 1 UWG a.F. Das sei so, da bei der Konkretisierung von Sittenwidrigkeitsklauseln in erster Linie vorhandene gesetzliche Wertungen zu berücksichtigen seien. Habe der Gesetzgeber eine gesetzliche Bewertung eines Verhaltens bereits selbst vorgenommen, so sei damit auch das Sittenwidrigkeits-Urteil zwingend vorgegeben. Gesetzliche Regelungen brächten immer zum Ausdruck, was dem Anstandsgefühl der im Sinne der Rechtsordnung gerecht und billig Denkenden entspräche.⁴¹⁶

Dem widerspreche auch die Schutzzwecktheorie nicht. Trotzdem sei eine teleologische Reduktion der Sittenwidrigkeitsklauseln dahin gehend, dass ihre Sanktion vom Zweck der

⁴⁰⁹ Großkomm-Teplitzky § 1 Rn G 266.

⁴¹⁰ Großkomm-Teplitzky § 1 Rn G 273.

⁴¹¹ Siehe 5.c).

⁴¹² Großkomm-Teplitzky § 1 Rn G 275.

⁴¹³ Großkomm-Teplitzky § 1 Rn G 277.

⁴¹⁴ Großkomm-Teplitzky § 1 Rn G 280.

⁴¹⁵ Großkomm-Teplitzky § 1 Rn G 282 ff.

⁴¹⁶ Sack WRP 1985, 1 (10).

verletzten Norm gedeckt sein müsse, angezeigt. Deshalb stehe die Haftung aus § 1 UWG a.F. unter dem Vorbehalt, dass die geltend gemachten Ansprüche dem Schutzzweck der verletzten Norm entsprächen.⁴¹⁷

Auf vorgelagerte Verstöße seien allgemeine Ansätze wie der der Rechtsprechung zum Vorsprung dagegen überhaupt nicht übertragbar.⁴¹⁸ Hier sei vielmehr die Frage entscheidend, wann es für einen Mitbewerber unzumutbar sei, sich gesetzesgemäß zu verhalten, und wann ein Schutzbedürfnis bestehe, wenn ein Wettbewerber sich durch rechtswidrige Vortaten Vorteile verschaffe.⁴¹⁹ Die Fälle, auf die dies zutrefte, seien äußerst selten.⁴²⁰

e) Grundsätzliche Vorsprungsprüfung

Das Gegenmodell von Mees will unabhängig von der Einordnung der verletzten Norm die Annahme der wettbewerbsrechtlichen Sittenwidrigkeit immer von der Erzielung eines Vorsprungs abhängig machen.

Aufgabe des Wettbewerbsrechts sei schließlich nicht, Verhaltensweisen zu verbieten, die keine Auswirkungen auf den fairen Ablauf des Wettbewerbs haben. Von einer Norm abweichende Verhaltensweisen seien selbst dann, wenn sie im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs erfolgten, nicht ohne weiteres unlauter, wenn sie keine negativen Einflüsse auf den Wettbewerb hätten. Deshalb sei bei jedem Normverstoß zu prüfen, ob weitere, die Sittenwidrigkeit begründende Merkmale gegeben sind. Danach handelt nur sittenwidrig, wer sich durch den Rechtsbruch einen leistungsfremden Wettbewerbsvorsprung verschafft.⁴²¹ Ausreichend sei dabei bereits die Gefahr einer erheblichen Beeinträchtigung.⁴²²

Der große Vorteil dieses Ansatzes ist, dass die unsichere Unterscheidung zwischen werthaltigen und wertneutralen Normen entfällt, ohne durch einen anderen unbestimmten Rechtsbegriff ersetzt zu werden.⁴²³

Diesen Ansatz will Mees ohne Einschränkungen auch auf Fälle, in denen der Gesetzesverstoß der Wettbewerbshandlung vorausgeht, übertragen.⁴²⁴

Dagegen argumentiert Doepner, das konterkariere die sozialrechtliche Sicht des Wettbewerbsrechts, nach der nicht nur die Wettbewerber, sondern auch die übrigen Marktbeteiligten und die Allgemeinheit geschützt werden. Mees' Weg führe zum inzwischen obsoleten reinen Individualschutz der einzelnen Mitbewerber zurück.⁴²⁵ Im übrigen versage der Ansatz, wenn der Gesetzesverstoß nicht zwingend zu einem Vorsprung führe, wie das typischerweise bei rein Verbraucher schützenden Normen der Fall sei.⁴²⁶

f) § 13 UWG a.F. als „Transportnorm“

Auch Tilmann bezieht sich auf den Schutzzweck der verletzten Norm.⁴²⁷ Er sieht ihn als Voraussetzung im Rahmen des § 1 UWG a.F. aber eher als hinderlich an und will die Brücke von der betroffenen Norm zum Wettbewerbsrecht daher über § 13 UWG a.F. unter Einbeziehung von § 823 II BGB schlagen.⁴²⁸ Vorteil einer solchen „Transponierung“ sei, dass die rechtliche Vorgabe einer deliktsrechtlichen Verletzung von Interessen bestimmter Marktbeteiligter nicht übersprungen werden könne.⁴²⁹

⁴¹⁷ Sack WRP 1985, 1 (11 f.).

⁴¹⁸ Sack WRP 1998, 683 (686).

⁴¹⁹ Sack WRP 1998, 683 (689).

⁴²⁰ Sack WRP 1998, 683 (690).

⁴²¹ Mees Vieregge-FS 627.

⁴²² Mees GRUR 1996, 646.

⁴²³ Mees Vieregge-FS 627.

⁴²⁴ Mees Traub-FS 286.

⁴²⁵ Doepner Helm-FS 57.

⁴²⁶ Doepner Helm-FS 58.

⁴²⁷ Tilmann GRUR 1991, 796 (799).

⁴²⁸ Tilmann WRP 1987, 293 (294).

⁴²⁹ Tilmann WRP 1987, 293 (296).

Diese Gefahr bestehe aber bei der traditionellen „Transponierung“ über § 1 UWG a.F. Sie zwingt dazu, die Normverstöße durch das „Nadelöhr der Sittenwidrigkeit“ zu pressen. Die bloße Bezugnahme auf die guten Sitten könne dazu führen, die Prüfung deliktsrechtlich schutzwürdiger Interessen der betroffenen Marktbeteiligten zu vernachlässigen. Die enge Verbindung mit §§ 13 UWG a.F., 823 II BGB zeige, dass das UWG a.F. auch im Bereich seiner Generalklausel zum Recht der unerlaubten Handlungen gehöre und mit seinen Verboten daher nur eingreifen könne, wenn ein deliktsrechtlicher Verletztenstatus bei den betroffenen Marktteilnehmern festgestellt werden kann.⁴³⁰

Vorteil auch dieser Ansicht wäre der Verzicht auf die unsichere Unterscheidung zwischen werthaltigen und wertneutralen Normen. Doch fragt Tilmann selber: „Wird hier nicht nur eine generalklauselartige Einflugschneise durch die andere ersetzt?“⁴³¹ Das scheint so, denn auch dieser Ansatz befreit nicht davon, bei der Beurteilung des Wettbewerbsbezugs der Normen im Einzelnen zu differenzieren.⁴³² Die Gefahren, die Tilmann darstellt, bestehen in der Tat, man kann ihnen aber ganz einfach begegnen, wenn man beachtet, dass die Sittenwidrigkeit in § 1 UWG a.F. wettbewerbsbezogen zu verstehen ist. Auf den vorgezeichneten Umweg lässt sich so verzichten.

5. Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung

„Im Rechtsbruch nichts Neues“, so lässt sich der Stand in den späten 80er Jahren beschreiben. Die Kämpfe der Literatur gegen die Rechtsprechung waren ausgefochten, ohne dass sich letztere darum geschert hätte, alternative Ansätze waren vorgestellt und ebenso auseinander genommen worden.

Mit den 90er Jahren kam Bewegung in ein lange stagnierendes Gebiet. Die Rechtsprechung schien auf einmal bereit, ihre Jahrzehnte alten Dogmen in Ansätzen zu überdenken und hier und da ein wenig aufzuweichen, wenn sie auch den endgültigen und ausdrücklichen Bruch mit ihnen schuldig geblieben ist.

Im Einzelnen:

a) Nachtbackverbot und Tariflohnunterschreitung

Viele vorausgegangene Gesetzesverstöße können die Lage eines Unternehmens irgendwie verbessern. Wer Steuern hinterzieht, kann das eingesparte Geld in sein Geschäft investieren, ebenso ließe sich die Beute eines Banküberfalls in eine Werbekampagne stecken.

Noch in der Entscheidung „Nachtbackverbot“ ließ der BGH genügen, dass ein Konkurrent durch die Missachtung eines Verbots in der Lage ist, höheren Umsatz bei geringeren Kosten zu erzielen, ohne dass diese Kriterien anhand der konkreten Bilanzen des Betroffenen nachgewiesen worden wären.⁴³³

In den 90er Jahren wuchs in Karlsruhe die Einsicht, dass diese unbestimmte Möglichkeit der Besserstellung nicht ausreicht, sondern ein Nachweis der konkreten Lage und Auswirkung von Nöten ist. In der Entscheidung „Tariflohnunterschreitung“ urteilten die Richter, als Wettbewerbsvorteil könne nicht schon die durch eine Rechtsverletzung gewonnene bessere betriebswirtschaftliche Lage des Unternehmens, sondern erst deren Ausnutzung im Wettbewerb durch eine entsprechende günstigere Angebotsgestaltung angesehen werden.⁴³⁴

Hierfür spreche keine tatsächliche Vermutung, denn nach der allgemeinen Lebenserfahrung erscheine eine Nutzung des Vorteils in anderer Weise als im Wettbewerb, etwa zur Verbesserung der Gewinnspannen, nicht ausgeschlossen.⁴³⁵ Daher sei der Kläger beweispflichtig, wobei ihm jedoch die Beweiserleichterungsgrundsätze zugute kommen können, nach denen der Beklagte gemäß § 242 BGB verpflichtet sein kann, Angaben über

⁴³⁰ Tilmann WRP 1987, 293 (296).

⁴³¹ Tilmann WRP 1987, 293 (297).

⁴³² Mees GRUR 1996, 644 (645).

⁴³³ BGH WRP 1989, 472 (475).

⁴³⁴ BGH Z 120, 320 (321).

⁴³⁵ BGH Z 120, 320 (326 f.).

innerbetriebliche, dem Kläger unzugängliche Vorgänge zu machen, wenn er hierzu ohne großen Aufwand in der Lage ist und eine hohe Wahrscheinlichkeit für die wettbewerbliche Ausnutzung des Rechtsbruchs spricht.⁴³⁶

Mit anderen Worten: Der Kläger muss, wenn auch mit einer gewissen Beweiserleichterung, die tatsächliche, konkrete Ausnutzung des Rechtsbruchs im Wettbewerb beweisen.

Auf den Erfolg der günstigeren Angebote kommt es indes nicht an.⁴³⁷

In diesem Sinne und in kompletter Übernahme der neuen Argumentation urteilte kurz darauf auch das OLG Köln,⁴³⁸ in einem weniger beachteten Urteil⁴³⁹ hatte auch der BGH alsbald Gelegenheit, die neue Linie zu bestätigen.

b) Hormonpräparate

Die Entscheidung „Hormonpräparate“⁴⁴⁰ beschränkte sich nicht auf vor- oder nachgelagerte Verstöße, sondern korrigierte über das Medium des Schutzes der Volksgesundheit allgemein die Richtung hinsichtlich wertbezogener Normen. Dass zu diesen insbesondere Vorschriften über Arzneimittel zählen, gilt in Abkehr von Grundsätzen des Reichsgerichts seit 1956⁴⁴¹, und seitdem war der Verstoß gegen Normen wie solche des HWG in ständiger Rechtsprechung regelmäßig auch sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG a.F.⁴⁴²

Diesen Grundsatz schränkte der BGH 1998 in der angesprochenen Entscheidung ein, ohne sich endgültig von ihm abzuwenden. So beeilte er sich, vorab zu betonen, dass die Verletzung werthaltiger Normen auch weiterhin regelmäßig gegen § 1 UWG a.F. verstoße und grundsätzlich die Unlauterkeit indiziere, ohne dass es der Feststellung weiterer Unlauterkeitsmomente bedürfe.⁴⁴³ Die einschränkenden Wörtchen „regelmäßig“ und „grundsätzlich“ waren nicht neu, sie wurden bis dato aber ganz einfach nicht beachtet, sondern warteten als Platzhalter für spätere Entscheidungen darauf, mit Inhalt gefüllt zu werden. 1998 war ihre Zeit gekommen. Von da an galt der Per-se-Grundsatz nicht mehr ausnahmslos. Vielmehr erfordere es der Schutzzweck des § 1 UWG a.F., Ausnahmen zuzulassen. Die besonderen Umstände des Einzelfalls könnten Anlass zu einer Prüfung des Gesamtverhaltens des Wettbewerbers nach seinem konkreten Anlass, Zweck und Mittel, seinen Begleitumständen und Auswirkungen geben.⁴⁴⁴ Das sei aber an sich auch immer schon so gewesen, schoben die Richter ein,⁴⁴⁵ als hätten sie ein wenig Angst davor, einem fast 60 Jahre alten Dogma zaghaft neue Impulse zu geben.

Vorliegend wogen die Richter eine allenfalls geringe Gefahr einer Beeinträchtigung geschützter Wettbewerbsinteressen auf der einen und ein Handeln in Wahrnehmung berechtigter Interessen auf der anderen Seite zugunsten der berechtigten Interessen ab und verneinten die Unlauterkeit eines Verstoßes gegen Vorschriften des HWG.⁴⁴⁶

Dem schloss sich das OLG Hamburg mit Blick auf Vorschriften des AMG an.⁴⁴⁷ Auch der BGH hat die neu gewonnenen Grundsätze auf dieses Gesetz angewendet. Dabei hat er die besondere Fallgestaltung, nach der ein Verhalten nicht im Widerspruch mit dem Hauptziel des allenfalls marginal verletzten Gesetzes steht, sondern dieses sogar fördert, als Indiz gegen die Sittenwidrigkeit im Rahmen der Gesamtabwägung eingestuft.⁴⁴⁸

⁴³⁶ BGH Z 120, 320 (321).

⁴³⁷ BGH Z 120, 320 (321).

⁴³⁸ BB 1993, 1387.

⁴³⁹ NJW-RR 1993, 1063.

⁴⁴⁰ BGH Z 140, 134.

⁴⁴¹ BGH Z 22, 167.

⁴⁴² Etwa BGH Z 81, 130.

⁴⁴³ Z 140, 134 (138).

⁴⁴⁴ BGH Z 140, 134 (139).

⁴⁴⁵ BGH Z 140, 134 (139).

⁴⁴⁶ BGH Z 140, 134 (139).

⁴⁴⁷ GRUR 2000, 159.

⁴⁴⁸ GRUR 2000, 237 (239).

Dem neuen Ansatz hält Köhler⁴⁴⁹ zugute, dass er die Eingangsvoraussetzungen für die Annahme einer Sittenwidrigkeit wegen Rechtsbruchs anhebt. Auch führe er zu mehr Einzelfallgerechtigkeit. Trotzdem sei er im Ganzen abzulehnen, da er mit einem Verlust an Rechtssicherheit einhergehe. Der BGH löse die bislang relativ scharf umrissenen Konturen bekannter Rechtsinstitute zugunsten von Billigkeitsentscheidungen auf.

Ob die Erlangung von Rechtssicherheit ungerechte Entscheidungen im Einzelfall rechtfertigen kann, erscheint mir zweifelhaft. Vor allem aber sind die Konturen des Rechtsinstituts der wertbezogenen Normen wohl doch nicht so scharf, sondern eher in Nebel verborgen, der eine breite Grauzone hervorbringt, wie die vorhergehenden Kapitel aufgezeigt haben. Materiell und gerade auch hinsichtlich der Rechtssicherheit, die es zu geben vermag, müsste dem Institut wohl keine Träne nachgeweint werden.

Auch sei der neue Weg überflüssig, da schon die Geringfügigkeitsklausel in § 13 II Nr. 1 und 2 UWG a.F. das Vorgehen gegen unwesentliche Verstöße erschwere, so Köhler weiter. Die konnte indes einen unmittelbaren Mitbewerber – wie in den entschiedenen Fällen – nicht stoppen, was auch Köhler eingesteht.

Ulrich⁴⁵⁰ begrüßt die Linie des BGH, spricht ihr aber grundsätzliche Bedeutung ab. Sie beruhe lediglich auf der „seit vielen Jahren gefestigten und allseits anerkannten höchstrichterlichen Rechtsprechung“, was theoretisch richtig ist – siehe die obigen Ausführungen zu den Worten „regelmäßig“ und „grundsätzlich“ – in der Praxis hier aber erstmals auch tatsächlich umgesetzt wurde.

c) Abgasemissionen

Das Urteil in der aktuellen Linie des BGH, das bei weitem das meiste Aufsehen erregt hat, handelte von „Abgasemissionen“.⁴⁵¹ In ihm betonten die Richter noch einmal ausdrücklich, dass der Begriff der Sittenwidrigkeit in § 1 UWG a.F. wettbewerbsbezogen auszulegen sei.⁴⁵²

Darüber hinaus stellten sie fest, dass der Grundsatz, nach dem der Verstoß gegen wertbezogene Normen auch die wettbewerbliche Sittenwidrigkeit indiziert, jedenfalls nicht auf vorgelagerte Gesetzesverstöße übertragen werden könne, da diese nicht mit dem Wettbewerbsverhalten zusammenfielen, sondern nur in einem mehr oder weniger engen Zusammenhang mit ihm stünden. § 1 UWG a.F. dürfe nicht missverstanden werden als Grundlage für Individualansprüche gegen Rechtsverletzungen jeder Art, die in irgendeiner Form Auswirkungen auf das Wettbewerbsgeschehen haben könnten. Deshalb müsse die verletzte Norm in Fällen vorgelagerter Gesetzesverstöße zumindest eine sekundäre wettbewerbsbezogene Schutzfunktion haben.⁴⁵³

Im vorliegenden Fall ging es um einen Verstoß gegen Immissionsschutzvorschriften für den Betrieb von Großfeuerungsanlagen. Der BGH stellte fest, dass diese Vorschriften unabhängig vom Produktionszweck der Anlagen gelten und ihnen für das Wettbewerbsgeschehen auf dem hier betroffenen Markt keine regelnde Funktion zukomme. Sie schützten Nachbar- und Allgemeininteressen, nicht auch die Individualinteressen der Mitbewerber, ihre Auswirkungen auf das Marktgeschehen seien rein tatsächlicher Art, so dass ihnen keine – auch keine sekundäre – Schutzfunktion zukomme.⁴⁵⁴

Die aufgestellten Grundsätze lassen sich auch auf nachgelagerte Gesetzesverstöße übertragen.⁴⁵⁵

Im Übrigen hält die Urteilsbegründung nicht, was die Leitsätze versprechen. Letztere vermitteln den Eindruck, die sekundäre Schutzfunktion müsse fortan bei allen

⁴⁴⁹ LM UWG § 1 Nr. 793 (9/99).

⁴⁵⁰ LM UWG § 1 Nr. 807 (4/00).

⁴⁵¹ Z 144, 255.

⁴⁵² Z 144, 255 (265).

⁴⁵³ Z 144, 255 (267).

⁴⁵⁴ Z 144, 255 (267 f).

⁴⁵⁵ Z 144, 255 (270).

Gesetzesverstößen geprüft werden. Im folgenden Text wird dieser Grundsatz aber ausschließlich auf Fälle vor- oder nachgelagerter Gesetzesverstöße bezogen:

*Der Grundsatz, dass die Verletzung von wertbezogenen Gesetzen ... auch die (wettbewerbliche) Sittenwidrigkeit indiziert, kann aber **jedenfalls auf Fälle ... , in denen der Gesetzesverstoß dem wettbewerblichen Handeln vorausgegangen ist oder ihm erst nachfolgt, nicht übertragen werden ... Die verletzte Norm muss in solchen Fällen** zumindest eine sekundäre wettbewerbsbezogene Schutzfunktion haben.*⁴⁵⁶

Zwar könnte das Wörtchen „jedenfalls“ andeuten, dass der BGH in Zukunft gewillt sei, den neuen Ansatz auch auf Fälle zu übertragen, in denen Gesetzesverstoß und Wettbewerbshandlung zusammenfallen. An dieser Stelle hat er diesen Schritt indes noch nicht vollzogen.

Die Vorinstanz, das OLG Hamm, ist bei gleichem Ergebnis einen anderen Weg gegangen, indem es die Zivilgerichte durch den Vorrang von Behördenentscheidungen gebunden sah. Zumindest im Bereich des Umweltschutzrechts müsse das Wettbewerbsrecht die Entscheidungen der vorrangig zuständigen Behörden hinnehmen, soweit sie die öffentlich-rechtlichen Beziehungen und Rechte eines Wettbewerbers regelten. Die umfassende Kompetenz der Behörden werde unterlaufen, wenn entgegen ihrer Entscheidung Umweltschutzvorschriften allein auf wettbewerbsrechtlichem Weg durchgesetzt würden.⁴⁵⁷

Vorliegend hatte die zuständige Behörde mit dem Wettbewerber ein „Stillhalteabkommen“ getroffen, nach dem von Zwangsmaßnahmen zunächst abgesehen wurde, um dem Unternehmen Zeit für die Verbesserung seiner Umweltstandards zu geben. Dieses Abkommen dürfe, so das OLG Hamm, nicht durch die Wettbewerbsrichter unterlaufen werden.

Auch auf dieses Urteil waren die Reaktionen gemischt. Einerseits wurde gelobt, dass sich die Wettbewerbsgerichtsbarkeit nicht mehr, wie es in früheren Urteilen gelegentlich den Eindruck machte, zur „Oberinstanz über alle Fachbehörden und die Verwaltungsgerichtsbarkeit“ aufschwingen könne.⁴⁵⁸ Andererseits wurde bemängelt, dass die ohnehin schon großen Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Beurteilung von Wettbewerbshandlungen nun auch noch um den zusätzlichen Aspekt der sekundären wettbewerbsbezogenen Schutzfunktion erweitert würden.⁴⁵⁹ Nun komme der Rechtsprechung die undankbare Aufgabe zu, sekundäre Gesetzeszwecke ermitteln zu müssen, ohne dass die Gesetzesmaterialien allzu viel Aufschluss darüber geben würden.⁴⁶⁰

Außerdem wurde die Einschränkung der Möglichkeiten, das Wettbewerbsrecht für den Umweltschutz zu aktivieren, bedauert.⁴⁶¹ Dagegen ist allerdings einzuwenden, dass dies, so wünschenswert es wäre, nun einmal nicht die Aufgabe des Wettbewerbsrechts ist.

Im Gegenteil ist an der Entscheidung ihr Potenzial, Kompetenzkonflikte zwischen Behörden und Wettbewerbsrichtern zu reduzieren, zu begrüßen.⁴⁶² Sie wird als „längst überfälliger Schritt“ bezeichnet, der eine Rückbesinnung auf die wettbewerbliche Funktion der Fallgruppe des Vorsprungs durch Rechtsbruch darstelle.⁴⁶³ Es wird gefordert, den neuen Ansatz auch auf Fälle zu übertragen, in denen Wettbewerbshandlung und Gesetzesverstoß zusammenfallen.⁴⁶⁴

⁴⁵⁶ Z 144, 255 (266 f), gleicher Ansicht Zeppernick WRP 2000, 1069 (1072).

⁴⁵⁷ Siehe Z 144, 255 (260 f.).

⁴⁵⁸ Stückemann MDR 2000, 1206 (1207).

⁴⁵⁹ Ziegler ZUR 2001, 34 (37).

⁴⁶⁰ Rehbinder LM UWG § 1 Nr. 822 (1/01).

⁴⁶¹ Ziegler ZUR 2001, 34 (37).

⁴⁶² Zeppernick WRP 2000, 1069.

⁴⁶³ Zeppernick WRP 2000, 1069 (1073).

⁴⁶⁴ Zeppernick WRP 2000, 1069 (1073).

d) Verbandsklage gegen Vielfachabmahner

Das scheint mir in einem nur wenige Monate später ergangenen Urteil⁴⁶⁵ indes still und leise geschehen zu sein. Kaum beachtet hat der BGH, wenn auch in weniger deutlichen Worten, seinen Ansatz aus dem Abgasemissionen-Urteil wohl auf Fälle übertragen, in denen Gesetzesverstoß und Wettbewerbshandlung zusammenfallen.

Er hat einen Unterlassungsanspruch gegen einen Anwalt, der sich auf einen Verstoß gegen § 45 I Nr. 4 BRAO stützte (Verbot des Tätigwerdens in einer Angelegenheit, mit der der Anwalt bereits außerhalb seiner Anwaltstätigkeit beruflich befasst war), unabhängig von der positiven Feststellung eines solchen Verstoßes verneint, obwohl die Norm wertbezogen sei.

In dem Urteil bestätigte er zunächst Bekanntes:

Verstoße ein Wettbewerbsverhalten zugleich gegen eine wertbezogene Norm, so indiziere das grundsätzlich die Unlauterkeit ohne Feststellung weiterer Unlauterkeitsmomente, jedoch sei die Sittenwidrigkeit in § 1 UWG a.F. wettbewerbsbezogen auszulegen und der Gesamtcharakter des Verhaltens zu würdigen.⁴⁶⁶

Die in Frage stehende Norm sei wertbezogen, und liege ein Verstoß gegen sie hier vor, so falle er mit der Wettbewerbshandlung zusammen. Jedoch habe § 45 I Nr. 4 BRAO als solcher keinen Bezug zum Wettbewerb. Ihm komme weder primär noch sekundär die Funktion zu, die Gegebenheiten eines bestimmten Marktes zu regeln. Ein Verstoß sei bei der Wettbewerbshandlung lediglich mitverwirklicht. Der Ausschluss des Rechtsanwalts vom Wettbewerb sei nur ein Reflex der beabsichtigten andersartigen Wirkung. Ein Verstoß hiergegen sei, auch wenn es sich um eine wertbezogene Norm handele, nicht ohne weiteres wettbewerbswidrig. Er strahle nicht in der Weise auf die Handlung aus, dass diese gerade auch als Wettbewerbsverhalten gegen die guten Sitten im Wettbewerb verstoße. Das Interesse der Allgemeinheit an der Einhaltung der Vorschrift gelte nicht der Lauterkeit des Wettbewerbs, sondern ausschließlich der Rechtspflege. Ein Verstoß sei daher nicht unlauter i.S.d. § 1 UWG a.F.⁴⁶⁷

Das Urteil irritiert zunächst und wirkt auf den ersten Blick widersprüchlich,⁴⁶⁸ scheint der BGH doch die Grundsätze über den Haufen zu werfen, die er noch einige Zeilen zuvor als unantastbar dargestellt hat:⁴⁶⁹

Verstoße eine Wettbewerbshandlung zugleich gegen wertbezogene Normen, so indiziere dies grundsätzlich die wettbewerbsrechtliche Unlauterkeit, ohne dass es der Feststellung weiterer Unlauterkeitsmomente bedürfe. Das gelte auch dann, wenn die verletzte Norm keinen unmittelbaren wettbewerbsbezogenen Zweck verfolge. Denn es liege in der Zielsetzung des § 1 UWG a.F., zu verhindern, dass Wettbewerb unter Missachtung gewichtiger Interessen der Allgemeinheit betrieben wird, heißt es da einleitend, bevor noch auf der selben Seite scheinbar das Gegenteil behauptet wird:

Habe eine wertbezogene Vorschrift keinen Wettbewerbsbezug, so sei ein Verstoß gegen sie nicht zugleich wettbewerbsrechtlich unlauter, da sie dann ausschließlich das gewichtige Interesse der Allgemeinheit an dem außerwettbewerblichen Gemeinschaftsgut, etwa der Rechtspflege, schütze, wird nun angeführt.

Aber liegt hier tatsächlich ein Widerspruch? Ich denke nicht. Bei genauerem Hinsehen geht der BGH in den zwei Aussagen nicht von denselben Voraussetzungen aus:

In der ersten bezieht er sich auf wertbezogene Normen, auch wenn sie „keinen unmittelbar wettbewerbsregelnden Zweck“ verfolgen, in der zweiten auf solche, die „keinen Bezug zum Wettbewerb“, „weder primär noch sekundär“, haben. Das lässt sich dahin gehend interpretieren, dass der Verstoß gegen wertbezogene Normen, die zumindest einen

⁴⁶⁵ BGH GRUR 2001, 354.

⁴⁶⁶ BGH GRUR 2001, 354 (356).

⁴⁶⁷ BGH GRUR 2001, 354 (356).

⁴⁶⁸ So auch K/P § 1 Rn 761, die das Urteil daher ablehnen.

⁴⁶⁹ BGH GRUR 2001, 354 (356).

mittelbaren Bezug zum Wettbewerb haben, auch weiterhin die Unlauterkeit indiziert. Hat die Norm dagegen überhaupt keinen, auch keinen sekundären Bezug zum Wettbewerb, so ist ein Verstoß gegen sie nicht per se unlauter.

Das läge auch auf der Linie, die das Abgasemissionen-Urteil vorgezeichnet hat. Die Voraussetzung, dass eine missachtete Vorschrift zumindest eine sekundäre wettbewerbsbezogene Schutzfunktion haben muss, um die Unlauterkeit zu begründen, wäre auf Fälle, in denen Verstoß und Wettbewerbshandlung zusammenfallen, übertragen. Leider spricht der BGH das nicht in dieser Deutlichkeit aus, trotzdem scheint es mir die Quintessenz dieses Urteils zu sein.⁴⁷⁰

Henssler / Strohe sehen das Urteil kritischer:⁴⁷¹ Die unklaren Begriffe „primärer und sekundärer Wettbewerbsbezug“ würden den Begriff der „wertbezogenen Norm“ entwerten. Da dessen Beitrag zu Klarheit und Rechtssicherheit indes trotz seiner Jahrzehnte langen Berücksichtigung auch nicht sonderlich groß ist, scheint mir dies nicht allzu tragisch. Weiterhin kritisieren sie die vom BGH mehr und mehr betonte Notwendigkeit einer Gesamtwürdigung, was die Rechtssicherheit noch weiter einschränke. Das wiederum möchte ich als Opfer für größere Einzelfallgerechtigkeit hinnehmen.

Ob sich ein dritter Einwand bestätigt, wird die Praxis zeigen: Der Abmahnpraxis durch Anwälte mit nur zu diesem Zweck ausgeübtem Zweiterberuf sei nun Tür und Tor geöffnet, was dem anwaltlichen Ansehen schade.

e) Sportwetten

In der „Sportwetten“-Entscheidung⁴⁷² hat der BGH angesprochen, was er noch im „Abgasemissionen“-Urteil im Gegensatz zur Vorinstanz ausgespart hatte: Die Bedeutung von verwaltungsrechtlichen Ansichten, die das in Frage stehende Verhalten als legal betrachten.

Es ging um einen ostdeutschen Gewerbetreibenden, der bundesweit Sportwetten veranstaltet. Noch aufgrund von DDR-Recht hatte er eine Genehmigung für seine Tätigkeit erhalten. Ein Wettbewerber sah hierin die unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels gemäß § 284 StGB. Die Genehmigung sei keine ausreichende Grundlage für die Tätigkeit an sich, zumindest aber in den alten Bundesländern dürfe der Unternehmer nicht tätig werden.

Dagegen berief sich der Beklagte auf eine ganze Palette öffentlich-rechtlicher Umstände.⁴⁷³

- Die Genehmigung war zumindest nicht wichtig.
- Die zuständigen Behörden sahen hierin eine ausreichende rechtliche Grundlage für seine Tätigkeit.
- Einen weit gehend gleich gelagerten Fall eines anderen Gewerbetreibenden hatte das auch für seinen Fall zuständige Verwaltungsgericht in seinem Sinne beurteilt.
- Die Staatsanwaltschaft hatte das Ermittlungsverfahren wegen unerlaubter Veranstaltung eines Glücksspiels eingestellt.
- Die Geschäftstätigkeit war den zuständigen Behörden seit vielen Jahren bekannt, ohne dass sie dagegen eingeschritten wären.

Der BGH betonte zunächst wieder gebetsmühlenartig, dass er seine klassische Rechtsprechung nicht über Bord geworfen habe: Die Verletzung einer wertbezogenen Norm wie § 284 StGB indiziere grundsätzlich die wettbewerbsrechtliche Unlauterkeit mit der Folge, dass es regelmäßig nicht der Feststellung weiterer Unlauterkeitsumstände bedürfe. Trotzdem könne aber auch dann ein Verhalten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls als nicht wettbewerbswidrig zu werten sein.⁴⁷⁴

Zwar müsse sich ein Gewerbetreibender Kenntnis von den für seinen Tätigkeitsbereich einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen verschaffen und im Zweifelsfall mit zumutbaren

⁴⁷⁰ A.A. K/P § 1 Rn 761.

⁴⁷¹ Anm. LM Nr. 838/839 zu § 1 UWG.

⁴⁷² BGH GRUR 2002, 269.

⁴⁷³ BGH GRUR 2002, 269 (270 f.).

⁴⁷⁴ BGH GRUR 2002, 269.

Anstrengungen besonders sachkundigen Rechtsrat einholen. Auch dürfe er nicht ohne weiteres auf Kosten seiner Mitbewerber das Risiko rechtswidrigen Handelns eingehen. Schließlich dürfe er, wenn er die Rechtswidrigkeit seines Handelns kenne, sich dieser Einsicht nicht bewusst verschließen oder auf die Haltung der Verwaltungsbehörden in unlauterer Weise einwirken.⁴⁷⁵

Jedoch brauche er sich nicht vorsichtshalber auch dann nach der strengsten Gesetzesauslegung und Einzelfallbeurteilung zu richten, wenn die zuständigen Behörden und Gerichte sein Verhalten ausdrücklich als rechtlich zulässig bewerten.⁴⁷⁶

Mit diesen Argumenten wurde die Unlauterkeit verneint. Im Ergebnis scheint mir das ein großer Schritt gen Bindung der Wettbewerbsgerichte durch öffentlich-rechtliche Entscheidungen und Rechtsansichten zu sein.

f) Elektroarbeiten, Kommunalen Schilderprägebetrieb, Altkaroverwertung

Eine Entscheidung, die in einem Konflikt im Schrifttum ihre Parallelen findet, befasst sich mit der Frage, ob eine Gemeinde, die sich unter Verstoß gegen Vorschriften der jeweiligen Gemeindeordnungen erwerbswirtschaftlich betätigt, unlauter handelt.⁴⁷⁷

Gröning hatte das bejaht. Markt Zugangsregeln hätten zumindest auch die Funktion, die Gegebenheiten der betroffenen Märkte festzulegen.⁴⁷⁸ Vorschriften, die zumindest auch den Schutz des privaten Wettbewerbers der Gemeinde bezwecken, könnten als wertbezogen eingestuft werden, so dass in diesem Zusammenhang auch auf den Vorsprungsgesichtspunkt verzichtet werden könne.⁴⁷⁹ Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden könne vor den Wettbewerbsgerichten bekämpft werden, sofern die Vorschriften der jeweiligen Gemeindeordnungen eine einfache Subsidiaritätsklausel zugunsten der Privaten enthielten. Lediglich wenn dieses Schutzniveau nicht erreicht werde, scheide ein solches Vorgehen aus.⁴⁸⁰

Dagegen ist Köhler der Ansicht, dass solche Normen, auch wenn sie eine Subsidiaritätsklausel beinhalten, in der Regel nicht den Zweck verfolgen, private Mitbewerber vor der Konkurrenz kommunaler Unternehmen zu schützen.⁴⁸¹ Bloße Markt Zugangsregeln hätten keinerlei Wettbewerbsbezug. Das UWG regle das Marktverhalten, nicht aber den Marktzutritt.⁴⁸² Eine Ausnahme gelte nur für solche Zutrittsregelungen, die zugleich das Marktverhalten regeln, wie das bei Vorschriften des Gesundheitswesens der Fall sei.⁴⁸³

Dem hat sich der BGH angeschlossen, wobei das in älteren Urteilen noch anders aussah. In der Entscheidung „Blockeis II“⁴⁸⁴ sahen die Richter die grundsätzliche Möglichkeit der Unlauterkeit, machten sie aber von weiteren Umständen wie dem vorsätzlichen und planmäßigen Handeln der Gemeinde abhängig. Im „Schilderverkauf“-Urteil⁴⁸⁵ bestätigten sie, dass ohne solche Umstände kein unlauteres Handeln vorliege.

In den Entscheidungen „Brillen-Selbstabgabestellen“⁴⁸⁶ und „Sterbegeldversicherung“⁴⁸⁷ wurde entschieden, dass die wirtschaftliche Betätigung von Krankenkassen unter Verstoß

⁴⁷⁵ BGH GRUR 269 (270).

⁴⁷⁶ BGH GRUR 269 (270).

⁴⁷⁷ BGH NJW 2002, 2645.

⁴⁷⁸ Gröning WRP 2002, 17 (26).

⁴⁷⁹ Gröning WRP 2002, 17 (26 f).

⁴⁸⁰ Gröning WRP 2002, 17 (27).

⁴⁸¹ Köhler WRP 1999, 1205 (1211).

⁴⁸² Köhler GRUR 2001, 777 (780).

⁴⁸³ Köhler GRUR 2001, 777 (781).

⁴⁸⁴ BGH WRP 1965, 139.

⁴⁸⁵ BGH NJW 1974, 1333.

⁴⁸⁶ BGH GRUR 1982, 425 (430).

⁴⁸⁷ BGH WRP 1995, 475.

gegen § 30 I SGB VI ohne weiteres sittenwidrig sei, da es sich hier um eine wertbezogene Norm handele.

Neuere Entscheidungen der Oberlandesgerichte⁴⁸⁸ sahen die Marktzugangsregelungen für Gemeinden als dem Schutz der privaten Mitbewerber dienend und Verstöße als per se unlauter an.

Anders nun der BGH im Elektroarbeiten-Urteil hinsichtlich Artikel 87 BayGO: Bei Verstößen gegen Marktzutrittsregeln sei wie bei anderen Vorschriften entscheidend, ob sie gerade auch als Wettbewerbsverhalten – also nicht nur als „Zutritt“ zum Markt – unlauter erscheinen.⁴⁸⁹

Es sei nicht Sinn des § 1 UWG a.F., den Anspruchsberechtigten zu ermöglichen, Wettbewerber unter Berufung darauf, dass ein Gesetz ihren Marktzutritt verbiete, vom Markt fern zu halten, wenn das Gesetz den Zutritt nur aus Gründen verhindern wolle, die den Schutz des lautereren Wettbewerbs nicht berührten. Vielmehr sei jede Belebung des Wettbewerbs, die auch vom Marktzutritt der öffentlichen Hand ausgehen könne, im Sinne der Freiheit des Wettbewerbs wettbewerbsrechtlich zu begrüßen. Die in Frage stehende Norm müsse daher zumindest eine sekundäre wettbewerbsbezogene Schutzfunktion haben, wobei der BGH den Begriff hier auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezieht.⁴⁹⁰ Eine solche Funktion hätten etwa Zulassungsvoraussetzungen wie die zur ärztlichen Tätigkeit.⁴⁹¹

Zweck der Marktzutrittsregeln in den Gemeindeordnungen sei aber nicht die Kontrolle der Lauterkeit des Marktverhaltens, sondern die Einflussnahme auf das unternehmerische Verhalten der Gemeinden und gegebenenfalls der Schutz der Privatwirtschaft vor Wettbewerb durch die öffentliche Hand. Auch letzterer Zweck begründe die Sittenwidrigkeit eines Verstoßes nicht, da es dabei nicht um die Lauterkeit des Wettbewerbs gehe, sondern um die Erhaltung einer von privaten Unternehmen geprägten Marktstruktur. § 1 UWG a.F. bezwecke aber eben nicht den Erhalt bestimmter Marktstrukturen, sondern die Unterbindung unlauterer Wettbewerbsmaßnahmen.⁴⁹² Daraus folge, dass sich die wettbewerbsrechtliche Beurteilung nur auf die Art und Weise der Beteiligung der öffentlichen Hand am Wettbewerb beziehen könne. Verstöße gegen Normen, die nur den Zugang zum Wettbewerb regeln und nichts darüber aussagen, wie er auszuüben ist, könnten daher nicht über § 1 UWG a.F. verfolgt werden.⁴⁹³

Daher sei es auch ohne Bedeutung, ob solche Verstöße vorsätzlich oder planmäßig begangen werden, wie der BGH unter Aufgabe der von „Blockeis II“ vorgezeichneten Linie erklärt.⁴⁹⁴

Als einen „Meilenstein der weiteren Rechtsentwicklung“ lobt Köhler das Urteil und hält als Ergebnis fest, dass Kommunalrechtsverstöße keine Wettbewerbsverstöße seien.⁴⁹⁵ Das Wettbewerbsrecht werde so von Funktionen entlastet, die ihm nicht zukämen.⁴⁹⁶

Wie er zutreffend bemerkt, hat der BGH hier den Begriff des sekundären Wettbewerbsbezugs im Vergleich zur „Abgasemissionen“-Entscheidung modifiziert: Hieß es dort noch, eine Norm müsse die Funktion haben, die Gegebenheiten eines bestimmten Marktes festzulegen und so gleiche rechtliche Voraussetzungen für die Wettbewerber zu schaffen, so kommt es nun darauf an, ob die Norm eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion hat.⁴⁹⁷

⁴⁸⁸ OLG Hamm NJW 1998, 3504; OLG Düsseldorf WRP 1997, 42 (43).

⁴⁸⁹ BGH NJW 2002, 2645 (2646).

⁴⁹⁰ BGH NJW 2002, 2645 (2646 f.).

⁴⁹¹ BGH NJW 2002, 2645 (2647).

⁴⁹² BGH NJW 2002, 2645 (2647).

⁴⁹³ BGH NJW 2002, 2645 (2648).

⁴⁹⁴ BGH NJW 2002, 2645 (2647).

⁴⁹⁵ Köhler NJW 2002, 2761 (2762).

⁴⁹⁶ Köhler NJW 2002, 2761 (2763).

⁴⁹⁷ Köhler NJW 2002, 2761 (2762 f.).

Köhler geht so weit zu behaupten, an der klassischen Wertung, Verstöße gegen Normen, die dem Schutz gewichtiger Gemeinschaftsgüter dienen, seien per se wettbewerbswidrig, weil § 1 UWG a.F. es verbiete, Wettbewerb unter Missachtung gewichtiger Interessen der Allgemeinheit zu betreiben, könne nicht mehr ohne weiteres festgehalten werden.⁴⁹⁸ Das sieht der BGH indes anders und wiederholt sein altes Dogma in einem späteren Urteil noch einmal.⁴⁹⁹

Weniger angetan von der Entscheidung ist Haslinger, die Begründung und Herleitung bemängelt und darauf hinweist, dass das Urteil naturgemäß sämtliche Erwartungen der Privatwirtschaft enttäuscht.⁵⁰⁰ Auch vermisst sie Abgrenzungskriterien für die Einordnung als Normen mit wettbewerbsbezogener Zielrichtung bzw. sekundär marktbezogener Schutzfunktion⁵⁰¹ und für die Frage, wann eine wirtschaftliche Betätigung als erwünschte Belegung des Wettbewerbs und wann als unlauter bewertet wird.⁵⁰² Außerdem entstehe durch die Ausklammerung der gemeinderechtlichen Marktzutrittsregeln aus dem Anwendungsbereich des § 1 UWG a.F. eine Rechtsschutzlücke.⁵⁰³

Frenz bemängelt, die unterschiedliche Behandlung beruflicher Zulassungsvoraussetzungen und kommunalrechtlicher Marktzutrittsregeln sei widersprüchlich.⁵⁰⁴

Kritisch ist auch Doepner, der der Ansicht ist, eine strikte Trennung zwischen Marktzutritt und Marktverhalten wirke gekünstelt und lebensfremd. Marktauftritt und diesbezügliche Marktzutrittsentscheidung seien vielmehr ein zusammengehörendes Phänomen, Bestandteile einer einheitlichen Kausalkette und damit aus wirtschaftlich-wettbewerblicher Sicht eine Einheit.⁵⁰⁵ Der kommunalrechtlich illegale Marktzutritt ermögliche erst das Wettbewerbsverhalten und verfälsche so den Wettbewerb. Kommunale Marktzutrittsregeln seien unmittelbar wettbewerbsregelnde Normen, die sowohl den schutzwürdigen Interessen der privaten Konkurrenz als auch denen der Allgemeinheit dienen, so dass ihre Missachtung als per se wettbewerbswidrig gewertet werden müsse.⁵⁰⁶

Im übrigen wendet er sich gegen das Argument des BGH, nach dem jede Belegung des Wettbewerbs grundsätzlich zu begrüßen sei, indem er darauf hinweist, dass illegaler Wettbewerb in einer rechtsstaatlich verfassten Wettbewerbsordnung nie erwünscht sein solle.⁵⁰⁷

Auf die unmittelbare Wettbewerbsregelung und Wertbezogenheit weist auch Dreher hin,⁵⁰⁸ für den das Urteil „in Begründung wie im Ergebnis höchst unbefriedigend“⁵⁰⁹ und eine „Rechtsschutzverweigerung gegenüber denjenigen, die von einem gesetzeswidrigen Wettbewerb der öffentlichen Hand betroffen sind“,⁵¹⁰ ist. Er kritisiert, dass der BGH auf die klassische Unterscheidung zwischen werthaltigen und wertneutralen Normen nicht eingeht, und interpretiert das als stillschweigende Aufgabe des alten Ansatzes oder Einordnung des Artikel 87 BayGO als wertneutrale Regelung.⁵¹¹ Auch mit der Differenzierung zwischen der Aufnahme von und Verhalten im Wettbewerb ist er nicht einverstanden, da beides sich nicht immer trennen lasse.⁵¹²

⁴⁹⁸ Köhler NJW 2002, 2761 (2763).

⁴⁹⁹ BGH GRUR 2003, 250 (251).

⁵⁰⁰ Haslinger WRP 2002, 1023.

⁵⁰¹ Haslinger WRP 2002, 1023 (1026).

⁵⁰² Haslinger WRP 2002, 1023 (1027).

⁵⁰³ Haslinger WRP 2002, 1023 (1028).

⁵⁰⁴ Frenz WRP 2002, 1367 (1371).

⁵⁰⁵ Doepner Helm-FS 65.

⁵⁰⁶ Doepner Helm-FS 67.

⁵⁰⁷ Doepner WRP 2003, 1292 (1300).

⁵⁰⁸ Dreher ZIP 2002, 1645 (1650).

⁵⁰⁹ Dreher ZIP 2002, 1645 (1648).

⁵¹⁰ Dreher ZIP 2002, 1645 (1650).

⁵¹¹ Dreher ZIP 2002, 1645 (1649).

⁵¹² Dreher ZIP 2002, 1645 (1649).

In historischer Auslegung weist er auf die Gesetzesbegründung hin, nach der Artikel 87 BayGO ausdrücklich auch dazu dienen soll, einen Unterlassungsanspruch nach dem UWG zu begründen, was vom BGH ignoriert wird. Das bedeutet letztendlich, dass die Rechtsprechung hinsichtlich des „Ob“ der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden auf die Gesetzgebung verweist, obwohl diese die Frage teilweise bereits beantwortet hat.⁵¹³ Schließlich führt er an, dass der BGH nach seinem Ansatz konsequenterweise den Verstoß gegen Vorschriften prüfen müsste, die das „Wie“ wirtschaftlicher Betätigung regeln (vorliegend Artikel 95 BayGO – Grundsätze für die Führung gemeindlicher Unternehmen), was nicht geschehen ist.⁵¹⁴

Der BGH bleibt indes bei seiner neuen Linie. Bereits im Urteil „Kommunaler Schilderprägebetrieb“ äußerte er Zweifel daran, dass ein Verstoß gegen § 107 NWGO, das Pendant zu Artikel 87 BayGO, für sich genommen die Unlauterkeit begründen könne, ohne das Problem zu entscheiden.⁵¹⁵ Das hat er nur zwei Tage später in der Entscheidung „Altautoverwertung“ nachgeholt.⁵¹⁶ Auch wenn § 107 NWGO unter anderem die private Wirtschaft schütze, in dem er der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden Schranken setze, und insofern wettbewerbsregelnde Funktion habe, als er durch die Beschränkung des Marktzutritts der Gemeinden Rahmenbedingungen des Wettbewerbs festlege, sei ein Verstoß gegen ihn nicht unlauter, heißt es da. Entscheidend sei nämlich, dass die Vorschrift nicht der Kontrolle der Lauterkeit des Marktverhaltens der Gemeinden diene. § 107 NWGO stelle nicht auf Umstände ab, aus denen sich wettbewerbsrechtliche Unlauterkeit ergeben könnte.⁵¹⁷ Gleiches gelte im übrigen für Vorschriften des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes (Krw-/AbfG).⁵¹⁸

Gegen das Urteil wendet sich Frenz.⁵¹⁹ Die Tatsache, dass erst kürzlich eine Subsidiaritätsklausel in die NWGO eingeführt worden sei, belege, dass § 107 NWGO als drittschützend eingestuft werden müsse.⁵²⁰ Die bloße Verletzung dieser Vorschrift allein könne zu einem Verstoß gegen § 1 UWG a.F. führen.⁵²¹ Nicht nur das „Wie“, sondern auch das „Ob“ kommunaler Wirtschaftstätigkeit müsse der Kontrolle des Lauterkeitsrechts unterstehen.⁵²² Den Drittschutz verneint der BGH indes gar nicht, sondern erkennt ihn im Gegenteil ausdrücklich an.⁵²³

g) Ausschreibung von Vermessungsleistungen, Telefonischer Auskunftsdienst, Krankenkassenzulassung und Rechtsanwalts-gesellschaft

In nachfolgenden Entscheidungen hat der BGH die neue Linie bestätigt und § 4 II HOAI, wonach gesetzliche Mindestsätze für Architektenleistungen durch schriftliche Vereinbarung (nur) in Ausnahmefällen unterschritten werden dürfen,⁵²⁴ Bestimmungen der Preisangabenverordnung⁵²⁵ und § 59 k BRAO über die Firmierung von Rechtsanwalts-gesellschaften⁵²⁶ eine wettbewerbsbezogene Schutzfunktion zugesprochen, sie

⁵¹³ Dreher ZIP 2002, 1645 (1650).

⁵¹⁴ Dreher ZIP 2002, 1645 (1651).

⁵¹⁵ BGH WRP 2003, 73 (75).

⁵¹⁶ BGH GRUR 2003, 164 (166).

⁵¹⁷ BGH GRUR 2003, 164 (166).

⁵¹⁸ BGH GRUR 2003, 164 (166).

⁵¹⁹ Frenz WRP 2003, 455.

⁵²⁰ Frenz WRP 2003, 455 (458).

⁵²¹ Frenz WRP 2003, 455 (459).

⁵²² Frenz WRP 2003, 455 (458).

⁵²³ BGH GRUR 2003, 164 (166).

⁵²⁴ BGH WRP 2003, 1350.

⁵²⁵ BGH WRP 2003, 1347.

⁵²⁶ BGH GRUR 2004, 346.

hingegen für § 126 I 1 SGB V, wonach Hilfsmittel an Versicherte gesetzlicher Krankenkassen nur von zugelassenen Leistungserbringern abgegeben werden dürfen, verneint.⁵²⁷

h) Zusammenfassung

Durch die in diesem Kapitel behandelten Urteile ergeben sich folgende Neuerungen:

Zwar indiziert der Verstoß gegen werthaltige Normen auch weiterhin grundsätzlich die Unlauterkeit, jedoch können die besonderen Umstände des Einzelfalles Anlass zu einer Prüfung des Gesamtverhaltens geben, deren Ergebnis die Unlauterkeit ausschließen kann.

Hinsichtlich vor- und nachgelagerter Rechtsbrüche muss der Kläger (beweiserleichtert) darlegen, dass der Beklagte seine durch den Verstoß verbesserte Position auch tatsächlich im Wettbewerb durch günstigere Gestaltung seiner Angebote ausgenutzt hat.

Weiterhin muss die verletzte Norm zumindest eine sekundäre wettbewerbsbezogene Schutzfunktion haben. Die wurde zunächst als die Gegebenheit eines bestimmten Marktes zur Schaffung gleicher rechtlicher Voraussetzungen für die Wettbewerber festlegend und kurz darauf als allein auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogen verstanden. Dass der Vorsitzende im I. Zivilsenat des BGH Ullmann die These aufstellt, auf eine Differenzierung von Wettbewerbsbezug primärer und sekundärer Art könne verzichtet werden,⁵²⁸ dürfte so zu verstehen sein, dass irgendein Wettbewerbsbezug, also auch ein nur sekundärer, genügt.

Handelt der Wettbewerber gemäß einer gefestigten Verwaltungspraxis oder Verwaltungsrechtsprechung, so kann dies in Abwägung aller Umstände des Einzelfalles die Unlauterkeit ausschließen.

Reine Marktzutrittsregeln, die die Art und Weise des Verhaltens im Wettbewerb nicht regeln, haben, auch wenn sie dem Schutz bestimmter Wettbewerber dienen, keinen Wettbewerbsbezug, so dass ein Verstoß gegen sie nicht sittenwidrig ist.

6. Zusammenfassung / Kodifizierungsvorschlag de lege lata a.F.

Hier soll noch einmal in knapper Form die deutsche Rechtslage vor der Novelle von 2004 dargestellt werden. Diese Darstellung ist Grundlage für den Vergleich mit der aktuellen deutschen Rechtslage und dem spanischen Artikel 15 LCD.

a) Der klassische Ansatz

Eine Kodifizierung des klassischen Ansatzes könnte wie folgt lauten:

- (1) Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs werthaltige oder unmittelbar wettbewerbsbezogene Normen verletzt, verstößt gegen die guten Sitten im Sinne von § 1.*
- (2) Ebenso handelt sittenwidrig im Sinne von § 1, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs sonstige Normen bewusst und planmäßig verletzt, um sich einen Vorsprung im Wettbewerb zu verschaffen.*

„Werthaltige Normen“ versteht sich als Oberbegriff für „sittlich fundierte“ und sonstige „wertbezogene Normen“

Der Begriff „sonstige Normen“ scheint mir gegenüber dem der „wertneutralen Normen“ hier vorzugswürdig, da sich diese Gruppe der Ordnungsnormen gerade durch die Nichtzugehörigkeit zu den werthaltigen Normen definiert.

