

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 105

Die Ausübung wirtschaftlicher Macht als unlauterer Wettbewerb?

Von

Rolf-Dieter Jungk



Duncker & Humblot · Berlin

ROLF-DIETER JUNGK

**Die Ausübung wirtschaftlicher Macht
als unlauterer Wettbewerb?**

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 105

Die Ausübung wirtschaftlicher Macht als unlauterer Wettbewerb?

Von

Rolf-Dieter Jungk



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Jungk, Rolf-Dieter:

Die Ausübung wirtschaftlicher Macht als unlauterer Wettbewerb? /
von Rolf-Dieter Jungk. – Berlin : Duncker und Humblot, 1997

(Schriften zum Wirtschaftsrecht ; Bd. 105)

Zugl.: Passau, Univ., Diss., 1995

ISBN 3-428-08708-9

D 739

Alle Rechte vorbehalten

© 1997 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 3-428-08708-9

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Herrn Professor Dr. Burkhard Schmiedel
(† 9. September 1989)
in dankbarer Erinnerung gewidmet.

Vorwort

Die nachfolgende Arbeit lag der Juristischen Fakultät der Universität Passau im Sommersemester 1995 als Dissertation vor.

Nach dem viel zu frühen Tod von Herrn Professor Dr. Burkhard Schmiedel hat sich Herr Professor Dr. Jan Wilhelm bereit erklärt, die Betreuung der Arbeit zu übernehmen. Für diese Bereitschaft schulde ich ihm ebenso herzlichen Dank wie für die vielfältige Unterstützung, die mir in der Folgezeit zuteil wurde.

Zu danken habe ich auch Herrn Professor Dr. Holger Altmeppen für sein umfassendes und instruktives Zweitgutachten.

Nicht der geringste Teil meines Dankes gebührt meinen Eltern und meiner Frau Antje Jungk. Ohne ihre Hilfe wäre diese Arbeit nicht abgeschlossen worden.

München, im Februar 1997

Rolf-Dieter Jungk

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Der Gegenstand der Arbeit

A. Die Ergänzungsbedürftigkeit der Diskussion um das Thema „Marktmacht und Unlauterkeit“	17
B. Die Bewertung des Problems in Rechtsprechung und Literatur - ein Überblick....	18
I. Die Uneinheitlichkeit des Standpunkts in der Rechtsprechung von Reichsgericht und BGH	18
1. Isolierte Beurteilung von Marktmachtdifferenzen?.....	18
a) Die Ablehnung einer gesonderten Bewertung wirtschaftlicher Macht durch das Reichsgericht.....	18
b) Die Entscheidung „Suwa“ des Bundesgerichtshofs als Wendepunkt in der Rechtsprechung?.....	19
c) Klarstellung im „Kleenex“-Urteil.....	20
d) Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung nach dem „Kleenex“ - Urteil.....	20
2. Die Marktmacht als Indiz für die Rechtswidrigkeit „marktverstopfender“ Wettbewerbshandlungen.....	22
3. Der Marktmachtbezug in den Fällen des Verdrängungs- bzw. Vernichtungswettbewerbs.....	24
4. Der Einsatz von Marktmacht in Verhandlungen mit Angehörigen anderer Marktstufen	25
5. Das unklare Bild in der höchstrichterlichen Rechtsprechung als Hindernis für klare Aussagen zur Bedeutung der wirtschaftlichen Macht im Rahmen des § 1 UWG.....	27
II. Die widerstreitenden Stellungnahmen in der Wissenschaft	28
1. Das Bündel der Argumente zugunsten einer Marktmachtdifferenzierung im Wettbewerbsrecht	28
a) Der Schutz des Wettbewerbs in seinem Bestand als tragender Grund der Marktmachtdifferenzierung	29
b) Der Schutz des Mittelstandes als lauterkeitsrechtliches „Teilziel“.....	31
c) Der Mißbrauch von Marktmacht zu Lasten schwächerer Konkurrenten oder Vertragspartner als weiterer Grund zur Marktmachtdifferenzierung	33
d) Der Verstoß gegen marktmachtdifferenzierende Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen als sittenwidriger „Rechtsbruch“.....	35

