

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG

Ohly / Sosnitza

8., neu bearbeitete Auflage 2023
ISBN 978-3-406-78970-0
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Zweitens ist ein Rückgriff auf die Grundrechte immer dann erforderlich, wenn die unlauterkeitsbegründende gesetzliche oder richterrechtliche Norm **erheblichen Wertungsspielraum** lässt (Beispiel: die Interessenabwägung unter § 4 Nr. 1, → § 4 Rn. 1/16) oder wenn es an einer speziellen Regelung fehlt (Beispiel: die Bestimmung der lauterkeitsrechtlichen Verkehrspflichten von Intermediären, BGH GRUR 2020, 543 Rn. 35 ff. – *Kundenbewertungen auf Amazon*).

3. Grundrechte mit Bedeutung für die Anwendung des UWG. a) Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 11 EUGRCh, Art. 5 I GG). aa) Schutzbereich. (1) Meinungsäußerungen. Art. 11 I EUGRCh und 5 I 1 GG schützen das Recht eines jeden, seine Meinung frei zu äußern und sich aus allgemein zugänglichen Quellen frei zu informieren. Von weichenstellender Bedeutung für die Anwendung des Art. 5 I 1 GG ist die Abgrenzung zwischen Meinungsäußerung und Tatsachenbehauptung (BVerfG WRP 2003, 69 [70] – *JUVE-Handbuch*). Meinungsäußerungen sind durch Elemente des Wertens und Dafürhaltens geprägt; sie können nicht wahr oder falsch, sondern nur mehr oder weniger überzeugend sein (zur Abgrenzung iE → Rn. 10; → § 4 Nr. 2 Rn. 12f.). Sie fallen ohne weiteres in den Schutzbereich des Art. 5 I GG, unabhängig davon, ob die Äußerung rational oder emotional, begründet oder grundlos ist und ob sie von anderen für nützlich oder schädlich, wertvoll oder wertlos gehalten wird (BVerfGE 30, 336 [347] = NJW 1971, 1555; BVerfGE 102, 347 = GRUR 2001, 170 [174] – *Benetton-Schockwerbung I*). Der Schutz der Meinungsfreiheit erstreckt sich auf **kommerzielle Meinungsäußerungen sowie reine Wirtschaftswerbung, die einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt hat** (BVerfG GRUR 2001, 170 [172] – *Benetton-Schockwerbung I*; BVerfG GRUR 2008, 81 – *Pharmakartell*; BGH GRUR 2016, 710 Rn. 44 – *Im Immobilien-sumpf*; BGH GRUR 2018, 622 Rn. 28 – *Verkürzter Versorgungsweg II*; zu Art. 11 EUGRCh BGH GRUR 2011, 631 Rn. 20 – *Unser wichtigstes Zigarettenpapier*). Auch die **schlichte Produktwerbung ohne gesellschaftspolitische Bezüge** fällt in den Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG, doch ist der Schutzbereich umso geringer, je weniger die Äußerung zur Einwirkung auf die öffentliche Meinungsbildung im politischen und gesellschaftlichen Bereich dient und je stärker die Äußerung der Förderung eigener wirtschaftlicher Interessen dient (BGH GRUR 2012, 74 Rn. 27 – *Coaching-Newsletter*; BGH GRUR 2015, 906 Rn. 34, 37 – *TIP der Woche*). Eine Handwerksinnung kann sich als Körperschaft des öffentlichen Rechts auf das Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG berufen, soweit sie nicht in ihrer Funktion als Teil der öffentlichen Verwaltung, sondern als Vertreterin der berufsständischen und wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder betroffen ist (BGH GRUR 2018, 622 – *Verkürzter Versorgungsweg II*).

(2) Tatsachenbehauptungen. Tatsachenbehauptungen sind dem Beweis zugänglich und können in die Kategorien „wahr“ und „unwahr“ eingeordnet werden. Die bewusste Behauptung unwahrer Tatsachen fällt nicht in den Schutzbereich des Art. 5 I GG (BVerfG WRP 2003, 69 [70] – *JUVE-Handbuch*; BVerfGE 54, 148 = NJW 1980, 2072 [2073]). Im Übrigen fällt die Behauptung von Tatsachen aber in den Schutzbereich von Art. 5 I GG, weil und soweit diese Voraussetzung für die Bildung von Meinungen sind (BVerfGE 54, 208 [219]; 90, 1 [15]; BGH GRUR 2021, 1207 Rn. 24 – *Vorsicht Falle*).

