

Philine Fabig

Internationales Wettbewerbsprivatrecht nach Art. 6 Rom II-VO

Einheitliche Anknüpfung des Wettbewerbsrechts?



Pro Universitate Verlag im BWV

Internationales Wettbewerbsprivatrecht nach Art. 6 Rom II-VO

Philine Fabig

Internationales Wettbewerbsprivatrecht nach Art. 6 Rom II-VO

Einheitliche Anknüpfung des Wettbewerbsrechts?



**Pro Universitate Verlag
im Berliner Wissenschafts-Verlag**

Bibliografische Informationen 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.

ISBN Print: 978-3-8305-3711-3

ISBN E-Book: 978-3-8305-2189-1

© 2016 Pro Universitate Verlag im Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH
Markgrafenstr. 12–14, 10969 Berlin
E-Mail: bwv@bwv-verlag.de, Internet: <http://www.bwv-verlag.de>
Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen,
der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort

Diese Arbeit wurde als Dissertation an der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – angenommen. Die Gutachter der schriftlichen Arbeit waren Prof. Dr. Karsten Thorn und Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt. Die mündliche Prüfung wurde am 25. Februar 2016 von Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Karsten Thorn und Prof. Dr. Matthias Jacobs abgenommen.

Die Arbeit ist im Wesentlichen auf dem Stand von November 2013. Teilweise konnten Gesetzesänderungen, Gesetzesvorhaben und einzelne Entscheidungen bis März 2016 berücksichtigt werden.

Ich danke meinem Doktorvater, Prof. Dr. Karsten Thorn, für die intensive Betreuung insbesondere in der Schlussphase der schriftlichen Arbeit, sowie meiner Mutter Inka Peschke und meinem Kommilitonen Benedikt Meyer für die Unterstützung bei der Textprüfung. Der Studienstiftung des deutschen Volkes gilt mein Dank für die Unterstützung durch das Promotionsstipendium. Die Dissertation ist dem Andenken meiner Großmutter gewidmet, die zu ihrer Studienzeit selbst gerne promoviert hätte und mich bei diesem Entschluss unterstützt hat.

Philine Fabig, Hamburg, den 9. September 2016

Gliederung

Vorwort	5
Einleitung	17
A. Gegenstand der Arbeit	17
B. Gang der Darstellung	19
Abschnitt 1: Materielles und Internationales Wettbewerbsrecht bis Rom II	20
A. Entstehung des Lauterkeitsrechts und Verständnis von dessen Funktion	20
I. Individualschutz durch Deliktsrecht	20
1. Anfänge des Lauterkeitsrechts	20
2. Deutschland	23
3. Europa	24
4. England	26
5. Schweiz	26
II. Entwicklung des Lauterkeitskollisionsrechts.....	26
1. Deutschland.....	27
2. Frankreich	29
3. Schweiz	29
4. Österreich	29
B. Normzwecke und Qualifikation des Kartellrechts	30
I. Schutz von Allgemeininteressen durch Überwachung, Zwangskartelle und sanktionierte Verbote	30
1. USA.....	31
2. Deutschland.....	31
3. Skandinavien.....	33

4. EU: Fokus auf die private Durchsetzung des Kartellrechts.....	34
II. Entwicklung des Kollisionsrechts	37
1. Deutschland.....	37
2. USA.....	38
3. Schweiz.....	38
C. Historie des Art. 6 Rom II-VO	39
D. Vergleich der Entwicklungen	39
Abschnitt 2: Anknüpfung der Anspruchsnorm	41
A. Anwendungsbereich	41
I. Ausschluss von Persönlichkeitsrechtsverletzungen, Art. 1 Abs. 2 lit. g	42
1. Hintergründe.....	42
2. Diskussion	44
3. Stellungnahme	46
II. Abgrenzung Art. 6 Abs. 1, 2 zu Abs. 3	47
1. Verhältnis von materiellem Kartell- und Lauterkeitsrecht	48
a) Europarecht.....	48
b) Deutsches Recht.....	49
c) Weitere Rechtsordnungen.....	50
d) Zusammenfassung	52
2. Definitorische Abgrenzung.....	52
a) Gemeinsamer Wettbewerbsschutz.....	52
b) Abgrenzung.....	53
aa) Schutz der Institution Wettbewerb.....	54
bb) Handlungs- und Erfolgsbezug, Relevanz der Marktstruktur ..	55
(1) Europarecht	56
(2) Deutschland.....	58
cc) Zusammenfassung.....	60
3. Rom II-VO.....	60
4. Ergebnis.....	63
III. Abgrenzung Art. 6 Abs. 1 zu Abs. 2	63
1. Wortlautauslegung.....	64

2.	Abgrenzung nach einem nur mittelbaren Marktbezug	64
3.	Abgrenzung nach Finalität	65
4.	Schwerpunktangrenzung	66
5.	Historische Auslegung	66
6.	Abgrenzung nach dem Klagerecht	67
7.	Zusammenfassung der Abgrenzungsansätze	68
8.	Stellungnahme	68
IV. Abgrenzung Art. 6 Abs. 1, 2 zu Art. 8		70
1.	Hintergründe	71
2.	Immaterialgüterrechtsstatut	74
3.	Unterschiede im Anknüpfungsergebnis zwischen Art. 6 Abs. 1 und Art. 8	75
4.	Schutz geographischer Herkunftsangaben	76
5.	Schutz gegen Nachahmungen, Rufausbeutung	79
a)	Mit einem Kennzeichen zusammenhängende Ansprüche	80
b)	Direkte Anwendung von Art. 8 hinsichtlich sonstiger Nachahmungen	81
c)	Analoge Anwendung von Art. 8 hinsichtlich sonstiger Nachahmungen	81
6.	Zusammenfassung	84
7.	Ergebnis	85
B. Marktort		85
I. Art. 6 Abs. 3: Kartellrecht		86
1.	Mögliche Geschädigte und Klagebefugnisse im Kartelldeliktsrecht	87
a)	Grundlage: EuGH	90
b)	Deutschland	91
c)	Andere Mitgliedstaaten	93
d)	USA	95
e)	Weiterentwicklung auf europäischer Ebene	96
2.	Auswirkungsprinzip	97
a)	Art. 101, 102 AEUV	98
b)	Mitgliedstaatliches Recht	99
c)	USA	101
d)	Schweiz	102
e)	Zusammenfassung	102
3.	Sachnormbezug	102
4.	Begrenzungskriterien	104
a)	Völkerrechtliche Vorgaben für den Auswirkungsbegriff	105
b)	Unmittelbarkeit	107

aa)	Primärrecht.....	107
bb)	Deutschland.....	108
cc)	USA.....	109
dd)	Schweiz.....	110
c)	Spürbarkeit.....	110
aa)	Primärrecht.....	111
bb)	Diskussion unter völkerrechtlichen Gesichtspunkten.....	112
cc)	Mitgliedstaaten.....	112
dd)	USA.....	113
ee)	Schweiz.....	113
d)	Vorhersehbarkeit.....	114
5.	Anwendung der bekannten Anknüpfungskriterien.....	114
a)	Übertragungsmaßstab.....	114
b)	Auswirkungsprinzip.....	116
c)	Eingrenzung der relevanten Beeinträchtigungen.....	117
aa)	Tatsächliche Eingrenzung.....	118
(1)	USA.....	119
(2)	Schweiz.....	121
(3)	Auslegung von Art. 6 Abs. 3.....	121
bb)	Sachrechtliche Eingrenzung.....	122
d)	Örtliche Lokalisierung des Marktes.....	127
aa)	Der räumlich relevante Markt im europäischen Kartellrecht.....	128
bb)	Marktlokalisierung in außervertraglichen Schuldverhältnissen.....	129
(1)	Ortsgebundene Leistungen.....	129
(2)	Warenlieferung.....	130
(3)	Ortsunabhängige Leistungen.....	131
(4)	Leistungen, die in mehr als einem Staat verortet sind ...	131
(5)	Abnehmersitz.....	132
(6)	Lieferant.....	133
(7)	Ergebnis.....	134
e)	Streudelikte.....	134
f)	Begrenzungskriterien des Internationalen Verwaltungsrechts	137
aa)	Spürbarkeit.....	138
bb)	Vorhersehbarkeit.....	139
cc)	Unmittelbarkeit.....	140
(1)	Inhalt der Unmittelbarkeit.....	141
(2)	Unmittelbarkeit der Auswirkung.....	143
(3)	Unmittelbarkeit des Schadenseintritts.....	146
(4)	Ergebnis.....	149
6.	Ergebnis der Anknüpfung nach Art. 6 Abs. 3.....	150
II.	Art. 6 Abs. 1: Lauterkeitsrecht.....	150