Kürzer ließe sich unter Weglassung der Wettbewerbshandlung formulieren, da diese schon in § 1, auf den verwiesen wird, vorausgesetzt wird. Auch könnte auf den wiederholten Hinweis auf § 1 im zweiten Absatz verzichtet werden. Jedoch scheint mir die Einsparung von zwei Zeilen den Verlust an Eindeutigkeit nicht zu rechtfertigen. Die kürzere Version sähe so aus:

⁵²⁷ BGH GRUR 2004, 247.

⁵²⁸ Ullmann GRUR 2003, 817 (821).

- (1) *Wer werthaltige oder unmittelbar wettbewerbsbezogene Normen verletzt, verstößt gegen die guten Sitten im Sinne von § 1.*
- (2) *Ebenso handelt sittenwidrig, wer sonstige Normen bewusst und planmäßig verletzt, um sich einen Vorsprung im Wettbewerb zu verschaffen.*

b) Die Lage unter Berücksichtigung neuerer Rechtsprechung

Der folgende Vorschlag bezieht sich auf die in Abschnitt C.I.5. behandelten neuen Entwicklungen in der Rechtsprechung.

- (1) *Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs werthaltige oder unmittelbar wettbewerbsbezogene Normen verletzt, verstößt in der Regel gegen die guten Sitten im Sinne von § 1.*
- (2) *Ebenso handelt sittenwidrig im Sinne von § 1, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs sonstige Normen bewusst und planmäßig verletzt, um sich einen Vorsprung im Wettbewerb zu verschaffen.*
- (3) *Die Verletzung kann der Wettbewerbshandlung auch vorausgehen oder nachfolgen.*
- (4) *Auf die Verletzung von Normen, die keine (sekundäre) wettbewerbsbezogene Schutzfunktion haben, findet diese Vorschrift keine Anwendung.*

In Absatz 1 sollen die Worte „in der Regel“ verdeutlichen, dass auch weiterhin die Verletzung werthaltiger oder unmittelbar wettbewerbsbezogener Normen die Sittenwidrigkeit indiziert, dass aber die besonderen Umstände des Einzelfalls Anlass zu einer Prüfung des Gesamtverhaltens geben können, dessen Ergebnis die Verneinung der Sittenwidrigkeit sein kann. Dass dieses Regel-Ausnahmeverhältnis noch gilt, betont der BGH. Ob es demnächst fallen wird, steht auf einem anderen Papier.

Ich denke, dieser kurze Zusatz deckt die Änderung ab. Ausführlicher ließe sich folgendermaßen formulieren:

- (1) *Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs werthaltige oder unmittelbar wettbewerbsbezogene Normen verletzt, verstößt gegen die guten Sitten im Sinne von § 1, wenn nicht besondere Umstände die Sittenwidrigkeit ausschließen.*

Absatz 2 bleibt im Vergleich zum klassischen Ansatz unverändert. Absatz 3 hätte man womöglich auch schon in den klassischen Ansatz integrieren können. Da es aber lange Zeit keine entsprechenden Urteile gab und die wissenschaftliche Aufarbeitung dünn war, scheint mir die Einordnung als neue Erkenntnis über die Lage de lege lata angebrachter.

Die Erkenntnis, dass bei vor- oder nachgelagerten Verstößen die tatsächliche Ausnutzung im Wettbewerb darzulegen ist, ist eine nähere Definition zum Begriff des Vorsprungs und gehört deshalb nicht in eine Kodifikation.

Die Beachtung einer gefestigten Verwaltungspraxis fällt unter die besonderen Umstände des Einzelfalls beziehungsweise unter die Ausnahme von der „Regel“ in der kürzeren Formulierung.

Der Ausschluss reiner Marktzutrittsregeln ist eine Frage des (mangelnden) Wettbewerbsbezugs dieser Normen.

Ob letzterer beinhaltet, die Gegebenheiten eines bestimmten Marktes festzulegen und so gleiche rechtliche Voraussetzungen für die Wettbewerber zu schaffen (Abgasemissionen),

oder ob eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion entscheidend ist (Elektroarbeiten), ist nähere Definition dieses Begriffes und ist daher auch nicht in eine Kodifikation zu übernehmen.

II. UWG-Novelle von 1994 und geltendes Recht

1. UWG-Novelle von 1994

Die Novelle von 1994 war die erste, die sich als Aufgabe gesetzt hatte, das Wettbewerbsrecht zurück in seine Grenzen zu leiten und der Verfahrensschwemme Einhalt zu gebieten. Das „enge Geflecht von Verbotstatbeständen“ sollte unter dem Eindruck des unseligen Wirkens der „Abmahn- und Gebührenvereine“ entwirrt werden.⁵²⁹ Im Spätsommer 1993 richtete sich das Justizministerium mit einem Schreiben⁵³⁰ an interessierte Kreise, in dem es neben einigen anderen Neuerungen und Streichungen eine Änderung des § 1 UWG a.F. ankündigte. Der sollte dahin gehend ergänzt werden, dass der Verstoß gegen wertneutrale Vorschriften oder allgemein gegen gesetzliche Verbote außerhalb des Wettbewerbsrechts nur dann nach § 1 UWG verfolgt werden können solle, wenn mit dem Verstoß ein spürbarer oder erheblicher Wettbewerbsvorsprung oder eine spürbare oder erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs insgesamt oder von Interessen der Verbraucher verbunden sei.⁵³¹

In einem weiteren, ausformulierten Entwurf unter teilweiser Berücksichtigung der inzwischen erfolgten Stellungnahmen⁵³² verlagerte das Ministerium die Thematik in einen neuen § 2 UWG. Der sollte lauten:

*Zuwiderhandlungen gegen Rechtsvorschriften außerhalb dieses Gesetzes stellen nur dann Wettbewerbsverstöße im Sinne des § 1 dar, wenn durch die Zuwiderhandlung ein wesentlicher Wettbewerbsvorsprung erzielt oder der Wettbewerb wesentlich beeinträchtigt wird.*⁵³³

Mit der Wesentlichkeitsklausel sollte erreicht werden, dass Bagatellverstößen das Attribut der Sittenwidrigkeit genommen wird.⁵³⁴ Der „wesentliche Wettbewerbsvorsprung“ war dabei auf unmittelbar betroffene Mitbewerber ausgerichtet, die als Verletzte auch dann die Möglichkeit zur Klage haben sollten, wenn der Wettbewerb insgesamt nicht wesentlich beeinträchtigt ist, während die „wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs“ sich an abstrakt Betroffene Mitbewerber und Wettbewerbsvereine i.S.d. § 13 II UWG a.F. richten sollte.⁵³⁵

Der Paragraph wurde auf Drängen der SPD im Rechtsausschuss fallen gelassen,⁵³⁶ aber auch bei den Verbänden, Vereinen und Instituten war er nicht auf viel Gegenliebe gestoßen.

Die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht fürchtete einen „unheilvolle[n] Beginn einer Kette weiter aufweichender Ausnahmetatbestände“. Im übrigen könne das angestrebte Ergebnis auch ohne die Gesetzesänderung erreicht werden, wenn die Gerichte die wettbewerbsrechtliche Relevanz des Rechtsbruchs konsequenter prüfen würden. Schließlich seien die benutzten unbestimmten Rechtsbegriffe keine geeigneten Abgrenzungskriterien.⁵³⁷

Das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht befürwortete zwar – übrigens unter ausdrücklichem Verweis auf den spanischen Art. 15 LCD – die Einführung einer Relevanzschwelle. Jedoch käme zum

⁵²⁹ GRUR 1993, 877 (878).

⁵³⁰ Abgedruckt in GRUR 1993, 877.

⁵³¹ GRUR 1993, 877 (879).

⁵³² Abgedruckt in WRP 1994, 369

⁵³³ WRP 1994, 369.

⁵³⁴ Zustimmend Schricker GRUR Int. 1994, 586 (593).

⁵³⁵ WRP 1994, 369 (373 f.).

⁵³⁶ Nacken WRP 1994, 791.

⁵³⁷ GRUR 1994, 435 (437).

gegebenen Zeitpunkt eine Änderung zu früh und solle besser im Rahmen einer grundlegenden Überarbeitung des § 1 UWG a.F. vorgenommen werden. Dabei plädierten die Münchener für eine Aufgabe des „Wettbewerbsverhältnisses“, der „guten Sitten“ und der Unterteilung in werthaltige und wertneutrale Normen. Bei geeigneter Neuformulierung der Generalklausel könne eine Sonderregel zum Vorsprung durch Rechtsbruch dann überhaupt entbehrlich sein.⁵³⁸

Glücklich mit den Vorschlägen des Ministeriums war nur der DIHT, der bereits einen eigenen, ähnlich lautenden Vorschlag vorgelegt hatte, während auch die Wettbewerbszentrale die Initiative ablehnte.⁵³⁹

Auch die Literatur gab sich harsch. Von einem „Zangengriff“ aus dem neuen § 2 UWG und dem geänderten § 13 II UWG war da die Rede,⁵⁴⁰ auch nach ersatzloser Streichung der Vorschrift zum Rechtsbruch wurde „Pfusch am Bau“ attestiert.⁵⁴¹ Nach Borck träfen die Änderungen „Gerechte und Ungerechte gleichermaßen“ und würden zu einer weiteren Zersplitterung der Kasuistik und zu volkswirtschaftlichem Schaden führen.⁵⁴² Wenn auf die Beachtung einiger Verbote kein Wert mehr gelegt werde, dann solle die Deregulierung bei der Abschaffung dieser Verbote ansetzen und nicht bei der Ahndung der Zuwiderhandlung. Die Begriffe „wesentlicher“ und „wesentlich“ seien völlig unbestimmt und führten zu einem nicht hinnehmbaren Maß an Rechtsunsicherheit. Außerdem seien diejenigen, die sich hier als Opfer – nämlich der Abmahnvereine – darstellten, die eigentlichen Täter und könnten sich der gerichtlichen Verfolgung ja durch einfache Beachtung der Gesetze entziehen.⁵⁴³

Mees schließlich kam nach ausführlicher Analyse der Rechtsprechung zu dem Ergebnis, dass überhaupt kein Anlass bestand, für den Verstoß gegen wertneutrale Vorschriften eine Sondergruppe zu bilden, da der BGH den Bereich bereits adäquat behandle.⁵⁴⁴

Bei all der Prügel ist es wohl letzten Endes kein Wunder, dass die Änderungen schließlich ohne eine gesonderte Erfassung des Rechtsbruchs verabschiedet wurden.

2. Geltendes Recht

Eine solche enthält das UWG nun seit dem 8. Juli 2004 mit § 4 Nr. 11. Dem Inkrafttreten des neuen UWG liegt hinsichtlich der Kodifizierung der Figur des Rechtsbruchs folgende Entwicklung, die in den Arbeiten der „Arbeitsgruppe Unlauterer Wettbewerb“ beim Bundesjustizministerium ihren Anfang nahm, zugrunde:

Bereits Fezer hielt es für erforderlich, den wettbewerbserheblichen Rechtsbruch gesetzlich zu regeln, auch wenn dieser nicht von der Tagesaktualität bestimmt werde.⁵⁴⁵

Konkreter wurden Schricker und Henning-Bodewig, die den Bereich folgendermaßen erfasst sehen wollten:

*Die zu Absatzzwecken erfolgende Verletzung außerwettbewerbsrechtlicher Rechtsnormen, die einen mit dem Wettbewerbsrecht übereinstimmenden Schutzzweck aufweisen oder von unmittelbarer wettbewerbsregelnder Bedeutung sind, sollte als unlauter verboten werden, wenn es hierdurch zu spürbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb des jeweiligen Marktes kommt.*⁵⁴⁶

Sie setzten also vier Voraussetzungen: Es müsse

- ein Bruch einer Vorschrift vorliegen, die

⁵³⁸ GRUR 1993, 877 (883).

⁵³⁹ Siehe Loschelder GRUR 1994, 535 (537 f.).

⁵⁴⁰ Gröning WRP 1994, 435 (436).

⁵⁴¹ Borck WRP 1994, 719.

⁵⁴² Borck WRP 1994, 349.

⁵⁴³ Borck WRP 1994, 349 (351).

⁵⁴⁴ Vieregge-FS 617 (624).

⁵⁴⁵ Fezer WRP 2001, 989 (1018).

⁵⁴⁶ Schricker / Henning-Bodewig WRP 2001, 1367 (1404).

- im Schutzzweck mit dem Wettbewerbsrecht übereinstimme oder unmittelbar wettbewerbsregelnd sei.
- Der Bruch müsse zu Absatzzwecken erfolgen und
- spürbare Auswirkungen auf den Wettbewerb des jeweiligen Marktes haben.

Nach dem Vorschlag von Köhler, Bornkamm und Henning-Bodewig (Art./§ 5 Nr. 4) handelt unlauter, wer
*einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die zumindest auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.*⁵⁴⁷

Im Vergleich zum vorhergehenden Vorschlag wurde die Vorschrift um die „Absatzzwecke“ und die „spürbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb“ entschlackt. Diese Voraussetzungen fanden sich sinngemäß in der vorgeschlagenen Generalklausel wieder.⁵⁴⁸ Laut Begründung entspricht die Formulierung der neueren Rechtsprechung auf dem Stand des Elektroarbeiten-Urteils.⁵⁴⁹

Die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht hätte die Vorschrift gerne etwas weiter dahin gehend formuliert gesehen, dass darauf abgestellt werden solle, „ob die verletzte Norm gerade eine Bindung im Absatz- und Nachfragewettbewerb schaffen und gerade dort rechtliche Wirkung zeigen soll, ohne dass es darauf ankommen sollte, ob dies gerade dem Interesse der Marktbeteiligten dient.“⁵⁵⁰ Damit könnten, so die Vereinigung, auch weiterhin Verstöße gegen Vorschriften erfasst werden, die dem Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter dienen und die oftmals auch nicht sekundär die Regelung des Marktverhaltens im Interesse der Marktbeteiligten verfolgen.⁵⁵¹

Weiterhin regte die Vereinigung an, zumindest in der Begründung klarzustellen, dass auch Regeln, die den Marktzugang betreffen, erfasst würden.⁵⁵² Hierüber gab es im Fachausschuss für Wettbewerbs- und Markenrecht der Vereinigung⁵⁵³ unterschiedliche Auffassungen: Laut Doepner sollten Marktzutrittsregeln erfasst werden, Lubberger dagegen sprach sich für eine Beschränkung der Fallgruppe des Rechtsbruchs aus, um auf europäischer Ebene konsensfähig zu bleiben.

Ebenfalls unter Verweis auf das Elektroarbeiten-Urteil⁵⁵⁴ und unter Berücksichtigung der Anregungen zum Marktzutritt handelt laut § 4 Nr. 12 Referentenentwurf unlauter, wer
*einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten oder den Marktzutritt zu regeln.*⁵⁵⁵

Der Regierungsentwurf (§ 4 Nr. 11) schmiss den Marktzutritt aus einer ansonsten dem Referentenentwurf entsprechenden Formulierung wieder heraus.⁵⁵⁶ In der Begründung wurde allerdings angeführt, dass die Erfassung von Marktzutrittsregeln nicht ausgeschlossen sei, sofern diese eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion hätten und zugleich das Marktverhalten regelten. Davon sei insbesondere bei Vorschriften auszugehen, die bestimmte berufliche Tätigkeiten vom Nachweis besonderer fachlicher Fähigkeiten abhängig machten.⁵⁵⁷ Warum dann aber die drei Wörtchen „oder den Marktzutritt“ gestrichen

⁵⁴⁷ Köhler / Bornkamm / Henning-Bodewig WRP 2002, 1317 (1319).

⁵⁴⁸ Köhler / Bornkamm / Henning-Bodewig WRP 2002, 1317 (1318): Wettbewerbsbehandlung / Verfälschung.

⁵⁴⁹ Köhler / Bornkamm / Henning-Bodewig WRP 2002, 1317 (1326).

⁵⁵⁰ GRUR 2003, 127 (130).

⁵⁵¹ GRUR 2003, 127 (130).

⁵⁵² GRUR 2003, 127 (130).

⁵⁵³ Sitzung vom 14.11.2002, siehe Bruhn GRUR 2003, 132 (135).

⁵⁵⁴ Verweis in GRUR 2003, 298 (307).

⁵⁵⁵ GRUR 2003, 298.

⁵⁵⁶ www.bmj.bund.de S. 5.

⁵⁵⁷ www.bmj.bund.de S. 39.

wurden, leuchtet mir nicht ein, wurde so doch für eine minimale Umfangersparnis ein großes Stück Klarheit geopfert.

Das sah auch der Bundesrat so und forderte in seiner Stellungnahme, den Marktzutritt wie im Referentenentwurf wieder ausdrücklich aufzunehmen.⁵⁵⁸ In Abweichung von der neuesten Rechtsprechung des BGH zugunsten entsprechender Urteile aus Nordrhein Westfalen und Bayern sei insbesondere der rechtswidrige Marktzutritt der Gemeinden mit den Mitteln des Lauterkeitsrechts zu bekämpfen.⁵⁵⁹ Kleine und mittlere Betriebe müssten geschützt, den Subsidiaritätsklauseln der Gemeindeordnungen müsse zur Durchsetzung verholfen werden.⁵⁶⁰ Letztere liefen in der Praxis leer, da die Verwaltungsgerichte ihnen Drittschutz absprächen.⁵⁶¹ Es läge am Lauterkeitsrecht, dieses Rechtsschutzdefizit zu schließen.⁵⁶²

Das seien „beachtliche Gründe“, fand die Bundesregierung und blieb doch skeptisch. Die Einwände von kommunaler Seite, das UWG als Zivilrecht habe keine strukturpolitische Zielsetzung, müssten ebenso erwogen werden wie die Frage, ob es nicht sachgerechter sei, den rechtswidrigen Marktzutritt der Gemeinden öffentlich-rechtlich zu sanktionieren, etwa durch Versehung der Subsidiaritätsklauseln mit drittschützender Wirkung.⁵⁶³

Flagge für die eine oder andere Seite bekannte die Bundesregierung indes nicht.⁵⁶⁴

Im übrigen entspricht die Begründung des Regierungsentwurfs insbesondere auch unter Verweis auf die aktuelle Rechtsprechung der des Referentenentwurfes. Lediglich die dortige Einordnung als „Fälle des Vorsprungs durch Rechtsbruch“⁵⁶⁵ wurde unter weiterer Entfernung vom klassischen Ansatz durch „Fälle des Wettbewerbsverstoß durch Rechtsbruch“ ersetzt.⁵⁶⁶

Insgesamt geben die Begründungen zu § 4 Nr. 11 UWG in seiner geltenden Fassung vor, lediglich den aktuellen Stand der Rechtsprechung festzuschreiben. Dass die sich aber keinesfalls ausdrücklich von der klassischen Unterscheidung zwischen werthaltigen und wertneutralen Normen verabschiedet hatte, wurde geflissentlich unter den Teppich gekehrt. Lediglich das Gutachten von Schricker und Henning-Bodewig plädierte ausdrücklich für die Aufgabe des alten Dogmas.⁵⁶⁷

Die Reaktionen im Schrifttum auf die Vorschrift zeichnen folgendes Bild:

Köhler weist ihr innerhalb des Katalogs des § 4 UWG die größte Bedeutung zu.⁵⁶⁸ Er betont, dass subjektive Aspekte bei der Bewertung eines Rechtsbruchs fortan keine Rolle mehr spielen,⁵⁶⁹ und ist der Ansicht, dass etwaiges Vertrauen des Betroffenen auf fachbehördliche oder verwaltungsgerichtliche Entscheidungen für einen Unterlassungsanspruch unerheblich sei, wenn nicht das Vertrauen auf einem nicht nichtigen Verwaltungsakt beruhe.⁵⁷⁰

Doepner hält die Entwürfe für „verfehlt“.⁵⁷¹ Im Einklang mit der hier vertretenen Ansicht weist er darauf hin, dass die Autoren sich lediglich einen Aspekt der neuen Entwicklung beim Bundesgerichtshof, nämlich den der Elektroarbeiten-Entscheidung, herausgepickt haben⁵⁷² und ergänzt, dass dieser Aspekt schon vom zitierten Urteil nicht angemessen behandelt worden sei. Schließlich gebe es mehr Marktzutrittsvorschriften als nur die

⁵⁵⁸ BT Drucksache 15/1487, 31.

⁵⁵⁹ BT Drucksache 15/1487, 31.

⁵⁶⁰ BT Drucksache 15/1487, 31.

⁵⁶¹ BT Drucksache 15/1487, 31.

⁵⁶² BT Drucksache 15/1487, 31.

⁵⁶³ BT Drucksache 15/1487, 41.

⁵⁶⁴ BT Drucksache 15/1487, 41.

⁵⁶⁵ GRUR 2003, 298 (307).

⁵⁶⁶ www.bmj.bund.de S. 38.

⁵⁶⁷ Schricker / Henning-Bodewig WRP 2001, 1367 (1405).

⁵⁶⁸ Köhler NJW 2004, 2121 (2124).

⁵⁶⁹ Köhler GRUR 2004, 381 (386 f).

⁵⁷⁰ Köhler GRUR 2004, 381 (388); a.A. Doepner Helm-FS 65, siehe dazu auch unter I.5.f).

⁵⁷¹ Doepner WRP 2003, 1292 (1301).

⁵⁷² Doepner WRP 2003, 1292 (1295).

gemeinderechtlichen (er zählt vier verschiedene Arten), denen in keiner Weise Rechnung getragen werde, was aber für eine abstrahierende Regelung unabdingbar sei.⁵⁷³ Weiterhin verwundert es ihn, dass sich die Entwürfe jeglicher eigenständiger Gestaltung enthalten und nur vorgeben, den aktuellen Stand der Gesetzgebung wiederzugeben.⁵⁷⁴ Das sei aber im gegenwärtigen Zeitpunkt, für den er dem BGH ein Zwischenstadium der Entwicklung attestiert, kontraproduktiv, weil es eben dieses Zwischenstadium „zementiere“ und so eine Weiterentwicklung verhindere.⁵⁷⁵ Wenn der Gesetzgeber die Materie „ohne zwingende Gründe“ regeln wolle, so solle er doch wenigstens den Vorschlag des Bundesrats übernehmen.⁵⁷⁶

Das ist nicht geschehen. Nach § 4 Nr. 11 UWG n.F. handelt nun unlauter, wer *einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.*

Damit wurde insbesondere die Diskussion um die Erfassung von Normen, die den Marktzutritt regeln, nicht beendet. Ullmann hatte zwischen Normen, die lediglich zum Zweck der (wirtschaftspolitischen) Marktordnung geschaffen sind, und solchen, die das lautere Verhalten am Markt selbst betreffen, unterschieden. Nur die Verletzung letzterer konnte nach der BGH-Rechtsprechung zu § 1 UWG a.F. zur Unlauterkeit führen.⁵⁷⁷ Grundsätzlich sei die geschäftliche Tätigkeit eines Wettbewerbers, dessen Marktzutritt gesetzeswidrig war, als solche nicht unlauter. Etwas anderes gelte allerdings für Normen, die den Zugang zu einer beruflichen Tätigkeit von bestimmten Qualifikationen abhängig machen.⁵⁷⁸

Ähnlich differenziert Köhler zu § 4 Nr. 11 UWG: Normen, die Personen den Marktzutritt aus Gründen verwehren, die nichts mit dem Marktverhalten zu tun haben („reine Marktzutrittsregeln“) würden von der Vorschrift nicht erfasst.⁵⁷⁹ Hätten Vorschriften dagegen eine Doppelfunktion, würden sie also sowohl den Marktzutritt als auch das Marktverhalten regeln, so könne § 4 Nr. 11 UWG einschlägig sein. Von einer Vorschrift mit Doppelfunktion sei in der Regel auszugehen, wenn die Betätigung auf einem bestimmten Markt einer öffentlich-rechtlichen Erlaubnis bedürfe und die betreffende Norm daher im Interesse der Marktteilnehmer, insbesondere der Verbraucher, eine bestimmte Qualität, Sicherheit oder Unbedenklichkeit der jeweiligen Ware oder Dienstleistung sicherstellen wolle.⁵⁸⁰

Dagegen will Frenzel den Verstoß Marktzutrittsregeln § 4 Nr. 11 UWG subsumieren, da bereits die bloße Existenz des unrechtmäßigen Wettbewerbers die Konkurrenz dadurch, dass die Kunden eine andere Angebotssituation vorfinden, beeinträchtige.⁵⁸¹

Sack verweist auf den Wortsinn des § 4 Nr. 11 UWG, der auch die Teilnahme am Wettbewerb als solche erfasse.⁵⁸² Weiterhin beruft er sich auf die oben dargestellte Begründung des Regierungsentwurfs zur Streichung der Worte „oder den Marktzutritt“, nach der die Erfassung von Marktzutrittsregeln nicht ausgeschlossen sein soll, sofern diese eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion haben und zugleich das Marktverhalten regeln. Dem gemäß ist er der Ansicht, dass Marktzutrittsregeln von § 4 Nr. 11 UWG erfasst werden.⁵⁸³

⁵⁷³ Doepner WRP 2003, 1292 (1297).

⁵⁷⁴ Doepner WRP 2003, 1292 (1294).

⁵⁷⁵ Doepner WRP 2003, 1292 (1301), ebenso Engels / Salomon WRP 2003, 32 (36 f).

⁵⁷⁶ Doepner WRP 2003, 1292 (1301).

⁵⁷⁷ Ullmann GRUR 2003, 817 (823); zustimmend Ernst WRP 2004, 1133 (1136).

⁵⁷⁸ Ullmann GRUR 2003, 817 (824).

⁵⁷⁹ Köhler GRUR 2004, 381 (384); Veröffentlichung zum Entwurf vor Inkrafttreten des neuen UWG.

⁵⁸⁰ Köhler GRUR 2004, 381 (385).

⁵⁸¹ Frenzel WRP 2004, 1137 (1141).

⁵⁸² Sack WRP 2004, 1307 (1308).

⁵⁸³ Sack WRP 2004, 1307 (1309).

Weiterhin weist er darauf hin, dass § 4 Nr. 11 UWG die althergebrachte Fallgruppe des Rechtsbruchs nicht ausreichend erfasse und insbesondere den Vorsprungsgedanken nicht abdecke. Er sieht dies allerdings nicht als Abkehr des UWG hiervon, sondern will Fälle, die die Vorsprungsproblematik beinhalten, mangels Wettbewerbsbezug des verletzten Gesetzes jedoch nicht von § 4 Nr. 11 UWG erfasst werden, unmittelbar mit der Generalklausel des § 3 UWG behandeln.⁵⁸⁴

Dagegen erklärt Ernst den Begriff „Vorsprung durch Rechtsbruch“ für erledigt.⁵⁸⁵ In der Sache mag das entgegen der Ansicht Sacks richtig sein, doch fällt der Abschied von gewohnten Schlagwörtern schwer. Ohne auf den Vorsprungsgedanken selbst einzugehen, arbeitet das LG Mannheim in einem Urteil nach der UWG-Reform noch mit dem Begriff.⁵⁸⁶

Unbestritten ist dagegen die Ansicht, dass die Unterscheidung zwischen werthaltigen und wertneutralen Normen inzwischen obsolet ist⁵⁸⁷ – auch wenn der BGH dies nicht ausdrücklich erklärt hat und auch nach neuer Rechtslage ein Festhalten an alten Hüten nicht grundsätzlich ausgeschlossen erscheint. Immerhin hat der Vorsitzende im I. Zivilsenat des BGH Ullmann erklärt, auf die Unterscheidung komme es in Zukunft nicht mehr an.⁵⁸⁸ Ernst schreibt insofern von einer „sanfteren Abkehr“.⁵⁸⁹

Ein erstes Urteil des BGH zur neuen Rechtslage erklärt Vorschriften aus dem AMG und dem LMBG zu wettbewerbsregelnd im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG.⁵⁹⁰

⁵⁸⁴ Sack WRP 2004, 1307 (1315 f).

⁵⁸⁵ Ernst WRP 2004, 1133 (1137); ebenso Köhler GRUR 2004, 381 (386 f).

⁵⁸⁶ LG Mannheim WRP 2004, 1520 (1521).

⁵⁸⁷ Schünemann WRP 2004, 925 (934); Frenzel WRP 2004, 1137 (1139); Sack WRP 2004, 1307 (1316).

⁵⁸⁸ Ullmann GRUR 2003, 817 (821).

⁵⁸⁹ Ernst WRP 2004, 1133 (1135).

⁵⁹⁰ BGH WRP 2004, 1481.

2. KAPITEL: RECHTSLAGE IN SPANIEN

A. Entwicklung

Das Lauterkeitsrecht ist ein Bereich, in dem der spanische Staat über lange Jahre vor allem durch Abwesenheit glänzte und sich darauf beschränkte, die Gesetze der Autonomen Gemeinschaften (Gebietskörperschaften, den deutschen Ländern ähnlich) über Verbraucher- und Kleinhändlerschutz durchzusetzen.⁵⁹¹ Traditionelle Unzulänglichkeit,⁵⁹² Agnostizismus⁵⁹³ und unregelmäßiges und fragmentarisches Handeln unter Ignorierung der sozioökonomischen Realität⁵⁹⁴ wurden der Gesetzgebung bescheinigt.

Die spanische Geschichte des Lauterkeitsrechts ist dem gemäß vor allem in der Literatur nachzulesen. Gesetzgebung und Rechtsprechung spielen keine sonderlich wichtige Rolle.⁵⁹⁵ Unter Franco blühten korporative und protektionistische Interessen, von freiem Wettbewerb war dagegen wenig zu spüren.⁵⁹⁶ Dass sich so Geschäftspraktiken entwickelten, die man eher im „Wildest Far West“⁵⁹⁷ vermuten würde, erscheint nicht weiter verwunderlich.

Erst 1988 fanden im Allgemeinen Werbegesetz und im Markengesetz Teilbereiche eine moderne Regelung. Die Vorschriften im Markengesetz sollten die Rechtswirklichkeit allerdings nicht lange beeinflussen. Sie wurden bereits drei Jahre später mit Inkrafttreten der *Ley de Competencia Desleal* wieder aufgehoben, ein Schicksal, das viele aus Gründen der Rechtssicherheit auch entsprechenden Vorschriften des Allgemeinen Werbegesetzes gewünscht hätten.⁵⁹⁸ Das Gesetz über den Einzelhandel von 1996 (*Ley de Ordenación del Comercio Minorista*) und die jüngsten werberechtlichen Änderungen haben den liberalen Kurs, den die LCD eingeschlagen hatte, zugunsten des klassischen, konservativen Spaniens („*España de siempre*“) korrigiert und werden von vielen als Rückschritt gesehen.

I. Vor der *Ley de Competencia Desleal*

Die ersten lauterkeitsrechtlichen Vorschriften, beginnend im 19. Jahrhundert, sind strafrechtlicher Natur.⁵⁹⁹ Sie finden sich in den allgemeinen Strafgesetzbüchern von 1822, 1848, 1870, 1928, 1932, 1944 und schließlich 1973 Seite an Seite mit dem Katalog klassischer Delikte. Praktische Bedeutung haben sie allerdings zu keinem Zeitpunkt erlangt.⁶⁰⁰ Nur einen kleinen Teilbereich regelt 1850 das königliche Dekret über Fabrikmarken (*Real Decreto sobre marcas de fábrica*). Die 1891 zaghaft und partiell einsetzende Industrialisierung etabliert einen starken Protektionismus vor allem zu Gunsten der katalanischen Textil- und der baskischen Eisenindustrie, der bis 1959 das Bild bestimmen soll.⁶⁰¹ 1898 erwähnt eine Doktorarbeit erstmals den Ausdruck des unlauteren Wettbewerbs, allerdings als *concurrència desleal*, nicht als *competència desleal*, wie heute gebräuchlich.⁶⁰²

⁵⁹¹ Vicent, Introducción S. 600.

⁵⁹² Muñoz AC, Doctrina, 1991-II Rn 319.

⁵⁹³ Embid CDC 24 (1997), 141 (157).

⁵⁹⁴ Fernández López, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid 13/1999, 7 (11).

⁵⁹⁵ Madrenas S. 43.

⁵⁹⁶ Leible ZfRV 1992, 257.

⁵⁹⁷ Vicent, Introducción S. 600.

⁵⁹⁸ Z.B. Vicent, Introducción S. 598.

⁵⁹⁹ Diaz RDM 1946, 453 (454).

⁶⁰⁰ Menéndez S. 40.

⁶⁰¹ Madrenas S. 46.

⁶⁰² Prat de la Riba S. 146.

Mit der Verkündung des Gesetzes zum Schutz des gewerblichen Eigentums (*Ley de Propiedad Industrial*, LPI) wird 1902 das Lauterkeitsrecht in den gewerblichen Rechtsschutz integriert.⁶⁰³ Das Gesetz regelt in den Artikeln 131 und 132 „unerlaubten Wettbewerb“ (*competencia ilícita*). Auch diese Vorschriften sind allerdings rein strafrechtlicher Natur. Eine Generalklausel enthält die LPI nicht, auch wenn die Lehre immer wieder versucht hat, Artikel 131 dazu zu machen. Einzelne Verhaltensweisen wie Verwechslungshandlungen, Nachahmung und Rufausbeutung werden verboten,⁶⁰⁴ allerdings nur, soweit die Verletzung gewerblichen Eigentums betroffen ist.⁶⁰⁵

Um den Unzulänglichkeiten der LPI zu entgegnen, versucht erstmals 1912 Pedrerol, Artikel 1902 des Zivilgesetzbuches (*Código Civil*, CC) für den Bereich des Lauterkeitsrechts zu nutzen.⁶⁰⁶ Die Vorschrift verpflichtet ähnlich Artikel 1382 *Code Civil*⁶⁰⁷ zum Schadensersatz, ist allerdings verschuldensabhängig. Insbesondere deshalb ist auch sie zur Regelung unlauterer Wettbewerbshandlungen unzureichend und bewegt wenig.⁶⁰⁸

Das Königliche Dekret vom 26. Juli 1929 (*Real Decreto-ley*) hebt die LPI zu Gunsten einer Neuregelung des gewerblichen Rechtsschutzes auf. Es erkennt ausdrücklich an, dass der „unerlaubte Wettbewerb“ (*competencia ilícita*) als Teilbereich des gewerblichen Rechtsschutzes nicht hinreichend geregelt werden kann, sondern vielmehr eines eigenen umfassenden Gesetzes bedarf. So viel versprechend das klingt, ist es doch letzten Endes kontraproduktiv – das Dekret regelt konsequenter Weise den unerlaubten Wettbewerb nicht, sondern beschränkt sich darauf, ihn zu definieren. Auf ein eigenes Gesetz muss der Markt noch über 60 Jahre warten.⁶⁰⁹

Mit der Verkündung der Zweiten Republik ändert sich die Richtung abermals: Das Dekret vom 22. Mai 1931 hebt die strafrechtlichen Bestimmungen des königlichen Dekrets von 1929 auf und erklärt die entsprechenden Vorschriften der LPI für wieder wirksam. Die übrigen Bestimmungen des Königlichen Dekrets bleiben als „Statut über gewerbliches Eigentum“ (*Estatuto sobre Propiedad Industrial*) in Kraft. Hinsichtlich des Lauterkeitsrechts ist jedoch der Stand von 1902 wieder hergestellt.⁶¹⁰

Letzten Endes regelt sich unter diesen Umständen der Markt mangels einer stringenten Rechtsprechung und geeigneten Werkzeugen in deren Händen selbst. Wettbewerber versuchen erst gar nicht, ihre Interessen gerichtlich durchzusetzen, Gerichte sind mangels Kodifizierung nicht bereit, einen quasinegatorischen Anspruch anzuerkennen und bestehen peinlichst genau auf dem Nachweis eines Schadens, während der Gesetzgeber stumm bleibt. Mit einer wenig entwickelten, agrarisch geprägten Wirtschaft korrespondiert so ein rudimentärer, wenig entwickelter Rechtsbereich.⁶¹¹

In einem bilateralen Vertrag mit den USA erkennt Spanien 1953 die Verpflichtung, restriktive Wettbewerbspraktiken zu bekämpfen, an. 1955 tritt es der Pariser Verbandsübereinkunft bei. Der Stabilisierungsplan von 1959 setzt das ehrgeizige Ziel, weit gehende institutionelle und strukturpolitische Reformen durchzusetzen und lässt sich als erster Schritt in Richtung Liberalisierung sehen, gerät aber in der zweiten Hälfte der 60er Jahre unter der Bürde einer schwachen Konjunkturpolitik wieder in Vergessenheit.⁶¹²

Dennoch bringen die 60er Jahre seit langem wieder ein bisschen Bewegung in die Materie.

⁶⁰³ Bercovitz ADI 1975, 61 (69).

⁶⁰⁴ Vgl. Madrenas S. 45

⁶⁰⁵ Menéndez S. 52.

⁶⁰⁶ Pedrerol S. 45 ff.

⁶⁰⁷ Leible WRP 1992, 1 (2).

⁶⁰⁸ Ruiz de Velasco S. 110.

⁶⁰⁹ Vgl. Madrenas S. 49.

⁶¹⁰ Madrenas S. 49 f.

⁶¹¹ Madrenas S. 44 f.

⁶¹² Madrenas S. 53.

1963 beantragt Spanien die Aufnahme in die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft und verabschiedet neue Gesetze, um sich der Erfüllung der Aufnahmekriterien zumindest anzunähern: Das Gesetz zur Bekämpfung restriktiver Wettbewerbspraktiken (*Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia*, LPR) von 1963, das erstmals unlauteren Wettbewerb als *competencia desleal* erwähnt, ist ein Beispiel des guten Willens, allerdings lediglich auf dem Papier. In der Praxis bleibt es uneffektiv und letzten Endes unangewandt.⁶¹³ Aus dem gleichen Jahr stammt das Gesetz über verbundene Unternehmen (*Ley sobre Asociaciones y Uniones de Empresas*). 1964 folgt das Werbestatut (*Estatuto de la Publicidad*, E.Pub.), das erstmals den Verbraucherschutz als Schutzgut anerkennt. Von den europäischen Anforderungen ist es allerdings weit entfernt und bleibt im übrigen wie die LPR ein unangewandter Papiertiger.⁶¹⁴ Eine von der Regierung in den 60er Jahren angekündigte Erarbeitung eines Gesetzesprojektes über unlauteren Wettbewerb bleibt ohne praktische Folgen.⁶¹⁵ Das Pressegesetz von 1966 (*Ley de Prensa*), ein „schmähliches“⁶¹⁶ Werk, setzt dem kurzen liberalen Frühling in der Diktatur Francos schließlich ein Ende.

1975 stirbt mit Franco die Diktatur. 1978 wird die Verfassung der konstitutionellen Monarchie (CE) verkündet. Sie beinhaltet das Recht auf Arbeit und freie Berufswahl (Artikel 35 CE), das Prinzip der unternehmerischen Freiheit (Artikel 38 CE) und das Prinzip des Schutzes des Verbrauchers als schwächster Marktteilnehmer (Artikel 51 CE).

Das *Instituto de Derecho Industrial* der Universität Santiago de Compostela bemüht sich in den 70er Jahren um eine gewisse Systematisierung lauterkeitsrechtlicher Fallgruppen, wobei es sich an der deutschen Rechtsprechung zum UWG orientiert.⁶¹⁷

Die 80er Jahre bringen den Gesetzgeber zurück auf die Spielfläche des Wettbewerbsrechts. Seine Wandlung vom passiven Zuschauer zum fleißigen Lieschen gefällt indessen nicht allen. Von „Gesetzesverschmutzung“ berichtet Vicent,⁶¹⁸ Massaguer attestiert „Hyperaktivität“.⁶¹⁹

1984 tritt das Verbraucherschutzgesetz (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, LGCU) als interdisziplinäres Werk mit zivil- und öffentlich-rechtlichen Elementen⁶²⁰ in Kraft. 1986, im Beitrittsjahr Spaniens zu den Europäischen Gemeinschaften, folgt das Patentgesetz (*Ley de Patentes*). 1988 sieht die Verkündung des Markengesetzes (*Ley de Marcas*, LM) und des Allgemeinen Werbegesetzes (*Ley General de Publicidad*, LGP).

Ersteres regelt in den Artikeln 87 bis 89 erstmals das gesamte Lauterkeitsrecht und nicht nur Teilbereiche. Die Vorschriften sind allerdings noch korporativ geprägt⁶²¹ und lediglich provisorischer Natur.⁶²² Mit der Verkündung der LCD 1991 verlieren sie ihre Gültigkeit.

Das Allgemeine Werbegesetz setzt die EG-Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung um und das Werbestatut von 1964 außer Kraft.⁶²³

1989 verabschiedet das Parlament das Kartellgesetz (*Ley de Defensa de la Competencia*, LDC).

Über lange Jahre hinweg krankte das Wettbewerbsrecht an der Untätigkeit der Gesetzgebung. Insbesondere das Fehlen einer Generalklausel paralyisierte die Disziplin. Zwar hat die Lehre einige Anstrengungen unternommen, um aus dem vorhandenen Recht eine solche zusammenzubasteln, jedoch wirkten die Versuche wenig überzeugend. Insbesondere die

⁶¹³ Madrenas S. 54.

⁶¹⁴ Leible WRP 1992, 1 (2 f).

⁶¹⁵ Sénen de la Fuente S. 98.

⁶¹⁶ Madrenas S. 54.

⁶¹⁷ ADI 1975, 665; ADI 1976, 663; ADI 1977, 565; ADI 1978, 623; ADI 1979, 1980, 401.

⁶¹⁸ Vicent, RGD 1993, 9975 (9976); GRUR Int. 1994, 14 (15).

⁶¹⁹ Massaguer, Introducción Rn 14.

⁶²⁰ Leible WRP 1992, 1 (3).

⁶²¹ Madrenas BIM, Praxis Mercantil 15.2.1991, 2 (3).

⁶²² Leible ZfRV 1992, 257 (259).

⁶²³ Leible ZfRV 1992, 257 (258).

Rechtsprechung beeindruckten sie nur selten, wenn es auch vereinzelte Versuche gab, unlauteren Wettbewerb auf wackeliger rechtlicher Grundlage zu unterbinden.

So sah Girón in Artikel 131 LPI eine Generalklausel.⁶²⁴ Dagegen spricht jedoch dessen rein strafrechtliche Ausrichtung.⁶²⁵ Vicente ging den Weg über Artikel 1902 CC.⁶²⁶ Aber zum einen erfasst diese Vorschrift als verschuldensabhängiger Schadensersatzanspruch nur sehr wenige Fälle, zum anderen ist sie eine Sekundärnorm, die den Verstoß gegen eine Primärnorm voraussetzt und nicht isoliert anwendbar ist.⁶²⁷

Menéndez entdeckte zumindest mit dem Funktionswandel des Lauterkeitsrechts weg vom reinen Unternehmerschutz in Artikel 7 II CC, der die Folgen von Rechtsmissbrauch regelt, eine Vorschrift, die zumindest provisorisch die Funktion einer Generalklausel übernehmen könne.⁶²⁸

Der Wortlaut:

Das Gesetz schützt nicht den Missbrauch des Rechts oder den antisozialen Gebrauch desselben. Jede Handlung oder Unterlassung, die hinsichtlich der Absicht des Betroffenen, ihrer Zielrichtung oder der Umstände, in denen sie stattfindet, die normalen Grenzen des Gebrauchs eines Rechts unter Verursachung eines Drittschadens deutlich überschreitet, gibt Raum für den Ersatz des entsprechenden Schadens und die Ergreifung der gerichtlichen oder administrativen Maßnahmen, die den Fortbestand des Missbrauchs verhindern.

Nun setzt der Wortlaut dieser Vorschrift aber klar und deutlich den Schaden eines Dritten voraus, der hinsichtlich unlauterer Wettbewerbshandlungen nicht nötig und, sofern doch vorhanden, häufig nicht nachweisbar ist. Doch dieser Wortlaut sei umschiffbar, so nicht nur Menéndez: Zum einen genüge für die Anwendung von Artikel 7 II CC ein vorhersehbarer oder zukünftiger Schaden.⁶²⁹ Zum anderen sei der Schaden kein essentieller Faktor des Konzepts des Rechtsmissbrauchs. Vielmehr sei er lediglich Voraussetzung für die Verpflichtung zur Schadensersatzleistung. Auch ohne Schaden könne eine Verhaltensweise rechtsmissbräuchlich sein und daher andere gerichtliche Folgen haben als die speziellen schadensersatzrechtlichen.⁶³⁰ In Frage komme insofern das Verbot des Verhaltens sowie Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche, ohne dass der Betroffene vorsätzlich oder schuldhaft gehandelt haben müsse.⁶³¹ So logisch geschlussfolgert und *de lege ferenda* erstrebenswert das vielleicht ist, scheint es mir doch die zulässigen Grenzen der wörtlichen Auslegung zu überschreiten. Artikel 7 II CC mag unglücklich formuliert sein, aber er macht klar und deutlich auch die Ergreifung sonstiger Maßnahmen von einem Drittschaden („**unter** Verursachung“, „**con daño**“) abhängig. Daher war Artikel 7 II CC nur mit dem Klotz des Nachweises eines Schadens am Bein für das Lauterkeitsrecht geeignet.

Andere Autoren wiederum gingen von der Existenz eines Unterlassungsanspruchs aus, ohne sich die Mühe zu machen, diesen positivrechtlich zu belegen.⁶³²

Die einzige lauterkeitsrechtliche Generalklausel, die Spanien tatsächlich bis in die späten 80er Jahre des letzten Jahrhunderts hatte, beschränkte sich auf einen Teilbereich (die Werbung) und war in einem Gesetz untergebracht, das nie richtig zur Anwendung kam (E.Pub., siehe

⁶²⁴ Girón S. 364 ff.

⁶²⁵ Menéndez S. 90.

⁶²⁶ Vicente RGLJ 1944 II, 59 (68 ff).

⁶²⁷ Menéndez S. 91.

⁶²⁸ Menéndez S. 133.

⁶²⁹ Lacruz S. 126.

⁶³⁰ Díez DJ 1974, 1329 (1332).

⁶³¹ Menéndez S. 142 f.

⁶³² Vicent, Compendio 1986, S. 595; Sánchez S. 96 ff; Fernández-Novoa ADI 1975, 369 ff unter Bezug auf TS 2.2.1974; De la Cuesta ADI 1984, 1985, 523 f unter Bezug auf JPI Madrid 15.4.1983.

oben):⁶³³ Laut Artikel 10 E.Pub. war jegliche Werbung unlauter, die gegen die Regeln des Anstands und die guten Handelsbräuche (*normas de corrección y buenos usos mercantiles*) verstieß.

II. *Ley de Competencia Desleal*

1. Grundlagen, Erarbeitung

Den Boden für ein eigenständiges, modernes und den aktuellen Stand der Dinge wiedergebendes Lauterkeitsrecht bereiten schon früh zwei Abhandlungen, jedoch soll es noch 10 Jahre dauern, bis sie Früchte tragen: 1981 veröffentlicht Paz-Ares Untersuchungen der italienischen und der deutschen Rechtslage.⁶³⁴

Beide Artikel setzen sich ausführlich mit dem Verhältnis von Lauterkeits- und Kartellrecht auseinander, bearbeiten und erläutern theoretische Grundlagen und Stand der Dinge hinsichtlich der Generalklauseln und stecken unter Darstellung der Schutzgüter und Interessen des Lauterkeitsrechts dessen Anwendungsbereiche, Ziele und Zwecke ab. Dabei betont Paz-Ares vor allem, dass der Schutz des Leistungswettbewerb Grundlage jeder Gesetzgebung sein müsse. Er weist ausdrücklich darauf hin, dass er die Arbeiten nicht nur als Darstellungen anderer europäischer Rechtssysteme verstanden haben möchte, sondern als „Ausgangspunkt für eine zukünftige Rekonstruktion der defizitären positivrechtlichen Formulierung“ des Lauterkeitsrechts in Spanien.⁶³⁵

Die Wahl Deutschlands begründet er damit, dass sich hier die vollständigste und beste Regelung des Lauterkeitsrechts in Gesetz, Rechtsprechung und Lehre finde.⁶³⁶ Unter Darstellung des Funktionswandels in Deutschland schafft er die Grundlage für eine moderne, alle wesentlichen Interessen schützende Regelung der Materie in Spanien.⁶³⁷

Sieben Jahre später veröffentlicht sein Lehrmeister Menéndez ein Werk unter dem schlichten Namen „Der unlautere Wettbewerb“.⁶³⁸ Weniger bescheiden hätte er es auch „Das große Einmaleins der lauterkeitsrechtlichen Gesetzgebung“ nennen können, findet sich hier doch von der spanischen und europäischen Entwicklung über den aktuellen Stand der Dinge bis hin zu Forderungen, die die LCD praktisch vollständig erfüllt hat, das gesamte zur Gesetzgebung notwendige Handwerkszeug. Ziel des Buches ist dementsprechend auch ausdrücklich, den Weg für rechtliche Reformen zu ebnen.⁶³⁹

Menéndez unterteilt die lauterkeitsrechtliche Entwicklung in drei Modelle,⁶⁴⁰ wobei er Spanien attestiert, jeweils erheblich hinter dem aktuellen Stand der Dinge hinterherzuhinken bzw. ihn nicht zu erreichen.⁶⁴¹

Das „paleoliberale“ Modell, das sich durch seine fragmentarische, strafrechtliche Natur und das Fehlen allgemeiner Regeln auszeichne, siedelt er im 19. Jahrhundert an. Anfang des 20. Jahrhunderts folge das „professionelle“ oder korporative Modell mit privatrechtlichem Charakter und allgemeiner Anwendbarkeit, das sich ausschließlich auf den Schutz von Unternehmerinteressen konzentriere. Das „soziale“ Modell schließlich, das seine Anfänge nach dem Zweiten Weltkrieg finde, markiere einen Richtungswechsel im Gegensatz zu den älteren Modellen und spiegele den Funktionswandel des Lauterkeitsrechts weg vom reinen

⁶³³ Vgl. Gómez S. 390 ff, Botana ADI 1983, 487 (488).

⁶³⁴ Paz-Ares ADC 1981, 927 und RDM 1981, 7.

⁶³⁵ Paz-Ares RDM 1981, 7 (10), ähnlich ADC 1981, 927 (952).

⁶³⁶ Paz-Ares RDM 1981, 7 (9 f).

⁶³⁷ Paz-Ares RDM 1981, 7 (13).

⁶³⁸ Menéndez: *La Competencia Desleal*.

⁶³⁹ Menéndez S. 25.

⁶⁴⁰ Kurzdarstellung S. 28 f, ausführlich S. 31 ff, 65 ff, 95 ff.

⁶⁴¹ Menéndez S. 85, 133.

Konkurrentenschutz hin zu einem Marktordnungsrecht unter Berücksichtigung von Allgemein- und Verbraucherinteressen wieder.

Hat er das UWG von 1909 in seiner ursprünglichen Auslegung noch als typisches Beispiel des professionellen Modells eingeordnet,⁶⁴² so orientiert er sich im Rahmen des sozialen Modells an der aktuellen deutschen Lage von 1988 – bei einer Katalogisierung von Fällen unlauterer Wettbewerbshandlungen⁶⁴³ setzt er sich mit Hefermehl auseinander,⁶⁴⁴ folgt aber letztendlich Emmerich, der die Fälle nach den betroffenen Schutzinteressen – Verbraucher, Wettbewerber oder Allgemeinheit – einordnet.⁶⁴⁵ Im Rahmen dieser Katalogisierung findet auch der Vorsprung durch Rechtsbruch Erwähnung, der unlauter sein müsse, soweit die verletzte Norm wirtschaftlich relevant sei und die *par condicio concurrentium* gestört werde.⁶⁴⁶

Seine konkreten Forderungen finden sich schließlich in großer Übereinstimmung in der Präambel und den einzelnen Vorschriften der LCD wieder. Spanien brauche ein eigenes Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, das allgemein, modern und effektiv sein müsse.⁶⁴⁷

Allgemein sei das Gesetz dann, wenn es örtlich gesamtstaatlich sei und materiell den fragmentarischen Zustand beende.⁶⁴⁸

Modernität bezieht Menéndez auf die Wahl des sozialen Modells. Elementare Voraussetzung sei eine Generalklausel. Die dürfe sich nicht an alten legislativen Modellen orientieren sondern müsse „Systemwidrigkeit“ (als deutscher Begriff benutzt) bekämpfen.⁶⁴⁹ Ein Katalog unlauterer Wettbewerbshandlungen müsse die Vielzahl von Fällen, die die Rechtsprechung entwickelt und die Änderungen, die das soziale Modell gebracht hat, beachten, anstatt lediglich die klassischen Regelungen zu Verwechslungshandlungen, Täuschung und Anschwärzung zu übernehmen. Der Katalog müsse so detailliert sein, dass die Generalklausel lediglich als Auffangtatbestand diene.⁶⁵⁰ Mit dem sozialen Modell sei es darüber hinaus nicht vereinbar, die Anwendung des Lauterkeitsrechts von der Voraussetzung eines Wettbewerbsverhältnisses abhängig zu machen.⁶⁵¹

Effektivität schließlich beinhalte Unterlassungs- Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche auf dem ordentlichen Rechtsweg mit vorläufigem Rechtsschutz.⁶⁵² Keinesfalls dürfe stattdessen der Verwaltungsweg zur Durchsetzung des Lauterkeitsrechts beschritten werden.⁶⁵³ Aktivlegitimiert sein müssten Unternehmen und ihre Verbände, Verbraucherverbände und ein Organ, das das öffentliche Interesse an einem geordneten Wettbewerb schützt, wie etwa die Kartellbehörde (*Tribunal de Defensa de la Competencia*, TDC).⁶⁵⁴

Aufgrund der praktisch unbestrittenen Qualität von Menéndez' Werk und dessen Nähe zum Justizministerium wurde dessen Schüler Paz-Ares mit der Ausarbeitung eines lauterkeitsrechtlichen Gesetzesentwurfs beauftragt.⁶⁵⁵ Damit schloss sich der kleine und exklusive Kreis derjenigen, die Einfluss auf die Erarbeitung hatten, sofern sich bei zwei Beteiligten überhaupt von einem Kreis reden lässt – es gab weder eine Redaktionskonferenz

⁶⁴² Menéndez S. 67.

⁶⁴³ Menéndez S. 121 ff.

⁶⁴⁴ Menéndez S. 122 f.