(3) Presse- und Rundfunkfreiheit. Der Schutzbereich der Pressefreiheit (Art. 5 I 2) umfasst den gesamten Inhalt eines Presseorgans, darunter auch Werbeanzeigen (BVerfGE 21, 271 [278f.] = NJW 1967, 976; BVerfGE 102, 347 = GRUR 2001, 170 [172] – *Benetton-Schockwerbung I*). Das Grundrecht erfasst nicht nur Presseerzeugnisse im herkömmlichen Sinn (BGH GRUR 2018, 1251 – *World of Warcraft II*). Soweit Meinungsäußerungen Dritter, die den Schutz des Art. 5 I 1 GG genießen, in einem Presseorgan veröffentlicht werden, schließt die Pressefreiheit diesen Schutz

mit ein; Einem Presseorgan darf die Veröffentlichung einer fremden Meinungsäußerung nicht verboten werden, wenn dem Meinungsträger selbst die Äußerung und Verbreitung zu gestatten ist (BVerfGE 102, 347 = GRUR 2001, 170 [172] – *Benetton-Schockwerbung I*). Die Garantie der Presse- und Rundfunkfreiheit wirkt sich insbes. auf die Auslegung des § 2 I Nr. 2 aus: Bei Äußerungen im Rahmen redaktioneller Beiträge kann das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung des Autors oder Medienunternehmens nicht vermutet werden (→ § 2 Rn. 39). Im Lichte der Pressefreiheit sind die Prüfungspflichten der Presse auf unlautere Handlungen im Anzeigengeschäft eingeschränkt (→ § 8 Rn. 131). Das gilt allerdings nicht für reine Werbeblätter: Sie fallen zwar in den Schutzbereich der Pressefreiheit, doch ist dieser eng zu bemessen, wenn das Presseerzeugnis nicht der Befriedigung von Informationsbedürfnissen im öffentlichen Interesse dient oder einen Beitrag zur Diskussion politischer oder gesellschaftlicher Belange leistet (BGH GRUR 2015, 909 Rn. 37 – *TIP der Woche*).

12 **bb) Eingriff.** Die Anordnung einer Unterlassung oder Beseitigung knüpft ebenso wie die Verurteilung zum Schadensersatz oder Wertersatz an die betreffende Meinungsäußerung eine Sanktion und verfolgt das Ziel, die Äußerung der betreffenden Meinung zu unterbinden. Damit wird in das Grundrecht eingegriffen.

13 **cc) Rechtfertigung.** Die Meinungsfreiheit findet ihre Schranke im Schutz der allgemeinen Gesetze (Art. 5 II GG), zu denen auch die Vorschriften des UWG gehören (BVerfGE 62, 230 [245] = NJW 1983, 1181; BVerfGE 85, 248 [263] = NJW 1992, 2341; BVerfGE 102, 347 = GRUR 2001, 170 [172] – *Benetton-Schockwerbung I*). Allerdings sind diese Bestimmungen im Lichte des Art. 5 I 1 GG auszulegen, zwischen dem Grundrecht und der Grundrechtsschranke besteht also eine Wechselwirkung (BVerfGE 62, 230 [245] = NJW 1983, 1181; BVerfGE 85, 248 [263] = NJW 1992, 2341; BVerfGE 102, 347 = GRUR 2001, 170 [172] – *Benetton-Schockwerbung I*; BVerfGE 7, 198 [205] = GRUR 1958, 254 [255] – *Lüth*). Beschränkungen der Meinungsfreiheit bedürfen der Rechtfertigung durch hinreichend gewichtige Gemeinwohlbelange oder schutzwürdige Rechte und Interessen Dritter und müssen zum Schutz dieser Interessen geeignet, erforderlich und angemessen sein. Das gilt für kritische Meinungsäußerungen zu gesellschaftlichen oder politischen Fragen in besonderem Maße (BVerfGE 102, 347 = GRUR 2001, 170 [172] – *Benetton-Schockwerbung I*; BVerfG GRUR 2008, 81 [83] – *Pharmakartell*). In den *Benetton-Urteilen* und einigen weiteren Kammerentscheidungen (→ Rn. 6f.) hat das BVerfG verschiedene Werbeverbote, die auf der Grundlage des § 1 UWG aF ergangen waren, als nicht gerechtfertigt gerügt.

14 **b) Freiheit der Kunst und Wissenschaft (Art. 13 EUGRCh, Art. 5 III GG).** Wissenschaftliche und künstlerische Äußerungen genießen den Schutz der Art. 13 EUGRCh, 5 III GG. Geschützt sind nicht nur künstlerische Äußerungen einer bestimmten Gestaltungshöhe, sondern auch humorvolle und satirische Äußerungen wie etwa eine Markenparodie (BGH GRUR 2005, 583 [584f.] – *Lila-Postkarte*; BGH GRUR 2015, 1114 Rn. 43 – *Springender Pudel*). Unerheblich ist, ob die künstlerische Äußerung „rein“ oder im werblichen Kontext erfolgt (*v. Becker* GRUR 2001, 1101 [1102ff.]; Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler § 3 Rn. 1.23; aA für den wettbewerbswidrigen Einsatz einer Fotografie zu Werbezwecken BGH GRUR 1995, 598 [599f.] – *Ölverschmutzte Ente*). Auf die Kunstfreiheit können sich nicht nur Künstler selbst, sondern auch Werkvermittler wie etwa Verleger berufen (BVerfGE 30, 173 [193] = NJW 1971, 1645 [1646] – *Mephisto*; BGH GRUR 1995, 750 [751] – *Feuer, Eis und Dynamit II*; BGH GRUR 2005, 583 [584] – *Lila-Postkarte*). Art. 5 III GG steht zwar nicht unter dem Vorbehalt der allgemeinen Gesetze, doch ist auch die Kunstfreiheit nicht schrankenlos gewährleistet, sondern findet ihre Begrenzung in anderen kollidierenden Grundrechten, zu denen insbes. das Eigentumsrecht (BGH GRUR 2005, 583 [584f.] – *Lila-Postkarte*: durch Art. 14 GG geschütztes Markenrecht) und

das allgemeinen Persönlichkeitsrecht (BVerfGE 30, 173 [193] = NJW 1971, 1645 [1646] – *Mephisto*; BVerfGE 119, 1 Rn. 70ff. = GRUR 2007, 1085 – *Esra*) zählen.

