

Großkommentare der Praxis

UWG

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

Großkommentar

2., neu bearbeitete Auflage

begründet von

Rainer Jacobs, Walter F. Lindacher, Otto Teplitzky

herausgegeben von

Otto Teplitzky, Karl-Nikolaus Peifer, Matthias Leistner

Erster Band

Einleitung; §§ 1–3

Bearbeiter:

Einleitung Abschnitt A, F, G: Wolfgang Schönemann

Einleitung Abschnitt B, Anh zu § 3 Abs. 3 Nr. 25–30: Louis Pahlow

Einleitung Abschnitt C: Christian Heinze

Einleitung Abschnitt D: Nadine Klass

Einleitung Abschnitt E: Axel Halfmeier

§ 1 (außer Abschnitt C.III.), § 2 Abs. 1 Nr. 1–6, § 3 Abs. 1: Alexander Peukert

§ 1 Abschnitt C.III., § 2 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2, § 3 Abs. 2: Jörg Fritzsche

§ 3 Abs. 3, Anh zu § 3 Abs. 3 Nr. 11: Karl-Nikolaus Peifer

Anh zu § 3 Abs. 3 Nr. 1–10, 12–15, 18–19, 21–24: Walter F. Lindacher

Anh zu § 3 Abs. 3 Nr. 16–17, 20: Eva Inès Obergfell

DE GRUYTER

Stand der Bearbeitung: Oktober 2013 (Abweichende Bearbeitungsstände sind in der jeweiligen Einzelkommentierung angegeben.)

Zitiervorschlag: z.B.: GK-UWG/Bearbeiter Einl. B Rn. 1
GK-UWG/Bearbeiter § 3 (E) Anh. Nr. 1 Rn. 1
GK-UWG/Bearbeiter § 4 Nr. 1 Rn. 1

ISBN 978-3-11-027823-1
e-ISBN 978-3-11-027926-9

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2014 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston
Datenkonvertierung und Satz: jürgen ullrich typesatz, Nördlingen
Druck und Bindung: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen
♻ Gedruckt auf säurefreiem Papier
Printed in Germany

www.degruyter.com

Vorwort

Als die Voraufgabe dieses Werks im Jahre 1991 mit ihren ersten – bei Großkommentaren nicht unüblichen – Einzellieferungen erschien, gab es zum UWG einen einzigen aktuellen Kommentar, und auch die Zahl der monographischen oder handbuchartigen Bearbeitungen des Rechtsgebiets war noch sehr überschaubar. Ziel des neuen Werks war es daher in erster Linie, eine bestehende Lücke zu schließen und erstmalig eine Kommentierung des UWG zu schaffen, die dank dem vorgesehenen Umfang und ihrer Verteilung auf mehrere Autoren eine zugleich breitere und vertiefende Bearbeitung des Stoffes ermöglichen sollte. Die umfangreiche Resonanz auf die Neukommentierungen in der Rechtsprechung – vor allem des BGH – und in der nachfolgenden, nun rasch an Umfang zunehmenden Literatur hat hinreichend verdeutlicht, dass die erschienenen Teile des Werks dieser Zielsetzung auch entsprochen haben.

Jedoch führten Verzögerungen bei der späteren Lieferung – ein bei Werken mit zahlreichen Autoren leider nur in Glücksfällen vermeidbares Phänomen, das in diesem Falle aber auch durch die mehrfachen UWG- und Markenrechtsreformen im letzten Jahrzehnt des vergangenen Jahrhunderts befördert wurde – dazu, dass die Kommentierung zunehmend in den Schatten der erkennbar näher rückenden (und 2004 dann tatsächlich vollzogenen) Abschaffung des Gesetzes geriet, das kommentiert werden sollte. Dies führte nicht nur zu verständlicher Unlust der Kommentierenden, sondern schließlich auch dazu, dass einzelne Teile der Kommentierung aus dem Bereich des § 1 a.F. nicht mehr vollendet wurden.

Die nun abgeschlossene und in einer auf drei Bände erweiterten Form vorliegende zweite Auflage unterscheidet sich von ihrer Voraufgabe zwar nicht im Anspruch, die in Betracht kommende Materie ausführlich, umfassend und gründlich zu kommentieren und die dargelegten Meinungen besonders ausführlich zu belegen, jedoch ansonsten sehr grundlegend und in einer bei Neuauflagen eher unüblichen Weise. Ihr Gegenstand ist ein anderes Gesetz, nämlich das 2004 an die Stelle des UWG a.F. getretene neue und seither in Umsetzung von EU-Richtlinien auch schon wieder mehrfach geänderte UWG, so dass sie schon aus diesem Grunde Neukommentierungen in einem Umfang enthält, der über das in Neuauflagen übliche Maß weit hinausgeht.

Verändert hat sich aber auch das Marktumfeld und dementsprechend die Zielsetzung des Werks, da das früher so dünn besäte Feld der UWG-Kommentierungen mittlerweile deutlich überbestellt ist und es deshalb wenig sinnvoll erschien, der bereits bestehenden Vielzahl von vornehmlich für die tägliche Praxis bestimmten Kommentierungen eine weitere mit gleicher Zielsetzung zur Seite zu stellen. Daher soll das Werk diesmal in erster Linie der wissenschaftlichen Aufarbeitung und Vertiefung der erläuterten Materie dienen und dem Praktiker weniger im Alltagsgeschäft, sondern in wirklichen Problemfällen nützen, in denen es dieser Vertiefung und des besonders umfangreich vorhandenen Belegmaterials bedarf. Dementsprechend sind die Autoren der materiell-rechtlichen Kommentierungsteile durchweg Vertreter der Wissenschaft, während Praktiker – Richter und Rechtsanwälte – nur diejenigen Teile bearbeiten, die als Prozessrecht die Domäne der Praxis sind und – ungeachtet der unbestreitbaren, aber doch begrenzten praktischen Auswirkungen der Prozessrechtstheorie – wohl letztlich auch bleiben werden.

Nicht auf der geänderten Zielsetzung, sondern auf anderen Gründen (Lebensalter, Gesundheitszustand, anderweitige Inanspruchnahme u.ä.) beruht es, dass nur noch zwei der 16 Autoren der ersten Auflage und von den ursprünglichen drei Herausgebern nur noch einer in der früheren Funktion an der Neuauflage mitgewirkt haben und diese daher weitgehend von neuen Autoren und Herausgebern bearbeitet worden ist.

Der Kommentar hat den Anspruch, das UWG aus wissenschaftlicher Sicht mit Blick auf die Praxis zu systematisieren und unter Berücksichtigung europarechtlicher, rechtsvergleichender und interdisziplinärer Erkenntnisse das Ziel einer europäischen Rechtsvereinheitlichung zu fördern. Er verfolgt zudem den Anspruch, die bisher erschienenen Kommentierungen zu überprüfen, kritisch zu bewerten und das Wettbewerbsrecht anhand dieser kritischen Begleitung auch, wo nötig, auf neue Grundlagen zu stellen. Es bleibt eine zentrale Aufgabe der Wissenschaft, Grundlinien eines europäischen, vielleicht auch globalen Fairnessrechts zu entwickeln. Der Kommentar konzentriert sich auf den Kerntext des deutschen UWG. Bewusst ausgespart wurde eine Kommentierung der wettbewerbsrechtlichen Nebengesetze. Herausgebern und Autoren geht es um die Standortbestimmung des Kerntextes fünf Jahre nach Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und neun Jahre nach der UWG-Modernisierung. Die Kommentierung wurde unter den Autoren so aufgeteilt, dass die großen Zusammenhänge – Irreführung, Tarnung, Belästigung, aggressive Praktiken, Leistungsschutz – jeweils aus einer Hand erläutert werden. Das hat zum Teil dazu geführt, dass die Autoren umfangreiche Lasten zu tragen hatten. Die Herausgeber sind besonders dankbar für die Disziplin und die Bereitschaft aller Beteiligten, dies zu übernehmen.

Die Herausgeber danken dem Verlag Walter de Gruyter, der sich auf das Wagnis einer Neuauflage eingelassen hat, ohne die Freiheiten von Herausgebern und Autoren einzuschränken. Ein besonderer Dank gebührt Dr. Michael Schremmer, der das Projekt durch Beharrlichkeit und Überzeugungskraft gegenüber den Herausgebern angestoßen und bis zu seinem Ausscheiden aus dem Verlag tatkräftig begleitet hat. Der weitere Dank gebührt den im Verlag Verantwortlichen, namentlich Friederike Buhl, LL.M., Birte Treder, Eike Böttcher, Dominique Tank und Katja Brockmann. Sie haben mit vielen Handreichungen und hohem Engagement mit dafür gesorgt, dass das Werk in der hier vorliegenden Form erscheinen konnte.

Köln und Bonn, im Oktober 2013

Prof. Dr. Otto Teplitzky

Prof. Dr. Karl-Nikolaus Peifer

Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M. (Cantab.)

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis — **XV**

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur — **XXVII**

Einleitung — 1

- A. Wettbewerb und Wirtschaftsordnung — **1**
 - Schrifttum — **1**
 - Systematische Übersicht — **5**
 - Alphabetisches Stichwortverzeichnis — **6**
 - I. Begriff des Wettbewerbsrechtes — **7**
 - II. Wettbewerb im Schnittfeld von Ökonomik und Recht — **10**
 - III. Wettbewerbsfunktionales Verständnis und Ethik des Wettbewerbs — **40**
 - IV. Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsverfassung — **44**
- B. Geschichtliche Entwicklung. Rechtsquellen — **82**
 - Schrifttum — **82**
 - Gesetzgebungsmaterialien — **84**
 - Systematische Übersicht — **86**
 - Alphabetisches Stichwortverzeichnis — **86**
 - I. Der Interventionsstaat des 19. Jahrhunderts — **86**
 - II. Gewerbefreiheit und Zeichenschutz (1869–1896) — **88**
 - III. Das UWG von 1896 — **91**
 - IV. Das UWG von 1909 und seine Nebengesetze — **93**
 - V. Das Lauterkeitsrecht in der Rechtsprechung des Reichsgerichts (1909–1945) — **97**
 - VI. Die Entwicklung des Lauterkeitsrechts in Deutschland nach 1945 — **100**
 - VII. Europäische Entwicklungen — **104**
 - VIII. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 — **105**
- C. Europäisches Wettbewerbsrecht — **106**
 - Schrifttum — **106**
 - Gesetzgebungsmaterialien — **116**
 - Übersicht — **116**
 - Alphabetisches Stichwortverzeichnis — **119**
 - I. Allgemeine Lehren des Unionsrechts — **123**
 - II. Das Lauterkeitsrecht als Teil der europäischen Wirtschaftsordnung — **144**
 - III. Lauterkeitsrecht und Grundfreiheiten — **166**
 - IV. Lauterkeitsrecht und Grundrechte — **227**
 - V. Lauterkeitsrecht und Rechtsangleichung — **247**
- D. Internationales Wettbewerbsrecht — **330**
 - Schrifttumsverzeichnis — **330**
 - Gesetzgebungsmaterialien — **339**
 - Systematische Übersicht — **339**
 - Alphabetisches Stichwortverzeichnis — **342**
 - I. Das Internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs: Einführung — **344**
 - II. Rechtsquellen des Internationalen Wettbewerbsprivatrechts — **364**
 - III. Die Bestimmung des Wettbewerbsstatuts nach der Rom II-VO — **432**

- E. Internationales Wettbewerbsverfahrensrecht — **467**
 - Schrifttum — **467**
 - Übersicht — **468**
 - Alphabetisches Stichwortverzeichnis — **470**
 - I. Gegenstand und Grundprinzip — **475**
 - II. Rechtsquellen — **479**
 - III. Zugang zum Recht — **488**
 - IV. Außergerichtliche Streitbeilegung — **492**
 - V. Parteifähigkeit — **494**
 - VI. Prozessfähigkeit und gesetzliche Vertretung — **497**
 - VII. Prozessführungsbefugnis — **499**
 - VIII. Postulationsfähigkeit — **505**
 - IX. Gerichtsbarkeit und Immunität — **506**
 - X. Rechtsweg — **511**
 - XI. Internationale Zuständigkeit nach EuGVO — **511**
 - XII. Internationale Zuständigkeit nach LugÜ — **541**
 - XIII. Autonomes deutsches Recht der internationale Zuständigkeit — **541**
 - XIV. Örtliche Zuständigkeit — **547**
 - XV. Vortrag zur Zuständigkeit und doppelrelevante Tatsachen — **547**
 - XVI. Lis pendens — **547**
 - XVII. Antisuit injunctions — **550**
 - XVIII. Zustellungen — **551**
 - XIX. Beweisaufnahme — **553**
 - XX. Gerichtssprache — **556**
 - XXI. Einstweiliger Rechtsschutz — **557**
 - XXII. Vollstreckungsverfahren — **560**
 - XXIII. Kostenrisiken — **564**
- F. Wettbewerb der öffentlichen Hand — **565**
 - Schrifttum — **565**
 - Übersicht — **566**
 - Alphabetisches Stichwortverzeichnis — **567**
 - I. Erscheinungs-, Organisations- und Handlungsformen der wirtschaftenden öffentlichen Hand — **567**
 - II. Grundsätzliche Problematik — **572**
 - III. Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand als „geschäftliche Handlung“ — **577**
 - IV. Lauterkeit der wirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand — **582**
- G. Einordnung des Wettbewerbsrechts in das Rechtssystem — **590**
 - Schrifttum — **590**
 - Übersicht — **592**
 - Alphabetisches Stichwortverzeichnis — **593**
 - I. Verhältnis zum europäischen Recht — **594**
 - II. Verhältnis zu lauterkeitsrechtlichen Sonder- und Nebengesetzen — **597**
 - III. Verhältnis zum Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellrecht, GWB) — **599**
 - IV. Verhältnis zum Gewerblichen Rechtsschutz (mit Urheberrecht) — **609**
 - V. Verhältnis zum bürgerlichen Recht — **618**
 - VI. Verhältnis zum Gleichbehandlungsrecht (AGG) — **637**
 - VII. Verhältnis zum Handelsrecht — **637**
 - VIII. Verhältnis zum Verwaltungsrecht — **638**

§ 1 Zweck des Gesetzes — 640

Schrifttum — 640

Gesetzgebungsmaterialien — 645

Übersicht — 645

Alphabetisches Stichwortverzeichnis — 648

A. Einführung — 649

I. Entstehungsgeschichte — 649

II. Zweck und praktische Relevanz des § 1 — 653

III. Anwendungsbereich des § 1 — 655

B. Der Schutzzweck des UWG — 657

I. Individueller Rechtsgüterschutz — 657

II. Schutzzwecktrias und Mehrzahl der Schutzzwecke — 660

III. „Sozialrechtliches“ Verständnis und Schutz allgemeiner Interessen durch das UWG — 664

IV. Dualismus der Lauterkeitsrechtsordnungen — 672

V. Der Grundsatz wettbewerbsfunktionaler Auslegung und Abweichungen hiervon — 674

VI. Zusammenfassung: Einheit und Vielfalt des Lauterkeitsrechts — 699

C. Die vom UWG geschützten Interessen der Marktteilnehmer und der Allgemeinheit — 701

I. Relevanz und Methodik der Interessenanalyse — 701

II. Interessen der Mitbewerber — 702

III. Interessen der Verbraucherinnen und Verbraucher — 706

IV. Interessen der sonstigen Marktteilnehmer — 740

V. Schutz des Allgemeininteresses am unverfälschten Wettbewerb — 743

VI. Ausnahmsweiser Schutz nicht wettbewerbsbezogener Interessen — 745

VII. Verhältnis der geschützten Interessen zueinander — 747

§ 2 Definitionen — 749

Schrifttum — 750

Gesetzgebungsmaterialien — 756

Übersicht — 757

Alphabetisches Stichwortverzeichnis — 761

A. Einführung — 766

I. Entstehungsgeschichte des Definitionskatalogs — 766

II. Bedeutung und Kritik des Definitionskatalogs — 767

B. Die Definitionen im Einzelnen — 770

I. Geschäftliche Handlung, § 2 Abs. 1 Nr. 1 — 770

II. Marktteilnehmer, § 2 Abs. 1 Nr. 2 — 842

III. Mitbewerber, § 2 Abs. 1 Nr. 3 — 847

IV. Nachricht, § 2 Abs. 1 Nr. 4 — 880

V. Verhaltenskodex, § 2 Abs. 1 Nr. 5 — 885

VI. Unternehmer, § 2 Abs. 1 Nr. 6 — 896

VII. § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG — 914

C. Verbraucherbegriff, § 2 Abs. 2 — 945

I. Einführung — 945

- II. Elemente des Tatbestands (§ 13 BGB i.V.m. § 2 Abs. 2 UWG) — **949**
- III. Verbraucherleitbild (§ 3 Abs. 2 S. 2 und 3 UWG) — **961**

§ 3 Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen — 980

Schrifttum — **981**

Gesetzgebungsmaterialien — **987**

Übersicht — **988**

Alphabetisches Stichwortverzeichnis — **993**

A. Grundlagen zu § 3 — 996

- I. Grundansatz und Aufbau der Kommentierung — **996**
- II. Entstehungsgeschichte des § 3 — **1000**
- III. § 3 und die dogmatischen Grundlagen des Lauterkeitsrechts — **1005**
- IV. Systematik des UWG und des § 3 UWG — **1012**
- V. Abgrenzung des Anwendungsbereichs von § 3 Abs. 1 zu den Absätzen 3 und 2 — **1025**

B. Sonstige unlautere geschäftliche Handlungen, § 3 Abs. 1 — 1046

- I. § 3 Abs. 1 als zweifach subsidiärer Auffangtatbestand — **1046**
- II. Begriff der Unlauterkeit — **1048**
- III. Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung der Interessen der Marktteilnehmer — **1086**
- IV. Fallgruppen des § 3 Abs. 1 UWG — **1100**
- V. Rechtsfolgen — **1132**

C. Der Tatbestand des § 3 Abs. 2 — 1133

- I. Einführung — **1133**
- II. Elemente des Tatbestands — **1142**
- III. Für die Beurteilung maßgeblicher Verbraucherkreis (Satz 2 und 3) — **1157**

D. Der Tatbestand des § 3 Abs. 3 — 1169

Schrifttum — **1169**

- I. Inhalt, Herkunft und Bedeutung — **1169**
- II. Entwicklung und Regelungsstandort — **1171**
- III. Funktion und Bewertung — **1172**
- IV. Einzelheiten — **1174**

E. Anhang zu § 3 Abs. 3 („Schwarze Liste“) — 1179

Anh. Nr. 1 — **1179**

Schrifttum — **1179**

- I. Unionsrechtliche Einbettung — **1179**
- II. Normzweck und Systemfragen — **1179**
- III. Voraussetzungen — **1180**
- IV. Beweislast — **1181**

Anh. Nr. 2 — **1182**

Schrifttum — **1182**

- I. Unionsrechtliche Einbettung — **1182**
- II. Normzweck und Systemfragen — **1182**
- III. Voraussetzungen — **1183**
- IV. Beweislast — **1186**

Anh. Nr. 3 — **1187**

Schrifttum — **1187**

- I. Unionsrechtliche Einbettung — **1187**

II. Normzweck und Systemfragen —	1187
III. Voraussetzungen —	1188
IV. Beweislast —	1189
Anh. Nr. 4 —	1190
I. Unionsrechtliche Einbettung —	1190
II. Normzweck und Systemfragen —	1190
III. Voraussetzungen —	1191
IV. Beweislast —	1193
Anh. Nr. 5 —	1194
Schrifttum —	1194
I. Unionsrechtliche Einbettung —	1194
II. Normzweck und Systemfragen —	1194
III. Voraussetzungen —	1195
IV. Darlegungs- und Beweislast —	1202
Anh. Nr. 6 —	1204
Schrifttum —	1204
I. Unionsrechtliche Einbettung —	1204
II. Normzweck und Systemfragen —	1204
III. Voraussetzungen —	1205
IV. Beweislast —	1208
Anh. Nr. 7 —	1209
I. Unionsrechtliche Einbettung —	1209
II. Normzweck und Systemfragen —	1209
III. Voraussetzungen —	1210
IV. Beweislast —	1212
Anh. Nr. 8 —	1213
I. Unionsrechtliche Einbettung —	1213
II. Normzweck und Systemfragen —	1213
III. Voraussetzungen —	1214
IV. Internationaler Geltungsanspruch —	1215
V. Beweislast —	1215
Anh. Nr. 9 —	1216
Schrifttum —	1216
I. EU-rechtliche Einbettung —	1216
II. Normzweck und Systemfragen —	1216
III. Voraussetzungen —	1216
IV. Beweislast —	1218
Anh. Nr. 10 —	1219
I. Unionsrechtliche Einbettung —	1219
II. Normzweck und Systemfragen —	1219
III. Voraussetzungen —	1219
IV. Beweislast —	1220
Anh. Nr. 11 —	1221
Schrifttum —	1221
I. Unionsrechtliche Einbettung —	1221
II. Normzweck und Systemfragen —	1223
III. Voraussetzungen —	1226
Anh. Nr. 12 —	1233
I. Unionsrechtliche Einbettung —	1233
II. Normzweck und Systemfragen —	1233

III. Voraussetzungen —	1233
IV. Beweislast —	1234
Anh. Nr. 13 —	1236
Schrifttum —	1236
I. Unionsrechtliche Einbettung —	1236
II. Normzweck und Systemfragen —	1236
III. Voraussetzungen —	1237
IV. Beweislast —	1238
Anh. Nr. 14 —	1239
Schrifttum —	1239
I. Unionsrechtliche Einbettung —	1239
II. Normzweck und Systemfragen —	1240
III. Voraussetzungen —	1241
IV. Normadressaten —	1242
V. Beweislast —	1242
Anh. Nr. 15 —	1243
I. Unionsrechtliche Einbettung —	1243
II. Normzweck und Systemfragen —	1243
III. Voraussetzungen —	1243
IV. Beweislast —	1245
Anh. Nr. 16 —	1246
Schrifttum —	1246
Übersicht —	1246
Alphabetisches Stichwortverzeichnis —	1246
I. Hintergrund der Regelung in Nummer 16 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 —	1247
II. Tatbestand der Behauptung erhöhter Gewinnchancen —	1249
III. Rechtsfolgen —	1252
Anh. Nr. 17 —	1253
Schrifttum —	1253
Übersicht —	1253
Alphabetisches Stichwortverzeichnis —	1254
I. Hintergrund der Regelung in Nr. 17 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 —	1254
II. Tatbestand der Gewinnbehauptung —	1258
III. Rechtsfolgen —	1262
Anh. Nr. 18 —	1263
Schrifttum —	1263
I. EU-rechtliche Einbettung —	1263
II. Normzweck und Systemfragen —	1263
III. Voraussetzungen —	1264
IV. Beweislast —	1265
Anh. Nr. 19 —	1266
I. Unionsrechtliche Einbettung —	1266
II. Normzweck und Systemfragen —	1266
III. Voraussetzungen —	1266
IV. Beweislast —	1268
Anh. Nr. 20 —	1269
Schrifttum —	1269
Übersicht —	1269
Alphabetisches Stichwortverzeichnis —	1269

I.	Hintergrund der Regelung in Nr. 20 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 —	1270
II.	Tatbestand des Angebots eines Wettbewerbs oder Preisausschreibens ohne tatsächlichen Gewinn —	1272
III.	Rechtsfolgen —	1274
Anh. Nr. 21 —		1276
I.	Unionsrechtliche Einbettung —	1276
II.	Normzweck und Systemfragen —	1276
III.	Voraussetzungen —	1277
IV.	Beweislast —	1279
Anh. Nr. 22 —		1280
Schrifttum —		1280
I.	Unionsrechtliche Einbettung —	1280
II.	Normzweck und Systemfragen —	1280
III.	Voraussetzungen —	1281
IV.	Beweislast —	1282
Anh. Nr. 23 —		1283
I.	Unionsrechtliche Einbettung —	1283
II.	Normzweck und Systemfragen —	1283
III.	Voraussetzungen —	1283
IV.	Beweislast —	1285
Anh. Nr. 24 —		1286
I.	Unionsrechtliche Einbettung —	1286
II.	Normzweck und Systemfragen —	1286
III.	Voraussetzungen —	1287
IV.	Internationaler Geltungsanspruch —	1288
V.	Beweislast —	1288
Anh. Nr. 25 —		1289
Schrifttum —		1289
Gesetzgebungsmaterialien —		1289
Übersicht —		1289
I.	Normzweck und Konkurrenzen —	1289
II.	Tatbestandsmerkmale —	1289
Anh. Nr. 26 —		1292
Schrifttum —		1292
Gesetzgebungsmaterialien —		1292
Übersicht —		1292
I.	Allgemeines —	1292
II.	Tatbestandsmerkmale —	1293
Anh. Nr. 27 —		1296
Schrifttum —		1296
Gesetzgebungsmaterialien —		1296
Übersicht —		1296
I.	Normzweck und Konkurrenzen —	1296
II.	Tatbestandsmerkmale —	1297
Anh. Nr. 28 —		1300
Schrifttum —		1300
Gesetzgebungsmaterialien —		1300
Übersicht —		1300
I.	Normzweck und Konkurrenzen —	1300

II. Gemeinschaftsrechtliche Grundlagen —	1301
III. Tatbestandsmerkmale —	1301
Anh. Nr. 29 —	1307
Schrifttum —	1307
Gesetzgebungsmaterialien —	1307
Übersicht —	1307
I. Normzweck und Konkurrenzen —	1307
II. Tatbestandsmerkmale —	1308
Anh. Nr. 30 —	1311
Schrifttum —	1311
Gesetzgebungsmaterialien —	1311
Übersicht —	1311
I. Normzweck und Konkurrenzen —	1311
II. Tatbestandsmerkmale —	1312

Abkürzungsverzeichnis Großkommentar UWG

a.A./A.A.	anderer Ansicht
a.F.	alte Fassung
a.E.	am Ende
aaO	am angegebenen Ort
Am. Econ. Rev.	American Economic Review
a.M.	anderer Meinung
Abk.	Abkommen
abl.	ablehnend
ABl. (EG-ABl./	
EU-ABl.)	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, konsolidierte Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon, EU-ABl. C 83/1 vom 30.3.2010
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht (vormals: Archiv für Presse-recht)
AG	1. Aktiengesellschaft 2. Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift) 3. Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AGS	Anwaltsgebühren-Spezial
AktG	Aktiengesetz
Az.	Aktenzeichen
allg.	allgemein
allg.M.	allgemeine Meinung
AMG	Arzneimittelgesetz
Amtl.Anz.	Amtlicher Anzeiger
Amtl.Begr.	Amtliche Begründung
Amtsbl.	Amtsblatt
AnfG	Anfechtungsgesetz
Anh.	Anhang
Anl.	1. Anlage 2. Anleitung
Anm.	Anmerkung
AO	1. Abgabenordnung 2. Amtsordnung (Schleswig Holstein)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
App.	Appendix
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
Ark. L. Rev.	Arkansas Law Review
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AV	Ausführungsverordnung
AVMD-RL	Richtlinie 89/552/EWG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste, EG-ABl. L 298/23 (i.d.F. der RL 2007/65/EG vom 11.12.2007, EU-ABl. L 332/27)

Abkürzungsverzeichnis

AWG	Außenwirtschaftsgesetz
Az.	Aktenzeichen
Baden-Württ.	Baden-Württemberg
BAnz	Bundesanzeiger
BAO	Bundesabgabenordnung
BayObLG	Bayerisches Oberlandesgericht
BayPrG	Bayerisches Pressegesetz vom 19.4.2000
BayZ	Bayerische Zeitung
BB	Betriebs-Berater
BbgPG	Pressegesetz des Landes Brandenburg vom 13.5.1993
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeitung
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründung
Beil.	Beilage
Bek. v.	Bekanntmachung vom
Bekl.	Beklagter
ber.	Berichtigt
BerHG	Gesetz über Rechtsberatung und Vertretung für Bürger mit geringem Einkommen (Beratungshilfegesetz)
Beschl.	Beschluss
Bespr.	Besprechung
betr.	betreffend
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	BGH-Rechtsprechung, hrsg. von den Richtern des Bundesgerichtshofes
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
Bl.	Blatt
BMJ	Bundesministeriums der Justiz
BPatG	Bundespatentgericht
BPatGE	Entscheidungen des Bundespatentgerichts
BRAGO	Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte
BRAK-Mitt	Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BRDrucks.	Bundesratsdrucksache
BSG	Bundessozialgericht
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
BStBl	Bundessteuerblatt
BT	1. Bundestag 2. Besonderer Teil
BTDrucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
c.i.c	culpa in contrahendo
c.p.	ceteris paribus

CD-ROM	Compact Disc – Read-Only Memory
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
CR	Computer und Recht
d.h.	das heißt
DatenschutzRL	Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, EG-ABl. L 281/31
DatenschutzRL-EK	Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), EG-ABl. L 201/37
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DB	Der Betrieb
DBW	Die Betriebswirtschaft (Zeitschrift)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
Dipl.	Diplom
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DM	Deutsche Mark
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Drucks.	Drucksache
DS	Der Sachverständige
DStR	Deutsches Strafrecht
DSWR	Datenverarbeitung – Steuern – Wirtschaft – Recht (Zeitschrift)
dto.	dito/gleichfalls/ebenso
DurchsetzungsRL	Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des Geistigen Eigentums, EU-ABl. L 157/45
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
e.V.	eingetragener Verein
ebd.	ebenda
EBE/BGH	Eildienst Bundesgerichtliche Entscheidungen
E-CommerceRL	Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt, EG-ABl. L 178/1
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EG	Europäische Gemeinschaft
EG-ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
EGV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft. Konsolidierte Fassung aufgrund des Vertrags von Nizza, EG-ABl. C 325 vom 24.12.2002
EGVP	Elektronisches Gerichts- und Verwaltungspostfach
ehem.	ehemalige
Einf.	Einführung
einh.	Einheitlich
EinigungsstellenVO/	
EstVO	Einigungsstellenverordnung
Einl.	Einleitung

Abkürzungsverzeichnis

EK-DatenschutzRL	Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, EG-ABl. L 201/37
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Europäische Konvention für Menschenrechte
endg.	endgültig
Entsch.	Entscheidung
EPÜ	Europäisches Patentübereinkommen
E-Register	elektronisches Register
Erg.	Ergebnis
Erl.	Erläuterung
et al.	et alii (und andere(n))
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EU-ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
EuBVO	Verordnung (EG) Nr. 1206/2001 des Rates vom 28. Mai 2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen, ABl. 2001 L 174/1
EuG	Europäisches Gericht Erster Instanz
EuGFVO	Verordnung (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, ABl. 2007, L 199/1
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHE	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs
EuGrCh	Europäische Grundrechtecharta
EuGVO/EuGVVO	Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. 2001 L 12/1
EuGVÜ	Brüsseler Übereinkommen vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, BGBl. 1972 II 774
EuInsVO	Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, ABl. 2000 L 160/1
EuLF	European Law Forum
EuMVVO	Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ABl. 2006 L 399/1
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union. Konsolidierte Fassung aufgrund des Vertrags von Amsterdam, EG-ABl. C 340 vom 10.11.1997
EuVTVO	Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen, ABl. 2004 L 143/15.
EuZVO	Verordnung (EG) Nr. 1393/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten („Zustellung von Schriftstücken“) und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates, ABl. 2007 L 324/79
EuZW	Europäische Zeitung für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
exkl.	exklusive
f.	folgende (Seite)
FernabsatzRL	Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, EG-ABl. L 144/19 (i.d.F. der RL 2007/64/EG vom 13.11.2007, EU-ABl. L 319/1)

FernsehRL 1989	Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernseh-tätig-keit, EG-ABl. L 298
FernsehRL 2007	Richtlinie 2007/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2007 zur Änderung der Richtlinie 1989/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernseh-tätigkeit, EU-ABl. L 332/27
ff.	folgende (Seiten)
Fn.	Fußnote
FPStatG	Finanz- und Personalstatistikgesetz
FS	Festschrift
G	Gesetz
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GBL	Gesetzblatt
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz vom 28.8.1986
gem.	gemäß
Geo L.J.	Georgetown Law Journal
GeschMG	Gesetz über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen vom 12.3.2004
GewA	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GewStG	Gewerbesteuer-gesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GK	Großkommentar
GKG	Gerichtskosten-gesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GmS-OGB	Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
Grds; grds	Grundsatz; grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht/Internationaler Teil
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht/Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht/Rechtsprechungsreport
GrZS	Großer Zivilsenat des RG oder des BGH
GS	Gedächtnisschrift
GSZ	Großer Senat für Zivilsachen
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVOBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Halbbd.	Halbband
HandelsR	Handelsrecht
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HBÜ	Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom 18. März 1970 (Haager Beweisaufnahmeübereinkommen)
Hdb.	Handbuch

Abkürzungsverzeichnis

Health-Claims-VO	Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.12.2006 über Nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel, EU-ABl. L 12/3 vom 18.1.2007 (i.d.F. der VO vom 30.7.2009, EU-ABl. L 198/87)
HGB	Handelsgesetzbuch
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
hL	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HPresseG	Hessisches Pressegesetz vom 12.12.2003
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
hrsg. v.	herausgegeben von
Hrsg.	Herausgeber
Hs./Hs	Halbsatz
HTML	Hypertext Markup Language
http	hypertext transfer protocol
HWG	Heilmittelwerbegesetz
HWiG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften
HZPÜ	Haager Übereinkommen über den Zivilprozess vom 1.3.1954
HZÜ	Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 15. November 1965
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.e.	id est (das heißt)
i.E.	im Ergebnis
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
ICC	Intergovernmental Copyright Committee
IHK	Industrie- und Handelskammer
IHKG	Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern
IHKVO	Verordnung über die Industrie- und Handelskammern der DDR
insbes.	insbesondere
IPR	Internationales Privatrecht
IrreführungsRL	Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über irreführende und vergleichende Werbung (kodifizierte Fassung), EU-ABl. L 376/21
IrreführungsRL 1984	Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10.9.1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, EG-ABl. L 250/17
IrreführungsRL 1997	Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10.9.1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, i.d.F. der Änderung durch die Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.10.1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, EG-ABl. L 290/18
IrreführungsRL 2006	Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über irreführende und vergleichende Werbung (kodifizierte Fassung), EU-ABl. L 376/21
IT	Informations- und Telekommunikationstechnologie
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht

J. Competition	
L. & Econ	Journal of competition Law and Economics
JEP	Journal of Economic Perspectives
J.L. & Econ.	Journal of Law & Economics
J.L. Econ. & Org.	Journal of Law, Economics & Organization
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl.	Justizblatt
JMBL.	Justizministerialblatt
JMStV	Jugendmedienschutzstaatsvertrag
JNSt	Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik
JR	Juristische Rundschau
JurA	Juristische Analysen
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JVEG	Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation und Recht
Kap.	Kapitel
Kart	Kartellsenat
Kfm.	Kaufmann
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	1. Kammergericht 2. Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KOM (2003) 356 endg.	KOM (2003) 356 endgültig: Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinien 84/450/EWG, 97/7/EG und 98/27/EG (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), SEC (2003) 724
KOM (2005) 646	Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung über die Ausübung der Fernsehaktivität
KosmetikRL	Richtlinie 76/768/EWG des Rates vom 27.7.1976 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über kosmetische Mittel, EG-ABl. L 262/169 (i.d.F. der RL 2000/129 und 130 vom 9./12.10.2009, EU-ABl. L 268/5)
krit.	kritisch
LFBG	Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch
LG	Landgericht
lit.	littera
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, hrsg. v. Lindemaier, Möhring u.a.
LMG Rheinland-Pfalz	Landesmediengesetz Rheinland-Pfalz vom 4.2.2005
LPrG M-V	Landespressegesetz für das Land Mecklenburg-Vorpommern vom 6.6.1993
LS	1. Landessatzung 2. Leitsatz
Ltd.	Private Company Limited by Shares
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (Lugano-Übereinkommen), ABl. 2009 L 147/5
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht

Abkürzungsverzeichnis

M.	Meinung
m.	mit
M&A	Mergers & Acquisitions
MA	Der Markenartikel
m. Anm.	mit Anmerkung
MarkenG	Markengesetz
MarkenR	Markenrecht
MarkenrechtsRL	Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.10.2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (kodifizierte Fassung), EU-ABl. L 299/25
MarkenrechtsRL 1989	Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21.12.1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, EG-ABl. L 40/1 vom 11.2.1989
m.a.W.	mit anderen Worten
m. Bespr.	mit Besprechung
MBL	Ministerialblatt
MD	Magazindienst des Verbandes Sozialer Wettbewerb
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MdSt	Mediendienstestaatsvertrag
MediationsG	Mediationsgesetz
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
Mitt.	Mitteilungen
MitttschPatAnw	Mitteilungen der deutschen Patentanwälte
MiZi	Mitteilungen in Zivilsachen
MMR	Multimedia und Recht
Mod.	(Tatbestands-)Modalität
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
m.W.v.	mit Wirkung vom
n.F.	neue Fassung
n.v.	nicht veröffentlicht
Nachw.	Nachweise
NJ	Neue Justiz
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-CoR	Computerreport
NJWE-WettbR	NJW-Entscheidungsdienst Wettbewerbsrecht
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtssprechungsreport
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Rechtsprechungssammlung der Neuen Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
o.	oben
o.ä.	oder ähnliches
OHG	Offene Handelsgesellschaft
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report: Zivilrechtsprechung der Oberlandesgerichte
ÖOGH	Österreichischer Oberster Gerichtshof
Öst./öst.	Österreich/österreichisch
ÖUWG	Österreichisches Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
PAngV	Verordnung zur Regelung der Preisangaben
PatG	Patentgesetz
PDF	portable document format (Dateiformat)
PKH	Prozesskostenhilfe
PreisangabenRL	Richtlinie 98/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.2.1998 über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihm angebotenen Erzeugnisse, EG-ABl. L 80/27
ProduktsicherheitsRL	Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3.12.2001 über die allgemeine Produktsicherheit, EG-ABl. L 11/4 vom 15.1.2002
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
PrPG	Gesetz zur Stärkung des Schutzes geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie
PublG	Publizitätsgesetz
PucheltsZ	Zeitschrift für französisches Zivilrecht
RabattG	Rabattgesetz
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
RDG	Rechtsdienstleistungsgesetz
Rdsch.	Rundschau
RefE	Referentenentwurf
RegBegr	Regierungsbegründung
RegE	Regierungsentwurf
RegTP	Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
RfÄStV	Rundfunkänderungsstaatsvertrag
RfStV	Rundfunkstaatsvertrag
RG	1. Reichsgericht 2. Reichsgesetz
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
RL Vergleichende Werbung 1997	Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.10.1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, EG-ABl. L 290/18
Rn.	Randnummer
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“), ABl. 2008 L 177/6
Rom II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. 2007 L 199/40
RpflG	Rechtspflegergesetz
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RStV	Rundfunkstaatsvertrag
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
Rz.	Randziffer/Randzahl

Abkürzungsverzeichnis

S.	1. Satz
	2. Seite(n)
s.	siehe
s.a.	siehe auch
SchwUWG	Schweizerisches Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
sc.	scilicet (das heißt, ergänze)
S.Ct.	Supreme Court
SE	Societas Europaea – Europäische Gesellschaft
Slg.	Sammlung
SMG	Saarländisches Mediengesetz vom 27.2.2002
sog.	sogenannte
Sp.	Spalte(n)
StabG	Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
Str.	strittig
stRspr	ständige Rechtsprechung
StV	Staatsvertrag
s.u.	siehe unten
TabakwerberL	Richtlinie 2003/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.5.2003 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, EU-ABl. L 152/16, berichtigt im EU-ABl. L 67/34 vom 5.3.2004
TB-Merkmale	Tatbestandsmerkmale
TDG	Gesetz über die Nutzung von Telediensten – Teledienstegesetz
Teilbd.	Teilband
teilw.	teilweise
TKG	Telekommunikationsgesetz
TRIPS	Trade related aspects of intellectual property rights (Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums)
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
Tz.	Teilziffer
u.	und
u.ä.	und ähnliches
u.a.	unter anderem
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UG	Unternehmergesellschaft
UGPRL	Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), EU-ABl. L 149/22
UKlaG	Unterlassungsklagengesetz
UmwG	Umwandlungsgesetz
unstr.	unstrittig
Unterabs.	Unterabsatz
UrhG	Urheberrechtsgesetz
Urt.	Urteil
URV	Verordnung über das Unternehmensregister
US	United States
usf.	und so fort

u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 3.3.2010, BGBl I 254
UWG 1896	Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27.5.1896, RGBl I 145 = GRUR 1896, 178
UWG 1909	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7.6.1909, RGBl I 499
UWG 1932	UWG in der Fassung der Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze der Wirtschaft vom 9.3.1932, RGBl I 121
UWG 1940	UWG in der Fassung der Verordnung zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 8.3.1940, RGBl I S. 480
UWG 1957	UWG in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, des Gesetzes über das Zugabewesen und des Rabattgesetzes vom 11.3.1957, BGBl I 172
UWG 1969	UWG in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 26.6.1969, BGBl I 633
UWG 1986	UWG in der Fassung des Gesetzes zur Änderung wirtschafts-, verbraucher- arbeits- und sozialrechtlicher Vorschriften vom 25.7.1986, BGBl I 1169, berichtet 1987 BGBl I 565
UWG 1994	UWG in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 25.7.1994, BGBl I 1738 („kleine UWG-Novelle“)
UWG 2000	UWG in der Fassung des Gesetzes zur vergleichenden Werbung und zur Änderung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften vom 1.9.2000, BGBl I 1374
UWG 2004	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 3.7.2004, BGBl I 1414 („UWG-Modernisierung“)
v.	von/vom
Var.	Variante
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
Verf.	Verfasser
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
Vertikal-GVO	Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen
VertriebsR	Vertriebsrecht
vgl.	vergleiche
v.H.	von Hundert
VO	Verordnung
VWGmbHÜG	Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand
Vorausfl.	Vorauslage
Vorb.	Vorbemerkung
VStS	Vereinigte Strafsenate
VuR	Verbraucher und Recht
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwZG	Verwaltungszustellungsgesetz
WappenVO	Wappenverordnung
weit.	weitere(n)
WettbR	Wettbewerbsrecht
WHO	Weltgesundheitsorganisation
WiKG	Das zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 15.5.1986
WIPO	World Intellectual Property Organization
WIR	Wirtschaftsrecht
WiSachvRG	Gesetz über die Bildung eines Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung
WiStG	Wirtschaftsstrafgesetz

Abkürzungsverzeichnis

wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung – Vierteljahresbeilage zum Gewerbearchiv
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WpAIV	Wertpapierhandelsanzeige- und Insiderverzeichnisverordnung
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WTO	World Trade Organization
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
www	world wide web
WZG	Warenzeichengesetz
Yale L.J.	Yale Law Journal
Z	(in Zusammenhängen) Zeitschrift, Zeitung, Zentralblatt
z.B.	zum Beispiel
ZAW	Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft e.V.
ZBH	Zentralblatt für Handelsrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZfBf	Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZGE	Zeitschrift für Geistiges Eigentum
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Zivilrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZS	Zivilsenat
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z.T.	zum Teil
ZugabeVO	Zugabeverordnung
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht/Film und Recht
ZUM-RD	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht – Rechtsprechungsdienst
zust.	Zustimmend
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZVP	Zeitschrift für Verbraucherpolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZP Int.	Zeitschrift für Zivilprozess International

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- | | |
|---|--|
| Achenbach/Ransiek/
<i>Bearbeiter</i> | Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin, 3. Aufl. 2011 |
| Ackermann | Ackermann, Wettbewerbsrecht, Heidelberg, 1997 |
| Ahrens, Wettbewerbsrecht | Ahrens, Cl., Wettbewerbsrecht, Berlin, 2006 |
| Ahrens, Wettbewerbs-
verfahren | Ahrens, Wettbewerbsverfahrensrecht, Köln, Berlin, Bonn, München, 1983 |
| Ahrens/ <i>Bearbeiter</i> | Ahrens (Hrsg.), Der Wettbewerbsprozess, Köln, 7. Aufl. 2013 |
| Ahrens/ <i>Spätgens</i> | Ahrens/Spätgens, Einstweiliger Rechtsschutz und Vollstreckung in UWG-Sachen, Köln, 4. Aufl. 2001 |
| Anweiler | Anweiler, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt, 1997 |
| AnwKommBGB/ <i>Bearbeiter</i> | Dauner-Lieb/Heidel/Ring (Hrsg.), Anwaltkommentar BGB, 5 Bde., Bonn, 2005 ff. |
| AnwKommStGB/ <i>Bearbeiter</i> | Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), Anwaltkommentar StGB, Bonn, 2011 |
| Bamberger/Roth/ <i>Bearbeiter</i> | Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München, 3. Aufl. 2011 |
| Baudenbacher | Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Basel, 2001 |
| Baumbach/Hefermehl | Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, München, 22. Aufl. 2001 |
| Baumbach/Lauterbach/
Albers/Hartmann | Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung: ZPO, München, 71. Aufl. 2013 |
| Beater | Beater, Unlauterer Wettbewerb, Tübingen, 2011 |
| Bechtold, GWB | Bechtold, GWB, Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München, 7. Aufl. 2013 |
| Bechtold/Bosch/Brinker/
Hirsbrunner | Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, München, 2. Aufl. 2009 |
| BeckOK-BGB/ <i>Bearbeiter</i> | Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.8. 2013 |
| Bender, Europ. MarkenR | Bender, Europäisches Markenrecht, Köln, 2008 |
| Benkard/ <i>Bearbeiter</i> | Benkard, Patentgesetz, München, 10. Aufl. 2006 |
| Berlit, Wettbewerbsrecht | Berlit, Wettbewerbsrecht, München, 8. Aufl. 2011 |
| Berneke | Berneke, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen, München, 2. Aufl. 2003 |
| Beucher/Leyendecker/
von Rosenberg | Mediengesetze – Rundfunk, Mediendienste, Teledienste. Kommentar, München, 1999 |
| Boesche | Boesche, Wettbewerbsrecht, Heidelberg, 4. Aufl. 2011 |
| Borck, Wettbewerbssachen | Borck, Die anwaltliche Praxis in Wettbewerbssachen, Stuttgart, 1992 |
| Brömmelmeyer | Brömmelmeyer, Internetwettbewerbsrecht, Tübingen, 2007 |
| Internetwettbewerbsrecht | |
| Büchting/Heussen | Büchting/Heussen, Rechtsanwalts-Handbuch, München, 9. Aufl. 2007 |
| Buck | Buck, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt, 1997 |
| Bühning | Bühning, Gebrauchsmustergesetz, Köln, 8. Aufl. 2011 |
| Bunte | Bunte, Kartellrecht, München, 2. Aufl. 2008 |
| Büscher/Dittmer/Schiwy | Büscher/Dittmer/Schiwy (Hrsg.), Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht, Köln, 2. Aufl. 2011 |
| Buschle | Buschle, Kommunikationsfreiheiten in den Grundrechten und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Köln, 2004 |
| Busse/ <i>Bearbeiter</i> | Busse/Keukenschrijver (Hrsg.), Patentgesetz, Berlin, 7. Aufl. 2013 |
| Calliess/Ruffert | Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV Kommentar, München, 4. Aufl. 2011 |
| Callmann | Callmann, Der Unlautere Wettbewerb. Kommentar, Mannheim/Berlin/Leipzig, 2. Aufl. 1932 |

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

<i>Cendon</i>	Cendon/Pasquinelli (Hrsg.), <i>Commentario al Codice civile</i> , Band 5, 2, Mailand, 2011
<i>Dederichs</i>	Dederichs, <i>Die Methodik des EuGH</i> , Baden-Baden, 2004
<i>Dreier/Schulze, UrhR</i>	Dreier/Schulze, <i>Urheberrechtsgesetz</i> , München, 4. Aufl. 2013
<i>Dethloff</i>	Dethloff, <i>Die Europäisierung des Wettbewerbsrechts</i> , Tübingen, 2001
<i>Drexl</i>	Drexl, <i>Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers</i> , Tübingen, 1998
<i>Ehlers</i>	Ehlers, <i>Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten</i> , Berlin, 3. Aufl. 2009
<i>Eichmann/v. Falckenstein</i>	Eichmann/v. Falckenstein, <i>Geschmacksmustergesetz</i> , München, 4. Aufl. 2010
<i>Ekey, Grundriss</i>	Ekey, <i>Grundriss des Wettbewerbs- und Kartellrechts</i> , Heidelberg, 3. Aufl. 2009
<i>Ekey/Klippel/Bender, MarkenR</i>	Ekey/Klippel/Bender, <i>Markenrecht</i> , Band 1, <i>Markengesetz und Markenrecht ausgewählter ausländischer Staaten (Heidelberger Kommentar)</i> , Heidelberg, 2. Aufl. 2009
<i>Ekey/Klippel/Kotthoff/Meckel/Plaß</i>	Ekey/Klippel/Kotthoff/Meckel/Plaß (Hrsg.), <i>Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht</i> , Heidelberg, 2. Aufl. 2005
<i>Emmerich, Kartellrecht</i>	Emmerich, <i>Kartellrecht</i> , München, 12. Aufl. 2012
<i>Emmerich, Unlauterer Wettbewerb</i>	Emmerich, <i>Unlauterer Wettbewerb</i> , München, 8. Aufl. 2009
<i>Erbs/Kohlhaas/Bearbeiter</i>	Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), <i>Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar</i> , München, 189. Lieferung, Stand: April 2012
<i>Erman/Bearbeiter</i>	Erman, <i>Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar</i> , Köln, 13. Aufl. 2011
<i>Fezer/Bearbeiter</i>	Fezer (Hrsg.), <i>Lauterkeitsrecht: UWG, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb</i> , München, 2. Aufl. 2010
<i>Fezer, Markenrecht</i>	Fezer, <i>Markenrecht</i> , München, 4. Aufl. 2009
<i>Fischer</i>	Fischer, <i>Strafgesetzbuch und Nebengesetze</i> , München, 59. Aufl. 2012
<i>FK-GWB</i>	Jaeger u.a. (Hrsg.), <i>Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht</i> , Frankfurt, 78. Ergänzungslieferung 2013
<i>Fritzsche, Unterlassungsanspruch</i>	Fritzsche, <i>Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage</i> , Berlin, Heidelberg, 2000
<i>Geiger/Khan/Kotzur, EUV, AEUV</i>	Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), <i>EUV, AEUV (Kommentar)</i> , München, 5. Aufl. 2010
<i>Glöckner, Europäisches Lauterkeitsrecht</i>	Glöckner, <i>Europäisches Lauterkeitsrecht</i> , 2006
<i>Gloy/Loschelder/Erdmann/Bearbeiter</i>	Gloy/Loschelder/Erdmann (Hrsg.), <i>Handbuch des Wettbewerbsrechts</i> , München, 4. Aufl. 2010
<i>Götting, Wettbewerbsrecht</i>	Götting, <i>Wettbewerbsrecht</i> , München, 2005
<i>Götting, Gewerblicher Rechtsschutz</i>	Götting <i>Gewerblicher Rechtsschutz</i> , München, 9. Aufl. 2010
<i>Götting/Nordemann/Bearbeiter</i>	Götting/Nordemann, <i>UWG, Handkommentar</i> , Baden-Baden, 2. Aufl. 2013
<i>Grabenwarter</i>	Grabenwarter, <i>Europäische Menschenrechtskonvention</i> , München, 4. Aufl. 2009
<i>Graf Lambsdorff</i>	Graf Lambsdorff, <i>Handbuch des Wettbewerbsverfahrensrechts</i> , Köln, 2000
<i>Groebe/Schwarze</i>	von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), <i>Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft</i> , Baden-Baden, 6. Aufl. 2003
<i>Hacker</i>	Hacker, <i>Markenrecht</i> , Köln, 2. Aufl. 2010
<i>Hahn/Vesting/Bearbeiter</i>	Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, München, 3. Aufl. 2013
<i>Haratsch/Koenig/Pechstein</i>	Haratsch/Koenig/Pechstein <i>Europarecht</i> , Tübingen, 6. Aufl. 2009
<i>Herdegen, Europarecht</i>	Herdegen, <i>Europarecht</i> , München, 13. Aufl. 2011
<i>Harte/Henning/Bearbeiter</i>	Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, <i>Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Kommentar</i> , München, 3. Aufl. 2013
<i>Härtting</i>	Härtting, <i>Internetrecht</i> , Köln, 4. Aufl. 2010

- Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole* Rundfunkstaatsvertrag – Kommentar zum Staatsvertrag Rundfunk und Telemedien (RStV) und zum Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV), München, 55. Ergänzungslieferung, Stand: April 2013
- Hasselblatt, AnwHandbuch* Hasselblatt (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz, München, 3. Aufl. 2009
- Hatje* Hatje, Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit, Baden-Baden, 1993
- Hecker, Strafbare Produktwerbung* Hecker, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts: Europäisierung des deutschen Täuschungsschutzstrafrechts am Beispiel des Lebensmittel-, Wettbewerbs- und Betrugsstrafrechts, Tübingen, 2001
- Henning-Bodewig* Henning-Bodewig, Unfair Competition Law, European Union and Member States, The Hague, 2006
- Hilty/Henning-Bodewig, Lauterkeitsrecht* Hilty/Henning-Bodewig (Hrsg.), Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire, 2009
- Himmelsbach* Himmelsbach (Hrsg.), Beck'sches Mandatshandbuch Wettbewerbsrecht, München, 3. Aufl. 2009
- HK-BGB/Bearbeiter* Schulze, Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Baden-Baden, 7. Auflage 2012
- Hoeren/Sieber/Bearbeiter* Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, München, 35. Aufl., Juli 2013
- Immenga/Mestmäcker* Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1 und 2, München, 5. Aufl. 2012
- Ingerl/Rohnke* Ingerl/Rohnke, Markengesetz, München, 3. Aufl. 2010
- Jauernig/Bearbeiter* Jauernig (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, München, 14. Aufl. 2011
- Jestaedt* Jestaedt, Wettbewerbsrecht, Köln, 2008
- Jochum, Europarecht* Jochum, Europarecht, Stuttgart, 2. Aufl. 2012
- Joller* Joller, Verwechslungsgefahr im Kennzeichenrecht, Bern, 2000
- juris-PK/Bearbeiter* Ullmann, juris-Praxiskommentar UWG, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Saarbrücken, 2. Aufl. 2009
- Kehl* Kehl, Wettbewerbsrecht, 1990
- Kilian, Europäisches Wirtschaftsrecht* Kilian, Europäisches Wirtschaftsrecht, München, 4. Aufl. 2010
- Kling/Thomas* Kling/Thomas, Grundkurs Wettbewerbs- und Kartellrecht, München, 2004
- Kling/Thomas, Kartellrecht* Kling/Thomas, Kartellrecht, München, 2007
- Koenig/Schreiber* Koenig/Schreiber, Europäisches Wettbewerbsrecht, Stuttgart, 2010
- Kohler* Kohler, Der unlautere Wettbewerb. Darstellung des Wettbewerbsrechts, Berlin, 1914.
- Köhler/Bornkamm* Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG – PAngV – UKlaG, München, 31. Aufl. 2013
- Köhler/Piper* Köhler/Piper (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, München, 3. Aufl. 2002
- Koos/Menke/Ring* Koos/Menke/Ring (Hrsg.), Praxis des Wettbewerbsrechts, Köln, 2009
- Koppensteiner, Wettbewerbsrecht* Koppensteiner, Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht, Wien, 3. Aufl. 1997
- Kraft, Interessenabwägung* Kraft, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, 1963
- Lange* Lange, Marken- und Kennzeichenrecht, München, 2. Aufl. 2012
- Lange/Spätgens* Lange/Spätgens, Rabatte und Zugaben im Wettbewerb, München, 2001
- Langen/Bunte* Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Köln, 11. Aufl. 2010
- Lehmle* Lehmle, Kommentar zum Wettbewerbsrecht – UWG, Köln, 2007
- Lehr* Lehr, Wettbewerbsrecht, Heidelberg, 3. Aufl. 2007
- LeipzigerKommStGB/Bearbeiter* Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar StGB, Berlin, 12. Aufl., Band 1, 2007; Band 2, 2006; Band 6, 2010; Band 10, 2008
- Leistner, Richtiger Vertrag* Leistner Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, Tübingen, 2007

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- Lettl* Lettl, Wettbewerbsrecht, München, 2009
- Lettl, Das neue UWG* Lettl, Das neue UWG, München, 2004
- Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz* Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, München, 2004
- Lobe (Bd.)* Lobe, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Bd. I, Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung (1907), Bd. III, Materialien des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, 1907
- Loewenheim/Meessen/Riesenkampff* Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, München, 2. Aufl. 2009
- Löffler/Bearbeiter* Löffler, Presserecht, Kommentar, fortgeführt von Wenzel und Sedlmaier, München, 5. Aufl. 2006
- Löffler/Ricker* Löffler/Ricker, Handbuch des Presserechts, München, 6. Aufl. 2012
- Matutis* Matutis, UWG Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Berlin, 2. Aufl. 2009
- Maunz/Dürig/Bearbeiter* Maunz/Dürig (Begr.) Grundgesetz Kommentar, München, 69. Ergänzungslieferung Mai 2013
- Melullis* Melullis, Handbuch des Wettbewerbsprozesses, Köln, 3. Aufl. 2000
- Mestmäcker/Schweitzer* Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, München, 2. Aufl. 2004
- Möschel, Pressekonzentration* Möschel, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, Tübingen, 1978
- Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen* Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen 1983
- MünchKommBGB/Bearbeiter* Rebmann/Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München, 5. Aufl. 2006 ff.
- MünchKommKartR/Bearbeiter* Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), München, 2007 ff.
- MünchKommStGB/Bearbeiter* Joecks/Miebach/Schmitz (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Nebenstrafrecht II, München, 2010
- MünchKommUWG/Bearbeiter* Heermann/Hirsch (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, München, 2006
- MünchKommZPO/Bearbeiter* Rauscher/Wax/Wenzel (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, München, 3. Aufl. 2007 ff., 4. Aufl. 2012 ff.
- Musielak/Bearbeiter* Musielak (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO, München, 9. Aufl. 2012
- Nirk/Kurtze* Nirk/Kurtze, Wettbewerbsstreitigkeiten, München, 2. Aufl. 1992
- Nordemann* Nordemann, Wettbewerbsrecht, Markenrecht, Baden-Baden, 11. Aufl. 2011
- Ohly, Richterrecht und Generalklausel* Ohly, Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs, Köln, 1997
- Oppermann/Classen/Nettesheim* Oppermann, Classen/Nettesheim, Europarecht, München, 7. Aufl. 2011
- Palandt/Bearbeiter* Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, München, 71. Aufl. 2012
- Piper/Ohly/Sosnitza* Piper/Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, München, 5. Aufl. 2010
- Prütting/Gehrlein* Prütting/Gehrlein, ZPO-Kommentar, Köln, 3. Aufl. 2011
- Prütting/Wegen/Weinreich/Bearbeiter (PWW)* Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, München, 6. Aufl. 2011
- Reimer* Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Köln, 3. Aufl. 1954
- Rescigno* Rescigno (Hrsg.), Codice civile, Mailand, 3. Aufl. 1997
- RGRK/Bearbeiter* BGB – RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, Hrsg.: Mitglieder des Bundesgerichtshofes, Berlin/New York, 12. Aufl. 1974
- Rickert* Rickert, Grundrechtsgeltung bei der Umsetzung europäischer Richtlinien in innerstaatliches Recht, Berlin, 1997
- Riesenhuber* Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, Berlin, 2. Aufl. 2010

- Rittner/Dreher* Rittner/Dreher, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, Heidelberg, 3. Aufl. 2007
- Rittner/Kulka* Rittner/Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Heidelberg, 8. Aufl. 2011
- Rosenthal* Rosenthal, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (bearb. von Leffmann), Berlin/Frankfurt/M., 9. Aufl. 1969
- Rosenthal*, 8. Aufl. Rosenthal, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Berlin, 8. Aufl. 1930
- Roxin, AT I* Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teilband I, München, 4. Aufl. 2006
- Sambuc* Sambuc, Der UWG-Nachahmungsschutz, München, 1996
- S/S/W, StGB* Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch: StGB, Kommentar, Köln, 2009
- Säcker, Fallbuch* Säcker(Hrsg.), Fallbuch Kartellrecht, Wettbewerbsrecht, Markenrecht, Heidelberg, 2001
- Schenk* Schenk, Die markenrechtliche Schutzfähigkeit von Zeichen aus empirischer und sprachwissenschaftlicher Sicht, Köln, 2006
- Schlesinger* Schlesinger (Hrsg.), Il foro italiano/Codice civile, Bologna/Rom, 3. Aufl. 2010
- Schmidt-Kessel/Schubmehl/Bearbeiter* Schmidt-Kessel, Martin/Schubmehl, Silvan (Hrsg.), Lauterkeitsrecht in Europa. Eine Sammlung von Länderberichten zum Recht gegen unlauteren Wettbewerb, München, 2011
- Scholz/Tiedemann, GmbHG* Scholz (Hrsg.), Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band 3, Köln, 10. Aufl. 2010
- Schotthöfer* Schotthöfer, Handbuch des Werberechts in den EU-Staaten, Köln, 2. Aufl. 1997
- Schönke/Schröder/Bearbeiter* Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, München, 28. Aufl. 2010
- Schünemann, Wettbewerbsrecht* Schünemann, Wettbewerbsrecht, München/Wien, 1989
- Schricker* Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, München, 1970
- Schricker* Schricker (Hrsg.), Neuordnung des Wettbewerbsrechts, Baden-Baden, 1999
- Schricker/Bodewig* Schricker/Bodewig (Hrsg.), Neuordnung des Wettbewerbsrechts, Baden-Baden, 1997
- Schricker/Loewenheim/Bearbeiter* Schricker/Loewenheim (Hrsg.), Urheberrecht, München, 4. Aufl. 2010
- Schröter* Schröter/Jakob/Mederer (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, Baden-Baden, 2. Aufl. 2013
- Schulte/Bearbeiter* Schulte, Patentgesetz mit EPÜ, Köln, 8. Aufl. 2008
- Schuschke/Walker* Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, Köln, 5. Aufl. 2011
- Schwarze* Schwarze, EU-Kommentar, Baden-Baden, 2. Aufl. 2009
- Schwintowski* Schwintowski, Wettbewerbs- und Kartellrecht, München, 4. Aufl. 2007
- SK-StGB* Rudolphi/Horn/Samson (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Frankfurt a.M., 131. Lieferung, Stand: März 2012
- Soergel/Bearbeiter* Soergel/Siebert (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Stuttgart, 13. Aufl. 2001 ff.
- Sosnitza, Fälle* Sosnitza, Fälle zum Wettbewerbs- und Kartellrecht, München, 6. Aufl. 2011
- Speckmann* Speckmann, Wettbewerbsrecht. UWG – Markenrechtsverletzung, Wettbewerbsverfahrensrecht, Köln, 3. Aufl. 2001
- Spindler/Schuster/Bearbeiter* Recht der elektronischen Medien, Kommentar, München, 2. Aufl. 2011
- Staudinger/Bearbeiter* J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Bearbeitung, Berlin, 1993 ff.
- Stein/Jonas/Bearbeiter* Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO, Tübingen, 22. Aufl. 2002 ff.
- Steinmetz* Steinmetz, Der „kleine“ Wettbewerbsprozeß, München, 1993
- Stiess* Stiess, Schutz der Wirtschaftswerbung durch Verfassungsrecht und Gemeinschaftsrecht, München, 2000
- Stober* Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, Stuttgart, 17. Aufl. 2011

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- | | |
|--|--|
| <i>Streinz</i> | Streinz, EUV/AEUV Kommentar, München, 2. Aufl. 2012 |
| <i>Streinz, Lebensmittelrecht-Handbuch</i> | Streinz, Lebensmittelrechts-Handbuch, München, 34. Ergänzungslieferung, Stand: Mai 2013 |
| <i>Ströbele/Hacker</i> | Ströbele/Hacker (Hrsg.), Markengesetz, Köln, 10. Aufl. 2012 |
| <i>Teplitzky</i> | Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Unterlassung – Beseitigung – Schadensersatz, Anspruchsdurchsetzung und Anspruchsabwehr, Köln, 10. Aufl. 2012 |
| <i>Thomas/Putzo/Bearbeiter</i> | Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung: ZPO, München, 33. Aufl. 2012 |
| <i>Ulmer/Reimer/Bearbeiter</i> | Ulmer/Reimer, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Bd. III – Deutschland, 1968 |
| <i>v. Gamm</i> | v. Gamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Köln, 3. Aufl. 1993 |
| <i>v. Gamm</i> | v. Gamm, Wettbewerbsrecht, 1987 |
| <i>v. Schultz</i> | von Schultz, Markenrecht, Frankfurt/M., 3. Aufl. 2012 |
| <i>v. Oppermann</i> | von Oppermann, Unterlassungsanspruch und materielle Gerechtigkeit, Tübingen, 1993 |
| <i>Vorauslage/Bearbeiter</i> | Jacobs/Lindacher/Teplitzky (Hrsg.), UWG, Großkommentar, Berlin, 1991 ff. |
| <i>Walter/Grüber</i> | Walter/Grüber (Hrsg.), Anwaltshandbuch Wettbewerbspraxis, Köln, 1998 |
| <i>Wandtke, Medienrecht</i> | Wandtke (Hrsg.), Medienrecht Praxishandbuch, Berlin, 2. Aufl. 2011 |
| <i>Wieczorek/Schütze/Bearbeiter</i> | Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung, Großkommentar, Berlin, 4. Aufl. 2013 ff. |
| <i>Wolters, Das Unternehmensdelikt</i> | Wolters, Das Unternehmensdelikt, Baden-Baden, 2001 |
| <i>Zöller/Bearbeiter</i> | Zöller, Richard, Zivilprozessordnung: ZPO, Kommentar, Köln, 30. Aufl. 2014 |

EINLEITUNG

A. Wettbewerb und Wirtschaftsordnung

Schrifttum

Aberle Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik (1980); Achatz Grundrechtliche Freiheit im Wettbewerb (2011); Ahlert/Schröder Rechtliche Grundlagen des Marketing, 2. Aufl. (1996); Alexander Vertrag und unlauterer Wettbewerb (2002); Armbruster Privatautonomie im Handels- und Wirtschaftsrecht, JR 1990, 278 ff.; Badura Der Eigentumsschutztitel des eingerichteten und ausgeübten Geschäftsbetriebes, AöR 98 (1973) 157 ff.; ders. Grundprobleme des Wirtschaftsverfassungsrechts, JuS 1976, 205 ff.; ders. Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 4. Aufl. (2011); Bätge Wettbewerb der Wettbewerbsordnungen? (2009); Bartholomeyczik/Benisch Rechtsgrundlagen der Gegengewichtsbildung (1966); Bartling Leitbilder der Wettbewerbspolitik (1980); Basedow Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung (1992); Baudenbacher Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht (1978); ders. Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, ZHR 144 (1980) 145 ff.; ders. Lauterkeitsrecht (2001); Baur Das Tatbestandsmerkmal „Wettbewerb“, ZHR 134 (1970) 97 ff.; Beater Verbraucherschutz und Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht (2000); Behrens Der Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1958, 485 ff.; ders. Der Wettbewerb im Vertrag von Lissabon, EuZW 2008, 193; Benöhr Privatautonomie und Wirtschaftsliberalismus: Adam Smith's Wohlstand der Nationen von 1776, JuS 1976, 273 ff.; Bethge Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren, NJW 1982, 1 ff.; Binder Die Idee der Konsumentensouveränität in der Wettbewerbstheorie (1996); Bittlingmeyer Die wettbewerbspolitischen Vorstellungen der Chicago School, WuW 1987, 70 ff.; Bleckmann Grundzüge des Wirtschaftsverfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, JuS 1991, 536 ff.; Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht (2003); Bohling Die Anforderungen des Grundgesetzes an die Wirtschaftsordnung, in Bohling (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Grundgesetz (1981) 1 ff.; Borchardt/Fikentscher Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung (1957); Böhm Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung (1950); Brandt Das neoklassische Marktmodell und die Wettbewerbstheorie, JNSt. 199 (1984) 97 ff.; Braun Werbung und Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, WRP 1982, 510 ff.; ders. Wettbewerbstheorie, Wettbewerbspolitik, Wettbewerbsrecht, ORDO 35 (1984) 297 ff.; Brauser-Jung Der Schutz des Wettbewerbs in der EU-Wirtschaftsverfassung, FS Stober (2008) 43 ff.; Bruhn Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union aus deutscher Perspektive (2009); Buhbe Ökonomische Analyse von Eigentumsrechten (1980); Busch Zur Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union (2008); Burmann Wettbewerb als sinnvariabler Rechts- und Wirtschaftsbegriff, WRP 1967, 240 ff.; Canaris Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984) 201 ff.; Christiansen Die „Ökonomisierung“ der EU-Fusionskontrolle: Mehr Kosten als Nutzen? WuW 2005, 285 ff.; Clapham Das wettbewerbspolitische Konzept der Wettbewerbsfreiheit, in Cox/Jens/Markert (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbs (1981), 129 ff.; Clark Competition as a Dynamic Process (1961); ders. Wettbewerb und Ziele der Wirtschaftspolitik, in Herdizina (Hrsg.), Wettbewerbstheorie (1975) 269; Clemens/Glahe Das Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaftsordnung (1966); Cox/Hübener Wettbewerb. Eine Einführung in die Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, in Cox/Jens/Markert (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbs (1981) 1 ff.; Degenhart Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG, JuS 1992, 361; Dreher/Lange Die europäische Wirtschaftsverfassung nach dem Vertrag von Lissabon, in FS 50 Jahre FIW: 1960 bis 2010 (2010) 161 ff. (zit. FS FIW); Drettmann Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit (1984); Drews Die Erheblichkeitsschwelle des § 3 UWG (2010); Drexl Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers (1998); Ehlers Der persönlichkeitsrechtliche Schutz des Verbrauchers vor Werbung, WRP 1983, 187; Ehmke Wirtschaft und Verfassung (1961); Eicke Meinungsfreiheit für die Werbung? WRP 1988, 645; Engels Soziale Marktwirtschaft. Verschmähte Zukunft? (1972); ders. Mehr Markt. Soziale Marktwirtschaft als politische Ökonomie (1976); Eucken Die Grundlage der Nationalökonomie, 8. Aufl. (1965); Everling Eigentumsordnung und Wirtschaftsordnung in der Europäischen Gemeinschaft, FS Raiser (1974) 379 ff.; di Fabio Wettbewerbsprinzip und Verfassung, ZWeR 2007, 266 ff.; Fezer Verantwortete Marktwirtschaft, JZ 1990, 657 ff.; Fikentscher Deutsches Wirtschaftsrecht Bd. II (1983); Friauf Unternehmenseigentum und Wirtschaftsverfassung, DÖV 1976, 624 ff.; Friauf/Wendt Eigentum am Unternehmen (1977); Friedrich Der Grundrechtsschutz der Außenwerbung, WRP 1972, 113 ff.; Friedman Capitalism and Freedom (1962) = Kapitalismus und Freiheit (1984); Fritze Indirekte wettbewerbsrechtliche Schranken für Presseberichterstattung und Pressekritik, GRUR 1985, 414 ff.; Frotscher/Kramer

Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 6. Aufl. (2013); *Galbraith* American Capitalism. The Concept of Countervailing Power, 7. Aufl. (1956); *Gärtner* Verfassungskonforme Auslegung wettbewerbsrechtlicher Generalklauseln, BB 1970, 1361 ff.; v. *Godin* Zum Begriff des „Wettbewerbs“, GRUR 1965, 288 ff.; *Goerlich* Wertordnung und Grundgesetz (1973); *Gotthold* Neuere Entwicklungen der Wettbewerbstheorie, ZHR 145 (1981) 286 ff.; *ders.* Nochmals: Kritische Bemerkungen zur neo-liberalen Theorie der Wettbewerbspolitik, ZHR 146 (1982) 55; *Grabitz* Die verfassungsorientierte Konkretisierung wettbewerbsrechtlicher Generalklauseln, ZHR 149 (1985) 263 ff.; *Grawert* Legitimität der Wettbewerbswirtschaft, Der Staat 50 (2011) 227 ff.; *Grossekettler* Wettbewerbstheorie, in Borchert/Grossekettler (Hrsg.), Preis- und Wettbewerbstheorie (1985) 174; *Gutersohn/Geisbüsch* Marktungleichgewichte und Gegengewichtsbildung in der Wirtschaftswirklichkeit (1966); *Hablitzel* Wirtschaftsverfassung und Grundgesetz, BayVBl 1981, 65 ff.; 172 ff.; *Hackmann* Konkurrenz und Nächstenliebe (1990); *Häberle* Europäische Verfassungslehre, 7. Aufl. (2011); *Hatje/Kindt* Der Vertrag von Lissabon – Europa endlich in guter Verfassung? NJW 2008, 1761 ff.; *Hauer* Leitbilder der Gerechtigkeit in den marktwirtschaftlichen Konzeptionen von Adam Smith, John Stuart Mill und Alfred Müller-Armack (1991); v. *Hayek* Marktwirtschaft und Wirtschaftspolitik, ORDO 6 (1954) 3 ff.; *ders.* Arten der Ordnung, in Freiburger Studien (1969) 32 ff.; *ders.* Grundsätze einer liberalen Wirtschaftsordnung, in Freiburger Studien (1969) 108 ff.; *ders.* Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in Freiburger Studien (1969) 249 ff.; *ders.* Die Theorie komplexer Phänomene (1972); *ders.* Die Anmaßung von Wissen, ORDO 26 (1975) 12 ff.; *ders.* Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, 2. Aufl. (1976); *Hengsbach* Gerechtigkeit in der Marktwirtschaft, in Lenk/Becker (Hrsg.), Ethik in der Wirtschaft, Chancen verantwortlichen Handelns (1996) 23 ff.; *Henning-Bodewig* Was gehört zum Lauterkeitsrecht? in Krejci/Kessler/Augenhofer (Hrsg.), Lauterkeitsrecht im Umbruch (2005) 9 ff.; *dies.* UWG und Geschäftsethik, WRP 2009/10, 1094 ff.; *Herdzina* (Hrsg.), Wettbewerbstheorie (1975); *ders.* Wettbewerbspolitik, 5. Aufl. (1999); *Herrmann, Ch.* Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsregierung in der Europäischen Union, in Giegerich (Hrsg.), Herausforderungen und Perspektiven der EU (2012) 51 ff.; *Herschel* Zivilrechtliche Bedeutung des strafrechtlichen Analogieverbotes, NJW 1968, 533; *Herzog* Soziale Marktwirtschaft – Verfassungsgebot oder politische Beliebigkeit, in Franz (Hrsg.), Die Zukunft der BRD (1975) 109; *ders.* Grundrechte und Gesellschaftspolitik, FS Hirsch (1986) 63 ff.; *Heuß* Allgemeine Markttheorie (1965); *Hildebrand* Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik, WuW 2005, 513 ff.; *Homann* Ethik und Ökonomik (1994); *Homann/Blome-Drees* Wirtschafts- und Unternehmensethik (1992); *Hoppmann* Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik, ORDO 18 (1965) 77 ff.; *ders.* Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, JNSt. 179 (1966) 286 ff.; *ders.* Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, JNSt. 181 (1967/68), 251 ff.; *ders.* Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in Schneider (Hrsg.), Grundlagen der Wettbewerbspolitik (Schriften des Vereins für Socialpolitik NF, Bd. 48, 1968), S. 9 ff.; *ders.* Zum Schutzbjekt des GWB. Die sogenannten volkswirtschaftlichen Erkenntnisse und ihre Bedeutung für die Schutzbjektdiskussion, in Mestmäcker, Wettbewerb S. 75 ff.; *ders.* Neue Wettbewerbspolitik: Vom Wettbewerb zur staatlichen Mikrosteuerung, JNSt. 184 (1970), 397 ff.; *ders.* Fusionskontrolle (1972); *ders.* Marktmacht und Wettbewerb (1977); *ders.* Wirtschaftsordnung und Wettbewerb (1988); *ders.* Moral und Marktsystem, ORDO 41 (1990) 3 ff.; *ders.* Prinzipien freiheitlicher Wirtschaftspolitik (1993); *Horn, N.* Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts – Die privatrechtstheoretische Verwertbarkeit der „Economic Analysis of Law“, AcP 176 (1976) 307 ff.; *Horn, K.I.* Moral und Wirtschaft (1996); *Huber* Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, 97, 135, 172, 200 (jeweils ff.); *Jarass* Die freien Berufe zwischen Standesrecht und Kommunikationsfreiheit, NJW 1982, 1833 ff.; *Jenkis* „Soziale Marktwirtschaft“ – eine Leerformel? FS Gemper (2006) 75 ff.; *Kalfass* Die Chicago School – Eine Skizze des „neuen“ amerikanischen Ansatzes für die Wettbewerbspolitik, WuW 1980, 596; *Kantzenbach* Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl. 1967, Auszüge in Herdzina (Hrsg.), Wettbewerbstheorie (1975) 194; *ders.* Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, JNSt. 181 (1968) 193 ff.; *Kantzenbach/Kalfass* Das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs, in Cox/Jens/Markert Handbuch des Wettbewerbs (1981) 103 ff.; *Karsten* Wirtschaftsordnung, Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsordnungstypus und Wirtschaftsform, Schmollers Jahrbuch Bd. 88 (1968) 129 ff.; *Keßler* Marktordnung, Wettbewerb und Meinungsfreiheit, WRP 1987, 75 ff.; *ders.* Vom Recht des unlauteren Wettbewerbs zum Recht der Marktkommunikation – Individualrechtliche und institutionelle Aspekte des deutschen und europäischen Lauterkeitsrechts, WRP 2005, 1203 ff.; *Kirzner* Wettbewerb und Unternehmertum (1978); *Kloepfer* Vergleichende Werbung und Verfassung. Meinungsgrundrechte als Grenze von Werbeschränkungen, GRUR 1991, 170 ff.; *Knieps* Wettbewerbsökonomie, 3. Aufl. (2008); *Knöpfle* Der Rechtsbegriff „Wettbewerb“ und die Realität des Wirtschaftslebens (1966); *ders.* Marktbezogene Unlauterkeit (1983); *Köhler* Wohin steuert die deutsche Wettbewerbspolitik? ORDO 37 (1986) 275 ff.; v. *Köhler* Welche Stellung hat der Wettbewerb in unserer Rechtsordnung? NJW 1964, 569 ff.; *Körner* Das allgemeine Wettbewerbs-

recht als Auffangtatbestand für fehlgeschlagenen oder abgelaufenen Sonderrechtsschutz, FS Ullmann (2006) 701 ff.; *Kosłowski* Theorie der Marktwirtschaft und der gesellschaftlichen Koordination (1991); *ders.* Ethik des Kapitalismus (1991); *Kraft* Die Berücksichtigung wirtschaftspolitischer und gesellschaftspolitischer Belange im Rahmen des § 1 UWG, FS Bartholomeyczik (1973) 223 ff.; *ders.* Gemeinschaftsschädliche Wettbewerbsstörungen als unlauterer Wettbewerb? GRUR 1980, 966 ff.; *ders.* Wettbewerbsrecht und Diskriminierungsverbot, FS Kummer (1980) 389 ff.; *Krejci/Keßler/Augenhofer* (Hrsg.), Lauterkeitsrecht im Umbruch (2005); *Kresse* Wirtschaftswerbung und Art. 5 GG, WRP 1985, 536 ff.; *Kriele* Wirtschaftsfreiheit und Grundgesetz, ZRP 1974, 105 ff.; *Krüger* Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, DVBl. 1951, 361 ff.; *Krüger* Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsverwaltung, Rechtsstaat, BB 1953, 565 ff.; *Kübler* Pressefreiheit als Entscheidungsfreiheit des Lesers, FS Löffler (1980) 169 ff.; *Kübler/Simitis* Presse und Wettbewerb, JZ 1969, 445 ff.; *Künzler* Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? (2008); *Lachmann* Ethik und Soziale Marktwirtschaft, Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung „Das Parlament“, Heft 38 (1988) 15 ff. (zit. Ethik); *ders.* Ethik des Wettbewerbs, Gedächtnisschrift Helm (2001) 527 ff.; *Lademann* Die Leitbilder des funktionsfähigen und des freien Wettbewerbs, DB 1985, 2661 ff.; *Lammel* Wettbewerbsfreiheit und Staatsintervention, GRUR 1986, 362 ff.; *Lampert* Die Wirtschafts- und Sozialordnung der Bundesrepublik Deutschland, 9. Aufl. (1988); *Lehmann* Wirtschaftspolitische Kriterien in § 1 UWG, Mitarbeiter-FS E. Ulmer (1973) 321 ff.; *ders.* Das Prinzip Wettbewerb, JZ 1990, 61 ff.; *Leisner* Grundrechte und Privatrecht (1960); *ders.* Der Eigentümer als Organ der Wirtschaftsverfassung, DÖV 1975, 73 ff.; *ders.* Privateigentum ohne privaten Markt? BB 1975, 1 ff.; *ders.* Selbstbedienungs Großhandel und Verfassungsrecht. Zu den Verfassungsschranken des Wettbewerbsrechts (1986); *ders.* Gefahren systematischen Rechtsdenkens, FS R. Schmidt (2006) 363 ff.; *ders.* Die soziale Marktwirtschaft als Grundlage der Wirtschafts- und Sozialverfassung, in: Sodan (Hrsg.), Die sozial-marktwirtschaftliche Zukunft der Krankenversicherung (2005) S. 35 ff.; *ders.* Wettbewerb als Verfassungsprinzip (2012); *Lerche* Werbung und Verfassung (1967); *ders.* Meinungsfreiheit und Richtigkeitsanforderungen an Tatsachenangaben im wirtschaftlichen Wettbewerb, FS Lorenz (1991) 143 ff.; *Liesegang* Die verfassungsrechtliche Ordnung der Wirtschaft (1977); *Lukes* Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, FS Franz Böhm (1965) 199 ff.; *Lux* Der Tatbestand der „allgemeinen Marktbehinderung“ im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb (2006); *Manne* (Hrsg.), The Economics of Legal Relationships. Readings in the Theory of Property Rights (1975); *Menke* Die moderne, informationsökonomische Theorie der Werbung und ihre Bedeutung für das Wettbewerbsrecht, dargestellt am Beispiel der vergleichenden Werbung 1993, 718 ff.; *Merz* Die Vorfeldthese (1988); *Meessen* Das Grundrecht der Berufsfreiheit, JuS 1982, 397 ff.; *ders.* Prinzip Wettbewerb, JZ 2009, 697 ff.; *Mestmäcker* (Hrsg.), Wettbewerb als Aufgabe (1968); *ders.* Macht-Recht-Wirtschaftsverfassung, ZHR 137 (1973) 97 ff.; *ders.* Der verwaltete Wettbewerb (1984); *ders.* Recht und ökonomisches Gesetz, 2. Aufl. (1984); *ders.* Die Wirtschaftsverfassung in der Europäischen Union (1993); *Meyer, H. M.* Vorrang der privaten Wirtschafts- und Sozialgestaltung als Rechtsprinzip (2006); *Meyer-Cording* Die Grundbegriffe des Wettbewerbs, WuW 1962, 461 ff.; *Möschel* Rechtsordnung zwischen Plan und Markt (1975); *ders.* Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz (1978); *ders.* Wettbewerb im Schnittfeld von Rechtswissenschaften und Nationalökonomie, WiSt. 1978, 351 ff.; *ders.* Neuere Entwicklungen in der Wettbewerbstheorie, ZHR 145 (1981) 590 ff.; *ders.* Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (1983); *ders.* Die Wettbewerbsordnung als Grundelement der Sozialen Marktwirtschaft, FS Nörr (2003) 609 ff.; *ders.* Juristisches versus ökonomisches Verständnis eines Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, FS Tilmann (2003) 705 ff.; *ders.* Wettbewerb zwischen Handlungsfreiheiten und Effizienzzielen, FS Mestmäcker (2006) 356 ff.; *ders.* Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der „More Economic Approach“, JZ 2009, 1040 ff.; *Morgenstern* Die Grenzen der Wirtschaftspolitik (1943); *Mühl* Aktuelle Wirtschaftspolitik und die tragenden Grundsätze der Wirtschaftsverfassung (Art. 3, 12, 14 GG), DÖV 1976, 224 ff.; *Müller-Armack* Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft, 2. Aufl. (1948); *Müller-Graff* Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht (1984); *ders.* Das verschleierte Antlitz der Lissabonner Wirtschaftsverfassung, ZHR 173 (2009) 443 ff.; *Müller-Volbehr* Das Soziale in der Marktwirtschaft, JZ 1982, 132 ff.; *Neumann* Historische Entwicklung und heutiger Stand der Wettbewerbstheorie (1982); *Nipperdey* Grundrechte und Privatrecht (1961); *ders.* Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 3. Aufl. (1965); *Nörr* Zwischen den Mühlsteinen (1988); *Nowak* Europarecht nach Lissabon (2011); *ders.* Wettbewerb und soziale Marktwirtschaft in den Regeln des Lissabonner Vertrags, EuR-Beilage 2011, 21 ff.; (o.V.) Das Konzept der „Workable Competition“ in der angelsächsischen Literatur, FIW-Dokumentation (1970); *Olten* Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, 2. Aufl. (1998); *Ott* Systemwandel im Wettbewerbsrecht, FS Raiser (1974) 403 ff.; *Papier* Unternehmen und Unternehmer in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft, VVDStRL 35, 55 ff.; *ders.* Wirtschaftsordnung und Grundgesetz, Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung „Das

Parlament“, Heft 13 (2007) 3 ff. (zit. Wirtschaftsordnung); *Paulus* Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit – Inhalt und Schranken von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, WRP 1990, 22 ff.; *Peifer* Schutz ethischer Werte im Europäischen Lauterkeitsrecht oder rein wirtschaftliche Betrachtungsweise? in Hilty/Henning-Bodewig (Hrsg.), *Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire* (2009) 125 ff.; *Peters* Wirtschaftspolitik, 3. Aufl. (2000); *Peukert* Der Wandel der europäischen Wirtschaftsverfassung im Spiegel des Sekundärrechts – Erläutert am Beispiel des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb, ZHR 173 (2009) 536 ff.; *ders.* Die Ziele des Primärrechts und ihre Bedeutung für das Europäische Lauterkeitsrecht, in Hilty/Henning-Bodewig (Hrsg.), *Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire* (2009) 27 ff.; *Pichler* Das Verhältnis von Kartell- und Lauterkeitsrecht (2009); *Plaßmann* Rechtsbegriffe im Wettbewerb, JZ 1968, 81 ff.; *Pleyer* Die „guten Sitten“ in der Wirtschaftsordnung der sowjetischen Besatzungszone Deutschlands, JR 1965, 241 ff.; *Podszun* Der „more economic approach“ im Lauterkeitsrecht, WRP 2009, 509; *Posner* The Chicago School of Antitrust Analysis, Univ. of Pennsylvania Law Review 127 (1979) 925 ff.; *Rebe* Privatrecht und Wirtschaftsordnung (1978); *Rehbinder* Privatrecht und Wirtschaftsordnung, ZHR 143 (1979) 349 ff.; *Reich* Wettbewerbstheorie – Wettbewerbspolitik – Wettbewerbsrecht, ARSP 1976, 111 ff.; *ders.* Markt und Recht (1977); *Reichold* Lauterkeitsrecht als Sonderdeliktsrecht. Zur Rolle zivilistischen Denkens bei der Anwendung von § 1 UWG, AcP 193 (1993) 204 ff.; *Reuter* Die ethischen Grundlagen des Privatrechts – formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik? AcP 189 (1989) 199 ff.; *ders.* Freiheitsethik und Privatrecht, DZWIR 1993, 45 ff.; *Richter* Sichtweise und Fragestellungen der Neuen Institutionenökonomik, ZWS 110 (1990) 571 ff.; *Rinck/Schwark* Wirtschaftsrecht, 6. Aufl. (1986); *Rittner* Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, AcP 188 (1988) 101; *ders.* Die wirtschaftsrechtliche Ordnung der EG und das Privatrecht, JZ 1990, 838 ff.; *ders.* Der – unverfälschte – Wettbewerb: Grundlage und Ziel der EG, WuW 2007, 967; *Rittstieg* Eigentum als Verfassungsproblem, 2. Aufl. (1975); *Rüthers/Fischer/Birk* Rechtstheorie, 7. Aufl. (2013); *Ruffner* Neue Wettbewerbstheorie und schweizerisches Kartellrecht (1990); *Rupp* Grundgesetz und „Wirtschaftsverfassung“ (1974); *ders.* Stichwort „Wirtschaftsverfassung“, Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft (1982, zit. HdWW); *Sack* § 1 UWG und Wirtschaftspolitik, WRP 1974, 247 ff.; *Säcker* Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht (1973); *Sambuc* Folgenerwägungen im Richterrecht (1977); *Schachtschnabel* Wirtschaftspolitische Konzeptionen, 3. Aufl. (1976); *Schäfer/Ott* Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. (2012); *Schinzinger* Ansätze ökonomischen Denkens von der Antike bis zur Reformationszeit (1977); *Schliesky* Öffentliches Wettbewerbsrecht (1997); *ders.* Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. (2008); *Schlupe* Vom lautereren zum freien Wettbewerb, GRUR Int. 1973, 446 ff.; *Schlüter* Ökonomische Funktion als Basis wettbewerbsrechtlicher Zulässigkeit (1992); *Schmidt, E.* Von der Privat- zur Sozialautonomie, JZ 1980, 153; *Schmidt, I.* Wettbewerbspolitik und Verfassung (1971); *ders./Haucap* Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 10. Aufl. (2013); *ders.* More economic approach versus Justiziabilität, WuW 2005, 879; *ders.* More economic approach: Ein wettbewerbspolitischer Fortschritt? FS Bechtold (2006) 40 ff.; *Schmidt, R.* Wirtschaftspolitik und Verfassung (1971); *ders.* Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allg. Teil (1990); *ders.* Neoliberalismus als Königsweg, FS Stober (2008) 19 ff.; *Schmidtchen* Wettbewerbspolitik als Aufgabe (1978); *ders.* Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik, in Oberender (Hrsg.), *Effizienz und Wettbewerb* (2005) 9 ff.; *ders.* Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik, WuW 2006, 1 ff.; *Schmidt-Preuß* Die soziale Marktwirtschaft als Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union, FS Säcker (2011) 969 ff.; *Scholz* Berufsbild und Wettbewerbsrecht, BB 1980, Beilage 5 zu Heft 21; *Schricker* Entwicklungstendenzen im Recht des unlauteren Wettbewerbs, GRUR 1974, 579 ff.; *ders.* Möglichkeiten zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher und des funktionsfähigen Wettbewerbs, ZHR 139 (1975) 208 ff.; *Schünemann* Mündigkeit versus Schutzbedürftigkeit, FS Brandner (1996) 279 ff.; *ders.* Ethik und Menschenbild der wettbewerbsgesteuerten Marktwirtschaft aus rechtlicher Sicht, ETHICA 1997, 115 ff.; *ders.* Wettbewerbsrecht im Wandel? WRP 2002, 1345 ff.; *ders.* Handeln im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs, WRP 2003, 16 ff.; *ders.* „Unlauterkeit“ in den Generalklauseln und Interessenabwägung nach neuem UWG, WRP 2004, 925 ff.; *ders.* Generalklausel und Regelbeispiele, JZ 2005, 271 ff.; *ders.* Ökonomische Analyse der europäischen und deutschen Regelung, in Krejci/Keßler/Augenhofer (Hrsg.), *Lauterkeitsrecht im Umbruch* (2005) S. 41 ff.; *ders.* Das ökonomische Paradigma im Wettbewerbsrecht, Seoul National University Law Review (2006), 341 ff.; *ders.* Dogmatik und Hermeneutik der Regelbeispiele, FS Georgiades (2006) 1087 ff.; *ders.* Wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes? FS Stober (2008) 147 ff.; *ders.* Der Beitrag der Ökonomik für das Europäische Lauterkeitsrecht, in Hilty/Henning-Bodewig (Hrsg.), *Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire* (2009) 97 ff.; *Schwalbe/Zimmer* Kartellrecht und Ökonomie, 2. Aufl. (2011); *Schwarze* Europäisches Wirtschaftsrecht (2007); *Schwartz* Verfolgung unlauteren Wettbewerbs im Allgemeininteresse, GRUR 1967, 333 ff.; *Schwipps* Wechselwirkungen zwischen Lauterkeitsrecht und Kartellrecht (2009); *Soltwedel* Normen und Institutionen (1994); *Sölter* Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung,

2. Aufl. (1960); *ders.* Der unvollständige Wettbewerbsbegriff (1975); *Sosnitza* Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung (1995); *Splithoff* Verkehrsauffassung und Wettbewerbsrecht (1992); *Stadermann* Wirtschaftspolitik (1992); *Stober* Grundrechtsschutz der Wirtschaftstätigkeit (1989); *ders.* Zur ökonomischen Relevanz der Grundrechte in einer offenen Wirtschaftsverfassung, FS Stern (2012) 613 ff.; *ders.* Zur ökonomischen Relevanz der Grundrechte in einer offenen Wirtschaftsverfassung, FS Stern (2012) 613 ff.; *Streniger* Der natürliche Lauf der Dinge. Zur Sozialphilosophie Adams Smith, ARSP 1989, 196 ff.; *Stürner* Markt und Wettbewerb über alles? (2007); *Thielemann* Wettbewerb als Gerechtigkeitskonzept (2010); *Tolksdorf* Stand und Entwicklungstendenzen der Wettbewerbstheorie, WuW 1980, 785 ff.; *Tuchtfeldt* Über die Staatsfunktionen bei Adam Smith, ORDO 27 (1974) 29 ff.; *ders.* Konzepte der Wettbewerbspolitik, FS Kummer (1980) 549 ff.; *Tyllack* Wettbewerb und Behinderung (1984); *Ullmann* Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld von Europa und Deutschland, GRUR 2003, 817 ff.; *Utzig* Die Rolle des Rechts in der modernen ökonomischen Theorie, AcP 189 (1989) 158 ff.; *Voigt* Die Non-Dilemma-These, WiSt 1992, 516 ff.; *Wacke* Werbeaussagen als Meinungsäußerungen, FS Schack (1966) 197 ff.; *Weides* Wirtschaftswerbung und Grundrechte, WRP 1976, 585 ff.; *Wendt* Eigentum und Gesetzgebung (1985); *Wiedemann* Rechtsethische Maßstäbe im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, ZGR 1980, 147 ff.; *Wildmann* Einführung in die Volkswirtschaftslehre, Mikroökonomie und Wettbewerbspolitik (Module der Volkswirtschaftslehre Bd. 1, 2. Aufl. 2010); *Willeke* Grundsätze wettbewerbspolitischer Konzeptionen (1973); *ders.* Wettbewerbspolitik (1980); *Windspurger* Wettbewerb als dynamischer Prozess, ORDO 37 (1986) 125 ff.; *Woll* Freiheit als Handlungsmaxime und Ziel der Wirtschaftsordnung, FS Gemper (2006) 33 ff.; *Wrage* UWG-Sanktionen bei GWB-Verstößen? (1984); *Wunderle* Verbraucherschutz im Europäischen Lauterkeitsrecht (2010); *Zacher* Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, FS Böhm (1965) 63 ff.; *ders.* Soziale Sicherung in der Sozialen Marktwirtschaft, in Vierteljahresschrift für Sozialrecht (1973) 97 ff.; *Zippelius/Würtenberger* Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. (2008); *Zuck* Die globalgesteuerte Marktwirtschaft und das neue Recht der Wirtschaftsverfassung, NJW 1967, 1301 ff.; *ders.* Aktuelle Probleme der Wirtschaftspolitik und die tragenden Grundsätze der Wirtschaftsverfassung, BB 1967, 805 ff.

Systematische Übersicht

- | | |
|---|---|
| <p>I. Begriff des Wettbewerbsrechtes — 1</p> <p>II. Wettbewerb im Schnittfeld von Ökonomik und Recht — 15</p> <p>1. Bedeutung der Ökonomik für das Wettbewerbsrecht — 15</p> <p>2. Wettbewerbsfunktionale Auslegung oder „wirtschaftspolitische Neutralität“ des UWG? — 18</p> <p> a) Auslegung des UWG im Allgemeinen — 18</p> <p> b) Interpretativer Einfluss von Wettbewerbskonzeptionen? — 23</p> <p>3. Wettbewerbskonzeptionen in der lauterkeitsrechtlichen Hermeneutik — 37</p> <p> a) Das „Wesen“ des Wettbewerbs — 40</p> <p> b) Die freie Konkurrenz der Klassiker — 54</p> <p> c) Zweiteilung wettbewerbskonzeptioneller Ansätze — 62</p> <p> d) Die vollkommene Konkurrenz — 66</p> <p> e) „Workable Competition“ — 71</p> <p> f) „Countervailing Power“ — 76</p> <p> g) Optimale Wettbewerbsintensität — 78</p> <p> h) „Chicago School“ — 81</p> | <p> i) Ordo-Liberalismus — 85</p> <p> j) Die freie Konkurrenz der Neoklassik — 92</p> <p> k) Moderne Effizienz-Paradigmen — 101</p> <p>4. Maßgebliche Wettbewerbskonzeption — 105</p> <p>III. Wettbewerbsfunktionales Verständnis und Ethik des Wettbewerbs — 124</p> <p>IV. Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsverfassung — 139</p> <p>1. Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes — 139</p> <p> a) Terminologie — 139</p> <p> b) „Wirtschaftspolitische Neutralität“ des GG? — 143</p> <p> c) Freiheitliche Wettbewerbswirtschaft als Verfassungsentscheidung — 165</p> <p> d) Wettbewerbsfreiheit und Sozialstaatsprinzip — 174</p> <p>2. Grundrechtliche Elemente und Ausstrahlungen der Wirtschaftsverfassung — 182</p> <p> a) Wirtschaftsverfassung und lauterkeitsrechtliche Hermeneutik — 182</p> |
|---|---|

- b) Artt. 1, 2 Abs. 1 GG — 186
- c) Art. 3 Abs. 1 GG — 198
- d) Art. 4 Abs. 2 GG — 202
- e) Art. 5 GG (Art. 10 EMRK, Art. 11 EuGrCh) — 205
- f) Art. 9 GG — 234

- g) Art. 11 GG — 238
- h) Art. 12 Abs. 1 GG — 241
- i) Art. 13 GG — 248
- j) Art. 14 GG — 252
- 3. Europäische Wirtschaftsverfassung — 258

Alphabetisches Stichwortverzeichnis

Allgemeine Marktbehinderung s. Marktstörung

Allgemeines Persönlichkeitsrecht 196 f.

Auslegung 17 ff., 180 ff.

Berufsfreiheit 241 ff.

Boycott 218 ff.

Chicago School 81 ff.

Corporate Social Responsibility 134

Countervailing Power 76 f.

Compliance 134

Dilemma-These 59, 99

Diskriminierungsverbot 200

Eigentumsgarantie 252 ff.

Einigungsvertrag 168

Entscheidungsfreiheit s. Handlungsfreiheit

Folgeerwägungen 114

Freizügigkeit 238 ff.

Gegengiftthese 73

Gewerblicher Rechtsschutz 7

Gleichheitsgrundsatz 198 ff.

Globalsteuerung 3

Grundrechte

– als objektive Wertordnung 146

– als System 161 ff.

– als Wertinseln 147

– Drittwirkung 149 ff.

– und Werbung 209 ff.

– wirtschaftliche Valenz 144

Handlungsfreiheit 86, 94, 123, 171, 186

Individualethik 127

Institutionsethik 131 ff.

Kaufkraftwettbewerb 100

Kommunikationsfreiheit 205 ff.

Konkurrenz

– atomistische 67

– freie 54 ff., 89, 92 ff.

– funktionsfähige s. Workable Competition

– neoklassische 92 ff., 264

– vollkommene 66 ff.

– vollständige 69, 87

Konsumentenwohlfahrt 82

Konvergenz von UWG und GWB 34 f.

Koordinationsmängelkonzept 111

Kunstfreiheit 233

Liberalismus

– klassischer 54 ff.

– neoklassischer 37, 93 ff., 107 ff.

– Ordo s. Ordo-Liberalismus

Markt

– relevanter 100

Marktbehinderung, allgemeine s. Marktstörung

Marktstörung 114, 222 ff.

Marktwirtschaft

– offene 263, 270

– soziale 85 ff., 154 ff., 276 ff.

– und Ethik 124 ff.

Medienfreiheit 206 f.

Meinungsfreiheit 207 ff.

Mischwirtschaft 88, 158, 177

Mittelstandsschutz 91

more economic approach 102, 274

Nachahmungsgefahr 114

Natur der Sache 38

Neoliberalismus s. Neoklassik

Neoklassik 91 ff., 109 ff., 117, 193, 260, 264, 273

Non-Dilemma-These s. Dilemma-These

Optimum

– Kaldor/Hicks 81

– Pareto 69

Ordnungsethik 131 ff.

Ordo-Liberalismus 85 ff.

Privatautonomie 190, 199

Religionsfreiheit 202 ff.

Residenzpflichten 240

Schicksalspreis 67

Schutzzwecktrias 17

Sozialethik 127 ff.

Sozialstaatsprinzip 153, 158, 170

Stufenwettbewerb 122

subjektive Unlauterkeitsmerkmale 114

Totalmarktkonzept 100

Vereinigungsfreiheit 234 ff.

Vorfeldthese 229

Werbung 209 ff.

Wettbewerb

– als dynamischer Prozess 47, 61, 66, 95, 172

– Begriff 37 ff.

– funktionsfähiger 80, 93, 120 ff.

– Tatbestandsbezogenheit 53

– und Austauschprozesse 46 ff.

– und Effizienz 81 ff., 96, 101 ff.

– und Ethik 124 ff., 176

- und Individualschutz 138
- und Institutionsschutz 138
- und Marktergebnisse 37, 72 ff., 81, 121 ff.
- und Marktstruktur 71 ff., 80 ff.
- und Parallelprozesse 46 ff.
- Wettbewerbsfreiheit 92 ff., 107 ff., 164, 171, 192 ff.
- und Sozialstaatsprinzip 174 ff.
- und Wirtschaftsverfassung 116 ff.
- Wettbewerbsfunktionen 57 ff., 78 ff., 84, 99, 105, 120 ff., 138
- Wettbewerbsintensität
- optimale 78 ff.
- Wettbewerbskonzeptionen 37 ff.
- systemtheoretische 64, 93 ff., 125 ff., 172, 273
- wohlfahrtsökonomische 64, 66 ff., 81, 101, 114, 117, 120, 125, 260, 274
- Wettbewerbsrecht
- allgemeines 12
- als Lauterkeitsrecht 13 f.
- Begriff 1 ff.
- funktionales Verständnis 120 ff.
- und Marktverhaltensregelungen 11
- und Ökonomik 15 ff.
- Wirtschaftsethik 127 ff.
- Wirtschaftsordnung
- Begriff 142
- Wirtschaftspolitische Neutralität
- des UWG 23 ff.
- des GG 143 ff., 151 ff.
- Wirtschaftsverfassung
- Begriff 139 ff.
- deutsche 141 ff.
- europäische 258 ff.
- und Grundrechte 144 ff., 182 ff.
- Wohnungsschutz 248 ff.
- Workable Competition 71 ff.

I. Begriff des Wettbewerbsrechtes

Das „Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb“ (UWG) bildet zusammen mit dem 1 inhaltlich verkürzt oft als Kartellrecht bezeichneten „Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ (GWB) jedenfalls unterhalb etwaiger europa- und verfassungsrechtlicher Maßgaben die Eckpfeiler des geltenden deutschen **Wettbewerbsrechtes**,¹ also des Rechtsgebiets, das spezifisch auf den (wirtschaftlichen) Wettbewerb bezogen ist. Wegen der zentralen Rolle, die das Wettbewerbsprinzip in der als (soziale) Marktwirtschaft konstituierten (Gesellschafts- und) Wirtschaftsverfassung² der Bundesrepublik Deutschland spielt,³ ist damit zugleich auch der zentrale Stellenwert des Wettbewerbsrechtes und damit jedenfalls auch der des UWG für das Wirtschaftsrecht schlechthin markiert,⁴ wobei man zumindest annäherungsweise wiederum die ja rechtlich determinierte Wirtschaftsordnung mit Wirtschaftsrecht gleichsetzen kann.

Im Einzelnen ist der Begriff des Wettbewerbsrechtes unscharf⁵ und seine Verwen- 2 dung demzufolge unterschiedlich. Zum Teil ist diese Unschärfe auf den schon selber schillernden Wettbewerbsbegriff⁶ zurückzuführen, der im Folgenden schärfer zu konturieren sein wird. **Im weitesten Sinne** rechnen zum Wettbewerbsrecht nicht nur GWB und UWG als dessen unzweifelhafte Kernbereiche, sondern daneben durchaus eine Vielzahl weiterer Normen, die in mehr oder weniger spezifischem Zusammenhang mit dem normativen **Regelungsfeld „Wettbewerb“** stehen.⁷

Unter makroökonomischem Aspekt ist dabei vornehmlich an das **StabG** zu den- 3 ken. Es will die wirtschaftspolitischen Instrumente zur Verfügung stellen, die für eine

1 Zu diesem weiten Begriff des Wettbewerbsrechtes s. z.B. *Emmerich Unlauterer Wettbewerb* § 1 Rn. 2; *Piper/Ohly/Sosnitza Einf. A Rn. 2, Einf. D Rn. 70*; *I. Schmidt/Haucap S. 211 ff.*

2 Die besonders von *Rebe S. 26 ff.* betonte Unterscheidung zwischen Wirtschaftssystem, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsordnung dürfte in diesem Zusammenhang ohne Belang sein. S.a. *Bohling S. 1.*

3 *Leisner Soziale Marktwirtschaft*, passim.

4 Dagegen *Rittner/Kulka Einl. Rn. 13*: Lauterkeitsrecht kein Teil des Wirtschaftsrechts.

5 *Beater Rn. 4*; *Koppensteiner § 1 I.*

6 *I. Schmidt/Haucap S. 3*: Wettbewerb als „sehr vielschichtiges Phänomen“.

7 *Emmerich Unlauterer Wettbewerb* § 1 Rn. 1.

optimierte Globalsteuerung des marktwirtschaftlichen Wettbewerbs mit Blick auf das teilweise antinomische „magische Viereck“ des Zielkatalogs (§ 1 StabG) von Geldwertstabilität, hohem Beschäftigungsstand, außenwirtschaftlichem Gleichgewicht und Wirtschaftswachstum erforderlich sind.⁸

- 4 In engem sachlichen Kontext mit dem UWG steht die **PangV**. Sie ist erkennbar Teil des Wettbewerbsrechts, weil sie jedenfalls im Verhältnis zu Letztverbrauchern für die konkrete Ausgestaltung der unternehmerischen Preispolitik, einem zentralen Instrument des wirtschaftlichen Wettbewerbs, von großer Bedeutung ist.
- 5 Klare wettbewerbsrechtliche **Facetten** weisen beispielsweise auch die zahlreichen Vermarktungsvorschriften des **AMG, des HWG oder des LFGB** (früher LMBG) auf (zu ihrem Verhältnis zum UWG s. Einl. G Rn. 17 ff.). Wettbewerbsrechtlich zu klassifizieren sind ferner die Wettbewerbsverbote für Handlungsgehilfen und persönlich haftende Personenhandelsgesellschafter in den §§ 60, 74 ff., 112 HGB.
- 6 Gelegentlich ist der **wettbewerbsrechtliche Kontext** erst auf den zweiten Blick erkennbar. So eignet etwa auch dem LadenschlussG neben seiner gerne betonten Seite als Arbeitnehmerschutzrecht⁹ wettbewerbsrechtliche Qualität hinsichtlich der zeitlichen Einschränkung von Marktpräsenz, was freilich nichts über die wettbewerbsliche Produktivität dieses Gesetzes aussagt. Das LadenschlussG ist geradezu als „Zwangskartell“ für den Einsatz des Aktionsparameters Verkaufszeit“ zu kennzeichnen und mit einer freiheitlich-marktwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung letztlich nicht vereinbar, gleichgültig, wie seine Restriktionen im Einzelnen beschaffen sein mögen.¹⁰
- 7 Im wettbewerbsrechtlichen Kontext steht vor allem auch der Normenkomplex des sog. **Gewerblichen Rechtsschutzes**, insoweit durch die Einräumung von Ausschlusspositionen Vorsprungsgewinne zumindest befristet rechtlich abgesichert werden. Im Einzelnen herrscht allerdings über die Zuordnung einzelner Rechtsmaterien des Gewerblichen Rechtsschutzes zum Wettbewerbsrecht Streit. Hintergrund dafür ist das (wenig überzeugende) Postulat einer prinzipiellen Unvereinbarkeit von wirtschaftlicher Verwertungsperspektive und persönlichkeitsrechtlicher Dimension. Diese beiden Aspekte kennzeichnen nun namentlich das Urheberrecht, sodass sich gerade an ihm der Streit um die Zuordnung einer Rechtsmaterie zum Gewerblichen Rechtsschutz entzündet.¹¹ Strukturell widersetzt sich der Gewerbliche Rechtsschutz, indem er auf Zuweisung absoluter Rechte¹² abstellt, freilich so oder so einer Annäherung an die wettbewerbsrechtlichen Kernbereiche UWG und GWB, die Derartige nicht kennen.
- 8 Sind mithin die äußersten Grenzen des Wettbewerbsrechtes jedenfalls recht weit zu ziehen, so haben sich gleichwohl engere Begriffe des Wettbewerbsrechtes herausgebildet. Dem jeweils **unterschiedlichen Erkenntnisinteresse** folgend wird so etwa in der

⁸ Zum gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht als Ziel des StabG (wie auch des Unionsrechts, Art. 3 Abs. 3 AEUV) und den daran anknüpfenden Problemen auch aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht gut informierend *Stober* Allg. Wirtschaftsverwaltungsrecht § 10 I, II; vgl. zur Kontingenz von StabG und GWB prägnant *Möschel* Wettbewerbsbeschränkungen Rn. 8.

⁹ Vgl. BVerfG 29.11.1961 BVerfGE 13, 237, 240; BVerfG 21.2.1962 BVerfGE 14, 19, 22; BVerwG 12.12.1967 BVerwGE 28, 295 f. = GRUR 1969, 88 f. – freie Möbelschau; BGH 7.11.1980 BGHZ 79, 99 f. = GRUR 1981, 424 f. – Tag der offenen Tür II.

¹⁰ So völlig zu Recht (wenngleich zu dem früheren, noch wesentlich restriktiveren Rechtszustand) *Gröner/Köhler* Der Selbstbedienungsgroßhandel zwischen Rechtszwang und Wettbewerb (1986) 60 ff.; **a.A.** unter Zugrundelegung „wirtschaftspolitischer Neutralität“ des GG freilich BVerfG 29.11.1961 BVerfGE 13, 230; BVerfG 29.11.1961 BVerfGE 13, 237; BVerfG 21.2.1962 BVerfGE 14, 19. S. dazu wiederum Rn. 142 ff.

¹¹ Dazu *Götting* Gewerblicher Rechtsschutz § 1 Rn. 7 ff., § 6 Rd. 21 ff.; *Wandtke* in *Wandtke* (Hrsg.), Urheberrecht, 3. Aufl. (2012) 1. Kap. Rn. 30 ff.

¹² Zur Dreiteilung der subjektiven Rechte (absolute, relative, Gestaltungsrechte) und den sich daran anknüpfenden rechtlichen Konsequenzen s. *Schünemann* Wirtschaftsprivatrecht, 6. Aufl. (2011) 59 ff.

Volkswirtschaftslehre mit „Wettbewerbsrecht“ durchweg das GWB identifiziert, schon weil dieses Verständnis sich zwanglos einer Wissenschaftstrias von Wettbewerbstheorie, Wettbewerbspolitik und eben Wettbewerbsrecht einfügt.¹³

In der naturgemäß eher an konkret-unternehmerischem Markthandeln interessierten Betriebswirtschaftslehre wird mit Wettbewerbsrecht hingegen zumeist das UWG assoziiert.¹⁴ Auch im rechtswissenschaftlichen Kontext herrscht dieser am UWG orientierte **Begriffsgebrauch** des Wettbewerbsrechtes i.e.S. vor.¹⁵ Es handelt sich dabei allerdings um eine bloße *Usance*; dogmatisch ist gleichgültig, um welchen Mittelpunkt (UWG oder GWB) der Kreis des Wettbewerbsrechtes gezogen wird. So und so bilden Lauterkeits- und Kartellrecht den Kern des Wettbewerbsrechts, da sie entgegen dem ersten Anschein materiell eine Einheit bilden (s. Einl. G Rn. 36 ff.). Deshalb ist die zu wählende Terminologie mehr als nur eine Frage der Konvention, weil damit auch zutreffende oder unzutreffende inhaltliche Vorstellungen über das Verhältnis von UWG und GWB zueinander begünstigt werden.

Sachlich naheliegend und im Interesse terminologischer Klarheit angeraten erscheint es mithin, entgegen bisheriger Übung als **Wettbewerbsrecht i.e.S.** zusammenfassend UWG und GWB zu bezeichnen¹⁶ und, wo nötig, erst auf einer niedrigeren begrifflichen Ebene Differenzierungen vorzunehmen. Damit wird terminologisch Raum geschaffen für ein Wettbewerbsrecht i.w.S., in dem außer den wettbewerbsrechtlichen Eckpfeilern UWG und GWB dann als wettbewerbliche Sonder- oder Nebengesetze auch noch die diversen Normen mit spezifischem Wettbewerbsbezug in anderen Gesetzen (s. die einschlägigen Hinweise in Rn. 3 ff.) zusammengefasst sind.

Was zum Wettbewerbsrecht i.w.S. zu zählen ist, ist nicht nur terminologisch von Interesse. Die Bedeutung des **Wettbewerbsrechts i.w.S.** erhellt etwa mit Blick auf § 4 Nr. 11 (s.a. Einl. G Rn. 23 ff.). Denn jene Normen, die mit § 4 Nr. 11 „auch dazu bestimmt (sind), im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln“, sind nur als Normen des Wettbewerbsrechts i.w.S. vorstellbar. Selbst wenn Marktverhaltensnormen ohne Wettbewerbsbezug existieren sollten, wären sie für § 4 Nr. 11 unbeachtlich, weil die Teleologie des UWG allein auf die Bekämpfung von wettbewerbsfunktional verstandener, in diesem Sinne marktbezogener Unlauterkeit und (damit)¹⁷ Wettbewerbsverfälschungen ausgerichtet ist.¹⁸ Allerdings ist der integrale Wettbewerbsbezug einer Marktverhaltensnorm nur notwendige, nicht jedoch hinreichende Bedingung zum Eingreifen des Lauterkeitsrechts, wie sich exemplarisch an kartellrechtlichen Normen erweist (s. näher Einl. G Rn. 58 ff.).

Als missverständlich jedenfalls zu vermeiden ist die gelegentlich gewählte Bezeichnung des UWG als „**allgemeines Wettbewerbsrecht**“,¹⁹ sofern nicht wenigstens gleich-

¹³ Vgl. Braun ORDO 35 (1984) 297; Cox/Hübener I 4b; Reich ARSP 1976, 111.

¹⁴ Vgl. hier nur Ahlert, passim.

¹⁵ Dies wird allein schon durch den jeweiligen Titel „Wettbewerbsrecht“ vermittelt, wenn darunter nicht das GWB, sondern das UWG behandelt wird, vgl. z.B. Cl. Ahrens, Baumbach/Hefermehl, Berlitz, Boesche, Ekey/Klippel/Kotthoff/Meckel/Platz, Götting, Jestaedt, Köhler/Bornkamm, Lehmler, Lehr, Lettl, Nordemann und Schwintowski, oder wenn das „Wettbewerbsrecht“ dem „Kartellrecht“ gegenübergestellt wird, wie z.B. bei Rittner/Kulka (Werktitel) und § 1 Rn. 1. Vgl. im Übrigen weniger beiläufig z.B. Koppensteiner § 1 I; Möhring WuW 1954, 387; Pichler S. 24; Schünemann Wettbewerbsrecht S. 23 f.

¹⁶ Ebenso Ekey/Klippel/Kotthoff/Meckel/Platz E 2 Rn. 13.

¹⁷ Zu diesem Pleonasmus Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 1 Rn. 102 ff., 108 ff.; so ausdrücklich („damit zugleich“) auch Gloy/Loschelder/Erdmann/Leistner § 4 Rn. 1; a.A. aber z.B. Rittner/Kulka § 1 Rn. 26.

¹⁸ Eingehend Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 1 Rn. 7 ff., 85 ff., 92 ff., 102 ff., § 3 Rn. 199 ff., 243 ff., 300.

¹⁹ So Baumbach/Hefermehl Allg. Rn. 81; Körner FS Ullmann 701 ff.

zeitig klarstellend z.B. AMG, HWG oder LFGB (früher LMBG) und ähnliches als „Sonderwettbewerbsrecht“ (zumindest in Teilen dieser Gesetze) in Bezug genommen wird.²⁰ Eine gewisse Prägnanz mag der Begriff eines allgemeinen Wettbewerbsrechtes auch als Inbegriff des GWB und des UWG gewinnen: Wie auch immer deren Verhältnis zueinander bestimmt werden muss, markieren beide den Kernbereich der Rechtsnormen mit Wettbewerbsbezug, um den herum Sonder- oder Nebenwettbewerbsrecht angesiedelt ist.

- 13 Kaum noch Missverständnissen ausgesetzt und deshalb zur Bezeichnung der UWG-Materie samt seiner Sonder- bzw. Nebengebiete (s.a. Einl. G Rn. 19f.).²¹ zumindest wegen seiner Kürze vorzugswürdig ist der mittlerweile auch außerhalb der Schweiz weit verbreitete Begriff „**Lauterkeitsrecht**“.²² Denn das UWG basiert seit 2004 mit seinem § 3 Abs. 1 ausdrücklich und exklusiv auf der Unlauterkeit als dem (jetzt neben der „Spürbarkeit“ der Interessenbeeinträchtigung) primären Kriterium für rechtlich unzulässiges geschäftliches Handeln.
- 14 Die **kennzeichnende Kraft** des Lauterkeitsbegriffs für das UWG wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass sich jedenfalls nicht auf den ersten Blick erschließt, in welchem Verhältnis die Unlauterkeit zu dem in § 3 Abs. 2 S. 1 in Bezug genommenen Verstoß gegen die „fachliche Sorgfalt“ steht, die ein Unternehmer gegenüber Verbrauchern bei der Vornahme geschäftlicher Handlungen zu beobachten hat und der diese Handlungen als „jedenfalls unzulässig“ disqualifiziert.²³

II. Wettbewerb im Schnittpunkt von Ökonomik und Recht

- 15 **1. Bedeutung der Ökonomik für das Wettbewerbsrecht.** Der Wettbewerb als **Regelungssubstrat** des Wettbewerbsrechtes, sei Wettbewerb nun Zustand, Verhalten oder Verhaltensprozess, ist Erkenntnisobjekt der Wirtschaftswissenschaften. Aus diesem von den Wirtschaftswissenschaften zu eruierten Rahmen können sich das Wettbewerbsrecht und seine Dogmatik bei aller für eine rechtliche Betrachtungsweise spezifischen Normativität nicht lösen. Von daher ist die Relevanz der Wirtschaftswissenschaften für Verständnis und Anwendung des Wettbewerbsrechtes letztlich eine bare Selbstverständlichkeit.²⁴ Umgekehrt ist freilich festzustellen, dass die Ökonomik ihrerseits die juristisch-normative Ebene von Markt und Wettbewerb, speziell von „lauterem“ Wettbewerb, praktisch nicht zur Kenntnis nimmt.²⁵

²⁰ S. Körner FS Ullmann 701ff.

²¹ Näher zur begrifflichen Reichweite aus europäischer Sicht *Henning-Bodewig* S. 9ff.

²² Vgl. z.B. *Drews* passim; *Emmerich* Unlauterer Wettbewerb § 1 Rn. 2, *Piper/Ohly/Sosnitza* Einf. A Rn. 2 sowie den Werktitel von *Fezer* oder den MünchKommUWG, der ausdrücklich das „Lauterkeitsrecht“ kommentieren will. Näher zum Lauterkeitsrecht aus europäischer Sicht *Henning-Bodewig* S. 9ff. Den Begriff ablehnend *Beater* Rn. 2, u.a. weil der Begriff zwei wesensfremde Dinge zusammenzwinge. Der von ihm favorisierte Begriff „Recht gegen den unlauteren Wettbewerb“ ist indes recht sperrig.

²³ Nach *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl. 2009) § 3 Rn. 434 ff. handelt es sich praktisch um identische Begriffsinhalte, sodass die „fachliche Sorgfalt“ gegenüber der Lauterkeit als Beurteilungsmaßstab „kein praktisches Eigenleben“ entfalte. Gleichsinnig *Emmerich* Unlauterer Wettbewerb § 5 Rn. 30ff.

²⁴ *Beater* Rn. 133f.; *Raisch* und *K. Schmidt* in *Grimm* (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften* Bd. I (1973) 134/159ff.; *Schünemann* *Ökonomische Analyse* S. 50ff.; *Sölter* Wettbewerbsbegriff, 93ff., der freilich zugleich ein häufig gestörtes Verhältnis der Jurisprudenz zur Ökonomik beklagt. *A.A.*, also explizit kritisch gegenüber der Einbeziehung der Ökonomik in die Jurisprudenz, z.B. *Schachtschneider* Staatsunternehmen und Privatrecht (1986) 385ff.

²⁵ Dazu *Pichler* S. 87 unter Hinweis auf den etwas anderen Befund in der betriebswirtschaftlichen Teildisziplin des Marketing.

Gesetzgebung, Dogmatik und jedenfalls kartellamtliche Rechtspraxis des GWB und 16
vergleicherbarer Regelwerke des benachbarten Auslands sind seit jeher stark von **wirt-
schaftswissenschaftlichen Theoremen** (speziell, aber nicht nur) über den Wettbewerb
geprägt.²⁶ Davon unberührt bleibt freilich die Notwendigkeit, „Wettbewerb“, „Wettbe-
werbsbeschränkung“, „wesentlicher Wettbewerb“ und ähnliche Schlüsselbegriffe als Ele-
mente kartellrechtlicher Tatbestände bzw. deren Schutzobjekte eben den spezifisch ju-
ristischen Interpretationsmethoden zu unterwerfen, sie überhaupt juristisch-praktikabel
zu operationalisieren.²⁷

Auch das UWG ist weder dogmatisch verstehbar noch angemessen zu interpretieren 17
und zu handhaben, wenn sein ökonomischer Kontext, namentlich der Wettbewerb, nicht
hinreichend aufgehehlt wird.²⁸ Denn nur so lässt sich etwa erfassen, welche individuellen
Interessen der Marktteilnehmer § 1 UWG nun für schutzwürdig erklärt,²⁹ insbesondere
auch, was nun jener „unverfälschte Wettbewerb“ ist, der den Gegenstand des insoweit
allein schützenswerten Interesses der Allgemeinheit bildet.³⁰ Das so entwickelte Bündel
von Schutzzwecken, eine **Schutzzwecktrias** im Blick auf Mitbewerber, Verbraucher
und sonstige Marktteilnehmer sowie schließlich die Allgemeinheit,³¹ ist wiederum der
Dreh- und Angelpunkt der allgemein maßgeblichen,³² hier an Sinn und Zweck des UWG
orientierten, also **teleologischen Auslegung** der lauterkeitsrechtlichen Normen, insbe-
sondere seiner unbestimmten Rechtsbegriffe und Generalklauseln.³³ Diese große herme-
neutische Bedeutung des Wettbewerbsbegriffs erhellt endlich, wenn man vor allem mit

26 Vgl. *Emmerich Kartellrecht* § 1 Rn. 7 ff.; *Karte/Holtschneider* Konzeptionelle Ansätze und Anwendungsprinzipien im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in Cox/Jens/Markert (Hrsg.), *Handbuch des Wettbewerbs* (1981) I 2, II; *Lux* S. 49 ff.; *Möschel Wettbewerbsbeschränkungen* Rn. 61 („selbstverständlich“ Zusammenarbeit zwischen Ökonomen und Juristen); *Pichler* S. 27, 55 ff., 63 ff., 69 ff.; *Ruffner* S. 11 ff., 22 ff.; *I. Schmidt Kartellrecht*, passim; *Schwalbe/Zimmer Kartellrecht und Ökonomie*, 2. Aufl. (2011) passim.

27 *Mestmäcker/Schweitzer* § 22 Rn. 76; *Möschel Wettbewerbsbeschränkungen* Rn. 62 ff., 79; *ders.* FS Tilmann 705 ff.; *Pichler* S. 27; *Rebe* S. 35 ff.

28 *Leistner* S. 140 ff.; *Lux* S. 54 f.; *Merz* S. 185, 215; *MünchKommUWG/Sosnitza* Grundl. Rn. 2; *Rebe* S. 152; *Schünemann Ökonomische Analyse* S. 43 ff., 50 ff.; *ders.* Beitrag S. 97 ff.; *Splithoff* S. 242 ff.; kritisch aber *Piper/Ohly/Sosnitza Einf. A* Rn. 19. S.a. Rn. 23 ff., 37 ff.

29 *Beater* Rn. 805 ff.; *ders.* WRP 2009, 768 ff.; *Götting/Nordemann* § 1 Rn. 9 ff.; *Gloy/Loschelder/ Erdmann/Leistner* § 4 Rn. 1; *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl. 2009) § 1 Rn. 56 ff., 62 ff.

30 Zu dieser Exklusivität grundlegend *Schünemann* Vorauf. Einl. Rn. C 23, C 26 ff., D 37 ff., damals im Gegensatz zur ganz. h.M.; s.a. *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl. 2009) § 1 Rn. 85 ff.; *ders.* *Ökonomische Analyse* S. 46, jeweils m.w.N.; **a.A.** heute namentlich *Fezer/Fezer* § 1 Rn. 50 ff.

31 Zur sog. Schutzzwecktrias (oder auch verkürzt „Schutztrias“) s. BGH 7.10.1993 BGHZ 123, 334 = GRUR 1994, 126 – Folgeverträge; BGH 11.5.2000 – I ZR 28/98 – BGHZ 144, 265 = GRUR 2000, 1076 – Abgasemissionen; BGH 26.4.2001 – I ZR 314/98 – BGHZ 147, 303 = GRUR 2001, 1178 – Gewinnzertifikat; *Ahrens, Cl. Wettbewerbsrecht* Rn. 2; *Emmerich Unlauterer Wettbewerb* § 3 Rn. 9 f.; *Götting Wettbewerbsrecht* § 4 Rn. 5, § 6 Rn. 7; *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl. 2009) § 1 Rn. 10 ff.; *Lux* S. 282 ff.; *Piper/Ohly/Sosnitza* § 1 Rn. 10. S.a. *I. Schmidt/Haucap* S. 231; **a.A.** (*Schutzzweckdualismus* von Individual- und Kollektivinteressen) *Fezer/Fezer* § 1 Rn. 28 f., 49 ff., 58 ff.; zustimmend *Boesche* Rn. 1.

32 Zum anerkannten juristisch-hermeneutischen Kanon s. in ständiger Rspr. nur BGH 23.10.1980 BGHZ 78, 263; BGH 14.6.1983 BGHZ 87, 383; aus der Literatur z.B. *Rüthers/Fischer/Birk* Rn. 717 ff.; *Zippelius Juristische Methodenlehre*, 10. Aufl. (2006) 49 ff.

33 BVerfG 7.11.2002 – 1 BvR 580/02 – WRP 2003, 69, 71 – Veröffentlichung von Anwaltsranglisten; BGH 3.12.1998 BGHZ 140, 134 = GRUR 1999, 1128 – Hormonpräparate; BGH 11.10.2001 – I ZR 172/99 – GRUR 2002, 269 – Sportwetten-Genehmigung; BGH 4.3.2004 – I ZR 221/01 – BGHZ 158, 174 = GRUR 2004, 696 – Direktansprache am Arbeitsplatz I. Eingehend zur Bedeutung von Schutzzwecken im Wettbewerbsrecht *Beater* Verbraucherschutz S. 4 ff., 31 ff.; *ders.* § 14 Rn. 1064; *Fezer/Fezer* § 1 Rn. 2 ff.; *Götting Wettbewerbsrecht* § 4 Rn. 2; *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl. 2009) § 1 Rn. 7 ff.; *E. Ulmer* GRUR 1937, 767, 772 f.

der neueren Judikatur³⁴ und Literatur³⁵ Unlauterkeit zutreffend als Wettbewerbswidrigkeit begreift.³⁶

2. Wettbewerbsfunktionale Auslegung oder „wirtschaftspolitische Neutralität“ des UWG?

- 18 **a) Auslegung des UWG im Allgemeinen.** In seinem Kern besteht das UWG aus **privatrechtlichen Normen**, wie auch im Durchsetzungsmechanismus der §§ 8 ff. zum Ausdruck kommt. Die Einrichtung von Einigungsstellen durch § 15 ändert daran nichts, sondern verdeutlicht den Befund mit dem Hinweis auf ihren Zweck, nämlich die „Beilegung von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in denen ein Anspruch auf Grund dieses Gesetzes geltend gemacht wird“. Dieser privatrechtliche Charakter bestimmt auch die Auslegung des UWG. Sie weist mangels eigener Interpretationsvorgaben des UWG gegenüber der Interpretation sonstigen Privatrechts **keine Eigenarten** auf,³⁷ verlangt dabei aber selbstverständlich die allgemeine methodologische Positionsbestimmung zwischen Begriff-, Interessen- bzw. Wertungsjurisprudenz und sonstigen hermeneutischen Verfahren. Privatrechtliches Schrifttum und Judikatur folgen seit langem den Interpretationsprinzipien der **Wertungsjurisprudenz**.³⁸
- 19 **Straf- und Ordnungswidrigkeitstatbestände** wie §§ 16–20 unterliegen allerdings dem für diese Rechtsmaterien generell geltenden **Analogieverbot**.³⁹ Diese auslegungsmethodische Besonderheit entfällt hinwiederum, wenn jene Normen durch an sie anknüpfende Ansprüche auf Beseitigung, Unterlassung, Schadensersatz und Gewinnabschöpfung insoweit auch auf der Tatbestandsseite einen privatrechtlichen Charakter annehmen (Normspaltung).⁴⁰ Anwendungspraktisch wird dies, wenn man, was naheliegender erscheint, das in §§ 16 ff. inkriminierte Verhalten als unlauter i.S. von § 3 Abs. 1 erachtet. Die für das GWB gelegentlich gestellte Frage, ob die dortigen Verbotstatbestände nicht eher wie Eingriffstatbestände des Verwaltungsrechts auszulegen sind,⁴¹ wird für das UWG zu Recht nicht aufgeworfen.

34 BGH 11.1.2007 – I ZR 96/04 – BGHZ 171, 73 = GRUR 2007, 800 Tz. 21 – Außendienstmitarbeiter; BGH 26.9.2002 – I ZR 293/99 – GRUR 2003, 164, 165 – Altaxoverwertung; BGH 19.10.2000 – I ZR 225/98 – GRUR 2001, 443, 444 – Viennetta; BGH 15.6.2000 – I ZR 90/98 – GRUR 2001, 251, 253 – Messerkennzeichnung; OLG Saarbrücken 2.8.2000 – 1 U 1086/99 – 265 – GRUR 2001, 175 – Testkauf zum Preisvergleich.

35 Vgl. z.B. *Beater* Rn. 987 ff.; *Emmerich* Unlauterer Wettbewerb § 5 Rn. 22 ff.; *Fezer* WRP 2001, 989, 998 f.; *Koppensteiner* § 32 Rn. 43; *Schünemann* WRP 2004, 925, 930 f., sämtlich m.w.N.

36 Dies ist der Kern des sog. wettbewerbsfunktionalen Verständnisses des Wettbewerbsrechtes, vgl. eingehend *Emmerich* Unlauterer Wettbewerb § 5 Rn. 22 f.; *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl. 2009) § 3 Rn. 199 ff.; *ders.* Ökonomische Analyse S. 62 ff., 67 Fn. 112; *ders.* Beitrag S. 105 ff.; *Pichler* S. 88 ff. (alle m.w.N.).

37 Zustimmend *Pichler* S. 88; *a.A. Sambuc* S. 27 f. (gegen ihn wiederum *Ohly* S. 226 f.).

38 Vgl. aus der Zivilrechtsprechung etwa BGH 30.6.1966 BGHZ 46, 74, 76 ff.; repräsentativ für die Literatur – jeweils m.w.N. auch der Gegenmeinungen – *Larenz* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. (1991) 119 ff., 125 f.; *Rüthers/Fischer/Birk* Rn. 524 ff., 532; kritisch zur tradierten Hermeneutik MünchKommBGB/Säcker Einl. Rn. 74 ff., 95 ff.

39 Vgl. auch BGH 17.12.1970 BGHSt 24, 54 = NJW 1971, 521 – Teerfarben.

40 Für diese Lösung des Problems der sog. Normspaltung zutreffend schon *Herschel* NJW 1968, 533; *a.A.* (für den damaligen § 1 Abs. 3 ZugabeVO) BGH 24.2.1978 GRUR 1978, 485 – Gruppenreisen. S.a. (teilweise kritisch) *Möschel* Wettbewerbsbeschränkung Rn. 118.

41 Dafür *Rittner* Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. (1993) § 5 C II 1a; dagegen *Möschel* Wettbewerbsbeschränkungen Rn. 117 ff.

Innerhalb der Wertungsjurisprudenz genießt die teleologische, auf die *ratio legis* abstellende Auslegung einen besonders hohen Rang.⁴² Dabei darf allerdings nicht der Sinnzusammenhang der Einzelnorm mit der Gesamtheit des Normengefüges, dessen Teil sie darstellt, unterbrochen werden.⁴³ Die zweckorientierte Auslegung der Einzelnorm ist vielmehr ihrerseits im Lichte der **Teleologik** des Normensystems vorzunehmen.⁴⁴ 20

Teleologische und systematische Interpretation sind mithin komplementäre Größen und können nicht, mit unterschiedlicher Wertigkeit versehen, einander gegenüber gestellt werden.⁴⁵ Namentlich die lauterkeitsrechtlichen Normen mit generalklauselartig „offenen“ Tatbeständen wie § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 S. 1 und § 7 Abs. 1 S. 1, aber auch **konstruktive Elementarbegriffe** wie etwa der des „Mitbewerbers“ oder des „unverfälschten Wettbewerbs“ bedürfen eines übergeordneten gedanklichen Bezugspunktes, der der hier geforderten Konkretisierung Richtung und Grenzen weist und damit zugleich sicherstellt, dass die Auslegungsergebnisse mit einer etwaigen wettbewerbskonzeptionellen Basis des UWG harmonisieren. 21

Legaldefinitionen, die ohnehin nicht die notwendige Begrifflichkeit in voller Breite abdecken können, ändern an dieser Notwendigkeit regelmäßig nichts, ändern vielmehr nur den hermeneutischen Fokus. So versucht § 2 Nr. 3 zwar den „Mitbewerber“ zu definieren, verschiebt damit aber das Auslegungsproblem lediglich auf das „konkrete Wettbewerbsverhältnis“. Im Übrigen kann kein Gesetzgeber dogmatische Einsichten dekretieren. 22

b) Interpretativer Einfluss von Wettbewerbskonzeptionen? Dass auf den Auslegungsprozess in Bezug auf das Wettbewerbsrecht wirtschaftswissenschaftliche Wettbewerbskonzeptionen Einfluss nehmen können und müssen, ist nach dem bisher Gesagten eigentlich fast selbstverständlich, wird traditionell aber unter dem Stichwort „**wirtschaftspolitische Neutralität des UWG**“ und dabei insbesondere im Blick auf seine Kriterien für unlauteres Marktverhalten diskutiert.⁴⁶ Dabei ist zu beachten, dass daneben eine zweite Neutralitätsthese vertreten wird, die sich aber auf die Frage bezieht, ob wirtschaftsverfassungsrechtlich eine wettbewerbsgesteuerte Marktwirtschaft vorgegeben ist oder ob die Wirtschaftsordnung europa- und nationalrechtlich politisch disponibel ist (dazu Rn. 142 ff., 164 ff.). 23

Die höchstrichterliche **Rechtsprechung** der Nachkriegszeit hat sich wiederholt gegen die Einbeziehung wirtschaftspolitischer Gesichtspunkte in die lauterkeitsrechtliche Beurteilung ausgesprochen.⁴⁷ Die einschlägigen Wendungen dürfen allerdings nicht losgelöst von ihrem sprachlichen Kontext gedeutet werden. Anliegen dieser Judikatur ist lediglich, wirtschaftspolitischen Zweckmäßigkeitserwägungen keinen Raum zu geben,⁴⁸ nachdem die Rechtsprechung sich gelegentlich dazu verstiegen hatte, sogar betriebswirtschaftliche Aspekte vermeintlich vernünftigen unternehmerischen Handelns dem 24

⁴² Vgl. z.B. BGH 23.10.1980 BGHZ 78, 263, 265; BGH 14.6.1983 BGHZ 87, 383; *Rüthers/Fischer/Birk* Rn. 136, 717 ff.

⁴³ Zur systematischen Auslegung s. allgemein *Rüthers/Fischer/Birk* Rn. 744 ff.

⁴⁴ *Rüthers/Fischer/Birk* Rn. 746. So speziell auch für das Wettbewerbsrecht *Schricker* Gesetzesverletzung S. 223 f.; *ders.* GRUR 1974, 579, 583. Zur Teleologie des UWG s. § 1 mit der dortigen Kommentierung.

⁴⁵ *Merz* S. 63 („systematisch-teleologische Auslegungsmethode“).

⁴⁶ Zu den Grundlinien der Diskussion s. *Lux* S. 55 ff.; Einzelnachweise des Meinungsstandes sogleich.

⁴⁷ BGH 22.2.1957 BGHZ 23, 365, 375 = GRUR 1957, 365, 368 – Suwa; BGH 26.2.1965 BGHZ 43, 278, 283 = GRUR 1965, 489, 491 – Kleenex; BGH 22.1.1969 GRUR 1969, 295, 298 – Goldener Oktober; BGH 31.1.1979 GRUR 1979, 321 – Verkauf unter Einstandspreis; **a.A.**, sich ausdrücklich auf „wirtschaftspolitische Erwägungen“ stützend, OLG Frankfurt/M. WRP 1975, 367, 369 – Eintrittsgeld.

⁴⁸ S.a. v. *Gamm* NJW 1980, 2489 f.

Lauterkeitsmaßstab einzuverleiben.⁴⁹ Die Beeinflussung durch wirtschaftspolitische Basisvorstellungen, insb. wettbewerbskonzeptioneller Art, hat die Rechtsprechung hingegen weder verleugnen können, noch wohl auch verleugnen wollen.⁵⁰ Die Rechtsprechung ist insoweit also durchaus nicht widersprüchlich.⁵¹

- 25 Die substantielle Divergenz, die sich hinter dem Pro und Contra der auf das UWG bezogenen Neutralitätsthese in der **Literatur** verbirgt, ist durchweg vage, weil schon der Neutralitätsbegriff selber unterschiedlich aufgefasst wird. Beide Positionen gehen *incidenter* zunächst zutreffend davon aus, dass der Normtext des UWG keine Anhaltspunkte für die Relevanz bestimmter Wettbewerbskonzeptionen liefert. Eine ausdrückliche tatbestandliche Anknüpfung etwa an bestimmte Marktformen oder Unternehmensgrößen, auf Marktdominanz und ähnliches, fehlt jedenfalls. Strukturpolitische Überlegungen zugunsten eines Mittelstandsschutzes wurden freilich durchaus offen vom historischen Gesetzgeber der Vorläufer des UWG in seiner aktuellen Fassung angestellt,⁵² haben im geltenden Recht allerdings keinerlei Ausdruck gefunden.⁵³ In diesem Sinne ist das UWG gewiss „wirtschaftspolitisch neutral“.
- 26 Im Lichte dieser normtextlichen Abstinenz wird herkömmlich von den **Befürwortern** dieser Neutralitätsthese vor allem der Standpunkt vertreten, ein wettbewerbles Handeln sei bezüglich seiner Lauterkeit an Maßstäben zu messen, die von der jeweiligen Wirtschaftsordnung abgelöst seien. Geschäftsmoral i.S.d. „guter Sitten“, die im Wettbewerbsrecht vor 2004 den Maßstab liefern sollten, einerseits und Wirtschafts-, speziell Wettbewerbspolitik andererseits seien disparate Größen.
- 27 Von daher wurde vielfach angenommen, wettbewerbsrechtliche Verhaltensregeln würden von den Prinzipien einer Wirtschaftsordnung gar nicht berührt, seien grundsätzlich stets zu beachten und in diesem Sinne **systemindifferent**. Für die lauterkeitsrechtliche Verhaltensbeurteilung könnten wirtschaftspolitische, speziell wettbewerbspolitische Konzeptionen deshalb keine Bedeutung gewinnen und sollten dies auch nicht.⁵⁴
- 28 In diesen gedanklichen Bahnen bewegt man sich wohl auch,⁵⁵ wenn man zumindest im Teilbereich des „b2c“, also im Verhältnis von Unternehmern (*business*) zu Verbrau-

49 Zur Gesamttendenz vgl. RG 27.3.1936 GRUR 1936, 810 – Diamantine; RG 19.10.1937 GRUR 1938, 207 – Persil; RG 24.6.1939 GRUR 1939, 862 – Lockenwickler. Verbrämt als Irreführungstatbestand wurde auch die sog. Wertreklame wegen ihres Moments der Unentgeltlichkeit als betriebswirtschaftlich „unvernünftig“ lauterkeitsrechtlich gebrandmarkt, vgl. nur BGH 18.10.1990 BGHZ 112, 311, 313 ff. = GRUR 1991, 542f. – Biowerbung mit Fahrpreiserstattung. Zum eigentlich selbstverständlichen Recht, Leistungen am Markt auch kostenlos anzubieten, s. nunmehr BGH 22.5.2003 – I ZR 185/00 – GRUR 2003, 804 ff. – Foto-Aktion. Zum Ganzen vgl. den zu Recht kritischen Rückblick bei *Emmerich* Unlauterer Wettbewerb § 12 Rn. 25 ff., 31 f.

50 BGH 26.3.1971 GRUR 1971, 477 – Stuttgarter Wochenblatt II; BGH 17.12.1976 GRUR 1977, 608 – Feld und Wald II, BGH 11.3.1977 GRUR 1977, 668 – WAZ-Anzeiger; dazu *Sack* WRP 1974, 247 f.; *Tyllack* S. 251 f.; *P. Ulmer* GRUR 1977, 565, 578 f.

51 So aber der Vorhalt von *Lehmann* Mitarbeiter-FS 321, 325.

52 Zur ersten Beratung des UWG in der Reichstagssitzung vom 25.1.1909 s. GRUR 1909, 106 ff., insbesondere die Redebeiträge der Abgeordneten *Giese* (S. 107), *Findel* (S. 116) und *Linz* (S. 119).

53 Zum früheren Recht s. aber z.B. *Lindacher* BB 1975, 1311 f. (zweifelfnd); *Reichold* AcP 193 (1993) 204, 230; *Schünemann* Wettbewerbsrecht S. 170.

54 *Baudenbacher* ZHR 144 (1980) 145 ff.; *ders.* Suggestivwerbung S. 132; *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 16c, 79, Einl. Rn. 5; *Köhler/Bornkamm* Einl. Rn. 1.16; *Döll* BB 1965, 173, 176; *Kraft* FS Bartholomeyczik 223, 234 f.; *Kroitzsch* BB 1977, 220; *Merkel* BB 1977, 705 f.; *Mestmäcker* Verwalteter Wettbewerb S. 76 ff.; *Samwer* GRUR 1969, 326, 329 f.; *Schlupe* GRUR Int. 1973, 446, 449 (s. aber auch S. 452); *Scholz* ZHR 132 (1969) 97, 113; *Schwartz* GRUR 1967, 333, 343; *E. Ulmer* GRUR 1951, 355 f.; *Wiedemann* ZGR 1980, 168 f.; *Willemer* WRP 1976, 16, 18.

55 S. hierzu etwa *Lux* S. 55 ff., der in seinen Darlegungen offenkundig eine diesbezügliche Kontinuität schon für das UWG 2004 und seine Vorgänger als selbstverständlich annimmt.

chern (*consumers*), nach § 3 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Nr. 7 die gebotene „fachliche Sorgfalt“ als Lauterkeitskriterium für „geschäftliches Handeln“ gelten lassen will, also den „Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, von dem billigerweise angenommen werden kann, dass ein Unternehmer ihn in seinem Tätigkeitsbereich gegenüber Verbrauchern nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Marktgepflogenheiten einhält.“ Noch leichter lässt sich eine **erneuerte Neutralitätsthese** mit Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 lit. h) RL 2005/29/EG stützen, wenn sich demnach die Unlauterkeit daraus ergeben soll, dass die fraglichen geschäftlichen Handlungen gegen „anständige Marktgepflogenheiten“ verstoßen.⁵⁶ Auch eine am reinen Wortsinn von „Lauterkeit“ orientierte Auslegung liegt auf dieser Linie.

Die **Gegenmeinung**, die ebenfalls nie die normtextliche Abstinenz des UWG bezüglich irgendwelcher Wettbewerbskonzeptionen geleugnet hat, zieht aus diesem Befund allerdings die gegenteiligen Folgerungen. Die normtextlich wirtschaftspolitische Neutralität wird als Aufgeschlossenheit und Flexibilität gegenüber UWG-exogenen Maßgaben verstanden: In einer konkreten Rechts- und Wirtschaftsordnung eingesetzt, wendele sich die vordergründig zu konstatisierende Neutralität und Fungibilität des UWG daher zum notwendigen Engagement für die so von außen herangetragenen Wertungskriterien, wie sie sich namentlich aus den wirtschaftspolitisch geltenden Ordnungsprinzipien, aber auch aus wirtschaftswissenschaftlichen Einflussgrößen ergäben.⁵⁷

Der Meinungsstreit verliert bei näherer Analyse der Aussagensubstanz freilich an Bedeutung und es zeigt sich durchaus eine **Konvergenz**. Zwar wäre es logisch an sich möglich, das Lauterkeitsrecht, namentlich den Maßstab der „guten Sitten“, der „Lauterkeit“, der „fachlichen Sorgfalt“, der „anständigen Marktgepflogenheiten“ etc. ganz isoliert von den wirtschaftspolitischen Grundentscheidungen einer Rechtsordnung zu entwickeln, ohne dass sich ein solches Gesetz dazu in offenen Widerspruch setzen müsste.

Dieser Ansatz wird in seiner Durchführung aber auch von denen relativiert, die die wirtschaftspolitische Neutralität des UWG i.S. seiner **grundsätzlichen Wertungsautonomie** proklamieren. Auch von dieser Seite wird betont, dass die Grundsätze der Wirtschaftsverfassung und damit auch wirtschaftspolitische Gesichtspunkte bei der rechtlichen Bewertung wettbewerblichen Verhaltens durchaus nicht unbeachtet bleiben sollten. Man wendet sich vielmehr nur gegen die Berücksichtigung wirtschaftspolitischer, nicht selten kurzfristig sich wandelnder Zweckmäßigkeitserwägungen.⁵⁸

Darin trifft man sich aber mit der Gegenmeinung, welche die Relevanz wirtschafts-, insbesondere wettbewerbspolitischer Überlegungen zutreffend ebenfalls nur insoweit bejaht, als bestimmte wirtschaftspolitische Ziele oder ordnungspolitische Vorstellungen rechtsverbindlichen Ausdruck gefunden haben bzw. einen überindividuellen, objektivierbaren hermeneutischen Bezugspunkt haben. Die so verstandene Ablehnung einer wirtschaftspolitischen Neutralität, also ein wettbewerbsfunktionales Verständnis des Lauterkeitsrechts,⁵⁹ bedeutet völlig zutreffend keine regierungsamtliche Wirtschaftspoli-

56 S.a. RegE (BTDrucks 15/1487) S. 16, wo auf die „anständigen Gepflogenheiten“ in Handel, Gewerbe, Handwerk und sonstiger selbständiger beruflicher Tätigkeit abgestellt wird.

57 *Bussmann* FS Nastelski (1969) 316; *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl. 2009) § 3 Rn. 215 ff., 226; *Hirtz* GRUR 1980, 93 ff.; *Hölzler/Satzky* Wettbewerbsverzerrungen durch nachfragemächtige Handelsunternehmen (1980) 134 f.; *Lehmann* Mitarbeiter-FS, S. 321, 325 f.; *Lux* S. 57; *Möschel* Pressekonzentration S. 139, 148; *MünchKommUWG/Sosnitza* Grundl. Rn. 12; *Ott* FS Raiser 403, 418 ff.; *Rinck/Schwark* Rn. 657; *Sack* GRUR 1970, 494, 499 f.; *ders.* GRUR 1975, 297, 301; *ders.* WRP 1974, 247 ff.; *Schricker* GRUR 1974, 579, 582 f.