⁶⁴⁵ Menéndez S. 124.

⁶⁴⁶ Menéndez S. 132.

⁶⁴⁷ Menéndez S. 147 f.

⁶⁴⁸ Menéndez S. 148.

⁶⁴⁹ Menéndez S. 155.

⁶⁵⁰ Menéndez S. 156.

⁶⁵¹ Menéndez S. 119.

⁶⁵² Menéndez S. 157.

⁶⁵³ Menéndez S. 158.

⁶⁵⁴ Menéndez S. 159.

⁶⁵⁵ Siehe Vicent RGD 1993, 9975 (9988); GRUR Int. 1994, 14 (20) Fn 17.

noch öffentliche Diskussionen oder Konsultationen. Die Heimlichkeit und Geschwindigkeit hat im Schrifttum naturgemäß keine positive Resonanz gefunden,⁶⁵⁶ und auch die Opposition beklagte sich über ein Projekt, das hinter dem Rücken der Interessengruppen diktiert worden sei. Die Regierung habe die intellektuelle Urheberschaft des Projektes an Menéndez und Paz-Ares ausgezahlt.⁶⁵⁷

2. Parlamentarische Debatte

Der erste Anlauf zur Verabschiedung der LCD wurde durch vorgezogene Neuwahlen und die damit verbundene Auflösung des Parlaments unterbrochen, so dass alle bis dahin unternommenen Schritte hinfällig wurden und die nächste Legislaturperiode einen Neubeginn brachte.⁶⁵⁸

a) Änderungen

Die Änderungen, die die Abgeordneten und der Senat (Vertretung der Autonomen Gemeinschaften auf Gesamtstaatsebene) dem Entwurf Paz-Ares' verpassten, waren verhältnismäßig übersichtlich. Zwar gab es allein im Parlament gut 100 Anträge, der einzige größere Wurf war indes die Streichung des Artikels 5, der bestimmt hatte, dass die LCD unter den Gesichtspunkten des Leistungswettbewerbs⁶⁵⁹ und der übrigen Prinzipien eines freien Wettbewerbssystems auszulegen sei. Die Abgeordneten der zu der Zeit oppositionelle Partei *Partido Popular* (PP) hielten die Auslegungsvorschrift für vage und unpräzise,⁶⁶⁰ die regierenden Sozialisten bezeichneten sie schlicht als unnötig.⁶⁶¹

Darüber hinaus erfuhr die Generalklausel eine wesentliche Straffung. Von der Unlauterkeit eines Verhaltens, das auf bedeutsame Weise die Freiheit der Entscheidung des Verbrauchers oder die wettbewerbliche Funktion des Marktes gefährdet oder auf andere Weise objektiv gegen die Anforderungen des guten Glaubens verstößt,⁶⁶² überlebte nur der allgemein gehaltene letzte Teil.

Die Zweckbestimmung des Artikels 1 wurde um das allgemeine Interesse der Wirtschaft gekürzt und beschränkt sich nun auf das Interesse aller Marktteilnehmer.⁶⁶³

Hinsichtlich des Rechtsbruchs wurde auf Initiative des Senats auf eine Formulierung in Absatz I verzichtet, die besagte, dass ein Vorteil „gegenüber den Wettbewerbern“ erzielt werden müsse, da dies immer der Fall und der Einschub somit überflüssig sei. Ebenso vom Senat stammt die Änderung im selben Absatz, nach der „Gesetze“, gegen die verstoßen wird, klein und nicht groß geschrieben werden (*leyes* statt *Leyes*).⁶⁶⁴

Eine allgemeine Klagebefugnis, die der Entwurf der öffentlichen Verwaltung hinsichtlich Wettbewerbshandlungen, die das Allgemeinwohl beeinträchtigen, eingeräumt hatte, verschwand auf Antrag der kanarischen Minderheit.⁶⁶⁵

Weniger wesentliche inhaltliche Erweiterungen oder Einschränkungen erfuhren die Vorschriften über Täuschungshandlungen, Zugaben und Prämien,⁶⁶⁶ Diskriminierung,

⁶⁵⁶ Kritisiert von Vicent RGD 1993, 9975 (9991); GRUR Int. 1994, 14 (21).

⁶⁵⁷ Camacho (PP) Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, 15.3.1990, 939.

⁶⁵⁸ Vgl. Fernández López, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid 13/1999, 7 (16 f).

⁶⁵⁹ Verwendet wurde der Begriff *competencia de prestaciones* statt *competencia por eficiencia*, was die allgemeine verwendete spanische Übersetzung für den deutschen Begriff des Leistungswettbewerbs ist. Das sorgte für Verwirrung und Unverständnis und war möglicherweise ein Grund für die Streichung, vgl. Molina, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid 1/1992, 29 (39).

⁶⁶⁰ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 23.

⁶⁶¹ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 32.

⁶⁶² BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 5.

⁶⁶³ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 4.

⁶⁶⁴ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 90, zu den *leyes* später mehr.

⁶⁶⁵ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 19.

⁶⁶⁶ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 5.

Verkauf mit Verlust⁶⁶⁷ und die örtliche Zuständigkeit.⁶⁶⁸ Daneben gab es technische und grammatikalische Änderungen, die die Verständlichkeit erhöhen sollten, jedoch keine inhaltlichen Veränderungen beinhalteten, in der Präambel⁶⁶⁹ und in den Vorschriften zum objektiven und territorialen Anwendungsbereich,⁶⁷⁰ zu Nachahmungshandlungen⁶⁷¹ und zur Verleitung zum Vertragsbruch⁶⁷² sowie zur Passivlegitimation.⁶⁷³ Schließlich wurde eine das Inkrafttreten regelnde Schlussbestimmung als unnötig gestrichen und eine Übergangsbestimmung eingeführt.⁶⁷⁴

b) Abgelehnte Änderungsanträge

Ein Gros der abgelehnten Änderungsanträge war von sehr zweifelhafter Qualität und wenig sachlich, teils, weil die konservative Opposition des *Partido Popular* (PP) den Prozess in eine Frage der Parteipolitik verwandelte, ohne die Inhalte im Auge zu behalten,⁶⁷⁵ teils auch ganz einfach, weil die Anträge von mangelndem Sachverstand nur so strotzten.

Der PP forderte zunächst, das gesamte Projekt ersatzlos aufzugeben, da es konfus, wirr und regressiv sei, Konzepte vermische, die in anderen Gesetzen geregelt seien und Vorschriften enthalte, die in die exklusive Zuständigkeit der Autonomen Gemeinschaften fielen.⁶⁷⁶

Ersatzweise gab es aus den Reihen der Konservativen 36 Detailanträge. So sollten die Motive, die später als Präambel den Eingang ins endgültige Gesetz fanden, komplett gestrichen werden, da sie länger seien als das Gesetz selbst, verschnörkelt wirkten und – hier wiederholen sich die Argumente – konfus juristische Konzepte und Vorschriften, die in anderen Gesetzen geregelt seien, vermischten. Im übrigen seien sie widersprüchlich in sich und hinsichtlich des eigentlichen Gesetzestextes.⁶⁷⁷

Weiterhin wurde gefordert, die Klausel „auf dem Markt“ aus dem Anwendungsbereich (Artikel 2) zu streichen, da der hier weiter geforderte Wettbewerbszweck nicht außerhalb des Marktes denkbar und der Einschub daher überflüssig sei.⁶⁷⁸ Den subjektiven Anwendungsbereich (Artikel 3) wollte der PP auf Unternehmer unter Ausschluss von Freiberuflern und, was die Begründung nicht hergibt und wohl übersehen wurde, auch unter Ausschluss von Verbrauchern beschränken.⁶⁷⁹ Die Generalklausel mit dem unbestimmten Rechtsbegriff von Treu und Glauben (*buena fe*) wurde zu Gunsten der Formulierung in Artikel 87 LM mit den klassischen, korporativ geprägten Begriffen der Anstandsnormen und der guten Handelsbräuche abgelehnt.⁶⁸⁰

Aktivlegitimation (Artikel 19) sollte nur dem persönlich und direkt Verletzten zustehen, um Klagen hinsichtlich lediglich indirekter oder moralischer Schäden auszuschließen.⁶⁸¹

Ersatzlos gestrichen werden sollten laut PP im übrigen die Regelungen über die Verletzung von Geheimnissen, Verleitung zum Vertragsbruch, Vorsprung durch Rechtsbruch und Teile der Vorschriften über Nachahmungshandlungen, da diese Fälle unerlaubten (*ilícita*) und nicht unlauteren (*desleal*) Wettbewerbs darstellten und daher nicht in ein Gesetz über unlauteren

⁶⁶⁷ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 6.

⁶⁶⁸ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 7.

⁶⁶⁹ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 2, 4.

⁶⁷⁰ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 4.

⁶⁷¹ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 5.

⁶⁷² BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 6.

⁶⁷³ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 7.

⁶⁷⁴ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 8, 90.

⁶⁷⁵ So auch Vicent RGD 1993, 9975, (9992 Fn 23) und GRUR Int. 1994, 14 (22 Fn 22).

⁶⁷⁶ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 22, dazu ausführlich im folgenden Abschnitt.

⁶⁷⁷ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 22.

⁶⁷⁸ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 22.

⁶⁷⁹ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 23.

⁶⁸⁰ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 23.

⁶⁸¹ Arqueros, BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 26.

Wettbewerb gehörten.⁶⁸² Das gleiche Schicksal sollte den Vorschriften über Diskriminierung und Verkauf mit Verlust widerfahren, da diese den Binnenmarkt regelten, der aber in die ausschließliche Zuständigkeit der Autonomen Gemeinschaften falle.⁶⁸³

Zum Rechtsbruch wurde von einem Abgeordneten beantragt, auf die Voraussetzung der Bedeutsamkeit des Wettbewerbsvorteils zu verzichten, da dieser Begriff zu unbestimmt sei.⁶⁸⁴

Nicht nur der Sprecher der sozialistischen Abgeordneten fragte sich (und die Opposition), was vom Gesetz übrig bliebe, wenn alle Detailanträge des PP angenommen würden.⁶⁸⁵

Die baskischen Nationalisten (PNV) waren in erster Linie auf Besitzstandswahrung aus. Sie forderten zwei Erweiterungen der Präambel, die auf die Rechte und Kompetenzen der Autonomen Gemeinschaften hinwiesen⁶⁸⁶ und eine Zusatzklausel, nach der die Bestimmungen über Täuschungshandlungen, Zugaben und Prämien, Diskriminierung, Verkauf mit Verlust, die Aktivlegitimation von Verbraucherverbänden sowie die Generalklausel, soweit sie auf Verbraucherschutz abstellt, lediglich ergänzend zu den Bestimmungen der Autonomen Gemeinschaften anwendbar seien, da der Verbraucherschutz nicht in die Zuständigkeit des Gesamtstaates falle.⁶⁸⁷

Die katalanische Minderheit (CiU) verlangte eine genauere Formulierung des Schutzzwecks in Artikel 1. Darüber hinaus übernahm sie die klassische Rolle der eher protektionistisch orientierten Autonomen Gemeinschaften: Den subjektiven Anwendungsbereich wollte sie auf Unternehmer beschränken, Artikel 3 II, der ausdrücklich festlegt, dass die Anwendung der LCD nicht vom Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Betroffenen abhängig ist, sollte gestrichen werden und Treu und Glauben der Generalklausel sollten die klassischen, korporativen Begriffe der Anstandsregeln und guten Handelsbräuche an die Seite gestellt werden.⁶⁸⁸

Mardones von der kanarischen Minderheit (AIC) forderte, wie übrigens auch der konservative, heute in dem PP aufgegangene CDS⁶⁸⁹, die Streichung der ausdrücklichen Erwähnung der Unternehmer neben allen sonstigen Marktteilnehmern im subjektiven Anwendungsbereich (Artikel 3 I), da diese schon von den Marktteilnehmern im Allgemeinen erfasst seien.⁶⁹⁰

Ob seine übrigen Vorschläge eher belustigen, verwundern oder verstören sollen, mag jeder selbst beurteilen. Mit seinem Einwand, alles, was Verbraucherschutz betreffe, sei bereits im Verbraucherschutzgesetz von 1984 geregelt und gehöre nicht ins Lauterkeitsrecht, war er noch recht nah an den Einwänden des PP.⁶⁹¹ Gänzlich allein stand er indes mit der Bemerkung, Artikel 4, der den territorialen Anwendungsbereich der LCD regelt, sei zu streichen.⁶⁹² Auch die Begründung klärt nicht weiter auf: „Taugt zu nichts“ (*No sirve para nada*).⁶⁹³ Dass Artikel 3 II, der sich im Verzicht auf ein Wettbewerbsverhältnis erschöpft, „sehr unverständlich“ (*muy oscuro*) ist und der Klarstellung bedarf,⁶⁹⁴ ist auch nicht auf große Zustimmung in der Fachwelt gestoßen. Oder hatte Mardones mit seiner Befürchtung doch Recht? Könnte es sein, dass die Vorschrift den Eindruck erweckt, ein Unternehmen

⁶⁸² BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 25 f.

⁶⁸³ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 26.

⁶⁸⁴ Arqueros, BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 30.

⁶⁸⁵ Jover, Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputacion Permanente, 15.3.1990, 944.

⁶⁸⁶ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 13 f.

⁶⁸⁷ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 15 f.

⁶⁸⁸ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 34 f.

⁶⁸⁹ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 41.

⁶⁹⁰ Mardones, BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 16.

⁶⁹¹ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 16 f.

⁶⁹² BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 16.

⁶⁹³ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 16.

⁶⁹⁴ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 16.

könne gerichtlich dagegen vorgehen, dass ein anderes Unternehmen zu ihm in Wettbewerb tritt?⁶⁹⁵

c) Schlussdebatte

Wie bereits angedeutet, verwandelte sich die Debatte in den Händen des PP in ein Schaulaufen der Parteipolitik. Vicent bezeichnete die Argumente der Opposition als „reine Zeitverschwendung“⁶⁹⁶ und „völlig verunglückt“.⁶⁹⁷ Die verteidigte ihren Antrag auf ersatzlose Aufgabe des Gesetzesprojekts mit der Bewertung des Entwurfs als „Unsinn“, „Verzerrung in der Gemeinschaftsgesetzgebung“,⁶⁹⁸ „alter Kram“, „regressiv“, Beispiel für „Interventionismus“ und „Konfusion“, von „schlechter legislativer und prozessualer Technik“,⁶⁹⁹ „juristische Entwaffnung“, „legislativer Irrweg“, kurz, als „Skandal“.⁷⁰⁰ Dazu gesellte sich harsche und wenig sachliche Kritik an Menéndez und Paz-Ares und ihren Arbeiten.⁷⁰¹

Alle Bestimmungen zum Verbraucherschutz seien ohnehin fehl am Platz, da der im Verbraucherschutzgesetz von 1984 bereits umfassend geregelt sei. Ihre Integration in das LCD sei daher regressiv.⁷⁰² Der Begriff von Treu und Glauben, wie er in der Generalklausel benutzt wird, sei ein Konzept des Zivilrechts und habe im Wirtschaftsrecht, wo ganz Europa mit guten Sitten und guten und ehrlichen Handelsbräuchen arbeite, nichts verloren.⁷⁰³

Insofern das Projekt Bereiche des Binnenhandels und des Verbraucherschutzes anschneide, dringe es in Zuständigkeiten der Autonomen Gemeinschaften ein, was ein glatter Verfassungsbruch sei.⁷⁰⁴ Daneben verletze es das Legalitätsprinzip und das Gebot der Rechtssicherheit.⁷⁰⁵ Die weite Generalklausel gebe den Richtern einen zu großen Entscheidungsspielraum. Spanien könne aber nicht mit einer Gesetzgebung leben, die auf der Grundlage von Fallgruppen entwickelt worden sei.⁷⁰⁶ Außerdem stehe die LCD in einem unauflösbaren Spannungsverhältnis mit dem Kartellgesetz.⁷⁰⁷

Auch der ebenfalls konservative CDS bescheinigte dem Projekt mangelnde juristische Technik in Vorbereitung und Erstellung. Die Wortwahl sei wenig technisch und wichtige Bereiche seien nicht geregelt worden.⁷⁰⁸

Die katalanische Minderheit (CiU) sah die Kompetenzprobleme zwischen den Autonomen Gemeinschaften und dem Gesamtstaat nicht zufrieden stellend gelöst. Im übrigen hätten die

⁶⁹⁵ So tatsächlich Mardones, BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 16.

⁶⁹⁶ Vicent GRUR Int. 1994, 14 (22 Rn 22) und RGD 1993, 9975 (9992 Fn 23).

⁶⁹⁷ Vicent Compendio S. 1061.

⁶⁹⁸ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, 15.3.1990, 940.

⁶⁹⁹ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, 15.3.1990, 941.

⁷⁰⁰ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, 15.3.1990, 939.

⁷⁰¹ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, 15.3.1990, 939 f.

⁷⁰² Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, 15.3.1990, 940.

⁷⁰³ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, 15.3.1990, 942.

⁷⁰⁴ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, 15.3.1990, 945.

⁷⁰⁵ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, 15.3.1990, 946.

⁷⁰⁶ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, 15.3.1990, 942.

⁷⁰⁷ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, 15.3.1990, 945.

⁷⁰⁸ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, 15.3.1990, 948.

LCD, das Kartellgesetz, das Allgemeine Werbe-gesetz, das Markengesetz und das Verbraucherschutzgesetz in einen einzigen legislativen Block gehört. Außerdem sei das Gesetz übermäßig interventionistisch.⁷⁰⁹

Das Gegenteil attestierte die linke Opposition: Das Gesetz lege alles in die Hände der Richter. Mehr administrative Eingriffe seien wünschenswert gewesen.⁷¹⁰

3. Präambel

Die dem Entwurf zur LCD vorangestellte „Darstellung der Motive“ (*Exposición de Motivos*) hat ohne entscheidende Änderungen als ausführliche Präambel Eingang ins Gesetz gefunden und gibt dem Anwender wichtige Interpretationshilfen hinsichtlich des Willens des historischen Gesetzgebers an die Hand.

Der Stil des Erstellers des Gesetzes, Paz-Ares, prägt die Präambel,⁷¹¹ wobei sich Paz-Ares weit gehend an der Arbeit seines Lehrmeisters Menéndez orientiert hat. Dass die Formulierungen zur staatlichen Kompetenzverteilung (Präambel IV.) wortwörtlich denen der Monografie Menéndez’ entsprechen, wie es die Opposition in der Schlussdebatte behauptet hat,⁷¹² ist allerdings nicht richtig, auch wenn sie inhaltlich Punkt für Punkt übereinstimmen.

Die Präambel beansprucht für die LCD Allgemeingültigkeit, Modernität und Institutionalität⁷¹³ und weist ausdrücklich auf die Interessentrias des Wettbewerbsrechts – privates Interesse der Unternehmer, kollektives Interesse der Verbraucher und öffentliches Interesse des Staates an einer gesunden Wettbewerbsordnung – hin,⁷¹⁴ wobei letztere mit dem Funktionswandel des Wettbewerbsrechts von reiner Konfliktbewältigung unter Wettbewerbern zum Schutz der Institution des Wettbewerbs begründet wird.⁷¹⁵

Die LCD fußt verfassungsmäßig auf dem Prinzip der unternehmerischen Freiheit, dem auf institutioneller Ebene das Prinzip der Wettbewerbsfreiheit entspricht, und auf dem Prinzip des Schutzes des Verbrauchers als schwacher Teil der Marktbeziehungen.⁷¹⁶

Schließlich werden einzelne Vorschriften und Formulierungen erläutert,⁷¹⁷ die Notwendigkeit einer Gesetzgebung als Mitglied der Europäischen Gemeinschaft dargestellt⁷¹⁸ und die Kompetenzverteilung zwischen Gesamtstaat und Autonomen Gemeinschaften hinsichtlich des Lauterkeitsrechts und angrenzender Gebiete nachgezeichnet.⁷¹⁹

4. Verhältnis zum Allgemeinen Werbe-gesetz

Während die Stellung der LCD zu anderen Vorschriften keine größeren Probleme aufwirft und die lauterkeitsrechtlichen Vorschriften des Markengesetzes (Artikel 87 – 89) ausdrücklich aufgehoben wurden, ist das Verhältnis zum Allgemeinen Werbe-gesetz (LGP) alles andere als geklärt. Im Schrifttum herrscht weitgehend Einigkeit darüber, dass auch die LGP mit Inkrafttreten der LCD hätte aufgehoben werden sollen.⁷²⁰ Das ist indes nicht geschehen, wie auch die Rechtsprechung anerkannt hat⁷²¹ – die LGP ist weiterhin gültig und steht neben der LCD.

⁷⁰⁹ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, 15.3.1990, 949 f.

⁷¹⁰ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, 15.3.1990, 949.

⁷¹¹ Vicent RGD 1993, 9975, (9991) und GRUR Int. 1994, 14 (21).

⁷¹² Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, 15.3.1990, 941 unter Verweis auf Menéndez 148.

⁷¹³ Präambel III.

⁷¹⁴ Präambel II.

⁷¹⁵ Präambel III.1.

⁷¹⁶ Präambel II.

⁷¹⁷ Präambel II.2,3. Vergleiche dazu die Darstellung der jeweiligen Vorschriften.

⁷¹⁸ Präambel II.

⁷¹⁹ Präambel IV.

⁷²⁰ Z.B. Gimeno La Ley 1993-III, 941 (942).

⁷²¹ TS 7.3.1996.

Aber in welchem Verhältnis? Die Frage ist wichtig, weil die Gesetze nicht durchgehend auf einer Linie liegen⁷²² – laut der werberechtlichen Generalklausel der LGP (Artikel 6 b letzter Halbsatz) ist Werbung unlauter, wenn sie gegen die Regeln des Anstands und die guten Handelsbräuche verstößt, die allgemeine Generalklausel der LCD (Artikel 5) arbeitet mit dem Kriterium von Treu und Glauben. Auch die in beiden Gesetzen enthaltenen Regeln zu Täuschungshandlungen (Artikel 4 LGP, Artikel 7 LCD) und zum Vergleich (Artikel 6 c LGP, Artikel 10 LCD) weisen Unterschiede auf. Für die vorliegende Arbeit ist die Frage insbesondere von Bedeutung, weil Werbung unter Verstoß gegen Gesetze eines der Musterbeispiele der Rechtsbruchproblematik ist – wenn nicht die LGP dessen Anwendung sperrt.

Zwei klassische und in diesem Fall entgegengesetzte Rechtsprinzipien bieten sich zur Lösung an: *Lex specialis derogat lex generalis* zum einen favorisiert die LGP in Konfliktfällen.⁷²³ *Iura novit curia* dagegen spricht für die Anwendung der LCD.⁷²⁴ Gimeno will von Fall zu Fall entscheiden, welches Prinzip den Ausschlag gibt, wobei er zugibt, dass das problematisch ist und es letztendlich der Rechtsprechung obliegt, gangbare Wege zu finden.⁷²⁵ Die tendiert im übrigen eher zur Anwendung der LCD.⁷²⁶ Dem schließe ich mich nicht zuletzt aus Gründen der Praktikabilität an.

5. Aufnahme im Schrifttum

Die ersten Reaktionen der Lehre auf das neue Gesetz waren durchwachsen, wobei Kritik und Skepsis an der 180-Grad-Wendung⁷²⁷, die das Lauterkeitsrecht vollzogen hatte, überwogen.⁷²⁸ Die LCD verursache vielfältige Probleme⁷²⁹ und Rechtsunsicherheit⁷³⁰, sei exzessiv, konfus, inkonsequent, unnützlich und letztendlich überflüssig⁷³¹, so das niederschmetternde Urteil.

Andere dagegen freuten sich über einen entscheidenden Sprung hin zum sozialen Modell und über das Ende der fragmentarischen und unsteten Gesetzgebung⁷³² zugunsten eines modernen und effektiven Wettbewerbsrechts⁷³³ und prognostizierten diesem und dem Verbraucherschutz für die Zukunft einen höheren Stellenwert.⁷³⁴ Das LCD bringe Spanien in den Kreis der lauterkeitsrechtlich fortschrittlichsten Länder der Europäischen Gemeinschaft.⁷³⁵

Aber nicht mit diesem Gesetz, so der Einwand. Der alte Zustand mit dem Allgemeinen Werbegesetz und den lauterkeitsrechtlichen Vorschriften in Artikel 87 – 89 Markengesetz sei ausreichend, letztere zu Gunsten der LCD aufzuheben, ein Fehler gewesen.⁷³⁶ Zwar seien die prozessrechtlichen Vorschriften ersterer nicht vollkommen harmonisch zueinander formuliert, jedoch habe die LCD diesem Zustand nicht abhelfen können, sondern alles nur noch schlimmer gemacht.⁷³⁷ Besser den Spatz in der Hand als die Taube auf dem Dach? Gegen diese Zufriedenheit mit dem Vorhandenen spricht die Tatsache, dass die LGP nur einen Teilbereich regelt – eben die Werbung – und Artikel 87 – 89 lediglich provisorischer Natur

⁷²² Vgl. Fernández-Novoa La Ley 1991-II, 1179 ff.

⁷²³ Dafür etwa Madrenas BIM, Praxis Mercantil, 15.2.1991, 2 (3).

⁷²⁴ Dafür etwa Vicent, Introducción S. 598; Massaguer, Introducción Rn 35.

⁷²⁵ Gimeno La Ley 1993-II, 941 (943).

⁷²⁶ JPI Majadahonda 7.10.1998.

⁷²⁷ Fernández López, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid 13/1999, 7 (12).

⁷²⁸ Vor allem die Generalklausel war Inhalt breiter Diskussionen. Dazu mehr unter B.V.

⁷²⁹ Lema DN 6/1991, 3 (4).

⁷³⁰ Gimeno La Ley 1993-II, 941 (957).

⁷³¹ Otero La Ley 1991-IV, 1053 (1059 ff) und GRUR Int. 1992, 183 (187 ff).

⁷³² Uría 132.

⁷³³ Leible WRP 1992, 1 (11).

⁷³⁴ Röhrenbach / Meister WRP 1990, 307 (310).

⁷³⁵ Wirth DN 24/1992, 1 (9).

⁷³⁶ Lema DN 6/1991, 3 (8).

⁷³⁷ Gimeno La Ley 1993-II, 941 (942).

und nie dazu gedacht waren, eine vollständige und endgültige Regelung des Lauterkeitsrechts zu liefern.⁷³⁸ So setzte Artikel 88 LM die Anwendung unter den Vorbehalt, dass die Materie noch nicht von einer generellen Gesetzgebung erfasst war.

Ein weiterer Kritikpunkt betraf die Schutzrichtung der LCD. Zum einen sei es wenig realistisch, in einem Land, das bis vor kurzem weder nennenswerten Schutz gegen unlauteren Wettbewerb gewährleistet noch überhaupt ein effektives System freien Wettbewerbs sein eigen genannt hat, nun mit einem Paukenschlag gleich den Wettbewerb als Institution als Schutzgut einzuführen, so ein wenig progressives Argument.⁷³⁹ Zum anderen sei der Schutz der Verbraucher in der LCD nicht so erwähnenswert, wie es der Gesetzgeber glauben machen wolle. Der sei schließlich schon in der LM enthalten gewesen. Außerdem betreffe das Lauterkeitsrecht auch weiterhin hauptsächlich Konflikte zwischen Unternehmern. Eine Regelung der Materie unter Verkennung der Tatsache, dass der Unternehmer hier die Hauptrolle und tatsächlich die fast einzige Rolle spiele, wie die LCD es versuche, könne nicht von Erfolg gekrönt sein.⁷⁴⁰

Im Allgemeinen hat sich das Schrifttum nicht allzu ausführlich über die LCD ausgelassen. Die kurze und heftige Diskussion unmittelbar nach ihrem Inkrafttreten ebte schnell wieder ab, und man scheint sich mit dem Stand der Dinge abgefunden zu haben, teils freilich, ohne mit ihm zufrieden zu sein.

⁷³⁸ Wirth DN 24/1992, 1 f.

⁷³⁹ Gimeno La Ley 1993-II, 941 (946).

⁷⁴⁰ Otero La Ley 1991-IV, 1053 (1055 f) und GRUR Int. 1992, 183 (184 f).

B. Allgemeine Anwendbarkeitsvoraussetzungen der LCD, Generalklausel

Anders als das UWG, das die Anwendbarkeitsvoraussetzungen in die Generalklausel integriert hat, trennt die LCD die allgemeinen Bestimmungen zu Zweck und objektivem, subjektivem und territorialem Anwendungsbereich in Artikel 1 – 4 von der dann sehr knapp gehaltenen Generalklausel in Artikel 5 ab. Das bedeutet, dass die allgemeinen Bestimmungen in die Generalklausel bzw. auch in die speziellen Vorschriften hineingelesen werden müssen, um ein vollständiges Bild der unlauteren Wettbewerbshandlung zu erlangen.⁷⁴¹

I. Zweck (Artikel 1 LCD)

Der Zweck der LCD ist in Artikel 1, der sich unmittelbar an der entsprechenden Vorschrift des Schweizer UWG orientiert,⁷⁴² festgelegt:

Das vorliegende Gesetz hat im Interesse aller Marktteilnehmer den Schutz des Wettbewerbs zum Ziel und errichtet zu diesem Zweck das Verbot unlauterer Wettbewerbshandlungen.

Die Vorschrift hat nicht zuletzt den Sinn, frühe Fehlinterpretationen des neuen Gesetzes, das das spanische Lauterkeitsrecht erstmals weg vom professionellen Modell hin zu moderneren Schutzrichtungen führt, zu vermeiden. Auch die Rechtsprechung hat im Licht dieser Vorschrift den Funktionswandel anerkannt.⁷⁴³

1. Geschütztes Rechtsgut: Wettbewerb

Schutzgut der LCD ist also der Wettbewerb als solcher. Dieser Begriff muss im Lichte der Verfassung ausgelegt werden und beinhaltet

- die unternehmerischen Freiheit (Artikel 38 der Verfassung [CE]),
- das Selbstbestimmungsrecht (Artikel 1 I CE),
- den Gleichheitsgrundsatz (Artikel 9 II, 14 CE),
- die Eigentumsfreiheit (Artikel 33 CE),

und

- die Freiheit der Berufswahl (Artikel 35 I CE).

Liest man diese Rechte zusammen, so ist Wettbewerb im Sinne der LCD zu verstehen als das Recht zur Organisation und Betreibung einer wirtschaftlichen Tätigkeit auf dem Markt.⁷⁴⁴

Damit beinhaltet der Wettbewerb einen subjektiven, individualistischen Kern. Gleichzeitig ist er jedoch auch objektiv-zweckgebunden auszulegen. Unter diesem Blickwinkel, der sowohl wirtschaftlich als auch politisch und sozial ist, zeigt sich ein dezentralisiertes System, das sich an Angebot und Nachfrage, an Effizienz und an gleichen Ausgangsbedingungen für alle, die Marktzutritt begehren, orientiert. Die LCD soll so eine wirtschaftlich und sozial gerechte Marktordnung sichern und den wirtschaftlichen Fortschritt zur Sicherung eines hohen Lebensstandards fördern.⁷⁴⁵

2. Geschützte Interessen: die aller Marktteilnehmer

Das ist wohl die wichtigste Änderung im spanischen Lauterkeitsrecht: Weg vom exklusiven Recht der Unternehmer hin zur auch in Deutschland bekannten Interessentrias der privaten Interessen der Unternehmer, der kollektiven Interessen der Verbraucher und des öffentlichen

⁷⁴¹ García RDPr. 1992, 728 (736).

⁷⁴² Vgl. Madrenas BIM, Praxis Mercantil, 15.2.1991, 2 (8).

⁷⁴³ AP Cádiz 12.6.1992; AP Barcelona 1.2.1996; AP Madrid 10.6.1996; AP Zaragoza 1.12.1997.

⁷⁴⁴ Massaguer Art. 1 Rn 8.

⁷⁴⁵ Massaguer Art. 1 Rn 10.

Interesses des Staates an der Aufrechterhaltung einer gesunden Wettbewerbsordnung. Der Wettbewerb als Institution wird so zum direkten Schutzgegenstand.⁷⁴⁶

II. Objektiver Anwendungsbereich (Artikel 2 LCD)

Absatz I setzt zwei objektive Voraussetzungen für die Anwendung des Gesetzes (Verhaltensweise auf dem Markt und Wettbewerbszweck),⁷⁴⁷ Absatz II statuiert eine tatsächliche Vermutung hinsichtlich des letzteren:

- (1) *Die in diesem Gesetz vorgesehenen Verhaltensweisen gelten immer als unlautere Wettbewerbshandlungen, wenn sie auf dem Markt und zu Zwecken des Wettbewerbs vorgenommen werden.*
- (2) *Der Wettbewerbszweck der Handlung wird vermutet, wenn sie sich aufgrund der Umstände, unter denen sie vorgenommen wird, als objektiv geeignet erweist, die Verbreitung eigener Leistungen oder der Leistungen eines Dritten auf dem Markt zu fördern oder zu sichern.*

Kurz: Der objektive Anwendungsbereich erfasst alle Verhaltensweisen, die – direkt oder indirekt – auf die Förderung der Verbreitung von Gütern oder Dienstleistungen auf dem Markt abzielen.⁷⁴⁸

1. Verhaltensweise auf dem Markt

Der Begriff der Verhaltensweise auf dem Markt ist dem „geschäftlichen Verkehr“ im UWG ähnlich.⁷⁴⁹ „Verhaltensweise“ ist dabei weit zu verstehen als Handlung oder Unterlassung, als persönliche Tätigkeit oder Anordnung an andere, ausführende Personen.⁷⁵⁰

„Markt“ ist der institutionelle Bereich, in dem sich Angebot und Nachfrage finden. Der Begriff deckt sämtliche wirtschaftliche Aktivitäten ab und schließt unternehmerische Tätigkeit ebenso ein wie freiberufliche, künstlerische, wissenschaftliche, sportliche, landwirtschaftliche usw.⁷⁵¹ Wie bereits in der Präambel dargelegt, ist wichtigstes Merkmal dieser Voraussetzung, dass das in Frage stehende Verhalten Außenwirkung zeigt.⁷⁵² Rein persönliche oder betriebsinterne Handlungen scheidet so aus.⁷⁵³ Strahlt ein eigentlich internes Verhalten in seiner Wirkung jedoch auf den Markt aus, so liegt ein Verhalten auf dem Markt vor.⁷⁵⁴ Nicht die eigentliche Natur der Handlung, sondern deren Auswirkungen sind so entscheidend.⁷⁵⁵ Auch ein Verhalten, das andere mit Außenwirkung nur ermöglicht, wie etwa vorbereitende Maßnahmen, kann in den objektiven Anwendungsbereich der LCD fallen.⁷⁵⁶

Ausgeschlossen sind indes einmalige und isolierte Handlungen wie die Veranstaltung einer Party durch eine Studentenvereinigung zur Finanzierung einer Reise oder die Jubiläumsfeier einer kleinen Kneipe, auf der ohne Genehmigung eine Live-Band auftritt.⁷⁵⁷

Ausgeschlossen ist auch die rein hoheitliche Betätigung der öffentlichen Hand. Dagegen unterliegen privatwirtschaftliche Aktivitäten öffentlicher Einrichtungen der Kontrolle der LCD.⁷⁵⁸

⁷⁴⁶ Vgl. Präambel II, III.1.

⁷⁴⁷ Uría 133.

⁷⁴⁸ Bercovitz in Bercovitz, 13 (22).

⁷⁴⁹ Leible ZfRV 1992, 257 (261).

⁷⁵⁰ Massaguer Art. 2 Rn 3; zur Anordnung siehe auch Artikel 20 I LCD.

⁷⁵¹ Präambel III.2; Massaguer Art. 2 Rn 4.

⁷⁵² Präambel III.2.

⁷⁵³ AP Cantabria 9.11.1994.

⁷⁵⁴ TS 20.3.1996.

⁷⁵⁵ AP Valladolid 26.5.1997; AP Vizcaya 30.7.1998.

⁷⁵⁶ AP Valencia 14.11.1998.

⁷⁵⁷ AP Pamplona 18.12.1992; AP Navarra 25.1.1993, a.A. Massaguer Art. 2 Rn 6.

⁷⁵⁸ Massaguer Art. 2 Rn 5, dazu mehr unter C.II.3.d)aa)(1)(b).

2. Wettbewerbszweck

Eine Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs setzt hier anders als im UWG 1909 kein Wettbewerbsverhältnis voraus; dazu mehr unter III.2.

Der Wettbewerbszweck schließt alles ein, was darauf gerichtet ist, die Marktstruktur oder die Wettbewerbsposition eines Marktteilnehmers zu beeinflussen, wobei es unschädlich ist, wenn andere Motive hinzutreten, solange der Wettbewerbszweck überhaupt vorhanden ist.⁷⁵⁹ Das ist etwa bei einem einmaligen, isolierten Akt ohne Gewinnerzielungsabsicht,⁷⁶⁰ bei Testergebnissen, die eine Verbrauchervereinigung veröffentlicht⁷⁶¹ oder bei rein wissenschaftlichen Abhandlungen, die die negativen Auswirkungen eines Produktes darstellen⁷⁶², nicht der Fall.

Zwar vermischt diese Voraussetzung den objektiven Anwendungsbereich bis zu einem gewissen Grad mit subjektiven Elementen, jedoch bleiben die objektiven Begebenheiten entscheidend, was vor allem durch die tatsächliche Vermutung in Artikel 2 II LCD erreicht wird. Danach wird der Wettbewerbszweck der Handlung vermutet, wenn sich diese „aufgrund der Umstände, unter denen sie vorgenommen wird, als objektiv geeignet erweist, die Verbreitung eigener Leistungen oder der Leistungen eines Dritten auf dem Markt zu fördern oder zu sichern.“ Entscheidendes Merkmal des Wettbewerbszwecks sind so die tatsächlichen oder potentiellen Auswirkungen der Handlung auf dem Markt. Ob diese vorliegen können, wird durch richterliche Prognose entschieden.⁷⁶³ Eine Mindestintensität ist nicht nötig.⁷⁶⁴

III. Subjektiver Anwendungsbereich (Artikel 3 LCD)

Absatz I steckt auf breitester möglicher Weise den Kreis der Personen ab, die der Kontrolle durch die LCD unterliegen, während Absatz II ausdrücklich auf das Vorhandensein eines Wettbewerbsverhältnisses verzichtet:

- (1) *Das Gesetz ist auf Unternehmer und auf alle anderen natürlichen oder juristischen Personen, die am Markt teilnehmen, anzuwenden.*
- (2) *Die Anwendung des Gesetzes kann nicht von dem Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen dem aktiven und passiven Subjekt der unlauteren Wettbewerbshandlung abhängig gemacht werden.*

1. Alle Marktteilnehmer

Der weite subjektive Anwendungsbereich führt das Lauterkeitsrecht weg vom reinen Unternehmer- hin zum „Jedermannsrecht“. Entscheidend ist nicht mehr, wer handelt, sondern lediglich, dass er auf dem Markt handelt. Eingeschlossen sind so etwa Handwerker, Bauern,⁷⁶⁵ Künstler, Wissenschaftler, Sportler und Arbeiter.⁷⁶⁶ Ebenso unterliegen Freiberufler den Bestimmungen der LCD.⁷⁶⁷ Auch öffentliche Unternehmen sowie Stiftungen werden erfasst, soweit sie sich wirtschaftlich betätigen und Güter oder Dienstleistungen anbieten oder nachfragen.⁷⁶⁸

Zwar wird die große Mehrheit der Fälle auch weiterhin Unternehmer betreffen, doch ist das lediglich eine tatsächliche Folge, die die Materie mit sich bringt, aber keine Voraussetzung.⁷⁶⁹

⁷⁵⁹ Massaguer Art 2 Rn 8.

⁷⁶⁰ AP Navarra 25.1.1993

⁷⁶¹ AP Barcelona 5.7.1996.

⁷⁶² Massaguer Art. 2 Rn 12.

⁷⁶³ TS 20.3.1996.

⁷⁶⁴ AP Barcelona 7.2.1996.

⁷⁶⁵ Präambel III.2.

⁷⁶⁶ Massaguer Art. 3 Rn 2.

⁷⁶⁷ Ibáñez DN 8/1991, 21.

⁷⁶⁸ Vicent RGD 1993, 3313 (3319); Jiménez 147; TS 10.10.1989 und bereits früher Rojo RDM 1983, 309 (321).

⁷⁶⁹ Bercovitz in Bercovitz 13 (23).

Warum dann aber Unternehmer neben den übrigen Marktteilnehmern noch einmal ausdrücklich erwähnt werden, ist mit unverständlich. Das scheint bei einigen Schritten vorwärts doch wieder ein kleiner zurück zu sein.

2. Keine Voraussetzung: Wettbewerbsverhältnis

Den Verzicht auf ein Wettbewerbsverhältnis hat bereits 1981 Menéndez unter Hinweis auf den Funktionswandel des Lauterkeitsrechts gefordert. In einer „entprivatisierten“ Materie, die neben den Interessen der Unternehmer auch die der Verbraucher und der Allgemeinheit schützt, habe dieses Überbleibsel aus korporativ geprägten Zeiten nichts verloren.⁷⁷⁰

Font hat diesen Gedanken weiter gesponnen und bemängelt, dass die eigentlich direkt betroffenen Verbraucher so nur reflexartig geschützt werden.⁷⁷¹ Auch Monopolisten und Produzenten verschiedenartiger Wirtschaftsgüter seien so nicht zu belangen. Die Beibehaltung der Voraussetzung eines Wettbewerbsverhältnisses sei ein Fall fehlender Übereinstimmung zwischen Recht und ökonomischer Wirklichkeit.⁷⁷²

Er hat vorgeschlagen, das Wettbewerbsverhältnis zu ersetzen durch die „Wettbewerbshandlung“ (*acto de competencia*). Diese solle Unlauterkeit nicht nur innerhalb von Wettbewerbsverhältnissen zwischen Unternehmern erfassen, sondern weiter im Rahmen der Funktionsfähigkeit der Ausgangsbedingungen für Angebot und Nachfrage, für Preise, für Beziehungen zu den Verbrauchern und schließlich für die Lauterkeit als allgemeines Rechtsprinzip der Marktordnung.⁷⁷³

Diese Forderungen hat die LCD erfüllt – Artikel 2 I behandelt Wettbewerbshandlungen, Artikel 3 II schiebt das Wettbewerbsverhältnis in den Ruhestand, weil dieses „nur im Kreis einer berufs- und standesorientierten Konzeption der Regelung ihren angemessenen Platz hat“, nicht aber in einem modernen, sämtliche Schutzrichtungen beachtenden Lauterkeitsrecht, so die Präambel.⁷⁷⁴

Damit sind auch Monopolisten eindeutig von der LCD erfasst, ohne dass dazu gekünstelte Hilfskonstruktionen nötig wären.⁷⁷⁵ Ebenso fallen unlautere Wettbewerbshandlungen von Produzenten andersartiger Güter oder verschiedener Produktionsstufen in den Anwendungsbereich.⁷⁷⁶

Ob des eindeutigen Gesetzeswortlauts verwunderlich ist, dass sich die Rechtsprechung mit der Frage eines Wettbewerbsverhältnisses anfangs trotzdem noch auseinander gesetzt hat.⁷⁷⁷

Noch mehr verwundert, dass sie teilweise zu dem Ergebnis gekommen ist, dass dieses auch weiterhin notwendige Voraussetzung sei und Klagen mangels eines Wettbewerbsverhältnisses abgewiesen hat.⁷⁷⁸ Begründet wurde dieses in systematischer Auslegung der Artikel 1 – 3 LCD vor allem mit der Voraussetzung der Verhaltensweise „auf dem Markt“, wie sie Artikel 2 LCD statuiert. Diese beinhalte, dass Kläger und Beklagter im Wettbewerb zueinander stehende, nachvollziehbar austauschbare Güter oder Dienstleistungen auf demselben Markt anbieten, was letzten Endes ein Wettbewerbsverhältnis zwischen beiden voraussetze. Diese Auslegung vernachlässigt neben dem eindeutigen Wortlaut des Artikels 3 II LCD auch die Tatsache, dass Artikel 1 LCD auch bzw. gerade den Wettbewerb als Institution als Schutzgut der LCD festlegt. Artikel 2 LCD betont, dass die Anwendung allein von der Handlung und ihrem Zweck abhängt. Die Voraussetzung „auf dem Markt“ hat einzig und allein den Zweck,

⁷⁷⁰ Menéndez 119.

⁷⁷¹ Font, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense 1986 – 1987 I, 231 (245).

⁷⁷² Font, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense 1986 – 1987 I, 231 (248).

⁷⁷³ Font, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense 1986 – 1987 I, 231 (254).

⁷⁷⁴ Präambel III.2.

⁷⁷⁵ Bercovitz DN 20/1992, 1 (6).

⁷⁷⁶ Sánchez, Instituciones 133.

⁷⁷⁷ AP Barcelona 8.11.1994; AP Madrid 18.2.1995; AP Barcelona 29.11.1995.

⁷⁷⁸ So JPI Madrid 30.12.1993.

rein private Handlungen aus dem Anwendungsbereich auszuschließen.⁷⁷⁹ Hier ein Wettbewerbsverhältnis hineinzulesen, hieße, den eindeutigen Gesetzeswortlaut und Willen des Gesetzgebers, wie er unter anderem in der Präambel zum Ausdruck kommt,⁷⁸⁰ zu ignorieren.

Es bleibt also dabei: Die Anwendbarkeit der LCD hängt nicht vom Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses ab.

IV. Territorialer Anwendungsbereich (Artikel 4 LCD)

Artikel 4 LCD ist eine Vorschrift des internationalen Privatrechts. Sie setzt das Auswirkungsprinzip für die Anwendbarkeit der LCD fest:

Das vorliegende Gesetz ist auf unlautere Wettbewerbshandlungen, die wesentliche Wirkungen auf dem spanischen Markt haben oder haben können, anwendbar.

Die Wesentlichkeitsvoraussetzung, die Artikel 4 LCD beinhaltet, erstreckt sich ausschließlich auf den territorialen Anwendungsbereich. Darüber hinaus setzt sie nicht allgemein voraus, dass die Auswirkungen eines in Frage stehenden Verhaltens auf dem Markt eine gewisse Mindestintensität haben.⁷⁸¹

V. Die Generalklausel (Artikel 5 LCD)

Nach der ausführlichen Darlegung der allgemeinen Voraussetzungen zur Anwendbarkeit der LCD und damit auch zur Anwendbarkeit ihrer Generalklausel begnügt sich letztere damit, einen objektiven Verstoß gegen den unbestimmten Rechtsbegriff von Treu und Glauben (*buena fe*) als unlauter zu bewerten. Auch die Rechtsfolgen finden sich nicht in der Generalklausel selber, sondern sind im prozessrechtlichen Teil in Artikel 18 LCD untergebracht. Damit beschränkt sich Artikel 5 LCD auf folgenden Wortlaut:

Als unlauter gilt jedes Verhalten, das sich als objektiv gegen die Anforderungen von Treu und Glauben verstoßend erweist.

Die Vorschrift geht unmittelbar auf Artikel 1 des schweizerischen UWG zurück.⁷⁸² Sie steht nicht nur isoliert für sich, sondern hat Einfluss auf die Spezialvorschriften, die in ihrem Lichte interpretiert werden müssen. Das macht sie zum Leitbild der Auslegung des gesamten Lauterkeitsrechts.⁷⁸³

1. Treu und Glauben

Die Literatur hat sich nur sehr zögerlich mit dem unbestimmten Rechtsbegriff von Treu und Glauben angefreundet. Vor allem die Tatsache, dass der Begriff auch in anderen Vorschriften verwendet wird, hat zu Irritationen geführt und die Frage aufgeworfen, ob Treu und Glauben in der LCD objektiv oder subjektiv zu verstehen sei. Im Ergebnis ist man sich einig: Artikel 5 LCD ist allein objektiv auszulegen.⁷⁸⁴ Was nicht so einfach sei, wie Bercovitz anmerkt, in einem Rechtssystem wie dem spanischen, das Treu und Glauben von jeher als subjektives Konzept verstehe.⁷⁸⁵ Dem ist indes nicht so. Das spanische Recht kannte auch bereits vor der LCD sowohl subjektiven als auch objektiven Treu und Glauben – ersteren vor allem als

⁷⁷⁹ Wirth RGD 1994, 4013 (4022).

⁷⁸⁰ Präambel III.2.

⁷⁸¹ Virgós 46.

⁷⁸² Madrenas BIM, Praxis Mercantil 15.2.1991, 2 (8). Das rechtfertigt auch die Übersetzung von *buena fe* (wörtlich: guter Glaube, so auch die Übersetzung in GRUR Int. 1991, 551 [552 und 553]) als Treu und Glauben, da das der Begriff des Schweizer UWG ist, so auch Leible ZfRV 1992, 257 (263). Auch die spanische Literatur übersetzt die schweizerische Vorschrift ohne Differenzierungen als *buena fe*, z.B. Vicent RGD 1993, 9975 (9997 Fn 28).

⁷⁸³ Leible ZfRV 1992, 257 (263).

⁷⁸⁴ Z.B. Gimeno La Ley 1993-II, 941 (947).

⁷⁸⁵ Bercovitz in Bercovitz 13 (27).

innere Überzeugung, kein rechtlich geschütztes Interesse eines Dritten zu verletzen,⁷⁸⁶ letzteren als Verhaltensregel, die sich am positiven Recht orientiert.⁷⁸⁷ Objektiv verstanden wird etwa Artikel 1258 CC, nach dem Verträge nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auszulegen sind.⁷⁸⁸

Problematischer ist die Tatsache, dass Treu und Glauben immer Rechtsbeziehungen vorausgesetzt hat. Artikel 5 LCD aber fußt nicht auf Rechtsbeziehungen, sondern ausschließlich darauf, dass das in Frage stehende Verhalten auf dem Markt und zu Wettbewerbszwecken erfolgt, wodurch eine Brücke zur Wettbewerbsfreiheit und der Unterbindung von deren Missbrauch geschlagen wird. Insofern erweitert Artikel 5 LCD das Konzept von Treu und Glauben.⁷⁸⁹

Die im Entwurf der LCD noch als Artikel 5 enthaltene Auslegungsvorschrift hätte helfen können, den unbestimmten Rechtsbegriff zu konkretisieren. Sie wollte wohl festlegen, dass die LCD unter dem Gesichtspunkt des Leistungswettbewerbs, wie er in Deutschland bekannt ist, auszulegen sei. Unglücklicherweise wurde aber anstatt *competencia por eficiencia*, was die allgemeine Übersetzung des deutschen Begriffs ist, *competencia de prestaciones* verwendet, was zwar die wörtliche Übersetzung ist, aber im spanischen weder einen ökonomischen noch einen lauterkeitsrechtlichen Sinn hat,⁷⁹⁰ so dass die Vorschrift letztendlich ersatzlos gestrichen wurde.

Nichtsdestotrotz bleibt die Basis der LCD und vor allem auch der Auslegung von Treu und Glauben in ihrer Generalklausel der Leistungswettbewerb. Das lässt sich aus einer Zusammenschau der verfassungsrechtlichen Grundlagen vom Prinzip der unternehmerischen Freiheit (Artikel 38 CE) und der Freiheit der Berufswahl (Artikel 35 CE) auf der einen und der Kompetenz des Staates zur Regelung und Ordnung wirtschaftlicher Tätigkeit im Allgemeininteresse (Artikel 131 CE) und des Schutzes der Verbraucher (Artikel 51 CE) auf der anderen Seite schließen.⁷⁹¹

So verstanden verstößt ein Verhalten objektiv gegen die Anforderungen von Treu und Glauben, wenn der Wettbewerbsvorteil, den es erzielt, seine Grundlage nicht in der Überlegenheit seiner Leistungen, sondern in der Behinderung der Konkurrenten hat.⁷⁹²

Das erscheint eindeutig und logisch und gewährleistet die nötige Rechtssicherheit. Dennoch ist das Schrifttum nicht glücklich mit dem neuen Konzept. Die Generalklausel sei wenig aussagekräftig⁷⁹³ bzw. so weit gefasst, dass sie keinen speziellen Bezug zu einer unlauteren Wettbewerbshandlung habe,⁷⁹⁴ so ein Kritikpunkt. Der lässt indes außer Acht, dass die allgemeinen Voraussetzungen der Artikel 1 bis 4 LCD in die Generalklausel hineingelesen werden müssen und so durchaus ein umfassendes Bild entsteht. Auch diese Gesetzestechnik an sich ist allerdings auf Ablehnung gestoßen.⁷⁹⁵

Der Gesetzgeber hat mit Treu und Glauben ein Kriterium von allgemeinem Anwendungsbereich gewählt und damit traditionellere Formeln wie „beruflicher Anstand“ oder „anständige Gebräuche im Bereich des Handels und der Industrie“ abgelehnt, weil diese „ausschnittsweise und von unmissverständlich ständischem Beigeschmack“ seien.⁷⁹⁶ Der Zweck wird von der Lehre anerkannt, das Mittel indessen nicht. Der Versuch sei übermäßig

⁷⁸⁶ De los Mozos S. 59.

⁷⁸⁷ De los Mozos S. 41.

⁷⁸⁸ Molina, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid 1/1992, 29 (37).

⁷⁸⁹ Molina, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid 1/1992, 29 (38).

⁷⁹⁰ Molina, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid 1/1992, 29 (39).

⁷⁹¹ Molina, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid 1/1992, 29 (39 ff).

⁷⁹² Molina, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid 1/1992, 29 (42).

⁷⁹³ Jiménez 148.

⁷⁹⁴ Sánchez, Principios 66.

⁷⁹⁵ García RDPr. 1992, 728 (736).