c) Unternehmerische Freiheit (Art. 16 EUGRCh) und Berufsfreiheit (Art. 12 GG). Art. 16 EUGRCh schützt die unternehmerische Freiheit. Art. 12 I GG garantiert die freie Berufswahl und die freie Berufsausübung. Da jede geschäftliche Handlung (§ 2 I Nr. 2) zwangsläufig Berufsausübung ist, fällt sie zugleich in den Schutzbereich des Art. 16 EUGRCh und des Art. 12 GG. Insbesondere schützt Art. 12 GG die wirtschaftliche Verwertung der beruflich erbrachten Leistung (BGH GRUR 2004, 877 [880] – *Werbeblocker*) und die Außendarstellung der beruflichen Tätigkeit (BVerfGE 85, 248 [256]; BVerfG GRUR 2007, 720 [721] – *Geistheiler*). Jede Sanktion, die gem. §§ 8ff. an eine unlautere geschäftliche Handlung geknüpft wird, stellt zugleich einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit dar (BVerfGE 13, 237 [239f.]; BVerfG GRUR 2007, 720 [721], zum HWG; BGH GRUR 1999, 1014 [1015] – *Verkaufschütten vor Apotheken*; *Hufen* NJW 1986, 1291ff.). Allerdings hat der Gesetzgeber bei Berufsausübungsregeln einen weiten Spielraum. Die Regelung muss lediglich aufgrund vernünftiger Gründe des Allgemeinwohls zweckmäßig erscheinen und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen (BVerfGE 7, 377 [405]; 94, 372 = GRUR 1996, 899 [902] – *Werbeverbot für Apotheker*). Die Bestimmungen des UWG dienen dem Schutz der Mitbewerber, Verbraucher, sonstigen Marktteilnehmer und der Allgemeinheit (§ 1) und verfolgen damit einen verfassungsrechtlich legitimen Zweck. Ein Verstoß der UWG-Normen selbst gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist nicht ersichtlich. Als verfassungsrechtlich bedenklich haben sich allerdings in der Vergangenheit immer wieder Vorschriften des Berufsrechts erwiesen, die über § 3a lauterkeitsrechtliche Bedeutung erlangen (→ § 3a Rn. 31ff.). Bei der Anwendung des UWG und der über § 3a ins UWG rezipierten außerwettbewerbsrechtlichen Normen haben die Gerichte die Wertung des Art. 12 GG zu beachten. Insbesondere darf eine Wettbewerbsbehandlung nur nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips, also dann verboten werden, wenn das Verbot zum Schutz der in § 1 genannten Personkreise geeignet, erforderlich und angemessen ist.

d) Eigentumsgarantie (Art. 17 EUGRCh, Art. 14 GG). Der Eigentumsbegriff des Art. 14 I GG umfasst nicht nur das Sacheigentum (§ 903 BGB), sondern darüber hinaus alle vermögenswerten privatrechtlichen Rechtspositionen, insbes. die Rechte des geistigen Eigentums (BVerfGE 79, 29 [40]; 36, 281 [290]; 51, 193 [217]; Dreier/*Wieland* GG Art. 14 Rn. 71), während der Schutz des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb durch Art. 14 GG (dafür BGH NJW 1957, 630 [631]; BGHZ 92, 34 [37]) mangels gesetzgeberischer Inhaltsbestimmung und mangels klarer Abgrenzbarkeit vom reinen Vermögensschutz zweifelhaft erscheint (BVerfGE 51, 193 [221f.]; Dreier/*Wieland* GG Art. 14 Rn. 52). Art. 17 II EUGRCh schützt das geistige Eigentum ausdrücklich. Da das Lauterkeitsrecht im Gegensatz zum Recht des geistigen Eigentums grds. keine subjektiven absoluten Rechte gewährt (zur Abgrenzung → Rn. 78), hat die Eigentumsgarantie in der lauterkeitsrechtlichen Rspr. bisher nur in Randgebieten eine Rolle gespielt.

e) Glaubensfreiheit (Art. 10 EUGRCh, Art. 4 GG). Die Glaubensfreiheit (Art. 4 I GG) bzw. die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 10 EUGRCh) können sich auf die Auslegung der UWG-Tatbestände auswirken. Handlungen, die zu religiösen Zwecken vorgenommen werden, stellen grds. keine geschäftlichen Handlungen dar (→ § 2 Rn. 42; anders aber für den Verkauf von Büchern und das Angebot von Kursen durch die Scientology-Sekte OLG Düsseldorf WRP 1986, 212 [215]). Umgekehrt ist die Nutzung religiöser Motive in der Werbung noch nicht deshalb unlauter, weil sie bei anderen Marktteilnehmern zu Irritationen führen könnte (OLG Frankfurt a. M. WRP 1994, 407 [408]; MüKoUWG/*Sosnitz* § 3 Rn. 51).