58 BGH 22.2.1957 BGHZ 23, 365, 375 = GRUR 1957, 365, 368 – Suwa; BGH 26.2.1965 BGHZ 43, 278, 283 = GRUR 1965, 489, 491 – Kleenex; *Baumbach/Hefermehl* Einl. Rn. 75 a.E., 131. *Rittner/Kulka* § 1 Rn. 60 f.

59 S.a. *Lux* S. 55 ff.

tik mit Hilfe der Justiz⁶⁰ und noch viel weniger sollen die wirtschaftspolitischen Präferenzen des „**politischen Richters**“ judikativ zum Tragen kommen.⁶¹ Zu alledem fehlt den Gerichten in der Tat selbst unter dem Aspekt einer in Grenzen weithin für zulässig und geboten erachteten, *sub specie* einer verfassungskräftigen Gewaltenteilung aber immer prekären Rechtsfortbildung⁶² die demokratische Legitimation.⁶³

33 Festzuhalten ist, dass jedenfalls das geltende, mit § 1 ausdrücklich auf den Schutz des unverfälschten Wettbewerbs abzielende Lauterkeitsrecht nicht wirtschaftspolitisch neutral ist, sondern einen genuinen Wettbewerbsbezug hat.⁶⁴ Es kann in seiner dogmatischen Substanz nicht abstrakt von der wettbewerbsgesteuert-marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung gedacht werden. Diese seine wirtschafts- bzw. speziell wettbewerbspolitische Prägung ist dabei ordnungspolitischer Natur⁶⁵ und ist somit der Dimension parteigebundener wirtschaftspolitischer Wünschbarkeit entwachsen. Wettbewerbsrecht ist „**normierte Ordnungspolitik**“.⁶⁶

34 Dass das UWG im genannten Sinne nicht wirtschaftspolitisch neutral sein kann, wurzelt aber nicht nur darin, dass das UWG zu seiner verständigen Auslegung und Anwendung auf ein wettbewerblesches Referenzkonzept angewiesen ist, sondern ist notwendiger Reflex einer substantiellen **Vernetzung von GWB und UWG**. Die Vorstellung einer materiellen Dichotomie des Wettbewerbsrechtes – auf Existenz bzw. Quantität des Wettbewerbs abzielender kartellrechtlicher Institutionsschutz einerseits, Wettbewerbsqualität fokussierender lauterkeitsrechtlicher Individualschutz andererseits⁶⁷ – ist dogmatisch überholt und nur noch von historischem Interesse (vgl. Einl. G Rn. 36 ff.).⁶⁸

35 Wegen dieser **Konvergenz und Interdependenz** von Kartell- und Lauterkeitsrecht ist der wirtschaftspolitische Gehalt beider Teilmaterien gleichermaßen zu bejahen.⁶⁹ Hier wie dort determiniert die legislative Grundentscheidung für eine Wettbewerbsordnung die Interpretation und Handhabung wettbewerbsrechtlicher Normen und verlangt dabei

60 Rittner/Kulka § 1 Rn. 60 f.

61 Götting Wettbewerbsrecht § 2 Rn. 18 ff.; ders./Nordemann Einl. Rn. 42 f.; Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 3 Rn. 132 f., 223; Lux S. 57; Schricker GRUR 1974, 579, 582 f.

62 Rechtsnormen wie § 132 Abs. 4 GVG, die ausdrücklich auf die richterliche Rechtsfortbildung Bezug nehmen, können kaum als verfassungsrelativierende „Ermächtigungsnormen“ in Anspruch genommen werden. Vgl. zur Thematik Fischer Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht (2007) 34 ff.

63 Hirtz GRUR 1980, 93, 95; Kraft FS Bartholomeyczik 223, 234 f.; Kroitzsch BB 1977, 220, 224; Krüger-Nieland WRP 1979, 1; Merz S. 245; Raiser GRUR Int. 1973, 443, 445; jedenfalls im Ergebnis gegen eine solche richterliche Wirtschaftspolitik auch Möschel Pressekonzentration S. 147 f.; a.A. Ott FS Raiser 403, 417 ff.; Rebe S. 158 ff.; Sambuc S. 37.

64 Lux S. 57 f., der scharf zwischen Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik trennt; Pichler S. 160 ff.; Rittner/Kulka § 1 Rn. 60; Schwipps S. 71 f.; ebenso schon zum Lauterkeitsrecht vor dem UWG 2004 z.B. Merz S. 245; Möschel Pressekonzentration S. 147 f.; Scherer WRP 1996, 174, 178; Schünemann Voraufl. Einl. Rn. A 37 ff.

65 Ebenso Lux S. 56.

66 Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 3 Rn. 223. Auch Götting/Nordemann Einl. Rn. 42 betonen, dass jedenfalls „das UWG in seiner geltenden Fassung eine ordnungspolitische Festlegung erfahren“ habe.

67 So vor allem Kraft FS Bartholomeyczik 223, 237; ders. FS Kummer 389, 396; ders. GRUR 1980, 967.

68 Baumbach/Hefermehl Allg. Rn. 86 ff.; Köhler/Bornkamm Einl. Rn. 6.11 ff.; Fikentscher Bd. II § 22 XI 1a, b; v. Gamm NJW 1980, 2489 und WM 1981, 730; Koppensteiner § 1 IV 2 b; Lehmann GRUR 1977, 26 und 1979, 372; Lux S. 386 ff., 410 ff.; Möschel Pressekonzentration S. 151; Raiser GRUR Int. 1973, 443, 445; Rebe S. 144; Sack GRUR 1975, 297, 301; Schricker GRUR 1980, 194, 197; Schünemann Wettbewerbsrecht S. 141 f.; Tilmann GRUR 1979, 825; P. Ulmer Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen (1977) 79; ders. GRUR 1977, 565, 578 f.; Wrage S. 13 ff.; a.A. Knöpfle Unlauterkeit S. 7 ff.; ders. Rechtsbegriff S. 345; s.a. Rittner/Kulka Einl. Rn. 22 ff.

69 Fikentscher Bd. II § 22 XI 1b; Rinck/Schwark Rn. 231 f., 657; s.a. Dreher Zschr. f. Gesetzgebung 1987, 311, 323 m.w.N.

die Rücksichtnahme auf den durch Wettbewerb gestifteten marktwirtschaftlichen Gesamtzusammenhang, in den diese Normen eingebettet sind. Dieser notwendige Blick auf das Sinnganze, den erst die Vergewisserung des maßgeblichen Wettbewerbskonzepts ermöglicht, ist jedoch keine Besonderheit einer wettbewerbsfunktionalen Betrachtungsweise,⁷⁰ sondern entspricht ganz herkömmlicher juristischer Methodenlehre.⁷¹

Alles in allem bedarf es also der Vergewisserung darüber, was nun „Wettbewerb“ im ökonomischen Sinne bedeutet. Die Wettbewerbstheorie⁷² hat mithin Aufschluss zu geben über das **ökonomische Referenzsystem** des Lauterkeitsrechtes, das durch die zugrunde zu legende Wettbewerbskonzeption determiniert wird.⁷³ Besonderes Gewicht für das UWG als originäres Wettbewerbsverhaltensrecht im Gegensatz zu dem eher an Marktstrukturen orientierten und interessierten GWB⁷⁴ müssen dabei diejenigen wirtschaftswissenschaftlichen Wettbewerbskonzeptionen gewinnen, die – wie die neueren ökonomischen Strömungen insgesamt – auf die Dynamik des Wettbewerbs als Prozess abheben, auf eine Dynamik, die wesentlich durch Unternehmens- und Verbraucherverhalten in Gang gesetzt und unterhalten wird.

3. Wettbewerbskonzeptionen in der lauterkeitsrechtlichen Hermeneutik. Wettbewerbskonzeptionen versuchen, einen plausiblen Zusammenhang von wettbewerbspolitisch wünschbaren Zielen und zur Zielerreichung geeigneten Mitteln zumeist auf der Basis wettbewerbstheoretischer Aussagen über Marktstrukturen, Marktprozesse und Marktergebnisse darzustellen. Dabei wird gelegentlich von Seiten des **methodologischen Essentialismus** sogar ein Einblick in das Wesen des Wettbewerbs schlechthin oder doch wenigstens des wirtschaftlichen Wettbewerbs angestrebt.

Überwiegend wird indes ein mehr oder weniger umfassend angelegtes erkenntnistheoretisches Engagement pessimistisch beurteilt.⁷⁵ Stattdessen werden eher Wettbewerbsleitbilder entworfen, die sich als normative Systeme i.S. von Sollensaussagen verstehen, dabei aber jedenfalls teilweise mit dem Anspruch auftreten, durchaus (jedenfalls zukünftige) wirtschaftliche Wirklichkeit abbilden zu können.⁷⁶ Ihr normativer Charakter darf deshalb nicht als Ausdruck bloßer (wettbewerbspolitischer) Wünschbarkeit innerhalb mehrerer prinzipiell ebenso gut wählbarer Entscheidungsvarianten verstanden werden,⁷⁷ sondern als Konsequenz der „**Natur der Sache** als Bezugnahme auf dem Recht vorgegebener Tatsachen und Gegebenheiten“.⁷⁸

⁷⁰ In dieser Richtung aber *Baudenbacher* ZHR 144 (1980), 145, 147 f.; wohl auch *Schlupe* GRUR Int. 1973, 446, 451.

⁷¹ *Merz* S. 62 f. unter Hinweis auf *Larenz* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, zuletzt 6. Aufl. (1991) 206, 324 ff., 370 ff., 474 ff.

⁷² Die jedenfalls aus juristischer Sicht wenig hilfreiche, in der traditionellen Volkswirtschaftslehre getroffene, aber ohnehin kaum noch aktuelle Unterscheidung von Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik soll hier unbeachtet bleiben. In diesem Sinne zum Folgenden schon *Knieps* S. VIII (Vorwort) und passim; s.a. *Emmerich* Kartellrecht § 1 Rn. 13 ff.

⁷³ So ausdrücklich auch *Lux* S. 59/60.

⁷⁴ Vgl. *I. Schmidt/Haucap* S. 203 i.V.m. S. 211 ff., 316 ff.

⁷⁵ Skeptisch oder ablehnend z.B. *Bätge* S. 21; *Emmerich* Kartellrecht § 1 Rn. 2; *Herdzina* Wettbewerbspolitik S. 8 f.; *Knöpfle* Rechtsbegriff S. 341 (m. Fn. 4); *Künzler* S. 60 f.; *Tyllack* S. 188 (s. aber auch S. 191); *Rittner* AcP 188 (1988), 101, 111 f.; *Rittner/Kulka* Einl. Rn. 5; *Ruffner* S. 6, 244; *Schmidtchen* Wettbewerbspolitik S. 33 ff.; *MünchKommUWG/Sosnitza* Grundl. Rn. 12; *a.A.*, also die Definitionsmöglichkeit ausdrücklich bejahend, *Willeke* Wettbewerbspolitik S. 26 ff.

⁷⁶ *Aberle* 2. 1.

⁷⁷ So aber ein naheliegender Einwand gegen die Einbeziehung dieser Thematik überhaupt, vgl. hier nur *Piper/Ohly/Sosnitza* Einf. A Rn. 18.

⁷⁸ *Rüthers/Fischer/Birk* Rn. 921 unter ausdrücklichem und wohl für das Wettbewerbsrecht insgesamt verallgemeinerungsfähigem Hinweis darauf, dass „die zutreffende Regelung, Anwendung und

39 Wettbewerbskonzeptionen erlangen deshalb sehr wohl eine **Verbindlichkeit** für die Auslegung und Anwendung des Wettbewerbsrechts, und zwar gerade auch hinsichtlich des UWG,⁷⁹ wenn „separatistisch-kausale Formalvorstellungen vom Wettbewerbsablauf“, die gerade hier immer noch oft genug anzutreffen sind, endgültig überwunden werden sollen.⁸⁰ Die neuere lauterkeitsrechtliche Literatur stimmt hier sehr hoffnungsvoll.⁸¹ Nicht der notwendige Rekurs auf die wettbewerbstheoretische Diskussion und ihre Ergebnisse ist also problematisch, sondern ob und welchen wettbewerbskonzeptionellen Leitbildern aus juristischer Sicht der Vorzug zu geben ist. In diesem Zusammenhang sollte auch eine wichtige Rolle spielen, welchem wettbewerbstheoretischen Ansatz wirtschaftsverfassungsrechtliche Konformität zu attestieren ist (dazu Rn. 164 ff., 181 ff.).

40 a) Das „Wesen“ des Wettbewerbs. Den spezifisch ökonomischen Wettbewerbskonzeptionen vorgelagert ist der Ansatz, auch den wirtschaftlichen Wettbewerb in einer allgemeinen, gleichsam alle einschlägigen Phänomene beschreibenden Definition des Wettbewerbs einzufangen.⁸² In der deutschen Sprache bezeichnet das Wort **Wettbewerb** das Streben mehrerer nach Erreichung desselben Ziels.⁸³ „Wettbewerb“ entspricht mithin dem lateinischen Lehnwort „**Konkurrenz**“ im Deutschen bzw. dem englischen „*competition*“⁸⁴ (*currere* bzw. *petere*: laufen, eilen bzw. zu erreichen suchen sowie *con*: zusammen, mit).

41 Derartige rivalitätsgeprägte Situationen kommen in allen Bereichen des menschlichen Lebens vor, wobei etwa Sport, Politik, Wirtschaft und persönlich-zwischenmenschliche Beziehungen nur markante, besonders anschauliche Felder bezeichnen. Darüber hinaus wird das Wettbewerbsprinzip sogar zur Deutung biologisch-evolutionärer Prozesse bemüht.⁸⁵ Selbst bei einer Restriktion auf den Wettbewerb als „Urkraft menschlichen Handelns“⁸⁶ und dabei wiederum auf den wirtschaftlichen Wettbewerb liegt auf der Hand, dass **eine explizite Realdefinition** des Wettbewerbs, so sie denn überhaupt erkenntnistheoretisch möglich sein sollte, angesichts ihrer dann notwendigen begriffli-

richterrechtliche Ergänzung kartellrechtlicher Vorschriften Grundkenntnisse der ökonomischen Wettbewerbstheorien (...)“ voraussetze (trotz grundsätzlicher, harscher Kritik an dem Argument der Sachnatur im Übrigen a.a.O. Rn. 919 f., 922 ff.); *Schünemann* Ökonomische Analyse S. 50 ff.

79 A.A. aber Piper/*Ohly*/Sosnitza Einf. A Rn. 18 mit dem im Übrigen unzutreffenden Hinweis darauf, Wettbewerbskonzeptionen befassten sich sämtlich (nur) mit der Marktstruktur.

80 So pointiert *Sölter* Wettbewerbsbegriff S. 94, der zu Recht eine häufig zu beobachtende, in der ökonomischen Materie des Regelungssubstrats wurzelnde, die „Gewaltenteilung“ der wissenschaftlichen Disziplinen ignorierende Selbstherrlichkeit der (Wettbewerbs-)Jurisprudenz beklagt. Gleichsinnig *Schünemann* Beitrag S. 98 ff.

81 Vgl. die gedrängten, gleichwohl sehr gehaltvollen, dem aufgeschlossenen Juristen zugänglichen Darstellungen z.B. bei Bornkamm/*Köhler* Einl. Rn. 1.11 ff.; *Drexler* S. 91 ff., 116 ff.; *Emmerich* Kartellrecht § 1 Rn. 13 ff.; *Fezer/Fezer* Einl. E Rn. 48 ff.; *Keßler* WRP 1988, 714 ff., 1990, 73 ff.; *Köhler/Bornkamm* Einl. Rn. 1.12 ff.; *Leistner* S. 16 ff.; *Gloy/Loschelder/Erdmann/Leistner* § 4 Rn. 2 ff.; *Lux* S. 15 ff.; *Pichler* S. 27 ff.; *MünchKommUWG/Sosnitza* Grundl. A Rn. 3 ff.; *Wunderle* S. 14 ff. Schon sehr früh die Bedeutung der Wettbewerbstheorie gerade auch für das Lauterkeitsrecht betonend und hier grundlegend: *Schünemann* Vorauf. Einl. Rn. A 6 ff.

82 Exemplarisch v. *Godin* GRUR 1965, 288 ff.; *Meessen* JZ 2009, 697 ff. mit „Definition von Wettbewerb“ S. 701. Zum Folgenden s.a. *Herdzina* Wettbewerbspolitik S. 7 ff.; *Wunderle* S. 10 f.

83 So schon *Meyers* Konversations-Lexikon, 7. Aufl. (1910), Stichwort Wettbewerb; v. *Mises* HdSW Bd. 12 (1965) Stichwort „Wettbewerb“. Zur (rechtsgeschichtlichen) Etymologie der sprachlichen Neubildung des „unlauteren Wettbewerbs“ des 19. Jahrhunderts aus dem Französischen („*concurrence déloyale*“) s. beiläufig *Beater* Rn. 3; *MünchKommUWG/Sosnitza* Grundl. Rn. 1.

84 Nach *Websters Dictionary* (1949): „*rivalry*; *mutual strife for the same object*“.

85 Vgl. v. *Hayek* Theorie S. 21 ff.; *Lehmann* JZ 1990, 61 ff., insbesondere 66 f. m.w.N.; *Meessen* JZ 2009, 697, 699.

86 *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 1; *Köhler/Bornkamm* Einl. Rn. 1.1.

chen Abstraktionshöhe zu blass ausfallen müsste, um etwa als praktikabler Maßstab zur Messung von Wettbewerbsintensität an irgendeiner Stelle zu dienen.

Selbst die zahllosen Definitionsversuche nur des wirtschaftlichen Wettbewerbs⁸⁷ führen diese Aporie vor Augen. So wird der Wettbewerb beispielsweise zu einseitig in seiner Spielart als Angebotswettbewerb gesehen⁸⁸ und dabei die Nachfragekonkurrenz vernachlässigt,⁸⁹ oder es wird der Einfluss der **Marktphasen** eines Produkts auf die Wettbewerbskräfte nicht oder nicht angemessen berücksichtigt. Denn der Wettbewerb trägt doch je nach Marktentwicklung ganz unterschiedliche Züge: Während in der Experimentier- oder Einführungsphase regelmäßig eine allenfalls durch potentielle Wettbewerber charakterisierte monopolistische Situation zu herrschen scheint, beginnen sich zumindest prima facie erst in der Expansionsphase die aktuellen Wettbewerbskräfte zu entfalten, um in der durch zunehmende Sättigungseffekte gekennzeichneten Ausreifungs-, Stagnations- und schließlich Rückbildungsphase bis hin zum Ausscheiden des Produkts vom Markt sich immer wieder typisch zu verändern.⁹⁰

Unbefriedigend⁹¹ ist auch jene **Wettbewerbsdefinition**, die lange eine relativ breite Akzeptanz gefunden hat. Wirtschaftlicher Wettbewerb wird dabei begriffen als „das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindungen mit Dritten (Kunden oder Lieferanten) durch Inaussichtstellen günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen“.⁹²

Hierbei wird indes das Problem der Bewertung der Wettbewerbsmethoden mit dem Wettbewerbsbegriff vermengt: Der Behinderungswettbewerb und „harte“ Varianten des Kundenfangs etwa unter Einsatz physischer Gewalt sind zwar unerlaubter Wettbewerb, fallen aber doch nicht schon aus dem Wettbewerbsbegriff heraus.⁹³ Außerdem ist die „gegenseitige“ Beeinflussung des Wirtschaftserfolges eine unzutreffende Einschätzung, weil sie den Wettbewerb als eine Art **Nullsummenspiel** begreift und Wachstum unberücksichtigt lässt.

Neben all diesen eher verhaltensorientierten Festlegungen des (wirtschaftlichen) Wettbewerbs wird „Wettbewerb“ auch auf die Gesamtheit bestimmter oder sogar aller geschäftlichen Dispositionen in ihrer marktlichen Vernetzung bezogen und schließlich mit dem für eine Marktwirtschaft **konstitutiven Wirkungsmechanismus** bzw. Ordnungsprinzip selber identifiziert.⁹⁴

⁸⁷ Z.B. J. Baur ZHR 134 (1970), 97 ff.; *Fikentscher* Bd. II § 22 III. 3. e; *ders.* Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz (1958) 39 f.; *Kraft* Interessenabwägung S. 177 ff.; *Knöpfle* Rechtsbegriff S. 97 ff., 222; *Lukes* FS Böhm (1965) 199, 202 ff.; *Plaßmann* JZ 1968, 81 ff.; *Sandrock* Grundbegriffe des GWB (1968) 73 ff., 103 ff., 124 ff.; *ders.* Recht und Wirtschaft heute, FS Kummer (1980) 449 ff.; *Schmidbaur* Allokation, technischer Fortschritt und Wettbewerbspolitik (1974) 18 ff.

⁸⁸ So z.B. BGH 27.1.1956 BGHZ 19, 392 = GRUR 1956, 223 – Anzeigenblatt; *Abbott* Qualität und Wettbewerb (1958) 126; *Behrens* NJW 1958, 485.

⁸⁹ S. demgegenüber aber z.B. *Knöpfle* Rechtsbegriff, z.B. S. 25 ff., 81 ff.; *Köhler* Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager (1977) 22 ff., 35 ff.; *ders.* Nachfragewettbewerb und Marktbeherrschung (1986) 8 ff., 40 ff.; *Mestmäcker* Verwalteter Wettbewerb S. 252 ff.; *Sölter* Nachfragemacht S. 37 ff.; *Tuchtfeldt* FS Kummer 549, 551 ff.

⁹⁰ Vgl. *Heuß* S. 40 ff.; zusammenfassend *Aberle* 1. 5.

⁹¹ Vgl. *Knöpfle* Rechtsbegriff S. 103 m.w.N.; *Willemsen* Wettbewerbstheorie – Wettbewerbspolitik und die kartellrechtlichen Bestimmungen des EWG-Vertrages und des EFTA-Vertrages (1971) 50.

⁹² *Fikentscher* WuW 1961, 788, 796 ff., leicht abgewandelt gegenüber der Urfassung bei *Borchardt/Fikentscher* S. 15. Zu derartigen Definitionsversuchen ebenso informierend wie ablehnend *Köhler/Bornkamm* Einl. 1.6.

⁹³ Vgl. zu diesen und anderen Einwänden *Knöpfle* Rechtsbegriff S. 103 ff.; *Tyllack* S. 190 f.

⁹⁴ Eingehend *Knöpfle* Rechtsbegriff S. 1 ff., 97 ff., 135 ff., 144 ff.; s.a. *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 2 ff.; *Köhler/Bornkamm* Einl. Rn. 1.2 ff.

- 46 Die Bemühungen um eine explizite realdefinitorische Umschreibung des wirtschaftlichen Wettbewerbs haben mithin schon angesichts der vielfältigen Relationen, in die der Wettbewerbsbegriff eingebunden ist, wenig Früchte tragen können. Die beklagte „Ewigkeit“ des Themas⁹⁵ wirft auf den intuitiven Ausgangspunkt zurück, dass der Wettbewerb, auch der wirtschaftliche Wettbewerb, wohl (zumindest auch) durch – tatsächliche oder jedenfalls mögliche – Rivalität (auf Märkten) charakterisiert ist.⁹⁶ Selbst diese Reduktion auf eine diffuse Rivalität ist allerdings noch fragwürdig. Denn in den wettbewerbslichen Marktprozessen verändert die Marktgegensense durch ihr Verhalten (im vertikalen **Austauschprozess**) selber wieder die Rahmenbedingungen jenes Rivalitätsverhaltens (im horizontalen **Parallelprozess**), worin sich die charakteristische „Janusköpfigkeit“ des ökonomischen Wettbewerbs zeigt.⁹⁷
- 47 Auch ist die begriffliche Erfassung des Monopolisten (Angebotsseite) bzw. Monopsonisten (Nachfrageseite) im Wettbewerb je nach dessen konzeptionellem Verständnis durchaus nicht von vornherein klar. Denn nicht nur, aber auch gerade bei diesen Marktpprägungen ist die **Zeitdimension** des Marktes mit zu berücksichtigen: Möglicherweise evoziert auch ein erst künftiger Marktteilnehmer als vorerst hypothetischer „*new-comer*“ schon jetzt „geschäftliche Handlungen“ (§ 2) im Markt und aktualisiert derart ein vermeintlich potentes „Wettbewerbsverhältnis“ bereits *hic et nunc*. Begreift man den ökonomischen Wettbewerb als komplexes prozesshaft-dynamisches Marktgeschehen, das sich auf der Zeitachse vollzieht,⁹⁸ so ist die Existenz von Monopolisten wie Monopsonisten (und auch die Oligopol-Vorstellung) überhaupt in Frage gestellt, weil sie nur auf dem Boden einer statischen Marktbetrachtung beschreibbar sind.
- 48 Bezugnahmen auf das Wesen des wirtschaftlichen Wettbewerbs reduzieren sich nach dem gegenwärtigen Erkenntnisstand mithin verständlicherweise nicht selten auf **parabelhafte Konturen**, wie sie sich schon in der Frühzeit des Wettbewerbsrechtes etabliert haben. Besonders der sportliche Wettkampf wurde dabei seit jeher gern als Analogon zum wirtschaftlichen Wettbewerb bemüht.⁹⁹ In der Tat eifern auch hier mehrere darum, dasselbe zu erreichen, etwa als erster durchs Ziel zu gehen. Auch hier müssen Absprachen unterbunden werden, um mit dem Siegeswillen jedes einzelnen Teilnehmers, mit dem ganz individuellen „*spirit of competition*“, den institutionellen Sinn des Wettbewerbs zu erhalten. Auch bedarf es zieladäquater Regeln, um nicht leistungsfremden, „unfairen“ Einsatz zu belohnen, etwa bei Wettrudern oder Pferderennen einen Frühstart, unterschiedliche Distanzen oder gar Sabotage im Vorfeld.
- 49 Gleichwohl bestehen zwischen sportlichem und wirtschaftlichem Wettbewerb derart **essentielle Unterschiede**, dass sich der Sport als paralleles Deutungsmuster der Wettbewerbswirtschaft im Übrigen eben doch als ungeeignet erweist.¹⁰⁰ So kennt der sportli-

95 Tuchtfeldt FS Kummer 549 ff.

96 BGH 20.4.1966 GRUR 1966, 509, 512 – Assekuranz; BGH 26.4.1967 GRUR 1968, 95, 97 – Büchereinachlass; Bartling S. 10 mit Fn. 3; Piper/Ohly/Sosnitza Einf. A Rn. 17; Stigler in Herdzina, Wettbewerbstheorie S. 30, 32; Tyllack S. 191.

97 Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 1 Rn. 23; s.a. Köhler/Bornkamm Einl. Rn. 1.4, 1.8 f.

98 Emmerich Kartellrecht § 1 Rn. 3; Köhler/Bornkamm Einl. Rn. 1.18, 1.24.

99 Vgl. schon Lobe (Bd. I) S. 8 ff.; jetzt vor allem Nordemann Rn. 3 (Wettbewerb als „gleichsam unaufhörliche Tour de France des Wirtschaftslebens“); s.a. Böhm Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung (1937) 124 sowie ders. Wettbewerb S. 212 ff. (mit sprachlichen Umschreibungen, die an eine sportliche Kampfveranstaltung erinnern); ferner Baumbach/Hefermehl Allg. Rn. 1, die freilich im Ganzen (vgl. Allg. Rn. 7, 12) dazu eine kritische Haltung einnehmen. Vgl. auch Sambuc GRUR 1981, 796.

100 Vgl. Baumbach/Hefermehl Allg. Rn. 12; Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 1 Rn. 21 ff. („triviale Alltagsvorstellung“); Knöpfle Rechtsbegriff S. 113 ff.; Meyer-Cording WuW 1962, 468; Reichold AcP

che Wettkampf starre spieldefinierende Regeln, der Wirtschaftswettbewerb hingegen ist nicht *a priori* auf ganz bestimmte, die jeweilige „Leistung“ darstellende Handlungszulässigkeiten und Ziele festgelegt und seine „Startbedingungen“ stellen sich beispielsweise für „newcomer“ auf dem Markt gänzlich anders dar als für etablierte Unternehmen. Nur sog. potentielle Konkurrenten beeinflussen zwar ebenfalls das Unternehmensverhalten, sind jedoch für das sportliche Leistungsverhalten ohne Bedeutung.

Geradezu fatal müsste sich der Rekurs auf den **sportlichen Wettkampf** auswirken, 50 wenn er die Marktgegenseite, beim Angebotswettbewerb also die Nachfrager, in die Rolle von nicht selber agierenden Schiedsrichtern¹⁰¹ oder gar von bloßen Zuschauern¹⁰² drängen wollte. Überhaupt müssten derartige Analogien vor der Tatsache kapitulieren, dass sich das Wettbewerbsgeschehen eben nicht nur in einer horizontalen Dimension, als Summe von Parallelprozessen jeweils unter den Anbietern bzw. den Nachfragern, sondern ebenso in Austauschprozessen zwischen verschiedenen Wirtschaftsstufen in der Vertikalen vollzieht,¹⁰³ im Warenbereich typischerweise somit zwischen Produzent, Groß- und Einzelhändlern und schließlich Endkunden, namentlich Verbrauchern.

Dabei besteht wiederum zwischen den horizontalen und den vertikalen Aktionen 51 und Reaktionen eine **Interdependenz**:¹⁰⁴ Das Kontraktverhalten zwischen den Angehörigen beider Marktseiten steht in Wechselbeziehung zu dem Verhalten der untereinander konkurrierenden Anbieter bzw. Nachfrager, die ja auf eben dieses Kontraktverhalten der jeweiligen Marktgegenseite Einfluss nehmen möchten. Darüber dürfte Einigkeit bestehen unabhängig davon, ob man die Beteiligten der vertikalen Beziehungen nun ebenso in einem „Wettbewerbsverhältnis“ verbunden sieht wie die Anbieter bzw. Nachfrager jeweils untereinander.¹⁰⁵

Sind demnach die Versuche als gescheitert zu betrachten, den wirtschaftlichen 52 Wettbewerb aus einem Allgemeinbegriff des Wettbewerbs zu deduzieren,¹⁰⁶ ihn unmittelbar und explizit oder im Wege von Analogien in seinem Wesen zu erfassen, so braucht dies einem tieferen Verständnis gerade auch des wirtschaftlichen Wettbewerbsgeschehens freilich nicht unüberwindlich entgegenzustehen. Es lassen sich ja beispielsweise wettbewerbliche Ursache-Wirkungsbeziehungen untersuchen und ggf. modellhaft verdichten, auch wenn bei solchen **impliziten Definitionen**¹⁰⁷ das Wesen des Wettbewerbs eine verbal ungeöffnete „black box“ bleibt. Dasselbe gilt für Definitionsansätze, die sich dem Phänomen „Wettbewerb“ dadurch nähern, dass sie Bedingungen formulieren, unter denen sich „Wettbewerb“ entfaltet, oder die Indikatoren für seine Existenz benennen, etwa die Ausübung wirtschaftlicher Handlungsfreiräume.¹⁰⁸ Unvereinbarkeit zwischen Realitätsgerechtigkeit und Rechtsadäquanz in Bezug auf ein einheitliches, namentlich UWG und GWB umfassendes Wettbewerbsverständnis besteht insoweit nicht.

193 (1993) 204, 230 ff. Zu der darin wurzelnden Unergiebigkeit des „Leistungswettbewerbs“ s. *Schünemann* Vorauf. Einl. Rn. A 11, D 81 ff., 90 ff.

101 Für viele etwa *Wiedemann* ZGR 1980, 147, 165.

102 So in der Tat *Wiedemann* ZGR 1980, 147, 165.

103 *Aberle* 1.1.; *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 8 ff.; insbesondere *Hoppmann* Problem S. 40 ff.

104 Zur Interdependenz von marktlichen Parallel- und Austauschprozessen s. prägnant schon *Burmman* WRP 1967, 240, 244. Näher *Hoppmann* in *Herzina* (Hrsg.), Wettbewerbstheorie S. 237 f.

105 Einerseits (Wettbewerbsverhältnis auch im Austauschprozess) *Sölter* Nachfragemacht S. 43; andererseits *Fikentscher* WuW 1960, 684 und 1961, 796; *Köhler/Bornkamm* Einl. 1.10; *Meyer-Cording* WuW 1962, 466.

106 Zusammenfassend *Köhler/Bornkamm* Einl. 1.6.

107 *Bochenski* Die zeitgenössischen Denkmethode, 4. Aufl. (1969) 91 f.; v. *Freytag-Löringhoff* Logik, ihr System und ihr Verhältnis zur Logistik, 4. Aufl. (1966) 55 ff. Zu den wettbewerblichen Nominal- und Realdefinitionen s.a. *Köhler* Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager (1977) 2 ff.

108 S. *Emmerich* Kartellrecht § 1 Rn. 2; *Mestmäcker/Schweitzer* § 2 Rn. 73.

53 Demgegenüber scheint man, vornehmlich im juristischen Raum, den Wettbewerb gelegentlich sogar jeweils nur aus dem Blickwinkel einer speziellen Norm und damit ganz unterschiedlich definieren zu wollen (sog. **Tatbestandsbezogenheit** des Wettbewerbsbegriffs).¹⁰⁹ Den Rahmen für die jeweils monistischen wirtschaftstheoretischen Wettbewerbskonzeptionen liefert dabei das gedankliche Gerüst von Markt und Wettbewerb, wie es sich für die klassische Nationalökonomik darstellte.

54 **b) Die freie Konkurrenz der Klassiker.** Im Merkantilismus schufen sich Feudalismus und Absolutismus das ihnen passende Wirtschaftssystem: Die Obrigkeit tut hier kund, welche Ziele zu erreichen sie für wünschenswert hält, um den Wohlstand des Herrschers und, damit gleichgesetzt, den Wohlstand des Volkes zu mehren. Die Obrigkeit erlässt dazu Vorschriften und installiert Anreiz- und Sanktionssysteme. In diesem Sinne erfolgreiche Wirtschaftspolitik wirkt gleichsam nur als Reflex auf die Einzelnen zurück. Als Gegenbewegung zu dieser autoritären, bestenfalls patriarchalisch-wohltätigen Wirtschafts- wie auch und vor allem Gesellschaftsordnung formierte sich der klassische **Liberalismus**. Für seine nationalökonomischen Triebkräfte stehen dabei vor allem die Namen von *David Hume*, *David Ricardo*, *John Stewart Mill*, *Jeremy Bentham*, insbesondere aber *Adam Smith*. Der klassische Liberalismus bildet „den Ausgangspunkt für alle in der Folgezeit entwickelten Leitbilder der Wettbewerbspolitik für grundsätzlich marktwirtschaftlich organisierte Volkswirtschaften.“¹¹⁰

55 Das vom klassischen wirtschaftlichen Liberalismus propagierte System freier Wettbewerbswirtschaft¹¹¹ versteht sich als eine **Selbstregulation**, bei der die individuell-dezentral und egoistisch aufgestellten Wirtschaftspläne sich auf Märkten, also im Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage,¹¹² unter freier Preisbildung autonom koordinieren. Dieser Koordinationsprozess vollzieht sich durch Versuch und Irrtum, durch eine allmähliche Annäherung an die „richtigen“ Mengen, Qualitäten und Preise, aber auch an andere Aktionsparameter¹¹³ wie z.B. Vertriebsmethoden und zeitliche Verfügbarkeit.

56 Dem Preis kommt dabei in seiner **Ausgleichsfunktion** freilich eine ganz besondere Rolle zu, weil er am verständlichsten über den relativen Knappheitsgrad der Güter und Faktorleistungen (namentlich Arbeitskraft) zu informieren vermag. Mit diesem auch wirtschaftsethisch fundierten Verständnis des „richtigen“ (Gleichgewichts-)Preises setzt sich die freie Konkurrenz der Klassiker in einen endgültigen Gegensatz zur mittelalterlichen, religiös-fundierten Wirtschaftsethik und deren Überlegungen zum *pretium iustum*. Bis heute scheinen solche anachronistischen Denkansätze noch allenthalben in der praktisch-wirtschaftspolitischen Diskussion,¹¹⁴ aber auch in der zivilrechtlichen Dogmatik und Rechtsprechung¹¹⁵ fortzuwirken.

109 Vgl. z.B. J. Baur ZHR 134 (1970) 99, 116, 117 ff.

110 Knieps S. 67.

111 Dazu vgl. Bartling S. 9 ff.; Benöhr JuS 1976, 273; Cox/Hübener II. 1.; Lammell GRUR 1986, 362 ff.; Mestmäcker Recht, insbesondere S. 100 ff.; Möschel WiSt 1978, 351; Neumann S. 30 ff., 40 ff.; Olten S. 33; Recktenwald Zur Lehre von den Marktformen (1951) passim; Ruffner S. 12 ff. Vgl. dazu und zum Folgenden überblicksweise auch Schumann wisu 1990, 586; Spliethoff S. 247 ff.; Tuchtfeldt FS Kummer 549, 551 ff.

112 Zu diesem Marktbegriff im ursprünglichen Sinne vgl. Ott Grundzüge der Preistheorie, 2. Aufl. (1974) 32. Zur juristischen Problematik des Marktbegriffes vgl. den Überblick bei Lukes FS Böhm 207 ff.

113 Dies betonen schon für die Klassiker Bartling S. 10; Cox/Hübener II 1a.

114 Vgl. zu diesem Komplex Beater § 2 Rn. 106; Neumann S. 25 ff.; Schinzinger S. 62 ff.; Stadermann S. 56.

115 Zu dem in Wahrheit deshalb unanwendbaren § 138 Abs. 2 BGB sowie dem Phantom des „wucherähnlichen Rechtsgeschäfts“ s. Schünemann Wirtschaftsprivatrecht, 6. Aufl. (2011) 85; ders. FS Brandner 279, 286 ff.; ders. Didaktik der Fächer übergreifenden Didaktik von Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, in Hof/v. Olenhusen (Hrsg.), Rechtsgestaltung – Rechtskritik – Konkurrenz von Rechtsordnungen ... Neue Akzente für die Juristenausbildung (2012) 153, 154 f.

Neben dieser unmittelbaren Ausgleichswirkung zwischen den Einzelplänen von Unternehmen und Haushalten über den Preis eignet der freien, wettbewerbsbasierten, nicht durch exogene Preislimitierungen eingeengten Preisbildung aus klassischer Sicht weiterhin eine **Lenkungsfunktion**: Bei freier Konkurrenz auf offenen Märkten, also Märkten, die durch die Möglichkeit des Markteintritts und des Marktaustritts gekennzeichnet sind, schaffen z.B. (hohe) Gewinne den Anreiz, Ressourcen auf diesen Markt zu lenken, insbesondere neu in diesen Markt einzutreten, um an den Gewinnchancen zu partizipieren. Bisherige Anbieter werden dazu angehalten, kostengünstig zu produzieren, um ihre Gewinne zu stabilisieren oder vielleicht sogar noch zu steigern. Mit sinkender Nachfrage, aber auch stärker wirksam werdender Konkurrenz oder mangelnder Nutzung von Kosteneinsparungsmöglichkeiten droht bei nachhaltigem Misserfolg am Markt, monetär ausgedrückt durch Verluste, der zwangsweise Marktausschluss bis hin zum Verlust ökonomischer Existenz durch Konkurs.

Gerade in der Lenkungsfunktion des Preises und damit der Allokationsfunktion des Marktes wird die angenommene Transformation der summierten egoistisch motivierten Individualinteressen in das Gesamtinteresse manifest.¹¹⁶ Die in der autonomen, **marktvermittelten Plankoordination** wirksame „invisible hand“¹¹⁷ ist in klassischer Sicht also nicht lediglich ein Instrument ökonomischer Effizienz, sondern auch und vor allem Transmissionsriemen, der den Eigennutz überhaupt erst wirtschaftsmoralisch rechtfertigt.

Überhaupt wäre es falsch, das klassische Konzept freier Konkurrenz auf ökonomisches Kalkül reduzieren zu wollen. Das Streben der liberalen englischen Klassiker war vielmehr gerade darauf gerichtet, wirtschaftlichen Wohlstand gegründet auf und als Ausdruck von (politischer) Freiheit und (rechtlicher) Gleichheit darzustellen.¹¹⁸ Für die Klassiker besteht also **kein Dilemma** zwischen ökonomisch positiven Ergebnissen („good economic performance“) und ihrer gesellschaftlichen Wünschbarkeit.¹¹⁹ Wettbewerb erfüllt demnach also immer sowohl die ökonomische Funktion guter Marktversorgung (durch effiziente Steuerung der Marktkräfte, durch Schaffung produktiver Anreize, eventuell auch durch Verteilungsmechanismen) als auch die gesellschaftspolitische Funktion, den Marktteilnehmern Freiheitsspielräume zu erhalten oder sogar erst zu eröffnen.¹²⁰

Gerade *Smith* hat dabei die **Notwendigkeit institutioneller Rahmenbedingungen** des Wettbewerbs erkannt und anerkannt,¹²¹ um die ökonomische und gesellschaftliche Optimierungsleistung der wettbewerbsgesteuerten Marktwirtschaft voll nutzen zu können. Weder als grobschlächtiger Apologet privater Habgier noch als Verfechter eines *laissez-faire* staatlicher Wirtschaftspolitik kann *Smith* vorgeführt werden.¹²² Es handelt sich bei dem System freier Konkurrenz der Klassiker also durchaus nicht um eine zügel-

¹¹⁶ Vertiefend *Olten* S. 33ff.

¹¹⁷ Plastische Beschreibung bei *Drexel* S. 92ff.

¹¹⁸ *Möschel* Wettbewerbsbeschränkungen Rn. 62.

¹¹⁹ *Cox/Hübener* II. 1. a; *Herdzina* in *Herdzina* (Hrsg.), Wettbewerbstheorie S. 18 f.

¹²⁰ Über diese beiden Grundfunktionen von Wettbewerb (nicht hingegen über die Non-Dilemma-These) besteht wohl Einigkeit, vgl. *Emmerich* Kartellrecht § 1 Rn. 7 ff.; *Herdzina* Wettbewerbspolitik S. 31 ff. (S. 34 f. zu diversen Dilemma-Thesen); *Lux* S. 14 f.

¹²¹ Vgl. *Drexel* S. 9 ff.; *I. Schmidt/Haucap* S. 6; *Tuchtfeldt* ORDO 27 (1974) 29 ff. (jeweils m.w.N.). S.a. *Starbatty* wisu 1990, 541 f.

¹²² *Drexel* S. 98 (gegen die verfälschende Interpretation der „invisible hand“); *Engels* Marktwirtschaft S. 20 f.; *Gloy/Loschelder/Erdmann/Leistner* § 4 Rn. 2 f.; *Streminger* ARSP 1989, 196 ff., insbesondere 214 ff.

lose Freiheit,¹²³ wohl aber um eine Freiheit von staatlichem Dirigismus im Hinblick auf die durch den Wettbewerbsprozess herbeigeführten Ergebnisse im Einzelnen.

- 61 Dieser von vornherein also nur bedingt freie, d.h. sich in Institutionen vollziehender Wettbewerb ist nach klassischem Verständnis ohnehin kein in einem Zeitpunkt fixierbarer Zustand. Wettbewerb ist danach vielmehr ein **dynamisches Geschehen**, dessen etwaige Gleichgewichtslagen nur temporär bestehen. Aktionen und Reaktionen, ausgelöst durch Veränderung der Marktdaten, führen fortwährend zu den produktiven „Störungen“ dieser Gleichgewichtslagen. Wegen dieses prozesshaften Charakters des Wettbewerbs erscheinen selbst Monopole als unbedenklich, sofern nur bei freiem Marktzutritt potentielle Konkurrenten, angelockt durch hohe Gewinne, diese Marktform abzulösen imstande sind.

- 62 **c) Zweiteilung wettbewerbskonzeptioneller Ansätze.** Die in der Folgezeit formulierten Wettbewerbskonzeptionen der Ökonomik sind mannigfaltig, teilweise unübersichtlich, sich weiter wandelnd¹²⁴ und insgesamt wohl „hoffnungslos kontrovers“,¹²⁵ was der juristischen Rezeption selbstverständlich nicht förderlich gewesen ist.¹²⁶ Dies rechtfertigt indes nicht, sich einem zumindest **kursorischen Überblick** zu verweigern und in „selbstgewählter Isolation“ zu verharren,¹²⁷ etwa unter Hinweis darauf, dass „Juristen in der Regel wirtschaftswissenschaftliche Laien“ seien¹²⁸ und somit ohnehin keine Stellung beziehen könnten. Denn die für Verständnis und Anwendung des Wettbewerbsrechts „notwendigen wettbewerbstheoretischen Erkenntnisse sind wahrscheinlich leichter zu gewinnen als die technischen bei einem Bauprozess oder die physikalischen bei einem Verkehrsprozess“.¹²⁹

- 63 Außerdem geht es gar nicht um die Aneignung wirtschaftswissenschaftlich-modelltheoretischer Subtilitäten, sondern lediglich um die Vergewisserung grundsätzlicher wettbewerbskonzeptioneller Positionen, um deren Reflexion in wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen und um den offenen Ausweis des bezogenen Standorts im Rahmen der juristischen Argumentation.¹³⁰ Dies ist dem **rechtsstaatlichen Postulat** hinreichender Rationalität geschuldet. Dass mangels tieferen Eindringens in die Wettbewerbstheorie Fragen offenbleiben müssen, ist unausweichlich, erlaubt jedoch nicht umgekehrt völlige Abstinenz und selbst, denn allemal ist eine „flackernde Fackel ... völliger Finsternis vorzuziehen“.¹³¹

- 64 Bei allen Vorbehalten bezüglich der Darstellungstiefe und -breite, die durch die juristische, speziell wettbewerbsrechtliche Anwendungsperspektive bedingt sind, lassen sich die nachfolgend exemplarisch beschriebenen Wettbewerbskonzeptionen zwei großen Lagern zuordnen, die in der Hauptsache entweder einen **wohlfahrtsökonomischen** oder aber einen **systemtheoretischen Ansatz** verfolgen.¹³² Das wohlfahrtsökonomische

123 In diese Richtung aber wohl die Deutung bei *Aberle* 2.2.1.; wie hier vor allem *Bartling* S. 11 und *Reuter* DZWIR 1993, 45 f., jeweils m.w.N.; s.a. *I. Schmidt/Haucap* S. 6; *Mestmäcker* Recht S. 100, 114 ff.

124 Vgl. *Christiansen* WuW 2005, 285, 289.

125 *Koppensteiner* § 1 Rn. 22.

126 Vgl. *Baudenbacher* Lauterkeitsrecht § 1 Rn. 58.

127 Hierzu und zum Folgenden s. *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl. 2009) § 1 Rn. 26 ff.

128 *Ohly* S. 222.

129 *Baudenbacher* Lauterkeitsrecht § 1 Rn. 60.

130 *Baudenbacher* Lauterkeitsrecht § 1 Rn. 60; *Drews* S. 83 ff.; *Lux* S. 59/60; *Pichler* S. 104, 106 f.; s.a. *Kisseler* WRP 1999, 274, 277 ff.; *Lehmann* GRUR 1979, 368, 377.

131 Vgl. *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl. 2009) § 1 Rn. 27 mit Zitat von *Morgenstern* S. 14. Ausdrücklich zustimmend *Schwipps* S. 65.

132 Hierzu und zum Folgenden s. *Herdzina* Wettbewerbspolitik S. 106 ff., der darauf hinweist (S. 110 ff.), dass die Zuordnung der jeweiligen Wettbewerbskonzeption durchaus zweifelhaft sein kann, da nicht

Lager ist an gesamtwirtschaftlichen ökonomischen Zielfunktionen, namentlich an Effizienz und optimaler (Ressourcen-)Allokation ausgerichtet und hält den Wettbewerb prinzipiell für instrumentalisierbar zur Erreichung politisch gewünschter Ziele. Für die systemtheoretisch orientierten Wettbewerbskonzeptionen steht ganz die wirtschaftliche Freiheit der Marktakteure als Wesen wettbewerblicher Marktprozesse im Vordergrund. Hingegen wird ökonomischen Zielfunktionen kaum Aufmerksamkeit geschenkt, da davon ausgegangen wird, dass in Ausübung von Wettbewerbsfreiheit wirtschaftlicher Wohlstand unter den gegebenen Bedingungen sowohl individuell als auch gesamtwirtschaftlich optimal erwächst.

Eine an der Zweiteilung von Wohlfahrtsökonomik und Systemtheorie angelehnte Darstellung verdunkelt die historischen Entwicklungszusammenhänge. Diese sind indes für das Verständnis der Materie durchaus hilfreich, weil sich erst in der **geschichtlichen Dimension** der Wettbewerbstheorie die Dialektik jener Grundströmungen erkennen lässt. Ein derart motivierter Überblick¹³³ bietet sich deshalb gerade dort an, wo es darum geht, eine nicht primär ökonomisch, sondern juristisch geprägte Fachöffentlichkeit anzusprechen.

d) Die vollkommene Konkurrenz. Die Wettbewerbskonzeption der vollkommenen Konkurrenz¹³⁴ knüpft an die Wettbewerbsidee der Klassiker an. Im Mittelpunkt des Interesses steht dabei jedoch nur die Gleichgewichtslage, die in der Idee der freien Konkurrenz lediglich ein Stadium des Wettbewerbsprozesses und die gedankliche Antithese zum Monopol bezeichnet hatte. Die klassische Auffassung des Wettbewerbs als eines dynamischen, Handlungsfreiheiten voraussetzenden Geschehens wird dabei auf eine rein **statische Betrachtungsweise** reduziert, die die vor allem von *Cournot* und *Walras* freigesetzten Potenzen formaler, mathematischer Analytik zunehmend mit dem Realitätsverlust ihrer Modellannahmen erkauft.

Zugleich wird die Wettbewerbstheorie aus ihrem ursprünglichen gesellschaftstheoretischen Kontext herausgelöst. Wettbewerbstheorie erfährt so eine Einengung auf preistheoretische Fragestellungen. Die Vollkommenheit des Wettbewerbs ist dabei durch die preispolitische Machtlosigkeit gekennzeichnet, die die Marktteilnehmer erfahren: Aufgrund ihrer großen Zahl und ihrer dadurch vermittelten, auf kleinen Marktanteilen gründenden **atomistischen Konkurrenz** müssen alle den Marktpreis als Datum, als „Schicksalspreis“, hinnehmen.

Bewegungsspielräume bestehen nur im Anpassungsverhalten hinsichtlich der Gütermengen, denn Modellvoraussetzung ist völlige **Güterhomogenität**: Es besteht annahmegemäß keine Möglichkeit (mehr), sich etwa durch Qualitätsverbesserungen dem Konkurrenten gegenüber marktwirksam zu profilieren. Denn alle Konkurrenten können sich mit unendlich großer Reaktionsgeschwindigkeit allen derartigen Veränderungen des Datenkranzes anpassen. Auch herrscht auf ihrer Seite – ebenso wie auf der Marktgegensseite – absolute Markttransparenz. Einschätzungsunsicherheiten, wie sie für alle *ex-ante*-Beurteilungen in Kauf genommen werden müssen, sind eliminiert.

seltener auch Argumentationsfragmente des jeweils anderen Lagers Verwendung finden; Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 1 Rn. 29 ff.; Koppensteiner § 1 Rn. 24 ff.; Künzler S. 40 ff.; Lademann DB 1985, 2661 ff.; Pichler S. 35 ff.; Schlüter S. 97 ff.; Wunderle S. 15 ff.

¹³³ So auch Künzler S. 40 ff.

¹³⁴ Vgl. namentlich *Marshall* Principles of Economics (1890) sowie *Knight* Uncertainty and Profit (1921) insbesondere 51 ff.; dazu *Bartling* S. 12 ff.; *Cox/Hübener* II.2.; *Knieps* S. 68 f.; *Künzler* S. 27 ff.; *Neumann* S. 67 ff.; *Ruffner* S. 15 ff.; *Stigler* in Herdzina (Hrsg.), Wettbewerbstheorie S. 30 ff.

- 69 Trotz dieser irrealen Züge der **Theorieprämissen** wurde die vollkommene Konkurrenz jedenfalls in ihrer Version als „vollständige“ Konkurrenz¹³⁵ lange, trotz Modifikationen im Kern sogar bis hin zum sog. Ordo-Liberalismus der Freiburger Schule (s. Rn. 87) und bis hin zur Urform des GWB, als wettbewerbspolitisches Leitbild akzeptiert,¹³⁶ weil ihre Modellannahmen zugleich wesentliche Bedingungen des – allerdings selber umstrittenen¹³⁷ – sog. **Pareto-Optimums** erfüllen. Dieser gesamtwirtschaftlich-wohlfahrtsökonomisch respektierte Zielpunkt besteht in einem Zustand, in dem niemand seinen Nutzen erhöhen kann, ohne den Nutzen eines anderen zu vermindern.¹³⁸
- 70 Gerade der hier verwendete Konkurrenzbegriff wirft schließlich noch ein Schlaglicht auf die allgemeine definitorische *crux* des Wettbewerbsbegriffs überhaupt. Denn in der genannten Gleichgewichtslage ist von „Wettbewerb“ jedenfalls in einem ökonomisch-praktischen Sinne gerade nichts mehr zu spüren: Niemand hat mehr einen Anreiz zum Handeln, weil dieses nur zu einer Verschlechterung der Verhältnisse führen könnte. Die Metamorphose des Wettbewerbs zu einem künstlichen, von der wirtschaftlichen Realität ganz abgehobenen Begriff im **Zustand der Erstarrung** ist bereits hier vollendet.¹³⁹
- 71 e) „**Workable Competition**“. Die unüberwindlichen Friktionen zwischen dem theoretisch-hypostasierten Zustand „vollkommener“ Konkurrenz und der vorfindlichen Realität führten zu sog. *Workability*-Konzepten, in ihrer prominentesten Version als sog. *Harvard School*. Angesichts ubiquitärer Heterogenität der Güter, eines nicht selten unüberschaubaren Kreises der Marktteilnehmer etc. wird im Ergebnis vom Modellplatonismus des vollkommenen Wettbewerbs Abschied genommen. Nunmehr wird versucht, unter den Unvollkommenheiten diejenigen hinzunehmen, ja womöglich gar zu fördern, die den jetzt wieder als Prozess begriffenen Wettbewerb¹⁴⁰ überhaupt erst funktionsfähig,¹⁴¹ also „*workable*“, gestalten. Im Zuge dieses Ansatzes¹⁴² wird davon ausgegangen, dass es eine **konkrete Kausalbeziehung** zwischen Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnissen gibt, die es aufzudecken gilt.
- 72 Hauptanliegen innerhalb der Theoreme über die *Workable Competition* ist es also, Indikatoren zu formulieren, die in der Realität darüber Auskunft geben können, ob *hic et nunc* funktionsfähiger Wettbewerb auf dem in räumlicher, zeitlicher und insb. gegenständlich-sachlicher Hinsicht abgegrenzten und damit partiellen, „relevanten“ Markt,

135 Zur Unterscheidung zwischen vollkommener und vollständiger Konkurrenz vgl. *Bartling* S. 13 f.

136 Für den Ordo-Liberalismus vgl. hier nur *Böhm* Wirtschaftsordnung, insbesondere S. 28 f.; *Eucken* Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 2. Aufl. (1952), insbesondere S. 24 f. Zum Einfluss auf die deutsche Kartellgesetzgebung vgl. nur *Karte/Holtschneider* Konzeptionelle Ansätze und Anwendungsprinzipien im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in *Cox/Jens/Markert* (Hrsg.) I.2.

137 Vgl. z.B. *Künzler* S. 29.

138 Vgl. *Richter* Preistheorie, 2. Aufl. (1974) 119 ff., 137 ff.; zur Kritik s. *Bartling* S. 16.

139 v. *Hayek* Individualismus S. 122, 128; *Hoppmann* Das Konzept des wirksamen Preiswettbewerbs (1978) 10; s.a. *Knöpfle* Rechtsbegriff S. 2, 101 f., *Lux* S. 41; *Schlüter* S. 106 f.

140 Grundlegend *Clark* *American Economic Review* 1940, 241 ff.; *ders.* *Competition*, passim (Übersetzungen auszugsweise in *Herdzina* (Hrsg.), *Wettbewerbstheorie* S. 142 ff. und S. 269 ff.).

141 Zu beachten ist dabei, dass die Funktionsfähigkeit im Wesentlichen auf die Effizienz des Wettbewerbsprozesses bezogen wird, also im Blick auf eine ihm hinterlegte Zielfunktion. Es handelt sich in diesem Verständnis nicht um funktionierenden Wettbewerb i.S. der systemtheoretischen Ansätze, also um hinreichende Freiheitsgrade der Marktteilnehmer.

142 Zu den zahllosen Varianten der *Workability*-Konzepte vgl. jeweils m.w.N. *Aberle* 2.3.; *Bartling* S. 20 ff.; *Cox/Hübener* I. 4.; *Emmerich* Kartellrecht § 1 Rn. 22 ff.; *Herdzina*, *Wettbewerbspolitik* S. 33 ff.; *Knies* S. 45 ff., 74; *Lux* S. 24 ff.; *Mestmäcker/Schweitzer* § 2 Rn. 75 ff.; *Möschel* Wettbewerbsbeschränkungen Rn. 66; *Neumann* S. 121 ff., 145 ff.; *Ruffner* S. 23 ff.; *I. Schmidt/Haucap* S. 12 ff.; *Tolksdorf* WuW 1980, 785, 791; *Willemsen* Wettbewerbstheorie – Wettbewerbspolitik und die kartellrechtlichen Bestimmungen des EWG-Vertrages und des EFTA-Vertrages (1971) 89 ff.; *Wunderle* S. 17 ff.

existiert. Die **Kriterienkataloge**, die sich im Wesentlichen in den Merkmalsgruppen Marktstruktur (Zahl, Größe, Marktanteile der Wirtschaftseinheiten, Preis- und Einkommenselastizitäten etc.), Marktverhalten (bevorzugte Aktionsparameter, Risikoneigung etc.) und Marktergebnis (Güterpreise, -qualität und -mengen, Kosten, Gewinne etc.) manifestieren, sind dabei im Einzelnen sehr unterschiedlich formuliert und gewichtet.

Gelegentlich erscheinen aber auch Marktmachtpositionen und hohe Pioniergewinne nicht nur tolerabel, sondern wünschenswert, weil die dadurch motivierten Innovationen zu technischem Fortschritt führen (sog. **Gegengiftthese**).¹⁴³ Die legitime Vorzugsstellung einzelner Marktteilnehmer wird allerdings nur als befristet betrachtet, weil und solange imitierende Konkurrenten wieder gleichziehen können.

Das wettbewerbliche Leitbild der *Workable Competition* ist starken **Einwänden** ausgesetzt.¹⁴⁴ Auch diese Konzeption unterstellt, dass ihre Ausgangsdaten konstant bleiben, also nicht durch den Wettbewerbsprozess ihrerseits zu Variablen werden.¹⁴⁵ Sie führt durch den Einbau von *ceteris paribus*-Elementen zu einer Immunisierung gegenüber allen Falsifikationsversuchen, allerdings zu Lasten des empirischen Gehalts.¹⁴⁶ Die postulierten Korrelationen zwischen Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis sind angesichts der hohen Komplexität und auch Reversibilität der Kausalzusammenhänge weitestgehend unsicher.¹⁴⁷

Unbefriedigend ist schließlich eine gewisse Vernachlässigung der gesellschaftspolitischen, Freiheit bedingenden und erzeugenden Aspekte des Wettbewerbs, zumal die gesellschaftspolitische Funktion des Wettbewerbs neben seiner Steuerungs- bzw. Ordnungsfunktion sowie seiner Antriebsfunktion gerade auch von den *Workability*-Konzepten unterstrichen wird.¹⁴⁸ Trotz ihrer erkannten Schwächen werden freilich auch in der namentlich im Blick auf das Kartellrecht angewandten Wettbewerbstheorie Voraussetzungen und Grenzen wirksamen Wettbewerbs bevorzugt anhand von Kriterien wie **Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis** analysiert.¹⁴⁹

f) „Countervailing Power“. Durchaus auch gesellschaftspolitisch motiviert ist hingegen das wettbewerbliche Leitbild der **gegengewichtigen Marktmacht**, der *Countervailing Power*.¹⁵⁰ Es basiert auf der empirisch gewonnenen Annahme, dass die praktische Beseitigung realer Wirtschaftsmacht schnell an ihre Grenzen stößt. Das dem Wettbewerbsprinzip zugeordnete Freiheitsmoment ist demnach besser durch den Aufbau marktneutralisierender wirtschaftlicher Gegenmacht (vornehmlich, aber nicht nur auf der oppositionellen Marktseite) zur Geltung zu bringen. Auch ökonomische Vorteile werden reklamiert, weil die Verhinderung zukünftiger bzw. Zerschlagung vorhandener Wirtschaftsmacht natürliche ökonomische Antriebskräfte beeinträchtigen müsste.

¹⁴³ Clark American Economic Review 1940, 241 ff.; s. dazu I. Schmidt/Haucap S. 12; Wunderle S. 18.

¹⁴⁴ Zusammenfassend Bartling S. 23 ff.; Emmerich Kartellrecht § 1 Rn. 26 ff.; I. Schmidt/Haucap S. 9 ff.; Wunderle S. 20 unter Bezugnahme auf Mason („Beliebigkeit“ der Kriterien einer *workable competition*).

¹⁴⁵ Möschel WiSt 1978, 336.

¹⁴⁶ Schmidtchen Wettbewerbspolitik S. 107.

¹⁴⁷ Näher Aberle 2.3.2.; Ahlert S. 109 f.; Bartling S. 23 ff.; Emmerich Kartellrecht § 1 Rn. 28; v. Hayek Theorie S. 25 ff.; Hoppmann Fusionskontrolle (1972) 20 ff., 41 f., 52 f.; Säcker S. 36 ff.

¹⁴⁸ Vgl. Clark Competition S. 62; s.a. Günther Wege zur Europäischen Wettbewerbsordnung (1968) 25 f.

¹⁴⁹ S.a. Künzler S. 22.

¹⁵⁰ Galbraith insbesondere S. 124 ff. Dazu vor allem Andreae in Andreae/Glahe Heft 33, FIW-Schriftenreihe, Heft 33 (1966) 37 ff.; ders. in Schneider (Hrsg.), Grundlagen der Denklehre und der Rechtsanwendung, 2. Aufl. (1972) 71 ff.; Bartholomeyczik/Benisch und Clemens/Glahe sowie Gutersohn/Geisbüsch jeweils a.a.O. (Literaturverzeichnis) passim; Sölter Nachfragemacht S. 47 ff.

- 77 Das Konzept der *Countervailing Power* hat die **wettbewerbspolitische Praxis** durchaus beeinflusst, z.B. in der Förderung mittelständischer Kooperationen und Einkaufsgenossenschaften als Gegengewichte zu Großunternehmen.¹⁵¹ Auch in der wettbewerbsrechtlichen Diskussion im Rahmen des UWG hat sich dieser Gedanke wohl niedergeschlagen, z.B. in der Fragestellung, ob „große“, marktstarke Unternehmen strengerer Anforderungen an die Lauterkeit ihres Marktverhaltens unterworfen werden sollten,¹⁵² was die Marktschwäche vieler kleinerer Unternehmen kompensieren könnte. Theoretisch wird diesem Wettbewerbsleitbild freilich die mangelnde Quantifizierbarkeit wirtschaftlicher Macht und seine allenfalls nur auf ganz bestimmte Marktverhältnisse zugeschnittene freiheitsfördernde Wirksamkeit entgegengehalten.¹⁵³ So sind z.B. die privaten Endverbraucher nicht in ausreichendem Grade als wirtschaftliche Gegenmacht organisierbar.¹⁵⁴
- 78 g) „**Optimale Wettbewerbsintensität**“. In der Kontinuität mit den *Workability*-Theoremen über den funktionsfähigen Wettbewerb steht *Kantzenbach* mit seinem Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität,¹⁵⁵ das in Deutschland große Beachtung fand und dabei etwa die Novellierung des GWB im Jahre 1973 stark prägte.¹⁵⁶ Dem Wettbewerb werden dabei fünf gesamtwirtschaftliche Funktionen zugeordnet. Drei „**statischen Funktionen**“ – marktleistungskonforme Einkommensverteilung, nachfragebezogene Angebotsstruktur, bestmögliche Faktorallokation – stehen zwei „**dynamische Funktionen**“ gegenüber, nämlich Anpassungsflexibilität der Produktionskapazitäten und Durchsetzung des technischen Fortschritts. Die dynamischen Funktionen werden dabei im Ergebnis höher gewichtet, weil sie die statischen Funktionen gleichsam nach sich ziehen.¹⁵⁷
- 79 Die optimale Wettbewerbsintensität bestimmt sich in diesem Konzept deshalb nach dem Grad der Erfüllung eben jener dynamischen Funktionen. Konkret und marktformenspezifisch wird das **wettbewerbliche Intensitätsoptimum** im weiten Oligopol mit einer mäßigen Produktheterogenität und beschränkter Markttransparenz lokalisiert. Hier soll dann die Geschwindigkeit, mit der Vorsprungsgewinne durch erfolgreiche Imitation abgeschmolzen werden, optimal sein: nicht zu hoch, um Innovationsanreize zu erhalten, und nicht zu gering, um dauerhafte Marktmacht zu verhindern.
- 80 Der Lehre von der optimalen Wettbewerbsintensität und dem daraus deduzierten Leitbild des Wettbewerbs wird unter anderem entgegengehalten, dass es schon keine überzeugenden Eindeutigkeiten zwischen Intensität und Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs gäbe, sich diese jedenfalls nicht empirisch dartun ließen.¹⁵⁸ Als wesentliches

151 S. *Schreiber* Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaftsordnung (FIW-Schriftenreihe, Heft 36, Kooperation als Gegengewichtsbildung, 1966) passim.

152 So *Fezer/Fezer* § 1 Rn. 35, 59; *ders.* schon BB 1976, 705 f.; **a.A.** *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl. 2009) § 3 Rn. 249.

153 *Aberle* 2.5.

154 *Jeschke* Konsumentensouveränität in der Marktwirtschaft (1975) 234 ff.; *Möschel* Wettbewerbsbeschränkungen Rn. 73; *U. Müller* Wettbewerb, Unternehmenskonzentration und Innovation (1975) 61 ff.; *Reich* S. 198 ff., 221 ff.

155 *Kantzenbach* Funktionsfähigkeit, passim, insbesondere S. 16 ff.; s.a. *ders.* in *Herdzina* (Hrsg.), Wettbewerbstheorie S. 194 ff.; *ders.* JNSt 181 (1967/68), 193 ff. Dazu etwa *Aberle* 2.6.2.; *Bartling* S. 30 ff.; *Lux* 29 ff.; *Neumann* S. 121 ff.; *Ruffner* S. 37 ff.; *Säcker* S. 39 ff.; *I. Schmidt/Haucap* S. 14 ff.; *Tabbert* Unternehmensgröße, Marktstruktur und technischer Fortschritt (1974) 30; *Willeke* Grundsätze S. 69 ff.

156 Vgl. auch BGH 24.10.1963 BGHZ 41, 42, 51 – Fensterglas.

157 *Kantzenbach* JNSt 181 (1968) 220; *ders.* Funktionsfähigkeit S. 16 ff.

158 *Aberle* 2.6.2. unter besonderem Hinweis auf *Phillipps* Market, Structure, Organization and Performance (1962) 257.

Manko wird ferner auch hier wie schon in der gleichgelagerten Kritik an *Workability*-Konzepten vermerkt, dass der Wettbewerbsprozess als **Funktion der Marktform** begriffen werde, dabei aber vernachlässigt werde, dass dieser Prozess seinerseits auf die Marktstruktur einwirke.¹⁵⁹ Neben diesen ökonomischen Einwänden hat das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität aber vor allem gegen sich, dass es ganz dezidiert den Wettbewerb einer gesellschaftspolitischen Funktion entkleidet wissen will.¹⁶⁰

h) „**Chicago School**“. In Gegnerschaft zum Konzept der *Workable Competition* formierte sich in den 70er Jahren ein Kreis von Ökonomen und Juristen, vornehmlich Mitgliedern der *University of Chicago*, die in den Vereinigten Staaten von Amerika in der Folgezeit erheblichen Einfluss auf die *Anti-Trust*-Politik der *Reagan*-Administration erlangte und damit die bis dahin bestehende Dominanz des marktstrukturell beherrschten Gedankengebäudes der sog. *Harvard School* beendete.¹⁶¹ Ihre **Positionierung** im Spektrum von Wohlfahrtsökonomik oder Systemtheorie ist letztlich unklar, da sie einerseits eine Art *pareto*-optimale Effizienz propagiert (*Kaldor/Hicks*-Kriterium),¹⁶² es andererseits aber ablehnt, das Marktverhalten (und Marktergebnisse) als abhängig von der Marktstruktur zu begreifen; vielmehr folge gerade umgekehrt die optimale Marktstruktur aus dem hinreichend freien Marktverhalten.¹⁶³

Im Verständnis von *Bork*, *Demsetz*, *Posner*, *Stigler* u.a., den Protagonisten der sog. *Chicago School*, soll das Marktgeschehen als freies Kräftespiel ablaufen, wobei mit durchaus sozialdarwinistischem Akzent die Auslese der wirtschaftlich Gesündesten und Besten propagiert wird. Der Staat wird allenfalls auf die Vorgabe eines lockeren ordnungspolitischen Rahmens verwiesen. Im Mittelpunkt dieses Leitbildes steht die **Konsumentenwohlfahrt**, als deren Kriterium alloкатive Effizienz in der Volkswirtschaft und produktive Effizienz in den Unternehmen figuriert. Konzentrationsprozesse werden dabei tendenziell i.S. einer Effizienzsteigerung infolge Optimierung der Betriebsgröße interpretiert, nicht als Begünstigung in Richtung auf die Erzielung von Monopolrenten. Der Zielerreichungsgrad der Effizienzkriterien wird anhand preistheoretischer Aussagen ermittelt, wobei die vollständige Konkurrenz einerseits und das Monopol andererseits die Eckdaten liefern.

Das Wettbewerbskonzept auch der *Chicago School* ist stark **umstritten**.¹⁶⁴ Der *Chicago School* wird bereits vorgehalten, dass sie mit antiquierten mikroökonomischen Instrumenten der Preistheorie arbeite. Provokant wirkt die Grundüberzeugung dieses Konzeptes, dass die Wirtschaftsstruktur, so, wie sie sich vielfach darbietet, nämlich starken Konzentrationsbewegungen unterworfen, nur die überlegene ökonomische Effizienz der am Prozessende stehenden Großunternehmen widerspiegele. Diese Effizienz wird im Übrigen trotz ihrer zentralen Stellung im Konzept nicht präzise definiert und bleibt so kaum messbar.

¹⁵⁹ Ahlert S. 110 ff.; Möschel Wettbewerbsbeschränkungen Rn. 66.

¹⁶⁰ Gegen *Kantzenbach* (Funktionsfähigkeit S. 13) namentlich *Hoppmann* JNSt 179 (1966) 286 ff.; *I. Schmidt/Haucap* S. 17 ff. sowie überhaupt die Vertreter eines systemtheoretischen Ansatzes (dazu sogleich). Auf lediglich kaschierte Wertentscheidungen bei *Kantzenbach* weist ausführlich *Neumann* S. 173 ff. hin.

¹⁶¹ Gut informierend z.B. *Knieps* S. 73 f.; *Pichler* S. 36 f.; *I. Schmidt/Haucap* S. 23 ff.

¹⁶² Das *Kaldor/Hicks*-Kriterium lässt es unter wohlfahrtsökonomischen Effizienzgesichtspunkten ausreichen, wenn die Verlierer einer Veränderung der Verhältnisse durch die Veränderungsgewinne der anderen vollständig kompensiert werden können und den Gewinnern trotzdem noch ein Nettowachstum an Wohlfahrt verbleibt. Näher dazu *Schäfer/Ott* S. 19 ff.

¹⁶³ Vgl. zum Einordnungsproblem *Herdzina* Wettbewerbspolitik S. 111 f.

¹⁶⁴ *S. Emmerich* Kartellrecht Rn. 32; *Künzler* S. 51; *I. Schmidt/Haucap* S. 28 f.

- 84 Die **Verabsolutierung des Effizienzziels** sowie die postulierten Zusammenhänge zwischen wirtschaftlicher Macht, Effizienz und Konzentration führen konsequenterweise dann dazu, dass wirtschaftliche Macht *per se* als legitimiert erscheint und die machtnutralisierende gesellschaftspolitische Funktion des Wettbewerbs deshalb wohl abgelehnt werden muss.¹⁶⁵ Großen Zweifeln begegnet schließlich das Axiom, Konsumenten verhielten sich in der Realität generell rational. Letztlich scheint die Dichotomie von Sollen und Sein überhaupt negiert und damit die Existenzberechtigung eines Wettbewerbsrechtes selber in Frage gestellt zu werden.
- 85 **i) Ordo-Liberalismus.** Eine herausragende Rolle bei der Ausbildung der Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik Deutschland als „Soziale Marktwirtschaft“ hat der sog. Ordo-Liberalismus der „Freiburger Schule“ um *Böhm, Eucken, Miksch* und *Müller-Armack* gespielt,¹⁶⁶ für dessen praktisch-politische Personifikation aber der damalige Wirtschaftsminister *Ludwig Erhard* steht. Das in seinen Wurzeln bis in die 30er Jahre dieses Jahrhunderts zurückreichende, gleichermaßen wirtschaftspolitische wie sozialphilosophische Konzept des Ordo-Liberalismus zielt auf die bewusste Ausgestaltung einer regelgebundenen Wettbewerbswirtschaft, die dabei in den Dienst einer freiheitlichen, aber auch sozialverpflichteten Gesellschaft gestellt ist.
- 86 Die so verfasste Gesellschaft prägt ihrerseits wieder das Marktgeschehen. Die Wettbewerbspolitik hat sich mithin am Schutz der individuellen **wirtschaftlichen Handlungsfreiheit** zu orientieren und sie nach Kräften zu fördern, um einen wettbewerbserfüllten, Freiheit stiftenden und Freiheit spiegelnden Wirtschaftsmechanismus zu gewährleisten. Auch die kartellrechtlichen Instrumente sind letztlich auf den Schutz solcher Handlungsfreiheiten, nämlich derjenigen der übrigen Marktteilnehmer, zugeschnitten. Ökonomische Effizienz i.S. etwa der „*Chicago School*“ als Sammelbegriff für Wachstum, technischen Fortschritt, Allokationsoptimierung etc. scheidet als eigenständige Zielsetzung aus, gilt vielmehr ihrerseits als Reflex wahrgenommener Handlungsfreiheit.¹⁶⁷
- 87 Eine bestimmte Marktform strebt der Ordo-Liberalismus nicht primär an, greift aber durchaus, wenn auch selektiv, auf die Idee der vollkommenen Konkurrenz zurück (vgl. Rn. 69). Als konstituierendes Prinzip ordoliberaler Wirtschaftsordnung fungiert allerdings ein gegenüber der vollkommenen Konkurrenz reduktives Modell „**vollständiger Konkurrenz**“. Zu deren Herstellung wird staatliche Marktstrukturpolitik ausdrücklich gebilligt.¹⁶⁸ Voraussetzung ist hierbei lediglich, dass der Preis von den Wettbewerbern infolge polypolistischer Märkte als Datum zu akzeptieren ist und somit Mengenanpasserverhalten ihren Bewegungsspielraum erschöpft.¹⁶⁹
- 88 Das große Verdienst des Ordo-Liberalismus ist es, eindringlich auf das Freiheitsparadox, die Gefahr der **Selbstaufhebung des Wettbewerbs** durch Zusammenschluss und (dauerhafte) Monopolbildung, aufmerksam gemacht zu haben.¹⁷⁰ Dagegen einzuschrei-

165 Deziert **a.A.** aber *Friedman* S. 27 ff. und passim.

166 Vgl. namentlich *Böhm* insbesondere S. 28 ff.; *Eucken* Grundlage, passim; *ders.* Grundsätze, insbesondere S. 24 ff.; *Miksch* Wettbewerb als Aufgabe, 2. Aufl. (1947) und *Müller-Armack* Wirtschaftslenkung. Dazu z.B. *Aberle* 2.2.2.; *Fikentscher* Bd. II § 20 IV 2; *Knieps* S. 69 f.; *Peters* S. 150 ff.; *Ruffner* S. 20 ff. Sehr kritisch *Reich* ARSP 1977, 485, 492 ff. Die Bezeichnung Ordo-Liberalismus leitet sich aus der abkürzenden Bezeichnung „ORDO“ des bevorzugten Publikationsorgans seiner Vertreter her, dem „Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft“.

167 Zu Berührungspunkten zwischen Ordo-Liberalismus (und der Neoklassik; dazu sogleich Rn. 92) einerseits, der *Chicago School* andererseits s. *Fikentscher* Bd. II § 20 II 7c.

168 Dazu *Cox/Hübener* IV. 3.

169 *Eucken* Grundlage S. 95 ff.; *ders.* Grundsätze S. 247 ff.

170 *Drexel* S. 110 ff.

ten ist der Staat aufgerufen, ohne dass dies als plan- oder interventionswirtschaftliche Maßnahme im Zuge einer synkretistischen, sowohl kapitalistischen als auch sozialistischen Mischwirtschaft („*mixed economy*“) missverstanden werden dürfte¹⁷¹ (zum Verhältnis von Wettbewerbs- und Sozialstaatsprinzip s.a. Rn. 153, 158, 163f., 170 und insbesondere 174 ff.).

Die **Veranstaltung des Wettbewerbs** als staatliche, durch Rechtsnormen und nicht politische Entscheidungen zu bewältigende Aufgabe wird vielmehr als Konsequenz immanenter Schranken der Wettbewerbsordnung gedacht. Allerdings ist die behauptete schroffe Antithetik, in der der Ordo-Liberalismus wegen dieser seiner Grundüberzeugung der freien Konkurrenz der Klassiker gegenübergestellt wird,¹⁷² wohl überzogen, weil auch die Klassiker die Gefahr „endogener Perversionen“¹⁷³ der wettbewerblichen Freiheit nicht völlig negiert haben (s. bereits Rn. 58 ff.), verständlicherweise aber die Stoßrichtung ihrer Lehre gegenüber dem merkantilistischen System staatlicher Lenkung pointiert haben.

Sein unverwechselbares Profil gewinnt der Ordo-Liberalismus aber neben der Einbindung der Wettbewerbspolitik in den Gesamtrahmen der Wirtschaftsordnung (etwa durch die Währungspolitik) jedenfalls durch seinen **sozialen Impetus**. Wie dieser zum Tragen kommen sollte, war allerdings innerhalb der ordo-liberalen Vertreter umstritten: Während auf der einen Seite, vor allem durch *Ludwig Erhard*, die freiheitlich-wettbewerbsgesteuerte Marktwirtschaft aus sich heraus soziale Anliegen verwirklichte, der Begriff der sozialen Marktwirtschaft also als Pleonasmus zu gelten habe,¹⁷⁴ wurden von anderen planende Eingriffe des Staates in die Ökonomie im Rahmen ihrer Marktkonformität zugunsten besonders schutzwürdig erachteter Gruppen (historisch bedingt in der Nachkriegszeit also vor allem Flüchtlinge, Kriegsheimkehrer etc.) nicht nur für zulässig, sondern für geboten erachtet.¹⁷⁵

In der dezidiert verfolgten sozialen Dimension des Ordo-Liberalismus wurzelt auch der intendierte **Schutz des Mittelstandes**, der nach *Röpke*¹⁷⁶ geradezu Träger einer Kulturfunktion ist, die ihrerseits wiederum durch „Qualität, Ehrlichkeit, Dauer, Noblesse, Maß und einfache Schönheit“ beschrieben wird. Alles in allem kann trotz gewisser Vorbehalte der Ordo-Liberalismus mit der freien Konkurrenz der Klassiker durchaus in eine konzeptionelle Reihe systemtheoretischer Ansätze gestellt¹⁷⁷ und damit als historische und ideengeschichtliche Brücke zur sog. Neoklassik verstanden werden.

j) Die freie Konkurrenz der Neoklassik. Vor allem als Gegenpol zu den *Workability*-Konzepten des Wettbewerbs unter Einschluss der Position einer optimalen Wettbewerbsintensität versteht sich das sog. neu- oder neoklassische (neoliberale) Leitbild des Wettbewerbs, das **Konzept der Wettbewerbsfreiheit**. Diese im deutschen Sprachraum¹⁷⁸ vornehmlich von *Hopmann* im Blick auf *v. Hayek* und seine theoretischen Über-

171 Gegen jede Einordnung des Ordo-Liberalismus als *mixed economy* in ein eindimensionales ideengeschichtliches Spektrum eines regellosen Liberalismus einerseits, der totalen Planwirtschaft andererseits, nachdrücklich *Fikentscher* Bd. II § 20 IV 2a; *a.A.* *Neumann* S. 106; s.a. *Löw* Die Grundrechte, 2. Aufl. (1982) 371.

172 Paradigmatisch *Neumann* S. 104 ff.

173 *Möschel* Wettbewerbsbeschränkungen Rn. 2.

174 *S. Mierzejewski* Ludwig Erhard: der Wegbereiter der Sozialen Marktwirtschaft (2005) 59.

175 Vgl. *Busch* S. 19 m.w.N.

176 ORDO I (1948) 155, 167 f., 177.

177 S.a. *Künzler* S. 53 ff.

178 Vgl. im Übrigen etwa *Kirzner*, passim.

legungen zu komplexen Systemen¹⁷⁹ formulierten Vorstellungen von einem funktionsfähigen Wettbewerb¹⁸⁰ sehen sich in besonderer Weise in der ideengeschichtlichen Tradition der Klassiker.¹⁸¹

- 93 Funktionsfähig ist dieser im neoklassischen Sinne verstandene Wettbewerb, wenn sich in ihm Freiheit manifestiert, nämlich die Freiheit des Wollens („Entscheidungsfreiheit“) und die Freiheit des Handelns („Handlungsfreiheit“).¹⁸² Dies resultiert aus dem **systemtheoretischen Ansatz** des neoklassischen Wettbewerbsverständnisses, genauer gesagt: aus der Zuordnung von Wettbewerb und Freiheit: Marktwirtschaft wird als komplexes, evolutorisches, kybernetisch-selbstregulatives System begriffen, das spontane, interdependente Handlungen aller Marktteilnehmer als den Elementen dieses Systems und deren polyzentrische Koordination in Parallel- und Austauschprozessen in sich schließt.¹⁸³
- 94 Diese Prozesse sollen sich dabei wechselseitig bedingen und zwei Seiten ein und derselben individuellen Handlungs- und Entschließungsfreiheit der Marktteilnehmer darstellen.¹⁸⁴ Reduktiv-modelltheoretischen Erfassungsversuchen des Wettbewerbs und seiner Indienstnahme für die Erreichung politisch erwünschter Ergebnisse wird eine Absage erteilt, da all diese Versuche auf einer „**Anmaßung von Wissen**“¹⁸⁵ um die unübersehbar verstreuten und in ihrer Fülle überwältigenden Informationen der Marktteilnehmer, um deren sich immerfort wandelnden Präferenzen und um deren in Freiheit getroffenen und vollzogenen Entscheidungen beruhten, kurz: auf der angemessenen Kenntnis der Hochkomplexität von Marktprozessen, zumal in anonymen Großgesellschaften.
- 95 Die aus der Anknüpfung an die freie Konkurrenz der Klassiker resultierende Etikettierung als neu- bzw. neoklassisch oder neoliberal darf nicht dahin missverstanden werden, dass auch die im historischen Anschluss an *Smith, Hume, Ricardo, Mill* oder *Bentham* erfolgte Verengung auf statische Gleichgewichtsmodelle der mikroökonomischen Preistheorie übernommen worden wäre.¹⁸⁶ Das gerade Gegenteil ist der Fall. Das neoklassische/neoliberale Leitbild des Wettbewerbs unterstreicht vielmehr den auch bei den Klassikern und ihrer Idee von freiheitlicher Konkurrenz vorfindlichen Grundgedanken des dynamischen Charakters von Wettbewerb als Prozess, und zwar – im Anschluss an *v. Hayek* – als freiheitsbasiertes **Entdeckungs- und Problemlösungsverfahren**.¹⁸⁷

179 *v. Hayek* Theorie, passim.

180 S. hier zunächst nur *Hoppmann* JNSt 1979 (1966) 286 ff.; *ders.* Problem S. 9 ff. Vgl. zur Neoklassik etwa *Aberle* 2.4.; *Bartling* S. 41 ff.; *Clapham*, passim; *Kraft* GRUR 1980, 966, 968; *Lux* S. 32 ff., 41 ff.; *Rittner* AcP 188 (1988), 101, 113 ff., 119 f.; *Ruffner* S. 70 ff.; *I. Schmidt/Haucap* S. 18 ff.

181 *Hoppmann* Schutzobjekt S. 80 f.; *ders.* in *Hoppmann/Mestmäcker* (Hrsg.) Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (1974) 5, 7 f.; s.a. (gut referierend) *Drexler* S. 98 ff.

182 *Hoppmann* Wirtschaftsordnung S. 260.

183 *v. Hayek* Theorie, passim; *ders.* Freiburger Studien S. 35; *Hoppmann* Prinzipien, passim; *ders.* Problem S. 29 ff., 39 ff.; ausführlich dazu *Schmidtchen* Wettbewerbspolitik S. 111 f. sowie *Köhler* Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager (1977) S. 5 ff. Sehr anschaulich *Engels* Marktwirtschaft S. 23 ff.; *ders.* Mehr Markt S. 36, 60 f.

184 *Hoppmann* Wirtschaftsordnung S. 269.

185 Eindringlich zu dieser wissenschaftstheoretisch gebotenen Bescheidenheit *v. Hayek* ORDO 26 (1975) 12 ff.

186 *Neumann* S. 184.

187 *Hoppmann* Wettbewerbsintensität S. 15; *ders.* Marktmacht S. 7 ff.; *ders.* Problem S. 29 f.; *ders.* JNSt 181 (1967/68) 251 ff.; *v. Hayek* Freiburger Studien S. 249 ff.; *Röpke* Wirtschaftspol. Blätter 1976, 38 ff.; *Schmidtchen* Wettbewerbspolitik S. 111 ff.; s.a. *Windsperger* ORDO 37 (1986) 125.

Die Ergebnisse dieses sich in Vorstoß- und Verfolgungs-(Nachahmungs-)Phasen entwickelnden Prozesses¹⁸⁸ sind demnach *ex ante* notwendigerweise ungewiss und offen, so dass Wettbewerb sich auch nicht zur Erreichung konkret bestimmter gesamtwirtschaftlicher, exogen vorgegebener Ziele instrumentalisieren lasse.¹⁸⁹ Der wettbewerbsgesteuerte Markt ist demnach unplanbar, ein ganz und gar „**selbstreferentielles System**“.¹⁹⁰ Der Verzicht auf heteronom-politisch gesetzte Ziele und daraus folgend auf diesbezügliche Effizienzpostulate markiert unverwechselbar das Spezifikum des neoklassischen Ansatzes.

Vorhersagen für Märkte werden so für unmöglich gehalten, wenn sie über **nur „musterhafte“ Prognosen**¹⁹¹ innerhalb modellierender, also abstrakter Konstrukte hinausgehen, denn Einschätzungen zukünftiger konkreter Verhältnisse auf Märkten setzen als „umgekehrte Kausalanalyse“¹⁹² sichere Kenntnis von Ursache-Wirkungs-Zusammenhängen (nomologisches Wissen) und volle Verfügbarkeit der bei sämtlichen Marktteilnehmern vorhandenen Einzelinformationen (einzelinformativ-situatives Wissen) voraus. Beide Voraussetzungen seien jedoch in der ökonomischen Realität evident unerfüllbar.¹⁹³ Staatliche Interventionen in den Wettbewerbsprozess zu seiner Instrumentalisierung für politisch gewünschte Ziele erscheinen von daher als prinzipiell fragwürdig.

Erst ein Wirtschaftssystem, das auf der Wahrnehmung von Wettbewerbsfreiheit beruht, kann nach neoklassischer Überzeugung überhaupt Lösungen generieren, die die individuellen Interessen der Marktteilnehmer optimal durchsetzen. In einer von Wettbewerbsfreiheit durchdrungenen Marktwirtschaft *eo ipso* beschlossen sind demnach aber auch **allgemeine ökonomische Vorteile** (Induktion und Entfaltung technischen Fortschritts, nachfragebezogene Angebotsstruktur, optimale Faktorallokation, effizienter Ressourceneinsatz, produktionskapazitative Anpassungsflexibilität marktleistungskonforme Einkommensverteilung).¹⁹⁴ Marktstrukturen gegenüber verhält sich die Neoklassik grundsätzlich indifferent. Teilweise als damit vereinbar angesehen wird allerdings die Kritik an Marktstrukturen, die das Potential einer Freiheitsgefährdung in sich tragen sollen.¹⁹⁵

Ein Zielkonflikt zwischen Wettbewerbsfreiheit und guten ökonomischen Ergebnissen soll ganz im gedanklichen Duktus der freien Konkurrenz der Klassiker nicht eintreten können (**Non-Dilemma-These**).¹⁹⁶ Denn Wettbewerb in Freiheit Sorge zumindest

188 S.a. Clark Competition, passim (Auszug in Herdzina [Hrsg.], Wettbewerbstheorie S. 269 ff.); Herdzina Wettbewerbspolitik S. 58 ff.; Heuß Markttheorie, passim; Hoppmann Zum Schutzobjekt des GWB. Die sogenannten volkswirtschaftlichen Erkenntnisse und ihre Bedeutung für die Schutzobjektdiskussion, in Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerb S. 81.

189 Brandt JNSt 199 (1984), 97, 114; v. Hayek Theorie S. 25 ff.; Hoppmann Problem S. 20, 26; ders. Wirtschaftsordnung S. 269; Kirzner, passim; Mestmäcker/Schweitzer § 2 Rn. 92 ff.; Rittner Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. (1987) § 14 Rn. 22.

190 Treffend Fezer JuS 1991, 889, 891. Ebenso Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 1 Rn. 40; ihm zustimmend Drews S. 40.

191 S. näher zu Mustervoraussagen („pattern predictions“) v. Hayek Theorie S. 7 sowie ders. Freiburger Studien S. 144 Anm. 1 und wiederum dazu Graf „Muster-Voraussagen“ und „Erklärung des Prinzips“ bei F.A. v. Hayek (1978) 46 ff.

192 Möschel Wettbewerbsbeschränkungen Rn. 66; ders. ORDO 32 (1981) 85, 89.

193 Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 3 Rn. 37 ff.; Lux S. 42 f.

194 Zurückhaltend bezüglich der impliziten Erreichung der allgemeinen ökonomischen Ziele aber Hoppmann Problem S. 20, 26; ders. Zum Schutzobjekt des GWB. Die sogenannten volkswirtschaftlichen Erkenntnisse und ihre Bedeutung für die Schutzobjektdiskussion, in Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerb S. 75 ff.

195 Vgl. Künzler S. 57 f.

196 Vgl. Hoppmann Fusionskontrolle S. 18 ff.; ders. JNSt 179 (1966) 289 ff.; ders. Problem S. 48; s.a. Emmerich Kartellrecht § 1 Rn. 30; Merz S. 217; Mestmäcker AcP 168 (1968) 235, 245; Voigt WiSt 1992, 516 ff.

dafür, dass vordergründig gesehen wohlstandsökonomisch unzureichende Resultate unter den gegebenen, insbesondere also historischen, geographischen, klimatischen, kulturellen und mentalen Bedingungen zumindest unter Nachhaltigkeitsgesichtspunkten nicht noch unzureichender ausfallen.¹⁹⁷ Soweit dieser Zielkonflikt im Einzelfall gleichwohl gesehen werden sollte, ist er i.S. der Neoklassik (Neoliberalismus) jedenfalls zugunsten der gesellschaftspolitischen **Freiheitsfunktion des Wettbewerbs** zu entscheiden, weil Wohlstand in Unfreiheit die demokratisch wie ethisch unakzeptable Alternative wäre.¹⁹⁸

100 Bei alledem wird die Komplexität des Marktsystems nicht zuletzt unter dem Aspekt des **Kaufkraftwettbewerbs** gesamtwirtschaftlich begriffen (Totalmarktkonzept);¹⁹⁹ der gedanklichen Ausdifferenzierung der Volkswirtschaft in Partialmärkte, die jeweils für irgendeine, namentlich kartellrechtliche Fragestellung „relevant“ sein sollen, haftet demnach also von vornherein etwas Dezinonistisches an. Jedenfalls aber seien solche Einzelmärkte, ihre Existenz einmal unterstellt, dauernden Veränderungen durch den Wettbewerbsprozess selber unterworfen.

101 **k) Moderne Effizienz-Paradigmen.** In der Entwicklung der modernen, sehr stark anglo-amerikanisch geprägten Wettbewerbstheorie dominieren nunmehr Wettbewerbskonzeptionen, für die wiederum primär wohlfahrtsökonomische und an Effizienz ausgerichtete Überlegungen maßgeblich sind.²⁰⁰ Sie speisen sich aus sehr verschiedenartigen Quellen, haben aber wohl doch in ihrer kritisch-produktiven Auseinandersetzung mit der sog. *Chicago School* einen kleinsten gemeinsamen Nenner, der deshalb gerne als **Post Chicago** bezeichnet wird.²⁰¹ Stichworte sind hier vor allem die spieltheoretisch, aber auch empirisch geprägte und am Marktverhalten orientierte Neue Industrieökonomik²⁰² sowie die daraus abgeleitete Neue Institutionenökonomik.²⁰³ Unter dem Dach von *Post Chicago* finden sich aber randständig auch Varianten eines Wettbewerbsleitbildes, das zwischen dem Effizienzziel die Sicherung individueller Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer an die Seite stellt.²⁰⁴ Insgesamt bietet sich ein facettenreiches Bild, in dem aber, wie gesagt, der Effizienz-Gedanke dominiert.²⁰⁵

102 Die modernen Effizienz-Paradigmen beherrschen ersichtlich auch das Wettbewerbsleitbild der Europäischen Kommission. Auf eben diese Paradigmen rekurriert nämlich

Eingehende Kritik aus juristischer Sicht bei *Stürmer*, passim. Zu weiteren Dilemmata-Thesen s. *I. Schmidt/Haucap* S. 42f.

197 *Hoppmann* Wirtschaftsordnung S. 216; hierzu wie zum Folgenden s.a. *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl. 2009) § 3 Rn. 266 m.w.N.

198 *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl. 2009) § 3 Rn. 266.

199 *Hoppmann* Marktmacht S. 9; *ders.* Wirtschaftsordnung S. 356 ff.; *Knieps* S. 48: „Es gibt keine objektive Marktabgrenzung“; *Schmidtchen* Wettbewerbspolitik S. 194 ff.; kritisch aber etwa *Möschel* Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen, in *Ordnung in Freiheit*, Symposium aus Anlass des 100. Jahrestages des Geburtstages von Walter Eucken am 17. Januar 1991, (1992) 61, 68. Gut referierend *Thielemann* S. 224 ff. m.w.N.

200 *Schmidtchen* Effizienz S. 9 ff.

201 Hierzu und zum Folgenden s. den sehr gedrunghenen wie gelungenen Überblick bei *Pichler* S. 40 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

202 Dazu z.B. *Bühler/Jäger* Einführung in die Industrieökonomik (2002); *Knieps* S. 45 ff.; *Tirole* Industrieökonomik, 2. (deutschsprachige) Aufl. (1998); *Shy* Industrial Organisation (1996).

203 Vgl. *Richter/Furubotn* Neue Institutionenökonomik, 2. Aufl. (1996). Überblick hierzu wie zur Neuen Industrieökonomik bei *Künzler* S. 47 ff.; s.a. *Drexl* S. 186 ff.

204 Zu der sich daran entzündenden Auseinandersetzung zwischen *Epstein* und *Posner* s. *Pichler* S. 41 m.w.N.

205 Guter Überblick speziell hierzu bei *Gloy/Loschelder/Erdmann/Leistner* § 4 Rn. 11 ff.

die Formel vom „**more economic approach**“, ²⁰⁶ die ihrerseits keineswegs nur eine Berücksichtigung wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse im Wettbewerbsrecht annahmt. Vielmehr nimmt sie nach Vorläufern wie dem Weißbuch der Kommission „Über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EGV“ ²⁰⁷ namentlich Bezug auf das Thema des Berichts der *Economic Advisory Group for Competition Policy* vom Juli 2005 zum damaligen Art. 82 EGV und die dort dargelegten, effizienzorientierten Anregungen, die sich die EU-Kommission mehrfach zu Eigen gemacht hat. ²⁰⁸

Diese Haltung ist EU-primärrechtlich im Blick auf Artt. 119f. AEUV allerdings **problematisch**. Denn das Primärrecht stellt dort die „offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“, nicht jedoch Effizienz der ökonomischen Prozesse und damit den instrumentalisierten Wettbewerb in den Mittelpunkt der europäischen Wirtschaftsverfassung. ²⁰⁹ Dessen ungeachtet dürfte aber feststehen, dass dieses Wettbewerbsleitbild lediglich eine Selbstbindung der Kommission bei ihrer Ermessensausübung darstellt, im Übrigen aber keine rechtliche Verbindlichkeit besitzt, weder auf europarechtlicher noch auf nationaler Ebene. ²¹⁰

Die juristisch deutlich kartellrechtliche Diskussionsperspektive der modernen Effizienz-Paradigmen sollte nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sehr wohl auch um lauterkeitsrechtliche Fragestellungen geht. Denn im Kern läuft dieses Effizienzdenken darauf hinaus, dass **Wettbewerbsdefizite** auch wettbewerbsrechtlich dann akzeptiert, ja begrüßt werden, wenn in ihrem Gefolge die Gesamtwohlfahrt gesteigert wird. ²¹¹ Insbesondere im Rahmen der Generalklausel des § 3 Abs. 1 kann diese Sichtweise ihren Wertungsniederschlag finden, wenn letztlich nicht mehr die individuellen Interessen der durch Wettbewerbsbeeinträchtigungen betroffenen Marktteilnehmer zählen, sondern die Mehrung des Nutzens der Allgemeinheit.

4. Maßgebliche Wettbewerbskonzeption. Zunächst ist **zusammenfassend** festzuhalten: Der Allgemeinbegriff des Wettbewerbs entzieht sich einer stimmigen, griffigen Beschreibung, zumal „Wettbewerb“ in sehr unterschiedlichem Realkontext gebraucht wird. Selbst der wirtschaftliche Wettbewerb ist in einer explizit-verbalen Weise nicht hinreichend zu fassen. Die zahlreichen, auf implizite Definitionen abzielenden wirtschaftswissenschaftlich fundierten Wettbewerbskonzeptionen wiederum lassen sich vergrößernd danach ordnen, ob sie Wettbewerb als wirtschaftliches Ordnungsprinzip zur Erreichung bestimmter Ziele für instrumentalisierbar halten, in ihm also eine ökonomische Technik sehen, oder ob Wettbewerb als Manifestation von Freiheit zum Eigenwert erhoben wird, mögen zugleich – reflektorisch – auch bestimmte allgemeine ökonomische Funktionen mit erfüllt sein. ²¹²

²⁰⁶ Dazu m.w.N. (teilweise sehr kritisch) Basedow WuW 2007, 712 ff.; Christiansen WuW 2005, 285 ff.; Haratsch/Koenig/Pechstein Rn. 1011f.; Hildebrand WuW 2005, 513 ff.; Immenga WuW 2006, 463; Mestmäcker/Schweitzer § 1 Rn. 9 ff., § 13 Rn. 38; Möschel JZ 2009, 1040 ff.; Pichler S. 47 ff., 74 ff.; Podszun WRP 2009, 509 ff.; Schmidtchen WuW 2006, 1 ff.; I. Schmidt FS Bechtold 40 ff.

²⁰⁷ ABl. EG Nr. C 132, S. 1 ff.

²⁰⁸ Aus der Fülle einschlägiger Verlautbarungen s. nur Kommission, Wettbewerbsbericht 2005, SEK (2006) 761 endg. v. 15.6.2006, S. 128. Weitere Nachw. bei Möschel JZ 2009, 1040, 1041 ff.

²⁰⁹ Näher Rn. 260 ff., 270, 273 ff., 281 ff.; s.a. Haratsch/Koenig/Pechstein Rn. 1012; Gloy/Loschelder/Erdmann/Leistner § 4 Rn. 16.

²¹⁰ Ausführlich und m.w.N. Pichler S. 75 ff., 127 ff.; Pampel Rechtsnatur und Rechtswirkungen horizontaler und vertikaler Leitlinien im reformierten europäischen Wettbewerbsrecht (2005) 96 ff.; ders. EuZW 2005, 11 f.

²¹¹ Sehr klar Emmerich Kartellrecht § 1 Rn. 33.

²¹² Prägnante Positionsbeschreibung von wettbewerbspolitischem „Instrumentalismus“ einerseits, „Institutionalismus“ andererseits, bei Tuchtfeldt FS Kummer 549, 558 ff.

- 106 Wettbewerbsrechtliche Hermeneutik und Anwendungspraxis stehen dieser Vielfalt der Wettbewerbskonzeptionen in dem oft festzustellenden „Verständnisgraben“ zwischen Rechts- und Wirtschaftswissenschaften²¹³ jedoch nicht hilf- und orientierungslos gegenüber. Denn nicht etwa sollten nun Juristen gleichsam in fremdem Revier wildern und den wirtschaftstheoretischen, fast vollständig mathematisierten Diskurs speisen. Sie sind vielmehr lediglich zur **Entscheidung** darüber aufgefordert, welche Wettbewerbskonzeption gerade aus rechtlicher und hier speziell lauterkeitsrechtlicher Sicht vorzugs- würdig erscheint.²¹⁴
- 107 Schon von diesem Ausgangspunkt aus ist dem systemtheoretischen neoklassischen Wettbewerbsansatz, dem neoliberalen **Konzept der Wettbewerbsfreiheit**, entschieden der Vorzug zu geben.²¹⁵ Denn weil dessen Stoßrichtung schlicht auf individuelle Freiheits- sicherung zugunsten der Marktteilnehmer beschränkt ist, verlangt es von der Rechtspra- xis gerade kein weiteres Eingehen auf das breite Spektrum von Wettbewerbsleitbildern, die mehr oder weniger deutlich dem mittlerweile auch wirtschaftshistorisch erwiesenen Irrglauben anhängen, der Wettbewerb könne politischen Zielsetzungen dienstbar ge- macht werden.²¹⁶ Wohl aber besteht die Notwendigkeit des reflektierten, verständnislei- tenden Bezugs auf dieses sehr einfache Konzept der Wettbewerbsfreiheit und es bedarf des Willens, bei Auslegung und Anwendung wettbewerbsrechtlicher Normen dem Frei- heitsprinzip den notwendigen Respekt zu zollen.
- 108 Als Vorwand, sich dem zu verweigern, kann jedenfalls nicht ein **vorgeblicher Man- gel an Verständlichkeit**²¹⁷ des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit (s. Rn. 92ff.) geltend gemacht werden: Dessen Kern ist schlicht das Postulat des *in dubio pro libertate* unter Verzicht auf die Anmaßung umfassenden informatorischen und nomologischen Wissens über jenes real existierende hochkomplexe System wirtschaftlicher Interaktionen, das Markt in seiner konkreten Gestalt genannt wird.
- 109 Weil sich der Freiheitsinhalt nicht positiv definieren lasse, ohne die Freiheitsgewäh- rung zu konterkarieren, erscheint die neoklassische Konzeption häufig in negativer For- mulierung, als Theorie der **Wettbewerbsbeschränkung**.²¹⁸ Sie zielt auf die Ermittlung wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen und entspricht damit insoweit konstruk-

213 Rebe S. 38.

214 Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 1 Rn. 41; zustimmend z.B. Lux S. 106 f.

215 Beater JZ 1997, 916, 919 f.; Eppe Zugaben und Rabatte im Anwendungsbereich des UWG (2003) 32 ff.; Fezer/Fezer Einl. E Rn. 78 ff. (anders aber wohl § 1 Rn. 49); ders. JZ 1990, 657, 658 ff.; Göting/Nordemann Einl. Rn. 33, 43; Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 1 Rn. 39 ff.; Kraft GRUR 1980, 966, 968; Merz S. 197 f.; Lux S. 41 ff.; Mestmäcker Wettbewerb S. 88 f.; Möschel Wettbewerbsbeschränkungen S. 20 f.; ders. FS Mestmäcker 356 ff.; Pichler S. 53 f., 57 f.; Schlüter S. 176 ff.; R. Schmidt FS Stober 19, 20 ff.; Schwipps S. 82 ff.; Sosnitza S. 20 f.; ders. in MünchKommUWG Grundl. Rn. 12; s.a. Köhler Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager (1977) 7 ff., der in seiner Kritik auf die Begrenztheit, nicht Unrichtigkeit des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit zielt (a.a.O. S. 14); Gloy/Loschelder/Erdmann/Leistner § 4 Rn. 18; Willeke Grundsätze, passim; a.A., also scharf ablehnend, z.B. Gotthold ZHR 145 (1981) 286 ff. – mit scharfer Replik von Möschel ZHR 145 (1981) 590 ff.; s.a. ders. ZHR 146 (1982) 55 ff.; Neumann S. 183 ff., insbesondere S. 251 ff.

216 Tuchtfeldt FS Kummer 549, 563 spricht in diesem Zusammenhang sarkastisch, freilich mit verunglückter Metapher, von den – in den ehemaligen Ostblockstaaten in ihrem historischen Scheitern exemplarisch vorgeführten – Versuchen, den sog. sozialistischen Wettbewerb unter bestimmte politische Zielvorgaben zu stellen, nämlich zur Behebung politisch begründeter Mangelzustände einzusetzen, als „Kampf gegen Windmühlenflügel“.

217 So aber Ohly S. 222 Fn. 166, der (im Blick auf Schünemann Vorauf. Einl. Rn. D 47) etwas süffisant bemerkt, die „Errungenschaft eines neuen Erklärungsmodells“ (sc. des neoklassisch begriffenen Wettbewerbs) werde „durch einen Verzicht an Verständlichkeit erkaufte.“

218 Hoppmann Fusionskontrolle S. 9 f.; Lux S. 44; Merz S. 219; Möschel Pressekonzentration S. 43; ders. Wettbewerbsbeschränkungen Rn. 69 f.; Rittner Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. (1987) § 13 Rn. 36.

tiv der Normierungsphilosophie des GWB, das die Wettbewerbsfreiheit ebenfalls als Kehrseite der dortigen Eingriffstatbestände begreift, also als Abwesenheit von Wettbewerbsbeschränkungen.²¹⁹

In dieser Gestalt erlaubt das neoklassische/neoliberale Konzept der Wettbewerbsfreiheit noch einmal leichter die systematische Einordnung der einzelnen Unlauterkeitstatbestände der §§ 4 ff. in einen übergeordneten Zusammenhang und gewinnt einen höheren Grad an **lauterkeitsrechtlicher Operationalität**: Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Selbstbestimmung der Marktteilnehmer durch Ausübung von Druck (§ 4 Nr. 1), gezielte Behinderung von Mitbewerbern (§ 4 Nr. 10) und Irreführung (§ 5) richten sich allesamt augenfällig gegen die Entschließungs- und Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer, sind aus der Sicht des auf Wettbewerb und Markt gründenden Ordnungsmodells inadäquat, ja kontraproduktiv und deshalb als ökonomische Aktionsweisen unzulässig. Als zentrale wettbewerbsrechtliche Schutzobjekte weit weniger deutlich erkennbar sind Entschließungs- und Handlungsfreiheit in den übrigen Verbotstatbeständen des UWG und definitiv überhaupt nicht in § 7 Abs. 1: Auf welche Art und Weise auch immer ein Marktteilnehmer unzumutbar belästigt werden sollte, ist für sich gesehen ohne wettbewerbsverfälschende Bedeutung für sein Marktverhalten.

Ähnlich wie die Theorie der Wettbewerbsbeschränkung verfährt das **Koordinationsmängelkonzept**,²²⁰ das sich ebenfalls als Ausprägung des neoklassischen Wettbewerbsleitbildes in negativ gewendeter Formulierung verstehen lässt.

Die hier prägnant zu formulierende Forderung der Neoklassik ist nach alledem sehr bescheiden: In Auslegung und Anwendung des Lauterkeitsrechts ist ein Höchstmaß an individueller wirtschaftlicher Selbstbestimmung der Marktakteure zu gewährleisten, statt vermeintliche „Verbotslücken“²²¹ mit sehr subtilen Argumentationsketten oder gar mit dem schlichten Hinweis auf Überkommenes schließen zu wollen.²²² Eben der Verzicht auf die Anmaßung von Wissen, nämlich die Einsicht in den realen ökonomischen Wettbewerb als „black box“, prädestiniert das Konzept der Wettbewerbsfreiheit für eine **wettbewerbsrechtliche Rezeption**. Nur dieser Ansatz ist „justiziabel“,²²³ d.h. für Justiz

219 S.a. Hoppmann Fusionskontrolle S. 10; ders. Marktmacht und Wettbewerb S. 7 ff.

220 Vgl. Grossekkettler S. 174 f.; Ruffner S. 109 ff.

221 Zur in Deutschland in der wettbewerbsrechtlichen Praxis traditionell verbreiteten „Freude am Verbot“ s. Beater Verbraucherschutz S. 99 ff.

222 Darin liegt neben allgemeinen systematischen Erwägungen (dazu vor allem Schünemann JZ 2005, 271 ff.; ders. WRP 2004, 925 ff.; ders. FS Georgiades 1087 ff.) der Grund, warum die Generalklausel des § 3 Abs. 1 nur auf „Extrem- und Evidenzfälle“ beschränkt Anwendung finden kann. Dazu ausführlich Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 3 Rn. 77 ff. (Zitat Rn. 102); ders. WRP 2004, 925, 927. Ausdrücklich zustimmend z.B. Boesche Rn. 16; in der Sache zumindest tendenziell ebenso Fezer/Fezer § 3 Rn. 167; Groner Der Rückgriff auf die Generalklausel des § 3 UWG zur Bestimmung der Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung (2008) 215 ff.; Piper/Ohly/Sosnitza § 3 Rn. 7; Sosnitza/Kostuch WRP 2008, 166, 168 ff.; a.A. etwa Beater Rn. 1060 (der den Gegenstand der einschlägigen Diskussion in die Nähe einer „Scheinproblematik“ rückt); Götting/Nordemann/Wirtz § 3 Rn. 7, 86. Auch die Rspr. neigt zu dieser bedenklich weiten Anwendung des § 3 Abs. 1 als eigenständigem Verbotstatbestand, vgl. z.B. BGH 9.2.2006 – I ZR 73/02 – GRUR 2006, 426 ff. – Direktansprache am Arbeitsplatz II; BGH 12.7.2007 – I ZR 18/04 – BGHZ 173, 188 = GRUR 2007, 890 Tz. 22 – Jugendgefährdende Medien bei ebay; BGH 22.11.2007 – I ZR 183/04 – GRUR 2008, 262 Tz. 9 – Direktansprache am Arbeitsplatz III; OLG Hamburg 28.9.2006 – 3 U 78/05 – WRP 2007, 210 – Fliegerzeitschrift; OLG Hamburg 5.1.2007 – 3 U 240/06 – WRP 2007, 557 – Testhinweise ohne Fundstelle.

223 So schon Baumbach/Hefermehl Allg. Rn. 16c; fortführend Köhler/Bornkamm Einl. Rn. 1.16; ebenso z.B. Götting Wettbewerbsrecht § 2 Rn. 19; Götting/Nordemann Einl. Rn. 43 (mit missverständlicher Überschrift, die die „Unverbindlichkeit wettbewerbspolitischer Konzeptionen“ benennt, obwohl es im Text dann heißt, den „einzige(n) justiziablen Ansatzpunkt für die rechtliche Bewertung (liefere) die Konzeption der Wettbewerbsfreiheit“; Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 1 Rn. 42; I. Schmidt WuW 2005, 879.

und sonstige Rechtsanwender handhabbar und nützlich, ja, bildet geradezu den „Königsweg“.²²⁴ Nur das neoklassische/neoliberale Konzept der Wettbewerbsfreiheit kann hier einen sinnvollen transdisziplinären Beitrag leisten.

- 113 Ohne diesen Bezug ausdrücklich herzustellen, unterstreicht auch die neuere **höchst-richterliche Rechtsprechung** die zentrale Bedeutung der Wettbewerbsfreiheit für die richtige Handhabung des Lauterkeitsrechtes.²²⁵ Es bedarf aber einer Zuordnung dieser Position zu einem bestimmten, hier also dem neoklassischen Wettbewerbskonzept, um sie in ihrem Aussagegehalt deutlicher zu fassen.
- 114 Der für das neoklassische Konzept der Wettbewerbsfreiheit charakteristische Verzicht auf die „Anmaßung von Wissen“²²⁶ um die Hochkomplexität der Marktprozesse fordert in der lauterkeitsrechtlichen Praxis vor allem, bei Auslegung und Anwendung lauterkeitsrechtlicher Einzelnormen von eher willkürlichen, nicht einmal wohlfahrts-ökonomisch hinreichend hinterlegten **Spekulationen**, etwa unter der Rubrik „Folgererwägungen“, „Nachahmungsgefahr“, „Marktstörung“ oder „Allgemeine Marktbehinderung“, aber etwa auch von „subjektiven Unlauterkeitsmerkmalen“ deutlich Abstand zu halten.²²⁷
- 115 Gerade hierbei hat man sich in Erinnerung zu rufen, dass sich die Marktteilnehmer spontan und autonom auf der Basis einer unendlichen Fülle von Informationen sowie weitestgehend unbekannter und sich zudem dauernd wandelnder Präferenzen in hochkomplexen Parallel- und Austauschprozessen organisieren. Für die dadurch geschaffenen konkreten Verhältnisse gibt es **keine robusten kausalen Erklärungen**, sodass umgekehrt auch ihre Projektion in die Zukunft, eben als Folgererwägungen, haltlos sind, wenn sie über nur „musterhafte“, auf modellreduktiver Grundlage gemachte und damit von der Realität abstrahierende Voraussagen hinausgehen.²²⁸
- 116 Ein wettbewerbsrechtliches Leitbild, das die wirtschaftliche Freiheit derart durchaus als Selbstzweck in den Mittelpunkt seiner Überlegungen stellt,²²⁹ harmonisiert schließlich schon seiner konzeptionellen Natur nach mit einer **verfassungsmäßigen Ordnung Deutschlands**, in der schon durch Artt. 1 und 2 GG Freiheit und Selbstbestimmung der Individuen als Bestandteil und Ausdruck menschlicher Würde ganz allgemein ein herausragender Stellenwert zugemessen wird²³⁰ (näher dazu Rn. 165 ff., 172 f.). Möglicherweise verlangt eine solche wirtschaftsverfassungsrechtliche Umgebung sogar die Übernahme des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit.
- 117 Auf **europäischer Ebene** ergibt sich zumindest bei oberflächlicher Betrachtung kein einheitliches Bild: Einerseits reklamieren Artt. 119 f. AEUV gleich dreimal den Grundsatz einer „offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ und damit in der Sache das neo-

224 R. Schmidt FS Stober 19 („Neoliberalismus als Königsweg“).

225 BGH 25.4.2002 – I ZR 250/00 – BGHZ 150, 343, 347 f. = GRUR 2002, 825, 826 – Elektroarbeiten; BGH 20.11.2003 – I ZR 151/01 – BGHZ 157, 55, 64 f. = GRUR 2004, 602, 604 f. – 20 Minuten Köln.

226 v. Hayek ORDO 26 (1975) 12 ff.

227 Ausführlicher Nachweis derartiger Argumentationen und diese scharf ablehnend, jeweils m.w.N., Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 3 Rn. 260 f., 329 ff., 345 ff.; ders. Ökonomische Analyse S. 74.; s. ferner gleichsinnig (zu Nachahmungsgefahr und „allgemeiner Marktbehinderung“ Schwipps S. 109 f., 155 ff., 190.

228 Eingehend Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 3 Rn. 335 ff.

229 S.a. Fezer JZ 1990, 657, 661. Zur sog. gesellschaftspolitischen Funktion der Wirtschaftsordnung im Allgemeinen und in der auf Wettbewerb gründenden Wirtschaftsordnung im Besonderen: Böhm in Kartelle und Monopole im modernen Recht I (1961) 3 ff.; Cox/Hübener in Cox/Jens/Markert (Hrsg.) I.2.b; Mestmäcker JZ 1964, 441 ff.; ders. AcP 168 (1968) 235 ff.; Möschel Wettbewerbsbeschränkungen Rn. 1; Thieme, passim, insbesondere A 3.4.

230 Fezer/Osterrieth § 4-S1 Rn. 60; Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 1 Rn. 28; Hoppmann Grundlagen S. 9, 17, 25 f.; Lux S. 45; Merz S. 200, 216; Möschel Rechtsordnung S. 13 f.; Schlüter S. 91.

klassische Konzept der Wettbewerbsfreiheit und der selbstreferenziellen Marktprozesse. Andererseits finden sich im europäischen Primärrecht zahlreiche Anknüpfungsmöglichkeiten für ein wohlfahrtsökonomisches Wettbewerbsverständnis, das den Wettbewerb als Instrument zur Erreichung z.B. industrie-, agrar- oder verbraucherpolitischer Ziele einsetzen will bzw. das Wettbewerbsprinzip gänzlich zurückdrängt.²³¹

Diese augenfällige **Zwiespältigkeit**, die historisch-genetisch sicher gewollt ist, um 118 so politische Spielräume auf supranationaler wie nationaler Ebene zu eröffnen, ist konzeptionell unbefriedigend und kann dogmatisch nicht das letzte Wort sein, sondern ist letztlich zugunsten der Wettbewerbsfreiheit zu entscheiden.²³² Art. 120 S. 2 AEUV, der ausdrücklich auf den Effizienzaspekt zu sprechen kommt, liefert kein Gegenargument. Denn dort wird bei genauem Hinsehen doch ganz i.S. neoklassischer Vorstellungen (s. Rn. 98f., 105) der „effiziente Einsatz der Ressourcen“ als Wirkung des freien Wettbewerbs zum Ausdruck gebracht.²³³

Dass nur das Konzept der Wettbewerbsfreiheit als das natürliche ökonomische Äquivalent einer **freiheitlich verfassten Gesellschaftsordnung** zu gelten hat,²³⁴ wird noch auszuführen sein (s. zur deutschen und zur europäischen Wirtschaftsverfassung Rn. 139 ff., 258 ff.).

Auf dem Boden des neoklassischen Konzepts der Wettbewerbsfreiheit gewinnt auch 120 das heute in Abkehr von früher gängigen wirtschaftsmoralischen Positionen²³⁵ trotz Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 lit. h) RL 2005/29/EG²³⁶ völlig zutreffend grundsätzlich nicht mehr in Frage gestellte Postulat eines **wettbewerbsfunktionalen Verständnisses** des Lauterkeitsrechts²³⁷ seine klare wettbewerbskonzeptionelle Bedeutung.²³⁸ Es geht hierbei gerade nicht darum, dem Wettbewerb bestimmte Funktionen i.S. der Wohlfahrtsökonomik zuzuweisen, ihm also konkrete gesamtwirtschaftliche Ziele zuzuordnen.

So aber wird eine „konsequent funktionale Betrachtungsweise“ des Wettbewerbs- 121 rechtes gelegentlich verstanden.²³⁹ Abzustellen sei bei der Auslegung wettbewerbsrechtlicher Normen gerade auf die **positiven (Markt-)Ergebnisse**, die vom Wettbewerb zu erwarten seien, nicht lediglich auf den Wettbewerbsprozess als solchen. Diese Forderung

231 Ausführlich Basedow Wirtschaftsverfassung S. 26 ff.; Harte/Henning/Glöckner (2. Aufl. 2009) Einl. B Rn. 362 ff.; Mestmäcker Wirtschaftsverfassung, passim.

232 Ablehnung einer Effizienzorientierung des Lauterkeitsrechts aufgrund europarechtlicher Einflüsse z.B. auch durch den „more economic approach“ bei Pichler S. 127 ff., 134.

233 „(...) offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, wodurch (Hervorhebung v. Verf.) ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert wird, (...)“.

234 Hoppmann Grundlagen S. 9, 17 ff., 215 ff.; v. Hayek Freiburger Studien S. 108 ff.; s.a. Mestmäcker Verwalteter Wettbewerb S. 88 ff.; Merz S. 200, 216; Möschel Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (1974) 9 ff.; ders. Rechtsordnung S. 13 f.

235 Namentlich zur sog. (älteren) Anstandsformel, die der früher h.M. den normativen Dreh- und Angelpunkt des Lauterkeitsrechts lieferte, Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 3 Rn. 131 ff. m.w.N.; zu dieser auch als „Makeltheorie“ apostrophierten Lehre s.a. Emmerich Unlauterer Wettbewerb § 5 Rn. 2, 12 ff.

236 Dort wird für die Bestimmung der Unlauterkeit auf den Verstoß gegen „anständige Marktgepflogenheiten“ abgestellt.

237 S. für viele z.B. BGH 26.9.2002 – I ZR 293/99 – GRUR 2003, 164, 165 – Altautoverwertung; Drews S. 30, 279; Emmerich Unlauterer Wettbewerb § 5 Rn. 22 f.; Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 3 Rn. 199 ff.; ders. Ökonomische Analyse S. 62 ff.; Lux S. 53 ff.; Pichler S. 88 ff., 102; Piper/Ohly/Sosnitzer § 3 Rn. 3; Schlüter S. 65 ff.; Ullmann GRUR 2003, 817, 820.

238 Zur Bedeutungsvielfalt und dem häufig nicht explizit gemachten Begriffsverständnis eingehend Tyllack S. 264 ff.

239 Baudenbacher ZHR 144 (1980) 145 ff., 170; ders. GRUR 1981, 19; ders. GRUR Int. 1981, 162; ders. Suggestivwerbung S. 134 ff.; s.a. Schlupe GRUR Int. 1973, 446, 452.

wäre freilich nur erfüllbar, wenn jenen Wettbewerbskonzepten gefolgt werden könnte, die den Wettbewerb für instrumentalisierbar halten.²⁴⁰

- 122 Geradezu verfehlt aber wäre es, eine „funktionale Betrachtungsweise“ des Lauterkeitsrechts als argumentatives Vehikel gebrauchen zu wollen, um den Marktakteuren im Produktions- oder Distributionsprozess bestimmte Aufgaben übertragen zu wollen, etwa „Funktionen“ als „Zulieferanten“, als „Groß- bzw. Einzelhändler“ im tradierten Sinn, um dann davon abweichende, innovative Organisationsmodelle in Wertschöpfungsketten als „funktionswidrig“ zu diskreditieren und lauterkeitsrechtlich zu sanktionieren.²⁴¹ Denn diese Funktionen sind lediglich die Resultanten der frei beweglichen Marktkräfte im sog. **Stufenwettbewerb** und Ausdruck autonomer Koordination der Marktteilnehmer in einer bestimmten historischen Situation.²⁴² Diese Funktionen sind deshalb ebenso wandelbar wie die Zeitläufe selber.²⁴³

- 123 Mit der Idee der Wettbewerbsfreiheit ist der Funktionsbegriff nur vereinbar, soweit er auf den Marktmechanismus als solchen gemünzt ist, also auf den **freien, unverfälschten Wettbewerbsprozess**, auf sein „Funktionieren“.²⁴⁴ Konkrete Marktergebnisse erfüllen dabei *eo ipso* abstrakte Wettbewerbsfunktionen wie z.B. nachfragedeterminierte Angebotsstruktur, optimale Faktorallokation, produktkapazitative Anpassungsflexibilität sowie Fortschrittsstimulation, sofern nur diese Marktergebnisse unter wettbewerblichen Funktionsbedingungen zustande gekommen sind, also in Ausübung von Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer (s. bereits Rn. 98f.).

III. Wettbewerbsfunktionales Verständnis und Ethik des Wettbewerbs

- 124 Das gebotene wettbewerbsfunktionale Verständnis des Lauterkeitsrechts, die schon durch die rein markt- und wettbewerbsbezogene Zweckbestimmung des Lauterkeitsrechts in § 1 eingeleitete und dann in § 3 Abs. 1 auch normtextlich erfolgte Abkehr von „guten Sitten“ und dazu hermeneutisch eingeführtem „Anstand“ als zentralen Maßstäben zulässigen Marktverhaltens (vgl. Rn. 17),²⁴⁵ heißt nicht, dass nunmehr die **wirtschaftsethische**

240 Deutlich erkennbar bei *Baudenbacher* ZHR 144 (1980), 145, 154; *ders.* Suggestivwerbung, S. 150. Unklar ist der wettbewerbstheoretische Hintergrund hingegen bei *Rebe* S. 144. Zur Kritik s.a. *Rehbinder* ZHR 143 (1979) 349.

241 So aber für seinerzeit neuartige Vertriebsmethoden BGH BGH 17.12.1976 GRUR 1977, 619, 621 – Eintrittsgeld; BGH 17.11.1972 GRUR 1973, 475 f. – Preisausschreiben; BGH 3.12.1976 GRUR 1977, 257 – Schaufensteraktion. Normative Marktstufen-Funktionen unterstellt auch OLG Saarbrücken 6.4.1977 WRP 1977, 364, 366 – Globus II – Schaufensteraktion. Normative Marktstufen-Funktionen unterstellt auch OLG Saarbrücken WRP 1977, 364, 366 – Globus II. Ähnlich wohl *Ulmer* WuW 1978, 330, 333 ff.; *Franzen/Giessen* BB 1978, 1632; *Hahn* Behinderungsmissbräuche marktbeherrschender Unternehmen (1984) 172; *Kaligin* WRP 1981, 129 f. Dagegen zutreffend *Loewenheim* GRUR 1976, 224, 226; *Tyllack* S. 273; grundsätzlicher *Schünemann* Wettbewerbsrecht S. 129; vgl. weiterhin *Merz* S. 148 m.w.N.

242 Eingehend *Schünemann* Vorauf. § 1 C Rn. 16 ff.

243 *Barth/Möhlenbruch* DB 1983, 593, 596; *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl. 2009) § 3 Rn. 259; *Knöpfle* Unlauterkeit S. 86; *Loewenheim* GRUR 1976, 224, 226; *Meier* WRP 1982, 135 f.; *Merz* S. 148; *Sosnitz* S. 105 ff.

244 Zu diesem Funktionsverständnis vgl. namentlich *Hoppmann* Wirtschaftsordnung S. 274 sowie schon *Burmman* WRP 1967, 240, 243 ff.; 1968, 258, 261 f.; 1972, 511, 513 ff.; 1974, 596, 599; s.a. *Schricker* GRUR 1980, 194 ff., insbesondere 203; ferner die Wendungen in der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf der 4. GWB-Novelle WuW 1980, 337, 342.

245 Zum wettbewerbsfunktionalen Verständnis des Lauterkeitsrechts s. bereits grundlegend *Schünemann* Vorauf. Einl. Rn. D 37 ff.; *Harte/Henning/ders.* (2. Aufl. 2009) § 3 Rn. 124, 199 ff. mit umfassenden Nachw.

Dimension des Marktes und der in ihm wirkenden Wettbewerbsprozesse ausgeblendet wäre.²⁴⁶

Für die systemtheoretisch ausgerichteten Wettbewerbskonzeptionen ist ihr wirtschaftsethischer Gehalt durchweg offensichtlich, da sie sämtlich um die Gewährleistung von **Freiheit** kreisen, also um eine Fundamentalkategorie ethischer Diskurse, und zwar bezogen auf die individuelle Freiheit jedes einzelnen Marktteilnehmers²⁴⁷ (vgl. dazu bereits Rn. 59, 64, 85ff., 92ff., 98ff.). Aber auch die wohlfahrtsökonomisch geprägten Wettbewerbskonzeptionen gründen auf wirtschaftsethischen Überzeugungen,²⁴⁸ wenngleich diese kaum jemals expliziert werden. Der Fokus liegt hier allerdings klar auf dem kollektiven Wohlergehen der Wirtschaftsgesellschaft als Ganzer, während den in ihr ökonomisch agierenden Individuen kaum Eigenwert beigemessen wird.

Speziell für die hier zu Eigen gemachte systemtheoretisch aufgestellte neoklassische Konzeption der Wettbewerbsfreiheit hat allerdings eine **Verschiebung des ethischen Fokus** weg von der moralischen Bewertung des einzelnen geschäftlich Handelnden und seiner Motive hin zur freiheitlich-wettbewerbsgesteuerten Marktwirtschaft und der in ihr beschlossenen Prinzipien und Institutionen stattgefunden:

Die auf individueller Verantwortungs- und Freiheitsethik gründenden wettbewerblich-marktlichen Mechanismen, etwa eine fehlende Rechtsmacht,²⁴⁹ anderen den eigenen Willen aufzwingen zu können und deshalb Verträge schließen zu müssen, konstituieren in ihrer Gesamtheit die prozedurale „**Moral der offenen Märkte**“.²⁵⁰ Überhaupt erst diese Blickwendung nunmehr auf das System und seine Moralität ermöglicht unter den Bedingungen anonymer Großgesellschaften eine Sozialethik, die diesen Namen wirklich verdient und die nicht lediglich eine aus personalen Werten gespeiste, auf die gesellschaftliche Ebene gehievte, kaschierte Individualethik darstellt.²⁵¹

Eine solche „Sozialethik“ neigt dazu, im gesellschaftlichen Leben und damit auch auf Märkten an den einzelnen Akteur gar rechtlich unterlegte Forderungen zu stellen, die – wie etwa „Solidarität“²⁵² – ihrer Herkunft nach tendenziell nur in personalen Strukturen (familiäre Kleingruppe, schon erheblich abgeschwächt in Sippe und Stamm) intrinsisch erfüllt werden.²⁵³ Ansonsten aber bedürfen sie zu ihrer Durchsetzung nur allzu leicht eines moralfundamentalistischen, totalitären, freiheits- und damit letztendlich menschenfeindlichen Regimes, sollen sie nicht zu **fruchtlos-rituellen Appellen** verkommen.²⁵⁴

²⁴⁶ Grundsätzlich dazu (sehr kritisch zum Wettbewerb als ethisch begründbare Kategorie) *Thielemann* z.B. S. 12ff. und passim, insbesondere S. 277 ff. S. demgegenüber *Grawert* *Der Staat* 50 (2011) 227, 228 ff. mit diversen Ansätzen zur Legitimität der Wettbewerbswirtschaft. Eingehende speziell am Lauterkeitsrecht orientierte Diskussion zum Verhältnis von Ethik und Wirtschaftsrecht bei *Peifer* S. 127 ff.

²⁴⁷ S. hier nur *Hauer*, passim, insbesondere S. 104 ff., 138 ff.

²⁴⁸ Dazu eingehend *Binder* S. 13 ff., 73 ff.

²⁴⁹ Zur maßgeblichen, bewusst lediglich rechtsformalen Freiheit und Gleichheit der (Markt-)Subjekte als „ethische Konstituenten prozeduraler Gerechtigkeit“ s. näher *Schünemann* *ETHICA* 1997, 115, 125 ff.; s.a. *Zöllner* *AcP* 196 (1996) 1 ff.; a.A. insoweit *Drexl* S. 98, der meint, wer die „formale Privatautonomie mit der Richtigkeit des Vereinbarten“ gleichsetze, vertrete „tendenziell auch einen ungezügelten Wirtschaftsliberalismus.“

²⁵⁰ *Giersch* *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (FAZ) v. 16.3.1991, S. 13; gleichsinnig *Hoppmann* *ORDO* 41 (1990) 3 ff.; *ders.* *FAZ* v. 6.11.1993, S. 13. Zum Folgenden s. insgesamt die teilweise substantiiert unverändert übernommenen Ausführungen bei *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl. 2009) § 3 Rn. 267 ff.

²⁵¹ So deutlich erkennbar bei *Hengsbach* S. 23 ff.

²⁵² Dazu *Volkman* *Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung* (1998). Vgl. auch Titelüberschrift vor Artt. 27 ff. *EuGrCh*.

²⁵³ Hierzu rechnen neben der immer wieder eingeforderten (wirtschaftlichen) Solidarität, gar Opferbereitschaft, auch die Gemeinwohlorientierung, alles geistige Kinder des christlichen Postulats der Nächstenliebe. Näher s. *Lachmann* *Gedächtnisschrift Helm* S. 532.

²⁵⁴ S. *Homann* S. 9 ff., 15; *Lachmann* *Gedächtnisschrift Helm* S. 532 f.

- 129 So ist es der unbezweifelbare Vorzug freiheitlich-wettbewerbsgesteuerter Märkte, dass sie keinen „neuen Menschen“ erfordern, sondern auch unter der gerade in anonymen Großgesellschaften sehr realistischen Annahme **individuellen Eigennutzes** der Marktakteure funktionieren können, diese Triebfeder aber keineswegs voraussetzen.²⁵⁵ Auch wer dem Bettler altruistisch marktleistungsfreies Einkommen verschafft (oder seine Interessen mit denen anderer auf dem Boden des Gesellschaftsrechts gleichordnet, statt sie in antagonistischen sozialen Handlungsformen zu verfolgen), darf dies tun und ist dabei in der freiheitlich-wettbewerbsgesteuerten Marktwirtschaft systemkonform fest verankert.
- 130 Eine mit wettbewerbsrechtlichen, speziell auch lauterkeitsrechtlichen Mitteln erzwungene, der freiheitlich-wettbewerblchen Ordnung des Marktes gegenüber **transzendente Moral**, der Versuch also, in der einzelnen geschäftlichen Handlung den unmittelbaren Ausdruck des wirtschaftsethisch Gesollten herbeiführen zu wollen, ist mithin in der modernen Realität schon im Ansatz verfehlt und dementsprechend kontraproduktiv.²⁵⁶
- 131 Die unterschwellig weit verbreitete, letztlich auf mittelalterlich-christlichen Vorstellungen beruhende, im Ergebnis fatalerweise aber auch post-marxistisch motivierte Haltung, eine im Kern brutale, von „sozialer Kälte“ geprägte freiheitlich-wettbewerbsgesteuerte Marktwirtschaft²⁵⁷ müsse zur Vermeidung von Auswüchsen durch ethisch fundierte Interventionen nicht zuletzt des Wettbewerbsrechtes erst „gezügelt“ werden, um ethisch tragbar zu sein,²⁵⁸ beruht auf einer grotesken Verkennung des gerade im neoklassischen wie schon im klassischen Konzept der Wettbewerbsfreiheit genuin beschlossenen **Ordnungs- und Institutionsethik**.²⁵⁹
- 132 Bereits *Adam Smith* hatte sein noch heute wegweisendes Credo für eine auf Freiheit und Wettbewerb gründende Marktwirtschaft unter der Voraussetzung ihrer institutionellen Gewährleistung nicht nur ökonomisch, sondern als veritabler Moralphilosoph auch ethisch begründet²⁶⁰ (s. bereits Rn. 58f.). Seine historische Leistung jenseits der theoretischen Grundlegung einer freiheitlich-wettbewerblch gesteuerten Marktwirtschaft ist die von *Smith* maßgeblich initiierte „**paradigmatische Wende**“²⁶¹ in der Sozialethik am Beispiel der Wirtschaftsethik eben als Ordnungs- und Institutionenethik:
- 133 Selbstverantwortung, Respekt vor den Bedürfnissen Anderer in nachfragegesteuerter Angebotspolitik, Einhegung der Selbstsucht durch die Notwendigkeit vertraglichen Handelns bei Rechtsgleichheit aller Marktteilnehmer, Förderung menschlicher Kreativität sowie nachhaltiger und schonender, weil effizienter Ressourceneinsatz, um nur einige markante Stichworte für moralische Werte zu liefern,²⁶² sind allesamt in freiheitlich-wettbewerbsgesteuerter Marktwirtschaft bestens aufgehoben, aufgehoben ganz in dialektischem Sinne, nämlich ihrer **Systemimmanenz**: Wer in Konformität mit den sys-

255 Hackmann S. 261; Lachmann Ethik S. 22; s.a. Schünemann ETHICA 1997, 115, 130 f.

256 Dazu eingehend anhand eines spieltheoretisch notorischen Gefangenen-Dilemmas: Homann/Blome-Drees S. 35 ff. m.w.N.; Lachmann Gedächtnisschrift Helm 531 ff.

257 Vgl. nur *di Fabio*, zitiert nach Meessen JZ 2009, 697: Wettbewerb als „Kältestrom der Gesellschaft“.

258 Vgl. die Nachw. bei Meessen JZ 2009, 697.

259 So in fast wörtlicher Übernahme Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 3 Rn. 266 Fn. 469 unter Bezugnahme auf Lachmann Gedächtnisschrift Helm 531 m.w.N. Der Islam dürfte sich in seiner grundsätzlich ablehnenden Haltung gegenüber einer Marktwirtschaft in freiheitlichem Wettbewerb mit dem Christentum einig sein.

260 Hauer S. 104 ff.; Lachmann Gedächtnisschrift Helm 530.

261 Homann/Blome-Drees S. 48; s.a. K. I. Horn S. 44 ff.

262 Schünemann ETHICA 1997, 115, 130 f.; s.a. K. I. Horn S. 111 ff.; Lachmann Ethik S. 15 ff. mit eindrucksvollem Streifzug durch die Vielfalt der Aspekte, die in der Ordnungs- und Institutionenethik der freiheitlich-wettbewerbsgesteuerten Marktwirtschaft beschlossen sind. Zweifelnd Meessen JZ 2009, 697, 706.

temischen Konstituanten einer freiheitlich-wettbewerblichen Marktwirtschaft geschäftlich handelt, entzieht einer gesonderten ethischen, insbesondere gesinnungsethischen Bewertung seiner jeweiligen Einzelaktivität den Boden.²⁶³

Auch für eine spezifische **Unternehmens- oder Geschäftsethik** ist in einer so auf das System Marktwirtschaft und die Wettbewerbsfreiheit als ihre zentrale Institution bezogene Wirtschaftsethik kaum noch Raum. Denn mehr als die Bedeutung von sog. *Compliance* für das konkret-einzelaktive Handeln der Wirtschaftssubjekte i.S. deren Systemkonformität zu unterstreichen, können solche unternehmensethischen Bemühungen legitimerweise nicht darstellen.²⁶⁴

Die einer freiheitlich-wettbewerbsgesteuerten Marktwirtschaft immanente Ordnungs- und Institutionsethik entzieht mithin einer „ethischen Rückbesinnung des Ökonomismus“, die ihren zeitgemäßen Ausdruck im Konzept der sog. **Corporate Social Responsibility** (CSR)²⁶⁵ finden soll, schlicht den Boden.²⁶⁶ An einschlägigen Kriterienkatalogen für CSR besteht kein Mangel: „*Global Compact*“ der Vereinten Nationen, OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen, „*Social Accountability 8000*“ und vieles mehr sollen einem diagnostizierten „ständigen Verlust an Verantwortungsethik“ entgegenwirken.²⁶⁷

Dieser Ansatz bedeutet indes keinen Fortschritt, sondern einen **wirtschaftsethischen Atavismus**, weil er hinter die genannte „paradigmatische Wende“ in der Entwicklung der Sozialethik (s. Rn. 132) zurückführt. Bestrebungen, die genannten Kriterienkataloge zur Basis eines „sozialethischen Leistungswettbewerbes“ zu machen und die dort zusammengeführten Standards „innerhalb des Lauterkeitsrechts als rechtserheblich anzuerkennen“,²⁶⁸ können nicht als zukunftsweisend gelten.

Zu Recht ist vielmehr darauf aufmerksam gemacht worden,²⁶⁹ dass auf der Basis des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit die Marktwirtschaft ein ihr dann immanentes evolutiones Potential nicht nur in der ökonomischen, sondern auch in der **ökologischen Dimension** besitzt. Sie übernimmt dadurch gleichsam systemische Verantwortung für die Gesellschaft als Ganze gerade i.S. der Nachhaltigkeit des wirtschaftlichen Handelns ihrer Akteure, die ihrerseits individuell gar nicht zu einer Entscheidung darüber in der Lage sind, was nun für alle das Beste ist. Die im Freiheitsprinzip verankerte marktwirtschaftliche Verantwortungsethik steht damit in gedanklicher Nähe zum kritischen Rationalismus *Karl Poppers*.²⁷⁰

Diese Dialektik, die Aufhebung des geschäftlichen Einzelhandelns als Objekt der gesonderten ethischen wie (lauterkeits-)rechtlichen Bewertung über deren Einpassung in die systemkonstituierenden Institutionen einer freiheitlich-wettbewerblichen Marktwirt-

263 Als natürlich „hinkender“ Vergleich, als Verständnishilfe, bietet sich vielleicht das Spiel „Mensch, ärgere dich nicht!“ an: Sein Regelwerk kann als gerecht gelten: Jeder Mitspieler verfügt über die gleiche Anzahl Figuren, Würfelmöglichkeiten etc. Wer sich nun an die Spielregeln hält, verhält sich völlig korrekt, ja auch gerecht und damit moralisch richtig, wenn er regelkonform die Figur eines Mitspielers, die als Erste das rettende Ziel zu erreichen scheint, kurz davor herauswirft, obwohl schon fast alle eigenen Figuren im Ziel sind.

264 Ausführlich ganz *a.A.* Henning-Bodewig WRP 2009/10, 1094 ff.

265 Dazu Peifer S. 129 f.

266 *A.A.* Fezer/Fezer Einl. E Rn. 235 f.; ähnlich wohl Mittelstraß Wirtschaft und Ethos, FAZ v. 9.10.2009, S. 12.

267 Fezer/Fezer Einl. E Rn. 236, 238.

268 Fezer/Fezer Einl. E Rn. 239.

269 Und zwar gerade von Fezer/Fezer Einl. E Rn. 83 ff.; offenbar zustimmend Götting/Nordemann Einl. Rn. 41.

270 Fezer/Fezer Einl. E Rn. 85 m.w.N. zum Werk *Poppers*, z.B. Logik der Forschung, 10. Aufl. (1994); ders. Die beiden Grundprobleme der Erkenntnistheorie, 2. Aufl. (1994); ders. Objektive Erkenntnis – Ein evolutionärer Entwurf, 2. Aufl. (1994).

schaft hinaus findet ihre Parallele in der immer wieder gestellten Frage nach dem Verhältnis von lauterkeitsrechtlichem Individualschutz und Schutz des Wettbewerbs als Institution: Wenn sich der Wettbewerb funktionstreu im vorstehend skizzierten Sinne, also unter Ausgrenzung jedweder politisch motivierter Anliegen allein in der ungestörten Inanspruchnahme von Entscheidungs- und Handlungsfreiheit durch die jeweils konkret agierenden Marktteilnehmer entfaltet, dann decken sich die Interessen der individuellen Marktteilnehmer und das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb. Es besteht diesbezüglich eine **Einheit von Individual- und Institutionschutz**, beide sind mithin nur „zwei Seiten ein und derselben Medaille“.²⁷¹

IV. Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsverfassung

1. Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes

- 139 **a) Terminologie.** Der Begriff der Wirtschaftsverfassung ist vielschichtig.²⁷² In grober Unterteilung lassen sich jedenfalls sozialhistorisch-deskriptive, ökonomische und rechtliche **Bedeutungsvarianten** unterscheiden, je nachdem, ob die Zustandsbeschreibung der Volkswirtschaft (z.B. prosperierend), die Angabe des in ihr wirksamen ökonomischen Gesamtzusammenhangs der Güter und Dienstleistungen (z.B. nach dem Ordnungsprinzip Wettbewerb) oder die rechtlich-normativen Strukturen des Wirtschaftslebens bezeichnet werden sollen. Auf dieser normativen Ebene ist als Wirtschaftsverfassung im weiteren oder materiellen Sinne die Summe sowohl der verfassungsrechtlichen als auch sonstiger grundlegender Bestimmungen über das Verhältnis von Staat und Wirtschaft und der inneren Ordnung der Wirtschaft zu verstehen.
- 140 Ein **engerer, formeller Begriffsgebrauch** von Wirtschaftsverfassung hingegen beschränkt sich auf die verfassungsrechtlichen Maßgaben, schließt also Normkomplexe wie namentlich GWB und UWG sowie StabG, GewO etc. aus.
- 141 Der Frage nach der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes²⁷³ liegt mithin und selbstverständlich ein rechtlicher und dabei enger Begriff der Wirtschaftsverfassung zugrunde. Dieser formelle Begriff der Wirtschaftsverfassung bzw. des Wirtschaftsverfassungsrechtes ist aber auch ansonsten beizubehalten, um der Versuchung zu entgehen, die **Dignität des Verfassungsrechtes** für wirtschaftliche Ordnungsziele und Ordnungsmittel in Anspruch zu nehmen, denen gar kein Verfassungsrang zukommt.²⁷⁴
- 142 Demgegenüber fehlt dem Begriff der **Wirtschaftsordnung** von vornherein eine ähnliche Brisanz. Terminologische Sensibilitäten sind deshalb hier weniger vonnöten. Normativ kann unter Wirtschaftsordnung sonach dasselbe verstanden werden wie unter dem materiellen Rechtsbegriff der Wirtschaftsverfassung, also die Gesamtheit der für das

271 Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 1 Rn. 112 unter Hinweis z.B. auf Merz S. 206; Kefler WRP 2005, 264, 266; ebenso Köhler/Bornkamm § 1 Rn. 48 (allerdings gesteht er dem Institutionsschutz eigenständige Ergänzungs- und Begrenzungsfunktion zu); Lux S. 295 f.; Pichler S. 153; Schwipps S. 94 ff.; Ullmann GRUR 2003, 817, 821; Wrage S. 53; a.A. fundamentalkritisch zum „Wettbewerb als Gerechtigkeitskonzept“ (insbesondere in den Denkkategorien der Neoklassik, Thielemann S. 277 ff., 383 ff., verbunden mit der ökonomisch wie ethisch begründeten Forderung der „Wettbewerbsbegrenzung“ (S. 435 ff.).

272 Vgl. z.B. Badura JuS 1976, 205; Basedow S. 6 ff.; Bruhn S. 26; Drexl S. 218 ff.; Fikentscher Bd. II § 20 I 2; Leisner FS R. Schmidt 363 ff.; Mühl DÖV 1976, 224, 225 f.; Rebe S. 28 ff.; Rinck/Schwark Rn. 49; Rittner/Dreher § 2 Rn. 1 ff., 9 ff.; Rupp HdWW S. 141; R. Schmidt Öffentliches Wirtschaftsrecht S. 68 ff.; ders. Wirtschaftspolitik S. 89 ff.; Schwarze S. 27 f.; Stober Allg. Wirtschaftsverwaltungsrecht § 2 III 1.

273 Die Diskussion verdichtet referierend und zugleich gehaltvoll bereichernd Müller-Graff S. 246 ff.

274 Zacher FS Böhm 63, 78; ihm folgend R. Schmidt Wirtschaftspolitik S. 93; ebenso Rinck/Schwark Rn. 60.

Wirtschaftsleben basalen Bestimmungen und Institutionen ohne Rücksicht auf die Hierarchie der Rechtsquellen.²⁷⁵ Empirisch-deskriptiv gewendet nimmt „Wirtschaftsordnung“ hingegen auf die „tatsächlichen Prägungen“ des Wirtschaftslebens Bezug.²⁷⁶

b) „Wirtschaftspolitische Neutralität“ des GG? Im Gegensatz etwa zur Weimarer Reichsverfassung (dort Artt. 151–165) und den Verfassungen einiger Bundesländer (Brandenburg, Bayern, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Thüringen) enthält das GG keinen eigenen, der Wirtschaftsordnung gewidmeten Abschnitt. Der **Verfassungswortlaut** enthält sich sogar der Fixierung eines bestimmten ökonomischen Systems in allgemeiner Form. Wo das GG überhaupt auf den ökonomischen Komplex ausdrücklich zu sprechen kommt, handelt es sich um Gesetzgebungs- bzw. Verwaltungskompetenzen sowie um haushaltswirtschaftliche Normen (Artt. 74 Nr. 11, 15, 16, 17; 91a Abs. 1 Nr. 2; 104a Abs. 4; 109 Abs. 2; 115 GG). Selbst wenn man in diesen Vorschriften auch einen materialen Inhalt erkennen wollte, ließen sich daraus keine Aussagen über eine Wirtschaftsverfassung gewinnen.

Möglicherweise können jedoch aus den Grundrechten heraus Feststellungen über eine grundgesetzlich normierte Wirtschaftsordnung, über die geltende Wirtschaftsverfassung, getroffen werden. Im Katalog der Artt. 1ff. GG finden sich freilich keine expliziten und spezifischen Angaben zur **wirtschaftlichen Valenz der Grundrechte**. Daraus wurde vereinzelt gefolgert, dass eine Grundrechtswirksamkeit für die wirtschaftliche Betätigung von vornherein auszuschließen sei.²⁷⁷

Diese für eine Wirtschaftsverfassung entscheidend virulente Frage wird indes seit Langem allgemein und zutreffend verneint.²⁷⁸ Denn der **Stellenwert des ökonomischen Sektors** im menschlichen Dasein und damit auch dessen rechtliche Relevanz stehen außer Zweifel. Von daher können Grundrechte also durchaus Schlüsse auf Existenz und Inhalt einer Wirtschaftsverfassung tragen.

Ihre diesbezügliche Ergiebigkeit wird auch nicht durch ihre Rechtsnatur beeinträchtigt. Denn die Grundrechte erschöpfen sich gerade nicht in der Gewährung diverser subjektiv-öffentlicher (Abwehr-)Rechte gegenüber dem Staat.²⁷⁹ Die Grundrechte besitzen vielmehr auch einen objektiv-rechtlichen Gehalt und konstituieren in sog. mittelbarer Drittwirkung derart eine **objektive Wertordnung**,²⁸⁰ die sich in ihrer Anwendung auf ökonomische Sachverhalte als die dogmatische Substanz einer grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung begreifen lässt.

Den objektiven Gehalt wirtschaftsrelevanter Grundrechte dabei jeweils nur isoliert, quasi als **Wertinseln**, zu erfassen, reicht freilich nicht aus. Vielmehr ist darüber hinaus

275 Bruhn S. 27; s.a. Rebe S. 33; Rinck/Schwark Rn. 50.

276 R. Schmidt Wirtschaftspolitik S. 92 unter Hinweis auf Lütge; ders. Öffentliches Wirtschaftsrecht S. 71; Karsten Schmollers Jahrbuch 88 (1968) 129; ebenfalls in diesem Sinne z.B. BVerfG 20.7.1954 BVerfGE 4, 7 – Investitionshilfe; s.a. Bohling S. 1; Mühl DÖV 1967, 224, 225; Rebe S. 32ff.; sozialinstitutionell versteht Lampert S. 25f. den Begriff der Wirtschaftsordnung.

277 Krüger DVBl. 1951, 361; ders. BB 1953, 565.

278 Ballerstedt in Bettermann/Nipperdey/Scheuner Die Grundrechte (1966) III/1 S. 69 (für Art. 2 Abs. 1 GG); Fikentscher Bd. II § 20 V 3 b; Rinck/Schwark Rn. 62; Rupp HdWW S. 144; Stober Allg. Wirtschaftsverwaltungsrecht § 17 II, III.

279 So aber der Einwand von Thiele Einführung in das Wirtschaftsverfassungsrecht (1970) 101.

280 Grundlegend BVerfG 15.1.1958 BVerfGE 7, 198, 204f.; ferner z.B. BVerfG 5.8.1966 BVerfGE 20, 162, 175f.; BVerfG 29.5.1973 BVerfGE 35, 79, 114f.; BVerfG 1.3.1979 BVerfGE 50, 290, 337; BVerfG 16.6.1981 BVerfGE 57, 295, 319f.; BVerfG 14.2.1973 BVerfGE 34, 269; s.a. – teilweise kritisch – Denninger JZ 1975, 545; Goerlich insbesondere S. 134ff., 189; Isensee NJW 1977, 545; Jarass AöR 110 (1985) 363, 369ff.; Rupp AöR 101 (1976), 161, 168ff.; ders. HdWW S. 144; im wirtschaftsverfassungsrechtlichen Kontext s. vor allem auch R. Schmidt Öffentliches Wirtschaftsrecht S. 101ff.; ferner Rupp Grundgesetz S. 11f.

auch hier im Wege systematischer, „kombinatorischer“ Interpretation²⁸¹ der Inhalt dieser einzelnen Grundrechte zu einem Ganzen zusammenzuführen.²⁸² Nur dergestalt kann es eigentlich überhaupt zu einer diesen Namen verdienenden Ordnung des Wertgehalts über eine bloße Summation hinaus kommen.

- 148 Die einzelnen (Wirtschafts-)Grundrechte sind mithin zwar der unverzichtbare Ausgangspunkt bei der Beantwortung der Frage, ob, und wenn ja, welche normative Wirtschaftsordnung, also welche Wirtschaftsverfassung, gilt. Die Wirtschaftsverfassung als ganze, gedacht als **systematische Einheit vernetzter Elemente**, wird deshalb aber noch nicht zum „Phantom“.²⁸³
- 149 Ein objektiv-rechtliches Grundrechtsverständnis, das die Grundrechte (auch) als objektive Wertordnung begreift, kommt der vereinzelt vorgenommenen, abzulehnenden Annahme einer direkten „**Drittwirkung**“ der Grundrechte i.S. einer unmittelbaren Beeinflussung der Privatrechtssphäre²⁸⁴ zwar entgegen, erzwingt sie aber nicht.²⁸⁵
- 150 Im Übrigen ist die Drittwirkungsproblematik in vorliegendem Zusammenhang **irrelevant**.²⁸⁶ Denn Wirtschaftspolitik, umfassend verstanden als normative Beeinflussung des Wirtschaftsgeschehens, wird von „Gesetzgebung und vollziehender Gewalt“ getragen, von eben denjenigen Kräften, die neben der Judikative als Grundrechtsadressaten ohnehin ganz explizit in Art. 1 Abs. 3 GG genannt sind. Das Drittwirkungsproblem würde sich nur dann stellen, wenn man die Frage der Wirtschaftsverfassung auf mehr beziehen wollte als auf die Bindung der Wirtschaftspolitik (unter Einschluss des Wirtschaftsrechtes) an die Verfassung. Dies aber würde die dogmatische Leistungsfähigkeit des Begriffs überstrapazieren.²⁸⁷
- 151 Die außerordentliche Zurückhaltung des Verfassungstextes zur Frage der Wirtschaftsordnung hat zu der These geführt, das Grundgesetz treffe insoweit auch in der Sache keine Entscheidung, sei „**wirtschaftspolitisch neutral**“.²⁸⁸ In ihrer schärfsten Ausprägung postuliert man dabei die Verfassungswidrigkeit jeder Wirtschaftspolitik, die sich auf ein bestimmtes wirtschaftspolitisches Konzept festlegt.²⁸⁹

281 Mühl DÖV 1967, 224, 226; R. Schmidt Wirtschaftspolitik S. 132 (beide unter Bezugnahme auf Scheuner).

282 BVerfG 23.10.1951 BVerfGE 1, 14, 32; BVerfG 6.12.1972 BVerfGE 34, 165, 183; BVerfG 22.5.1975 BVerfGE 39, 334, 368; BVerfG 1.3.1979 BVerfGE 50, 290, 336; Kröger Grundrechtstheorie als Verfassungsproblem (1978) 20 ff.; Papier VVDStRL 35, 71.

283 So aber R. Schmidt Öffentliches Wirtschaftsrecht S. 77, der sich dabei auf BVerfG 1.3.1979 BVerfGE 50, 290, 336 ff. stützen zu können glaubt.

284 Nipperdey DVBl. 1958, 445 ff.

285 Deutlich schon in BVerfG 15.1.1958 BVerfGE 7, 198, 204 f.; aus neuerer Zeit vgl. z.B. BVerfG 23.4.1986 BVerfGE 73, 261, 269. Gegen eine derartige Drittwirkung der Grundrechte die h.M. seit Langem auch im Schrifttum, z.B. Canaris AcP 184 (1984) 201 und 185 (1985) 1, 9 ff.; ders. JuS 1989, 161; R. Schmidt Öffentliches Wirtschaftsrecht S. 103 f.; Starck JuS 1981, 237; a.A. Nipperdey Grundrechte S. 12 ff.; Schwabe Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte (1971) passim; ders. AcP 185 (1985) 1 ff.; zurückhaltend Fikentscher Bd. II § 20 V 4 f.

286 Ebenso Rupp Grundgesetz S. 11 f.; s.a. Ehmke S. 78 ff.; R. Schmidt Wirtschaftspolitik S. 245 ff.; mit rechtssoziologischem Akzent Herzog FS Hirsch 63, 67 f.

287 S.a. Rinck/Schwark Rn. 67; Rupp Grundgesetz S. 9.

288 Das Schlagwort von der „wirtschaftspolitischen Neutralität“ des GG geht auf das sog. Investitionshilfeurteil des BVerfG v. 20.7.1954 zurück (BVerfGE 4, 7, 17). S. ferner das sog. Mitbestimmungsurteil des BVerfG v. 1.3.1979 BVerfGE 50, 290, 337. Zur Dogmengeschichte und zum Meinungsstand s. Schünemann FS Stober 147, 149 ff.

289 Krüger DVBl. 1951, 361; ders. BB 1953, 565; ders. Allgemeine Staatslehre (1966) 578 ff.; s.a. Hamann Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung (1953) 31 f. Ferner Thiele Einführung in das Wirtschaftsverfassungsrecht (1970) 92 f. m.w.N.

Dieses **extreme Verständnis** von wirtschaftspolitischer Neutralität des Grundgesetzes hat nicht einmal die interpretativ ohnehin wenig tragfähige Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes für sich, auf die sie – neben einer noch vom Weimarer Verfassungsdenken gefärbten Exegetik des Demokratieprinzips²⁹⁰ (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG) und der Kann-Bestimmung über die Sozialisierung (Art. 15 GG) – rekurriert. Denn der historische Verfassungsgeber beabsichtigte keineswegs die „Nicht-Entscheidung als Verfassungszustand auf dem Gebiet der Wirtschaft“²⁹¹ als prinzipiell und dauerhaft so gewollte Distanz gegenüber wirtschaftspolitischen Systemsentscheidungen, sondern war nur um einen möglichst breiten Verfassungskonsens bemüht, wobei Optionen für später zu implementierende, sehr divergent konzipierte Wirtschaftsordnungen immer erkennbar im Raum standen.²⁹²

Diese extreme Deutung einer wirtschaftspolitischen Neutralität der Verfassung würde im Übrigen den einfachen Gesetzgeber sowie Regierung und Verwaltung schon daran hindern, dem Sozialstaatsprinzip (Artt. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) hinreichend Rechnung zu tragen, weil **Sozialpolitik** ohne Einsatz eines effektiven, d.h. gerade auch wirtschaftstheoretisch konsistent fundierten wirtschaftspolitischen Instrumentariums schlechterdings nicht vorstellbar ist. Auch dem objektiv-rechtlichen Wertegehalt der Grundrechte könnte derart nicht Rechnung getragen werden, es sei denn, man wollte den Grundrechten ihrerseits eine Bedeutung für das Wirtschaftsleben absprechen.²⁹³

Die ständige verfassungsgerichtliche Rechtsprechung²⁹⁴ sowie weite Teile der Literatur²⁹⁵ sind zwar ebenfalls der Auffassung, das Grundgesetz sei „wirtschaftspolitisch neutral“, verstehen diese Neutralität aber als einen weiten wirtschaftspolitischen **Gestaltungsspielraum** in den durch die Verfassung, insbesondere durch die Grundrechte gezogenen Grenzen. Innerhalb dieser Grenzen ließen sich, so heißt es, die verschiedenartigsten Wirtschaftsordnungen instituieren, keinesfalls nur das System der sozialen Marktwirtschaft, ja nicht einmal notwendig eine wettbewerblich-marktwirtschaftliche Ordnung. Deshalb bestünden auch gegenüber wirtschaftslenkenden Maßnahmen nicht marktkonformer Art keine Bedenken. Insbesondere komme es also nicht auf die Wettbewerbsindifferenz der wirtschaftspolitischen Maßnahmen an.

Die „relative Offenheit“ der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung als einer bloßen Rahmenordnung²⁹⁶ sei dabei durch **zwei antinomische Verfassungsprinzipien** determiniert, die in sehr unterschiedlicher Art und Weise optimiert werden könnten: Das Individualprinzip manifestiere sich vorwiegend in dem Respekt vor der Würde des Men-

²⁹⁰ Dazu näher *Rupp* HdWW S. 143.

²⁹¹ So aber *Krüger* DVBl. 1951, 361, 363.

²⁹² Näher – jeweils m.w.N. – *Kriele* ZRP 1974, 105; *Kunert* JuS 1979, 322, 327; *Stober* Allg. Wirtschaftsverwaltungsrecht § 5 I 3 d.

²⁹³ So in der Tat *Krüger* DVBl. 1951, 361; *ders.* BB 1953, 565; zur Ablehnung der Extremposition *Krügers* s.a. *Rupp* HdWW S. 143 f.; *Rittner/Dreher* § 2 Rn. 56; *Thiele* Einführung in das Wirtschaftsverfassungsrecht (1970) 92 f.

²⁹⁴ Vgl. BVerfG 20.7.1954 BVerfGE 4, 17, 18; BVerfG 11.6.1958 BVerfGE 7, 377, 400; BVerfG 17.5.1961 BVerfGE 12, 354, 365; BVerfG 29.11.1961 BVerfGE 13, 230; BVerfG 21.2.1962 BVerfGE 14, 19; BVerfG 7.9.1979 BVerfGE 50, 290.

²⁹⁵ Vgl. mit Unterschieden im Einzelnen *Badura/Rittner/Rüthers* Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz (1977) 249 m.w.N.; *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 42 f.; *Beater* Rn. 764; *Breuer* in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland VIII 3. Aufl. (2010) § 170 Rn. 38; *Drexel* S. 220 f.; *Ehmke* S. 84 ff.; *Fikentscher* Bd. II § 20 V 7; *Frotscher/Kramer* Rn. 34; *Götting/Nordemann* Einl. Rn. 46; *Harte/Henning/Ahrens* (2. Aufl. 2009) Einl. F Rn. 21; *Köhler/Bornkamm* Einl. Rn. 1.43 f.; *Kriele* ZRP 1974, 105; *Löw* Die Grundrechte, 2. Aufl. (1982) 369; *Müller-Volbehr* JZ 1982, 132; *MünchKommUWG/Sosnitzer* Grundl. Rn. 20 (wohl nur referierend); *Rinck/Schwark* Rn. 67; *Stober* Allg. Wirtschaftsverwaltungsrecht § 5 I 3; *ders.* FS Stern 613, 615 ff.; *Zippelius/Würtenberger* § 35 I 1.

²⁹⁶ *Stober* Allg. Wirtschaftsverwaltungsrecht § 5 I 3.

schen und in der Statuierung von Freiheitsrechten, das Sozialprinzip hingegen bringe, wie etwa in Art. 14 Abs. 2 S. 2, Art. 15 GG, zunächst die Gemeinschaftsgebundenheit der Individualrechte zum Ausdruck, weise aber darüber hinaus, wie Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs.1 GG belegen.

- 156 Die Geltung von Individualprinzip einerseits, von Sozialprinzip andererseits, schließt demnach lediglich **Extrempositionen**, also eine Zentralverwaltungs- bzw. Planwirtschaft ebenso wie einen sog. Manchester-Liberalismus i.S. eines völligen *laissez-faire* generell aus,²⁹⁷ schafft im übrigen Zulässigkeitsrestriktionen wirtschaftsordnender Entscheidungen lediglich aus der Sicht der Verletzung einzelner Grundrechte bzw. des Widerspruchs zu den in ihnen beschlossenen materialen Werten. Wegen der zudem verbreitet angenommenen Gleichrangigkeit von Individual- und Sozialprinzip soll es wirtschaftsverfassungsrechtlich nicht einmal eine Rechtsvermutung für das individuellfreiheitlich fundierte, marktwirtschaftliche Prinzip und für eine dadurch bedingte Argumentationslast zur Rechtfertigung staatlicher Interventionen geben.²⁹⁸
- 157 In diametralem Gegensatz zu den vorstehend skizzierten Neutralitätsthesen sowohl in der extremen als auch in der gemäßigten Variante ist indes schon früh von *Nipperdey* die Auffassung vertreten worden, dem Grundgesetz lasse sich in der Zusammenschau von Individual- und Sozialprinzip eine **Garantie der sozialen Marktwirtschaft**²⁹⁹ entnehmen. Im Zentrum seiner marktbezogenen Argumentation³⁰⁰ steht Art. 2 Abs. 1 GG als eine *Magna Charta* der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere der Wettbewerbs-, Produktions- und Konsumfreiheit, wovon aus der Bogen namentlich über Art. 9 Abs.1 und Art. 12 bis zu Art. 14 GG gespannt wird.
- 158 Das **Sozialstaatsprinzip** erscheint dabei eher in der Rolle der nachgeordneten, flankierenden Idee als in einer das marktwirtschaftliche Prinzip verwässernden Funktion.³⁰¹ Die soziale Marktwirtschaft sei nun einmal kein Gebilde, das als „gemischte“ Wirtschaftsverfassung³⁰² bezeichnet werden dürfe i.S. eines „weder Fisch noch Fleisch“, kein System, in dem staatlicher Dirigismus und Freiheit in letztlich politisch beliebig motivierter Mischung verschränkt werden könnten.
- 159 Die in den diversen Neutralitätsthesen involvierte Ablehnung, die *Nipperdeys* Standpunkt gefunden hat, kann letztlich nicht überzeugen, abgesehen von der berechtigten Kritik³⁰³ an seiner für den konzeptionellen Duktus eigentlich unnötigen Drittwirkungslehre. Die **Entstehungsgeschichte** des Grundgesetzes, die in der Tat den Formelkompromiss und die Ausklammerungsstrategie in der Thematik der Wirtschaftsverfassung belegt, besitzt jedenfalls keine Präponderanz, könnte allenfalls anderweitig ermittelte Sinngehalte unterstützen.³⁰⁴

297 Für grundgesetzliche Zulässigkeit einer Wirtschaftsordnung mit zentraler Steuerung aber *Abendroth* Das Grundgesetz, 5. Aufl. (1975) 65 ff.; *Reich* Markt S. 90 ff.

298 So insbesondere *R. Schmidt* Öffentliches Wirtschaftsrecht S. 72; ferner *Müller-Volbehr* JZ 1982, 132, 136; *Rinck/Schwark* Rn. 70; **a.A.** aber insoweit *Jarass* Wirtschaftsverwaltungs- und Wirtschaftsverfassungsrecht, 2. Aufl. (1984) § 4 II 2b.

299 Der Begriff geht zurück auf *Müller-Armack* S. 88.

300 *Nipperdey* Marktwirtschaft S. 13 ff. Zu ihm ausführlich *H. M. Meyer* S. 36 ff.

301 S. dazu auch die Deutung der „sozialen Gerechtigkeit“ im Ordo-Liberalismus von *Müller-Armack* bei *Hauer* S. 357 ff.; **a.A.** aber z.B. *Stober* Allg. Wirtschaftsverwaltungsrecht § 4 IV.

302 So *Huber* Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. I, 2. Aufl. (1953) 20 ff.; *ders.* DÖV 1956, 97, 135, 172, 200.

303 *Stein/Frank* Staatsrecht, 21. Aufl. (2010) § 27 V.

304 Zur sog. objektiven Interpretationsmethode vgl. etwa BVerfG 21.5.1952 BVerfGE 1, 299, 312; BVerfG 15.12.1959 BVerfGE 10, 234, 244; BVerfG 16.2.1983 BVerfGE 62,1, 45; BGH 30.6.1966 BGHZ 46, 74, 76; BGH 8.11.1967 BGHZ 49, 221, 223; *Larenz* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. (1991) 316 ff., 333 ff.; **a.A.** aber z.B. noch *Hassold* ZJP 94 (1981) 192, 209 ff., 235 ff.

Auf der Grundlage des objektiven Normbefundes besteht die proklamierte Gestaltungsfreiheit von Legislative, Gubernative und ggf. auch Exekutive wegen der allseits konsentierten Bindungen durch die Verfassung auch für ökonomisch relevante Entscheidungen aber gerade nach der Rechtsprechung des BVerfG ja nur in dem dann verbleibenden Freiraum.³⁰⁵ Angesichts der zentralen und weitgreifenden, auch aus der personalen Würde fließenden **Freiheits- und Gleichheitsverbürgungen** etwa der Artt. 1, 2 Abs. 1, 3, 9 Abs. 1, 12, 14 GG³⁰⁶ trägt die abstrakte Feststellung prinzipieller wirtschaftspolitischer Gestaltungsfreiheit, die an den verfassungsrechtlichen Maßgaben aber doch so mannigfach relativiert wird, von vornherein deshalb nur eher deklamatorische Züge.

Zugleich zerrinnt der namentlich auch gegen *Nipperdey* vorgebrachte methodische Einwand, eine grundgesetzliche Wirtschaftsverfassung sei nur aus einer Betrachtungsweise zu gewinnen, die einzelne (Wirtschafts-)Grundrechte zu einer systembildenden Einheit zusammenschließe und sie damit eigentlich schon hinter sich lasse.³⁰⁷ Tatsächlich bedingt der Begriff der Wirtschaftsverfassung ebenso wie derjenige der Wirtschaftsordnung eine die Grundrechte gleichsam als normative Wertinseln ablösende und überhöhende Vorstellung eines **inneren Systems**.³⁰⁸ Doch ist dies keine methodologische Singularität, sondern gerade im Verfassungsrecht gängige hermeneutische Praxis.³⁰⁹

Die **Verfassungsrechtsprechung** hat immer wieder betont, dass bei der Interpretation eines Grundrechts der sinnstiftende Zusammenhang berücksichtigt werden soll, in dem die Grundrechte untereinander und mit tragenden Verfassungsprinzipien stehen,³¹⁰ um überhaupt erst derart eine wirkliche Wertordnung formieren zu können. Dass das GG diese innere Einheit der Verfassung nach ihrer ökonomischen Seite hin regelungstechnisch nicht prägnant in einem eigenen Abschnitt zum Ausdruck bringt, sondern die Thematik der geltenden Wirtschaftsordnung nur punktuell aufgreift, ist allein Ausdruck eines grundgesetzlichen Menschenbildes, dem es eher entspricht, die Person in ihren einzelnen Beziehungsfacetten zu beleuchten, statt sektoriell die Wirtschaft als solche zum Regelungssubstrat zu wählen.

Gleichgültig aber, ob man die wirtschaftsrelevanten Grundrechtspositionen nun mehr additiv betrachtet oder sie dialektisch in eine andere Qualität als Elemente eines Systems einer grundgesetzlich statuierten Wirtschaftsordnung überführt und so einen recht gekünstelt wirkenden Gegensatz zwischen der bloßen „**Funktionsgarantie**“ und der „**Systemgarantie**“ der Verfassung zugunsten der Marktwirtschaft konstruiert,³¹¹ wird bereits durch die konkrete Artikelreihung und die jeweilige normtextliche, an freiheitskonstituierenden Regeln und freiheitsbeschränkenden Ausnahmen orientierten Innen-

³⁰⁵ So dezidiert schon BVerfG 20.7.1954 BVerfGE 4, 7, 18.

³⁰⁶ S. aber schon hier *Zacher* in Scheuner (Hrsg.), Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft (1971) 549, 581, der zutreffend darauf hinweist, dass nicht nur diese häufig genannten, sondern beinahe alle Grundrechte für die Wirtschaftsordnung relevant sind.

³⁰⁷ R. Schmidt Öffentliches Wirtschaftsrecht S. 71. Zu diesem methodischen Ansatz von *Nipperdey* s.a. Müller-Graff S. 254.

³⁰⁸ Ebenso Schmidt-Preuß FS Säcker 981 f. („Implizit-Garantie der sozialen Marktwirtschaft“, verstärkt durch Art. 3 Abs. 3 EUV); s.a. Schwerdtfeger ZHR 142 (1978) 301, 306. Ein solches inneres System zugunsten einer Verfassungstopik strikt verneinend Leisner FS R. Schmidt 363, 375.

³⁰⁹ Bohling S. 22; Mühl DÖV 1967, 224 ff.; a.A. R. Schmidt Öffentliches Wirtschaftsrecht S. 74: Auslegungsgegenstand dürfe nur die einzelne (!) Norm sein, nicht hingegen ein über diese hinausgehender „Systemzusammenhang“.

³¹⁰ BVerfG 23.10.1951 BVerfGE 1, 14, 32; BVerfG 6.12.1972 BVerfGE 34, 165, 183; BVerfG 22.5.1975 BVerfGE 39, 334, 368; BVerfGE 50, 290, 336.

³¹¹ R. Schmidt Öffentliches Wirtschaftsrecht S. 73 ff., 77, der selber den Standpunkt der h.M. einnimmt, sieht dazwischen ganz zutreffend eigentlich keinen Konsequenzen erzeugenden Unterschied mehr (s.a. ders. FS Stober 19, 22); ganz ähnlich auch Basedow S. 20 ff., 25.

struktur das große Gewicht der Freiheitsidee gegenüber dem im Verfassungstext eher zurückhaltend entgegen tretenden Sozialstaatsprinzip evident.

- 164 Schon dieser „**Primat der Wettbewerbsfreiheit**“³¹² vor dem durch ein überdehntes Sozialprinzip nur allzu leicht induzierten staatlichen Interventionismus ist – ins Wirtschaftliche gewendet – unvereinbar mit der Vorstellung wirtschaftspolitischer Neutralität des GG.³¹³ Nur dieser Primat der Freiheit kann gemeint sein, wenn selbst von Seiten der Anhänger der Neutralitätsthese mit Blick auf die grundgesetzlichen Freiheitsgewährungen eingeräumt wird, die behauptete Neutralität dürfe nicht als Inhalts- und Entscheidungslosigkeit des GG in Bezug auf die Wirtschaft missverstanden werden.³¹⁴ In der Tat könnte ohne die Freiheitsgarantien der Verfassung das Lauterkeitsrecht ebenso wie das Privatrecht überhaupt nur allzu leicht zum „jederzeit rückrufbaren Ordnungsinstrument“³¹⁵ staatlicher Wirtschaftspolitik verkümmern.

- 165 **c) Freiheitliche Wettbewerbswirtschaft als Verfassungsentscheidung.** Für eine derart freiheitsbasierte Verfassung ist der wirtschaftspolitische Spielraum auf normhierarchisch untergeordneten Handlungsebenen bei weitem nicht mehr nur durch den Ausschluss von Extrempositionen – „Manchester-Liberalismus“ und staatliche „Kommando-Wirtschaft“ – gekennzeichnet. Die vordergründig als bloße Rahmenordnung erscheinende grundgesetzliche Wirtschaftsverfassung verdichtet sich vielmehr unter diesen Einflussgrößen materiell eben doch zur **Systementscheidung** für eine freiheitlich-wettbewerbsbasierte Marktwirtschaft.³¹⁶ Allgemeine Handlungsfreiheit und damit auch Privatautonomie und Wettbewerbsfreiheit, Garantie des Privateigentums (gerade auch hinsichtlich seiner ökonomischen Nutzbarkeit), Berufs-, Gewerbe- und Arbeitsplatzfreiheit einschließlich der Freizügigkeit sowie eine auch gesellschaftsrechtlich wirksame Vereinigungsfreiheit markieren Elemente einer Wirtschaftsverfassung, die nur als eine auf Wettbewerbsfreiheit gegründete, marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung denkbar ist.³¹⁷

- 166 Staatliche **Eingriffe** müssen deshalb mit diesem wettbewerbslich-marktwirtschaftlichen Ordnungsmodell kompatibel sein,³¹⁸ mag die Abgrenzung zulässiger oder unzulässiger Interventionen des Staates im konkreten Einzelfall auch schwierig sein.³¹⁹ Keine Zweifel werfen dabei freilich die Maßnahmen des (einfachen) Gesetzgebers auf, die das Ziel verfolgen, gerade die **Funktionsfähigkeit des Wettbewerbsmechanismus** zu gewährleisten, weil es hierbei gar nicht um sozialstaatlich bedingte Einschränkungen der Märkte als Organisations- und Handlungssysteme grundrechtlicher Freiheiten geht, son-

312 Gloy/Loschelder/Erdmann/Leistner § 5 Rn. 5; zu dem hier beschlossenen Prinzip des „*In dubio pro libertate*“ s. Fikentscher Bd. II § 20 IIIc, V 4d; Hablitzel BayVbl. 1981, 101; P. Schneider FS zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1960, II, S. 263 ff.

313 S.a. Liesegang S. 36; v. Münch JZ 1960, 305; Schünemann FS Stober 147, 152 f.

314 R. Schmidt Öffentliches Wirtschaftsrecht S. 75 m.w.N.

315 Nörr S. 3.

316 Bleckmann JuS 1991, 536, 539; Fezer/Fezer Einl. E Rn. 227 ff.; Gloy/Loschelder/Erdmann/Leistner § 5 Rn. 7; Leisner BB 1975, 1, 5; H. M. Meyer S. 359 f.; Müller-Volbehr JZ 1982, 132, 139; Schmidt-Preuß FS Sacker 981 ff.; weitere Nachw. im Folgenden.

317 So dezidiert auch Maunz/Dürig/Papier GG, 3. Aufl. (Stand 1991) Art. 14 Rn. 34. Zu Recht spricht Zacher VjSchrFSR 1973, 97, 100 von einer „elementaren Harmonie“ zwischen den grundgesetzlichen Grundwerten und der „sozialen Marktwirtschaft“. S.a. Fezer JZ 1990, 657, 661, 663; Merz S. 200; Mestmäcker Verwaltungswettbewerb S. 88 ff.; Schwipps S. 85 ff.; Wackerbeck WRP 2006, 991.

318 A.A. Stober Allg. Wirtschaftsverwaltungsrecht § 5 I 3c.

319 S.a. Bleckmann JuS 1991, 536, 538 f.; Müller-Volbehr JZ 1982, 132, 138; R. Schmidt Öffentliches Wirtschaftsrecht S. 72.

dem um Interventionen zur Realisierung dieses Systems selber.³²⁰ Dies legitimiert auch interpretative Konkretisierungen der lauterkeitsrechtlichen Generalklauseln in derselben Richtung.

Unter diesem Aspekt nicht unproblematisch ist hingegen – trotz ihrer verfassungs- 167 rechtlichen Fundamentierung in Art. 109 GG – die sog. globale Steuerung des Marktes. Ob hierbei überhaupt die von § 1 StabG geforderte Marktkonformität gewahrt bleiben kann,³²¹ erscheint jedenfalls auf der Basis der Konzeption der Wettbewerbsfreiheit nicht unzweifelhaft, weil Wettbewerb dabei wohl instrumentalisiert werden müsste (s. Rn. 94 ff.).³²² Immerhin setzt das StabG den „**Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung**“ ausdrücklich voraus, ebenso wie auch § 2 WiSachvRG und § 42 Abs. 1 S. 3 GWB. Aus alledem, vor allem auch aus der verfassungsrechtlichen Verankerung des StabG im GG, lässt sich durchaus der Schluss ziehen, dass es sich bei diesen Bezugnahmen um mehr handelt als um den Verweis auf eine über einen längeren Zeitraum rein tatsächlich praktizierte Wirtschaftsordnung.

Auch der innerdeutsche **Einigungsvertrag**³²³ geht in Art. 1 Abs. 3 (s.a. Art. 5, dritter 168 Spiegelstrich) von der sozialen Marktwirtschaft als Charakteristikum der geltenden deutschen Wirtschaftsordnung aus und nimmt nicht lediglich auf ein seinerzeit vorfindliches Faktum Bezug.³²⁴ Ob sich daraus ein wirtschaftsverfassungsrechtliches Argument ziehen lässt, ist nicht sicher, da wegen der historischen Singularität des Vorgangs die Rechtsnatur des Einigungsvertrages ihrerseits nicht unzweifelhaft erscheint.³²⁵ Die aufgeworfene Frage bedarf nach der hier vertretenen Ansicht aber keiner Entscheidung, weil der Einigungsvertrag insoweit nur die grundgesetzlich normierte Wirtschaftsordnung nachzeichnet, also nur deklaratorische Bedeutung hat.³²⁶

Trotz des immer wieder rezierten Neutralitätsdogmas trennt die höchstrichterliche 169 **Rechtsprechung** in der Sache selbst wohl nicht so viel von der hier vertretenen Position, wie es den Anschein hat. So wurde wiederholt formuliert, die geltende Wirtschaftsverfassung gewährleiste als eines ihrer Grundprinzipien den freien Wettbewerb,³²⁷ die deutsche Wirtschaftsverfassung sei eine „marktwirtschaftliche Ordnung“.³²⁸ Das BVerfG war bei der Statuierung und Perpetuierung seines Neutralitätsdogma seinerzeit wohl noch von der Sorge getragen, wirtschaftspolitische Entscheidungen seitens Regierung und Parlament könnten ansonsten zu sehr eingengt werden.³²⁹

320 *Papier* Wirtschaftsordnung S. 7; *Rupp* HdWW S. 146.

321 Zur immanenten Problematik des Steuerungsziels „hoher Beschäftigungsgrad“ schon in § 1 StabG s.a. *Fikentscher* Bd. II § 22 I 5g; *R. Schmidt* Wirtschaftspolitik S. 143.

322 Auf die hierbei drohende Gefahr, dass der Staat dem Wettbewerb nur die ökonomischen „Mikrogrößen“ überlässt, selber aber über die „Makrogrößen“ verfügen kann (und eben dadurch den Wettbewerb instrumentalisiert), macht zutreffend auch *R. Schmidt* FS Stober 19, 20 aufmerksam.

323 BGBI. II 1990, S. 537.

324 *Häberle* JZ 1990, 361, 363; *Horn* FAZ v. 18.8.1990, S. 11; *Rüthers/Stadler* Allg. Teil des BGB, 12. Aufl. (2002) Rn. 33 (neuere Aufl. ohne diesbezügliche Stellungnahme); **a.A.** *R. Schmidt* FS Stober 19, 20 f.; *Stober* Allg. Wirtschaftsverwaltungsrecht § 5 I 4; *Tettinger* BB 1992, 1 ff., jeweils m.w.N.

325 Vgl. zum Meinungsstand *Rittner/Dreher* § 2 Rn. 48 m.w.N.; den Verfassungsrechtscharakter im Ergebnis mit der wohl überwiegenden Meinung bejahend etwa *Kilian* Rn. 200; *Maurer* Staatsrecht I, 6. Aufl. (2010) § 8 Rn. 91 f.; **a.A.** etwa *Harte/Henning/Ahrens* (2. Aufl. 2009) Einl. F Rn. 22. *Leisner* FS *R. Schmidt* 363, 371 bezeichnet die Verfassungsqualität des Einigungsvertrages also sicher unzutreffend als „unbestritten“.

326 *Schünemann* FS Stober 147, 159.

327 BGH 8.4.1952 GRUR 1952, 582 – Sprechstunden. BVerfG 8.2.1972 BVerfGE 32, 311, 317 = GRUR 1972, 358, 360 – Grabsteinwerbung; BVerfG 13.7.1992 GRUR 1993, 751; BVerfG 1993, 754 GRUR 1993, 754.

328 BVerfG 29.5.2006 – 1 BvR 240/98 – VersR 2006, 961, 963.

329 Vgl. *Beater* Rn. 766.

- 170 Mittlerweile bricht sich aber immer mehr die Einsicht Bahn, dass Wirtschaftspolitik auch möglich bleibt, wenn der im GG „implizit gesetzte (...) wirtschaftsverfassungsrechtliche Ordnungsrahmen“,³³⁰ nämlich eine freiheitliche, von individuell verantworteter Wirtschaftstätigkeit getragene Marktwirtschaft, auch ausdrücklich beim Namen genannt und stärker in seinen Strukturelementen und deren Einbindung in den Wettbewerb konturiert und dabei als Sinnganzes, eben als System, konturiert wird. Zutreffend wird deshalb nicht mehr nur vereinzelt und verhalten von einer *de lege lata* unabweisbaren „Korrektur der Neutralitätsthese“ gesprochen³³¹ und unter Berücksichtigung des Sozialstaatsprinzips die grundgesetzliche **Gewährleistung der sozialen Marktwirtschaft** postuliert.³³²
- 171 Die **grundgesetzliche Immanenz** freiheitlich-wettbewerbsgesteuerter Marktwirtschaft, wie sie vor allem durch die wirtschaftlich relevanten Grundrechte als deren Basis- und Steuerungselemente vermittelt und greifbar wird,³³³ bedeutet für sich genommen weder eine Fixierung der gegenwärtigen Wirtschaftsordnung in ihrer aktuell-konkreten Ausgestaltung noch die verfassungsrechtliche Weihe einer bestimmten Wettbewerbskonzeption.³³⁴ Doch ist nicht zu verkennen, dass das neoklassische/neolibérale Konzept der Wettbewerbsfreiheit eine essentielle Affinität zu einer auf individuellen Handlungsfreiheiten aufbauenden Wirtschaftsverfassung aufweist, ja geradezu und lediglich als die wettbewerbstheoretische Seite einer gedanklichen Explizierung einer wettbewerbsgesteuerten Marktwirtschaft aus den Freiheitsrechten erscheint.³³⁵ Erst mit dieser Maßgabe, mit der Verknüpfung des Marktbegriffs und des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit, wird die dem sozialistischen Modell einer Wirtschaftsgesellschaft entgegengesetzte marktwirtschaftliche Ordnung hinreichend konturiert.³³⁶
- 172 Grund dafür ist das dynamische, ergebnisoffene Verständnis, dass das Konzept der Wettbewerbsfreiheit mit systemtheoretisch orientierter Grundrechtstheorie überhaupt verbindet. Die Grundrechte gewinnen bei solch prozeduraler Betrachtung ganz allgemein die Funktion individueller **Entscheidungs-, Verantwortungs- und Risikozuständigkeiten** in einem kybernetisch als spontan-polyzentrisch koordiniert und selbstregu-

330 *Papier* in Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. (1994) 779 ff., Rn. 23.

331 H. M. Meyer S. 359 (ff.); gleichsinnig Kilian Rn. 201. S.a. Fezer/Fezer Einl. E Rn. 225 f.

332 Bleckmann JuS 1991, 536, 539; Gloy/Loschelder/Erdmann/Leistner § 5 Rn. 7; Leisner Soziale Marktwirtschaft S. 42 ff.; Schünemann FS Stober 147, 159 m.w.N.; s.a. die Nachweise bei MünchKommUWG/Sosnitza Grundl. Rn. 21 a.E.; vgl. ferner Maunz/Dürig/Herzog GG 63. Aufl. (Stand 2011) Art. 20 Abschn. VIII Rn. 60 (ausdrücklich Nipperdey zustimmend). Zurückhaltender i.S. einer bloßen Funktionsgarantie der Marktwirtschaft, nicht ihrer Systemgarantie als solcher: Liesegang S. 237 ff.; Müller-Graff S. 258 ff.; Maunz/Dürig/Papier GG 63. Aufl. (Stand 2011) Art. 14 Rn. 30 ff.; Rinck/Schwark Rn. 61 f., 75; Zacher VJSchRFSR 1973, 97, 100; Zuck NJW 1967, 1301 (unter besonderer Betonung der Globalsteuerung); ders. BB 1967, 805, 807; s.a. Ch. Hermann S. 54 („genereller Systemwechsel hin zu einer echten Planwirtschaft“ wäre mit dem GG unvereinbar).

333 Rupp HdWW S. 145 f. S.a. Basedow S. 21 ff. (mit eindrucksvoller ökonomischer Interpretation der einschlägigen Grundrechte); Bleckmann Ordnungsrahmen für das Recht der Subventionen, Gutachten D für den 55. DJT, München 1984, D 41, Die Beschränkung des Staates auf marktkonforme Eingriffe (III. B) S. 42; Scholz Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz (1974) 31 ff.; ders. in Maunz/Dürig (Hrsg.) GG 63. Aufl. (Stand 2011) Art. 12 Rn. 85 f.

334 Vgl. Hablitzel BayVBl 1981, 65, 68. Auch Nipperdey hat die Wirtschaftsverfassung der (sozialen) Marktwirtschaft durchaus nicht als unwandelbare statische Größe, gründend auf einer gerade verbreiteten wirtschaftspolitischen Strömung, gesehen.

335 S.a. Link VVDStRL 48 (1990) 40 f.

336 Rittner/Dreher § 2 Rn. 55 weisen zutreffend auf die „Ambivalenz des Marktbegriffs“ hin, der auch einen „Konkurrenzsozialismus“ in einer „sozialistischen Marktwirtschaft“ trägt. Dazu s.a. Rittner JZ 1990, 838 ff.

lativ gedachten gesellschaftlichen Organisationsmodell.³³⁷ Es durchdringt und strukturiert als jene legendäre *invisible hand* alle Lebensbereiche einer freien, offenen Gesellschaft und dabei eben auch den Sektor der Ökonomie, wo es dann als Wettbewerb auf Märkten in Erscheinung tritt.³³⁸

„Als Teil der durch die Prinzipien der Freiheit und Gleichheit verfassungsrechtlich statuierten Ordnung“ wird somit die auf Wettbewerbsfreiheit gründende marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung gewährleistet, innerhalb derer Wettbewerb „und die Privatautonomie sich gegenseitig bedingen und ergänzen. Das **Vertragsmodell des BGB** setzt eine solche auf das Bestehen von Wettbewerb gerichtete Ordnung voraus. Umgekehrt ist der Vertrag nicht bloß das Mittel zur Ausübung von Privatautonomie, sondern ein zentrales Instrument der Marktwirtschaft“.³³⁹ 173

d) Wettbewerbsfreiheit und Sozialstaatsprinzip. Die freiheitliche Wettbewerbsordnung wiederum steht durchaus nicht in einem zwangsläufigen Gegensatz zum **Sozialstaatsprinzip**, z.B. unter dem Aspekt des Verbraucherschutzes.³⁴⁰ Die Selbstbestimmung des Verbrauchers wird „primär und in der Regel am besten über die Koordinierung des Marktes zur Geltung gebracht.“³⁴¹ Ein so funktionierender, freier Wettbewerb ist in der Perspektive der Nachhaltigkeit geradezu des Verbrauchers „bester Freund“, wie schon seit Langem gerade von Seiten der Verbraucherschutzpolitik betont worden ist.³⁴² Des Hebels sozialstaatlicher Intervention bedarf der Verbraucherschutz auch in der „sozialen“ Marktwirtschaft nicht. 174

In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass schon *Ludwig Erhard*, der „Vater“ der Sozialen Marktwirtschaft, in ihr eine **pleonastische Begriffsbildung** diagnostizierte und in ihr keinesfalls den Hebel für eine „gemischte“ Wirtschaftsordnung sehen wollte, die sozialpolitisch motivierten Anliegen durch staatliche Interventionen außerhalb der marktlichen Wettbewerbsprozesse i.S. sozialistischer Wirtschaftspolitik hätte Geltung verschaffen wollen (vgl. Rn. 85 ff., 90).³⁴³ 175

Noch viel weniger stellt sich *sub specie* des Sozialstaatsprinzips das Problem eines unzulässigen „Vorrangs“ des Wettbewerbsprinzips vor „ethischen Werten“.³⁴⁴ Im Gegenteil 176

337 Eindrucksvoll *Stober* Allg. Wirtschaftsverwaltungsrecht § 17 I (grundrechtsbasierter „status oeconomicus als Ausdruck marktwirtschaftlich orientierter Rechtsordnungen“), freilich im Gegensatz zu seiner Einschätzung, das Grundgesetz sei wirtschaftspolitisch neutral (§ 5 I 3). Zur universalen Rolle des Marktprinzips für die Gesellschaft und ihre spontane Kulturbildung s. *Kosłowski* Theorie, passim. Damit darf nicht die Diskussion vermengt werden, ob die Grundrechte über die spezifischen Verfahrensgarantien der Artt. 19 Abs. 4, 101, 103, 104 GG hinaus auch Verfahrens- und Organisationsmaximen zur Effektivierung des materiellen Grundrechtsgehalts darstellen. Vgl. z.B. BVerfG 18.7.1972 BVerfGE 33, 303, 341; BVerfG 24.4.1979 BVerfGE 51, 150, 156; BVerfG 13.11.1979 BVerfGE 52, 380, 389 f.; BVerfG 20.12.1979 BVerfGE 53, 30, 65 f.; BVerfG 15.12.1983 BVerfGE 65, 1, 44, 49 ff.; BVerfG 4.11.1986 BVerfGE 73, 118, 153; BVerfG 18.6.1986 BVerfGE 73, 280, 296; *Bethge* NJW 1982, 1 f.; *R. Schmidt* Öffentliches Wirtschaftsrecht S. 110 ff. m.w.N.

338 *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl. 2009) § 1 Rn. 45; s.a. *Fezer* JZ 1990, 657, 660 f.; *ders.* JuS 1991, 889 ff.; *Hoppmann* Prinzipien S. 12; *Mestmäcker* ZHR 137 (1973) 97 ff.; *Rupp* HdWW S. 145 unter Hinweis auf *Popper*; *Schliesky* Wettbewerbsrecht S. 192/193. Sehr anschaulich auch *Engels*, passim.

339 *Alexander* S. 39.

340 *Drexel* S. 247.

341 *Drexel* S. 565 und öfter.

342 S. den sog. *Molony-Report* (Final Report of the Committee on Consumer Protection), 1962, S. 295 f.; ihn aufgreifend *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl. 2009) § 1 Rn. 41 m. Fn. 94; s.a. *Drexel* S. 23, 26; *Pichler* S. 69.

343 *Mierzejewski* *Ludwig Erhard: der Wegbereiter der Sozialen Marktwirtschaft* (2005) 59. S. aber auch *Jenkins* FS *Gemper* 75 ff.

344 So aber v. *Köhler* NJW 1964, 569, 574.

ist der funktionierende Markt selber *ceteris paribus* der sozial gerechteste Verteilungsmechanismus,³⁴⁵ der ja gerade dann, wenn (und weil) er als „notwendige Folge“ der grundgesetzlichen Freiheitsrechte erscheint,³⁴⁶ „**ethische Werte**“ verkörpert³⁴⁷ (vgl. Rn. 125 ff.). Für staatliche Korrekturen so zustande gekommener Marktergebnisse unter Hinweis auf die Notwendigkeit „sozialgerechter Intervention“³⁴⁸ ist dann gar kein Raum mehr.

177 Über die Sicherung der Wettbewerbsfreiheit hinausgehende sozialstaatliche Interventionen können schlechterdings nicht in die Wettbewerbsordnung integriert werden, ohne zugleich deren schleichende Paralyse zu bewirken. Auf dem Boden der Wettbewerbsfreiheit kann es folglich auch **keine „Einheit von Wirtschafts- und Sozialpolitik“** geben, wie sie bezeichnenderweise gerade von den sozialistischen Volksdemokratien immer wieder beschworen worden ist.³⁴⁹ Wegen dieser notwendigen Absage an eine synkretistische Mischwirtschaft als „Mittelweg zwischen (sc. wirtschaftlichem) Kollektivismus und Individualismus“³⁵⁰ muss sich das soziale Moment der sozialen Marktwirtschaft, soweit es über die Sicherung von Markt und Wettbewerb selber hinausgeht, außerhalb des ökonomischen Systems entfalten.³⁵¹

178 Auf die Privatrechtsverhältnisse der Wirtschaftssubjekte untereinander nehmen die (Wirtschafts-)Grundrechte, abgesehen von dem Sonderfall des Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG, nicht als subjektiv-private Rechtspositionen im Wege einer unmittelbaren „Drittwirkung“ Einfluss.³⁵² Eine solche unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte über deren Wirkungsrichtung gegenüber den Trägern hoheitlicher Gewalt hinaus würde die das Privatrecht beherrschende Privatautonomie ins Mark treffen.³⁵³ Die Grundrechte, gerade auch in ihrer die Wirtschaftsverfassung konstituierenden Rolle, können sich ins Privatrecht viel mehr nur mittelbar, aufgrund ihres objektiv-rechtlichen Gehalts, einfügen.³⁵⁴

345 L. Raiser Antinomien im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, FS Fechner (1973) 61 ff.; *Fikentscher* Bd. II § 22 I 5c cc trotz Ablehnung einer wirtschaftspolitischen „Einzigkeit“ i.S. *Hopmanns* und der Theorie der Wettbewerbsfreiheit. Zur Bedeutung des Wettbewerbs für die Lösung verbraucherschutzrechtlicher Probleme, die ihrerseits vom Sozialstaatsprinzip gefordert sein mag, s. *Grunsky* BB 1971, 1113 ff.; *ders.* BB 1972, 189 ff.

346 So von seinem Ausgangspunkt her überraschend wiederum v. *Köhler* NJW 1964, 569, 573.

347 *Hopmann* FAZ v. 6.11.1993, S. 13; *Möschel* Pressekonzentration S. 149; s.a., teilweise allerdings relativierend, *Reuter* DZW 1993, 45 ff.

348 *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 72; *Köhler/Bornkamm* Einl. Rn. 1.48.

349 Exemplarisch hierfür der Bericht des Politbüros an das Zentralkomitee der Sozialistischen Einheitspartei Deutschlands, Dietz-Verlag Berlin/Ost (1988) 28 f.; o.V. *Ökonomisches Lexikon* H-P, Verlag Die Wirtschaft Berlin/Ost (1979) 35/36 – Stichwort: Hauptaufgabe; Programm der Sozialistischen Einheitspartei Deutschlands, Dietz-Verlag Berlin/Ost (1976) 20; *Honecker* Die Aufgaben der Parteiorganisationen bei der weiteren Verwirklichung der Beschlüsse des XI. Parteitag der Sozialistischen Einheitspartei Deutschlands, Dietz-Verlag Berlin/Ost (1987) 20; *Manz/Winkler* Theorie und Praxis der Sozialpolitik in der DDR (Schriften des Instituts für Soziologie und Sozialpolitik der Akademie der Wissenschaften der DDR), Akademie Verlag Berlin/Ost (1979) 79 f.; *Winkler* Lexikon der Sozialpolitik, Akademie Verlag Berlin/Ost (1987) 423 – Stichwort: Wirtschafts- und Sozialpolitik, Einheit von.

350 So aber ausdrücklich *Löw* Die Grundrechte, 2. Aufl. (1982) 371; gleichsinnig (Wirtschaftssystem „zwischen Markt und Plan“) *Stober* Allg. Wirtschaftsverwaltungsrecht § 4 IV (2); s.a. *Forsthoff* Der Staat in der Industriegesellschaft (1971) 80 f.

351 Ähnlich wohl *Möschel* FS Nörr 609 ff.; s. aber auch *Müller-Armack* S. 85 ff.; *Neumann* S. 106; *Löw* Die Grundrechte, 2. Aufl. (1982) 371.

352 Seit Langem fast allg. Meinung, vgl. *Leisner* Grundrechte, passim m.w.N.; a.A. früher das BAG, vgl. BAG 3.12.1954 BAGE 1, 185, 193; BAG 10.5.1957 BAGE 4, 274, 276; BAG 28.9.1972 BAGE 24, 438, 441; für den Wandel dieser Rspr. s. etwa BAG 20.12.1984 BAGE 47, 363, 373; BAG 27.2.1985 BAGE 48, 122, 128 f. S.a. *Bleckmann* DVBl. 1988, 938; *Krause* JZ 1984, 656, 711, 828.

353 Für alle *Maunz/Dürig/Herdegen* GG 63. Aufl. (2011) Art. 1 Abs. 3 Rn. 59 ff.

354 *Beater* Rn. 771.

Die **Ausstrahlungswirkung** der grundgesetzlichen Wertentscheidungen kann insbesondere bei der Konkretisierung der privatrechtlichen Generalklauseln zum Tragen kommen,³⁵⁵ im Lauterkeitsrecht also namentlich im Blick auf § 3 Abs. 1,³⁵⁶ aber auch im Zusammenhang mit der in § 4 Nr. 1 angesprochenen Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit in „mensenverachtender Weise“, d.h. vor allem durch entsprechende Werbung. Selbst diese Mediatisierung darf freilich nicht die Eigengesetzlichkeiten von öffentlichem Recht einerseits, Privatrecht andererseits aus den Augen verlieren,³⁵⁷ bei der Entfaltung des objektiv-rechtlichen Gehalts nicht die wenigstens typische rechtliche Subordination der (privaten) Träger subjektiver öffentlicher (Grund-)Rechte im Verhältnis zur Staatsgewalt ausgrenzen, eine Subordination, die ersichtlich den konstruktiven Boden der Grundrechtskonzeption des Grundgesetzes bildet.

Umgekehrt ist die Ausstrahlung der grundrechtlichen Werteordnung ins Privatrecht unter dem Aspekt der Einheit der Gesamtrechtsordnung auch geboten.³⁵⁸ Methodologisch wird dabei ein Unterschied zwischen **verfassungskonformer Auslegung**³⁵⁹ und lediglich **verfassungsorientierter Auslegung** gesehen.³⁶⁰ Hintergrund dieser Unterscheidung ist das verfassungs- und justizpolitisch zu begrüßende Anliegen, trotz der Ausstrahlungswirkung des Grundgesetzes vermittle der privatrechtlichen Einbruchsstellen der Generalklauseln das Bundesverfassungsgericht nicht zur zivilprozessualen Superrevisionsinstanz werden zu lassen.

Auch dogmatisch spricht einiges dafür, die Grundrechtswertungen bei der Auslegung lauterkeitsrechtlicher Normen nur als **Interpretationstopoi** zu qualifizieren, nicht jedoch als Korrekturinstrument einer schon unabhängig davon möglichen Sinngebung. Denn namentlich der rechtsrelevante Wettbewerbsbegriff ist überhaupt erst im Lichte der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung mit Inhalt zu füllen, ohne diesen Bezugsrahmen hingegen ein substanzloser Blankettbegriff.

2. Grundrechtliche Elemente und Ausstrahlungen der Wirtschaftsverfassung

a) **Wirtschaftsverfassung und lauterkeitsrechtliche Hermeneutik.** Bei Auslegung und Anwendung des Lauterkeitsrechtes sind selbstverständlich **verfassungsrechtliche Wertungskriterien**, insbesondere solche aus dem Kreis der Grundrechte, zu berücksichtigen. Dies folgt schon daraus, dass die Grundrechte auch eine objektive Wertordnung bilden, die im Wege einer mittelbaren Drittwirkung auf das Lauterkeitsrecht ausstrahlt.

Allerdings wurzelt auch ein auf dem Konzept der Wettbewerbsfreiheit gründendes und so verstandenes Lauterkeitsrecht selber auf eben dieser verfassungsrechtlichen Wertordnung. Es ist deshalb **Vorsicht** bei einer Argumentation geboten, die grundrechtliche oder sonstige verfassungsrechtliche Wertungsgesichtspunkte zur Korrektur wettbewerbsrechtlich-dogmatischer Positionen ins Feld führen will, die sich aus dem Konzept der Wettbewerbsfreiheit ergeben.

³⁵⁵ BVerfG 15.1.1958 BVerfGE 7, 198, 206; v. Münch/Kunig GG, Bd. 1, 5. Aufl. (2000) Vor Artt. 1–19 Rn. 31; Reimers Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht (1958) 20.

³⁵⁶ S. zum früheren § 1 (Verstoß gegen die „guten Sitten“) Sack WRP 1974, 247, 250; auch Gärtner BB 1970, 1361. Zum geltenden § 3 s. dort Peukert Rn. 312ff.

³⁵⁷ S.a. Mestmäcker AcP 168 (1968) 235, 239; Schneider DVBl. 1969, 325, 333.

³⁵⁸ Gärtner BB 1970, 1361; Grabitz ZHR 149 (1985) 263; Maunz/Dürig GG 3. Aufl. (Stand 1991) Art. 1 Abs. 3 Rn. 132; Mestmäcker AcP 168 (1968), 235, 239; Möschel Pressekonzentration S. 49.

³⁵⁹ Grundlegend BVerfG 7.5.1953 BVerfGE 2, 266, 282.

³⁶⁰ Gärtner BB 1970, 1361; Grabitz ZHR 149 (1985) 263; Stern Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. Bd. 1 (1984) § 4 Abs. 3 S. 8 (S. 136).

- 184 Bei dem Rekurs auf Verfassungsrecht in lauterkeitsrechtlichem Kontext ist aber auch deshalb **Zurückhaltung** geboten, weil das Lauterkeitsrecht in seiner klar und exklusiv wettbewerbsbezogenen Teleologik nach § 1³⁶¹ nicht genuin dazu berufen ist, jedwede grundrechtliche Werte zu exekutieren.³⁶² Vielmehr muss immer das Ziel im Auge behalten werden, den unverfälschten Wettbewerb aufrecht zu erhalten. Nur insoweit kann sich das Lauterkeitsrecht grundgesetzlichen Wertungstopoi öffnen.
- 185 Unter diesem Aspekt bedenklich ist § 4 Nr. 1, da schlechterdings nicht vorstellbar ist, wie eine „**menschenverachtende**“ **geschäftliche Handlung** die Entscheidungs- und Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer zu Lasten des unverfälschten Wettbewerbs sollte beeinträchtigen können. Auch der Gesetzgeber ist aus rechtsstaatlichen Gründen an die Erfordernisse innerer Stimmigkeit einer Normsetzung gebunden und kann nicht über die Logik verfügen. Eben weil es sich bei der Menschenwürde um den „Kardinalpunkt unserer Rechts- und Gesellschaftsordnung“ handelt, ist der Schutz dieses Guts z.B. im Strafrecht besser aufgehoben; ein wettbewerbsfunktional konzipiertes Lauterkeitsrecht liefert dafür keine geeignete Plattform.³⁶³
- 186 **b) Artt. 1, 2 Abs. 1 GG.** Gegenstand des Hauptfreiheitsrechtes und insoweit oberster Verfassungswert ist die im Rahmen der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete, aus der menschlichen Würde (Art. 1 Abs. 1 GG) gespeiste, mit ihr aber nicht ohne weiteres identifizierbare freie Entfaltung der Persönlichkeit.³⁶⁴ Diese Entfaltungsfreiheit hat jedenfalls auch eine wirtschaftliche Dimension,³⁶⁵ weil über den Kernbereich der Persönlichkeit in ideeller und kultureller Hinsicht hinaus die **Handlungsfreiheit** allgemein grundgesetzlich gewährleistet wird. Im Übrigen könnte ein engeres Verständnis der Entfaltungsfreiheit als spezifischer Ausdruck personaler menschlicher Würde³⁶⁶ keine Ausgrenzung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit aus dem Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG rechtfertigen, weil der ökonomische Kontext einer Handlung diese nicht gleichsam erniedrigt und entwertet, vielmehr umgekehrt gerade in der freien wirtschaftlichen Disposition der Mensch seine Erfüllung finden und daraus sein Selbstwertgefühl speisen kann.
- 187 Die gedankliche Anknüpfung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit lediglich an die allgemeine Handlungsfreiheit erleichtert es aber, das Freiheitsgrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG auch anderen (Privat-)Rechtssubjekten als nur den natürlichen Personen selber, also nicht nur vermittelt über deren jeweilige Organwalter, zuzuordnen. Die Grund-

361 Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 1 Rn. 7 ff., 56 ff., 85 ff. m.w.N.

362 Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 3 Rn. 314 ff.

363 Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 3 Rn. 316.

364 BVerfG 15.1.1958 BVerfGE 7, 198, 205; BVerfG 11.6.1958 BVerfGE 7, 377, 397, 405. S.a. Scholz AöR 100 (1975) 80 ff., 265 ff.; zur bislang kaum thematisierten, geschweige denn erhaltenen ökonomisch-wirtschaftsverfassungsrechtlichen Dimension der Menschenwürde s. zutreffend Stober FS Stern 613, 620 f.

365 BVerfG 16.1.1957 BVerfGE 6, 32, 36 ff.; BVerfG 12.11.1958 BVerfGE 8, 274, 328; BVerfG 29.7.1959 BVerfGE 10, 89, 99; BVerfG 16.5.1961 BVerfGE 12, 341, 347; s.a. BGH 24.10.1961 BGHZ 36, 77, 80 im Zusammenhang mit dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht als zivilrechtlichem Pendant zum Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit; *Ballerstedt* in *Bettermann/Nipperdey/Scheuner* (Hrsg.), *Die Grundrechte* III/1 (1966) 69; *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 45; *Köhler/Bornkamm* Einl. Rn. 1.45; *R. Schmidt* Öffentliches Wirtschaftsrecht S. 161; *Stober* Allg. Wirtschaftsverwaltungsrecht § 18 I; *ders.* FS Stern 613, 620. Zum untrennbaren Zusammenhang zwischen grundgesetzlichem Menschenbild und Wirtschaftsverfassung s. ferner allgemein *Liesegang* S. 36; v. *Münch* JZ 1960, 305; *Schünemann* FS Brandner 279, passim.

366 In dieser Richtung *Peters* Gegenwartsprobleme des internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie, FS Laun (1953) 669 ff.; *ders.* Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rspr. (1963) passim; ähnlich *Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl. (1988) 166 f.

rechtsfähigkeit kann dabei nicht von der besonderen **rechtskonstruktiven Qualität des Wirtschaftssubjekts** als juristische Person abhängig sein,³⁶⁷ ergreift also auch als Gesamthandsgesellschaften organisierte (Rechts-)Subjekte³⁶⁸ wie insbesondere die sog. Personenhandelsgesellschaften OHG, KG sowie die auf wirtschaftlichem Gebiet tätige Gesellschaft bürgerlichen Rechts.³⁶⁹

Schon wegen § 1 EWIV-AG und der darin ausgesprochenen Verweisung auf das ergänzend anwendbare Recht der OHG wird auch die EWIV vom **grundgesetzlichen Schutz** erfasst, ungeachtet ihrer gemäß Art. 3 EWIV-VO nur dienenden, insoweit der Genossenschaft ähnelnden wirtschaftlichen Funktion. Gleiches gilt für die ebenfalls als Gesamthandsgesellschaft konstruierte Partnerschaftsgesellschaft nach §§ 1 ff. PartGG. Ob die Rechtssubjektivität im deutschen oder europäischen Recht³⁷⁰ verankert ist oder aber einer fremden, aber kraft europarechtlicher Mechanismen in Deutschland anerkannten Rechtsordnung angehört,³⁷¹ macht keinen Unterschied.

Bei der inhaltlichen Erfassung der nach Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Handlungsfreiheit ist von vornherein der Charakter dieses Grundrechtes als **Auffangtatbestand** und damit sein Zurücktreten gegenüber speziellen Gewährungen von (Wirtschafts-)Freiheiten namentlich im Blick auf Beruf, Eigentum und Vereinigungen einschließlich der Koalitionen zu beachten.³⁷² Welche wirtschaftlich relevanten Freiheiten dann noch genuin in Art. 2 Abs. 1 GG verankert bleiben, ist im Einzelnen zweifelhaft, kann aber wegen unterschiedlich ausgestalteter Einschränkungen bzw. Einschränkungsmöglichkeiten letztlich nicht dahinstehen. Doch spielt diese Frage eine geringere Rolle, wenn die Grundrechte lediglich in ihrer Funktion als Elemente der objektiv-rechtlichen Ordnung aufgegriffen werden. Die scheinbare Bandbreite der allein Art. 2 Abs. 1 GG zuzuordnenden Wirtschaftsfreiheiten, wie sie die vielfältigen Formulierungen in Judikatur und Schrifttum nahelegen,³⁷³ besteht bei näherer Betrachtung jedoch nicht, schon weil darin häufig nur unterschiedliche Akzentuierungen zum Ausdruck kommen.³⁷⁴

367 BVerfG 29.7.1959 BVerfGE 10, 89, 99; BVerfG 19.12.1962 BVerfGE 15, 235, 239; BVerfG 14.12.1965 BVerfGE 19, 206, 215; BVerfG 18.10.1966 BVerfGE 20, 283, 290; BVerfG 19.12.1967 BVerfGE 23, 12, 30; BVerfG 14.10.1970 BVerfGE 29, 260, 265 f.; BVerfG 1.3.1979 BVerfGE 50, 290, 319; *Ballerstedt* in *Bettermann/Nipperdey/Scheuner* (Hrsg.), *Die Grundrechte III/1* (1966) 69 f.

368 Grundlegend zur (Teil-)Rechtsfähigkeit der Gesamthandsgesellschaft *Flume* ZHR 136 (1972) 177 ff.; *Schünemann* Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft (1975) passim, insbesondere S. 146 ff. Zur Anerkennung dieser Lehrmeinung durch die Rspr. s. hier nur BGH 29.1.2001 – II Rz 331/00 – BGHZ 146, 341.

369 Zumindest missverständlich aber *R. Schmidt* Öffentliches Wirtschaftsrecht S. 161. Wie hier jedenfalls im Ergebnis *Stober* FS Stern 613, 621 f.

370 Vgl. neben der bereits genannten EWIV insbesondere die SE.

371 Wirtschaftspraktische Bedeutung hat in Deutschland insbesondere die englische „Ltd.“ (*Private Limited Company by Shares*) gewonnen.

372 BVerfG 16.1.1957 BVerfGE 6, 32, 37; BVerfG 12.11.1958 BVerfGE 8, 274, 328; BVerfG 16.5.1961 BVerfGE 12, 341, 347; BVerfG 6.10.1987 BVerfGE 77, 84, 118; BVerfG 15.12.1987 BVerfGE 77, 308, 339; *Erichsen* Jura 1987, 367 f.; *Scholz* AöR 100 (1975), 80, 112 ff. Ob methodologisch Subsidiarität oder Spezialität vorliegt, ändert jedenfalls anwendungsrechtlich nichts am Vorrang der grundgesetzlich einzeln benannten und tatbestandlich ausgeformten Wirtschaftsfreiheiten. Zu den hier involvierten grundsätzlichen systematischen Fragen s.a. *Schünemann* JZ 2005, 271 ff.; *ders.* FS Georgiades 1087 ff.

373 BVerfG 12.11.1958 BVerfGE 8, 274, 328; BVerfG 16.5.1961 BVerfGE 12, 341, 347; BVerfG 7.5.1969 BVerfGE 25, 371, 407; BVerfG 14.10.1970 BVerfGE 29, 260, 267; BVerfG 1.3.1979 BVerfGE 50, 290, 366; BVerfG 19.10.1983 BVerfGE 65, 196, 210; BVerwG 30.8.1968 BVerwGE 30, 191, 198 f.; BVerwG 22.5.1980 BVerwGE 60, 154, 159; BVerwG 23.3.1982 BVerwGE 65, 167, 174. S.a. *Armbruster* JR 1990, 278; *Badura* Staatsrecht, 5. Aufl. (2012) C 81; *Ballerstedt* in *Bettermann/Nipperdey/Scheuner* (Hrsg.), *Die Grundrechte III/1* (1966) 65 ff.; *Weimar/Schimikowski* Grundzüge des Wirtschaftsrechts, 2. Aufl. (1993) Rn. 76 ff.

374 S.a. *R. Schmidt* Öffentliches Wirtschaftsrecht S. 162; grundsätzlich kritisch zur Wirtschaftsfreiheit als Inhalt des Art. 2 GG aber *Erichsen* in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland VI* (1989) § 152 Rn. 60 ff.

- 190 In Art. 2 Abs. 1 GG genuin verwurzelt ist die **Privatautonomie**, unter Vernachlässigung einseitiger Rechtsgeschäfte und rechtsgeschäftsähnlicher Handlungen häufig verkürzt mit Vertragsfreiheit umschrieben und des Weiteren nach Abschluss-, Form- und inhaltlicher Gestaltungsfreiheit aufgeschlüsselt.³⁷⁵ Ohne den Schutz der Privatautonomie ist die freie Entfaltung der Persönlichkeit unter der Notwendigkeit sozialer Koordination undenkbar.
- 191 Soweit diese Privatautonomie im Zusammenhang mit Berufswahl oder -ausübung betätigt wird, namentlich also durch Begründung und Ausgestaltung von Arbeitsverträgen, ist allerdings schon Art. 12 GG einschlägig. Artt. 9 und 14 GG sind primär *sedes materiae* für die privatautonome, gesellschaftsrechtlich zu qualifizierende Kollektivbildung und für Verfügungen über „Eigentum“ als Sammelbegriff für ökonomisch wirksame, zu ausschließlicher Disposition befähigende Rechtspositionen i.S. sog. *property rights*, wirtschaftlich relevanter ausschließlicher subjektiver Rechte. Unter dem **spezifischen Regime** des Art. 2 Abs. 1 GG steht damit als Facette der Privatautonomie im wirtschaftlichen Bereich vor allem noch die Vertragsfreiheit in der vertikalen Dimension des Wettbewerbsgeschehens, im Austauschprozess, und dabei auch nur im güter- und kapitalmarktlichen Leistungsaustausch, hier namentlich aber auch im Wettbewerb innerhalb verschiedener Produktions- und Distributionsstufen.
- 192 Zum Kern der nach Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Wirtschaftsfreiheit ist sodann die **Wettbewerbsfreiheit** zu zählen.³⁷⁶ Ihr Inhalt ist es, den Wirtschaftssubjekten eine Marktbetätigung ohne hoheitliche Beeinträchtigung und staatlich bewirkte Wettbewerbsverzerren, freien Markteintritt und Marktaustritt zu sichern.³⁷⁷ Die Wettbewerbsfreiheit schafft damit den prozessualen Hebel für die Zulässigkeit sog. Konkurrenten- oder Drittklagen, die sich typischerweise gegen Subventionierungen von Wettbewerbern richten werden.³⁷⁸ Gerade für das inhaltliche Verständnis dieser Wettbewerbsfreiheit kommt es naturgemäß auf das als maßgeblich zugrundegelegte wettbewerbliche Leitbild an. Die grundgesetzliche Gewährleistung scheint sich demnach desto mehr zu verengen, je stärker Wettbewerb in Abhängigkeit zu gesamtwirtschaftlichen Funktionen, Marktstrukturen etc. begriffen wird.
- 193 Diese (scheinbare) Abhängigkeit darf aber nicht dazu verleiten, umgekehrt die Wahl der maßgeblichen Wettbewerbskonzeption ihrerseits als von **verfassungsmäßigen Vorgaben** gelöst und insoweit beliebig anzusehen. Die nach Art. 2 Abs. 1 GG verbürgte Wettbewerbsfreiheit hat vielmehr wegen der erforderlichen gedanklichen Einbindung

375 BVerfG 16.1.1957 BVerfGE 6, 32; BVerfG 12.11.1958 BVerfGE 8, 274, 328; BVerfG 16.5.1961 BVerfGE 12, 341, 347; BVerfG 19.10.1983 BVerfGE 65, 196, 210. Baumbach/Hefermehl Allg. Rn. 49; *Ballerstedt* in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner* (Hrsg.), *Die Grundrechte III/1* (1966) 70; Maunz/Dürig/*Di Fabio* GG 63. Aufl. (Stand 2011) Art. 2 Rn. 101; *Fikentscher* Bd. II § 20 V 5e; *Raiser* JZ 1958, 1, 5; *Schmidt-Salzer* NJW 1970, 8.

376 BVerfG 8.2.1972 BVerfGE 32, 311, 316 = GRUR 1972, 358, 360 – Grabsteinwerbung; BVerwG 30.8.1968 BVerwGE 30, 191, 198; BVerwG 22.5.1980 BVerwGE 60, 154, 159; *Ballerstedt* in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner* (Hrsg.), *Die Grundrechte III/1* (1966) 70; Baumbach/Hefermehl Allg. Rn. 50; *Fikentscher* Bd. II, § 20 V 5c, d; *Weimar/Schimikowski* Grundzüge des Wirtschaftsrechts, 2. Aufl. (1993) Rn. 78; *a.A. Erichsen* in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland VI* (1989) § 152 Rn. 62. – Zur Wettbewerbsfreiheit als Verfassungsbegriff s. *Leisner* Wettbewerb S. 47 ff., 170 f.

377 BVerwG 30.8.1968 BVerwGE 30, 191, 198 f.; BVerwG 22.5.1980 BVerwGE 60, 154, 159; BVerwG 23.3.1982 BVerwGE 65, 167, 174; BVerwG 18.4.1985 BVerwGE 71, 183, 189 f.; *R. Schmidt* Öffentliches Wirtschaftsrecht S. 163; s.a. *Huber* DÖV 1956, 137.

378 BVerwG 30.8.1968 BVerwGE 30, 191, 196 (m. Anm. *Friauf* DVBl. 1969, 368); *Mössner* JuS 1971, 131; *Scholz* NJW 1969, 1044; *Selmer* NJW 1969, 1266; *Skouris* Verletzttenklagen und Interessentenklagen (1979) passim; *Zuleeg* Subventionskontrolle durch Konkurrentenklage (1974) passim. S.a. OVG Münster NVwZ 1984, 522, 524 f.; ferner schon *Nipperdey* Marktwirtschaft S. 39 f.

des Art. 2 Abs.1 GG in den Gesamtzusammenhang der Wirtschaftsgrundrechte eine nicht exogen, nicht erst durch wirtschaftswissenschaftliche Wettbewerbskonzeptionen vermittelte Substanz an ökonomischer Handlungsfreiheit, die durch die dortige Schrankentrias schon wegen der Wesensgehaltsgarantie nicht zur Bedeutungslosigkeit herabgemindert werden kann.³⁷⁹ Allerdings wird diese Substanz erst in der Dialektik zwischen grundgesetzlicher Wettbewerbsfreiheit und neoklassischer Wettbewerbskonzeption hinreichend transparent und darstellbar.³⁸⁰

Aber nicht nur vor diesem Hintergrund ist es bedenklich, die Wettbewerbsfreiheit 194 materiell aus Art. 2 Abs. 1 GG herauszulösen und die freie Teilnahme am Wettbewerb als Unterfall der Berufsfreiheit dem Regelungsbereich des angeblich sachnäheren Art. 12 Abs. 1 zuzuweisen.³⁸¹ Dieser Zuordnungswechsel bedingt nämlich eine Blickwinkelverengung der Wettbewerbsfreiheit auf die Unternehmer- bzw. Unternehmensfreiheit³⁸² (speziell etwa auch auf Produktions-, Sortiments- und Werbefreiheit), wobei die Konsumentenfreiheit als integraler Bestandteil der Wettbewerbsfreiheit in der Vertikaldimension des Wettbewerbs auf der Strecke bleiben müsste. Dieser wesensmäßigen **Ambiguität der Wettbewerbsfreiheit** entspricht es, wenn diese Freiheit auch als Ausprägung der Marktfreiheit, des rechtlich gewährleisteten Freiraums selbstverantwortlicher Gestaltung der Marktbeziehungen insgesamt, thematisiert wird.³⁸³ Zumindest insoweit ist also an der Anbindung der Wettbewerbsfreiheit an Art. 2 Abs.1 GG festzuhalten.

Die Verschiebung der Wettbewerbsfreiheit von Art. 2 Abs. 1 zu Art. 12 Abs. 1 GG führt 195 zu einer eventuellen **Verkürzung des Freiheitsinhalts** auch insoweit, als wegen des angenommenen personalen Grundzuges der Berufsfreiheit juristische Personen und Gesamthandsgesellschaften als Teilnehmer des Wettbewerbs nur in dem Rahmen geschützt sein würden, in dem die betreffende wirtschaftliche Betätigung ihrer Art und ihrem Wesen nach auch von natürlichen Personen ausgeübt werden könnte.³⁸⁴ Die geringere Einschränkung des Rechts aus Art. 12 Abs. 1 GG gegenüber der mit Art. 2 Abs. 1 GG gewährten Position bedeutet keine adäquate Kompensation jener doppelten Schwächung der Wettbewerbsfreiheit.

Art. 2 Abs. 1 GG statuiert i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG – tatbestandlich viel enger als die 196 allgemeine Handlungsfreiheit – ein „unbenanntes“ Freiheitsrecht, das als „**Allgemeines Persönlichkeitsrecht**“ auf den Schutz des Individuums in seiner engeren Persönlichkeitssphäre abhebt.³⁸⁵ Wettbewerbsrechtlich bedeutsam ist auch und gerade die Transposition dieses Rechts in den privatrechtlichen Bereich,³⁸⁶ die methodologisch freilich nicht als unmittelbare Drittwirkung des Grundrechts, sondern als Lückenschließung der Dog-

379 S.a. BVerfG 16.1.1957 BVerfGE 6, 32, 41. Weitaus enger aber BVerwG 30.8.1968 BVerwGE 30, 191, 198 f.: Wettbewerbsfreiheit erst essentiell tangiert, wenn sie „im unerträglichen Maße eingeschränkt“ ist.

380 S. näher Rn. 165 ff. Methodologisch besteht hier eine Parallele zum Prinzip verfassungskonformer Auslegung (dazu grundlegend BVerfG 7.5.1953 BVerfGE 2, 266, 282) wie zur Theorie der Wechselwirkung zwischen Grundrechtsvorbehalt und grundrechtseinschränkender Norm, dazu schon BVerfG 15.1.1958 BVerfGE 7, 208 f.

381 BVerfG 8.2.1972 BVerfGE 32, 311, 317 = GRUR 1972, 358, 360 – Grabsteinwerbung; BVerfG 12.10.1977 BVerfGE 46, 120, 137; OVG Münster 22.9.1982 NVwZ 1984, 522, 524; R. Schmidt Öffentliches Wirtschaftsrecht S. 163; Scholz AöR 100 (1975), 80, 128 f.

382 So jedenfalls tendenziell BVerfG 14.10.1970 BVerfGE 29, 260, 267; BVerfG 1.3.1979 BVerfGE 50, 290, 363, 366; BVerfG 19.10.1983 BVerfGE 65, 196, 210.

383 *Ballerstedt* in Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte III/1 (1966) 66 ff.

384 Vgl. BVerfG 4.4.1967 BVerfGE 21, 261, 266; BVerfG 11.3.1968 BVerfGE 23, 208, 223; BVerfG 16.3.1971 BVerfGE 30, 292, 312; BVerfG 1.3.1979 BVerfGE 50, 290, 362; BVerfG 4.12.1979 BVerfGE 53, 1, 13.

385 Vgl. nur BVerfG 14.02.1973 BVerfGE 34, 269; BVerfG 3.6.1980 BVerfGE 54, 148.

386 BGH 25.5.1954 BGHZ 13, 334, 338 = GRUR 1955, 197, 198 – Leserbrief; BGH 26.11.1954 BGHZ 15, 249 – Cosima Wagner.

matik durch Schaffung eines privatrechtlichen Pendantes zu Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zu verstehen ist. Im dogmengeschichtlich eher durch den Vermögensbezug geprägten Privatrecht wäre der Persönlichkeitsschutz sonst zu schwach entwickelt, nämlich nur in wenigen Facetten wie z.B. hinsichtlich Name (§ 12 BGB), Abbildung (§§ 22–24 KUG) oder Urheberschaft (§§ 12–14 UrhG).

197 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht tritt wettbewerbsrechtlich durchweg nicht unter dem Aspekt aktiver Persönlichkeitsentfaltung in Erscheinung, sondern wird mehr durch das Wettbewerbsverhalten anderer passiv tangiert, z.B. durch **aggressives Marketing**, z.B. durch unerbetene Kontaktaufnahme in der (häuslichen) Privatsphäre.³⁸⁷ Die wettbewerbsrechtliche Relevanz dieser besonderen Ausstrahlungswirkung des Art. 2 Abs. 1 GG im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht hält sich allerdings in Grenzen, weil in solchen Fallgestaltungen regelmäßig spezielle lauterkeitsrechtliche Unzulässigkeitstatbestände eingreifen, namentlich solche des § 7 Abs. 2. Es bleiben aber nicht speziell erfasste Konstellationen, etwa Formen der personenbezogenen Hinweiswerbung und einer darin eventuell beschlossenen Namensnennung ohne Verletzung des Namensrechtes (§ 12 BGB) oder sonstiger rechtswidriger Vermarktung von Name und Bild, eventuell auch Ruf und Ansehen anderer, zumeist medienpräsenter Personen mit entsprechendem Bekanntheitsgrad.³⁸⁸

198 **c) Art. 3 Abs. 1 GG.** In engem gedanklichen Zusammenhang mit Vertragsfreiheit und Wettbewerbsfreiheit steht die Gleichheitsidee, die ihren allgemeinen verfassungsrechtlichen Ausdruck in Art. 3 Abs. 1 GG gefunden hat. Werden die grundgesetzlichen (Wirtschafts-)Freiheiten zutreffend als konstitutive Faktoren ergebnisoffener ökonomischer Prozesse begriffen (s. Rn. 172), so verwirklicht sich in dem von Wettbewerb geprägten Markt und in den selbstverantworteten marktlichen Tauschvorgängen *eo ipso* ein wesentliches Moment der Gleichheit schon als Verhinderung der Konzentration ökonomischer Macht und daraus resultierender Diktate.³⁸⁹

199 Es handelt sich dabei allerdings nicht um eine egalisierende, die tatsächlichen Unterschiede nivellierende Gleichheit, sondern um die Gleichheit des *sum cuique* auf der Basis eines für alle Akteure rechtsförmlich einheitlichen Status, einer für alle identischen Rechts-, Geschäfts- und Zurechnungsfähigkeit.³⁹⁰ Indem das jedem Gebührende nicht von außen, namentlich nicht von Staats wegen verordnet wird, sondern sich konkret erst als nicht prognostizierbares Ergebnis wahrgenommener Privatautonomie manifestiert, sichert diese Gleichheit sowohl die Freiheitsreproduktion als sie auch die tendenziell gerechteste Verteilung knapper Güter bewirkt. Vermittels dieser Gleichheit zeigt sich der Markt seinerseits als Ausfluss des Sozialstaatsprinzips, muss dieses Prinzip also gerade nicht durch Marktintervention zur Wirkung gebracht werden (s.a. Rn. 174f.).³⁹¹ Nur so stehen sich Individualprinzip und Markt einerseits, Sozialprinzip und (Verteilungs-) Gerechtigkeit andererseits, in der Tat nicht antithetisch gegenüber.³⁹²

387 Ausführlich zum Persönlichkeitsschutz vor Werbung, gerade im häuslichem Intimbereich als Konsequenz der Anerkennung eines „Konsumentenpersönlichkeitsrechtes“ Ehlers WRP 1983, 187; Hefermehl GRUR 1980, 622; Krüger-Nieland GRUR 1974, 561; Steindorff Persönlichkeitsschutz im Zivilrecht (1983) passim; s.a. Degenhart JuS 1992, 361, 368.

388 Krüger GRUR 1980, 628.

389 Eindrucksvoll Fikentscher Bd. II § 20 V 3a und 4a bb.

390 Schünemann FS Brandner 279, 282ff.

391 Fikentscher Bd. II § 20 V 3a und 4a bb.

392 Vgl. Kirchhof in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland VIII 3. Aufl. (2010) § 169 Rn. 99 ff.; s.a. Baumbach/Hefermehl Allg. Rn. 69, wo dieser Ansatz

Mit Blick auf die grundgesetzlich gewährleistete Rechtsgleichheit war deshalb der Versuch zum Scheitern verurteilt, einen im früheren Rabattgesetz angelegten „Grundsatz gleicher Preisstellung“ aller Kunden³⁹³ als von Art. 3 Abs.1 GG gedeckt oder gar gefordert ausweisen zu wollen. In diesem Lichte ist ferner das **Diskriminierungsverbot** des § 20 GWB keine Ausnahme vom Gleichheitsgrundsatz oder auch nur seine materielle Sonderregelung,³⁹⁴ sondern nur dessen Bestätigung,³⁹⁵ wenn dort – man kann sagen: auch – für marktbeherrschende bzw. relativ marktmächtige Unternehmen etc. der „sachlich gerechtfertigte Grund“ für differenzierendes Wettbewerbshandeln verlangt wird. Das Problem liegt bekanntermaßen überhaupt und deshalb auch hier nicht in der Anerkennung des Gleichheitspostulats, sondern in der ihm vorausliegenden Wertung, welche Differenzierungskriterien zulässig sein sollen.³⁹⁶ Darauf gibt aber auch § 20 GWB keine Antwort. Jedenfalls im Konzept der Wettbewerbsfreiheit sind solche Antworten wohl überhaupt unmöglich.

Davon abgesehen erscheint es als Tautologie, die sachliche Rechtfertigung „prinzipiell in jeder verständigen unternehmerischen Erwägung“ zu erblicken.³⁹⁷ Wirklich präkär wird diese Formel aber in Verbindung mit Überlegungen der früheren Judikatur, den „verständigen Unternehmer“ mit der Person des Richters zu identifizieren.³⁹⁸ Es überrascht deshalb nicht, dass die Gefahr des Leerlaufens des Diskriminierungsverbots beschworen worden ist.³⁹⁹ Auch die **Kasuistik** der Judikatur zeichnet sich nicht gerade durch überbordende Plausibilität aus.⁴⁰⁰ Im öffentlichen Wirtschaftsrecht ist es um die Operationalität des allgemeinen Gleichheitssatzes naturgemäß nicht besser bestellt.⁴⁰¹

d) Art. 4 Abs. 2 GG. Dass auch Grundrechte bzw. in ihnen beschlossene Wertentscheidungen, die keine Elemente der Wirtschaftsverfassung darstellen, im Einzelfall mit dem Wettbewerbsgeschehen in Beziehung treten können, wird man nicht von vornherein ausschließen können. Ein markantes Beispiel dafür liefert die durch Art. 4 Abs. 2 GG gewährleistete Freiheit der **Religionsausübung** bezüglich der sog. Kanzelwerbung.⁴⁰² In dem noch zum alten Recht (vor 2004) vom BVerfG entschiedenen Leitfall⁴⁰³ war im (katholischen) Gottesdienst von der Kanzel für die Altmaterialiensammlung einer kirchlichen Jugendvereinigung geworben worden, deren Erlös für Missionsaufgaben etc. verwendet werden sollte. Im Verlauf dieser Aktion war das Geschäft eines Rohstoffhändlers zum Erliegen gekommen. Die Entscheidung bejahte eine Ausstrahlungswirkung: Die Sammlung und ihre Werbung seien mit Rücksicht auf deren religiös-karitativen Charakter Teil der Religionsausübung und somit im Rahmen der erforderlichen Interessen-

fehlender Antithetik allerdings dazu zu dienen scheint, um die Möglichkeit von Marktinterventionen als dem Grundrechtsinhalt bereits immanent auszuweisen; ähnlich Köhler/Bornkamm Einl. Rn. 1.48.

³⁹³ Vgl. Reichsanzeiger 1933 Nr. 184.

³⁹⁴ So aber Baumbach/Hefermehl Allg. Rn. 68 für 26 Abs. 2 GWB a.F.

³⁹⁵ S.a. BGH 7.11.1960 BGHZ 33, 259, 266 – Molkereigenossenschaft; Raiser JZ 1958, 1, 8.

³⁹⁶ Vgl. nur Badura Staatsrecht, 5. Aufl. (2012) C 45 ff.; Dürig/Scholz in Maunz/Dürig, GG 63. Aufl. (Stand 2011) Art. 3 Abs.1 Rn. 1 f.; Gubelt in v. Münch (Hrsg.), GG 5. Aufl. Bd. 1 (2000) Art. 3 Rn. 16a; Hesse AöR 109 (1984) 174, 188; Starck Die Anwendung des Gleichheitssatzes in Link (Hrsg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat (1982) 51, insbesondere auch S. 64; s.a. Pietzcker JZ 1989, 305.

³⁹⁷ Vgl. Rittner Wettbewerbs- und Kartellrecht, 4. Aufl. (1993) § 12 C II 3b m.w.N.

³⁹⁸ Sehr nahe daran BGH 24.2.1976 GRUR 1976, 711, 714 – Asbach-Fachgroßhändlervertrag.

³⁹⁹ Vgl. Emmerich Die AG 1976, 91, 97.

⁴⁰⁰ Beispielhaft etwa BGH 20.11.1975 GRUR 1976, 206, 208 f. – Rossignol; BGH 24.3.1981 GRUR 1981, 610 – SB-Verbrauchermarkt; BGH 8.3.1983 GRUR 1983, 396 f. – Modellbauartikel III.

⁴⁰¹ Dazu umfassend R. Schmidt Öffentliches Wirtschaftsrecht S. 165 ff.

⁴⁰² Vgl. BVerfG 16.10.1968 BVerfGE 24, 236 = GRUR 1969, 137 – Aktion Rumpelkammer.

⁴⁰³ BVerfG 16.10.1968 BVerfGE 24, 236, 251 f. = GRUR 1969, 137 – Aktion Rumpelkammer.

abwägung⁴⁰⁴ gegenüber dem konkurrierenden Rohstoffhändler stärker zu gewichten. Im Ergebnis sei die diesbezügliche Kanzelwerbung mithin wettbewerblich nicht zu beanstanden.

203 Trotz des einleuchtenden Ausgangspunktes der Religionsfreiheit – mildtätige Nächstenliebe ist ein zentrales Anliegen christlichen Glaubens – vermag die Entscheidung nicht zu befriedigen, weil es hier (in der aktuellen gesetzlichen Terminologie) bei den Aktivitäten einer kirchlichen Jugendvereinigung mangels deren Qualität als Unternehmen an einer „**geschäftlichen Handlung**“ fehlen dürfte, so dass eine Unlauterkeitsprüfung gegenstandslos ist und sich die Frage einer Ausstrahlungswirkung des Art. 4 Abs. 2 GG also gar nicht stellt.⁴⁰⁵ Wollte man aber in der Sammeltätigkeit eine geschäftliche Handlung noch als wettbewerbsrechtliches Schutzobjekt bejahen, so wäre nach geltendem Recht anhand § 4 Nr. 1 über die Lauterkeit zu entscheiden.

204 Bei der Prüfung, ob mit dem **Appell an die Nächstenliebe** ein „unsachlicher, unangemessener Einfluss“ auf die Entscheidung über die Materialabgabe ausgeübt wurde, müsste das Argument der Religionsfreiheit zunächst freilich im Lichte der Einsicht gewürdigt werden, dass es für das Lauterkeitsurteil bei einem wettbewerbsfunktionalen, nicht moralisch gefärbtem Verständnis des Lauterkeitsrechts nicht auf die Motivlage der Akteure ankommen kann, sei diese nun ehrenwert oder aber nicht.⁴⁰⁶ Im Übrigen findet die Religionsausübungsfreiheit auch ohne ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt ihre Schranken in den allgemeinen Gesetzen und damit auch im UWG.⁴⁰⁷ Insgesamt gesehen sind Ausstrahlungseffekte des Art. 4 Abs. 2 GG im Lauterkeitsrecht somit nur gering.

205 e) Art. 5 GG (Art. 10 EMRK, Art. 11 EuGrCh). Die wettbewerbsrechtliche Relevanz der in Art. 5 GG getroffenen verfassungsrechtlichen Wertentscheidung ist mehrschichtig angelegt. Seine wirtschaftsverfassungsrechtlich herausragende Bedeutung gewinnt Art. 5 GG dadurch, dass der marktwirtschaftliche Abstimmungsmechanismus zwischen Angebot und Nachfrage diesbezüglich **kommerzielle Kommunikationsfreiheit** (und dem vorgelagert: Informationsfreiheit) voraussetzt.⁴⁰⁸

206 Es kann dabei nicht nur darum gehen, irgendeine Art der Kommunikation rechtlich zu gewährleisten. Vielmehr ist in diesem Zusammenhang auch dem technischen Fortschritt in der Kommunikationstechnik und der dadurch bedingten Medienvielfalt Rechnung zu tragen. Allein die Telekommunikation durch Nutzung des **Internet** wirft bezüglich sog. Domains, (Hyper-)Links, Suchmaschinen, Pop Ups, Verkaufs- und Diskussionsportalen, sozialen Netzwerken, Filtersoftware etc. viele spezifische wettbewerbsrechtliche Fragen auf.⁴⁰⁹ Der in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG verankerte institutionelle Schutz der

404 Seinerzeit im Rahmen der auf einen Verstoß gegen die „guten Sitten“ abstellenden § 1 UWG a.F.

405 Die rechtliche Beurteilung bezog sich damals auf eine Handlung „im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs“. S.a. *Gärtner* BB 1970, 1361, 1363.

406 Vgl. Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 3 Rn. 345 ff., 349 m.w.N.

407 Zu immanenten Schranken des Art. 4 Abs. 2 GG s. *Mager* in v. Münch (Hrsg.) GG, 5. Aufl. Bd. 1 (2000) Art. 4 Rn. 64, 46 ff.; Maunz/Dürig/Herzog GG 63. Aufl. (Stand 2011) Art. 4 Rn. 111 ff., 148 ff.

408 Fezer/Fezer Einl. E Rn. 312 f.; *Paschke* Medienrecht, 3. Aufl. (2009) Rn. 166 ff.; *Keßler* Vom Recht des unlauteren Wettbewerbs zum Recht der Marktkommunikation – Individualrechtliche und institutionelle Aspekte des deutschen und europäischen Lauterkeitsrechts, in Krejci/Keßler/Augenhofer (Hrsg.) S. 81 ff., 92 ff.; *ders.* WRP 2005, 1203 ff.; *Micklitz/Keßler* GRUR Int. 2002, 885, 899 ff.; *dies.* WRP 2003, 919, 921 ff.; *Kugelmann* DÖV 2005, 851 ff.; *Stober* Allg. Wirtschaftsverwaltungsrecht § 19 I; teilweise kritisch *Wunderle* S. 263 ff., s.a. *Bohling* S. 9.

409 Vgl. z.B. BGH 22.11.2001 – I ZR 138/99 – GRUR 2002, 622 – shell.de; BGH 25.11.2002 – AnwZ (B) 8/02 – NJW 2003, 504 – rechtsanwaelte-notar.de; BGH 17.7.2003 – I ZR 259/00 – GRUR 2003, 958 – Internetsuchdienst für Presseartikel/Paperboy; BGH 8.2.2007 – I ZR 77/04 – GRUR 2007, 784 – Aidol; BGH 13.11.2003 – I ZR 40/01 – GRUR 2004, 249 – Umgekehrte Versteigerung im Internet; OLG Hamm 1.3.2007 –

Medienfreiheit⁴¹⁰ kann dabei wettbewerbsrechtlich nicht nur dort ins Spiel kommen, wo sich die Wirtschaftswerbung eben dieser Medien bedient, sondern muss gerade auch für den wirtschaftlichen Wettbewerb der Medien selber interpretiert werden.⁴¹¹

Seine Schranken findet der Schutz nach Art. 5 Abs. 1 GG unter anderem allerdings in den „allgemeinen“, nicht gegen die Meinungs- bzw. Medienfreiheit als solche gerichteten Gesetzen. Dazu zählt auch das Lauterkeitsrecht in seiner werbebeschränkenden Wirkung.⁴¹² Diese Schranken müssen ihrerseits wieder im Lichte der essentiellen Bedeutung der Meinungs- und Medienfreiheit für den freien Willensbildungsprozess interpretiert, im Ergebnis also ihrerseits wieder restriktiv ausgelegt werden, um die Kommunikationsfreiheit möglichst wirksam zur Geltung zu bringen.⁴¹³ Zur Bestimmung dieser **Schranken-Schranken** bedarf es also einer Interessenabwägung, die tendenziell zu einer Präponderanz des grundrechtlichen Wertgehalts führen wird.⁴¹⁴ 207

Die Wechselwirkung zwischen Grundrecht und Schrankennorm ist allerdings weniger deutlich greifbar, wenn das „allgemeine Gesetz“, wie vor allem im Fall des § 3 Abs. 1, mit einer **Generalklausel** arbeitet. Denn dann kann die geforderte Interessenabwägung nicht gleichsam schaukelartig von statuten gehen, sondern fließt bereits in den Tatbestand der Schrankennorm ein, hier also in den Maßstab der Lauterkeit.⁴¹⁵ Teilt man die Auffassung, dass die Generalklausel des § 3 Abs. 1 kaum jemals als unmittelbare Verbotsnorm anwendbar ist,⁴¹⁶ spielt diese Besonderheit allerdings keine Rolle, weil die lauterkeitsrechtlichen Einzeltatbestände in die übliche Schranken-Schranken-Mechanik einzustellen sind. 208

Dass die Wirtschaftswerbung überhaupt am Schutz der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG teilhat, ist freilich dann nicht unzweifelhaft, wenn man die Meinungsfreiheit exklusiv in den Kontext gerade des demokratischen Willensbildungsprozesses zu stellen und damit als politisches Prinzip zu begreifen hätte.⁴¹⁷ Diese Restriktion würde jedoch der Einsicht nicht gerecht, dass die Meinungs(äußerungs)freiheit wesentlich nicht nur für die politisch relevante und darin jedenfalls „öffentliche Meinung“ ist, sondern jen-

4 U 142/06 – NJW-RR 2007, 1264; medienspezifischer Problemüberblick bei Harte/Henning/Frank (2. Aufl. 2009) Einl. G Rn. 2 ff.; näher Paschke Medienrecht, 3. Aufl. (2009) Rn. 785 ff.

410 BVerfG 6.10.1959 BVerfGE 10, 118, 121; BVerfG 28.2.1961 BVerfGE 12, 205, 260 ff.; BVerfG 5.8.1966 BVerfGE 20, 162, 175; BVerfG 5.6.1973 BVerfGE 35, 202, 221; BVerfG 15.11.1982 BVerfGE 62, 230, 234 = GRUR 1984, 357, 359 – markt-intern; BVerfG 25.1.1984 BVerfGE 66, 116; Beater Medienrecht (2007) Rn. 804 ff., 808 ff., 1892 ff.; Paschke Medienrecht, 3. Aufl. (2009) Rn. 193 ff., 201 ff.; Stober Allg. Wirtschaftsverwaltungsrecht § 19 I 3.

411 BVerfG 27.7.1971 BVerfGE 31, 314, 322; BVerfG 7.6.1977 BVerfGE 45, 63, 78; Beater Medienrecht (2007) Rn. 714 ff.

412 BVerfG 15.11.1982 BVerfGE 62, 230, 234 = GRUR 1984, 357, 359 – markt-intern; BGH 20.3.1986 GRUR 1986, 812 – Gastrokritiker; OLG Düsseldorf 5.5.1983 GRUR 1984, 131, 134 – Fragebogenaktion; OLG Düsseldorf 15.12.1983 GRUR 1984, 366, 368 f. – Westfälischer Friede; zweifelnd Leisner Die Pressegleichheit (1976) 90; s.a. Drettmann S. 211.

413 Grundlegend zu dieser sog. Wechselwirkungslehre BVerfG 15.1.1958 BVerfGE 7, 198, 208 f. S.a. BVerfG 15.11.1982 BVerfGE 62, 230, 234 = GRUR 1984, 357, 359 – markt-intern; Möschel Pressekonzentration S. 60; eingehend Messer Wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Presseäußerungen, FS v. Gamm (1990) 95, 104 f.; Kloepfer/Michael GRUR 1991, 170, 173 ff.

414 BVerfG 15.1.1958 BVerfGE 7, 198, 209 ff.; BGH 10.1.1968 BGHZ 50, 1, 5 – Pelzversand.

415 OLG Düsseldorf 15.12.1983 GRUR 1984, 366, 368 – Westfälischer Friede.

416 Ausführlich dazu Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 3 Rn. 97 ff., 464 f.; s.a. ders. WRP 2004, 925, 927; ders. JZ 2005, 271, 278.

417 So jedenfalls in *obiter dicta* BVerfG 15.1.1958 BVerfGE 7, 198, 208; BVerfG 5.6.1973 BVerfGE 35, 202, 221; s. ferner namentlich Eicke WRP 1988, 645, 648.

seits öffentlicher Wirksamkeit schlechthin den unmittelbarsten **Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit** darstellt.⁴¹⁸

- 210** Diese Qualität kann auch für die Wirtschaftswerbung nicht von vornherein mit dem Hinweis auf den ihr eigenen absatzstimulierenden Zweck in Abrede gestellt werden.⁴¹⁹ Doch ist für die Einbeziehung der Wirtschaftswerbung in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG damit nur eine notwendige, nicht jedoch hinreichende Bedingung erfüllt. Die **Rechtsprechung** ist in der Beurteilung der Wirtschaftswerbung als Gegenstand der Meinungsfreiheit teilweise uneinheitlich oder doch zumindest unklar gewesen. Während gerade in der älteren Rechtsprechung der grundrechtsrelevante Meinungscharakter der Wirtschaftswerbung durchweg verneint wurde,⁴²⁰ neigte die Judikatur immer mehr dem Gegenstandspunkt zu⁴²¹ und stellte ihn schon vor der Benetton-Rechtsprechung des BVerfG⁴²² nicht mehr grundsätzlich in Frage.⁴²³ Das neuere Schrifttum befürwortet ebenfalls schon lange die Einbeziehung der Wirtschaftswerbung in den Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG.⁴²⁴
- 211** Dem ist ganz sicher dann beizupflichten, wenn die Wirtschaftswerbung **Werturteile** i.w.S. enthält,⁴²⁵ also „Meinungen“ im Gegensatz zu (Tatsachen-) **Informationen**, gleichbedeutend mit „**Angaben**“ i.S.d. Anhangs zu § 3 Abs. 3 (sog. schwarze Liste), z.B. Nr. 1, 3, 4 etc.⁴²⁶ Beides lässt sich freilich oft schwer trennen, einerseits, weil Werturteile häufig einen Angabenkern einschließen, andererseits, weil selbst in der Tatsachenauswahl bereits eine Wertung liegt.⁴²⁷
- 212** Deshalb ist auch der Transfer von (Tatsachen-)Informationen als von Art. 5 Abs. 1 GG gewährleistet zu betrachten, weil die Freiheit der Meinung ohne freie Meinungsbildung und – ihr vorausliegend – ohne Gewinnung der tatsächlichen Grundlagen der Meinung ins Leere geht, wie durchaus auch das BVerfG (freilich nicht in wettbewerbsrechtlichem Kontext) zutreffend festgestellt hat.⁴²⁸ Insofern ist Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG wichtiges Element

418 Auch zu diesem Verständnis des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG s. schon BVerfG 15.1.1958 BVerfGE 7, 198, 208.

419 So aber BVerwG 4.3.1954 NJW 1954, 1133; BVerwG 28.6.1955 BVerwGE 2, 172, 178 f.; s.a. BVerfG 3.1.1980 BVerfGE 53, 96, 99 sowie abgeschwächt BVerfG 10.12.1975 BVerfGE 40, 371, 382. Vgl. demgegenüber *Friauf/Höfling* AfP 1985, 249 f.

420 Vgl. die soeben Genannten sowie BGH 25.6.1953 BGHSt 5, 12, 22; BGH 24.11.1955 BGHSt 8, 360, 379; OLG Braunschweig 24.2.1956 NJW 1956, 839 f.

421 BVerfG 23.3.1971 BVerfGE 30, 336; BVerfG 3.1.1980 BVerfGE 53, 96; BVerfG 19.11.1985 BVerfGE 71, 162, 173 ff.; OLG Köln 10.4.1992 GRUR 1992, 454 – Zigarettenwerbung; s.a. BVerfG 14.7.1987 BVerfGE 76, 171 sowie BVerfG 14.7.1987 BVerfGE 76, 196 zur zumindest gleichgelagerten anwaltlichen „Werbung“; anders BVerfG 10.12.1975 BVerfGE 40, 371, 382; wohl auch BVerfG 4.4.1967 BVerfGE 21, 271, 278 f. sowie BVerfG 10.5.1983 NJW 1984, 1101, 1102.

422 BVerfG 12.12.2000 – 1 BvR 1762/95; 1 BvR 1787/95 – BVerfGE 102, 347 = GRUR 2001, 170 – Benetton I; BVerfG 11.3.2003 – 1 BvR 426/02 – BVerfGE 107, 275 = GRUR 2003, 442 – Benetton II.

423 BGH 6.7.1995 GRUR 1995, 595, 597 – Kinderarbeit; BGH 19.6.1997 GRUR 1997, 916, 919 – Kaffeebohne.

424 *Braun* WRP 1982, 510, 512 ff.; *Drettmann* S. 59 ff., 93 ff.; *Friedrich* WRP 1972, 113; *Geck/Böhmer* JuS 1973, 503; *Jarass* NJW 1981, 193 f.; *ders.* NJW 1982, 1833 f.; *Keßler* WRP 1987, 75, 81; *Kloepfer/Michael* GRUR 1991, 170, 173 ff.; *Kresse* WRP 1985, 536; *Lerche* S. 79 f.; *Paulus* WRP 1990, 22; *Scheller* GRUR 1991, 111; *Selmer* JuS 1980, 371 f.; *Stober* Grundrechtsschutz S. 146; v. Mangoldt/Klein/Starck GG 3. Aufl. (1985) Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 Rn. 18, 174; *Wacke* FS Schack 197, 205 ff.; *Weides* WRP 1976, 585, 587; **a.A.** z.B. Mangoldt/Klein GG 2. Aufl. (1977) Art. 5 Anm. III 3; früher auch *Starck* AöR 92 (1967) 449, 471; differenzierend *Schüle* in *Schüle/Huber* (Hrsg.), *Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit* (1961) 23.

425 BVerfG 12.7.2007 – 1 BvR 2041/02 – GRUR 2008, 81 – Pharmakartell.

426 Zu dieser Differenzierung s. bereits BVerfG 19.11.1985 BVerfGE 71, 162, 175.

427 Maunz/Dürig/Herzog GG 3. Aufl. (Stand 1991) Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 Rn. 51; *Kresse* WRP 1985, 536 f.; s.a. BVerfG 28.2.1961 BVerfGE 12, 205 f.

428 BVerfG 22.6.1982 BVerfGE 61, 1, 7 f.; BVerfG 9.10.1991 BVerfGE 85, 23, 31. Zu dieser Widersprüchlichkeit s. *Harte/Henning/Ahrens* (2. Aufl. 2009) Einl. F. Rn. 61 f.; *Wassermeyer* GRUR 2002, 126, 130.

einer Wirtschaftsverfassung, die auf „**unverfälschte Marktinformation**“, ⁴²⁹ also auf Transparenz hinsichtlich geschäftlicher Verhältnisse wie z.B. Produkte, Unternehmen etc., als Voraussetzung von Marktrationalität gründet. ⁴³⁰

Dass die Wirtschaftswerbung wegen des nicht zu leugnenden Sachzusammenhangs **213** auch als Schutzobjekt der Wettbewerbsfreiheit und der Berufsfreiheit (Artt. 2 Abs. 1, 12 GG) anzusehen ist, kann die Wirtschaftswerbung, sei sie informierend, sei sie wertend, nicht aus dem Einzugsbereich des Art. 5 Abs. 1 GG eliminieren, um „willkürliche Ergebnisse“ zu vermeiden. ⁴³¹ Eher könnte wegen Spezialität des Art. 5 Abs. 1 ein **Konkurrenzproblem** in der entgegengesetzten Richtung zu lösen sein.

Für Freiheit und Grenzen der Wirtschaftswerbung kann auch Art. 10 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (**EMRK**) ⁴³² Bedeutung erlangen. ⁴³³ Danach hat jedermann Anspruch auf freie Meinungsäußerung ohne Eingriffe öffentlicher Behörden, dies unter Einschluss der Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten und Ideen (Abs. 1). Für eine *a limine* eingeschränkte Geltung dieser Kommunikationsfreiheit etwa unter Ausschluss des ökonomischen Sektors und dabei wiederum speziell der Werbefreiheit gibt es keinerlei Anhaltspunkte. Entsprechendes gilt für Art. 11 der Europäischen Grundrechtecharta. **214**

Art. 10 Abs. 2 EMRK lässt gesetzliche **Einschränkungen** dieser so weitgefassten **215** Freiheit zu, soweit diese unentbehrlich sind „im Interesse der nationalen Sicherheit, der Aufrechterhaltung der Ordnung und der Verbrechensverhütung, des Schutzes der Gesundheit und der Moral, des Schutzes des guten Rufes oder der Rechte anderer, um die Verbreitung von vertraulichen Nachrichten zu verhindern oder das Ansehen und die Unparteilichkeit der Rechtsprechung zu gewährleisten.“ Trotz weitgehender inhaltlicher Kongruenz mit Art. 5 GG ist Art. 10 EMRK nicht etwa über Art. 1 Abs. 2 oder Art. 25 GG verfassungsähnlicher Rang in der Rechtsquellenhierarchie zuzubilligen, wohl aber die Qualität eines einfachen Gesetzes. ⁴³⁴

Innerhalb des deutschen (materiellen) Rechts kann sich ein dogmatisch greifbarer **216** Ausstrahlungseffekt des Art. 10 EMRK auf die rechtliche Beurteilung wettbewerblicher Sachverhalte wegen seiner durch Art. 5 GG gleichsam **konsumierten Normsubstanz** kaum einstellen, ⁴³⁵ doch zeigt sich eine prozessuale Relevanz von Art. 10 EMRK für das Wettbewerbsgeschehen in Deutschland durch den dadurch eröffneten Zugang zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR). Angesichts der seit Langem praktizierten Rechtsprechung des EGMR, die an die Unentbehrlichkeit der (Werbe-)Beschränkung mittels des Verhältnismäßigkeitsprinzips einen sehr strengen Maßstab anlegt und

429 Harte/Henning/Ahrens (2. Aufl. 2009) Einl. F Rn. 68.

430 Dambrowski in Bohling (Hrsg.) S. 167 ff.; Keßler WRP 1987, 75, 80 f.; ders. WRP 1990, 73.

431 Harte/Henning/Ahrens (2. Aufl. 2009) Einl. F Rn. 61 f.

432 BGBl. 1952 II S. 685 f., 953; 1954 II S. 14.

433 Harte/Henning/Ahrens (2. Aufl. 2009) Einl. F Rn. 50.

434 Vgl. für die h.M. nur Maunz/Dürig/Herdegen GG 63. Aufl. (Stand 2011) Art. 1 Abs. 2 GG Rn. 41; v. Münch/Kunig GG 5. Aufl. Bd. 1 (2000) Art. 1 Rn. 47; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf/Müller-Franken GG 12. Aufl. (2011) Vorb. vor Art. 1 Rn. 48 f.; Zippelius/Würtenberger Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. (2008) § 16 Rn. 37; a.A. Echterhölder JZ 1955, 689.

435 Noch weniger kann man Art. 10 EMRK unmittelbar als Element des nationalen Wettbewerbsprivatrechts einordnen und damit eine größere Nähe zum UWG herstellen, weil Art. 10 EMRK ersichtlich dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist („... ohne Eingriffe öffentlicher Behörden ...“).

auch Vorfragen des nationalen Wettbewerbsrechts judiziert,⁴³⁶ kann Art. 10 EMRK doch stärker ins Gewicht fallen, als es zunächst den Anschein hat.⁴³⁷

- 217 Dasselbe gilt für Art. 11 der Europäischen Grundrechtecharta (**EuGrCh**): Zwar ist auch seine Normsubstanz weitestgehend deckungsgleich mit Art. 5 GG, doch ist die Grundrechtecharta wegen Art. 6 Abs. 1 EUV in das europäische (Primär-)Recht inkorporiert, hat demzufolge Anwendungsvorrang sogar vor deutschem Verfassungsrecht und ist für den EuGH justiziabel (s. eingehend zu den sog. europäischen Grundrechten Einl. C Rn. 194 ff.; speziell zu Art. 11 EuGrCh. Einl. C Rn. 200 ff.).
- 218 Eine weitere Ausstrahlungswirkung des Art. 5 GG kann sich zeigen, wenn in Fällen des **Boykotts** der Verrufer sich wettbewerblich kontraproduktiv verhält, das drohende Verdikt der Unlauterkeit wegen „gezielter“ Konkurrentenbehinderung nach § 4 Nr. 10 aber noch auf den Wertgehalt des Art. 5 Abs. 1 GG abgestimmt werden muss, weil der Verrufer den Boykottaufruf als Instrument im Meinungskampf einsetzt.⁴³⁸ Plausibel ist hier ein interpretatives Kalkül, das mit Rücksicht auf die Wechselwirkung von Grundrecht und Lauterkeitsrecht die letztlich zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit führende Ausstrahlungswirkung des Art. 5 Abs. 1 GG nur auf den Versuch der Beeinflussung der öffentlichen Meinung bezieht, insbesondere hinsichtlich politischer, sozialer und kultureller Themen.⁴³⁹ Bei einem nur sehr begrenzten Leserkreis wird man von einem derartigen, auf Öffentlichkeit zielenden Versuch nicht reden können.⁴⁴⁰
- 219 Im Übrigen wird die Durchführung dieses Ansatzes notgedrungen zweifelhaft, wenn der Boykottierte seinerseits ein Presseunternehmen betreibt und somit den Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG grundsätzlich ebenfalls in Anspruch nehmen kann. Dann lässt sich wegen des **Neutralisationseffektes** eine allemal brisante inhaltliche Stellungnahme zu den vertretenen Meinungen, dem Verlagsprogramm etc. im Lichte anderer Grundrechte bzw. der verfassungsrechtlichen Wertordnung insgesamt schwerlich ausweichen.
- 220 Die Herbeiführung der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit eines Boykottaufrufs durch Einbeziehung des Wertgehalts von Art. 5 Abs. 1 GG ist aber jedenfalls nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil der Boykottaufruf auch den Geschäftsinteressen des Verrufers dient.⁴⁴¹ Dies charakterisiert ja überhaupt erst die **Problemkonstellation**, denn § 4 Nr. 10 kann als allgemeines Gesetz i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG mit diesem Grundrecht nur bei „geschäftlichem Handeln“ in jene spezifische Wechselwirkung treten.
- 221 Während beim Boykottaufruf Art. 5 Abs. 1 GG eine die wettbewerbliche Unlauterkeit zurückdrängende Ausstrahlungswirkung entfalten kann, ist im Zusammenhang mit dem sog. Titel-Merchandising oder dem kostenfreien Vertrieb von Anzeigenblättern, aber auch von Fachzeitschriften, Rundfunk- und Fernsehprogrammen u.ä., umgekehrt an eine **verschärfende Einflussnahme** des Art. 5 Abs. 1 GG auf das Lauterkeitsrecht zu denken. Befürchten lässt sich dabei etwa eine aus dem sog. Titel-Merchandising resultierende Abhängigkeit öffentlich-rechtlicher Fernsehanstalten bei der Programmgestaltung⁴⁴² sowie (vor allem bei kostenfreiem Pressevertrieb) eine Bestandsgefährdung der Presse.

436 EGMR 13.7.1983 GRUR Int. 1984, 631 – Barthold; EGMR 25.3.1985 GRUR Int. 1985, 468 – Tierärztlicher Nachtdienst II.

437 Zur wettbewerbsrechtlichen Relevanz der EMRK s.a. – speziell mit Blick auf die vergleichende Werbung – *Kloepfer/Michael* GRUR 1991, 170, 178 f.

438 Vgl. BVerfG 26.2.1969 BVerfGE 25, 256 für § 823 Abs. 1 BGB – Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb – als „allgemeines Gesetz“.

439 BVerfG 26.2.1969 BVerfGE 25, 256, 264; s.a. BGH 2.2.1984 GRUR 1984, 461 – Kundenboykott.

440 BVerfG 15.11.1982 BVerfGE 62, 230, 234 = GRUR 1984, 357, 360 – markt-intern.

441 Zutreffend BVerfG 26.2.1969 BVerfGE 25, 256, 264; BVerfG 15.11.1982 BVerfGE 62, 230, 234 = GRUR 1984, 357, 359; a.A. BGH 2.2.1984 GRUR 1984, 461 – Kundenboykott.

442 BGH 19.11.1992 BGHZ 120, 228 = GRUR 1993, 692 – Guldenburg.

Normkonkret verortet sind die sich im Medienbereich zahlreich stellenden lauterkeitsrechtlichen Bewertungsprobleme je nach Blickwinkel zum Einen namentlich in § 4 Nr. 3, 7 und 8 sowie in § 6, wofür auf die dortigen Kommentierungen verwiesen wird. Zum Anderen wird unter der überkommenen Rubrifizierung „**allgemeine Marktbehinderung**“ (oder „Marktstörung“) § 3 Abs. 1 als unmittelbare Verbotsgrundlage diskutiert.⁴⁴³ Letzteres ist aus grundsätzlichen teleologischen wie systematischen Gründen freilich bedenklich, ja, abzulehnen.⁴⁴⁴ Gleichwohl sollen die Problemstrukturen hier in einem primär am deutschen Recht orientierten grundrechtlichen Kontext (zu Art. 11 EuGrCh s. Rn. 216 sowie Einl. C Rn. 200ff.) skizziert werden:

Zumindest in Gestalt der herkömmlichen, überregionalen wie regionalen **Tagespresse** gilt die Presse einerseits zu Recht als unverzichtbares Element einer funktionierenden Demokratie bei der freien Bildung der öffentlichen Meinung, andererseits ist sie aber in privatwirtschaftlicher Trägerschaft auf die Erzielung von Einnahmen als ökonomische Grundlage ihrer Publikationstätigkeit angewiesen.⁴⁴⁵ Eine wesentliche Finanzierungsquelle stellen herkömmlich jedenfalls für diese Presseunternehmen die Anzeigenerlöse dar, die wiederum um so höher sein können, je attraktiver sich das Presseerzeugnis im Leserkreis zwar auch wegen seines redaktionellen Teiles, aber eben gerade auch wegen seiner Kostenfreiheit darstellt.

Während reine **Anzeigenblätter** (Offertenblätter) wie kostenlos verteilte (andere) Werbeträger unbeanstandet blieben, ist in der Judikatur die kostenlose Verteilung von Anzeigenblättern mit nennenswertem redaktionellen Teil als unlauter (in früherer Diktion: sittenwidrig) deklariert worden, sofern die (Tages-)Presse wegen des durch solche Anzeigenblätter ebenfalls gestillten Leseinteresses einerseits, wegen einer damit einhergehenden Verringerung des Anzeigenvolumens andererseits in ihrem Bestand gefährdet schien.⁴⁴⁶

In ähnlichen gedanklichen Bahnen hat sich überwiegend auch die Rechtsprechung zur **Gratisverteilung von Fachzeitschriften** bewegt, jedenfalls soweit diese nicht von Kammern, Berufsverbänden etc. herausgegeben wurden.⁴⁴⁷ Der Akzent lag hierbei ebenfalls auf der Befürchtung, durch eine Finanzierung allein über den Anzeigenmarkt könne eine redaktionelle Abhängigkeit von dem Inserenten eintreten und mit einem Absinken des Leistungsniveaus einhergehen, wobei noch hinzukomme, dass der Leser auf eine schlechtere inhaltliche Qualität nicht mehr mit der Bezugsweigerung reagieren könne.⁴⁴⁸ Diese Gefahren wurden jedenfalls bei den sog. ständigen Freistücken gesehen, nicht

443 Neuerdings BGH 20.11.2003 – I ZR 151/01 – BGHZ 157, 55 = GRUR 2004, 602 – 20 Minuten Köln; BGH 20.11.2003 – I ZR 120/00 – WRP 2004, 746 – Zeitung am Sonntag; BGH 24.6.2004 – I ZR 26/02 – GRUR 2004, 877 – Werblocker.

444 Eingehend Harte/Henning/Schünemann (2. Aufl. 2009) § 1 Rn. 7 ff., 85 ff., 112 f.; § 3 Rn. 77 ff., 102, 260 ff.; ebenso im Ergebnis Emmerich Unlauterer Wettbewerb § 19 Rn. 3.

445 Insoweit zutreffend Kühler/Simitis JZ 1969, 445, 451.

446 Vgl. BGH 27.1.1956 BGHZ 19, 392 = GRUR 1956, 223 – Freiburger Wochenbericht; BGH 12.11.1991 BGHZ 116, 47 = GRUR 1992, 191 – Amtsanzeiger.

447 Speziell dazu vgl. BGH 4.12.1970 GRUR 1971, 168, 170 f. – Ärztekammer; BGH 21.6.1971 BGHZ 56, 327 = GRUR 1972, 40 – Feld und Wald I; Man ging hierbei wohl von der Entgeltlichkeit des Bezuges mit Rücksicht auf gezahlte Mitgliedsbeiträge aus. S. neuerdings BGH 20.11.2003 – I ZR 151/01 – BGHZ 157, 55 = GRUR 2004, 602 – 20 Minuten Köln; BGH 20.11.2003 – I ZR 120/00 – WRP 2004, 746 – Zeitung am Sonntag. S.a. BGH 24.6.2004 – I ZR 26/02 – GRUR 2004, 877 – Werblocker.

448 BGH 17.12.1976 GRUR 1977, 608 – Feld und Wald II; OLG München 22.3.1979 WRP 1979, 576 und OLG München 25.10.1979 WRP 1980, 169; a.A. OLG Hamburg 25.10.1973 GRUR 1974, 400 – Dialog; LG Hamburg 14.7.1978 GRUR 1979, 174; Assmann/Brinkmann NJW 1982, 312, 314 f.; Baumbach/Hefermehl § 1 Rn. 860; Köhler/Bornkamm § 4 Rn. 12.25; Petersen WRP 1979, 428; Ulmer GRUR 1977, 565, 569, 576.

hingegen beim sog. Wechselversand, also bei der Gratisbelieferung eines sich ständig ändernden Empfängerkreises.⁴⁴⁹

- 226 Die in der **Judikatur** geäußerten Bedenken gegen die geschilderten Entwicklungen vermögen indes aus vielerlei Gründen nicht zu überzeugen. So ist etwa im Zusammenhang mit den Anzeigenblättern aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG schon deshalb wenig argumentativer Gewinn zu ziehen, weil die Anzeigenpresse ebenfalls an der institutionellen Pressegarantie teilhat.⁴⁵⁰ Außerdem wurde der Institutionsschutz, kaum kaschiert, oft genug ins Feld geführt, um den konkreten Besitzstand von aktuell existenten Presseunternehmen zu schützen.⁴⁵¹ Es sollten also mit der grundrechtsbezogenen Auslegung des Lauterkeitsrechts in Wahrheit eine am *status quo* orientierte Marktstruktur und überkommene Vertriebs- und Finanzierungsmodelle fixiert werden. Gerade dies können und sollen aber weder das institutionelle Grundrechtsverständnis von Pressefreiheit⁴⁵² noch das Lauterkeitsrecht leisten, worüber in der Literatur schon seit Langem breite Übereinstimmung herrscht.⁴⁵³ Hinzukommt die generelle Problematik einer marktfolgeorientierten Denkweise (vgl. Rn. 74 f., 97, 114 f.).
- 227 Die Ergebnisoffenheit des Wettbewerbs als eines hervorstechenden Charakteristikums der Wirtschaftsverfassung macht vielmehr auch vor den Medien nicht halt und stellt legitimerweise auch hier traditionelle Lösungen wie die Finanzierung über den Anzeigen- statt über den Vertriebsmarkt in Frage. Dass der wettbewerbliche Steuerungsmechanismus gerade über den Vertriebsmarkt funktionieren müsse, ist nirgends und schon gar nicht in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG festgelegt.⁴⁵⁴ Im Übrigen bleibt dieser Mechanismus durchaus erhalten, weil zwischen der Anzeigenakquisition und der Attraktivität des Presseerzeugnisses für den Leser ein Rückkopplungsverhältnis besteht.⁴⁵⁵ Die notwendige und wünschenswerte **Marktdynamik**⁴⁵⁶ hatte sich nicht zuletzt in einer zwischenzeitlich schon wieder gewandelten Konzeption des Offertenblattes niedergeschlagen, die eine Finanzierung gerade umgekehrt wieder allein über den Vertriebsmarkt vornehmen und die Insertion kostenfrei stellen wollte.⁴⁵⁷
- 228 Schließlich hat die Entwicklung dieses Marktes selber die ursprünglichen Befürchtungen hinsichtlich der Gefährdung der Institution Presse als *pars pro toto* für Medien überhaupt *ex post* als grundlos erwiesen, nachdem die **Meinungsvielfalt** trotz neuartiger technischer, vor allem elektronischer Medien, Vertriebsformen und Kalkulationsmodelle bis heute im Ergebnis keineswegs spürbar abgenommen, sondern wohl sogar zugenommen hat.
- 229 All dies schließt eine wettbewerbsrechtliche Beanstandung des kostenfreien Vertriebs von Anzeigenblättern in Fachzeitschriften aus anderen Gründen freilich nicht aus. Dabei kann insbesondere an eine Marktvermachtung gedacht werden, z.B. wenn etablierte Verlage auch noch dieses Anzeigenmarktsegment abdecken. Doch ist auch die

449 OLG Karlsruhe 6.6.1957 WRP 1957, 261; OLG München 25.10.1979 WRP 1980, 169; LG Bielefeld 8.6.1978 WRP 1978, 750.

450 Gärtner BB 1977, 1361, 1364; Kull JZ 1969, 796; Schmidt-Glaeser NJW 1971, 2014.

451 Ebenso aufschlussreich wie bedenklich BGH 14.3.1991 BGHZ 114, 82 = GRUR 1991, 616 – Motorboot-Fachzeitschrift, m. kritischer Anm. Rohnke GRUR 1991, 767.

452 Grundlegend BVerfG 26.2.1969 BVerfGE 25, 256.

453 Hoth GRUR 1977, 612; Kakies AfP 1977, 297; Mestmäcker Medienkonzentration und Meinungsvielfalt (1978) 152 f.; Möschel Pressekonzentration S. 71; Sachon WRP 1980, 659, 667; Schricker GRUR 1980, 194; Schünemann Wettbewerbsrecht S. 126 ff.; wohl auch Ochs WRP 1977, 454.

454 A.A. vor allem Assmann/Brinkmann NJW 1982, 312; Kübler FS Löffler 169, 180 ff.

455 Näher Mestmäcker Medienkonzentration und Meinungsvielfalt (1978) 113.

456 S. bereits Sachon Wettbewerbsrechtliche Probleme des Vertriebs von Freistücken auf dem Fachzeitschriftenmarkt (1980) 108 ff.; ders. WRP 1980, 659, 662.

457 Beispiel etwa schon in OLG Köln 28.10.1983 GRUR 1984, 148 – Marktplatz.

Verhinderung von Marktmacht weder hier noch sonst Aufgabe des Lauterkeitsrechtes. Soweit das tatbestandlich viel spezifiziertere GWB keine Hemmnisse aufrichtet und auch europarechtlich sich keine Eingriffsmöglichkeiten ergeben,⁴⁵⁸ kann nicht im **kartellrechtlichen „Vorfeld“**⁴⁵⁹ mit Hilfe lauterkeitsrechtlicher Instrumente „ebenso töricht wie vergeblich“ Medien- und speziell Pressestrukturpolitik betrieben werden.⁴⁶⁰

Diese Auffassung hat sich letztendlich auch die **höchstrichterliche Rechtsprechung** zu Eigen gemacht. Sie lehnt es mittlerweile grundsätzlich ab, zu Lasten der Wettbewerbsfreiheit den Verlegern entgeltlich vertriebener Zeitungen den Vorrang vor anderen Verlegern einzuräumen, so im Kern zur Konservierung bestehender Marktstrukturen beizutragen und neue Vertriebs- und Finanzierungsformen zu behindern.⁴⁶¹

Mangels einer „geschäftlichen Handlung“ lauterkeitsrechtlich von vornherein irrelevant ist die Gratisverteilung von Presseerzeugnissen, die von Parteien verlegt oder wenigstens herausgegeben werden und der **Wahlwerbung** dienen: Für eine Ausstrahlung des Art. 5 Abs. 1 GG auf das Wettbewerbsrecht fehlt es mithin am Ansatzpunkt.⁴⁶²

Davon unabhängig ist freilich die bislang wohl nicht gestellte Frage⁴⁶³ von Interesse, ob Anleihen aus dem Lauterkeitsrecht etwa im Blick auf Irreführung möglich und geboten sind, um dem parteilichen **Wahlkampfrecht** klarere Konturen zu geben. Analogien bieten sich durchaus an, da auch der Wahlkampf der Parteien eine horizontale und damit verquickt eine vertikale Wettbewerbsdimension (Abstimmungsverhalten der Wähler) aufweist.

Auch die **Kunstfreiheit** (Art. 5 Abs. 3 S. 1, 1. Alt. GG) kann lauterkeitsrechtliche Bedeutung erlangen.⁴⁶⁴ Voraussetzung ist aber, dass überhaupt eine „geschäftliche Handlung“ als Bezugspunkt der Bewertung vorliegt. Dies scheint auf den ersten Blick angesichts einer unterstellten Selbstgenügsamkeit und rein ideellen Ausrichtung der Kunschtchaffenden schwer möglich,⁴⁶⁵ ist aber im Rahmen der Verbreitung und damit auch Veräußerung von Kunstobjekten durch die Künstler selber sehr wohl denkbar und im Raum des Kunsthandels geradezu die Regel.

f) Art. 9 GG. Eine besondere Ausprägung der bereits durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Vertragsfreiheit stellt die **Vereinigungsfreiheit** nach Art. 9 Abs. 1 GG dar. Wettbewerbsrechtlich erlangt dieses Grundrecht Bedeutung als Fundament unternehmerischer Kooperation vornehmlich durch die auf freier, nicht ständisch-korporativer oder auf staatlicher Planung gründender Bildung eigener, rechtstechnisch durch das Gesamthandsprinzip oder das Prinzip juristischer Persönlichkeit ausgestalteter Organisationen als Unternehmensträger. Ohne sie wäre unter den ökonomischen Bedingungen

⁴⁵⁸ S. §§ 19 Abs. 4, 20 Abs. 1 und 4 GWB, Art. 82 EGV.

⁴⁵⁹ Zur abzulehnenden „Vorfeldthese“ s. im Anschluss an *Möschel* Pressekonzentration S. 133 ff. grundlegend *Merz*, passim; eingehend auch *Schünemann* Vorauf. Einl. Rn. D 107 ff., E 22 m.w.N.; ferner *Harte/Henning/ders.* (2. Aufl. 2009) § 3 Rn. 221.

⁴⁶⁰ *Emmerich* Unlauterer Wettbewerb, 8. Aufl. (2009) § 20 Rn. 16 ff., 23 (Zitat).

⁴⁶¹ Grundlegend BGH 20.11.2003 – I ZR 151/01 – BGHZ 157, 55, 63 ff. = GRUR 2004, 602, 604 – 20 Minuten Köln; s.a. BGH 20.11.2003 – I ZR 120/00 – WRP 2004, 746, 748 f. – Zeitung am Sonntag; zum Rechtsprechungswandel s. *Beater* Medienrecht (2007) Rn. 781 f.

⁴⁶² *A.A.* aber *Baumbach/Hefermehl* § 1 UWG Rn. 861 unter Bezugnahme auf die österreichische Rspr.: kein unlauterer Behinderungswettbewerb.

⁴⁶³ S. beispielhaft *Lübken* Wahlkampfrecht Nordrhein-Westfalen (2008).

⁴⁶⁴ Vgl. BGH 6.7.1995 BGHZ 130, 205 – Feuer, Eis & Dynamit I.

⁴⁶⁵ Ihre präsumtiv fehlende Gewinnerzielungsabsicht ist ja gerade der Grund dafür, dass sie den sog. freien Berufen zugeordnet werden, vgl. § 1 Abs. 2 PartGG.

des heutigen Wirtschaftslebens erfolgsversprechende unternehmerische Betätigung vielfach unmöglich.⁴⁶⁶

- 235 Das Gesellschaftsrecht kann dabei – ebenso wie das Konzernrecht⁴⁶⁷ – trotz der zahllosen Restriktionen etwa hinsichtlich des möglichen Zwecks der Vereinigung, hinsichtlich der Gründungsmodalitäten, des Firmenrechts etc. durchaus als Ausdruck und **rechtsorganisatorischer Rahmen** für die Ausübung der grundgesetzlichen Vereinigungsfreiheit gewertet werden. Weder der ausdrückliche Einschränkungsvorbehalt des Art. 9 Abs. 2 GG noch immanente, aus der Einbindung des Art. 9 Abs. 1 GG in den Gesamtzusammenhang der wettbewerbsbasierten Wirtschaftsordnung sich ergebende Schranken müssen deshalb bemüht werden.⁴⁶⁸ Anders verhält es sich mit der Kartellgesetzgebung, die erst durch eben diese Schranken legitimiert erscheint.⁴⁶⁹
- 236 Hingegen sind **lauterkeitsrechtliche Bezüge der Vereinigungsfreiheit** von vornherein schwer vorstellbar. Einen (schwachen) Zusammenhang vermittelt allenfalls Art. 9 Abs. 3 GG, insoweit z.B. die dort statuierte sog. Koalitionsfreiheit eine verfassungsrechtliche Gewähr dafür bietet, dass im wettbewerblichen Rechtsschutz die Möglichkeiten der Aktivlegitimation (§ 8 Abs. 3 und 5) ausgeschöpft werden können.
- 237 Lauterkeitsrechtliche Relevanz könnte Art. 9 Abs. 3 GG ferner etwa dann gewinnen, wenn man das Handeln der **Arbeitnehmer** als Anbieter auf dem (Faktor-)Markt als „geschäftliche Handlung“ mit einzubeziehen hätte, weil koalitionspezifische Pressionen der Gewerkschaften auf die Arbeitgeber dann im Lichte des Art. 9 Abs. 3 GG auch lauterkeitsrechtlich als zulässig zu gelten hätten.⁴⁷⁰ Dasselbe könnte umgekehrt auf Arbeitgeberseite gelten, namentlich im Fall der Aussperrung. § 2 Nr. 1 lässt wegen seiner Ausrichtung auf „Unternehmen“ für einen solchen Ansatz aber *de lege lata* keinen Raum.
- 238 **g) Art. 11 GG.** Der wirtschaftsverfassungsrechtliche Gehalt der grundgesetzlichen **Freizügigkeitsgewähr** des Art. 11 Abs. 1 GG liegt in der verfassungsrechtlichen Festbeschreibung des Prinzips innerhalb der Bundesrepublik freier, durch den Marktmechanismus gesteuerter (räumlicher) Allokation nicht nur, aber auch des Faktors Arbeit. Insoweit Art. 11 GG also die wirtschaftliche Betätigung, sei sie selbständig oder nicht, überall im Bundesgebiet eröffnet, erscheint die Freizügigkeit durchaus nicht lediglich als selbstverständlicher Teil der von Art. 12 GG geschützten Berufsfreiheit.⁴⁷¹
- 239 **Schutzsubjekte** sind freilich nur Deutsche. Ist bei der Interpretation der Freizügigkeitsschranken nach Art. 11 Abs. 2 GG besonders Bedacht auf die für den marktlichen Wettbewerb essentielle Allokationsfunktion der Freizügigkeit zu nehmen, so wird dies im Ergebnis zu einer restriktiven Auslegung des Freizügigkeitsvorbehalts nach Art. 11 Abs. 2 GG führen, soweit (räumliche) Mobilität wirtschaftlich motiviert ist.
- 240 Eine privatrechtliche Ausstrahlungswirkung der Freizügigkeitsgewähr ist gegenüber vertraglich begründeten **Residenzpflichten** zu erkennen, deren Wirksamkeit tendenziell allemal zurückhaltend zu beurteilen ist und die allenfalls aus zwingenden betriebli-

⁴⁶⁶ Badura Staatsrecht 5. Aufl. (2012) C 89; R. Schmidt Öffentliches Wirtschaftsrecht S. 147 f. m.w.N.

⁴⁶⁷ S.a. Rinck/Schwark Rn. 143, 518.

⁴⁶⁸ S.a. Huber DÖV 1956, 137, 139.

⁴⁶⁹ Baumbach/Hefermehl Allg. Rn. 59.

⁴⁷⁰ Vgl. BGH 25.1.1990 BGHZ 110, 156, 174 f. = GRUR 1990, 522, 526 f. – HBV-Familien- und Wohnungsrechtsschutz.

⁴⁷¹ Ähnlich wohl auch BVerfG 13.7.1965 BVerfGE 19, 101, 111; BGH 27.2.1978 BGHZ 71, 28; **a.A.** aber Baumbach/Hefermehl Allg. Rn. 61 im Einklang mit BVerfG 25.2.1976 BVerfGE 41, 378; BVerwG 21.6.1955 BVerwGE 2, 151; BVerwG 24.3.1961 BVerwGE 12, 140. Besonders eng sieht die Freizügigkeitsgewähr Merten Der Inhalt der Freizügigkeit (1970) 23, 64 ff.: lediglich Diskriminierungsverbot zwischen Ortsansässigen und Zuzüglern.

chen Notwendigkeiten resultieren können. Residenzpflichten über die Zeit der Betriebszugehörigkeit hinaus sind deshalb jedenfalls als Wettbewerbsverbote i.S. der §§ 74 ff. HGB zu werten und nach Wirksamkeit und Rechtsfolgen entsprechend zu würdigen.

h) Art. 12 Abs. 1 GG (Art. 16 EuGrCh). Das durch die Aspekte Berufswahl und Berufsausübung beschreibbare, inhaltlich jedoch nicht aufzuspaltende, vielmehr substantiell einheitliche Grundrecht der **Berufsfreiheit**⁴⁷² hat als Konkretisierung des Rechts auf (auch wirtschaftliche) Entfaltungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) zum Ziel, die Sicherung der freien Entscheidung privater Wirtschaftssubjekte über das Ob, das Wie und den Inhalt ihrer auf Schaffung und Erhaltung der materiellen Grundlagen der Lebensführung und Daseinsgestaltung abgestellten Tätigkeit.⁴⁷³ **241**

Die Gewerbefreiheit einschließlich, darüber aber weit hinausreichend,⁴⁷⁴ ist namentlich auch das Verhalten der Unternehmer im Wettbewerb, die freie Gründung und Führung von Unternehmen, als Bestandteil der Berufswahl und Berufsausübung dem Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG unterstellt⁴⁷⁵ und weist insoweit Parallelen zur unternehmerischen Freiheit des Art. 16 EuGrCh auf (dazu Einl. C Rn. 223 ff.). Die **höchstrichterliche Rechtsprechung** geht sogar noch einen Schritt weiter und sieht in Bezug auf Art. 12 Abs. 1 GG „den grundsätzlich freien Wettbewerb der als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftretenden Unternehmer“ als ein „Grundprinzip“ der Wirtschaftsverfassung an.⁴⁷⁶ Diese Einbindung der Berufsfreiheit in den Wettbewerbsprozess lässt es als selbstverständlich erscheinen, dass Art. 12 GG kein Abwehrrecht gegenüber der wirtschaftlichen Betätigung anderer, insbesondere gegenüber lästiger Konkurrenz darstellen kann.⁴⁷⁷ Marktzutrittsbarrieren, Hauptfeinde der Wettbewerbsfreiheit, können schlechterdings nicht aus Art. 12 Abs. 1 GG heraus konstruiert und legitimiert werden.⁴⁷⁸ Auch Art. 12 Abs. 2 GG kommt dafür kaum in Betracht. **242**

Bedürfnisprüfungen als sog. objektive Berufszulassungsschranken können somit **243** speziell im Lichte einer wettbewerblich verstandenen Berufsfreiheit keine Existenzberechtigung haben.⁴⁷⁹ Nur das Sichbehaupten eines Unternehmens am Markt ist geeignet, ein Urteil über seinen Bedarf zu fällen. Nicht einmal die sog. „überragend wichtigen Gemeinschaftsgüter“ wie die „Volks Gesundheit“ oder die Brotversorgung der Bevölkerung

⁴⁷² So zuerst BVerfG 11.6.1958 BVerfGE 7, 377, 402. Zur dementsprechend auch die Berufswahl – allerdings mit minderer Intensität – ergreifende Regelungsbefugnis des Gesetzgebers, zur methodischen Entwicklung der diesbezüglichen „Stufentheorie“ bis hin zum elastischeren allgemeinen Rekurs auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip s. – m.w.N. und teilweise zu Recht distanziert gegenüber den angenommenen Regelungsspielräumen – Meessen JuS 1982, 397 ff.; Rinck/Schwark Rn. 100 ff.; Rittner Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. (1987) § 3 B II 2a, Rn. 37; R. Schmidt Öffentliches Wirtschaftsrecht S. 122 ff.

⁴⁷³ BVerfG 11.6.1958 BVerfGE 7, 377, 397; BVerfG 17.7.1961 BVerfGE 13, 97, 106; BVerfG 14.12.1965 BVerfGE 19, 330, 336; BVerwG 4.11.1965 BVerwGE 22, 286; Badura Staatsrecht, 5. Aufl. (2012) C 80; R. Schmidt Öffentliches Wirtschaftsrecht S. 117 ff. m.w.N.

⁴⁷⁴ Anders noch der engere, nur auf Gewerbefreiheit abstellende Art. 151 Abs. 3 der Weimarer Reichsverfassung; vgl. auch Rinck/Schwark Rn. 96.

⁴⁷⁵ Zu dieser Unternehmerfreiheit s. BVerfG 1.3.1979 BVerfGE 50, 290, 363; speziell zur Wettbewerbsfreiheit als spezifische Ausformung der Berufsfreiheit s. Achatz S. 33 ff.

⁴⁷⁶ BVerfG 8.2.1972 BVerfGE 32, 311, 317 = GRUR 1972, 358, 360 – Grabsteinwerbung; BGH 8.4.1952 GRUR 1952, 582 – Sprechstunden.

⁴⁷⁷ BVerfG 11.6.1958 BVerfGE 7, 377, 408; BVerfG 3.12.1980 BVerfGE 55, 261; s.a. BVerfG 8.6.1960 BVerfGE 11, 168, 188.

⁴⁷⁸ Rinck/Schwark Rn. 95; Rittner Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. (1987) § 3 B II 2.

⁴⁷⁹ Im Ansatz richtig deshalb – für Apotheken – die grundlegende Entscheidung BVerfG 11.6.1958 BVerfGE 7, 377.

können diesbezügliche Ausnahmen rechtfertigen.⁴⁸⁰ Versorgungssicherheit, aber auch Patientenschutz wird vielmehr bei pharmazeutischen Produkten nicht anders als bei Grundnahrungsmitteln *ceteris paribus* allemal am besten durch Erhalt der Wettbewerbsfreiheit hergestellt und aufrecht erhalten.

- 244 Für die **Niederlassungsfreiheit** der Ärzte gilt nichts anderes. Aus wettbewerbsfunktionaler Sicht liegt das Problem eines angeblichen „Überschusses“ niedergelassener Ärzte in deren Finanzierung durch ein wenig kompetitives öffentliches Gesundheitswesen, das zudem den Patienten zu wenig Anreize liefert, die Kosten ärztlicher Inanspruchnahme ganz allgemein in Grenzen zu halten.
- 245 Selbst wenn grundrechtliche Einschränkungen der Berufsfreiheit im Blick auf jene „**überragend wichtigen Gemeinschaftsgüter**“ zulässig sein sollten, liefert das Lauterkeitsrecht keinen Hebel, diese Wertungen zur Geltung zu bringen, da nach § 1 sein Zweck gerade umgekehrt das Allgemeininteresse an unverfälschten Wettbewerb ist.
- 246 Ein etwas größerer Spielraum ist dem Gesetzgeber bei **Befähigungsnachweisen** als subjektiven Berufszulassungsrestriktionen zuzubilligen.⁴⁸¹ Doch auch solche Regulative bleiben bedenklich, nicht nur wegen der auch ihnen durchaus eigenen Ausschlusseffekte,⁴⁸² sondern auch, weil ihnen eine gewisse innere Statik innewohnt, eine konservierende Tendenz hinsichtlich überkommener Wirtschaftsformen und Tätigkeitsmuster, wie etwa im Bereich des Handwerks deutlich wird.⁴⁸³ Die dem Wettbewerb eigene Ergebnisoffenheit bedingt hingegen, Art. 12 Abs. 1 GG gerade auch als „**autonomes Berufsschöpfungs- und Berufsprägungsrecht**“ zu begreifen.⁴⁸⁴
- 247 In diesem Sinne ist Art. 12 Abs.1 GG notwendig „zukunftsgerichtet“,⁴⁸⁵ weil angesichts der permanenten Veränderungen des Datenkranzes ökonomischen Handelns in der modernen, insbesondere industriell geprägten Wirtschaftsgesellschaft der Berufsbegriff seinerseits einer **permanenten Dynamisierung** unterworfen ist.⁴⁸⁶ Die gesetzliche Statuierung von Berufsbildern wie in §§ 45ff. HwO mag verfassungsrechtlich zulässig sein,⁴⁸⁷ solange diese als Spiegel einer bestimmten (wirtschafts-)historischen Situation ausgestaltet und interpretiert werden und nicht als zukunftswirksame normative Festreibungen.

480 A.A. aber BVerfG 11.6.1958 BVerfGE 7, 377, 414; BVerfG 7.1.1959 BVerfGE 9,73; BVerfG 18.12.1968 BVerfGE 25, 1, 13, wo Bedürfnisprüfungen im Zusammenhang mit Überkapazitäten mit der Mühlenwirtschaft für hinnehmbar erachtet werden. Erst recht abzulehnen BVerfG 8.6.1960 BVerfGE 11, 168, mit der Akzeptierung von objektiven Zugangsbeschränkungen sogar im vergleichsweise weniger wichtigen Personenbeförderungsmarkt. Nur wenig wettbewerbsfreundlicher BVerfG 14.10.1975 BVerfGE 40, 196 für die Kontingentierung im LKW-Möbelverkehr.

481 BVerfG 14.12.1965 BVerfGE 19, 330.

482 In aller Regel würden zudem die mit den Beförderungsnachweisen angeblich verfolgten Schutzzwecken gegenüber der Marktgegenseite schon durch besondere Bezeichnungsbefugnisse derart qualifizierter Anbieter erreicht, ohne zugleich eine wettbewerbslich zu beanstandende Marktzutrittsbarriere zu errichten. S.a. BVerwG 21.3.1972 BVerwGE 40, 17, 19 f.

483 Dazu etwa BVerfG 17.7.1961 BVerfGE 13, 97 zum sog. großen Befähigungsnachweis nach § 7 HandwO; zu recht kritisch *Rinck/Schwark* Rn. 107.

484 Maunz/Dürig/Scholz GG 63. Aufl. (Stand 2011) Art. 12 GG Rn. 276 im Anschluss an die Rechtsprechung des BVerfG, vgl. z.B. BVerfG 12.10.1977 BVerfGE 46, 120, 137 f.; BVerfG 29.10.1997 BVerfGE 97, 12, 32 = GRUR 1998, 556, 561 – Patentgebührenüberwachung; BVerfG 17.2.1998 BVerfGE 97, 228, 253. S.a. *Stober* Allg. Wirtschaftsverwaltungsrecht § 21 II 1: Grundrecht zur „Selbstqualifikation einer Tätigkeit als Beruf“.

485 BVerfG 23.3.1971 BVerfGE 30, 392, 334; *Stober* Allg. Wirtschaftsverwaltungsrecht § 21 II 2.

486 Teilweise leider rückschrittlich insofern BVerfG 13.7.1992 NJW 1993, 1969 für den Selbstbedienungsgroßhandel.

487 So BVerfG 16.3.2000 – 1 BvR 1453/99 – NJW 2000, 1779; BVerfG 21.8.2002 – 1 BvR 1444/02 – NJW 2002, 3460.

i) **Art. 13 GG.** Das Grundrecht der **Unverletzlichkeit der „Wohnung“** umfasst nach 248 lange gesicherter Auffassung auch Geschäftsräume, und zwar selbst wenn sie wie bei Läden und Warenhäusern prinzipiell einem Publikum eröffnet wurden.⁴⁸⁸ Systematisch steht Art. 13 GG in diesem Anwendungssegment in engem Zusammenhang mit Art. 12 Abs. 1 GG und beide wiederum mit Art. 2 Abs. 1 GG und der darin (auch) gewährleisteten Wirtschaftsfreiheit.⁴⁸⁹ Tangiert wird Art. 13 GG insoweit namentlich durch **Kontrollmaßnahmen** in Geschäftsräumen.

Soweit diese **öffentlich-rechtlicher Natur** sind, kann zweifelhaft sein, ob es hierbei 249 einer Legitimation im Lichte des Art. 13 Abs. 3 GG bedarf oder ob nicht bei Geschäftsräumen, zumal solchen, die einem Publikum zugänglich sind, schon der Gewährleistungsumfang enger zu bestimmen ist.⁴⁹⁰ Für eine eventuelle privatrechtliche Ausstrahlungswirkung des Art. 13 GG kommt es allerdings auf eine derartige Feinabgrenzung nicht an, weil – bedingt insbesondere durch das Fehlen rechtlicher Subordination in Privatrechtsverhältnissen – bei der privatrechtlichen Mediatisierung des objektiv-rechtlichen Gehalts des Grundrechts selbst sein Kernbereich nur in veränderter Gestalt und letztlich abgeschwächt in Erscheinung treten kann (zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte s. bereits Rn. 146).

Kontrollen Privater in Geschäftsräumen finden namentlich im Zusammenhang mit 250 sog. **Testkäufen** statt, die der Feststellung von *ex ante* immer nur vermeintlichen Wettbewerbsrechtsverstößen dienen. Gegenmaßnahmen gegen solche Testkäufe und hierbei insbesondere Hausverbote werden nun häufig als lauterkeitsrechtlich unzulässige Behinderung des Konkurrenten begriffen.⁴⁹¹

Dieser Auffassung ist jedoch nicht zu folgen. Denn die prinzipielle, auf der allge- 251 meinen Handlungsfreiheit basierende Befugnis potentiell zu Rechtsschutzmaßnahmen Aktivlegitimierter, Wettbewerbsverstöße aufzudecken und Beweismittel zu sammeln, besagt nichts für die Mitwirkungspflicht des Verdächtigten.⁴⁹² Speziell die **Abwehrmaßnahme Hausverbot** aber hat den objektiv-rechtlichen Wertgehalt des Art. 13 GG klar auf ihrer Seite. Er schließt bei der Konkretisierung der Generalklausel des § 1 UWG eine Inhaltsbestimmung aus, die gegenüber Testkäufern die Unverletzlichkeit eben auch der Geschäftsräume im Ergebnis vollständig aufhebt.

j) **Art. 14 GG.** Neben Art. 12 Abs. 1 GG wird Art. 14 GG – vor allem in seiner Funktion 252 als Institutsgarantie⁴⁹³ – als die zweite tragende Säule einer auf private Wirtschaftsfreiheit abhebenden Wirtschaftsverfassung verstanden.⁴⁹⁴ Denn die dortige **Eigentumsgarantie** beschränkt sich gerade nicht nur auf das „persönliche“, in einen Gegensatz zum Eigentum an Produktionsmitteln gestellte Eigentum i.S. der sozialistischen, an zentralverwaltungswirtschaftlichen Strukturen orientierten Rechtstheorie,⁴⁹⁵ sondern erfasst neben

488 Näher *Dagtoglu* JuS 1975, 753 m.w.N.

489 S.a. BVerfG 13.10.1971 BVerfGE 32, 54; LG München 5.5.1983 NJW 1983, 2390; *Battis* JuS 1973, 25.

490 Dazu BVerfG 13.10.1971 BVerfGE 32, 54; OVG Münster 25.4.1978 GewArch 1978, 366.

491 Vgl. nur BGH 14.4.1965 BGHZ 43, 359 = GRUR 1965, 612 – Warnschild; BGH 18.5.1966 GRUR 1966, 564 – Hausverbot; BGH 13.7.1979 GRUR 1979, 860 – Hausverbot II.

492 Näher *Schünemann* Wettbewerbsrecht S. 82f. m.w.N.; s.a. KG 9.7.1976 WRP 1976, 770 – Kfz-Gebrauchtwagen-Märkte.

493 Zu den Garantiedimensionen des Art. 14 GG s. z.B. BVerfG 15.7.1981 BVerfGE 58, 300, 339.

494 Vgl. BVerfG 1.3.1979 BVerfGE 50, 290, 339 ff.; *R. Schmidt* Öffentliches Wirtschaftsrecht S. 130; *Stober* Allg. Wirtschaftsverwaltungsrecht § 22 I.

495 Vgl. nur Art. 11 der Verfassung der ehemaligen DDR sowie dem durchaus nahestehend *Rittstieg* S. 315, 351 ff. Zur Verfassungsgeschichte des Art. 14 GG, in deren Verlauf ein Antrag erfolglos blieb, den Eigentumsschutz auf Gegenstände insbesondere der persönlichen Lebenshaltung einzuengen, vgl. die Hinweise bei *Frotscher* JuS 1981, 891 und *Rittner* Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. (1987) § 3 B II 3b Fn. 76 zu Rn. 45.

dem Eigentum an Produktionsmitteln parallel zur Theorie der *property rights*⁴⁹⁶ jedenfalls alle Rechtspositionen, die für ein auf Marktautonomie basierendes Wettbewerbsgeschehen wesentlich sind.⁴⁹⁷

- 253 Zu den **marktrelevanten subjektiven Rechtspositionen** rechnen also gewerbliche Schutzrechte einschließlich der vermögensrechtlichen Elemente des Urheberrechts (Verwertungsrecht, Nutzungsrechte)⁴⁹⁸ ebenso wie Aktien und andere Unternehmensanteile.⁴⁹⁹ Darüber hinaus soll der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff nach gefestigter h.M. vor allem in der Judikatur sogar ein sog. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (allgemeiner: am Unternehmen) umschließen.⁵⁰⁰
- 254 In der **Begründung** dafür spricht, dass die im Unternehmen zweckhaft organisierte, funktionelle Gesamtheit von Sachen, Rechten und allen Arten sonstiger unkörperlicher Gegenstände wie *Know-how*, *Good-will* etc. ganz sicher mehr ist als die Summe der einzelnen Unternehmensbestandteile und deshalb rein aggregativ nicht angemessen geschützt werden kann.⁵⁰¹ Gegen jene Inkorporierung spricht, dass Art. 14 GG gerade in Richtung auf den Bestands- bzw. Substanzschutz hin interpretiert wird.⁵⁰²
- 255 Ein **Bestandsschutz** hinsichtlich des die „Chancen“ und „Verdienstmöglichkeiten“ konstituierenden Datenkranzes unternehmerischen Handelns kommt indes in einer Wettbewerbswirtschaft nicht in Frage,⁵⁰³ ganz zu schweigen von einer Unternehmensexistenzgarantie oder wenigstens einer Gewähr für das Unternehmensverbleiben am Markt.⁵⁰⁴ Schwer darstellbar ist deshalb, was eigentlich die durch Art. 14 GG zu schüt-

496 Zum Begriff und zur daran anknüpfenden ökonomischen Institutionenanalyse gerade im Zusammenhang mit dem neoklassischen Konzept der Wettbewerbsfreiheit s. neben R. Richter ZWS 110 (1990) 571 ff., 575 und Schäfer/Ott Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts (1986) 68 auch Buhse S. 3 ff.; Horn AcP 176 (1976) 307, 313 ff.; Kirchner WuW 1992, 584, 588 ff.; Lehmann Bürgerliches Recht und Handelsrecht. Eine juristische und ökonomische Analyse (1983) 32; Utzig AcP 189 (1989) 158, 160 ff. sowie die von Manne The economics of legal relationships (1975) zusammengestellte Literatur. S.a. Koboldt/Leder/Schmidtchen WiSt 1992, 334 ff. m.w.N. Der Theorieansatz bleibt wertvoll auch dann, wenn man der Chicago School (dazu Rn. 81 ff.), die sich ihm besonders zugewandt hat, z.B. hinsichtlich der Folgerungen für die Privatrechtsinstitutionen, aber auch ganz allgemein, distanziert gegenübersteht. Dazu vor allem auch Fezer JZ 1986, 807, 817 und 1988, 223.

497 BVerfG 1.3.1979 BVerfGE 50, 290, 339 ff.; Rinck/Schwark Rn. 129; Rittner Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. (1987) § 3 B II 3b, c; Scheuner/Küng Der Schutz des Eigentums (1966) 43.

498 Vgl. z.B. für Marken (seinerzeit für eingetragene Warenzeichen) BVerfG 22.5.1979 BVerfGE 51, 193, 216 ff. = GRUR 1979, 773, 778; für Patente BVerfG 15.1.1974 BVerfGE 36, 281, 290 f. = GRUR 1974, 142, 144; für das Urheberrecht BVerfG 7.7.1971 BVerfGE 31, 229, 238 ff. = GRUR 1972, 481, 483 ff.; BVerfG 4.11.1987 BVerfGE 77, 263, 270 = GRUR 1988, 687, 689.

499 BVerfG 7.8.1962 BVerfGE 14, 263, 276 f.; BVerfG 7.5.1969 BVerfGE 25, 371, 407; BVerfG 1.3.1979 BVerfGE 50, 290, 341 f.

500 So schon BVerfG 30.4.1952 BVerfGE 1, 264, 277 f.; s. sodann z.B. BVerfG 29.11.1967 BVerfGE 22, 380, 386; BVerfG 8.6.1977 BVerfGE 45, 142, 173; BGH 28.1.1957 BGHZ 23, 157, 163; BGH 31.1.1966 BGHZ 45, 150, 154; BGH 8.2.1971 BGHZ 55, 261, 263; BGH 28.10.1982 NJW 1983, 1663; BVerwG 7.3.1958 BVerwGE 6, 247, 266; BVerwG 25.9.1968 BVerwGE 30, 235, 239; BVerwG 1.12.1982 BVerwGE 66, 307, 309; Achatz S. 26 ff.; Friauf DÖV 1976, 624; Friauf/Wendt, passim; Krohn GewArch 1981, 249; Leisner in HdbStR Bd. VI (1989) 1023 ff.; Mayer-Abich Der Schutzzweck der Eigentumsgarantie (1980) 78 ff.; Schenke AöR 98 (1973) 153.

501 Bryde in v. Münch (Hrsg.), GG 5. Aufl., Bd. 1 (2000) Art. 14 Rn. 19; Leisner in HdbStR VI (1989) 1065 f.; Wendt S. 58 ff., 273 ff.

502 BVerfG 29.11.1961 BVerfGE 13, 225, 229; BVerfG 16.3.1971 BVerfGE 30, 292, 335; Stober Allg. Wirtschaftsverwaltungsrecht § 22 II.

503 Ständige Rspr., z.B. BVerfG 18.3.1970 BVerfGE 28, 119, 142; BVerfG 16.3.1971 BVerfGE 30, 292, 335; BVerfG 31.10.1984 BVerfGE 68, 193, 222; BVerfG 6.10.1987 BVerfGE 77, 84, 118; BVerfG 18.5.1988 BVerfGE 78, 205, 211.

504 BVerfG 20.7.1954 BVerfGE 4, 17; BVerfG 8.6.1977 BVerfGE 45, 179.

zende Unternehmens-„Substanz“ ausmacht⁵⁰⁵ bzw. wie die Eingriffskriterien – „Unmittelbarkeit“, „Betriebsbezogenheit“ – operational zu formulieren sind.⁵⁰⁶ Der spezifische Unternehmensschutz dürfte demnach doch eher dem in der Wettbewerbsdynamik geforderten unternehmerischen Aktionspotential, also der unternehmerischen Betätigung selber, gelten, *sedes materiae* dafür also Art. 12 Abs. 1 GG sein.

Gleichwohl bleibt die Eigentumsfreiheit ein unverzichtbarer Baustein im Gebäude einer eben auch auf Verfügungsfreiheit über Produktionsmittel fundierten Privatwirtschaft, die in der Eigentumsgarantie beschlossene **Dispositionsfreiheit** integraler Bestandteil einer Wettbewerbswirtschaft ist.⁵⁰⁷ Sie weist darin über die mikroökonomische Dimension des Eigentumsschutzes, wie sie vor allem in der Lehre vom Grundrechtsschutz des „eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes“ zum Ausdruck kommt, weit hinaus. Als Eigentümer im Schutzbereich des Art. 14 GG wächst der Unternehmer vielmehr zugleich in eine makroökonomische Funktion als „Organ der Wirtschaftsverfassung“⁵⁰⁸ insgesamt hinein.

Ohne unternehmerisches Eigentum ist die Kybernetik der Marktwirtschaft undenkbar, kann die dezentrale, wettbewerbliche Selbstregulation des ökonomischen Handlungssystems nicht in Gang gesetzt werden.⁵⁰⁹ Mehr noch: Mit der in Art. 14 Abs. 1 GG involvierten Institutsgarantie des Eigentums wird jedenfalls im Verbund mit Artt. 2, 3, 5, 9 und 12 GG die Gesamtentscheidung für den wirtschaftsverfassungsrechtlichen Systementwurf einer marktautonen Wettbewerbsordnung getroffen⁵¹⁰ (s.a. Rn. 143 ff. zur angeblichen „wirtschaftspolitischen Neutralität“ des GG). Auslegung und Anwendung des UWG müssen mithin daran orientiert sein, vor allem diesem Aspekt der Eigentumsgewähr als wesentlicher **Funktionsbedingung des Wettbewerbs** gerecht zu werden.

3. Europäische Wirtschaftsverfassung. Die Klärung einer europäischen Wirtschaftsverfassung, verstanden als verfassungsrechtlich verankerte Wirtschaftsordnung mit Maßstabsfunktion für niederrangiges Recht (s.a. Rn. 1 ff.), ist nach dem politisch gescheiterten Projekt einer europäischen Verfassung⁵¹¹ scheinbar nicht möglich. Gleichwohl hat das supranationale Primärrecht in Gestalt der die EU konstituierenden und gestaltenden Verträge (EUV⁵¹² und AEUV⁵¹³) materiell durchaus schon immer **Verfassungscharakter**⁵¹⁴ und liefert dergestalt (also unter Ausschluss des Sekundärrechts) die Basis der europäischen Wirtschaftsverfassung.⁵¹⁵

⁵⁰⁵ BVerfG 22.5.1979 BVerfGE 51, 193, 221 = GRUR 1979, 773, 779; *Badura* AöR 98 (1973) 157 f.; *Ossenbühl* Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. (1983) 106; *Scholz* Entflechtung und Verfassung (1981) 90.

⁵⁰⁶ Vgl. übersichtsweise *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rn. 122 f.

⁵⁰⁷ *Rittner* Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. (1987) § 3 B II 3c.

⁵⁰⁸ *Leisner* DÖV 1975, 73.

⁵⁰⁹ *Günther* Wege zur Europäischen Wettbewerbsordnung (1968) 19 ff.; *Rupp* Grundgesetz S. 35 f.; *Scholz* Entflechtung und Verfassung (1981) 91 f.

⁵¹⁰ So auch *Maunz/Dürig/Papier* GG 63. Aufl. (Stand 2011) Art. 14 Rn. 34.

⁵¹¹ Der am 29. Oktober 2004 geschlossene Vertrag über eine Verfassung für Europa (ABl. 2004 C 310 S. 1 ff.) trat wegen ablehnender Referenden in Frankreich und den Niederlanden nicht in Kraft. S. dazu *Herdegen* § 4 Rn. 26 ff.; *Nowak* S. 62 ff.

⁵¹² ABl. C 115 v. 9.5.2008 (konsolidierte Fassung) S. 13.

⁵¹³ ABl. C 115 v. 9.5.2008 (konsolidierte Fassung) S. 47.

⁵¹⁴ *Ganz* h.M., vgl. neben EuGH 23.4.1986 – C-294/83 – Slg. 1986, 1339 Tz. 23 – Parti écologiste „Les Verts“ (EWG-Vertrag als „Verfassungsurkunde“ der Gemeinschaft) für viele nur v. *Bogdandy* EuR 2009, 749 f.; *Busch* S. 4; *Nowak* S. 5, 73 ff., 78, 80 ff.; *Oppermann* DVBl. 2008, 473, 476; *Pernice* EuZW 2008, 65; s.a. *Haratsch/Koenig/Pechstein* Rn. 35c; **a.A.** etwa *Heinig* JZ 2007, 905 ff.

⁵¹⁵ *Nowak* S. 202 ff.; *Oppermann/Classen/Nettesheim* § 9 Rn. 24, § 18 Rn. 1 ff.; gleichsinnig z.B. *Herdegen* § 13 Rn. 1 ff.; *Kilian* Rn. 193 ff.; *Stober* Allg. Wirtschaftsverwaltungsrecht § 5 II. S.a. *Häberle* S. 536 ff. Methodisch nicht unbedenklich deshalb *Peukert* ZHR 173 (2009) 536, 540: Das Sekundärrecht „spiegelt“

- 259 Im Gegensatz zum GG, das sich ausdrücklich überhaupt nicht zur ökonomischen Thematik äußert (vgl. Rn. 143), ist der normtextliche Befund in den zentralen supranationalen Dokumenten substanzieller. Dies kann nicht überraschen, erinnert man sich an den historischen Ausgangspunkt dieser Abkommen, die sog. Römischen Verträge von 1957, in deren Rahmen insbesondere die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) gegründet wurde.⁵¹⁶ Obwohl im historischen Verlauf der Folgeverträge⁵¹⁷ dieser **spezifische Wirtschaftsbezug** im europäischen Primärrecht weit weniger im Vordergrund steht als früher, ist er auch im geltenden Primärrecht immer noch ein wichtiges Moment und kann – wesentlich deutlicher als im GG – Argumente für Bestehen und Zuschnitt einer europäischen Wirtschaftsverfassung liefern.
- 260 Schon der nunmehr **obsoleter EG-Vertrag** in der Fassung des Vertrages von Amsterdam 1997 nannte in seinen Artt. 3f. als ein normativ leitendes Prinzip der supranationalen Wirtschaftsordnung mehrfach die „offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“. Jedenfalls bei einer oberflächlichen Textfassung konnte daraus freilich kaum ein klares Bekenntnis zum neoklassischen Konzept der Wettbewerbsfreiheit (vgl. Rn. 92ff., 105ff.) herausgelesen werden. Denn andernorts wurde auch ausreichend Raum für ein wohlfahrtsökonomisches Wettbewerbsverständnis mit insbesondere industrie- oder verbraucherpolitischer Färbung bis hin zu einem unverhohlenen administrierten Agrarmarkt eröffnet.⁵¹⁸
- 261 So ließen sich jedenfalls bei kursorischer Betrachtung kein stimmiges Leitbild einer europäischen Wirtschaftsverfassung und schon gar nicht eine Festlegung auf bestimmte wettbewerbstheoretische Positionen ermitteln. Diese (scheinbare, dazu sogleich Rn. 270) **„Ambivalenz der europäischen Wirtschaftsverfassung“**⁵¹⁹ war indes politisch durchaus gewollt, um die Möglichkeit offenzuhalten, die traditionell unterschiedlichen wirtschaftspolitischen Vorstellungen der Mitgliedsstaaten über Zulässigkeit und Nutzen staatlicher Interventionen im Marktgeschehen auch auf europäischer Ebene zur Geltung zu bringen.⁵²⁰ Immerhin wurde doch weithin von einer „grundsätzlich marktwirtschaftlichen Orientierung“ der europäischen Wirtschaftsverfassung,⁵²¹ ja, von einem „positiven Bekenntnis zu einer freien und wettbewerbsverfassten Wirtschaftsordnung“ als einer „Systementscheidung im Gemeinschaftsrecht“⁵²² gesprochen.
- 262 An diesem Befund hat sich, zumindest *prima facie*, wenig verändert. Nach wie vor enthält das supranationale Primärrecht in EUV und AEUV auf der Ebene des Normtextes „kein kohärentes Konzept“, liefert aber gleichwohl wie die Vorgängerregelungen zahl-

das Primärrecht nur dann, wenn das Primärrecht zutreffend interpretiert und auf dieser Basis Sekundärrecht gesetzt wird. Ohne diesen Vorbehalt verfängt sich der Ansatz *Peukerts* in einer *petitio principii*.

516 Ausführlich *Küsters* Die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (1982).

517 S. überblicksweise z.B. *Herdegen* § 4 Rn. 5ff.; *Nowak* S. 55 ff.

518 Vgl. *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl. 2009) § 1 Rn. 47.

519 *Peukert* Ziele S. 37 (ff.).

520 *Harte/Henning/Schünemann* (2. Aufl. 2009) § 1 Rn. 48. Eingehend zu alledem *Basedow* S. 26 ff.; *Mestmäcker* Wirtschaftsverfassung, passim.

521 *Busch* S. 14 m.w.N.; *Dreher/Lange* FS FIW 161, 164; s. aber auch *Stober* Allg. Wirtschaftsverwaltungsrecht § 5 II 3, der die europäische Wirtschaftsverfassung als normative „Gemengelage“ beschreibt und damit im Ergebnis in Parallele zur deutschen Wirtschaftsverfassung stellt, die er i.S. der (abgeschwächten) Neutralitätsthese (s. Rn. 154 ff.) ebenfalls als „relativ offen“ kennzeichnet. Vgl. auch *Ch. Herrmann* S. 54f.: Das europäische Wirtschafts- und Sozialmodell sei zwar kein marktradikales, sei aber in marktwirtschaftlichem Sinn durch eine „grundlegende Prärogative zu Gunsten der Freiheitsrechte“ geprägt.

522 *Rittner/Dreher* § 2 Rn. 35f. m.w.N.; gleichsinnig *Rittner* WuW 2007, 967.

reiche **Anknüpfungspunkte** zu einer stärker konturierten Beschreibung der geltenden europäischen Wirtschaftsverfassung.⁵²³

Zu nennen sind hier neben dem „gemeinsamen Binnenmarkt“ (Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV) mit der Gewährleistung eines freien Verkehrs von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital (Art. 26 Abs. 2 AEUV) vor allem die „offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ (Artt. 119f. AEUV) und der Schutz vor Wettbewerbsverfälschungen im Zusammenhang mit den Wettbewerbsregeln (Art. 101 Abs. 1 AEUV), die insgesamt eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Strukturentscheidung für eine **wettbewerbsgesteuerte Marktwirtschaft** voraussetzen.

Schon für den früheren, diese Maßgaben ebenfalls aufweisenden Rechtszustand war weithin die Auffassung vertreten worden, wettbewerbskonzeptionell müsse die dadurch statuierte Wirtschaftsverfassung jedenfalls insoweit im Lichte der **neoklassischen Theorie** gedeutet werden.⁵²⁴ Diese Position hat ihre argumentative Basis grundsätzlich nicht dadurch eingebüßt, dass dieselben Maßgaben nun in einen neu bezeichneten normativen Rahmen Eingang gefunden haben.

Allerdings muss konzediert werden, dass das in Art. 3 Abs. 3 EUV normierte, in der Sache schon bislang formulierte Zielbündel als „**magisches Achteck**“ von ausgewogenem Wachstum, Preisstabilität, Vollbeschäftigung, sozialem Fortschritt, Umweltschutz bzw. verbesserter Umweltqualität und wissenschaftlich-technischem Fortschritt⁵²⁵ in seinem Verhältnis zu der grundsätzlichen Systementscheidung für Markt und Wettbewerb im Primärrecht jedenfalls *expressis verbis* „ungeregelt“ ist.⁵²⁶ Gerade wenn das Primärrecht auch jetzt noch im Grundsatz als vom Konzept der Wettbewerbsfreiheit inspiriert zu gelten hat, tritt hier ein unauflöslicher Gegensatz zu Tage: Einerseits ist für die gewünschte Zielerreichung eine Instrumentalisierung des Wettbewerbs erforderlich, andererseits widerspricht eben dies der spontanen Ordnung, die der freiheitlich-wettbewerbsgesteuerte Markt generiert⁵²⁷ (zu den angesprochenen Wettbewerbskonzeptionen s. Rn. 64 ff.).

Während diese Zielpunkte im Wesentlichen mit dem früheren Rechtszustand übereinstimmen, ist der Rekurs auf „eine in hohem Maße **wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft**“ in Art. 3 Abs. 3 EUV neu. Da der Begriffsinhalt der „sozialen Marktwirtschaft“ keineswegs selbsterklärend ist,⁵²⁸ vor allem aber wegen der Notwendigkeit einer autonomen, „eigenen Regeln folgende“ Auslegung des Europarechts,⁵²⁹ können die in Deutschland damit in wettbewerbstheoretischer Hinsicht verbundenen Diskussionslinien hier nicht einfach nachgezogen werden.⁵³⁰ Vielmehr ergibt sich insoweit auch neuer Interpretationsbedarf.

Festzustellen ist schließlich, dass umgekehrt das früher in Art. 3 lit. g EG-Vertrag (1997) an prominenter Stelle als Tätigkeitsbereich der Gemeinschaft genannte „System, das den

⁵²³ Hierzu und zum Folgenden Kilian Rn. 195 ff.

⁵²⁴ Grundmann JZ 2000, 1133, 1136 f.; Mestmäcker FS Franz Böhm (1965) 345 ff. zu „offenen Märkten im System des unverfälschten Wettbewerbs in der Europäischen Gemeinschaft“; Ophüls ZHR 124 (1962) 136, 148; Peukert ZHR 173 (2009) 536, 542 f.; ders. Ziele S. 34.

⁵²⁵ Zur dort jetzt ebenfalls aufgeführten „in hohem Maße wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft“ sogleich in Folgendem.

⁵²⁶ Kilian Rn. 207.

⁵²⁷ Zutreffend Kilian ebd.

⁵²⁸ Zum im Laufe der Zeit sich wandelnden Begriffsverständnis s. Leisner Soziale Marktwirtschaft S. 36 ff.; speziell im thematischen Zusammenhang Schmidt-Preuß FS Sackler 970 ff.

⁵²⁹ Herdegen § 8 Rn. 73 (ff.); zur Auslegung des EU-Rechts, der dabei verfolgten Ziele und Methoden s. näher Kilian Rn. 348 ff.; Schröder JuS 2004, 180 ff.; s.a. Anweiler Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (1997).

⁵³⁰ Ebenso Nowak S. 238.

Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt“, nunmehr in einen Erwägungsgrund eines Protokolls⁵³¹ verschoben worden ist. Auch dieser Vorgang bedarf unter der Fragestellung der geltenden europäischen Wirtschaftsverfassung der Einordnung, ob dadurch eine **Schwächung des Wettbewerbsprinzips** stattgefunden hat.

- 268 Damit ist der normtextliche Befund des Primärrechts im Hinblick auf die europäische Wirtschaftsverfassung hinreichend erfasst. Diese **disparaten Versatzstücke** mit zudem jeweils recht „geringer Direktionskraft“⁵³² zu einem Ganzen zusammenzufügen (statt, wie politisch durchaus erwünscht, unverbunden nebeneinander stehen zu lassen und so sekundär- und nationalrechtlich größtmögliche Spielräume zu lassen), ist dem rechtsstaatlichen Gebot der „Einheit der Rechtsordnung“⁵³³ geschuldet, die auch und erst recht innerhalb eines Normkomplexes Geltung beansprucht.
- 269 Diesem Postulat lässt sich auch nicht dadurch ausweichen, dass man sich im Einzelfall mit einer „**praktischen Konkordanz**“ zwischen Markt-, Wirtschafts- und Wettbewerbsfreiheit auf der einen Seite und den Gemeinschaftszielen des Art. 3 Abs. 3 EUV auf der anderen Seite begnügen zu können glaubt.⁵³⁴ Gewiss bewegt man sich auf der Ebene der europäischen Wirtschaftsverfassung auf vergleichsweise hohem begrifflichen Abstraktionsniveau, doch macht dies eine notwendige systematische Interpretation mit dem Ziel einer konsistenten Inhaltsbestimmung der europäischen Wirtschaftsverfassung nicht „hochgradig spekulativ“⁵³⁵ und damit dogmatisch unseriös.
- 270 Bei einem spezifisch auf die ökonomische Dimension des Primärrechts gerichteten Fokus wird nach wie vor von einem „**Primat des Wettbewerbsschutzes**“⁵³⁶ auszugehen sein, wenn die in Artt. 119f. AEUV mehrfach rezitierte „offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ kein Lippenbekenntnis i.S. bloßer Programmsätze sein, sondern ein echtes „Bekenntnis“ für ein „freies Wirtschaftssystem“⁵³⁷ und geltendes Recht zur Auslegung und Fortbildung des Europarechts insgesamt darstellen sollen.⁵³⁸ Die Verschiebung in den Titel über die Wirtschafts- und Währungspolitik gegenüber der vordem textlich exponierteren Stellung des Art. 4 Abs. 1 EG-Vertrag kann nicht als materielle Zurücksetzung verstanden werden,⁵³⁹ sondern stellt nur einen engeren gliederungstechnischen Bezug zum Regelungsgegenstand dar.
- 271 Dass das Wettbewerbsprinzip im Übrigen in ein Protokoll abgedrängt wurde statt wie früher mit Art. 4 Abs. 1 des EG-Vertrages in den normativen Grundlagen der Gemein-

531 Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb (Nr. 27) zum Vertrag von Lissabon (in der Nummerierung der konsolidierten Fassung), ABl. C 83 v. 30.3.2010, S. 309.

532 Nowak S. 204.

533 Grundlegend *Engisch* Die Einheit der Rechtsordnung (1935), unveränd. Nachdruck mit einem Geleitwort von A. Kaufmann (1987); s. sodann *Felix* Einheit der Rechtsordnung, passim, z.B. S. 9 ff.

534 So aber Nowak S. 208 f. unter Hinweis auf EuGH 13.3.2001 – C-379/98 – Slg. 2001, I-2099 ff. – PreussenElektra; EuGH 11.12.2007 – C-438/05 – Slg. 2007, I-10799 ff. – Viking Line; EuGH 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767 ff. – Laval. S. demgegenüber Müller-Graff ZHR 173 (2009) 443, 453: „nebulöser Topos der praktischen Konkordanz“.

535 So aber *Hatje* in Bogdandy (Hrsg.), S. 683 ff., 724; zustimmend *Peukert* ZHR 173 (2009) 536, 540.

536 Glöckner S. 509, 512; s.a. *Dreher* WuW 1998, 656 f.; *Wunderle* S. 152 ff.; a.A. *Peukert* Ziele S. 42 ff., 49; *Stober* FS Stern 613, 618 f. („relativ offene Wirtschaftsverfassung“ der Union wie im GG).

537 R. Schmidt FS Stober 19, 23.

538 Vgl. schon zum früheren insoweit vergleichbaren Recht z.B. EuGH 21.2.1973 – C-6/72 – Slg. 1973, 215 Tz. 22 f., 25 – Europemballage u. Continental Can; EuGH 4.4.1974 – C-167/73 – Slg. 1974, 359 Tz. 17, 23 – Franz. Republik; EuGH 13.2.1979 – C-85/76 – Slg. 1979, 461 Tz. 125 – Hoffmann-La Roche; s.a. *Reimer* EuR 2003, 992 ff.; a.A. wohl *Stober* FS Stern 613, 618 („relativ offene Wirtschaftsverfassung“) m.w.N.

539 Ch. Herrmann S. 58; *Dreher/Lange* FS FIW 161, 171; *Peukert* ZHR 173 (2009) 536, 538 formuliert, die einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtete Wirtschaftspolitik erfahre „systematisch eine Zurücksetzung“, bleibt aber unklar, ob er dies auf das äußere oder innere System des AEUV bezieht.

schaft erfasst zu sein (vgl. Rn. 260, 267), sollte ebenfalls nicht überbewertet werden, sondern ist als eine offenbar auf Drängen Frankreichs erfolgte⁵⁴⁰ „**Vertragskosmetik**“⁵⁴¹ zu verstehen, weil Protokolle und Anhänge gemäß Art. 51 EUV ebenfalls „Bestandteil der Verträge“ sind.⁵⁴² Dadurch jedenfalls haben sich keine merklichen Änderungen der grundsätzlich freiheitlich-wettbewerbsbasierten europäischen Wirtschaftsverfassung ergeben.⁵⁴³

Wie schon bislang ist aber auch heute, nach Maßgabe des Lissabon-Vertrags, davon 272 auszugehen, dass das Primärrecht selber der Wettbewerbsfreiheit immanente Grenzen setzt, namentlich indem es mit Artt. 38 ff. AEUV den Agrarsektor der wirtschaftlichen Administration fast völlig unterwirft. Der **Agrarmarkt** ist somit der Wettbewerbssteuerung praktisch entzogen,⁵⁴⁴ Art. 38 Abs. 2 AEUV mit dem Hinweis auf die grundsätzliche Geltung der Vorschriften für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes (und damit auch auf einen wettbewerbsgesteuerten Agrarmarkt) mithin nicht mehr als ein gemeinschaftspolitisches Feigenblatt.

Ein anderer Akzent ist z.B. bei der primärrechtlichen Normierung der Industriepoli- 273 tik nach Art. 173 AEUV zu setzen: Diese soll **bestimmte Ziele** erreichen, wie etwa Strukturanpassungen erleichtern, den industriellen Mittelstand besonders fördern und auf eine bessere wirtschaftliche Nutzung von Forschung und Entwicklung hinwirken. Insofern steht die Industriepolitik mit den gemeinschaftspolitischen Zielen des „magischen Achtecks“ nach Art. 3 Abs. 3 EUV (vgl. Rn. 265) in Parallele und beide wiederum in Opposition zu einem Wettbewerbskonzept, das in einem systemtheoretisch-neoklassischen Sinn auf selbstreferentielle Marktprozesse setzt, statt zu glauben, den Wettbewerb instrumentalisieren zu können.

Es ist deshalb Ausdruck einer gewissen inneren Logik, wenn in Bezug auf derartige 274 primärrechtlich definierte Ziele wohlfahrtsökonomische Wettbewerbskonzepte, wozu auch der „*more economic approach*“ gehört, in Position gebracht werden, weil zur Zielerreichung aus Sicht des Primärrechts angeblich „offenbar gesonderte Maßnahmen für erforderlich gehalten werden, die nicht durchweg im Einklang mit institutionell-wettbewerbsfunktionalen Ansätzen stehen müssen“.⁵⁴⁵ Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit gelten in einem solchen Verständnis als unproblematisch, wenn *per saldo* durch einen hohen Zielerreichungsgrad Wohlfahrtsgewinne realisiert werden (zum „*more economic approach*“ s. bereits Rn. 102f.). Immerhin hat auch der EuGH einem solchen Denken Vorschub geleistet, wenn er gelegentlich vom unverfälschten Wettbewerb als „Mittel zur Erreichung“ primärrechtlich gesetzter Ziele gesprochen hat.⁵⁴⁶

Der versuchten **Aushöhlung der Wettbewerbsfreiheit** muss auch europarechtlich 275 (zum deutschen Recht s. Rn. 163 ff., 174 ff.) entschieden entgegengetreten werden.⁵⁴⁷ Abgesehen von leider hinzunehmenden Ausnahmebereichen, in denen das Primärrecht faktisch wettbewerbsfreie oder zumindest wettbewerbsarme Inseln schafft,⁵⁴⁸ ist zu be-

540 Zur Historie s. Busch S. 21; Hatje/Kindt NJW 2008, 1761, 1765; Rittner WuW 2007, 967.

541 Peukert ZHR 173 (2009) 536, 538, allerdings nur referierend.

542 S.a. Basedow EuZW 2008, 225.

543 Hatje/Kindt NJW 2008, 1761, 1765; Nowak EuR-Beilage 2011, 21, 30 f.; Rabe NJW 2007, 3153, 3154; Rittner WuW 2007, 967; Streinz ZG 2008, 105, 115; Weber EuZW 2008, 7.

544 Kilian Rn. 210 f.

545 Peukert ZHR 173 (2009) 536, 554; s.a. Wunderle S. 119.

546 EuGH 14.12.1991 – Gutachten 1/91 – Slg. 1991, I-6079 Tz. 50 zu Art. 2 EG-Vertrag.

547 Zusammenfassend Pichler S. 163: „Für Effizienztheorien findet sich im Lauterkeitsrecht weder auf europäischer noch auf deutscher Ebene ein Anhaltspunkt.“

548 Vgl. neben Art. 173 AEUV für den Agrarsektor z.B. auch Art. 101 Abs. 3 AEUV zur Durchsetzung von verbraucherpolitischen oder technisch-fortschrittpolitischen Zielen.

tonen, dass sich namentlich „die Grundsatznorm der Europäischen Wirtschaftsverfassung,“⁵⁴⁹ Art. 119 AEUV, „ohne jede Einschränkung oder Konditionierung durch weitere Fernwirkungen zu einer offenen, unverfälschten Wettbewerbsordnung als selbsttragendem Grundsatz bekennt.“⁵⁵⁰ Auch für die Industriepolitik ist bei genauerer Betrachtung keine andere Beurteilung am Platz. Denn die diesbezügliche Kompetenz der Europäischen Union „bietet keine Grundlage dafür, dass die Union irgendeine Maßnahme einführt, die zu Wettbewerbsverzerrungen führen könnte (...)“, wie Art. 173 Abs. 3 (Unterabs. 2) AEUV letztlich nur klarstellt.

276 Ein wirtschaftsverfassungsrechtliches Einfallstor für eine weniger an freiheitlich-wettbewerbsgesteuerten Märkten ausgerichtete Politik der Gemeinschaft könnte schließlich der bislang im Primärrecht fehlende Rekurs auf die „in hohem Maße **wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft**“ im Katalog des Art. 3 Abs. 3 EUV darstellen. Insbesondere im Blick auf den dort ebenfalls genannten „sozialen Fortschritt“ sowie auf den Verbraucherschutz (Art. 169 AEUV) könnte man der Ansicht zuneigen, diese gemeinschaftspolitischen Ziele könnten und sollten nunmehr durch eine Relativierung des Schutzes eines freien, unverfälschten Wettbewerbs realisiert werden, insbesondere also durch hoheitliche Intervention.⁵⁵¹ Damit würde das bislang dominierende verbraucherpolitische Konzept der Gemeinschaft, in dem die Verbraucherwohlfahrt gerade umgekehrt als Indikator eines funktionierenden, unverfälschten Wettbewerbs gesehen wird,⁵⁵² prinzipiell in Frage gestellt.

277 Die Befürchtung, dass mit der Aufnahme der sozialen Marktwirtschaft in den Vertragstext „letztlich (...) eine **Ausweitung sozialpolitischer Kompetenzen**“ der Gemeinschaftsorgane beabsichtigt wird,⁵⁵³ lässt sich schon angesichts des notorischen Willens der politischen Klasse zur „Gestaltung“ nicht leicht von der Hand weisen. Das Primärrecht eröffnet selber zahlreiche Betätigungsfelder für solche Gestaltungswünsche, und zwar schon in Art. 3 Abs. 3–5 EUV: die Bekämpfung sozialer Ausgrenzung sowie die Förderung sozialer Gerechtigkeit, des sozialen Schutzes und des sozialen Zusammenhalts. Art. 9 AEUV wiederholt einen Teil dieser Anliegen, während Artt. 151–164 AEUV einen ganzen Titel der Sozialpolitik widmen, dabei die genannten Ziele erneut aufgreifen und noch erweitern, z.B. um den „sozialen Dialog“ in Artt. 151 Abs. 1, 152 Abs. 1 S. 1 AEUV.

278 Ein Verständnis des Attributes „sozial“ als Rechtfertigung für eine **Verwässerung einer wettbewerbsgesteuerten Marktwirtschaft** würde im Übrigen in Parallele zur Begriffsentwicklung in Deutschland stehen (s.a. Rn. 90, 175), wo ebenfalls leicht übersehen wird, „was die Väter dieses Konzepts darunter verstanden: dass nämlich die Marktwirtschaft aus sich heraus bereits sozial ist und dass darüber hinaus notwendige Eingriffe in das Wirtschaftsgeschehen mit marktkonformen Mitteln erfolgen sollen.“⁵⁵⁴

279 Soweit bei der „in hohem Maße wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft“ der Akzent auf der **Wettbewerbsfähigkeit** liegt, macht die Formulierung überhaupt nur Sinn, wenn man sie darauf bezieht, dass die europäische Volkswirtschaft als Ganze in

549 Geiger/Khan/Kotzur Art. 119 AEUV Rn. 2.

550 Herdegen § 22 Rn. 3.

551 In diesem Sinne namentlich Peukert ZHR 173 (2009) 536, 557 f. unter Hinweis z.B. auf EuGH 16.5.1989 – C-382/87 – Slg. 1989, 1235 Tz. 11 ff. – Buett und SARL; s.a. Häberle S. 538, Fn. 868: Relativierung des Marktparadigmas durch soziale Ausgleichsmechanismen.

552 S. EG-Kommission, Verbraucherpolitische Strategie der EU 2007 – 2013, 13.3.2007, KOM (2007) 99 endg., 3; eingehend Keßler/Micklitz Die Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft und die Reform des UWG (2003) 20.

553 So die Besorgnis von Busch S. 19.

554 Busch S. 19 unter Hinweis auf Müller-Armack Soziale Marktwirtschaft, in Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 9 (1956) 390 ff.

globaler Konkurrenz steht. In diesem Szenario könnte dann die Zielsetzung einer „wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft“ zur Legitimierung interventionistischer Eingriffe in den europäischen Markt aus industriepolitischen Motiven dienen.⁵⁵⁵

Zu denken ist aber auch an eine politisch proaktive **Verknüpfung** von „Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft der Union“ einerseits und europäischer Sozialpolitik durch „Förderung der Beschäftigung“ und „Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen“ im Blick auf die „Entwicklung des Arbeitskräftepotentials“ und ein „dauerhaft hohes Beschäftigungsniveau“ andererseits, die in einem Atemzug in Art. 151 Abs. 1 und 2 AEUV genannt werden. **280**

All dies reicht aber nicht hin, mit Hilfe des neuen primärrechtlichen Bekenntnisses zu einer „in hohem Maße wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft“ das System einer freiheitlich-wettbewerbsgesteuerten offenen Marktwirtschaft, den „Primat des Wettbewerbschutzes“ (s. Rn. 270) normativ aus den Angeln zu heben.⁵⁵⁶ Der genannte Passus ist zunächst für sich gesehen und europarechtlich-autonom interpretiert viel von unbestimmt, um überhaupt rechtliche Bedeutung zu gewinnen,⁵⁵⁷ geschweige denn von solchem Gewicht, um die europäische Wirtschaftsverfassung neu auszurichten. Seine Aufnahme in den Vertragstext ist wohl eher ein **Akt politischer Rhetorik**, um sich die mit diesem Begriff einstellenden positiven Assoziationen zunutze zu machen.⁵⁵⁸ **281**

Schließlich ist die Verankerung sozialpolitischer Anliegen auf der Ebene des europäischen Primärrechts **nichts Neues**, wie schon Artt. 2, 136 ff. des EG-Vertrages (in der Fassung von Nizza) zeigen. Schon bisher mussten also sozialpolitische Erwägungen mit dem Kalkül des freien, unverfälschten Wettbewerbs versöhnt werden, ohne ausdrücklich mit der Formel der „in hohem Maße wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft“ operieren zu können.⁵⁵⁹ So gesehen war das Leitbild der sozialen Marktwirtschaft schon vor dem Reformvertrag von Lissabon im europäischen Primärrecht vorhanden.⁵⁶⁰ **282**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die europäische Wirtschaftsverfassung in ihrer Gesamtprägung nur als freiheitlich-wettbewerbsgesteuerte marktwirtschaftliche Ordnung zutreffend beschrieben werden kann. Insofern ist das Konfliktpotential mit der gleichartigen deutschen Wirtschaftsverfassung sehr gering. Namentlich mit dem Agrarsektor kennt das europäische Primärrecht freilich eine bedeutende Enklave, in denen die wettbewerbsgesteuerte Marktwirtschaft mit Art. 38 Abs. 2 AEUV nur noch einen normativen Merkposten bilden, im Übrigen Artt. 38 ff. AEUV diesen Wirtschaftsbereich aber weitestgehend hoheitlicher Administrierung öffnen. Immerhin spricht gerade der in Art. 38 Abs. 2 AEUV normierte Grundsatz gegen eine Charakterisierung der europäischen Wirtschaftsverfassung als Mischwirtschaft, in der das Wettbewerbsprinzip unverbunden und damit politisch beliebig verfügbar neben hoheitlicher Intervention steht. **283**

⁵⁵⁵ Busch ebd. m.w.N.

⁵⁵⁶ Gloy/Loschelder/Erdmann/Leistner § 5 Rn. 7; Nowak S. 237 (ff.): „Kein wirtschaftsverfassungsrechtlicher Paradigmenwechsel“; Schmidt-Preuß FS Säger 975 ff.; Terhechte EuR 2008, 143, 177, alle m.w.N.

⁵⁵⁷ Müller-Graff ZHR 173 (2009) 443, 450.

⁵⁵⁸ Müller-Graff ZHR 168 (2004) 1, 6 (im Zusammenhang mit dem gescheiterten Verfassungsvertrag); Nowak S. 238.

⁵⁵⁹ Vgl. EuGH 11.12.2007 – C-438/05 – Slg. 2007, I-10799 Tz. 43 f., 78 f. – Viking Line; EuGH 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767 Tz. 90 f., 104 f. – Laval; Nowak S. 238 ff.

⁵⁶⁰ Bleckmann DVBl. 1992, 335, 341.

B. Geschichtliche Entwicklung. Rechtsquellen

Schrifttum

Adler Fortbildung des Warenzeichenrechts durch das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, Festgabe zum 50jährigen Bestehen des RPA (1927) 153; *Ahrens* Das Vertragsauflösungsrecht nach der geplanten UWG-Novelle, WRP 1978, 677; *Alexander-Katz* Die unredliche Konkurrenz. Juristische Betrachtungen (1892); *Allfeld* Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen (1894); *Bachem* Der unlautere Wettbewerb in Handel und Gewerbe und dessen Bekämpfung (1892); *ders.* Wie ist dem unlauteren Wettbewerb in Handel und Gewerbe zu begegnen? (1893); *Baecker* Zum Zeichenschutz (1876); *Baumbach* Das gesamte Wettbewerbsrecht. Systematischer Kommentar, 2. Aufl. (1931); *ders.* Gesetzgeberische Gedanken zum Wettbewerbsrecht, DJZ 1931, Sp. 58; *Beater* Verbraucherschutz und Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht (2000); *Becher* Die Regelung des gewerblichen Rechtsschutzes, in: Enderlein (Hrsg.) Handbuch der Außenhandelsverträge, Bd. 1, Der Außenhandelskaufvertrag (1971) 89; *Beier* Gedanken zum Verhältnis von Warenzeichen- und Ausstattungsschutz im künftigen deutschen Markenrecht, GRUR 1967, 628; *Berg* Wettbewerbsrecht der ehemaligen DDR im Umbruch, in: Beier/Bastian/Kur (Hrsg.) Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz in Mittel- und Osteuropa (1992) 89; *Böhm* Wettbewerb und Monopolkampf. Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung (1933); *Böttger* Zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Ein Beitrag zur Geschichte und Kritik der neueren Gewerbepolitik, Braunschweig (1895); *Borck* Abermals UWG-„Reform“? Ein Beitrag betreffend den „Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung“, WRP 1978, 333; *von Braunmühl/Zweck* Wirtschaftswerbung. Kommentar (1934); *Buxbaum* Die private Klage als Mittel zur Durchsetzung wirtschaftspolitischer Rechtsnormen (1972); *Emmerich* Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 5. Aufl. (1998); *Dornberger* (Hrsg.) Handelsrechtliche Gesetze und Haftpflichtbestimmungen. Textausgabe mit Anmerkungen und Sachregister (1967); *Elster* Urheber- und Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. (1928); *Fezer* Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrechts, WRP 2001, 989; *Fikentscher* Wirtschaftsrecht, Bd. 2, Deutsches Wirtschaftsrecht (1983); *Finger* Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs (1897); *von Gierke* Der Rechtsgrund des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb, Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz 4 (1895), 109; *Gosewinkel* (Hrsg.) Wirtschaftskontrolle und Recht in der nationalsozialistischen Diktatur (2005); *Greiner* Die Entstehungsgeschichte der Generalklausel im Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7.6.1909 (1925); *Gröner/Köhler* Der Selbstbedienungsgroßhandel zwischen Rechtszwang und Wettbewerb (1986); *Gröschner* Der Kraftfahrzeughandel und das Rabattgesetz, BB 1982, 1331; *Hahn* Das deutsche Markenschutzgesetz sowie Vorschläge zur Änderung desselben (1887); *Hedemann* Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat (1933); *ders.* Deutsches Wirtschaftsrecht. Ein Grundriß, 2. Aufl. (1943); *Heister* Harmonisierung des Rechts der vergleichenden Werbung durch die Richtlinie 97/55/EG? (2004); *Isay* Das Recht am Unternehmen (1910); *Katzenberger* Recht am Unternehmen und unlauterer Wettbewerb (1967); *Katz* Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen und unlauterer Wettbewerb (1894); *Kent* Das Reichsgesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen (1897); *Kilian* Schutz des Verbrauchers oder der Handelsstrukturen? Zum Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung in § 6a Abs. 2 UWG (1987); *Kind* Sonderveranstaltungen. Handbuch des Ausverkaufsrechts (1979); *Klippel* „Libertas commerciorum“ und „Vermögens-Gesellschaft“. Zur Geschichte ökonomischer Freiheitsrechte in Deutschland im 18. Jahrhundert, in: Birtsch (Hrsg.) Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte. Beiträge zur Geschichte der Grund- und Freiheitsrechte vom Ausgang des Mittelalters bis zur Revolution von 1848 (1981) 313; *ders.* Historische Wurzeln und Funktionen von Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechten im 19. Jahrhundert, ZNR 4 (1982) 132; *ders.* Die Bedeutung des rheinischen Rechts für die Entwicklung des Namens- und Firmenschutzes in Deutschland, in: Mohnhaupt (Hrsg.) Revolution, Reform, Restauration. Formen der Veränderung von Recht und Gesellschaft (1988) 124; *ders.* Die Theorie der Freiheitsrechte am Ende des 18. Jahrhunderts in Deutschland, in: Mohnhaupt (Hrsg.) Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988–1990) (1991) 349; *ders.* Der liberale Interventionsstaat. Staatszweck und Staatstätigkeit in der deutschen politischen Theorie des 18. und der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, in: Lück (Hrsg.) Recht und Rechtswissenschaft im mitteldeutschen Raum. Symposium für Rolf Lieberwirth anlässlich seines 75. Geburtstages (1998), 77; *Kloppel* Die Grundlagen des Markenschutzes (1911); *Knemeyer* Art. Polizei, in: Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 4 (1978) 875; *Knöpfle* Der Rechtsbegriff „Wettbewerb“ und die Realität des Wirtschaftslebens (1966); *ders.* Die marktbezogene

Unlauterkeit. Ist es berechtigt, die Unlauterkeit einer Handlung daraus herzuleiten, daß sie den Bestand oder die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs gefährdet? (1983); *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig* Vorschlag für eine Richtlinie zum Lauterkeitsrecht und eine UWG-Reform, WRP 2002, 1317; *Köhler* Kopplungsverbote (einschließlich Zugabe) im geltenden und künftigen Wettbewerbsrecht GRUR 2003, 729; *ders.* Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts zum Recht des Geistigen Eigentums. Zur Notwendigkeit einer Neubestimmung auf Grund der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR 2007, 548; *ders.* Vom deutschen zum europäischen Lauterkeitsrecht – Folgen der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken für die Praxis, NJW 2008, 3032; *ders.* Die UWG-Novelle 2008, WRP 2009, 109; *Königs* Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961, 1041; *Kötz* Klagen Privater im öffentlichen Interesse, in: *Homburger/ders.* (Hrsg.) Klagen Privater im öffentlichen Interesse (1975) 69; *Kohler* Der unlautere Wettbewerb (1914); *Krieger* Möglichkeiten einer Verstärkung des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb, WRP 1978, 1; *Lammel* Recht zur Ordnung des Wettbewerbs, in: *Coing* (Hrsg.) Handbuch der Quellen und Literatur zur europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. III/3 (1986) 3749; *Leonhard* Der unlautere Wettbewerb und seine Bekämpfung (1903); *Lettl* Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa (2004); *Leuchs* Gewerb- und Handelsfreiheit, oder über die Mittel, das Glück der Völker, den Reichtum und die Macht der Staaten zu begründen, 2. Aufl. (1831); *Lies-Benachib* Mondpreise und Schnäppchen. Eine juristische Zeitgeschichte des Rabattgesetzes, in: *Pahlow* (Hrsg.) Die zeitliche Dimension des Rechts (2005) 272; *Lieser* Pariser Verbandsübereinkunft und Wettbewerbsrecht in der DDR, Deutschland-Archiv 7 (1974), 253; *ders./Morawo* Das Außenhandelsrecht im Schnittpunkt von Markt- und Zentralplanwirtschaft, Deutschland-Archiv 1970, 579; *Lindemeyer/Henseler* Vom Schutz des Mitbewerbers zum Schutz des Bewerbers. Der Referentenentwurf zur Änderung des Gesetzes gegen den Unlauteren Wettbewerb, WRP 1978, 87; *Lobe* Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896 (1896); *ders.* Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, 4 Bde. (1907); *ders.* Die Generalklausel des neuen Wettbewerbsgesetzes, GRUR 1910, 3; *ders.* Die Entwicklung des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts, GRUR 1931, 1215; *Matz* Die Regulierung der akzessorischen Werteklamme, Diss. Kiel 2005; *Mestmäcker* Der verwaltete Wettbewerb. Eine vergleichende Untersuchung über den Schutz von Freiheit und Lauterkeit im Wettbewerbsrecht (1984); *Mewes* Das Recht der Sonderverkaufsveranstaltungen (1936); *Mittler* Illoyale Konkurrenz und Markenschutz. Eine Studie aus dem Immaterial-Güter-Rechte unter rechtsvergleichender Berücksichtigung der österreichischen und deutschen Gesetzgebung (1896); *Möschel* Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz (1978); *Morawo* Das Außenhandelsrecht in den Wirtschaftsordnungen des geteilten Deutschlands. Ein Systemvergleich (1969); *Müller/Woltz* Das Recht des unlauteren Wettbewerbs ausgewählter kapitalistischer Industrieländer (1988); *Nipperdey* Wettbewerb und Existenzvernichtung (1930); *Nörr* Die Republik der Wirtschaft. Recht, Wirtschaft und Staat in der Geschichte Westdeutschlands, Bd. 1, Von der Besatzungszeit bis zur Großen Koalition (1999); *ders.* Die Leiden des Privatrechts. Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (1994); *ders.* Zwischen den Mühlsteinen. Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik (1988); *D. C. North* Theorie des institutionellen Wandels, eine neue Sicht der Wirtschaftsgeschichte (1988); *M. North* Deutsche Wirtschaftsgeschichte. Ein Jahrtausend im Überblick (2000); *Ohly* Die Bemühungen um eine Rechtsvereinheitlichung auf EU-Ebene von den Anfängen bis zur Richtlinie über irreführende Werbung von 1984, in: *Schricker/Henning-Bodewig* (Hrsg.) Neuordnung des Wettbewerbsrechts (1997) 69; *ders.* Das neue UWG – Mehr Freiheit für den Wettbewerb? GRUR 2004, 889; *ders.* Gibt es einen Numerus clausus der Immaterialgüterrechte? FS *Schricker* (2005) 105; *Osterrieth* Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes (1908); *Pahlow* Industrialisierung als Staatsaufgabe. Zum Verhältnis von Wirtschaft und Staat im Staatsrecht des Vormärz, Rg. 15 (2009), 109; *ders.* Die Emanzipation des Warenzeichens. Rechtshistorische Überlegungen zum Verhältnis von Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, in: *Lange/Klippel/Ohly* (Hrsg.) Geistiges Eigentum und Wettbewerb (2009) 69; *Pause* Die Berücksichtigung der Allgemeinheit bei der Beurteilung wettbewerbsrechtlichen Handelns (1984); *Pinzger/Heinemann* Das deutsche Warenzeichenrecht (1926); *Pleyer/Lieser* Das Zivil- und Wirtschaftsrecht der DDR im Ausklang eines Reformjahrzehnts. Beiträge aus den Jahren 1969–1972 (1973); *Pölitz* Die Staatswissenschaften im Lichte unserer Zeit, 2. Teil, Volkswirtschaft, Staatswirtschaft und Finanzwissenschaft (1823); *Puppo* Die wirtschaftsrechtliche Gesetzgebung des Dritten Reiches (1987); *Reimer/Krieger* Zugabe- und Rabattrecht. Kommentar (1955); *Reimer* Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. 2, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. (1972); *Rüthers* Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 6. Aufl. (2005); *Sack* Das Recht am Gewerbebetrieb. Geschichte und Dogmatik (2007); *ders.* Die lückenfüllende Funktion der Sittenwidrigkeitsklauseln, WRP 1985, 1; *Scherer* „Case

law“ in Gesetzesform. Die „Schwarze Liste“ als neuer UWG-Anhang, NJW 2009, 324; *dies.* Ende der Werbung in Massenmedien? WRP 2008, 563; *Schill* Der Einfluss der Wettbewerbsideologie des Nationalsozialismus auf den Schutzzweck des UWG. Eine rechtshistorische Untersuchung zur Politisierung des Wettbewerbsrechts durch den Schutz der Allgemeinheit, Diss. Augsburg 2004; *Schippel* Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (1956); *Schlecht* Grundlagen und Perspektiven der Sozialen Marktwirtschaft (1990); *Schmid* Das Warenzeichenrecht nebst einem Überblick über die Bestimmungen wider den unlauteren Wettbewerb (1899); *Schrauder* Wettbewerbsverstöße als Eingriffe in das Recht am Gewerbebetrieb (1970); *Schricker* Zur Reform des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. Schadensersatzansprüche der Abnehmer und Rücktritt vom Vertrag bei irreführender und unlauterer Werbung, GRUR 1979, 1; *Schricker/Henning-Bodewig* Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union, WRP 2001, 1367; *ders./Lehmann* Der Selbstbedienungsgroßhandel. Rechtstatsachen – Rechtsprobleme, 2. Aufl. (1987); *Schuler* Die Concurrence déloyale und ihre Beziehungen zu Namen, Firma, Marke, Fabrik und Geschäftsgeheimnis im französischen, schweizerischen und deutschen Recht (1895); *Seyfferth* Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (1909); *Simon* Die Concurrence Déloyale, ihr Begriff und ihre Behandlung im Zivil- und Strafrecht (1894); *Sosnitza* Der Gesetzentwurf zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, WRP 2008, 1014; *von Stechow* Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896. Entstehungsgeschichte und Wirkung (2002); *Steindorff* Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. (1985); *Stephan* Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen, 4. Aufl. (1899); *Stolleis* Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1, Reichspublizistik und Policywissenschaft 1600–1800 (1988); *Tetzner* Recht und Unrecht der Zugabe. Erläuterungen zur ZugabeVO (1953); *E. Ulmer* Wandlungen und Aufgaben im Wettbewerbsrecht, GRUR 1937, 769; *P. Ulmer* Der Begriff „Leistungswettbewerb“ und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB und UWG-Tatbeständen, GRUR 1977, 565; *ders.* Rabattgesetz und Wettbewerbsordnung, FS Hefermehl (1972) 377; *ders.* Verbraucherpreisempfehlung und Rabattverbot. Zur Problematik faktischer Bindungswirkung von Preisempfehlungen für Kraftfahrzeuge aufgrund von PangVO und RabattG, GRUR Int. 1983, 611; *Veracius* Illoyale Konkurrenz und Markenschutz, GRUR 1898, 237; *Wadle* Das Markenschutzgesetz von 1874, JuS 1974, 761; *ders.* Fabrikzeichenschutz und Markenrecht. Geschichte und Gestalt des deutschen Markenschutzes im 19. Jahrhundert, 2 Bde. (1977/1983); *ders.* Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs von 1896, in: *ders.* (Hrsg.) Geistiges Eigentum. Bausteine zur Rechtsgeschichte, Bd. 2 (2003) 381; *Wassermann* Unlauterer Wettbewerb unter dem Schutz des Markenrechts, GRUR 1904, 63; *Wehler* Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. 2, Von der „Deutschen Doppelrevolution“ bis zum Beginn des Ersten Weltkrieges (1849–1914) (1995); *Weiß* Die Concurrence Deloyale, ihr Begriff und ihre Behandlung im Civil- und Strafrecht (1894); *Wermert* Über den unlauteren Wettbewerb und die Konsumvereinsbewegung (1895); *Wirth* Warenzeichenrecht und gute Sitten, GRUR 1910, 319; *Zacher* Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland. Wirtschaftsrecht, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassung in der Rechtswissenschaft der Weimarer Republik (2002).

Gesetzgebungsmaterialien

1. Entwürfe und Motive: Gesetz über Markenschutz mit Motiven, RTDrucks 1874, Nr. 20, S. 632; Bericht der 35. Kommission zur Vorberatung des Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, Verhandlungen des Reichstages, XII. Legislaturperiode, 1909, Bd. 255, S. 8433; Erläuterungen der ZugabeVO, Deutscher Reichsanzeiger, 1932, Nr. 61; Entwurf der Bundesregierung zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, des Warenzeichengesetzes und des Gebrauchsmustergesetzes, BTDrucks IV/2217; Schriftlicher Bericht des Wirtschaftsausschusses (16. Ausschuss) über den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung – Drucksache IV/2001 – und den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, des Warenzeichengesetzes und des Gebrauchsmustergesetzes – Drucksache IV/2217 –, BTDrucks IV/3403; Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb – Drucksache V/2324 (neu) – mit den Beschlüssen des Rechtsausschusses (12. Ausschuss), BTDrucks V/4035 S. 7; Entwurf eines 9. Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BTDrucks 8/1670; Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BTDrucks 8/2145; Entwurf eines 2. Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG), BTDrucks 9/2008 [30.9.1982]; Entwurf eines 2. Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG),

in: BTDrucks 10/318 [26.8.1983]; Entwurf eines Gesetzes zur Änderung wirtschafts- und verbraucherrechtlicher Vorschriften, BTDrucks 10/4741 S. 1; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Entwurf eines 2. Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG) – Drucksache 10/119 – und dem Entwurf eines 2. Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG) – Drucksache 10/318 –, BTDrucks 10/5058; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb – Drucksache 15/1487 –, BTDrucks 15/2795; Entwurf eines 1. Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BTDrucks 16/10145; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Entwurf eines 1. Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb – Drucksache 16/10145 –, BTDrucks 16/11070. **2. Gesetz und Verordnungen:** Gesetz über Markenschutz vom 30.11.1874, RGBl 1874, 143; Gesetz zum Schutz der Waarenbezeichnungen vom 12.5.1894, RGBl 1894, 441; Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7.6.1909, RGBl. 1909, 499ff.; Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2.11.1923, RGBl I, 1067; Gesetz über den Beitritt des Reiches zu dem Madrider Abkommen, betreffend die Unterdrückung falscher Herkunftsangaben auf Waren vom 21.3.1925, RGBl II, 115; Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze der Wirtschaft vom 9.3.1932, RGBl I, 121; Gesetz über die Errichtung von Zwangskartellen vom 15.7.1933, RGBl I, 488; Gesetz über Änderung der Kartellverordnung vom 15.7.1933, RGBl I, 487; Gesetz über Wirtschaftswerbung vom 12.9.1933, RGBl I, 625; Zweite Bekanntmachung des Werberates der deutschen Wirtschaft vom 1.11.1933, abgedruckt in von *Braunmühl/Zweck* Wirtschaftswerbung. Kommentar (1934) S. 14; Gesetz über Preisnachlässe (Rabattgesetz) vom 25.11.1933, RGBl I, 1011; Verordnung über Wettbewerb vom 21.12.1934, RGBl I, 1280; Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb vom 26.2.1935, RGBl I, 311; Anordnung vom 4.7.1935 auf Grund des § 9a des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung des Reichsgesetzes vom 26.2.1935, Deutscher Reichsanzeiger 1935, Nr. 158, 1; Verordnung zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 8.3.1940, RGBl I, 480; Verordnung des Bundesministeriums für Wirtschaft über Sommer- und Winterschlußverkäufe vom 13.7.1950, Bundesanzeiger 1950, Nr. 135; Gesetz zur Änderung der Verordnung zum Schutze der Wirtschaft vom 20.8.1953, BGBl I, 939; Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, des Gesetzes über das Zugabewesen und das Rabattgesetzes vom 11.3.1957, BGBl I, 172; Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vom 27.7.1957, BGBl I, 1081; Sammlung des Bundesrechts zum Sachgebiet Zivilrecht und Strafrecht vom 15.5.1960, BGBl III, 1960 (Folge 11), 147; Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, des Warenzeichengesetzes und des Gebrauchsmustergesetzes vom 21.7.1965, BGBl I, 625; Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 25.6.1969, BGBl I, 645; Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb vom 26.6.1969, BGBl I, S. 633ff.; Zweites Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 3.8.1973, BGBl I, 917; Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB) vom 2.3.1974, BGBl I, 469; Gesetz zur Erleichterung der Verwaltungsreform in den Ländern (Zuständigkeitslockerungsgesetz) vom 10.3.1975, BGBl I, 685; Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG) vom 15.5.1986, BGBl I, 721; Gesetz zur Änderung wirtschafts-, verbraucher-, arbeits- und sozialrechtlicher Vorschriften vom 25.7.1986, BGBl I, 1169; Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 25.7.1994, BGBl I, 1738; Gesetz zur Reform des Markenrechts und zur Umsetzung der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21.12.1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (Markenrechtsreformgesetz) vom 25.10.1994, BGBl I, 3082; Gesetz zur vergleichenden Werbung und zur Änderung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften vom 1.9.2000, BGBl I, 1374; Gesetz zur Aufhebung der Zugabeverordnung und zur Anpassung weiterer Rechtsvorschriften vom 23.7.2001, BGBl I, 1661; Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3.7.2004, BGBl I, 1414; Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22.12.2008, BGBl I, 2949. **3. Europarecht:** Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Verkaufsförderung im Binnenmarkt (gemäß Artikel 250, Absatz 2 des EG-Vertrages von der Kommission vorgelegt) vom 25.10.2002 (KOM (2002) 585 endg.); Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.3.2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) (ABl. EU L 95 v. 15.4.2010).

Systematische Übersicht

- I. Der Interventionsstaat des 19. Jahrhunderts — 1
- II. Gewerbefreiheit und Zeichenschutz (1869–1896) — 6
 - 1. Markenschutz und WZG — 7
 - 2. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts — 10
- III. Das UWG von 1896 — 13
- IV. Das UWG von 1909 und seine Nebengesetze — 21
 - 1. Die Einführung der Generalklausel im UWG 1909 — 22
 - 2. Die Zugabeverordnung von 1932 — 25
 - 3. Das Rabattgesetz von 1933 — 30

Alphabetisches Stichwortverzeichnis

Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (ADHGB) 7, 10 f.
 Allgemeininteresse 33, 37
 Außenhandelsmonopol 51
 Concurrence déloyale 7, 11
 Deliktsrecht 7, 16, 20, 21
 Firma 7, 10 f.
 Firmenschutz 7
 Französische Revolution 12
 Generalklausel 12, 14 ff., 21, 22, 32, 34, 40, 46, 58
 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) 40, 41
 Gesetz über die Wirtschaftswerbung 29
 Gewerbebetrieb 20
 Gewerbefreiheit 5, 6 ff., 12, 22
 Gewerbeordnung 5, 6
 Gilde 2
 Herkunftsgarantie 9
 Industrialisierung 4, 7
 Interventionsstaat 1 ff., 4
 Irreführung 6, 8, 43, 54, 58
 Juristentag 14
 Kartellrecht 40 f.
 Kartellverordnung 23
 Konkurrentenschutz 10, 33, 45
 Liberalisierung 48, 54, 57
 Marke 9, 10, 35
 Markenrechtsreformgesetz 49
 Markenschutz 7 ff., 10

- V. Das Lauterkeitsrecht in der Rechtsprechung des Reichsgerichts (1909–1945) — 32
- VI. Die Entwicklung des Lauterkeitsrechts in Deutschland nach 1945 — 38
 - 1. Das UWG in der BRD (1949–1989) — 38
 - a) Verhältnis zum Kartellrecht — 40
 - b) Schutz der Verbraucherinteressen — 42
 - c) Reformbemühungen — 45
 - 2. DDR (1949–1989) — 50
- VII. Europäische Entwicklungen — 52
- VIII. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 — 57

Markenschutzgesetz 8, 10 f., 33
 Mittelstandsschutz 28, 30
 Monopol 4, 51
 Nahrungspolicey 2 f.
 Patent 4, 12
 Persönlichkeitsrecht 17, 20
 Physiokraten 3
 Planwirtschaft 50
 Preis- und Lohntaxen 2 f.
 Privilegien 2, 4
 Rabattgesetz 30 f.
 Recht am Gewerbebetrieb, siehe Gewerbebetrieb
 Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken 56
 Sonderveranstaltungsrecht 28, 47
 soziale Marktwirtschaft 38
 Urheberrecht 12
 Verbraucherinteressen 42 ff.
 vergleichende Werbung 36, 53 f.
 Verordnung über Wettbewerb 31
 Warenzeichen 10 f., 16
 Warenzeichenrecht 10, 34 f.
 Weimarer Reichsverfassung 18
 Werteklamme 26, 30
 Zeichenschutz 6 ff., 8 f., 11
 Zugabeverordnung 25 ff.
 Zunft 2
 Zwangskartellgesetz 24

I. Der Interventionsstaat des 19. Jahrhunderts

- 1 Das Recht des lautereren Wettbewerbs ist ein vergleichsweise junges Rechtsgebiet. In seinem modernen Sinne setzt es nicht nur eine Wirtschaftsordnung voraus, die im Grundsatz auf einem **freien Wettbewerb** beruht. Vielmehr bedarf es ebenso eines Bewusstseins dafür, dass wettbewerbsähnliches Handeln auch unlauter sein kann und dass es

zu den Aufgaben des Staates gehört, mit rechtlichen Mitteln gegen einen derartigen „unlauteren Wettbewerb“ vorzugehen. Erkennt man diese Voraussetzungen an, dann beginnt die Geschichte des Lauterkeitsrechts in Deutschland im 19. Jahrhundert. Wie in vielen anderen Staaten Europas löste in dieser Zeit eine auf freiem Wettbewerb beruhende Wirtschaftsordnung zunehmend das überkommene absolutistisch-merkantilistische Wirtschaftsregime ab.¹

Produktion und Verteilung wurden bis dahin nicht allein den freien Kräften des Marktes bzw. einem freien Wettbewerb überlassen. Neben den tradierten Zunft- und Gildeverfassungen für Handwerk und Handel trat unter einer **„absolutistisch-merkantilistischen Wirtschaftspolitik“** seit dem 17. Jahrhundert zunehmend der Staat bzw. die jeweilige Obrigkeit als Ordnungsfaktor auf. So definierte der Staat es als seine Aufgabe, durch staatliche Maßnahmen (z.B. **Preis- und Lohntaxen, Privilegien oder Luxusordnungen**) die „gemeine Wohlfahrt“ sicherzustellen.² Staatliche Eingriffe in Produktions- und Vertriebsprozesse, u.a. durch eine sog. Gewerbe- oder Nahrungspolicey, waren nicht verpönt, sondern galten als unverzichtbare Bestandteile merkantilistischer Wirtschaftspolitik. Sowohl die ökonomische Theorie als auch die staatliche Praxis legitimierten daher noch im späten 18. Jahrhundert Eingriffe des Staates in den wirtschaftlichen Produktions- und Verteilungsprozess.³

Gegen Ende des 18. Jahrhunderts traten allerdings verstärkt **Wirtschaftstheorien** in den Vordergrund, die Eingriffe des Staates in wirtschaftliche Prozesse weitgehend ablehnten. Zunächst unter dem Einfluss der französischen Physiokraten (u.a. *François Quesnay*) waren es später vor allem die **Lehren eines freien, sich weitgehend selbst regulierenden Marktes** von *Adam Smith*, die sich gegen die tradierten obrigkeitlichen Eingriffe in die Wirtschaft aussprachen. Deren Rezeption seit ca. 1790 schlug sich denn auch in Forderungen nach politischen und ökonomischen Freiheitsrechten nieder. Es liegt auf der Hand, dass aus der Sicht dieser **liberalen ökonomischen Theorie** die Ziele und Mittel der merkantilistisch-absolutistischen Wirtschaftspraxis dezidiert abgelehnt wurden. Stattdessen sollte ein freier Wettbewerb hergestellt und durch **ökonomische Freiheitsrechte** nachhaltig vor Eingriffen des Staates geschützt werden. Damit wurde im Prinzip allen bisherigen rechtlichen und ökonomischen Ordnungsbegriffen und -instrumenten wie z.B. den administrativen Kompetenzen z.B. der sog. Gewerbe- oder Nahrungspolicey sowie der gesetzlichen Festlegung u.a. von Preis- und Lohntaxen die Legitimationsgrundlage entzogen.⁴

Dieses Ideal eines freien Marktes blieb jedoch in Deutschland vorerst weitgehend Theorie. Trotz einzelner, z.T. temporärer **Reformmaßnahmen um 1800** blieben die tradierten Strukturen weitgehend erhalten, die auch nur *mit*, nicht *gegen* den Staat reformiert oder überwunden werden sollten. Zahlreiche Autoren rechtfertigten das Fortbestehen des Interventionsstaates, auch im Bewusstsein einer anti-liberalen Wirtschafts- und Industriepolitik. Im Interesse einer fortschreitenden Industrialisierung und eines wirtschaftlichen Fortschritts sprachen sich viele Autoren der ökonomischen und politischen Theorie u.a. für zeitlich befristete Alleinrechte etwa von Erfindern (z.B. Patente, Privilegien) aus, weil „es nützlich, billig, ja selbst gerecht sei, hier ausnahmsweise von der allgemeinen Freiheit abzugehen“.⁵ Es sollte dementsprechend weniger ein „Monopol“ sein, als vielmehr u.a. dem Erfinder eine „Belohnung“ für seine Erfindung gewährt wer-

1 Ekey/Klippel/Kotthoff/Meckel/Platz Einl. E 1 Rn. 1.

2 Knemeyer S. 880 f.; Stolleis S. 377 ff.

3 M. North S. 170 ff., 176 ff.; Wehler S. 233 ff.

4 Zu diesem Prozess näher Klippel in Birtsch S. 313; ders. in Lück S. 77 ff.; ders. in Mohnhaupt S. 349.

5 Leuchs S. 239.

den.⁶ Neben technischen Innovationen stellten die Autoren aber ebenso gewerbliche Leistungen unter staatlichen Schutz. Danach hatte allein der Staat **markenwidrige oder unlautere Geschäftspraktiken** zu unterbinden.⁷ Derartige Bestrebungen zeigen, dass es nach Auffassung der liberalen ökonomischen Theorie der Staat sein sollte, der durch die **Schaffung besonderer, eigentumsähnlicher Rechtspositionen** den Aus- und Aufbau effizienter Märkte fördern und damit wirtschaftliches Wachstum im Deutschland des beginnenden 19. Jahrhunderts gewährleisten sollte.⁸

- 5 Der Befund in der ökonomischen und politischen Theorie entspricht mit mehr oder weniger stark ausgeprägten regionalen Unterschieden auch der **Wirtschaftspraxis des 19. Jahrhunderts**. Das „Zeitalter der Reformen“ kurz nach 1800 verwirklichte wirtschaftliche Freiheit allenfalls in Teilbereichen. Frühindustrielle Marktverhältnisse blieben bis ca. 1860 nur auf wenige Einzelstaaten des Deutschen Bundes beschränkt. Erst mit der politischen Einheit war die Möglichkeit vorhanden, in ganz Deutschland auch die freie Gründung und Betätigung von Unternehmen und damit die Idee eines einheitlichen Marktes nach dem Prinzip der Gewerbefreiheit durchzusetzen. Dies erfolgt u.a. 1869 durch die Einführung der **Gewerbeordnung** und danach durch eine Reihe weiterer Maßnahmen, die die liberalen Grundlagen einer auf freiem Wettbewerb beruhenden Wirtschaftsordnung, freilich auch mit protektionistischen Einfallstoren, gewährleisten sollten.

II. Gewerbefreiheit und Zeichenschutz (1869–1896)

- 6 **1. Markenschutz und WZG.** Die Bedeutung besonderer Verhaltensregeln im Wettbewerb nahm in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts u.a. mit der flächendeckenden Einführung der Gewerbefreiheit durch die Gewerbeordnung von 1869 und einem durch die Industrialisierung entfachten, zum Teil sprunghaften wirtschaftlichen Aufschwung zu. Erst in dieser Zeit etablierte sich in ganz Deutschland ein einheitlich geregelter, bisweilen schrankenloser Wettbewerb, der die teilweise noch staatlich reglementierten Marktverhältnisse der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts hinter sich ließ.⁹ Unter der Einwirkung der raschen Bevölkerungs- und Verkehrsentwicklung, der wachsenden Bedeutung der Presse und des steigenden Angebots an Waren und Dienstleistungen nahm der Konkurrenzkampf der Gewerbetreibenden untereinander zu und zum Teil auch bedenkliche Formen an. Das zeigte sich zunächst an der **irreführenden Verwendung gewerblicher Kennzeichen**. Der Gebrauch gefälschter, auch ausländischer Kennzeichen (u.a. aus England) führte zunehmend zur **Beeinträchtigung des redlichen Wettbewerbs** und zur Irreführung der Konsumenten.¹⁰
- 7 Die Unternehmer konnten sich bis 1874 kaum gegen diese Entwicklungen schützen. Der handelsrechtliche **Firmenschutz nach Art. 27 ADHGB** versagte in der Regel, wenn die Firma auf dem Warenetikett oder als Warenbezeichnung unbefugt gebraucht wur-

⁶ Leuchs S. 240 f.

