

aktuelle stellungnahme 3/11

vom 10. Mai 2011

Die Anwendbarkeit des Rechts des unerlaubten Wettbewerbs auf die Kammern und die dazu entwickelten Fallgruppen

Von Dipl. Jur. Karolin Heyne

A) Einführung

Wird die öffentliche Hand durch das Angebot von Gütern und (vor allem) Dienstleistungen wirtschaftlich in einem Bereich tätig, der auch privaten Marktteilnehmern offensteht, so wirkt sich dies auf den Wettbewerb in dem betreffenden Marktsegment aus. Aus der Sicht der privaten Anbieter ist damit zunächst der Nachteil verbunden, dass ihnen Marktanteile entzogen werden. Sind sie der Meinung, dass die öffentliche Hand am Markt über Vorteile verfügt, die ihnen nicht zustehen, so wird schnell der Vorwurf des unerlaubten Wettbewerbs erhoben. Anknüpfungspunkt für entsprechende Kritik können dabei Kostenvorteile der öffentlichen Hand bei der Erbringung der Leistung (etwa durch den Einsatz von bereits anderweitig finanziertem Personal oder durch steuerliche Begünstigungen), aber auch die Nutzung des besonderen Images der öffentlichen Hand als Anbieter der Leistung sein. Dieses Themenfeld hat sich in den vergangenen Jahrzehnten unter der Überschrift „Öffentliches Wettbewerbsrecht“ zu einem eigenständigen Rechtsbereich im Schnittpunkt von öffentlichem Wirtschaftsrecht und Wettbewerbsrecht entwickelt.¹

Zu den öffentlichen Anbietern marktgängiger Dienstleistungen gehören auch die Kammern. Ein praktisch sehr bedeutsames Beispiel für solche wirtschaftlichen Tätigkeiten ist die Durchführung von Lehrgängen in Vorbereitung auf staatlich (z.B. durch die IHKn) durchgeführte Prüfungen.² Aus öffentlich-rechtlicher Perspektive stellen solche Lehrgänge fiskalisch-erwerbswirtschaftliche, unternehmerische Betätigungen der öffentlichen Hand dar, da sie nach außen und auf die Erzielung von Einnahmen gerichtet sind.³ Nicht erfasst von der wettbewerbsrechtlichen Problematik sind solche wirtschaftlichen Tätigkeiten der öffentlichen Hand, die lediglich subsidiären Charakter tragen, also nicht über den ökonomischen Binnenraum der öffentlichen Hand hinausgehen.⁴

Das Handeln der Kammern muss sich – aufgrund des Vorrangs und des Vorbehalts des Gesetzes – stets, also auch im Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung, an die Vorgaben des öffentlichen Rechts halten.⁵ Ob darüber hinaus die Maßstäbe des (privatrechtlichen) Wettbewerbsrechts zu beachten sind, ist umstritten und soll nachstehend genauer untersucht werden. Diskutiert wurde diese Frage mit dem Fokus auf die Besonderheiten der Kammern als Wettbewerber zuletzt im Zusammenhang mit einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2009.⁶ In dem zugrundeliegenden Sachverhalt hatte eine privater Anbieter von Bildungsdienstleistungen, der ebenso Vorbereitungskurse zu einer Prüfung bei der IHK anbietet wie die prüfende IHK selbst, es als wettbewerbswidrig angesehen, dass die Mitarbeiter der IHK das eigene Fortbildungsangebot herausstellten und Hinweise auf Lehrgänge privater Anbieter bewusst unterließen. Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung dieses Falles setzte die Klärung einiger Grundsatzfragen voraus, insbesondere die Anwendbarkeit des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)⁷ auf das Kammerhandeln. Auf diese Frage wird deshalb zunächst eingegangen. Daran schließen sich Überlegungen zu den Besonderheiten der öffentlichen Hand als Wettbewerber anhand spezifischer Fallgruppen für unlautere geschäftliche Handlungen an. Abschließend wird auf die Beurteilung des vom BGH entschiedenen Sachverhaltes eingegangen.

B) Anwendbarkeit des UWG auf das Handeln der Kammern

Aufgrund des Fehlens eines ausdrücklichen Normanwendungsbefehls im Gesetzestext, muss die Frage der Anwendbarkeit des UWG auf die öffentliche Hand allgemein durch Auslegung der entsprechenden Normen beantwortet werden. Seit der UWG-Novelle 2008 lautet die Regelung in § 3 Abs. 1 UWG die den Anwendungsbereich des UWG bestimmt: „Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von

Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.⁸

I. Kammern als Wettbewerber nach § 3 Abs. 1 UWG

§ 3 Abs. 1 UWG verlangt eine geschäftliche Handlung, die in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG in einer weitgreifenden Formulierung legal definiert ist.⁹ Dieses weit gefasste Tatbestandsmerkmal ist regelmäßig beim wirtschaftlichen Handeln von Selbstverwaltungskörperschaften erfüllt,¹⁰ da zumindest eine Förderungshandlung hinsichtlich des Absatzes oder Bezugs von Dienstleistungen oder Waren angenommen werden kann. Auch hoheitliche Betätigungen der öffentlichen Hand können sich in ihrer Wirkung als geschäftliche Handlungen darstellen. Insofern kommt ihnen eine Doppelnatur zu, die auch eine Doppelkontrolle sowohl nach dem öffentlichen Recht als auch nach dem privaten Wettbewerbsrecht ermöglicht.¹¹ Das Merkmal der geschäftlichen Handlung nimmt nur amtlich-hoheitliches Handeln,¹² sowie rein betriebsinterne Vorgänge¹³ aus. Dabei ist es irrelevant, ob die öffentliche Hand die Handlung selbst oder in Form einer verselbstständigten juristischen Person des Privatrechts erbringt, wie etwa einer Dienstleistungs- oder Bildungs-GmbH einer Kammer.¹⁴

Tritt die öffentliche Hand als Nachfrager auf dem Markt auf, ist dies nur dann als geschäftliche Handlung anzusehen, wenn die Beschaffung zu dem Zweck erfolgt, bestimmte Anbieter gezielt zu begünstigen oder die zu erwerbenden Güter zum weiteren Umsatz bestimmt sind.¹⁵ Will sie nur ihren Eigenbedarf befriedigen, ist dies keine geschäftliche Handlung im Sinne des UWG, sondern eine nach dem Vergaberecht zu beurteilende Beschaffung.¹⁶

II. Bedeutung des „ob“ und „wie“ der wirtschaftlichen Tätigkeit

Besonders herauszustellen bzgl. der Anwendung des UWG auf die Kammern ist, dass dieses sich allein auf die Art und Weise der wettbewerbsrelevanten Handlungen auf einem Markt bezieht, nicht jedoch die Frage der Rechtmäßigkeit bzw. Zulässigkeit des Marktzutritts erfasst. Letzteres ist allein durch die öffentlich-rechtlichen Vorschriften – z.B. die Kammergesetze – geregelt, nicht jedoch durch das Wettbewerbsrecht.¹⁷ Diese Trennung entspricht der sog. Zwei-Stufen-Theorie, nach der die Rechtmäßigkeit des „ob“ und des „wie“ der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand getrennt voneinander zu prüfen sind, wobei die rein privatrechtliche Beurteilung des „wie“ in der Praxis häufig Schwierigkeiten aufwirft und insofern die Theorie dort keine strikte Anwendung findet.¹⁸

Vereinzelt anzutreffenden Meinungen, dass Lauterkeitsrecht sei nicht auf die öffentliche

Hand und somit auch nicht auf die Kammern anzuwenden, welche vielfältig begründet werden, sich aber meist auf eine strikte Trennung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht reduzieren lassen,¹⁹ kann aufgrund des tatsächlich nicht bestehenden Exklusivitätsverhältnisses nicht gefolgt werden.²⁰ Vielmehr stehen die Normen des öffentlichen und des privaten Rechts in zahlreichen Wechselwirkungen miteinander und beeinflussen sich in vielfältiger Weise gegenseitig.²¹ Diese Beeinflussungen sollen im Folgenden an einigen Beispielen für unlautere geschäftliche Handlungen durch die öffentliche Hand verdeutlicht werden.

III. Zwischenergebnis

Das UWG ist auf die wirtschaftlichen Tätigkeiten der Kammern anwendbar. Zu beachten ist darüber hinaus, dass eine Kammer im Rahmen ihrer „geschäftlichen Handlungen“ am Markt nicht nur die Verpflichtete aus lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen sein kann, sondern ebenso Anspruchsberechtigte im Falle unlauterer, wettbewerbswidriger Handlungen.²² Aus der Bejahung der Anwendbarkeit des UWG auf die Kammern folgt in letzter Konsequenz gar, dass es ebenfalls dann Wirkung entfaltet, wenn mehrere Verwaltungsträger untereinander im Wettbewerb miteinander stehen, so z.B. wenn mehrere Selbstverwaltungskörperschaften den gleichen Weiterbildungskurs anbieten.²³

C) Ausgewählte Fallgruppen unlauterer geschäftlicher Handlungen

Die öffentliche Hand nimmt im Wettbewerb eine besondere Stellung ein, die nicht immer mit der der privaten Mitbewerber vergleichbar ist. Die Institutionen des Staates genießen beispielsweise einen Vertrauensvorsprung und werden als wesentlich kreditwürdiger angesehen.²⁴ Diese besondere Position im Wettbewerb birgt u.a. die Gefahr des Missbrauchs der hoheitlichen Stellung oder auch der Preisunterbietung aufgrund Quersubvention aus anderen staatlichen Mitteln, welche jeweils unlautere geschäftliche Handlungen darstellen können.

Die im Rahmen des Wettbewerbs der öffentlichen Hand relevanten Fallgruppen wurden – anders als die heute in den §§ 4 bis 7 UWG normierten, welche jedoch nicht abschließend formuliert sind – bei der Neuregelung des UWG zum großen Teil nicht ausdrücklich normiert, so dass die von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen weiterhin unmittelbar aus der Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG abgeleitet werden müssen.²⁵

Die Auslegung des unbestimmten Begriffes der Unlauterkeit nach dem UWG ist unter Beachtung der Wertvorstellungen des Grundge-

setzes vorzunehmen,²⁶ wobei hier die staatliche Wirtschafts-/Wettbewerbsfreiheit in der Ausgestaltung durch das öffentliche Interesse gegen die private Wettbewerbsfreiheit im konkreten Fall abzuwägen ist.²⁷ Diese mittelbare Wirkung des Grundgesetzes stellt dann wiederum ein Beispiel und eine Ursache für die bereits angesprochenen Wechselwirkungen dar. Nunmehr sollen – anhand von Fallgruppen, die besonders für Handlungen der öffentlichen Hand im Wettbewerb relevant sind – die Wechselwirkungen zwischen dem UWG und dem öffentlichen Recht aufgezeigt und die besondere Stellung staatlicher Institutionen im Wettbewerb verdeutlicht werden.

I. Preisunterbietung

Der Verkauf von Waren oder die Leistungserbringung unterhalb des Marktpreises ist Teil des wirtschaftlichen Wettbewerbs und somit grundsätzlich nicht unlauter.²⁸ Die Preisunterbietung wird auch nicht bereits dadurch wettbewerbswidrig, dass auf öffentliche Finanz-, Personal- oder Sachmittel zurückgegriffen wird, denn solange die Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb der öffentlichen Hand erlaubt ist, muss auch ein Rückgriff auf entsprechende öffentlichen Ressourcen möglich sein.²⁹ Ein unlauteres Verhalten ist aber dann anzunehmen, wenn die Preisunterbietung mit solchen Mitteln gegenfinanziert wird, die zweckgebunden zur Finanzierung anderer öffentlicher Aufgaben dienen sollten oder wenn die Unterbietungskosten auf Dritte – zum Beispiel beitragszahlende Pflichtmitglieder einer Kammer oder den Steuerzahler – umgelegt werden.³⁰ Auch sind der Preisunterbietung durch den Staat engere Grenzen gesetzt als einer solchen durch private Mitbewerber. Dies ergibt sich unter anderem daraus, dass es unbillig wäre, mit staatlichen Mitteln, die letztlich in Form von Kammerbeiträgen und Steuern auch von dem unterbotenen Konkurrenten aufgebracht wurden, diesen zu unterbieten und ihm zugleich sein und (durch seine Eigenschaft als privater Beitrags- bzw. Steuerzahler) das Insolvenzrisiko des staatlichen Mitwettbewerbers aufzubürden.³¹ Die Preisunterbietung durch eine Kammer kann jedoch über einen hinreichend gewichtigen öffentlichen Zweck gerechtfertigt werden, der zugleich auch die Grenze des zulässigen Mittelaufwandes darstellt.³² Dies lässt sich auch auf das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip zurückführen.

Daneben ergibt sich eine weitere Grenze aus dem öffentlich-rechtlichen Äquivalenz- und dem Kostendeckungsprinzip. Diese bringen im Fall der Inanspruchnahme einer Leistung gegen Gebühren zum Ausdruck, dass die erhobene Gebühr auch dem tatsächlichen Gegenwert der Leistung entsprechen, sowie das Ge-

bührenaufkommen auch alle Kosten des jeweiligen Verwaltungsaufwands decken soll.³³ Diese Grenzen sind zwar z.B. in den Kommunalabgabengesetzen der Länder normiert,³⁴ jedoch lassen sich daraus keine subjektiv-öffentlichen Unterlassungs- oder Abwehrrechte ableiten.³⁵ Eingefasst in die Fallgruppe der Preisunterbietung im Wettbewerbsrecht können sich so jedoch entsprechende Rechte ergeben, so dass hierin ein Beispiel für die Wechselwirkung zwischen UWG und dem öffentlichen Recht liegt.

Zwei weitere Kriterien für die Unlauterkeit im Rahmen der Preisunterbietung liegen einerseits in der Verdrängungsabsicht gegenüber Mitbewerbern (diese wird auch von § 4 Nr. 10 UWG erfasst),³⁶ andererseits in der Gefährdung des Bestands des Wettbewerbs.³⁷ Die öffentliche Hand muss insofern auch im Rahmen der Wettbewerbsteilnahme die Grenzen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit und somit der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit halten, die darin ihren Ausdruck finden.³⁸ Besondere Relevanz entfaltet dabei der unter der Bezeichnung „Eingriff durch Konkurrenz“ vorgenommene Grundrechtsschutz des Art. 12 Abs. 1 GG.³⁹

II. Missbrauch der hoheitlichen Stellung

Auch wenn die Kammer ihre Hoheitsstellung zu wettbewerblichen Zwecken missbraucht, kann dies unlauter sein.⁴⁰ Hierbei ist zwischen verschiedenen Fallgestaltungen zu unterscheiden. Zunächst besteht die Möglichkeit der missbräuchlichen Inanspruchnahme des der öffentlichen Hand entgegengebrachten Vertrauens. Das Vertrauen des Bürgers ist aufgrund der Verpflichtung der staatlichen Verwaltung zu einer neutralen und objektiven Amtsführung schutzwürdig.⁴¹ Zum Teil können in diese Fallgruppe fallende Handlungen unter die Regelungen des § 4 Nr. 1 UWG bzw. § 5 UWG subsumiert werden, da das Grundvertrauen in staatliche Institutionen geeignet ist, die Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer in unangemessener Weise zu beeinträchtigen.⁴² Dies ist auch nicht erst dann der Fall, wenn die öffentliche Hand den falschen Eindruck erweckt, eine hoheitliche Aufgabe wahrzunehmen.⁴³ Der Missbrauch ergibt sich dabei aus dem Umstand, dass das Vertrauen, dass der jeweiligen Institution als Amtsträger entgegen gebracht wird, im Rahmen der (davon unabhängigen) wirtschaftlichen Tätigkeit brauchbar gemacht wird.⁴⁴ Mitunter lässt sich dies bereits bei der Verwendung von amtlichen Siegeln bzw. konkreten Amtsbezeichnung im Wettbewerb⁴⁵ oder der Werbung für öffentliche Unternehmen in amtlichen Mitteilungs- und Verkündungsblättern bejahen.⁴⁶ Darüber hinaus liegt ein Missbrauch der hoheitlichen Stellung dann vor, wenn durch die

öffentliche Hand unter vorgetäuschter Objektivität gezielt Empfehlungen mit Wettbewerbsabsicht ausgesprochen werden oder die einem Hoheitsträger exklusiv zur Verfügung stehenden Mittel (z.B. staatliche Ressourcen oder Machtmittel) zur zielgerichteten Förderung der eigenen Stellung im Wettbewerb eingesetzt werden.⁴⁷

Ob das Ausnutzen der Hoheitsstellung in den aufgezeigten Fällen tatsächlich unlauter ist und damit einen Wettbewerbsverstoß darstellt, ist davon abhängig, ob ein überwiegendes öffentliches Interesse an einer solchen Handlung vorliegt. Dieses kann im Einzelfall dazu führen, dass der Einsatz der amtlichen Autorität oder der öffentlichen Ressourcen nicht als unlauter gilt, mithin bei erheblichem öffentlichem Interesse als gerechtfertigt erscheint.⁴⁸ Diese Rechtfertigung gelingt demnach durch eine Wertentscheidung des Gesetzgebers, bei deren Anwendung im Einzelfall Zugriffszweck und -möglichkeit auf die staatlichen Ressourcen berücksichtigt werden.⁴⁹ Danach ist z.B. im Falle der Beteiligung der öffentlichen Hand an einem privaten Unternehmen ein Wettbewerbsverstoß erst dann anzunehmen, wenn über die Beteiligung hinaus der Staat die gebotene Sachlichkeit und Neutralität aufgibt.⁵⁰ Unlauterkeit ist somit erst dann anzunehmen, wenn das Ausnutzen der hoheitlichen Stellung dem Leistungsgrundsatz⁵¹ des Wettbewerbsrechts widerspricht.⁵²

III. Unlautere Verquickung öffentlicher und erwerbswirtschaftlicher Tätigkeiten

Ein unlauterer Wettbewerbsvorsprung kann der öffentlichen Hand auch daraus entstehen, dass sie ihre erwerbswirtschaftlichen und privaten Tätigkeiten miteinander vermischt.⁵³ Darunter fällt die Nutzung von Kontakten, die durch hoheitliche Handlungen zum Bürger gewonnen wurden, zur Werbung als Kunde für das eigene wirtschaftliche Angebot.⁵⁴ Insofern ist für eine lautere wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand erforderlich, dass diese von der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben räumlich und personell getrennt durchgeführt wird.⁵⁵ Ein möglicher Standortvorteil, der durch eine historisch begründete Monopolposition des jeweiligen Verwaltungsträgers entstanden ist, darf nicht zur Schaffung eines Wettbewerbsvorsprungs ausgenutzt werden.⁵⁶ Darüber hinaus darf die öffentliche Hand ihr eigenes Angebot auch nicht mit Verweis auf eine vorgelagerte oder nachfolgende Verwaltungsentscheidung empfehlen,⁵⁷ z.B. die Empfehlung eines eigenen Vorbereitungskurses für eine Prüfung mit Verweis auf die Prüfungshoheit einer Kammer. Sie ist in diesem Beispiel vielmehr dazu verpflichtet, ihr bekannte private Konkurrenzanbieter mit Kontaktdaten zu benennen.⁵⁸ Andernfalls würde auch dies einen

speziellen Fall der wettbewerbswidrigen Ausnutzung der hoheitlichen Stellung darstellen.⁵⁹

IV. Marktstörung

Veränderungen der Marktstruktur durch die wirtschaftliche Tätigkeit der Kammern im Wettbewerb können dann als wettbewerbswidrig qualifiziert werden, wenn es durch sie zu einer gemeinschaftsschädigenden Störung des Wettbewerbs, einer sog. Marktstörung, kommt.⁶⁰ Die Schwelle des § 3 Abs. 1 UWG ist dabei jedoch erst dann erreicht, wenn eine nicht unerhebliche Gefahr besteht, die Berufstätigkeit der Mitbewerber zu beeinträchtigen, oder der Bestand des Leistungswettbewerbs ernstlich gefährdet wird.⁶¹

Die Besonderheit der Fallgruppe der Marktstörung liegt darin, dass die Folgen für die Marktstruktur allein die Unlauterkeit begründen können, ohne dass es auf bestimmte Auswirkungen gegenüber Mitbewerbern, etc. ankommt.⁶² Ebenso wie in den anderen bereits aufgezeigten Fallgruppen sind nicht schon allein die Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit durch die Kammer oder die störende Beeinflussung der Marktverhältnisse als Wettbewerbsverstoß anzusehen. Vielmehr wohnt es dem Wettbewerb inne, dass durch bessere Konkurrenten die Wettbewerbsstellung eines anderen beeinträchtigt wird. Insofern ist wiederum eine Gesamtwürdigung der Handlung vorzunehmen, unter Abwägung der privaten Wettbewerbsfreiheit mit den öffentlichen Interessen.⁶³ Mit der Rechtsprechung des BGH ist die wirtschaftliche Betätigung staatlicher Institutionen unlauter, wenn sie außerhalb der öffentlichen Aufgaben liegt, auch wenn sie diesen nicht durch öffentlich-rechtliche Vorschriften untersagt sind.⁶⁴ Insofern wird das Wettbewerbsrecht durch die Grundrechte eingeschränkt und das öffentliche Recht und das Zivilrecht werden zu wechselseitigen Auffangordnungen.⁶⁵ Dies wird u.a. darin deutlich, dass eine Gefährdung des Leistungswettbewerbes als solche, regelmäßig mit einem Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Wettbewerbsfreiheit des Mitwettbewerbers verbunden ist und somit rechtfertigungsbedürftig wird.⁶⁶

V. Verletzung öffentlich-rechtlicher Normen

Schließlich kann sich die Wettbewerbswidrigkeit der wirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand auch aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Normen ergeben. Dabei muss jedoch in mehrfacher Hinsicht differenziert werden, sowohl zwischen Vorschriften, die gleichsam für private und staatliche Wettbewerber gelten, und solchen, die allein an die öffentliche Hand adressiert sind, als auch zwischen Regelungen, die den Marktzutritt und solchen, die das Verhalten auf dem Markt betreffen.

1. Unterschiedslos geltende Regelungen

Verstößt die öffentliche Hand gegen Normen, die gleichermaßen für private Wettbewerber gelten, so unterliegt sie auch der gleichen Bewertung wie diese.⁶⁷ Ob der Rechtsbruch dann auch eine unlautere geschäftliche Handlung darstellt, ist davon abhängig ob dieser unter § 4 Nr. 11 UWG subsumiert werden kann. Dies ist möglich, wenn die Vorschrift „auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln“.

2. Sonderrecht des Staates

Handelt es sich bei den öffentlich-rechtlichen Normen jedoch um Sonderrecht des Staates, also Regelungen, die allein das Handeln der öffentlichen Hand erfassen, muss differenzierter vorgegangen werden. Die öffentlich-rechtlichen Normen können sowohl das „ob“, als auch das „wie“ des Auftretens im Wettbewerb betreffen.⁶⁸

a) Marktzutrittsregelungen

Bezüglich der Beurteilung der Relevanz der Verletzung von Marktzutrittsregelungen für die Frage der Unlauterkeit einer geschäftlichen Handlung kam es einerseits durch eine Änderung in der Rechtsprechung, andererseits durch die UWG-Novelle 2004 zu einem Wandel der rechtlichen Beurteilung. Wurde in der Vergangenheit vertreten, dass auch eine Verstoß gegen Marktzutrittsregelungen vom Schutzbereich des UWG umfasst sein sollte,⁶⁹ änderte sich dies mit einer Grundsatzentscheidung des BGH⁷⁰ im Jahre 2002. Dieser hatte hervorgehoben, dass öffentlich-rechtliche Regelungen, die den Marktzutritt durch die öffentliche Hand verbieten oder einschränken im Falle ihrer Verletzung keinen Wettbewerbsverstoß darstellen, auch nicht wenn der Regelungszweck der Schutz der Privatwirtschaft vor Wettbewerb durch die öffentliche Hand war.⁷¹

Die Begründung zum Entwurf der UWG-Novelle 2004 geht jedoch von einer vermittelnden Lösung zwischen der weiten und der engen Auffassung aus. Danach soll die Einschränkung im Wortlaut des § 4 Nr. 11 UWG auf eine Vorschrift die „auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln“ Verstöße gegen Marktzutrittsregelungen nicht ausschließen. Insbesondere seien diese Verstöße laut Entwurfsbegründung dann erfasst, „wenn die Marktzutrittsregelung eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbes bezogene Schutzfunktion hat und somit auch zugleich das Marktverhalten regelt.“⁷² Als Beispiel dafür nennt der Entwurf die Vorschriften, die den Nachweis bestimmter fachlicher Fähigkeiten für bestimmte Tätigkeiten verlangen.⁷³ Bestätigt wird diese Ausle-

gung durch das „auch“ im Gesetzestext, aus dem hervorgeht, dass die Regelung nur auch das Marktverhalten betreffen muss. Insofern werden nur reine Marktzutrittsregelungen vom Rechtsbruchtatbestand ausgeschlossen, nicht jedoch solche die auch einen Bezug zum Marktverhalten aufweisen.⁷⁴ Dieser Mittelweg scheint aufgrund der Reduzierung der Weite der früheren Auffassung, sowie der Berücksichtigung der gegebenenfalls großen Auswirkungen von Marktzutrittsregelungen auf das Marktverhalten vorzugswürdig.⁷⁵ Zudem entsteht andernfalls ein erhebliches Rechtsschutzdefizit, da ein Unterlassen des Verstoßes gegen einen Teil der Marktzutrittsregelungen aufgrund fehlenden drittschützenden Charakters nicht vor der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die privaten Konkurrenten eingeklagt werden kann.⁷⁶

b) Marktverhaltensregelungen

Wenn die öffentlich-rechtlichen Normen zumindest auch den Zweck haben, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, ist ein Zuwiderhandeln nach § 3 iVm § 4 Nr. 11 UWG als unlautere geschäftliche Handlung anzusehen. Bloße Verwaltungsvorschriften können jedoch aufgrund fehlender Rechtsnormqualität (sie binden die Behörden grundsätzlich nur im Innenverhältnis) keine Marktverhaltensregelungen darstellen und ein Zuwiderhandeln somit keinen Wettbewerbsverstoß begründen.⁷⁷

c) Allgemeine Verwaltungsgrundsätze

Neben den ausdrücklichen Regelungen für das wirtschaftsrelevante Handeln der Kammern muss sich diese an die allgemeinen, aus der Verfassung abgeleiteten Verwaltungsgrundsätze halten, so z.B. das Gleichbehandlungsgebot, die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit sowie das Gebot der Rücksichtnahme.⁷⁸ Diese Grundsätze sind dann heranzuziehen, wenn öffentlich-rechtliche Normen einen Anknüpfungspunkt für den Schutz der Interessen der privaten Konkurrenten bieten.⁷⁹ Insofern gebietet z.B. § 1 Abs. 1 IHKG, der bestimmt, dass die Gesamtinteressen der Mitglieder sowie die gewerbliche Wirtschaft zu fördern sind, eine besondere Abwägung mit den Interessen der kammerzugehörigen Konkurrenten und Rücksichtnahme auf diese.⁸⁰ § 1 Abs. 1 IHKG stellt somit einen Anknüpfungspunkt für die erwähnten Grundsätze dar. Die Grundsätze betreffen dabei ebenso die Zulässigkeit des Marktzutritts als auch das Verhalten auf dem Markt, wobei der Einfluss auf letzteres in der verfassungskonformen Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, hier der Begriff der Lauterkeit in § 3 Abs. 1 UWG, begründet liegt.⁸¹ Beachtung erlangen sie dabei nicht nur im Rahmen des Rechts-

bruchtatbestandes, sondern ebenso innerhalb der anderen Fallgruppen.

3. Bedeutung dieser Fallgruppe

Die besondere Bedeutung dieser Fallgruppe liegt darin, dass mit ihr Normen in den § 3 UWG hineintransformiert werden können, die selbst keinen Drittschutz gewähren, dennoch objektiv verhaltenssteuernd für die öffentlichen Hand wirken.⁸² Dadurch wird das Lauterkeitsrecht weit geöffnet. Insofern ist eine Einschränkung hinsichtlich der für die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand relevanten Normgruppe der Marktzutrittsbeschränkungen hinnehmbar.

VI. Zwischenergebnis

Die aufgezeigten Fallgruppen für wettbewerbswidriges Handeln der öffentlichen Hand zeigen zunächst die Bandbreite der verschiedenen Vorteile, die die Staatlichkeit bieten kann und die im Wettbewerb zu Verfälschungen führen können. Um trotzdem die Freiheit und Lauterkeit des Wettbewerbs zu gewährleisten, wurden die angesprochenen Fallgruppen durch die Rechtsprechung und Literatur entwickelt und zum Teil im Rahmen der UWG-Novelle 2004 durch den Gesetzgeber normiert. Andererseits belegen sie in vielfältiger Weise die Beeinflussung des privaten Wettbewerbsrechts durch das öffentliche Recht, insbesondere der Verfassung.

Über die dargestellten Fallgruppen hinaus kann die öffentliche Hand aber auch andere exemplarisch von den §§ 4 bis 7 UWG erfasste, unlautere geschäftliche Handlungen begehen, wie etwa irreführende Werbung oder unzumutbare Belästigungen.⁸³ Bei diesen ist grundsätzlich nicht zwischen einem Wettbewerb unter privaten Wettbewerbern und solchen der öffentlichen Hand zu unterscheiden, außer einer in Grenzfällen vorzunehmenden Interessenabwägung unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Wettbewerbsfreiheit.⁸⁴

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Rechtfertigung einer an sich unlauter erscheinenden Handlung durch einen hinreichend gewichtigen öffentlichen Zweck möglich ist. Insofern können im Falle der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand die Vorgaben des UWG nicht gänzlich übernommen werden, sondern müssen hinsichtlich des die Kammer-tätigkeit legitimierenden öffentlichen Interesses modifiziert werden.⁸⁵ In der schließlich vorzunehmenden Abwägung ist ein Ausgleich zwischen der privaten und der staatlichen Wettbewerbsfreiheit zu finden, in dem sowohl die Kriterien des Lauterkeitsrechts aber auch die öffentlich-rechtlichen Vorgaben zu berücksichtigen sind.⁸⁶ Jedoch ist es dabei nicht möglich zugunsten der öffentlichen Hand das Gebot der Sparsamkeit in der Abwägung zu berück-

sichtigen, da dies erhebliche Wettbewerbsverzerrungen ermöglichen würde.⁸⁷

D) Urteil des BGH vom 22. April 2009

Nunmehr soll aufgezeigt werden, wie der BGH den eingangs geschilderten Fall des Unterlassens eines Hinweises auf konkurrierende private Bildungsangebote durch eine IHK nach den Maßstäben des UWG beurteilt hat. Um Ansprüche aus der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG für die klagende Konkurrentin ableiten zu können, muss die betreffende Verhaltensweise dem Unlauterkeitsgehalt der in den §§ 4 bis 7 UWG aufgeführten Beispiels- bzw. Anwendungsfällen für unlauteres Verhalten entsprechen.⁸⁸

Dazu führt der BGH aus, dass die IHK gegen die sich aus ihrer Doppelstellung als Prüfungsbehörde und erwerbswirtschaftliche Anbieterin von Prüfungsvorbereitungskursen ergebende Verpflichtung verstoßen hat, ihre amtliche Stellung nicht zur Förderung ihrer wirtschaftlichen Interessen zu missbrauchen. Sie hätte vielmehr bei Anfragen nach Vorbereitungskursen nicht allein über ihr eigenes Angebot informieren dürfen, sondern hätte Interessenten auch auf die Angebote privater Mitbewerber hinweisen müssen. Dies wird wie folgt begründet: Ein Wettbewerber ist normalerweise nicht verpflichtet, über Waren und Dienstleistungen von Mitbewerbern Angaben zu machen. Für die beklagte IHK gilt jedoch mit Blick auf ihre Doppelstellung als Prüfungsbehörde und Anbieterin von Lehrgängen zur Prüfungsvorbereitung ein anderer Maßstab. Eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die neben ihrer Prüfungstätigkeit Lehrgänge zur Vorbereitung anbietet, nimmt besonderes Vertrauen für sich in Anspruch. Die Personen, die am Besuch von Vorbereitungslehrgängen auf eine Prüfung interessiert sind, dürfen darauf vertrauen, von der IHK sachgerechte Auskünfte über entsprechende Veranstaltungen zu erhalten. Zumal die IHK im Rahmen ihrer örtlichen Prüfungszuständigkeit eine Monopolstellung inne hat (vgl. § 71 Abs. 2 Berufsbildungsgesetz). Die Kammer ist also aufgrund des ihr in ihrer amtlichen Funktion entgegengebrachten Vertrauens gehalten, Auskünfte objektiv und sachgerecht zu erteilen.⁸⁹

Darüber hinaus sei laut BGH zu beachten, dass die IHK schon durch ihre Stellung als Prüfungsbehörde einen gewissen Vorsprung im Wettbewerb habe, da sie so regelmäßig erster Anlaufpunkt für viele Prüfungsbewerber ist, und sich schon aus ihrer Prüfungstätigkeit heraus für viele auch für den Vorbereitungskurs empfehlen wird. Diesen Wettbewerbsvorsprung darf sie nicht durch das Unterlassen von Angaben über vergleichbare private Angebote verstärken. Die IHK muss insofern dafür Sorge tragen, dass den Interessenten

sowohl Informationen über die eigenen als auch über die Lehrgänge ihrer Mitbewerber zur Verfügung gestellt werden.⁹⁰ Somit stellte das Unterlassen der Benennung konkurrierender Anbieter einen Missbrauch der hoheitlichen Stellung dar, also ein wettbewerbswidriges, unlauteres Verhalten.

E) Fazit und Ausblick

Das Lauterkeitsrecht ist auf das wirtschaftliche Handeln der Kammern anwendbar. Dieses tritt dabei in mehreren Fallgruppen bei der Frage nach der Art und Weise des Auftretens am Markt in Wechselwirkungen mit den Kammergesetzen sowie dem Verfassungsrecht. Im Ergebnis muss sich der Staat im Falle von wettbewerbsrelevanten Handlungen also als Gleicher unter Gleichen an den Vorgaben des UWG messen lassen, mit der Besonderheit eventuell bestehender zusätzlicher Beschränkungen oder Verpflichtungen.⁹¹ Aus der besonderen Stellung der Kammern im Wettbewerb können mithin keine generellen Privilegien im Geltungsbereich des UWG abgeleitet werden, auch nicht aufgrund der Erfüllung öffentlicher Aufgaben.⁹²

Die Frage, ob die öffentliche Hand überhaupt mit der Privatwirtschaft konkurrieren darf, wird nicht nach dem Lauterkeitsrecht entschieden, sondern ist durch den Gesetzgeber mittels öffentlich-rechtlicher Marktzutrittsregelungen und die Verwaltungsgerichte zu entscheiden.⁹³ Die Konkretisierung der Kompetenzen der Kammern obliegt damit dem Kammerrecht.⁹⁴ Kritisch zu beurteilen ist, dass der Gesetzgeber bei den UWG-Novellen der letzten Jahre eine konsequente Normierung der aufgetretenen Fallgruppen für unlauteres geschäftliches Handeln staatlicher Institutionen unterlassen hat. Eine ausdrückliche Normierung von Ansprüchen und Grenzen für das Tätigwerden auf dem Markt würde der Konfliktvermeidung aber auch der Chancengleichheit – die das Wettbewerbsrecht durch Gewährleistung eines lautereren Wettbewerbs dienen soll – zwischen öffentlichen und privaten Wettbewerbern dienen.

⁵ *Karlin*, Konkurrentenschutz vor wirtschaftlichem Handeln der öffentlichen Verwaltung, 1997, S. 107f., 129. Dogmatische Betrachtung bei *Storr*, Der Staat als Unternehmer, 2001, S. 411ff.

⁶ BGH, Urt. v. 22. April 2009 - I ZR 176/06.

⁷ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010, BGBl. I S. 254.

⁸ Die mit der UWG-Novelle einhergehende Änderung des Wortlauts bringt keine Neuerungen für die rechtliche Beurteilung der Frage der Anwendbarkeit mit sich. Insofern können sowohl die Argumente der historischen Interpretation durch die Rechtsprechung als auch das Schrifttum zu den früheren Regelungen auf die aktuelle Fassung übertragen werden. So auch: *Schöbener*, (Fn. 2), Rn. 158.

⁹ „Geschäftliche Handlung“ iSd UWG bedeutet nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG: „jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens [...], bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrages über Waren und Dienstleistungen objektiv zusammenhängt; [...]“.

¹⁰ Vgl. BGHZ 82, 375, 395 mwN; zu den unterschiedlichen Argumentationssträngen hin zur Anwendbarkeit des UWG, teils als dem Tatbestand vorgelagerte Frage, die hier nicht ausführlich erörtert werden können, *Schliesky*, (Fn. 1), S. 278ff.

¹¹ BGH, WRP 1999, 1283, 1286; GemS OGB in BGHZ 102, 280, 285; *Köhler*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl. 2010, § 4, Rn. 13.11.

¹² *Schünemann*, (Fn. 3), S. 41, 46. Zum eingeschränkten Verständnis der amtlich-hoheitlichen Handlungen, etwa mit einer Reduktion auf solche hoheitlichen Aufgaben wie die Justiz- und Außenpolitik vgl. ebenda, S. 57-62 mwN.

¹³ BGH, GRUR 1971, 119; OLG Stuttgart, WRP 1983, 446; *Nordemann*, Wettbewerbsrecht, 10. Aufl. 2004, Rn. 104; *Schliesky*, (Fn. 1), S. 314f.

¹⁴ *Kluth/Voigt*, in: Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammerrechts 2002, 351, 384.

¹⁵ Ausführlich: *Alexander*, WRP 2004, 700, 704ff. Auch: *Köhler*, (Fn. 11), § 4, Rn. 13.18, 13.27; *Melullis*, WRP 1988, 228, 232.

¹⁶ Vgl. zur Anwendbarkeit des Vergaberechts auf Kammern *Heyne*, aktuelle stellungnahme 1/09. Bevor das noch recht junge Vergaberecht kodifiziert wurde, wurde die Nachfragetätigkeit mitunter strenger unter das Lauterkeitsrecht gefasst. Siehe dazu: *Schünemann*, (Fn. 3), S. 41, 56f.

¹⁷ Eine entsprechende Forderung des Bundesrates auch Marktzutrittsregelungen in den Rechtsbruchtatbestand nach § 4 Nr. 11 UWG einzubeziehen (BT-Drs. 15/1487, S. 31) hatte keinen Erfolg. *Karlin*, (Fn. 5), S. 15; *Stamer*, Rechtsschutz gegen öffentliche Konkurrenzwirtschaft, 2007, S. 49. Vgl. dazu unten Punkt C) V. 2. a).

¹ *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht – verhaltensbezogene Determinanten von wirtschaftsbezogenem Staatshandeln, 1997.

² Vgl. exemplarisch: BGH, NJW 2009, 3365ff.; *Schöbener*, in: Kluth (Hrsg.), Handbuch des Kammerrechts, 2. Aufl. 2011, § 14, Rn. 170.

³ *Schünemann*, in: Stober/Vogel (Hrsg.), Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, 2000, S. 41.

⁴ Ebenda.

¹⁸ Dazu ausführlich: *Storr*, (Fn. 5), S. 494; *Schliesky*, (Fn. 1), S. 304ff.; *Frenz*, WRP 2002, 1367, 1368f.

¹⁹ *Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, 1986, S. 129, 233, 457, 461. Argumentierend über die Gefahr des Unterlaufens der Dogmatik und Systematik des öffentlichen Rechts: *Brohm*, NJW 1994, 281, 287; *Gaa*, WRP 1997, 837, 839. Systematische Aufarbeitung und weitere Nachweise zu diesen Meinungen bei *Karlin*, (Fn. 5), S. 51ff.

²⁰ *Storr*, (Fn. 5), S. 493; *Schünemann*, (Fn. 3), S. 41, 55.

²¹ *Karlin*, (Fn. 5), S. 16; *Stoltherfoth*, in: FS Rittner, S. 695, 700.

²² BGHZ 68, 132; BGHZ 83, 52; OLG Koblenz, NVwZ 2002, 379; auch: *Piper*, GRUR 1986, 574, 578.

²³ *Kannengießer*, WuV 1998, 182, 184; *Schünemann*, WRP 2000, 1001, 1007; auch: *Kneymeyer*, WuV 2001, 1, 3. Jedoch mit der Einschränkung, dass die Rechtsbeziehungen untereinander nicht öffentlich-rechtlich ausgestaltet sein dürfen. Dazu: *Köhler*, (Fn. 11), § 4, Rn. 13.5.

²⁴ *Schünemann*, (Fn. 3), S. 41, 68. Zu zahlreichen weiteren vermeintlichen Vorteilen und dem gegenüber stehenden Nachteilen siehe: *Fehling*, in: Schwarze (Hrsg.), Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, 2001, S. 195.

²⁵ *Stamer*, (Fn. 17), S. 52; *Köhler*, NJW 2004, 2121, 2123. Vgl. auch: Begr. RegE UWG, BT-Drs. 15/1487, S. 19.

²⁶ Die unter dem Begriff der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht bekannte Konstruktion wurde bzgl. des § 1 UWG explizit durch das BVerfG festgestellt in: BVerfGE 32, 311, 318.

²⁷ *Schliesky*, (Fn. 1), S. 349.

²⁸ BGHZ 28, 54, 60; BGHZ 120, 320, 325. Besonders klarstellend für den Wettbewerb der öffentlichen Hand: *Köhler*, (Fn. 11), § 4, Rn. 13.32; *Kannengießer*, WuV 1998, 182, 198.

²⁹ *Stamer*, (Fn. 17), S. 54; *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2002, § 21, Rn. 52.

³⁰ *Köhler*, (Fn. 11), § 4, Rn. 13.33; *Kannengießer*, WuV 1998, 182, 198; *Piper*, GRUR 1986, 574, 579.

³¹ *Schliesky*, (Fn. 1), S. 379; *Karlin*, (Fn. 4), S. 151 mwN. Vgl. auch: RGZ 138, 174, 178; OLG Saarbrücken, WRP 1988, 328, 330.

³² *Schliesky*, (Fn. 1), S. 379.

³³ *Schliesky*, (Fn. 1), S. 379f.

³⁴ Z.B. § 6 Abs. 1 KAG LSA.

³⁵ *Schliesky*, (Fn. 1), S. 380.

³⁶ BGH, GRUR 1987, 116, 118; OLG Schleswig, GRUR 1996, 141, 142; *Köhler*, (Fn. 11), § 4, Rn. 13.34.

³⁷ *Köhler*, (Fn. 11), § 4, Rn. 13.35; *Kluth/Voigt*, (Fn. 14), 351, 388; *Ulmer*, ZHR 146 (1982), 466, 488.

³⁸ BGHZ 82, 375 überprüft insofern die gesetzlichen Grundlagen für die Selbstabgabe von Brillen durch die allgemeinen Ortskrankenkassen anhand von Art. 12 GG; *Köhler*, (Fn. 11), § 4, Rn. 13.35.

³⁹ *Kluth*, WuV 2000, 184, 206f.; *Schöbener*, (Fn. 2), Rn. 124 mwN.

⁴⁰ *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsbeteiligung, 1988, S. 101; *Ulmer*, ZHR 146 (1982), 466, 481f.; *Pöpel*, JA 1988, 127, 132f.

⁴¹ *Köhler*, (Fn. 11), § 4, Rn. 13.36.

⁴² *Köhler*, (Fn. 11), § 4, Rn. 13.36; *Schöbener*, (Fn. 2), Rn. 165 (insbes. Fn. 407).

⁴³ So aber: OLG Frankfurt/M., GewArch 2008, 492. A.A. *Schöbener*, (Fn. 2), Rn. 165 (Fn. 407).

⁴⁴ *Schünemann*, (Fn. 3), S. 41, 68.

⁴⁵ BGH, DVBl. 1964, 475, 477f.; vgl. auch: *Kluth/Voigt*, (Fn. 14), 351, 385 u. 387f. Wohl andere Ansicht mit Verweis auf § 8 Abs. 4 S. 2 MarkenG: *Schünemann*, (Fn. 3), S. 41, 68f.

⁴⁶ Vgl. LG Ellwangen, GRUR 1970, 37f.; *Karlin*, (Fn. 5), S. 154; a.A. BGH, GRUR 1973, 530, 531; *Ulmer*, ZHR 146 (1982), 466, 482.

⁴⁷ *Schliesky*, (Fn. 1), S. 357; *Schöbener*, (Fn. 2), Rn. 165; *Kluth/Voigt*, (Fn. 14), 351, 385.

⁴⁸ *Schliesky*, (Fn. 1), S. 359; *von Gamm*, WRP 1984, 303, 309; *Kluth/Voigt*, (Fn. 14), 351, 386. Vgl. auch: *Pöpel*, JA 1988, 127, 134.

⁴⁹ *Schliesky*, (Fn. 1), S. 359.

⁵⁰ OLG Karlsruhe, BB 1976, 101, 102; *Kluth/Voigt*, (Fn. 14), 351, 385.

⁵¹ Der Leistungsgrundsatz, oder auch Grundsatz des Leistungswettbewerbs genannt, meint, dass allein mit der Güte/Qualität und dem Preis bzw. der Preiswürdigkeit der angebotenen Leistung erworben wird (so: BGHZ 51, 237, 242).

⁵² *Schliesky*, (Fn. 1), S. 362.

⁵³ *Kluth/Voigt*, (Fn. 14), 351, 390; *Schöbener*, (Fn. 2), Rn. 169; *Ulmer*, ZHR 146 (1982), 466, 483f.

⁵⁴ So z.B. in der Bestattungsordner-Entscheidung des BHG, NJW 1987, 60 u. 62. Vgl. auch: *Storr*, (Fn. 5), S. 515.

⁵⁵ BHG, NJW 1987, 60; BGH, NJW 1987, 62; vgl. auch: BGH, GRUR 1956, 227; *Schöbener*, (Fn. 2), Rn. 170. *Kluth/Voigt*, (Fn. 14), 351, 393ff.

⁵⁶ Zum Standortvorteil der öffentlichen Hand im Wettbewerb ausführlich: *Hauck*, GRUR 2008, 665ff. mwN.

⁵⁷ *Kannengießer*, WuV 1998, 182, 198; *Schöbener*, (Fn. 2), Rn. 170.

⁵⁸ BGH, NJW 2009, 3365ff.; OLG Celle, GewArch 1997, 347f.; *Kannengießer*, WuV 1998, 182, 198.

⁵⁹ So bereits der Leitsatz zu BGH, NJW 2009, 3365ff. Insofern zeigt sich hierin ein Beispiel für die angesprochene Überschneidung der verschiedenen Fallgruppen.

⁶⁰ BGHZ 51, 236, 242ff.; BGHZ 81, 291, 295ff.; *Kluth*, (Fn. 40), S. 103f.; *Ulmer*, ZHR 146 (1982), 466, 499f.

⁶¹ BGHZ 82, 375, 396f.; *Diefenbach*, WuV 2003, 99, 103f.; *Schöbener*, (Fn. 2), Rn. 164.

⁶² *Kluth*, (Fn. 40), S. 103; vgl. auch: *Schmittat*, ZHR 148 (1984), 428, 440f.; *Kluth/Voigt*, (Fn. 14), 351, 391.

⁶³ *Kluth*, in: ders. Handbuch des Kammerrechts, 1. Aufl. 2005, Abschnitt I, Rn. 141; *Schliesky*, (Fn. 1), S. 399.

⁶⁴ BGHZ 82, 375, 397. Vgl. auch: *Kluth/Voigt*, (Fn. 14), 351, 392.

-
- ⁶⁵ *Storr*, (Fn. 5), S. 506ff.; *Schöbener*, (Fn. 2), Rn. 164; *Kluth*, WuV 2000, 184, 206f.
- ⁶⁶ Dieses Argument aus der Rechtsprechung des BGH heftig kritisierend *Schliesky*, (Fn. 1), S. 401ff.
- ⁶⁷ *Karlin*, (Fn. 5), S. 125.
- ⁶⁸ *Karlin*, (Fn. 5), S. 138f.; *Schünemann*, (Fn. 3), S. 41, 69.
- ⁶⁹ Diese Fallgruppe wurde auch unter dem Namen „Vorsprung durch Rechtsbruch“ bekannt, was auf die zusätzlich erforderlichen Kriterien eines Erfordernis des originären Bezugs der öffentlich-rechtlichen Norm zum Wettbewerb, oder eines aus dem Gesetzesverstoß auch tatsächlichen (Chancen-)Vorsprung am Markt hinweist. Vgl. dazu: *Karlin*, (Fn. 5), S. 125, 137; *Schliesky*, (Fn. 1), S. 389ff.; *Schünemann*, (Fn. 3), S. 41, 70f.
- ⁷⁰ BGH, GRUR 2002, 825.
- ⁷¹ Siehe auch: BGH, GRUR 2003, 164, 166; *Köhler*, (Fn. 11), § 4, Rn. 13.52; vgl. auch mit weiteren Argumenten *Scherer*, WRP 2006, 401, 405. A.A. *Gröning*, WRP 2002, 17; *Dreher*, ZIP 2002, 1648, 1649.
- ⁷² Begr. RegE UWG, BT-Drs. 15/1487, S. 19.
- ⁷³ Dazu auch: *Scherer*, WRP 2006, 401, 405.
- ⁷⁴ Dazu ausführlich: *Köhler*, GRUR 2004, 381, 385. Vgl. auch: *Hauck*, WRP 2006, 323, 327f.
- ⁷⁵ Ebenso: *Köhler*, NJW 2004, 2121, 2124; ähnlich: *Hauck*, GRUR 2008, 665, 668.
- ⁷⁶ So bereits in der Stellungnahme des Bundesrates zum RegE UWG, BT-Drs. 15/1487, S. 31. Auch: *Haslinger*, WRP 2002, 1023, 1028.
- ⁷⁷ BGH, GRUR 1984, 665, 667; BGH, GRUR 2009, 606, 607 Tz. 23; *Köhler*, (Fn. 11), § 4, Rn. 13.54 u. 11.27.
- ⁷⁸ *Kannengießer*, WuV 1998, 182, 199; *Schöbener*, (Fn. 2), Rn. 171.
- ⁷⁹ *Kannengießer*, WuV 1998, 182, 199.
- ⁸⁰ *Kannengießer*, WuV 1998, 182, 199.
- ⁸¹ *Schöbener*, (Fn. 2), Rn. 171.
- ⁸² *Schliesky*, (Fn. 1), S. 395.
- ⁸³ Zu diesen und weiteren Fallgruppen ausführlich: *Schliesky*, (Fn. 1), S. 365ff.
- ⁸⁴ *Köhler*, NJW 2004, 2121, 2124; *Schöbener*, (Fn. 2), Rn. 171.
- ⁸⁵ *Schliesky*, (Fn. 1), S. 405.
- ⁸⁶ Ähnlich auch: *Schliesky*, (Fn. 1), S. 405.
- ⁸⁷ Vgl. zur parallelen Argumentation im GWB; BGH, GRUR 2003, 633, 634; *Köhler*, (Fn. 11), § 4, Rn. 13.31; *Bunte*, WuW 1998, 1037, 1042f.
- ⁸⁸ BGH, Urt. v. 22. April 2009 - I ZR 176/06, Rn. 13.
- ⁸⁹ Ebenda, Rn. 17f. mwN.
- ⁹⁰ Ebenda, Rn. 19. So bereits in früheren Entscheidungen LG Hannover, 25 O 201/94, die darüber hinaus eine konkrete Angabe von Namen, Adresse und Telefonnummer des Konkurrenten auferlegten.
- ⁹¹ *Karlin*, (Fn. 5), S. 79f.
- ⁹² *Kluth/Voigt*, (Fn. 14), 351, 384; *Kannengießer*, WuV 1998, 182, 196.
- ⁹³ So auch: *Stamer*, (Fn. 17), S. 55.
- ⁹⁴ *Kluth*, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Kammerrechts, 1. Aufl. 2005, Abschnitt I, Rn. 123.
-