⁷⁹⁶ Präambel III.2.

ehrgeizig und in der Praxis sehr schwer umsetzbar.⁷⁹⁷ Es sei für die Richter schon schwer genug, eine Generalklausel an sich zu konkretisieren. Wenn dazu noch Probleme wie die des Konzeptes von objektivem Treu und Glauben hinzukämen, sei die praktische Umsetzung nahezu unmöglich.⁷⁹⁸

Die Alternativvorschläge beinhalteten Stillstand: Eine Neuinterpretation der entsprechenden Vorschriften der LM und der LGP hätte denselben Zweck wie die neue Generalklausel in der LCD erfüllt. Daher hätte der alte Zustand beibehalten⁷⁹⁹ oder doch zumindest Artikel 87 LM, der auf die Regeln des Anstands und die guten Handelsbräuche abstellte, wörtlich übernommen werden sollen.⁸⁰⁰ Wenn schon geändert werden müsse, dann doch bitte nicht so sehr. Eine Bezugnahme auf eine Formel wie „Regeln des Anstands, die im wirtschaftlichen Verkehr gelten“ sei angebracht.⁸⁰¹

Mir ist dieser Aufschrei der Empörung nicht verständlich, sind sich doch alle im Ergebnis darüber einig, was hinter dem unbestimmten Rechtsbegriff, welcher auch immer das nun sein mag, stehen soll. Wenn nun aber die Bedeutung klar ist und zur Auslegung auf jahrelange Erfahrung anderer europäischer Staaten zurückgegriffen werden kann, wo bleibt dann die viel beklagte Rechtsunsicherheit? Und warum soll, wer ohnehin an einem Neuanfang steht, alte Formeln mühsam für neue Konzepte, Modelle und Schutzrichtungen zurechtbiegen, statt einen den aktuellen Inhalt adäquater wieder gebenden Ausdruck zu wählen? Neue Besen kehren gut, und im übrigen ist der Wettbewerb in den ersten Jahren der LCD auch nicht in Beliebigkeit und Chaos versunken. Im Gegenteil: Rechtsprechung und Lehre ist es gelungen, objektiven Treu und Glauben auch in praktischer Hinsicht hinreichend zu konkretisieren.⁸⁰²

2. Objektiver Verstoß

Der Wortlaut des Artikels 5 LCD begnügt sich mit einem objektiven Verstoß gegen die Anforderungen von Treu und Glauben. Daneben müssen keinerlei subjektive Voraussetzungen erfüllt werden.⁸⁰³ Die Generalklausel setzt weder Vorsatz oder Schuld⁸⁰⁴ noch die Kenntnis der Umstände, die das Verhalten unlauter machen, voraus.⁸⁰⁵

⁷⁹⁷ Bacharach S. 70.

⁷⁹⁸ Bacharach S. 73.

⁷⁹⁹ Otero La Ley 1991-IV, 1053 (1066) und GRUR Int. 1992, 183 (192).

⁸⁰⁰ Fernández-Novoa La Ley 1991-II, 1179 (1180).

⁸⁰¹ Bercovitz in Bercovitz 13 (28)

⁸⁰² Vgl. Barona S. 34 und für die Rechtsprechung AP Lleida 9.5.1997.

⁸⁰³ Broseta 133.

⁸⁰⁴ TS 15.4.1998; AP Granada 6.6.1996; AP Vizcaya 3.12.1996.

⁸⁰⁵ AP Madrid 28.3.1998.

C. Rechtsbruch

Artikel 15 LCD unterscheidet zwischen der Verletzung von wettbewerbsregelnden Normen, die ohne weiteres unlauter sein soll, und der Verletzung sonstiger Gesetze, die zu einem auf dem Markt ausgenutzten bedeutsamen Vorteil führen muss, um unlauter zu sein:

- (1) *Als unlauter gilt es, auf dem Markt einen Wettbewerbsvorteil auszunutzen, der durch die Verletzung der Gesetze erlangt wurde. Der Vorteil muss bedeutsam sein.*
- (2) *Als unlauter gilt auch die einfache Verletzung von Rechtsnormen, die die Regelung der Wettbewerbstätigkeit zum Gegenstand haben.*

I. Artikel 15 I LCD

1. Allgemeine Voraussetzungen

Jedes Verhalten, das von der LCD geregelt werden soll, muss die allgemeinen Voraussetzungen des ersten Kapitels des Gesetzes erfüllen. In Frage kommen somit nur von einem Marktteilnehmer (Artikel 3 I LCD) auf dem Markt zu Zwecken des Wettbewerbs vorgenommene Verhaltensweisen (Artikel 2 LCD).

2. Qualität der verletzten Vorschrift

An dieser Stelle ist zu untersuchen, welche Rechtsnatur die verletzte Vorschrift aufweisen muss, um unter den Begriff der „Gesetze“ in Absatz I zu fallen. Denkbar ist zum einen, dass nur Gesetze im formellen Sinn diese Voraussetzung erfüllen, zum anderen, dass jegliche materielle Rechtsnorm unabhängig von ihrem Rang in Frage kommt.

Die ganz herrschende Meinung folgt der weiten, materiellen Auslegung.⁸⁰⁶ Vicent wird gerne als Wortführer der Mindermeinung zitiert,⁸⁰⁷ jedoch lässt der angeführte Beleg⁸⁰⁸ nur vermuten, was der Autor hinsichtlich der Qualität der verletzten Vorschrift in Absatz I meint, handelt er doch an der zitierten Stelle den zweiten Absatz ab. In einer späteren Veröffentlichung bekennt er sich eindeutig zur herrschenden Meinung, indem er die in Frage kommende Vorschrift ohne Differenzierung zwischen den Absätzen als „jegliche rechtliche Bestimmung“ definiert.⁸⁰⁹ Bleibt als Vertreter der Mindermeinung Sánchez, und der auch nur widerwillig: Die Definition im formellen Sinn sei vom Gesetzgeber zwingend vorgegeben, jedoch sei diese Einschränkung nicht angebracht. Eine systematische Auslegung beider Absätze lasse nur das formelle Verständnis der „Gesetze“ in Absatz I zu, da ansonsten die unterschiedliche Formulierung in Absatz II („Rechtsnormen“) ihren Sinn verliere.⁸¹⁰

Für die herrschende Meinung, der hier gefolgt wird, spricht die historische Auslegung. Der Gesetzesentwurf stellte noch auf die Verletzung von *Leyes* mit Großbuchstaben ab, auf Initiative des Senats⁸¹¹ erscheinen die *leyes* in der rechtsgültigen LCD nun klein geschrieben. Den Willen des Gesetzgebers findet man in dieser bewussten Abänderung der Schreibweise hin zu einem breiteren Verständnis besser als in der unterschiedlichen Formulierung der beiden Absätze des Artikels 15 LCD.⁸¹² Letztere hat wohl eher stilistische als materielle Bedeutung, so unglücklich und unnötig das auch sein mag.

Darüber hinaus erscheint die engere Auslegung regressiv und widersprüchlich, macht es doch keinen Sinn, den Verstoß gegen eine Vorschrift mit den Mitteln der LCD zu ahnden, den

⁸⁰⁶ Z.B. Barona S. 87; Virgos S. 117 ff und für die Rechtsprechung AP Barcelona 8.5.1995.

⁸⁰⁷ Etwa in Berg S. 295 Fn 334.

⁸⁰⁸ Vicent, Compendio 1080.

⁸⁰⁹ Vicent, Introducción 607.

⁸¹⁰ Sánchez Solé BIM, Praxis Mercantil 15.7.1992, 191 (192).

⁸¹¹ BOCG, Serie A, 25.1., 7.3. und 17.12.1990, S. 90.

⁸¹² So auch Otamendi S. 183.

gegen eine andere jedoch nicht, nur weil sie anderen Ursprungs und damit anderen Ranges ist.⁸¹³ Verbindlich für alle sind beide. In diesem Sinn bleiben allenfalls pure Einzelentscheidungen der Verwaltung außen vor.⁸¹⁴ Entscheidendes Kriterium von Artikel 15 I LCD ist der erlangte Vorteil. Der Normbruch ist lediglich Ausgangspunkt der Überlegungen, ein Vorteil kann aufgrund der Verletzung nur materieller Gesetze ebenso erlangt werden, wie aufgrund der Verletzung formeller Gesetze, so dass eine Differenzierung nicht angebracht erscheint.⁸¹⁵

3. Verletzung

Artikel 15 I LCD setzt einen objektiven Rechtsverstoß voraus. Ob ein solcher vorliegt, kann das angerufene Zivilgericht entscheiden, ohne durch Ansichten der Verwaltung oder der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Auslegung der entsprechenden Norm gebunden zu sein oder entsprechende Stellungnahmen abwarten oder beachten zu müssen.⁸¹⁶

Neben direkten oder unmittelbaren erfasst Artikel 15 LCD auch indirekte, faktische Verstöße, die sich in einer rechtsmissbräuchlichen Umgehung der entsprechenden Vorschrift gemäß Artikel 6 IV CC äußern. Der lautet:

Im Schutzbereich einer Vorschrift vorgenommene Verhaltensweisen, die ein durch die Rechtsordnung verbotenes oder zu dieser im Widerspruch stehendes Ziel verfolgen, sind rechtsmissbräuchlich („fraude de ley“) und verhindern nicht die gebührende Anwendung der Vorschrift, die umgangen wurde.

Artikel 6 IV CC stellt indirekte Verstöße den direkten gleich⁸¹⁷ und wird in entsprechenden Fällen von der Rechtsprechung neben Artikel 15 LCD zitiert.⁸¹⁸

4. Bedeutsamer Wettbewerbsvorteil

a) Vorteil, Kausalität

Vorteil ist jede Verbesserung der Stellung auf dem Markt gegenüber der Konkurrenz bzw. jede attraktivere Gestaltung des eigenen Angebots.⁸¹⁹ In der Mehrheit der Fälle liegt der Vorteil in der Reduzierung von Produktions- oder Vertriebskosten bzw. von Kosten der Dienstleistung.⁸²⁰ Darüber hinaus kommt auch der privilegierte Marktzutritt zum Nachteil der Konkurrenz oder rechtswidrige Werbung, die Nachfrage erzeugt, in Betracht.⁸²¹

Vorteil und Rechtsbruch müssen kausal miteinander verknüpft sein,⁸²² was sich letztendlich von selbst versteht, da sonst der Rechtsbruch keinerlei Beziehung zum Wettbewerbsrecht hätte und die Fallgruppe des Vorsprungs *durch* Rechtsbruch nicht einschlägig wäre.

b) Bedeutsamkeit

Der Begriff ist nicht juristisch, sondern betriebswirtschaftlich auszulegen.⁸²³ Bedeutsam ist ein Vorteil, wenn er eine bemerkbare Mindestgröße, das heißt, ein Niveau erreicht, das eine Abwerbung von Kunden verursacht oder verursachen kann oder die Konkurrenz zwingt, ihre

⁸¹³ Otamendi S. 183.

⁸¹⁴ AP Sevilla 16.9.1998, TS 8.4.1980 folgend.

⁸¹⁵ Otamendi S. 183.

⁸¹⁶ Vilalta / Méndez S. 10; AP Albacete 23.3.1993 ; AP La Rioja 30.12.1997.

⁸¹⁷ Gullón in Ministerio de Justicia S. 36.

⁸¹⁸ AP Burgos 27.6.1997; AP Valencia 18.7.1997; AP Orense 22.1.1998; AP León 26.2.1998; AP Asturias 12.3.1998; AP Burgos 5.10.1998. Die Entscheidungen berufen sich teilweise auf Art. 15 II LCD, was jedoch an dieser Stelle keine Rolle spielt.

⁸¹⁹ Massaguer Art. 15 Rn 17.

⁸²⁰ Illescas in Bercovitz 107 (116).

⁸²¹ Botija, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid 13/1999, 73 (80).

⁸²² AP Barcelona 1.9.1995.

⁸²³ Illescas in Jiménez S. 650.

Gewinnspannen zu reduzieren oder sonstige Innovationen oder Verbesserungen durchzuführen, um den Vorteil auszugleichen.⁸²⁴

Nicht bedeutsam ist etwa das Versäumnis der Erlangung einer Verwaltungserlaubnis, die nur geringe Kosten verursacht oder einer mit einer minimalen Gebühr verbundenen Produktabnahme.⁸²⁵ In der Regel setzt Bedeutsamkeit ein systematisches Vorgehen voraus.⁸²⁶ Daneben ist sie auch bei Nachahmungsgefahr gegeben.⁸²⁷

c) Schrankengleichheit / allgemeine Missachtung

Sinn und Zweck von Artikel 15 LCD ist die Gewährleistung der gleichen Ausgangsbedingungen im Wettbewerb, der *par condicio concurrentium*.⁸²⁸ Ist diese durch den Rechtsbruch nicht gestört, so ist Artikel 15 I LCD laut Alfaro mangels eines Vorteils nicht einschlägig.⁸²⁹ Das trifft zu bei allgemeiner Missachtung der entsprechenden Norm durch die gesamte Konkurrenz, was allerdings nur höchst selten der Fall sein wird.⁸³⁰

Aber auch bei mehrheitlich rechtswidrigem Handeln auf einem Markt ist Artikel 15 I LCD nicht anwendbar, so Alfaro. Der einzelne Gesetzesbrecher erlange dann zwar einen Vorteil, aber eben nur gegenüber den wenigen gesetzestreuen Wettbewerbern. Im Verhältnis zur übrigen, ebenfalls die Gesetze nicht sonderlich ernst nehmenden Konkurrenz, bestehe jedoch die *par condicio concurrentium*. Der verbleibende Vorteil gegenüber der Marktminderheit sei indes nicht bedeutsam.⁸³¹

Beweispflichtig hinsichtlich dieses Punktes ist der Kläger.⁸³²

5. Ausnutzung des Vorteils

Es genügt nicht, dass der Rechtsbruch die Erlangung eines Vorteils lediglich ermöglicht. Der Vorteil muss auf dem Markt auch tatsächlich eingesetzt werden. Nur dann verschiebt der Rechtsbruch die *par condicio concurrentium* und hat wettbewerbliche Relevanz. Der Vorteil kann ausgenutzt werden durch Reduzierung der Preise, Vergrößerung des Sortiments, Renovierung des Ladenlokals usw. Unerheblich ist dagegen, ob die Ausnutzung der gesetzestreuen Konkurrenz tatsächlich geschadet oder der Rechtsbrecher vom Einsatz des Vorteils profitiert hat. Entscheidend ist die Beeinträchtigung des Marktes.⁸³³

Eine Mindermeinung hält dieses Merkmal unter unzutreffender Einordnung als subjektives Element für übertrieben und fordert seine Aufgabe. Die Absicht des Betroffenen dürfe keine Rolle spielen, es könne nicht entscheidend sein, ob er nun Gewinn erzielen wolle oder soziale oder politische Motive verfolge.⁸³⁴

Die Argumente sind richtig – was der Verletzer will, warum er handelt, spielt tatsächlich keine Rolle. Jedoch sind Ausgangspunkt und Schlussfolgerungen falsch. Entscheidend ist, ob der Vorteil objektiv tatsächlich auf dem Markt eingesetzt wird. Der Begriff hat keine subjektive Dimension. Wird der Vorteil nicht eingesetzt, so wirkt er sich auch nicht auf den Markt aus und es gibt keinen Grund, den Rechtsbruch mit den Mitteln des Lauterkeitsrechts zu verfolgen. Ebenso wie ein Mensch mit sozialen Absichten eine durch einen Rechtsbruch erlangte Kostenersparnis zunächst wieder auf dem Markt investieren kann (Ausnutzung auf dem Markt gegeben), kann ein erzkapitalistisch ausgerichteter Unternehmer diese Ersparnis

⁸²⁴ Massaguer Art. 15 Rn 17.

⁸²⁵ Botija, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid 13/1999, 73 (80).

⁸²⁶ Berg S. 296.

⁸²⁷ Alfaro in Enciclopedia 6862 (6864).

⁸²⁸ Alonso in Uría / Menéndez 325 (338).

⁸²⁹ Alfaro in Enciclopedia 6862 (6864).

⁸³⁰ Massaguer Art. 15 Rn 17.

⁸³¹ Alfaro in Enciclopedia 6862 (6864).

⁸³² Botija Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid 13/1999, 73 (83).

⁸³³ Botija Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid 13/1999, 73 (81).

⁸³⁴ Illescas in Bercovitz 107 (116).

für seine private Altersversorgung zurücklegen, ohne dass der Markt dadurch beeinträchtigt würde (Ausnutzung auf dem Markt nicht gegeben).

6. Gruppen / Beispiele

Beispiele aus der Rechtsprechung finden sich zur jungen LCD naturgemäß sehr viel weniger als zum altherwürdigen UWG. Aber auch die zu Artikel 15 ergangenen Urteile sind gelegentlich nicht sonderlich aufschlussreich, vor allem, weil die Gerichte nicht immer zwischen den beiden Absätzen differenzieren, so dass im Unklaren bleibt, ob sie die betroffene Norm nun als wettbewerbsregelnd einordnen oder nicht.⁸³⁵

Grundsätzlich fallen alle Normen, die Kosten produzieren oder den Zugang zu einem Markt erschweren, ohne wettbewerbsregelnd zu sein, in den Anwendungsbereich von Artikel 15 I LCD.⁸³⁶

Das sind etwa Vorschriften aus folgenden Bereichen:⁸³⁷

- Steuerrecht,
- Zollrecht,
- Arbeitsrecht (Kollektivvereinbarungen, Gesundheits- und Sicherheitsvorschriften, Sozialversicherungsrecht),
- Regelung von Güterproduktion und Dienstleistung (Technische Bestimmungen, Bestimmungen zum Umweltschutz usw.).

Die Rechtsprechung hat darüber hinaus das Verbot des Vertriebs pharmazeutischer Produkte außerhalb von Apotheken als Fall von Artikel 15 I LCD behandelt,⁸³⁸ was auf Kritik der Lehre gestoßen ist, die der entsprechenden Vorschrift wettbewerbsregelnden Charakter im Sinne von Absatz II zuspricht.⁸³⁹

7. Keine subjektiven Voraussetzungen

Wie die gesamte LCD verfolgt auch Artikel 15 ein rein objektives Konzept. Dem gemäß braucht der Betroffene weder bewusst handeln noch die spezielle Absicht verfolgen, einen Wettbewerbsvorteil zu erzielen.⁸⁴⁰ Umgekehrt genügt die reine Absicht, ein Gesetz zu brechen, nicht, wenn die Verletzung nicht tatsächlich stattfindet.⁸⁴¹

II. Artikel 15 II LCD

1. Allgemeine Voraussetzungen

Ebenso wie im ersten Absatz gilt auch hier, dass die Voraussetzungen des allgemeinen Teils der LCD erfüllt werden müssen: In den Anwendungsbereich auch dieses Absatzes fallen ausschließlich von Marktteilnehmern auf dem Markt zu Zwecken des Wettbewerbs vorgenommene Verhaltensweisen.

2. Qualität der verletzten Vorschrift

Im Gegensatz zu Artikel I ist die Rechtsnatur der gebrochenen Vorschrift hier eindeutig. „Rechtsnormen“ beinhalten jegliches materielle Recht unabhängig von seinem Rang.⁸⁴²

Problematisch ist lediglich die Behandlung von Standesrecht, der ein eigener Abschnitt gewidmet ist.⁸⁴³

⁸³⁵ Ohne Differenzierung AP Asturias 24.1.1995; AP Lugo 6.6.1995; AP Barcelona 10.1.1996; AP Murcia 14.10.1996; AP Badajoz 1.10.1997; AP Orense 22.1.1998; AP Asturias 12.3.1998.

⁸³⁶ Illescas S. 650.

⁸³⁷ Alfaro RDM 1991, 667 (679).

⁸³⁸ AP Albacete 23.3.1993.

⁸³⁹ Alfaro in Enciclopedia 6862 (6864),

⁸⁴⁰ Botija Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid 13/1999, 73 (83).

⁸⁴¹ Illescas in Bercovitz 107 (116).

⁸⁴² Vicent, Compendio S. 1080.

⁸⁴³ Siehe d)aa)(2)(b)

3. Wettbewerbsregelnde Norm

Der Streit um den Begriff der wettbewerbsregelnden Norm ist nicht sonderlich breit ausgefochten worden, obwohl die beiden vertretenen Ansätze zumindest in ihren theoretischen Grundlagen durchaus bemerkenswerte Unterschiede aufweisen. Einzelprobleme haben mehr Beachtung gefunden als die allgemeine Aufarbeitung. Sie werden im Abschnitt d) (Gruppen / Beispiele) behandelt.

a) Weite Auslegung / Vorteil

Nach der in Spanien herrschenden Meinung sind „Rechtsnormen, die die Regelung der Wettbewerbstätigkeit zum Gegenstand haben“, all jene, die ein bestimmtes Wettbewerbsverhalten verbieten oder einschränken, also dem Wettbewerb Schranken setzen. Entscheidend soll danach ausschließlich der Inhalt bzw. Regelungsgegenstand der betroffenen Norm sein. Ihre Zielsetzung soll dagegen keine Rolle spielen.⁸⁴⁴

Diese Auslegung hat zunächst den Wortlaut für sich, der eben nur allgemein auf die „Regelung der Wettbewerbstätigkeit“ abstellt und nicht etwa wie Artikel 1 LCD auf den „Schutz des Wettbewerbs“.⁸⁴⁵ Diesen Bonus verspielt sie allerdings umgehend, indem sie eben entgegen dem Wortlaut einen Verstoß gegen eine so verstandene wettbewerbsregelnde Norm im Sinne des Artikels 15 II LCD nur für unlauter erklären will, wenn er dem Rechtsbrecher einen bedeutsamen Wettbewerbsvorteil gewährt.⁸⁴⁶ Begründet wird das zunächst mit Artikel 2 LCD: Führe der Rechtsbruch zu keinem Vorteil, so falle er mangels Wettbewerbszweck aus dem Anwendungsbereich der LCD heraus und könne nicht unlauter sein.⁸⁴⁷

Wenn die Funktion des Lauterkeitsrechts die Gewährleistung eines freien Marktes sei, was wiederum die Sicherung der *par condicio concurrentium* in den Mittelpunkt des Interesses rücke, dann könne die Verletzung jedweder Norm nur unlauter sein, wenn sie die gleichen wettbewerbsrechtlichen Ausgangsbedingungen direkt oder indirekt beseitige – keine Betroffenheit der *par condicio concurrentium* – keine Anwendung des Artikels 15 LCD.⁸⁴⁸ Der diene schließlich nicht der Gewährleistung der Einhaltung der wettbewerbsregelnden Normen als solcher, sondern der Funktionsfähigkeit des Marktes.⁸⁴⁹

Da beide Absätze des Artikels 15 LCD in der Gewährleistung der *par condicio concurrentium* ihre Grundlage fänden, setzten auch beide einen Wettbewerbsvorteil voraus. Dass dieser in Absatz II nicht ausdrücklich erwähnt wird, sei entschuldbar, da hier in der großen Mehrheit der Fälle schon durch den Rechtsbruch selbst die *par condicio concurrentium* beeinträchtigt werde, so dass eine nähere Präzisierung nicht unbedingt nötig sei.⁸⁵⁰ Der Bruch wettbewerbsregelnder Normen im Sinne der weiten Auslegung berge per se die Möglichkeit einer rechtswidrigen Beeinträchtigung der gleichen Ausgangsbedingungen im Wettbewerb.⁸⁵¹

Sei ein Verhalten nicht in der Lage, die wettbewerbsrechtliche Position zu verbessern, so würde kein Unternehmer es vornehmen, so dass es auch nicht verboten werden müsse. Unter der Prämisse, dass alle Vorschriften, die dem freien Wettbewerbsverhalten Grenzen setzen, sinnvoll sind, bedeute dies, dass der Bruch solcher Vorschriften ohne weiteres die Möglichkeit der Erlangung eines Vorteils beinhalten müsse.⁸⁵²

Selbst wenn man dies verneinen wolle, so schaffe der Bruch wettbewerbsregelnder Vorschriften doch insoweit Gewinnmöglichkeiten, als der Rechtsbrecher – die allgemeine

⁸⁴⁴ Alfaro RDM 1991, 667 (690).

⁸⁴⁵ Alfaro RDM 1991, 667 (687).

⁸⁴⁶ Molina S. 292.

⁸⁴⁷ Molina S. 292.

⁸⁴⁸ Alfaro RDM 1991, 667 (689).

⁸⁴⁹ Massaguer Art. 15 Rn 19.

⁸⁵⁰ Sánchez Solé RGD 1995, 791 (797).

⁸⁵¹ Alfaro RDM 1991, 667 (693).

⁸⁵² Alfaro RDM 1991, 667 (693).

Respektierung der betroffenen Norm vorausgesetzt – wenige Wettbewerber auf einem so gebildeten „rechtswidrigen“ (*en la ilegalidad*) Markt habe, sofern es Verbraucher gäbe, die bereit seien, „rechtswidrig“ geschaffene Güter oder Dienstleistungen zu beziehen.⁸⁵³

Läuft dies augenscheinlich auf die vollständige Gleichschaltung der beiden Absätze des Artikels 15 LCD voraus, so meine ich, bei genauerem Hinsehen doch einen Unterschied zu entdecken, den die herrschende Meinung macht: Absatz I setzt danach die tatsächliche Ausnutzung eines Vorteils voraus, die der Kläger nach allgemeinen Regeln nachweisen muss. Bei Absatz II dagegen reiche es, dass der Rechtsbruch „im Stande“ (*susceptible*) sei, einen Vorteil zu bringen. Da dies per se der Fall sei, müsse es nicht besonders nachgewiesen werden.⁸⁵⁴ Das bringt dem Kläger im Fall der Verletzung einer wettbewerbsregelnden Norm beweisrechtliche Vorteile im Vergleich zum Bruch sonstiger Normen.

b) Schutzzweck

Die Mindermeinung dagegen will unter Berufung auf die von Schrickler entwickelte Schutznormtheorie⁸⁵⁵ nur solche Vorschriften unter Artikel 15 II LCD behandeln, deren Schutzzweck zumindest teilweise mit dem der LCD (Schutz des Wettbewerbs im Interesse aller Marktteilnehmer, Artikel 1 LCD) übereinstimmt.⁸⁵⁶ Dieser Ansatz hat den Wortlaut unter umgekehrten Vorzeichen wie der vorherige einmal gegen und einmal für sich. Gegen sich zunächst bei der isolierten Betrachtung von Artikel 15 II LCD. Der verlangt nicht den Bruch von Normen, die den „Schutz des Wettbewerbs“ zum Ziel haben, sondern stellt weiter lediglich auf die Verletzung von Vorschriften ab, die „die Regelung der Wettbewerbstätigkeit zum Gegenstand haben“.⁸⁵⁷

Für sich unter einem weiteren Blickwinkel: Da alle Einzelschriften im Licht der Zwecksetzung des Artikels 1 LCD interpretiert werden müssen, ist eine Auslegung, nach der eine Handlung per se unlauter ist, die gegen ein in nicht durch die LCD geschütztes Interesse verstößt, eben gerade nicht mit der Zielsetzung der LCD vereinbar.⁸⁵⁸

Auch hat der Gesetzgeber durch die Bildung von zwei Absätzen klar gemacht, dass er eine Differenzierung nach dem Inhalt der Normen zwingend voraussetzt. Wird nun aber diese Differenzierung dadurch verwischt, dass eine Voraussetzung des ersten Absatzes in den zweiten übertragen wird, so wird letzterer überflüssig. Das jedoch überschreitet die Grenzen der zulässigen Auslegung.⁸⁵⁹

c) Diskussion

Die herrschende Meinung fußt ihren Ansatz vor allem auf die in Artikel 2 LCD vorausgesetzte Wettbewerbsabsicht. Richtig ist natürlich, dass sämtliche allgemeinen Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um ein Verhalten für unlauter nach den speziellen Vorschriften zu erklären. Aber mir scheint der Schluss von der Eignung, „die Verbreitung eigener Leistungen oder der Leistungen eines Dritten auf dem Markt zu fördern oder zu sichern“, auf die generelle Voraussetzung eines Vorteils in Artikel 15 LCD zu weit. Konsequenz zu Ende gedacht würde dies bedeuten, dass nicht nur in Artikel 15, sondern in alle Spezialvorschriften der LCD ein Wettbewerbsvorteil hineingelesen werden müsste. Das lässt aber außer Betracht, dass die LCD nicht nur Konkurrenten schützt, deren Nachteil das Gegenstück zum Vorteil des Betroffenen ist, sondern auch Interessen der Verbraucher und der Allgemeinheit.

⁸⁵³ Alfaro RDM 1991, 667 (693).

⁸⁵⁴ Alfaro in Enciclopedia 6862 (6864).

⁸⁵⁵ Sánchez Solé BIM, Praxis Mercantil 15.7.1992, 191 (192), der sich allerdings inzwischen zur herrschenden Meinung bekennt, siehe RGD 1995, 791 (798 Fn 13); Wirth 155 Fn 588; siehe auch 2. Kapitel, C.IV.1.

⁸⁵⁶ Wirth S. 156.

⁸⁵⁷ Sánchez Solé RGD 1995, 791 (798).

⁸⁵⁸ Wirth S. 155.

⁸⁵⁹ Wirth S. 156.

Das Argument, nach dem der Gesetzgeber mit wettbewerbsregelnden Normen nur verbietet, was die wettbewerbliche Ausgangslage beeinträchtigen kann, da das Verbot ansonsten überflüssig wäre, erscheint dagegen auf den ersten Blick logisch. Die Rechtswirklichkeit gibt es indes nicht wieder, werden Gesetzgebungsprozesse doch regelmäßig durch eine Vielzahl von Faktoren bestimmt, von denen Logik, Praktikabilität und Erfüllung des eigentlichen Gesetzeszwecks nur drei unter vielen sind. Einige Vorschriften sind schlicht und einfach misslungen. Von der Existenz eines wettbewerbsregelnden Verbots kann daher nicht ohne weiteres auf seine Notwendigkeit und damit auf seine Gewährleistung der *par condicio concurrentium* geschlossen werden, so dass diese Argumentationskette in sich nicht schlüssig ist und ihr daher nicht gefolgt werden kann.

Auch die Annahme, dass sich die normmissachtenden Wettbewerber einen eigenen „rechtswidrigen“ Markt schaffen würden, auf dem sich naturgemäß weniger Konkurrenten bewegen würden, ist falsch. In aller Regel bieten die Wettbewerber Güter oder Dienstleistungen an, die als solche mit dem geltenden Recht in Einklang stehen. Lediglich die Art und Weise, wie sie produziert oder angeboten werden, beinhaltet Normbrüche. Das heißt aber, dass kein neuer Markt geschaffen wird, auf dem sich nur wenige, gesetzesuntreue Wettbewerber tummeln, sondern dass sich die entsprechenden Wettbewerber auf dem regulären Markt zwischen der gesetzestreuen Konkurrenz bewegen. Daher gibt auch dieses Argument nichts her.

Gegen die Schutzzwecktheorie wird angeführt, es könne nicht angehen, dass Normen, die Monopole schaffen oder die *par condicio concurrentium* auf einem bestimmten Markt bewusst beschränken und daher nicht mit der Zielsetzung der LCD übereinstimmen, aus dem Anwendungsbereich des Artikels 15 II LCD herausfallen.⁸⁶⁰ Wenn der Bruch dieser Vorschriften aber, wie es die Gegenmeinung behauptet, stets zu einem Vorteil führt, können sie auch ohne weiteres unter Artikel 15 I LCD behandelt werden. Wenn dagegen gelegentlich angeführt wird, die *par condicio concurrentium* werde nur in der großen Mehrheit der Fälle bereits durch den Bruch der wettbewerbsregelnden Norm im Sinne der weiten Auslegung beeinträchtigt,⁸⁶¹ so fragt sich, wie dann die schlusslogisch auch existente Minderheit der Fälle, in denen das nicht per se der Fall ist, behandelt werden und welche Grundlage hier der in Artikel 15 II LCD nicht ausdrücklich erwähnte Vorteil haben soll.

Weiterhin wird die Schutzzwecktheorie als ein in den aktuellen Stand des Lauterkeitsrechts mitgeschleppter Ballast des korporativen Modells gesehen, da sie sich ausschließlich an den Interessen der Unternehmer orientiere.⁸⁶² Dagegen ist anzuführen, dass sich dieser Einwand auf die Darstellungen Schrickers von 1970 bezieht. Heute muss ein dem Wandel der Zeit angepasstes und im allgemeinen die Arbeit Schrickers kritisch modifiziertes Verständnis sich nicht notwendigerweise so dominierend auf die Perspektive der Unternehmer konzentrieren wie die Habilitationsschrift von 1970 das getan hat. Auch die Kritiker gestehen ein, dass an Stelle der Interessen der Unternehmer der Schutz der Freiheit des Wettbewerbs als Zweck gesetzt werden kann.⁸⁶³

Trotzdem, so die herrschende Meinung, passe die Schutzzwecktheorie nicht in das System der Fallgruppen des Lauterkeitsrechts. Dessen Grundlage sei die Gewährleistung der *par condicio concurrentium*. Wenn nun nur solche Normen, die zumindest teilweise denselben Schutzzweck wie die LCD haben, von Artikel 15 II LCD erfasst würden, würden rechtswidrige Beeinträchtigungen der *par condicio concurrentium* zugelassen werden. In allen Fällen, in denen gleiche Ausgangsbedingungen nicht durch das freie Spiel der Kräfte auf dem Markt sondern durch staatliche Eingriffe geschaffen würden, sei so kein Schutz gegeben.

⁸⁶⁰ Alfaro RDM 1991, 667 (688); Sánchez Solé RGD 1995, 791 (798); Berg S. 300.

⁸⁶¹ So Sánchez Solé RGD 1995, 791 (797).

⁸⁶² Alfaro RDM 1991, 667 (687).

⁸⁶³ Alfaro RDM 1991, 667 (687 f); Berg S. 299 f.

Mit dem Sozialstaat sei es aber nicht vereinbar, Verhaltensweisen zu tolerieren, die nicht die durch den Staat gesetzten wettbewerblichen Rahmenbedingungen respektieren.⁸⁶⁴

Diese Argumente basieren jedoch auf einem zu eingeschränkten, sich ausschließlich auf Artikel 15 II LCD konzentrierenden Blickwinkel. Dass der Verstoß gegen Vorschriften, die zwar nach der weiten Auslegung, nicht aber nach der Schutzzwecktheorie wettbewerbsregelnde Normen im Sinne des Artikels 15 II LCD sind, nach der Schutzzwecktheorie nicht geahndet werden kann, ist schlichtweg und insbesondere auch nach der Logik der herrschenden Meinung Blödsinn, fallen diese Normen doch ohne weiteres in den Anwendungsbereich von Artikel 15 I LCD. Und da laut der herrschenden Meinung der Verstoß gegen solche Normen per se einen Wettbewerbsvorteil in sich trägt, sind auch dessen Voraussetzungen erfüllt, so dass der Erklärung für unlauter nichts im Wege steht. Auch der Behauptung, die Schutzzwecktheorie isoliere das Lauterkeitsrecht von der übrigen Rechtsordnung, da sich nach ihr Vorschriften, die den Wettbewerb zugunsten anderer Zielrichtungen beschränken und solche, die der Freiheit des Wettbewerbs dienen, in ihren Wirkungen gegenseitig aufheben würden,⁸⁶⁵ kann daher nicht gefolgt werden.

Auch die herrschende Meinung gesteht im übrigen ein, dass es paradox ist, mit einem Gesetz wie der LCD, deren primäre Aufgabe der Schutz des freien Wettbewerbs ist, Verhaltensweisen zu sanktionieren, die eben klare Beispiele dieses freien Wettbewerbs sind, um den Wettbewerb beschränkende Praktiken, die Ausdruck einer Gesetzgebung sind, die völlig andere Ziele als die LCD verfolgt, abzusichern.⁸⁶⁶

Schließlich ist zu bemerken, dass die Wortlauteinwände gegen die Normzwecktheorie nicht unüberbrückbar erscheinen – in einer teleologischen Auslegung unter Beachtung der Funktion der LCD scheint es nicht ausgeschlossen, unter „Rechtsnormen, die die Regelung der Wettbewerbstätigkeit zum Gegenstand haben“, nur solche zu verstehen, deren Schutzzweck sich zumindest teilweise mit dem der LCD deckt. Dagegen scheint mir die Forderung eines Wettbewerbsvorteils in einem Absatz, der hierüber kein Wort verliert und unmittelbar auf einen Absatz folgt, der einen solchen Vorteil ausdrücklich erwähnt, die Grenzen der zulässigen Auslegung zu sprengen.

Dem gemäß wird hier der Schutzzwecktheorie gefolgt.

So unüberbrückbar die Differenzen beider Ansätze in der theoretischen Darstellung erscheinen, in der Praxis werden sie kaum jemals zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen. Hinsichtlich Vorschriften, die nicht ein bestimmtes Wettbewerbsverhalten verbieten oder einschränken, herrscht Einigkeit – ihr Bruch wird, die Erlangung eines Vorteils vorausgesetzt, von Artikel 15 I LCD erfasst. Ebenso herrscht Einigkeit über Verstöße gegen Normen, die zumindest teilweise dieselbe Schutzrichtung haben wie die LCD – sie sind gemäß Artikel 15 II LCD unlauter.

Bleiben Vorschriften, die ein bestimmtes Wettbewerbsverhalten verbieten oder einschränken, ohne sich im Schutzzweck mit der LCD zu decken. Nach der Schutznormtheorie fällt der Verstoß gegen solche Rechtsnormen unter Artikel 15 I LCD. Führt er zu einem auf dem Markt ausgenutzten Wettbewerbsvorteil, so ist er unlauter. Nach der weiten Auslegung ist er im Rahmen des Artikels 15 II LCD zu behandeln und somit ohne weiteres unlauter. Die Erlangung eines Wettbewerbsvorteils ist nicht gesondert zu prüfen. Da dieser aber nach der weiten Auslegung bei einem Verstoß gegen diese Normen per se gegeben ist, unterscheiden sich die Ansätze hier zwar im Weg, nicht aber im Ergebnis.

Nur wenn die Prämisse der herrschenden Meinung, nach der der Bruch solcher Normen ohnehin zu einem Vorteil führt, falsch wäre, ergäben sich in einigen wenigen Randfällen Unterschiede, nämlich dann, wenn der Verstoß gegen eine ein bestimmtes Wettbewerbsverhalten verbietende oder einschränkende Vorschrift, die sich im Zweck

⁸⁶⁴ Alfaro RDM 1991, 667 (689).

⁸⁶⁵ Alfaro RDM 1991, 667 (690 Fn 52).

⁸⁶⁶ Desdentado RDM 1998, 1251 (1259).

überhaupt nicht mit der LCD deckt, ausnahmsweise nicht per se zu einem Vorteil führen sollte. Unlauterkeit läge dann nach der herrschenden Meinung, die den Vorteil zwar behauptet, aber nicht prüft, vor, während die Mindermeinung mangels Vorteils die Unlauterkeit verneinen würde. Selbst dann scheint aber denkbar, dass der Beklagte das Nichtvorliegen eines Vorteils beweisen und damit die herrschende Meinung widerlegen oder ihr doch zumindest ein Ausnahmebeispiel geben würde, so dass auch diese die Unlauterkeit verneinen müsste.

d) Gruppen / Beispiele

aa) Nach dem weiten Ansatz

Die herrschende Meinung unterteilt die wettbewerbsregelnden Normen in vier Gruppen:

- Normen, die den Wettbewerb auf bestimmten Märkten beseitigen;
- Normen, die den Zugang zu einem Beruf einschränken und von bestimmten Qualifikationen abhängig machen;
- Normen, die die Art und Weise des Wettbewerbsverhaltens regeln und
- unter bestimmten Voraussetzungen Normen des Kartellgesetzes.⁸⁶⁷

(1) Normen, die den Wettbewerb auf bestimmten Märkten beseitigen

Sie umfassen Normen, die den Wettbewerb zugunsten staatlicher Monopole oder zugunsten von Oligopolen weniger Lizenzinhaber beseitigen. Das ist etwa bei Lotterien, Tabakläden, Fernsehsendern usw. der Fall. Sie sollen in den Anwendungsbereich von Artikel 15 II LCD fallen, da sie nicht nur subjektive Rechte der Lizenzinhaber beinhalten, sondern auch eine bestimmte Marktordnung festlegen, so dass neben den Interessen der Lizenzinhaber auch Allgemeininteressen geschützt werden.⁸⁶⁸

Nach und nach verliert dieser Rechtsbereich im Rahmen der Liberalisierung der entsprechenden Märkte an Bedeutung. An seine Stelle treten Vorschriften, die Newcomern die Möglichkeit geben sollen, sich auf den neu geöffneten Märkten zu etablieren und die zu diesem Zweck das Marktverhalten der alten Monopolisten, die naturgemäß noch dominierend sind, Einschränkungen unterwerfen. Auch diese Vorschriften fallen unter Artikel 15 II LCD.⁸⁶⁹

(2) Normen, die den Zugang zu einem Beruf einschränken

(a) Allgemein

Hierunter fallen Vorschriften, die die Erlaubnis zur Berufsausübung von einer zuvor erworbenen Qualifikation abhängig machen, wie das etwa bei Rechtsanwälten, Medizinern oder Apothekern der Fall ist. Bloße behördliche Erlaubnisse, die keine besondere Fähigkeit oder Ausbildung voraussetzen, werden allerdings nicht von dieser Gruppe erfasst.⁸⁷⁰

(b) Sonderproblem: Öffentlich-rechtlicher Marktzutritt

An dieser Stelle ist zu untersuchen, ob Normen, die den Marktzugang öffentlich-rechtlicher Unternehmen regeln, in den Anwendungsbereich des Artikels 15 II LCD fallen. Vordergründig scheint das hinsichtlich der Ähnlichkeit der Materie mit der beruflichen Zulassungsvoraussetzungen ohne weiteres der Fall zu sein.

Die Kartellbehörde (*Tribunal de Defensa de la Competencia*, TDC) ist indessen anderer Ansicht. Artikel 15 II LCD erfasse ausschließlich die Regulierung der wettbewerblichen Tätigkeit, also die Frage nach dem „wie“ der wirtschaftlichen Betätigung, nicht aber Normen, die die erstmalige Entscheidung der Aufnahme einer wettbewerblichen Tätigkeit und der

⁸⁶⁷ Alfaro RDM 1991, 667 (693).

⁸⁶⁸ Alfaro RDM 1991, 667 (693 f).

⁸⁶⁹ Massaguer Art. 15 Rn 53.

⁸⁷⁰ Berg S. 300 f.

Gründung eines Unternehmens, also die Frage nach dem „ob“ zum Gegenstand haben.⁸⁷¹ Ganz sicher scheint sich der TDC dabei allerdings nicht zu sein, prüft er doch inkonsequenter Weise noch zusätzlich, ob es Vorschriften gibt, die im konkreten Fall den Marktzutritt erlauben.⁸⁷²

Viciano stimmt dem zu und erweitert den Ausschluss aus dem Anwendungsbereich auf Normen, die die Gründung privater Unternehmen betreffen. Allen diesen Vorschriften sei gemein, dass ihnen der in Artikel 15 LCD vorausgesetzte wettbewerbliche Nutzen fehle.⁸⁷³

Dagegen unterliegen Normen, die den öffentlich-rechtlichen Marktzutritt regeln, nach Vicent ohne weiteres der Kontrolle im Rahmen des Artikels 15 II LCD.⁸⁷⁴ Da die LCD, wie ausdrücklich in der Präambel unter III. erwähnt, allgemeingültig und damit auf sämtliche Marktteilnehmer anwendbar (Artikel 3 I LCD) sei, müsse sie auch öffentlich-rechtliche Unternehmen erfassen.⁸⁷⁵ Entsprechende Vorschriften beträfen die öffentlich Aufnahme wirtschaftlicher Tätigkeit auf dem Markt und seien daher wettbewerbsregelnd.⁸⁷⁶ Sie schützten nicht nur Allgemeininteressen sondern auch die Interessen der übrigen Unternehmer, die sich in dem Bereich betätigen, in den das neue öffentlich-rechtliche Unternehmen eindringen will.⁸⁷⁷

Dem wird hier gefolgt – hat sich ein öffentlich-rechtliches Unternehmen einmal am Markt etabliert, so verstößt es permanent gegen diese verbietende Vorschriften, so dass sich die unlautere Handlung zu einem unlauteren Zustand ausweitet.⁸⁷⁸

Auch Botija bejaht einen Verstoß gegen Artikel 15 LCD, allerdings unter Bezugnahme auf dessen ersten Absatz.⁸⁷⁹

Einigkeit besteht im übrigen darüber, dass Wettbewerbshandlungen öffentlich-rechtlicher Unternehmen, also das „wie“ der wettbewerblichen Betätigung, ohne Einschränkungen in den Anwendungsbereich der LCD fallen.⁸⁸⁰

(3) Normen, die die Art und Weise des Wettbewerbsverhaltens regeln

Dies ist die größte Gruppe im Rahmen von Artikel 15 II LCD. In ihrem Rahmen werden auch das Sonderproblem der Behandlung von Standesrecht und der Fall der Buchpreisbindung, der die Rechtsprechung ad extensum beschäftigt hat, dargestellt.

(a) Allgemein

Hier eingeordnet werden Vorschriften, die bestimmte Wettbewerbsstrategien verbieten und solche, die bestimmte Strategien zwar zulassen, aber von besonderen Voraussetzungen abhängig machen. Erstere können etwa die Festsetzung von Preisen umfassen. Auch Normen über Öffnungszeiten fallen hierunter. Zwar ist dieser Bereich auf der Ebene der staatlichen Gesetzgebung keinen Einschränkungen unterworfen, jedoch existieren in einigen Autonomen Gemeinschaften Sonderregeln.⁸⁸¹

Letztere beinhalten etwa Vorschriften über Außerhausverkäufe, Rabatte oder Ausverkäufe⁸⁸² sowie das Werberecht.⁸⁸³ Die Beanstandung rechtswidriger Werbung ist der ordentlichen Gerichtsbarkeit durch die Werbeselbstkontrolle und die Beschlüsse von deren Schiedsgericht

⁸⁷¹ TDC 17.1.1995.

⁸⁷² TDC 26.5.1997.

⁸⁷³ Viciano S. 461 Fn 1136.

⁸⁷⁴ Vicent RGD 1993, 3313 (3372).

⁸⁷⁵ Vicent RGD 1993, 3313 (3375).

⁸⁷⁶ Vicent RGD 1993, 3313 (3374).

⁸⁷⁷ Vicent RGD 1993, 3313 (3374 f).

⁸⁷⁸ Illescas in Bercovitz 107 (115).

⁸⁷⁹ Botija Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid 13/1999, 73 (84).

⁸⁸⁰ TDC 17.1.1995; Viciano S. 461 Fn 1136; Vicent RGD 1993, 3313 (3376).

⁸⁸¹ Berg S. 301.

⁸⁸² Alfaro RDM 1991, 667 (698).

⁸⁸³ Dazu Massaguer Art 15 Rn 40 ff.

(*jurado*) de facto weit gehend aus der Hand genommen worden. Zwar kann der *jurado* selbstverständlich nicht unmittelbar Recht anwenden, jedoch tut er das mittelbar über die Kontrolle der Einhaltung des Verhaltenskodex in der Werbung (*Código de Conducta Publicitaria*), den die Werbeselbstkontrolle geschaffen und nach dem Werbung das geltende Recht zu respektieren hat. Das ist zwar insbesondere hinsichtlich der Tatsache, dass Recht sprechende Funktionen den staatlichen Gerichten vorbehalten sind (Artikel 117 CE), nicht unproblematisch.⁸⁸⁴ Auf diesem Gebiet ist es jedoch der aktuelle Stand der Dinge.

(b) Sonderproblem: Standesrecht

Besondere Beachtung verdient die Behandlung von Standesrecht, mit der man sich in Spanien erheblich schwerer tut, als das in Deutschland der Fall ist.

Den Vereinigungen der Freiberufler ist ein eigenes Gesetz gewidmet (*Ley de Colegios Profesionales*, LCP). Dessen Artikel 6 II und IV verleihen ihnen eine indirekte Normsetzungskompetenz hinsichtlich ihrer allgemeinen und speziellen Satzungen. Erstere sind vom entsprechenden Fachministerium, letztere vom Allgemeinen Rat der jeweiligen Vereinigung zu genehmigen. Daneben existieren an Standesrecht Verhaltenskodizes (*normas deontológicas*), interne Verwaltungsregeln, Kammerbeschlüsse, in denen beispielsweise Mindesthonorare festgelegt werden, und Satzungen der lokalen Berufsvereinigungen. Sie werden nicht gegengezeichnet.⁸⁸⁵

Keine Probleme bereitet die Einordnung der allgemeinen und speziellen Satzungen. Sie fallen ohne weiteres in den Anwendungsbereich von Artikel 15 II LCD.⁸⁸⁶

Eines näheren Blickes bedürfen dagegen die sonstigen standesrechtlichen Regelungen. Zwei Punkte sind zu behandeln: Zum einen, ob sie in formeller Hinsicht überhaupt Rechtsnormen im Sinne des Artikels 15 II LCD sind; zum anderen, ob sie in materieller Hinsicht die Grenzen der Rechtmäßigkeit einhalten.⁸⁸⁷

Die AP Sevilla hat die erste Frage im Fall eines Beschlusses der örtlichen Ärztekammer über Mindesthonorare mit nein beantwortet. Der Beschluss sei für die Mediziner nicht rechtsverbindlich, so dass es an der klassischen Voraussetzung des Zwanges, den eine Rechtsnorm erfüllen muss, fehle.⁸⁸⁸ Der TS gelangt im Fall der Festlegung der Öffnungszeiten von Apotheken durch Apothekerkammern zum selben Ergebnis – geregelt würden hier lediglich die internen Beziehungen zwischen der Kammer und ihren Mitgliedern.⁸⁸⁹ Irritierend an der Begründung des TS ist, dass er den entsprechenden Beschlüssen getrennt zunächst die Eigenschaft von „Gesetzen“ (Artikel 15 I LCD) und dann die von „wettbewerbsregelnden Normen“ (Artikel 15 II LCD) abspricht, ist doch eigentlich gesicherte Erkenntnis, dass beide Begriffe im Rahmen des Artikels 15 LCD dieselbe Bedeutung haben.

Massaguer dagegen will zumindest nicht ausschließen, dass diese Regelungen die formellen Voraussetzungen des Artikels 15 II LCD erfüllen können.⁸⁹⁰ Unstreitig ist dagegen, dass reine Beschlüsse der Berufsvereinigungen niemals Dritte binden können, soweit es keine besondere Rechtsgrundlage gibt, die das vorsieht. Entsprechende Versuche sind nichtig.⁸⁹¹ Anderenfalls würden verfassungsmäßig geschützte Rechte und Interessen verletzt.⁸⁹²

Hinsichtlich der Frage der materiellen Rechtmäßigkeit ist anzumerken, dass die entsprechenden standesrechtlichen Regelungen häufig den Wettbewerb in ihrem Bereich

⁸⁸⁴ Tato ADI 1997, 161 (174).

⁸⁸⁵ Massaguer IURIS 3/1994, 85 (111 f).

⁸⁸⁶ Sánchez Solé RGD 1995, 791 (803); Massaguer Art. 15 Rn 31.

⁸⁸⁷ Massaguer IURIS 3/1994, 85 (111).

⁸⁸⁸ AP Sevilla 30.6.1993; zustimmend Sánchez-Solé RGD 1995, 791 (804).

⁸⁸⁹ TS 13.3.2000; TS 16.6.2000; zustimmend Bercovitz S. 358.

⁸⁹⁰ Massaguer Art. 15 Rn 33.

⁸⁹¹ TS 30.6.1992.

⁸⁹² Massaguer IURIS 3/1994, 85 (114).

starken Beschränkungen unterwerfen.⁸⁹³ Das kann kartellrechtswidrig sein.⁸⁹⁴ In aller Kürze wiedergegeben verbietet Artikel 1 LDC Übereinkünfte, Entscheidungen oder Empfehlungen, die den Wettbewerb behindern, beschränken oder verfälschen. Solche Maßnahmen sind nichtig. Das Verbot greift gemäß Artikel 2 I LDC nicht, wenn die Maßnahmen aufgrund eines Gesetzes oder aufgrund von Bestimmungen, die aufgrund eines Gesetzes ergangen sind, ergriffen worden sind. Hier kommen die Bestimmungen der LCP in Frage.

Das setzt laut Massaguer voraus, dass sich die Maßnahmen strikt auf eine spezielle Ermächtigung beziehen. Die allgemeine Aufgabe der Berufsvereinigungen, „die berufliche Tätigkeit ihrer Mitglieder ... zu regeln“ (Artikel 5 i) LCP), genüge diesen Anforderungen nicht.⁸⁹⁵

Für die Feststellung der Kartellrechtswidrigkeit ist gemäß Artikel 46 a) LDC die Kartellbehörde (*Tribunal de Defensa de la Competencia*, TDC⁸⁹⁶) zuständig. Ist eine Maßnahme direkt durch eine Ausnahme des Artikels 2 I LDC gerechtfertigt, so bleibt dem TDC allerdings nur die Anerkennung seiner Unzuständigkeit. Das bedeutet indessen nicht, dass die Behörde nicht eingreifen kann, wenn der eng abgesteckte Bereich dieser Ausnahmen überschritten wird.⁸⁹⁷ Das hat sie anfangs noch recht zurückhaltend, mit der Zeit aber immer selbstbewusster und im Licht ihres sehr restriktiven Verständnisses der Ausnahmen von der Kartellrechtswidrigkeit gemacht.

Das erste Mal hat der TDC 1992 Standesrecht für rechtswidrig erklärt, als eine Maklervereinigung ihren Mitgliedern die Art der Aktivitäten, die ihnen gestattet sein sollte, vorschreiben wollte.⁸⁹⁸ In enger Auslegung der LCP hielt der TDC dem entgegen, dass das die Zuständigkeit der Vereinigung überschreite. Lediglich die Ausführung der Aktivitäten (das „wie“) dürfe sie regeln, die Bestimmung der Art (das „was“) bleibe dagegen den formellen Gesetzen vorbehalten.

Nur 10 Tage später wurde in einem anderen Fall ergänzt, dass die Delegation von Verwaltungsbefugnissen auf Freiberuflervereinigungen deren Handlungen nicht in jedem Fall administrativen Charakter gebe. Sie blieben privatrechtlicher Natur und könnten so vom TDC auf Wettbewerbswidrigkeit im Sinne der LDC überprüft werden.⁸⁹⁹ Vorliegend wurde ein rein interner Beschluss, der dem Recht des freien Wettbewerbs völlig zuwiderlaufe, diagnostiziert. Solche Beschlüsse müsse der LDC bei der Bewertung der kartellrechtlichen Wettbewerbswidrigkeit ignorieren.