⁷ Pölitz S. 165.

⁸ Zum Ganzen auch Pahlow Rg. 15 (2009), 109; D. C. North S. 163 ff.

⁹ Die fehlende Einbeziehung von gewerblichen Kennzeichen wie Warenzeichen in die Debatte um die Anerkennung eines geistigen Eigentums in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts hängt nicht nur mit der fehlenden geistigen Schöpferleistung zusammen, wie sie etwa bei Autor- oder Erfinderleistungen zweifellos vorlag. Ein Schutz von Warenbezeichnungen entsprach im weitgehend staatlich reglementierten Markt der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts weithin dem Firmen- und Namensschutz des Herstellers, vgl. dazu näher Wadde Fabrikzeichenschutz und Markenrecht.

¹⁰ Dazu mit Beispielen Wadde in ders. S. 381, 382 f.

de.¹¹ Weitergehende gesetzliche Regelungen zum Schutz gewerblicher Kennzeichen waren nicht vorhanden. Allenfalls in den Gebieten des französischen oder rheinischen Rechts wurden von den Obergerichten die in der französischen Rechtspraxis entwickelten **Grundsätze der sog. concurrence déloyales** angewendet. Gewerbliche Kennzeichen wurden danach deliktsrechtlich nach Art. 1382 Code civil geschützt.¹²

Der Gesetzgeber reagierte auf diese Defizite bereits nach dem Gründerboom der Jahre 1870–1873 durch protektionistische Regelungen.¹³ Das **Markenschutzgesetz von 1874** verfolgte nicht nur einen Zeichen-, sondern unmittelbar auch einen Konkurrenten- und Konsumentenschutz vor Irreführung und unlauterem Wettbewerb durch Zeichenmissbrauch. In den Motiven wurde dieser Irreführungsschutz deutlich formuliert.¹⁴ Auch für einen Großteil der Autoren ersetzte das Markenschutzgesetz damit den fehlenden gesetzlichen Schutz vor unredlicher Konkurrenz durch Zeichenmissbrauch; es diene zugleich dem Schutz der Konsumenten vor **Irreführung und Täuschung**. Der Hauptzweck des Zeichens sei „der Schutz des Publikums gegen Täuschung“.¹⁵ Der Zeichenschutz bezwecke „damit nichts, als eben die Redlichkeit, die bona fides im Verkehr selbst“.¹⁶ Das Markenschutzgesetz kann vor diesem Hintergrund durchaus als eine Vorstufe des Lauterkeitsrechts in Deutschland angesehen werden.¹⁷

Die Einführung des sog. **Gesetzes zum Schutz der Waarenbezeichnungen (WZG) vom 12. Mai 1894**¹⁸ hielt an dieser Zielsetzung des Zeichenschutzes fest. Nach der Interpretation von *Martin Wassermann* beabsichtigte das WZG neben dem Schutz eingetragener Marken auch „die Bekämpfung unlauteren Geschäftsgebahrens“.¹⁹ § 7 Abs. 1 Satz 2 WZG schrieb zu diesem Zweck eine publikumsschützende **Herkunftsgarantie** fest. Ihr wurde bereits im Vorfeld eines gesetzlichen Lauterkeitsrechts die Aufgabe des Schutzes gegen irreführende und damit unlautere Wettbewerbshandlungen zugewiesen.²⁰ Darüber hinaus trat im WZG auch der Schutz gegen unlautere Wettbewerbshandlungen insoweit deutlich hervor, als die lautere Erwerbstätigkeit in §§ 15 und 16 WZG gegen gewisse Täuschungshandlungen geschützt wurde.²¹ Nach § 16 WZG war zu bestrafen, „wer Waaren oder deren Verpackung oder Umhüllung oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen fälschlich mit einem Staatswappen oder mit dem Namen oder Wappen eines Ortes, eines Gemeinde- oder weiteren Kommunalverbandes zu dem Zweck versieht, über Beschaffenheit und Werth der

11 Vgl. Handelsappellationsgericht Nürnberg 15.3.1886, ZHR 11 (1868), 130 f.; Reichsoberhandelsgericht 9.12.1871 ROHGE 4, 253; ferner die Nachw. bei *Klippel* in Mohnhaupt S. 124, 151.

12 Vgl. dazu die Nachw. bei *Klippel* in Mohnhaupt S. 124, 148 ff.

13 *Wehler* S. 91 ff.

14 RTDrucks 1874 Nr. 20 S. 634: „Waarenzeichen erhalten ihren Werth nicht durch den Handelsstand, sondern durch das Publikum [...] Daß das Publikum in seiner Schätzung nicht irregeführt und daß sein Vertrauen nicht zum Vortheile Einzelner ausgebeutet werde, darin liegt allerdings ein öffentliches Interesse von erheblicher wirtschaftlicher Tragweite begründet“. – Zu den Hintergründen des Markenschutzgesetzes auch von *Stechow* S. 44 ff., 67 ff.; *Wadle* in ders. S. 381, 382 ff.

15 *Baecker* S. 2f.; *Hahn* S. 3, 7; *Wermert*, S. 8.; *Wadle* JuS 1974, 761, 765; *ders.* in ders. S. 381, 383 f.

16 *Hahn* S. 2; *Katz* S. 26.

17 *Pahlow* in *Lange/Klippel/Ohly* S. 69, 71 ff.

18 RGBl. 1894, 441.

19 *Veracius* GRUR 1898, 237 ff.; *Wassermann* GRUR 1904, 63 ff., 63. – Dazu *Pahlow* in *Lange/Klippel/Ohly* S. 69, 73 f.

20 *Stephan* S. 7; ferner *Allfeld* S.1, 5: „Das Warenzeichen, die Marke, hat die Bestimmung, den Ursprung der Ware zu kennzeichnen“; *Kent* S. 1, 145; *Pinzger/Heinemann* S. 123; ähnlich *Schmid* S. 66; zur Rechtsprechung RG 19.6.1923 GRUR 1924, 85 – Saccharin; RG 15.1.1904 JW 1904, 123 (Nr. 29); RG 19.10.1895 RGZ 36, 13, 14; LG Dresden 27.2.1924 GRUR 1924, 88 – Kurschwerter.

21 Dazu auch *Lobe* GRUR 1931, 1215, 1216.

Waaren einen Irrthum zu erregen, oder wer zu dem gleichen Zweck derartig bezeichnete Waaren in Verkehr bringt oder feilhält“.

- 10 **2. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.** Das Markenschutzgesetz von 1874 diene also – ebenso wie das Warenzeichengesetz von 1894 – nicht nur dem Schutz des Zeicheninhabers und seiner Marke; es erfüllte vielmehr auch eine **wettbewerbsschützende Funktion**. Zugleich behinderte das Markenschutzgesetz wie auch das WZG durch seine formale, registrierte Schutzkonzeption jedoch eine richterrechtliche Ausbildung eines redlichen Konkurrentenschutzes. Für die Priorität des Markenrechts war die Anmeldung konstitutiv, nicht angemeldete Warenzeichen kraft bloßer Verkehrsgeltung daher nicht geschützt. Das Reichsgericht folgte aus dieser gesetzlichen Konzeption im positivistischen Zeitgeist des letzten Drittels des 19. Jahrhunderts, dass im Wettbewerb prinzipiell erlaubt, was nicht ausdrücklich gesetzlich verboten worden sei.²² Auch die Versuche der Strafrechtspflege, den „offenbaren Schwindel“ in Handel und Gewerbe durch den Betrugstatbestand einzudämmen, blieben meist erfolglos. In ständiger Rechtsprechung ging das Reichsgericht davon aus, dass der **Firmen- und Markenschutz im MSchG und im ADHGB abschließend** sei. Firma und Marke seien demnach die einzigen Mittel, um sich gegen illoyales Verhalten von Konkurrenten zu schützen.²³
- 11 Die Folgen dieser engen Auslegung der zeichenrechtlichen Bestimmungen des Markenschutzgesetzes, des WZG oder des Art. 27 ADHGB hätten durch eine subsidiäre Heranziehung von **Art. 1382 Code civil** zumindest in den linksrheinischen Gebieten überwunden werden können. Die **französische Rechtsprechung** und Literatur hatte diese Vorschrift im 19. Jahrhundert zur Entwicklung eines umfangreichen Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb herangezogen.²⁴ Das Reichsgericht lehnte eine Übernahme dieser Grundsätze trotz des bis 1900 in vielen linksrheinischen Gebieten geltenden französischen Rechts ab. Zur Begründung verwies es auf den Firmen- und Warenzeichenschutz, der im ADHGB und im Markenschutzgesetz „einheitlich und erschöpfend“ geregelt sei; folglich sei „abgesehen von der Firma das Warenzeichen das einzige Mittel [...], um sich gegen ein illoyales Verhalten von Konkurrenten zu schützen“.²⁵
- 12 Die Frage nach den **Ursachen** für diese ablehnende Haltung des Reichsgerichts wird bis heute unterschiedlich beantwortet. Die methodisch eher positivistische Erklärung, dass die Spezialgesetzgebung in Deutschland den Umkehrschluss eröffnet habe,²⁶ greift für sich aber zu kurz. Sie macht das Reichsgericht im Ergebnis zum Verteidiger eines freien, auch unlauteren Wettbewerbs, was in dieser Konsequenz bezweifelt werden muss.²⁷ Entscheidend war zumindest auch das Fehlen einer in ganz Deutschland geltenden **schadensersatzrechtlichen Generalklausel**, die erst 1900 mit § 826 BGB geschaffen wurde.²⁸ Darüber hinaus dürfte auch eine unterschiedliche Einstellung gegenüber dem freien Wettbewerb mitentscheidend gewesen sein.²⁹ Mit der Einführung der

22 So pointiert Kohler S. 44.

23 Vgl. RG 29.4.1892 RGZ 29, 57, 61; RG 7.12.1887 RGZ 20, 71, 75 f.; RG 13.11.1886 RGZ 18, 93, 99 ff.; RG 20.11.1880 RGZ 3, 67, 69; dazu auch Mittler S. 10 m.w.N. – Vgl. von Stechow S. 67 ff.

24 Lammel in Coing Bd. III/3 S. 3749, 3769 ff.; Klippel in Mohnhaupt S. 124, 152 m.w.N.

25 RG 29.4.1892 RGZ 29, 57, 61; RG 7.12.1887 RGZ 20, 71, 75 f.; RG 13.11.1886 RGZ 18, 93, 99 ff.; RG 30.11.1880 RGZ 3, 67, 69.

26 Greiner S. 35 f.

27 Klippel in Mohnhaupt S. 124, 153.

28 Klippel in Mohnhaupt S. 124, 149 ff.; von Stechow S. 69.

29 Vgl. Baumbach/Hefermehl²⁰ UWG Einl. Rn. 16 f.

Gewerbefreiheit 1869 war die Gewerbetätigkeit Ausfluss einer jedermann zustehenden Handlungsfreiheit, deren Wahrnehmung rechtlich nicht zulässig war, sofern gesetzliche Regelungen dem nicht entgegenstanden.³⁰ In Frankreich wurden dagegen seit der Französischen Revolution nicht nur die Gewerbefreiheit, sondern auch Eingriffe in diese Freiheitssphäre durch Rechte anderer (u.a. Patent- oder Urheberrechte) anerkannt. Der Schutz des redlichen Wettbewerbs wurde also von Anfang an in Übereinstimmung mit der Begründung subjektiver Privatrechte gewährleistet. In Deutschland hingegen war die Anerkennung wettbewerbsbeschränkender Rechtspositionen lange kontrovers diskutiert worden, was u.a. auch die zögerliche Anerkennung von **Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechten** in der deutschen Rechtswissenschaft nach 1860 belegt.³¹

III. Das UWG von 1896

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts führte zu einer erheblichen **Kritik** seitens 13 der Rechtswissenschaft und zum Ruf nach dem Gesetzgeber. Im Einklang mit der gewerblichen Wirtschaft forderten zahlreiche Autoren einen weitergehenden Schutz vor unlauteren Wettbewerbshandlungen, die durch das MSchG oder das WZG und deren enge gerichtliche Anwendung nur unzureichend verhindert werden konnten.³² *Otto von Gierke* plädierte 1895 vehement für ein allgemeines gesetzliches Verbot des unlauteren Wettbewerbs.³³

Die Bestrebungen mündeten 1894 in die Erarbeitung von Grundsätzen seitens des 14 Reichsamtes der Justiz und des Inneren, die in den Entwurf eines **Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs** einfließen. Als Ergebnis der sich anschließenden Beratungen wurde 1895 ein Entwurf zusammen mit einer Denkschrift veröffentlicht.³⁴ Danach sollte das Gebiet des Wettbewerbs nicht umfassend geregelt werden, sondern das Gesetz sollte nur die größten Auswüchse betreffen, nur „bestimmte, nach den bisherigen Erfahrungen für den redlichen Erwerbsgenossen besonders nachteilige Mißbräuche verhindern“. Eine **Generalklausel** enthielt dieses Gesetz daher nicht.³⁵ Eine „allgemein gehaltene Vorschrift“, d.h. eine Generalklausel, die „jede denkbare Erscheinungsform des unlauteren Geschäftsgebarens zu treffen vermöge“, wurde im Interesse der Rechtsklarheit abgelehnt.³⁶ Nachdem sich Handels- und Juristentag mit dem vorgeschlagenen Text auseinandergesetzt hatten, wurde der Entwurf mit Zustimmung des Bundesrates in den Reichstag eingebracht und erfuhr dort mehrere Änderungen, um schließlich am 27. Mai 1896 als Gesetz „zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs“ verabschiedet zu werden.³⁷

Obwohl das Gesetz keine umfassende Wettbewerbsverhaltensordnung errichten, 15 sich vielmehr auf die Bekämpfung der größten Missstände beschränken wollte, enthielt

30 Rückblickend *Lobe* GRUR 1931, 1215.

31 Dazu *Klippel* ZNR 4 (1982), 132, 137 ff.

32 *Alexander-Katz* Die unredliche Konkurrenz (1892); *Bachem* Der unlautere Wettbewerb in Handel und Gewerbe (1892); *ders.* Wie ist dem unlauteren Wettbewerb im Handel und Gewerbe zu begegnen? (1893); *Böttger* S. 30; *Katz* Gesetz zum Schutz der Waarenbezeichnungen und unlauterer Wettbewerb (1894); *Schuler* Die Concurrence déloyale (1895); *Simon* Die Concurrence Déloyale (1894); *Wermert* Über den unlauteren Wettbewerb und die Konsumvereinsbewegung (1895).

33 *von Gierke* Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz 4 (1895), 109, 112.

34 Vgl. die Materialien bei *Lobe* Bekämpfung, Bd. 3 S. 9 ff., 12 ff.

35 Vgl. *Lobe* GRUR 1931, 1215, 1216.

36 Denkschrift bei *Lobe* Bekämpfung, Bd. 3 S. 15.

37 Zur Entstehungsgeschichte näher *von Stechow* S. 154 ff.; *Wadle* in *ders.* S. 381.

es doch eine „allgemein gehaltene Vorschrift“ in Gestalt des § 1, die einer „**kleinen Generalklausel**“ weitgehend gleichkam. Im Übrigen normierte es **eng umrissene Tatbestände** der Unlauterkeit, wie die Anschwärzung oder die geschäftliche Verleumdung (§§ 6 und 7), den Kennzeichenmissbrauch (§ 8) sowie den Verrat von Geschäftsgeheimnissen (§ 9).

- 16 Zugleich ergab sich mit der Einführung des UWG eine konkurrierende Gesetzeslage: Das WZG von 1894 und das UWG von 1896 zielten beide auf einen Wettbewerbs- und Unternehmenschutz. Die Rechtswissenschaft um 1900 war damit gezwungen, sich über das **Verhältnis von Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht** Gedanken zu machen.³⁸ Die Diskussion erweiterte sich mit der Einführung des BGB am 1. Januar 1900, als mit § 826 BGB eine deliktsrechtliche Generalklausel hinzukam.³⁹ Neben der normativen Frage, ob der Gesetzgeber über eine Generalklausel oder abschließende Einzeltatbestände eingreifen solle,⁴⁰ musste aufgrund des **§ 826 BGB** grundsätzlich die Frage nach dem Rechtsgrund von Warenzeichen- und Wettbewerbsschutz beantwortet werden.
- 17 Die dazu vertretenen Theorien waren vielfältig: *Adolf Lobe* und *Josef Kohler* knüpften zur Lösung der Problematik an die **Lehre von den Persönlichkeitsrechten** an. Geschützt sei die Persönlichkeit auch in ihrer gewerblichen Betätigung, unerlaubter Wettbewerb verletze daher das Persönlichkeitsrecht.⁴¹ Andere wie z.B. *Heinrich Mittler* beurteilten den Aufbau und die Erhaltung einer Kundenbeziehung durch den Unternehmer dagegen als schutzfähige Arbeitsleistung, die zu einem **tauglichen Immaterialgut** erhoben werden könne.⁴² Für *Alexander Elster* war später das Schutzgut des Wettbewerbsrechts sogar Bestandteil eines „Geistesgut-Wettbewerbsrechts“.⁴³ In Anknüpfung an die französische Praxis sahen einige Autoren also im Kunden- oder Abnehmerkreis – ähnlich wie bei den Firmenrechten – eine unternehmerische Leistung, die als **subjektives Privatrecht** anerkannt werden müsse. Freilich konnte mit dieser Begründung nicht nur § 826 BGB, sondern auch §§ 1004 und 823 BGB als Rechtsbehelf gegen jede Art unlauteren Wettbewerbs mobilisiert werden.
- 18 *Adolf Baumbach* hat sich Anfang der 1930er Jahre gegen die persönlichkeits- bzw. immaterialgüterrechtliche Verankerung des Wettbewerbsrechts gewandt, was freilich auch durch die veränderten Rahmenbedingungen der Weimarer Reichsverfassung unterstützt wurde. Unter Berufung auf das **Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung nach Art. 151 WRV** betrachtete er auch das Wettbewerbsrecht als ein primär „öffentliches, dem Staat gegenüber bestehendes Recht, kein Recht gegenüber Einzelpersonen“. Geschützt sei vielmehr „die gewerbliche Tätigkeit in ihrer Beziehung auf den gewerblichen

38 Vgl. *Kloepffel* S. 1 ff.; *Wirth* GRUR 1910, 319; *Osterrieth* S. 415: „[...] Chaos von Bestimmungen, die sich aus der Anwendung des BGB, des HGB, des WG und des WzG zum Schutze gegen unlauteren Wettbewerb ergeben“; *Katz* Gesetz zum Schutz der Waarenbezeichnungen und unlauterer Wettbewerb (1894); *Mittler* Illoyale Concurrenz und Markenschutz; *Veracius* GRUR 1898, 237; *Wassermann* GRUR 1904, 63, 63.

39 Grundlegend RG 27.6.1905 JW 1905, 507; RG 11.4.1901 RGZ 48, 114, 119 f.

40 Dazu siehe z.B. *Böttger* S. 18 ff.; *Katz* S. 28 f.

41 *Kohler* S. 17 ff.; *Leonhard* S. 14; *Lobe* Bekämpfung, Bd. 1 S. 145 ff., 174 ff.; *ders.* Gesetz, S. 5 ff., 34: „Das Rechtsgut, dass er [der Gesetzgeber] schützen will, ist die von jedem Gewerbetreibenden durch seine eigene Tätigkeit erworbene Kundschaft“; *Weiß* S. 29 f.

42 *Mittler* S. 2: „Wir haben es hier mit einem immateriellen Gute zu thun, welches aber für den Gewerbetreibenden zu den kostbarsten gehört, da er ihm ja seine Existenz verdankt. Leichter könnte er oft eine Einbuße an seinem Eigenthume an materiellen Vermögensgegenständen oder an ausstehenden Forderungen verschmerzen denn an seiner Kundschaft, da dies die Quelle ist, welche ihm die Möglichkeit bietet, jeden anderweitigen Verlust wiederum zu decken“; *Isay* S. 23 ff.; ebenso spricht schon RG 26.1.1909 RGZ 70, 226, 229 von „immateriellen Elementen“.

43 *Elster* S. 21.

Betrieb, auf das Unternehmen, also auf ein Objekt, nicht auf ein Subjekt“. Das Recht am Unternehmen sei ein absolutes, gegen jedermann wirkendes Recht, das eigentumsähnlich fremde Einwirkung ausschließe.⁴⁴ Es gelte die „Sittlichkeitshysterie“ allmählich zu überwinden.⁴⁵

Beide Rechtsbehelfe erwiesen sich in der Rechtspraxis allerdings als wenig hilfreich. 19 Einerseits konnte eine wirksame Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs über § 826 BGB kaum gelingen, weil schon die erforderliche Vermögensschädigung sowie der entsprechende Schädigungsvorsatz nur schwer nachweisbar waren.⁴⁶ Immerhin bot diese Konzeption aber eine Handhabe, um z.B. gegen Erscheinungsformen des schweren Behinderungswettbewerbs wie **Boycott und Diskriminierungsmaßnahmen** vorzugehen.⁴⁷

Andererseits waren die §§ 1004, 823 ff. BGB kaum gegen unlautere Verhaltensweisen einsetzbar. Zum einen wurde ein **allgemeines Persönlichkeitsrecht** vom Reichsgericht nach wie vor nicht anerkannt.⁴⁸ Zum anderen war das **Recht am Gewerbebetrieb**⁴⁹ – wie es *Baumbach* in Erwägung zog – als Mittel gegen unlauteres Wettbewerbsverhalten wenigstens aus der Sicht der damaligen reichsgerichtlichen Rechtsprechung weitgehend als untauglich anzusehen. Denn der dadurch vermittelte Schutz beschränkte sich auf unmittelbare Bestandseingriffe oder unmittelbare Eingriffe in die Betriebsführung.⁵⁰ Im Ergebnis war damit eine Entwicklung abgeblockt worden, die – wie in Frankreich – den Schutz des lauten Wettbewerbs als solchen dem allgemeinen Deliktsrecht hätte anvertrauen können. Wenngleich das UWG von 1909 hier die Weichen auch endgültig anders gestellt hat, so wirken jene konstruktiven Bemühungen, das Schutzgut des UWG, und damit Sinn und Zweck des ganzen Lauterkeitsrechts zu erklären und eine dogmatische Standortbestimmung des UWG in seinem Verhältnis zum bürgerlich-rechtlichen Deliktsrecht vorzunehmen, bis heute fort.⁵¹ 20

IV. Das UWG von 1909 und seine Nebengesetze

Den geschilderten Schwächen des bestehenden Lauterkeitsrechts versuchte nach 21 1900 auch der Gesetzgeber zu begegnen. Zu Beginn des Jahres 1909 legte die Reichsregierung einen Entwurf vor, der keineswegs als radikaler Neubeginn gedacht war, vielmehr nur punktuelle Verbesserungen bringen sollte.⁵² Eine „große“ wettbewerbsrechtliche Generalklausel war zwar nicht vorgesehen, es sollte aber wenigstens die Aktivlegitimation für Klagen aus der deliktsrechtlichen Generalklausel des § 826 BGB auf nicht selbst geschädigte Gewerbetreibende und auf Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen ausgedehnt werden.

44 *Baumbach* S. 68 f.

45 *Baumbach* DJZ 1931, Sp. 58, 61; *Lobe* GRUR 1931, 1215, 1217.

46 Darauf weist bereits die Denkschrift im Zusammenhang mit den rechtspraktischen Schwierigkeiten hin, dem unlauteren Wettbewerb mit Hilfe des Straftatbestandes „Betrug“ wirksam zu begegnen, vgl. *Lobe* Bekämpfung, Bd. 3 S. 14. Eben diese Schwäche war ein Beweggrund zur Schaffung des UWG von 1896 gewesen; dagegen noch RG 22.12.1910 RGZ 74, 434, 436; *Lobe* GRUR 1910, 3, 4.

47 RG 2.2.1905 RGZ 60, 94, 104 f.; RG 11.4.1901 RGZ 48, 114, 127 f.

48 Allenfalls besondere Persönlichkeitsrechte erkannte das Reichsgericht an, z.B. RG 12.5.1926 RGZ 113, 413, 414; RG 4.10.1906 RGZ 64, 155, 156; RG 29.5.1902 RGZ 51, 369, 373.

49 RG 11.4.1901 RGZ 48, 114; vgl. dazu die Nachw. bei *Sack* S. 3 ff.

50 RG 17.2.1940 GRUR 1940, 375, 378 – Naturessig. – Zur Dogmengeschichte näher *Katzenberger* Recht am Unternehmen und unlauterer Wettbewerb; *Sack* Gewerbebetrieb (2007); *Schippel* S. 38 ff., 56 ff.; *Schrauder* S. 51 ff.

51 Vgl. *Emmerich* Unlauterer Wettbewerb, § 3 Rn. 5 ff.; *Beater* Verbraucherschutz, S. 4 ff.

52 Der Entwurf der Reichsregierung ist abgedruckt in Anlage 1 zur RTDrucks Nr. 1390 in Verhandlungen des Reichstages, XII. Legislaturperiode, Bd. 255, S. 8471.

- 22 **1. Die Einführung der Generalklausel im UWG 1909.** Nach den ersten Plenumsberatungen des Reichstages wurde eine Kommission beauftragt, die sich von Anfang an einhellig für die Einführung einer „großen“ **wettbewerbsrechtlichen Generalklausel** aussprach.⁵³ Zum einen müsse eine enumerativ-tatbestandliche Regelung immer unbefriedigend bleiben, zum anderen könne der Rechtsgedanke des § 826 BGB auch bei fahrlässigem Verhalten zum Zuge kommen. Unter dem Eindruck dieses formulierten Regelungszieles wurde in enger sprachlicher Anlehnung an § 826 BGB der neue § 1 UWG formuliert.⁵⁴ Damit hatte sich die Auffassung durchgesetzt, dass eine umfassende Schutzgesetzgebung gegen unlauteren Wettbewerb die Gewerbefreiheit weniger materiell einengt als vielmehr deren Ausübung fördert und letztlich überhaupt erst ermöglicht.⁵⁵ Die bisherige **kleine Generalklausel** wurde in § 3 UWG beibehalten; im Übrigen wurden die vorhandenen Einzelnormen des bisherigen UWG klarer gefasst.⁵⁶
- 23 Nach dem Ersten Weltkrieg, infolge dessen die freien Kräfte des Marktes weitgehend zugunsten einer staatlich gelenkten **Kriegswirtschaft** eingeengt oder sogar aufgehoben wurden, kehrte die Wirtschaft nur allmählich auf ihr Leistungsniveau der Vorkriegszeit zurück. In der **Weimarer Verfassung** wurde zwar die „Freiheit des Handels und Gewerbes [...] nach Maßgabe der Reichsgesetze gewährleistet“ (Art. 151 Abs. 3 WRV). Auch die „Ordnung des Wirtschaftslebens“ musste den „Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen“ (Art. 151 Abs. 1 WRV).⁵⁷ Die zugleich in Art. 152 garantierte Vertragsfreiheit ermöglichte aber in den 1920er und 1930er Jahren die fortschreitende Kartellierung und Konzentration der Unternehmen, auch unter Billigung des Staates. Die Kartellverordnung von 1923, die Kartelle zwar einer staatlichen (Missbrauchs-)Aufsicht unterstellte, sie aber grundsätzlich anerkannte, verhinderte dies nur zum Teil.⁵⁸
- 24 Der **Nationalsozialismus** knüpfte an diese Lenkungsinteressen an. Das bereits 1933 erlassene Zwangskartellgesetz⁵⁹ läutete die vollständige Formierung der Wirtschaft zu einer zentral verwalteten, mit pathetisch vorgetragenen ideologischem Ballast befrachteten „**Volksgemeinwirtschaft**“ ein. Wettbewerbsfernes Denken in der Tradition eines wirtschaftlichen Ständestaates wurde mit einer ebenso diffusen wie perversen, letztlich freiheits- und menschenverachtenden Wirtschaftsdoktrin um „Blut und Boden“, Abschaffung der „Zinsknechtschaft“ und des „Zwischenhandels“ flankiert und die letzten Reste einer Wettbewerbswirtschaft zugunsten einer nach 1939 eintretenden Lenkungs- und Kriegswirtschaft beseitigt.⁶⁰

53 Vgl. den Bericht der 35. Kommission zur Vorberatung des Entwurfs eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, Verhandlungen des Reichstages, XII. Legislaturperiode, Bd. 255, Nr. 1390 S. 8433.

54 Bericht der 35. Kommission, Verhandlungen des Reichstages, XII. Legislaturperiode, Bd. 255, Nr. 1390 S. 8434 (passim).

55 Bereits Kohler S. 1 ff., 63; E. Ulmer GRUR 1937, 769, 770; kritisch später Hedemann Die Flucht in die Generalklauseln, S. 19 ff.

56 RGBl. 1909, 499.

57 Zum Wirtschaftsverfassungsrecht der Weimarer Republik siehe ausführlich Zacher Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland.

58 VO gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2.11.1923, RGBl I, 1067; vgl. dazu Fikentscher § 22 II 6a S. 178; Nörr Mühlsteine, S. 143 ff.

59 Gesetz über die Errichtung von Zwangskartellen vom 15.7.1933, RGBl I, 488. – Dem Gesetz ging eine Änderung der KartellVO voraus, vgl. RGBl I, 487.

60 Zu diesem Prozess Gosewinkel Wirtschaftskontrolle und Recht in der nationalsozialistischen Diktatur; Puppò Die Wirtschaftsrechtliche Gesetzgebung des Dritten Reiches; Schill Der Einfluss der Wettbewerbsideologie des Nationalsozialismus auf den Schutzzweck des UWG.

2. Die Zugabeverordnung von 1932. Unter dem Eindruck der **Weltwirtschaftskri-** 25
se nahmen die wirtschaftspolitischen Lenkungsinteressen des Staates am Ende der Weimarer Republik dramatisch zu. Vor allem aus dieser Perspektive müssen die ersten, das UWG von 1909 flankierenden wettbewerbsrechtlichen Maßnahmen betrachtet werden. Als Teil einer Notverordnung wurde das sog. Zugabewesen streng reglementiert.⁶¹ Die ohne Zustimmung des Reichstages am 9. März 1932 eingeführte ZugabeVO ging besonderen Abgrenzungsschwierigkeiten durch ein grundsätzliches **Verbot der Zugabe** aus dem Weg. Ausnahmen wurden entweder durch niedrige Wertgrenzen der Zugabe als vergleichsweise unattraktiv definiert oder durch deren Anknüpfung an die „Handelsüblichkeit“ (§ 1 Abs. 2 lit. d) ZugabeVO) ganz in den Dienst einer in ruhigen und traditionellen Bahnen verlaufenden Wirtschaft gestellt.

In der ZugabeVO fand die tiefe Abneigung des mittelständischen Fachhandels gegen 26
 die zunehmend innovativen Marketingaktivitäten der großbetrieblichen Einzelhandelsformen, namentlich der **zugabeorientierten Warenhäuser**, ab Ende der 20er Jahre des vorigen Jahrhunderts ihren Ausdruck.⁶² Hinzu kamen Befürchtungen, „daß das sehr viel kapitalkräftigere Ausland sich Teile des deutschen Marktes mit dem Mittel der Zugabereklame erobern werde“. Wenn die bisher zugabeabstinenten Unternehmen gezwungenermaßen ebenfalls zu derartiger Wertreklame greifen müssten, um sich gegen die Konkurrenz zu behaupten, wäre damit „die Zuverlässigkeit des Geschäftsverkehrs in hohem Maße in Frage gestellt“, schon weil das Zugabewesen eine überflüssige und unwirtschaftliche Inanspruchnahme von Lagerraum auf allen Produktions- und Distributionsstufen mit sich brächte. Außerdem werde Nachfrage von jenen Geschäften abgezogen, aus denen die Zugabe branchenmäßig stamme. Schließlich gelte es auch, den Käufer vor einer mit der Zugabe verbundenen Ablenkung von der „Hauptware“ zu schützen.⁶³

Die ZugabeVO traf vor allem **jüdische Großhandelsunternehmer**, die mit neuen 27
 Absatzkonzepten erfolgreich gewesen waren.⁶⁴ Die auch in der Weimarer Republik vorhandenen antisemitischen Ressentiments verbanden sich nun mit dem Unmut über den immer stärker werdenden ökonomischen Anpassungsdruck zu einem politisch äußerst prekären Zeitpunkt, in dem die Machtübernahme durch die Nationalsozialisten unmittelbar bevorstand. Freilich fügte sich der zutiefst wettbewerbsfeindliche, auf Konservierung überkommener Strukturen bedachte, dabei kleinbürgerlich-protektionistische Geist der ZugabeVO ideal in das **NS-Wirtschaftsregime** ein, wie die Rechtsprechung schon bald ebenso geflissentlich wie befriedigt feststellen konnte.⁶⁵ Von daher greifen ältere Auffassungen,⁶⁶ die die ZugabeVO angesichts ihres Entstehungsdatums nicht mit nationalsozialistischem Gedankengut in Verbindung bringen wollen, zu kurz; die Fortgeltung der ZugabeVO unter der Herrschaft des Grundgesetzes bis 2001 ist vor diesem Hintergrund ohnehin befremdlich, zumindest peinlich.⁶⁷

⁶¹ VO des Reichspräsidenten zum Schutze der Wirtschaft vom 9.3.1932, RGBI I, 121.

⁶² Tetzner S. 10.

⁶³ Vgl. die Erläuterungen der ZugabeVO, Deutscher Reichsanzeiger 1932, Nr. 61 S. 2.

⁶⁴ Tetzner S. 10.

⁶⁵ Paradigmatisch KG 4.2.1936 KG JW 1936, 956: „Die grundsätzliche Ablehnung des Zugabewesens entspricht auch nationalsozialistischer Wirtschaftsauffassung“; dazu auch Tetzner S. 14.

⁶⁶ Vgl. Reimer/Krieger § 1 ZugabeVO Vorbem. 17.

⁶⁷ Der nachkonstitutionelle Gesetzgeber hat die ZugabeVO durch Änderungen bestätigt und damit die Zwecksetzung des historischen Ordnungsgebers wenn auch nicht ausdrücklich, so doch mittelbar übernommen, vgl. Gesetz zur Änderung der VO zum Schutz der Wirtschaft vom 20.8.1953, BGBl I, 939; Gesetz zur Änderung wirtschafts-, verbraucher-, arbeits- und sozialrechtlicher Vorschriften vom 25.7.1986, BGBl I, 1169. Der Schutz des mittelständischen Fachhandels und der überkommenen Branchenbilder blieb präsent, vgl. dazu BGH 15.12.1953 GRUR 1954, 170, 173 f.; Baumbach/Hefermehl vor § 1 ZugabeVO Rn. 5; zu Recht kritisch bereits Voraufage/Schünemann B 24; Schill S. 3 ff.

- 28 Mit dem Erlass der ZugabeVO wurden auch wesentliche Umgestaltungen des UWG (u.a. im Ausverkaufsrecht) vorgenommen.⁶⁸ Eine **Novellierung des Sonderveranstaltungsrechts** erfolgte drei Jahre später.⁶⁹ Von den Ermächtigungen der neuen §§ 9 und 9a UWG machte der Reichswirtschaftsminister durch die Anordnungen über Verkaufsveranstaltungen besonderer Art und über die Neuregelung der Saisonschlussverkäufe alsbald Gebrauch.⁷⁰ Ursache dieser Neuregelungen war die in der Tat große Zunahme von Sonder- und Ausverkäufen im Rahmen der Weltwirtschaftskrise, die den „regulären“ Warenumsatz sehr erschwerten.⁷¹ Motiv war wiederum der **Mittelstandsschutz**, der seinerzeit gesellschafts- und wirtschaftspolitisch mit dem nationalsozialistischen Programm eng verwoben war und der die Novelle von 1932, jedenfalls aber die von 1935 deutlich prägte.⁷² Unter dem nationalsozialistischen Wirtschaftsdirigismus verlor das Sonderverkaufswesen immer weiter an Bedeutung.
- 29 Mit der Einführung einer umfassenden Reichsaufsicht für die gesamte Wirtschaftswerbung einschließlich des Messewesens durch das **Gesetz über die Wirtschaftswerbung** vom 12. September 1933⁷³ endete faktisch das freie Marketing der Unternehmen in Deutschland. Materiell wurde die Wirtschaftswerbung durch § 3 dieses Gesetzes einem **generellen Genehmigungsvorbehalt** und damit einem totalitären Aufsichtsanspruch des nationalsozialistischen Wirtschaftsregimes unterworfen.⁷⁴ Einzelgenehmigungen und Zulassungen zur Wirtschaftswerbung etwa an Werbeberater wurden nur solchen Personen erteilt, die den Nachweis ihrer „fachlichen Befähigung“ führen konnten und deren „Zuverlässigkeit“ es gewährleistete, dass sie die Richtlinien des **Werberates** beachteten.⁷⁵
- 30 **3. Das Rabattgesetz von 1933.** Das Gesetz über Preisnachlässe, sog. **Rabattgesetz**,⁷⁶ vom 25.11.1933 wollte die schon mit der ZugabeVO verfolgten Intentionen effektiver umsetzen, nachdem innovative Unternehmen trotz Zugabeverbots Wertreklame nunmehr mit dem Instrument der Rabattierung betrieben. Wie bereits 1932 wurde das Ziel des Mittelstandsschutzes verfolgt,⁷⁷ der wiederum mit wirtschaftspolitischen Vorstellungen

68 Sie bestanden in der Einfügung der §§ 7, 7a und 7b UWG (Ausverkaufsrecht) und der prinzipiellen Neufassung der §§ 7–10 UWG. Auch §§ 17 und 18 UWG wurden neu formuliert und die §§ 20a und 27a (Einigungsämter) eingefügt, vgl. RGBl I, 121, 122 ff.; im Zusammenhang mit dem Beitritt des Deutschen Reiches zum Madrider Markenabkommen (MMA) war schon 1925 § 22 UWG geändert worden, vgl. Gesetz über den Beitritt des Reiches zu dem Madrider Abkommen, betreffend die Unterdrückung falscher Herkunftsangaben auf Waren vom 21.3.1925, RGBl II, 115.

69 Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb vom 26.2.1935, RGBl I, 311.

70 Anordnung vom 4.7.1935, Deutscher Reichsanzeiger 1935, Nr. 158, S. 1.

71 Dazu *Kind* S. 46. Demnach wurden allein 1931 im Bereich der Industrie- und Handelskammer Berlin 1166 „Ausverkäufe“ angemeldet.

72 Vgl. *Mewes* S. 52 ff.

73 RGBl I, 625.

74 Das zeigen auch die zahlreichen Durchführungsbestimmungen und Bekanntmachungen des sog. Werberates, der die nationalsozialistischen Vorstellungen der Wirtschaftswerbung umsetzte. Die gesetzlichen Grundlagen sind abgedruckt bei *von Braumnühl/Zweck* Wirtschaftswerbung; vgl. auch *Hedemann* Deutsches Wirtschaftsrecht, S. 113 f.

75 Vgl. Zweite Bekanntmachung des Werberates der deutschen Wirtschaft vom 1.11.1933 (Nr. 14), abgedruckt in *von Braumnühl/Zweck* S. 14.

76 Gesetz über Preisnachlässe (Rabattgesetz) vom 25.11.1933, RGBl I, 1011. – Zur Geschichte des RabattG näher *Matz* S. 245 ff.; *Lies-Benachib* in *Pahlow* S. 272.

77 Anschaulich insbesondere die amtliche Begründung zu § 2 RabattG (Reichsanzeiger 1933, Nr. 184): „Die z.T. wilde Steigerung der Preisnachlasshöhe führt zu einer solchen Verminderung des Rohgewinns, dass die Lebensfähigkeit vieler – besonders kleinerer – Geschäfts-, Gewerbe- und Handwerksbetriebe in Frage gestellt wird ... höhere Preisnachlässe [als gesetzlich gestattet, L.P.] sind ... schädlich“. Vgl. ferner die selbst innerhalb des Rabattgesetzes selbst angelegte weitere Diskriminierung von „Warenhäusern, Einheits-, Klein- oder Serienpreisgeschäften sowie ähnlicher, durch die besondere Art der Preisstellung

etwa über „normale“, „vernünftige“ und „gesunde“ kaufmännische Kalkulation und Tradition, die es zu gewährleisten gelte, vermengt wurde. Unverkennbar wurde nunmehr auch an die nationalsozialistische Ideologie angeknüpft, die einer freiheitlichen, auf individuellem Unternehmerrisiko beruhenden Wettbewerbswirtschaft eher entgegenstand. Umso befremdlicher ist es, dass nicht nur die grundsätzliche Fortgeltung des RabattG auch in der Bundesrepublik Deutschland nach 1945 möglich, sondern dass gerade die Rechtsprechung mit Rücksicht auf eben diesen vom historischen Gesetzgeber genannten Schutzzweck um eine schlagkräftige Durchsetzung des RabattG bemüht war.⁷⁸ Die Widersprüche gegenüber einem nachfrageorientierten Preiswettbewerb haben daher vor allem in der Nachkriegszeit zu vehementer Kritik an dem Rabattgesetz geführt.⁷⁹

Wie stark das NS-Regime einen an der individuellen Wirtschaftsfreiheit orientierten 31 und von den einzelnen Wirtschaftssubjekten jeweils eigens zu verantwortenden Wettbewerb ablehnte, zeigt auch die sog. **Verordnung über Wettbewerb** vom 21. Dezember 1934.⁸⁰ Wenngleich sie formal Strafrecht enthielt, stand sie systematisch in engem Zusammenhang mit dem Lauterkeitsrecht. Dabei widmete sich die Verordnung zwar nur einem einzigen Tatbestand, dem sog. **Verschleudern**, also der Leistungserbringung unter Selbstkosten. Den wettbewerbsfeindlichen Hintergrund machte aber die Präambel deutlich, die als „staatliche Stellungnahme zum Wettbewerb“ gelesen und verstanden wurde.⁸¹ Danach dürfe der Wettbewerb niemals „die Sicherung der Ernährung aus heimatlicher Scholle [...] beeinträchtigen“. Zu niedrig kalkulierte Preise, aus denen Steuern und Löhne nicht gezahlt und die Gläubiger nicht befriedigt werden könnten, stünden nicht im Einklang mit einem auf Leistung und Verantwortungsbewusstsein gegründeten Wettbewerb und stellten damit nicht den für die Volkswirtschaft besten Preis dar. Angesichts dieser Diktion überrascht es, dass der nachkonstitutionelle Gesetzgeber auch diese Verordnung in seinen Willen aufgenommen hat.⁸²

V. Das Lauterkeitsrecht in der Rechtsprechung des Reichsgerichts (1909–1945)

Das Reichsgericht hat nach dem UWG von 1909 nachhaltig die Dogmatik des Wett- 32 bewerbsrechts beeinflusst. Das gilt insbesondere für die Auslegung der Generalklausel des § 1 a.F., zu der sich auch unter dem BGH bis zum UWG von 2004 ein breitgefächelter **Kanon unterschiedlicher Fallgruppen** entwickelte. Im Folgenden wird auf wesentliche Entwicklungslinien eingegangen, die freilich keinen Anspruch auf Vollständigkeit begründen können.

Schon vor dem Ersten Weltkrieg legte das Reichsgericht erste Grundsteine für eine 33 **Erweiterung des Schutzzweckes** des UWG. Publikumsschützende Motive wurden zwar bereits unter dem Markenschutzgesetz sowie dem WZG aus zeichenrechtlicher Perspektive anerkannt (dazu oben Rn. 6f.). Im Rahmen des UWG verlieh das Reichsgericht aber

gekennzeichneter Geschäfte ...“ durch den in der Bundesrepublik für nichtig erklärten § 6 RabattG (vgl. BVerfG 11.4.1967 GRUR 1967, 605 ff. – Warenhaus-Rabatt).

⁷⁸ Vgl. BGH 30.6.1983 GRUR 1983, 682 – Fach-Tonband-Kassetten m. Anm. Gloy; BGH 24.2.1978 GRUR 1978, 485, 486 – Gruppenreisen; BGH 6.11.1986 GRUR 1987, 302, 304 – Unternehmeridentität; dazu Voraufgabe/Schünemann B 29 m.w.N.

⁷⁹ Königs NJW 1961, 1041, 1043 f.; P. Ulmer FS Hefermehl, S. 377, 383 ff.; Emmerich Recht des unlauteren Wettbewerbs (1998) § 6, 2a, S. 63 f.; Gröschner BB 1982, 1331; Mestmäcker S. 282 ff.; P. Ulmer GRUR Int. 1983, 611; sowie die weiteren Nachweise bei Voraufgabe/Schünemann Einl. B 30.

⁸⁰ RGBl 1934, I, 1280.

⁸¹ Zu alledem auch Hedemann Deutsches Wirtschaftsrecht, S. 114 f.

⁸² Vgl. die Sammlung des Bundesrechts zum Sachgebiet Zivilrecht und Strafrecht vom 15.5.1960, BGBl III, 1960 (Folge 11), 147.

dem **Verbraucherschutz** in einem Urteil vom 7.4.1914 mehr Gewicht, wenn auch zunächst nur als Reflex eines wettbewerbsrechtlichen Interesses „an der Reinhaltung des öffentlichen gewerblichen Verkehrs“.⁸³ Jedoch erhält das „Interesse des Publikums an der Reinhaltung des öffentlichen Verkehrs“ mit dem Urteil aus dem Jahr 1924 zu § 16 UWG eine weitergehende Bedeutung, dessen Zweck nicht nur im Schutz des Konsumenten, sondern gerade auch in den „**Interessen der Allgemeinheit**“ gesehen wurde.⁸⁴ 1928 wird der Begriff des Allgemeininteresses präzisiert: Das Klagerecht, ja das ganze Wettbewerbsrecht, sollte nicht nur – wie es vordergründig erscheinen mochte – dem Konkurrenten in seiner individuellen Betroffenheit zur Seite stehen, sondern den „Auswüchsen des Wettbewerbs“ auch im öffentlichen Interesse entgegenwirken.⁸⁵ Später ging das Reichsgericht noch weiter und stützte die Zulässigkeit einer **Verbandsklage** auf den Rechtsgedanken, dass der Aktivlegitimierte selbst „im öffentlichen Interesse den Auswüchsen des Wettbewerbs überhaupt, d.h. auf irgendeinem Gebiet, entgegentreten“ müsse.⁸⁶ Dieser neue, einer Popularklage gleichkommende Ansatz wurde in seiner Tragweite für die bisherige, streng am Konkurrentenschutz orientierte Sicht des UWG als wegweisend gewürdigt, wenngleich auch kontrovers beurteilt.⁸⁷

- 34 Selbstbewusst justierte das RG auch das schwierige **Verhältnis zwischen Warenzeichenrecht und Lauterkeitsrecht** vor allem in den 20er Jahren des 20. Jahrhunderts neu. Mit der Einführung des UWG von 1909 wird auch die Einstellung zum Warenzeichenrecht eine andere. Letzteres wird nur noch als Ausschnitt aus dem großen Gebiet des Wettbewerbsrechts betrachtet, als **Teil einer „höheren Ordnung“**.⁸⁸ Der Schutz des Warenzeichenrechtes finde seine Schranken an jenen anderen Bestimmungen, insbesondere an denen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (§ 1) und des BGB (§ 826 BGB).⁸⁹ Seitdem dürfe das „formale Zeichenrecht [...] nur innerhalb der Grenzen ausgeübt werden, die das Recht höherer Ordnung setzt, insbesondere nur innerhalb der Grenzen des lautereren Wettbewerbs und guter Sitten, in deren Dienst auch das formale Zeichenrecht steht, nicht aber zur Verübung unlauterer Handlungen und zu Verletzungen materiellen Rechts“.⁹⁰ Verstößt demnach eine Handlung gegen die guten Sitten, so ist sie unzulässig und wird nicht dadurch zulässig, dass sie in Ausübung eines durch Eintragung in die Zeichenrolle erworbenen Rechtes erfolgt. Diese Auffassung ist bereits in der Literatur zum UWG von 1909 angedacht worden.⁹¹

- 35 Das vom Reichsgericht ausgerufene **Dogma vom Warenzeichenrecht als Teil einer „höheren Ordnung“ des Wettbewerbsrechts** hatte der genutzten und im Verkehr durchgesetzten Marke nach dem Ersten Weltkrieg gegenüber der eingetragenen Marke

83 RG 7.4.1914 MuW 15 (1915/1916), 48 f., 49 – Ärztlicher Bezirksverein: „Die Vorschriften gegen die unlautere Reklame sollen übrigens neben dem Schutz des Konkurrenten auch der Reinhaltung des öffentlichen gewerblichen Verkehrs im Interesse des Publikums dienen“; vgl. demgegenüber noch RG 14.3.1911 RGZ 75, 370, 373.

84 RG 27.5.1924 RGZ 108, 272, 274.

85 RG 24.1.1928 RGZ 120, 47, 49; Möschel S. 134 f.; Rosenthal § 13 Rn. 2.

86 RG 21.4.1931 RGZ 132, 311, 316; RG 29.4.1930 RGZ 128, 330, 343. – Zu dieser Entwicklung ferner Buxbaum Die private Klage als Mittel zur Durchsetzung wirtschaftspolitischer Rechtsnormen; Kötz in Homburger/ders. S. 69, 92 f.; Sack WRP 1985, 1, 11.

87 Vgl. ablehnend z.B. Callmann § 13 Rn. 2; dafür Rosenthal § 13 Rn. 2.

88 RG 29.10.1926 RGZ 114, 360, 363. – Dazu auch Pahlow in Lange/Klippel/Ohly S. 69, 80 ff.

89 RG 19.6.1925 RGZ 111, 192, 197; RG 2.2.1923 RGZ 106, 250, 254; RG 26.4.1915 RGSt 49, 242 f.

90 RG 19.6.1925 RGZ 111, 192, 197.

91 Seyffert S. 60, 64: „Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, dass die besondere Art der Benutzung eines Warenzeichens durch den Eingetragenen unter Umständen eine Handlung darstellt, auf die die Vorschriften dieses Gesetzes (§§ 3, 4, besonders aber § 1) Anwendung finden [...]“; Finger S. 184.

deutlich mehr Gewicht verschafft.⁹² Der zweite Senat hatte damit den Anwendungsbereich des § 1 UWG nicht nur zur Ausfüllung von Lücken, sondern auch als Richtschnur des Warenzeichenrechts herangezogen. Darin lag eine auch in anderen Bereichen des Wirtschaftsrechts feststellbare Tendenz, durch die die sozial- und wirtschaftspolitischen Gesichtspunkte der Weimarer Zeit in die Rechtsprechung einfließen konnten.⁹³

In den 1930er Jahren begann das Reichsgericht zudem, wesentliche Weichenstellungen für die judikative Bewertung der sog. **vergleichenden Werbung** vorzunehmen: Während zuvor unter Hinweis auf einen Umkehrschluss aus §§ 14 f. UWG vergleichende Werbung als wettbewerbsrechtlich unbedenklich eingestuft wurde, sprach das Reichsgericht das Verdikt der Sittenwidrigkeit aus, weil sie den „Grundsätzen des anständigen [...] ordnungsmäßigen Wettbewerbs“ zuwiderlaufe.⁹⁴ Außerdem zog das Reichsgericht einen Schlusstrich unter seine jahrzehntelang umstrittene Rechtsprechung, **geographischen Herkunftsangaben** nur einen recht geringen Schutz im Rahmen des UWG zukommen zu lassen.⁹⁵

Es liegt auf der Hand, dass gerade unbestimmte Rechtsbegriffe für die verschiedenen ideologischen Auffassungen über den Schutz des lautereren Wettbewerbs instrumentalisiert werden konnten. Veranschaulicht werden kann das anhand des Begriffes des sog. **Allgemeininteresses**, der bereits vor 1933 Einzug in die wettbewerbsrechtliche Dogmatik gefunden hatte.⁹⁶ Seit 1936 sollte das Allgemeininteresse bei der Anwendung des § 1 UWG der praktischen Durchsetzung bestimmter wirtschaftspolitischer Zielsetzungen dienen.⁹⁷ War das Allgemeininteresse zunächst noch ökonomisch, wenn auch nicht wettbewerbskonform definiert worden, so verkam es in der Folge vollends zum Vehikel einer ideologisch-rassistischen Doktrin. Nachdem schon im allgemeinen Zivilrecht die guten Sitten durch das von **nationalsozialistischer Weltanschauung** gespeiste, das „Allgemeininteresse“ verkörpernde „gesunde Volksempfinden“ bestimmt wurden,⁹⁸ betraf sich die Rechtsprechung auch im Wettbewerbsrecht offen auf diesen Maßstab. So stand mit den guten Sitten durchaus im Einklang, wenn ein Lieferant seinen Kunden gegenüber darauf hinwies, dass ein anderer Lieferant Jude sei. Die noch kurz zuvor praktizierte Rechtsprechung, die die Bezeichnung eines Versicherungsunternehmens als „internationale Judengesellschaft“ mangels Leistungsbezuges zum Versicherungsschutz für unzulässig erklärt hatte,⁹⁹ wurde aufgegeben, weil „der volksbewußte Deutsche [...] eine geschäftliche Verbindung mit dem Juden vermeiden“ wolle.¹⁰⁰

⁹² Deutlich *Adler* Festgabe zum 50jährigen Bestehen des RPA, S. 153 ff., 182: „Die dargestellte Entwicklung zeigt den Sieg des materiellen Prinzips, dass niemand gegen die guten Sitten handeln darf, über das Formalprinzip.“ – Dazu näher *Beier* GRUR 1967, 628, 630 m.w.N.; vgl. ferner *Tetzner* § 15 WZG, Rn. 10.

⁹³ *Nörr* Mühlsteine, S. 158 ff.

⁹⁴ RG 6.10.1931 GRUR 1931, 1299, 1301.

⁹⁵ RG 27.11.1933 GRUR 1934, 59, 60; RG 7.2.1933 RGZ 139, 363 ff.

⁹⁶ Z.B. RG 29.4.1930 RGZ 128, 330, 342 f.; RG 27.5.1924 RGZ 108, 272, 274; – dazu auch *Rüthers* S. 219 ff.; *Schill* S. 39 ff.

⁹⁷ RG 14.10.1937 GRUR 1938, 207, 209; RG 27.3.1936 GRUR 1936, 810, 812.

⁹⁸ Beschluss des Großen Senats für Zivilsachen, RG 13.3.1936 RGZ 150, 1, 4 ff.

⁹⁹ RG 25.2.1936 RGZ 150, 298, 303 ff., 307; siehe auch OLG Köln 27.11.1933 GRUR 1934, 202: Die Bezeichnung eines Unternehmens als „jüdisch getarnt“ sei wettbewerbsrechtlich mangels geschäftlicher Relevanz unzulässig; gleichwohl sei festzustellen, dass der jüdische Einfluss zurückgedrängt werden müsse. Die „hohen Bestrebungen“ der NSDAP seien zu „heilig“, „als daß sie durch Verknüpfung mit reinen Geschäftsinteressen in den Staub eines unfairen Konkurrenzkampfes“ herabgezogen werden dürfe.

¹⁰⁰ RG 30.11.1938 JW 1939, 429, 430; ähnlich OLG Hamburg 12.10.1938 JW 1938, 3052. Dazu insgesamt auch *Pause* S. 313 ff., 314; *Rüthers* S. 219 ff.; *Schill* S. 39 ff.

VI. Die Entwicklung des Lauterkeitsrechts in Deutschland nach 1945

- 38 **1. Das UWG in der BRD (1949–1989).** Nach 1945 zielten die ersten Schritte auf die **Wiederherstellung einer auf Wettbewerb beruhenden Wirtschaftsordnung**. Von einschneidender Bedeutung waren der Erlass des die Währungsreform vorbereitenden Gesetzes über Leitsätze für die Bewirtschaftung und Preispolitik nach der Geldreform (sog. Leitsatzgesetz), die Währungsreform selbst sowie die Preisfreigabeordnung *Ludwig Erhards*, die als Geburtsstunde der sozialen Marktwirtschaft der Bundesrepublik Deutschland angesehen werden kann.¹⁰¹
- 39 Im Gegensatz zur Weimarer Verfassung enthielt das **Grundgesetz** keine dezidierten Bestimmungen zur Wirtschaftsordnung bzw. -verfassung; letztere musste vielmehr aus einer Zusammenschau unterschiedlicher Verfassungsartikel ermittelt werden.¹⁰² Nach der Währungsreform und der grundsätzlichen Preisfreigabe kehrten die Instrumente einer **freien Werbewirtschaft** zurück. Zur Reglementierung von Schlussverkäufen erging daher schon im Juli 1950 eine auf § 9 UWG gestützte Verordnung über zulässige Sommer- und Winterschlussverkäufe.¹⁰³ Eine erste Nachkriegsänderung des UWG galt 1957 dem in § 27a UWG verankerten Einigungsverfahren.¹⁰⁴
- 40 **a) Verhältnis zum Kartellrecht.** Besonderen Einfluss auf die Entwicklung des Lauterkeitsrechts hatte das zum 1. Januar 1958 in Kraft getretene **Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vom 27. Juli 1957**.¹⁰⁵ Aus dem Spannungsverhältnis zwischen UWG und GWB¹⁰⁶ entwickelte sich zunehmend die Einsicht, dass UWG und GWB in einer höheren, Individual- und Institutionsschutz versöhnenden substantiellen wettbewerbsrechtlichen Einheit verbunden seien.¹⁰⁷ Dies war für die Anwendung des Lauterkeitsrechts insbesondere bei der Konkretisierung der Generalklauseln und hier wiederum des Zulässigkeitsmaßstabes der guten Sitten nach § 1 UWG von ausschlaggebendem Gewicht.¹⁰⁸
- 41 Der in § 28 Abs. 2 GWB ausdrücklich normierte **Begriff des „leistungsgerechten Wettbewerbs“** hatte nach der zweiten GWB-Novelle von 1973¹⁰⁹ das Verständnis des Schutzzwecks bzw. Schutzzguts auch des § 1 UWG nunmehr ganz an die Gegenüberstellung von **schützenswertem Leistungs- und unlauterem Nichtleistungs- bzw. Behinderungswettbewerb** gebunden.¹¹⁰ In der Folgezeit wurde zudem mit dem EGStGB von

101 Dazu wiederum *Fikentscher* § 20 II 7a S. 31 ff.; *Schlecht* Grundlagen und Perspektiven der sozialen Marktwirtschaft; *Steindorff* S. 15.

102 Zu diesem Prozess und den kontroversen Diskussionen näher *Nörr* Republik der Wirtschaft, Bd. 1, S. 58 ff., 81 ff.

103 VO des Bundesministers für Wirtschaft vom 13.7.1950, Bundesanzeiger 1950, Nr. 135; dazu auch *Kind* S. 61 ff.

104 Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, des Gesetzes über das Zugabewesen und des Rabattgesetzes vom 11.3.1957, BGBl I, 172. Zu einer früheren Neufassung dieser Vorschrift vgl. die Verordnung vom 8.3.1940, RGBl I, 480 f.

105 BGBl I, 1081. – Dazu *Nörr* Leiden, S. 185 ff.

106 Vgl. insbesondere *Königs* NJW 1961, 1041, der sich für Wechselwirkungen zwischen UWG und GWB ausspricht. Zudem *Knöpfle* Rechtsbegriff, S. 345; *ders.* Marktbezogene Unlauterkeit, S. 7 ff.

107 Vgl. *Reimer/von Gamm* Wettbewerbsrecht, S. 8.

108 Vgl. z.B. BGH 26.4.1990 GRUR 1990, 687, 688 – Anzeigenpreis II; BGH 26.4.1990 GRUR 1990, 685, 686 – Anzeigenpreis I.

109 BGBl I, 917.

110 Vgl. z.B. *P.Ulmer* GRUR 1977, 565, 580 („leistungsfremde Verhaltensweisen“); zudem *Böhm* S. 73 ff., 124 ff.; *Lobe* Bekämpfung, Bd. 1 S. 47 ff.; dazu schon *Nipperdey* S. 16 ff.

1974 durchweg das straf- und ordnungsrechtliche Sanktionsinstrumentarium des UWG bereinigt bzw. angepasst.¹¹¹ 1975 wurde dann § 7d UWG eingefügt.¹¹²

b) Schutz der Verbraucherinteressen. Der schon lange proklamierte und geforderte **42** Gedanke, dass das UWG auch Verbraucherinteressen schütze, wurde mit der Novelle vom 21. Juli 1965¹¹³ auch verfahrensrechtlich verankert. Der eingefügte § 13 Abs. 1a UWG¹¹⁴ sah ein **Klagerecht auch für bestimmte Verbraucherschutzverbände** vor. Die Aktivlegitimation im Rahmen des § 1 UWG beschränkte sich auf Formen der irreführenden Werbung, weil man mehrheitlich nur dadurch eine wesentliche Betroffenheit der Verbraucher feststellen zu können glaubte.¹¹⁵

Kritisch wurden dagegen die 1969 eingefügten §§ 6a und 6b UWG aufgenommen.¹¹⁶ **43** Unter dem Deckmantel eines Verbraucherschutzes¹¹⁷ war der Versuch unternommen worden, durch einen massiven Eingriff in den sog. **Stufenwettbewerb** traditionelle Distributionsstrukturen festzuschreiben, nachdem einschlägige Bemühungen, dieses Ziel über § 1 UWG zu erreichen, gescheitert waren.¹¹⁸ Die Literatur hat den Gesetzgeber ange mahnt, dass eine Organisation von Produktion und Distribution auf Groß- und Einzelhandelsebene allein Sache der Marktkräfte bleiben müsse und nicht normativ geregelt werden dürfe.¹¹⁹

1969 fügte der Gesetzgeber das Merkmal „zu Zwecken des Wettbewerbs“ in § 3 **44** ein¹²⁰ und änderte dadurch den Tatbestand für die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeitsprüfung nach § 3 UWG. Die bisherigen „unrichtigen Angaben“, die „geeignet sind, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen“, wurden ganz allgemein auf „irreführende Angaben“ über geschäftliche Verhältnisse erweitert. Die alte Normsubstanz hat sich jedoch in dem Straftatbestand des § 4 UWG vorerst noch erhalten.

c) Reformbemühungen. Am Ende der 1970er Jahre lassen sich Reformbemühungen **45** feststellen, die allerdings über die parlamentarische Diskussion nicht hinausgingen. Im Einklang mit den Empfehlungen einer Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität sowie in Übereinstimmung mit dem Verbraucherbeirat im Bundeswirtschaftsministerium legte die **sozial-liberale Koalition** 1978 einen Änderungsentwurf für das UWG vor.¹²¹ Dieser sah u.a. eine Verschärfung der Straftatbestände

111 Insbesondere wurden §§ 4 Abs. 1, 6 Abs. 2, 8, 10, 12, 15 Abs. 1, 17 Abs. 1 und 3, 18, 20a, 22, 23 Abs. 1 UWG geändert und §§ 11 Abs. 4 sowie 26 UWG aufgehoben. Allerdings erfuhr auch § 27a (Abs. 5 und Abs. 11) UWG dabei eine Umgestaltung, vgl. BGBl I, 469.

112 BGBl I, 685.

113 Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, des Warenzeichengesetzes und des Gebrauchsmustergesetzes vom 21.7.1965, BGBl I, 625.

114 Vgl. § 13 Abs. 2, 3 UWG.

115 Zur rechtspolitischen Kontroverse, in welcher der weitgehende Entwurf der sozialdemokratischen Bundestagsfraktion sich nicht durchsetzen konnte, vgl. auch BTDrucks IV/2001 S. 1 f.; BTDrucks IV/2217 S. 1 ff.; BTDrucks IV/3403 S. 1 ff.

116 Dazu Voraufgabe/Schünemann B 42.

117 Vgl. die Motive des Rechtsausschusses BTDrucks V/4035 S. 7 ff.

118 BGH 5.5.1959 WuW/E 1959, 339 – Elektrogeräte; BGH 27.6.1958 GRUR 1958, 557 – Direktverkäufe.

119 Gröner/Köhler S. 69 ff.; Kilian Schutz des Verbrauchers (1987); Schricker/Lehmann S. 94 ff.; Mestmäcker S. 285 ff.

120 Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb vom 26.6.1969, BGBl I, 633. Kurz zuvor, am 25.6.1969, war durch Art. 55 des ersten Strafrechtsreformgesetzes § 23 UWG völlig umgestaltet worden (BGBl I, 645).

121 BTDrucks 8/2145 S. 1 ff. (der dem Regierungsentwurf zugrundeliegende Referentenentwurf aus dem Bundesjustizministerium ist abgedruckt in WRP 1978, 277). Befürwortend hierzu z.B. Krieger WRP 1978, 1; Schricker GRUR 1979, 1; krit. dagegen Ahrens WRP 1978, 677; Borck WRP 1978, 333, 337 ff.

(§§ 4 und 17 UWG) sowie die Strafbarkeit progressiver Kundenwerbung (sog. Schneeballsystem) vor. Neuregelungen sollten zudem u.a. die Verbandsklagebefugnis, das Einigungsverfahren und die Streitwertfestsetzung betreffen. Vorgesehen war schließlich auch ein Rücktrittsrecht sowie ein Schadensersatzanspruch des irregeführten Verbrauchers. Ziel der geplanten Reform war es, einem Wandel im Verständnis des UWG Rechnung zu tragen, das sich nunmehr dezidiert neben dem Konkurrentenschutz auch den Verbraucherschutz auf seine Fahnen geschrieben hatte.¹²²

- 46 Die **Opposition** dagegen wollte mit ihrem Entwurf eine Neuorientierung der Generalklausel des § 1 UWG erreichen, „wonach Handlungen untersagt werden [sollten], die geeignet sind, der Wirksamkeit eines leistungsgerechten Wettbewerbs“ entgegen zu wirken.¹²³ Bestimmte Formen der Preisgegenüberstellung und der Werbung mit mengenmäßigen Beschränkungen sollten danach untersagt werden. Beweislastregelung und Neuformulierung des § 23a UWG rundeten das Vorschlagspaket der Opposition ab. Die parlamentarische Diskussion führte bis zum Ende der Legislaturperiode im Herbst 1980 zu keinem greifbaren Ergebnis. Auch spätere Novellierungsbemühungen, die etwa Schadensersatzansprüche der Verbraucher auf das negative Interesse beschränken wollten, wurden nicht umgesetzt.
- 47 Erst 1986 traten mit der **christlich-liberalen Koalition** die Novellierungsplanungen in eine neue Phase. Der Entwurf der Regierungskoalition sah neben dem Verbot bestimmter Werbeformen mit mengenmäßigen Beschränkungen und Preisgegenüberstellungen eine Straffung i.S. einer Vereinfachung des Sonderveranstaltungsrechts, den Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruchs für die erste Abmahnung, ein Rücktrittsrecht des irregeführten Verbrauchers sowie eine flexible Streitwertbemessung vor.¹²⁴ Das sog. **Gesetz zur Änderung wirtschafts-, verbraucher-, arbeits- und sozialrechtlicher Vorschriften** wurde am 25. Juli 1986 verabschiedet und trat am 1. Januar 1987 in Kraft.¹²⁵ Damit waren §§ 6d und 6e, 13a UWG eingefügt und das Sonderveranstaltungsrecht in den §§ 7f. UWG konzentriert. §§ 9, 9a, 10 und 11 UWG entfielen. § 13 UWG wurde redaktionell überarbeitet und die Aktivlegitimation der Industrie- und Handelskammern sowie der Handwerkskammern verdeutlicht. Parallel dazu wurden auch die strafrechtlichen Elemente des UWG neu gestaltet.¹²⁶
- 48 In der Literatur sind die Neuregelungen auf erhebliche **Kritik** gestoßen, u.a. deshalb, weil ein Teil der Änderungen nicht dem Schutz *des* Wettbewerbs, sondern dem Schutz mittelständischer Unternehmen *gegenüber* dem Wettbewerb diene.¹²⁷ Eine bescheidende Liberalisierung des Wettbewerbsrechts brachte erst das **UWG-Änderungsgesetz von 1994**,¹²⁸ die sog. kleine UWG-Reform.
- 49 Entscheidende Änderungen erfuhr das UWG durch das **Markenrechtsreformgesetz** vom 25. Oktober 1994.¹²⁹ Die kennzeichenrechtliche Bestimmung des UWG (§ 16) wurde

122 Dazu eingehend *Lindemeyer/Henseler* WRP 1978, 87.

123 BTDrucks 8/1670 S. 2.

124 BTDrucks 10/4741 S. 1ff.

125 BGBl 1986, I, 1169.

126 Mit Wirkung zum 1. August 1986 war nun materiellrechtlich mit § 6c UWG die progressive Kundenwerbung strafbar und die Strafbarkeit der Betriebsspionage wurde nach § 17 UWG deutlich verschärft. Verfahrensrechtlich markant ist die Einführung des § 22 Abs. 1 S. 2 UWG, der die §§ 17, 18 und 20 UWG bei besonderem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung zu Officialdelikten aufgewertet hat, vgl. 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, BGBl. I, 721. Siehe auch die Regierungsentwürfe aus den Jahren 1982 und 1983 (BTDrucks 9/2008 [30.9.1982] und 10/318 [26.8.1983]) sowie die Beschlussempfehlung und den Bericht des Rechtsausschusses vom 19.2.1986 (BTDrucks 10/5058).

127 *Emmerich* Recht des unlauteren Wettbewerbs (1998) § 2, 5, S. 9f.

128 Gesetz zur Änderung des UWG vom 25.7.1994, BGBl I, 1738.

129 BGBl I, 3082.

aufgehoben. Neben §§ 12 BGB und 37 HGB traten nunmehr die §§ 5, 15 MarkenG als die zentralen Normen des **Rechts der geschäftlichen Bezeichnungen**. Eine Änderung der materiellen Rechtslage war damit nach Auffassung des Gesetzgebers nicht beabsichtigt. Der häufig wiederholte Hinweis darauf besagt allerdings nicht, dass keine Änderungen eingetreten oder noch zu erwarten sind. Der BGH hat inzwischen das Verhältnis von Kennzeichen- und Lauterkeitsrecht deutlich i.S. einer sog. **Vorrangregel** zugunsten des MarkenG neu justiert¹³⁰ und damit zugleich eine dogmatische Diskussion in Gang gesetzt.¹³¹

2. DDR (1949–1989). Anders als der Bundesrepublik lag der DDR bekanntlich keine wettbewerbsorientierte Markt-, sondern eine **sozialistische Planwirtschaft** als Wirtschaftsordnung zugrunde. Dennoch wurde das UWG 1909 trotz seines „Klassencharakters für das Recht“¹³² formal niemals aufgehoben.¹³³ In das nach sowjetischem Muster geformte Wirtschaftsmodell der DDR passte das UWG freilich nicht.¹³⁴ *Zum einen* war die Binnenwirtschaft der DDR vom **Prinzip der zentralen staatlichen Planung und Leitung** sämtlicher ökonomischer Prozesse bestimmt. Wenn auch eine gewisse, legislativ aber genau umrissene „Eigenverantwortung“ zugebilligt wurde, so blieben die Marktteilnehmer doch stets Ausführungsorgane des Staates, denen die Pflicht oblag, mit den zugeteilten sachlichen und personellen Mitteln die normativ gestellten Aufgaben bestmöglich zu erfüllen. Jeder Planunterworfenen musste dabei in dem politischen zentral definierten und ökonomisch mit den Belangen des Einzelnen gleichgesetzten Interesse der Allgemeinheit handeln.¹³⁵ Die DDR-Volkswirtschaft schloss typische Konkurrenzsituationen aus, ein Wettbewerb im lauterkeitsrechtlichen Sinne war damit nicht möglich.

Zum anderen konnte es auch in den **außenwirtschaftlichen Beziehungen der DDR** keine wettbewerbsrechtlichen Freiräume geben, wenn auch Stimmen in der ostdeutschen Literatur versucht haben, dieses Bild zu kaschieren.¹³⁶ Zwei Gründe sprechen auch hier dagegen: Erstens gibt es in zentralisierten Wirtschaftsordnungen sowjetischen Musters innerstaatlich keine Betätigungs- und damit keine Niederlassungs- und Handelsfreiheit. Um die interne Autonomie auf dem ökonomischen Feld zu sichern, hatte man daher zweitens das eigene Territorium mit einem staatlich-administrativen Schutzmantel umgeben. Instrument dieser Einigelung war das **Außenhandelsmonopol der DDR**. Das wiederum hieß, dass die grenzüberschreitenden Waren- und Geldströme im Ex- und Import allein von staatseigenen Unternehmen organisiert und geleitet wurden.¹³⁷ Die Kontakte mit ausländischen Wirtschaftseinheiten liefen praktisch nur über jene von der politischen Führung akzeptierten und kontrollierten Vermittlungsstellen. Ein Ausländer konnte demnach schon systembedingt nicht einfach Geschäfte mit Betrieben in der DDR

¹³⁰ Vgl. BGH 21.9.2006 – I ZR 270/03 – GRUR 2007, 339, 342 – Stufenleitern; BGH 22.11.2001 – I ZR 138/99 – GRUR 2002, 622 – shell.de; BGH 29.4.1999 GRUR 2000, 70, 73 – SZENE; BGH 30.4.1998 GRUR 1999, 161, 162 – MAC Dog.

¹³¹ Zu den beiden Standpunkten vgl. u.a. *Ohly* FS Schricker, 105; *Köhler* GRUR 2007, 548.

¹³² *Müller/Woltz* S. 17.

¹³³ In einer 1967 vom Institut für Zivilrecht der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg herausgebrachten Textausgabe „Handelsrechtliche Gesetze und Haftpflichtbestimmungen“ wurde es noch abgedruckt, vgl. *Dornberger* S. 363 ff.

¹³⁴ Vgl. nur *Müller/Woltz* S. 15 ff.; dazu auch *Lieser* Deutschlandarchiv 1974, 253, 255 ff.

¹³⁵ *Pleyer/Lieser* S. 1 ff., 2.

¹³⁶ Vgl. z.B. *Becher* in *Enderlein* S. 89, 96 f.

¹³⁷ Vgl. dazu *Morawo* S. 35 ff.; *Lieser/ders.* Deutschlandarchiv 1970, 579.