- 16b f) Gleichheitsgrundsatz (Art. 10 EUGRCh, Art. 3 GG).** Der Gleichheitsgrundsatz bindet zunächst nur die staatliche Gewalt (Art. 1 III GG), während im Privatverkehrsverkehr die Möglichkeit zur Ungleichbehandlung gerade wesentlicher Teil der Vertragsfreiheit ist. Auch das UWG verbietet daher nicht die Diskriminierung zwischen verschiedenen Marktteilnehmern (→ § 4 Nr. 4 Rn. 17; MüKoUWG/Sosnitzka § 3 Rn. 49f.), sofern nicht die kartellrechtlichen Diskriminierungsverbote (§§ 19, 20 GWB) eingreifen oder ausnahmsweise ein Kontrahierungszwang gem. § 826 BGB besteht. Auch lässt sich aus Art. 3 GG kein Verbot diskriminierender Werbung herleiten (MüKoUWG/Sosnitzka § 3 Rn. 70; aA Fezer JZ 1998, 265ff.); zum Verbot der menschenverachtenden Werbung → Rn. 19. Allerdings verbietet das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, das zur Umsetzung mehrerer EG-Richtlinien erlassen ist, bestimmte Diskriminierungen im Zivilrecht und kann als Marktverhaltensregelung (§ 3 a) auch lauterkeitsrechtliche Bedeutung erlangen (→ § 3 a Rn. 80).
- 17 g) Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG).** Art. 2 I GG erfüllt eine Aufzweifungsfunktion und schützt den Bürger insoweit gegen sämtliche staatlichen Eingriffe, die nicht von einer speziellen Grundrechtsverbürgung erfasst werden. Da allerdings jedes Wettbewerbshandeln in den Schutzbereich des Art. 12 GG fällt, kommt Art. 2 I GG als Freiheitsrecht (zu den Grundrechtsfunktionen → Rn. 2) bei der Anwendung des UWG nicht zum Tragen. Bedeutender ist hingegen die aus Art. 2 I GG folgende Schutzfunktion. Insbesondere fällt die Vertragsfreiheit in den Schutzbereich des Art. 2 I GG, sofern nicht spezielle Grundrechte (etwa Art. 14 GG bei Verfügungsgeschäften) Vorrang genießen. Der Schutz der Vertragsfreiheit kann daher einen Eingriff in die Berufs- und Meinungsfreiheit rechtfertigen.
- 18 h) Recht auf Privatsphäre (Art. 7 EUGRCh), Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 EUGRCh), allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I IVm 1 I GG).** Das Gebot zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts verpflichtet den Staat insbes. dazu, die Privatsphäre der Marktteilnehmer zu schützen. Diesem Anliegen dient in weitestem Maße das Verbot der belästigenden Werbung (§ 7; vgl. zu § 1 UWG aF BGH GRUR 1970, 523 [524] – *Telefonwerbung I*; BGH GRUR 1995, 220 [221] – *Telefonwerbung V*). Das Interesse, von aufgedrängter Werbung verschont zu bleiben, findet seine Grundlage ebenfalls im allgemeinen Persönlichkeitsrecht (auf Art. 2 I GG abstellend BGH GRUR 2010, 1113 Rn. 15 – *Grabmalwerbung*; BGH GRUR 2018, 1251 Rn. 38 – *Werbeblocker II*). Im Übrigen wird der Schutz personenbezogener Daten vorwiegend durch die DSGVO, der Persönlichkeitsschutz im Übrigen durch das Namensrecht (§ 12 BGB), das Recht am eigenen Bild (§ 22 KUG) und das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet. Für eine ergänzende Anwendung des UWG besteht regelmäßig kein Anlass (BGH GRUR 2000, 709 [715] – *Marlene Dietrich*), sofern nicht zusätzliche unlauterkeitsbegründende Umstände vorliegen.
- 19 i) Menschenwürde (Art. 1 EUGRCh, Art. 1 I GG).** Der Staat ist zum Schutz der Menschenwürde verpflichtet (Art. 1 I GG). Dieses Schutzgebot kann das Verbot von Wettbewerbsbehandlungen auf der Grundlage des UWG rechtfertigen (BVerfGE 107, 275 = GRUR 2003, 442 [443f.] – *Benetton-Schockwerbung II*). Unmittelbar dem Schutz der Menschenwürde diene das mittlerweile aufgehobene Verbot der menschenverachtenden Werbung in § 4 Nr. 1 UWG 2004, das allerdings leer lief, weil es an die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit von Verbrauchern und anderen Marktteilnehmern anknüpfte. Ob unter dem UWG 2015 menschenverachtende Werbung im Allgemeinen auf der Grundlage des § 3 I unterbunden werden kann, ist umstritten. Die Befürworter verweisen auf die Schutzfunktion des Art. 1 I GG und die Absicht des Gesetzgebers, diese Fälle zu regeln (*Ahrens* JZ 2004, 763 [767]; *Sack* WRP 2005, 531 [544]; *Scherer* WRP 2007, 594 [597f.]). Dagegen spricht allerdings, dass das UWG nur das Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb schützt (§ 1). Der Schutz vor menschenverachtender und diskriminierender Werbung