In die gleiche Richtung zielt ein Beschluss aus dem Jahr 1994,⁹⁰⁰ bei dem eine abweichende Meinung einen anderen, formell wohl saubereren Weg geht: Die Argumentationslinie des TDC verwechsle die Rechtsnatur der angegriffenen Maßnahme mit ihrer Gültigkeit. Eine administrative Maßnahme werde durch ihre Rechtswidrigkeit nicht zu einer privatrechtlichen. Die Rechtmäßigkeit bestimme die Gültigkeit, nicht die Rechtsnatur.⁹⁰¹ Im Ergebnis ändert das freilich nichts, denn, so der Abweichter weiter, die Maßnahme sei zwar eigentlich administrativer Natur, wegen ihrer Rechtswidrigkeit aber nichtig und damit nicht existent.

Im Dezember 1994 erkannte der TDC erstmals an, dass er auch die Festsetzung von Mindesthonoraren überprüfen und gegebenenfalls für kartellrechtswidrig erklären kann, wenn er die Rechtswidrigkeit auch im konkreten Fall verneinte.⁹⁰² Das ist eine Erweiterung seines Verständnisses über die eigene Zuständigkeit, hatte er doch noch ein Jahr zuvor eben diese

⁸⁹³ Alfaro RDM 1991, 667 (717).

⁸⁹⁴ Massaguer Art. 15 Rn 33.

⁸⁹⁵ Massaguer IURIS 3/1994, 85 (113).

⁸⁹⁶ Siehe Anhang.

⁸⁹⁷ Viciano S. 543.

⁸⁹⁸ TDC 10.11.1992.

⁸⁹⁹ TDC 20.11.1992.

⁹⁰⁰ TDC 28.7.1994.

⁹⁰¹ Abweichende Meinung von Bermejo zu TDC 28.7.1994.

⁹⁰² TDC 12.12.1994.

Kompetenz bestritten – allenfalls die Festlegung von Darstellungs- und Berechnungsmethoden der Kosten könne er überprüfen und erklärte sie vorliegend auch für rechtswidrig.⁹⁰³

Lediglich eine Entscheidung zur Werbung von Rechtsanwälten tanzt aus der Reihe der ansonsten geradlinigen Entwicklung. Hier vertritt der TDC auf einmal den Standpunkt, er könne Landesrecht wegen Artikel 2 I LDC grundsätzlich nicht für rechtswidrig erklären. Das sei Sache der Verwaltungsgerichtsbarkeit.⁹⁰⁴

(c) Fallstudie: Buchpreisbindung

Artikel 33 der *Ley del Libro* bestimmt, dass Bücher zum festgelegten Preis zu verkaufen sind. Laut Artikel 1 des *Real Decreto* 484/90 (fortan RD) darf beim Verkauf an Endverbraucher nicht mehr als 5 % des Festpreises als Rabatt gewährt werden. Artikel 3 a) RD erhöht diese Spanne für Büchermessen auf 5 – 10 %. Die Einschränkungen verfolgen keine wettbewerbsrechtlichen, sondern kulturpolitischen Ziele.

Große Kaufhausketten haben versucht, die Vorgaben zu umgehen. Da landesweiten Verkaufsstrategien die örtlich begrenzte Zuständigkeit der Zivilgerichte gegenüber steht und sich auch die Kartellbehörde immer wieder eingeschaltet hat, hat dies zu einer Fülle von Entscheidungen und Beschlüssen geführt.

Denen lagen folgende Sachverhalte zugrunde:

- Rabatt von mehr als 10 % zeitlich außerhalb einer Buchmesse (d.h. kurz vor ihrer Eröffnung);
- Rabatt von mehr als 10 % örtlich außerhalb einer Buchmesse;
- Zugabe von Rabattgutscheinen für andere Artikel in Höhe von 10 - 25 % des Wertes des gekauften Buchs;
- Zugabe eines Buchs als Geschenk oder verbilligt zum Kauf eines anderen Buchs bzw. anderer Produkte.

Unstreitig unlauter im Sinne des Artikels 15 LCD in Verbindung mit Artikel 33 *Ley del Libro* und Artikel 3 a) RD sind Aktionen von Kaufhausketten, bei denen ein Rabatt von 10 % bereits einen Tag vor Eröffnung einer Buchmesse gewährt wird.⁹⁰⁵

Schwerer getan haben sich die Gerichte mit der Tatsache, dass die Ketten auch während der Buchmesse den Rabatt von 10 % gaben, das allerdings in ihren Geschäftsräumen, die sich außerhalb der örtlichen Begrenzung der Messe befanden. Hier eröffnet sich ein Problem der Rechtsnatur der Beschlüsse von Berufsvereinigungen, wie es im vorherigen Abschnitt allgemein dargestellt wurde.

Laut AP Asturias ist dies wie die Missachtung der Zeiten der Messe unlauter.⁹⁰⁶ Der Meinung war auch ein erstinstanzliches Gericht in Valencia.⁹⁰⁷ Die dortige *Audiencia Provincial* dagegen kam zu einem anderen Ergebnis: Zwar könne ein Buchhändlergremium zeitliche Begrenzungen einer Messe festlegen, für die örtliche Begrenzung sei es indes nicht zuständig. Daher fehle dem entsprechenden Beschluss die Eigenschaft der „Rechtsnorm“ im Sinne von Artikel 15 II LCD. Ein Verstoß gegen diesen Beschluss sei daher nicht unlauter.⁹⁰⁸ Dem zugestimmt hat Sánchez Solé⁹⁰⁹ – als wettbewerbseinschränkende Vorschriften müssten die Bestimmungen über Festpreise restriktiv ausgelegt werden. Wenn Artikel 3 a) RD die Gewährung von bis zu 10 % Rabatt *während* Buchmessen, wie sie durch die Organisatoren

⁹⁰³ TDC 23.11.1994.

⁹⁰⁴ TDC 2.11.1994.

⁹⁰⁵ Sánchez Solé RGD 1995, 791 (804 f).

⁹⁰⁶ AP Asturias 24.1.1995.

⁹⁰⁷ JPI de Valencia 23.4.1991.

⁹⁰⁸ AP Valencia 21.3.1994.

⁹⁰⁹ Sánchez Solé RGD 1995, 791 (804 f).

festgelegt wurden, erlaubt, so beziehe sich das dementsprechend ausschließlich auf die zeitliche Begrenzung.

Der *Tribunal Supremo* hat dieses Urteil aufgehoben, übrigens unter Bezugnahme auf Absatz I des Artikels 15 LCD anstatt wie die übrigen Gerichte ohne Konkretisierung oder mit Hilfe des zweiten Absatzes.⁹¹⁰ Wenn Rabatte von mehr als 5 % nur auf einer Messe gewährt werden dürften, dann beschränke sich das logischerweise auf das Messegelände. Außerhalb dieses Geländes finde naturgemäß keine Messe statt. Wenn eine Organisation (hier: das Buchhändlergremium) für die Organisation einer Messe zuständig sei, müsse sie zwangsläufig auch deren Ort festlegen dürfen. Daher liege Unlauterkeit im Sinne des Artikels 15 I (sic!) LCD vor, wenn ein Unternehmen zeitlich während einer Messe aber örtlich außerhalb von deren Gelände einen Rabatt von 10 % auf Bücher gewähre.

Eine rein materielle Frage, nämlich die nach dem Vorliegen eines Verstoßes gegen Artikel 33 *Ley del Libro*, Artikel 1 RD (nicht mehr als 5 % Rabatt für Endverbraucher) haben Aktionen verschiedener Kaufhausketten, bei denen zum Kauf eines Buches ein Rabattgutschein in Höhe von 10 – 25 % des Buchwerts für den Erwerb anderer Produkte gegeben wurde, aufgeworfen. Die Zivilgerichte haben einen Verstoß gegen die Buchpreisbindungsvorschriften und damit die Unlauterkeit gemäß Artikel 15 II LCD meist bejaht, teilweise unter Zuhilfenahme von Artikel 6 IV CC⁹¹¹. Diese Praxis stelle einen indirekten, versteckten Rabatt auf den Buchpreis dar, da der Gutschein einen ähnlichen Wert wie die Erstattung von Bargeld habe.⁹¹²

Dem stimmt Desdentado zu, da die entsprechenden Vorschriften ansonsten problemlos umgangen werden könnten.⁹¹³ Der Verkauf mit einer Zugabe, wie er vordergründig vorliege, habe unter den konkreten Umständen für den Verbraucher ähnliche wirtschaftliche Konsequenzen wie ein direkter Rabatt. Beides seien Verkaufstechniken, mit denen versucht werde, Kunden zu werben und durch das Angebot eines wirtschaftlichen Vorteils, den der Kauf des Produktes (hier also des Buches) beinhaltet, zum Kauf zu veranlassen.⁹¹⁴ Daher sei in teleologischer Auslegung Artikel 1 RD verletzt und damit Unlauterkeit gemäß Artikel 15 II LCD zu bejahen.⁹¹⁵

Allerdings liegt die Rechtsprechung nicht vollständig auf einer Linie. Teilweise wurde die Ansicht vertreten, dass der Bücherpreis durch den Rabatt auf andere Produkte nicht beeinträchtigt werde.⁹¹⁶ Hier liege ein Verkauf mit Zugabe und nicht ein Rabatt vor. Diese Zugabe gelte im übrigen nicht für Bücher, sondern für andere Produkte.⁹¹⁷ Die Vorschriften über die Bücherfestpreise müssten restriktiv ausgelegt werden, da ansonsten der freie Wettbewerb über Gebühr eingeschränkt werde.⁹¹⁸ Dementsprechend liege keine Unlauterkeit gemäß Artikel 15 II LCD in Verbindung mit Artikel 33 *Ley del Libro*, Artikel 1 RD vor.

Dem Argument des freien Wettbewerbs folgt auch der TDC und legt die entsprechenden Vorschriften sehr zurückhaltend aus, so dass er ihre Verletzung im vorliegenden Fall stets verneint.⁹¹⁹ Dass die unterschiedliche Auslegung von TDC und Zivilgerichten zu Rechtsunsicherheit führt, liegt auf der Hand.⁹²⁰

⁹¹⁰ TS 31.3.1999.

⁹¹¹ Rechtsmissbrauch (*fraude de ley*), siehe I.3.

⁹¹² AP León 24.10.1994; AP Asturias 24.1.1995; AP Lugo 6.6.1995; AP Murcia 14.10.1996; AP Burgos 26.7.1997; AP Valencia 18.7.1997; AP Badajoz 1.10.1997; AP Orense 22.1.1998; AP León 26.2.1998; AP Asturias 12.3.1998; AP Madrid 18.3.1998; AP Burgos 5.10.1998. Auf der gleichen Linie AP Palma de Mallorca 11.3.1993, allerdings im Ergebnis Zurückweisung der Klage aus anderen Gründen.

⁹¹³ Desdentado RDM 1998, 1251 (1266).

⁹¹⁴ Desdentado RDM 1998, 1251 (1260).

⁹¹⁵ Desdentado RDM 1998, 1251 (1262).

⁹¹⁶ AP Valladolid 7.2.1995.

⁹¹⁷ AP Valladolid 16.5.1995.

⁹¹⁸ AP León 22.1.1998.

⁹¹⁹ TDC 23.3.1993; TDC 16.4.1993; TDC 4.10.1993.

⁹²⁰ Desdentado RDM 1998, 1251 (1268).

Selbst wenn eine Verletzung gegeben sein könnte, sieht der TDC in der Regel keine Verfälschung des freien Wettbewerbs. Nach Artikel 7 LDC kann er eine solche anerkennen, wenn

- ein unlauteres Verhalten vorliegt, das
- das Allgemeininteresse beeinträchtigt und
- den freien Wettbewerb spürbar verfälscht.

Spätestens die zweite Voraussetzung verneint der TDC.⁹²¹

Rein materieller Natur ist auch die Frage, ob die Zugabe eines Buchs als Geschenk oder verbilligt zum Kauf eines anderen Buchs oder anderer Produkte gegen die Festpreisregeln verstößt. In Valencia wurde das hinsichtlich des Falles „Buch zum Buch“ in erster Instanz bejaht,⁹²² in zweiter verneint.⁹²³ In der Revision stellte der TS mit einer Argumentation, die der zu der Zugabe von Rabattgutscheinen ähnelt, fest, dass diese Praxis gegen den Geist des Bücherfestpreissystems verstoße. Das System wäre nutzlos, wenn seine Umgehung nach dem Prinzip „was nicht verboten ist, ist erlaubt“ so einfach wäre.⁹²⁴

Die AP Sevilla verneint im Fall „Buch zu anderem Produkt“ einen Verstoß.⁹²⁵ Hier ging es im Rahmen einer Werbeaktion zum Schulbeginn um einen Rabatt von 10 % auf Schulbücher für Kunden, die im selben Geschäft Schuhe oder Kleidung gekauft haben. Die Richter befanden, die Bücher seien hier nur Mittel zum Zweck, andere Produkte zu verkaufen. Geworben würden daher nicht Kunden, die an Büchern interessiert sind, sondern solche, die Kleidung oder Schuhe kaufen wollen. Das sei ein nicht zu beanstandender Verkauf mit Zugabe. Desdentado hält dem entgegen, dass man in einer teleologischen Auslegung einen Verstoß gegen die Vorschriften der Buchpreisbindung durchaus hätte bejahen können.⁹²⁶

(4) Kartellgesetz (Ley de Defensa de la Competencia, LDC)

Das Kartellrecht und das Lauterkeitsrecht kennen in Spanien in materieller Hinsicht kein Spannungsverhältnis. Daher statuiert ein Verstoß gegen die LDC auch gleichzeitig einen Verstoß gegen die LCD. Jedoch unterliegen diese Fälle häufig nicht Artikel 15 II LCD, sondern werden von anderen, spezielleren Vorschriften wie etwa der Diskriminierung (Artikel 16 II LCD) geregelt, so dass Artikel 15 II hier eher eine Auffangfunktion zukommt.⁹²⁷

Illescas kritisiert dies als Vermischung zweier Bereiche, die Unsicherheit hinsichtlich des richtigen Weges gegen unerwünschte Verhaltensweisen verursache. So müsse sich der Beschwerter entscheiden, ob er die Kartellbehörde oder die Zivilgerichte bemühen wolle.⁹²⁸

bb) Nach dem Schutzzweck

Die Theorie wird in Spanien nur am Rande vertreten. Fallgruppendarstellungen gibt es nicht, Alfaro verweist in seiner Kritik auf Schrickler.⁹²⁹ Nach dem⁹³⁰ (allerdings auf dem Stand von 1970!) und nach Baumbach / Hefermehl⁹³¹ kommen als wettbewerbsbezogene Schutzvorschriften in Frage:

- Apothekenzwang im Heilmittelvertrieb;
- Vorschriften, die die Rechtsberatung regeln;

⁹²¹ TDC 17.2.1993; TDC 10.6.1993; TDC 5.7.1994.

⁹²² JPI de Valencia 23.4.1991.

⁹²³ AP Valencia 21.3.1994.

⁹²⁴ TS 31.3.1999.

⁹²⁵ AP Sevilla 21.12.1996.

⁹²⁶ Desdentado RDM 1998, 1251 (1266).

⁹²⁷ Alfaro RDM 1991, 667 (704 f).

⁹²⁸ Illescas in Bercovitz 107 (117).

⁹²⁹ Alfaro RDM 1991, 667 (686).

⁹³⁰ Schrickler 258 f.

⁹³¹ B/H § 1 Rn 665.

- Vorschriften, die die Personenbeförderung zugunsten von konzessionierten Bahn- oder Taxiunternehmen regeln;
- Vorschriften, die den Zugang zu Heilberufen regeln;
- Vorschriften, die den Zugang zum Bank- und Versicherungsgewerbe regeln;
- Ladenschlussregelungen (wie sie in Spanien in einigen Autonomen Gemeinschaften noch bestehen);
- Kennzeichnungsvorschriften zum Schutz der Verbraucher vor Irrtümern.

Insbesondere fallen also qualifizierte Zulassungsregeln für bestimmte Berufszweige in diesen Bereich, da sie in der Regel nicht nur Allgemeininteressen, sondern auch den jeweiligen Berufsstand vor dem Wettbewerb von Außenseitern schützen.⁹³² Schricker verweist auf die Gruppen, die die deutsche Rechtsprechung zu § 823 II BGB gebildet hat.⁹³³

4. Verletzung

Es gelten die Ausführungen zu Absatz I. Auch Artikel 15 II LCD erfasst sowohl direkte, unmittelbare als auch indirekte, faktische Verstöße im Sinne von Artikel 6 IV CC. Die „einfache“ Verletzung hat keine eigenständige Bedeutung, sondern soll lediglich ausdrücken, dass hier bereits der Verstoß genügt, ohne dass ein Wettbewerbsvorteil hinzutreten müsste.

5. Keine Subjektiven Voraussetzungen

Auch hier gelten die Ausführungen zum ersten Absatz. Ebenso wie dieser ist Artikel 15 II LCD rein objektiv zu verstehen und setzt weder ein bewusstes Handeln noch die spezielle Absicht, einen Wettbewerbsvorteil zu erzielen, voraus.

6. Problem der Markteinheit

Besonderer Erwähnung bedarf die Tatsache, dass es Bereiche wettbewerbsregelnder Normen gibt, die in die Gesetzgebungskompetenz der Autonomen Gemeinschaften fallen. Der Gesamtstaat ist zuständig für das Wirtschaftsrecht im allgemeinen (Artikel 149 I Nr. 6 CE), für die Grundlagen der vertraglichen Verpflichtungen (Artikel 149 I Nr. 8 CE) und für die Grundlagen und die Koordinierung der allgemeinen Planung der wirtschaftlichen Tätigkeit (Artikel 149 I Nr. 13 CE). Daraus ergibt sich in Verbindung mit dem Prinzip der Einheit des Marktes die Zuständigkeit für das Wettbewerbsrecht.⁹³⁴ Dagegen teilt er sich die Kompetenz hinsichtlich der Regelung des Verbraucherschutzes und des Binnenhandels mit den Autonomen Gemeinschaften.⁹³⁵ Das bedeutet, dass sich in diesen Bereichen für letztere ein Einfallstor in das Lauterkeitsrecht findet.

Das ist auf Kritik im Schrifttum gestoßen, da es zur Folge hat, dass bestimmte Verhaltensweisen in einigen Teilen Spaniens nicht zu beanstanden, in anderen dagegen gemäß Artikel 15 II LCD unlauter sind.⁹³⁶ Von einer Zersplitterung des Lauterkeitsrechts,⁹³⁷ die im Widerspruch zum Prinzip der Einheit des Marktes stehe,⁹³⁸ und von ungerechter Diskriminierung der Teilnehmer unterschiedlicher Märkte⁹³⁹ ist die Rede.

Dies ist um so problematischer, als die Vorschriften der Autonomen Gemeinschaften häufig restriktive, dem Wettbewerb hinderliche Tendenzen aufweisen.⁹⁴⁰ Andererseits hat Massaguer festgestellt, dass die Gemeinschaften die Lust an der Bildung neuer Fälle von Unlauterkeit, die ihnen Artikel 15 II LCD gibt, mit der Zeit etwas verloren haben.⁹⁴¹

⁹³² Schricker 258.

⁹³³ Schricker 258.

⁹³⁴ TC 30.11.1982; TC 1.7.1986; TC 16.10.1992.

⁹³⁵ TC 1.7.1986; TC 8.7.1993; TC 9.7.1993; TC 22.7.1993; TC 30.9.1993.

⁹³⁶ Sánchez Solé RGD 1995, 791 (796).

⁹³⁷ Wirth S. 158.

⁹³⁸ Botija Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid 13/1999, 73 (83).

⁹³⁹ Sánchez Solé BIM, Praxis Mercantil 15.7.1992, 191 (194 f).

⁹⁴⁰ Vicent, Introducción S. 600.

⁹⁴¹ Massaguer, Introducción Rn 81.

Im übrigen liegt meiner Ansicht nach das Problem nicht in Artikel 15 II LCD, sondern in der Verteilung der Zuständigkeiten zwischen Gesamtstaat und Autonomen Gemeinschaften. Wenn diese Verteilung zur Folge hat, dass bestimmte Markthandlungen auf einigen regionalen Märkten verboten, auf anderen dagegen erlaubt sind, dann muss den Wettbewerbern konsequenter Weise auch die Möglichkeit gegeben werden, mit den Mitteln des Lauterkeitsrechts gegen verbotene Verhaltensweisen der Konkurrenz unter Beachtung der regionalen Besonderheiten vorzugehen. Ob das mit Blick auf das Prinzip der Einheit des Marktes wünschenswert ist, ist eine andere Frage, die die Thematik dieser Arbeit verlässt.

III. Ausschließlichkeitsrechte

Die Verletzung von Ausschließlichkeitsrechten ist grundsätzlich nicht mit den Mitteln des Artikels 15 LCD verfolgbar. Ausschließlichkeitsrechte sind *leges speciales* im Verhältnis zur LCD. Verstöße sind mit deren eigenen Sanktionsmöglichkeiten zu verfolgen. Nur bei Hinzutreten besonderer Umstände, insbesondere bei Rechtsschutzlücken im entsprechenden Spezialgesetz, ist eine Anwendung der LCD denkbar, dann wird aber meist Artikel 6 (Verwechslungshandlungen) oder Artikel 11 (Nachahmungshandlungen) und nicht Artikel 15 einschlägig sein.⁹⁴²

Im übrigen stehen Ausschließlichkeitsrechte zur Disposition ihres Inhabers, so dass Maßnahmen Dritter gegen ein Eindringen in den Ausschließlichkeitsbereich nicht möglich sind. Toleriert der Inhaber das Eindringen, so liegt eben keine Rechtsverletzung im Sinne des Artikels 15 LCD vor.⁹⁴³ Will ein Dritter erreichen, dass eine Wettbewerbshandlung unter nicht genehmigter Inanspruchnahme eines fremden Ausschließlichkeitsrechts unterbleibt, so muss er den Rechtsinhaber überzeugen, auf dem entsprechenden spezialgesetzlichen Wege gegen die Benutzung vorzugehen.⁹⁴⁴

Etwas anderes gilt nur, wenn die Norm, die das Recht verleiht, gleichzeitig Allgemeininteressen schützt, wie das etwa bei Vorschriften über die Verleihung staatlicher Konzessionen der Fall ist. Dann verstößt die Verletzung gegen Artikel 15 II LCD. Weil hier nicht nur die Interessen des Rechtsinhabers betroffen sind, ist neben diesem auch jede andere Person nach den allgemeinen Regeln aktivlegitimiert.⁹⁴⁵

⁹⁴² Alfaro RDM 1991, 667 (694 f).

⁹⁴³ Alfaro RDM 1991, 667 (695).

⁹⁴⁴ Massaguer Art. 15 Rn 11.

⁹⁴⁵ Massaguer Art. 15 Rn 12.

3. KAPITEL: VERGLEICH

Der Vergleich ist, soweit möglich und angebracht, dreiseitig ausgestaltet: Berücksichtigt wird neben dem geltenden deutschen Recht und dem spanischen Recht auch das UWG a.F., und zwar als eigene Materie, soweit es im Vergleich zur Situation de lege lata die entsprechende Eigenständigkeit aufweist. Ist lediglich vom UWG oder von der deutschen Rechtslage die Rede, so bedeutet das, dass die Novelle von 2004 keine Unterschiede zum alten Recht gebracht hat.

A. Entwicklung

Die Rechtswirklichkeit zum UWG a.F. ist in fast 100jähriger Entwicklung gewachsen. Seine Auslegung hat beachtliche Änderungen erfahren, die vor allem den Wandel der Schutzrichtung weg vom reinen Konkurrentenschutz hin zur Schutzzwecktrias aus Konkurrenten, Verbrauchern und Allgemeinheit reflektieren. Von diesen Erfahrungen konnten die Autoren von LCD und geltendem UWG profitieren.

Insbesondere die LCD war auf den Blick über die Grenzen angewiesen, hatte die spanische Entwicklung doch nicht viel vorzuweisen, worauf hätte aufgebaut werden können. Traditionelle Untätigkeit von Gesetzgebung und Rechtsprechung prägten Jahrzehnte lang das Bild und wenn es eine Vorgabe für die Unternehmer gab, dann erschöpfte sie sich in einem lapidaren „Macht doch, was ihr wollt!“.

Dagegen galt das UWG a.F. lange Zeit als Richtung weisendes, modernstes Wettbewerbsrecht Europas. Durch das Einflicken von Sonderbestimmungen und die Verabschiedung von Nebengesetzen entwickelte es allerdings nach und nach restriktive Tendenzen. Diese Richtung wurde in den letzten Jahren bereits etwas korrigiert (etwa durch Abschaffung von Rabattgesetz und Zugabeverordnung). Das geltende UWG hat ihr durch Streichung weiterer Sondervorschriften (der über Sonderveranstaltungen) ein Ende gesetzt.

Während die LCD in einem kurzen Zeitraum und ohne öffentliche Konsultationen von einem elitären Grüppchen (oder auch nur einer renommierten Person) aus dem Hut gezaubert wurde, trieb ein transparenter, vielschrittiger Prozess unter Beteiligung aller interessierten Kreise die Modernisierung des deutschen Lauterkeitsrechts voran. Zwischen dem ersten Zusammentritt einer Expertengruppe beim Bundesministerium der Justiz und dem Inkrafttreten des neuen UWG liegen über drei Jahre Beratungen und Konsultationen und mehrere Veröffentlichungen zum Stand der Dinge.

B. Allgemeine Vorschriften / Generalklausel

I. Gesetzgebungstechnik

Während sich das UWG a.F. auf eine Generalklausel, in die die allgemeinen Anwendbarkeitsvoraussetzungen integriert sind, beschränkte, unterteilt die LCD in Kapitel eins die allgemeinen Bestimmungen in drei Vorschriften zu Zweck, objektivem und subjektivem Anwendungsbereich und einem Artikel, der den territorialen Anwendungsbereich regelt. Die Generalklausel, die das zweite Kapitel (Unlautere Wettbewerbshandlungen) eröffnet, ist dann sehr kurz gehalten.

Das geltende UWG schließlich beinhaltet eine Generalklausel und einen sich ihr anschließenden Beispielskatalog unlauteren Wettbewerbs. Wie der LCD ist auch ihm eine Zweckbestimmung vorangestellt, bevor in § 2 in europäischer Gesetzgebungstechnik wesentliche Begriffe des Gesetzes definiert werden.

II. Allgemeine Anwendbarkeitsvoraussetzungen / Generalklausel

1. Zweck

Wie soeben dargelegt, beinhalten die LCD und das UWG im Gegensatz zum UWG a.F. Zweckbestimmungen. Die LCD stellt auf den Schutz des Wettbewerbs im Interesse aller Marktteilnehmer ab, das UWG auf den Schutz der Mitbewerber, der Verbraucher, der sonstigen Marktteilnehmer sowie der Allgemeinheit vor unlauterem bzw. verfälschtem Wettbewerb. Die unterschiedliche Reihenfolge der Darstellung (LCD: was in wessen Interesse ⇔ UWG: in wessen Interesse was) ist ohne Bedeutung. Beide Zweckklauseln spiegeln den aktuellen lauterkeitsrechtlichen Stand, den auch das UWG a.F. in seiner letzten Auslegung anerkannte, wieder.

2. Verhaltensweise

In den Anwendungsbereich des UWG a.F. fielen im „geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs“ vorgenommene Handlungen. Die LCD setzt „Verhaltensweisen auf dem Markt“, die zu „Wettbewerbszwecken“ vorgenommen werden, voraus. Das geltende UWG beschränkt sich auf die „Wettbewerbshandlung“, die es definiert als „jede Handlung einer Person mit dem Ziel, zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens den Absatz oder den Bezug von Waren oder die Erbringung oder den Bezug von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern“.

LCD und UWG a.F. scheinen sich auf den ersten Blick zu decken, doch der Eindruck täuscht.

Der „geschäftliche Verkehr“ nach UWG a.F. entspricht im Wesentlichen der spanischen „Verhaltensweise auf dem Markt“. Unterschiede ergeben sich allerdings hinsichtlich der Außenwirkung, die die Verhaltensweise aufweisen muss: Das UWG a.F. stellte streng systematisch darauf ab, ob sie direkte und unmittelbare Auswirkungen auf den Markt hat. Nur dann fiel sie in den Anwendungsbereich, anderenfalls galt sie als rein betriebsinterner Vorgang, der die Lauterkeit des Wettbewerbs nicht berührt.

Das gilt eigentlich auch für die LCD, jedoch werden die betriebsinternen Vorgänge enger definiert, so dass mehr Verhaltensweisen die nötige Außenwirkung aufweisen, als es in Deutschland der Fall ist. Entscheidend im spanischen Recht sind die Auswirkungen der Verhaltensweise. Außenwirkung wird bereits bejaht, wenn das Verhalten weitere Handlungen, die dann direkte Auswirkungen auf den Markt haben, erst ermöglicht, wie das bei vorbereitenden Maßnahmen der Fall ist. Ein eigentlich internes Verhalten strahlt nach spanischer Auslegung so auf den Markt aus und wird vom Lauterkeitsrecht erfasst.

Einem systematischen deutschen Ansatz nach altem Recht steht dem gemäß ein pragmatischer spanischer gegenüber – der spanische Unternehmer muss nicht erst wie das Kaninchen vor der Schlange warten, bis der Konkurrent den letzten Schritt macht.

Das geltende UWG zieht einer abstrakten Markthandlung die Beschreibung der in Frage kommenden Tätigkeit als auf den Bezug oder den Absatz bzw. die Erbringung von Waren oder Dienstleistungen abzielende Handlung vor. Damit verpasst es indes einer eigentlich objektiven Voraussetzung einen subjektiven Beigeschmack.

Dass die LCD im Gegensatz zum UWG weiter gehend auf „Verhaltensweisen“ anstatt auf „Handlungen“ abstellt, ist sprachlich genauer, hat aber keine praktischen Auswirkungen, da auch in Deutschland ein Unterlassen Grundlage eines lauterkeitsrechtlichen Anspruchs sein kann.

Rein hoheitliche Betätigung der öffentlichen Hand wird weder vom UWG noch von der LCD erfasst.

Die LCD stellt auf den Wettbewerbszweck des jeweiligen Verhaltens ab. Die „Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs“ des UWG a.F. wurde im allgemeinen als „Wettbewerbshandlung“ bezeichnet. Das geltende UWG stellt nun ausdrücklich auf diesen Begriff ab.

Dennoch sind die Unterschiede zwischen deutscher und spanischer Rechtslage zumindest in den akademischen Grundlagen gravierend. In der Auslegung des UWG a.F. wurde in die Wettbewerbshandlung objektiv ein Wettbewerbsverhältnis und subjektiv Wettbewerbsabsicht hineingelesen. Letztere musste zumindest ein Beweggrund unter mehreren sein. Das bloße Bewusstsein der Förderung eigenen oder fremden Wettbewerbs genügte nicht.

Das Wettbewerbsverhältnis musste in isolierter Betrachtung des § 1 UWG a.F. ein konkretes sein, jedoch genügte unter Berücksichtigung der Erweiterung der Anspruchsberechtigung durch § 13 II 1 Nr. 1 UWG a.F. auch ein abstraktes, um in den Anwendungsbereich zu gelangen.

Die LCD legt dagegen in Artikel 3 II unter Hinweis auf den Funktionswandel des Wettbewerbsrechts ausdrücklich fest, dass ihre Anwendung nicht vom Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses abhängig gemacht werden kann. Sie vermutet den Wettbewerbszweck, wenn sich die betreffende Handlung „aufgrund der Umstände, unter denen sie vorgenommen wird, als objektiv geeignet erweist, die Verbreitung eigener Leistungen oder der Leistungen eines Dritten auf dem Markt zu fördern oder zu sichern“ (Artikel 2 II LCD). Entscheidend sind so die tatsächlichen oder potentiellen Auswirkungen der Handlung auf dem Markt, so dass sich das augenscheinlich subjektive Konzept des „Wettbewerbszwecks“ als vornehmlich objektives Merkmal entpuppt. Subjektive Elemente spielen im Unterschied zum UWG a.F. praktisch keine Rolle

Das geltende UWG umfasst Handlungen, die das Ziel verfolgen, „zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens den Absatz oder den Bezug von Waren oder die Erbringung oder den Bezug von Dienstleistungen ... zu fördern“. Das klingt ähnlich der spanischen Formulierung, scheint mir jedoch mehr Wert auf subjektive Aspekte zu legen als diese. Außerdem verzichtet das deutsche Recht auch weiterhin nicht auf die Voraussetzung eines Wettbewerbsverhältnisses.

Da das Merkmal vom BGH indes so weit ausgelegt wird, dass die Anwendung des UWG kaum je an ihm scheitern wird, hat der theoretisch bestehende Unterschied zwischen spanischer und deutscher Rechtslage jedoch keine nennenswerten praktischen Auswirkungen.

Die spanischen Gerichte haben im Unterschied zur deutschen Rechtslage die LCD auf einmalige, isolierte Handlungen nicht angewandt.

3. Persönlicher Anwendungsbereich

Dieser wird lediglich in der LCD in einer besonderen Vorschrift festgelegt und umfasst Unternehmer und alle anderen natürlichen oder juristischen Personen, die am Markt teilnehmen. Das UWG nennt in § 1 Mitbewerber, Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer. Inhaltliche Unterschiede ergeben sich aus den verschiedenen Formulierungen nicht.

4. Erheblichkeitsklausel

Die Anwendung des UWG a.F. und der LCD sind nicht vom Vorliegen einer Mindestintensität, die die Auswirkungen des betreffenden Verhaltens auf dem Markt vorweisen müssten, abhängig. Allerdings ist die Klagebefugnis in § 13 II 1 Nr. 1 und Nr. 2 UWG a.F. davon abhängig gewesen, dass die in Frage stehende Handlung geeignet ist, den Wettbewerb auf dem entsprechenden Markt „wesentlich zu beeinträchtigen“.

Das geltende UWG stellt dagegen in § 3 darauf ab, dass die Handlung geeignet ist, den Wettbewerb „nicht unerheblich“ zu verfälschen. Auch wenn diese Schwelle laut Begründung nicht allzu hoch angesetzt werden, sondern lediglich Bagatellfälle ausschließen soll, ist dies ein Unterschied zur spanischen und zur alten deutschen Rechtslage.

5. Unbestimmter Rechtsbegriff

Das UWG a.F. stellt auf die „guten Sitten“ ab, die LCD auf „Treu und Glauben“ und das geltende UWG auf „Unlauterkeit“ und „Verfälschung“ des Wettbewerbs.

Gibt es in der Auslegung jedes einzelnen Begriffs und umso mehr in einer Zusammenschau der drei Generalklauseln augenscheinlich erhebliche Unterschiede, so verblassen diese in der praktischen Anwendung. Wie so viele Bereiche des Rechts erweckt auch dieser gelegentlich den Eindruck, dass am Anfang nicht ein Konzept steht, unter das die Einzelfälle subsumiert werden, um zu angemessenen Ergebnissen zu gelangen, sondern dass vielmehr das gewünschte Ergebnis Ausgangspunkt der Überlegungen ist und zur Rechtfertigung in das Korsett des jeweils bevorzugten Konzepts geschnürt wird.

Geltendes UWG und LCD lehnen den Begriff der „guten Sitten ab“, ersteres, weil er den Wettbewerber unnötig mit dem Makel der Unsittlichkeit belaste, letztere, weil er ständisch geprägt sei. Den zweiten Vorwurf muss sich indes auch das geltende UWG gefallen lassen, definiert es die Unlauterkeit in der Begründung doch als „den anständigen Gepflogenheiten in Handel, Gewerbe, Handwerk oder selbständiger beruflicher Tätigkeit“ zuwiderlaufend. Daneben stellt es hinsichtlich des Begriffs des „Verfälschens“ auf die Auswirkungen auf den Wettbewerb und den Schutzzweck des Wettbewerbsrechts ab.

Die Auslegung des spanischen Begriffs von Treu und Glauben konzentriert sich dagegen ganz auf den Leistungswettbewerb. Ein Verhalten ist danach unlauter, wenn der Wettbewerbsvorteil, den es erzielt, seine Grundlage nicht in der Überlegenheit seiner Leistungen, sondern in der Behinderung der Konkurrenten hat.

Diese Auslegung ist indessen nicht allzu weit von der der „guten Sitten“ im UWG a.F. entfernt, stellt doch eine diesbezügliche Theorie gerade auf den Leistungswettbewerb ab. Auch der funktionale Ansatz, der der Konkretisierung der „guten Sitten“ den Schutzzweck des UWG an die Hand gab, ließ sich mit dem Leistungswettbewerb unter einen Hut bringen, ist letzterer doch unbestritten Schutzgut des deutschen Lauterkeitsrechts.

Gleiches gilt für den Ansatz der richterlichen Ermächtigung, muss sich der Richter doch bei der Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs auf vorhersehbare, bekannte und nachvollziehbare Kriterien stützen und beruft sich dabei meist auf den Leistungswettbewerb.

Auch die auf Konventionalnormen abstellende Theorie greift auf den Begriff des Leistungswettbewerbs zurück, nämlich bei der Bewertung einer Sitte als „gut“. Jedoch kann sie einen ständischen Beigeschmack nicht verleugnen, da sie die „Sitte“ als von Gewerbetreibenden zur Norm erhobenen Brauch definiert.

Die vom Reichsgericht entwickelte Anstandsformel, die auf das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden unter regelmäßiger Zugrundelegung des Durchschnittsgewerbetreibenden abstellt, wurde so zuletzt nicht mehr vertreten. Auch der BGH legte vor allem die Grundsätze des Leistungswettbewerbs zugrunde.

Lediglich der auf den *ordre public* abstellende Ansatz, der die Wertungen des Grundgesetzes und vor allem der Grundrechte zugrunde legte, unterschied sich insofern von der spanischen Rechtslage, ohne dass das in der Praxis eine große Rolle spielen würde. Ständisch geprägt ist er indes gerade nicht.

Ob mit der ausdrücklichen Bezugnahme auf die „anständigen Gepflogenheiten in Handel, Gewerbe, Handwerk oder selbständiger beruflicher Tätigkeit“ im geltenden UWG nicht ein Rückschritt vollzogen wird, muss sich zeigen. Mir scheint diese Gefahr gegeben, würde doch der auch in der Rechtsprechung vollzogene Schritt zum Leistungswettbewerb unter Aufgabe von Ansätzen, die veraltete Ausrichtungen des Lauterkeitsrechts reflektieren, wieder rückgängig gemacht.

6. Subjektive Voraussetzungen

Das UWG a.F. setzte zwar kein bewusst sittenwidriges Handeln voraus, jedoch musste der Wettbewerber alle Umstände gekannt haben, die sein Verhalten sittenwidrig machen. Dagegen verzichtet die LCD abgesehen von der rudimentären Forderung im Rahmen des Wettbewerbszwecks vollständig auf subjektive Elemente. Wie der Betroffene sein Verhalten einschätzt, ist ebenso unerheblich wie die Frage danach, ob er sich überhaupt über die Umstände seines Handelns im Klaren war. Entscheidend ist der objektive Verstoß gegen Treu und Glauben.

Auch das geltende UWG kommt ohne subjektive Voraussetzungen aus.

C. Rechtsbruch

Es stehen sich folgende Vorschriften bzw. richterlich geprägten Grundsätze gegenüber:

Fallgruppe nach UWG a.F.:

- (1) *Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs werthaltige oder unmittelbar wettbewerbsbezogene Normen verletzt, verstößt in der Regel gegen die guten Sitten im Sinne von § 1.*
- (2) *Ebenso handelt sittenwidrig im Sinne von § 1, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs sonstige Normen bewusst und planmäßig verletzt, um sich einen Vorsprung im Wettbewerb zu verschaffen.*
- (3) *Die Verletzung kann der Wettbewerbshandlung auch vorausgehen oder nachfolgen.*
- (4) *Auf die Verletzung von Normen, die keine (sekundäre) wettbewerbsbezogene Schutzfunktion haben, findet diese Vorschrift keine Anwendung.*

§ 4 Nr. 11 UWG

Unlauter im Sinne von § 3 handelt insbesondere, wer

- 11. einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.*

Spanisches Recht: Artikel 15 LCD

- (1) *Als unlauter gilt es, auf dem Markt einen Wettbewerbsvorteil auszunutzen, der durch die Verletzung der Gesetze erlangt wurde. Der Vorteil muss bedeutsam sein.*
- (2) *Als unlauter gilt auch die einfache Verletzung von Rechtsnormen, die die Regelung der Wettbewerbstätigkeit zum Gegenstand haben.*

Dabei gibt das UWG in seiner Begründung vor, lediglich den aktuellen Stand der Gesetzgebung widerzuspiegeln. Die ist aber mit § 4 Nr. 11 keinesfalls völlig deckungsgleich, wie zu zeigen sein wird. Zwar gibt es Übereinstimmungen hinsichtlich neuer Tendenzen, vom klassischen Modell hat sich der BGH indessen zumindest ausdrücklich noch nicht verabschiedet.

I. Qualität der verletzten Vorschrift

1. Allgemein

In Deutschland ganz und in Spanien fast unbestritten kommt für die Anwendung der Figur des Rechtsbruchs die Verletzung jeglicher materiellen Rechtsnorm unabhängig von ihrem Rang in Frage. Das gilt für die gesamte Figur. Insbesondere hat die unterschiedliche Formulierung in den beiden Absätzen von Artikel 15 LCD (Gesetze / Rechtsnormen) keine Bedeutung.

2. Standesrecht

Die Behandlung von Standesrecht wirft in Deutschland keine besonderen Probleme auf. Ist nicht spezialgesetzlich festgelegt, dass die Regelung einzelner Bereiche Gesetzesrang hat und sind Vorschriften nicht zu Gewohnheitsrecht geworden, so sind sie keine Rechtsnormen im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG.

Spanien tut sich schwerer, was daran liegt, dass die Materie in einem allgemeinen Gesetz geregelt ist, das allumfassend und ohne Differenzierungen für alle Freiberuflervereinigungen gilt (*Ley de Colegios Profesionales*, LCP). Die Qualität der einzelnen Vorschriften dagegen erfährt Differenzierungen. Die allgemeinen und speziellen *Satzungen*, hinsichtlich derer die

LGP den Vereinigungen indirekte Normsetzungskompetenz verleiht, sind Vorschriften, deren Verletzung in den Anwendungsbereich des Artikels 15 LCD fallen. Hinsichtlich sonstiger standesrechtlicher Regelungen, zu deren Erstellung die Berufsvereinigungen durch die LCP ermächtigt werden, tendiert die Rechtsprechung dazu, ihnen die Qualität von Rechtsnormen im Sinne des Artikels 15 LCD abzusprechen, wenn das auch nicht für sämtliche Regeln gesicherte Erkenntnis ist. Darüber hinaus überschreiten diese nicht selten die Grenzen des Zulässigen und sind materiell rechtswidrig.

Kurz: Deutsches Standesrecht fällt regelmäßig nicht in den Anwendungsbereich des Rechtsbruchs. Ausnahmen: Es ist zu Gewohnheitsrecht geworden oder wird spezialgesetzlich in den Rang materiellen Rechts gehoben. Spanische allgemeine und spezielle *Satzungen* der Freiberufler fallen in den Anwendungsbereich des Rechtsbruchs, sonstige Regelungen eher nicht.

3. Normen, die den öffentlich-rechtlichen Marktzutritt regeln

Der BGH behandelt die Verletzung solcher Normen nicht im Rahmen der Fallgruppe des Rechtsbruchs, da ihnen die wettbewerbsbezogene Schutzfunktion, bezogen auf die Lauterkeit des Wettbewerbs, fehle. Zwar könnten Marktzutrittsregeln über die bloße Regelung eben dieses Zutritts hinaus grundsätzlich auch wettbewerbsregelnde Funktionen erfüllen, hinsichtlich der Vorschriften über das „ob“ privatwirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand sei dies jedoch nicht der Fall. Das hat der BGH ausdrücklich für entsprechende gemeinderechtliche Vorschriften Bayerns und Nordrhein Westfalens entschieden, wobei die Urteile verallgemeinerungsfähig erscheinen.

Ausdrücklich auf diese Rechtsprechung verweist die Begründung zu § 4 Nr. 11 UWG, jedoch ist in der Literatur streitig, ob Marktzutrittsregeln von dieser Vorschrift erfasst werden sollen. Die herrschende Meinung verneint dies.

Die spanische Kartellbehörde ist der gleichen Ansicht und schließt sämtliche Marktzutrittsregeln aus dem Anwendungsbereich des Artikels 15 LCD aus. Dieser erfasse lediglich die Verletzung von Vorschriften, die das „wie“ wirtschaftlicher Betätigung regeln. Die spanische Literatur zeichnet ein uneinheitliches Bild. Gerichtsentscheidungen zur Problematik gibt es nicht.

II. Zeitpunkt

In Deutschland können auch vor- oder nachgelagerte Gesetzesverstöße von der Fallgruppe des Rechtsbruchs erfasst werden. Das setzt allerdings voraus, dass der Kläger darlegt, dass der Beklagte einen durch den Rechtsbruch gewonnenen Vorteil auch tatsächlich im Wettbewerb ausnutzt. Dabei kommen ihm Beweiserleichterungsgrundsätze zugute, nach denen der Beklagte gemäß § 242 BGB verpflichtet sein kann, Angaben über innerbetriebliche, dem Kläger unzugängliche Vorgänge zu machen, wenn er hierzu ohne großen Aufwand in der Lage ist und eine hohe Wahrscheinlichkeit für die wettbewerbliche Ausnutzung des Rechtsbruchs spricht.

In Spanien ist die Problematik nicht behandelt worden. Meiner Ansicht nach können vor- und nachgelagerte Gesetzesverstöße von Artikel 15 LCD erfasst werden. Das ergibt sich aus folgender Überlegung: Als „Verhaltensweise auf dem Markt“ im Sinne der allgemeinen Anwendbarkeitsvoraussetzungen der LCD werden nicht nur Handlungen mit direkter Außenwirkung verstanden, sondern auch vorbereitende Maßnahmen, die weitere, sich dann direkt auf den Markt auswirkende Verhaltensweisen erst ermöglichen. Entscheidend sind somit allgemein die Auswirkungen des in Frage stehenden Verhaltens. In Anwendung dieses allgemeinen Grundsatzes auf den speziellen Fall des Rechtsbruchs bedeutet dies, dass der Zeitpunkt des Normverstößes unerheblich ist. Solange der Verstoß Auswirkungen auf den Markt hat, spielt dem gemäß keine Rolle, ob er mit der eigentlichen Markthandlung zusammenfällt, ihr vorausgeht oder ihr nachfolgt.

III. Kategorisierung

1. Allgemein

Der klassische Ansatz zur Fallgruppe zu § 1 UWG a.F. unterschied zwischen werthaltigen und sonstigen, wertneutralen Normen.

Erstere sind solche, die sittlich fundiert sind, dem Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter dienen oder unmittelbar wettbewerbsbezogen sind. Der Verstoß gegen sie war per se unlauter, wenn nicht besondere Umstände hinzutreten, die die Unlauterkeit ausschlossen.

Letztere sind Ordnungsnormen, die aus Gründen der Zweckmäßigkeit erlassen wurden. Ihre Missachtung war nur unlauter, wenn sie bewusst und planmäßig zur Erlangung eines Wettbewerbsvorsprungs erfolgte.

Vorschriften beider Gruppen fielen nach neuerer Rechtsprechung des BGH allerdings nur dann in den Anwendungsbereich der Fallgruppe des Rechtsbruchs, wenn sie eine zumindest sekundäre wettbewerbsbezogene Schutzfunktion aufwiesen, die sich auf die Lauterkeit des Wettbewerbs beziehen musste.

Dagegen differenziert das spanische Recht zwischen Rechtsnormen, die die Regelung der Wettbewerbstätigkeit zum Gegenstand haben, und sonstigen Normen.

Erstere sind nach der herrschenden Meinung solche, die ein bestimmtes Wettbewerbsverhalten verbieten oder einschränken, ohne dass es auf ihre Zielrichtung ankäme. Entgegen dem Wortlaut von Artikel 15 II LCD ist der Verstoß gegen diese Vorschriften hiernach nicht als solcher unlauter, sondern von der Ermöglichung eines Wettbewerbsvorteils abhängig. Die Existenz dieses Vorteils wird indes nicht geprüft, sondern vorausgesetzt.

Nach der Mindermeinung sind Rechtsnormen, die die Regelung der Wettbewerbstätigkeit zum Gegenstand haben, nur solche, die einen Schutzzweck verfolgen, der zumindest teilweise mit dem der LCD übereinstimmt. Gemäß dem Wortlaut von Artikel 15 II LCD ist ihr Bruch hiernach per se unlauter, ohne dass als weitere Voraussetzung ein Wettbewerbsvorteil hinzukommen müsste.

Sonstige Normen spanischen Rechts sind all solche, die Kosten produzieren oder den Zugang zu einem Markt erschweren, ohne wettbewerbsregelnd zu sein. Ihre Missachtung ist nur unlauter, wenn sie zu einem bedeutsamen Wettbewerbsvorteil führt, der auf dem Markt ausgenutzt wird.

Zwar gibt die Begründung zu § 4 Nr. 11 UWG vor, lediglich den aktuellen Stand der Rechtsprechung wiederzugeben, jedoch beinhaltet die Vorschrift auch eine Abkehr von der klassischen Differenzierung zwischen werthaltigen und wertneutralen Normen. Einziges Kriterium ist demnach, dass die gebrochene Vorschrift auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Die weiteren Voraussetzungen sind der Generalklausel zu entnehmen. Danach muss die Verletzung geeignet sein, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu verfälschen.

Kurz: Das UWG a.F. unterteilte in werthaltige und sonstige Normen, wobei Vorschriften beider Gruppen eine wettbewerbsbezogene Schutzfunktion zukommen musste, die LCD unterscheidet zwischen wettbewerbsregelnden und sonstigen Normen, das geltende UWG stellt ausschließlich auf die Schutzrichtung ab.

Damit beschränkt sich § 4 Nr. 11 UWG auf ein Merkmal, das nach alter deutscher Rechtslage lediglich Zusatzvoraussetzung war, ohne weiter zu differenzieren. Ob eine weitere Differenzierung nicht erfolgen oder Sache der Rechtsprechung sein soll, bleibt offen.

Einen kategorischen Ausschluss solcher Normen, deren Schutzrichtung auch nicht teilweise mit der des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb übereinstimmt, kennt das spanische Recht im Gegensatz zum deutschen nicht. Damit kommt in Spanien der Bruch jedweder – auch einer völlig wettbewerbsfremden – Norm in Frage, sofern nur die weitere Voraussetzung der Ausnutzung eines Wettbewerbsvorteils gegeben ist. Das war auch in Deutschland bis zum „Hormonpräparate“-Urteil des BGH 1998 der Stand der Dinge.

Was in Deutschland nach alter Rechtslage Zusatzmerkmal war und nun einzige Voraussetzung ist, ist in Spanien nach der Mindermeinung eine eigene Gruppe, nämlich unter dem Verständnis der wettbewerbsregelnden Norm im Sinne des Artikels 15 II LCD als solcher, die im Schutzzweck teilweise mit dem der LCD übereinstimmt.

Hinsichtlich der Behandlung von unmittelbar wettbewerbsregelnden Normen stimmen deutsche und spanische Rechtslage weit gehend überein – ihr Bruch ist per se unlauter.

2. Vorteil

Vorteil ist in Spanien wie im UWG a.F. deckungsgleich die Verbesserung der eigenen Wettbewerbslage im Vergleich zur Konkurrenz und zur Lage, die ohne den Verstoß bestehen würde. Das geltende UWG stellt dagegen in seiner Generalklausel allgemeiner auf die Verfälschung (bzw. nach dem von der Bundesregierung angenommenen Änderungsvorschlag des Bundesrats auf Beeinträchtigung) des Wettbewerbs zum Nachteil der Marktteilnehmer ab, das Kriterium des Vorteils entfällt.

Im spanischen Recht muss der Vorteil bedeutsam sein, was eine bemerkbare Mindestgröße, also ein Niveau voraussetzt, das eine Abwerbung von Kunden verursacht oder verursachen kann oder die Konkurrenz zwingt, ihre Gewinnspannen zu reduzieren oder sonstige Innovationen oder Verbesserungen durchzuführen, um den Vorteil auszugleichen. In der Regel setzt Bedeutsamkeit ein systematisches Vorgehen voraus. Daneben ist sie auch bei Nachahmungsgefahr gegeben.

Das UWG a.F. kannte dagegen keine Mindestintensität. War in Urteilen oder Kommentaren von „Greifbarkeit“, „Spürbarkeit“ oder „Relevanz“ die Rede, so bedeutete das bei genauer Betrachtung nichts anderes, als dass der Vorteil überhaupt existent sein musste.

Das geltende UWG stellt auf eine Verfälschung ab, die „nicht unerheblich“ sein muss, was allerdings lediglich Bagatellfälle ausschließen soll, so dass diese Schwelle niedriger ist als die des spanischen Rechts.

Auf den ersten Blick ergeben sich zwischen LCD und UWG a.F. Unterschiede hinsichtlich der Ausnutzung des Vorteils. In Spanien wird sie ausdrücklich vorausgesetzt, in Deutschland dagegen kam es nicht auf die tatsächliche Erzielung des Vorsprungs an, es genügte vielmehr die Eignung des Verstoßes.

Bei genauerem Hinsehen stellt sich jedoch heraus, dass sich die Voraussetzungen nicht unterscheiden. In beiden Ländern ist bzw. war letztlich lediglich unerheblich, ob der Betroffene tatsächlich wettbewerbslichen Profit aus seinem Handeln zieht bzw. der gesetzestreuen Konkurrenz schadet. Die reine Möglichkeit hierzu stellt(e) bereits den Vorteil dar. Reduziert der Unternehmer seine Preise oder verbessert er sein Sortiment, so hat er den Vorteil auf dem Markt eingesetzt, was auch für das „Ausnutzen“ im Sinne der LCD genügt. Wird der Vorteil dagegen nicht im Wettbewerb, sondern etwa zur Verbesserung der Gewinnspannen eingesetzt, so war bzw. ist weder das UWG a.F. noch die LCD einschlägig.

Keine Unterschiede ergaben sich auch im Fall allgemeiner Missachtung einer Vorschrift in einer Branche. Da die Verschaffung eines Vorteils in Deutschland wie in Spanien

voraussetzt(e), dass Normbrecher und Mitbewerber durch die verletzte Norm gleichermaßen gebunden sind und damit eine *par condicio concurrentium* besteht, diese aber durch allgemeine Missachtung beseitigt wird, ist die Fallgruppe des Rechtsbruchs nicht einschlägig. Lediglich eine deutsche Mindermeinung war anderer Ansicht.