2. Die Gegenposition.....	35
a) Der Grundsatz der Gleichheit aller Gewerbetreibenden als Hindernis für Differenzierungen im Tatbestand des § 1 UWG.....	35
b) Marktmachtdifferenzierung als Überschreitung des Wertungsbereichs des Wettbewerbsrechts	36
c) Der abschließende Charakter der kartellrechtlichen Machtmissbrauchsregeln als Hindernis für die Anwendung des § 1 UWG im Vorfeld des GWB	37
d) Die mangelnde Eignung des wettbewerbsrechtlichen Instrumentariums zur Differenzierung nach wirtschaftlicher Stärke.....	38
III. Die unterschiedlichen Gesichtspunkte im Streit um die Marktmachtdifferenzierung als Ansatzpunkte für die Erörterung.....	38

Zweiter Teil

Schutz des Wettbewerbsbestandes als unzureichende Rechtfertigung der Marktmachtdifferenzierung

A. Die fehlende Relevanz kartellrechtlicher Wertungen für die Interpretation der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel	42
I. Der Wandel der herrschenden Meinung zum Verhältnis von GWB und UWG	42
1. Die „Trennungsthese“ zur Zeit der Entstehung des GWB	42
2. Die These vom „antinomischen Spannungsverhältnis“ als Fortentwicklung der Trennungsthese.....	43
3. Die heute vorherrschende Ansicht von der Annäherung beider Gesetze	44
4. Die Berücksichtigung der Bestandsgefährdung bei der Auslegung des § 1 UWG als Konsequenz aus der Annäherung beider Rechtsgebiete	44
a) Die „Annäherung“ als Begründung der h.M. für die Berücksichtigung der Bestandsgefährdung bei § 1 UWG	44
b) Die inhaltlichen Veränderungen in beiden Gesetzen als Beleg für die Aussagen der Konvergenztheorie.....	45
aa) Die GWB-Novellen der Jahre 1973, 1980 und 1990.....	46
bb) Der angebliche Wandel des GWB vom ausschließlichen Schutz der Konkurrenz zum Schutz der Konkurrenten.....	47
5. Kritische Stimmen in der Wissenschaft zum Verhältnis von UWG und GWB	47
II. Die in Wahrheit nicht bestehende Möglichkeit, aus der angeblichen Annäherung zwischen GWB und UWG auf die Erheblichkeit der „Gefährdung des Wettbewerbs in seinem Bestand“ für die Anwendung des § 1 UWG zu schließen.....	49
1. Die Bedeutung der partiellen Annäherung zwischen UWG und GWB	49
a) Die 2. GWB-Novelle als für den Beweis einer Annäherung von GWB und UWG nicht geeignetes Beispiel.....	50

aa) Terminologische Berührungs punkte zum Lauterkeitsrecht bei der Neufassung des § 28 Abs. 2 GWB	50
bb) Die fehlende inhaltliche Bedeutung dieser Entwicklung	50
b) Die Bedeutung der 4. GWB-Novelle für den Wandel der Zielrichtung des Kartellrechts	52
aa) Belege für die Annäherung an das UWG in der Entwurfsbegründung und bei der Tatbestandsbildung	52
bb) Die begrenzte Aussagekraft dieser Annäherung	53
c) Die Verstärkung des Individual schutzes innerhalb des GWB und ihre Bedeutung für die Konvergenz zwischen GWB und UWG	54
aa) Die veränderten Rahmenbedingungen des Kartellrechts	54
bb) Die begrenzte Bedeutung dieser Veränderungen	55
2. Die Voraussetzungen für eine Übernahme kartellrechtlicher Wertungen ins Lauterkeitsrecht im Schnittbereich zwischen GWB und UWG	56
a) Die zwingend gebotene „Übernahme von Wertungen“ des jeweils anderen Gesetzes bei der gleichzeitigen Anwendung verschiedener Bestimmungen auf den gleichen Sachverhalt als Folge eines hierarchischen Verhältnisses zwischen den Gesetzen	57
b) Das Fehlen einer positiven Begründung für eine Vorrangstellung des GWB gegenüber dem UWG	59
3. Bestandsschutz als Zielrichtung des GWB?	60
a) Die fehlende Möglichkeit, dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen eindeutige Aussagen zum „Schutz des Wettbewerbsbestandes“ zu entnehmen	60
b) Bedeutung für die Anwendung des § 1 UWG	63
B. Die Bedeutung der sog. allgemeininteressenbezogenen Entwicklung des modernen Wettbewerbsrechts für die Interpretation der Generalklausel	66
I. Die zunehmende Betonung „öffentlicher Interessen“ bei der Schutzzweckdiskussion im Lauterkeitsrecht und die Auswirkungen auf die Beurteilung marktmächtiger Unternehmen	67
1. Die Entwicklung der „allgemeininteressenbezogenen“ Ausprägung des Wettbewerbsrechts	67
a) Die prozessuale Bedeutung der ersten Urteile des Reichsgerichts zum „Schutz der Allgemeinheit“	67
b) Die erweiterte Bedeutung des Schutzgedankens seit der Diamantine-Entscheidung	68
c) Die Fortentwicklung der Rechtsprechung durch den BGH	68
d) Die Beiträge der Lehre zur allgemeininteressenbezogenen Entwicklung des UWG	69
2. Die Argumente der h.M. für die besondere Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit bei der wettbewerbsrechtlichen Fallösung	70
3. Die Bedeutung des besonderen Schutzgedankens für die Beurteilung von Bestandsgefährdungen	71
4. Die Argumente der Gegner einer veränderten Schutzrichtung des § 1 UWG	72