1.	Ausgestaltung der Rechtsdurchsetzung.....	151
2.	Bisheriges nationales Lauterkeitskollisionsrecht	153
	a) Einwirkung oder Auswirkung	154
	b) Finalität, subjektivierte Kriterien	156
	c) Spürbarkeit	157
	d) Unmittelbarkeit.....	157
3.	Relevanz des Streitgegenstands	157
4.	Sachnormbezug	159
5.	Marktortanknüpfung nach Art. 6 Abs. 1	160
	a) Einwirkung oder Auswirkung	160
	b) Subjektive Kriterien	162
	c) Örtliche Lokalisierung des Marktes	163
	aa) Auseinanderfallen von Werbehandlung und Absatzhandlung	163
	bb) Verortung des Absatzmarktes.....	166
	(1) Vor Ort vorgenommene Absatzgeschäfte.....	167
	(2) Andere örtlich eindeutig zuordenbare Absatzgeschäfte	170
	(3) Abnehmersitz.....	172
	cc) Verortung des Werbemarktes	173
	(1) Ortsbezogene Werbung	174
	(2) Einflussnahmeort	175
	(3) Absatzort.....	177
	(4) Ergebnis hinsichtlich des Werbemarktes	180
	dd) Sonderfälle.....	181
	(1) Kaffeefahrten	181
	(2) Gran Canaria-Fälle.....	185
	(3) Konkretisierung der Grundregel für Sonderfälle	189
	ee) Ergebnis.....	189
	d) Multi-State-Wettbewerb.....	190
	aa) Behandlung der Statutenkumulation	191
	bb) Allgemeines Spürbarkeitskriterium	192
	cc) Spill over	195
	dd) Sonderfall Internet	199
	e) Unmittelbarkeit.....	202
6.	Ergebnis der Anknüpfung nach Art. 6 Abs. 1	203
	III. Vergleich.....	204
C. Optionsrecht.....		207
I.	Art. 6 Abs. 3.....	207
	1. Voraussetzungen	208
	a) Ein Beklagter, Art. 6 Abs. 3 lit. b HS. 1.....	208

aa)	Optionsrecht zu Gunsten der lex fori	208
bb)	Geschädigter als Kläger	209
cc)	Beeinträchtigung oder Schaden	209
dd)	Beklagtenwohnsitz im Mitgliedstaat des angerufenen Gerichts	210
ee)	Beeinträchtigung des Forummarktes	211
	(1) Beeinträchtigung des Klägers auf diesem Markt	211
	(2) Unmittelbare Beeinträchtigung	213
	(3) Wesentliche Beeinträchtigung	214
	(4) Ergebnis	216
b)	Mehrere Beklagte, Art. 6 Abs. 3 lit. b HS. 2	216
aa)	Entsprechend der Zuständigkeitsregeln gegen mehrere Beklagte	216
bb)	Vor diesem Gericht	217
cc)	Gegen jeden dieser Beklagten	218
c)	Sammelklagen	219
2.	Ausübung	222
a)	Analoge Anwendbarkeit der Regelung zu Art. 7	222
b)	Zeitpunkt der Ausübung	222
c)	Bindungswirkung	223
d)	Teilausübung	225
3.	Ergebnis	226
II.	Analoge Anwendung für das Lauterkeitsrecht?	227

D. Ergebnis hinsichtlich des Gleichlaufs von Kartell- und Lauterkeitsrecht..... 229

E. Parallele zur Zuständigkeit..... 230

I. Kartellrecht..... 230

II. Lauterkeitsrecht..... 235

III. Ergebnis..... 237

Abschnitt 3: Anknüpfung der Verbotsnorm 238

A. Allgemeiner Umfang der deliktsrechtlichen Anknüpfung..... 239

B. Lauterkeitsrecht.....	240
C. Problemstellung für das Kartellrecht	241
D. Meinungsstand zur Anwendung international zwingender Normen	242
I. Territorialitätsgrundsatz und Berücksichtigung über Generalklauseln.....	242
II. Schuldstatutlehre und Einheitstheorie.....	244
III. Machttheorie	245
IV. Sonderanknüpfung	246
V. Gesonderte Anknüpfung	249
VI. Privatrechtliche oder ordnungspolitische international zwingende Normen	250
VII. Zusammenfassung.....	250
E. Kartellrecht unter der Rom II-VO	251
I. Art. 101 f. AEUV.....	251
II. Zivil- und Handelssache, Art. 1 Abs. 1 Rom II-VO	252
III. Beachtlichkeit des Anwendungswillens	258
1. Beachtlichkeit für die Anspruchsnorm.....	259
2. Beachtlichkeit für die Verbotsnorm	262
IV. Folgerung für die Anknüpfung	264
1. Art. 15 Geltungsbereich des anzuwendenden Rechts	264
2. Art. 17 Sicherheits- und Verhaltensregeln	264
3. Durchsetzung des Kartellverbots als Eingriffsnorm	266
a) Kartellverbot als Eingriffsnorm.....	266
b) Beschränkung auf die Eingriffsnormen der lex fori.....	267
aa) Ausschluss der Anwendung ausländischer Eingriffsnormen	268
(1) Schuldstatutlehre.....	268

(2) Nur materiellrechtliche Berücksichtigung	273
bb) Kein Ausschluss	274
c) Eingriffsnormanknüpfung durch nationales oder Gemeinschaftsrecht.....	276
aa) Art. 101 f. AEUV	276
bb) Verordnungsinterne Lösung.....	277
cc) Stellungnahme.....	278
d) Ausgestaltung der Anwendung der Verbotsnorm.....	279
aa) Sonderanknüpfung	280
bb) Gesonderte Anknüpfung	281
cc) Stellungnahme.....	282
e) Inhaltskontrolle	285
4. Rom I-VO	286
V. Abgrenzung	287
VI. Ergebnis für die Anwendung der Kartellverbotsnorm	290
F. Konsequenzen für das Lauterkeitsrecht.....	290
I. Qualifikation als Eingriffsnormen	291
II. Begründung der Sonderanknüpfung.....	292
III. Bedeutung für die Anwendung ausländischer Verbotsnormen	293
IV. Abgrenzung	295
V. Ergebnis.....	297
G. Ergebnis hinsichtlich des Gleichlaufs von Anspruchs- und Verbotsnorm	297
Zusammenfassung des Arbeitsergebnisses	298
Anhang	301
A. Abkürzungsverzeichnis	301

B. Entscheidungsverzeichnis	306
I. IGH	306
II. Europäische Union.....	306
1. Gerichte der EU.....	306
2. Europäische Kommission.....	308
III. Deutschland.....	309
1. BverfG.....	309
2. RG, BGH.....	309
3. OLG.....	313
4. LG	314
5. Bundeskartellamt.....	315
IV. Ausländische Gerichte	315
1. Frankreich	315
2. Großbritannien	315
3. Österreich	316
4. Schweiz	317
5. USA.....	317
C. Verzeichnis Verfahrensdokumente, sonstige hoheitliche Dokumente	319
D. Literaturverzeichnis	324

Einleitung

A. Gegenstand der Arbeit

„Es gibt mittlerweile kaum mehr eine Bußgeldentscheidung einer Kartellbehörde, die keine zivilrechtlichen Schadensersatzklagen nach sich zöge.“¹

Noch bis vor einigen Jahren betrafen wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten vor Zivilgerichten in Europa im Wesentlichen nur den Bereich des Lauterkeitsrechts. Die Zunahme der privaten Kartellrechtsverfahren weckt nun das Interesse an einer Untersuchung der verbleibenden Unterschiede zwischen Kartell- und Lauterkeitsrecht. Seit einigen Jahren hat sich die Kommission nun die Förderung der privatrechtlichen Durchsetzung auch des Kartellrechts auf die Fahnen geschrieben, die mit der Kartellschadensersatz-Richtlinie² im November 2014 zu einem Ergebnis führte. Auch in den Mitgliedstaaten wurden einige Rechtsänderungen mit diesem Ziel vorgenommen.³ In diesem Zusammenhang steht auch die Normierung der speziellen Kollisionsnorm für wettbewerbsrechtliche außervertragliche Schuldverhältnisse in Art. 6 Rom II-VO⁴. Die Anknüpfung des Wettbewerbsrechts, also des Kartellrechts und des Lauterkeitsrechts, unter Geltung der Rom II-VO ist Gegenstand dieser Arbeit.