Verschieden behandelt wurde allerdings die nur mehrheitliche Nichtbeachtung einer Vorschrift auf einem Markt. Ist sie nicht völlig dominierend, so besteht noch eine *par condicio concurrentium*, so dass in Deutschland die Fallgruppe des Rechtsbruchs angewandt werden konnte. Im Gegensatz dazu scheitert in Spanien die Anwendung des Artikels 15 I LCD an dem Bedeutsamkeitsvorbehalt. Zwar erlangt der Betroffene einen Vorteil, aber eben nur gegenüber den wenigen gesetzestreuen Wettbewerbern. Im Verhältnis zur übrigen, ebenfalls die Gesetze nicht sonderlich ernst nehmenden Konkurrenz besteht jedoch die *par condicio concurrentium*. Der verbleibende Vorteil gegenüber der Marktminorität wird indes als nicht bedeutsam angesehen.

3. Ausschließlichkeitsrechte

In Deutschland kann der Inhaber von Ausschließlichkeitsrechten die Verletzung dieser neben den spezialgesetzlichen Ansprüchen auch über das UWG verfolgen. Dagegen verdrängen die spezialgesetzlichen Ansprüche in Spanien die LCD, so dass für deren Anwendung nur bei Hinzutreten besonderer Umstände, insbesondere bei Rechtsschutzlücken im Spezialgesetz, Raum ist. Dann werden aber meist Artikel 6 (Verwechslungshandlungen) oder Artikel 11 (Nachahmungshandlungen) und nicht Artikel 15 einschlägig sein.

Grundsätzlich keinen Anspruch hat in beiden Rechtsordnungen der gesetzestreue Wettbewerber, der gegen einen ein Ausschließlichkeitsrecht missachtenden Konkurrenten vorgehen will, ohne Rechtsinhaber zu sein, da Ausschließlichkeitsrechte zur Disposition ihres Inhabers stehen und es diesem überlassen bleibt, einen nicht ausdrücklich autorisierten Gebrauch seines Rechts zu dulden. Etwas anderes gilt nur, wenn die Norm, die das Recht verleiht, neben den Interessen des Rechtsinhabers gleichzeitig solche der Mitbewerber, der Verbraucher oder der Allgemeinheit schützt.

IV. Subjektive Voraussetzungen

Nach dem UWG a.F. musste der Verletzer werthaltiger Normen die äußeren Tatbestände kennen, ohne dass es auf das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit ankäme. Im Fall der Missachtung wertneutraler Normen war Voraussetzung, dass er sich bewusst und planmäßig über die entsprechende Vorschrift hinwegsetzt, um sich einen Vorteil zu verschaffen. Bewusstsein hinsichtlich der Rechtswidrigkeit und Absicht hinsichtlich des Vorteils waren indes nicht nötig.

Dagegen verfolgt das spanische Recht ein rein objektives Konzept. Hier braucht der Betroffene weder bewusst zu handeln noch die spezielle Absicht zu verfolgen, einen Wettbewerbsvorteil zu erzielen.

Auch § 4 Nr. 11 UWG verzichtet auf subjektive Voraussetzungen.

4. KAPITEL: INTERNATIONALE UND EUROPÄISCHE ASPEKTE

Die Thematik des Vorsprungs durch Rechtsbruch ist auf europäischer und internationaler Ebene ein erst noch zu schreibendes Kapitel. Auch in Reformvorschlägen spielt sie praktisch keine Rolle. Sehr viel größerer Aufmerksamkeit erfreut sich die Frage einer lauterkeitsrechtlichen Generalklausel. Eine solche könnte dank ihrer Flexibilität in der Lage sein, kulturelle Unterschiede in Abwägung und Auslegung zu berücksichtigen.⁹⁴⁶

Da eine Generalklausel – wie auch in Deutschland nach altem Recht – die Problematik des Rechtsbruchs erfassen kann, beschäftigt sich dieser Abschnitt vor allem hiermit.

A. Artikel 10^{bis} PVÜ

Artikel 10^{bis} der Pariser Verbandsübereinkunft, der 160 Staaten inklusive aller EU-Mitglieder beigetreten sind, lautet:

- (1) *Die Verbandsländer sind gehalten, den Verbandsangehörigen einen wirksamen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb zu sichern.*
- (2) *Unlauterer Wettbewerb ist jede Wettbewerbshandlung, die den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel zuwiderläuft.*
- (3) *Insbesondere sind zu untersagen: ...*

Die Vorschrift gilt als klassische Definition des Begriffs „unlauterer Wettbewerb“,⁹⁴⁷ an der sich die internationale Rechtswirklichkeit vor allem in Staaten, die keine wettbewerbsrechtliche Generalklausel haben, orientiert. Sie ist indes nicht als Generalklausel, sondern als Begriffsbestimmung zu verstehen. Auch wenn sie auf den Begriff der Sittenwidrigkeit verzichtet, gibt sie dem unlauteren Wettbewerb bei richtiger Auslegung des § 1 UWG a.F. denselben Inhalt wie dort.⁹⁴⁸

Hinsichtlich der internationalen Vereinheitlichung des Lauterkeitsrechts hat sie allerdings bislang nicht viel bewirkt. So ist die Frage der Sanktionierung von Verstößen weit gehend ausgeklammert. Wie das UWG setzt auch Artikel 10^{bis} PVÜ im Übrigen das vielfach kritisierte Wettbewerbsverhältnis voraus.⁹⁴⁹

B. Artikel 1 WIPO Model Provisions

Die *Model Provisions on Protection against Unfair Competition* der *World Intellectual Property Organisation*⁹⁵⁰ von 1996 sollen laut Vorwort Staaten eine Leitlinie zur Beachtung von Artikel 10^{bis} PVÜ geben. Sie sind kein bindendes Recht, sondern lediglich Diskussionsvorschläge.

Die in Artikel 1 statuierte Generalklausel orientiert sich weit gehend an Artikel 10^{bis} PVÜ, verzichtet aber auf die Voraussetzung eines Wettbewerbsverhältnisses, indem sie *any act or practice in the course of industrial or commercial activities*

erfasst. Laut Erläuterung ist dies weit zu verstehen und erfasst auch Handlungen von Medien und Freiberuflern und solche ohne Gewinnerzielungsabsicht. Weiterhin geht die

⁹⁴⁶ Fikentscher in Schrickler / Henning-Bodewig S. 65.

⁹⁴⁷ Busse / Starck Art. 10^{bis} PVÜ Rn 1.

⁹⁴⁸ Fezer Art. 10^{bis} PVÜ Rn 2.

⁹⁴⁹ Henning-Bodewig in Schrickler / Henning-Bodewig S. 32 f.

⁹⁵⁰ Siehe hierzu Henning-Bodewig in Schrickler / Henning-Bodewig S. 38 f.

Generalklausel über Artikel 10^{bis} PVÜ hinaus, indem ihre Erläuterungen an mehreren Stellen betonen, dass sie auch dem Schutz der Konsumenten dienen soll, was für Artikel 10^{bis} PVÜ bisher überwiegend abgelehnt wurde.

C. Europäisches Gemeinschaftsrecht

Noch 1990 hat Schricker festgestellt, dass zahlreiche Stimmen eine Rechtsangleichung hinsichtlich des unlauteren Wettbewerbs nicht für erforderlich halten.⁹⁵¹ Das lässt sich heute wohl nicht mehr bestätigen. Dass Harmonisierung in diesem Bereich notwendig ist, um den europäischen Markt für Wettbewerber wie für Verbraucher attraktiv zu gestalten, wird kaum mehr bestritten.⁹⁵² Allein der richtige Weg steht in der Diskussion, und welche Richtung letztendlich auch eingeschlagen wird – Einigkeit besteht zumindest darüber, dass die Reise lang und beschwerlich wird. Insbesondere die erheblichen Unterschiede zwischen Kontinentaleuropa auf der einen und dem Vereinigten Königreich und Irland auf der anderen Seite werfen enorme Probleme auf.⁹⁵³

Beachtliche Unterschiede im Recht der Mitgliedstaaten, die aus der Verschiedenheit von Gesetzen, generellen Prinzipien und Rechtsprechung herrühren, hat die Kommission auch in Bezug auf den *business-to-consumer*-Bereich (B2C) festgestellt.⁹⁵⁴ Bestenfalls fehle es an Sicherheit und Klarheit über 15 Pakete rechtlicher Pflichten. Schlechtestenfalls könne man aber auch annehmen, dass dieser Pulk an Verpflichtungen fast alle Unternehmen von Binnengrenzen überschreitenden Aktivitäten ausschließe und lediglich denjenigen, die in allen Mitgliedstaaten präsent sind, Optionen offen halte.⁹⁵⁵

Das deutsche Wettbewerbsrecht nach alter Form stand dabei hinsichtlich der Strenge seiner Anforderungen allein auf weiter Flur.⁹⁵⁶

Zu beachten ist auch, dass die nationalen Gerichte andere Fragestellungen verfolgen als der Europäische Gerichtshof. Interessieren erstere nur materiell-wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte, so muss letzterer auch Angleichungs- und Harmonisierungsaspekte beachten. Beater moniert, dass der EuGH dabei die materielle Seite als zweitrangig bewerte.⁹⁵⁷

Bisher hat die Europäische Gemeinschaft auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts eine „Politik der kleinen Schritte“⁹⁵⁸ verfolgt und sich lediglich Einzelthemen herausgegriffen, um sie in speziellen Richtlinien zu regeln. Allumfassende Maßnahmen existieren noch nicht, wenn auch das Grünbuch Verbraucherschutz eine neue Debatte angeschoben hat und mittlerweile ein Generalklausel beinhaltender Richtlinienvorschlag der Kommission hinsichtlich des B2C-Bereichs vorliegt. Nichtsdestotrotz ist bereits von einem europäischen Lauterkeitsrecht „*in statu nascendi*“ die Rede.⁹⁵⁹

I. Kompetenz

Die Frage, die immer an erster Stelle stehen muss, wenn es um Maßnahmen der Europäischen Gemeinschaft geht, ist nicht zuletzt wegen derer begrenzten Kompetenz gemäß Artikel 5 EGV die nach der Zuständigkeit für die Materie.

So ist zu bedenken, dass das Lauterkeitsrecht im Gegensatz zum Kartellrecht nicht unmittelbar im EGV geregelt ist. Nach der Präambel soll dieser aber unter anderem dazu dienen, „einen redlichen Wettbewerb zu gewährleisten“. Das weist bereits auf eine

⁹⁵¹ Schricker GRUR Int. 1990, 771.

⁹⁵² Für die spanische Literatur siehe Palau / Tato ADI 1993, 247 (268).

⁹⁵³ Schricker RGD 1993, 3291 (3293).

⁹⁵⁴ Grünbuch Verbraucherschutz S. 7.

⁹⁵⁵ Grünbuch Verbraucherschutz S. 9.

⁹⁵⁶ Wiebe WRP 2002, 283 (284).

⁹⁵⁷ Beater GRUR Int. 2000, 963 (971).

⁹⁵⁸ Henning-Bodewig GRUR Int. 2002, 389 (392).

⁹⁵⁹ Micklitz / Keßler GRUR Int. 2002, 885 (886).

Kompetenz zur Angleichung der unterschiedlichen Regelungen in den Mitgliedstaaten hin.⁹⁶⁰ Ob sich diese Prämisse sogar bereits zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz entwickelt und damit den Status von Primärrecht erreicht hat, ist allerdings zu bezweifeln.⁹⁶¹

Im Vordergrund stehen daher immer die Grundsätze des freien Waren- (Art. 28 EGV) und Dienstleistungsverkehrs (Art. 49 EGV).⁹⁶² Die hierzu ergangene Rechtsprechung kann die vorliegende Arbeit nicht voranbringen. Ist der Europäische Gerichtshof sonst immer schnell zur Stelle, um dort auszuhelfen, wo die europäische Gesetzgebung nicht vorankommt, so sieht er im Lauterkeitsrecht seine Grenzen. Zu groß seien die Unterschiede zwischen den nationalen Rechten, so der EuGH-Richter Joliet,⁹⁶³ als dass das Gericht in der Lage wäre, durch die Beanstandung einzelner Regelungen Lösungen anzubieten. Hier könne nur der Gesetzgeber Abhilfe schaffen.

Solange und soweit keine Harmonisierung erfolgt ist, bleibt das Lauterkeitsrecht in den Händen der Mitgliedstaaten.⁹⁶⁴

Primäre Rechtsgrundlage für Harmonisierung in diesem Bereich ist die Binnenmarktzuständigkeit aus Artikel 95 EGV. Der bloße Gebrauch des Wortes „Binnenmarkt“ kann, wie die EuGH-Entscheidung zum Tabakwerbeverbot klargestellt hat, allerdings noch keine Zuständigkeit begründen.⁹⁶⁵ Auch genügt die Feststellung von Unterschieden zwischen nationalen Vorschriften für sich nicht. Entscheidend ist vielmehr, dass das Entstehen von Hindernissen für den innergemeinschaftlichen Handel wahrscheinlich ist und die angestrebte Regelung die Beseitigung dieser Hindernisse tatsächlich bezweckt oder dass die Regelung zur Angleichung der Wettbewerbsbedingungen Verzerrungen auflösen soll. Vorliegend kommt insoweit vor allem die Beseitigung von Hemnissen für den Waren- und Dienstleistungsverkehr und von innergemeinschaftlichen Wettbewerbsverzerrungen in Frage.⁹⁶⁶

Denkbar erscheint auch ein Vorgehen im Rahmen des Artikels 308 EGV. Das allerdings nur, wenn das Lauterkeitsrecht umfassend geregelt würde. Da dies aber das nationale Lauterkeitsrecht weit gehend zurückdrängen würde, erhebliche Kompetenzkonflikte mit den Mitgliedstaaten mit sich bringen dürfte und auch unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität (Art. 5 EGV) nicht ganz unproblematisch erscheint, ist dieser Weg wohl nichts weiter als ein Gedankenexperiment.⁹⁶⁷

II. Das Grünbuch Verbraucherschutz

Das Grünbuch Verbraucherschutz, das die Europäische Kommission 2001 veröffentlicht hat, schlägt eine Regelung des Lauterkeitsrechts in einer bisher noch nicht da gewesenen Dimension vor, hat allerdings einen entscheidenden Hemmschuh: Es regelt die Materie eben nur mit Blick auf die Verbraucher. Mitbewerberinteressen bleiben außen vor.

Einen sehr viel eingeschränkteren Weg verfolgt der aus demselben Jahr stammende Vorschlag für eine „Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt“, ebenfalls von der Kommission und wie bisher nur einen Teilbereich erfassend. Dort wird der Schutzbereich im Vergleich zum Grünbuch mit umgekehrten Vorzeichen abgegrenzt: Entscheidend ist der Mitbewerberschutz, Verbraucher interessieren nicht. In Widerspruch zum Grünbuch wird hier der Bedarf nach umfassender Regelung verneint.

⁹⁶⁰ Henning-Bodewig GRUR Int. 2002, 389 (392).

⁹⁶¹ Wiebe WRP 2002, 283 (286).

⁹⁶² Henning-Bodewig GRUR Int. 2002, 389 (391).

⁹⁶³ Joliet RGD 1995, 493 (520).

⁹⁶⁴ Schricker / Henning-Bodewig WRP 2001, 1367 (1406).

⁹⁶⁵ EuGH NJW 2000, 3701 (3702).

⁹⁶⁶ Wiebe WRP 2002, 283 (288 f.).

⁹⁶⁷ Wiebe WRP 2002, 283 (289).

Die Ungereimtheiten rühren aus einem Kompetenzkonflikt zwischen der Generaldirektion Gesundheit und Verbraucherschutz, die das Grünbuch erstellt hat, und der Generaldirektion Binnenmarkt, die sich für den Vorschlag für die Verordnung verantwortlich zeichnet, her.⁹⁶⁸

Die Kritik an dieser Vorgehensweise kam prompt: Beide Vorschläge ständen sich „diametral entgegen“,⁹⁶⁹ führten zu einer „Aufsplitterung der Schutzstandards“⁹⁷⁰ und würden das „Ziel einer kohärenten und systematischen Lösung geradezu konterkarieren“.⁹⁷¹ Das Münchner Max-Planck-Institut spricht von einem Rückschritt im Vergleich zum bisher Erreichten und verweist auf die Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung, die wie auch das deutsche UWG die Schutzzwecktrias von Verbrauchern, Personen, die einen Handel oder ein Gewerbe betreiben oder einen freien Beruf ausüben, sowie Interessen der Allgemeinheit berücksichtigt. Diese Trias müsse Maß gebend sein, Kompetenzschwierigkeiten innerhalb der Kommission dürften diese sachgerechte Lösung nicht behindern.⁹⁷²

Die spezifischen Regelungen des Vorschlags für die Verordnung interessieren hier nicht weiter.

Motiv des Grünbuchs ist der Anshub einer ausführlichen öffentlichen Konsultation über die zukünftige Richtung von EU-Verbraucherschutz⁹⁷³ mit Hinblick darauf, dass die bestehenden Richtlinien kein umfassendes Regelwerk schaffen und die gegenwärtige Rechtslage sowohl für Unternehmer als auch für Verbraucher schwer zugänglich sei.⁹⁷⁴ Verstärkte Harmonisierung sei unabdinglich für die Entwicklung eines voll funktionsfähigen Binnenmarktes für Verbraucher.⁹⁷⁵

Die Kommission stellt zwei Wege zur Diskussion:

- Einen spezifischen Ansatz, der gemäß der klassischen Vorgehensweise eine Reihe weiterer spezifischer Richtlinien beinhaltet⁹⁷⁶ und
- einen kombinierten Ansatz, der eine umfassende, technologieneutrale Rahmenrichtlinie vorsieht, die in Einklang mit den bestehenden und gegebenenfalls anzupassenden sektorspezifischen Richtlinien steht.⁹⁷⁷

Für den spezifischen Ansatz spreche, dass er den Beteiligten bekannt sei. Im Übrigen sei es einfacher, Übereinstimmung über Richtlinien zu erzielen, die nur eingeschränkte Bereiche regeln und so einen Wandel über einen langen Zeitraum zu erreichen. Dagegen spreche die Gefahr, dass sich die Mitgliedstaaten wieder nur auf Mindestklauseln einigen. Weiterhin seien zahlreiche bestehende Richtlinien von neuen Marktentwicklungen überholt worden und müssten geändert werden.⁹⁷⁸ Dass dieses Vorgehen ein enormes Arbeitsprogramm beinhalten und zu einer gewissen Unflexibilität führen würde, wird vom Schrifttum ergänzt.⁹⁷⁹

Der kombinierte Ansatz sei dagegen in der Lage, klare EU-weite Regelungen zu etablieren. Er könne ein „Sicherheitsnetz“ schaffen, das Handlungen erfasse, die grenzüberschreitende Restriktionen mit sich bringen, aber nicht von bestehenden Sektor spezifischen Richtlinien erfasst werden. Sein umfassender Charakter verringere den Bedarf nach weiteren detaillierten Richtlinien und könne auch neu aufkommende unerwünschte Geschäftspraktiken ohne

⁹⁶⁸ Henning-Bodewig GRUR Int. 2002, 389 (396).

⁹⁶⁹ Micklitz / Keßler GRUR Int. 2002, 885 (892).

⁹⁷⁰ Göhre WRP 2002, 36 (47).

⁹⁷¹ Henning-Bodewig / Schricker GRUR Int. 2002, 319 (320).

⁹⁷² Henning-Bodewig / Schricker GRUR Int. 2002, 319 (320).

⁹⁷³ Grünbuch Verbraucherschutz S. 2.

⁹⁷⁴ Grünbuch Verbraucherschutz S. 5.

⁹⁷⁵ Grünbuch Verbraucherschutz S. 10.

⁹⁷⁶ Grünbuch Verbraucherschutz S. 10.

⁹⁷⁷ Grünbuch Verbraucherschutz S. 11.

⁹⁷⁸ Grünbuch Verbraucherschutz S. 11.

⁹⁷⁹ Wiebe WRP 2002, 283 (287).

weitere Gesetzgebung erfassen. Schließlich nehme er den Mindestklauseln in Verbraucherrichtlinien die Daseinsberechtigung.⁹⁸⁰

Nachteil des kombinierten Ansatzes sei, dass er mehr elementar wichtige Themen behandeln müsse und daher schwerer zu einem Konsens zu bringen sei.⁹⁸¹

In weiterer Aufspaltung des kombinierten Ansatzes schlägt die Kommission auf der einen Seite eine Richtlinie vor, die sich auf irreführende und täuschende Praktiken beschränkt und für die wohl eher Einigung erzielt werden könne, und auf der anderen Seite ein generelles Rahmenwerk für faire Wettbewerbshandlungen (beschränkt auf den Verbraucherschutz!). Letzteres solle eine Generalklausel beinhalten, die sich auf bestehende Bestimmungen über „faire Wettbewerbshandlungen“ oder „gutes Marktverhalten“ stützen könne.⁹⁸²

Die Kommission bevorzugt den letzten Ansatz, der der weitest gehende ist.

So auch das Münchner Max-Planck-Institut:⁹⁸³ Es fordert eine Generalklausel, aus der auch der Schutzzweck der Regelung (und zwar nicht beschränkt auf Verbraucherschutz, s.o.) hervorgeht. Dabei solle man sich an Artikel 10^{bis} PVÜ orientieren, da dessen Regelungsmodell auch den meisten Ländern der EU vertraut sei. Allerdings solle auf das Kriterium des Wettbewerbsverhältnisses verzichtet und besser wie in der Definition des Begriffs der Werbung in der Irreführungsrichtlinie alle Handlungen zum Zweck der Absatzförderung im geschäftlichen Verkehr einschließlich Handel, Gewerbe und Handwerk erfasst werden.

Auch Sosnitza befürwortet eine Generalklausel unter Verweis darauf, dass anderenfalls bei den Einzelatbeständen ständig unter Berücksichtigung neuer Praktiken nachgebessert werden müsste.⁹⁸⁴

Auch Gamerith weist darauf hin, dass ein typisches Einzelfallrecht wie das des lautereren Wettbewerbs ohne eine Generalklausel nicht auskommt.⁹⁸⁵

III. Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken

Trotz der massiven Kritik an der künstlichen Aufspaltung des Lauterkeitsrechts hat die Kommission an ihrer Linie festgehalten: Ihr in Fortführung der Ansätze des Grünbuchs erstellter Vorschlag für eine „Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern“ vom Juni 2003 in der Version vom Mai 2004 soll, wie es der Titel deutlich macht, ausschließlich für die Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen und Endverbrauchern gelten. Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen fallen nicht in ihren Anwendungsbereich.⁹⁸⁶

Damit berührt sie auch nicht einzelstaatliche Rechtsvorschriften in Bezug auf unlautere Geschäftspraktiken, die lediglich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigen oder sich auf ein Rechtsgeschäft zwischen Gewerbetreibenden beziehen.⁹⁸⁷ Auch Verbraucher werden nicht umfassend geschützt – die Richtlinie beschränkt sich auf deren wirtschaftliche Interessen, sonstige Schutzgüter wie Gesundheit oder Sicherheit bleiben außen vor.⁹⁸⁸

Laut Kommission könnte die Richtlinie 2005 in Kraft treten.⁹⁸⁹

Die jetzige Veröffentlichung verfolgt den bereits im Grünbuch favorisierten kombinierten Ansatz einer Rahmenrichtlinie, die allgemeine Grundsätze festlegt und gegebenenfalls durch

⁹⁸⁰ Grünbuch Verbraucherschutz S. 11.

⁹⁸¹ Grünbuch Verbraucherschutz S. 12.

⁹⁸² Grünbuch Verbraucherschutz S. 13.

⁹⁸³ Henning-Bodewig / Schrickler GRUR Int. 2002, 319 (322).

⁹⁸⁴ Sosnitza GRUR 2003, 739 (740).

⁹⁸⁵ Gamerith WRP 2003, 143 (161).

⁹⁸⁶ Richtlinie, Begründung, Anwendungsbereich Nr. 41.

⁹⁸⁷ Richtlinie, Gründe.

⁹⁸⁸ Richtlinie, Begründung, Anwendungsbereich Nr. 43.

⁹⁸⁹ Kommission: Harte Zeiten.

spezielle sektorale Rechtsvorschriften ergänzt wird.⁹⁹⁰ Das bedeutet, dass die Richtlinie in den Bereichen gelten soll, in denen keine Spezialvorschriften existieren. Anderenfalls haben letztere Vorrang.⁹⁹¹ Spezielle Richtlinien ohne Festlegung eines allgemeinen Rahmens führten nur zu einer unzureichenden Harmonisierung, die erhebliche Behinderungen des Binnenmarktes nicht beseitigen könne.⁹⁹² Der bisher verfolgte Ansatz der Mindestharmonisierung sei gegen das Misstrauen der Verbraucher hinsichtlich ihres Schutzes außerhalb ihres Landes kein effektives Mittel.⁹⁹³

Die Richtlinie strebt eine vollständige Harmonisierung der Rechtsvorschriften über unlautere Geschäftspraktiken im Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbrauchern auf EU-Ebene an.⁹⁹⁴ Die auf diesem Gebiet in den Mitgliedstaaten geltenden Generalklauseln und Rechtsprinzipien sollen so ersetzt werden.⁹⁹⁵

Die Richtlinie setzt in Artikel 1 ihr Ziel fest, Artikel 2 enthält Begriffsbestimmungen, Artikel 3 legt den Anwendungsbereich fest, Artikel 4 formuliert das Binnenmarktprinzip, Artikel 5 enthält eine Generalklausel sowie das spezielle Verbot irreführender und aggressiver Geschäftspraktiken. Im Anhang ist eine schwarze Liste von Geschäftspraktiken enthalten, die in jedem Fall als unlauter gelten sollen.

Im Einzelnen:

Artikel 1: Ziel der Richtlinie

Zweck dieser Richtlinie ist es, wie im Folgenden definiert, durch Angleichung der Gesetze, Verordnungen und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über unlautere Geschäftspraktiken, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher beeinträchtigen, zu einem reibungslosen Funktionieren des gemeinsamen Marktes und dem Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus beizutragen.

Bereits hier wird deutlich, dass sich die Richtlinie auf den *business-to-consumer*-Bereich (B2C) beschränkt.

Artikel 2: Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieser Richtlinie gilt als

- a) „Verbraucher“ jede natürliche Person, die im Geschäftsverkehr im Sinne dieser Richtlinie zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können;*
- b) „Durchschnittsverbraucher“ der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Verbraucher;*
- c) „Gewerbetreibender“ jede natürliche oder juristische Person, die im Geschäftsverkehr im Sinne dieser Richtlinie im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt;*
- d) „Produkt“ jede Ware oder Dienstleistung, einschließlich Immobilien;*
- e) „Geschäftspraxis“ jede unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängende Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden;*
- f) „wesentliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers“ die Verwendung einer Geschäftspraxis, um die Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, erheblich zu beeinträchtigen und damit den*

⁹⁹⁰ Richtlinie, Begründung, Fazit Nr. 26, 29.

⁹⁹¹ Richtlinie, Begründung, Anwendungsbereich Nr. 44.

⁹⁹² Richtlinie, Begründung, Fazit Nr. 28 Punkt 1.

⁹⁹³ Richtlinie, Begründung, Fazit Nr. 28 Punkt 2.

⁹⁹⁴ Richtlinie, Begründung, Wesentliche Inhalte Nr. 30 Punkt 3.

⁹⁹⁵ Richtlinie, Gründe.

Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte;

...

- j) *„berufliche Sorgfalt“ das Maß an Fachkenntnissen und Sorgfalt, das den Erfordernissen der im Binnenmarkt im Tätigkeitsbereich des Gewerbetreibenden üblichen Handelspraxis entspricht.*

...

Die Richtlinie legt die vom Europäischen Gerichtshof entwickelte Figur des „durchschnittlich informierten, verständigen Verbrauchers“ zugrunde.⁹⁹⁶ Der Begriff des „Gewerbetreibenden“ ist unglücklich gewählt, da er sich, wie sich aus der Definition ergibt, nicht auf „gewerbliche“ Tätigkeit beschränkt, sondern jegliche „berufliche“ Tätigkeit erfasst. Da sich der Vorschlag auf Verbraucherschutz beschränkt, setzt der Begriff der „Geschäftspraxis“ naturgemäß kein Wettbewerbsverhältnis voraus. Mit der „beruflichen Sorgfalt“ und dem Abstellen auf die „übliche Handelspraxis“ wurde ein ständisch geprägter unbestimmter Rechtsbegriff gewählt.

Artikel 3: Anwendungsbereich

1. *Diese Richtlinie gilt für unlautere Geschäftspraktiken im Sinne der Begriffsbestimmung des Artikels 5, die vor und nach Abschluss eines auf ein Produkt bezogenen Rechtsgeschäfts angewandt werden.*

...

5. *Kollidieren die Bestimmungen dieser Richtlinie mit anderen Rechtsvorschriften der Gemeinschaft, die spezielle Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln, so gehen die Letzteren vor und sind auf die speziellen Aspekte der unlauteren Geschäftspraktiken anzuwenden.*

Hieraus ergeben sich die bereits dargestellte Beschränkung auf den B2C-Bereich und der Vorrang spezieller, sektorspezifischer Vorschriften.

Artikel 4: Binnenmarkt

1. *Gewerbetreibende haben sich auf dem durch diese Richtlinie angeglichenen Gebiet lediglich an die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats zu halten, in dem sie niedergelassen sind. Der Mitgliedstaat, in dem der Gewerbetreibende niedergelassen ist, sorgt für die Einhaltung dieser Rechtsvorschriften.*
2. *Die Mitgliedstaaten dürfen aus Gründen, die mit dem durch diese Richtlinie angeglichenen Sachgebiet zusammenhängen, weder die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs noch den freien Warenverkehr einschränken.*

Diese Vorschrift stellt klar, dass sich Unternehmen in einer auf dem Gebiet des Lauterkeitsrechts harmonisierten Europäischen Union lediglich an die in ihrem Herkunftsland geltenden Vorschriften zu halten haben (Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung), was zu Rechts- und Investitionssicherheit und Vertrauen in den mitgliedstaatsübergreifenden Handel führen soll.⁹⁹⁷

Artikel 5: Verbot unlauterer Geschäftspraktiken

1. *Unlautere Geschäftspraktiken sind verboten.*
2. *Eine Geschäftspraxis gilt als unlauter, wenn sie dem Gebot der beruflichen Sorgfaltspflicht widerspricht und sie im konkreten Fall unter Würdigung aller tatsächlichen Umstände das wirtschaftliche Verhalten des*

⁹⁹⁶ Richtlinie, Gründe.

⁹⁹⁷ Richtlinie, Begründung, Wesentliche Inhalte Nr. 30 Punkt 2; Gründe.

- Durchschnittsverbrauchers, den sie erreicht oder an den sie sich richtet, in Bezug auf das jeweilige Produkt wesentlich beeinflusst oder dazu geeignet ist.*
3. *Insbesondere gelten Geschäftspraktiken als unlauter, die*
 - a) *irreführend oder*
 - b) *aggressiv**im Sinne der Definition dieser Richtlinie sind.*
 4. *Anhang 1 enthält eine Liste von Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter anzusehen sind.*

Das generelle Verbot unlauterer Geschäftspraktiken stellt also unter Beachtung der Begriffsbestimmungen in Artikel 2 darauf ab, ob eine Praxis

- dem Gebot der beruflichen Sorgfaltspflicht widerspricht und
- dazu geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen, wobei
- auf den Durchschnittsverbraucher abgestellt wird.

Das Verbot soll die im Hinblick auf unlautere Praktiken zwischen Unternehmen und Verbrauchern bestehenden nationalen Generalklauseln ersetzen und präzisere Kriterien zur Bestimmung der Unlauterkeit aufstellen, als jede bestehende nationale Generalklausel das tue, so die Kommission selbstbewusst.⁹⁹⁸ Das sei notwendig, da die Mitgliedstaaten ansonsten weiterhin in der Lage wären, ihre unterschiedlichen Generalklauseln anzuwenden, was den Harmonisierungseffekt der Richtlinie untergraben würde.⁹⁹⁹

Allerdings werde das generelle Verbot in der Praxis nur selten angewandt werden, da die speziellen Tatbestände der irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken, die in den Folgevorschriften näher dargestellt werden, das Gros der Fälle abdecken würden, so die Prognose der Kommission.¹⁰⁰⁰ Ihm komme daher vor allem die Funktion eines „Sicherheitsnetzes“ zu, das alle aktuellen und künftigen Geschäftspraktiken erfasse, die nicht von den Spezialvorschriften abgedeckt würden.¹⁰⁰¹

Der Entwurf erfährt zunächst die gleiche Kritik wie das Grünbuch – als „verfehlt“¹⁰⁰², „grundlegenden Mangel“¹⁰⁰³, „erneute Fragmentierung“¹⁰⁰⁴ oder doch zumindest „nicht sinnvoll“¹⁰⁰⁵, „bedenklich“¹⁰⁰⁶ und „problematisch“¹⁰⁰⁷ bezeichnen Literatur, Max-Planck-Institut und die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht die Beschränkung auf den Verbraucherschutz.

Auch das Herkunftslandprinzip wird abgelehnt, da es mit dem Ziel eines hohen Verbraucherschutzniveaus nicht zu vereinbaren sei.¹⁰⁰⁸ Ob eine Geschäftspraxis unlauter ist und wie sie in dem jeweils relevanten Markt aufgefasst wird, könne am besten „vor Ort“ beurteilt werden. Demgemäß sei das Marktortprinzip dem Herkunftslandprinzip vorzuziehen. Letzteres würde auch Verfahren hinsichtlich einstweiliger Verfügungen erheblich verlangsamen, da die Gerichte jeweils das ihnen fremde Recht anderer Mitgliedstaaten

⁹⁹⁸ Richtlinie, Begründung, Generelles Verbot Nr. 48.

⁹⁹⁹ Richtlinie, Begründung, Generelles Verbot Nr. 48.

¹⁰⁰⁰ Richtlinie, Begründung, Generelles Verbot Nr. 52.

¹⁰⁰¹ Richtlinie, Begründung, Generelles Verbot Nr. 58.

¹⁰⁰² Glöckner WRP 2004, 936 (938).

¹⁰⁰³ Sosnitza GRUR 2003, 739 (741).

¹⁰⁰⁴ Henning-Bodewig GRUR Int. 2004, 183 (189).

¹⁰⁰⁵ Ohly GRUR 2004, 889 (890).

¹⁰⁰⁶ Henning-Bodewig GRUR Int. 2003, 926; Kunz-Hallstein / Loschelder GRUR 2004, 215 (216).

¹⁰⁰⁷ Köhler / Lettl WRP 2003, 1019 (1057).

¹⁰⁰⁸ Henning-Bodewig GRUR Int. 2003, 926 (929).

anwenden müssten. Das sei mit der besonderen Eilbedürftigkeit dieser Verfahren nicht zu vereinbaren.¹⁰⁰⁹

Darüber hinaus wird die Begriffswahl der „Geschäftspraktiken“ als Übersetzung der englischen *commercial practice* bzw. *commercial practices* als „wenig geglückt“ bezeichnet, da dieser Ausdruck im deutschen Sprachgebrauch einen abwertenden Beigeschmack habe – die Beziehung auf „Marktverhalten“ wäre angemessener gewesen.¹⁰¹⁰ Im Übrigen werde hier ein weiterer Begriff in das Gemeinschaftsrecht eingeführt, dessen Abgrenzung zu der bereits bestehenden Terminologie („Werbung“, „Verkaufsförderung“, „kommerzielle Kommunikation“) weit gehend unklar sei.¹⁰¹¹

Auch der Begriff der „beruflichen Sorgfalt“ ist auf Kritik gestoßen. Glöckner sieht ihn an die *correttezza professionale* des Artikel 2598 des italienischen Zivilgesetzbuchs angelehnt, womit er historisch vorbelastet sei. Außerdem entspreche er nicht dem der Richtlinie zu Grunde liegenden Ziel des Verbraucherschutzes und sei auch sprachlich verfehlt, da er zumindest begrifflich nahe lege, dass die schuldhaft Verletzung außerwettbewerblicher Pflichten den Vorwurf der Unlauterkeit begründe, während tatsächlich die Richtlinie selbst die grundlegenden Pflichten für das Verhalten im Wettbewerb bestimme. Dass die Unlauterkeit mit dem Verstoß gegen die berufliche Sorgfaltspflicht definiert wird, bedeute im Übrigen nichts anderes, als einen Blankettbegriff durch einen anderen zu ersetzen.¹⁰¹²

Die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht bezweifelt, dass es sinnvoll ist, Branchenübung normative Qualität zu geben. Die Annahme der Unlauterkeit in einem Gewerbe, in dem unlautere Geschäftspraktiken an der Tagesordnung und damit „üblich“ sind, werde erschwert. Neuartige Geschäftspraktiken ließen sich mangels üblicher Handels- oder Branchenpraxis kaum bewerten.¹⁰¹³ Das Max-Planck-Institut merkt an, es bleibe unklar, ob der Begriff der beruflichen Sorgfalt ein ethisches Korrektiv enthalte oder ob es ausschließlich auf das tatsächlich Praktizierte ankomme.¹⁰¹⁴

Weiterhin kritisiert das Max-Planck-Institut die schwarze Liste von in jedem Fall unlauteren Geschäftspraktiken als willkürlich.¹⁰¹⁵

Dass die Generalklausel des Artikel 5 bei Inkrafttreten der Richtlinie die in den Mitgliedstaaten geltenden Generalklauseln ersetzen soll,¹⁰¹⁶ bedeutet übrigens nicht, dass der Wortlaut übernommen werden müsste, auch wenn die Begründung der Kommission dies nahe legt. Immerhin handelt es sich um eine Rahmenrichtlinie, die den Mitgliedstaaten Spielraum bei der Umsetzung lässt.¹⁰¹⁷ Entscheidend muss daher sein, ob die Generalklauseln inhaltlich übereinstimmen,¹⁰¹⁸ ob sich also im Fall Deutschlands § 3 UWG und im Fall Spaniens Artikel 5 LCD im Sinne von Artikel 5 der Richtlinie interpretieren lassen, was durchaus möglich sein dürfte.¹⁰¹⁹ Ein Inkrafttreten der Richtlinie würde demgemäß den deutschen und den spanischen Gesetzgeber nicht zur Umschreibung der jeweiligen Generalklauseln zwingen.

Schließlich wird angemerkt, dass gesetzliche Regelungen eine „übliche Handelspraxis“ im Sinne des Entwurfs darstellen würden, so dass hier eine Parallele zur Fallgruppe des Rechtsbruchs gegeben sei.¹⁰²⁰ Das Abstellen auf die Erfordernisse der beruflichen

¹⁰⁰⁹ Kunz-Hallstein / Loschelder GRUR 2004, 215 (216).

¹⁰¹⁰ Köhler / Lettl WRP 2003, 1019 (1034).

¹⁰¹¹ Henning-Bodewig GRUR Int. 2004, 183 (189).

¹⁰¹² Glöckner WRP 2004, 936 (939).

¹⁰¹³ Kunz-Hallstein / Loschelder GRUR 2004, 215 (216).

¹⁰¹⁴ Henning-Bodewig GRUR Int. 2003, 926 (928).

¹⁰¹⁵ Henning-Bodewig GRUR Int. 2003, 926.

¹⁰¹⁶ So Richtlinie, Begründung, Generelles Verbot Nr. 48.

¹⁰¹⁷ Henning-Bodewig GRUR Int. 2004, 183 (189 f.).

¹⁰¹⁸ Henning-Bodewig GRUR Int. 2004, 183 (190).

¹⁰¹⁹ So für § 3 UWG auch Henning-Bodewig GRUR 2004, 183 (190).

¹⁰²⁰ Köhler / Lettl WRP 2003, 1019 (1036 f.).

Sorgfaltspflicht mache den Artikel 5.2 des Richtlinienentwurfs zu einer „Art Rechtsbruchtatbestand“.¹⁰²¹

IV. Weitere Reformvorschläge

Ganz oben auf dem Wunschzettel der Literatur steht eine Generalklausel. Dabei wird vor allem wie auch in der Kritik zum Grünbuch und im Unterschied zum Richtlinienvorschlag gefordert, dass eine dreifache Schutzrichtung Eingang in die Formulierung findet. Wo es um den Schutz von Verbrauchern und Allgemeinheit gehe, könne nicht allein die Unternehmermoral entscheiden.¹⁰²² Außerdem gehe nicht an, dass dasselbe Verhalten eines Unternehmers gegenüber Verbrauchern unlauter, gegenüber Konkurrenten aber nicht zu beanstanden sei.¹⁰²³ Wettbewerbsverhältnis und Wettbewerbsabsicht werden als obsolet abgelehnt.¹⁰²⁴ Für den Begriff der guten Sitten spreche hingegen, dass er als häufigstes Kriterium im Recht der Mitgliedstaaten bekannt sei.¹⁰²⁵ Bis auf Großbritannien und Irland regeln außerdem alle Mitgliedstaaten das Lauterkeitsrecht auf der Basis einer Generalklausel.¹⁰²⁶

Bereits 1973 hat Ulmer eine Generalklausel in Anlehnung an Artikel 10^{bis} PVÜ, allerdings ohne die Einschränkung auf ein Wettbewerbsverhältnis und unter Erfassung jeder, auch der freiberuflichen wirtschaftlichen Betätigung, formuliert:¹⁰²⁷

Unzulässig sind Handlungen im geschäftlichen Verkehr, die den anständigen Gepflogenheiten zuwiderlaufen und die Interessen der Wettbewerber oder der Verbraucher verletzen.

Beschränkt auf unlautere Werbung schlägt Schrickler einen Ansatz vor, der vor allem dem persönlichen und gegenständlichen Schutzzweck des Lauterkeitsrechts Rechnung trägt:¹⁰²⁸

Unlauter ist die Werbung außer in den gesetzlich bestimmten Fällen auch dann, wenn sie sich unter Berücksichtigung der Interessen und Auffassungen der Anbieter, der Abnehmer und der Allgemeinheit wie auch der Wertungen der Rechtsordnung, insbesondere der Wettbewerbs- und Werbefreiheit, als missbräuchlich darstellt.

Fezer fordert, den Mitgliedstaaten einen nationalen Beurteilungsspielraum einzuräumen.¹⁰²⁹ In diesem Rahmen werden hinsichtlich der Umsetzung notwendig Unterschiede bestehen bleiben, die in der unterschiedlichen Tradition und Rechtskultur fußen.¹⁰³⁰

Zum Vorsprung durch Rechtsbruch findet sich auf europäischer Ebene hingegen recht wenig. Schrickler und Henning-Bodewig befürworten eine europäische Regelung, da diese Fallgruppe das notwendige Bindeglied zu den rechtlichen Rahmenbedingungen bilde, innerhalb derer sich ein lauterer Wettbewerb zu bewegen habe. Die klassische deutsche Unterscheidung zwischen werthaltigen und wertneutralen Normen wollen sie nicht übertragen, sondern auf den Schutzzweck der jeweiligen Vorschrift abstellen, wobei Artikel 15 LCD als Ausgangspunkt einer Diskussion dienen könne. Mindestvoraussetzung solle sein, dass es sich

¹⁰²¹ Lettl WRP 2004, 1079 (1110).

¹⁰²² Schrickler / Henning-Bodewig WRP 2001, 1367 (1379).

¹⁰²³ Gamerith WRP 2003, 143 (164).

¹⁰²⁴ Schrickler / Henning-Bodewig WRP 2001, 1367 (1378).

¹⁰²⁵ Schrickler / Henning-Bodewig WRP 2001, 1367 (1380).

¹⁰²⁶ Micklitz / Keßler GRUR Int. 2002, 885 (894).

¹⁰²⁷ Ulmer GRUR Int. 1973, 135 (138).

¹⁰²⁸ Schrickler GRUR Int. 1990, 771 (776).

¹⁰²⁹ Fezer WRP 2001, 989 (993).

¹⁰³⁰ Wiebe WRP 2002, 283 (289).

um ein marktgerichtetes Verhalten handele, das spürbare Auswirkungen auf den Wettbewerb habe.¹⁰³¹ Zusammengefasst heißt das:¹⁰³²

Die zu Absatzzwecken erfolgende Verletzung außerwettbewerbsrechtlicher Rechtsnormen, die einen mit dem Wettbewerbsrecht übereinstimmenden Schutzzweck aufweisen oder von unmittelbarer wettbewerbsregelnder Bedeutung sind, sollte als unlauterer Wettbewerb verboten werden, wenn es hierdurch zu spürbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb des jeweiligen Marktes kommt.

Der Diskussionsstand im Bundesjustizministerium wurde bereits weiter oben dargestellt.¹⁰³³ Zur Erinnerung – eine Richtlinie zum Lauterkeitsrecht könnte danach folgende Passage enthalten:

Unlauter handelt insbesondere, wer

...

*4. einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die zumindest auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.*¹⁰³⁴

Sehr allgemein halten sich Micklitz und Keßler in Artikel 5 Absatz 5 ihres Vorschlags für eine Richtlinie über unlautere Marktkommunikation:¹⁰³⁵

Jede Verletzung einer Verordnung, Richtlinie oder sonstigen Rechtsvorschrift der Europäischen Gemeinschaft, welche den Schutz der Interessen der Verbraucher bezweckt, ist unlauter.

Die Formulierung ist zunächst problematisch hinsichtlich ihres Kontexts: Zu eng ist sie, wenn sie nur auf den Schutz der Verbraucher abstellt, soll doch der Geltungsbereich, wie er in Artikel 1 Absatz 1 des Vorschlags dargestellt ist, auch Unternehmen und öffentliche Interessen schützen. Zu weit ist sie, wenn sie die Verletzung jeder beliebigen EG-Verbraucherschutzvorschrift erfassen will, soll doch, wie sich wiederum aus Artikel 1 Absatz 1 des Vorschlags ergibt, ausschließlich vor unlauterer wirtschaftlicher Kommunikation und nicht vor jeder denkbaren Beeinträchtigung von Verbraucherinteressen geschützt werden.

Aber auch losgelöst von seinem Kontext erscheint der Vorschlag undifferenzierter als andere Ansätze. So lässt er jeden Bezug zum geschäftlichen Verkehr und zum Wettbewerbsrecht vermissen und hängt so gewissermaßen in der Luft.

Gamerith hält eine europarechtliche Regelung des Rechtsbruchs wegen der großen Bedeutung dieser Fallgruppe für wichtig. Er will nicht auf den Wettbewerbsbezug der gebrochenen Norm, sondern auf die „(spürbare) objektive Eignung des konkreten Verstoßes zur Beeinträchtigung des freien Leistungswettbewerbs“ abstellen, da auch außerwettbewerbsrechtliche Vorschriften wie solche zur Regelung der Arbeitszeit gezielt dazu eingesetzt werden könnten, einen Wettbewerbsvorsprung zu erzielen.¹⁰³⁶

Was den Weg angeht, ließe sich statt einer Richtlinie auch eine Verordnung in Betracht ziehen, wenn es gelänge, alle vorhandenen Regelungen und die verschiedenen Schutzzwecke einzubeziehen. Alternativ könnte mit Harmonisierung im Wege einer Richtlinie begonnen werden, um später ein kohärentes Konzept in Form einer Verordnung auszuarbeiten. Dabei ist zu bedenken, dass eine Richtlinie mehr Spielraum lassen würde und über sie wohl einfacher

¹⁰³¹ Schrickler / Henning-Bodewig WRP 2001, 1367 (1405).

¹⁰³² Schrickler / Henning-Bodewig WRP 2001, 1367 (1404).

¹⁰³³ 1. Kapitel, C.II.2.

¹⁰³⁴ Köhler / Bornkamm / Henning-Bodewig WRP 2002, 1317 (1319).

¹⁰³⁵ Micklitz / Keßler GRUR Int. 2002, 885 (900).

¹⁰³⁶ Gamerith WRP 2003, 143 (169).

Einigung erzielt werden könnte. In allen Fällen ist zu bedenken, dass Neuerungen notwendig mit den bereits vorhandenen Richtlinien abgestimmt werden müssen.¹⁰³⁷

¹⁰³⁷ Micklitz / Keßler GRUR Int. 2002, 885 (898).

5. KAPITEL: EIGENER ANSATZ

A. Allgemeine Anwendbarkeitsvoraussetzungen / Generalklausel

Ein Ansatz zu einer Sonderbestimmung wie der zum Rechtsbruch, der nicht zugleich die allgemeinen Anwendbarkeitsvoraussetzungen und die Generalklausel behandelt, hängt in der Luft und erklärt sich nicht aus sich selbst heraus. Die Tragweite einer Sonderbestimmung hängt von dem Rahmen ab, den ihr der allgemeine Teil des Lauterkeitsrechts gewährt. Deshalb kann ein Vorschlag für die Formulierung einer Sonderbestimmung nicht erstellt werden, ohne dass zugleich ein Ansatz zu den allgemeinen Anwendbarkeitsvoraussetzungen präsentiert wird.

I. Regelungstechnik

Dass ein Lauterkeitsrecht ohne eine Generalklausel nicht denkbar ist, erscheint mit Blick auf die Kreativität schwarzer Schafe hinsichtlich der Umgehung spezieller Vorschriften und mit Blick auf die stetige Innovation von Wettbewerbstechniken selbstverständlich.

Die Voranstellung allgemeiner Bestimmungen vor eine dann kurz gehaltene Generalklausel wie in der LCD zerteilt den allgemeinen Anwendungsbereich meiner Ansicht allerdings übermäßig. Vorzugswürdig ist eine Generalklausel, die sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen enthält. Die Rechtsfolgen sollten allerdings aus Gründen der Übersicht nicht in diese Vorschrift integriert werden.

Sind sämtliche Anwendbarkeitsvoraussetzungen in die Generalklausel integriert, so beantwortet das bereits die Frage, ob diese den Katalog unlauterer Wettbewerbshandlungen anführen oder ihn abschließen sollte: Ein Blättern zum Ende des Gesetzes zur Auffindung der Eingangsvoraussetzungen ist der Übersichtlichkeit nicht eben zuträglich. Auch im Lauterkeitsrecht gilt der Grundsatz, dass Allgemeines an den Anfang gehört. Im Übrigen würde eine Umkehrung der Reihenfolge der zentralen Bedeutung, die der Generalklausel zukommt, nicht gerecht.

Eine Generalklausel mit anschließendem Beispielskatalog („insbesondere“) ist einem Modell, in dem Generalklausel und Sondertatbestände zusammenhanglos nebeneinander stehen, aus folgenden Gründen vorzuziehen: Zum einen kommt dies der Konkretisierung der Generalklausel zugute, da ein in sich schlüssiger Katalog vorgeben kann, in welchem Rahmen sich ein Verhalten zu bewegen hat, um als unlauter zu gelten, auch wenn es nicht von einem der Beispiele erfasst wird. Zum anderen kann die Gruppe der „Sondertatbestände“ bzw. der Beispiele so flexibler gehandhabt werden und auf neue Entwicklungen reagieren, da ein parlamentarischer Einigungsprozess hinsichtlich der Einführung neuer Beispiele, die letztendlich nur die Generalklausel konkretisieren, eher zu erwarten ist, als das hinsichtlich der Einführung neuer, selbständiger Vorschriften der Fall ist.

Schließlich erspart man sich so, die allgemeinen Voraussetzungen gebetsmühlenartig in jeder Sondervorschrift zu wiederholen.

Der Katalog soll nicht abschließend sein.

Ob eine Vorschrift, die zentrale wettbewerbsrechtlicher Begriffe definiert, wünschenswert ist, ist nicht Thematik dieser Arbeit.

Zusammengefasst: Ich plädiere für eine Generalklausel, in die die allgemeinen Anwendbarkeitsvoraussetzungen des Gesetzes integriert sind und an die sich ein nicht abschließender Beispielskatalog unlauterer Wettbewerbshandlungen („insbesondere“) anschließt.

II. Normzweckklausel?

Eine Normzweckklausel, die ein Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb eröffnet, halte ich nicht für erforderlich. Im Spanien von 1991, das von wenigen Ausnahmen abgesehen lauterkeitsrechtliches Ödland war, mag eine solche Klausel sinnvoll gewesen sein, um einem Fehlstart der LCD in eine falsche, insbesondere einseitig Unternehmerinteressen berücksichtigende Richtung vorzubeugen. Im Europa des 21. Jahrhunderts aber ist der Schutz der Trias von Interessen der Unternehmer, der Verbraucher und der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb sichere und unbestrittene Erkenntnis. Was auf der Hand liegt und offensichtlich ist, muss aber nicht ausdrücklich erwähnt werden, sondern nimmt nur Platz weg – auf dem Papier und in den Köpfen der Rechtsanwender.

Zur Klarstellung genügt die Erwähnung der geschützten Interessen in der Generalklausel.¹⁰³⁸

III. Verhaltensweise

Hinsichtlich der zu untersuchenden Verhaltensweise (UWG a.F.: Wettbewerbshandlung im geschäftlichen Verkehr; LCD: Verhaltensweise auf dem Markt mit Wettbewerbszweck; geltendes UWG: näher definierte Wettbewerbshandlung) ist vor allem auf einen Verzicht auf das Erfordernis eines Wettbewerbsverhältnisses – und zwar sowohl in konkreter als auch in abstrakter Hinsicht – hinzuwirken. Mit dem Funktionswandel des Wettbewerbsrechts ist ein Festhalten an diesem Überbleibsel aus Zeiten, in denen das Lauterkeitsrecht reines Unternehmerrecht war, nicht zu vereinbaren. Wer ein Wettbewerbsverhältnis voraussetzt, schützt Verbraucher nur reflexartig. Deren Interessen stehen aber denen der Unternehmer gleich. Auch herrscht Klarheit darüber, dass Verhaltensweisen von Monopolisten in den Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts fallen müssen. Wird aber ein Wettbewerbsverhältnis gefordert, so werden umständliche, in sich nicht schlüssige Hilfskonstruktionen erforderlich, um denjenigen einzubeziehen, der nun einmal zu niemandem in Wettbewerb steht.

Wird dies in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gebracht und eine entsprechende Formulierung gewählt, so erscheint mir eine ausdrückliche Klausel wie die des Artikels 3 II LCD (*Die Anwendung dieses Gesetzes kann nicht von dem Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses ... abhängig gemacht werden.*) verzichtbar.