II. Die mangelnde Verankerung des Allgemeininteressenschutzes im Gesetz und die fehlende Unterscheidungskraft dieses Kriteriums als maßgebliche Einwände gegen die allgemeininteressenbezogene Ausrichtung des Wettbewerbsrechts	74
1. Die fehlende Grundlage des Schutzes der Allgemeininteressen im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb	74
a) Die Bedeutung der Straf- und Ordnungswidrigkeitstatbestände des UWG	74
b) Die Verbandsklagemöglichkeit und ihre Bedeutung für die inhaltliche Bestimmung von UWG-Normen	74
2. Die fehlende Eignung des Kriteriums „öffentliche Interessen“ zur Lösung wettbewerbsrechtlicher Probleme	77
a) „Interessen der Allgemeinheit“ als Leerformel in der Praxis der Rechtsprechung	77
b) Die Schwierigkeit, im Abwägungsprozeß konkrete „Interessen der Allgemeinheit“ zu definieren	78
3. Der Fall „Freiburger Wochenblatt“ als Beispiel für die mangelnde Eignung des Kriteriums der „öffentlichen Interessen“ im Rahmen des § 1 UWG	80
C. Die Besonderheiten des Wettbewerbsrechtsstreits als Hindernisse für einen umfassenden Schutz des Wettbewerbs in seinem Bestand	82
I. Die Orientierung an den Folgen einer Wettbewerbshandlung als Argument für die Berücksichtigung der Bestandsgefährdung	82
II. Die Schwierigkeit der Vorhersage gesamtwirtschaftlicher Entwicklungen im Zivilprozeß als entscheidendes Hindernis für den Schutz des Wettbewerbsbestandes im Rahmen des § 1 UWG	83
1. Die Unterschiede zwischen kartellrechtlichem und wettbewerbsrechtlichem Streitverfahren	84
2. Die Diskussion um die Bedeutung dieser Unterschiede in der Wissenschaft	85
a) Der Versuch der h.M., die Unterschiede zwischen Kartell- und Wettbewerbsrechtsstreit zu relativieren	85
b) Die geringe Tragweite der Argumente der h.M.	85
aa) Die Funktion des § 273 ZPO	85
bb) Der Vergleich zwischen kartell- und lauterkeitsrechtlichem Zivilprozeß	86
cc) Die tatsächliche Bedeutung des Prognoserisikos	87
c) Die geringe Fundiertheit der bisherigen höchstrichterlichen Marktentwicklungsprognosen	87
D. Die mangelnde Aussagekraft des Kriteriums „Nichtleistungswettbewerb“	88
I. Die Entwicklung des Begriffs „Nichtleistungswettbewerb“ in Rechtsprechung und Wissenschaft	89
1. Die ersten Ansätze zur Zeit des Reichsgerichts	89
2. Die weitere Differenzierung durch den Bundesgerichtshof	90
3. Die vorherrschende Ansicht zum „Leistungsbegriff“ in der Wissenschaft	92

II. Die fehlende Substanz des Begriffs „Nichtleistungswettbewerb“	93
E. Zwischenergebnis: Die Funktionslosigkeit des „Machtkriteriums“ im Rahmen der Fallgruppe „Marktstörung“	94

Dritter Teil

Die fehlende Berechtigung, aus Gründen des Mittelstandsschutzes im UWG nach wirtschaftlicher Macht zu unterscheiden

A. Die maßgeblichen Argumente für eine mittelstandsbezogene Anwendung des § 1 UWG in der wissenschaftlichen Diskussion.....	96
B. Die Abkehr der Rechtsprechung von wirtschaftspolitischen Erwägungen	98
C. Die fehlende Verankerung mittelstandorientierter Kriterien innerhalb des § 1 UWG.....	99

Vierter Teil

Die Fallgruppe „Rechtsbruch“

A. Die fehlende Möglichkeit, Zuwiderhandlungen gegen den Tatbestand des § 22 Abs. 4 GWB als Wettbewerbsverstoß zu behandeln.....	103
I. Die differenzierte Antwort des Wettbewerbsrechts auf die Verletzung von Rechtsvorschriften außerhalb des UWG	103
II. Die Rechtsprechung des BGH zur lauterkeitsrechtlichen Relevanz von GWB-Verstößen und ihre Bedeutung für § 22 Abs. 4 GWB	105
III. Die Bedeutung des Unterschieds zwischen „per se - Verboten“ und „Verbietbarkeitstatbeständen“ für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung von GWB-Verstößen auch unter erweiterten Voraussetzungen.....	106
B. Die Bedeutungslosigkeit des § 26 Abs. 4 GWB für die Fallgruppe „Vorsprung durch Rechtsbruch“ in § 1 UWG.....	109
I. Der eingeschränkte Anwendungsbereich der Vorschrift.....	109
1. Die Erfahrungen mit der Anwendung des § 37 a Abs. 3 GWB a.F.	110
2. Die Konsequenzen aus den Erfahrungen mit § 37 a Abs. 3 GWB a.F. bei der Fünften GWB-Novelle.....	111
3. Die geringe Tragweite der vorgenommenen Änderungen	112
a) Die Reduzierung der Tatbestandsmerkmale.....	112
b) Die Umwandlung zu einer Verbotssnorm.....	113
II. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die neue Vorschrift	115
1. Die Vereinbarkeit von § 26 Abs. 4 GWB mit Art. 3 GG	115
2. Zweifel an der hinreichenden Bestimmtheit der Norm	116
a) Das Merkmal der „Unbilligkeit“ der Behinderung als klassisches Beispiel für die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe durch den modernen Gesetzgeber.....	117
b) Das Problem der Normklarheit bei der Abgrenzung des Kreises der „kleineren und mittleren Unternehmen“.....	120

C. Die fehlende Bedeutung der Absätze 2 und 3 des § 26 GWB für die markt- machtdifferenzierende Anwendung des § 1 UWG.....	124
---	-----

Fünfter Teil

Die individuelle Behinderung durch Marktmächtige

A. Die fehlenden Alternativen zur traditionellen Auslegung der wettbewerbsrecht- lichen Generalklausel	126
I. Ethisch-Moralischer Bezug der Generalklausel	126
1. Die „Anstandsformel“ der Rechtsprechung als Beispielsfall einer ethisch- moralisch geprägten Deutung der Generalklausel	126
2. Die traditionelle Meinung der Literatur als weiteres Beispiel einer nach ethischen Maßstäben unterscheidenden Interpretation der Sittenwidrig- keitsklausel.....	127
II. Die Kritik an der Anstandsformel und die Forderung nach Verzicht auf ethisch- moralische Kriterien bei der Bewertung wettbewerblchen Verhaltens als Er- gebnis der neueren wettbewerbsrechtlichen Dogmatik	128
1. Kritik an Rechtsprechung und Lehre als Ausgangspunkt eines neuen wettbewerbsrechtlichen Ansatzes	128
2. Die Alternativkonzepte zur Interpretation der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel.....	130
a) Gute Sitten als Konventionalnormen der Kaufleute.....	131
b) Die Generalklausel als Instrument zur Sicherung der Funktionsfähig- keit des Wettbewerbs.....	132
III. Die geringe Tragfähigkeit der Alternativlösungen zur Beurteilung von Wettbewerbshandlungen	133
1. Die mangelnde Eignung des Konzepts der Konventionalnormen zur Be- stimmung der „guten Sitten im Wettbewerb“	133
a) Die rechtsstaatlichen Mängel des „Konventionalnormen-Konzepts“ ..	133
b) Probleme bei der praktischen Anwendung der „Konventionaltheorie“ ..	135
2. Die mangelnde Tragfähigkeit der Lehre von der Maßgeblichkeit der Funktionsbedingungen des Wettbewerbs.....	136
B. Die Wertentscheidungen des Grundgesetzes als Maßstab für die Auslegung des Rechtsbegriffs „gute Sitten“ in § 1 UWG.....	138
I. Die Verbindlichkeit der Wertordnung des Grundgesetzes für die Interpreta- tion der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel.....	139
1. Die Auswirkungen des Wertewandels auf die Interpretation des Begriffs der guten Sitten	140
2. Die Bedeutung des Art. 4 GG im Zusammenhang mit wertbezogener Be- urteilung menschlichen Handelns	142
3. Die Verbindlichkeit der Wertordnung des Grundgesetzes für die Recht- sprechung zu § 1 UWG.....	142
II. Die bisherigen Ansätze der Rechtsprechung zur grundrechtsorientierten Auslegung des § 1 UWG.....	144

1. Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts.....	144
2. Die verfassungsorientierte Auslegung des § 1 UWG in der bisherigen Rechtsprechung des BGH	145
a) BGHZ 50, 1 ff. („Pelzversand“)	145
b) BGHZ 51, 236 ff. („Stuttgarter Wochenblatt I“).....	146
c) BGHZ 54, 188 ff. („Fernsprechwerbung“).....	147
3. Die Defizite der Rechtsprechung bei der Orientierung des Wettbewerbsrechts an den Wertentscheidungen des Grundgesetzes.....	147
a) Die grundsätzliche Berücksichtigung grundrechtlich geschützter Positionen bei Beklagten, Klägern und Dritten.....	148
b) Die nur einseitige Bezugnahme auf geschützte Grundrechte im konkreten Einzelfall.....	148
c) Die Beschränkung der grundrechtsorientierten Anwendung des § 1 UWG auf Ausnahmesituationen.....	149
III. Die wichtigsten Elemente einer grundrechtsorientierten Konkretisierung des § 1 UWG	150
1. Der verfassungsrechtliche Schutz der ungehinderten Teilnahme am Wettbewerb als zentrales Problem der grundrechtsorientierten Auslegung des § 1 UWG	150
2. Die Notwendigkeit einer umfassenden Analyse der grundrechtlich geschützten Positionen der Beteiligten	152
3. Das Prinzip der „schonenden Konkordanz“ als Lösung für Fälle der echten Grundrechtskollision	154
IV. Die Eignung des Systems der grundrechtsorientierten Auslegung des § 1 UWG zur Lösung wettbewerbsrechtlicher Fälle	155
1. Die Verallgemeinerungsfähigkeit des Modells der grundrechtsorientierten Konkretisierung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel	156
2. Überprüfung der Eignung der Methode anhand der bereits vorgestellten Fälle aus der verfassungsorientierten Wettbewerbsrechtsprechung des BGH	157
a) BGHZ 50, 1 ff. („Pelzversand“)	157
b) BGHZ 51, 236 ff. („Stuttgarter Wochenblatt I“).....	159
c) BGHZ 54, 188 ff. („Fernsprechwerbung“).....	160
3. Die Bewertung möglicher Einwände gegen ein System der grundrechtsorientierten Auslegung des § 1 UWG	161
a) Die notwendige Beschränkung auf die Einzelfallperspektive	161
b) Praktikabilitätserwägungen	162
c) Die Vermischung von öffentlichem und privatem Recht	162
4. Die Vorzüge der grundrechtsorientierten Auslegung gegenüber den herkömmlichen Methoden zur Interpretation des § 1 UWG.....	163
V. Bewertung von Wettbewerbshandlungen wirtschaftlich mächtiger Unternehmen bei grundrechtsorientierter Anwendung des § 1 UWG	165
1. Die eingeschränkte Eignung des Kriteriums „wirtschaftliche Macht“ zur Lösung wettbewerbsrechtlicher Probleme	165

2. Überprüfung der These von der mangelnden Eignung des Kriteriums „wirtschaftliche Macht“ bei § 1 UWG anhand ausgewählter Fälle aus der Rechtsprechung des BGH	166
a) Eröffnungsrabatt	167
b) Benrather Tankstellenfall	171
3. Fazit: Die Entbehrlichkeit des Kriteriums „wirtschaftlicher Macht“ im Rahmen des § 1 UWG	174

Sechster Teil

Zusammenfassung in Thesen	175
----------------------------------	-----

Literaturverzeichnis	177
-----------------------------	-----

Stichwortverzeichnis	185
-----------------------------	-----

Erster Teil
Der Gegenstand der Arbeit

A. Die Ergänzungsbedürftigkeit der Diskussion um das Thema „Marktmacht und Unlauterkeit“

Bereits im Jahr 1933 hat Franz Böhm¹ die Frage aufgeworfen, wie das Wettbewerbsrecht der mißbräuchlichen Ausübung wirtschaftlicher Macht am Markt begegnen kann. In der Folgezeit hat sich eine intensive Diskussion über die Möglichkeit der marktmachtdifferenzierenden Anwendung des § 1 UWG entwickelt, die auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Jahre 1957 nicht zur Ruhe gekommen ist².

Bislang ist jedoch noch kaum versucht worden, die vielfältigen Facetten dieser Fragestellung zu ordnen und einer differenzierenden Beantwortung anhand unterschiedlicher wettbewerbsrechtlicher Kriterien zuzuführen³. Die vorliegende Arbeit will dazu beitragen, diese Lücke zu füllen. Im folgenden wird daher zunächst versucht festzustellen, in welchen wettbewerbsrechtlichen Fallgestaltungen dem Kriterium der wirtschaftlichen Macht Bedeutung zukommen könnte. Sodann sollen diese Fallgestaltungen je für sich daraufhin untersucht werden, inwieweit eine gesonderte Bewertung von Handlungen marktmächtiger Unternehmen mit § 1 UWG tatsächlich in Einklang steht und welche brauchbaren Kriterien der Bewertung zugrundeliegen können.

1 Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin, 1933, *passim*.

2 Vgl. insoweit vor allem: L. Raiser, GRUR Int. 1973, 443 ff.; P.Ulmer, GRUR 1977, 565 ff.; Hirtz, GRUR 1980, 93 ff.; Baudenbacher, GRUR 1981, 19 ff.; Mestmäcker, Der verwaltete Wettbewerb, insb. S. 56 ff.und 143 ff.; Hefermehl, FS 600 Jahre Universität Heidelberg, 331 ff.; Sack, BB-Beilage 3/1988, 1 ff.sowie zuletzt Merz, Vorfeldthese, S. 247 ff.und Ballmann, Der Machtaspekt im UWG, *passim*, insb. S. 188 ff.

3 In diesem Zusammenhang ist allenfalls die Arbeit von Ballmann, Der Machtaspekt im UWG, zu nennen.

B. Die Bewertung des Problems in Rechtsprechung und Literatur - ein Überblick

I. Die Uneinheitlichkeit des Standpunkts in der Rechtsprechung von Reichsgericht und BGH

Seit Beginn der dreißiger Jahre findet man in der höchstrichterlichen Rechtsprechung Anhaltspunkte dafür, daß bei der Anwendung des § 1 UWG Unterschiede in den wirtschaftlichen Machtverhältnissen der betroffenen Unternehmen berücksichtigt werden. Die entsprechenden Entscheidungen lassen allerdings keine klare Linie erkennen. Infolgedessen hat die wettbewerbsrechtliche Dogmatik diese Rechtsprechung auch nicht zum Anlaß genommen, eine eigene Fallgruppe „Marktmacht“ zu bilden. Die entsprechenden Fälle werden stattdessen mehr oder minder isoliert innerhalb der bestehenden Fallgruppen behandelt⁴.

Im folgenden soll, teilweise unter Vernachlässigung der herkömmlichen Fallgruppeneinteilung, versucht werden, diese Entscheidungen nach ihrer unterschiedlichen Berücksichtigung des Machtaspekts zu ordnen.

1. Isolierte Beurteilung von Marktmachtdifferenzen?

a) Die Ablehnung einer gesonderten Bewertung wirtschaftlicher Macht durch das Reichsgericht

In einer Entscheidung vom 19. 12. 1930⁵ hatte das Reichsgericht, soweit ersichtlich, erstmals Gelegenheit, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob für die Bejahung sittenwidrigen Verhaltens Unterschiede in der wirtschaftlichen Stärke von Konkurrenten relevant sein können. Die Entscheidung befaßte sich mit einem großangelegten Bastelwettbewerb für Kinder, den ein bedeutendes Berliner Kaufhaus kostenlos und unter Auslobung zum Teil hochwertiger Sachpreise durchgeführt hatte. Der klagende Verband hielt dies unter anderem deswegen für sittenwidrig⁶, weil Wettbewerber, die sich dieser Werbemittel mangels entsprechender Finanzkraft nicht bedienen konnten, in ihrer Wettbewerbsfreiheit beein-

4 Vgl. zur Einteilung des gesamten Fallmaterials nur Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, RdNr. 158 ff.

5 RG GRUR 1930, 278 ff.

6 So wird die Revisionsbegründung in der Entscheidung des Reichsgerichts (a. a. O., S. 279) jedenfalls dargestellt.

trächtigt sein könnten. Diesen Erwägungen wollte das Reichsgericht jedoch nicht folgen. Es stellte vielmehr ausdrücklich fest, der „Kostenaufwand mit der sich daraus ergebenden selbstverständlichen Folge der Unmöglichkeit des wirtschaftlich Schwächeren, gleiches zu tun,“ bilde „keinen Maßstab für die Grenze des Zulässigen, auch wenn dadurch zahlreiche Mitbewerber ihre wirtschaftliche Selbständigkeit verlieren müssen, so lebhaft das auch vom sozialen Standpunkt aus zu bedauern ist.“⁷

In der „Diamantine“-Entscheidung vom 27. 3. 1936, die einen Fall der unentgeltlichen Abgabe von Originalware zum Gegenstand hatte, wurde diese Position ausdrücklich bestätigt. Die Höhe des für die Werbung betriebenen Aufwandes begründe den Vorwurf der Unlauterkeit selbst dann nicht, wenn die Wettbewerber „als die wirtschaftlich Schwächeren nicht imstande sind, es dem gleichzutun.“⁸ Das Ausnutzen der eigenen Kapitalkraft zu Zwecken des Wettbewerbs sei, zumindest für sich betrachtet, nicht wettbewerbsfremd⁹.

Auch die „Persil“-Entscheidung¹⁰ aus dem Jahre 1938 bekräftigte diese Position noch einmal.

b) Die Entscheidung „Suwa“ des Bundesgerichtshofs als
Wendepunkt in der Rechtsprechung?

Das „Suwa“-Urteil¹¹ des Bundesgerichtshofes aus dem Jahr 1957 wird namentlich von Sack¹² als Abkehr von der vom Reichsgericht vorgezeichneten Linie empfunden. Es betraf wiederum einen Fall des unentgeltlichen Verteilens von Originalware. Hier differenzierte der BGH erstmals nach der Marktstärke der betroffenen Unternehmen:

„Den nicht genügend kapitalkräftigen Mitbewerbern würde für eine durchaus ins Gewicht fallende Zeit jede Möglichkeit genommen werden, sich noch weiter am Wettbewerbsleben zu beteiligen, weil ihnen die Absatzmöglichkeiten infolge der eintretenden Verstopfung des Marktes abgeschnitten wären.“¹³

7 RG, a. a. O., S. 279.

8 RG GRUR 1936, 810 ff., S. 811.

9 RG, a. a. O., S. 811.

10 GRUR 1938, 207 ff.

11 BGHZ 23, 365 ff.

12 BB-Beilage 3/1988, 1 ff., S. 16, FN 136.

13 BGH, a. a. O., S. 372.