Als Kartellrecht im technischen Sinne versteht man heute nicht nur solche Regelungen, die gegen Wettbewerbsbeschränkungen von Unternehmen gleicher Wirtschaftsstufe – also Kartelle i.e.S.⁵ – wirken, sondern die Gesamtheit der Normen, die den Wettbewerb regulieren.⁶ Der Einfachheit halber soll der Begriff des Kartellrechts für das gesamte Recht der Wettbewerbsbeschränkungen verwendet werden und das Recht des unlauteren Wettbewerbs als Lauterkeitsrecht bezeichnet werden. Der Begriff des Wettbewerbsrechts soll diese beiden Rechtsgebiete gemeinsam umfassen.

-
- 1 BKartA, Informationsbroschüre 2012 „Erfolgreiche Kartellverfolgung“, S. 27, <http://citesafe.org/mNJN>.
 - 2 Richtlinie 2014/104/EU über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 349/1.
 - 3 Vgl. für England: Consumer Rights Bill.
 - 4 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. L 199, S. 40–49; abgekürzt als Rom II-VO. Artikel ohne Bezeichnung sind im Folgenden solche der Rom II-VO.
 - 5 Die Zeit: Das Lexikon, Band 7, S. 476 „Kartell“; Duden, Band 5, S. 2066 „Kartell“; *Zurkinden*, in: Handbuch, S. 1629 Teil M Rn 4.
 - 6 Z.B. betreffend Fusionen, vertikale Abreden und den Missbrauch von Monopolstellungen; *Kegel/Schurig*, S. 1125; *Meessen*, Völkerrechtliche Grundsätze, S. 11; *Schmidt*, AcP 206 (2006), 169, 173.

Zwar dient das Kartellrecht primär der Erhaltung des Wettbewerbs und damit öffentlichen Interessen⁷ und wird auch vorrangig im Wege öffentlicher Verfahren durch nationale oder europäische Kartellbehörden durchgesetzt. Jedoch wurde die Bedeutung der Kartellrechtsdurchsetzung durch Private gerade in der Diskussion um die Entwicklung des Gemeinschaftskartellrechts immer wieder hervorgehoben.⁸ Diese Diskussion hat wesentlich dazu beigetragen, dass in der am 11.7.2007 verabschiedeten Rom II-Verordnung auch für das Kartelldeliktsrecht eine besondere Kollisionsnorm geschaffen wurde.

Für viele Mitgliedstaaten neu ist, dass für das Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse aus lauterkeits- und kartellrechtlichen Verstößen eine gesonderte Norm geschaffen wurde. Da es eine derartige Spezialregelung in den wenigsten Ländern gab, war die Anknüpfung des Wettbewerbsrechts in den letzten Hundert Jahren ein Gegenstand wiederkehrender Diskussion. Dabei war kennzeichnend, dass das Lauterkeitsrecht traditionell als stärker individualschützend verstanden und der Anknüpfung nach dem Internationalen Deliktsrecht unterworfen wurde, während das Kartellrecht als ordnungspolitisch verstanden wurde, mit der Folge der grundsätzlichen Nichtanwendung ausländischen Kartellrechts und der einseitigen Anknüpfung nach der Marktauswirkung im Inland.

Allerdings finden sich in beiden Bereichen des Wettbewerbsrechts die Schwierigkeiten, die dadurch entstehen, dass es sich einerseits um Privatrecht handelt, andererseits aber öffentlichrechtliche Tendenzen, wirtschaftspolitische Zweckrichtungen und staatliche Eingriffe vorhanden sind. Auch herrscht in beiden Bereichen ein Nebeneinander privater und behördlicher Durchsetzung.

Entsprechend hat bereits *Wengler*⁹ postuliert, das Lauterkeitsrecht sei ebenso Marktordnungsrecht wie das Kartellrecht und daher gleichfalls nach dem Auswirkungsprinzip anzuknüpfen.

Daher stellt sich trotz unterschiedlichen Wortlauts der Absätze 1 und 3 des Art. 6 Rom II-VO die Frage, ob hiermit letztlich eine einheitliche Anknüpfung des Wettbewerbsrechts geschaffen wurde. Unabhängig von der Feststellung einer einheitlichen Anknüpfung wirft die Regelung die Fragen auf, inwieweit bei der Auslegung gleiche Maßstäbe gelten, wo die Rechtsentwicklung parallel verlaufen sollte und wo wiederum unterschiedliche Wertungsgesichtspunkte und Zielvorstellungen zu berücksichtigen sind. Letztlich dient die Gegenüberstellung der beiden ähnlich formu-

7 *Kegel/Schurig*, S. 1126 f.; *Ashton/Vollrath*, ZWeR 2006, 1, 15.

8 RL-Vorschlag *private enforcement*, S. 4. Vgl. auch *Hempel*, S. 239, 279; *Linder*, S. 58; *Basedow*, in: *Private Enforcement*, S. 2; *Schmidt*, AcP 206 (2006), 169, 174 ff.; zu den Studien der Kommission von 1966-2004 zum Thema „Schadensersatzansprüche bei einer Verletzung der Art. 85, 86 EWG“ s. *Endter*, S. 38-45.

9 *Wengler*, *RabelsZ* 19 (1954), 401, 416.

lierten Anknüpfungen auch der Untersuchung, ob und in welcher Form eine Klarstellung bei einer Überarbeitung der Norm zu berücksichtigen wäre.

Es stellt sich nunmehr die Frage, ob die Aufteilung von Lauterkeitsrecht und Kartellrecht auf zwei verschiedene Kollisionsnormen historisch bedingt ist und ob die Anknüpfung auch eleganter in einer Norm hätte geregelt werden können oder ob die Aufteilung auf zwei Normen durch inhaltliche Unterschiede gerechtfertigt ist.

B. Gang der Darstellung

Es soll daher zunächst im Abschnitt 1 in die Historie des materiellen Lauterkeits- und Kartellrechts und des dazu gehörigen Kollisionsrechts eingeführt werden, um vor diesem Hintergrund die Vorschrift des Art. 6 Rom II-VO darauf zu untersuchen, ob die Aufteilung der beiden Teile des Wettbewerbsrechts auf verschiedene Absätze der Norm aus der historischen Unterscheidung oder aus inhaltlichen Gesichtspunkten zu erklären ist.

Abschnitt 2 widmet sich den Einzelheiten der Qualifikation und der Anknüpfung des Wettbewerbsprivatrechts nach Art. 6 Rom II-VO. Hierbei wird zunächst die Abgrenzung der Norm zu dem Ausschlussstatbestand des Anwendungsbereichs der Verordnung in Art. 1 Abs. 2 lit. g im Bereich der Geschäftsehrverletzung untersucht. Des Weiteren wird die Abgrenzung der Qualifikation von Lauterkeits- und Kartellrecht, die Abgrenzung zwischen Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 und die Abgrenzung der Qualifikation des Lauterkeits- und Immaterialgüterrechts behandelt. Daran anschließend wird zunächst die Anknüpfung nach Art. 6 Abs. 3 lit. a und danach jene von Art. 6 Abs. 1 in ihren Einzelheiten und vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtslage in verschiedenen ausgewählten Rechtsordnungen erarbeitet. Anschließend wird das Optionsrecht nach Art. 6 Abs. 3 lit. b erörtert.

Abschnitt 3 befasst sich noch in Kürze mit der Anknüpfung der Verbotsnorm und den Einflüssen der Diskussion der Eingriffsnormanknüpfung auf die Anknüpfung des Wettbewerbsrechts unter Geltung der Rom II-VO.

Abschnitt 1: Materielles und Internationales Wettbewerbsrecht bis Rom II

Wie zu zeigen sein wird, haben sich das Lauterkeitsrecht und das Kartellrecht im Hinblick auf das Verständnis ihrer Funktionen und damit auch im Hinblick auf die kollisionsrechtliche Anknüpfung aufeinander zu entwickelt. Deshalb sollen die Kollisionsnormen für außervertragliche Schuldverhältnisse aus Verstößen gegen das Lauterkeitsrecht (in Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO) einerseits und gegen das Kartellrecht (in Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO) andererseits vor dem Hintergrund der Entwicklung dieser Rechtsgebiete miteinander verglichen werden, um festzustellen, ob die Entwicklung der Auslegung anhand der veränderten Schutzzwecke in der Regelung des Art. 6 Rom II-VO zum Abschluss kommt und eine einheitliche Anknüpfung geschaffen wurde oder ob eine solche im Rahmen der Auslegung zu gewährleisten ist.

Die Funktionen und Schutzzwecke der materiellen Vorschriften sind für die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Kollisionsnormen und mangels spezieller Normen auch für die Qualifikation wesentlich. Zunächst sollen daher die Entwicklung der Schutzzwecke und ihrer Umsetzung im Kollisionsrecht einerseits bezogen auf das Lauterkeitsrecht (A) und andererseits auf das Kartellrecht (B) in historischer Sichtweise dargestellt werden.