Der Begriff der „Verhaltensweise“ ist dem der „Handlung“ vorzuziehen, da so deutlich wird, dass grundsätzlich auch ein Unterlassen an den Maßstäben des Lauterkeitsrechts gemessen werden kann.

Um die Begrenzung der Materie auf Verhaltensweisen mit Marktbezug nicht aus den Augen zu verlieren, muss auch weiterhin ein Merkmal wie „geschäftlicher Verkehr“ (UWG a.F.) oder „auf dem Markt“ (LCD) gefordert werden. Auch das geltende UWG verzichtet hierauf nicht, auch wenn es eine solche Voraussetzung nicht mehr ausdrücklich statuiert. Das erscheint mir allerdings aus Gründen der Klarheit angebracht. Welche Formulierung gewählt wird, ist letztendlich nebensächlich, da über die Bedeutung unabhängig von der Wahl Einigkeit besteht. Ich ziehe den spanischen Begriff „auf dem Markt“ als den moderneren vor. Es sollten direkte, unmittelbare Auswirkungen auf den Markt gefordert werden. Eine Rechtslage wie die spanische, die auch vorbereitende Maßnahmen ohne direkte Außenwirkung erfasst, dehnt den Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts über Gebühr aus und erfordert eine Recherche im geschäftsinternen Bereich der Konkurrenz, die weder möglich noch erwünscht oder angebracht ist.

Im Vergleich zu den Voraussetzungen der „Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs“ (UWG a.F.), der „Verhaltensweise zu Zwecken des Wettbewerbs“ (LCD) und der einfachen „Wettbewerbshandlungen“ (geltendes UWG) scheint mir eine ausführlichere Formulierung angebracht, um zum einen einer Auslegung unter Verzicht auf ein Wettbewerbsverhältnis den

¹⁰³⁸ Dazu sogleich unter IV.

Weg zu bereiten und zum anderen auf subjektive Elemente weit gehend zu verzichten (dazu sogleich). Das geltende UWG wird in der Definition der Wettbewerbshandlung in § 2 I Nr. 1 als „jede Handlung einer Person mit dem Ziel, zu Gunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens den Absatz oder den Bezug von Waren oder die Erbringung oder den Bezug von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern“, ausführlicher. Die Formulierung lässt sich meiner Ansicht nach straffen. Auch sollte nicht auf ein „Ziel“ abgestellt werden, da dieser Begriff subjektiv geprägt ist. Abstellen könnte man dem entsprechend auf *Verhaltensweisen, die geeignet sind, eigene oder dritte Leistungen zu fördern.*

Auf den Wettbewerbszweck möchte ich so weit wie möglich verzichten. Maßgeblich für die Anwendung des Lauterkeitsrechts muss die objektive Beeinträchtigung von durch dieses geschützten Interessen sein. Warum sie beeinträchtigt werden und was sich der Verantwortliche dabei gedacht hat, interessiert nicht. Dem Anliegen des deutschen Rechts, grundrechtlich geschützte wissenschaftliche, religiöse oder politische Äußerungen sowie Stellungnahmen der Medien aus dem Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts auszuklammern, kann durch eine tatsächliche Vermutung wie in der LCD bzw. durch eine Beweislastumkehr Rechnung getragen werden. Verhaltensweisen, die die weiteren Voraussetzungen erfüllen, könnten erfasst werden, *es sei denn, sie verfolgen keinen Wettbewerbszweck.*

Regelungstechnisch könnte man entweder kurz in der Generalklausel auf „Verhaltensweisen“ oder „Verhaltensweisen auf dem Markt“ abstellen und die nähere Erläuterung einer definierenden Vorschrift überlassen oder sämtliche Voraussetzungen in der Generalklausel unterbringen. Da die hier vorgeschlagene Formulierung recht kurz gehalten ist, plädiere ich unabhängig davon, ob eine eigene Vorschrift mit Definitionen wünschenswert ist oder nicht, für die zweite Alternative.

IV. Betroffener Personenkreis

Eine Vorschrift wie Artikel 3 LCD, die festlegt, auf welche Personenkreise das Gesetz anwendbar ist, erscheint mir nicht notwendig. Es genügt vielmehr, das Interesse der Marktteilnehmer in die Generalklausel einzubinden. Da Einigkeit darüber herrscht, dass Verbraucher und Unternehmer vom Lauterkeitsrecht gleichermaßen und gleichrangig geschützt werden, ist der allgemeine Begriff der Marktteilnehmer einer gesonderten Erwähnung der Unternehmer (so das LCD) oder einer Aufspaltung in Mitbewerber, Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer (so das UWG) vorzuziehen.

V. Unbestimmter Rechtsbegriff

Es sind Begriffe zu vermeiden, die einen ständischen Beigeschmack tragen. Die Auslegung einer unlauteren Wettbewerbshandlung als den anständigen Gepflogenheiten in Handel, Gewerbe, Handwerk oder selbständiger beruflicher Tätigkeit zuwiderlaufend, (UWG), lehne ich daher ab. Es kann eben nicht entscheidend sein, was in der jeweiligen Branche üblich ist. Zwar führt das Wort „anständig“ die Interpretation einen Schritt weit weg von dem, was die Berufsträger denken, jedoch bleiben die Gewohnheiten Maßstab. Ein Verhalten kann aber nicht mit einer bloßen Feststellung in der Art von „Das war doch schon immer so“ gerechtfertigt werden.

Mit der Begründung des UWG stimme ich dahin gehend überein, dass der Begriff der „guten Sitten“ antiquiert wirkt und daher nicht übernommen werden sollte. Im Übrigen erscheint er mir in seiner wörtlichen Auslegung zu eng – gute Sitten und neue Geschäfts- und insbesondere Werbepraktiken haben häufig nicht viel gemeinsam. Dennoch sind letztere meist

eher eine Frage des guten Geschmacks und des Niveaus. Ein „Recht auf Stumpfsinn“ sollte das Lauterkeitsrecht aber niemandem absprechen.

Mit dem spanischen Begriff von „Treu und Glauben“ haben die „guten Sitten“ gemein, dass sie nicht nur dem Lauterkeitsrecht als unbestimmter Rechtsbegriff dienen. Das wirft aber die Eigentümlichkeit auf, dass ein und demselben Begriff in verschiedenen Gesetzen verschiedene Bedeutungen zukommen, was verwirrt und vor allem in der spanischen Literatur auf viel Unverständnis gestoßen ist.

Mir scheint daher die Suche nach einer eigenen, speziell lauterkeitsrechtlich geprägten Formulierung angebracht. Und ich denke, dass man nicht weit gehen muss, um fündig zu werden, sondern auf einen bekannten, in der wettbewerbsrechtlichen Literatur ausführlich erörterten und umrissenen Begriff zurückgreifen kann.

Die Mehrheit der zu den wettbewerbsrechtlichen „guten Sitten“ vertretenen Theorien stellt mehr oder weniger deutlich auf das Prinzip des Leistungswettbewerbs ab. Dieses Prinzip bestimmt auch die Auslegung von „Treu und Glauben“ in der LCD. Dass der Leistungswettbewerb Grundsatz jeglichen lautereren Wettbewerbs zu sein hat, wird bei vereinzelt Zweifeln an der Bestimmtheit des Begriffes kaum bestritten. Warum dann einen anderen Begriff suchen, der im Weiteren als „den Grundsätzen des Leistungswettbewerbs entsprechend“ erläutert wird, anstatt direkt auf den Leistungswettbewerb abzustellen, ohne eine Leerformel vorzuschieben?

Zwar wird, wie bereits angedeutet, auch dem auf den Leistungswettbewerb abstellenden Ansatz gelegentlich der Vorwurf allzu großer Unbestimmtheit gemacht, jedoch sehe ich keine Alternative, die aus sich heraus bestimmter und verständlicher wäre. Letzten Endes ist jeder unbestimmte (!) Rechtsbegriff nichts anderes als ein Platzhalter, der für die Konkretisierung durch die Praxis bereitgehalten wird. Der Begriff des Leistungswettbewerbs hat den Vorteil, dass er speziell wettbewerbsrechtlicher Natur ist und in anderen Rechtsbereichen nicht verwendet wird, was Verwirrungen vorbeugt. Im Übrigen ist er allen Beteiligten bekannt und wird weit gehend als sachgerecht anerkannt. Da er über die Jahre hinweg von Vertretern verschiedener Ansätze zitiert wurde, ist auch seine Bedeutung recht klar umrissen, was Rechtssicherheit bringt. Als in einem Gesetz verwendeter Begriff wäre der „Leistungswettbewerb“ zwar neu, dennoch könnte auf eine lange und breite Auslegung zurückgegriffen werden.

Dabei ist hinsichtlich Spanien zu beachten, dass der Begriff nicht in seiner wörtlichen Übersetzung als *competencia de prestaciones* gewählt wird, die keine Bedeutung hat, sondern als *competencia por eficiencia*, was der allgemein übliche Begriff der Literatur zur Umschreibung des deutschen Konzepts des Leistungswettbewerbs ist.

VI. Erheblichkeitsklausel

Um einer Bagatellisierung des Lauterkeitsrechts vorzubeugen und zu verhindern, dass die unseligen „Abmahnvereine“ auf die Bildfläche zurückkehren, scheint mir eine Erheblichkeitsklausel angebracht. Vor allem im Hinblick darauf, dass der hier vertretene Ansatz zum Rechtsbruch möglicherweise mehr Fälle erfasst als § 4 Nr. 11 UWG (aber weniger als der alte deutsche Ansatz und in der Reichweite in etwa vergleichbar ist mit Artikel 15 LCD), befürworte ich eine Erheblichkeitsklausel, um diese Richtung zu korrigieren. Zwar gehört dieses Argument streng genommen in das Kapitel zum Rechtsbruch und nicht in den allgemeinen Teil,¹⁰³⁹ doch halte ich es für angebracht, das Eingangsniveau des Lauterkeitsrechts für alle Beispielstatbestände der Generalklausel einheitlich zu setzen. Daher sollte eine Erheblichkeitsklausel in die Generalklausel integriert und damit vor die Klammer gezogen werden, anstatt sie in Kleinarbeit in jede Sondervorschrift bzw. jede beispielhafte Konkretisierung der Generalklausel einzuhäkeln.

¹⁰³⁹ Dazu mehr unter B.IV.

Das geltende UWG („nicht unerheblich“) scheint mir dabei zu zurückhaltend und in der Praxis kaum dazu geeignet zu sein, Fälle, die das Lauterkeitsrecht nicht scheren sollten, auszuschließen. Die Spürbarkeitsgrenze, die einige Kommentare und Urteile zur deutschen Rechtslage des Rechtsbruchs vor der Novelle von 2004 entdeckt haben wollen, bedeutet nichts anderes, als dass überhaupt eine Auswirkung gegeben ist, und ist so eine Leerformel ohne eigenständige Bedeutung. Eine „Wesentlichkeit“ zu fordern, halte ich dagegen für überzogen, da dieser Begriff beinhalten würde, dass die Auswirkungen eines Verhaltens nicht nur für den einzelnen Kläger Bedeutung haben, sondern sich auf den Markt als solchen auswirken müssten. Das ginge aber zu weit, schützt das Lauterkeitsrecht doch auch das Interesse des einzelnen Unternehmers.

Ich bevorzuge daher den inhaltlich individualistischer ausgerichteten Begriff der „Bedeutsamkeit“. Diese Wahl hat sich im Rahmen des Artikels 15 LCD bewährt. Bedeutsam ist die Beeinträchtigung des Leistungswettbewerbs danach, wenn sie eine bemerkbare Mindestgröße, das heißt, ein Niveau erreicht, das eine Abwerbung von Kunden verursacht oder verursachen kann oder die Konkurrenz zwingt, ihre Gewinnspannen zu reduzieren oder sonstige Innovationen oder Verbesserungen durchzuführen, um die Beeinträchtigung auszugleichen. Insoweit stimme ich mit der spanischen Auslegung überein.

Auch sehe ich Nachahmungsgefahr als ein Indiz für die Bedeutsamkeit. Dagegen möchte ich systematisches Vorgehen des Handelnden nicht voraussetzen. Wie häufig und nach welchem Plan sich ein Unternehmer unlauterer Methoden bedient, ist für den Konkurrenten, der eben durch den einen in Frage stehenden Fehlgriff benachteiligt wurde, unerheblich. Richtig ist natürlich, dass bei einem vereinzelt, versehentlichen Verstoß die Wiederholungsgefahr gering sein mag, aber das ist eine andere Frage.

Darüber hinaus möchte ich die spanische Auslegung ergänzen durch Berücksichtigung der Verbraucher, die in der obigen Auslegung nur reflexartig geschützt werden. Bedeutsam ist eine Beeinträchtigung danach auch, wenn sie geeignet ist, den verständigen, informierten Durchschnittsverbraucher zu einer Entscheidung (also in der Regel zu einem Kauf oder einer Inanspruchnahme einer Dienstleistung) zu veranlassen, die er ohne das unlautere Verhalten des Unternehmers nicht getätigt hätte. Wie unbedarfte, flüchtige Verbraucher reagieren, ist dagegen unerheblich.

Zusammengefasst: Die Beeinträchtigung des Leistungswettbewerbs muss bedeutsam sein. Das ist der Fall, wenn sie ein Niveau erreicht, das eine Abwerbung von Kunden verursacht oder verursachen kann oder die Konkurrenz zwingt, ihre Gewinnspannen zu reduzieren oder sonstige Innovationen oder Verbesserungen durchzuführen, um die Beeinträchtigung auszugleichen oder wenn sie dazu geeignet ist, den verständigen, informierten Durchschnittsverbraucher zu einer Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getätigt hätte. Ob es tatsächlich zu Beeinträchtigungen kommt, spielt keine Rolle.

VII. Keine subjektiven Voraussetzungen

Dem durch die unlautere Verhaltensweise Benachteiligten ist es gleichgültig, warum der Verstoß gegen das Lauterkeitsrecht begangen wurde, ob der Betroffene sein Verhalten richtiger Weise als unlauter eingeschätzt hat oder ob er auch nur Kenntnis der Tatumstände hatte – die Benachteiligung besteht so oder so. Auch für die Auswirkungen auf den Markt sind eventuelle Absichten, Kenntnisse und Motive unerheblich.

Ich befürworte daher in Übereinstimmung mit geltendem spanischen und deutschen Recht ein objektives Konzept. Entscheidend muss die objektive Beeinträchtigung des Leistungswettbewerbs sein. Im Übrigen hat der Betroffene die nötige Kenntnis spätestens vor Gericht. Weitere subjektive Merkmale sind neben der unter III. dargestellten tatsächlichen Vermutung, die Medien, Wissenschaft, Religion und Politik schützen soll, nur für einen Schadensersatzanspruch relevant.

VIII. Kodifizierungsvorschlag

Der in den vorangegangenen Abschnitten herausgearbeitete Ansatz liest sich als kodifizierte Generalklausel wie folgt:

Verhaltensweisen auf dem Markt, die geeignet sind, eigene oder dritte Leistungen zu fördern und den Leistungswettbewerb zum Nachteil der Marktteilnehmer bedeutsam zu beeinträchtigen, sind verboten, es sei denn, sie verfolgen keinen Wettbewerbszweck.

B. Rechtsbruch

Eine Gleichschaltung von Gesetzesverletzung und Wettbewerbswidrigkeit hätte vordergründig einige verlockende Vorteile. Die betroffenen Unternehmen müssten sich nur an die Gesetze halten, um ihre Ruhe vor der mäkelnden Konkurrenz zu haben; die Konkurrenz müsste nicht eine Stange von Kriterien überprüfen, um zu wissen, ob sie gegen ein unerwünschtes Verhalten vorgehen kann, sondern käme mit dem Gesetzestext unterm Arm aus. Rechtssicherheit schiene gewonnen.

Die Realität sieht indes anders aus. Gerade Deutschland lebt mit der Plage zahlreicher überflüssiger, überregulierender Vorschriften, die wegen der Trägheit des Systems und des Einflusses sachfremder Interessen auch nicht einfach in einem großen Frühjahrsputz weggekehrt werden können. Man muss mit ihnen leben. Im übrigen muss sich der Betroffene gegebenenfalls in aufwändigen Verfahren gegen die Behauptung wehren, er habe gegen das in Frage stehende Gesetz verstoßen, was manchmal durch unterschiedliche Auffassungen in den Instanzen bzw. den Gerichtszweigen nicht eben erleichtert wird. Schließlich darf der Blick auf die Reichweite des Lauterkeitsrechts nicht einem Gewinn an Rechtssicherheit, so er denn überhaupt gegeben wäre, geopfert werden.

Es bleibt also dabei: Mit dem Gesetzesverstoß allein ist es nicht getan. Weitere, lauterkeitsrechtsspezifische Kriterien müssen her.

I. Qualität der verletzten Vorschrift

1. Allgemein

Es muss gelten, was in Deutschland ganz und in Spanien weit gehend gesicherte Erkenntnis ist: In Frage kommt der Bruch jedweden materiellen Rechts, also der von Verordnungen und Satzungen ebenso wie der von formellen Gesetzen, Gewohnheitsrecht, durch richterliche Rechtsfortbildung geschaffenen Recht, unmittelbar geltendem Gemeinschaftsrecht sowie in nationales Recht transformierten völkerrechtlichen Verträgen. Der Verstoß gegen Landesrecht kann dagegen nur überprüft werden, soweit es Gesetzesrang hat.

2. Marktzutrittsregeln

Meiner Ansicht nach fällt der Verstoß gegen Vorschriften, die den Marktzutritt regeln, bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen auch dann in den Anwendungsbereich des Rechtsbruchs, wenn sie nicht darüber hinaus auch das Marktverhalten regeln. Die Betätigung auf dem Markt (also das „wie“ wirtschaftlicher Betätigung) unter Verletzung von Marktzutrittsregeln ist ein permanenter Verstoß gegen das „ob“. Damit regeln Marktzutrittsregeln zwangsläufig auch das Marktverhalten, nämlich durch seinen kategorischen Ausschluss – „Wie darf ich mich auf dem Markt betätigen? – Überhaupt nicht!“ Maßgeblich muss die *par condicio concurrentium* sein, die durch rechtmäßige Betätigung auf dem Markt definiert wird. Sie wird aber durch einen Verstoß gegen Marktzutrittsregeln regelmäßig stärker beeinträchtigt als durch den Verstoß gegen reine Verhaltensregeln. Der Verstoß gegen letztere ist lediglich dazu in der Lage, die Ausgangsposition eines Wettbewerbers, der sich grundsätzlich auf dem Markt bewegen darf, zu verbessern, während die Missachtung ersterer einen neuen Konkurrenten auf dem Markt etabliert, der eigentlich gar nicht da sein und die wettbewerbliche Ausgangslage nicht mitbestimmen dürfte.

Neben diesem grundsätzlichen Einwand ist zu bedenken, dass sich das „ob“ und das „wie“ wirtschaftlicher Betätigung oft nicht klar trennen lassen, so dass eine Differenzierung zwischen entsprechenden Normen häufig gekünstelt wirkt.

Hinsichtlich deutscher Vorschriften, die den öffentlich-rechtlichen Marktzutritt regeln, ist dem gemäß auch nicht entscheidend, ob sie eine Subsidiaritätsklausel zugunsten privater Unternehmer enthalten – sie sollten in jedem Fall erfasst werden.

Kurz: Die Verletzung „reiner“ Marktzutrittsregeln sollte ebenso in den Anwendungsbereich des Rechtsbruchs fallen wie die von Vorschriften, die das Marktverhalten regeln.

II. Verstoß

Ein Verstoß muss objektiv festgestellt werden.

1. Indirekte Verstöße?

Im Gegensatz zur spanischen Rechtslage halte ich es für angebracht, nur direkte Verstöße zu erfassen. Indirekte, faktische Verstöße, die in Spanien über Artikel 6 IV CC einbezogen werden, sollten nicht berücksichtigt werden, da das die Gefahr einer ausufernden Bemühung der Gerichte beinhalten würde. Was nicht direkt verboten ist, ist eben erlaubt. Eventuelle Missstände sind nicht durch eine extensive Auslegung des Rechtsbruchs im Sinne des „Geistes“ der verletzten Vorschrift zu korrigieren, sondern durch eine bessere Formulierung derselben.

2. Gefestigte Verwaltungspraxis / gefestigte Verwaltungsrechtsprechung

Zwar muss der Zivilrichter nicht auf eine Entscheidung der entsprechenden Fachorgane warten, um einen Rechtsverstoß festzustellen, jedoch sollte er eine gefestigte Verwaltungspraxis oder Verwaltungsrechtsprechung beachten, auch wenn sie nicht seine Rechtsansichten widerspiegelt. Alles andere beseitigt die Rechtssicherheit und hinterlässt ratlose Betroffene, denen der Staat mit der einen Hand nimmt, was er ihnen mit der anderen gegeben hat.

3. Zeitpunkt

Auch vorausgehende oder nachfolgende Gesetzesverstöße sollten erfasst werden. Entscheidendes Kriterium muss die Auswirkung im Wettbewerb sein. Ist sie gegeben, so ist unerheblich, ob Gesetzesverstoß und Wettbewerbsverhalten zusammenfallen oder nicht.

Allerdings muss der durch den Verstoß erlangte Vorteil auch tatsächlich auf dem Markt eingesetzt werden, da ansonsten der Wettbewerbsbezug fehlt. Dafür, dass er eingesetzt wird, sollte indes eine tatsächliche Vermutung sprechen, die der Gesetzesbrecher zu widerlegen hat. Denn zum einen ist die Reinvestition eines Vorteils das nach der Lebenswirklichkeit regelmäßig zu erwartende Verhalten eines Unternehmers. Zum anderen ist dem Kläger nicht möglich, alle Einzelheiten des Betriebs des Beklagten zu durchleuchten und dessen Interna darzulegen. Das ist außerdem auch für den Beklagten nicht wünschenswert. Er kann der Offenlegung seiner Geschäftspraktiken entgehen, indem er nicht versucht, die tatsächliche Vermutung zu entkräften.

III. Differenzierungskriterium: Auswirkung

1. Allgemein

Der mannigfachen Kritik am klassischen deutschen Ansatz schließe ich mich ohne Vorbehalte an. Zur Ergänzung vielleicht noch ein Punkt: Es sollte nicht vergessen werden, dass das, was ohne Vorbehalte über Jahrzehnte hinweg wie selbstverständlich deutsche Rechtswirklichkeit war, auf einem Urteil des Reichsgerichts fußt, das nationalsozialistische Einfärbungen nicht verbergen kann.

Die Unterscheidung zwischen werthaltigen und wertneutralen Normen entstammt dem Urteil „Immobilienmakler“.¹⁰⁴⁰ Von der „Reinhaltung“ des Maklerstandes ist da unter Verweis auf die Vorinstanz zu lesen,¹⁰⁴¹ von dem „herrschenden Volksbewusstsein“, dem „durch die Erfordernisse des Gemeinschaftslebens bedingten gesunden Volksempfinden“ und der „heutigen Lebens- und Rechtsauffassung“.¹⁰⁴² Ob es heutzutage ein „herrschendes

¹⁰⁴⁰ RG GRUR 1941, 280.

¹⁰⁴¹ RG GRUR 1941, 280 (281).

¹⁰⁴² RG GRUR 1941, 280 (282).

Volksbewusstsein“ gibt, wage ich zu bezweifeln, dass das von 1941 zu überhaupt gar nichts taugt, liegt auf der Hand. Die damalige „Lebens- und Rechtsauffassung“ mag zwar als Beispiel für die folgenden Jahrzehnte dienen, allerdings als abschreckendes. Was sich hinter den „Erfordernissen des Gemeinschaftslebens“ versteckte, ist alles andere als wettbewerbsspezifisch und dass das damalige „Volksempfinden“ alles andere als „gesund“ war, bedarf keiner näheren Erläuterung. Dass ein solches Urteil, das der Ideologie des Nationalsozialismus entsprungen oder doch zumindest von ihr geprägt ist und im übrigen auch wettbewerbsrechtlicher Bezugspunkte entbehrt, vom BGH kritiklos und unverändert zur Grundlage der entscheidungsmäßig größten Fallgruppe zu § 1 UWG a.F. gemacht werden konnte, spricht nicht eben für dessen differenzierte Auseinandersetzung mit der Gerichtsbarkeit und der Zeit, die ihm vorausgegangen ist.

Aber auch mit den neueren Entwicklungen der deutschen Rechtsprechung, die die Gesetzesnovelle von 2004 umsetzen wollte, bin ich nicht vorbehaltlos einverstanden. Meiner Ansicht nach ist der Blickwinkel, unter dem ein Rechtsbruch hier nun untersucht wird, falsch. Ausgangspunkt der Betrachtung darf nicht der Schutzzweck der verletzten Vorschrift sein, sondern der des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb selbst – Schutz der Unternehmer- und Verbraucherinteressen sowie der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb. Nur dann, aber auch jedes Mal dann, wenn diese Interessen verletzt werden, ist das Lauterkeitsrecht einschlägig. Welchen Interessen die verletzte Vorschrift dient, sollte keine Rolle spielen.

Hat sie einen wettbewerbsrechtlichen Schutzzweck? Umso besser, denn dann wird ihre Missachtung häufig auch den Wettbewerb beeinträchtigen. Das mag dem Kläger die Darlegung erleichtern. Aber auch wenn sie völlig andere Zwecke verfolgt, kann ihre Missachtung einen Markt erheblich verfälschen. Das ist im Einzelfall darzulegen. Für den Markt und insbesondere für den benachteiligten Mitbewerber oder Verbraucher ist es unerheblich, welche Motive hinter einem Gesetz stehen, welche Interessen und Zwecke es schützen soll und welche es nur de facto und reflexartig begünstigt.

Im Übrigen ist der Schutzzweck keinesfalls jedem Gesetz deutlich zu entnehmen, und selbst wenn das doch der Fall ist, bedeutet das nicht, dass sich der BGH konsequent an seine Linie hält.¹⁰⁴³ Das beschert diesem Ansatz ein gehöriges Maß an Rechtsunsicherheit.

Ausgangspunkt der Überlegungen muss stets sein, unter welchen Umständen ein Verstoß gegen eine beliebige außerwettbewerbsrechtliche Norm im Einzelfall Auswirkungen auf den Wettbewerb hat.

Es ist also neben dem bloßen Normverstoß nach weiteren, die Wettbewerbswidrigkeit begründenden Merkmalen zu suchen. Diese Suche muss ansetzen an der Interessentrias, die das Lauterkeitsrecht schützt. Mit anderen Worten: Welche Merkmale beschreiben die Verletzung von wettbewerbsrechtlich geschützten Interessen von Unternehmern, Verbrauchern oder der Allgemeinheit durch einen Rechtsbruch?

Die Interessen der Allgemeinheit möchte ich dabei aus folgendem Grund vernachlässigen: Es sind kaum Fälle denkbar, in denen neben dem Allgemeininteresse nicht zugleich auch Unternehmer- oder Verbraucherinteressen betroffen sind, so dass der Verzicht auf ihre gesonderte Erfassung keine Rechtsschutzlücke aufwirft. Andererseits würde die gesonderte Erwähnung und Schützung von wettbewerbsrechtlichen Allgemeininteressen die Gefahr bergen, dass das konkretisierende Adjektiv „wettbewerbsrechtlich“ vernachlässigt wird und sachfremde Interessen in die Bewertung von lauterkeitsrechtlichen Fällen einfließen. Das war in Deutschland traditionell hinsichtlich der Ahndung von Verstößen gegen werthaltige Normen so.

¹⁰⁴³ Problematisch BGH NJW 2002, 2645, wo ein entsprechender Schutzzweck verneint wird, obwohl er dem historischen Willen des Gesetzgebers zu entnehmen ist, vergleiche Dreher, ZIP 2002, 1645 (1650).

Einen gesonderten Kritikpunkt möchte ich hinsichtlich des geltenden UWG nachschieben: Ich unterstelle mit Blick auf die Vorarbeiten und die Ansichten der maßgeblich beteiligten Autoren, dass es nicht an der Unterscheidung zwischen werthaltigen und wertneutralen Normen festhalten will. Ob es die Aufgabe dieses Konzepts aber erreicht, wenn es sich hinsichtlich des Rechtsbruchs auf ein einziges Tatbestandsmerkmal, nämlich den wettbewerbsbezogenen Schutzzweck der verletzten Vorschrift, beschränkt, ist nicht sicher. Das gilt umso mehr, als es in Erläuterung der Vorschrift auf die aktuelle Rechtsprechung verweist. Die hat sich nämlich zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen UWG noch nicht ausdrücklich von diesem Konzept verabschiedet. Es erschien im Juli 2004 zumindest nicht ausgeschlossen, dass der BGH mit dem in § 4 Nr. 11 UWG vorgegebenen Merkmal an der Hand auch weiterhin, wenn auch in Fortführung der Aufweichung und Verwässerung seiner Grundsätze, an der Unterscheidung zwischen werthaltigen und wertneutralen Normen festhalten würde.

Mit Artikel 15 LCD in seiner herrschenden Auslegung stimmt das hier vorgeschlagene Konzept dahin gehend überein, dass eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs grundsätzlich Voraussetzung ist, dort in Form eines Vorteils. Dem Ergebnis stimme ich zu, allerdings ist es mit Artikel 15 meiner Ansicht de lege lata nicht zu erreichen, statuiert dieser doch den Vorteil ausdrücklich nur für seinen ersten Absatz, was schlusslogisch bedeutet, dass er hinsichtlich des zweiten Absatzes (Verstoß gegen wettbewerbsregelnde Normen) nicht vorausgesetzt werden kann.

Im Übrigen ist das Konzept des Vorteils nur hinsichtlich Unternehmerinteressen zu gebrauchen, für den Schutz der Interessen der Verbraucher taugt es nichts. Daher ist es unvollständig.

Zusammengefasst: Wettbewerbswidrigkeit wegen Rechtsbruchs ist zu bejahen, wenn der Rechtsbruch sich auf den Wettbewerb auswirkt, indem er Unternehmer- oder Verbraucherinteressen beeinträchtigt. Eine Schädigung des Interesses der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb ohne gleichzeitige Betroffenheit von Unternehmer- oder Verbraucherinteressen ist kaum denkbar und kann deshalb außer Acht gelassen werden.

Es sind also allgemeine Merkmale zu finden, die die Beeinträchtigung der entsprechenden Interessen umschreiben.

2. Insbesondere Beeinträchtigung von Unternehmerinteressen: Vorteil

Die in Deutschland wie in Spanien bekannte Zugrundelegung eines Wettbewerbsvorteils schützt speziell Unternehmerinteressen. Ausgangspunkt dieser Überlegung ist die Störung der *par condicio concurrentium* durch einen Gesetzesverstoß. Der hier gemachte Vorschlag weist keine besonderen Unterschiede zu den bekannten Konzepten auf.

a) Begriff

Ich ziehe den in Spanien gebräuchlichen Begriff des „Vorteils“ dem des deutschen „Vorsprungs“ vor. Der Begriff des „Vorsprungs“ beinhaltet, dass die günstigere wettbewerbliche Ausgangslage so im Wettbewerb eingesetzt wird, dass der Betroffene tatsächlich Profit aus seinem Verhalten schlägt. Der „Vorteil“ dagegen beschreibt lediglich den Einsatz der günstigeren Ausgangslage. Ob dieser zu wettbewerblichem Erfolg führt, ist unerheblich. Mit anderen Worten: Ob der Einsatz des durch den Rechtsbruch erlangten „Vorteils“ im Wettbewerb tatsächlich zu einem wettbewerblichen „Vorsprung“ führt, ist für die Bewertung des Verstoßes nicht entscheidend.

Im Wettbewerb eingesetzt werden muss der Vorteil allerdings, sonstige Verwendung, etwa zur Erhöhung der Gewinnspannen, fällt mangels Wettbewerbsbezugs nicht in den Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts.

Unter „Vorteil“ ist die Verbesserung der eigenen Wettbewerbslage im Vergleich zur Konkurrenz und zur Lage, die ohne den Verstoß bestehen würde, zu verstehen.

b) Schrankengleichheit / allgemeine Missachtung

Die herrschende Meinung in Deutschland zur alten Rechtslage und in Spanien wendet die Gruppe des Rechtsbruchs nicht an, wenn eine Vorschrift in einer Branche oder auf einem Markt allgemein missachtet wird, da dann keine *par condicio concurrentium* bestehe, die durch den einzelnen Gesetzesverstoß beseitigt bzw. beeinträchtigt werden könne. Wie Schricker¹⁰⁴⁴ bin ich dagegen der Ansicht, dass dies ein theoretischer Kathederfall ist, und dass auch noch der letzte gesetzestreue Wettbewerber Schutz genießt, so dass die Anwendung der Fallgruppe grundsätzlich nicht durch allgemeine Missachtung einer Vorschrift ausgeschlossen wird.

Es muss stets die *rechtmäßige par condicio concurrentium* gelten. Das bedeutet, dass im Falle eines einzigen gesetzestreuen Wettbewerbers eben der allein die *par condicio concurrentium* definiert, gegenüber der alle anderen Mitbewerber einen Vorteil haben. Dadurch, dass dieser Einzelne den Maßstab setzt und unerheblich ist, wie viele andere die entsprechende Vorschrift missachten, ist der Vorteil auch „bedeutsam“ im Sinne des Artikels 15 I 2 LCD, nämlich nicht gegenüber den übrigen, nicht interessierenden Gesetzesbrechern, sondern gegenüber der gesetzestreuen Konkurrenz, mag die auch noch so klein sein.¹⁰⁴⁵

Selbst wenn letztere tatsächlich einmal überhaupt nicht existent sein sollte, möchte ich die Anwendbarkeit des Lauterkeitsrechts unter folgendem Gesichtspunkt nicht ausschließen: Eine *par condicio concurrentium* im Unrecht kann es nicht geben. Existiert de facto kein einziger rechtstreuer Wettbewerber, so muss eben die theoretische Lage eines fiktiven Gesetzstreuen als Maßstab der *par condicio concurrentium* zugrunde gelegt werden. Gegenüber dieser besteht dann für sämtliche Marktteilnehmer ein Vorteil, gegen den vorgegangen werden kann. Wer das bestreitet, findet sich mit branchenweiten Wild-West-Verhältnissen ab. Kann aber gegen Missstände vorgegangen werden, so ist denkbar, dass die Aktion eines Einzelnen einen Schneeballeffekt auslöst, der zur Bereinigung der Branchengebräuche führt.

c) Keine subjektiven Voraussetzungen

Im Gegensatz zum UWG a.F. und mit der geltenden Rechtslage in Deutschland und Spanien plädiere ich für ein rein objektives Konzept. Solange der Betroffene seinen durch den Rechtsbruch erlangten Vorteil im Wettbewerb einsetzt, sind seine Beweggründe oder auch nur seine Kenntnis der Umstände unerheblich. Eine bewusste und planmäßige Gesetzesverletzung zur Erlangung eines Vorsprungs im Wettbewerb kann keine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Lauterkeitsrechts sein, da die subjektive Seite keinerlei Konsequenzen auf die tatsächlichen Auswirkungen des in Frage stehenden Verhaltens auf den Markt hat. Nur letztere können aber Maß gebend für die Anwendbarkeit des Lauterkeitsrechts sein.

3. Insbesondere Beeinträchtigung von Verbraucherinteressen: Entscheidung wegen irrtümlicher Annahmen

a) Allgemein

Vorab ist zu betonen, dass das Lauterkeitsrecht Verbraucher nicht umfassend schützt, sondern ausschließlich in ihrer Eigenschaft als Marktteilnehmer, also hinsichtlich ihrer Interessen als Bezieher von Leistungen im Wettbewerb. Werden sie getäuscht oder belästigt oder wird ihr Vermögen beeinträchtigt, so kann ihnen das Lauterkeitsrecht weiter helfen. Ist dagegen ihre Sicherheit oder Gesundheit gefährdet, so müssen sie anderweitige Abhilfe in den Gesetzen der entsprechenden Materien finden.

Die Frage ist also: Wo liegt der Zusammenhang zwischen einem Rechtsbruch und der Beeinträchtigung von wettbewerbsrechtlich geschützten Verbraucherinteressen? Oder anders:

¹⁰⁴⁴ S. 271 f.

¹⁰⁴⁵ Anderer Ansicht Alfaro, Enciclopedia 6862 (6864).

Welche zu unterbindenden Auswirkungen auf wettbewerbsrechtlich geschützte Verbraucherinteressen kann ein Rechtsbruch haben?

Denkbar wäre, auf eine Schädigung der Verbraucher abzustellen. Doch scheint mir das zu weit zu gehen. Ebenso wenig, wie es darauf ankommt, ob ein Vorteil so auf dem Markt eingesetzt wurde, dass die Konkurrenz tatsächlich einen Schaden erlitten hat, kann es entscheidend sein, ob Verbraucher tatsächlich geschädigt wurden. Die generelle Eignung hierzu muss genügen.

Besser erscheint mir der Begriff der Irreführung. Allerdings scheint es mir möglich, ein bestimmteres Kriterium zu finden.

Abstellen ließe sich auf die Frage, ob die Wahl des Verbrauchers durch marktgerechte Kriterien bestimmt wurde. Der Begriff der Marktgerechtigkeit könnte in Anlehnung an die Grundsätze des Leistungswettbewerbs näher bestimmt werden. Aber auch das ist problematisch, bliebe doch trotz der Berufung auf den Leistungswettbewerb ein gehöriges Maß an Unbestimmtheit und Rechtsunsicherheit – was ist marktgerecht, was nicht? Und hat der Verbraucher nicht ein Recht darauf, sich von nicht marktgerechten Kriterien leiten zu lassen? Konsumententscheidungen werden unter anderem bestimmt durch Geschmack, Image und Orientierung an Marken und dem, was diese repräsentieren wollen. Ist das marktgerecht? Sollten Entscheidungen nicht ausschließlich nach Qualität, Funktionalität und Preis bestimmt werden? Die Antwort auf die letzte Frage ist ein klares nein. Welche Kriterien auch immer der Verbraucher zugrunde legt, sie sind zu respektieren.

Das führt zu einem Ansatz, der eben genau auf die Kriterien des Verbrauchers abstellt. Welche hat er bei der Entscheidung des Kaufs oder der Inanspruchnahme der Dienstleistung zugrunde gelegt? Und hat er tatsächlich nach diesen Kriterien entschieden oder nach anderen, die ihm der Unternehmer durch den Rechtsbruch untergeschoben hat und die für ihn nicht Maß gebend sind? Ist letzteres der Fall, so ist das Verhalten des Unternehmers wegen Rechtsbruch, der Verbraucherinteressen beeinträchtigt, wettbewerbswidrig.

Entscheidend ist so die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers. Sie ist beeinträchtigt, wenn er durch den Rechtsbruch zu einer Entscheidung auf dem Markt veranlasst wurde, die er sonst nicht getroffen hätte.

b) Konkurrenz

Verletzt ein Verhalten neben den Grundsätzen des Rechtsbruchs weitere wettbewerbsrechtliche Tatbestände, so sollten die entsprechenden Vorschriften nebeneinander angewandt werden. Die Rechtsfolgen sind schließlich die gleichen, egal, ob eine oder mehrere Vorschriften einschlägig sind. Langes und mühsames Herumschlagen mit Konkurrenzproblemen wäre so nichts anderes als akademische Spiegelfechtereier.

Das gilt umso mehr, wenn anstatt von Spezialtatbeständen das Modell einer Generalklausel mit Beispielskatalog gewählt wird, denn dann steht am Ende ohnehin nur ein Verstoß gegen die Generalklausel, konkretisiert durch die Betroffenheit von einem oder eben mehreren Beispielstatbeständen.

c) Keine subjektiven Voraussetzungen

Wie zu der Beeinträchtigung von Unternehmerinteressen gilt auch hier, dass eine rein objektive Beeinflussung genügt. Darüber hinaus sind keine subjektiven Voraussetzungen zu fordern.

IV. Erheblichkeitsklausel

Dass der hier vorgeschlagene Ansatz grundsätzlich die Verletzung jedweder Norm unabhängig von ihrem Schutzzweck erfassen kann, birgt eine gewisse Gefahr der übermäßigen Inanspruchnahme der Gerichte. Zwar sichern die weiteren Voraussetzungen eine Anwendung des Rechtsbruchs ausschließlich auf Fälle mit strengem wettbewerblichen Bezug und ist die aktuelle, zurückhaltende Linie des BGH ein gewisser Garant gegen diese Gefahr, doch ist sie zumindest denkbar. Daher sollte nur eine bedeutsame Beeinträchtigung der

Unternehmer- oder Verbraucherinteressen erfasst werden. Der entsprechende Vorbehalt sollte jedoch als einheitliche Anwendbarkeitsschwelle des gesamten Lauterkeitsrechts in der Generalklausel untergebracht werden.¹⁰⁴⁶

V. Keine subjektiven Voraussetzungen

Wie bereits unter III.2.c) und III.3.c) dargelegt, plädiere ich für ein rein objektives Konzept. Beweggründe, planmäßiges Vorgehen oder auch nur die Kenntnis der Tatumstände sind unerheblich. Es genügt die Erfüllung der objektiven Voraussetzungen.

VI. Ausschließlichkeitsrechte

Mit Seifert¹⁰⁴⁷ möchte ich eine Befugnis von Konkurrenten, gegen die Missachtung von Ausschließlichkeitsrechten Dritter vorzugehen, grundsätzlich bejahen. Nur wenn der Betroffene darlegen kann, dass der Rechteinhaber den Gebrauch stillschweigend duldet, sollte diese Befugnis ausscheiden. Diese Duldung setzt aber eine Kenntnis der Nutzung oder eine allgemeine Erklärung, nicht gegen eine Inanspruchnahme vorgehen zu wollen, voraus. Da dies meist nicht gegeben sein wird, überwiegen hiernach die Fälle, in denen der Dritte, der nicht selbst Rechteinhaber ist, gegen eine unbefugte Inanspruchnahme vorgehen kann, sofern die weiteren Voraussetzungen gegeben sind.

Diese tatsächliche Vermutung, nach der der Rechteinhaber in der Regel nicht mit der unbefugten Nutzung einverstanden ist, gibt die Wirklichkeit wieder und verwehrt dem durch einen Rechtsbruch Beeinträchtigten den Rechtsschutz nicht aus Gründen von Beweisen, die er nicht oder nur unter großen Mühen und Kosten erbringen kann.

VII. Kodifizierungsvorschlag

Eine Vorschrift zum Rechtsbruch im Rahmen eines Beispielskatalogs zur Generalklausel könnte unter Berücksichtigung des hier Ausgeführten folgendermaßen lauten:

Entgegen [der Generalklausel] verhält sich insbesondere, wer

- X. einem Gesetz zuwider handelt und den dadurch erlangten Vorteil auf dem Markt einsetzt oder durch den Verstoß Verbraucher zu einer Entscheidung auf dem Markt veranlasst, die sie sonst nicht getroffen hätten.***

¹⁰⁴⁶ Siehe dazu A.VI.

¹⁰⁴⁷ ZUM 1985, 81.

C. Europa

Der Binnenmarkt kommt nicht ohne eine Harmonisierung des Lauterkeitsrechts aus. Das gilt umso mehr, als Versandhandel, neue Verkaufstechniken und vor allem der e-commerce ein enormes Potenzial für Binnengrenzen überschreitenden Handel beinhalten. Fühlen sich Nachfrager nicht sicher und verzichten Anbieter wegen der Masse an unterschiedlichen nationalen Vorschriften, die sie beachten müssen, so wird dieses Potenzial verschenkt.

Optimal wäre natürlich, dem einen Markt, den die Europäische Gemeinschaft beinhalten will, ein einheitliches lauterkeitsrechtliches Regelwerk gegenüberzustellen. Das liefe auf eine Verordnung hinaus. Eine solche wäre jedoch kaum konsensfähig und entspricht auch nicht der allgemeinen Praxis auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts. Realistisch erscheint mit jedoch eine möglichst weit gehende und detaillierte Richtlinie, die Möglichkeiten zur differenzierten Ausgestaltung im Rahmen der Umsetzung möglichst gering hält.

Eine solche Richtlinie sollte in zweierlei Hinsicht von allgemeiner Anwendbarkeit sein: Zum einen sollte sie technologie- und marktneutral ausgestaltet werden. Lauterkeitsrechtliche Grundsätze müssen einheitliche Standards für alle Branchen setzen. Außerdem wäre die Alternative einer kleinschrittigen Harmonisierung Branche für Branche ein langwieriger und mühsamer Prozess, der immer die Gefahr birgt, Regelungslücken zu hinterlassen. Für die Transparenz und Nachvollziehbarkeit europarechtlicher Regelungen wäre er Gift, da an Stelle eines europäischen Lauterkeitsrecht eine ganze Reihe unterschiedlicher Materien stehen würden, durch die sich beide Seiten kommerzieller Transaktionen durcharbeiten müssen.

Der Verbraucher wüsste nicht, ob die Standards, auf die er sich beim Kauf von Unterhaltungselektronik im europäischen Ausland verlassen konnte, auch gelten, wenn er nun den Erwerb von Software ins Auge fasst. Der Unternehmer, der Produkte verschiedener Märkte anbietet, müsste für jedes einzelne Produkt gesondert prüfen, was er darf und was nicht.

Zum anderen muss eine Richtlinie von allgemeiner Anwendbarkeit sein hinsichtlich der Interessen, die sie schützt. Eine Aufspaltung in Unternehmerinteressen (*business to business*, B2B) auf der einen und Verbraucherinteressen (*business to consumer*, B2C) auf der anderen Seite, wie sie zur Zeit durch den Kompetenzkonflikt zwischen der Generaldirektion Gesundheit und Verbraucherschutz, die für Verbraucherinteressen zuständig ist, und der Generaldirektion Binnenmarkt, die die Unternehmerinteressen schützt, verursacht wird, ist nicht akzeptabel. Eine solche Aufspaltung ist künstlich und lebensfremd und würde zwei zu beachtende Rechtsblöcke schaffen, wo nur einer hingehört – Unübersichtlichkeit und Anwendungsprobleme wären die Folgen. Im Übrigen kennen die meisten nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten die Differenzierung nicht, was die Rechtsunsicherheit in weiten Teilen der Europäischen Union noch verstärken würde. Aus diesem Grund ist auch der Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in seiner Beschränktheit abzulehnen.

Eine Richtlinie braucht als Mindestvoraussetzung eine Generalklausel. Ohne diese bleibt eine Harmonisierung fragmentarisch und unvollständig.

Da der Binnenmarkt tatsächlich immer mehr zu einem einheitlichen, einem nationalen Markt ähnlichen Markt wird, ist als rechtliches Gegenstück eine möglichst weit gehende Harmonisierung wünschenswert. Das bedeutet für diese Arbeit, dass eine Integrierung der hier vorgeschlagenen Vorschrift zum Rechtsbruch in eine europäische Richtlinie befürwortet wird. Gegen Gesetze missachtende Wettbewerber sollte unabhängig davon, ob der Bruch bzw. die Auswirkungen in Spanien, Deutschland oder sonst wo in der Gemeinschaft gegeben sind, mit den Mitteln des Lauterkeitsrechts vorgegangen werden können.

Ist eine Vorschrift zum Rechtsbruch auf europäischer Ebene nicht konsensfähig, so können die entsprechenden Fälle im Rahmen der Generalklausel geahndet werden, wobei eine

ausdrückliche Aufnahme in die Richtlinie zu einem späteren Zeitpunkt im Auge behalten werden sollte. Dieser Zeitpunkt ist gekommen, wenn die Vereinheitlichung des Marktes noch weiter voran geschritten ist und sich eine Richtlinie mit Generalklausel so weit bewährt hat, dass sie Vorbehalte gegen weiter gehende Harmonisierung beseitigt hat.

ZUSAMMENFASSUNG

Gesetzesverstöße im Wettbewerb können nicht behandelt werden, ohne dass zugleich auch die generellen lauterkeitsrechtlichen Anwendbarkeitsvoraussetzungen dargestellt werden. Diese können im Unterschied zum spanischen Modell in eine Generalklausel integriert werden, um ein übermäßiges Aufspalten in kleine Detailvorschriften zu verhindern. Vor allem sollte auf das Erfordernis eines Wettbewerbsverhältnisses verzichtet werden. Der unbestimmte Rechtsbegriff der Generalklausel sollte ein speziell lauterkeitsrechtlicher, bereits bekannter wie der des Leistungswettbewerbs sein.

Das klassische deutsche Modell zum Rechtsbruch mit seiner Differenzierung zwischen werthaltigen und wertneutralen Normen ist mangels Wettbewerbsbezugs der Kriterien abzulehnen. Der herrschenden Meinung zu Artikel 15 LCD, der den Rechtsbruch in Spanien regelt, stimme ich insofern zu, als sie auf Auswirkungen auf den Wettbewerb („Wettbewerbsvorteil“) abstellt. Allerdings sprengt die Interpretation die Grenzen der Wortlautauslegung. Im Übrigen lässt Artikel 15 LCD den Schutz von Verbraucherinteressen außer Acht.

Das Kriterium des deutschen Modells, das auf den wettbewerbsbezogenen Schutzzweck der verletzten Vorschrift abstellt, lehne ich ab. Entscheidend sollten vielmehr die konkreten Auswirkungen auf den Wettbewerb und auf die vom Lauterkeitsrecht geschützten Interessen sein. Dementsprechend könnte das hier ausgearbeitete Modell Auswirkungstheorie oder Auswirkungsansatz genannt werden.

Generalklausel und Beispielstatbestand der Generalklausel zum Rechtsbruch sollten in Deutschland, Spanien und einer europäischen Richtlinie einheitlich wie folgt lauten:

Generalklausel

Verhaltensweisen auf dem Markt, die geeignet sind, eigene oder dritte Leistungen zu fördern und den Leistungswettbewerb zum Nachteil der Marktteilnehmer bedeutsam zu beeinträchtigen, sind verboten, es sei denn, sie verfolgen keinen Wettbewerbszweck.

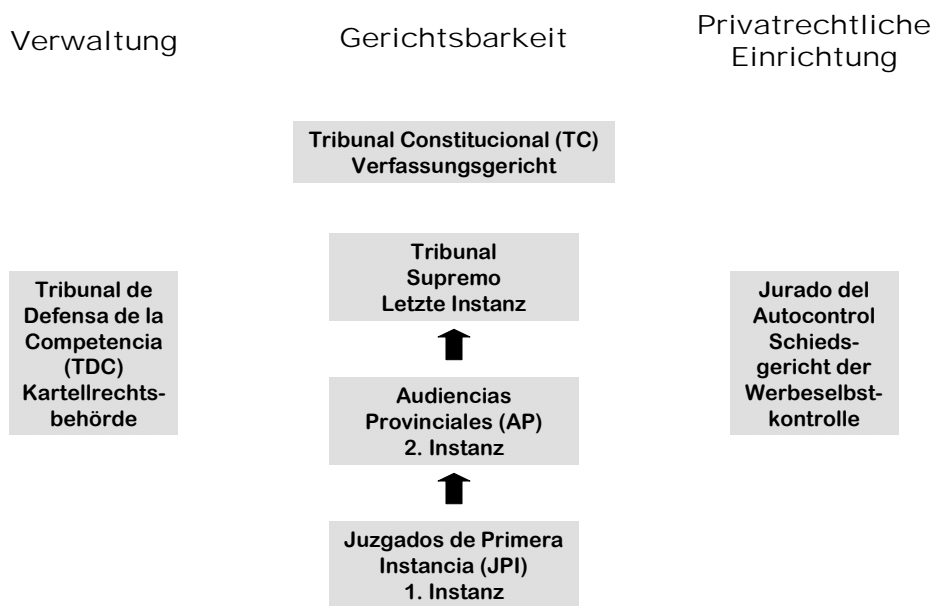
Rechtsbruch

Entgegen [der Generalklausel] verhält sich insbesondere, wer

- X. einem Gesetz zuwider handelt und den dadurch erlangten Vorteil auf dem Markt einsetzt oder durch den Verstoß Verbraucher zu einer Entscheidung auf dem Markt veranlasst, die sie sonst nicht getroffen hätten.*

ANHANG: GERICHTE, KARTELLBEHÖRDE UND WERBESELBSTKONTROLLE IN SPANIEN

An dieser Stelle werden zum besseren Verständnis kurz die Organe vorgestellt, die in Spanien für das Lauterkeitsrecht erhebliche Entscheidungen treffen. Neben der lauterkeitsrechtlich über drei Instanzen gehenden ordentlichen Gerichtsbarkeit (daneben gegebenenfalls Anrufung des Verfassungsgerichts) sind die Beschlüsse der Kartellrechtsbehörde und des Schiedsgerichts der Werbeselbstkontrolle relevant.



A. Gerichtsbarkeit

Gemäß Artikel 22 LCD werden lauterkeitsrechtliche Fälle gemäß den zivilprozessrechtlichen Vorschriften über Verfahren mit einem geringen Streitwert bearbeitet. Daher ist in erster Instanz stets der jeweilige *Juzgado de Primera Instancia* (JPI) zuständig.¹⁰⁴⁸

In zweiter Instanz folgen die *Audiencias Provinciales* (AP). Das sind die Gerichte der Provinzen, also der regionalen Unterteilungen der Autonomen Gemeinschaften (*Comunidades Autónomas*).¹⁰⁴⁹ In letzter Instanz entscheidet schließlich, wie in Deutschland auch, das höchste Zivilgericht, also der ordentliche Zweig des *Tribunal Supremo* (TS).¹⁰⁵⁰ Das ist allerdings vergleichsweise selten der Fall. Das Gros der Fälle wird nicht über die Entscheidung der *Audiencia Provincial* hinaus verfolgt.

Daneben hat der *Tribunal Constitucional* (TC, Verfassungsgericht) sich vor allem mit Fragen der Zuständigkeitsverteilung zwischen Autonomen Gemeinschaften und Gesamtstaat hinsichtlich Lauterkeitsrecht, Verbraucherschutz und Binnenhandel beschäftigt.

¹⁰⁴⁸ Vgl. Massaguer Art. 22 Rn 3.

¹⁰⁴⁹ Vgl. Ramos 166.

¹⁰⁵⁰ Vgl. Ramos 181.