betrifft demgegenüber nicht spezifisch marktbezogene Interessen, sondern das Allgemeininteresse am Schutz der Ehre, Würde und Persönlichkeit in der Öffentlichkeit vor Übergriffen durch die Medien. Er sollte daher dem Medienrecht und dem Strafrecht vorbehalten bleiben (ähnlich MüKoUWG/Sosnitzka § 3 Rn. 45 ff.). Im Übrigen sollte den Marktteilnehmern ein weiter eigener Spielraum für Reaktionen auf geschmacklose Werbung verbleiben. Wer menschenverachtend wirbt, wird damit meist keinen Erfolg haben.

II. UWG und Verwaltungsrecht: Der Wettbewerb der öffentlichen Hand

Literatur: *Ackermann*, Der Rückzug des Zivilrechts von der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Handelns der öffentlichen Hand – Ende eines „zivilgerichtlichen Dilettierens“ oder Ende der Freiheit der privaten Marktteilnehmer?, FS Tilmann, 2003, 73; *Alexander*, Öffentliche Auftragsvergabe und unlauterer Wettbewerb, WRP 2004, 700; *Broß*, Überlegungen zum Wettbewerb der öffentlichen Hand, FS Piper, 1996, 107; *Brüning*, Die Wege des Rechts sind verschlungen – Wettbewerbsrelevante Betätigung der öffentlichen Hand und Rechtsschutz, NVwZ 2012, 671; *Degenhart*, Erweitertes Amtsblatt, Stadtzeitung und kommunales Internetportal nach dem Urteil des BGH „Crailsheimer Stadtblatt II“, AfP 2020, 185; *Doepner*, Unlauterer Wettbewerb durch Verletzung von Marktzutrittsregelungen?, WRP 2003, 1292; *Emmerich*, Der unlautere Wettbewerb der öffentlichen Hand, 1969; *Emmerich*, Ausnahmebereich Krankenversicherung?, FS Raiser, 2005, 645; *Emmuschat*, Rechtsschutz privater Wettbewerber gegen kommunale Konkurrenz, WRP 2008, 883; *Fabi/Struß*, Rechtsschutz gegen staatliche Pressetätigkeit – „Staatspresse“ als unlauterer Wettbewerb, GRUR 2020, 144; *Frenz*, Kommunalwirtschaft außerhalb des Wettbewerbsrechts?, WRP 2002, 1367; *Gaa*, Anwendung privaten Wettbewerbsrechts bei schlecht hoheitlichem Handeln?, WRP 1997, 837; *Gröning*, Kommunalrechtliche Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden und Drittschutz auf dem ordentlichen Rechtsweg, WRP 2002, 17; *Hauck*, Dabeisein ist alles ... – Der Rechtsschutz privater Unternehmen gegen die Teilnahme der öffentlichen Hand am Wettbewerb, WRP 2006, 323; *Köhler*, Wettbewerbsverstoß durch rechtswidrigen Marktzutritt?, GRUR 2001, 777; *Köhler*, Zur wettbewerbsrechtlichen Sanktionierung öffentlich-rechtlicher Normen, FS Schmitt/Glaeser, 2003, 499; *Köhler*, Das Gebot der „Staatsferne der Presse“ als Schranke kommunaler Öffentlichkeitsarbeit, GRUR 2019, 265; *Mees*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und EG-Beihilfenrecht, FS Erdmann, 2002, 657; *Piper*, Zum Wettbewerb der öffentlichen Hand, GRUR 1986, 574; *Poppen*, Der Wettbewerb der öffentlichen Hand, 2007; *Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1997; *H. Schricker*, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb, 2. Aufl. 1987; *Schünnemann*, Die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand zwischen öffentlichem und privatem Wettbewerbsrecht, WRP 2000, 1001; *Tettinger*, Rechtsschutz gegen kommunale Wettbewerbsteilnahme, NJW 1998, 3473; *Tieben*, Die Einflussnahme der Öffentlichen Hand auf den Wettbewerb, WRP 2011, 1101; *Tilmann*, Privatwirtschaftliche Betätigung der Kommunen, FS Schricker, 2005, 763; *Tilmann/Schreibauer*, Rechtsfolgen rechtswidriger nationaler Beihilfen, GRUR 2002, 212.

1. Allgemeines. a) Begriff und Erscheinungsformen. Unter den Oberbegriff „öffentliche Hand“ fallen Bund, Länder, Gemeinden, sämtliche juristischen Personen des öffentlichen Rechts und gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, die von öffentlichen Anteilseignern beherrscht werden (BGH GRUR 2012, 728 Rn. 11, 13 – *Einkauf Aktuell*, vgl. § 130 I 1 GWB). Zur Tätigkeit der öffentlichen Hand zählt das Handeln der Verwaltungsbehörden, der kommunalen Eigenbetriebe, die organisatorisch, aber nicht rechtlich verselbstständigt sind, und aller privatrechtlich organisierten Unternehmen, die ganz (Eigengesellschaft) oder mehrheitlich der öffentlichen Hand gehören (Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler § 3a Rn. 2.1 f.; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Keller § 2 Rn. 42; Bechtold/Bosch/Bechtold/Bosch GWB § 130 Rn. 5). Als Handlungsformen lassen sich das **hoheitliche** bzw. ob-

rigkeitliche **Handeln** (Ausübung von einseitig verbindlicher Regelungskompetenz), das **schlicht-hoheitliche Handeln** (Realhandlungen ohne Regelungsgehalt), das sowohl in öffentlich-rechtlicher als auch in privatrechtlicher Form erfolgen kann, die **Bedarfsdeckung** (Bsp.: Ankauf von Büromaterial, Anmietung eines Bürogebäudes) und das **erwerbswirtschaftliche Handeln** unterscheiden (BGH GRUR 2020, 755 Rn. 49 – *WarnWetter-App*; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler § 3a Rn. 2.3).

- 21 **b) Problematik.** Die rechtliche Beurteilung des Wettbewerbs der öffentlichen Hand bereitet besondere Schwierigkeiten, weil es sich um ein Grenzgebiet zwischen öffentlichem Recht und Lauterkeitsrecht handelt. Einerseits kann die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand nicht allein deshalb dem Lauterkeitsrecht entzogen sein, weil eine öffentlich-rechtliche Handlungsform gewählt wird, andererseits ist es nicht Aufgabe des Lauterkeitsrechts, tatsächliche oder vermeintliche Schutzlücken im öffentlichen Recht zu schließen. Die Wettbewerbsgerichte, denen die besondere Kompetenz der Verwaltungsgerichtsbarkeit für die Beurteilung des Bürger-Staat-Verhältnisses fehlt (polemisch *Tettinger* NJW 1998, 3473 [3474]: „zivilgerichtliches Dilettieren“), sind nicht schon dann zur Entscheidung berufen, wenn sich staatliches Handeln irgendwie auf den Markt auswirkt. Eine völlig befriedigende Systematisierung dieser Grauzone zwischen Wirtschaft und Verwaltung ist bisher nicht gelungen (unverändert zutreffend *H. Schrickler*, *Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb*, 2. Aufl. 1987, 1). Die Kasuistik der Rspr. ist stark von den Besonderheiten der jeweiligen Einzelfälle geprägt (*Piper* GRUR 1986, 574 [578]) und lässt sich nur mit Mühe auf allgemeine Prinzipien zurückführen (*Beater* Verbraucherschutz Rn. 921).
- 22 **2. Rechtsweg. a) Grundsatz.** Der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten ist gem. § 13 GVG eröffnet, wenn nicht die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte (§ 40 I VwGO) oder besonderer Gerichte, insbes. der Sozialgerichte (§ 51 I SGG), begründet ist. Das zuständige Gericht entscheidet über den Rechtsstreit unter allen rechtlichen Gesichtspunkten (§ 17 II GVG). Hat ein Gericht den zu ihm beschrittenen Rechtsweg rechtskräftig für zulässig erklärt, sind andere Gerichte an diese Entscheidung gebunden (§ 17a I GVG).
- 23 **b) Abgrenzung zu öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten.** Ob eine Streitigkeit als öffentlich- oder bürgerlich-rechtlich zu beurteilen ist, richtet sich, wenn eine ausdrückliche Rechtswegzuweisung des Gesetzgebers fehlt, nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird. Dabei kommt es regelmäßig darauf an, ob die Beteiligten zueinander in einem hoheitlichen Verhältnis der Über- und Unterordnung stehen und sich der Träger hoheitlicher Gewalt der besonderen Rechtsätze des öffentlichen Rechts bedient oder ob sich beide Parteien als gleichberechtigte Wettbewerber gegenüberstehen (BGH GRUR 1982, 425 [427] – *Brillen-Selbstabgabestellen*; GmS OGB BGHZ 97, 312 = NJW 1986, 2359; BGH NJW 1988, 2295 [2296]; aus öffentlich-rechtlicher Perspektive OVG Münster NVwZ 2003, 1520f.). Nach Ansicht der Rspr. (GmS OGB BGHZ 97, 312 = NJW 1986, 2359; BGH GRUR 2000, 340 [342] – *Kartenlesegerät*), die in der Lit. teils befürwortet (*Piper* GRUR 1986, 574 [576ff.]), teils abgelehnt wird (*Brohm* NJW 1994, 281 [287ff.]; *Gaa* WRP 1997, 837ff.; *H. Schrickler*, *Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb*, 2. Aufl. 1987, 102ff.), kann auch eine hoheitliche Tätigkeit wettbewerbsrechtlich relevante Auswirkungen haben (→ Rn. 27f.). Aus dieser Doppelnatur folgt die Möglichkeit einer parallelen Kontrolle durch Zivil- und Verwaltungsgerichte (Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler § 3a Rn. 2.11; s. aber § 17a I GVG). Allerdings fehlt den Zivilgerichten die Möglichkeit, hoheitliche Anordnungen aufzuheben, sie können lediglich zivilrechtliche Verbote aussprechen (Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler § 3a Rn. 2.16 mwN).

c) Abgrenzung zu sozialrechtlichen Streitigkeiten. Für die Eröffnung des Rechtswegs zu den Sozialgerichten gem. § 51 I SGG ist entscheidend, ob es sich um eine Streitigkeit in einer Angelegenheit der gesetzlichen Krankenversicherung handelt. Nicht von Bedeutung ist hingegen, ob die Streitigkeit öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist (BGH GRUR 2004, 444 [445] – *Arzneimittelsubstitution*; BGH GRUR 2008, 447 Rn. 13 – *Treuebonus*; BGH GRUR 2012, 94 Rn. 8 – *Radiologisch-diagnostische Untersuchungen*). Die Beziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern werden abschließend durch das Sozialrecht geregelt, daraus folgt die Zuständigkeit der Sozialgerichte (§ 69 SGB V; BGH GRUR 2006, 517 Rn. 22 – *Blutdruckmessungen*). Hingegen soll der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet sein, wenn der Anspruch ausschließlich auf lauterkeitsrechtliche Normen gestützt wird, deren Beachtung auch jedem privaten Mitbewerber obliegt (BGH GRUR 2007, 535 Rn. 13 – *Gesamtzufriedenheit*; BGH GRUR 2008, 447 Rn. 14 – *Treuebonus*; BGH GRUR 2012, 94 Rn. 9 – *Radiologisch-diagnostische Untersuchungen*; OLG Celle GRUR-RR 2011, 111 – *Kassenwechsel*). Das kann zu dem unbefriedigenden Ergebnis führen, dass gegen ein und dieselbe Werbehandlung bei einer Klage einer gesetzlichen Krankenkasse der Rechtsweg zu den Sozialgerichten, bei einer Klage privater Verbände oder Konkurrenten aber der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet ist (*Knispel NZS 2008, 129 ff.*; *Köhler GRUR-RR 2007, 337*).

3. Geschäftliche Handlung (§ 2 I Nr. 2). a) Grundsatz. Die Tätigkeit der öffentlichen Hand unterliegt nur der lauterkeitsrechtlichen Kontrolle, wenn und soweit sie eine geschäftliche Handlung darstellt (§ 2 I Nr. 2), also mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen *objektiv* zusammenhängt. Auf die nach § 2 I Nr. 2 UWG aF subjektive Voraussetzung der Wettbewerbsabsicht kommt es nicht mehr an (missverständlich BGH GRUR 2013, 301 Rn. 20 – *Solarinitiative*). Sofern der Anwendungsbereich der UGP-RL eröffnet ist, ist § 2 I Nr. 2 richtlinienkonform auszulegen (BGH GRUR 2012, 288 Rn. 7 – *Betriebskrankenkasse*).

b) Erwerbswirtschaftliche Tätigkeit. Unstreitig unterliegt die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand der Kontrolle am Maßstab des UWG (BGH GRUR 2005, 960 [961] – *Friedhofsruhe*; BGH GRUR 2006, 428 Rn. 12 – *Abstreppkosten-Inkasso*; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler § 3a Rn. 2.18). Eine erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand ist auch dann als geschäftliche Handlung anzusehen, wenn öffentliche Zwecke mitverfolgt werden (BGH GRUR 2020, 755 Rn. 49 – *WarnWetter-App*). Unerheblich sind die Organisationsform (Eigenbetrieb, Eigengesellschaft, Mehrheitsbeteiligung der öffentlichen Hand an gemischtwirtschaftlichen Unternehmen) und die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zu möglichen Abnehmern (BGH GRUR 1982, 425 [427] – *Brillen-Selbstabgabestellen*; Piper GRUR 1986, 574 [577]). Auch auf eine Gewinnerzielungsabsicht kommt es nicht an. Ihr Fehlen kann jedoch ein Indiz dafür darstellen, dass die öffentliche Hand im konkreten Fall nicht erwerbswirtschaftlich, sondern in erster Linie zur Verfolgung hoheitlicher Zwecke tätig wird. Auch Krankenkassen, die als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisiert sind, können als „Unternehmer“ iSd § 2 I Nr. 6 anzusehen sein. Daher fallen irreführende Angaben einer Krankenkasse gegenüber ihren Mitgliedern unter den insoweit richtlinienkonform auszulegenden § 5 I (EuGH GRUR 2013, 1159 Rn. 38 – *BKK Mobil Oil/Wettbewerbszentrale*, in diesem Sinne bereits BGH GRUR 2012, 288 Rn. 14 f. – *Betriebskrankenkasse*).

c) Bedarfsdeckung. Schließt die Verwaltung privatrechtliche Verträge zur Deckung des eigenen Bedarfs (auch als „Hilfsgeschäfte der Verwaltung“ bezeichnet), so handelt sie regelmäßig als Endabnehmer und damit nicht zur Förderung des Absatzes oder Bezugs von Produkten (BGH GRUR 1968, 95 [97] – *Büchereinachlass*; LG Düs-

seldorf NZBau 2009, 142 [144]; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler § 3a Rn. 2.27). Etwas anderes kann gelten, wenn die öffentliche Hand den Zweck verfolgt, einen bestimmten Anbieter zu bevorzugen. Dieser Zweck bedarf aber der besonderen Begründung. Er ist nicht schon dann gegeben, wenn die öffentliche Hand aus Gründen der Schnelligkeit und Einfachheit stets einen bestimmten Unternehmer beauftragt (BGH GRUR 1988, 38 [39] – *Leichenaufbewahrung*).

27 **d) Hoheitliches und schlicht-hoheitliches Handeln. aa) Handeln aufgrund gesetzlicher Ermächtigung.** Handelt die öffentliche Hand **aufgrund einer Ermächtigungsgrundlage**, die den Handlungsspielraum vorgibt, so **fehlt es an einer geschäftlichen Handlung** (BGH GRUR 2018, 196 Rn. 23 – *Eigenbetrieb Friedhöfe*; BGH GRUR 2019, 189 Rn. 55 – *Crailsheimer Stadtblatt II*; BGH GRUR 2019, 741 Rn. 14 – *Durchleitungssystem*; BGH GRUR 2020, 755 Rn. 49 – *WarnWetterApp*). Beispiele sind die Erhebung von Steuern (OLG München GRUR 2004, 169 [171] – *Städtisches Krematorium*), die Vornahme einer behördlich gem. § 31 II BestattG BW vorzunehmenden Bestattung (BGH GRUR 2018, 196 Rn. 24 – *Eigenbetrieb Friedhöfe*) und die Durchleitung von Förderkrediten durch die KfW auf der Grundlage des § 2 I Nr. 1 KfWG (BGH GRUR 2019, 741 Rn. 15 – *Durchleitungssystem*). Auch der Unternehmer, der als „verlängerter Arm“ der Behörde ein verbotswidrig geparktes Fahrzeug abschleppt, handelt nicht zu Zwecken des Wettbewerbs (BGH GRUR 2006, 428 Rn. 14 – *Abschleppkosten-Inkasso*). Allerdings ist die Tätigkeit der öffentlichen Hand **nur insoweit** der lauterkeitsrechtlichen Kontrolle entzogen **wie die Ermächtigungsgrundlage reicht**. Beispiel: Das Angebot einer Wetter-App durch den Deutschen Wetterdienst wird durch § 4 I DWDG erlaubt, soweit es sich um Wetterwarnungen handelt. Das Angebot allgemeiner Wetterinformationen ist aber von der Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckt, fällt daher unter das UWG und ist gem. § 3a unlauter (BGH GRUR 2020, 755 Rn. 51, 56 – *WarnWetter-App*, zur Kritik an der Qualifikation des § 6 II, IIa DWDG als Marktverhaltensregelung → § 3a Rn. 20).

28 **bb) Erfüllung öffentlicher Aufgaben ohne ausdrückliche Ermächtigung.** Handelt die öffentliche Hand zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe und wird sie dabei **ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung tätig**, ist eine geschäftliche Handlung nicht ausgeschlossen. Sie ist allerdings auch nicht ohne weiteres zu vermuten, sondern anhand einer umfassenden Würdigung der relevanten Umstände des Einzelfalls besonders festzustellen (BGH GRUR 2018, 196 Rn. 23 – *Eigenbetrieb Friedhöfe*; BGH GRUR 2019, 741 Rn. 14 – *Durchleitungssystem*; BGH GRUR 2020, 755 Rn. 49 *WarnWetter-App*). Maßnahmen der öffentlichen Hand außerhalb des Bereichs der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit verfolgen im Allgemeinen nicht das Ziel, fremden Wettbewerb zu fördern, sondern dienen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler § 3a Rn. 2.21).

29 **cc) Indizien für und gegen geschäftliches Handeln.** Für das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung spricht es, wenn das hoheitliche Handeln Unternehmen der öffentlichen Hand begünstigt oder wenn die öffentliche Hand am wirtschaftlichen Erfolg des begünstigten privaten Unternehmers ein Interesse hat, weil sie aufgrund vertraglicher oder sonstiger Beziehungen davon profitiert (BGH GRUR 1990, 463 [464] – *Firmennymnummer*; BGH GRUR 2002, 550 [554] – *Elternbriefe*: Mitversendung von Werbung eines Unternehmens mit amtlicher Mitteilung gegen Übernahme der Portokosten; OLG Stuttgart WRP 2011, 1207 [1210] – *Der Pflegedienst*). Auch darüber hinaus kann es für eine geschäftliche Handlung sprechen, wenn eine Gemeinde gezielt die Nachfrage eines Unternehmens fördert (BGH GRUR 2013, 301 Rn. 21 – *Solarinitiative*). **Besteht eine Ermächtigungsgrundlage, überschreitet die öffentliche Hand aber deren Grenzen**, so soll eine geschäftliche Handlung vorliegen (BGH GRUR 2019, 189 Rn. 56 – *Crailsheimer Stadtblatt II*;