A. Entstehung des Lauterkeitsrechts und Verständnis von dessen Funktion

Die Entwicklung des Lauterkeitsrechts ist geprägt von seiner Entstehung im allgemeinen Deliktsrecht und der Entwicklung hin zu einem neben dem betroffenen Konkurrenten auch die Allgemeinheit und den Verbraucher schützenden Rechtsgebiet.

I. Individualschutz durch Deliktsrecht

1. Anfänge des Lauterkeitsrechts

Die Gewerbefreiheit wurde als eine wichtige Errungenschaft der französischen Revolution in Frankreich durch Gesetz vom 2. und 17. März 1791¹⁰ eingeführt. Außer der Notwendigkeit, einen Gewerbeschein zu lösen und die Polizeivorschriften zu

10 Loi des 2-17 mars 1791 portant suspension de tout les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits des patente.

befolgen, unterlag die gewerbliche Betätigung keinerlei hoheitlicher Beschränkung.¹¹

Mit der Einführung der Wettbewerbsfreiheit, die sich in Deutschland zwischen 1810 in einigen Teilen Preußens, 1845 in ganz Preußen und schließlich 1869 im Norddeutschen Bund und auch im Deutschen Reich ausbreitete, wurde die Ordnungsmacht der Zünfte, die jegliche freie Konkurrenz ausschlossen und als Monopole die Regelung der Märkte einschließlich des Werbens und der Verkaufsmöglichkeiten bestimmten, abgeschafft.¹² Damit wurde ein freier Wettbewerb als Institution geschaffen. An die Stelle der regulierenden Zünfte trat nach und nach das Deliktsrecht.

An die Wettbewerbsfreiheit und den Schutz der Konkurrenten wurde zunächst nicht gedacht, so dass zu Beginn des 19. Jahrhunderts noch Klagen von Wettbewerbern aufgrund von als unbillig empfundenen Wettbewerbshandlungen erfolglos blieben.¹³ Der Begriff der *concurrance déloyale* begann sich Mitte des 19. Jahrhunderts zuerst in Frankreich in Rechtsprechung und Schrifttum herauszubilden.¹⁴

In der Rechtsprechung entwickelte sich zunächst ein Schutz von gewerblichen Kennzeichen auf der Grundlage eines erweiterten Verständnisses von Eigentumschutz. Die gewerblichen Schutzrechte wurden als Formen von Eigentumsrechten angesehen, nach dem Vorbild des ebenfalls seit der Revolutionsgesetzgebung anerkannten geistigen Eigentums.¹⁵

Allerdings wurde erkennbar, dass es jedenfalls dort einer Verhaltenswertung bedurfte, wo die Abgrenzung des Inhalts des Eigentums am Kennzeichen unscharf wurde. Es entwickelte sich eine Missbrauchskontrolle durch die Gerichte, die bis heute auf die deliktsrechtliche Generalklausel Art. 1382 CC gestützt wird.¹⁶ Der Schutzbereich war zunächst auf Individualinteressen der speziell betroffenen Mitbewerber beschränkt.¹⁷

In Deutschland, wo der Grundsatz der Gewerbefreiheit 1869 in § 1 Reichsgewerbeordnung normiert wurde,¹⁸ gab es in der Zeit ab 1860 einzelne Urteile, die nach französischem Vorbild Schutz für gewerbliche Kennzeichen und gegen unlauteren Wettbewerb (gemeinsam unter dem Begriff des Wettbewerbsrechts zusammenge-

11 *Krasser*, Die Entwicklung, S. 145.

12 Vgl. *Schwipps*, S. 36 f.

13 *Ulmer*, GRUR 1937, 769, 770; vgl. Nachweise bei *Krasser*, Die Entwicklung, S. 146 Fn 3.

14 *Krasser*, Die Entwicklung, S. 146.

15 *Krasser*, Die Entwicklung, S. 146 f.

16 *Krasser*, Die Entwicklung, S. 151, 157 f.; *Köhler/Bornkamm*, UWG Einl. Rn 4.7.

17 *Krasser*, Die Entwicklung, S. 160.

18 *Köhler/Bornkamm*, UWG Einl. Rn 1.37; *Harte/Henning-Keller*, UWG, Einl. A Rn 1.

fasst)¹⁹ auf deliktsrechtlicher Grundlage boten, jedoch wurde dies nach Einführung des reichseinheitlichen Gesetzes über den Markenschutz von 1874²⁰ durch das Reichsgericht abgelehnt, welches in diesem eine abschließende gesetzgeberische Ordnung des Wettbewerbs sah.²¹ Dieses Urteil stellte den Grundsatz auf, dass im Wettbewerb alles erlaubt sei, was nicht sondergesetzlich verboten ist.²²

Schon am 20.3.1883 schlossen sich zunächst Brasilien, Belgien, Frankreich, Italien, die Niederlande, Portugal, Spanien und die Schweiz, gefolgt von anderen Ländern aus aller Welt²³ zur Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ) zum Schutz des gewerblichen Eigentums²⁴ zusammen. Dieses war anfangs nur auf Ausschließlichkeitsrechte gerichtet; bereits bei der ersten Revision 1900 wurde es jedoch mit Art. 10^{bis} PVÜ um den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb ergänzt.²⁵ Hierin verpflichteten sich die Verbandsstaaten, den Schutz, den ihre nationalen Gesetze ihren Staatsangehörigen gewähren, auf die Angehörigen der anderen Verbandsstaaten zu erstrecken und gewisse Mindestschutzbedingungen einzuhalten.²⁶

Die anfängliche Entwicklung des Lauterkeitsrechts war von drei Elementen geprägt: Einmal die Nähe zum aus dem Eigentumsrecht entwickelten Markenschutz, zweitens die Entwicklung aus Ausnahmenvorschriften und später aus als Ausnahme verstandenen Generalklauseln und drittens die Fokussierung auf den Individualschutz. Der Übergang vom völlig freien Wettbewerb zu einer Regulierung durch Verbote unredlichen Verhaltens folgte der Veränderung des Verhaltens auf dem Markt. Durch Industrialisierung, Wirtschaftskrisen und Kartellbildung verschärfte sich der Wettbewerb und viele Wettbewerber reagierten auf die geänderten wirtschaftlichen Bedingungen, indem sie zum Überleben von ihren alten Geschäftsprinzipien abrückten.²⁷

Erst nach und nach setzte sich auch der Schutz des Allgemeininteresses am Wettbewerb und zuletzt der Verbraucherschutz im Lauterkeitsrecht durch.

19 Nachweise bei *Fikentscher*, Wettbewerb und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 4.

20 RGBl. S. 134.

21 RG, *Urt. v. 30.11.1880*, RGZ 3, 67, 69 – „Apollinarisbrunnen“; *Fikentscher*, Wettbewerb und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 135; *Krasser*, Die Entwicklung, S. 160 f.; *Köhler/Bornkamm*, UWG Einl. Rn 2.1.; zudem habe die Rspr. befürchtet, die gerade gewonnene Gewerbefreiheit zu beschädigen: *Ulmer*, GRUR 1937, 769, 770.

22 RG, *Urt. v. 30.11.1880*, RGZ 3, 67, 69 – „Apollinarisbrunnen“.

23 Heute zählt das Übereinkommen 174 Mitgliedsstaaten.

24 In Deutschland geltend in der Fassung BGBl. 1970 II S. 391, ber. 1985 II S. 975, zuletzt geändert durch ÄndBek. völkerrechtlicher Übereinkünfte auf dem Gebiet des geistigen Eigentums vom 20.8.1984, BGBl. II S. 799.

25 Vgl. *Regelmann*, S. 11; *Harte/Henning-Glückner*, UWG, Einl. E Rn 1.

26 Vgl. hierzu *Wirner*, S. 26 ff.

27 *Joerges*, *RabelsZ* 36 (1972), 421, 437.

2. Deutschland

Bei der Gesetzgebung zum Schutz der Warenbezeichnungen vom 12.5.1894 stand noch der Individualschutz der ehrbaren Gewerbetreibenden vor Konkurrenten mit unredlichen Geschäftsmethoden im Vordergrund, der Schutz der Konsumenten wurde nur als mittelbare Folge angesehen.²⁸ Auch das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27.5.1896 hatte dem Ausnahmecharakter entsprechend noch keine umfassende Generalklausel, sondern knüpfte nur Schadensersatzfolgen an die einzelnen sondergesetzlichen Verbote.²⁹ Das Gesetz verfolgte nach seiner Begründung das Ziel, gegen „gewisse Mittel, welche moralisch verwerflich“ sind, vorzugehen, wenn diese „zu dem Zwecke angewendet werden, um unberechtigte Vorteile gegenüber Konkurrenten zu gewinnen“.³⁰

Bei der Anwendung der Generalklausel des Reichsgesetzes vom 7.6.1909³¹:

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

wurde im späteren zeitlichen Verlauf der primäre Schutz der Mitbewerber ergänzt durch den Schutz der Allgemeinheit und später auch der Marktgegenseite, was jedoch bereits in dem Gesetz als Berücksichtigung des Wettbewerbs als Ordnungsprinzip angelegt war.³²

Nachdem sich das Lauterkeitsrecht also ursprünglich aus dem Schutz der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit entwickelt hatte, kamen als Schutzobjekt zu Beginn des 20. Jahrhunderts zunächst die Interessen der Allgemeinheit hinzu.³³

Das RG stellte unter anderem in einer Entscheidung aus dem Jahr 1928 fest, dass „das ganze Wettbewerbsgesetz ... den Auswüchsen des Wettbewerbs auch im öffentlichen Interesse entgegenzutreten will und daher die Verfolgung der betreffenden Rechtsverletzungen nicht dem Belieben des unmittelbar Verletzten allein überlassen will.“³⁴

28 *Joerges*, *RabelsZ* 36 (1972), 421, 442; *Köhler/Bornkamm*, *UWG Einl.* Rn 2.2.

29 *Fikentscher*, *Wettbewerb und Gewerblicher Rechtsschutz*, S. 135, 152; *Köhler/Bornkamm*, *UWG Einl.* Rn 2.2; s. auch *Wirner*, S. 42 f.

30 *Fezer*, *WRP* 2001, 989, 991, 995 f.

31 *RGBl.* 1909, 499; abgedruckt in *GRUR* 1909, 314 ff.

32 *Fikentscher*, *Wettbewerb und Gewerblicher Rechtsschutz*, S. 8; *Wengler*, *RabelsZ* 19 (1954), 401, 415; *Köhler/Bornkamm*, *UWG Einl.* Rn 1.8, 2.8.

33 *Ulmer*, S. 10; *Schwipps*, S. 40; *Fezer*, *WRP* 2001, 989, 991.

34 *RG*, *Urt. v.* 24.1.1928, *RGZ* 120, 47, 49 – „*Markenschutzverband*“, ähnlich *RG*, *Urt. v.* 27.3.1936, *GRUR* 1936, 810, 812 – „*Diamantine*“.

Hinter der Anerkennung der Interessen der Allgemeinheit als Ziel des Gesetzes stand ein ordnungspolitisches Moment, mit welchem der Wettbewerb als schutzwürdige Institution etabliert wurde.³⁵ Dies ist auch dadurch zu erklären, dass es zu diesem Zeitpunkt einen kartellrechtlichen Schutz des freien Wettbewerbs noch nicht gab und das Lauterkeitsrecht teilweise dessen Funktion übernahm.³⁶

Ulmer entwickelte – aufbauend auf den neben den Individualschutz der Wettbewerber getretenen Schutz der Allgemeininteressen an einer „gesunden und sauberen Ordnung des Wirtschaftslebens“ – als zusätzliche dritte Funktion des Lauterkeitsrechts den Schutz des Interesses „der Abnehmer, des Publikums“ und stellte damit deutlich auf eine Schutzzwecktrias, also den Schutz von Wettbewerbern, Verbrauchern und der Allgemeinheit, ab.³⁷

Dieser Aspekt des Verbraucherschutzes und die Anerkennung der Schutzzwecktrias konnten sich jedoch im deutschen Recht letztlich erst mit der Einführung der Verbandsklagebefugnis (zunächst beschränkt auf irreführende Werbung) mit dem UWG-Änderungsgesetz vom 21.7.1965³⁸ durchsetzen.³⁹ Die Durchsetzung des Lauterkeitsrechts erfolgte in Deutschland hauptsächlich vor den Zivilgerichten, flankiert von ebenfalls privaten Kontrollen durch Verbände und Kammern.⁴⁰

Inzwischen ist die dreifache Schutzrichtung des Lauterkeitsrechts seit einigen Jahrzehnten anerkannt, die neben den Konkurrenten auch die Marktgegenseite und die Allgemeinheit erfasst.⁴¹

3. Europa

Das europäische Lauterkeitsrecht basiert nicht auf einem deliktsrechtlichen Individualschutz, sondern dient der marktordnenden Regulierung des störungsfreien Ablaufs der Marktkommunikation, die der Entscheidung der Nachfrager vorausgeht.⁴² Im Laufe des 20. Jahrhunderts, vor allem ab den 70er Jahren, beschäftigten sich die europäischen Staaten mit dem Verbraucherschutz, und dieser wurde auf europä-

35 *Fezer*, WRP 2001, 989, 991.

36 *Schwipps*, S. 41.

37 *Ulmer*, GRUR 1937, 769, 772.

38 Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, des Warenzeichengesetzes und des Gebrauchsmustergesetzes v. 21.7.1965, BGBl. I 625.

39 *Harte/Henning-Keller*, UWG, Einl. A Rn 6.

40 *Köhler/Bornkamm*, UWG Einl. Rn 2.41 ff.

41 Sog. Schutzzwecktrias, *Harte/Henning-Schünemann*, UWG, § 1 Rn 11; *Joerges*, *RabelsZ* 36 (1972), 421, 464; *Köhler/Bornkamm*, UWG Einl. Rn 1.38, 2.17; *MünchKommBGB/Drexler*, Band 11, *IntLautR*, Rn 4.

42 *Massing*, S. 34, *MünchKommBGB/Drexler*, Band 11, *IntLautR*, Rn 8; *Micklitz/Keßler*, WRP 2003, 919, 927.

ischer Ebene zu einer Funktion des Lauterkeitsrechts erklärt.⁴³ Der Verbraucherschutz wurde also neben den Allgemeininteressen als Schutzzweck verselbständigt. Hierdurch wurde neben den Konkurrenten eine spezielle Gruppe der Abnehmer als Interessengruppe in die Erwägungen einbezogen.⁴⁴ Diesem Leitgedanken folgend wurden insbesondere durch die Richtlinie 84/450/EWG⁴⁵ die Werbemethoden stärker verbraucherschützend reguliert.⁴⁶ Der Verbraucherschutz im Bereich des Lauterkeitsrechts ist europarechtlich nunmehr vor allem in der UGP-RL⁴⁷ geregelt, die für unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern eine Vollharmonisierung des Lauterkeitsrechts anstrebt.⁴⁸

Verbraucherschutz und Lauterkeitsrecht spielen auch im Rahmen der Rechtsprechung des EuGH zur Waren- und Dienstleistungsverkehrsfreiheit eine Rolle. So sind Belange des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit des Handelsverkehrs zur Rechtfertigung von Handelsschranken als zwingende Erfordernisse innerhalb des Tatbestandes des Art. 28 EG (nunmehr Art. 34 AEUV) zu berücksichtigen.⁴⁹ Aus dem AEUV ergibt sich zudem durch die prominente Stellung des Binnenmarktziels und der Gleichbehandlung die Grundlage einer Konzeption eines europäischen Lauterkeitsrechts, gestützt auf konsensfähige Prinzipien, wenn auch die konkreten Lauterkeitsmaßstäbe nationalen kulturellen bzw. sozialen Unterschieden unterliegen.⁵⁰

Das Lauterkeitsrecht hat sich daher gerade unter dem Einfluss des Europarechts stetig weiter von dem sonderdeliktsrechtlichen Rechtsgebiet des Schutzes der Mitbewerber weg hin zu einem auf die Verhinderung von Wettbewerbsverfälschungen

43 Vgl. ausführliche Darstellung bei *Schricker*, GRUR Int 1970, 32, 34 ff.; s. auch *Fezer*, WRP 2001, 989, 991; *Micklitz/Keßler*, WRP 2003, 919, 926.

44 *Fezer*, WRP 2001, 989, 992; *Schricker*, GRUR Int 1970, 32, 38 f.

45 Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10.9.1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, ABl. L 250, S. 17.

46 Und gleichzeitig in Deutschland 1986 durch das 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität v. 15.5.1986, BGBl. I 721, und das Gesetz zur Änderung wirtschafts-, verbraucher-, arbeits- und sozialrechtlicher Vorschriften v. 25.7.1986, BGBl. I 1169 (berichtigt 1987 I 565).

47 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 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), ABl. L 149, S. 22.

48 *Köhler/Bornkamm*, UWG Einl. Rn 3.56.

49 EuGH, *Urt. v. 20.2.1979*, Slg. 1979, 649 „Cassis de Dijon“, Rn 8.

50 *Fezer*, WRP 2001, 989, 993.

und auf den Schutz der Verbraucher gerichteten Marktordnungsrecht entwickelt.⁵¹ Der Schutz der Mitbewerber spielt lediglich eine untergeordnete Rolle.

4. England

Das englische Recht kennt traditionell kein gesondertes Rechtsgebiet des Lauterkeitsdeliktsrechts.⁵² Zur Richtlinienumsetzung wurden erst kürzlich die *Control of Misleading Advertisements Regulations 2000* und die *Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 bzw. 2014 (Amendment)* erlassen.⁵³

5. Schweiz

Das Lauterkeitsrecht wurde in der Schweiz Mitte der 1980er Jahre neu geregelt.⁵⁴ Es basiert wie das deutsche UWG auf der Generalklausel einer Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 2 schwUWG) und enthält ausführliche Beispielskataloge von Verletzungstatbeständen (Art. 3-8 schwUWG). Klageberechtigt sind neben den Wettbewerbern (Art. 9 schwUWG) ausdrücklich auch die Kunden (Art. 10 Abs. 1 schwUWG) und neben bestimmten Organisationen auch der Bund (Art. 10 Abs. 2-5 schwUWG).

II. Entwicklung des Lauterkeitskollisionsrechts

Qualifiziert man unlauteren Wettbewerb als Delikt und legt man dem die Delikt-konzeption zugrunde, die auf dem Eigentumsschutz einerseits und der Verantwortlichkeit des Individuums andererseits basiert, so stehen im Savignyschen Sinne für die Anknüpfung Erfolgsort und Handlungsort zur Verfügung.⁵⁵ Nachdem verschiedene Phasen öffentlichrechtlich oder allgemein gesellschaftspolitisch motivierter Anknüpfung von ebendieser Anknüpfung an den Begehungsort abgelöst worden waren, setzte sich schließlich die der Schutzzwecktrias entsprechende Marktortanknüpfung durch.

51 S. UGP-RL, ErwGr. 23: „... Ziele dieser Richtlinie [sind],... durch Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über unlautere Geschäftspraktiken die durch derartige Vorschriften verursachten Handelshemmnisse zu beseitigen und ein hohes gemeinsames Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten...“ S. auch MünchKommUWG/*Micklitz*, Band 1 Teil III D Rn 9; Harte/Henning-Keller, UWG, Einl. A Rn 18.

52 *Cheshire*, Private International Law, S. 809; *Massing*, S. 111; *Dicey/Morris/Collins*, The Conflict of Laws, 2. Supplement to 14. Ed., S. 305.

53 *Köhler/Bornkamm*, UWG Einl. Rn 4.9.

54 BundesG gegen den unlauteren Wettbewerb v. 19.12.1986, BBl. 1987 I 27.

55 *Joerges*, *RabelsZ* 36 (1972), 421, 447.

1. Deutschland

Die reichsgerichtliche Rechtsprechung ließ in international gelagerten Fällen noch erkennen, dass das Internationale Privatrecht oftmals nur vorgeschoben oder gar unbeachtet gelassen wurde und die Anwendung des deutschen Lauterkeitsrechts anhand typisch öffentlichrechtlicher Argumente geprüft wurde, so etwa der Hinweis auf den räumlichen Geltungsbereich der Norm oder die Ablehnung der Anwendung von Verhaltensnormen des Handlungsorts bzw. die Ablehnung der Anwendung ausländischen Wettbewerbs- und Markenrechts.⁵⁶ Entsprechend wurde die Frage aufgeworfen, ob die Anwendung des eigenen Rechts auf einen Auslands Sachverhalt einen Eingriff in die fremde Gerichtsbarkeit darstelle.⁵⁷

In der Zeit zwischen 1933 und 1961 haben das RG und in der Folge der BGH in Anlehnung an die Lehre von *Nussbaum*⁵⁸ den Grundsatz verfolgt, dass alle im Inland niedergelassenen Gewerbetreibenden untereinander ihren gesamten Wettbewerb auch für das Ausland nach den inländischen Vorschriften gegen den unlauteren Wettbewerb einrichten müssen.⁵⁹ Dem ging ein Wechsel im materiellrechtlichen Verständnis voraus, durch den der ursprünglich nur als mittelbare Folge bezeichnete Schutz der Allgemeinheit durch Positivierung moralischer Standards des Inlands nun zum unmittelbaren Schutzzweck erhoben wurde.⁶⁰ Mit der Förderung der Durchsetzung bestimmter moralischer Standards durch ein „Standesrecht“ der Kaufleute ging einher, dass diese „Moral“ nicht an der Landesgrenze enden, sondern personenbezogen für den inländischen Kaufmannsstand auch bei Geschäften im Ausland gelten sollte. Dem lag jedoch weder eine internationalprivatrechtliche Regel im Sinne Savignys noch eine konsistente Abgrenzung des Geltungsbereichs des deutschen Rechts zugrunde.⁶¹

Hiergegen wurden im Schrifttum vielfach Bedenken erhoben.⁶² *Wengler* ging so weit, nicht nur diese Sonderregel zu kritisieren, sondern festzustellen, dass das Lauterkeitsrecht den kartellrechtlichen Schutz der Marktordnung von anderer Seite her ergänzte, und zog hieraus die Schlussfolgerung, dass das Lauterkeitsrecht wie das

56 *Joerges*, *RabelsZ* 36 (1972), 421, 444; vgl. RG, *Urt. v.* 16.6.1903, RGZ 55, 199; RG, *Urt. v.* 2.10.1886, RGZ 18, 28, 34 ff.; BGH, *Urt. v.* 24.7.1957, NJW 1958, 17 – „Zeiß“.

57 RG, *Urt. v.* 19.5.1933, GRUR 1933, 653, 654 – „Demokrat-Club“.

58 *Nussbaum*, S. 339 ff.

59 RG, *Urt. v.* 17.2.1933, RGZ 140, 25, 28 f. – „Mundharmonika“; RG, *Urt. v.* 19.5.1933, GRUR 1933, 653, 654 – „Demokrat-Club“; RG, *Urt. v.* 10.1.1936, GRUR 1936, 670, 674 – „Primeros“; RG, *Urt. v.* 14.2.1936, RGZ 150, 265, 270 – „Stecknadeln“; BGH, *Urt. v.* 11.1.1955, IPRspr. 1954-55 Nr. 161 – „Bismarck 55“.

60 RG, *Urt. v.* 29.4.1930, RGZ 128, 331, 343 – „Rundfunknachricht“.

61 *Joerges*, *RabelsZ* 36 (1972), 421, 460.

62 S. Nachweise bei BGH, *Urt. v.* 30.6.1961, NJW 1962, 37, 38 – „Kindersaugflaschen“; s. auch die umfassende Darstellung bei *Wirner*, S. 85 ff.

Kartellrecht nach dem Auswirkungsprinzip im Sinne eines Erfolgsortes anzuknüpfen sei.⁶³ Er konnte sich damit jedoch nicht durchsetzen. Die Anknüpfung wurde vielmehr der Deliktsrechtskonzeption folgend an den Begehungsort im Sinne des Handlungsortes vorgenommen.⁶⁴ Hierbei stellte der BGH zunächst auf die Herstellung und die Vertriebsbehandlungen ab und ließ die „bloßen Auswirkungen“ auf dem Exportmarkt unberücksichtigt.⁶⁵

Die Anknüpfung an den Handlungsort wurde weiterentwickelt zu einer Marktortanknüpfung als lauterkeitsspezifischem Begehungsort: „Als solcher [Begehungsort] kann im Hinblick auf die Besonderheiten des Wettbewerbsrechts, wie der BGH in der genannten Entscheidung⁶⁶ ausgeführt hat, in der Regel nur der Ort angesehen werden, an dem wettbewerbliche Interessen der Mitbewerber aufeinandertreffen, weil nur an dem Ort wettbewerblicher Interessenüberschneidung das Anliegen der Verhinderung unlauterer Wettbewerbsbehandlungen berührt wird.“⁶⁷ Gleichzeitig beendete der BGH in der Entscheidung *Kindersaugflaschen* die Anwendung deutschen Rechts unter deutschen Kaufleuten im Ausland sowie die Berücksichtigung von Vorbereitungshandlungen, die im Inland für einen im Ausland stattfindenden Wettbewerb vorgenommen werden.⁶⁸

63 Wengler, *RabelsZ* 19 (1954), 401, 415 f.

64 Vgl. *Wirner*, S. 35, 48 ff., der auf Art. 12 EGBGB a.F. („Aus einer im Ausland begangenen unerlaubten Handlung können gegen einen Deutschen nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden, als nach den deutschen Gesetzen begründet sind.“ gültig bis 31.08.1986) verweist, dem zu entnehmen sei, dass das Gesetz bei unerlaubten Handlungen vom „ohnehin gewohnheitsrechtlich anerkannten“ Begehungsort (1960) ausgehe.

65 BGH, *Urt. v. 13.7.1956*, NJW 1956, 1676, 1677 – „Uhrenrohwerke“: „Das folgt aus dem Grundsatz, daß für Wettbewerbsverstöße ebenso wie für unerlaubte Handlungen das Recht des Begehungsortes gilt. Die mit der Klage beanstandeten Wettbewerbsbehandlungen der Bekl. vollziehen sich zwar, soweit sie den Export betreffen, zu einem Teile im Auslande und kommen dort in erster Linie zur Auswirkung. Zu einem wesentlichen Teile werden sie jedoch auch insoweit im Inlande begangen. Denn unstreitig werden die für den Export vorgesehenen Kaliber ebenso wie die für den Inlandsvertrieb bestimmten im Inlande hergestellt und auch die Korrespondenz mit dem Auslande und der Versand in das Ausland erfolgen vom Inlande aus.“

66 BGH, *Urt. v. 30.6.1961*, NJW 1962, 37, 38 – „Kindersaugflaschen“.

67 BGH, *Urt. v. 4.6.1987*, NJW 1988, 644, 645 – „Ein Champagner unter den Mineralwässern“.

68 BGH, *Urt. v. 30.6.1961*, NJW 1962, 37, 39 – „Kindersaugflaschen“: Werden im „Inland die Mittel bereitstellt, die [der Beklagte] im Ausland für diesen Wettbewerb einsetzen will, [so kann darin] kein Teilstück einer unlauteren Wettbewerbsbehandlung erblickt werden“.

Dieser Entscheidung folgend wurde die Anknüpfung an den Markttort anerkannt, einzig die systematische Verortung innerhalb der Art. 40, 41 EGBGB war umstritten.⁶⁹

2. Frankreich

In Frankreich wurde auf Grundlage des aus der deliktsrechtlichen Generalklausel entwickelten Lauterkeitsrechts an den Begehungsort⁷⁰ angeknüpft, wobei der Begehungsort tendenziell weit ausgelegt wurde, um zur Anwendung französischen Rechts zu gelangen.⁷¹ Aufgrund des historischen Fokus des französischen Lauterkeitsrechts auf den Individualschutz, der bis heute auch im Kollisionsrecht fortbesteht, herrscht in Frankreich eine ablehnende Haltung gegenüber einer dem Kartellrecht angenäherten Markttortanknüpfung.⁷²

3. Schweiz

Das schweizerische Bundesgericht ging in einem Urteil vom 6.11.1896⁷³ von einer deliktsrechtlichen Anknüpfung an den gemeinsamen Heimatort aus, da das persönlichkeitsrechtliche Rechtsgut des Gewerbetreibenden im Inland gesehen wurde.⁷⁴ Dies wurde in den 1940er bis 1960er Jahren abgelöst durch eine Anknüpfung nur an den Begehungsort, allerdings noch im Sinne des Ubiquitätsprinzips mit einem Wahlrecht des Geschädigten zwischen Handlungs- und Erfolgsort.⁷⁵ Nach Art. 136 Abs. 1 schwIPRG unterstehen Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb nun allein dem Recht des Staates, auf dessen Markt die unlautere Handlung ihre Wirkung entfaltet.⁷⁶

4. Österreich

§ 48 Abs. 2 öIPRG ordnet ebenfalls die Anknüpfung an die Auswirkungen auf dem Markt an. Vor Einführung dieser fortschrittlichen Kollisionsnorm folgte die Recht-

69 Köhler/Bornkamm, UWG Einl. Rn 5.6.

70 Der grundsätzlich Handlungs- oder Erfolgsort sein kann s. Cour d'Appel de Versailles (12^e ch.), *Urt. v. 5.2.2009*, rev. crit. DIP 98 (2) 2009, 298, *Soc. Bureau Veritas v. Soc. Mansal Offshore*.

71 *Wirner*, S. 73 f. mwN.

72 *d'Avout*, *Recueil Dalloz* 2009, 1629, 1635.

73 BGE 22, 1164, 1170 – Roskopf.

74 *Wirner*, S. 68.

75 *Baudenbacher*, GRUR Int 1988, 310, 315; *Wirner*, S. 69 mwN.

76 Schweizerischer Bundesrat, Botschaft zum IPRG, BBl. 1983 I 263, 429 Rn 284.33; ZüKo/Vischer, Art. 136 Rn 12; *Vasella/Westenberg*, in: *Handbuch*, S. 1731, Teil M Rn 448; *Baudenbacher*, GRUR Int 1988, 310, 318.

sprechung ähnlichen Grundsätzen wie in Deutschland, wobei erst 1971 die Anwendung österreichischen Lauterkeitsrechts auf die Wettbewerbstätigkeit österreichischer Unternehmen im Ausland aufgegeben wurde.⁷⁷

B. Normzwecke und Qualifikation des Kartellrechts

Die Entwicklung des Kartellrechts ist geprägt von seiner verwaltungsrechtlichen Herkunft und der immer noch vorherrschenden behördlichen Durchsetzung, die jedoch in neuerer Zeit ergänzt wird durch den Schutz der Interessen der Mitbewerber, denen auch eigene Durchsetzungsmöglichkeiten im Privatrecht an die Hand gegeben werden.

I. Schutz von Allgemeininteressen durch Überwachung, Zwangskartelle und sanktionierte Verbote

Die Industrialisierung brachte mit der Zunahme von Großbetrieben und der Verschärfung des Wettbewerbs, ohne hinreichende Handhabe gegen unlauteres Wettbewerbshandeln (vgl.o.A.I.1), als Begleiterscheinung mit sich, dass sich Kartelle bildeten.⁷⁸

Das Verbot privater Kartelle war zwar schon im 18. Jahrhundert erstmals in England und Frankreich eingeführt worden, zunächst jedoch wenig weitreichend und noch ausschließlich zum Schutz der persönlichen Freiheit der Marktteilnehmer gedacht.⁷⁹ Das französische Kartellverbot sollte im Wesentlichen verhindern, dass durch Absprachen faktisch die aufgehobenen Zünfte wieder hergestellt würden. Ein Schutz des Wettbewerbs im Allgemeininteresse wurde durch die Kartellgesetzgebung in Europa jedoch in der Praxis erst nach dem ersten Weltkrieg verfolgt.⁸⁰

Die Kartellierung hatte sich Anfang des 20. Jahrhunderts, vor allem in der Zeit von Beginn der Inflation bis zum Ausbruch der Weltwirtschaftskrise, derart verbreitet,⁸¹ dass das RG noch 1931 entschied, dass der Zwang eines Kartells gegenüber einem Außenseiter, die höheren Preisfestsetzungen mitzumachen, keine ungewöhnliche

77 S. im Einzelnen *Wiltschek*, GRUR Int 1988, 299 f.

78 *Sommer*, S. 12; *Joerges*, RabelsZ 36 (1972), 421, 436.

79 *Isay*, S. 19 ff.

80 *Isay*, S. 32 ff.

81 *Maier-Ring*, S. 2, 36.

Einschränkung der unternehmerischen Tätigkeit sei und aus diesem Gesichtspunkt keine sittenwidrige Handlung darstelle.⁸²

1. USA

In den USA entstand schon früh ein Kartellrecht, das zivilrechtliche und öffentliche Durchsetzungsmittel hatte und nicht bloß als Kontrollmittel ausgestaltet war. Das Kartellrecht der USA gründet vor allem auf dem *Sherman Act* von 1890⁸³, dem *Clayton Act* von 1914⁸⁴ und dem *Federal Trade Commission Act* von 1914,⁸⁵ der die behördliche Durchsetzung reguliert. Bereits der *Sherman Act* enthielt einen Schadensersatzanspruch für jegliche Person, die durch einen Verstoß gegen die Kartellrechtsvorschriften einen Schaden erlitten hatte, und der nunmehr in U.S.C. Title 15 Chapter 1 § 15 (a) geregelt ist. Durch den *Clayton Act* wurden der Anwendungsbereich des Kartellrechts und die zivilrechtliche Durchsetzung erweitert.⁸⁶ Neben dem Schutz des Wettbewerbs stand hier schon zu Beginn der Gesetzgebung der Schutz der Marktgegenseite im Vordergrund, die durch den freien Wettbewerb vom besten Preis profitieren sollte.⁸⁷ Auf dieser zivilrechtlichen Tradition gründend werden nach mehrfachen Gesetzesnovellierungen nun etwa 90 % der Kartellrechtsverfahren auf die Initiative privater Kläger zurückgeführt.⁸⁸

2. Deutschland

Die ersten kartellpolitischen Aktivitäten Deutschlands richteten sich nicht gegen Kartelle, sondern förderten diese im Zusammenhang mit der Kriegswirtschaft ab 1915 sogar.⁸⁹ Vor dem Erlass von Kartellgesetzen war die Kontrolle von Wettbewerbsbeschränkungen allenfalls über das allgemeine Zivilrecht möglich, insbesondere über § 138 BGB.⁹⁰ Dahinter stand (spiegelbildlich zur Gewerbefreiheit) ein

82 RG, *Urt. v. 18.12.1931*, RGZ 134, 342, 348 – „Benrather Tankstelle“: „Preisbindungen sind Zustände, die in der jetzigen Zeit der Verbände, Tarifverträge und dergl. im deutschen Wirtschaftsleben im weitesten Umfang herrschen. Diese Verhältnisse haben naturgemäß auf dem hier in Betracht kommenden Gebiet eine Wandlung in den Anschauungen der Geschäftswelt mit sich gebracht.“

83 Kodifiziert in U.S. Code Title 15 Chapter 1 §§ 1-7.

84 Kodifiziert in U.S. Code Title 15 Chapter 1 §§ 12-27.

85 Kodifiziert in U.S. Code Title 15 Chapter 2 Subchapter 1 §§ 41-58.

86 Vgl. Sec. 4 (a), worin die Zuständigkeit geregelt ist und treble damages zzgl. Verfahrenskosten gewährt werden, sowie Sec. 26, der *injunctive relief* gewährt. Vgl. *Baier*, S. 42.

87 *Isay*, S. 28; *Hovenkamp*, S. 48; *Sommer*, S. 14.

88 *Massing*, S. 129.

89 *Maier-Ring*, S. 40.

90 *Bechtold*, S. 1.

grundsätzlicher Vorrang der Vertragsfreiheit gegenüber der Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen.⁹¹ Erst im Jahr 1923 wurden mit einer Kartellverordnung⁹² erste Regelungen zur Registrierungspflicht von Kartellen geschaffen, die jedoch nur eine sachlich eng begrenzte Kontrolle zur Folge hatten.⁹³

Am 1.1.1958 trat gleichzeitig mit dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen⁹⁴ in Kraft. Das Kartellrecht erfasst nun nicht nur Wettbewerbsbeschränkungen in Form von Verträgen mit gemeinsamem Zweck, sondern alle anderen Formen, bei denen die mit einem unkoordinierten Marktverhalten verbundenen Risiken aufgehoben sind.⁹⁵

Nach dem ursprünglichen Verständnis, wonach das Kartellverbot den gesamtwirtschaftlichen Nutzen des Wettbewerbs schützt, war der Verbraucherschutz nur Reflexwirkung des Kartellrechts und kein unmittelbarer Zweck und wurde nur als Teil der generellen Interessen der Allgemeinheit angesehen.⁹⁶ Zu dem Allgemeininteresse kam zunächst das auch das Lauterkeitsrecht bestimmende Interesse der Wettbewerber hinzu,⁹⁷ indem der BGH im Jahr 1975 in einer Grundsatzentscheidung das Kartellverbot zum Schutzgesetz erklärte, aus dem ein Unterlassungsanspruch der Wettbewerber folge.⁹⁸ In der Schadensersatznorm des § 35 GWB a.F. spiegelte sich die gesamtwirtschaftliche Zweckrichtung insofern wider, als diese eine zusätzliche Schutznormqualifikation voraussetzte.⁹⁹ Ein Schadensersatzanspruch bestand danach nur, wenn sich die Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall gezielt gegen bestimmte Wettbewerber richtete.¹⁰⁰ Dieses Erfordernis wurde zum 1.7.2005 gestrichen und durch den Begriff des Betroffenen ersetzt, der in § 33 Abs. 1 S. 3 GWB seitdem danach bestimmt wird, „wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteilig-

91 *Bechtold*, S. 1; *Köhler/Bornkamm*, UWG Einl. Rn 1.38.

92 Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2.11.1923, RGBL. I 1067 1090.

93 *Fikentscher*, Statement, S. 1; *Bechtold*, S. 1.

94 GWB v. 27.7.1957, BGBl. I 1081.

95 *Fikentscher*, Wettbewerb und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 19; *Immenga/Mestmäcker/Zimmer*, GWB, § 1 Rn 91.

96 *Bechtold*, S. 11; *Brunn*, FS Isay, S. 172. Allerdings gab es schon in den 1980er Jahren Stimmen, die die Kartellrechtsordnung unter dem Gesichtspunkt verbraucherpolitischer Zwecke bewerteten, vgl. *Kartte*, in: Neuorientierung des Wettbewerbsschutzes, S. 57.

97 *Logemann*, S. 66.

98 BGH, *Urt. v. 4.4.1975*, BGHZ 64, 232 – „Krankenhaus-Zusatzversicherung“, LS 1, Rn 46.

99 *Bechtold*, S. 249 f.

100 *Bechtold*, S. 250.

ter durch den Verstoß beeinträchtigt ist.“¹⁰¹ Damit sind auch im Kartellrecht die Individualinteressen als gleichwertige Schutzzwecke anerkannt worden.

Nachdem die private Durchsetzung in der Vergangenheit nie eine merkbare Rolle gespielt hat, nimmt die Zahl privater kartellrechtlicher Rechtsstreitigkeiten inzwischen zu.¹⁰² Mit der 8. GWB-Reform wurde ein Klagerecht nun auch für Verbraucherverbände eingeführt.¹⁰³

3. Skandinavien

In Skandinavien wurde in den 1920er und 1930er Jahren zunächst nur eine Überwachung und Registrierung von Kartellen und Monopolen geregelt.¹⁰⁴ Daneben gab es vereinzelte Verbote von Kartellabsprachen.¹⁰⁵ Von vornherein stand der Verbraucherschutz im Mittelpunkt der gesetzgeberischen Bemühungen um eine Kontrolle der Kartelle, was auf den wesentlichen Einfluss der Genossenschaften auf das Zustandekommen der Gesetze zurückzuführen war.¹⁰⁶ Die Interessen der Allgemeinheit wurden in den Gesetzesbegründungen mit den Interessen der Verbraucher gleichge-

101 Durch 7. Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 7.7.2005, BGBl. I 2005, S. 1954, 12.7.2005; § 33 GWB.

102 Insb. LG Düsseldorf, *Zwischenurteil v.* 21.2.2007, BB 2007, 847 – „Zementkartell“; KG, *Urt. v.* 1.10.2009, BeckRS 2009, 88509; BGH, *Urt. v.* 28.6.2011, GRUR 2012, 291 – „ORWI“. Vgl. hierzu *Bechtold/Bosch*, NJW 2011, 3484, 3490; *Maier*, S. 23. In dem Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 26.9.2005 stellte das Bundeskartellamt fest, dass im Bereich der privaten Kartellrechtsdurchsetzung bislang nur eine untergeordnete Anzahl von Klagen auf die Zahlung von Schadensersatz gerichtet ist, während es in den meisten Fällen um direkte Marktwirkungen (Unterlassung diskriminierendes Verhaltens, Weiterbelieferung etc.) gehe, ebenda S. I.

103 § 33 Abs. 2 GWB n.F., Art. 1 Nr 18 lit. b) Aechtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26.6.2013.

104 *Sommer*, S. 15-21: Dänemark: Anmeldepflicht für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen nach dem dänischen „Gesetzes über Preisverträge u.a.“ vom 18.5.1937, Lov Nr. 158 om prisaftaler m.v., Lovtidende for Kongeriget Danmark (DLt.) A 1937, S. 850; Schweden: „Gesetz zur Untersuchung monopolistischer Unternehmen und Zusammenschlüsse“ vom 18.6.1925, Lag om undersökning angående monopolistiska företaget och sammanslutningar, Svensk Författningssamling (SFS) 1925, 223. Finnland erließ erst mit dem „Gesetz zur Überwachung von Wettbewerbsbeschränkungen in der Wirtschaft“ vom 18.1.1957 (Lag om övervakning av konkurrensbegränsning inom näringslivet, Finlands Författningssamling, Helsinki (FFS) 1957: 47) sein erstes Kartellgesetz, welches durch Registrierung zunächst nur den Kenntnisstand über den Umfang der wettbewerbsbeschränkenden Zusammenarbeiten verbessern sollte, *Sommer*, S. 23.

105 „Gesetz zum Schutz der Erwerbs- und Arbeitsfreiheit“ vom 27.3.1929, Lov om vaern for erhvervs- og arbejdsfriheden, Lovtidende for Kongeriget Danmark (DLt.) A 1929, Nr. 9, S. 152.

106 *Sommer*, S. 16.