B. Kartellbehörde

Die Zuständigkeiten des *Tribunal de Defensa de la Competencia* (TDC) und die Verfahren vor diesem sind in den Titeln II und III der *Ley de Defensa de la Competencia* (LDC, Kartellgesetz) geregelt. Der TDC ist ein Verwaltungsorgan eigener Art.¹⁰⁵¹ Er ist funktionell unabhängig (Art. 20 LDC) und hat beratende und entscheidende Funktionen.¹⁰⁵²

Für die vorliegende Arbeit interessieren nur letztere. Dem TDC ist der *Servicio de Defensa de la Competencia* vorgeschaltet (Artikel 30 ff LDC). Vor diesem kann jedermann unabhängig von einem rechtlich anerkennenswerten Interesse kartellrechtswidrige Verhaltensweisen anzeigen (Artikel 36 I LDC). Der *Servicio* arbeitet die Anzeigen auf und leitet sie an den TDC weiter (Artikel 37 III LDC). Der entscheidet per Beschluss (*resolución*) über das Vorliegen von Kartellrechtswidrigkeit und setzt gegebenenfalls Geldbußen fest (Artikel 46 LDC). Gegen die Beschlüsse steht der Weg vor die Verwaltungsgerichtsbarkeit offen (Artikel 49 LDC). Zuständig ist zunächst die *Audiencia Nacional* und dann der *Tribunal Supremo*.¹⁰⁵³

Hinsichtlich des Lauterkeitsrechts sind die Beschlüsse des TDC insofern relevant, als sie die Rechtmäßigkeit von Standesrecht gemäß Artikel 1, 2 LDC behandeln und insofern sie Artikel 7 LDC anwenden. Nach dem verstoßen unlautere Verhaltensweisen auch gegen die LDC, wenn sie das Allgemeininteresse beeinträchtigen und den freien Wettbewerb spürbar verfälschen.

C. Werbeselbstkontrolle

1995 gründete sich die Vereinigung der Selbstkontrolle der Werbung (*Asociación de Autocontrol de la Publicidad*, später umbenannt in *Asociación para la Autoregulación de la Comunicación Comercial*, kurz *Autocontrol*). Zwar gab es schon seit den 70er Jahren eine Gesellschaft mit gleicher Zielsetzung, jedoch wurde diese von der Werbewirtschaft beharrlich ignoriert.¹⁰⁵⁴

Autocontrol ist eine nicht gewinnorientierte Vereinigung freiwilliger Mitgliedschaft öffentlicher und privater Unternehmen, Agenturen und Medien.¹⁰⁵⁵ Sie hat Verhaltenskodizes herausgegeben, deren Einhaltung sie überwacht.¹⁰⁵⁶ Neben Mediation und klassischer Schiedsgerichtsbarkeit, die den Weg vor die ordentlichen Gerichte vermeiden soll, sind vor allem die Beschlüsse (*resoluciones*) des *Jurado* von Bedeutung.¹⁰⁵⁷ Der *Jurado* ist ein unabhängiges und autonomes Organ, das Verhaltensnormen der Werbung anwendet. Er setzt sich zusammen aus Juristen und Werbefachleuten.¹⁰⁵⁸ Jede Person, die ein legitimes Interesse vorweist (also nicht nur Mitglieder), kann unstatthafte Werbung anzeigen.¹⁰⁵⁹ Der *Jurado* kann die beanstandete Werbung für unstatthaft erklären, Verwarnungen herausgeben oder Unterlassung oder Berichtigung fordern.¹⁰⁶⁰ Nichtbefolgung der Beschlüsse durch Mitglieder kann mit Mahnung, Suspendierung der Mitgliedschaft, Suspension der Wahlrechte und Ausschluss geahndet werden.¹⁰⁶¹ Gegen die Beschlüsse kann vor der jeweiligen Sektion und vor dem Plenum des *Jurado* vorgegangen werden.¹⁰⁶²

¹⁰⁵¹ Hierro *Revista española de Derecho Administrativo* 1991, 333 (335 f).

¹⁰⁵² Hierro *Revista española de Derecho Administrativo* 1991, 333 (336).

¹⁰⁵³ Vicent, *Introducción* S. 639.

¹⁰⁵⁴ De la Cuesta S. 246.

¹⁰⁵⁵ Tato ADI 1997, 161 (167 f).

¹⁰⁵⁶ De la Cuesta S. 244.

¹⁰⁵⁷ De la Cuesta S. 247.

¹⁰⁵⁸ Tato ADI 1997, 161 (171 f).

¹⁰⁵⁹ Tato ADI 1997, 161 (180).

¹⁰⁶⁰ Tato ADI 1997, 161 (181).

¹⁰⁶¹ Tato ADI 1997, 161 (182 Fn 92).

¹⁰⁶² Tato ADI 1997, 161 (182).

Kritisiert worden ist, dass der *Jurado* für ein freiwilliges System unüblich seine Beschlüsse unabhängig davon fasst, ob sich der Betroffene ihm unterwirft oder überhaupt Mitglied der *Autocontrol* ist. Da der *Jurado* also praktisch zu allem und jedem seine Meinung abgeben kann, wird *Autocontrol* so zu einer Vergabestelle für die „Lizenz zum Werben“ und zu einer Instanz der „Zensur“ (im untechnischen Sinn), was in verfassungsrechtlicher Hinsicht nicht ganz unproblematisch ist.¹⁰⁶³ Ebenso problematisch ist die Tatsache, dass der *Jurado* über den Verhaltenskodex der *Autocontrol*, der unter anderem besagt, dass Werbung das geltende Recht zu beachten hat, de facto Gesetze anwendet, wenn auch nur mittelbar. Das ist aber verfassungsgemäß (Artikel 117 CE) der staatlichen Rechtsprechung vorbehalten.¹⁰⁶⁴ Nichtsdestotrotz hat *Autocontrol* die Überwachung der Werbung weit gehend in eigene Hände genommen. Entscheidungen der ordentlichen Gerichte zu Artikel 15 LCD, die Werbung betreffen, gibt es fast nicht. Die Beschlüsse des *Jurado* finden sich unter www.aap.es (kostenpflichtig).

¹⁰⁶³ De la Cuesta S. 248.

¹⁰⁶⁴ Tato ADI 1997, 161 (174).

LITERATURVERZEICHNIS

- Alfaro Águila-Real, Jesús* Competencia Desleal por infracción de normas RDM 1991, 667
- derselbe* Violación de Normas (Competencia Desleal) (D.º Mercantil)
Enciclopedia Jurídica Básica, Band IV
Madrid 1995, 6862
- Alonso Soto, Ricardo* Competencia Desleal y Publicidad
in: Uría, Rodrigo / Menéndez Menéndez, Aurelio:
Curso de Derecho Mercantil
Madrid 1999, 325
- Bacharach de Valera, Sol* La acción de cesación para la represión de la competencia desleal
Madrid 1993
- Barona Vilar, Silvia* Competencia Desleal
2. Auflage, Valencia 1999
- Baumbach, Adolf /
Hefermehl, Wolfgang* Wettbewerbsrecht
22. Auflage, München 2001
- Beater, Axel* Schutzzweckdenken im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb
JZ 1997, 916
- derselbe* Zum Verhältnis von europäischem und nationalem Wettbewerbsrecht
Überlegungen am Beispiel des Schutzes vor irreführender Werbung und des Verbraucherbegriffs
GRUR Int. 2000, 963
- Beier, Friedrich-Karl* Entwicklung und gegenwärtiger Stand des Wettbewerbsrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
GRUR Int. 1984, 61
- Beier, Friedrich Karl /
Schricker, Gerhard* Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent- Urheber- und Wettbewerbsrecht zur Novellierung des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (1993)
GRUR 1993, 880
- Bercovitz Rodríguez-Cano,* Apuntes de Derecho Mercantil

- Alberto* Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial
2. Auflage, Escano 2001
- derselbe* La competencia desleal
DN 20/1992, 1
- derselbe* La formación del Derecho de la Competencia
ADI 1975, 61
- derselbe* Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal
in: Bercovitz, Alberto (Herausgeber): La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991
Madrid 1992
- Berg, Axel* Das neue spanische Recht gegen den unlauteren Wettbewerb von 1991
München 1997
- Berlit, Wolfgang* Das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: Von den guten Sitten zum unlauteren Verfälschen
WRP 2003, 563
- Borck, Hans-Günther* Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb
WRP 1994, 719
- derselbe* UWG-Deregulierung als Reformersatz
Einige Bemerkungen zum Entwurf eines UWG-Änderungsgesetzes
WRP 1994, 349
- Botana Agra, M.* Disciplina de la competencia desleal y regulación de determinadas prácticas comerciales en España
ADI 1983, 487
- Botija Beltrán, Miguel Ángel* Actos desleales por infracción de normas
Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
13/1999, 73
- Broseta Pont, Manuel* Manual de Derecho Mercantil
11. Auflage, Madrid 2002
- Bruhn, Dirk* Mitteilungen: Fachausschuss für Wettbewerbs- und Markenrecht – Protokoll der Sitzung vom 14.11.2002
GRUR 2003, 132

<i>Bundesrat</i>	Stellungnahme des Bundesrats zum Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb BT Drucksache 15/1487, 29
<i>Bundesministerium der Justiz</i>	Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWGÄndG) WRP 1994, 369
<i>dasselbe</i>	Gesetzesentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) www.bmj.bund.de
<i>dasselbe</i>	Referentenentwurf – Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb GRUR 2003, 298
<i>dasselbe</i>	Schreiben vom 15. September 1993 zur Novellierung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb GRUR 1993, 877
<i>Bundesregierung</i>	Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrats zum Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb BT Drucksache 15/1487, 40
<i>Burmann, Hans-Franz</i>	Zum Problem der Sittenwidrigkeit im Wettbewerb Ethische Wertvorstellungen – Anstandsgefühl – oder wettbewerbsbezogene Kriterien als Bewertungsmaßstab? WRP 1972, 511
<i>Busse, Rudolf / Starck, Joachim</i>	Warenzeichengesetz nebst Pariser Verbandübereinkunft und Madrider Abkommen Kommentar 6. Auflage, Berlin 1990
<i>Callmann, Rudolf</i>	Kampfpreise MuW 1929, 570
<i>De la Cuesta Rute, José M^{el}</i>	Curso de Derecho de la Publicidad Navarra 2002
<i>derselbe</i>	La acción de cesación y abstención de la publicidad ilícita : una sentencia ejemplar ADI 1984, 1985, 519
<i>Desdentado Daroca, Elena</i>	Precios de los libros y competencia desleal

- Comentario a las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 18-III-1998 y de Sevilla de 21-XII-1996
RDM 1998, 1251
- Deutscher Reichstag* Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstages, 9. Legislaturperiode, 4. Session, 2. Anlagenband
Berlin 1896
- Diaz Velasco, Manuel* Notas para el estudio de la competencia ilícita
RDM 1946, 453
- Díez-Picazo, Luis* El abuso del derecho y el fraude de ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones
DJ 1974, 1329
- Doepner, Ulf* Unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch – Quo vadis?
Festschrift für Horst Helm, München 2002, 47 und GRUR 2003, 825
- derselbe* Unlauterer Wettbewerb durch Verletzung von der Verbraucherinformation dienenden Gesetzesvorschriften
WRP 1980, 473
- derselbe* Unlauterer Wettbewerb durch Verletzung von Marktzutrittsregeln?
WRP 2003, 1292
- Dreher, Meinrad* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 25.4.2002 (Elektroarbeiten)
ZIP 2002, 1645
- Eichmann, Helmut* Der Vorsprung durch eigenen Rechtsbruch
GRUR 1967, 564
- Ekey, Friedrich L. / Klippel, Diethelm / Kotthoff, Jost / Meckel, Astrid / Plaß, Gunda* Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht
Heidelberg 2000
- Embid Irujo, Jose Miguel* La Competencia Desleal en el Derecho Español
CDC 24 (1997), 141
- Emmerich, Volker* Unlauterer Wettbewerb
6. Auflage, München 2002
- Engels, Stefan / Salomon, Thomas H.* Vom Lauterkeitsrecht zum Verbraucherschutz:
UWG-Reform 2003

- WRP 2004, 32
- Ernst, Stefan* Abmahnungen auf Grund von Normen außerhalb des UWG – Die Rechtslage nach jüngerer Rechtsprechung und Gesetzesnovelle WRP 2004, 1133
- Europäische Kommission* Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern
KOM (2003) 356 endgültig
http://europa.eu.int/lex/pri/de/lip/latest/doc/2003/com2003_0356de01.doc
- dieselbe* Vorschlag für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt
KOM (2001) 546 endg.
www.europa.eu.int/comm/internal_market/comcom/unfair/index_de.htm
- dieselbe* Grünbuch über Verbraucherschutz
KOM (2001) 531 (endg.)
www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/fair_comm_pract_/fair_comm_pract_index_en.html
- dieselbe* Harte Zeiten für unseriöse Geschäftemacher: Kommission schlägt EU-weites Verbot unlauterer Geschäftspraktiken vor
http://europa.eu.int/comm/press_room/index_de.htm
18.6.2003
- Fernández López, Juan Manuel* El nuevo marco de la competencia desleal. La cláusula general de la ley de 1991 Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid 13/1999, 7
- Fernández-Novoa, Carlos* La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de la veracidad
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera), de 2 de febrero de 1974
ADI 1975, 369
- derselbe* Reflexiones preliminares sobre la Ley de Competencia Desleal
La Ley 1991-II, 1179
- Fezer, Karl-Heinz* Markenrecht – Kommentar zum Markengesetz, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen
3. Auflage, München 2001

- derselbe* Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrechts
WRP 2001, 989
- Fikentscher, Wolfgang* Zur internationalen Entwicklung des Wettbewerbsrechts (Beschränkungs- und Lauterkeitsrecht): Wirtschaftsfreiheit und Wirtschaftskultur
in Schricker, Gerhard / Henning-Bodewig, Frauke: Neuordnung des Wettbewerbsrechts
Baden-Baden 1998 / 1999
- Font Galán, Juan Ignacio* La crisis de la "relación de competencia" como presupuesto técnico de aplicación de la cláusula general de la competencia desleal
Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense 1986 – 1987 I, 231
- Frenz, Walter* Kommunalwirtschaft außerhalb des Wettbewerbs?
WRP 2002, 1367
- derselbe* Wettbewerb in der Abfallwirtschaft
WRP 2003, 455
- Frenzel, Sten* Neukonzeption des Rechtsbruchtatbestands abgeschlossen – Zu § 3 i.V.m. § 4 Nr. 11 UWG
WRP 2004, 1137
- Gamerith, Helmut* Neue Herausforderungen für ein europäisches Lauterkeitsrecht
Studie für den Arbeitskreis „UWG“ des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit
WRP 2003, 143
- García Miján, Lobato* Los actos de imitación en la Ley de Competencia Desleal de 10 de Enero de 1991 en relación con el ordenamiento jurídico comunitario. Especial referencia a la relación entre los derechos de propiedad industrial y la competencia desleal
RDPr. 1992, 728
- von Gierke, Julius / Sandrock, Otto* Handels- und Wirtschaftsrecht Band 1: Allgemeine Grundlagen – Der Kaufmann und sein Unternehmen
9. Auflage, Berlin 1975
- Gimeno Olcina, Luis* Algunos problemas de la Ley de Competencia Desleal
La Ley 1993-II, 941
- Girón Tena, José* Estudios de Derecho Mercantil

- Madrid 1955
- Glöckner, Jochen* Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken, deutsches UWG oder die schwierige Umsetzung von europarechtlichen Generalklauseln WRP 2004, 936
- Gloy, Wolfgang* Handbuch des Wettbewerbsrechts
2. Auflage, München 1997
- derselbe* Die Entwicklung des Wettbewerbsrechts und seiner Nebengebiete
Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitung, Band II, Weinheim 1991, 855
- Gloy, Wolfgang /
von Godin, Hans* Eingabe zur UWG-Novelle III B 5 7034/4-31 1965/93
Wettbewerbsrecht
Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nebst Warenzeichenverletzung, Zugabeverordnung und Rabattgesetz
2. Auflage, Berlin 1974
- Göhre, Stefan* Frischer Wind aus Brüssel? Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt und das Grünbuch der Europäischen Kommission zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union
WRP 2002, 36
- Gómez Segade, José Antonio* El secreto industrial (know how)
Concepto y protección
Madrid 1974
- von Gramm, Otto-Friedrich* Entwicklungen im Wettbewerbsrecht
WM 1976, 338
- derselbe* Wettbewerbsrecht
Mit Zugabe- und Rabattrecht sowie mit Nebengesetzen und kartellrechtlichen Vorschriften
5. Auflage, Berlin 1987
- Gröning, Jochem* Kommunalrechtliche Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden und Drittschutz auf dem ordentlichen Rechtsweg
WRP 2002, 17
- derselbe* Vom Saulus zum Paulus?
– Der Wettbewerbsrichter im geänderten UWG –

- WRP 1994, 435
- Haslinger, Stephanie* Schutzlos gegen rechtswidrigen Marktzutritt der öffentlichen Hand? – „Erwünschte Belebung des Wettbewerbs“?
WRP 2002, 1023
- Hauß, E.* Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs
Berlin 1896
- Hefermehl, Wolfgang* Das Prokrustesbett „Wettbewerbsverhältnis“
Festschrift für Max Krummer
Bern 1980, 345
- derselbe* Die Konkretisierung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel durch Rechtsprechung und Lehre
Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitung,
Band II, Weinheim 1991, 897
- derselbe* Entwicklungen im Recht gegen unlauteren Wettbewerb
Festschrift für Robert Fischer
Berlin 1979, 197
- Henning-Bodewig, Frauke* Das Europäische Wettbewerbsrecht:
Eine Zwischenbilanz
GRUR Int. 2002, 389
- dieselbe* Das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
GRUR 2004, 713
- dieselbe* Der internationale Schutz gegen unlauteren Wettbewerb
in Schricker, Gerhard / Henning-Bodewig, Frauke:
Neuordnung des Wettbewerbsrechts
Baden-Baden 1998 / 1999
- dieselbe* Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken und UWG-Reform
GRUR Int. 2004, 183
- dieselbe* Stellungnahme des Max-Planck-Instituts zum Vorschlag einer Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vom 18.6.2003 und einer Verordnung über Zusammenarbeit im Verbraucherschutz vom 18.7.2003
GRUR Int. 2003, 926
- Henning-Bodewig, Frauke /* Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für

<i>Schricker, Gerhard</i>	ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht zum Grünbuch zum Verbraucherschutz in der EU KOM (2001) 531 endg. GRUR Int. 2002, 319
<i>Henssler, Martin / Strohe, Dirk</i>	Anm. LM Nr. 838/839 zu § 1 UWG – Verbandsklage gegen Vielfachabmahner
<i>Hierro, Liborio L.</i>	Funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y principios reguladores del procedimiento Revista española de Derecho Administrativo 1991, 333
<i>Hirtz, Bernd</i>	Der Rechtsbegriff „Gute Sitten“ in § 1 UWG GRUR 1986, 110
<i>derselbe</i>	Die Bedeutung des Wettbewerbsverhältnisses für die Anwendung des UWG GRUR 1988, 173
<i>Ibáñez García, Isaac</i>	La aplicación a los profesionales de las normas del Derecho de competencia DN 8/1991, 21
<i>Illescas Ortiz, Rafael</i>	Derecho de la Competencia: Competencia Desleal in: Jiménez Sánchez, Guillermo J.: Derecho Mercantil Band 1 6. Auflage, Barcelona 2000, 646
<i>derselbe</i>	La infracción inducida de contratos y de normas como acto de competencia desleal in: Bercovitz, Alberto: La regulación contra la Competencia desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991 Madrid 1992, 107
<i>Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela</i>	Resoluciones ADI 1975, 665; ADI 1976, 663; ADI 1977, 565; ADI 1978, 623; ADI 1979, 1980, 401
<i>Jakobs, Rainer / Lindacher, Walter F. / Teplitzky, Otto (Herausgeber)</i>	Großkommentar zum UWG Berlin, seit 1991
<i>Jiménez Sánchez, Guillermo J. (Herausgeber)</i>	Lecciones de Derecho Mercantil 6. Auflage, Madrid 2000
<i>Joliet, Rene</i>	Derecho de la competencia desleal y libre circulación de mercancías La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

RGD 1995, 493

Katzenberger, Paul

Die Rolle des Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechts bei der Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs
Bericht über die Arbeitstagung der Fachgruppe für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht der Gesellschaft für Rechtsvergleichung am 20. September 1973 in Hamburg
GRUR Int. 1973, 700

Knöpfle, Robert

Schwerpunkte der Rechtsprechung des BGH zum unlauteren Wettbewerb in den Jahren 1982 und 1983
JZ 1984, 923

derselbe

Zum Erfordernis eines Wettbewerbsverhältnisses bei der Anwendung des UWG
UFITA 93 (1982) 25

Köhler, Helmut

Anmerkung zu BGHZ 140, 134 – Hormonpräparate
LM UWG § 1 Nr. 793 (9/99)

derselbe

Das neue UWG
NJW 2004, 2121

derselbe

Der Rechtsbruchtatbestand im neuen UWG
GRUR 2004, 381

derselbe

Wettbewerbsrecht im Wandel: Die neue Rechtsprechung zum Tatbestand des Rechtsbruchs
NJW 2002, 2761

derselbe

Wettbewerbsrechtliche Grenzen der Betätigung kommunaler Unternehmen
WRP 1999, 1205

derselbe

Wettbewerbsverstoß durch rechtswidrigen Marktzutritt?
GRUR 2001, 777

Köhler, Helmut / Bornkamm, Joachim / Henning-Bodewig, Frauke

Vorschlag für eine Richtlinie zum Lauterkeitsrecht und eine UWG-Reform
WRP 2002, 1317

Köhler, Helmut / Lettl, Tobias

Das geltende europäische Lauterkeitsrecht, der Vorschlag für eine EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die UWG-Reform
WRP 2003, 1019

Köhler, Helmut / Piper, Henning

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
3. Auflage, München 2002

<i>Kohler, Josef</i>	Der unlautere Wettbewerb Berlin / Leipzig 1914
<i>Kroitzsch, Hermann</i>	Die Gesetzesflut öffentlich-rechtlicher Normen als wettbewerbsrechtliche Nebengesetze zu § 1 UWG GRUR 1982, 389
<i>derselbe</i>	Große UWG-Novelle und Rechtseinheit GRUR 1995, 322
<i>Kunz-Hallstein / Loschelder</i>	Stellungnahme zum Entwurf für eine europäische Richtlinie und ein deutsches Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb GRUR 2003, 127
<i>dieselben</i>	Stellungnahme zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern – KOM (2003) 356 endg. GRUR 2004, 215
<i>Lacruz Berdejo, José Luis</i>	Elementos de Derecho civil, I.-3 2. Auflage, Madrid 2000
<i>Lammel, Siegbert</i>	Wettbewerbsfreiheit und Staatsintervention - Zur Entwicklung des Wettbewerbsrechts im 19. Jahrhundert GRUR 1986, 362
<i>Leible, Stefan</i>	Bedeutung und Bestimmung der Verkehrsauffassung im spanischen Recht des unlauteren Wettbewerbs WRP 1992, 1
<i>derselbe</i>	Das neue spanische Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ZfRV 1992, 257
<i>Lema Devesa, Carlos</i>	Posibilidades y remedios para reprimir la competencia desleal DN 6/1991, 3
<i>Lettl, Tobias</i>	Gemeinschaftsrecht und neues UWG WRP 2004, 1079
<i>Lindacher, Walter</i>	Grundfragen des Wettbewerbsrechts BB 1975, 1311
<i>Loschelder, Michael</i>	Die Novellierung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb GRUR 1994, 535

- Madrenas i Boadas, Carmen* Comentarios Prácticos : La Ley n.º 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
BIM, Praxis Mercantil 15.2.1991, 2
- dieselbe* Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal
La parcialidad de la publicidad y los costes de la competencia
Madrid 1990
- Massaguer Fuentes, José* Comentario a la Ley de Competencia Desleal
Madrid 1999
- derselbe* La regulación de los servicios profesionales
(Un análisis de racionalidad económica y legitimidad antitrust
IURIS 3/1994, 85
- Mayer-Maly, Theo* Die guten Sitten als Maßstab des Rechts
JuS 1986, 596
- Mees, Hans-Kurt* Einheitliche Beurteilung der Sittenwidrigkeit im Sinne des § 1 UWG bei Verstößen gegen wertbezogene und wertneutrale Normen
GRUR 1996, 644
- derselbe* Wettbewerbsverletzungen durch vorangegangenen Normenverstoß – Gedanken zur Entscheidung des OLG Frankfurt am Main – Tarifvertragsverstoß
Festschrift für Fritz Traub
Frankfurt am Main 1994, 275
- derselbe* Zum Erfordernis der Spürbarkeit bei Wettbewerbsverletzungen durch Normverstöße
Festschrift für Ralf Vieregge
Berlin 1995, 617.
- Menéndez Menéndez, Aurelio* La Competencia Desleal
Madrid 1988
- Micklitz, Hans W. /
Keßler, Jürgen* Europäisches Lauterkeitsrecht
Dogmatische und ökonomische Aspekte einer Harmonisierung des Wettbewerbsverhaltensrechts im europäischen Binnenmarkt
GRUR Int. 2002, 885
- Ministerio de Justicia* Comentario del Código Civil, Band I
2. Auflage, Madrid 1993

<i>Molina Blázquez, Concepción</i>	La función de la Ley de Competencia Desleal en la normativa española de la competencia Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid 1/1992, 29
<i>dieselbe</i>	Protección jurídica de la Lealtad en la Competencia Madrid 1993
<i>de los Mozos, José Luis</i>	El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español Barcelona 1965
<i>Muñoz Rojas, Tomás</i>	Regulación sustantiva y procesal de la “competencia mercantil” (Leyes 16/1989 y 3/1991) AC, Doctrina, 1991-II Rn 319
<i>Nacken, Gert A.</i>	Anmerkungen zu den Änderungen des UWG WRP 1994, 791
<i>Nägele, Thomas</i>	Das konkrete Wettbewerbsverhältnis Entwicklungen und Ausblick WRP 1996, 997
<i>Nordemann, Wilhelm</i>	Der verständige Durchschnittsgewerbetreibende – Zum Begriff der „guten Sitten“ in § 1 UWG GRUR 1975, 625
<i>Nordemann, Wilhelm / Nordemann, Axel / Nordemann, Jan Bernd</i>	Wettbewerbs- und Markenrecht 8. Auflage, Baden-Baden 1995
<i>Ohly, Ansgar</i>	Das neue UWG – Mehr Freiheit für den Wettbewerb? GRUR 2004, 889
<i>derselbe</i>	Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs Köln 1997
<i>Otamendi Rodriguez-Bethencourt, Juan José</i>	Competencia Desleal – Análisis de la Ley 3/1991 Pamplona 1992
<i>Otero Lastres, Jose Manuel</i>	La nueva Ley sobre Competencia Desleal La Ley 1991-IV, 1053 deutsche Übersetzung in GRUR Int. 1992, 183
<i>Palau Ramírez, Felipe / Tato Plaza, Anxo</i>	Competencia desleal y libre circulación de mercancías en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ADI 1993, 247
<i>Paz-Ares, Candido</i>	Constitución económica y competencia desleal (Reflexiones sobre la experiencia italiana)

- ADC 1981, 927
- derselbe* El Ilícito Concurrencial: De la Dogmática Monopolista a la Política Antitrust (Un Ensayo sobre el Derecho Aleman de la Competencia desleal)
RDM 1981, 7 in Kraft.
- Pedrerol y Rubí, José* El nombre comercial, las recompensas industriales, las indicaciones de procedencia y la competencia ilícita según la Ley de Propiedad Industrial
Barcelona 1912
- Prat de la Riba, Enric* Ley jurídica de la industria
Estudio de filosofía jurídica, seguido de bases para la formación de un código industrial
Barcelona 1898
- Quack, Friedrich* Vom Beitrag des unlauteren Wettbewerbs zur Entwicklung des Wirtschaftsverwaltungsrechts
Anmerkungen zur Auslegung des Wirtschaftsverwaltungsrechts durch höchstrichterliche Rechtsprechung zum UWG
Festschrift für Reinhold Trinker
Heidelberg 1995, 265
- Ramos Méndez, Francisco* El Sistema Procesal Español
5. Auflage, Barcelona 2000
- Rehbinder, Eckard* Anmerkung zu BGH Z 144, 255 – Abgasemissionen
LM UWG § 1 Nr. 822 (1/01)
- Reich, Norbert / Wegener, Hartmut* Verbraucherschutz und Wettbewerb –
BGH, NJW 1973, 1371 und 1974, 140
JuS 1974, 561
- Rittner, Fritz* Wettbewerbs- und Kartellrecht
Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts für Studium und Praxis
6. Auflage, Heidelberg 1999
- Röhrenbach, Peter / Meister, Andreas* Dokumentation der „Besonderheiten“
des Wettbewerbsrechts in Europa: Spanien
WRP 1990, 307
- Rojo, Angel* Actividad económica pública y actividad económica privada en la constitución española
RDM 1983, 309
- Ruiz de Velasco y del Valle, Adolfo* Manual de Derecho Mercantil
Bilbao 1992

<i>Sack, Rolf</i>	Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktor der guten Sitten NJW 1985, 761
<i>derselbe</i>	Der wettbewerbsrechtliche Schutz gegen den Gebrauch des Namens verstorbener Persönlichkeiten zu Wettbewerbszwecken WRP 1982, 615
<i>derselbe</i>	Die lückenfüllende Funktion der Sittenwidrigkeitsklauseln WRP 1985, 1
<i>derselbe</i>	Die wettbewerbsrechtliche Durchsetzung arbeitsrechtlicher Normen WRP 1998, 683
<i>derselbe</i>	Gesetzwidrige Wettbewerbshandlungen nach der UWG-Novelle WRP 2004, 1307
<i>Sánchez Calero, Fernando</i>	Instituciones de Derecho Mercantil Band I 24. Auflage, Madrid 2002
<i>derselbe</i>	Instituciones de Derecho Mercantil Madrid 1986
<i>derselbe</i>	Principios de Derecho Mercantil 5. Auflage, Madrid 2000
<i>Sánchez Solé, Sergio</i>	Consideraciones sobre el Artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal BIM, Praxis Mercantil 15.7.1992, 191
<i>derselbe</i>	La violación de normas como acto de competencia desleal [Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª) de 21 de marzo de 1994] RGD 1995, 791
<i>von Schall-Riauour, Georg</i>	Wettbewerbsverstöße durch Verletzung außerwettbewerbsrechtlicher Normen München 1968; Dissertation Universität München 1968
<i>Schricker, Gerhard</i>	Deregulierung im Recht des unlauteren Wettbewerbs? GRUR Int. 1994, 586

- derselbe* Die europäische Angleichung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs – ein aussichtsloses Unterfangen?
GRUR Int. 1990, 771
- derselbe* Gesetzesverletzung und Sittenverstoß
Rechtsvergleichende Untersuchung zur wettbewerbsrechtlichen Haftung bei Verletzung außerwettbewerbsrechtlicher Normen
München 1970;
Habilitation Universität München 1969
- derselbe* Grenzen des Verbraucherschutzes
Zur Auslegung des Kaufscheinverbots in § 6b UWG
GRUR 1975, 349
- derselbe* Ultimos desarrollos del Derecho de la Competencia
Desleal en Europa
RGD 1993, 3291
- Schricker, Gerhard /
Henning-Bodewig, Frauke* Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union
WRP 2001, 1367
- Schünemann, Wolfgang B.* „Unlauterkeit“ in den Generalklauseln und Interessenabwägung nach neuem UWG
WRP 2004, 925
- derselbe* Wettbewerbsrecht
UWG, RabattG, ZugabeVO und PreisangabenVO – unter Berücksichtigung des GWB
München 1989
- derselbe* Wettbewerbsrecht im Wandel?
WRP 2002, 1345
- Seifert, Fedor* § 1 UWG als Mittel im Kampf gegen Video-Raubkopien
ZUM 1985, 81
- Sénen de la Fuente, Guillermo
und andere* Comentario a la Ley española sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia
Madrid 1964
- Sosnitza, Olaf* Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld zwischen Europa und Deutschland
GRUR 2003, 739

- derselbe* Wettbewerbsbeschränkungen durch die
Rechtsprechung – Erscheinungsformen und Ursachen
auf dem Gebiet des Lauterkeitsrechts
Baden-Baden 1995;
Dissertation, Universität Bayreuth 1994
- Speckmann, Gerhard* Wettbewerbsrecht - UWG - Markenrechtsverletzung -
Wettbewerbsverfahrensrecht -
3. Auflage, Köln 2000
- Stolterfoht, Joachim N.* Der Wettbewerbsrichter als Verwaltungsjurist
Erwägungen zum Vorsprung durch Rechtsbruch
Festschrift für Fritz Rittner
München 1991, 695
- Stückemann, W.* Anspruch des Wettbewerbers auf Werksstilllegung wg.
Verstoßes gegen Immissionsschutzvorschriften
MDR 2000, 1206
- Tato Plaza, Anxo* El nuevo sistema de Autodisciplina Publicitaria en
España
ADI 1997, 161
- Tettinger, Peter J.* Rechtsschutz gegen kommunale
Wettbewerbsteilnahme
NJW 1998, 3473
- Tilmann, Winfried* Das UWG und seine Generalklausel
GRUR 1991, 796
- derselbe* Gesetzesverstoß und § 1 UWG
– Strukturüberlegungen zu den §§ 1 und 13 UWG –
WRP 1987, 293
- Ullmann, Eike* Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren
Wettbewerbs im Spannungsfeld von Europa und
Deutschland
GRUR 2003, 817
- Ulmer, Eugen* Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs im
Gemeinsamen Markt
GRUR Int. 1973, 135
- derselbe* Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht
– Ein Beitrag zum Aufbau des Wettbewerbsrechts
Berlin 1932
- derselbe* Unlauterer Wettbewerb durch Aufsuchen der
Kundschaft des Konkurrenten – Anmerkung zu OLG
Düsseldorf, Beschl. v. 14. Februar 1929, GW 16/29
JW 1929, 3094

- derselbe* Wandlungen und Aufgaben im Wettbewerbsrecht
GRUR 1937, 769
- Ulmer, Eugen /
Reimer, Dietrich* Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den
Mitgliedsstaaten der Europäischen
Wirtschaftsgemeinschaft, Band III – Deutschland
München 1968
- Ulrich, Gustav-Adolf* Anmerkung zur BGH-Entscheidung „Giftnotruf-Box“
LM UWG § 1 Nr. 807 (4/00)
- Uría, Rodrigo* Derecho Mercantil
28. Auflage, Madrid 2002
- Vicent Chulía, Francisco* Compendio Crítico de Derecho Mercantil
Band I, Teilband 1
Barcelona 1986
- derselbe* Compendio Crítico de Derecho Mercantil
Band I, Teilband 2
3. Auflage, Barcelona 1991
- derselbe* Introducción al Derecho Mercantil
14. Auflage, Valencia 2001
- derselbe* Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal
RGD 1993, 9975
deutsche Übersetzung in GRUR Int. 1994, 14.
- derselbe* Poderes públicos y Derecho de la competencia
RDM 1993, 3313
- Vicente Almela, Augusto* Algunas consideraciones sobre la competencia ilícita
y el artículo 1.902 del Código Civil
RGLJ 1944 II, 59
- Viciano Pastor, Javier* Libre competencia e intervención pública en la
economía (Acuerdos restrictivos de la competencia de
origen legal)
Valencia 1995
- Vilalta Nicuesa, Aura Esther /
Méndez Tomás, Rosa M.* Acciones por competencia desleal
Barcelona 2000
- Virgós Soriano, Miguel* El comercio internacional en el nuevo derecho
español de la competencia desleal (un análisis del art.
4 de la Ley española de Competencia Desleal de
1991)
Madrid 1993

<i>Vogt, Alfons</i>	Bedeutungsgehalt und Funktion der guten Sitten im Wettbewerbsrecht NJW 1976, 729
<i>Wadle, Elmar</i>	Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs von 1896 – Etappe eines zögerlichen Beginns JuS 1996, 1064
<i>Weber, Nils</i>	Ansprüche aus § 1 UWG bei EG-Kartellrechtsverstößen GRUR 2002, 485
<i>Weidert, Stefan</i>	Vorsprung durch Technik oder Vorsprung durch Rechtsbruch? Zur Fallgruppe des Rechtsbruchs im E-Commerce Festschrift für Horst Helm München 2002, 123
<i>Wirth, Andreas</i>	Das neue Recht des unlauteren Wettbewerbs in Spanien Frankfurt 1996
<i>derselbe</i>	La relación de competencia en la Ley de Competencia Desleal (Comentario a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Madrid, de 30 de diciembre de 1993, caso “Veneno en la Piel” RGD 1994, 4013
<i>derselbe</i>	Supuestos procesales de la nueva Ley de Competencia Desleal DN 24/1992, 1
<i>Wiebe, Andreas</i>	Die „guten Sitten“ im Wettbewerb – eine europäische Regelungsaufgabe? WRP 2002, 283
<i>World Intellectual Property Organisation</i>	WIPO Model Provisions on Protection against Unfair Competition WIPO Publication Nr. 832 (E), 1996
<i>Zeppernick, Jens Martin</i>	Die Beurteilung von Wettbewerbshandlungen ohne Vor- und Rückschau? zugleich eine Anmerkung zum BGH-Urteil vom 11. Mai 2000 (Az.: I ZR 28/98) – Abgasemissionen WRP 2000, 1069
<i>Ziegler, Peter</i>	Anmerkung zu BGHZ 144, 255 – „Abgasemissionen“ ZUR 2001, 34

ENTSCHEIDUNGSÜBERSICHT

A. Deutschland

Bundesverfassungsgericht

BVerfG E 21, 173 (1967) – Steuerrecht
BVerfG NJW 2000, 2736 – Perimetrie

Reichsgericht

Z 3, 67 (1880) - Apollinarisbrunnen
Z 17, 101 (1887) - Markenzeichen
Z 18, 93 (1886) - Reiner Kakao
Z 20, 71 (1887) – Treibriemen
St 32, 27 (1896) – Drucktuch
Z 48, 114 (1901) -
Dampfschiffahrtsgesellschaft
Z 77, 217 (1911) - Arzneimittel
Z 79, 321 (1912) - Rundschreiben
JW 1912, 254 - Genossenschaft
Z 108, 272 (1924) - Verwechslung
JW 1924, 297 - Stellenvermittlung
Z 115, 319 (1926) -
Schneeballsystem
Z 117, 16 (1927) – Vorsprung
Z 118, 133 (1927) - Getreide
MuW 1932, 83 - Räucherlachs in
Dosen
Z 150, 1 (1936) - Gesundes
Volksempfinden
GRUR 1941, 280 - Immobilienmakler

Bundesgerichtshof

Z 3, 270 (1951) – Constanze I
GRUR 1951, 283 - Möbelbezugsstoffe
Z 10, 228 (1953) - Bankkredit
Z 19, 392 (1956) - Anzeigenblatt
Z 22, 167 (1956) – Arzneifertigwaren
Z 23, 184 (1957) - Spalttabletten
Z 26, 52 (1957) - Sherlock Holmes
Z 29, 299 (1955) – Bad Ems
GRUR 1955, 411 – Zahl 55
GRUR 1957, 93 – Jugendfilmverleih
GRUR 1957, 558 – Bayernexpress
GRUR 1960, 144 - Bambi
GRUR 1962, 34 – Torsana
GRUR 1963, 578 - Sammelbesteller
Z 43, 278 (1965) – Kleenex
Z 44, 208 (1965) – Novo-Petrin
Z 45, 1 (1965) – Ratio
GRUR 1965, 612 – Warnschild
WRP 1965, 139 – Blockeis II
Z 51, 238 (1968) – Stuttgarter
Wochenblatt
BB 1969, 692 - Fruchtsäfte
Z 54, 188 (1970) – Telefonwerbung I
GRUR 1971, 322 – Lichdi-Center
GRUR 1971, 580 - Johannisbeersaft
Z 59, 303 (1972) - Wasserkauf
GRUR 1972, 553 – Statt Blumen
Onko Kaffee
GRUR 1973, 655 –
Möbelauszeichnung
GRUR 1974, 281 - Clipper
NJW 1974, 1333 - Schilderverkauf
Z 65, 325 (1975) – Stiftung
Warentest
GRUR 1976, 635 – Sonderberater in
Bausachen
GRUR 1977, 257 -
Schaufensteraktion
GRUR 1977, 668 – WAZ-Anzeiger
GRUR 1978, 445 – Wiederverkäufer
GRUR 1979, 321 – Verkauf unter
Einstandspreis I
GRUR 1979, 646 – Klosterfrau
Melissengeist
GRUR 1980, 800 –
Schwerbeschädigtenhilfe e.V.
Z 81, 130 (1981) – Grippewerbung I
Z 81, 291 (1981) -
Bäckerfachzeitschrift
Z 82, 375 (1981) –
Brillenselbstabgabestellen
GRUR 1981, 280 –
Apothekenbegünstigung
GRUR 1981, 282 - Apothekenbotin
GRUR 1981, 658 – Preisvergleich
GRUR 1981, 665 – Knochenbrecherin

WRP 1981, 138 – Backwaren-
 Nachttransporte
 Z 85, 84 (1982) – ADAC-
 Verkehrsrechtsschutz
 GRUR 1982, 118 – Kippsteckdose
 GRUR 1982, 236 - Realkredite
 GRUR 1982, 313 – Rezeptsammlung
 GRUR 1982, 425 – Brillen-
 Selbstabgabestellen
 GRUR 1983, 247 – Rolls Royce
 GRUR 1983, 333 – Grippewerbung II
 GRUR 1983, 595 – Grippewerbung
 III
 Z 93, 96 (1984) – Dimple
 GRUR 1985, 447 –
 Provisionsweitergabe
 GRUR 1985, 550 - DIMPLE
 Z 98, 330 (1986) –
 Unternehmensberatungsgesellschaft
 I
 GRUR 1986, 812 – Gastrokritiker
 GRUR 1986, 823 –
 Fernsehzuschauerforschung
 GRUR 1988, 310 – Sonntagsvertrieb
 GRUR 1988, 382 - Schelmenmarkt
 GRUR 1989, 437 – Erbensucher
 GRUR 1989, 624 – Kuranstalt
 GRUR 1989, 669 – Zahl nach Wahl
 GRUR 1989, 673 – Zahnpasta
 GRUR 1989, 830 - Impressumspflicht
 GRUR 1989, 886 – Cocktail-Getränk
 WRP 1989, 472 – Nachtbackverbot
 Z 109, 153 (1989) – Anwaltswahl
 Z 110, 278 (1990) – Werbung im
 Programm
 Z 113, 82 (1990) – Salomon
 GRUR 1990, 1018 -
 Fernmeldeanlagen
 Z 114, 354 (1991) – Katovit
 GRUR 1991, 769 - Honoraranfrage
 GRUR 1991, 845 – Nebenkosten
 GRUR 1991, 914 - Kastanienmuster
 Z 120, 320 (1992) –
 Tariflohnunterschreitung
 GRUR 1992, 175 – Ausübung der
 Heilkunde
 GRUR 1992, 521 – Grüne Woche
 GRUR 1993, 397 - Trockenbau
 GRUR 1993, 679 – PS-Werbung I
 NJW-RR 1993, 1063 -
 Maklerprivatangebot
 GRUR 1994, 219 – Warnhinweis
 GRUR 1994, 220 – PS-Werbung II
 GRUR 1994, 642 - Chargennummer
 GRUR 1994, 808 –
 Markenverunglimpfung I
 Z 130, 182 (1995) -
 Legehennenhaltung
 GRUR 1995, 57 –
 Markenverunglimpfung II
 GRUR 1995, 419 - Knoblauchkapseln
 GRUR 1995, 592 – Busengrapscher
 GRUR 1995, 760 –
 Frischkäsezubereitung
 WRP 1995, 475 -
 Sterbegeldversicherung
 GRUR 1996, 70 -
 Sozialversicherungsfreigrenze
 GRUR 1996, 213 –
 Sterbegeldversicherung
 GRUR 1996, 786 – Blumenverkauf an
 Tankstellen
 GRUR 1996, 806 - HerzASS
 GRUR 1997, 761 - Politikerschelte
 WM 1997, 1947 – Emil Grünbär
 Z 140, 134 (1998) –
 Hormonpräparate
 GRUR 1998, 407 – TIAPRIDAL
 Z 142, 192 (1999) –
 Herstellungsnummer I
 GRUR 1999, 512 – Optometr.
 Leistungen I
 Z 144, 255 (2000) –
 Abgasemissionen
 GRUR 2000, 237 – Giftnotruf-Box
 GRUR 2000, 613 – Klinik Sansscouci
 Z 147, 296 (2001) – Gewinn-
 Zertifikat
 GRUR 2001, 354 – Verbandsklage
 gegen Vielfachabmahner
 GRUR 2001, 450 – Franzbranntwein-
 Gel
 GRUR 2001, 670 – Optometr.
 Leistungen II
 GRUR 2001, 841 –
 Herstellungsnummer II
 GRUR 2002, 269 – Sportwetten-
 Genehmigung
 GRUR 2002, 636 - Sportwetten
 GRUR-RR 2002, 304 -
 Sprudelwasserpreis
 WRP 2002, 684 – Haflinger
 Hengstfohlen
 NJW 2002, 2645 – Elektroarbeiten
 GRUR 2003, 164 - Altautoverwertung

GRUR 2003, 250 -
Massenbriefsendungen
WRP 2003, 73 – Kommunalen
Schilderprägebetrieb
WRP 2003, 1347 – Telefonischer
Auskunftsdienst

WRP 2003, 1350 – Ausschreibung
von Vermessungsleistungen
GRUR 2004, 247 -
Krankenkassenzulassung
GRUR 2004, 346 -
Rechtsanwalts-gesellschaft
WRP 2004, 1481 - Johanniskraut

Oberlandesgerichte

Jena JW 1919, 942 - Sommertheater
Düsseldorf JW 1929, 3094 –
Milchhändler
Köln GRUR 1983, 133 – Schallplatten
Köln GRUR 1983, 517 – Videofilme in
Diskothek
Hamm GRUR 1984, 539 -
Videocassetten
Hamburg WRP 1987, 484 –
Pornografie
Koblenz GRUR 1988, 925 – Superzins
Hamm GRUR 1989, 362 - Neubau

Hamburg NJW-RR 1991, 302 –
Tankstellen-Mini-Markt
Köln BB 1993, 1387 –
Plastiktragetaschen
Düsseldorf WRP 1997, 42 –
Nachhilfeunterricht in der
Volkshochschule
Hamm NJW 1998, 3504 - Gelsengrün
Hamburg GRUR 2000 – Bonafos
Frankfurt GRUR-RR 02, 166 -
Schlüsseldienst

Landgerichte

LK Köln GRUR 1973, 314 –
Gemeinschaftsverlagsvertrag
LG Hamburg WRP 1999, 441 –
Thermo-Man

LG Mannheim WRP 2004, 1520 -
Windschutzscheibenaustausch

B. Spanien

Die rechtswissenschaftlichen Seminare haben weitgehend auf Internet umgestellt. Urteile der *Selección Aranzadi* finden sich unter www.westlaw.es (kostenpflichtig).

Tribunal Constitucional

30.11.1982 – Estatuto del Consumidor del País Vasco
1.7.1986 – Ley catalana de Rebajas
16.10.1992 – Ley vasca de venta con rebaja
8.7.1993 – Ley valenciana de Ordenación del Comercio y Superficies Comerciales
9.7.1993 – Ley de Ordenación del Comercio Interior de Galicia
22.7.1993 – Ley de Ordenación de la Actividad Comercial de Aragón
30.9.1993 – Ley catalana de Comercio Interior

Tribunal Supremo

2.2.1974 – Pedro Domecq, S.A. c. Osborne Cía, S.A.
8.4.1980 – Compraventa de vivienda
10.10.1989 – Iniciativas
30.6.1992 – Depósito de honorarios profesionales
7.3.1996 – Cables Especiales de Levante, S.A. c. J.S. Distribuciones, S.A.
20.3.1996 – Sin la solvencia de la primera firma de ascensores
15.4.1998 – Cadena Clarin
31.3.1999 - Libreros de Valencia c. El Corte Inglés
13.3.2000 – Farmacéuticos de Madrid
16.6.2000 – Farmacéuticos de Puertollano

Audiencia Provincial

Cádiz 12.6.1992 – Publicitarios de Andalucía, S.A. c. Escaparate, S.L.
Pamplona 18.12.1992 – Fiesta universitaria
Navarra 25.1.1993 – Actuación musical en un bar-pub no autotizado
Albacete 23.3.1993 – Productos farmacéuticos
Sevilla 30.6.1993 – Colegio de Medicos de Sevilla
Palma de Mallorca 11.11.1993 - Hipermercado
Valencia 21.3.1994 – Libreros de Valencia c. El Corte Inglés
León 24.10.1994 – Libreros de León
Barcelona 8.11.1994 – F. Barcelona c. F. Barcelona S.A.
Cantabria 9.11.1994 – Comunicación de impagado a aseguradora
Asturias 24.1.1995 – Hipercor
Valladolid 7.2.1995 – AVADECO I
Madrid 18.2.1995 – Carta abierta a clientes proveedores y amigos
Barcelona 8.5.1995 – normas integrantes del ordenamiento jurídico
Valladolid 16.5.1995 – AVADECO II
Lugo 6.6.1995 – Descuentos encubiertos en ventas
Barcelona 1.9.1995 – Entidad bancaria
Barcelona 29.11.1995 – Asociación de Video Clubs de Catalunya c. Warner Home Vídeo España
Barcelona 10.1.1996 – LCB-UK
Barcelona 1.2.1996 – Transitarios
Barcelona 7.2.1996 – Vitastar
Madrid 10.6.1996 – Competencia de ex-empleado
Barcelona 5.7.1996 – Mini-Labs
Murcia 14.10.1996 – Libreros de Cartagena
Granata 6.11.1996 – Difusión por ex-empleado de manifestaciones sobre su anterior empresa
Vizcaya 3.12.1996 – Piezas de recambio de automovil
Sevilla 21.12.1996 – Vuelta al Cole
Lleida 9.5.1997 – Cines L.
Valladolid 26.5.1997 – Flexibreaks International S.A.
Burgos 27.6.1997 – Vuelta al Cole
Valencia 18.7.1997 - Continente
La Rioja 30.7.1997 – Pompas Fúnebres Pastrana, S.A.
Badajoz 1.10.1997 – Libreros de Merida
Zaragoza 1.12.1997 – Máquina exprimadora de frutas
León 22.1.1998 - Continente
Orense 22.1.1998 – Libreros
León 26.2.1998 - Continente
Asturias 12.3.1998 - Continente
Madrid 18.3.1998 – Pryca, Alcampo, Continente
Madrid 28.3.1998 – Asistencia técnica especializada
Vizcaya 30.7.1998 – Germen de la listeria en queso fresco
Sevilla 16.9.1998 – Colegio San Antonio
Burgos 5.10.1998 - Continente
Valencia 14.11.1998 – Querol, S.A. c. Don Bongo, S.A.

Juzgado de Primera Instancia

Madrid 15.4.1983 – Acción de cesación
Valencia 23.4.1991 – Libreros de Valencia c. El Corte Inglés
Valencia 7.5.1991 . Libreros de Valencia c. El Corte Inglés

Madrid 30.12.1993 – Veneno en la Piel

Majadahonda 7.10.1998 – ADIGRAM c. Bacardí – Martini, S.A.

Tribunal de Defensa de la Competencia (kein Gericht)

10.11.1992 – Expertos inmobiliarios

20.11.1992 – Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro

17.2.1993 - Libreros de Valencia c. El Corte Inglés

23.3.1993 - Alcampo

16.4.1993 - Continente

10.6.1993 – Santillana SA

4.10.1993 – Pryca, Alcampo, Continente

23.11.1993 – Colegio Profesional de Arquitectos de Asturias

5.7.1994 – Asociaciones de padres de alumnos

28.7.1994 – Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid

2.11.1994 – Publicidad Abogados: Casado Coca

12.12.1994 - ASISA

17.1.1995 – Ayuntamiento de Sabadell

26.5.1997 – Ayuntamiento de Zumaia

C. Europäischer Gerichtshof

EuGH NJW 2000, 3701 – Tabakwerberichtlinie

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADI	Actas de Derecho Industrial
a.E.	am Ende
a.F.	alter Form
AIC	Agrupaciones Independientes de Canarias
a.M.	am Main
Anm.	Anmerkung
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artikel
B/H	Baumbach / Hefermehl
BB	Betriebsberater
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGH Z	Zivilrechtliche Entscheidung des Bundesgerichtshofs
BIM	Boletín de Información Mercantil
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerG E	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
c.	contra
CC	Código Civil (Zivilgesetzbuch)
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CDS	Centro Democrático Central
CE	Constitución Española (Spanische Verfassung)
CiU	Convergència i Unió
DJ	Documentación Jurídica
DN	Derecho de los Negocios
E.Pub.	Estatuto de la Publicidad (Werbestatut)
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	EG-Vertrag
Einl.	Einleitung
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f	folgende
ff	folgende
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
Großkomm	Großkommentar
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und

	Urheberrecht, internationaler Teil
GRUR-RR	Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Report
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
JPI	Juzgado de Primera Instancia
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K/P	Köhler / Piper
LCD	Ley de Competencia Desleal (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)
LCP	Ley de Colegios Profesionales (Berufsgenossenschaftengesetz)
LDC	Ley de Defensa de la Competencia (Kartellgesetz)
LG	Landgericht
LGCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Verbraucherschutzgesetz)
LGP	Ley General de Publicidad (Allgemeines Werbegesetz)
LM	Ley de Marcas (Markengesetz)
LM	Lindenmaier / Möhring, Nachschlagewerk des BGH
LPI	Ley de Propiedad Industrial (Gesetz zum Schutz des gewerblichen Eigentums)
LPR	Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia (Gesetz zur Bekämpfung restriktiver Wettbewerbspraktiken)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
n.F.	neuer Form
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
PNV	Partido Nacionalista Vasco
PP	Partido Popular
RD	Real Decreto
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDPr.	Revista de Derecho Privado
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RG St	Strafrechtliche Entscheidung des Reichsgerichts
RG Z	Zivilrechtliche Entscheidung des Reichsgerichts
Rn	Randnummer
S.	Seite
S.A.	Sociedad Anónima (Aktiengesellschaft)
S.L.	Sociedad Limitada (Gesellschaft mit beschränkter Haftung)
s.o.	siehe oben
TC	Tribunal Constitucional (Verfassungsgericht)
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia (Kartellbehörde)
TS	Tribunal Supremo
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Vgl.	Vergleiche
WM	Wertpapiermitteilungen

WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
z.B.	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht / Film und Recht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht