

Wettbewerbsverstöße durch Rechtsbruch

Dissertation

Zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät
der Universität Regensburg

vorgelegt von

Stefan Keck

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Jörg Fritzsche

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Hans-Jürgen Becker

Tag der mündlichen Prüfung: 13. Juli 2005

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	VIII
Literaturverzeichnis	XVII
Teil 1: Einleitung	1
Teil 2: Allgemeines zur Fallgruppe des Rechtsbruchs	2
Kapitel 1: Gesetzliche Verankerung durch die UWG-Reform.....	2
A) Ältere Rechtsprechung	2
B) Jüngere Rechtsprechung	4
Kapitel 2: Wettbewerbsrechtliche Ansprüche wegen Gesetzesverstößen	5
A) Wettbewerbshandlung	6
B) Weitere Tatbestandsmerkmale des § 3 UWG.....	7
Teil 3: Bestimmung der Unlauterkeit von Gesetzesverstößen	8
Kapitel 1: Auftretende Probleme bei der Feststellung der Unlauterkeit	9
A) Wann findet § 4 Nr. 11 UWG Anwendung?	10
B) Vorschriften außerhalb des Anwendungsbereichs des § 4 Nr. 11 UWG	10
I. Unlauterer Rechtsbruch neben § 4 Nr. 11 UWG denkbar?.....	10
II. Voraussetzungen für unlautere Rechtsbruchfälle nach § 3 UWG?	11
C) Unlauterkeit nach § 3 UWG aus anderen Gründen?	11
Kapitel 2: Gesetzesverstöße gemäß § 4 Nr. 11 UWG	12
A) Zuwiderhandlung gegen eine gesetzliche Vorschrift	12
I. Gesetzliche Vorschrift.....	13
II. Zuwiderhandlung	14
1. Begriffsbestimmung	14
2. Die Zuwiderhandlung Dritter	16

3. Vertrauensschutz bei unterschiedlicher Normenauslegung?.....	17
B) Funktion des Gesetzes, das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln	18
I. Regelung des Marktverhaltens.....	19
1. Definition.....	19
2. Beispiele für marktverhaltensregelnde Vorschriften.....	20
a) § 20 II Nr. 6 PflSchG und § 1 I Nr. 1 TextkennG.....	20
b) § 3 I 1 Nr. 1 LadschlG.....	21
c) Werbeverbote und § 7 I TabProdV	21
d) Verbraucherschutzvorschriften aus dem BGB.....	22
3. Gegenbeispiele	22
4. Bewertung von Verstößen gegen Marktzutrittsregelungen.....	24
a) Verhinderung rechtswidriger Marktzutritte nicht Aufgabe des UWG. 24	
b) Marktzutrittsvorschriften als Marktverhaltensregelungen?	24
aa) Argument der früheren Rechtsprechung.....	25
aaa) Doppelfunktion bei Missachtung gewichtiger Allgemeininteressen	26
bbb) Kritik	26
bb) Argument der h. M.	26
aaa) Doppelfunktion bei Erfordernis einer öffentlich-rechtlichen Erlaubnis	27
bbb) Kritik	27
(1) Abgrenzung zwischen Marktzutritt und Marktverhalten schwierig.....	28
(2) Öffentlich-rechtliche Erlaubnis kein brauchbares Indiz	28
cc) Eigene Bewertung.....	29
aaa) Doppelfunktion, wenn Verstoß nur durch ein Marktverhalten möglich	30

bbb) Beispiele für Vorschriften mit Doppelfunktion	31
ccc) Gegenbeispiele.....	32
dd) Zusammenfassung.....	33
c) Problem: rechtswidriger Marktzutritt und anschließendes Marktverhalten.....	34
aa) Argumentum a maiore ad minus.....	35
bb) Aber: mutmaßlicher Wille des Gesetzgebers nicht nachweisbar ...	36
II. Marktverhaltensregelnde Funktion.....	38
1. Marktverhaltensregelung und faktische Interessenberührung ausreichend?	39
2. Parallele zur Schutznormtheorie.....	41
3. Eindeutige Fälle.....	42
a) Tabakwerbeverbot	43
b) Vorschriften der Preisangabenverordnung.....	44
c) § 20 II Nr. 6 PflSchG und § 1 I Nr. 1 TextkennG	44
d) Jugendschutzvorschriften	44
e) Wettbewerbsrechtliche Vorschriften	45
f) § 49 IV 3 PBefG	46
4. Zweifelhafte Fälle.....	46
a) Wettbewerbsrechtliches Schutzsubjekt fraglich.....	47
b) Wettbewerbsrechtliche Schutzfunktion fraglich	48
c) Vorgehensweise zur Bestimmung des Schutzzwecks	49
aa) Gesetzeswerk im Gesamtbild	50
aaa) Zweckbeschreibung zu Beginn des Gesetzeswerkes	50
(1) § 36 S 1 TKG	51
(2) § 6 TKG und § 5 PostG	52
bbb) Offensichtliche Schutzzwecke der übrigen Vorschriften.....	53

(1) Sperrzeitregelung	54
(2) § 55 II GewO	55
(3) § 2 I GastG	55
(4) §§ 36 S 1, 6 I TKG.....	56
(5) § 4 I 1, II GPSG	56
bb) Negative Folgen beim Hinwegdenken der Vorschrift als Indiz für den Zweck	57
aaa) Bestimmung des Mindestgrades an Interessenbeeinträchtigung	58
(1) Generelle Bestimmung des Mindestgrades.....	59
- Hohe Interessenbeeinträchtigung von Nöten	59
■ Prinzip des freien Wettbewerbs.....	59
■ Schutz des Wettbewerbs durch Überwachung der öffentlichen Hand	60
- Verhinderung der Funktionslosigkeit des § 4 Nr. 11 UWG...	60
(2) Konkrete Bestimmung des Mindestgrades	61
- Interessenbeeinträchtigung der Mitbewerber	62
- Interessenbeeinträchtigung der Verbraucher.....	62
- Interessenbeeinträchtigung der sonstigen Marktteilnehmer...	63
bbb) Beispiele	64
(1) Vorschriften über allgemeine Ladenschlusszeiten.....	64
- Schutzfunktion zugunsten der Mitbewerber?.....	64
- Schutzfunktion zugunsten der Verbraucher?	65
(2) Sperrzeitregelung	66
(3) Vorschriften der Preisangabenverordnung	67
(4) Vorschriften des Kartellrechts	69
- Schutzfunktion zugunsten der Verbraucher?	69

- Schutzfunktion zugunsten der sonstigen Marktteilnehmer? ..	70
(5) Art 1 § 1 I 1 RBerG	71
(6) § 43 I 1 AMG	73
- Schutzfunktion zugunsten der Verbraucher?	73
- Schutzfunktion zugunsten der sonstigen Marktteilnehmer? ..	75
(7) § 1 II ApoG	76
d) Zusammenfassung für das Vorgehen bei zweifelhaften Fällen	76
5. Marktverhaltensregelnde Vorschriften ohne entsprechende Schutzfunktion	77
a) § 184 d StGB, § 120 I Nr. 1 OWiG	78
b) § 60 I HGB, § 112 I HGB, § 88 I AktG	79
c) Vorschriften zum Schutze des geistigen Eigentums	80
C) Sanktionskonkurrenz	80
D) Zusammenfassung von § 4 Nr. 11 UWG	82
Kapitel 3: Gesetzesverstöße, die nicht unter § 4 Nr. 11 UWG fallen.....	83
A) Unlauterer Rechtsbruch neben § 4 Nr. 11 UWG möglich?.....	83
I. § 4 Nr. 11 UWG als abschließende Regelung der Rechtsbruchfälle?	84
1. § 4 Nr. 11 UWG nur Beispielfall	84
2. Gesetzgeberischer Wille hinsichtlich § 4 Nr. 11 UWG	84
3. Rechtssicherheitsaspekt	85
II. Lösung	86
1. Einzelne Beispiele thematisch nicht abschließend geregelt	86
2. Verknüpfung der verschiedenen Positionen	87
a) Keine Umgehung des gesetzgeberischen Willens	87
b) Orientierung am Willen des Gesetzgebers	88
B) Fehlende Marktverhaltensregelung bzw. wettbewerbsrechtliche Schutzfunktion.....	89

I. Fehlende Marktverhaltensregelung.....	89
1. Jede denkbare Schutzfunktion zugunsten der Marktteilnehmer fehlt	90
a) § 3 StVO.....	91
aa) Schutzzweck	91
bb) Wettbewerbsrechtliche Einordnung eines Verstoßes.....	91
b) § 8 I JArbSchG, §§ 370 f AO.....	91
aa) Schutzzwecke	92
bb) Wettbewerbsrechtliche Einordnung eines Verstoßes.....	92
2. Schutzzweck zugunsten der Marktteilnehmer zufällig.....	93
3. Eine Schutzfunktion zugunsten der Marktteilnehmer liegt vor.....	94
a) Beispiele	94
aa) § 1 I 1 FIHG	94
bb) Art 87 I 1 BayGO	95
aaa) Meinungsstand	96
bbb) Entscheidung	96
b) Wettbewerbsrechtliche Einordnung eines Verstoßes.....	97
aa) Schutz auch gegen Marktverhalten?.....	97
aaa) Schutz auch gegen Marktverhalten grundsätzlich zu vermuten	98
bbb) Ausnahme: Nichtregelung des Marktverhaltens gewollt	99
bb) Ergebnis.....	100
II. Fehlender wettbewerbsrechtlicher Schutzzweck	101
1. Schwerer Verstoß ausreichend?	101
2. Schutz eines allgemeinen Interesses ausreichend?.....	102
a) Auch das Allgemeininteresse wird durch das UWG geschützt (§ 1 S 2 UWG).....	102
b) Entgegengesetzter Wille des Gesetzgebers	103
3. Ergebnis	104

C) Zusammenfassung für unlauteres Handeln durch Rechtsbruch nach § 3 UWG.....	104
Kapitel 4: Unlauterkeit nach §§ 3 ff. UWG aus anderen Gründen.....	105
A) Problemstellung.....	105
B) Lösung	106
Teil 4: Schlussbemerkung – Zusammenfassung	107

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
AG	Aktiengesellschaft
Ahrens	Ahrens, Der Wettbewerbsprozeß, 5. Auflage, 2005, Köln, Berlin, München
AktG	Aktiengesetz vom 6. 9. 1965
allg.	allgemein
Altenhoff/Busch/Chemnitz	Altenhoff/Busch/Chemnitz, Rechtsberatungsgesetz, 10. Auflage, 1993, Münster
AMG	Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. 12. 1998
AO	Abgabenordnung, in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 2002
ApoG	Gesetz über das Apothekenwesen (Apothekengesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. 10. 1980
Art	Artikel
BauGB	Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. 9. 2004
Baumbach/Hefermehl 22. Auflage	Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Auflage, 2001, München
Baumbach/Hefermehl	Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 23. Auflage, 2004, München
BayGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. 8. 1998
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (Jahr und Seite)
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BAZG	Bäckereiarbeitszeitgesetz vom 23. 7. 1969 bis 31. 10. 1996

BB	Der Betriebs-Berater (Jahr und Seite)
Beater	Beater, Unlauterer Wettbewerb, 2002, München
Bechtold	Bechtold, GWB-Kommentar, 3. Auflage, 2002, München
Beck'scher PostG	Beck'scher PostG-Kommentar (Postgesetz), 2. Auflage, 2004 München
Beck'scher TKG	Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Auflage, 2000, München
Berlit	Berlit, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage, 2004, München
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. 1. 2002
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band und Seite)
BImSchG	Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. 9. 2002
Boesche	Boesche, Wettbewerbsrecht, 2005, Heidelberg
BR	Bundesrat
BT	Bundestag
BuchPrG	Gesetz über die Preisbindung für Bücher (Buchpreisbindungsgesetz) vom 2. 9. 2002
Bunte	Bunte, Kartellrecht mit neuem Vergaberecht, 2003, München
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band und Seite)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts

	(Band und Seite)
bzw.	beziehungsweise
Canaris	Canaris, Handelsrecht, 23. Auflage, 2000, München
Deutsch/Lippert	Deutsch/Lippert, Kommentar zum Arzneimittelgesetz, 2001, Berlin, Heidelberg
d. h.	das heißt
Dommasch	Dommasch, Textilkennzeichnungsgesetz, 1972, Köln, Berlin, Bonn, München
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Jahr und Seite)
DVBbl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Jahr und Seite)
Ebenroth/Boujong/Joost	Ebenroth/Boujong/Joost, Handelsgesetzbuch, Band 1 (§§1 – 342 a), 2001, München
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. 9. 1994
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 2. 3. 1974
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
Ekey/Klippel	Ekey/Klippel/Kotthoff/Meckel/Platz, Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, 2005, Heidelberg
Emmerich Kartellrecht	Emmerich, Kartellrecht, 9. Auflage, 2001, München
Emmerich 6. Auflage	Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, 6. Auflage, 2002, München
Emmerich 7. Auflage	Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, 7. Auflage, 2004, München
etc.	et cetera
evtl.	eventuell
f.	folgende
Fezer	Fezer, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Band 1: §§ 1 – 4 UWG, 2005, München
ff.	fortfolgende
Fielitz/Grätz	Fielitz/Grätz, Personenbeförderungsgesetz –

	Kommentar zum gesamten
	Personenbeförderungsrecht, 2003, München
FlHG	Fleischhygienegesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 30. 6. 2003
Fritzsche	Fritzsche, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, 2000, Berlin, Heidelberg
FS	Festschrift
GastG	Gaststättengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. 11. 1998
GastV	bayerische Verordnung zur Ausführung des Gaststättengesetzes (Gaststättenverordnung) vom 22. 7. 1986
GewO	Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. 2. 1999
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949
Gloy/Loschelder	Gloy/Loschelder, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 3. Auflage, 2005, München
GPSG	Gesetz über technische Arbeitsmittel und Verbraucherprodukte (Geräte- und Produktsicherheitsgesetz) vom 6. 1. 2004
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr und Seite)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. 8. 1998
Hahn/Kortschak	Hahn/Kortschak, Lehrbuch der Umsatzsteuer, 8. Auflage, 2000, Berlin
Harte-Bavendamm/ Henning-Bodewig	Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2004, München
Heidelberger Kommentar	Heidelberger Kommentar, Wettbewerbsrecht, 2000, Heidelberg
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897
h. M.	herrschende Meinung

Hoffmann	Hoffmann, Gesetz über das Apothekenwesen, 1961, München, Berlin
Hoffmann/Seitter	Hoffmann/Seitter, Gaststättenrecht, 3. Auflage, 1985, Heidelberg
Holthöfer/Nüse/Franck	Holthöfer/Nüse/Franck, Pflanzenschutzgesetz, DDT-Gesetz, Höchstmengenverordnung, April 1973, Köln, Berlin, Bonn, München
Hölzl/Hien	Hölzl/Hien, Gemeindeordnung mit Landkreisordnung und Bezirksordnung, Stand: 30. Ergänzungslieferung, Juni 2002, München, Berlin
Hubmann/Götting	Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, 7. Auflage, 2002, München
Hübschmann/Hepp/Spitaler	Hübschmann/Hepp/Spitaler, Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung, VIII §§ 352 – 373 AO, 2003, Köln
Hübner	Hübner, Handelsrecht, 5. Auflage, 2004, Heidelberg
Hüffer	Hüffer, Aktiengesetz, 6. Auflage, 2004, München
i. d. R.	in der Regel
Immenga/Mestmäcker	Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar zum Kartellrecht, 3. Auflage, 2001, München
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Jahr und Seite)
Janiszewski/Jagow/ Burmam	Janiszewski/Jagow/Burmam, Straßenverkehrsrecht Kommentar, 18. Auflage, 2004, München
JArbSchG	Gesetz zum Schutze der arbeitenden Jugend (Jugendarbeitsschutzgesetz) vom 12. 4. 1976
JuSchG	Jugendschutzgesetz vom 23. Juli 2002
Kehl	Kehl, Wettbewerbsrecht, Studienreihe Recht, Band 11, 1990, Köln, Berlin, Bonn, München
Klein	Klein, Abgabenordnung – einschließlich Steuerstrafrecht, 7. Auflage, 2000, München
Kleine-Cosack	Kleine-Cosack, Rechtsberatungsgesetz, 2004, Heidelberg

Köhler/Piper	Köhler/Piper, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Auflage, 2002, München
LadschlG	Gesetz über den Ladenschluss in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. 6. 2003
Langen/Bunte	Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9. Auflage, 2001, Neuwied, Kriftel, Berlin
Lettl UWG	Lettl, Das neue UWG, 2004, München
Leipziger Kommentar	Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch Großkommentar, 10. Auflage, §§ 80 – 184 c bzw. §§ 263 – 302 a, 1988, Berlin, New York
LMBG	Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen (Lebensmittel- und Bedarfsgegenständengesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. 9. 1997
LT	Landtag des Freistaates Bayern
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz) vom 25. 10. 1994
Masson/Samper	Masson/Samper, Bayerische Kommunalgesetze, Stand: 73. Ergänzungslieferung, 2000, München
Metzner	Metzner, Gaststättengesetz, 6. Auflage, 2002, München
Michel/Kienzle	Michel/Kienzle, Das Gaststättengesetz, 13. Auflage, 1999, Köln, Berlin, Bonn, München
Münchener Kommentar	Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch – Allgemeiner Teil (§§ 1 – 240), 4. Auflage, 2001, München
Munzinger	Munzinger, missbräuchliche Preise, Preisbildungssysteme und Preisstrukturen nach § 22 GWB
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
Nordemann	Nordemann, Wettbewerbs- und Markenrecht, 9. Auflage, 2003, Baden-Baden

Nr.	Nummer
Oetker	Oetker, Handelsrecht, 4. Auflage, 2005, Berlin, Heidelberg
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. 2. 1987
Palandt	Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage, 2004, München
PAngV	Preisangabenverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. 10. 2002
PBefG	Personenbeförderungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. 8. 1990
Peine	Peine, Gesetz über technische Arbeitsmittel (Gerätesicherheitsgesetz), 3. Auflage, 2002, Köln, Berlin, Bonn, München
PflSchG	Gesetz zum Schutz der Kulturpflanzen (Pflanzenschutzgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. 5. 1998
PostG	Postgesetz vom 22. 12. 1997
RBerG	Rechtsberatungsgesetz vom 13 Dezember 1935
Rn.	Randnummer
Rosenthal	Rosenthal, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 9. Auflage, 1969, Berlin
S	Satz
S.	Seite
Schönke/Schröder	Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 26. Auflage, 2001, München
Schricker	Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, 1970, München
Schricker UrhG	Schricker, Urheberrecht, 2. Auflage, 1999, München
Schunder	Schunder, Das Ladenschlussgesetz – heute, 1994, München
StGB V	Sozialgesetzbuch Fünftes Buch – gesetzliche

	Krankenversicherung – vom 20. 12. 1988
SonntagsVerkVO	Verordnung über den Verkauf bestimmter Waren an Sonn- und Feiertagen vom 21. 12. 1957
StGB	Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. 11. 1998
Stober LadschlG	Stober, Ladenschlussgesetz – LSchlG –, 4. Auflage, 2000, Köln, Berlin, Bonn, München
StVO	Straßenverkehrs-Ordnung vom 16. 11. 1970
TabProdV	Tabakprodukt-Verordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. 11. 2002
Tettinger/Wank	Tettinger/Wank, Gewerbeordnung, 6. Auflage, 1999, München
TextkennG	Textilkennzeichnungsgesetz in der Fassung des Dritten Änderungsgesetzes vom 7. 8. 1972
TKG	Telekommunikationsgesetz vom 25. 7. 1996
TKG n. F.	Telekommunikationsgesetz vom 22. 7. 2004
Urt.	Urteil
UStG	Umsatzsteuergesetz 1999 in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. 6. 1999
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. 7. 2004
UWG a. F.	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in alter Fassung vom 7. 6. 1909
v.	vom
v. Gamm	v. Gamm, Kartellrecht, 2. Auflage, 1990, Köln, Berlin, Bonn, München
vgl.	vergleiche
Völker	Völker, Preisangabenrecht, 2. Auflage, 2002, München
Vorbem.	Vorbemerkung
VVP	bayerische Verordnung über das Verbot der Prostitution vom 26. 5. 1975
Widtmann/Graser	Widtmann/Graser, Bayerische Gemeindeordnung, Stand: 15. Ergänzungslieferung, 2004, München

Wiedemann	Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 1999, Lahnau, Dachau, Nördlingen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Jahr und Seite)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Jahr und Seite)
z. B.	zum Beispiel
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (Jahr und Seite)
Zmarzlik/Anzinger	Zmarzlik/Anzinger, Jugendarbeitsschutzgesetz, 4. Auflage, 1993, München
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Jahr und Seite)
z. T.	zum Teil

Literaturverzeichnis

Abhandlungen, Aufsätze:

Apostolopoulos, Einige Gedanken zur Auslegung der nationalen Generalklausel im Hinblick auf eine Vollharmonisierung des europäischen Lauterkeitsrechts, WRP 2005 S. 152 – 157

Borck, Vorläufige Anmerkungen zum „Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)“ vom 3. 7. 2004, WRP 2004 S. 1440 – 1445

Doepner, Unlauterer Wettbewerb durch Verletzung von Marktzutrittsregelungen?, WRP 2003 S. 1292 – 1301

Doepner, Unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch – Quo vadis?, GRUR 2003 S. 825 – 832

Dreher, Anmerkung zu BGH Urteil vom 25. 4. 2002 – I ZR 250/00, ZIP 2002 S. 1648 – 1651

Engels/Salomon, Vom Unlouterkeitsrecht zum Verbraucherschutz: UWG-Reform 2003, WRP 2004 S. 32 – 44.

Frenz, Kommunalwirtschaft außerhalb des Wettbewerbsrechts, WRP 2002 S. 1367 – 1371

Frenzel, Neukonzeption des Rechtsbruchstatbestands abgeschlossen, WRP 2004 S. 1137 – 1142

Gärtner/Heil, Kodifizierter Rechtsbruchtatbestand und Generalklausel – Zur Bedeutung des Marktbezugs im neuen UWG, WRP 2005 S. 20 – 24

Gröning, Kommunalrechtliche Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung der

Gemeinde und Drittschutz auf dem ordentliche Rechtsweg, WRP 2002 S. 17 – 27

Haslinger, Beihilfe- und steuerrechtliche Vorschriften als wettbezogene Vorschriften im Sinne des § 1 UWG?, WRP 2004 S. 58 – 62

Henning-Bodewig, Das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, GRUR 2004 S. 713 – 720

Hombrecher, Die Reform des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), JA 2004 S. 775 f.

Hösch, Öffentlicher Zweck und wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, DÖV 2000 S. 393 – 406

Jergolla, Das Ende der wettbewerbsrechtlichen Störerhaftung?, WRP 2004 S. 655 – 660

Köhler, Die „Bagatellklausel“ in § 3 UWG, GRUR 2005 S. 1 – 9

Köhler, Das neue UWG, NJW 2004 S. 2121 – 2127

Köhler, Der Rechtsbruchtatbestand im neuen UWG, GRUR 2004 S. 381 – 389

Köhler, Wettbewerbsverstoß durch rechtswidrigen Marktzutritt, GRUR 2001 S. 777 – 782

Köhler, Das neue kommunale Unternehmensrecht in Bayern, BayVBl. 2000 S. 1 – 12

Lettl, Der Schutz der Verbraucher nach der UWG-Reform, GRUR 2004 S. 449 – 461

Masson, Anmerkung zu BayVGH, Urt. v. 16. 1. 1959 Nr. 170 IV 55, BayVBl.

1959 S. 92 f.

Piper, Warenproduktion und Lauterkeitsrecht, WRP 2002 S. 1197 – 1204

Reich, Missbrauch der Missbrauchsaufsicht durch Preiskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen, ZRP 1975 S. 159 – 163

Sack, Gesetzwidrige Wettbewerbshandlungen nach der UWG-Novelle, WRP 2004 S. 1307 – 1320

Sack, Regierungsentwurf einer UWG-Novelle – ausgewählte Probleme, BB 2003 S. 1073 – 1081

Sack, Die wettbewerbsrechtliche Durchsetzung arbeitsrechtlicher Normen, WRP 1998 S. 683 – 692

Sack, Die lückenfüllende Funktion der Sittenwidrigkeitsklauseln, WRP 1985 S. 1 – 15

Schünemann, „Unlauterkeit“ in den Generalklauseln und Interessenabwägung nach neuem UWG, WRP 2004 S. 925 – 936

Stober, Die Auslegung des Ladenschlußgesetzes, GewArch 1982 S 1 – 12

Stolterfoht, Der Wettbewerbsrichter als Verwaltungsjurist – Erwägungen zum Vorsprung durch Rechtsbruch, in Festschrift für Fritz Rittner zum 70 Geburtstag: Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht, 1991, München, S. 695 – 715

Tettinger, Rechtsschutz gegen kommunale Wettbewerbsteilnahme, NJW 1998 S. 3473 f.

Ullmann, Das Koordinationssystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld von Europa und Deutschland, GRUR 2003 S. 817 – 825

Wrage, Verfolgung von GWB-Verstößen nach § 1 UWG?, WuW 1984 S. 548 – 562

Kommentare:

Altenhoff/Busch/Chemnitz, Rechtsberatungsgesetz, 10. Auflage, 1993, Münster

Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 23. Auflage, 2004, München

Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Auflage, 2001, München

Bechtold, GWB-Kommentar, 3. Auflage, 2002, München

Beck'scher PostG-Kommentar (Postgesetz), 2. Auflage, 2004 München

Beck'scher TKG-Kommentar (Telekommunikationsgesetz), 2. Auflage, 2000,
München

Deutsch/Lippert, Kommentar zum Arzneimittelgesetz, 2001, Berlin, Heidelberg

Dommasch, Textilkennzeichnungsgesetz, 1972, Köln, Berlin, Bonn, München

Ebenroth/Boujong/Joost, Handelsgesetzbuch, Band 1 (§§1 – 342 a), 2001,
München

Ekey/Klippel/Kotthoff/Meckel/Pläß, Heidelberger Kommentar zum
Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, 2005, Heidelberg

Fezer, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren
Wettbewerb (UWG), Band 1: §§ 1 – 4 UWG, 2005, München

Fielitz/Grätz, Personenbeförderungsgesetz – Kommentar zum gesamten

Personenbeförderungsrecht, 2003, München

Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb,
2004, München

Heidelberger Kommentar, Wettbewerbsrecht, 2000, Heidelberg

Hoffmann, Gesetz über das Apothekenwesen, 1961, München, Berlin

Hoffmann/Seitter, Gaststättenrecht, 3. Auflage, 1985, Heidelberg

Holthöfer/Nüse/Franck, Pflanzenschutzgesetz, DDT-Gesetz,
Höchstmengenverordnung, April 1973, Köln, Berlin, Bonn, München

Hölzl/Hien, Gemeindeordnung mit Landkreisordnung und Bezirksordnung, Stand:
30. Ergänzungslieferung, Juni 2002, München, Berlin

Hübschmann/Hepp/Spitaler, Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung, VIII
§§ 352 – 373 AO, 2003, Köln

Hüffer, Aktiengesetz, 6. Auflage, 2004, München

Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar zum Kartellrecht, 3. Auflage, 2001,
München

Janiszewski/Jagow/Burmann, Straßenverkehrsrecht Kommentar, 18. Auflage,
2004, München

Klein, Abgabenordnung – einschließlich Steuerstrafrecht, 7. Auflage, 2000,
München

Kleine-Cosack, Rechtsberatungsgesetz, 2004, Heidelberg

Köhler/Piper, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Auflage, 2002,

München

Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9. Auflage, 2001, Neuwied, Kriftel, Berlin

Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch Großkommentar, 10. Auflage, §§ 80 – 184 c, 1988, Berlin, New York

Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch Großkommentar, 10. Auflage, §§ 263 – 302 a, 1988, Berlin, New York

Masson/Samper, Bayerische Kommunalgesetze, Stand: 73. Ergänzungslieferung, 2000, München

Metzner, Gaststättengesetz, 6. Auflage, 2002, München

Michel/Kienzle, Das Gaststättengesetz, 13. Auflage, 1999, Köln, Berlin, Bonn, München

Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch – Allgemeiner Teil (§§ 1 – 240), 4. Auflage, 2001, München

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage, 2004, München

Peine, Gesetz über technische Arbeitsmittel (Gerätesicherheitsgesetz), 3. Auflage, 2002, Köln, Berlin, Bonn, München

Rosenthal, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 9. Auflage, 1969, Berlin

Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 26. Auflage, 2001, München

Schricker, Urheberrecht, 2. Auflage, 1999, München

Stober, Ladenschlussgesetz – LSchlG –, 4. Auflage, 2000, Köln, Berlin, Bonn,

München

Tettinger/Wank, Gewerbeordnung, 6. Auflage, 1999, München

v. Gamm, Kartellrecht, 2. Auflage, 1990, Köln, Berlin, Bonn, München

Völker, Preisangabenrecht, 2. Auflage, 2002, München

Widmann/Graser, Bayerische Gemeindeordnung, Stand: 15.
Ergänzungslieferung, 2004, München

Zmarzlik/Anzinger, Jugendarbeitsschutzgesetz, 4. Auflage, 1993, München

Lehrbücher:

Ahrens, Der Wettbewerbsprozeß, 5. Auflage, 2005, Köln, Berlin, München

Beater, Unlauterer Wettbewerb, 2002, München

Berlit, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage, 2004, München

Boesche, Wettbewerbsrecht, 2005, Heidelberg

Bunte, Kartellrecht mit neuem Vergaberecht, 2003, München

Canaris, Handelsrecht, 23. Auflage, 2000, München

Emmerich, Kartellrecht, 9. Auflage, 2001, München

Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, 6. Auflage, 2002, München

Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, 7. Auflage, 2004, München

Fritzsche, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, 2000, Berlin,
Heidelberg

Gloy/Loschelder, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 3. Auflage, 2005, München

Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, 7. Auflage, 2002, München

Hahn/Kortschak, Lehrbuch der Umsatzsteuer, 8. Auflage, 2000, Berlin

Hübner, Handelsrecht, 5. Auflage, 2004, Heidelberg

Kehl, Wettbewerbsrecht, Studienreihe Recht, Band 11, 1990, Köln, Berlin, Bonn,
München

Lettl, Das neue UWG, 2004, München

Munzinger, missbräuchliche Preise, Preisbildungssysteme und Preisstrukturen
nach § 22 GWB

Nordemann, Wettbewerbs- und Markenrecht, 9. Auflage, 2003, Baden-Baden

Oetker, Handelsrecht, 4. Auflage, 2005, Berlin, Heidelberg

Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, 1970, München

Schunder, Das Ladenschlussgesetz – heute, 1994, München

Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 1999, Lahnau, Dachau, Nördlingen

Wettbewerbsverstöße durch Rechtsbruch

Teil 1: Einleitung

Unternehmer stehen beim Kampf um Kunden mit ihrer Konkurrenz laufend in einem Wettbewerb. Jeder bedient sich dabei verschiedener Mittel und Wege, um den eigenen Gewinn möglichst zu maximieren. Wenn jedoch der Wettbewerb, also das sich Bewerben mit anderen um die Wette¹, nicht einer gewissen Kontrolle unterliegt, ist die Gefahr groß, dass dieser aus dem Rahmen fällt und somit Personen am Markt zu Schaden kommen. Aus diesem Grund bestimmt das UWG, dass bestimmte Verhaltensweisen auf dem Markt als unlauter anzusehen sind. Unlautere Verhaltensweisen können in unterschiedlicher Weise vorkommen und eine wettbewerbsrechtliche Haftung auslösen.

Eine stets in der Diskussion stehende Thematik hierbei ist die Frage, inwieweit Gesetzesverstöße aller Art den Wettbewerb beeinträchtigen können. Es sind verschiedenartige Normverstöße im Wettbewerb denkbar und kommen dort auch täglich vor. Nicht jede Zuwiderhandlung gegen eine gesetzliche Vorschrift ist aber wettbewerbswidrig, mag sie auch moralisch noch so verwerflich sein.² Es kann nämlich nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts sein, sämtliche Gesetzesverstöße im Zusammenhang mit Wettbewerbshandlungen wettbewerbsrechtlich zu sanktionieren.³

Vor der UWG-Reform im Jahr 2004 hat der BGH alle aus seiner Sicht denkbaren unlauteren Handlungsweisen in bestimmte Fallgruppen zusammengefasst und seine Rechtsprechung diesbezüglich laufend verändert. Gerade die Fallgruppe des Rechtsbruchs hat einen solchen Wandel erfahren. Eine derartig dynamische Rechtsprechung resultierte aus der Tatsache, dass sich die verschiedenen Fallgruppen lediglich an der Generalnorm des § 1 UWG a. F. und hierbei speziell am Tatbestandsmerkmal des Verstoßes gegen die guten Sitten orientierten.

Jedoch hat der Gesetzgeber durch die UWG-Reform, die hauptsächlich den Zweck hatte, nach der Aufhebung der Zugabeverordnung und des Rabattgesetzes die Liberalisierung des Wettbewerbs weiter voranzutreiben⁴, eine Vielzahl der sich über einen Zeitraum von nahezu 100 Jahren entwickelten richterrechtlichen

¹ Baumbach/Hefermehl 22. Auflage Allg. Rn. 1.

² Beater § 12 Rn. 18.

³ BT-Drucksache 15/1487 S. 19.

⁴ BT-Drucksache 15/1487 S. 12.

Fallgruppen im UWG normiert. Darunter befand sich auch die Fallgruppe des Rechtsbruchs, die also nun einen festen Tatbestand hat.

Es soll im Rahmen dieser Arbeit gezeigt werden, dass trotz dieser Kodifizierung weiterhin Anlass für Diskussionen um die wettbewerbsrechtliche Erfassung von Gesetzesverstößen besteht. Die Antwort auf die Frage, wann Normverstöße als unlauter anzusehen sind, wurde z. T. nämlich nur scheinbar erleichtert. Die Probleme treten nun vorrangig, aber nicht ausschließlich bei der Subsumtionsarbeit auf.

Teil 2: Allgemeines zur Fallgruppe des Rechtsbruchs

Kapitel 1: Gesetzliche Verankerung durch die UWG-Reform

Die Fallgruppe des Wettbewerbsverstoßes durch Rechtsbruch ist seit der UWG-Reform in § 4 Nr. 11 UWG zumindest angesprochen. Die Norm lautet wie folgt:

Unlauter im Sinne von § 3 UWG handelt insbesondere, wer...einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

Für den Gesetzgeber war der Hauptgrund für die Schaffung gerade dieser Regelung das Ergebnis einer langjährigen Rechtsprechungsentwicklung zur Fallgruppe des Rechtsbruchs:

A) Ältere Rechtsprechung

Für die Rechtsprechung war lange Zeit weniger entscheidend, ob die verschiedenen Vorschriften irgendeinen Wettbewerbsbezug hatten. Sie hat hauptsächlich danach differenziert, ob das verletzte Gesetz wertbezogen oder wertneutral gewesen ist. Wertbezogene Normen waren solche, die entweder selbst Ausdruck einer sittlichen Anschauung sind oder die überragend wichtige Gemeinschaftsgüter schützen.⁵ Die übrigen Vorschriften waren wertneutral. Wertbezogene Normen im Sinne der Rechtsprechung waren z. B. Normen des AMG⁶ sowie Vorschriften des LMBG⁷. Eine per se-Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG a. F. wurde bei Zuwiderhandlung gegen ein Gesetz i. d. R. dann

⁵ Emmerich 6. Auflage S. 313 ff.

⁶ BGH, Urt. v. 7. 12. 2000 – I ZR 158/98, WRP 2001, 542, 545 f. (Franzbranntwein-Gel).

⁷ BGH, Urt. v. 9. 12. 1993 – I ZR 276/91, GRUR 1994, 304, 305 (Zigarettenwerbung in Jugendzeitschriften).

angenommen, wenn gegen eine wertbezogene Vorschrift verstoßen wurde.⁸ Es genügte also schon, dass der Wettbewerb generell unter Missachtung gewichtiger Interessen der Allgemeinheit stattfand.⁹ Bei einer Zuwiderhandlung gegen eine wertneutrale Norm mussten für die Begründung eines sittenwidrigen Handelns zusätzliche, die Unlauterkeit begründende Umstände hinzutreten.¹⁰ Insbesondere verlangte die Rechtsprechung, dass sich der Wettbewerber durch den Gesetzesverstoß bewusst und planmäßig einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern verschaffte oder zu verschaffen suchte.¹¹

Es fehlten für eine Unterscheidbarkeit nach diesen beiden Kategorien jedoch schlichtweg geeignete Kriterien. Die Gerichte nahmen somit vielfach eine Differenzierung ohne genauere Begründung vor. So wurden beispielsweise Vorschriften der PAngV als wertneutrale Ordnungsvorschriften eingestuft.¹² Vertretbar ist jedoch ebenso, diese Normen als wertbezogen anzusehen, da sie das Wettbewerbsverhalten ordnen und insoweit bestimmen, was nach der maßgeblichen Rechtsmoral gerecht und billig ist.¹³ Aufgrund dieser Willkür bei der Einordnung in wertbezogene und wertneutrale Vorschriften wurde die Rechtsprechung damals z. T. stark kritisiert.¹⁴ Die Tatsache, dass die Rechtsprechung das Tatbestandsmerkmal der guten Sitten nicht wettbewerbsbezogen auslegte, erschien sehr bedenklich. Die praktische Anwendung des Wettbewerbsrechts orientierte sich mehr an sittlichen Maßstäben und Anstandsgefühlen als an wettbewerbsbezogenen Wertungen.¹⁵ Die starre Schematisierung wurde dem Sinn und Zweck des Wettbewerbsrechts als einer elastisch auf den Einzelfall eingehenden Normierung nicht gerecht.¹⁶

⁸ BGH, Urt. v. 9. 10. 1986 – I ZR 138/84, BGHZ 98, 130, 136 (Ergänzung zu dem Senatsurteil v. 7. Oktober 1983, V ZR 261/81, NJW 1984, 479, 480); BGH, Urt. v. 3. 12. 1998 – I ZR 119/96, BGHZ 140, 134, 138 (Hormonpräparate); BGH Urt. v. 15. 7. 1999 – I ZR 14/97, BGHZ 142, 192, 197 (Entfernung der Herstellungsnummer).

⁹ Köhler/Piper – Piper § 1 Rn. 727.

¹⁰ Heidelberger Kommentar – Kotthoff § 1 Rn. 619; Baumbach/Hefermehl 22. Auflage § 1 Rn. 611.

¹¹ BGH, Urt. v. 6. 10. 1972 – I ZR 138/71, GRUR 1973, 212, 213 (Minicar-Nummerierung); BGH, Urt. v. 18. 5. 1973 – I ZR 31/72, GRUR 1973, 655, 657 (Möbelauszeichnung); BGH, Urt. v. 9. 11. 1973 – I ZR 126/72, GRUR 1974, 281, 282 (Clipper); BGH, Urt. v. 7. 11. 1980 – I ZR 160/78, GRUR 1981, 424, 425 (Tag der offenen Tür II).

¹² BGH, Urt. v. 23. 5. 1991 – I ZR 265/89, GRUR 1991, 847, 848 (Kilopreise II); BGH, Urt. v. 6. 6. 1991 – I ZR 291/89, GRUR 1991, 845, 846 (Nebenkosten).

¹³ Sack, WRP 1998, 683, 684.

¹⁴ Emmerich 6. Auflage S. 312; Köhler/Piper – Piper § 1 Rn. 731; Nordemann S. 244.

¹⁵ Beater § 27 Rn 10 i. V. m. § 12 Rn. 12.

¹⁶ Schrickler S. 242.

Eine Literaturansicht schlug sogar vor, jede Gesetzesverletzung gleichzeitig als sittenwidrig zu behandeln. Dies wurde damit begründet, dass eine Norm stets das bestimme, was im Rechtsverkehr Sitte sein soll.¹⁷ Diese Meinung ließ jedoch eine dem Wettbewerbsrecht gerecht werdende Auslegung des Sittenwidrigkeitsbegriffs ebenso vermissen. Dieser Einschätzung wurde deshalb auch zu Recht überwiegend nicht gefolgt. Denn viele Normen dienen ausschließlich außerwettbewerblichen Zwecken. Die Sanktionen für einen Verstoß gegen diese Vorschriften sollten sich deshalb nach den für diese Funktionsbereiche getroffenen Regelungen bestimmen.¹⁸ Bei anderer Beurteilung wäre der Anwendungsbereich des § 1 UWG a. F. so groß gewesen, dass dies im Ergebnis die Zulassung einer Popularklage von Konkurrenten und Verbänden bedeutet hätte.¹⁹

Richtigerweise versuchte eine Ansicht in der Literatur schon damals die Normen danach aufzugliedern, ob sie einen Schutzzweck innehaben, der – wenigstens teilweise – mit dem des UWG übereinstimmt oder nicht.²⁰ Dieser Gedanke wurde einer funktionsbezogenen, also wettbewerbsrechtlichen Auslegung des Tatbestandsmerkmals der guten Sitten am ehesten gerecht.

B) Jüngere Rechtsprechung

Erst seit jüngerer Rechtsprechung wurde nicht mehr zwischen wertneutralen und wertbezogenen Normen unterschieden. Vielmehr musste ein Gesetz, wenn ein Wettbewerbsverhalten gegen dieses verstoßen hat, dem Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter wie dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung dienen, damit eine Sittenwidrigkeit im Sinne des § 1 UWG a. F. impliziert wurde. Hatte das Gesetz jedoch kein wichtiges Gemeinschaftsgut geschützt oder war der Gesetzesverstoß dem wettbewerblichen Handeln vorausgegangen oder erst nachgefolgt, reichte auch ein systematisches Zuwiderhandeln allein nicht mehr aus, um das Wettbewerbsverhalten als wettbewerbswidrig zu qualifizieren. So wurden z. B. Verstöße gegen Vorschriften des BImSchG vom BGH wettbewerbsrechtlich nicht mehr beanstandet, weil diese dem eigentlichen wettbewerblichen Handeln vorausgehen und damit mit diesem lediglich in einem mehr oder weniger engen Zusammenhang stehen. Für einen Wettbewerbsverstoß sei aber zudem erforderlich, dass der beanstandete Normverstoß auch in seinem

¹⁷ Sack, WRP 1985, 1, 10.

¹⁸ Stolterfoht, FS für Rittner S. 695, 702.

¹⁹ Emmerich 6. Auflage S. 311.

²⁰ Schrickler S. 252; Emmerich 6. Auflage S. 313; später noch Beater § 27 Rn. 6.

Bezug zum Wettbewerbsgeschehen als sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG a. F. anzusehen ist. Den erforderlichen sittenwidrigen Bezug der Normverletzung zum Wettbewerbsgeschehen erkannte der BGH in diesem Fall jedoch nicht.²¹ Ferner sah der BGH in einer weiteren Entscheidung eine Verletzung des Art 87 BayGO, der bayerischen Gemeinden Grenzen für die Aufnahme einer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit setzt, nicht als Wettbewerbsverstoß an. Hierbei wurde vom BGH die Formel entwickelt, dass ein Gesetzesverstoß das Wettbewerbsverhalten erst dann wettbewerbswidrig mache, wenn die verletzte Norm zumindest eine sekundäre wettbewerbsbezogene Schutzfunktion hatte.²²

Dieser Gedanke ist auch Grundlage für die Regelung des § 4 Nr. 11 UWG im Rahmen der UWG-Reform gewesen²³, wobei es erstens nun gar nicht mehr darauf ankommt, ob das Gesetz dem Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter dient. Dies ist auch zu befürworten, da die Frage nach der Wichtigkeit eines Rechtsguts nichts über dessen Wettbewerbsbezug aussagt und dessen Schutz folglich nicht allein deshalb Aufgabe des Wettbewerbsrechts sein kann.²⁴ Zweitens ist an die Stelle der Formel, wonach die betreffende Vorschrift eine „zumindest sekundäre Schutzfunktion zu Gunsten des Wettbewerbs“ haben muss, der Begriff des Marktverhaltens getreten²⁵ und zusätzlich erforderlich, dass das Gesetz eine Schutzfunktion zugunsten der Marktteilnehmer hat. Die vom BGH entwickelte Formulierung war nicht griffig genug, weswegen diese auch so nicht in § 4 Nr. 11 UWG aufgenommen wurde.

Kapitel 2: Wettbewerbsrechtliche Ansprüche wegen Gesetzesverstößen

Ein rechtsbrüchiges Verhalten kann wettbewerbsrechtliche Ansprüche nach dem UWG auslösen. Diese sind in den §§ 8 ff. UWG normiert. Nach § 8 I UWG kann ein Beseitigungsanspruch von den nach § 8 III UWG Berechtigten geltend gemacht werden, bei Wiederholungsfahr oder Drohung einer auch erstmaligen Zuwiderhandlung besteht ein Unterlassungsanspruch. Bei Verschulden kann der geschädigte Mitbewerber seinen Schaden nach § 9 UWG ersetzt verlangen. Da wettbewerbsrechtliche Ansprüche gemäß § 11 I UWG bereits nach 6 Monaten verjähren, ist jedoch eine Bezifferung des aus einem Wettbewerbsverstoß

²¹ BGH, Urt. v. 11. 5. 2000 – I ZR 28/98, GRUR 2000, 1076, 1078 f. (Abgasemissionen).

²² BGH, Urt. v. 25. 4. 2002 – I ZR 250/00, GRUR 2002, 825 ff. (Elektroarbeiten).

²³ BT-Drucksache 15/1487 S. 19.

²⁴ Köhler, GRUR 2004, 381, 382.

²⁵ Baumbach/Hefermehl – Köhler § 4 Rn. 11.5.

resultierenden Schadens häufig nicht rechtzeitig möglich. Aus diesem Grund besteht die Möglichkeit, eine Schadensersatzfeststellungsklage zu erheben, mit der die Feststellung begehrt wird, dass der Verletzer zum Ersatz sämtlicher aus dem Wettbewerbsverstoß erwachsenden und zukünftig entstehenden Schäden verpflichtet ist. In der Praxis wird eine Unterlassungs- mit einer Schadensersatzfeststellungsklage häufig verbunden, um den Beklagten dazu zu veranlassen, im Wege des Vergleichs gegen einen Verzicht auf Schadensersatz den Unterlassungsanspruch unter gleichzeitiger Kostenübernahme anzuerkennen.²⁶ Daneben kann der Schuldner bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen auch dem Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 I UWG ausgesetzt sein. Grundvoraussetzung für die Geltendmachung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche ist immer, dass der Tatbestand des § 3 UWG erfüllt ist.

A) Wettbewerbshandlung

Zunächst einmal ist zwingend erforderlich, dass der Gesetzesverstoß eine in § 2 Nr. 1 UWG definierte Wettbewerbshandlung darstellt oder zumindest mit einer solchen im Zusammenhang steht.

Durch das Erfordernis einer Wettbewerbshandlung wird das Wettbewerbsrecht vom allgemeinen Deliktsrecht abgegrenzt.²⁷ Unter diesen Begriff fällt jede Handlung einer Person mit dem Ziel, zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens den Absatz oder den Bezug von Waren oder die Erbringung oder den Bezug von Dienstleistungen einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern. Legt man den reinen Wortlaut der Definition der Wettbewerbshandlung nach § 2 I Nr. 1 UWG zu Grunde, käme es also nur auf den subjektiven Willen bei der Handlung an. Die Definition der Wettbewerbshandlung in § 2 I Nr. 1 UWG ist jedoch zu weit geraten.²⁸ Der Gesetzgeber wollte nämlich für die Beantwortung der Frage, ob ein Verhalten nach wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten als lauter oder unlauter zu qualifizieren ist, logisch vorgeordnet zunächst klären, ob überhaupt ein wettbewerblicher Tatbestand gegeben ist.²⁹ Ein solcher Tatbestand liegt jedoch nur vor, wenn die Handlung auch schon tatsächliche Auswirkungen auf den Wettbewerb haben kann. Man sollte also die Geeignetheit der Handlung, den eigenen oder fremden Absatz zu fördern, im Sinne

²⁶ Ahrens – Loewenheim S. 1369.

²⁷ Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig – Keller § 2 Rn. 2.

²⁸ Sack, WRP 2004, 1307, 1318.

²⁹ BT-Drucksache 15/1487 S. 16.

der früheren Rechtsprechung³⁰ verlangen. Rein innerbetriebliche Handlungen bzw. Gesetzesverstöße, die noch keine Außenwirkung entfalten, und Handlungen, die als solche den Wettbewerb noch gar nicht berühren, sollen also hiervon nicht erfasst sein, selbst wenn diese schon in der Absicht getätigt werden, sich später einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen.³¹ In diesen Fällen folgt nämlich die eigentliche Wettbewerbshandlung, die einzig für den Markt maßgebend ist, erst später.

Eine Wettbewerbshandlung setzt nicht zwingend ein aktives Tun voraus, sondern kann auch in einem Unterlassen bestehen. Dies ist im Zusammenhang mit den Rechtsbruchsfällen dann relevant, wenn das Gesetz gerade ein Handeln vorschreibt und ein Verstoß nur durch ein Unterlassen möglich ist (z. B. § 36 TKG).

B) Weitere Tatbestandsmerkmale des § 3 UWG

Ferner ist zu klären, ob der Gesetzesverstoß als Wettbewerbshandlung unlauter ist. Unlauter sind alle Handlungen, die den anständigen Gepflogenheiten in Handel, Gewerbe, Handwerk oder selbständiger beruflicher Tätigkeit zuwiderlaufen.³² Der Gesetzgeber wollte das UWG durch die Präzisierung der Generalklausel des § 3 UWG transparenter gestalten und hat daher Beispielsfälle für unlauteres Handeln vorgegeben.³³ Geht es um die Frage der Unlauterkeit aufgrund einer Gesetzesverletzung, ist der Beispielstatbestand des § 4 Nr. 11 UWG heranzuziehen.

Der Gesetzesverstoß muss schließlich geeignet sein, den Wettbewerb zum Nachteil der Marktteilnehmer (§ 2 Nr. 2 UWG) nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen, damit der unlautere Gesetzesverstoß gemäß § 3 UWG insgesamt als wettbewerbsrechtlich unzulässig gewertet werden kann. Die Verfolgung von bloßen Bagatellfällen soll ausgeschlossen sein, weil zum einen eine sachlich nicht gebotene Inanspruchnahme der Gerichte verhindert werden soll und zum anderen kein schutzwürdiges Interesse an der Verfolgung von Bagatellfällen besteht.³⁴ Da die Formulierung in § 3 UWG eine andere ist als bei der Beschränkung der

³⁰ BGH, Urt. v. 26. 10. 1951 – I ZR 8/51, BGHZ 3, 270, 277; BGH, Urt. v. 20. 12. 1955 – I ZR 24/54, BGHZ 19, 299, 303; BGH, Urt. v. 16. 12. 1982 – I ZR 163/80, GRUR 1983, 374, 375 (Spendenbitte).

³¹ Baumbach/Hefermehl – Köhler § 2 Rn. 23; Emmerich 7. Auflage S. 45 f.

³² BT-Drucksache 15/1487 S. 16.

³³ BT-Drucksache 15/1487 S. 17.

³⁴ Köhler, GRUR 2005, 1, 2.

Klagebefugnis nach § 13 II UWG a. F., bedarf es zur Bestimmung des exakten Inhalts und Tragweite dieser „Bagatellklausel“ jedoch noch einiger grundlegender BGH-Entscheidungen. Grundsätzlich ist zu erwarten, dass an den Erheblichkeitsbegriff des § 3 UWG die gleichen Kriterien angelegt werden, die sich in der Rechtsprechung zu § 13 II UWG a. F. bzw. dem Tatbestandsmerkmal der wesentlichen Beeinträchtigung herausgebildet haben.³⁵ Denn auch eine wesentliche Beeinträchtigung, welche vom Wortsinn her eine stärkere Beeinträchtigung erfordert als eine nicht nur unerhebliche, wurde von den Gerichten vor der UWG-Reform sehr großzügig angenommen. So wurde beispielsweise eine widerrechtliche Medikamentenwerbung mit den Worten „ernährungsbedingt erhöhte Blutfettwerte (Cholesterin, Triglyceride) können gesenkt werden“ bereits als geeignet angesehen, den Wettbewerb wesentlich zu beeinträchtigen, weil die Gefahr bestehe, dass die Verbraucher Selbstmedikation betreiben.³⁶ Eine a. A. sieht die neue Bagatellgrenze dem Wortlaut entsprechend als tendenziell niedriger an als nach der alten Gesetzeslage.³⁷ Es ist aber jedenfalls davon auszugehen, dass die Verletzung einer Vorschrift nicht notwendig einen nicht nur unerheblichen Nachteil für die Marktteilnehmer begründet, so dass eine Erheblichkeitsprüfung in aller Regel erforderlich ist.³⁸

Teil 3: Bestimmung der Unlauterkeit von Gesetzesverstößen

Für die Geltendmachung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche ist von zentraler Bedeutung, ob der Gesetzesverstoß gemäß § 3 UWG unlauter war.

Um zu bestimmen, ob Unlauterkeit vorliegt, muss zuerst untersucht werden, ob der vorliegende Sachverhalt unter § 4 Nr. 11 UWG subsumiert werden kann, da § 4 Nr. 11 UWG zum einen für die Rechtsbruchsfälle den einzigen direkten gesetzlichen Anhaltspunkt für das Vorliegen eines unlauteren Handelns gibt. Zum anderen verrät die Regelungstechnik des Gesetzgebers, welche sich auch in der amtlichen Überschrift des § 4 UWG niederschlägt („Beispiele unlauteren Wettbewerbs“), dass Unlauterkeit dann in jedem Fall vorliegen soll, wenn gegen ein Gesetz im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG verstoßen wurde.³⁹ Neben der

³⁵ Boesche Rn. 17.

³⁶ BGH, Urt. v. 12. 10. 1997 – I ZR 94/95, NJW 1998, 820, 821 f. (Lebertran I).

³⁷ Engels/Salomon, WRP 2004, 32, 34.

³⁸ Köhler, GRUR 2005, 1, 7.

³⁹ A. A. Borck, WRP 2004, 1440, 1444, der den Beispielfällen lediglich eine Indizwirkung für unlauteres Handeln beimisst.

Zuwiderhandlung gegen das betreffende Gesetz bedarf es dann keiner anderen unlauteren Umstände mehr. Erst wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 4 Nr. 11 UWG nicht vorliegen, ist zu prüfen, ob und unter welchem Aspekt der vorliegende Sachverhalt trotzdem unlauter gewesen sein könnte.

Wie schon erwähnt, waren die in der Vergangenheit von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Fallgruppe des Rechtsbruchs z. T. willkürlich und nicht sachgerecht, da die Kriterien den Bezug zum Wettbewerbsrecht vermissen ließen. Auch die jetzige Praxis hat mit der Festlegung der Unlauterkeit bei Zuwiderhandlungen gegen Gesetze Probleme und ist sich, wie im Folgenden zu sehen sein wird, in vielen Punkten uneinig. Daher ist es erstrebenswert, nach geeigneten Kriterien für die Bestimmung der Unlauterkeit bei den Rechtsbruchsfällen zu suchen.

Die einzelnen Probleme, die bei der Prüfung eines unlauteren Verhaltens durch Rechtsbruch auftreten können, werden in Kapitel 1 zunächst kurz dargestellt. Mit den ab Kapitel 2 folgenden Ausführungen wird näher auf sie eingegangen.

Kapitel 1: Auftretende Probleme bei der Feststellung der Unlauterkeit

Seit der UWG-Reform existiert zwar mit § 4 Nr. 11 UWG eine gesetzliche Stütze für die Fallgruppe des Rechtsbruchs. Auffallend an der Neuregelung dieser Fallgruppe ist jedoch, dass sie z. B. im Verhältnis zur Fallgruppe der belästigenden Werbung (§ 7 UWG) nicht so ausführlich, sondern eher knapp gefasst ist. Dies macht deutlich, dass der Gesetzgeber auch nach der Neufassung des UWG in erster Linie der Rechtsprechung die Aufgabe zukommen lassen wollte zu entscheiden, wann ein Rechtsbruch im Einzelnen als unlauter anzusehen ist.⁴⁰

Aufgrund des wenig detaillierten Gesetzestextes ergeben sich aber Probleme bei der Subsumtion. Viele Sachverhalte lassen sich nämlich durch die bloße Gesetzeslektüre nur schwer zu lösen. Ähnlich wie die Ermittlung der Sittenwidrigkeit bei den Rechtsbruchsfällen früher wird demnach auch die Beantwortung der Frage, ob eine Wettbewerbshandlung wegen Rechtsbruchs unlauter war, in einigen Fällen äußerst schwierig bleiben. Hierbei begegnet man meiner Meinung nach hauptsächlich drei größeren Problemkreisen.

⁴⁰ BT-Drucksache 15/1487 S. 16.

A) Wann findet § 4 Nr. 11 UWG Anwendung?

Es muss zunächst festgestellt werden, ob überhaupt eine gesetzliche Vorschrift im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG vorliegt. Ferner muss eine Zuwiderhandlung gegen eine solche Vorschrift gegeben sein.

Darüber hinaus ist erforderlich, dass die verletzte Norm zumindest auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Es muss demnach erstens eine Marktverhaltensregelung vorliegen. Dies zu bestimmen, erscheint bei Kenntnis des Marktverhaltensbegriffs einfach. Es gibt jedoch auch Fälle, in denen eine Subsumtion Schwierigkeiten bereitet. Zweitens ist nach dem Wortlaut des § 4 Nr. 11 UWG entscheidend auf die Funktion des Gesetzes abzustellen. Jedoch ist gerade der Zweck einer Vorschrift nicht immer einfach zu ermitteln. Hierbei sind Methoden zu überlegen, wie die wettbewerbsrechtliche Funktion eines Gesetzes ermittelt werden kann. Auf den ersten Blick zu erkennen sind lediglich die Wirkungen, welche eine Vorschrift entfaltet. Eine Norm kann sich in unterschiedlicher Weise und in verschiedene Richtungen auf den Wettbewerb faktisch auswirken. Fraglich ist aber, ob die ausschließliche Feststellung von bestimmten Reflexen eines Gesetzesverstößes auch etwas darüber verrät, welche Motive den Gesetzgeber tatsächlich zur Schaffung der Vorschrift veranlasst haben.

Bei der Subsumtion einer Vorschrift unter § 4 Nr. 11 UWG treten also schon die ersten Schwierigkeiten auf.

B) Vorschriften außerhalb des Anwendungsbereichs des § 4 Nr. 11 UWG

Des Weiteren sind gerade Verstöße gegen Vorschriften, denen keine Schutzfunktion zugunsten des Wettbewerbs zukommt, vom Wortlaut des § 4 Nr. 11 UWG nicht erfasst. Darunter fallen jedoch die meisten Normen, also ein Großteil der früher sogenannten wertbezogenen und wertneutralen Vorschriften. Wird gegen eine solche Norm verstoßen, stellen sich bezüglich der wettbewerbsrechtlichen Haftung zwei Fragen.

I. Unlauterer Rechtsbruch neben § 4 Nr. 11 UWG denkbar?

Vorab ist zu klären, ob bei einem Verstoß gegen Gesetze, die nicht unter § 4 Nr. 11 UWG subsumiert werden können, überhaupt ein unlauteren Handeln wegen Rechtsbruchs denkbar ist. Eine wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit wäre dann allein an der Generalnorm des § 3 UWG festzumachen.

Der BGH hat in der für die Schaffung des § 4 Nr. 11 UWG relevanten Entscheidung nur noch auf die Schutzfunktion des Gesetzes zugunsten des Wettbewerbs abgestellt. Weitere unlautere Umstände für die Beurteilung einer wettbewerbswidrigen Handlung durch Rechtsbruch wurden bewusst unbeachtet gelassen⁴¹, so dass man annehmen könnte, das Vorliegen der Voraussetzungen des § 4 Nr. 11 UWG sei auch zwingende Voraussetzung für die Annahme einer unlauteren Handlung durch Rechtsbruch.

Fraglich ist jedoch, ob dem so gefolgt werden kann oder ob nicht die Gefahr einer wettbewerbsrechtlichen Schutzlücke entstehen könnte, falls der Sachverhalt auch aus anderen Gründen wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden wäre. Immerhin könnte der Gesetzgeber durch den Einleitungssatz in § 4 UWG zum Ausdruck gebracht haben, dass die aufgeführten Fallgruppen gerade keine abschließenden Regelungen sein sollen („insbesondere“). Das bedeutet, dass neben § 4 Nr. 11 UWG unter Umständen weitere Rechtsbruchfälle in Erwägung zu ziehen sind.

II. Voraussetzungen für unlautere Rechtsbruchfälle nach § 3 UWG?

Wenn man neben § 4 Nr. 11 UWG weitere wettbewerbsrelevante Rechtsbruchfälle anerkennen sollte, würde sich als nächstes das nicht einfach zu lösende Problem stellen, wie bei Normverstößen außerhalb des Anwendungsbereichs des § 4 Nr. 11 UWG die Unlauterkeit nach § 3 UWG zu ermitteln wäre. Hierbei könnten nämlich Wertungswidersprüche zu den Motiven des Gesetzgebers hinsichtlich § 4 Nr. 11 UWG entstehen, wenn diese nicht in angemessener Weise berücksichtigt würden. Der Gesetzgeber wollte nämlich die Fallgruppe des Rechtsbruchs zum Zwecke der Forcierung eines möglichst liberalen Wettbewerbs insgesamt beschränken.⁴² Es wäre daher genau zu überlegen, wann die Einordnung von Normverstößen als unlauteres Verhalten durch Rechtsbruch über die Grenzen des § 4 Nr. 11 UWG hinaus trotzdem gerechtfertigt sein könnte.

C) Unlauterkeit nach § 3 UWG aus anderen Gründen?

Sollte man zu dem Ergebnis gelangen, dass trotz eines Gesetzesverstößes keine Unlauterkeit wegen Rechtsbruchs vorliegt, so muss aber dennoch die Möglichkeit in Erwägung gezogen werden, dass das Verhalten aus anderen Gründen unlauter

⁴¹ BGH, Urt. v. 25. 4. 2002 – I ZR 250/00, GRUR 2002, 825, 827 (Elektroarbeiten).

⁴² BT-Drucksache 15/1487 S. 19.

sein könnte. Zu klären wäre folglich, in welcher Weise ein Handeln bei einer vorliegenden Gesetzesverletzung als unlauter bewertet werden kann, ohne auf den Gesetzesverstoß selbst abzustellen.

Kapitel 2: Gesetzesverstöße gemäß § 4 Nr. 11 UWG

Bei der wettbewerbsrechtlichen Prüfung eines Gesetzesverstoßes stellt sich zunächst die Frage, ob der Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG erfüllt ist.

Hierbei sind im Wesentlichen zwei Tatbestandsmerkmale zu beachten. Der Schuldner muss erstens einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandeln, und diese Vorschrift muss zweitens auch dazu bestimmt sein, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

Da § 4 Nr. 11 UWG nur auf den Zweck der verletzten Vorschrift abstellt, ist für die Subsumtion grundsätzlich unerheblich, ob ein schwerer Verstoß gegen die Vorschrift vorliegt noch sind örtliche, zeitliche oder faktische Gegebenheiten relevant. Dass z. B. nur ein einmaliger und geringfügiger Verstoß vorliegt oder dass beispielsweise mangels Konkurrenz vor Ort diese auch nie hätte betroffen sein können, ist lediglich im Rahmen des § 3 UWG beachtlich, wenn es darum geht, festzustellen, ob die Handlung, hier also der Rechtsbruch, den Wettbewerb zum Nachteil der Marktteilnehmer mehr als nur unerheblich beeinträchtigen kann.

Die Tatbestandsmerkmale des § 4 Nr. 11 UWG zu kennen, ist im Einzelfall aber nicht immer ausreichend. Welche Schwierigkeiten bei der Prüfung des § 4 Nr. 11 UWG auftreten können, gilt es nun aufzuzeigen. Ziel ist dabei, bei aufkommenden Zweifeln Kriterien herauszuarbeiten, welche die Subsumtion unter § 4 Nr. 11 UWG erleichtern sollen.

A) Zuwiderhandlung gegen eine gesetzliche Vorschrift

Zuerst muss der Schuldner einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandeln. Es muss also ein Gesetzesverstoß vorliegen.

Bei der jeweiligen Prüfung dieses Tatbestandsmerkmals dürften wenig Probleme anfallen, zumindest keine solchen, die spezifisch wettbewerbsrechtlicher Art sind. In der Praxis kann es im Einzelfall zu Beweisschwierigkeiten und Auslegungsproblemen kommen, gerade wenn die betreffende Vorschrift von den Gerichten und Behörden unterschiedlich verstanden wird. Wenn aber der Sachverhalt geklärt ist, ist i. d. R. einfach zu ermitteln, ob gegen eine gesetzliche Vorschrift verstoßen wurde oder nicht.

I. Gesetzliche Vorschrift

Eine gesetzliche Vorschrift im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG ist jede Rechtsnorm (vgl. Art 2 EGBGB), die in Deutschland Geltung besitzt.

Dazu gehören zum einen alle Bundes- und Landesgesetze im formellen Sinne.⁴³ Darüber hinaus zählen aber auch alle Gesetze im materiellen Sinne, z. B. Verordnungen⁴⁴, berufsrechtliche Regelungen aufgrund gesetzlicher oder satzungsrechtlicher Grundlage⁴⁵ und EG-Vorschriften⁴⁶ dazu. Auch Gewohnheitsrecht ist als gesetzliche Vorschrift im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG zu verstehen.⁴⁷ Da Gewohnheitsrecht eine anerkannte Rechtsquelle und somit nichts anderes darstellt als selbständige Rechtsnormen zum Zwecke der Schließung von Gesetzeslücken, fallen folglich auch diese unter den Begriff des Gesetzes im Sinne des § 2 EGBGB.⁴⁸ Auch bloße Handelsbräuche können meines Erachtens z. T. bereits als Rechtsnormen angesehen werden.⁴⁹ Zwar sind Handelsbräuche grundsätzlich nicht direkt mit Gewohnheitsrecht zu verwechseln⁵⁰, weil sie rechtliche Verbindlichkeit nur im Anwendungsbereich von §§ 157 BGB, 346 HGB durch das – mit ihrer Hilfe ausgelegte und ergänzte – Rechtsgeschäft und nicht von sich selbst heraus erlangen.⁵¹ Es besteht jedoch die Möglichkeit, dass sich ein Handelsbrauch gewissermaßen zum Gewohnheitsrecht verfestigt.⁵² Dies ist für den seltenen Fall denkbar, dass dem jeweiligen Handelsbrauch ein Rang zukommt, der eine Verletzung auch vom Standpunkt der Allgemeinheit aus als verwerflich erscheinen lässt.⁵³ In einem solchen Fall kann ein Handelsbrauch durchaus bereits normatives Recht darstellen.⁵⁴

Wichtig ist immer nur, dass durch die jeweilige Vorschrift ein Gebot oder ein Verbot ausgedrückt wird, da nur dann eine Zuwiderhandlung möglich ist.⁵⁵

⁴³ Köhler, GRUR 2004, 381, 382; Köhler/Piper – Piper § 1 Rn. 733.

⁴⁴ BGH, Urt. v. 19. 12. 1984 – I ZR 181/82, BGHZ 93, 177, 179.

⁴⁵ Beater § 27 Rn. 33.

⁴⁶ Köhler/Piper – Piper § 1 Rn. 733.

⁴⁷ Fezer – Götting § 4-11 Rn. 41; Emmerich 7. Auflage S. 432; Baumbach/Hefermehl – Köhler § 4 Rn. 11.24; Beater § 27 Rn. 31; a. A. Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig – v. Jagow § 4 Nr. 11 Rn. 38.

⁴⁸ Münchner Kommentar – Säcker Einl. Rn. 78.

⁴⁹ Köhler/Piper – Piper § 1 Rn. 733; a. A. Emmerich 7. Auflage S. 432; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig – v. Jagow § 4 Nr. 11 Rn. 38.

⁵⁰ Oetker S. 182.

⁵¹ Canaris S. 427.

⁵² So auch Hübner Rn. 521, der die Möglichkeit einer solchen Verfestigung einräumt.

⁵³ BGH, Urt. v. 9. 12. 1964 – Ib ZR 181/62, GRUR 1965, 690, 693 (Facharzt).

⁵⁴ BGH, Urt. v. 28. 3. 1969 – I ZR 33/67, GRUR 1969, 474, 476 (Bierbezug).

⁵⁵ Beater § 27 Rn. 32.

Keine Rechtsnormen in diesem Sinne sind dagegen z. B. behördliche Erlasse, die ohne Bindungswirkung für die Wettbewerber Geltung nur im innerbehördlichen Bereich entfalten.⁵⁶ Auch alle Normen mit unbestimmtem Regelungsgehalt, die ein Verbot nicht hinreichend deutlich erkennen lassen, gelten nicht als Verbotsgesetze im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG, ebenso wenig ausländisches Recht⁵⁷, soweit dieses keine Bindungswirkung entfaltet. Auch Verwaltungsakte können nicht als gesetzliche Vorschriften im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG angesehen werden, weil sie nur in Vollzug einer gesetzlichen Vorschrift ein bestimmtes Marktverhalten gebieten oder verbieten können.⁵⁸ Standesregeln sind ebenso keine gesetzlichen Vorschriften, solange sie keinen Niederschlag in Gesetzen oder aufgrund eines solchen auch in Satzungen gefunden haben, da Einschränkungen der Berufsfreiheit gemäß Art 12 I 2 GG durch den Gesetzgeber zu regeln sind.⁵⁹

Ferner verdeutlicht das Erfordernis des Vorliegens einer gesetzlichen Vorschrift, dass auch Vertragsbruchstatbestände nicht unter § 4 Nr. 11 UWG fallen sollen.⁶⁰ Die Fallgruppe des Vertragsbruchs ist vielmehr entweder als Wettbewerbsbehinderung über § 4 Nr. 10 UWG oder über die Generalklausel des § 3 UWG zu ahnden.⁶¹ Auch Gerichtsentscheidungen sind nicht unter den Begriff der gesetzlichen Vorschrift subsumierbar, selbst wenn sie im Verhältnis der Prozessparteien zueinander in gleicher Weise Verbindlichkeit entfalten wie diese.⁶² Der Verurteilte, der eine ihm rechtskräftig untersagte Handlung wiederholt, kann daher nicht unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs unlauter handeln.⁶³

II. Zuwiderhandlung

1. Begriffsbestimmung

Der Rechtsbruchstatbestand des § 4 Nr. 11 UWG setzt eine Zuwiderhandlung gegen eine gesetzliche Vorschrift voraus.

Das bedeutet, dass der Tatbestand der in Frage kommenden Norm vollständig erfüllt sein, also auch ein evtl. erforderliches Verschulden (z. B. bei

⁵⁶ BGH, Urt. v. 4. 4. 1984 – I ZR 9/82, GRUR 1984, 665, 667 (Werbung in Schulen).

⁵⁷ Köhler/Piper – Piper § 1 Rn. 736.

⁵⁸ Fezer – Götting § 4-11 Rn. 45; Köhler, GRUR 2004, 381, 383.

⁵⁹ BGH, Urt. v. 29. 6. 1989 – I ZR 166/87, GRUR 1989, 827 (Werbeverbot für Heilpraktiker).

⁶⁰ Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig – v. Jagow § 4 Nr. 11 Rn. 1.

⁶¹ Berlit Rn. 113; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig – v. Jagow § 4 Nr. 11 Rn. 135, 153.

⁶² Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig – v. Jagow § 4 Nr. 11 Rn. 41; Baumbach/Hefermehl – Köhler § 4 Rn. 11.26.

⁶³ A. A. früher Heidelberger Kommentar – Kotthoff § 1 Rn. 613; Köhler/Piper – Piper § 1 Rn. 735.

Strafrechtsnormen) vorliegen muss, selbst wenn lediglich der verschuldensunabhängige Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch nach § 8 I 1 UWG geltend gemacht wird.⁶⁴ Knüpft der Tatbestand einer Vorschrift an das Fehlen einer behördlichen Genehmigung an (z. B. § 284 StGB), so ist bei einer lediglich fehlerhaften, aber gerade nicht nichtigen behördlichen Erlaubnis der Tatbestand nicht erfüllt. Solange die Genehmigung nicht in dem dafür vorgesehenen verwaltungsrechtlichen Verfahren beseitigt wird, liegt kein Gesetzesverstoß vor.⁶⁵ Anders ist aber der Fall zu beurteilen, wenn die behördliche Erlaubnis nichtig und somit unwirksam ist.⁶⁶ Sollte der Tatbestand einer Verbotsnorm erfüllt sein, verstößt jedoch die Anwendung der Vorschrift im konkreten Fall gegen Grundfreiheiten, so liegt wiederum keine Zuwiderhandlung vor.⁶⁷

Da § 4 Nr. 11 UWG nur eine Zuwiderhandlung, also ein objektiv rechtswidriges Verhalten voraussetzt, spielen subjektive Elemente wie früher beim Verstoß gegen wertneutrale Vorschriften keine Rolle mehr.⁶⁸ Es ist demnach unerheblich, ob die Zuwiderhandlung bewusst und planmäßig begangen wurde oder mit der Absicht, sich einen Vorsprung vor der gesetzestreuen Konkurrenz zu verschaffen.⁶⁹ Auch ein etwaiger Verbotsirrtum des Schuldners ist für die Prüfung des § 4 Nr. 11 UWG unbeachtlich.⁷⁰

Als Beispiel sei hier eine Zuwiderhandlung gegen die allgemeinen Ladenschlusszeiten des § 3 LadschlG erwähnt. Ein Verstoß ist gegeben, wenn ein Geschäftsinhaber seinen Laden entgegen § 3 I 1 Nr. 1 LadschlG am Sonntag öffnet und zu seinen Gunsten auch keine Ausnahmenvorschrift nach §§ 4 ff. LadschlG oder § 1 SonntagsVerkVO eingreift. Für das Vorliegen einer Zuwiderhandlung spielt hingegen keine Rolle, ob der Geschäftsinhaber absichtlich gegen die Vorschrift verstößt oder lediglich versehentlich, etwa weil er die Umstellung von Sommer- auf Winterzeit außer Acht gelassen und deshalb seinen Laden eine Stunde länger als zulässig geöffnet hat.

⁶⁴ Fezer – Götting § 4-11 Rn. 106; Lettl UWG Rn. 393.

⁶⁵ Köhler, GRUR 2004, 381, 386.

⁶⁶ Sack, WRP 2004, 1307, 1310.

⁶⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 17. 7. 1997 – I ZR 58/95, GRUR 1998, 407, 409 (TIAPRIDAL).

⁶⁸ A. A. früher BGH, Urt. v. 8. 10. 1987 – I ZR 182/85, GRUR 1988, 382, 383 (Schelmenmarkt); BGH, Urt. v. 7. 6. 1996 – I ZR 114/94, GRUR 1996, 786, 788 (Blumenverkauf an Tankstellen).

⁶⁹ Baumbach/Hefermehl – Köhler § 4 Rn. 11.56 ff.; Henning-Bodewig, GRUR 2004, 713, 718.

⁷⁰ Köhler, GRUR 2004, 381, 386.

2. Die Zuwiderhandlung Dritter

Wer als Anstifter oder Gehilfe an einem unter § 4 Nr. 11 UWG fallenden Verstoß beteiligt ist, handelt ebenfalls unlauter im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG, weil Anstifter und Gehilfen dem Täter gemäß § 830 II BGB gleichstehen. Allerdings ist für Anstiftung und Beihilfe Vorsatz hinsichtlich der Teilnahmehandlung und hinsichtlich der Vollendung der Haupttat erforderlich.⁷¹

Dies entspricht im Ergebnis auch weitgehend der Rechtsprechung zu § 1 UWG a. F. Hiernach verstieß gegen die guten Sitten, wer Dritte planmäßig zu Verstößen gegen für diese bindendes Recht aufforderte, um sich dadurch Vorteile gegenüber solchen Wettbewerbern zu verschaffen, die die Rechtsverbindlichkeit der betreffenden Regelung anerkennen.⁷² Ferner handelte wettbewerbswidrig, wer wettbewerbsrechtlich relevante Gesetzesverstöße Dritter förderte.⁷³

Wenig Raum verbleibt indes für die von der Rechtsprechung in zahlreichen Entscheidungen⁷⁴ angewandte Störerhaftung, nach der auch diejenigen, die weder Täter noch Teilnehmer sind, aber willentlich und adäquat kausal zum Wettbewerbsverstoß des Täters beitragen, nach § 1004 BGB analog wettbewerbsrechtlich haften sollen.⁷⁵ Die Lehre von der Störerhaftung findet im Gesetz keine Grundlage und überdehnt den Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts.⁷⁶ Das Wettbewerbsrecht als Sonderdeliktsrecht zeichnet sich gerade dadurch aus, dass – anders als z. B. bei § 823 I BGB – nicht jedermann Normadressat ist, sondern nur derjenige, der eine Wettbewerbshandlung begeht.⁷⁷ Man sollte sich daher damit abfinden, dass es durchaus sein kann, dass eine Person, die einen adäquat-kausalen Beitrag zu einem fremden Wettbewerbsverstoß geleistet hat, nicht Normadressat ist und in diesem Fall keinen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüchen ausgesetzt ist.⁷⁸ Gegen die Störerhaftung spricht auch die Existenz des § 8 II UWG, der die

⁷¹ Baumbach/Hefermehl – Köhler § 4 Rn. 11.22.

⁷² BGH, Urt. v. 4. 10. 1990 – I ZR 299/88, GRUR 1991, 540, 542 (Gebührenausschreibung); BGH, Urt. v. 28. 9. 2000 – I ZR 141/98, GRUR 2001, 255, 256 (Augenarztanschriften).

⁷³ BGH, Urt. v. 20. 5. 1999 – I ZR 40/97, GRUR 1999, 1009, 1010 (Notfalldienst für Privatpatienten).

⁷⁴ BGH, Urt. v. 10. 10. 1996 – I ZR 129/94, GRUR 1997, 313, 315 (Architektenwettbewerb); BGH, Urt. v. 10. 11. 1999 – I ZR 121/97, GRUR 2000, 613, 615 f. (Klinik Sanssouci); BGH, Urt. v. 18. 10. 2001 – I ZR 22/99, GRUR 2002, 618, 619 (Meißner Dekor); BGH, Urt. v. 15. 5. 2003 – I ZR 217/00, GRUR 2003, 798, 799 (Sanfte Schönheitschirurgie).

⁷⁵ Jergolla, WRP 2004, 655, 659 f.; a. A. Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig – Beckedorf § 8 Rn. 64 ff.; Ekey/Klippel – Kotthoff/Gabel I § 8 Rn. 49.

⁷⁶ Baumbach/Hefermehl – Köhler § 8 Rn. 2.15.

⁷⁷ Baumbach/Hefermehl – Köhler § 8 Rn. 2.16.

⁷⁸ Fritzsche S. 442.

wettbewerbsrechtliche Haftung bei Zuwiderhandlung eines Mitarbeiters oder Beauftragten eines Unternehmens automatisch auf den Inhaber des betreffenden Unternehmens ausdehnt. Diese Norm regelt – wie § 830 II BGB auch – als Ausnahmevorschrift eine Mithaftung Dritter.⁷⁹ Aus dem Umkehrschluss ergibt sich, dass eine wettbewerbsrechtliche Haftung Dritter im Übrigen nicht bestehen soll.

3. Vertrauensschutz bei unterschiedlicher Normenauslegung?

Fraglich ist, inwieweit dem Zuwiderhandelnden Vertrauensschutz gewährt werden muss, wenn er auf die Richtigkeit der Normauslegung durch Behörden und Verwaltungsgerichte vertraut hat und daher von der Rechtmäßigkeit seines Handelns ausgegangen ist, dies aber von dem mit dem Fall befassten Wettbewerbsgericht anders gesehen wird.

Nach einer Ansicht ist in einer solchen Konstellation Vertrauensschutz zu gewähren. Das käme dadurch zum Ausdruck, dass die Unlauterkeit trotz des vom Wettbewerbsgericht festgestellten Gesetzesverstoßes verneint werden müsse.⁸⁰ Es sei dem Unternehmer schließlich nicht zuzumuten, sich vorsichtshalber nach der strengsten Gesetzesauslegung und Einzelfallbeurteilung zu richten, wenn die zuständigen Behörden und Gerichte sein Verhalten ausdrücklich als rechtlich zulässig bewerten. Denn dies würde zu einer Überspannung der Pflicht zu lauterem Wettbewerbshandeln und einen unzulässigen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit bedeuten.⁸¹ Vertrauensschutz sei auch dann zu gewähren, wenn eine zuständige Verwaltungsbehörde die Umstände, welche einen Gesetzesverstoß begründen, gekannt und geduldet habe.⁸²

Nach einer noch weitergehenden Meinung ist für die Gewährung von Vertrauensschutz bereits ausreichend, wenn der Verletzer eine überwiegend vertretene, argumentativ fundierte, wenn auch umstrittene Rechtsmeinung hinter sich weiß.⁸³ Auch wer sich im Wettbewerb gemäß der für ihn günstigen ständigen Rechtsauffassung „seiner“ zuständigen Behörde und „seines“ Verwaltungsgerichts

⁷⁹ Emmerich 7. Auflage S. 461.

⁸⁰ Doepner, GRUR 2003, 825, 831.

⁸¹ BGH, Urt. v. 2. 10. 2002 – I ZR 177/00, GRUR 2003, 162 (Progona).

⁸² BGH, Urt. v. 11. 7. 1991 – I ZR 23/90, GRUR 1992, 123, 126 (Kachelofenbauer II).

⁸³ Doepner, GRUR 2003, 825, 831.

verhalte, befinde sich im Einklang mit der verwaltungsrechtlichen Ordnung, so dass kein Anlass bestehe, mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts einzugreifen.⁸⁴ Es ist aber korrekterweise lediglich dahingehend eine Unterscheidung zu treffen, ob ein verschuldensabhängiger Schadensersatzanspruch gemäß § 9 UWG oder ein verschuldensunabhängiger Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch nach § 8 I UWG geltend gemacht wird. Vertrauen kann der Zuwiderhandelnde mit der Begründung, einem unvermeidbaren Rechtsirrtums zu unterliegen, nur insoweit geltend machen, als es um die Abwendung eines gegen ihn gerichteten Anspruches auf Schadensersatz geht. Bezüglich eines Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs kann es aber auf ein Vertrauen nicht ankommen. Denn hier geht es allein darum, den Wettbewerbsprozess im Interesse aller Marktteilnehmer und der Allgemeinheit wieder in die richtigen Bahnen zu lenken. Maßgebend muss also insoweit allein sein, ob das Wettbewerbsgericht einen objektiven Gesetzesverstoß feststellt. Die Geltendmachung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen ist folglich auch möglich, wenn der Rechtsbrüchige in nicht vorwerfbarer Weise auf die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens vertraut hat.⁸⁵ Dies kann zwar für den Zuwiderhandelnden bedeuten, dass er eine möglicherweise sehr aufwändig betriebene und mit hohen Kosten verbundene Werbeaktion unterbrechen muss. Einzelne Umstände auf Seiten des Schuldners müssen im Interesse des Wettbewerbs aber zurückstehen.

B) Funktion des Gesetzes, das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln

Bei der Prüfung dieses Tatbestandsmerkmals kann man hingegen auf große Schwierigkeiten stoßen. Bei jedem Gesetzesverstoß, bei dem eine Prüfung des § 4 Nr. 11 UWG in Betracht kommt, ist nämlich der wettbewerbsrechtliche Bezug des Gesetzes genau zu untersuchen und festzustellen.

Hierfür muss ermittelt werden, ob das Gesetz dazu bestimmt ist, das Marktverhalten, also das wettbewerbliche Verhalten⁸⁶, im Interesse der Marktteilnehmers zu regeln.

⁸⁴ Stolterfoht, FS für Rittner S. 695, 709.

⁸⁵ Baumbach/Hefermehl – Köhler § 4 Rn. 11 18.

⁸⁶ Baumbach/Hefermehl 22. Auflage § 1 Rn. 832.

Es ist sinnvoll, dieses zweite Tatbestandsmerkmal des § 4 Nr. 11 UWG in zwei Prüfungsschritte zu unterteilen. Zuerst empfiehlt es sich zu untersuchen, ob die verletzte Norm überhaupt das Marktverhalten regelt. Dadurch können viele Normen, welche nicht einschlägig sind, dem Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG entzogen werden, ohne auf die schwieriger zu beantwortende Frage nach dem Zweck der Vorschrift eingehen zu müssen. Regelt eine Norm das Marktverhalten, muss anschließend geprüft werden, ob die Vorschrift das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer auch regeln soll.

I. Regelung des Marktverhaltens

Ob eine Vorschrift das Marktverhalten regelt, ist noch verhältnismäßig einfach zu bestimmen. Die meisten Normen stellen mangels Marktbezugs keine Marktverhaltensregelungen dar.

Ist jedoch eine Regelung des Marktverhaltens festgestellt, kann mit relativ hoher Trefferwahrscheinlichkeit auch eine marktverhaltensregelnde Funktion angenommen werden, ohne sich bereits mit dem dahinterstehenden Zweck in concreto befassen zu müssen. Dies liegt daran, dass viele Marktverhaltensregelungen naturgemäß die Aufgabe haben, zumindest eine Marktteilnehmergruppe zu schützen. Wenn eine Vorschrift nämlich den Wettbewerb regelt, also bestimmte Machenschaften innerhalb des Wettbewerbs zu verhindern versucht oder den Markt lenken will, dann geschieht dies sehr häufig zumindest auch aus dem Motiv heraus, dritte Personen zu schützen. Diese Personen stellen aber im Wettbewerb zumeist die Marktteilnehmer dar.

1. Definition

Ein Marktverhalten ist jede Tätigkeit auf einem Markt, die unmittelbar oder mittelbar der Förderung des Absatzes oder Bezugs eines Unternehmens dient.⁸⁷ Geregelt wird ein Marktverhalten dann, wenn den Gewerbetreibenden ein konkretes Marktverhalten vorgegeben wird, wenn also die Gewerbetreibenden durch ein Gesetz in ihrer Freiheit, nach Kunden zu werben oder an sich zu binden, bzw. auf dem Markt in ihrer Möglichkeit, den Bezug oder Absatz von Waren oder Dienstleistungen zu steigern, gehindert sind. Es kann danach einerseits gerade nicht genügen, dass die Norm durch eine Wettbewerbshandlung verletzt werden kann, was bei den meisten Gesetzen zumindest denkbar ist (z. B. § 263 StGB).

⁸⁷ Köhler, GRUR 2004, 381, 383.

Andererseits fallen auch nicht die Vorschriften darunter, die den Gewerbetreibenden irgendein Verhalten auferlegen, es muss vielmehr ein konkretes Marktverhalten vorgegeben sein.

Diese Begriffsbestimmung sollte aber nicht zu der Annahme verleiten, dass eine Marktverhaltensregelung zwingend voraussetzt, dass der Unternehmer durch den Verstoß gegen die betreffende Vorschrift seinem gewerblichen Ziel näher kommen muss als durch ein rechtmäßiges Alternativverhalten. Es gibt zwar Fälle, bei denen eine Zuwiderhandlung im Vergleich zum gesetzeskonformen Verhalten eine höhere Gewinnchance der Unternehmer zur Folge hat. Für die Bestimmung einer Marktverhaltensregelung soll aber genügen, dass eine Verbotshandlung den Unternehmer generell seinem Ziel näher bringt, näher also als wenn er gar nicht handelt. Jede Beschränkung der Betätigungsfreiheit der Unternehmer ist somit als Marktverhaltensregelung zu qualifizieren.

2. Beispiele für marktverhaltensregelnde Vorschriften

a) § 20 II Nr. 6 PflSchG und § 1 I Nr. 1 TextkennG

§ 20 II Nr. 6 PflSchG bestimmt, dass die Vertreiber von Pflanzenschutzmitteln beim Inverkehrbringen dieser eine Gebrauchsanleitung auf der Verpackung anbringen müssen. Durch § 20 II Nr. 6 PflSchG wird die Betätigungsmöglichkeit des Unternehmers auf dem Markt dadurch eingeschränkt, dass er seine Produkte nicht nach Belieben anbieten kann. Dadurch wird bereits das Marktverhalten bestimmt.

Zu diesem Ergebnis käme man nicht, wenn für das Vorliegen einer Marktverhaltensregelung Voraussetzung wäre, dass ein Verstoß den Zielen des Unternehmers dienlicher sein muss als ein rechtmäßiges Handeln. Ein nicht sichtbares Anbringen der Gebrauchsanleitung wäre nämlich kein geeignetes Mittel, mit dem die Gewerbetreibenden um Kunden werben und dadurch nach Gewinn streben könnten. Im Gegenteil wird der Käufer der Einfachheit halber wohl eher zu solchen Pflanzenschutzmitteln greifen, deren Anwendung im Einzelnen beschrieben ist. Die Verpflichtung zum Anbringen der Gebrauchsanleitung hat also keine Beeinträchtigung der unternehmerischen Gewinnchancen zur Folge.

Auch andere Vorschriften, durch die der Unternehmer aus reinen Informationsgründen verpflichtet wird, bestimmte Pflichtangaben beim Handeln im Verkehr zu beachten, deren Missachtung dem Unternehmer aber auch keinen

größeren Gewinn verspricht, beinhalten eine Marktverhaltensregelung. Dies ist z. B. bei § 1 I Nr. 1 TextkennG der Fall, der das gewerbsmäßige Inverkehrbringen von Textilerzeugnissen nur unter der Bedingung erlaubt, dass diese mit einer Rohstoffgehaltsangabe versehen sind.

b) § 3 I 1 Nr. 1 LadschlG

Der oben bereits angesprochene § 3 I 1 Nr. 1 LadschlG stellt ebenso eine Marktverhaltensregelung dar.

Der Absatz von Ware ist nach § 3 LadschlG nur in einem bestimmten Zeitraum erlaubt. Den Anbietern wird somit durch § 3 I 1 Nr. 1 LadschlG die Möglichkeit genommen, am Sonntag uneingeschränkt Ware anzubieten und somit Wettbewerb zu betreiben. Ein rechtswidriges Verhalten würde sogar beim Absetzen der Ware und somit bei der Verfolgung des gewerblichen Ziels weiterhelfen. Die Vorschrift gibt also gerade den Gewerbetreibenden ein konkretes Marktverhalten vor und ist damit als Regelung des Marktverhaltens anzusehen.

c) Werbeverbote und § 7 I TabProdV

Als weitere Beispiele können nahezu alle Werbeverbote angeführt werden (z. B. Werbeverbot für Tabakerzeugnisse in Hörfunk und Fernsehen, § 22 I LMBG). Durch das rechtswidrige Werben würde das jeweilige Produkt bekannt gemacht und dadurch die Absatzmöglichkeit erhöht. Werbeverbote verhindern diese erhöhte Absatzchance und geben daher ein Marktverhalten vor.

Ferner beinhaltet auch § 7 I TabProdV eine Marktverhaltensregelung. § 7 I TabProdV verpflichtet Gewerbetreibende, welche Tabakerzeugnisse in den Verkehr bringen, auf den Packungen dieser allgemeine Gesundheitswarnungen anzubringen (z. B. „Rauchen kann tödlich sein“). Ein Gewerbetreibender hat durch einen Verstoß gegen § 7 I TabProdV größere Absatzchancen, weil Warnhinweise für ein Hemmnis des Käufers bei seiner Kaufentscheidung sorgen. Dies ist auch bei anderen Gesetzen der Fall, durch die den Unternehmern beim Inverkehrbringen ihres Produkts bestimmte Angaben auferlegt werden, die eine gewisse Warnfunktion verfolgen sollen.

d) Verbraucherschutzvorschriften aus dem BGB

Ferner regeln auch einige Verbraucherschutzvorschriften aus dem BGB, welche den Unternehmern gewisse Informationspflichten auferlegen, das Marktverhalten.⁸⁸

Dazu gehört z. B. § 312 II BGB, durch den der Unternehmer den Verbraucher auf ein unter Umständen bestehendes Widerrufsrecht hinweisen muss. Eine Umgehung dieser Belehrungspflicht würde die Verbraucher zu dem Glauben verleiten, bereits unwiderruflich gebunden zu sein. Dass das Widerrufsrecht natürlich auch bei mangelnder Belehrung entsteht, bzw. sogar die Ausübung des Widerrufsrechts nach § 355 III 3 BGB keiner Widerrufsfrist mehr unterliegt, ändert an der grundsätzlichen Geeignetheit der Gesetzesverletzung nichts, die Verbraucher in den Glauben einer scheinbar unwiderruflichen Bindung an das Geschäft zu versetzen.

Auch § 477 I BGB beinhaltet eine Marktverhaltensregelung. § 477 I BGB schreibt nämlich dem Unternehmer beim Verbrauchsgüterkauf vor, dass eine mögliche Garantieerklärung einfach und verständlich abgefasst sein und bestimmte Hinweise enthalten muss. Die Existenz einer Garantie erweckt bei den meisten Verbrauchern auf den ersten Blick den Eindruck, als würden ihm mit dem Kauf der Ware besonders starke Rechte zur Seite stehen, so dass allein die Abgabe einer Garantieerklärung für den Unternehmer schon eine Werbung für sein Produkt darstellt. Verfasst der Unternehmer die Garantieerklärung beispielsweise nicht verständlich oder entsteht bei genauerem Durchlesen fälschlicherweise der Eindruck, dass die gesetzlichen Rechte durch die Garantie eingeschränkt werden, so besteht die Gefahr, dass dem Verbraucher seine tatsächlich bestehenden Rechte verborgen bleiben. Wenn der Verbraucher seine Rechte aber nicht kennt, wird er sie in vollem Umfang gegebenenfalls auch nicht ausüben, im Extremfall von der Durchsetzung seiner Rechte auch ganz Abstand nehmen. Dadurch könnten dem Unternehmer Vorteile entstehen, die sich in der Endabrechnung in einem größeren Gewinn niederschlagen.

3. Gegenbeispiele

Nicht das Marktverhalten regeln z. B. die meisten Strafrechtsnormen. Auch im Wettbewerb ist zwar an Verstöße gegen Strafgesetze zu denken, jedoch sind diese Vorschriften meistens nicht wettbewerbsspezifisch. Sie geben nämlich maximal

⁸⁸ Lettl, GRUR 2004, 449, 452.

ein abstraktes aber kein konkretes Marktverhalten vor. So wendet sich zwar z. B. § 263 I StGB auch gegen Betrügereien im Wettbewerb, schreibt aber den Gewerbetreibenden im Einzelnen kein bestimmtes Marktverhalten vor.

Auch Verstöße gegen die StVO fallen nicht unter § 4 Nr. 11 UWG, da hier lediglich das Verhalten im Straßenverkehr und nicht auf einem bestimmten Markt geregelt wird. So berührt es also den Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG nicht, wenn ein Unternehmer entgegen § 3 StVO die zulässige Höchstgeschwindigkeit nicht einhält, selbst wenn er genau durch diesen Umstand eher am Zielort wäre als seine Konkurrenz und daher im Gegensatz zu dieser in den Genuss eines Geschäftsabschlusses käme.

Kein Marktverhalten regelt zudem § 8 I JArbSchG, der besagt, dass Jugendliche (§ 2 II JArbSchG) nicht mehr als acht Stunden täglich und nicht mehr als 40 Stunden wöchentlich beschäftigt werden dürfen. Es wäre zwar zu überlegen, eine Marktverhaltensregelung damit zu begründen, dass durch die evtl. Beschäftigung eines Jugendlichen über diese zeitlich fixierten Grenzen hinaus das gewerbliche Ziel des Arbeitgebers, also die Steigerung des Absatzes bzw. des Bezugs, zumindest mittelbar gefördert werden könnte. Daran würde auch der Umstand nichts ändern, dass durch den dann höher anfallenden Lohn für den Arbeitgeber zusätzliche Kosten entstehen würden, da die rechtswidrige Beschäftigung des Jugendlichen grundsätzlich geeignet ist, das gewerbliche Ziel des Zuwiderhandelnden voranzutreiben. Die Beschäftigung eines Arbeitnehmers ist aber nicht schon als Handlung auf dem jeweiligen Markt zu begreifen, da diese abseits der eigentlichen Markttätigkeit stattfindet. Die Einstellung und Beschäftigung von Arbeitnehmern als Teil der Organisation eines Betriebes überschreitet i. d. R. die Grenzen zum Markt nicht und hat somit noch keine Außenwirkung.⁸⁹

Steuerrechtliche Normen wie z. B. § 1 UStG weisen ebenfalls keinen relevanten Marktbezug auf. Die Verpflichtung zum Abführen von Steuern beinhaltet somit keine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG.⁹⁰

⁸⁹ Köhler, GRUR 2004, 381, 383.

⁹⁰ OLG München, Urt. v. 15. 5. 2003 – 29 U 1703/03, GRUR 2004, 169, 170 (Städtisches Krematorium); Fezer – Götting § 4-11 Rn. 57; Köhler, GRUR 2004, 381, 384; a. A. Haslinger, WRP 2004, 58, 59 f.

4. Bewertung von Verstößen gegen Marktzutrittsregelungen

Besonders problematisch ist, wie in diesem Kontext Verstöße gegen sogenannte Marktzutrittsregelungen zu bewerten sind. Der Marktzutritt ist begrifflich dem eigentlichen Marktverhalten vorgeschaltet. Diesbezügliche Vorschriften beschäftigen sich also bereits damit, ob überhaupt Wettbewerb stattfinden soll, und nicht erst mit der Frage, wie er stattzufinden hat. Marktzutrittsnormen sind demnach Vorschriften, die sich schon gegen das Auftreten bestimmter Personen am Markt wehren und somit gewisse Marktsituationen verhindern sollen. Dazu gehören Normen wie z. B. Art 87 BayGO, §§ 88, 284 AktG, §§ 60, 112 HGB, § 2 I GastG, § 1 II ApoG sowie Art 1 § 1 I 1 RBerG.

a) Verhinderung rechtswidriger Marktzutritte nicht Aufgabe des UWG

In erster Linie soll durch das Wettbewerbsrecht nur unlauteres Marktverhalten verhindert werden.⁹¹ Es ist hingegen gerade nicht Aufgabe des UWG, Märkte vor dem Eintritt weiterer Wettbewerber abzuschotten.⁹² Denn Regelungen, welche nicht das Marktverhalten, sondern nur den Marktzutritt koordinieren, haben mit den eigentlichen Handlungen auf dem Markt noch nichts zu tun. Wird also gegen eine Marktzutrittsvorschrift verstoßen, gibt es grundsätzlich keinen Anlass, die Mittel des Wettbewerbsrechts heranzuziehen.

Daher ist auch der Verstoß gegen Marktzutrittsvorschriften im Zusammenhang mit der UWG-Reform nach dem Willen des Gesetzgebers, allerdings entgegen den vorgebrachten Wünschen des Bundesrates⁹³, nicht in die Regelung des § 4 Nr. 11 UWG aufgenommen worden.

Somit bleibt zu klären, ob und inwieweit Zuwiderhandlungen gegen Marktzutrittsschranken überhaupt in den Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG fallen können und sollen.

b) Marktzutrittsvorschriften als Marktverhaltensregelungen?

Der Wortlaut des § 4 Nr. 11 UWG verlangt eindeutig das Vorliegen einer Marktverhaltensregelung. Somit ist dies auch als zwingende Voraussetzung für die Anwendung des § 4 Nr. 11 UWG anzusehen. Berücksichtigt man zudem, dass im Gesetzgebungsverfahren die Aufnahme von Marktzutrittsregelungen in den Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG diskutiert, aber zuletzt bewusst nicht realisiert wurde, wäre es somit nicht vertretbar, den Verstoß gegen Marktzutrittsregelungen

⁹¹ Kehl S. 7; Köhler/Piper – Piper Einf. Rn. 23.

⁹² Köhler, GRUR 2004, 381, 384.

⁹³ BT-Drucksache 15/1487 S. 31.

ohne weiteres als vom Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG erfasst anzusehen.

Eine andere Bewertung wäre jedoch dann gerechtfertigt, wenn sich die zu prüfende Marktzutrittsnorm auch als Marktverhaltensregelung entpuppt. Wenn nämlich eine Marktzutrittsvorschrift nicht nur den Marktzutritt, sondern darüber hinaus zugleich das Marktverhalten regelt, ist diese Norm insoweit problemlos unter § 4 Nr. 11 UWG subsumierbar.

Nach der Gesetzesbegründung zu § 4 Nr. 11 UWG wird auch angenommen, dass Verstöße gegen Marktzutrittsregelungen vom Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG erfasst sein können, obwohl das Marktverhalten begrifflich eigentlich eine bereits vorhandene Präsenz am Markt voraussetzt. Eine Marktzutrittsregelung falle hiernach dann unter § 4 Nr. 11 UWG, wenn sie eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion habe und somit auch zugleich das Marktverhalten geregelt werde.⁹⁴

Man bezeichnet solche Marktzutrittsnormen, die zugleich das Marktverhalten bestimmen, als Vorschriften mit Doppelfunktion.⁹⁵ Wann nun aber eine Norm eine derartige Doppelfunktion beinhaltet, lässt sich mit Hilfe dieser sehr abstrakt und missverständlich formulierten Gesetzesbegründung allein auch nicht klären.⁹⁶

Ohne nähere Begründung geht der Gesetzgeber jedoch davon aus, dass dies bei den Vorschriften der Fall ist, die als Voraussetzung für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten den Nachweis besonderer fachlicher Fähigkeiten fordern.⁹⁷ Dazu gehören z. B. Zulassungsregelungen für freie Berufe, wie Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Rechtsanwälte, Steuerberater, Architekten, etc. Dies entspricht auch der Ansicht der jüngeren Rechtsprechung vor der UWG-Reform, welche der Gesetzgeber grundsätzlich zu kodifizieren versuchte⁹⁸, sowie der jetzt h. M. in der Literatur. Die Argumente der jüngeren Rechtsprechung und h. M. sind hierbei jeweils unterschiedliche.

aa) Argument der früheren Rechtsprechung

Der BGH hatte bei der Änderung seiner Rechtsprechung zur Fallgruppe des Rechtsbruchs den Verstoß gegen die Marktzutrittsregelung des Art 87 BayGO wettbewerbsrechtlich zu bewerten. Dieser verbietet den bayerischen Gemeinden

⁹⁴ BT-Drucksache 15/1487 S. 19.

⁹⁵ Baumbach/Hefermehl – Köhler § 4 Rn. 11.49.

⁹⁶ Baumbach/Hefermehl – Köhler § 4 Rn. 11.49; Sack, BB 2003, 1073, 1076.

⁹⁷ BT-Drucksache 15/1487 S. 19.

⁹⁸ BT-Drucksache 15/1487 S. 19.

grundsätzlich, einer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit durch Errichtung, Übernahme oder wesentlichen Erweiterung eines Unternehmens nachzugehen.

aaa) Doppelfunktion bei Missachtung gewichtiger Allgemeininteressen

Der BGH sprach Art 87 BayGO beispielsweise eine Schutzfunktion zugunsten des Wettbewerbs ab, weil es nicht Zweck der Vorschrift sei, die Lauterkeit des Marktverhaltens zu kontrollieren. Anders zu bewerten seien dagegen die Marktzutrittsnormen, die als Voraussetzung für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten im Interesse des Schutzes der Allgemeinheit den Nachweis besonderer fachlicher Qualitäten fordern.⁹⁹

Die Einschätzung der früheren Rechtsprechung und teilweise der Literatur, nur in diesen Marktzutrittsregelungen Vorschriften mit Doppelfunktionen zu erblicken, stützte sich also auf den Gedanken, dass gerade beim Verstoß gegen diese gewichtige Interessen der Allgemeinheit missachtet werden würden, nämlich das Interesse der Allgemeinheit an fachlich qualifizierter Leistungserbringung.¹⁰⁰ Ein solches Interesse wurde folglich bei Art 87 BayGO nicht angenommen.

bbb) Kritik

Dieser Bewertung kann jedoch gerade mit Blick auf die UWG-Reform nicht mehr gefolgt werden. Da nämlich die Schutzsubjekte des § 4 Nr. 11 UWG die Marktteilnehmer sind und gerade nicht die Interessen der Allgemeinheit, wäre eine Aufrechterhaltung dieses Gedankengangs auch nach der UWG-Reform in jedem Fall willkürlich und daher nicht sachgerecht. Daher müssen zeitgemäßere Kriterien herangezogen werden, um das Vorhandensein einer Doppelfunktion bei den einzelnen Vorschriften zu begründen.

bb) Argument der h. M.

Wann eine Vorschrift eine Doppelfunktion aufweist, muss zwar nach der h. M. grundsätzlich durch Auslegung ermittelt werden.¹⁰¹ Damit aber die Rechtsprechung von ihrer bisherigen Linie nicht abweicht, bewertet auch die h. M. vordergründig diejenigen Marktzutrittsregelungen als Marktverhaltensregelungen, welche eine bestimmte, meist – aber nicht zwingend – fachliche Qualität der Unternehmer voraussetzen.

⁹⁹ BGH, Urt. v. 25. 4. 2002 – I ZR 250/00, GRUR 2002, 825, 826 (Elektroarbeiten).

¹⁰⁰ BGH, Urt. v. 5. 10. 2000 – I ZR 224/98, GRUR 2001, 354, 356 (Verbandsklage gegen Vielfachabmahner); BGH, Urt. v. 25. 4. 2002 – I ZR 250/00, GRUR 2002, 825, 826 (Elektroarbeiten); Köhler, GRUR 2001, 777, 781.

¹⁰¹ Köhler, GRUR 2004, 381, 385.

aaa) Doppelfunktion bei Erfordernis einer öffentlich-rechtlichen Erlaubnis

Nun wird die angebliche Doppelfunktion bei diesen Vorschriften aber etwas anders begründet. Die h. M. stützt ihren Standpunkt hauptsächlich auf die Tatsache, dass bei diesen Normen die Rechtmäßigkeit des Marktzutritts von einer öffentlich-rechtlichen Erlaubnis abhängig gemacht wird.

Wenn die Betätigung auf dem jeweiligen Markt einer öffentlich-rechtlichen Erlaubnis bedürfe, dann wolle die betreffende Norm damit im Interesse der Marktpartner, insbesondere der Verbraucher, eine bestimmte Qualität, Sicherheit oder Unbedenklichkeit der angebotenen Ware oder Dienstleistungen sicherstellen. Daher könne bei diesen Vorschriften i. d. R. davon ausgegangen werden, dass eine Doppelfunktion vorliege.¹⁰²

Es wird jetzt also nicht mehr direkt auf die Beeinträchtigung wichtiger Allgemeininteressen abgestellt.¹⁰³ Es steht nun, wenigstens dem Gesetzeswortlaut des § 4 Nr. 11 UWG entsprechend, der Schutz der Marktteilnehmer selbst im Vordergrund. Die übrigen Marktzutrittsnormen sollen lediglich „reine Marktzutrittsregelungen“ darstellen und folglich nicht in den Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG fallen.¹⁰⁴

bbb) Kritik

Eine die Bewertung der h. M. hinreichend rechtfertigende und nachvollziehbare Begründung vermisst man dabei allerdings. Es scheint eher eine bloße Behauptung zu sein, dass gerade die Vorschriften, welche für den Marktzutritt eine öffentlich-rechtliche Erlaubnis und eine besondere Qualifikation voraussetzen, zugleich das Marktverhalten regeln, andere hingegen jedoch nicht. Es wird aber nicht genau dargelegt, wo gerade bei diesen Vorschriften das marktverhaltensregelnde Element zu sehen ist, welches über den bloßen Marktzutritt hinausgeht.

Der h. M. ist auch nicht zu folgen. Zum einen muss sich die h. M. vorab stets mit der Abgrenzung zwischen Marktzutrittsregel und Marktverhaltensregelung beschäftigen, da sie ja nur bei bestimmten Marktzutrittsregeln eine Doppelfunktion anerkennt. Dies zu ermitteln, kann im Einzelfall aber schwierig sein. Zum zweiten ist das Erfordernis einer öffentlich-rechtlichen Erlaubnis für sich kein brauchbares Indiz für die Begründung einer Marktverhaltensregel.

¹⁰² Köhler, GRUR 2004, 381, 385.

¹⁰³ So schon Ullmann, GRUR 2003, 817, 824.

¹⁰⁴ Lettl UWG Rn. 396; Köhler, GRUR 2004, 381, 384 f.

(1) Abgrenzung zwischen Marktzutritt und Marktverhalten schwierig

Eine Differenzierung zwischen Marktverhaltens- und Marktzutrittsregelungen ist z. T. nicht überzeugend.¹⁰⁵ Die Grenzen gehen vielmehr ineinander über, weswegen es nicht möglich ist, stets eine strikte Linie zwischen Marktverhalten und Marktzutritt zu ziehen und diese beiden Gruppen somit auseinander zu halten.¹⁰⁶

Als Verdeutlichung dafür soll die Tatsache dienen, dass bei näherer Betrachtung auch einige Marktverhaltensregeln als Marktzutrittsvorschriften angesehen werden könnten. Als eine Art Marktzutrittsregelung könnte man z. B. § 20 II Nr. 6 PflSchG und § 1 I Nr. 1 TextkennG einordnen.¹⁰⁷ Denn der rechtmäßige Marktzutritt in Bezug auf das jeweilige Produkt wird von einer Zertifizierung abhängig gemacht. Bei § 20 II Nr. 6 PflSchG und § 1 I Nr. 1 TextkennG handelt es sich jedoch ohne Zweifel um Marktverhaltensnormen (vgl. S. 20).

Ferner könnte auch § 43 I 1 AMG, der die berufs- oder gewerbsmäßige Abgabe apothekenpflichtiger Arzneimittel an Endverbraucher nur den Apotheken gestattet, aus gutem Grund als Marktzutrittsverbot für alle Nichtapotheken gesehen werden. Verkauft nun eine Drogerie über einen langen Zeitraum hinweg apothekenpflichtige Arzneimittel¹⁰⁸, so wird aber doch wirklich niemand leugnen, dass diese auf dem Markt tätig ist und nicht nur eine vielfache Zuwiderhandlung gegen ein vom Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG eigentlich nicht erfasstes Marktzutrittsverbot vorliegt.

(2) Öffentlich-rechtliche Erlaubnis kein brauchbares Indiz

Ferner kann es bei der Frage nach dem Vorliegen einer Marktverhaltensregelung nicht darauf ankommen, ob die Rechtmäßigkeit eines Marktzutritts an eine öffentlich-rechtliche Erlaubnis geknüpft ist. Durch ein evtl. Erfordernis einer behördlichen Erlaubnis zur Betätigung auf einem bestimmten Markt (z. B. bei § 2 I GastG, § 55 II GewO) lässt sich lediglich eine besonders ausgeprägte Schutzintention des Gesetzgebers bezüglich der Marktteilnehmer begründen. Eine Marktverhaltensregelung ist jedoch rein tatsächlicher Natur und hat als solche noch nichts mit dem dahinterstehenden Zweck zu tun. Folglich kann der

¹⁰⁵ Engels/Salomon, WRP 2004, 32, 36.

¹⁰⁶ Fezer – Götting § 4-11 Rn. 20.

¹⁰⁷ Doepner, WRP 2003, 1292, 1297 f.

¹⁰⁸ So ähnlich bei BGH, Urt. v. 29. 1. 1957 – I ZR 53/55, BGHZ 23, 184 ff.

Schutzzweck einer Norm als solcher allein noch keine Aussage über die angesprochene Doppelfunktion geben.

Die h. M. vermischt somit die Frage nach dem Schutzzweck einer Vorschrift mit der nach dem objektiven Regelungscharakter derselben. Indem sie die Schutzfunktion der Normen als Erklärung für die Doppelfunktion heranzieht, denkt sie hierbei schon zu sehr ergebnisorientiert. Denn soll einzig herausgefunden werden, ob eine Norm das Marktverhalten regelt, darf man noch nicht auf den Zweck der Vorschrift abstellen. Nur weil eine Norm beispielsweise verbraucherfreundlich ist, wird durch diese noch lange nicht das Marktverhalten geregelt (z. B. §§ 305 II, III, 308, 309 i. V. m. § 310 I 1 BGB).¹⁰⁹ Der dahinterstehende Zweck einer Vorschrift lässt den Regelungscharakter derselben also völlig unberührt. Auch die bloßen Effekte, die sich durch die Missachtung einer Marktzutrittsregelung auf einem Markt ergeben, können daran nichts ändern. Dass sich das Fehlen von bestimmten fachlichen Qualitäten in besonderer Weise auf einen Markt auswirken kann, ist zwar durchaus einleuchtend, aber somit nicht entscheidend. Im Übrigen ist auch aus diesem Grund das Argument der Rechtsprechung nicht mehr haltbar.

Aufgrund des Wortlauts des § 4 Nr. 11 UWG, der das Vorliegen einer Marktverhaltensregelung verlangt und der bestimmte Schutzrichtungen allein nicht ausreichen lässt, passt die Sichtweise der h. M. somit nicht.

cc) Eigene Bewertung

Es wird also von Seiten der h. M. und früheren Rechtsprechung jeweils keine geeignete Lösung angeboten, die einzelnen Marktzutrittsnormen in exakter und dem Begriff der Marktverhaltensregelung gerecht werdender Weise unter § 4 Nr. 11 UWG subsumieren zu können. Eine Doppelfunktion lässt sich jedenfalls nur dann begründen, wenn man – anders als die h. M. – die Marktzutrittsnormen unter Außerachtlassung des dahinterstehenden Zwecks dahingehend untersucht, ob das Marktverhalten geregelt wird.

Es muss dabei auf alle Fälle das Ziel im Vordergrund stehen, bei jeder Norm eine am genauen Wortsinn der Marktverhaltensregelung orientierte Prüfung vornehmen zu können. Dabei sollte von einer Einteilung in Marktzutrittsvorschriften und Marktverhaltensregelungen Abstand genommen werden. Dies ist nicht nur aufgrund der schwierigen Unterscheidbarkeit sinnvoll. Für die Prüfung des

¹⁰⁹ Gärtner/Heil, WRP 2005, 20, 21.

§ 4 Nr. 11 UWG ist es schlichtweg auch nicht entscheidend, vorab eine Norm als Marktzutrittsregel zu qualifizieren. Nach dem Wortlaut des § 4 Nr. 11 UWG ist einzig maßgebend, ob die Vorschrift das Marktverhalten regelt oder nicht, unabhängig davon, ob sie daneben auch über den Marktzutritt entscheidet.

aaa) Doppelfunktion, wenn Verstoß nur durch ein Marktverhalten möglich

Eine erhebliche Rolle bei der Feststellung einer Marktverhaltensregelung spielt der Umstand, dass in der Praxis häufig das Auftreten am Markt und das Handeln auf diesem zusammenfallen.

Denn wer z. B. ein neues Produkt massenweise verschenkt, um in den Markt einzutreten, verstopft zugleich diesen Markt.¹¹⁰ Der Eintritt in den Markt stellt sich also vielfach gleichzeitig als Verhalten am Markt dar. Eine Person, die sich rechtlich oder faktisch noch nicht auf einem bestimmten Markt befindet, betritt den Markt i. d. R. dadurch, dass sie auf diesem gewerblich tätig wird. Das bedeutet aber zugleich, dass auch ein Verhalten am Markt vorliegen muss. Der Marktzutritt ist also häufig als erste Handlung auf einem Markt zu verstehen. Somit lässt sich sagen, dass nicht nur der Marktzutritt eine Voraussetzung für das Verhalten am Markt darstellt, sondern dass sich die Situation vielfach dahingehend umgekehrt gestaltet, dass der Marktzutritt ein Marktverhalten verlangt. Somit wird bei Verstößen gegen viele Marktzutrittsregelungen der Marktzutritt mit einem Marktverhalten zusammenfallen.¹¹¹

Durch den Umstand, dass Marktzutritt und Marktverhalten faktisch häufig zusammenfallen, ist aber die Feststellung einer Marktverhaltensregelung meines Erachtens vorgegeben. Entscheidend für die Prüfung müsste demnach sein, ob ein Verstoß gegen die Marktzutrittsregelung aus einem bestimmten Marktverhalten resultiert. Wenn nämlich die Zuwiderhandlung gegen eine Marktzutrittsnorm nur durch ein Marktverhalten bzw. durch eine Wettbewerbshandlung möglich ist, dann will der Gesetzgeber mit dem Marktzutritt gleichzeitig auch dieses Marktverhalten unterbinden. Jedes Verbot eines Marktverhaltens ist jedoch auch eine Regelung dessen, sogar in extremster Form. Ist also der Tatbestand einer Marktzutrittsvorschrift erst durch eine Betätigung auf dem Markt und nicht schon im Vorfeld des Marktes erfüllt, so stellt diese Vorschrift auch eine Marktverhaltensregelung dar.

¹¹⁰ Dreher, ZIP 2002, 1648, 1649.

¹¹¹ So auch Frenz, WRP 2002, 1367, 1368 f.; Sack, WRP 2004, 1307, 1308 f.

Die Marktzutrittsnormen, die gleichzeitig das Marktverhalten regeln, haben i. d. R. die Eigenschaft, dass jedes Tätigwerden auf dem Markt, also sowohl das erste wie auch jedes weitere den Verbotstatbestand der Marktzutrittsvorschrift aufs Neue erfüllt. Dies ist deshalb so, weil eine Marktzutrittsvorschrift, die gleichzeitig bereits jeden Ansatz von Marktverhalten unterbinden möchte, sofort – aber auch immer wieder – in dem Moment verletzt wird, in dem der Zuwiderhandelnde ein solches Marktverhalten an den Tag legt. Die Marktzutrittsvorschriften, die dem eigentlichen Marktverhalten vorgeschaltet sind und ein solches folglich auch nicht regeln, haben diese Eigenschaft nicht. Hier hat schon die erste geschäftliche Betätigung der rechtswidrig beigetretenen Person nichts mehr mit dem Verbotstatbestand zu tun.

bbb) Beispiele für Vorschriften mit Doppelfunktion

Alle Marktzutrittsregeln, denen auch die h. M. eine Doppelfunktion zuerkennt, sind zugleich auch Marktverhaltensregelungen. Dazu gehören z. B. Art 1 § 1 I 1 RBERG, § 1 II ApoG, § 2 I GastG und §§ 30 I, 55 II GewO. Jede dieser Normen kann nur durch eine Wettbewerbshandlung verletzt werden, da erst die Betätigung auf dem Markt verboten ist. Bei all diesen Vorschriften stellt ein wiederholt geschäftliches Tätigwerden jeweils einen Verstoß gegen die jeweilige Vorschrift dar. Wenn z. B. ein Unberechtigter entgegen Art 1 § 1 I 1 RBERG vielfach geschäftsmäßig Rechtsberatungen durchführt, so ist jede und nicht nur die erste Rechtsberatung als eine Zuwiderhandlung gegen § 1 I 1 RBERG zu qualifizieren.

Daneben regeln aber z. B. auch handels- und gesellschaftsrechtliche Vorschriften wie § 60 I HGB, § 112 I HGB, § 88 I AktG das Marktverhalten der möglicherweise rechtswidrig dem Markt beitretenden Person.¹¹² Diese Normen beinhalten Wettbewerbsverbote für den Handlungsgehilfen eines Gewerbes, den Gesellschafter einer OHG bzw. die Vorstandsmitglieder einer AG bei Fehlen einer entsprechenden Einwilligung. Auch hier ist erst die geschäftliche Betätigung verboten. Folglich ist ein Verstoß nur möglich durch ein entsprechendes Verhalten auf dem Markt, nicht schon durch bloße Vorbereitungshandlungen. Auch hier verstößt der Zuwiderhandelnde durch mehrfaches Marktverhalten immer wieder gegen die betreffende Norm. Damit ist aber natürlich noch lange nicht gesagt, dass ein Verstoß gegen diese Gesetze zugleich unlauter nach § 4 Nr. 11 UWG ist.

¹¹² A. A. Köhler, GRUR 2004, 381, 385.

Zusätzlich müssten diese Normen natürlich auch eine Schutzfunktion zugunsten der Marktteilnehmer aufweisen.

ccc) Gegenbeispiele

Nicht das Marktverhalten regeln andererseits z. B. alle mittelbaren Marktzutrittsschranken. Das sind Gesetze, die den Marktzutritt nicht als solchen beschränken.

Dazu gehören z. B. Normen des Vereinsrechts (§§ 21 ff. BGB), die somit nicht in den Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG fallen.¹¹³ Ob ein wirtschaftlicher Verein also z. B. seinen Vorstand rechtmäßig bestellt hat oder seine Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung erlangt hat und somit ordnungsgemäß entstanden ist, hat nichts mit einem Marktverhalten zu tun. Selbst wenn der Verein später ein Wirtschaftsunternehmen darstellen sollte, ändert dies nichts daran, dass nicht mittels einer Wettbewerbshandlung gegen die gesetzlichen Vorschriften zuwidergehandelt wurde. Es kommt nicht darauf an, ob einem Markt rechtswidrig beigetreten wird, sondern ob sich auf diesem nicht rechtmäßig verhalten wird.¹¹⁴ Wird der Verein erstmals geschäftlich tätig, erfüllt diese erste Handlung auf dem Markt nicht mehr den Tatbestand der bereits verletzten Vorschrift. Abgesehen von der Tatsache, dass die vereinsrechtlichen Vorschriften in erster Linie nur dem Gläubigerschutz dienen¹¹⁵, was für § 4 Nr. 11 UWG ohnehin nicht genügen würde¹¹⁶, regeln sie also schon gar kein Marktverhalten.

Dasselbe gilt beispielsweise auch für einige baurechtliche Vorschriften. Errichtet z. B. jemand ohne Genehmigung und entgegen den Festsetzungen eines qualifizierten Bebauungsplans ein Gewerbe, so verstößt er zwar gegen § 30 I BauGB. Ein Marktverhalten liegt aber nicht vor.

Auch die in diesem Zusammenhang viel diskutierte unmittelbare Marktzutrittsnorm des Art 87 I 1 BayGO stellt keine Marktverhaltensregelung dar.¹¹⁷ Unabhängig vom ebenfalls sehr streitigen Schutzzweck dieser Norm findet ein Verstoß gerade im Vorfeld des Wettbewerbsgeschehens statt. Die Errichtung und Übernahme eines Unternehmens haben für sich mit dem eigentlichen Geschäft des Unternehmens noch nichts zu tun. Auch der Umstand, dass die wesentliche

¹¹³ Fezer – Götting § 4-11 Rn. 70; Köhler, GRUR 2004, 382, 384 f.

¹¹⁴ So ähnlich auch Ullmann, GRUR 2003, 817, 824.

¹¹⁵ BGH, Urt. v. 29. 9. 1982 – I ZR 88/80, GRUR 1983, 120, 123 (ADAC – Verkehrsrechtsschutz).

¹¹⁶ Köhler, GRUR 2004, 381, 383.

¹¹⁷ Köhler, GRUR 2004, 382, 384; a. A. Sack, WRP 2004, 1307, 1310; Gloy/Loschelder – Hasselblatt S. 928 f.

Erweiterung eines Unternehmens grundsätzlich verboten ist, ändert daran nichts. Mit Erweiterung ist nämlich nicht die Kapazitätserhöhung einer bestehenden Einrichtung aufgrund gestiegener Nachfrage gemeint, was sich dann im Rahmen der geschäftlichen Tätigkeit abspielen und somit ein Marktverhalten darstellen würde, sondern lediglich die funktionelle und räumliche Ausdehnung des Unternehmens.¹¹⁸ Auch dies ist aber wiederum unabhängig von irgendeinem Marktverhalten. Betreibt die Gemeinde nach rechtswidrigem Marktzutritt Geschäfte, so ist darin nicht jeweils eine Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung des Unternehmens zu sehen. Eine immer wiederkehrende Erfüllung des Tatbestandes läge somit nicht vor. Demnach knüpft Art 87 BayGO nicht an das Marktverhalten, also der späteren Betätigung der Gemeinde auf dem Markt an. Der Verstoß einer bayerischen Gemeinde gegen Art 87 I 1 BayGO führt somit nicht zur Unlauterkeit durch Rechtsbruch nach § 4 Nr. 11 UWG.¹¹⁹

Der BGH hat Art 87 BayGO also im Ergebnis richtig eingestuft. Es kann jedoch vorkommen, dass im Gesetzestext neben dem Marktzutritt ausdrücklich auch ein Marktverhalten geregelt ist, was dann natürlich im Rahmen des § 4 Nr. 11 UWG zu berücksichtigen wäre. Der BGH hat bei seiner Entscheidung zu Art 87 BayGO eine solche Regelung übersehen. Denn abgesehen von der Marktzutrittsvorschrift des Art 87 BayGO bestimmt Art 95 II BayGO, dass gemeindliche Unternehmen keine wesentliche Schädigung und keine Aufsaugung selbständiger Betriebe bewirken dürfen. Hier wird also nicht nur das „ob“, sondern das „wie“ der gewerblichen Tätigkeit von Gemeinden ausdrücklich bestimmt. Auch wenn diese Vorschrift thematisch nicht direkt an Art 87 BayGO anknüpft, hätte der BGH diese bei seiner Entscheidung trotzdem nicht völlig unberücksichtigt lassen dürfen.¹²⁰

dd) Zusammenfassung

Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit, Marktzutrittsregelungen in den Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG aufzunehmen, auf das Drängen des Bundesrates¹²¹ in seine Überlegungen mit einbezogen und bewusst abgelehnt. Er wollte damit im Sinne der Leitentscheidung des BGH zu Art 87 I 1 BayGO¹²² bezwecken, dass nicht alle, sondern nur eine kleine Gruppe von Marktzutrittsvorschriften in den Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG

¹¹⁸ Masson/Samper Art 87 BayGO Rn. 19.

¹¹⁹ A. A. Emmerich 7. Auflage S. 433; Frenzel, WRP 2004, 1137, 1141 f.

¹²⁰ So auch Dreher, ZIP 2002, 1648, 1651.

¹²¹ BT-Drucksache 15/1487 S. 31.

¹²² BGH, Urt. v. 25. 4. 2002 – I ZR 250/00, GRUR 2002, 825, 826 (Elektroarbeiten).

fallen.¹²³ Es hat jedoch den Anschein, dass dadurch lediglich die Aufnahme der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeiten durch die Kommunen der Fallgruppe des Rechtsbruchs entzogen werden sollte und dafür Ungereimtheiten in Kauf genommen wurden.¹²⁴ Denn das Verhältnis zwischen Marktzutrittsregelungen und Marktverhaltensregelungen bzw. deren teilweise Ununterscheidbarkeit hat der Gesetzgeber hierbei wohl zu wenig beachtet.

Orientiert man sich nämlich korrekterweise nur am Begriff der Marktverhaltensregelung und lässt damit den dahinterstehenden Zweck der Vorschriften außer Acht, kommt man zu dem Ergebnis, dass mehrere Marktzutrittsnormen zugleich Marktverhaltensregelungen beinhalten. Die Rechtsprechung wird zwar in Zukunft kaum zu dem Resultat gelangen, bei mehr als den von der h. M. gewünschten Normen überhaupt eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG zu erblicken. Dogmatisch wäre dies meines Erachtens aber nicht korrekt, weil ein Auftreten am Markt sehr oft gleichzeitig mit einem Marktverhalten einhergeht. Wenn durch ein Marktverhalten der Tatbestand der Marktzutrittsvorschrift erfüllt wird, steht fest, dass dieses Marktverhalten verboten und insoweit geregelt ist. Inwieweit diese Erkenntnis im Ergebnis tatsächlich von der h. M. abweicht, kann erst mit einem Blick auf die jeweilige Schutzfunktion der betreffenden Gesetze beantwortet werden, wenn es um die von der h. M. an dieser Stelle bereits vorweggenommene Frage geht, ob auch das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer geregelt werden soll.

c) Problem: rechtswidriger Marktzutritt und anschließendes Marktverhalten

Eine thematisch andere Schwierigkeit besteht dann, wenn nach der Verletzung einer Marktzutrittsnorm, welche nicht gleichzeitig ein Marktverhalten regelt, ein daran anknüpfendes Marktverhalten folgt. Mit dem Marktzutritt allein ist es meistens nicht getan. Der Sinn eines Marktzutritts besteht schließlich darin, sich anschließend auf dem Markt zu bewegen.

Diese Konstellation ist nicht erwähnenswert bei den Marktzutrittsvorschriften, die gleichzeitig ein Marktverhalten regeln, weil hier das geschäftliche Tätigwerden immer wieder den Tatbestand der Verbotsnorm erfüllt (vgl. S. 29 ff.) sowie auch nicht bei den Marktzutrittsnormen, bei denen der Gesetzgeber im Anschluss an

¹²³ BT-Drucksache 15/1487 S. 19.

¹²⁴ Engels/Salomon, WRP 2004, 32, 36 f.

den Marktzutritt auch das daran anknüpfende Marktverhalten ausdrücklich regelt, weil in diesem Fall gleich auf dieses Gesetz zurückgegriffen werden könnte. Dies ist beim erwähnten Art 95 II BayGO nicht der Fall, da hier die Tatbestandsvoraussetzungen ganz andere sind als bei Art 87 I 1 BayGO.

Nach der Errichtung eines Unternehmens entgegen Art 87 I 1 BayGO betreibt eine Gemeinde also im Rahmen dieses Unternehmens Geschäfte. Fraglich könnte sein, wie das anschließende Marktverhalten der zuvor rechtswidrig dem Markt beigetretenen Person zu bewerten ist. Es dürfte ohnehin vorrangig dem Interesse der Gläubiger entsprechen, gegen das Marktverhalten und nicht gegen den bloßen Marktzutritt vorzugehen.¹²⁵ Unabhängig von der Fragestellung, ob derartige Sachverhalte überhaupt unter § 4 Nr. 11 UWG subsumiert werden könnten oder ob hierfür ohnehin nur Raum für die Anwendung der Generalnorm des § 3 UWG verbliebe, müsste zunächst geklärt werden, ob das dem Marktzutritt folgende Marktverhalten vielleicht doch in bestimmter Weise der Marktzutrittsregelung unterliegt. So ohne weiteres kann das Marktverhalten vom Marktzutritt aufgrund des eindeutigen Wortlauts der betreffenden Vorschriften jedenfalls nicht erfasst sein. Es müsste schon ein besonderer Grund für eine solche Überlegung gefunden werden.

aa) Argumentum a maiore ad minus

Der Gedanke, dass eine Vorschrift wie Art 87 I 1 BayGO, die sich nur gegen den Marktzutritt einer Person wehrt, gleichzeitig als Regelung des anschließenden Marktverhaltens angesehen werden könnte, ließe sich evtl. aus einem argumentum a maiore ad minus herleiten:

Denn wenn ein Gesetz den Markt für bestimmte Personen verschließt, könnte ein Sinn der Norm unter Umständen darin bestehen, jede Form von Marktverhalten des Normadressaten bereits im Keim zu ersticken, auch wenn das Marktverhalten selbst nicht geregelt ist. Es könnte somit gerade Endziel des Gesetzgebers sein, ein Verhalten am Markt zu unterbinden, weil überwiegend das Marktverhalten und nicht schon allein der Marktzutritt negative Auswirkungen hat. Der Gesetzgeber könnte also genau deshalb schon im Vorfeld der eigentlichen Marktebene eingeschritten sein, weil ihm bereits jegliches Marktverhalten der betreffenden Person ein zu hohes Risiko für die Durchsetzung seiner Absichten wäre. Wenn gegen ein Marktzutrittsgesetz verstoßen wird, so stellt schließlich schon allein dies

¹²⁵ Gröning, WRP 2002, 17, 26.

eine erhöhte Gefahr für die Ziele des Gesetzgebers dar. Jedes darauf basierende Marktverhalten könnte die Situation aus der Sicht des Gesetzgebers aber nochmals erheblich verschlimmern.

Wenn also der Gesetzgeber mit einer Vorschrift schon den Marktzutritt verhindern will, dann könnte er erst recht jede Form von anschließendem Marktverhalten unterbinden wollen, selbst wenn er dieses nicht ausdrücklich verbietet. Legt man diesen Gedanken zu Grunde, müsste jedes Marktverhalten der rechtswidrig dem Markt beigetretenen Person, welches zumindest die gleichen Gefahren mit sich bringen kann, die schon durch das Verbot des Zutritts vermieden werden sollten, aus der Sicht des Gesetzgebers völlig unerwünscht sein. Daher dürfte es auch nicht schaden, dass der Gesetzgeber das anschließende Marktverhalten nicht ausdrücklich verboten hat. Somit könnte eine Marktzutrittsregelung auch eine Untersagung des auf den rechtswidrigen Marktzutritt folgenden Marktverhaltens implizieren. Jedes auf dem rechtswidrigen Marktzutritt basierende Marktverhalten wäre somit als Verstoß gegen das insoweit das Marktverhalten regelnde Marktzutrittsverbot zu werten.

bb) Aber: mutmaßlicher Wille des Gesetzgebers nicht nachweisbar

Ein Erst-Recht-Schluss setzt aber voraus, dass zumindest der mutmaßliche Wille des Gesetzgeber dazu nachgewiesen werden kann. Wenn sich jedoch sinnvoll begründen lässt, dass der Gesetzgeber evtl. bewusst und gewollt auf die Marktverhaltensebene nicht eingegangen ist, ist der Weg über ein *argumentum a maiore ad minus* versperrt.

Wie man an manchen Marktzutrittsnormen wie z. B. Art 87 I 1 BayGO erkennen kann, ist eine Regulierung des Marktes auch durch Vorschriften möglich, die sich nicht direkt auf die Marktverhaltensebene beziehen. Grundsätzlich muss dem Gesetzgeber unterstellt werden, dass er ausreichend überlegt, wie am besten auf den Markt einzuwirken ist und wie eine Vorschrift zu lauten hat, damit sich deren Formulierung möglichst mit den Zielen des Gesetzgebers deckt. Wenn der Gesetzgeber folglich eine Norm schafft, dessen Wortlaut sich nicht auf das Verhalten auf dem Markt bezieht, so ist dies ein Indiz dafür, dass er sich in die Gegebenheiten auf dem Markt auch nicht einmischen wollte. Ein Erst-Recht-Schluss beruht zwar auf dem Gedanken, dass gerade etwas nicht Geregelteres zur Anwendung kommen kann. Voraussetzung dafür ist jedoch immer der mutmaßliche Wille des Gesetzgebers. Ein *argumentum a maiore ad minus* dadurch

zu begründen, dass im Falle des Verbots eines Marktzutritts jedes Marktverhalten aus der Sicht des Gesetzgebers besonders unerwünschte Effekte hervorrufen kann, ist mit Blick auf folgende Überlegung schwer vertretbar.

Wie bereits gesehen, sind die Vorgänge des Marktzutritts und des Marktverhaltens schwierig zu trennen und fallen oft zusammen. Dies kommt auch in vielen Marktzutrittsregelungen zum Ausdruck (z. B. bei Art 1 § 1 I 1 RBerG, § 1 II ApoG, § 2 I GastG und §§ 30 I, 55 II GewO). Wählt der Gesetzgeber gerade eine Konstruktion, die wörtlich genommen nur die Vorbereitungshandlungen vor dem eigentlichem Aktivwerden auf dem Markt verbietet, so muss man schon kritisch hinterfragen, warum die Vorschrift in ihrer Bedeutung so beschränkt ist, wenn dem Gesetzgeber gerade eine Regelung des Verhaltens auf dem Markt derart wichtig war. Obwohl die Grenzen zwischen Marktzutritt und Marktverhalten fließend ineinander übergehen, wird eine Struktur verwendet, bei der Marktzutritt und Marktverhalten voneinander getrennt werden und das Verhalten am Markt einen über den rechtswidrigen Marktzutritt hinausgehenden Schritt erfordert. Wenn es einem Gesetzgeber darauf ankommt, auf das Marktverhalten als solches einzuwirken, müsste man vielmehr erwarten, dass dieser Wille klar zu erkennen ist. Dann hätte der Gesetzgeber die Marktzutrittsregelung aber entweder auf das Verhalten am Markt ausdehnen müssen oder seine Absichten in der jeweiligen Gesetzesbegründung entsprechend deutlich darlegen müssen. Den Gesetzgebern vieler anderer Marktzutrittsnormen war es offensichtlich wichtig, gerade die Tätigkeit auf dem Markt zu untersagen. Wenn das nicht geschehen ist, muss der Wille des Gesetzgebers eher dahingehend unterstellt werden, dass die Vorschrift lediglich in dem gewählten Rahmen den Markt regeln sollte und daher in ihren Wirkungen auch abschließend sein sollte. In jedem Fall fällt es schwer, den Willen des Gesetzgebers bezüglich einer Regelung des Marktverhaltens nachzuweisen. Eine Regelung des auf einen rechtswidrigen Marktzutritt folgenden Marktverhaltens kann daher in einer Marktzutrittsvorschrift, die nicht das Marktverhalten regelt, normalerweise nicht erblickt werden.

So regelt z. B. Art 87 I 1 BayGO durchaus bereits den Markt, weil er diesen für die Gemeinden nur unter erschwerten Bedingungen zugänglich macht. Der Gesetzgeber hat das Marktverhalten aber aus dem Tatbestand des Art 87 I 1 BayGO ausgeklammert. Er wollte damit lediglich gewisse Voraussetzungen schaffen, unter denen eine Gemeinde ein grundsätzlich

unerwünschtes Errichten eines gemeindlichen Unternehmens vornehmen kann, aber eben nicht die Tätigkeiten auf dem Markt als solche lenken. Für eine derartige Annahme spricht die Vermutung, dass sich der Gesetzgeber in diesem Zusammenhang ausreichend mit der Lösung des für ihn bestehenden Problems befasst und folglich eine abschließende Regelung gefunden hat. Wäre dem bayerischen Gesetzgeber wichtig gewesen, die Art und Weise der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit von Gemeinden zu regeln, hätte er dies zumindest in der Gesetzesbegründung deutlich zum Ausdruck bringen müssen. Hier wird aber nicht genauer auf das Verhalten einer Gemeinde auf dem Markt eingegangen, sondern hauptsächlich die Gründe erläutert, die gegen einen Marktzutritt sprechen.¹²⁶

Somit bestehen keine ausreichenden Gründe, die ein *argumentum a maiore ad minus* im Falle des Art 87 I 1 BayGO rechtfertigen könnten.

Ob der bayerische Gesetzgeber auf die Rechtsprechung und die UWG-Reform reagieren und Art 87 BayGO so verändern wird, dass eine Vorschrift entsteht, die unter Mitberücksichtigung einer neuen Gesetzesbegründung den Zweck erkennen lässt, ein unlauteres Marktverhalten zu verhindern, bleibt abzuwarten. Da die Rechtsprechung zu Art 87 BayGO inzwischen aber auch schon einige Jahre zurückliegt, ist dies eher unwahrscheinlich. Dies ist ein weiteres Indiz dafür, dass der Art 87 BayGO wohl eher im Vorfeld des Marktverhaltens wirken soll.

II. Marktverhaltensregelnde Funktion

Eine Vorschrift hat dann eine marktverhaltensregelnde Funktion, wenn sie den Schutz eines Marktteilnehmers gegen ein bestimmtes Marktverhalten zur Aufgabe hat. Da zwar bei fast jedem marktverhaltensregelnden Gesetz eine Schutzfunktion zugunsten eines Marktteilnehmers in Betracht kommt, eine solche aber nicht zwingend vorliegen muss, ist also stets ein Marktteilnehmer als Schutzsubjekt der betreffenden Vorschrift auszumachen.

Marktteilnehmer sind gemäß § 2 I Nr. 2 UWG neben den Mitbewerbern (§ 2 I Nr. 3 UWG) und Verbrauchern (§ 2 II UWG i. V. m. § 13 BGB) alle Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind. Marktteilnehmer, die weder Mitbewerber noch Verbraucher darstellen, werden als sonstige Marktteilnehmer bezeichnet (§ 3 UWG).

¹²⁶ LT-Drucksache 13/10828 S. 19: Es ist lediglich davon die Rede, aus bestimmten Gründen einer „Erwerbstätigkeit...vorbeugen“ zu wollen.

Es muss jedoch darauf geachtet werden, dass es sich bei den ermittelten Schutzpersonen auch um Marktteilnehmer in ihrer marktbezogenen Interessenlage handelt.¹²⁷ Die Verbraucher beispielsweise müssen als Vertragspartner und nicht bloß als Mensch in den Schutzbereich der betreffenden Norm fallen.¹²⁸ Bei § 3 I Nr. 1 LadschlG z. B. kommen als Schutzsubjekte unter anderem die Ladenangestellten von Verkaufsstellen in Betracht. Die Interessen der Ladenangestellten wären zwar bei einem Verstoß betroffen, da diese dazu verpflichtet werden, für ihren Arbeitgeber am Sonntag tätig zu werden. Jedoch sind die Ladenangestellten keine Marktteilnehmer im Sinne des § 2 I Nr. 2 UWG. Die Tatsache, dass die Angestellten zumindest in ihrer Freizeit zumeist selbst Verbraucher darstellen, ist unerheblich. Ihre Position wäre jedenfalls nicht in ihrer marktbezogenen Interessenlage als Verbraucher tangiert. Für die Beantwortung der Frage, ob ein Gesetz im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG vorliegt, wäre folglich irrelevant, ob § 3 I Nr. 1 LadschlG tatsächlich auch die Funktion verfolgt, die Ladenangestellten zu schützen.

Nach dem Wortlaut des § 4 Nr. 11 UWG genügt, dass die Schutzfunktion der Norm zugunsten des Wettbewerbs bloßer Nebenzweck der verletzten Vorschrift ist („auch“), d. h. es reicht aus, wenn die Vorschrift auch einen Marktteilnehmer schützen will.¹²⁹

Anders als die Prüfung einer Marktverhaltensregelung kann dagegen die Frage nach dem dahinterstehenden Zweck der Vorschrift zugunsten der Interessen der Marktteilnehmer sehr viel komplizierter sein. Grund hierfür ist, dass der Wille des Gesetzgebers, auf den allein es hierbei ankommt, nicht immer genau bekannt ist. Selbst Gesetzesbegründungen, die man ohnehin nicht stets zur Hand oder im Gedächtnis hat, helfen nicht immer weiter, da sich der Schutzzweck einer Vorschrift auch ausdehnen bzw. generell verändern kann. So ist zu klären, wie der mögliche marktverhaltensregelnde Zweck einer Norm bestimmt werden kann.

1. Marktverhaltensregelung und faktische Interessenberührung ausreichend?

Eine Möglichkeit wäre, einfach die oben bereits geprüfte Regelung des Marktverhaltens sowie eine Tangierung der Marktteilnehmerinteressen für die Annahme eines marktverhaltensregelnden Schutzzwecks ausreichen zu lassen.

¹²⁷ Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig – v. Jagow § 4 Nr. 11 Rn. 43.

¹²⁸ Gärtner/Heil, WRP 2005, 20, 22.

¹²⁹ Lettl UWG Rn. 395.

Danach wäre also jede Vorschrift einschlägig, die das Marktverhalten von Gewerbetreibenden vorgibt und irgendwie die Interessen eines Marktbeteiligten berührt.

Es ließe sich nämlich dahingehend argumentieren, dass ein Gesetz, welches tatsächlich im Interesse einer Marktteilnehmergruppe steht, diese auch schützen soll, da dem Gesetzgeber mit der absichtlichen Schaffung einer solchen Norm gleichzeitig auch die Auswirkungen auf den Wettbewerb und damit auch auf die Marktteilnehmerinteressen bewusst und damit Recht gewesen sein müssen. Die Absicht des Gesetzgebers, mit der Vorschrift tatsächlich auch die Marktteilnehmer schützen zu wollen, wäre folglich impliziert. Würde man einen solchen Gedankengang zu Grunde legen, wäre die Prüfung des § 4 Nr. 11 UWG relativ komplikationslos zu bewerkstelligen, da sich das Vorliegen einer Marktverhaltensregelung sowie die Auswirkungen eines Verstoßes auf die Interessen der Marktteilnehmer i. d. R. mit wenig Aufwand feststellen lassen.

Jedoch ist zu sagen, dass eine Vorschrift nicht schon dann den Schutz bestimmter Personen verfolgen muss, wenn ein Verstoß gegen diese deren Interessen lediglich berührt. Wenn nur Einzelne gegen die Vorschrift verstoßen, kann sich dies auf die Interessen derer auswirken, die gesetzestreu sind, ohne dass diese Schutzsubjekte des Gesetzes sein müssen. Gerade bei allein verbraucherschützenden Normen führt die Zuwiderhandlung eines Gewerbetreibenden unter Umständen dazu, dass er beim Werben um Kunden gegenüber seinen Konkurrenten klar im Vorteil ist. Ob demnach die Marktbeteiligten auch wirklich geschützt werden sollen oder ob die Vorschrift eine ganz andere Zielsetzung verfolgt und darüber hinaus die Interessen der Marktbeteiligten lediglich tangiert werden, bleibt durch die ausschließliche Feststellung der Wirkung der Vorschrift ungeklärt. Eine derartige Auslegung des § 4 Nr. 11 UWG könnte also kaum den Vorstellungen des Gesetzgebers entsprechen. Dieser hätte nämlich sonst nicht so deutlich auf den Zweck der verletzten Vorschrift abgestellt („...dazu bestimmt,...“), sondern nur auf den objektiven Regelungscharakter der Vorschrift bezüglich des Wettbewerbs. Nach dem Wortlaut des § 4 Nr. 11 UWG soll die marktverhaltensregelnde Bedeutung einer Vorschrift als bloßer Reflex einer möglicherweise ganz anderen Zielsetzung des Gesetzes aber gerade nicht ausreichen. Es muss also darauf geachtet werden, dass gerade dem Tatbestandsmerkmal der marktverhaltensregelnden Funktion bei der Prüfung eine eigenständige Bedeutung zukommt, da dieses ein wichtiger

Anlass für die Regelung des § 4 Nr. 11 UWG war. Es darf also nicht durch Auslegung umgangen werden. Dem offensichtlichen Willen des Gesetzgebers würde sonst nicht mehr Rechnung getragen werden.

2. Parallele zur Schutznormtheorie

Vielmehr bietet sich aufgrund der Nähe des Wettbewerbsrechts zum Deliktsrecht¹³⁰ eine Parallele mit der Schutznormtheorie zu § 823 II BGB¹³¹, durchaus aber auch zu § 42 II VWGO¹³² an.

Hiernach bezweckt eine Norm den Schutz eines anderen dann, wenn sie, sei es auch neben dem Schutz der Allgemeinheit, gerade dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines Rechtsguts zu schützen. Dabei kommt es nicht auf die Wirkung, sondern auf Inhalt und Zweck des Gesetzes nach der Intention des Gesetzgebers bei Erlass an.¹³³ Anders als bei der Schutznormtheorie¹³⁴ muss jedoch bei § 4 Nr. 11 UWG sicherlich kein hinreichend bestimmter und abgrenzbarer Kreis Einzelner geschützt sein. Für eine Einschränkung der Klagemöglichkeit bei einer Verwirklichung des Tatbestandes des § 4 Nr. 11 UWG sorgt ohnehin die Bagatellgrenze des § 3 UWG.

Wann jedoch im Sinne der Schutznormtheorie ein Marktteilnehmer Schutzsubjekt einer marktverhaltensregelnden Vorschrift ist, muss durch Auslegung ermittelt werden. Dabei können die gängigen Auslegungsmethoden herangezogen werden, wobei gerade der historische Hintergrund einer Norm meistens nicht bekannt sein dürfte. Problematisch ist die Untersuchung eines wettbewerbsrechtlichen Zwecks in erster Linie bei solchen Vorschriften, bei denen die Motive des Gesetzgebers im Einzelnen nicht offensichtlich sind. Dagegen gibt es Gesetze, die eine eindeutige marktverhaltensregelnde Schutzrichtung aufweisen. Die meisten marktverhaltensregelnden Gesetze haben aber, wie erwähnt, eine bestimmte Schutzrichtung zugunsten der Marktteilnehmer inne. Es gibt jedoch auch vereinzelt Vorschriften, denen man eine solche Aufgabe absprechen muss.

¹³⁰ Schrickler S. 250.

¹³¹ BGH, Urt. v. 21. 10. 1991 – II ZR 204/90, ZIP 1991, 1597, 1598; Palandt – Sprau § 823 Rn. 57.

¹³² BVerwG, Urt. v. 16. 3. 1989 – BVerwG 4 C 36.85, BVerwGE 81, 329, 334; BVerwG, Urt. v. 6. 10. 1989 – BVerwG 4 C 14.87, BVerwGE 82, 343, 344; BVerwG, Urt. v. 17. 6. 1993 – BVerwG 3 C 3.89, BVerwGE 92, 313, 317.

¹³³ BGH, Urt. v. 21. 10. 1991 – II ZR 204/90, ZIP 1991, 1597, 1598 f.

¹³⁴ BVerwG, Urt. v. 14. 12. 1973 – IV C 71.71, DVBl. 1974, 358, 361.

3. Eindeutige Fälle

Es existieren marktverhaltensregelnde Normen, denen ohne größere Zweifel auch eine Schutzfunktion zugunsten einer bestimmten Marktteilnehmergruppe zugeordnet werden kann.

Dazu gehören die Normen, die der Gesetzgeber offensichtlich aus dem Motiv heraus geschaffen oder aufrecht erhalten hat, eine ganz bestimmte Marktteilnehmergruppe zu schützen. Dies ist dann der Fall, wenn der Regelungsgehalt der Vorschrift zwingend mit dem Schutz einer bestimmten Marktteilnehmergruppe zusammenhängt. Dass der Gesetzgeber vorrangig vielleicht sogar ein anderes oder allgemeines Ziel zu verfolgen sucht, schadet nicht. Wenn der Schutz des Marktteilnehmers nämlich schon existenziell bedingt auf jeden Fall mit den anderen Schutzzwecken einhergeht, weil sich hinter einem denkbaren allgemeinen Ziel der Schutz einer bestimmten Marktteilnehmergruppe in individueller Weise verbirgt, so muss auch eine zumindest sekundäre Schutzfunktion zugunsten dieser Marktteilnehmer vorliegen. Der Gesetzgeber hat nämlich dann die Vorschrift gerade im Hinblick auf die Stellung dieser Marktteilnehmergruppe am Markt geschaffen. Der Schutz des Marktbeteiligten muss folglich zumindest auch seinem Willen entsprechen. Allerdings ist dann ein wettbewerbsrechtlicher Schutzzweck der Vorschrift zugunsten eines anderen Marktbeteiligten ebenfalls nicht ausgeschlossen.

Für die Offensichtlichkeit einer bestimmten wettbewerbsrechtlichen Schutzrichtung spielt grundsätzlich wiederum keine Rolle, welche Interessen durch die Verletzung der Vorschrift tatsächlich betroffen werden. Die Verletzung einer marktverhaltensregelnden Vorschrift kann die Interessen verschiedener Marktteilnehmer tangieren. Es ist aber fraglich, ob ein wettbewerbsrechtlicher Zweck des Gesetzes immer auch bezüglich aller betroffenen Marktteilnehmerinteressen in Betracht kommt. Es kann vielmehr sein, dass ein Schutzzweck zugunsten einzelner Marktteilnehmer schon aus logischen Gründen offensichtlich ausscheidet. Auch wenn beim Verstoß gegen ein marktverhaltensregelndes Gesetz die Interessen einer Marktteilnehmergruppe unter Umständen sogar sehr stark betroffen sind, bedeutet dies nicht zwangsweise, dass auch eine diesbezügliche Funktion anzunehmen ist.

Es folgen nun Beispiele von marktverhaltensregelnden Vorschriften, bei denen eine offensichtliche Schutzfunktion zugunsten einer Marktteilnehmergruppe vorliegt.

a) Tabakwerbeverbot

Vorrangig aus gesundheitspolitischen Gründen ist z. B. das Tabakwerbeverbot gemäß § 22 I, II LMBG erlassen worden.¹³⁵ Selbst wenn der Gesetzgeber mit der Schaffung der Vorschrift ein allgemeines Prinzip der Volksgesundung bezweckt hätte, ginge der Schutz des Verbrauchers als Individuum zwingend mit dem erstrebten Hauptziel einher. Somit muss zumindest eine sekundär wettbewerbsbezogene Schutzfunktion zugunsten der Verbraucher angenommen werden.¹³⁶

Daneben liegt beispielsweise ein Schutzzweck bezüglich der Mitbewerber nicht vor. So berührt ein Verstoß gegen das Werbeverbot für Tabakerzeugnisse nach § 22 I, II LMBG neben den gesundheitlichen Interessen der Verbraucher zwar auch die Interessen der Mitbewerber. Eine Zuwiderhandlung würde die Konkurrenz unter Umständen sogar sehr hart treffen, weil diese aufgrund des gesetzlichen Verbots kaum eine Möglichkeit besitzt, ihr Tabakerzeugnis dem Verbraucher näher zu bringen. Die Folge wäre ein erheblicher Wettbewerbsvorteil des Zuwiderhandelnden. Jedoch kommt eine marktverhaltensregelnde Funktion zugunsten der Mitbewerber überhaupt nicht in Betracht. § 22 I, II LMBG ist nämlich offensichtlich nur aus Gesundheitsschutzgründen und gerade nicht zum Schutz der Gewerbetreibenden vor der Konkurrenz erlassen worden. Die Existenz des § 22 I, II LMBG bedeutet nämlich sogar eine erhebliche Interessenbeeinträchtigung der Vertreiber von Tabakerzeugnissen. Dass die Interessen der gesetzestreuen Gewerbetreibenden als bloße Folge rechtswidrigen Verhaltens einzelner Mitbewerber verletzt werden können, reicht für die Annahme einer Schutzfunktion des Gesetzes nicht aus. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass gemäß § 4 Nr. 11 UWG eine sekundäre Schutzfunktion genügt, weil hierdurch lediglich klargestellt werden soll, dass die Schutzfunktion zugunsten des Wettbewerbs nicht Hauptzweck des Erlasses bzw. der Aufrechterhaltung der Norm gewesen sein muss. Somit ist bei § 22 I, II LMBG eine marktverhaltensregelnde Schutzfunktion nur bezüglich der Verbraucherinteressen gegeben. Eine mögliche

¹³⁵ BT-Drucksache 7/255 S. 33 f.

¹³⁶ Sack, WRP 2004, 1307, 1309.

Beeinträchtigung der Mitbewerberinteressen in welcher Form und Schwere auch immer bleibt für die Anerkennung einer wettbewerbsrechtlichen Schutzfunktion des Gesetzes völlig unberücksichtigt. Eine solche Funktion zugunsten der Mitbewerberinteressen scheidet hier vielmehr schon aus logischen Gründen aus.

b) Vorschriften der Preisangabenverordnung

Auch Vorschriften der Preisangabenverordnung, die den Grundsätzen der Preisklarheit und Preiswahrheit dienen (§ 1 V PAngV), haben eindeutig eine verbraucherschützende Zielrichtung¹³⁷, weil sie nur bei Angeboten und Preiswerbung gegenüber privaten Letztverbrauchern Anwendung finden (§ 1 I 1 i. V. m. § 9 I Nr. 1 PAngV). Ob daneben auch eine Schutzfunktion zugunsten der Mitbewerber angenommen werden kann, wird an späterer Stelle untersucht. Anders als § 22 I, II LMBG berührt die Existenz der Preisangabenverordnung nicht in derart starker Weise die Interessen der Gewerbetreibenden, so dass eine solche Funktion nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Jedenfalls aber liegt ein solcher Zweck nicht offensichtlich vor.

c) § 20 II Nr. 6 PflSchG und § 1 I Nr. 1 TextkennG

Ebenfalls verbraucherschützende Funktion haben die bereits im Rahmen des Tatbestandsmerkmals der Marktverhaltensregelung angesprochenen § 20 II Nr. 6 PflSchG¹³⁸ und § 1 I Nr. 1 TextkennG¹³⁹. Auch hier hatte der Gesetzgeber erkennbar das Ziel im Auge, bestimmte Verbraucherinteressen zu wahren.

d) Jugendschutzvorschriften

Eine Reihe von Jugendschutzregelungen stellen ebenfalls Marktverhaltensregelungen zum Schutze der Verbraucher dar.¹⁴⁰ Dazu gehören z. B. § 4 I JuSchG, der die Aufenthaltsgestattung von Kindern und Jugendlichen in Gaststätten bestimmt sowie §§ 9 f. JuSchG, die den Ausschank von alkoholischen Getränken und die Ausgabe von Tabakwaren an Kinder und Jugendliche regeln. Wichtig ist dabei aber, dass sich die Kinder und Jugendlichen bei solchen Schutzvorschriften als einen Teil der Verbraucherschaft darstellen. Dies ist hingegen nicht so bei § 8 I JArbSchG, der ohnehin schon keine

¹³⁷ Völker Einl. PAngV Rn. 3; Gloy/Loschelder – Hasselblatt S. 943; Beater § 27 Rn. 21; BGH, Urt. v. 5. 7. 2001 – I ZR 104/99, GRUR 2001, 1166, 1168 (Fernflugreise); BGH, Urt. v. 15. 1. 2004 – I ZR 180/01, WRP 2004, 490, 491 (Frühlingsgeflüge).

¹³⁸ Holthöfer/Nüse/Franck § 7 Rn. 4.

¹³⁹ Beater § 27 Rn. 42; Dommasch S. 1 ff.

¹⁴⁰ Baumbach/Hefermehl – Köhler § 4 Rn. 11.180.

Marktverhaltensregelung darstellt (vgl. S. 23). Hier soll die Jugend in ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmer und nicht als Verbrauchergruppierung vor Nachteilen bewahrt werden.

e) Wettbewerbsrechtliche Vorschriften

Das Verbot strafbarer wettbewerbsbeschränkender Absprachen nach § 298 I StGB hat in erster Linie die Funktion, einen freien Wettbewerb zu ermöglichen.¹⁴¹ Dies ist grundsätzlich ein allgemeines Ziel des Gesetzgebers. Da jedoch das Ziel eines freien Wettbewerbs zwingend mit dem Schutz der Konkurrenz, also der Mitbewerber, einhergeht, weil gerade diese den Wettbewerb gestalten und forcieren, ist auch eine zumindest sekundäre Schutzfunktion des § 298 I StGB bezüglich der Mitbewerber anzunehmen.¹⁴² § 298 I StGB ist gerade im Hinblick auf die Stellung der Mitbewerber erlassen worden.

Dies gilt ebenso für § 1 GWB, der zweifellos die Konkurrenten der Kartellmitglieder vor der Errichtung künstlicher Marktzutrittsschranken schützen soll.¹⁴³ Auch wenn vorrangig vielleicht nicht der Individualschutz, sondern die Institution Wettbewerb allgemein geschützt werden soll, so lässt sich doch eine zumindest sekundäre Schutzpflicht auch zugunsten der einzelnen Mitbewerber annehmen.

Anders ist hingegen das Verbot der Preis- oder Konditionenbindung nach § 14 GWB zu bewerten. Hier scheidet meines Erachtens eine Schutzfunktion des § 14 GWB zugunsten der Mitbewerber aus. Im Ergebnis wird dies z. T. von der Literatur ebenso gesehen¹⁴⁴ bzw. ein derartiger Schutzweck zumindest kritisch betrachtet.¹⁴⁵ Z. T. wird ein solcher aber auch angenommen.¹⁴⁶ Dies wird aber teilweise wiederum damit begründet, dass sich einzelne Unternehmer durch rechtswidrige Preisbindungen einen Wettbewerbsvorteil vor den übrigen verschaffen könnten.¹⁴⁷ Dies sind jedoch rein faktische Interessenbeeinträchtigungen. § 14 GWB ist gerade nicht zum Schutz der Konkurrenten eines Zuwiderhandelnden erlassen worden, sondern Schutzsubjekte sollten augenscheinlich die Geschäftspartner im Vertikalverhältnis sein. Dass sich

¹⁴¹ Schönke/Schröder – Heine § 298 Rn. 1.

¹⁴² Schönke/Schröder – Heine Vorbem. §§ 298 ff. Rn. 3.

¹⁴³ Immenga/Mestmäcker – Emmerich § 33 Rn. 13; Beater § 27 Rn. 49.

¹⁴⁴ v. Gamm § 15 Rn. 9; Köhler, GRUR 2004, 381, 387.

¹⁴⁵ Wiedemann – Topel § 50 Rn. 62; Langen/Bunte – Bornkamm § 33 Rn. 18.

¹⁴⁶ Immenga/Mestmäcker – Emmerich § 33 Rn. 20.

¹⁴⁷ BGH, Urt. v. 8. 10. 1958 – K ZR 1/58, BGHZ 28, 208, 222 f.

ein Verstoß gegen § 14 GWB auf die Interessen der Mitbewerber freilich auswirkt, kann daran nichts ändern.

f) § 49 IV 3 PBefG

Gerade zum Zwecke des Schutzes sonstiger Marktteilnehmer ist beispielsweise § 49 IV 3 PBefG erlassen worden, der den Fahrern von Mietwagen auferlegt, nach Ausführung eines Beförderungsauftrages unverzüglich zum Betriebsitz zurückzukehren.

§ 49 IV PBefG soll vordergründig der scharfen Abgrenzung von Mietwagen und Taxen und dadurch der Aufrechterhaltung der Leistungsfähigkeit der Taxen im öffentlichen Verkehrsinteresse dienen.¹⁴⁸ Das eigentlich angestrebte öffentliche Verkehrsinteresse ist zwar ein allgemeines, gerade nicht auf die individuellen Interessen der Taxiunternehmen zugeschnittenes Ziel. Jedoch geht auch der konkrete Schutz der Taxiunternehmen mit dem verfolgten Ziel zwingend einher. § 49 IV PBefG ist gerade im Hinblick auf die Existenz von Taxiunternehmen erlassen worden. Daher kann zu ihren Gunsten auch ein zumindest sekundärer Schutzzweck der Vorschrift angenommen werden.

Es ist für die Anwendung des § 4 Nr. 11 UWG grundsätzlich unerheblich, ob der Schutz der Taxifahrer hier als ein solcher zugunsten der Mitbewerber oder der sonstigen Marktteilnehmer verstanden wird. Meines Erachtens sind die Taxiunternehmen im Verhältnis zu den Mietwagenunternehmen hier eher als sonstige Marktteilnehmer zu begreifen. Dafür spricht, dass § 49 IV PBefG eine strikte Trennung dieser beiden Institute vornimmt. Auch wenn sich die angebotenen Dienstleistungen zwischen Mietwagen- und Taxiunternehmen sehr ähneln, so wird ein Wettbewerb bzw. ein von § 2 I Nr. 3 UWG gefordertes konkretes Wettbewerbsverhältnis durch § 49 IV PBefG gerade verhindert. Erst ein Verstoß begründet nämlich eine Mitbewerbereigenschaft. Da es zu einem solchen Wettbewerb folglich nie kommen soll, werden die Taxifahrer nicht als Mitbewerber, sondern als sonstige Marktteilnehmer geschützt.

4. Zweifelhafte Fälle

Könnte der Gesetzgeber hingegen eine Vorschrift allein aus logischen wettbewerbsfremden Gründen erschaffen oder aufrecht erhalten haben, muss ein möglicher marktverhaltensregelnder Zweck genauer untersucht werden. Bei einigen Gesetzen ist z. T. bestritten bzw. nicht eindeutig festzulegen, ob sie

¹⁴⁸ Fielitz/Grätz § 49 Rn. 5.

wirklich dazu bestimmt sind, das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln. Die Folge daraus ist eine erhöhte Schwierigkeit bei der Subsumtion mancher Normverstöße unter § 4 Nr. 11 UWG. Auch wenn einzig unklar ist, welche Marktteilnehmergruppe das Gesetz schützen soll, ist die eigentliche marktverhaltensregelnde Schutzfunktion nicht offensichtlich. Generell etwas seltener wird man wohl an der Schutzfunktion eines Gesetzes zugunsten der Verbraucher zweifeln, weil Verbraucherschutzvorschriften i. d. R. einfach zu erkennen sind.¹⁴⁹ Anders als bei der Feststellung der Schutzfunktion einer Norm zugunsten der Mitbewerber oder der sonstigen Marktteilnehmer ist bei einer Vorschrift, die dazu dient, die Interessen der Verbraucher zu wahren, häufig schon offensichtlich die Intention des Gesetzgebers zugunsten des Verbraucherschutzes feststellbar. Dies ist aber auch bei Verbraucherschutzvorschriften nicht immer der Fall.

a) Wettbewerbsrechtliches Schutzsubjekt fraglich

Es gibt Gesetze, die zwar offensichtlich eine marktverhaltensregelnde Funktion verfolgen, bei denen jedoch an eine Schutzfunktion bezüglich mehrerer Marktteilnehmergruppen zu denken ist.

Als Beispiel dafür dienen hier die Kartellrechtsbestimmungen. Bei diesen Vorschriften kommt sowohl eine Schutzfunktion zugunsten der Verbraucher als auch der übrigen Marktteilnehmer und der Mitbewerber in Betracht. Solange der Gesetzgeber offensichtlich zumindest einen Marktteilnehmer schützen will, ist diese Konstellation für die Praxis unerheblich, da dann in jedem Fall ein Gesetz im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG vorliegt. Ist jedoch nicht eindeutig, welche Marktteilnehmerinteressen geschützt werden sollen, bleibt ohne tiefgründigere Betrachtungsweise die eigentliche wettbewerbsrechtliche Schutzfunktion des jeweiligen Gesetzes verborgen. Schließlich steht nicht fest, ob der Gesetzgeber z. B. mit § 1 GWB neben den Mitbewerbern¹⁵⁰ auch die Verbraucher oder die sonstigen Marktteilnehmer oder gar zusätzlich beide schützen wollte. Es sollte demnach erstrebenswert sein, die genaue Schutzfunktion des jeweiligen Gesetzes zu bestimmen, auch wenn eine solche Prüfung für die Praxis nicht immer entscheidend ist.

¹⁴⁹ Z. B. Verbraucherschutznormen aus dem BGB (vgl. S. 22).

¹⁵⁰ Vgl. S. 45.

b) Wettbewerbsrechtliche Schutzfunktion fraglich

Auch für die Praxis sehr problematisch ist dagegen die Bewertung solcher marktverhaltensregelnden Vorschriften, bei denen die Schutzfunktion zugunsten eines Marktteilnehmers generell fraglich ist, weil der Gesetzgeber aus wettbewerbsfremden Motiven gehandelt haben könnte und die Wahrung der Marktteilnehmerinteressen nur ein Reflex dieser Zielrichtung sein könnte.

Das im Jahr 1956 in Kraft getretene LadschlG z. B. sollte vorrangig dem Arbeitsschutz des Verkaufspersonals, also den Arbeitnehmern dienen, um diesen eine ausreichende Arbeits- und Nachtruhe sowie ein zusammenhängendes Wochenende zu gewähren.¹⁵¹ Eine wettbewerbsrechtliche Bedeutung im Sinne eines Schutzes der Mitbewerber sollte es aber dahingehend haben, dass der Ladenschluss auch für Läden ohne Personal gilt, um im Verhältnis zu den Läden mit Personal gleiche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen.¹⁵² Heutzutage kommt dem LadschlG in Literatur und Rechtsprechung überwiegend eine allgemeine wettbewerbsrechtliche Zielsetzung zu.¹⁵³ Gerade auf den Schutz des Wettbewerbs mit den großen Konzernen fürchtenden mittelständischen Handels wird verwiesen.¹⁵⁴ Es gibt aber andererseits auch kritische Ansichten zum wettbewerbsrechtlichen Zweck des LadschlG, die die wettbewerbsrechtliche Bedeutung eher als reinen Reflex des Arbeitsschutzes betrachten.¹⁵⁵

Ähnlich problematisch ist z. B. § 8 GastV zu bewerten, der Sperrzeitregelungen für Gaststätten, basierend auf § 18 I 1 GastG, beinhaltet. Hierbei ist nicht nur wiederum die Frage offen, welchen Marktteilnehmer diese Vorschrift unter Umständen schützen will, sondern schon ungewiss, ob überhaupt ein Marktteilnehmer gewolltes Schutzsubjekt der Sperrzeitregelung ist, weil der Gesetzgeber bzw. die jeweilige Landesregierung unter Umständen ausschließlich aus wettbewerbsfremden Motiven eine Sperrzeit schaffen wollte (z. B. Wahrung der Nachtruhe¹⁵⁶, Arbeitsschutz der Angestellten, etc.).

¹⁵¹ BVerwG, Urt. v. 23. 3. 1982 – BVerwG 1 C 157. 79, BVerwGE 65, 167, 172; Stober LadschlG Einf. Rn. 37.

¹⁵² BR-Drucksache 310/54 S. 2 f.; Sack, WRP 1998, 683, 685; so ähnlich auch bei BGH, Urt. v. 3. 11. 1988 – I ZR 12/87, GRUR 1989, 116, 117 (Nachtbackverbot) hinsichtlich § 5 I, V BAZG.

¹⁵³ Schunder S. 34 f.; Köhler/Piper – Köhler § 1 Rn. 498; BGH, Urt. v. 22. 12. 1965 – I b ZR 119/63, BGHZ 45, 1, 3 (Ratio); BGH, Urt. v. 28. 11. 1956 – I ZR 160/78, BGHZ 79, 99, 103 (Tag der offenen Tür II).

¹⁵⁴ Emmerich 6. Auflage S. 318 f.

¹⁵⁵ Stober, GewArch 1982, 1, 7; Sack, WRP 2004, 1307, 1310.

¹⁵⁶ Die Nachtruhe wäre zum Schutz aller benachbarten Menschen einzuhalten. Die sich unter den Menschen befindlichen Marktteilnehmer (Verbraucher, Gewerbetreibende) wären aber nicht in

c) Vorgehensweise zur Bestimmung des Schutzzwecks

Wenn also die exakte wettbewerbsrechtliche Schutzrichtung oder generell die wettbewerbsrechtliche Schutzfunktion einer Vorschrift fragwürdig ist, muss überlegt werden, wie trotzdem ein möglicher wettbewerbsrechtlicher Schutzzweck ermittelt werden könnte.

Um den Problemen bei der Beurteilung des marktverhaltensregelnden Zwecks einer Vorschrift entgegenzuwirken, kann man versuchen, mit Hilfe methodischer Auslegung Kriterien zu entwickeln, anhand derer die Regelungsfunktion einer Vorschrift bezüglich des Marktverhaltens in Zweifelsfällen bestimmt werden kann, ohne die jeweiligen Argumente der Literatur und Rechtsprechung gegeneinander abwägen zu müssen, deren Vielfalt und Unterschiedlichkeit häufig kein eindeutiges und daher befriedigendes Ergebnis zulassen. Ferner hat man die z. T. guten Argumente meist nicht parat. Bestehen also bezüglich der Einordnung eines Gesetzes in den Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG Probleme, sollen diese Kriterien eine Subsumtion erleichtern helfen.

Wichtig ist aber, vorab zu erkennen, dass fest bestimmte Kriterien zur Bestimmung der marktverhaltensregelnden Funktion eines Gesetzes im Einzelfall zu starr sein können, um generell zu solchen Ergebnissen zu gelangen, die mit den Motiven des Gesetzgebers übereinstimmen. Ziel der Bestimmung von Kriterien ist daher vordringlich, einen Anhaltspunkt für die Einordnung des wettbewerbsrechtlichen Zwecks einer Vorschrift zu gewinnen. Dieser sollte in den meisten Fällen zum richtigen, aber in jedem Falle zu einem vertretbaren Ergebnis führen.

Wenn eine Norm nicht genau erkennen lässt, welche Zwecke der Gesetzgeber mit ihr verfolgt, kann der marktverhaltensregelnde Zweck des betreffenden Gesetz auf unterschiedliche Weise untersucht werden. Als erstes kann das Gesetzeswerk, in welchem die Vorschrift zu finden ist, als Ganzes betrachtet werden. Die erkennbaren Ziele des Gesetzeswerkes lassen unter Umständen auch einen Schluss auf die Ziele der zu prüfenden einzelnen Vorschrift zu. Hilft einem das nicht weiter, kann man zweitens versuchen, den Zweck durch die möglichen tatsächlichen Auswirkungen beim Hinwegdenken der Norm zu erschließen. Umso stärker nämlich die negativen Wirkungen wären, wenn es das Gesetz nicht gäbe,

desto eher erscheint der Schluss logisch, dass der Gesetzgeber gerade diese Folgen durch die Schaffung der Vorschrift verhindern wollte.

aa) Gesetzeswerk im Gesamtbild

Hat man Probleme, eine marktverhaltensregelnde Vorschrift dem Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG zuzuordnen, weil an der erforderlichen Schutzfunktion zugunsten des Wettbewerbs Zweifel bestehen, kann es zunächst sehr hilfreich sein, über den Tellerrand der betreffenden Vorschrift hinauszuschauen. Wenn sich der Normzweck aus der Betrachtung der Vorschrift allein nicht ableiten lässt, so gibt das Gesetzeswerk im Gesamten vielleicht Aufschluss über die verfolgten Ziele des Gesetzes. Wenn nämlich das gesamte Gesetzeswerk bestimmte Ziele anstrebt, kann unter Umständen wiederum ein Rückschluss auf den Zweck der zu prüfenden Norm gezogen werden.

So nehmen zum einen manche Gesetzeswerke meist zu Beginn die Zwecke des gesamten Werkes vorweg (z. B. § 1 BImSchG). Ferner können die übrigen Vorschriften des Gesetzeswerkes dahingehend untersucht werden, ob sich bei diesen bestimmte Schutzzwecke zugunsten der Marktteilnehmer herauskristallisieren.

aaa) Zweckbeschreibung zu Beginn des Gesetzeswerkes

Äußerst behilflich ist der Gesetzgeber dann, wenn die Zwecke des Gesetzeswerkes, in welchem die in Frage stehende Vorschrift geregelt ist, zu Beginn des Gesetzestextes angesprochen sind. Somit wird die teleologische Auslegung des zu prüfenden Gesetzes erleichtert. Jedoch ist zweifelhaft, ob sich die generellen Ziele des Gesetzeswerkes mit den Motiven einzelner Vorschriften zwingend decken müssen. Es kann nämlich für den Einzelfall auch nicht ausgeschlossen werden, dass der Gesetzgeber zur Regelung einzelner sachfremder Randprobleme nur kein eigenes Gesetzeswerk schaffen wollte.

Der Schutzzweck des zu prüfenden Gesetzes muss also mit der Schutzfunktion des Gesetzeswerkes unter logischen Gesichtspunkten einhergehen können. Kommt eine Deckung der marktverhaltensregelnden Schutzfunktion des einzelnen Gesetzes mit der des gesamten Gesetzeswerkes offensichtlich nicht in Betracht, hilft die generelle Schutzfunktion des gesamten Gesetzeswerkes bei der Ermittlung des marktverhaltensregelnden Zwecks nicht weiter. Wenn sich aber die Schutzfunktion der zu untersuchenden Vorschrift mit der des Gesetzeswerkes durchaus decken könnte, so ist auch bei dieser ein solcher Zweck stark zu

vermuten. Die Wahrscheinlichkeit wäre sehr klein, dass der Gesetzgeber dann mit dieser Norm gerade nur ganz andere Ziele zu verwirklichen beabsichtigt.

Zu dieser Form der Hilfestellung des Gesetzgebers bei der Ermittlung des marktverhaltensregelnden Zwecks einer Vorschrift folgen nun zwei Beispiele.

(1) § 36 S 1 TKG

§ 36 S 1 TKG verpflichtet die Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung zu geben. Auf den ersten Blick ist nicht so ganz ersichtlich, was und wen die Marktverhaltensregelung des § 36 S 1 TKG schützen will. Es besteht die Möglichkeit, dass die Vorschrift die Interessen der Mitbewerber, der Verbraucher bzw. der sonstigen Marktteilnehmer oder vielleicht auch nur das Dienstleistungsvermögen im Interesse der öffentlichen Sicherheit sichern will. Eine Schutzfunktion zugunsten aller Marktteilnehmergruppen aber auch eine allein wettbewerbsfremde Schutzrichtung kommt also grundsätzlich in Betracht.

§ 1 TKG stellt jedoch klar, dass die nachfolgenden Vorschriften unter anderem den Wettbewerb fördern sollen. In § 2 II TKG wird der Zweck des Gesetzeswerkes noch detaillierter beschrieben. Nach § 2 II Nr. 2 TKG soll ein chancengleicher und funktionsfähiger Wettbewerb auf den Märkten der Telekommunikation gesichert werden. Zumindest die angestrebte Chancengleichheit deutet auch auf einen Schutzzweck zugunsten der Mitbewerber hin. § 2 II Nr. 1 TKG erklärt, dass die Interessen der Nutzer von Telekommunikation gewahrt werden sollen. Unter den Begriff Nutzer fallen alle Nachfrager nach Telekommunikationsdienstleistungen (§ 3 Nr. 11 TKG), also insbesondere die Verbraucher aber auch die übrigen Vertragspartner und damit die sonstigen Marktteilnehmer.¹⁵⁷ Auch § 2 II Nr. 3 TKG drückt den Schutz der Nutzer dadurch aus, dass die Wahrnehmung von Telekommunikationsdienstleistungen zu erschwinglichen Preisen sichergestellt sein soll. § 36 S 1 TKG hat demnach neben anderen Zielen (z. B. öffentliche Sicherheit, § 2 II Nr. 6 TKG) eine marktverhaltensregelnde Schutzfunktion zugunsten der Verbraucher, der Mitbewerber und der sonstigen Marktteilnehmer.

¹⁵⁷ Beck'scher TKG – BÜCHNER § 3 Rn. 14.

(2) § 6 TKG und § 5 PostG

Sowohl § 6 TKG als auch § 5 PostG sind jeweils Marktzutrittsnormen, welche jedoch gleichzeitig auch das Marktverhalten bestimmen.¹⁵⁸

§ 6 TKG regelt das Erfordernis von Lizenzen im Bereich der Telekommunikation.¹⁵⁹ Wie schon bei der Zwecksuche im Rahmen des § 36 S 1 TKG herausgefunden wurde, drücken die §§ 1, 2 II TKG grundsätzlich eine Schutzfunktion des TKG zugunsten aller Marktteilnehmergruppen aus. Fraglich ist, ob auch § 6 TKG den Schutz der (potentiellen) Mitbewerber, Verbraucher und der sonstigen Marktteilnehmer verfolgt. Dies wäre dann der Fall, wenn eine solche Funktion nach dem Sinn der Vorschrift auch jeweils in Betracht zu ziehen ist. Es spricht grundsätzlich nichts gegen die Annahme, dass § 6 TKG in Übereinstimmung mit den allgemeinen Zielen des Gesetzes den Schutz der Verbraucher und der übrigen Marktteilnehmer bezweckt. Dass durch das TKG der Wettbewerb verbessert werden soll und damit die auf den Markt drängenden Mitbewerber generell geschützt werden sollen, ist zwar ausdrücklich beschrieben (§§ 1, 2 II Nr. 2 TKG). Jedoch ist die Notwendigkeit einer Lizenz, die gemäß § 8 III TKG bei Nichtvorliegen bestimmter Voraussetzungen (z. B. mangelnde Zuverlässigkeit) auch versagt werden kann, der Förderung der Mitbewerberinteressen gerade nicht dienlich, sieht man einmal von den Interessen derjenigen Marktteilnehmer ab, die sich bereits auf dem Markt befinden (z. B. Telekom). Im Gegenteil wird das Betreten des Marktes dadurch, dass eine Lizenz von Nöten ist, vom Gesetzgeber sogar bewusst erschwert. Daher kann speziell bei § 6 TKG nicht davon die Rede sein, dass die Interessen der Mitbewerber, welche eine Lizenz beantragen, geschützt werden sollen. Eine solche Schutzfunktion scheidet also offensichtlich aus. Ein Schutzzweck zugunsten der sich bereits am Markt befindlichen Unternehmen ist zwar nicht völlig abwegig, jedoch auch abzulehnen, weil § 1 TKG lediglich die Förderung des Wettbewerbs als Funktion des TKG nennt. Von einem Bestandsschutz ist jedoch gerade nicht die Rede, weshalb sich eine Schutzfunktion zugunsten der am Markt schon anwesenden Unternehmen nicht mit den in §§ 1, 2 II TKG genannten Zielen deckt. Hingegen bleibt die Feststellung einer Schutzfunktion zugunsten der Verbraucher und der

¹⁵⁸ Baumbach/Hefermehl – Köhler § 4 Rn. 11.150 hinsichtlich § 5 PostG.

¹⁵⁹ Inzwischen ist gemäß § 6 TKG n. F. lediglich eine Meldepflicht vorgeschrieben.

sonstigen Marktteilnehmer, zu deren Schutz die Lizenz überhaupt erst erforderlich ist.

Die gleiche Bewertung ist bei § 5 I PostG anzustellen. § 5 I PostG besagt, dass derjenige, der Briefsendungen, deren Einzelgewicht nicht mehr als 1000 Gramm beträgt, gewerbsmäßig für andere befördert, einer Lizenz bedarf. Die Regelungstechnik des PostG ist der des TKG sehr ähnlich. Beide Gesetze wurden auch im gleichen Zusammenhang geschaffen.¹⁶⁰ Auch das PostG beinhaltet in § 1 PostG eine einleitende, verglichen mit dem § 1 TKG nahezu wortgleiche Zweckbeschreibung des anschließenden Gesetzeswerkes. Ebenso wie beim TKG sind die Ziele des PostG die Wahrung der Interessen der Kunden (§ 2 II Nr. 1 PostG) sowie ein chancengleicher und funktionstüchtiger Wettbewerb. Geschützt werden speziell durch § 5 PostG aber nur die Interessen der Kunden, die der Mitbewerber gerade nicht (wie bei § 6 TKG). Da der Begriff des Kunden, anders als der des Nutzers im TKG (§ 3 Nr. 11 TKG) im PostG nicht legaldefiniert ist, ist nicht ganz klar, welche Personen unter diesen Begriff fallen sollen. Da das TKG und das PostG Gesetze sind, die auf ähnlichen Motiven beruhen, ist in diesem Fall sogar hilfreich, über den Tellerrand des Gesetzeswerkes hinauszuschauen. Mit Hilfe von Regelungsparallelen des PostG mit dem TKG, welches an einigen Stellen das aussagekräftigere Gesetzeswerk darstellt, kann darauf geschlossen werden, welche Personen als Kunden gemeint sind. Orientiert man sich am Begriff des Nutzers in § 3 Nr. 11 TKG, müsste ein Kunde im Sinne des PostG folglich derjenige sein, der Postdienstleistungen nachfragt. Evtl. fällt sogar derjenige darunter, dem Dienstleistungen erbracht werden.¹⁶¹ Dies können aber in beiden Fällen auch Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer sein.

bbb) Offensichtliche Schutzzwecke der übrigen Vorschriften

Häufig fehlt aber auch eine den Gesetzeszweck erläuternde einleitende Norm, an der man sich orientieren könnte (z. B. beim LadschlG), so dass man auf der Suche nach der Funktion des Gesetzes zu anderen Mitteln greifen muss.

Aber nicht nur eine generelle Zweckbeschreibung des gesamten Gesetzeswerkes kann Aufschluss über den Schutzzweck einzelner Vorschriften geben. Sehr dienlich kann auch die Betrachtung der übrigen Vorschriften des Gesetzeswerkes sein, die einen Schutzzweck zugunsten eines Marktteilnehmers offensichtlich

¹⁶⁰ Beck'scher TKG – Schuster § 1 Rn. 1.

¹⁶¹ So Beck'scher PostG – Badura § 2 Rn. 23.

beinhalten. Dabei ist nicht einmal wichtig, dass diese Gesetze ebenfalls das Marktverhalten regeln. Falls umliegende Regelungen, gerade wenn sie im Kontext mit der zu prüfenden Norm stehen, den Schutz einer oder mehrerer Marktteilnehmergruppen deutlich hervorheben, so liegt es nahe, einen solchen Schutzzweck auch bei der zu untersuchenden Vorschrift anzunehmen. Voraussetzung dafür ist aber wiederum, dass eine derartige Schutzfunktion auch in Betracht zu ziehen ist. Ist bei einem Gesetz die genaue marktverhaltensregelnde Schutzfunktion fraglich, aber eine bestimmte Schutzrichtung dieser Vorschrift offensichtlich nicht gegeben (z. B. Schutzzweck zugunsten der Mitbewerber), so helfen andere Normen dann nicht weiter, wenn diese eindeutig gerade jene Schutzrichtung verfolgen sollten. Neben den Gesetzen, die eine bestimmte Schutzfunktion erkennen lassen, können auch solche Vorschriften die Ermittlung des Schutzzwecks zugunsten der Marktteilnehmer erleichtern, die vielleicht bloß Definitionen enthalten. Dies betrifft die Fälle, in denen die zu prüfende Vorschrift zwar erkennbar bestimmte Personen schützt, jedoch nicht klar ist, wer sich hinter diesen verbirgt.¹⁶²

Auch zu dieser Methode folgen einige Beispiele.

(1) Sperrzeitregelung

Hier kann zum einen § 8 I GastV i. V. m. § 18 I GastG genannt werden.

Einige Vorschriften des GastG und damit wohl auch das Gesetzeswerk insgesamt verfolgen den Verbraucherschutz. § 2 II GastG knüpft das Betreiben eines Gaststättengewerbes ohne Einholung einer Erlaubnis unter anderem an die Bedingung der Alkoholfreiheit der Getränke (§ 2 II Nr. 1, 3 GastG). Dadurch soll eindeutig der Kontakt des Verbrauchers mit dem Alkohol in einer Gaststätte aus Gesundheitsaspekten einer gewissen Kontrolle unterliegen. Auch § 4 I 1 Nr. 1 GastG soll dem Alkoholmissbrauch vorbeugen, indem klargestellt wird, dass die Erlaubnis zum Betreiben eines Gaststättengewerbes dann nicht erteilt wird, wenn der Antragsteller nicht zuverlässig genug ist. § 6 GastG stellt ferner auch den Genuss alkoholfreier Getränke zu erschwinglichen Preisen sicher. Durch § 5 I Nr. 1 GastG können zudem zum Schutze der Gäste (Verbraucher) Auflagen erteilt werden. Das GastG bringt also an mehreren Stellen eindeutig einen Schutzzweck zugunsten der Verbraucher zum Ausdruck. Da ein solcher Schutzzweck bei § 8 I GastV i. V. m. § 18 I GastG zwar nicht völlig

¹⁶² So schon bei § 3 Nr. 11 TKG.

offensichtlich, in jedem Fall aber zumindest in Betracht zu ziehen ist, liegt auch bei dieser Regelung ein Schutzzweck zugunsten der Verbraucher nahe.

Dieses Ergebnis wird auch durch die Literatur bestätigt.¹⁶³

(2) § 55 II GewO

§ 55 II GewO besagt, dass derjenige, welcher ein Reisegewerbe betreiben will, der Erlaubnis bedarf.

Diese Vorschrift könnte zum einen dem Schutz der Verbraucher dienen, nämlich den Reisevertragskunden, andererseits käme aber auch ein Schutzzweck zugunsten der sonstigen Marktteilnehmer in Betracht, wenn man die Möglichkeit in Erwägung zieht, dass der Staat zum Schutze des Reisegewerbes mengenmäßige Beschränkungen vornehmen will. Die Inhaber eines Reisegewerbes hätten wie bei § 49 IV 3 PBefG oder § 6 TKG den Status von sonstigen Marktteilnehmern. Eine Reisegewerbeerlaubnis kann gemäß § 57 I GewO aber nur versagt werden, wenn der Antragsteller die erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. Da die Erlaubnis also gerade nicht von der Zahl der bereits vorhandenen Reisegewerbebetriebe abhängt und keine großen Barrieren für die Erlaubniserteilung erkennbar sind, scheidet ein Schutzzweck des § 55 II GewO zugunsten der sonstigen Marktteilnehmer eindeutig aus.

Dass allerdings mit dieser Vorschrift der Verbraucherschutz verfolgt wird, liegt angesichts der erforderlichen Voraussetzung für die Ausübung des Reisegewerbes (Zuverlässigkeit) auf der Hand. Dies verdeutlicht auch die Tatsache, dass nach § 55 III GewO die Erlaubnis zum Schutz unter anderem des Verbrauchers auch beschränkt werden kann. Hier nennt der Gesetzgeber das Ziel des Verbraucherschutzes also explizit. Daher liegt es nahe, dass der Zweck des § 55 II GewO mit dem des § 55 III GewO einhergeht.

Der Verbraucherschutz ist auch in der Literatur nicht streitig, nur besteht nicht unbedingt Einigkeit darin, ob dieser Haupt- oder Nebenzweck des Reisegewerberechts sein soll.¹⁶⁴ Dies ist aber im Rahmen des § 4 Nr. 11 UWG nicht entscheidend.

(3) § 2 I GastG

Wie bereits im Zusammenhang mit § 18 GastG dargelegt, wird an vielen Stellen des GastG der Verbraucherschutz deutlich gemacht. Demnach liegt es nahe, auch

¹⁶³ Metzner § 18 Rn. 12, Hoffmann/Seitter § 18 Rn. 1, Michel/Kienzle § 18 Rn. 7.

¹⁶⁴ Tettinger/Wank – Tettinger vor § 55 Rn. 5.

der Marktzutrittsregelung des § 2 I GastG, die das rechtmäßige Betreiben eines Gaststättengewerbes von einer Erlaubnis abhängig macht, eine solche Funktion zuzuordnen.

Die Versagungsgründe, also die negativen Voraussetzungen für die Erlaubnis, sind in § 4 GastG geregelt. Auch hier will der Gesetzgeber in § 4 I 1 Nr. 1 GastG die Erlaubnis von der Zuverlässigkeit des Bewerbers abhängig machen. Diese soll insbesondere dann gegeben sein, wenn nicht zu befürchten ist, dass Personen ausgebeutet werden oder dem Alkoholmissbrauch bzw. dem verbotenen Glückspiel Vorschub geleistet wird. Ferner ist die Erlaubnis zu versagen, wenn gemäß § 4 I 1 Nr. 2 GastG die Räumlichkeiten des Betriebes den notwendigen Anforderungen unter anderem zum Schutze der Gäste nicht genügen. § 2 I GastG soll also möglichen Schädigungen der Gaststättenbesucher (Verbraucher) vorbeugen.

Daher schützt § 2 I GastG i. V. m. § 4 I GastG die Verbraucher, was auch durch einen Blick in die Literatur bestätigt wird.¹⁶⁵

(4) §§ 36 S 1, 6 I TKG

Dass § 36 S 1 TKG sowie § 6 I TKG eine Schutzfunktion zugunsten der Verbraucher und der sonstigen Marktteilnehmer haben, verraten zwar schon die §§ 1 f. TKG (vgl. S. 51 ff.). Hinsichtlich § 36 S 1 TKG wird ein solcher Zweck aber nochmals durch § 36 S 2 TKG zum Ausdruck gebracht, durch den die Verbesserung der Kommunikation der Nutzer als Ziel für § 36 S 1 TKG ausgegeben wird. Dafür, dass § 6 I TKG die Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer schützt, spricht zudem wiederum die Tatsache, dass die Lizenz nach § 8 III 1 Nr. 2 a TKG nicht erteilt wird, wenn der Antragsteller nicht zuverlässig und leistungsfähig ist.

(5) § 4 I 1, II GPSG

§ 4 I 1 GPSG besagt, dass Produkte, soweit sie einer Rechtsverordnung nach § 3 I GPSG unterfallen, nur dann selbständig im Rahmen einer wirtschaftlichen Unternehmung (§ 1 I GPSG) in den Verkehr gebracht werden dürfen, wenn sie den in der jeweiligen Rechtsverordnung vorgesehenen Anforderungen an Sicherheit und Gesundheit und sonstigen Voraussetzungen für ihr Inverkehrbringen entsprechen und die Sicherheit und Gesundheit der Verwender oder Dritter oder sonstige in der Rechtsverordnung nach § 3 I GPSG aufgeführten Rechtsgüter bei

¹⁶⁵ Metzner § 4 Rn. 148.

bestimmungsgemäßer Verwendung oder vorhersehbarer Fehlanwendung nicht gefährdet werden. Nach § 4 II GPSG müssen die Produkte, welche nicht unter § 4 I GPSG fallen, beim Inverkehrbringen ebenfalls gewisse Sicherheitsanforderungen erfüllen.

Geschützt sind also durch beide Vorschriften offensichtlich die Verwender von Produkten sowie Dritte. Hier kann zwar bereits durch einen logischen Schluss aufgrund eines einfachen Blickes ins Gesetz das Schutzsubjekt der Norm herausgefunden werden. Jedoch ist fraglich, wer sich hinter den Schutzsubjekten verbirgt. Um genau zu bestimmen, wer die Verwender von Produkten im Sinne des Gesetzes sind, könnte die Definition des Begriffs Produkt weiterhelfen. Gerade dadurch, dass Produkte gemäß § 2 I, III GPSG eben auch Verbraucherprodukte darstellen, also unter anderem Gebrauchsgegenstände, die für Verbraucher bestimmt sind, sind neben den Arbeitern auch z. B. Bastler und Kinder Schutzsubjekte.¹⁶⁶ § 4 I 1, II GPSG kommt somit der gesamten Bevölkerung zu Gute. Daher liegt neben dem Arbeitsschutz auch ein Schutzzweck zugunsten der Verbraucher vor.¹⁶⁷

bb) Negative Folgen beim Hinwegdenken der Vorschrift als Indiz für den Zweck

Kommt man mit oben erwähnten Hilfestellungen des Gesetzestextes immer noch zu keinem eindeutigen Ergebnis, so stellt sich die Frage, welche Möglichkeit verbleibt, die marktverhaltensregelnde Funktion von Gesetzen zu untersuchen. Dies dürfte aber nur noch einen kleinen Teil der marktverhaltensregelnden Vorschriften betreffen, da eine solche Schutzfunktion häufig bereits mittels oben angestellter Überlegungen bestimmt werden kann.

Wenn eine wettbewerbsrechtliche Schutzrichtung aus vernünftiger Erwägung heraus in Betracht zu ziehen ist, möglicherweise aber auch allein wettbewerbsfremde Zwecke für die Schaffung der Vorschrift eine Rolle gespielt haben, könnte unter Umständen das Hinwegdenken der Vorschrift und die daraus resultierenden fiktiven Auswirkungen bei der Ermittlung helfen. Man müsste sich also die Nichtexistenz einer marktverhaltensregelnden Vorschrift vorstellen und anhand der fiktiven Wirkungen versuchen, einen Schluss auf einen diesbezüglichen Zweck zu ziehen. Dies ließe sich dadurch erreichen, dass man einen Zusammenhang zwischen dem Grad bzw. dem Gewicht der durch das

¹⁶⁶ Peine § 3 Rn. 73.

¹⁶⁷ BR-Drucksache 133/77 S. 4.

Hinwegdenken der Norm evtl. entstehenden Interessenbeeinträchtigung der Marktteilnehmer und der wettbewerbsrechtlichen Funktion eines Gesetzes herzustellen versucht. Das hat nichts mit der Tatsache zu tun, dass ein Verstoß gegen eine Norm unterschiedliche und verschieden starke Interessenkollisionen zur Folge haben kann. Hier geht es um die Frage nach der Interessenbeeinträchtigung beim Hinwegdenken einer Vorschrift.

Es ließe sich folgende These aufstellen:

Je eindeutiger bzw. stärker eine marktverhaltensregelnde Vorschrift im Interesse der Marktteilnehmer steht, desto eher ist eine entsprechende Funktion des Gesetzes zu vermuten. Wenn sich ein fiktives Streichen der Vorschrift in einer vergleichsweise hohen Interessenbeeinträchtigung der Marktteilnehmer niederschlagen würde, ist auf eine diesbezügliche Bestimmung des Gesetzes zu schließen. Es liegt nämlich nahe, dass die Verhinderung derartiger Folgen in diesem Fall zumindest auch dem Willen des Gesetzgebers entspricht und nicht mehr nur als bloße Begleiterscheinung eines völlig anderen Zwecks angesehen werden kann. Aus logischer Überlegung heraus muss eine Vorschrift, deren Existenz sich gegen eine genügend starke Interessenverletzung wehrt, wenigstens auch aus dem Motiv heraus geschaffen oder belassen worden sein, diese Interessen der Marktteilnehmer zu wahren. Selbst wenn das betreffende Gesetz vielleicht in erster Linie einen anderen Zweck verfolgen sollte, schadet dies nicht, da ein marktverhaltensregelnder Nebenzweck ausreichend ist und zumindest ein solcher dann wohl auch angenommen werden kann.

Stellt man sich vor, dass der Gesetzgeber die marktverhaltensregelnde Vorschrift nie geschaffen hat, so müsste dies demnach einen gewissen Mindestgrad an Interessenbeeinträchtigung mit sich bringen. Freilich erreicht man durch diese Methode nur eine indizielle Wirkung zur Annahme eines wettbewerbsrechtlichen Zwecks. Es besteht keine absolute Garantie, dass der ermittelte und der tatsächliche Zweck des Gesetzes stets genau übereinstimmen. Auf jeden Fall müsste man aber dadurch zu einer zumindest vertretbaren Lösung gelangen.

aaa) Bestimmung des Mindestgrades an Interessenbeeinträchtigung

Aufgabe ist nun, den erforderlichen Mindestgrad an Beeinträchtigung der Marktteilnehmerinteressen bei einer fiktiven Nichtexistenz der betreffenden Vorschrift zu bestimmen, anhand dessen ein Schluss auf eine marktverhaltensregelnde Funktion nahe liegen soll.

(1) Generelle Bestimmung des Mindestgrades

Zunächst einmal muss der erforderliche Mindestgrad richtungsweisend bestimmt werden. Es soll also geklärt werden, ob der notwendige Mindestgrad generell hoch oder niedrig angesetzt werden sollte.

Schon aus Rechtssicherheitsgründen empfiehlt es sich, die Kriterien ausreichend extrem wählen. Denn wird ein ohnehin bereits hoch angesetztes Mindestmaß erreicht bzw. ein wesentlich niedriger fixiertes Mindestmaß nicht erreicht, gibt es keinen großen Anlass, das festgestellte Ergebnis in Frage zu stellen.

- Hohe Interessenbeeinträchtigung von Nöten

Es sprechen durchaus Gründe dafür, im Sinne eines liberalen Wettbewerbs einen möglichst hohen Grad an Interessenbeeinträchtigung zu verlangen, so dass also erst beim Erreichen dieses Grades eine marktverhaltensregelnde Funktion angenommen werden sollte.

■ Prinzip des freien Wettbewerbs

Der Gesetzgeber hat bei der Schaffung einer Verbots- oder Gebotsnorm in erster Linie im Sinn, die aus seiner Sicht bestehenden, nicht hinzunehmenden Folgen abzuwenden. Gerade der Wettbewerb zeichnet sich schon definitionsgemäß dadurch aus, dass er möglichst frei sein muss. Wenn der Wettbewerb zu vielen Regeln unterworfen ist, kann nämlich sonst ein wirklicher „Kampf mehrerer“¹⁶⁸ um die Wette nicht stattfinden. Auch der Gesetzgeber ist bestrebt, den freien Leistungswettbewerb zu sichern. Aus diesem Grund existieren Gesetze wie das UWG und das GWB. Die hierin enthaltenen Wettbewerbsbeschränkungen haben lediglich die Aufgabe, die Marktteilnehmer vor größeren Gefahren zu bewahren, die ein unkontrollierter Wettbewerb mit sich bringen würde. Ein funktionierender Wettbewerb sollte demnach nur dann gelenkt werden, wenn ansonsten die Folgen für die Marktteilnehmer nicht akzeptabel wären. Im Sinne eines möglichst freien, weil nur dann auch sinnvollen Wettbewerbs wird der Gesetzgeber also eine Vorschrift zum Schutze eines Marktteilnehmers gegen ein bestimmtes Marktverhalten lediglich dann schaffen oder aufrecht erhalten, wenn für die Marktteilnehmer ansonsten nicht hinnehmbare, weil starke negative Folgen zu erwarten wären.

¹⁶⁸ Rosenthal Einl. Rn. 2.

■ Schutz des Wettbewerbs durch Überwachung der öffentlichen Hand

Zudem ist die Verfolgung von Gesetzesverstößen häufig ohnehin auch Aufgabe von Verwaltungsbehörden, zumindest wenn es um den Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften geht. Damit dürften die Gläubiger wettbewerbsrechtlicher Ansprüche dem Treiben des Zuwiderhandelnden häufig nicht völlig schutzlos ausgeliefert sein, selbst wenn man ihnen einen eigenen Anspruch über §§ 4 Nr. 11, 3, 8 ff. UWG nicht zusprechen sollte. Dabei wird aber nicht die Tatsache verkannt, dass die Behörden bei Gesetzesverstößen nicht immer einschreiten oder diese ihnen erst gar nicht bekannt werden.

- Verhinderung der Funktionslosigkeit des § 4 Nr. 11 UWG

Jedoch dürfen die Anforderungen an die Interessenbeeinträchtigung bei einem fiktiven Streichen der Vorschrift im Sinne eines weitgehend unverfälschten Wettbewerbs andererseits auch nicht so hoch gestellt werden, dass § 4 Nr. 11 UWG in Gefahr geriete, zu stark an Bedeutung zu verlieren. Auch dies würde nämlich sichtlich dem Willen des Gesetzgebers widersprechen. Die schutzwürdigen Interessen der Gläubiger an der wettbewerbsrechtlichen Inanspruchnahme des Schuldners müssen ebenfalls gewahrt bleiben. Dies ist gerade dann wichtig, wenn die Gefahr nicht hinzunehmender wettbewerbsrechtlicher Schutzlücken besteht. Dass § 4 Nr. 11 UWG richtigerweise neben der generellen Begrenzung der Rechtsbruchfälle auch für eine solche Interpretation offen ist, zeigt die Bereitschaft des Gesetzgebers, sich auch mit einem nur marktverhaltensregelnden Nebenzweck der betreffenden Vorschrift zu begnügen. Die Regelung des Marktverhaltens muss also gerade nicht die Hauptfunktion des Gesetzes sein. Dies könnte man dahingehend auslegen, dass die Liberalität im Wettbewerb, die schließlich durch die UWG-Reform weiter verstärkt werden sollte¹⁶⁹, auch nicht so weit führen soll, dass andere schutzwürdige Interessen völlig hinten anzustehen haben. Der offensichtliche Missbrauch der Wettbewerbsfreiheit darf nicht durch übersteigerte Liberalisierungsgedanken geschützt bzw. sogar gefördert werden.

Im Sinne eines freiheitlichen, gleichzeitig aber auch legalen und gerechten Wettbewerbs sind somit für die Bestimmung des marktverhaltensregelnden Zwecks einer Vorschrift Kriterien aufzustellen, welche beim Hinwegdenken des Gesetzes zwar auf einen hohen Grad an Interessenbeeinträchtigung hinauslaufen,

¹⁶⁹ BT-Drucksache 15/1487 S. 12.

die jedoch gleichzeitig nicht völlig unerreichbar sind und daher noch dem Anwendungsbereich und der Bedeutung des § 4 Nr. 11 UWG gerecht werden.

(2) Konkrete Bestimmung des Mindestgrades

Nachdem somit geklärt ist, dass ein Hinwegdenken der betreffenden Vorschrift für den Schluss auf eine marktverhaltensregelnde Funktion generell eine hohe Interessenbeeinträchtigung der Marktteilnehmer zur Folge haben sollte, müssen die einzelnen Kriterien nun konkret festgelegt werden.

Um dem Erfordernis eines hohen Grades an Interessenbeeinträchtigung gerecht zu werden, sollte die (bevorstehende) Interessenbeeinträchtigung zum einen stark genug sein können, dass sie für die Marktteilnehmer selbst auch deutlich negativ spürbar ist, weil die Vorschrift grundsätzlich nur dann als Hemmnis des freien Wettbewerbs eine Existenzberechtigung hat. Wenn die Marktteilnehmer eine positive Wirkung der Vorschrift gar nicht oder kaum verspüren, so dass sie aus ihrer Sicht auch gleich hätte weggelassen werden können, so verschärfen sich die Anzeichen, dass die Norm doch eher ausschließlich aus wettbewerbsfremden Gründen existiert. Eine solch nachteilige Wirkung sollte ferner unmittelbar mit dem fiktiven Wegfall der Vorschrift eintreten können, da sonst die Gefahr besteht, dass die in unvorhersehbarer Zukunft liegenden Wirkungen, die der Gesetzgeber mit der Schaffung der Vorschrift sicherlich nicht verhindern wollte, bei der Bewertung mitberücksichtigt werden.

Zum zweiten sollte es nicht ausreichen, wenn die Interessenbeeinträchtigung nur im Bereich des Möglichen liegt oder vielleicht sogar unwahrscheinlich ist oder nur vereinzelte Marktteilnehmer betroffen wären. Dann läge nämlich die Vermutung nahe, dass der Gesetzgeber derartig fern liegende bzw. auch wenig umfassende Folgen mit der Schaffung der Vorschrift gar nicht unterbinden wollte. Eine Verletzung der Marktteilnehmerinteressen sollte beim Hinwegdenken des Gesetzes unter Annahme gewöhnlicher Umstände vielmehr mit großer Wahrscheinlichkeit und zudem bei einem Großteil oder zumindest beachtlich großen und damit repräsentativen Teil der betroffenen Marktteilnehmergruppe eintreten können.

Nur wenn ein Streichen der Norm im Vergleich zur momentanen Regelungssituation also eine starke und unmittelbare Interessenbeeinträchtigung bei einer Vielzahl der Marktteilnehmer auch mit großer Wahrscheinlichkeit zur Folge hätte und eine solche demnach in möglichst geringfügiger Weise dem Zufall

überlassen bliebe, wird der Eindruck gefestigt, dass die Vorschrift eine Verhinderung dieser Folge auch zur Aufgabe hat.

Da die Marktteilnehmer jeweils andere Ziele verfolgen und ihre Interessen somit nicht zu vergleichen sind, ist ihre individuelle Position am Markt zu berücksichtigen. Es müssen also für die Mitbewerber des Zuwiderhandelnden, die Verbraucher sowie für die übrigen Marktteilnehmer entsprechend ihrer marktbezogenen Interessenlage jeweils unterschiedliche Kriterien herausgearbeitet werden.

- Interessenbeeinträchtigung der Mitbewerber

Mitbewerber ist jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht (§ 2 I Nr. 3 UWG).

Die Mitbewerber sind in ihrer marktbezogenen Interessenlage nur dann betroffen, wenn ihnen gerade im Verhältnis zum möglichen Schuldner irgendwelche Nachteile entstehen. Dies ist gegeben, wenn bestimmte Mitbewerber durch die Nichtexistenz der Vorschrift anlehnd an den Gedanken der alten Vorsprungstheorie gegenüber den anderen einen bestimmten Wettbewerbsvorteil zu verzeichnen hätten oder erreichen könnten. Ohne das Gesetz müsste der Bezug oder Absatz von Waren oder Dienstleistungen zugunsten bestimmter Mitbewerber positiv und zuungunsten der übrigen negativ ablaufen können. Jede andere Interessenbeeinträchtigung trifft die Gewerbetreibenden nicht als Mitbewerber, sondern höchstens als sonstige Marktteilnehmer.

Um auf eine marktverhaltensregelnde Schutzfunktion der betreffenden Vorschrift im Interesse der Mitbewerber schließen zu können, soll nicht jeder beliebig kleine Wettbewerbsvorteil einiger Mitbewerber ausreichen. Der Wettbewerbsvorteil müsste vielmehr so stark sein können, dass er für die übrigen deutlich negativ spürbar ist und des Weiteren müsste diese Folge auch mit großer Wahrscheinlichkeit eintreten. Der Wettbewerbsvorteil der einen muss also auch irgendeinen Vermögensnachteil der anderen Mitbewerber mit großer Wahrscheinlichkeit zur Folge haben.

- Interessenbeeinträchtigung der Verbraucher

Der Verbraucherbegriff des UWG orientiert sich an dem des BGB (§ 2 II UWG). Gemäß § 13 BGB ist ein Verbraucher jede natürliche Person, die ein

Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugeordnet werden kann.

Die Verbraucherinteressen wären durch die Nichtexistenz einer Vorschrift dann betroffen, wenn sie in rechtmäßiger Weise beispielsweise getäuscht oder auf andere Weise in ihrer Entschließungsfreiheit am Markt beeinträchtigt werden könnten. Ohne ein dementsprechendes Gesetz müsste also die Situation der Verbraucher als solche grundsätzlich schlechter gestellt sein, d. h. typische Verbraucherinteressen umgangen werden können.

Eine hohe Interessenbeeinträchtigung liegt dagegen zusätzlich nur dann vor, wenn die Verbraucher die Nichtexistenz der Vorschrift mit großer Wahrscheinlichkeit deutlich negativ zu spüren bekämen. Es muss also neben einer nur schlechten Position des Verbrauchers am Markt mit großer Wahrscheinlichkeit noch eine deutlich negative Auswirkung für diesen dazukommen können. Davon kann wohl dann gesprochen werden, wenn beispielsweise größere Gefährdungen für die Gesundheit oder das Vermögen der Verbraucher zu erwarten wären.

- Interessenbeeinträchtigung der sonstigen Marktteilnehmer

Sonstige Marktteilnehmer sind alle Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind, die jedoch gerade keine Mitbewerber darstellen (§ 2 I Nr. 2 UWG).

Das bedeutet, dass sie nicht als sonstige Marktteilnehmer betroffen sind, wenn es um Wettbewerbsnachteile gegenüber einem Konkurrenten geht, weil sie dann ausschließlich in ihrer Mitbewerberstellung tangiert sind. Die Interessen der sonstigen Marktteilnehmer würden durch das Hinwegdenken einer Vorschrift dann beeinträchtigt, wenn die Betroffenen in ihrer gewerblichen Stellung schlechter gestellt sein könnten als durch die Existenz der Norm.

Eine hohe Interessenbeeinträchtigung läge vor, wenn die sonstigen Marktteilnehmer die Nichtexistenz einer Vorschrift mit großer Wahrscheinlichkeit deutlich negativ zu spüren bekämen, wenn sie also z. B. Vermögensnachteile oder Gewinneinbußen zu verkraften hätten. Dies ist in erster Linie dann der Fall, wenn eine Vorschrift die Mitbewerbereigenschaft von Dritten verhindern soll, weil gerade durch das Entstehen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses die Gewinnmöglichkeiten stark reduziert werden können.

bbb) Beispiele

Es folgen nun Beispiele, anhand derer die oben genannten Kriterien auf eine marktverhaltensregelnde Schutzfunktion zugunsten der Marktteilnehmer hin geprüft werden. Es werden also die Auswirkungen bei einer fiktiven Nichtexistenz der Normen durchleuchtet. Anschließend wird das gefundene Ergebnis mit den jeweiligen Stimmen der Literatur bzw. Rechtsprechung verglichen. Dass die angesprochenen Normen das Marktverhalten regeln, wird jeweils vorausgesetzt.

(1) Vorschriften über allgemeine Ladenschlusszeiten

Bei den Vorschriften über allgemeine Ladenschlusszeiten kommt eine marktverhaltensregelnde Schutzfunktion zugunsten der Mitbewerber gerade kleinerer Läden in Betracht. Unter Umständen wäre sogar eine verbraucherschützende Funktion denkbar. Es könnten aber auch rein arbeitsrechtliche Motive deren Existenz begründen bzw. auch hier wieder Gründe der Abend- und Nachtruhe die entscheidende Rolle für den Gesetzgeber gespielt haben.

- Schutzfunktion zugunsten der Mitbewerber?

Fraglich ist, ob sich ein Hinwegdenken der Ladenschlusszeiten derart negativ auf die Interessen einzelner Mitbewerber auswirken könnte, dass eine marktverhaltensregelnde Schutzfunktion zugunsten dieser angenommen werden kann.

Wenn es das Ladenschlussgesetz bzw. in concreto § 3 I 1 LadschlG nicht gäbe, hätte jeder Ladeninhaber die Möglichkeit, seinen Absatz zu jeder Zeit zu steigern. Vielen Ladeninhabern wäre aber aus organisatorischen Anlässen und Kostengründen die Chance versperrt, ihren Laden nahezu die ganze Zeit offen zu halten, während gerade die Großunternehmen einen derartigen Aufwand leichter betreiben könnten. Dadurch, dass die großen Verkaufsstellen tatsächlich sehr viel länger oder vielleicht sogar immer offen hätten, während andere kleinere einen ähnlichen Weg mangels Personal, Finanzkraft etc. vielleicht nicht mitgehen könnten, hätten die großen Unternehmen gegenüber den kleinen einen Wettbewerbsvorteil zu verzeichnen.

Dieser müsste für die Mitbewerber bzw. die Inhaber der kleineren Verkaufsstellen deutlich negativ spürbar sein können. Dadurch, dass viele Verbraucher i. d. R. nicht jeden Tag einkaufen, sondern ihren Bedarf für einen bestimmten Zeitraum decken wollen, würde deren Nachfrage im Anschluss an einen Einkauf für eine

gewisse Dauer sinken. Gerade wenn und weil die Verbraucher auch zu einer Zeit nachfragen wollen, zu der viele Geschäfte nicht offen haben können, würde dies bedeuten, dass auch in der Zeit, in der die kleineren Läden ebenfalls wieder offen stehen, eine erheblich geminderte Nachfrage der Verbraucher noch bestehen könnte. Daher kann der Wettbewerbsvorteil größerer Unternehmen auch für die Mitbewerber, welche kleinere Läden besitzen, deutlich negativ spürbar sein. Ein solch starker Wettbewerbsvorteil würde auch mit großer Wahrscheinlichkeit eintreten. Zwar besitzen wohl nur wenige Läden die Möglichkeit, zu fast jeder Zeit für die Kunden zugänglich zu sein. Diese einzelnen Gewerbetreibenden würden aber wohl schon aus Gewinnstrebungs- und Konkurrenzverdrängungsgründen einen solchen Weg auch einzuschlagen versuchen, weswegen ein deutlicher Umsatzrückgang bei einer Vielzahl der kleineren Verkaufsstellen vorprogrammiert wäre.

Daher liegt die Vermutung nahe, dass § 3 I 1 LadschlG eine Vorschrift mit marktverhaltensregelnder Funktion darstellt. Dieses Ergebnis wird auch von der Literatur überwiegend bestätigt (vgl. S. 48).

- Schutzfunktion zugunsten der Verbraucher?

Die Ladenschlusszeiten des § 3 I LadschlG könnten ebenfalls – zumindest mit ein bisschen Phantasie – eine verbraucherschützende Funktion haben. Es bestünde die Möglichkeit, dass der Gesetzgeber, ähnlich wie bei den Sperrzeitregelungen, die Verbraucher vor Krankheiten wie Kaufsucht oder Ähnlichem und den damit gleichzeitig verbundenen Vermögensgefährdungen bewahren wollte. Dass dieser Gedankengang im Ergebnis ausscheiden muss, liegt auf der Hand. Die Kriterien sollen hierbei lediglich auf ihre Tauglichkeit hin überprüft werden.

Gäbe es aus Verbrauchersicht keine allgemeinen Ladenschlusszeiten, so bestünde grundsätzlich die Möglichkeit, dass mehr Verbraucher an Kaufsucht erkranken. Ferner würde sich die bereits bestehende Kaufsucht bei einigen Verbrauchern unter Umständen weniger leicht kontrollieren lassen, weswegen eine Heilungsmöglichkeit erschwert werden würde. Eine deutlich nachteilige Auswirkung sowohl auf die Gesundheit als auch infolge dessen auf das Vermögen der Verbraucher wäre somit zumindest denkbar.

Jedoch dürfte sich diese Problematik nur auf ganz wenige Einzelfälle beziehen, weswegen die Verbraucherschaft insgesamt kaum betroffen wäre. Einen ausreichend hohen und damit repräsentativen Anteil der Verbraucher würden diese

Folgen mit großer Wahrscheinlichkeit kaum treffen, so dass der Schluss sehr nahe liegt, dass die allgemeinen Ladenschlusszeiten keine Verbraucherschützende Funktion verfolgen.

Von einer derartigen Intention des Gesetzgebers ist in der Literatur auch überhaupt nicht die Rede, weswegen das gefundene Ergebnis als richtig einzustufen ist.

(2) Sperrzeitregelung

§ 8 I GastV i. V. m. § 18 I GastG könnte, wie bereits erwähnt, aus verschiedenen Beweggründen heraus geschaffen worden sein. Hier besteht neben dem Verbraucherschutz zumindest die Möglichkeit, dass der Gesetzgeber die Mitbewerber schützen wollte. Ähnlich der teilweisen Argumentation hinsichtlich des Ladenschlussgesetzes¹⁷⁰ könnte nämlich auch hier die Existenz und die Wettbewerbsfähigkeit kleinerer Gastronomien und Kneipen für den Gesetzgeber wichtig gewesen sein.

Wie einige Verkaufsstellen haben auch nicht alle Schank- und Speisewirtschaften die Möglichkeit, ihr Gewerbe für die Besucher grenzenlos offen halten. Die faktischen Möglichkeiten dazu besitzen hauptsächlich die großen Gaststättenketten. Würde es keine Sperrzeitregelungen geben, hätten die kleineren Gastronomiebetriebe in der Zeit, zu der sie ihre Gaststätte aus organisatorischen Gründen nicht offen halten können, gegenüber den übrigen einen Wettbewerbsnachteil. Nur wenige könnten zu jeder Zeit Umsatz machen und dadurch ihren Gewinn steigern, während den übrigen Gaststättenbetreibern diese Möglichkeit faktisch verwehrt ist.

Fraglich ist allerdings, ob der Wettbewerbsvorteil so stark ist, dass er für die Konkurrenz auch deutlich negativ spürbar ist. Anders als der Einkauf in einem Ladengeschäft dient der Besuch einer Gastwirtschaft in der Regel nicht der Bedarfsdeckung an Haushaltsgegenständen, Lebensmitteln, etc., sondern nur dem gegenwärtigen Verzehr von Speisen und Getränken. Hält ein Gastwirt demnach sein Gaststättengewerbe für die Kunden nahezu immer offen, ist seine Aussicht auf einen größeren Gewinn zwar gegeben, einen besonderen Nachteil würde dessen Konkurrenz, welche ihre Gastronomien vielleicht nicht immer offen haben kann, aus diesem Umstand selbst aber nicht verspüren. Es würde nämlich gerade keine Gewinneinbuße der Mitbewerber und damit die erforderlich starke

¹⁷⁰ Emmerich 6. Auflage S. 318 f.

Interessenbeeinträchtigung eintreten, weil ein Rückgang ihrer Gästezahl kaum zu erwarten wäre.

Dass einigen Gastronomien durch die Möglichkeit, ihre Gastwirtschaft für die Besucher zu jeder Zeit zugänglich machen zu können, zukünftig insgesamt mehr Geldmittel zum Einsatz im Wettbewerb zur Verfügung stehen und hieraus für die übrigen Mitbewerber evtl. Nachteile entstehen könnten, muss hierbei unbeachtet bleiben, da diese Auswirkungen nicht unmittelbar auf die Nichtexistenz der Sperrzeitregelung zurückzuführen wären. Der Gesetzgeber wollte derartig zukunftssträchtige und damit auch ungewisse Wirkungen mit der Schaffung der Vorschrift sicherlich nicht ausschalten.

Somit hat § 8 GastV i. V. m. § 18 I GastG keine Indizwirkung bezüglich einer marktverhaltensregelnden Schutzfunktion zugunsten der Mitbewerber. Da auch die Literatur von einem derartigen Schutzzweck in keiner Weise spricht, ist folglich naheliegend, dass das gefundene Ergebnis richtig ist. Jedoch bleibt natürlich § 8 GastV i. V. m. § 18 I GastG wegen des Schutzzwecks zugunsten der Verbraucher (vgl. S. 54 f.) eine Vorschrift im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG.

(3) Vorschriften der Preisangabenverordnung

Dass Normen der Preisangabenverordnung offensichtlich eine Schutzfunktion zugunsten der Verbraucher beinhalten, wurde bereits geklärt (vgl. S. 44). Darüber hinaus könnten aber auch die Mitbewerber geschützt sein.

Denkt man sich die Preisangabenverordnung mit ihren verschiedenen Marktverhaltensregelungen weg, so hätten die Verbraucher keine zuverlässige Möglichkeit mehr, die einzelnen Preise der verschiedenen Anbieter auf möglichst einfache und schnelle Art zu vergleichen. Die Ladeninhaber könnten nämlich dann in rechtmäßiger Weise z. B. im Schaufenster bestimmte Ware ausstellen, ohne diese mit Preisen auszuzeichnen oder sie könnten z. B. die Preise im Vorfeld unter Außerachtlassung der Mehrwertsteuer angeben. Die Verbraucher müssten den Endpreis der angebotenen Ware also immer genauer erforschen und unter Umständen jedes mal erst die wahren Preise erfragen, was häufig nur durch ein Betreten des Ladens möglich wäre. Dadurch, dass folglich ein umfassender, zügiger und sachlicher Preisvergleich häufig gar nicht möglich wäre, könnte es zu Wettbewerbsverzerrungen kommen. Es würde nämlich dann nicht mehr ein Wettbewerb im Vordergrund stehen, auf dem man sich allein anhand einer guten Mischung aus Preis, Qualität, Konditionen und Service auf dem Markt durchsetzen

kann, sondern es würde in erster Linie darum gehen, die Kunden mittels geschickter Preisangaben in den Laden zu locken und dort möglichst lange zu halten. Dadurch hätten gerade die Ladeninhaber mit günstigem Standort einen erheblichen Wettbewerbsvorteil gegenüber denjenigen mit ungünstiger örtlicher Lage. Mangels rascher Preisvergleichsmöglichkeit wären nämlich einige Anbieter außerstande, am Wettbewerb richtig teilzuhaben, weil vielen Kunden deren Angebote schlichtweg verborgen blieben. Gäbe es die Preisangabenverordnung folglich nicht, wäre dies für eine beträchtlich hohe Zahl der Gewerbetreibenden deutlich negativ spürbar.

Ein solches Ausmaß wäre wiederum allein aus Gewinnstrebmotiven auch mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwarten.

Die Vorschriften der Preisangabenverordnung weisen daher eine Indizwirkung zugunsten des Schutzes der Mitbewerber auf. Dieses Ergebnis wird auch von Literatur, Rechtsprechung und Gesetzgebung bestätigt.¹⁷¹ Auch wenn hiernach allgemein die Förderung des Wettbewerbs als Zweck der Preisangabenverordnung im Vordergrund steht, so verbirgt sich dahinter, wie bei § 298 I StGB, auch der individuelle Schutz der Mitbewerber, so dass also zumindest von einer diesbezüglichen Nebenfunktion ausgegangen werden kann. Falsch wäre jedoch, einen Beitrag zum Bestandsschutz des Wettbewerbs und damit einen Schutzzweck zugunsten der Mitbewerber allein aus der Möglichkeit der Konkurrenz abzuleiten, sich gegen Verstöße gegen die PAngV wettbewerbsrechtlich zur Wehr setzen zu können.¹⁷² Denn auch gegen Zuwiderhandlungen gegen beispielsweise rein verbraucherschützende Normen kann ein Mitbewerber bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen wettbewerbsrechtliche Ansprüche geltend machen (§ 8 III Nr. 1 UWG bzw. § 13 II Nr. 1 UWG a. F.)

Selbst wenn man einen Schutzzweck zugunsten der Mitbewerber nicht vertreten möchte oder mittels der hier angewandten Kriterien zu einem anderen Schluss kommen sollte, schadet dies hinsichtlich § 4 Nr. 11 UWG im Ergebnis nicht, da jedenfalls, wie erwähnt, eine verbraucherschützende Funktion eindeutig erkennbar ist.

¹⁷¹ Völker Einl. PAngV Rn. 2 f.; BGH, Urt. v. 25. 2. 1999 – I ZR 4/97, GRUR 1999, 762, 763 (Herabgesetzte Schlussverkaufspreise); BGH, Urt. v. 3. 7. 2003 – I ZR 211/01, WRP 2003, 1347, 1349 (Telefonischer Auskunftsdienst); BR-Drucksache 90/84 S. 3 f.

¹⁷² So aber Völker Einf. Rn. 2.

(4) Vorschriften des Kartellrechts

Fraglich ist, ob und inwieweit den Vorschriften des Kartellrechts eine marktverhaltensregelnde Funktion zuerkannt werden kann. Neben dem offensichtlichen Zweck, den Wettbewerb als Institution zu schützen, könnte nämlich auch der Schutz der Marktteilnehmer eine Erklärung für die Existenz dieser Vorschriften sein. Während die Frage nach der Schutzfunktion der einzelnen GWB-Normen zugunsten der Mitbewerber meist eindeutig beantwortet werden kann (vgl. S. 45), ist dies bei den Schutzfunktionen zugunsten der übrigen Marktteilnehmer nicht so einfach zu bewerten.

- Schutzfunktion zugunsten der Verbraucher?

Ein Nichtexistieren der kartellrechtlichen Bestimmungen könnte zu einer hohen Interessenbeeinträchtigung der Verbraucher führen.

Denkt man sich die kartellrechtlichen Bestimmungen weg, so wäre der Wettbewerb folglich Horizontal- und Vertikalvereinbarungen, sowie den Missbräuchen von marktbeherrschenden Stellungen usw. ausgeliefert. Dies würde dazu führen, dass der eigentliche Wettbewerb zunehmend durch Absprachen oder Ähnliches in den Hintergrund gedrängt werden könnte. Umso weniger Unternehmen miteinander konkurrieren und je geringfügiger die unternehmerische Freiheit innerhalb des Wettbewerbs ist, desto weniger würden die Gewerbetreibenden folglich zu ständigen Leistungsverbesserungen angetrieben. Sie würden keinen Druck verspüren, ihre Produkte möglichst preiswert und verkehrssicher auf den Markt und an den Mann zu bringen. Die Verbraucher würden daher keine Wettbewerbswirtschaft, in der sie effizienter, sicherer und preisgünstiger versorgt werden könnten, sondern vielmehr eine Art Planwirtschaft vorfinden. Folglich könnte ihnen die Möglichkeit genommen werden, das Preis-Leistungsverhältnis verschiedener Anbieter zu vergleichen und somit nach ihrem Willen möglichst effektiv einzukaufen. Dies hätte gerade im Bereich des Einkaufs von Bedarfsgütern wie z. B. Lebensmitteln und Haushaltsgegenständen, deren Erwerb sich kein Verbraucher entziehen kann, unter Umständen schwere Auswirkungen auf das Vermögen sowie die Gesundheit der Verbraucher.

Solche Folgen würden sich auch mit großer Wahrscheinlichkeit einstellen, weil allein aus Konkurrenzverdrängungsgründen kartellrechtliche Absprachen Überhand nehmen würden. Eine deutlich negative Spürbarkeit für die meisten

Verbraucher wäre also zu erwarten, so dass man eine generelle Schutzfunktion des GWB auch zugunsten der Verbraucher annehmen könnte.

Die Meinungen hinsichtlich einer generellen verbraucherschützenden Wirkung der GWB-Vorschriften gehen insgesamt sehr auseinander. Dies hängt auch von den jeweiligen Vorschriften ab. Der Verbraucherschutz soll nach einer Auffassung seinen Niederschlag im GWB finden.¹⁷³ Nach anderer Ansicht soll der Verbraucherschutz zumindest kein unmittelbarer Zweck des Kartellrechts sein.¹⁷⁴

Dem Verbraucher kämen die Vorteile eines Wettbewerbs lediglich dahingehend zugute, dass auch er vom Schutz des Wettbewerbs profitiere. Dies sei aber nur eine Begleiterscheinung der Wettbewerbsfunktionen und kein eigenständiges Kriterium bei der Auslegung und Anwendung des GWB. Ein wettbewerbsbehindernder Verkauf unter Einstandspreis könne schließlich auch nicht mit dem Argument gerechtfertigt werden, dass dies dem Wohle der Verbraucher diene.¹⁷⁵ Dieser korrekte Einwand erklärt sich jedoch schon allein aus den weiteren Schutzzwecken des GWB (Schutz des Wettbewerbs als Institution, Individualschutz der Mitbewerber), welche dann tangiert sein würden. Die Gegenansicht wehrt sich jedoch in erster Linie auch nur gegen die Annahme einer unmittelbaren Funktion des GWB zugunsten des Verbraucherschutzes. Wie aber bereits angesprochen, ist eine solche für § 4 Nr. 11 UWG gar nicht von Nöten. Unstreitig ist nämlich, dass das GWB neben verschiedenen anderen Wettbewerbsfunktionen auch eine sogenannte „Schutzfunktion“ verfolgt, welche sowohl den Anbietern als auch allen Nachfragern (Verbrauchern) grundsätzlich die Möglichkeit bieten soll, zwischen verschiedenen Angeboten bzw. Nachfragen zu wählen. Damit soll ein Schutz vor einseitigen Maßnahmen der Marktgegenseite gewährleistet werden.¹⁷⁶ Diese Zielsetzung kann somit dahingehend interpretiert werden, dass zumindest eine sekundär bezogene Schutzfunktion zugunsten der Verbraucher angenommen werden kann.

- Schutzfunktion zugunsten der sonstigen Marktteilnehmer?

Die Kartellrechtsnormen könnten ebenfalls eine Schutzfunktion zugunsten der sonstigen Marktteilnehmer haben.

¹⁷³ Reich, ZRP 1975, 159, 162; Munzinger S. 26; Immenga/Mestmäcker – Emmerich § 14 Rn. 8.

¹⁷⁴ Bechtold Einf. Rn. 50.

¹⁷⁵ Bunte S. 5.

¹⁷⁶ Bunte S. 5.

Denkt man sich z. B. das Kartellverbot des § 1 GWB weg, so könnten auch die Interessen der Lieferanten und gewerblichen Abnehmer der Kartellmitglieder durch deren gezielte Absprachen betroffen sein. Dies würde möglicherweise dazu führen, dass sich deren Konditionen am Markt erheblich verschlechtern oder sie beispielsweise mittels boykottähnlicher Absprachen am Marktzutritt gehindert wären. Eine starke Interessenbeeinträchtigung wäre also jeweils die Folge.

Diese Entwicklungen würden auch mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreten, weil durch die Gründung von Kartellen die Gewinnaussichten z. T. erheblich gesteigert werden können und daher viele Unternehmen Partner für derartige Absprachen suchen würden. Somit kann man dem § 1 GWB durchaus eine Schutzfunktion zugunsten der sonstigen Marktteilnehmer zuerkennen. Auch dieses Ergebnis wird von der Literatur grundsätzlich bestätigt.¹⁷⁷

Aus ähnlichen Gründen ist auch dem § 19 GWB, der sich gegen den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung wehrt, ein genereller Schutzzweck zugunsten der sonstigen Marktteilnehmer zuzubilligen.¹⁷⁸ Gewerbetreibende, die auf Produkte eines marktbeherrschenden Unternehmens angewiesen sind, wären ohne ein entsprechendes Missbrauchsverbot dessen Willkür völlig ausgeliefert. Die Wahrscheinlichkeit von Missbräuchen wäre wiederum aus Gewinnstrebungsmotiven sehr hoch.

(5) Art 1 § 1 I 1 RBERG

Gemäß der Marktzutrittsregelung des § 1 I 1 RBERG darf die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten einschließlich der Rechtsberatung und der Einziehung fremder oder zu Einziehungszwecken abgetretener Forderungen geschäftsmäßig nur von Personen betrieben werden, denen dazu von der zuständigen Behörde die Erlaubnis erteilt ist.

Hier kommt eine Schutzfunktion zugunsten aller Marktteilnehmergruppen in Frage.

Dass die Rechtsuchenden geschützt werden, verrät einmal mehr schon die Tatsache, dass die Erlaubnis zur Rechtsberatung wie z. B. bei § 2 I i. V. m. § 4 I 1 Nr. 1 GastG unter anderem von der erforderlichen Zuverlässigkeit abhängt (Art 1 § 1 II RBERG). Die Rechtsuchenden stellen je nach dem, welchem Bereich

¹⁷⁷ Langen/Bunte – Bornkamm § 33 Rn. 12; Immenga/Mestmäcker – Emmerich § 33 Rn. 15.

¹⁷⁸ Emmerich Kartellrecht S. 186.

das Rechtsgeschäft, welches sie mit dem Rechtsberater abschließen, zuzuordnen ist, die Verbraucher oder die sonstigen Marktteilnehmer dar.

Fraglich ist aber durchaus, ob Art 1 § 1 I 1 RBERG nicht auch eine Schutzfunktion zugunsten der Rechtsberater selbst hat. Denkt man sich Art 1 § 1 I 1 RBERG weg, so wäre für jedermann die Möglichkeit eröffnet, gegen Entgelt Rechtsberatungen durchzuführen. Anders als beispielsweise beim Wegdenken des § 55 II GewO könnte sich dadurch die Konkurrenzsituation für die im Augenblick am Markt befindlichen Rechtsberater insgesamt enorm verschärfen und als Folge könnten starke Gewinneinbußen in existenzgefährdender Weise auftreten. Dies ist deshalb so, weil Art 1 § 1 II RBERG über die erforderliche Zuverlässigkeit hinaus hohe Anforderungen an die Erlaubnis zur Rechtsberatung stellt (persönliche Eignung, genügende Sachkunde, Bedürfnis für Erlaubnis). Dazu ist unter anderem eine lange Ausbildung erforderlich. Nach § 57 I GewO erhält hingegen jeder die Reisegewerbekarte, wenn er nur zuverlässig ist. Die Existenzgefährdung der Rechtsberater würde ohne Zweifel auch mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreten.

Daher ist bei Art 1 § 1 I 1 RBERG eine Schutzfunktion auch zugunsten der Rechtsberater anzunehmen.

Dies wird von der Rechtsprechung und Literatur ebenfalls so gesehen¹⁷⁹, wobei der Schutzzweck z. T. eher als Zwischenziel angesehen wird, um das Hauptziel zu erreichen, nämlich die Sicherstellung einer kompetenten Rechtsberatung.¹⁸⁰ Ein zumindest sekundärer Schutzzweck kann darin aber auf alle Fälle erblickt werden. Ob man nun die Rechtsberater hier als qualifizierte Mitbewerber¹⁸¹ oder als sonstige Marktteilnehmer ansieht, ist für die Anwendung des § 4 Nr. 11 UWG wiederum unerheblich. Meines Erachtens liegt hier wie bei § 49 IV 3 PBefG eher eine Schutzfunktion zugunsten der sonstigen Marktteilnehmer vor, weil die Rechtsberater aus der ex-ante-Sicht der möglicherweise Zuwiderhandelnden noch keine Mitbewerber darstellen und dies auch verhindert werden soll.

¹⁷⁹ BGH, Urt. v. 9. 5. 1967 – I b ZR 59/65, NJW 1967, 1558, 1560; BGH, Urt. v. 6. 11. 1973 – VI ZR 194/71, NJW 1974, 50 (Unfallhelfer – Ring); Altenhoff/Busch/Chemnitz Art 1 § 1 Rn. 19; Palandt – Sprau § 823 Rn. 64.

¹⁸⁰ Kleine-Cosack Allg. Teil Rn. 19 i. V. m. Rn. 11.

¹⁸¹ So Ullmann, GRUR 2003, 817, 824.

(6) § 43 I 1 AMG

§ 43 I 1 AMG, der beispielsweise den Drogerien die Abgabe apothekenpflichtiger Arzneimittel an die Endverbraucher verbietet¹⁸², könnte aus mehreren Motiven heraus geschaffen worden sein.

Bei dieser Vorschrift kommt sowohl eine Schutzfunktion zugunsten der Verbraucher, als auch der übrigen Marktteilnehmer (Apotheken) in Betracht. Eine wettbewerbsrechtliche Schutzfunktion liegt aber wohl schon deshalb vor, weil neben den genannten Schutzzwecken kein wettbewerbsfremder Zweck ersichtlich ist. Ein Verstoß gegen § 43 I 1 AMG ist also gemäß § 4 Nr. 11 UWG unlauter. Jedoch ist die exakte wettbewerbsrechtliche Schutzrichtung des § 43 I 1 AMG etwas fraglich. Schließlich steht nicht eindeutig fest, ob der Gesetzgeber mit § 43 I 1 AMG nur die Verbraucher, nur die Apotheker, oder gar beide schützen will. Dass lediglich die Abgabe an die Endverbraucher in den Anwendungsbereich der Vorschrift fällt, lässt zwar, wie bei den Vorschriften der Preisangabenverordnung, eine offensichtliche Schutzfunktion zugunsten der Gesundheit der Verbraucher stark vermuten und ist auch vertretbar. Jedoch besteht unter logischen Gesichtspunkten zumindest die Möglichkeit, dass der Gesetzgeber allein deshalb auf die Abgabe an die Endverbraucher abgestellt hat, da dieser Vorgang das größte, vielleicht einzige Geschäft für die meisten Apotheken im Zusammenhang mit der Abgabe von Arzneimitteln darstellt. Legt man dies zu Grunde, könnte lediglich ein Schutz der Apothekeninteressen und nicht auch ein Schutzzweck zugunsten der Verbraucher angestrebt worden sein. Es kommt hier also eine Schutzfunktion zugunsten der Verbraucher und/oder der sonstigen Marktteilnehmer in Betracht.

- Schutzfunktion zugunsten der Verbraucher?

Man könnte die sehr naheliegende, aber – zumindest bei näherer Überlegung – nicht offensichtliche Verbraucherschutzfunktion des § 43 I 1 AMG überprüfen.

Dabei hilft zunächst vielleicht die Betrachtung des gesamten Gesetzeswerkes weiter. § 1 AMG beinhaltet nämlich eine Zweckbeschreibung des Gesetzeswerkes. Demnach ist es Zweck des AMG, im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung von Mensch und Tier für die Sicherheit im Verkehr mit Arzneimitteln zu sorgen. Es soll also neben dem Tier der Mensch geschützt werden. Im Verkehr mit Arzneimitteln stellen die zu schützenden Personen aber in

¹⁸² So bei BGH, Urt. v. 29. 1. 1957 – I ZR 53/55, BGHZ 23, 184 (Spalttabletten).

erster Linie die Endverbraucher dar, da sich gerade bei diesen die Auswirkungen einer fehlerhaften Arzneimittelversorgung besonders bemerkbar machen würden. Schon durch diese Tatsache liegt also nahe, dass § 43 I 1 AMG dem Verbraucherschutz zu dienen bestimmt ist.

Ferner könnte man zur Bestätigung dieses Ergebnisses untersuchen, ob die Nichtexistenz des § 43 I 1 AMG eine hohe Interessenbeeinträchtigung der Verbraucher nach sich ziehen würde. Dazu müssten die Auswirkungen für die Verbraucher zunächst einmal deutlich negativ spürbar sein. Gäbe es keine Apothekenpflicht bestimmter Arzneimittel, würde dies dazu führen, dass auch einige andere Unternehmer ein Geschäft mit Arzneimitteln zu machen versuchten. Diese würden natürlich gerade auch aus dem nichtmedizinischen Bereich stammen. Mangels Fachkunde würde diesen dann auf Fragen nach der korrekten und sicheren Anwendung der Arzneimittel sowie nach Risiken und Nebenwirkungen häufig nur der Verweis auf die Packungsbeilage übrig bleiben. Eine fachkundige Auskunft beim Kauf von Arzneimitteln wäre also nicht mehr gewährleistet. Gerade das persönliche Gespräch und der verbale Hinweis auf bestimmte Gefahren sind durch das bloße Durchlesen einer Gebrauchsanleitung zur Vermeidung schwerer Folgen nicht zu ersetzen. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn der Inhalt der Packungsbeilage nicht genau verstanden wird. Ferner würden viele Unternehmen die Arzneimittel unter Umständen auch preiswerter anbieten können, da ihnen die Kosten für fachkundiges Personal erspart blieben. Um im dann bestehenden Wettbewerb mithalten zu können, müssten auch die Apotheken an Kosten einsparen, was zusätzlich dazu führen könnte, dass auch in den Apotheken die Beratungsqualität und damit die Sicherheit der Verbraucher zu kurz käme. Da einige Arzneimittel gerade auch in Verbindung mit anderen Medikamenten z. T. schwere Schäden verursachen können und dies vielen Verbrauchern bis zum Zeitpunkt der Einnahme unbekannt bleiben würde, könnte die Nichtexistenz der Vorschrift sich für die Verbraucher deutlich negativ auswirken. Diese Folgen würden sich auch mit großer Wahrscheinlichkeit einstellen, weil die nötige Fachkunde abgesehen von den Apotheken kaum gewährleistet ist. Da eine große Zahl der Anbieter von Arzneimitteln keine pharmazeutischen Kenntnisse hätte, bliebe eine starke Gesundheitsbeeinträchtigung der gesamten Verbraucherschaft bestimmt nicht aus.

Daher deutet vieles darauf hin, dass § 43 I 1 AMG dem Verbraucherschutz dienen soll und dass die Apotheken zumindest nicht ausschließliches Schutzsubjekt sind. Dieses Ergebnis wird von der Literatur und Rechtsprechung bestätigt.¹⁸³ Selbst wenn auch hier in erster Linie als Ziel die geordnete Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln genannt wird, so verbirgt sich dahinter natürlich zwingend der gezielte Schutz der Verbraucher, welche schließlich in § 43 I 1 AMG explizit erwähnt sind.

- Schutzfunktion zugunsten der sonstigen Marktteilnehmer?

Neben einem Schutzzweck zugunsten der Verbraucher besteht die Möglichkeit, dass ein solcher auch zugunsten der Apotheken besteht. Aus besagten Gründen sind die Betreiber der Apotheken aus Sicht der Zuwiderhandelnden hier wohl auch als sonstige Marktteilnehmer und nicht als Mitbewerber zu qualifizieren. In § 1 AMG ist der Schutz der Apotheken nicht erwähnt.

Demnach müsste sich durch das Hinwegdenken des § 43 I 1 AMG für die Betreiber der Apotheken als Folge eine hohe Interessenbeeinträchtigung ergeben. Dadurch, dass mehrere Unternehmer sich darum bemühen würden, am Markt Arzneimittel anzubieten, würde sich in kurzer Zeit eine beachtliche Konkurrenz zu den Apotheken entwickeln. Dies wäre für die Apotheken durchaus existenzgefährdend, da die Veräußerung von Arzneimitteln an die Verbraucher für viele Apotheken einen großen Teil ihres Geschäfts darstellt. Gäbe es also § 43 I 1 AMG nicht, so würde sich dies für die Existenz der Apotheken deutlich negativ auswirken können. Dies wäre auch sehr wahrscheinlich, da die Nachfrage nach Arzneimitteln generell besteht und sich somit viele an diesem Geschäft beteiligen wollten, weswegen nahezu alle Apotheken einem harten und zugleich existenzgefährdenden Wettbewerb ausgesetzt wären.

Also lässt sich vermuten, dass § 43 I 1 AMG auch eine Schutzfunktion zugunsten der sonstigen Marktteilnehmer in Person der Apotheker beinhaltet.

Zu diesem Ergebnis kommt auch die Rechtsprechung.¹⁸⁴ Selbst wenn bei § 43 I 1 AMG der Bestandsschutz der Apotheken teilweise in der Literatur wiederum lediglich als notwendige Vorstufe zum Hauptanlass der

¹⁸³ Deutsch/Lippert § 43 Rn. 1; BVerfG, Urt. v. 13. 2. 1964 – 1 BvL 17/61 1 BvR 494760, 128/61, BVerfGE 17, 232 239 f.

¹⁸⁴ BVerfG, Urt. v. 11. 6. 1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377, 439; BVerfG, Urt. v. 7. 1. 1959 – 1 BvR 100/57, BVerfGE 9, 73, 80 f.

Volksgesundheit angesehen wird¹⁸⁵, so ist doch die Existenzhaltung der Apotheken zumindest ein angestrebtes Zwischenziel, womit auf jeden Fall wenigstens eine sekundäre Schutzfunktion zugunsten der Apotheken angenommen werden kann.

(7) § 1 II ApoG

Nach § 1 II ApoG bedarf derjenige einer Erlaubnis der zuständigen Behörde, der eine Apotheke betreiben will. Darauf, dass diese Vorschrift einen Schutzzweck zugunsten der Verbraucher verfolgt, weist schon § 1 I ApoG hin, der den Apotheken die Verpflichtung auferlegt, eine ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung der Bevölkerung (Verbraucher) sicherzustellen sowie § 2 I Nr. 4 ApoG, der die Erlaubnis wiederum unter anderem von der Zuverlässigkeit des Bewerbers abhängig macht.

Zu klären ist noch, ob auch eine Schutzfunktion zugunsten der am Markt präsenten Apotheker angenommen werden kann, welche hierbei abermals den Status sonstiger Marktteilnehmer hätten. Wenn man sich die Situation vorstellt, dass die Ausübung der Apothekertätigkeit keiner behördlichen Erlaubnis bedarf, hätte dies für die gelernten Apotheker ähnliche Folgen wie für die Rechtsberater, wenn es Art 1 § 1 I 1 RBerG nicht gäbe. Durch die starken subjektiven Zulassungsbeschränkungen des § 2 ApoG ist die Konkurrenzsituation für die Apotheker noch eher zu bewerkstelligen als wenn keine oder nur sehr schwache Zulassungsvoraussetzungen vorhanden wären. Denn in diesem Fall wäre die Existenz der gelernten Apotheker stark gefährdet.

Auch in der Literatur wird der Schutz der Apotheken zumindest als notwendiges Zwischenziel zur Erreichung des vorrangig angestrebten Schutzes der Bevölkerung (Verbraucherschutz) erkannt.¹⁸⁶ Hinter § 1 II ApoG stecken daher ähnliche Motive des Gesetzgebers wie bei § 43 I 1 AMG, was nicht verwundert, wenn man sich vergegenwärtigt, dass beide Gesetzeswerke einer gemeinsamen Wurzel entspringen.¹⁸⁷

d) Zusammenfassung für das Vorgehen bei zweifelhaften Fällen

Ist also die wettbewerbsrechtliche Schutzfunktion einer Vorschrift zweifelhaft und kommt man unter Zuhilfenahme des gesamten Gesetzeswerkes zu keinem eindeutigen Ergebnis, so besteht die Möglichkeit, durch das Hinwegdenken der

¹⁸⁵ Deutsch/Lippert § 43 Rn. 1.

¹⁸⁶ Hoffmann Einl. Rn. 39.

¹⁸⁷ Hoffmann Einl. Rn. 7.

betreffenden Vorschrift und den daraus resultierenden Wirkungen zumindest eine indizielle Aussage über die marktverhaltensregelnde Schutzfunktion eines Gesetzes zu treffen.

Dafür sollte sich bei fiktiver Nichtexistenz der Norm eine hohe Interessenbeeinträchtigung zumindest einer Marktteilnehmergruppe einstellen, da hauptsächlich dann anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber diese Marktteilnehmergruppe vor solchen Schäden schützen wollte. Eine hohe Interessenbeeinträchtigung ist anzunehmen, wenn ein Wegfall der Vorschrift für die betreffenden Marktteilnehmer deutlich negativ und auch unmittelbar spürbar wäre. Ferner sollten diese negativen Folgen unter Annahme gewöhnlicher Umstände auch mit großer Wahrscheinlichkeit und bei einem Großteil der betreffenden Marktteilnehmer eintreten. Ist dies alles der Fall, lässt sich eine Schutzfunktion der Vorschrift bezüglich dieser Marktteilnehmergruppe vermuten. Fehlt es an einer hohen Interessenbeeinträchtigung, so liegt der Schluss nahe, dass diese Marktteilnehmergruppe durch das Gesetz nicht geschützt werden sollte.

5. Marktverhaltensregelnde Vorschriften ohne entsprechende Schutzfunktion

Die meisten Vorschriften, welche das Marktverhalten regeln, verfolgen den Schutz einer oder mehrerer Marktteilnehmergruppen, weil eben, wie erwähnt, sehr häufig nur der Schutz von Personen eine Regelung des Wettbewerbs rechtfertigen kann und diese aufgrund der Nähe zum Wettbewerb und zum Markt zumeist die Marktteilnehmer darstellen. Es gibt aber auch marktverhaltensregelnde Normen, die nicht in den Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG fallen, da sie nicht den Schutz von Marktteilnehmern bezwecken.

Das kann zum einen dann der Fall sein, wenn durch die Marktverhaltensregelung nicht einmal als Sekundärziel irgendwelche Personen geschützt werden sollen. Dies wird abgesehen von den Fällen, bei denen evtl. der Schutz von Tieren oder der Umwelt im Vordergrund steht, fast nicht vorkommen, da sich hinter den meisten denkbaren, gerade allgemeinen Zielen auch der Schutz von Individuen verbirgt. Dies sieht man z. B. an der Sperrzeitregelung des § 8 I GastV i. V. m. § 18 I GastG. Ein Ziel dieser ist die Wahrung der Nachtruhe.¹⁸⁸ Dies ist zwar ein allgemeines Ziel des Gesetzgebers, jedoch werden dadurch automatisch die Anwohner von Schank- und Speisewirtschaften sowie von öffentlichen

¹⁸⁸ Metzner § 18 Rn. 12.

Vergnügungsstätten mitgeschützt.¹⁸⁹ Zum anderen ist aber gerade an diesem Beispiel zu erkennen, dass auch solche Personen unter Umständen alleinige Schutzsubjekte von Vorschriften sein können, die gerade keine Marktteilnehmer darstellen. Daran ist vor allem bei solchen Vorschriften zu denken, welche allein die Bevölkerung oder einzelne Bevölkerungsgruppen als solche schützen sollen, ohne dass die dahinterstehenden Menschen irgendeinen Bezug zum Wettbewerb oder zu einem Markt haben. Ferner kann ebenso den Gesetzen, welche konkret nur einzelne Personen schützen, keine Schutzfunktion zugunsten der Marktteilnehmer zuerkannt werden.

Auch hierzu werden Beispiele genannt.

a) § 184 d StGB, § 120 I Nr. 1 OWiG

Marktverhaltensregelnde Gesetze ohne eine Schutzfunktion zugunsten der Marktteilnehmer sind beispielsweise § 184 d StGB bzw. § 120 I Nr. 1 OWiG, die die Ausübung der verbotenen Prostitution verhindern wollen.

Die Ausübung der Prostitution ist gemäß Art 297 I EGGStGB i. V. m. § 1 VVP in bayerischen Gemeinden bis zu 30000 Einwohnern mit Ausnahme von besonders begründeten Fällen grundsätzlich verboten. Die Prostituierten sind Gewerbetreibende, ein Verstoß gegen § 184 d StGB bzw. § 120 I Nr. 1 OWiG verspricht den Zuwiderhandelnden bei der Ausübung ihres Gewerbes auch einen höheren Gewinn, so dass beide Normen Marktverhaltensregelungen darstellen. Eine bestimmte Marktteilnehmergruppe wird jedoch gerade nicht geschützt. Vielmehr soll das Interesse der Allgemeinheit gewahrt bleiben, an bestimmten Orten vor den mit der Prostitution verbundenen Belästigungen sicher zu sein.¹⁹⁰

Die Menschen, die sich hinter dem Begriff Allgemeinheit verbergen, sind zwar auch sonstige Marktteilnehmer sowie Verbraucher, jedoch sind diese hier nicht in ihrer marktbezogenen Interessenlage geschützt.

Eine Schutzfunktion zugunsten der Verbraucher käme höchstens in Betracht, wenn man die Kunden der Prostituierten deshalb als Schutzsubjekte anerkennen würde, weil diese evtl. größeren Gefahren durch übertragbare Krankheiten oder Ähnliches ausgesetzt wären. Jedoch muss eine solche Überlegung ausscheiden, weil es erstens keinen Grund gibt, die Prostitution deshalb nur in kleineren Städten zu

¹⁸⁹ Auch bei § 5 I BImSchG werden neben der Umwelt auch die Allgemeinheit sowie die Nachbarschaft von genehmigungsbedürftigen Anlagen geschützt. Hinter diesen Begriffen verbergen sich ebenfalls Personen.

¹⁹⁰ Schönke/Schröder – Lenckner/Perron § 184 a Rn. 1; Leipziger Kommentar – Laufhütte § 184 a Rn. 1.

untersagen, weil trotzdem die Möglichkeit besteht, der Prostitution generell nachzugehen. Eine Schutzfunktion zugunsten der Verbraucher kommt deshalb wohl schon aus logischen Gründen kaum in Betracht. Zweitens lässt auch keine Indizwirkung auf eine solche schließen. Denkt man sich nämlich das Prostitutionsverbot hinweg, so würde sich zwar das Prostitutionsgewerbe auf mehrere Orte ausdehnen und unter Umständen insgesamt wachsen. Aufgrund der Tatsache aber, dass gerade von Seiten der Prostituierten auf einen möglichst effektiven Gesundheitsschutz schon im eigenen Interesse in aller Regel viel Wert gelegt wird, lässt sich keine mit großer Wahrscheinlichkeit eintretende deutlich nachteilige Wirkung für die gesamte Verbraucherschaft annehmen.

b) § 60 I HGB, § 112 I HGB, § 88 I AktG

§ 60 I HGB verbietet dem Handlungsgehilfen eines Handelsgewerbes, ohne Einwilligung des Prinzipals ein Handelsgewerbe zu betreiben und in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu machen. Diese Vorschrift verfolgt ebenfalls keine marktverhaltensregelnde Schutzfunktion. Dass die Marktteilnehmer geschützt werden sollen, kann schon nach dem offensichtlichen Sinn der Vorschrift ausgeschlossen werden. Geschützt werden soll eindeutig nur der Prinzipal. Der Prinzipal ist aber nur eine einzelne Person und repräsentiert somit keine ganze Marktteilnehmergruppe. Denkt man sich § 60 I HGB hinweg, wäre eine negative Entwicklung immer nur für diesen, nicht aber für weitere Personen zu erwarten. Diese Einschätzung wird freilich von der Literatur bestätigt. Zweck des § 60 I HGB sei lediglich, Interessenkollisionen zwischen den Parteien des Arbeitsvertrages zu vermeiden.¹⁹¹

Aus den gleichen Gründen fehlt ein wettbewerbsrechtlicher Schutzzweck ebenso bei § 112 I HGB, der einem Gesellschafter ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter sowohl das Geschäftemachen in dem Handelszweig der Gesellschaft als auch die Teilnahme an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschaft verbietet, sowie bei § 88 I AktG, der auch den Vorstandsmitgliedern einer AG nicht gestattet, ohne Einwilligung des Aufsichtsrats ein Handelsgewerbe zu betreiben oder im Geschäftszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu machen. Hier soll im ersten Fall nur die Gesellschaft vor illoyaler, eigensüchtiger

¹⁹¹ Ebenroth/Boujong/Joost – Boecken § 60 Rn. 1.

Ausnutzung des Gesellschafters bewahrt werden¹⁹², im zweiten Fall ist alleiniges Ziel, die AG zu schützen, und zwar vor anderweitigem Einsatz der Arbeitskraft ihrer Vorstandsmitglieder.¹⁹³

c) Vorschriften zum Schutze des geistigen Eigentums

Auch den Vorschriften zum Schutze des geistigen Eigentums fehlt eine Schutzfunktion zugunsten der Marktteilnehmer.¹⁹⁴ Es sollen nämlich nur die geistig gewerbliche Leistung und die mit ihr verbundenen Interessen geschützt werden. Im Vordergrund steht also ein Schutz privater Interessen¹⁹⁵, weswegen eine Verletzung dieser Normen kein unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch bedeutet.¹⁹⁶ Eine bloße Marktverhaltensregelung können diese Normen aber trotzdem beinhalten (z. B. § 14 II MarkenG).¹⁹⁷

C) Sanktionskonkurrenz

Selbst wenn gegen ein Gesetz verstoßen wird, welches unter § 4 Nr. 11 UWG subsumierbar ist, und die übrigen Voraussetzungen des § 3 UWG ebenfalls erfüllt sein sollten, bedeutet dies noch nicht zwingend, dass damit auch Ansprüche nach dem UWG offen stehen. Ein Konkurrenzproblem für die Eröffnung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche gemäß §§ 8 ff. UWG besteht nämlich dann, wenn das verletzte Gesetz spezifische Sanktionen vorsieht. In einem solchen Fall muss überprüft werden, ob es sachgerecht erscheint, auch auf § 3 i. V. m. § 4 Nr. 11 UWG gestützte wettbewerbsrechtliche Folgen anzuerkennen.

Grundsätzlich muss die Möglichkeit bestehen, gegen den Schuldner neben den speziellen Sanktionsmöglichkeiten des verletzten Gesetzes auch mit den Mitteln des UWG vorzugehen, da es im Wettbewerbsrecht nicht um die Durchsetzung der Vorschrift um ihrer selbst Willen geht, sondern um die Auswirkungen eines Gesetzesverstoßes auf den Wettbewerb. Dies gilt unabhängig davon, ob die Sanktionen unterschiedlich oder vergleichbar sind.¹⁹⁸ Der Zuwiderhandelnde ist insoweit nicht schutzwürdig, da sein Handeln schließlich mehrere verschiedene Sanktionstatbestände erfüllt.

¹⁹² Ebenroth/Boujong/Joost – Goette § 112 Rn. 2.

¹⁹³ Hüffer § 88 Rn. 1.

¹⁹⁴ A. A. Sack, WRP 2004, 1307, 1313 f.

¹⁹⁵ Hubmann/Götting § 4 Rn. 1.

¹⁹⁶ So noch Schrickler UrhG – Schrickler Einl. Rn. 38.

¹⁹⁷ Wohl a. A. Köhler, GRUR 2004, 381, 384.

¹⁹⁸ Baumbach/Hefermehl – Köhler § 4 Rn. 11.7.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz muss aber natürlich dann gemacht werden, wenn sich durch Auslegung der Norm entnehmen lässt, dass die speziellen Sanktionen abschließend sein sollen.¹⁹⁹

Dies ist z. B. bei § 9 I BuchPrG der Fall.²⁰⁰ Die Ansprüche gemäß § 9 I BuchPrG entsprechen zwar weitgehend denen des UWG, so dass scheinbar ohnehin kein Bedürfnis für dessen Heranziehung besteht. Jedoch existiert ein geringfügiger Unterschied bezüglich der Aktivlegitimation. So sind beispielsweise die Industrie- und Handelskammern sowie die Handwerkskammern zwar gemäß § 8 III Nr. 4 UWG, nicht aber nach § 9 II BuchPrG aktivlegitimiert.

Ferner haben die sozialrechtlichen Regelungen zu den Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Leistungserbringern und ihren Verbänden gemäß § 69 SGB V ebenfalls abschließenden Charakter, auch soweit sich daraus Rechte Dritter ergeben. Daher kann gegenüber einem Leistungserbringer kein wettbewerbsrechtlicher Anspruch wegen fehlender Krankenkassenzulassung gemäß § 126 SGB V geltend gemacht werden.²⁰¹

Nach wohl überwiegender Literaturansicht enthalten auch die Normen des Kartellrechts mit § 33 GWB eine abschließende Regelung der Sanktionen.²⁰² Soweit bestimmte Personen durch eine GWB-Vorschrift nicht geschützt werden sollen, geht es nicht an, diesen Schutz über das UWG zu begründen. Ferner würde eine gleichzeitige Anwendung des UWG auch dazu führen, dass Kartellrechtsverstöße nach § 8 III Nr. 3 UWG auch von Verbraucherverbänden geltend gemacht werden könnten, obwohl vielleicht nur die Mitbewerber betroffen wären.²⁰³ Eine Anwendung der lauterkeitsrechtlichen Sanktionen bei GWB-Verstößen unter dem Aspekt des Rechtsbruchs ist daher nur in den Grenzen statthaft, die hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen und der Rechtsfolgen innerhalb des GWB durch § 33 GWB abgesteckt sind.²⁰⁴ Natürlich kann trotz dieser Tatsache ein und dieselbe Handlung einen Verstoß gegen das Kartellrecht und das Lauterkeitsrecht begründen und demzufolge Sanktionen nach beiden Rechten auslösen. Ein Anspruch nach dem UWG begründet sich in diesem Fall

¹⁹⁹ Baumbach/Hefermehl – Köhler § 4 Rn. 11.9.

²⁰⁰ Baumbach/Hefermehl – Köhler § 4 Rn. 11.13.

²⁰¹ BGH, Urt. v. 2. 10. 2003 – I ZR 117/01, WRP 2004, 337, 339 (Krankenkassenzulassung).

²⁰² Wrage, WuW 1984, 548, 557 ff; Fezer – Götting § 4-11 Rn. 112; Baumbach/Hefermehl – Köhler § 4 Rn. 11.12; a. A. BGH, Urt. v. 21. 2. 1978 – KZR 7/76, GRUR 1978, 445, 446 (4 zum Preis von 3); BGH, Urt. v. 6. 10. 1992 – KZR 21/91, GRUR 1993, 137, 139 (Zinssubvention).

²⁰³ Baumbach/Hefermehl – Köhler § 4 Rn. 11.12.

²⁰⁴ Wrage, WuW 1984, 548, 562.

aber gerade nicht unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsverstoßes durch Zuwiderhandlung gegen eine GWB-Vorschrift, sondern eher unter dem Aspekt des Behinderungswettbewerbs (§ 4 Nr. 10 UWG).²⁰⁵

D) Zusammenfassung von § 4 Nr. 11 UWG

Nachdem ein Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift festgestellt ist, muss zunächst untersucht werden, ob die in Frage kommende Vorschrift das Marktverhalten regelt. Dies ist bei den wenigsten Vorschriften der Fall. Es reicht hierbei aus, dass der Gewerbetreibende durch den Verstoß sein gewerbliches Ziel eher erreichen kann, als wenn er gar nicht handelt. Marktzutrittsnormen stellen zu einem großen Teil zugleich das Marktverhaltensregelungen dar. Liegt eine Regelung des Marktverhaltens vor, so kann man in den meisten Fällen bereits die Anwendbarkeit des § 4 Nr. 11 UWG bejahen, da sehr häufig ein Marktteilnehmer Schutzsubjekt derartiger Vorschriften ist.

Um herauszufinden, welcher Marktteilnehmer von der Norm geschützt werden soll, und um gerade die wenigen Fälle auszuschließen, in denen gar kein Marktteilnehmer Schutzsubjekt der betreffenden Vorschrift ist, muss anschließend trotzdem noch auf den Schutzzweck der Vorschrift eingegangen werden.

Hierzu wäre vorerst zu überlegen, ob nicht eine Marktteilnehmergruppe offensichtlich vom Schutzbereich der Vorschrift erfasst sein soll. Ist dies nicht so, hilft unter Umständen die Betrachtung des gesamten Gesetzeswerks weiter, in welchem sich das betreffende Gesetz befindet. Der Gesetzgeber lässt an einigen Stellen oft erkennen, welche Ziele er mit dem Gesetzeswerk verfolgt. Durch eine generelle Zweckbeschreibung des Gesetzeswerkes zu Beginn oder durch die Offenbarung von Schutzzwecken der übrigen Vorschriften des Gesetzeswerkes kann unter Umständen auch auf den Zweck der zu untersuchenden Vorschrift geschlossen werden.

Wenn ein marktverhaltensregelnder Schutzzweck immer noch nicht sicher bestimmt werden kann, besteht die Möglichkeit, auf einen solchen Zweck zu schließen, indem man sich die Vorschrift hinwegdenkt und über die anschließenden fiktiven Folgen nachdenkt. Diese Methode muss zwar nicht immer zu einem Ergebnis führen, welches dem der h. M. entspricht. Auf jeden Fall gelangt man damit aber zu vertretbaren Resultaten.

²⁰⁵ Immenga/Mestmäcker – Emmerich § 33 Rn. 62.

Ferner muss berücksichtigt werden, dass bei Verletzung einiger weniger Vorschriften abschließende Spezialsanktionen eingreifen können, so dass trotz Erfüllung des Tatbestandes des § 4 Nr. 11 UWG keine Ansprüche nach dem UWG begründet werden.

Kapitel 3: Gesetzesverstöße, die nicht unter § 4 Nr. 11 UWG fallen

Eine Subsumtion unter § 4 Nr. 11 UWG ist häufig nicht möglich. Die überwiegende Zahl der Vorschriften im deutschen Recht weist nämlich keinen Wettbewerbsbezug auf. Fraglich ist aber, ob nicht neben § 4 Nr. 11 UWG trotzdem ein unlauteres Handeln aufgrund einer Gesetzesverletzung vorliegen kann. Die einschlägige Norm, an der man sich dann zu orientieren hätte, wäre allein die Generalklausel des § 3 UWG.²⁰⁶ Diese Norm kann aufgrund der systematischen Hierarchie des neuen UWG grundsätzlich einen selbständigen Verbotstatbestand bilden.²⁰⁷

Auf jeden Fall ist festzuhalten, dass auch bei einem unlauteren Rechtsbruch gemäß § 3 UWG schon aus begrifflichen Gründen das Vorliegen einer Verbots- oder Gebotsnorm von Nöten wäre, da schließlich nur gegen eine solche verstoßen werden kann.

A) Unlauterer Rechtsbruch neben § 4 Nr. 11 UWG möglich?

Die zu beantwortende Frage ist folglich, ob speziell ein unlauteres Handeln durch Rechtsbruch allein an der Generalnorm des § 3 UWG festgemacht werden kann. Die Meinungen gehen auseinander, ob unlauterer Rechtsbruch neben § 4 Nr. 11 UWG überhaupt denkbar ist. Nach einer Literaturansicht ist es zukünftig durchaus möglich, unlauteres Handeln durch Rechtsbruch abgesehen von § 4 Nr. 11 UWG allein an § 3 UWG festzumachen.²⁰⁸ Dies sei deshalb so, weil § 4 UWG nur einen Beispielskatalog für unlautere Wettbewerbshandlungen enthalte und dieser folglich nicht abschließend sei.²⁰⁹ Nach anderer Ansicht ist § 4 Nr. 11 UWG abschließend geregelt, so dass ein unlauteres Handeln durch Rechtsbruch nicht unmittelbar über die Generalklausel des § 3 UWG erfasst

²⁰⁶ Fezer – Fezer § 3 Rn. 57: Eine Unlauterkeitskontrolle anhand der Generalklausel kommt hinsichtlich des Rechtsbruchs aber wirklich nur in Betracht, wenn der Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG nicht erfüllt ist. Falls schon § 4 Nr. 11 UWG einschlägig ist, ist eine kumulative Prüfung versperrt, weil die Anwendung der Generalklausel sonst den Zweck des Einzelatbestandes frustriert.

²⁰⁷ Schönemann, WRP 2004, 925, 927; Fezer – Fezer § 3 Rn. 59, 63.

²⁰⁸ Sack, WRP 2004, 1307, 1316.

²⁰⁹ Sack, BB 2003, 1073, 1077.

werden könne.²¹⁰ Dieser Meinung wird sich vermutlich auch die Rechtsprechung anschließen. Zu klären ist folglich, welche Ansicht vorzugswürdig ist oder ob man sich vielleicht sogar einer vermittelnden Meinung anschließen sollte.

I. § 4 Nr. 11 UWG als abschließende Regelung der Rechtsbruchfälle?

Eine Gesetzesverletzung könnte also nur dann allein gemäß § 3 UWG wettbewerbsrechtliche Relevanz haben, wenn § 4 Nr. 11 UWG keine abschließende Regelung für unlauteres Handeln durch Rechtsbruch darstellen würde. Daher muss durch logische Überlegung herausgefunden werden, wie der Gesetzgeber wohl § 4 Nr. 11 UWG geregelt und verstanden haben wollte. Es gilt demnach zu erörtern, was für oder gegen die Annahme einer abschließenden Regelung im Falle des § 4 Nr. 11 UWG spricht.

1. § 4 Nr. 11 UWG nur Beispielsfall

Einerseits könnte die Formulierung des § 4 UWG darauf schließen, dass es abgesehen von § 4 Nr. 11 UWG die Möglichkeit weiterer, wettbewerbsrechtlich relevanter Rechtsbruchfälle gibt. Denn § 4 UWG beinhaltet gerade einen nicht abschließenden Katalog von Beispielsfällen („insbesondere“). Das Vorliegen einer normierten Fallgruppe soll also nach dem Willen des Gesetzgebers zwar hinreichend aber gerade nicht erforderlich für das Vorliegen unlauteren Handelns sein.²¹¹ Der Katalog des § 4 UWG soll schließlich die Generalklausel lediglich präzisieren und ihren Inhalt für die Betroffenen transparenter machen.²¹² Somit besteht also ausreichend Grund zur Annahme, dass neben § 4 Nr. 11 UWG noch weiterer Raum für Rechtsbruchfälle bestehen kann.

2. Gesetzgeberischer Wille hinsichtlich § 4 Nr. 11 UWG

Andererseits steht fest, dass der Gesetzgeber die Fallgruppe des Rechtsbruchs insgesamt stark beschränken wollte²¹³, um damit einen Beitrag zur weiteren Liberalisierung des Wettbewerbsrechts zu leisten. Ließe man folglich neben § 4 Nr. 11 UWG zumindest unbeschränkt die Möglichkeit weiterer Rechtsbruchfälle zu, wäre der Wille des Gesetzgebers untergraben. Somit lässt sich ein unlauteres Handeln durch Rechtsbruch nach § 3 UWG neben § 4 Nr. 11 UWG natürlich so ohne weiteres nur schwer vertreten.

²¹⁰ Köhler, GRUR 2004, 381, 384.

²¹¹ So ähnlich auch Sack, BB 2003, 1073, 1077.

²¹² Hombrecher, JA 2004, 775.

²¹³ BT-Drucksache 15/1487 S. 19.

Dass § 4 UWG lediglich Beispielfälle beinhaltet, muss dem gesetzgeberischen Willen auch nicht zwingend entgegenstehen, wenn man den Beispielskatalog des § 4 UWG anders interpretiert. Dem Gesetzeswortlaut ist nämlich nicht exakt zu entnehmen, in welcher Weise der Beispielskatalog nicht abschließend sein soll. Anders gesprochen ist nicht genau ersichtlich, wie das Wort „insbesondere“ in § 4 UWG zu verstehen ist. Es wäre nämlich zu überlegen, ob die Beispielfälle nicht ihrerseits z. T. abschließende Regelungen bezwecken, soweit sie wie § 3 UWG ebenfalls generalklauselhaft weit formuliert sind.²¹⁴ Dieser Gedanke liefe auf die Annahme hinaus, dass der Beispielskatalog in § 4 UWG lediglich insgesamt nicht abschließend geregelt sein sollte, die einzelnen Beispielfälle für sich aber evtl. zumindest teilweise schon.²¹⁵ Dann wäre § 4 UWG, im Großen und Ganzen der generellen Absicht des Gesetzgebers zur Fallgruppe des Rechtsbruchs entsprechend, so zu begreifen, dass dieser gedanklich um weitere, theoretisch beliebig viele, in erster Linie jedoch thematisch andere unlautere Sachverhalte erweitert werden könnte. Der Gesetzgeber hätte sich schließlich dadurch eindeutig für eine neben § 4 Nr. 11 UWG existierende Möglichkeit eines unlauteren Handelns durch Rechtsbruch aussprechen können, indem er § 4 Nr. 11 UWG folgendermaßen normiert hätte: Unlauter im Sinne des § 3 handelt, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die insbesondere dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

3. Rechtssicherheitsaspekt

Ferner gibt es weiteren Anlass, § 4 Nr. 11 UWG grundsätzlich als umfassende Regelung zum Thema Rechtsbruch anzusehen. Sähe man nämlich die Beispielfälle des § 4 UWG nicht als abschließend an, würde dies zu einer Rechtsunsicherheit führen.²¹⁶ Wären die normierten Voraussetzungen einer im Gesetzestext thematisierten Fallgruppe gar nicht von Nöten, sondern wäre ein unlauteres Handeln im Rahmen dieser Fallgruppe auch auf andere Weise möglich, so wäre äußerst unsicher, was im Wettbewerb erlaubt ist. Die normierten Fallgruppen würden folglich lediglich festlegen, was definitiv nicht erlaubt ist und demnach eine zuverlässige Information nur dahingehend verschaffen. Im Übrigen wären die Regelbeispiele aber weitgehend bedeutungslos.²¹⁷

²¹⁴ Henning-Bodewig, GRUR 2004, 713, 716.

²¹⁵ Gärtner/Heil, WRP 2005, 20, 23.

²¹⁶ Apostolopoulos, WRP 2005, 152, 157.

²¹⁷ Gärtner/Heil, WRP 2005, 20, 23.

II. Lösung

Diese z. T. gegensätzlichen Gedankengänge müssen nun sinnvoll verbunden werden.

1. Einzelne Beispiele thematisch nicht abschließend geregelt

Klärungsbedürftig ist zu aller erst, wie man den Beispielskatalog des § 4 UWG aufzufassen hat.

Denn wenn § 4 UWG so zu interpretieren wäre, dass die einzelnen Themenbereiche, insbesondere § 4 Nr. 11 UWG, abschließende Regelungen darstellen sollen, gäbe es kaum noch Argumente für die Annahme, dass ein unlauteres Handeln durch Rechtsbruch neben § 4 Nr. 11 UWG möglich ist. Die Tatsache, dass das den Beispielskatalog begründende Wort „insbesondere“ im Gesetzestext allen Beispielen vorangestellt ist und nicht, wie oben angesprochen, in den Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG integriert ist, lässt jedoch keine eindeutige Aussage diesbezüglich zu. Denn dadurch ist nicht ersichtlich, ob § 4 UWG nur durch solche Unlauterkeitssachverhalte ergänzt werden kann, die andere Thematiken als die bereits vorgegebenen verfolgen, oder nicht. Es ist also nach dem Wortsinn des § 4 Nr. 11 UWG genauso denkbar, dass schon die einzelnen Beispiele und die damit verbundenen Themen nicht abschließend geregelt sein sollten.

In der Gesetzesbegründung kommt eine derartige Unterscheidung trotz Relevanz leider kaum zum Ausdruck. Der Gesetzgeber spricht nur von weiteren „denkbaren Fällen unlauteren Handelns“²¹⁸. Die gewählte Kombination von Generalklausel und Regelbeispielen solle nicht die Möglichkeit verbauen, *neu* auftretende Problemfälle im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung zu lösen.²¹⁹ Ein Problemfall ist jedoch nicht nur dann neu, wenn er sich mit einer nicht angesprochenen Thematik befasst.²²⁰ Ob die einzelnen Beispiele für sich jeweils abschließend geregelt sein sollen, lässt der Gesetzgeber ebenfalls nicht deutlich erkennen.²²¹ Er drückt lediglich an manchen Stellen in seiner Begründung aus, was nicht unter die betreffende Fallgruppe subsumiert werden soll.²²² Hätte der Gesetzgeber aber in letzter Konsequenz gewollt, dass die Beispiele und speziell

²¹⁸ BT-Drucksache 15/1487 S. 17.

²¹⁹ BT-Drucksache 15/1487 S. 13.

²²⁰ A. A. Gärtner/Heil, WRP 2005, 20, 23.

²²¹ BT-Drucksache 15/1487 S. 17 ff.

²²² BT-Drucksache 15/1487 S.18 (zu Nr. 5), 19 (zu Nr. 11).

§ 4 Nr. 11 UWG abschließende Regelungen sind, hätte er wohl insgesamt eine andere Regelungstechnik wählen müssen. Demnach muss man den Willen des Gesetzgebers eher so auffassen, dass die dargebotenen Fallgruppen auch für sich um weitere Fälle ergänzt werden können. So bleibt folglich die Interpretationsvariante, § 4 Nr. 11 UWG nicht als abschließende Regelung anzusehen, offen und damit auch anwendbar.

Die Beispielfälle sind also nicht nur in ihrer Gesamtheit, sondern auch jeweils thematisch grundsätzlich nicht abschließend geregelt.

2. Verknüpfung der verschiedenen Positionen

Einerseits besteht also die Tatsache, dass der Gesetzgeber neben den normierten Fallgruppen grundsätzlich Raum für weitere Unlauterkeitsfälle gegeben hat. Also muss diese Möglichkeit auch eingeräumt werden und darf nicht von vornherein ausgeschlossen sein. Andererseits steht demgegenüber natürlich der entgegengesetzte Wille des Gesetzgebers bezüglich § 4 Nr. 11 UWG im Speziellen. Diese beiden Gegensätze müssen nun sinnvoll verbunden werden.

a) Keine Umgehung des gesetzgeberischen Willens

Natürlich wäre es keinesfalls vertretbar, sich über den offensichtlichen Willen des Gesetzgebers hinsichtlich der Fallgruppe des Rechtsbruchs einfach hinwegzusetzen. Es kann nicht dem Sinn und Zweck des § 3 UWG entsprechen, die Konstellationen zu erfassen, die dem Gesetzgeber bekannt waren, aber im Rahmen der Regelbeispiele nicht kodifiziert wurden.²²³

So dürfte z. B. nicht mit der vom BGH in diesem Zusammenhang früher angewandten Vorsprungstheorie argumentiert werden²²⁴, nach der ein Wettbewerbsverstoß dann gegeben ist, wenn bewusst und planmäßig gegen das Gesetz verstoßen und sich dadurch ein Vorsprung im Wettbewerb vor der gesetzestreuen Konkurrenz verschafft wurde.²²⁵ Denn die Vorsprungstheorie sollte bereits vor der Gesetzesänderung nach dem Willen des BGH, dessen sich der Gesetzgeber in vielen Bereichen im Rahmen der UWG-Reform angeschlossen hat, gerade keine Rolle mehr spielen.²²⁶ Von daher wäre es im Übrigen meiner Meinung nach etwas misslich, auch nach der UWG-Reform die Fallgruppe des

²²³ Gärtner/Heil, WRP 2005, 20, 23.

²²⁴ A. A. Gloy/Loschelder – Hasselblatt S. 931.

²²⁵ BGH, Urt. v. 3. 11 1988 – I ZR 12/87, GRUR 1989, 116, 118 (Nachtbackverbot); BGH, Urt. v. 7. 6. 1996 – I ZR 114/94, GRUR 1996, 786, 788 (Blumenverkauf an Tankstellen).

²²⁶ BGH, Urt. v. 25. 4. 2002 – I ZR 250/00, GRUR 2002, 825, 827 (Elektroarbeiten).

Rechtsbruchs als „Vorsprung durch Rechtsbruch“ zu bezeichnen.²²⁷ Außerdem enthält § 3 UWG schon gar keine subjektive Komponente, sondern ist rein objektiv formuliert. Ferner bezieht sich die Vorsprungstheorie unmittelbar nur auf das Verhältnis zu den übrigen Gewerbetreibenden. Die weiteren Schutzsubjekte des Wettbewerbsrechts gemäß § 1 UWG bzw. § 4 Nr. 11 UWG werden von ihr gar nicht berücksichtigt.²²⁸ Die Anwendung der Vorsprungstheorie wäre demnach zumindest immer dann sehr bedenklich, wenn die Verletzung einer Vorschrift vorrangig nicht die Interessen der Konkurrenten, sondern die eines anderen wettbewerbsrechtlichen Schutzsubjekts wie z. B. der Verbraucher tangiert, weil dies nicht zwingend zu einem Wettbewerbsvorsprung führt.²²⁹ Nicht ganz nachvollziehbar ist daher, dass der BGH in diesen Fällen früher auch auf die Vorsprungstheorie zurückgegriffen hat²³⁰, obwohl die Schutzfunktion des UWG bezüglich des Verbrauchers damals schon geltende Rechtsprechung war.²³¹ Aber auch wenn Monopolunternehmen oder alle Unternehmen einer Branche in derselben Weise gegen Normen verstoßen und somit kein Vorteil gegenüber Konkurrenten zu erwarten ist, gelangt die Vorsprungstheorie dogmatisch an seine Grenzen.²³²

Es wäre folglich der Sinn des § 4 Nr. 11 UWG ausgehöhlt, wenn derartige, bewusst nicht in den Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG integrierte Aspekte bei der Prüfung des § 3 UWG berücksichtigt würden. Des Weiteren bestünde ansonsten das Problem einer vom Gesetzgeber gerade durch die konkrete Formulierung des § 4 Nr. 11 UWG zum Ausdruck gebrachten unerwünschten und damit nicht hinzunehmenden Rechtsunsicherheit, wenn § 4 Nr. 11 UWG nur eine Art Leitfaden für unlauteres Handeln durch Rechtsbruch wäre.

b) Orientierung am Willen des Gesetzgebers

Damit man am Wortlaut des § 4 Nr. 11 UWG vorbei einige Rechtsbruchvarianten als unlauter qualifizieren kann, bedarf es folglich schon eines triftigen Grundes, der den Willen des Gesetzgebers ausreichend berücksichtigt und somit eine Umgehung der Voraussetzungen des § 4 Nr. 11 UWG rechtfertigt. Denn ansonsten

²²⁷ So aber Berlitz Einl. Rn. E10.

²²⁸ Beater § 27 Rn. 20.

²²⁹ Doepner, GRUR 2003, 825, 829; Beater § 27 Rn. 21.

²³⁰ BGH, Urt. v. 6. 6. 1991 – I ZR 291/89, GRUR 1991, 845, 846 (Nebenkosten); OLG Hamburg, Urt. v. 25. 11. 1999 – 3 U 76/99, GRUR 2000, 545, 546 (Rohstoffgehaltsangabe bei Oberhemden).

²³¹ BGH, Urt. v. 3. 12. 1998 – I ZR 119/96, BGHZ 140, 134, 138 (Hormonpräparate); BVerfG, Beschl. v. 6. 2. 2002, GRUR 2002, 455 (Tier- und Artenschutz).

²³² Beater § 27 Rn. 22.

wäre es unnütz, sich mit dem gesetzlichen Beispielsfall überhaupt dogmatisch vertieft auseinander zu setzen. Die Auffangfunktion der Generalklausel kann demnach nur noch zur unabweisbaren Lückenschließung in Extrem- bzw. Evidenzfällen unlauteren Wettbewerbshandelns dienen.²³³

Da die gesetzlichen Beispiele für unlautere Wettbewerbshandlungen ihrerseits Rückwirkungen auf den Begriffsinhalt der Unlauterkeit haben²³⁴, wird ein rechtfertigender Grund zur Bewertung eines unlauteren Handels durch Rechtsbruch allein nach § 3 UWG nur dann bestehen, wenn man sich erstens aufgrund der vorhandenen Gesetzesverletzung am Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG orientiert und die jeweilige Abweichung feststellt. Zweitens muss diese Abweichung dahingehend untersucht werden, ob und inwieweit eine wettbewerbsrechtliche Erfassung gemäß § 3 UWG mit dem Willen des Gesetzgebers bei der Schaffung des § 4 Nr. 11 UWG trotzdem noch in Einklang zu bringen wäre.

B) Fehlende Marktverhaltensregelung bzw. wettbewerbsrechtliche Schutzfunktion

Fällt eine verletzte Vorschrift nicht unter § 4 Nr. 11 UWG, kann dies einerseits daran liegen, dass keine Marktverhaltensregelung vorliegt. Dies wird die überwiegende Zahl der Fälle betreffen. In seltenen Fällen fehlt es aber andererseits auch erst an einer Schutzfunktion zugunsten der Marktteilnehmer. Diese zwei Fallgruppen werden nun dahingehend behandelt, ob und inwieweit ein unlauteres Handeln durch Rechtsbruch neben § 4 Nr. 11 UWG möglich sein kann.

I. Fehlende Marktverhaltensregelung

Die meisten Ge- oder Verbotsnormen regeln schon gar kein Marktverhalten. Solche Vorschriften sind in diesem Zusammenhang natürlich nur interessant, wenn ein entsprechendes Marktverhalten auch nicht durch ein anderes Gesetz explizit geregelt worden ist, welches genau diesen oder einen ähnlichen Tatbestand wie den der ins Auge gefassten Norm voraussetzt. Denn in diesem Fall könnte gleich auf diese zweite Vorschrift mit der Prüfung des § 4 Nr. 11 UWG näher eingegangen werden.

Es muss aber berücksichtigt werden, dass es bei einigen Vorschriften unter Umständen nicht nur an einer Marktverhaltensregelung fehlt, sondern bei einer Zuwiderhandlung gegen diese schon keine taugliche Wettbewerbshandlung

²³³ Schünemann, WRP 2004, 925, 927 f.

²³⁴ Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig – Schünemann § 3 Rn. 37.

(§ 2 I Nr. 1 UWG) vorliegt. Gewisse Gesetze können nämlich nicht einmal durch eine Wettbewerbshandlung verletzt werden oder es ist zumindest im Einzelfall eine Verletzung auch ohne Wettbewerbshandlung denkbar. Da aber eine Wettbewerbshandlung Tatbestandsmerkmal des § 3 UWG und somit immer Grundvoraussetzung für eine wettbewerbsrechtliche Überprüfbarkeit ist²³⁵, muss in solchen Fällen dem Gesetzesverstoß eine Wettbewerbshandlung vorangehen oder nachfolgen, um überhaupt einen wettbewerbsrechtlichen Tatbestand vorliegen zu haben. Bei der Bewertung, ob unlauterer Rechtsbruch vorliegt, müssten demnach der Gesetzesverstoß und die Wettbewerbshandlung als rechtliche Einheit behandelt werden.²³⁶ Als Beispiel dafür sei ein Gewerbetreibender erwähnt, der Steuern in Millionenhöhe hinterzieht (Gesetzesverstoß gemäß § 1 I 1 Nr. 1 UStG i. V. m. § 370 AO bzw. § 370 a AO). Später setzt er diesen rechtswidrig erlangten Vermögensvorteil im Wettbewerb ein und verschafft sich damit Vorteile (Wettbewerbshandlung). Weder der Gesetzesverstoß noch die anschließende Wettbewerbshandlung können für sich wegen Rechtsbruchs wettbewerbsrechtlich beanstandet werden, weil der Steuerhinterziehung der wettbewerbsrechtliche und der Wettbewerbshandlung der unlautere Bezug fehlt. Hier könnten also die zeitlich auseinanderfallenden Geschehnisse höchstens durch eine Zusammenschau wettbewerbsrechtlich unter dem Aspekt der Unlauterkeit durch Rechtsbruch beanstandet werden.

Um einen geeigneten Vergleich der Normen, welche kein Marktverhalten regeln, mit § 4 Nr. 11 UWG zu ermöglichen und somit bestmöglich den Willen des Gesetzgebers bei der Schaffung des § 4 Nr. 11 UWG mit einzubeziehen, ist es sinnvoll, diese Vorschriften danach aufzuteilen, in welcher Weise zumindest eine Schutzfunktion zugunsten der Marktteilnehmer verfolgt wird.

1. Jede denkbare Schutzfunktion zugunsten der Marktteilnehmer fehlt

Es gibt Gebots- bzw. Verbotsnormen, die neben einer Marktverhaltensregelung auch jede denkbare Schutzfunktion zugunsten der Marktteilnehmer vermissen lassen. Bei derartigen Gesetzesverstößen fehlt es aber zumeist schon an einer tauglichen Wettbewerbshandlung. Die Gesetzesverletzungen spielen sich hierbei innerhalb oder außerhalb der geschäftlichen Tätigkeit ab.

²³⁵ BT-Drucksache 15/1487 S. 16.

²³⁶ So schon früher Doepner, WRP 2003, 1292, 1299; Piper, WRP 2002, 1197, 1201 f.

a) § 3 StVO

Meistens nichts mit der eigentlichen geschäftlichen Tätigkeit eines Unternehmers zu tun hat beispielsweise ein Verstoß gegen § 3 StVO, der die zulässige Höchstgeschwindigkeit im Straßenverkehr regelt.

aa) Schutzzweck

§ 3 StVO schützt die Gesamtheit aller Verkehrsteilnehmer.²³⁷ Verkehrsteilnehmer sind jedoch keine Marktteilnehmer als solche. Völlig unabhängig von der Verbotshandlung schützt also § 3 StVO keinesfalls die Marktteilnehmer. Ein Verstoß stellt zudem keine Wettbewerbshandlung dar.

bb) Wettbewerbsrechtliche Einordnung eines Verstoßes

Ein Verstoß gegen § 3 StVO kann selbst dann wettbewerbsrechtlich nicht beanstandet werden, wenn bewusst und gewollt ein Marktteilnehmer Leidtragender der Verbotshandlung sein sollte und der Verstoß erst das Mittel für eine anschließende Wettbewerbshandlung darstellt (z. B. Geschäftsabschluss mit einem Kunden anstelle der später eintreffenden Konkurrenz). Eine gegenteilige Bewertung würde dem Ziel der UWG-Novelle bezüglich § 4 Nr. 11 UWG sichtlich zuwiderlaufen, da der Gesetzgeber zur Bedingung gemacht hat, dass die verletzte Norm den Interessen der Marktteilnehmer dienen soll. Darauf kam es ihm im Rahmen der UWG-Reform bezüglich der Fallgruppe des Rechtsbruchs erkennbar an. Auch eine Gesamtbetrachtung aller Umstände, also eine wettbewerbsrechtliche Untersuchung des Gesetzesverstoßes im Zusammenhang mit der Wettbewerbshandlung kann an der Tatsache nichts ändern, dass keine Unlauterkeit aufgrund eines Rechtsbruchs vorliegt. Ob sich eine anschließende Wettbewerbshandlung gegen die Marktteilnehmer richtet (im obigen Beispiel die Mitbewerber), ist unerheblich. Das Gesetz selbst weist nämlich keine Schutzfunktion zugunsten der Marktteilnehmer auf. Abgesehen davon gereicht eine Wettbewerbshandlung zumeist irgendeiner Marktteilnehmergruppe zum Nachteil.

b) § 8 I JArbSchG, §§ 370 f AO

Näher mit dem geschäftlichen Handeln eines Unternehmers verknüpft sind hingegen Verstöße gegen § 8 I JArbSchG und gegen §§ 370 f. AO.

²³⁷ Janiszewski/Jagow/Burmann – Burmann § 3 Rn. 3.

aa) Schutzzwecke

§ 8 I JArbSchG schützt offensichtlich nicht irgendeine Marktteilnehmergruppe, sondern, wie auch schon die Bezeichnung des Gesetzes verrät, ausschließlich die Jugend. Die gesetzliche Begrenzung der Arbeitszeit für Jugendliche soll genauer gesagt dem Zweck dienen, Jugendliche vor Überforderung und Gesundheitsschädigung durch zu lange Arbeitszeiten zu schützen und ihnen ausreichende Freizeit zur Erholung und Entfaltung ihrer Persönlichkeit zur Verfügung zu stellen, weil sie mitten in der Entwicklung stehen und zusätzliche Kräfte für Wachstum und Reifung benötigen.²³⁸ §§ 370 f. AO schützen nach h. M. den Anspruch des Staates auf den vollen Ertrag an jeder einzelnen Steuerart.²³⁹ Auch wenn nicht ganz unstreitig ist, welches Rechtsgut tatsächlich geschützt wird²⁴⁰, so steht trotzdem eindeutig fest, dass jedenfalls kein Marktteilnehmer geschützt werden soll. Sowohl bei einer Zuwiderhandlung gegen § 8 I JArbSchG als auch gegen §§ 370 f. AO würde eine Wettbewerbshandlung fehlen.

bb) Wettbewerbsrechtliche Einordnung eines Verstoßes

Trotz der Tatsache, dass jeweils kein Marktteilnehmer Schutzsubjekt ist, könnte man sich noch eher als bei § 3 StVO überlegen, ob ein Verstoß im Zusammenhang mit einer anschließenden und darauf basierenden Wettbewerbshandlung nach § 3 UWG unlauter sein könnte. Denn derartige Verstöße würden sich wenigstens bereits im Rahmen der geschäftlichen Tätigkeit bewegen. Bei einem Verstoß gegen § 8 I JArbSchG hätte ein Gewerbetreibender mehr Arbeitskraft zur Verfügung, um anschließend sein gewerbliches Ziel zu erreichen, bei einer Hinterziehung der Steuern aus den Einnahmen des Gewerbes nach § 1 I 1 Nr. 1 UStG i. V. m. §§ 370 f. AO hätte er danach mehr Mittel, um sie im Wettbewerb einzusetzen.

Dieser Überlegung kann jedoch aus nahezu den gleichen Gründen wie zuvor nicht gefolgt werden. Der Gesetzgeber hat durch die Regelung des § 4 Nr. 11 UWG schließlich deutlich gemacht, dass das verletzte Gesetz selbst eine Wettbewerbsbezogenheit aufweisen muss. Dazu gehört neben einer Regelung des Marktverhaltens auch eine Schutzfunktion zugunsten der Marktteilnehmer. Auch eine zusammenhängende Betrachtung des gesamten Verhaltens, also des Gesetzesverstoßes einschließlich einer nachfolgenden Wettbewerbshandlung,

²³⁸ BT-Drucksache 7/2305 S. 28; Zmarzlik/Anzinger § 8 Rn. 2.

²³⁹ Klein – Gast-de-Haan § 370 Rn. 2.

²⁴⁰ Siehe Hübschmann/Hepp/Spitaler – Hellmann § 370 Rn. 39 f.

ändert daran nichts. Denn selbst wenn durch das Vorliegen einer anschließenden Wettbewerbshandlung unter Umständen auf das Tatbestandsmerkmal der Marktverhaltensregelung verzichtet werden könnte, läge trotzdem eindeutig keine Schutzfunktion des Gesetzes zugunsten der Marktteilnehmer vor. Die Tatsache, dass dem Zuwiderhandelnden höhere Arbeitskraft oder mehr Geldmittel im Wettbewerb einen Vorteil verschaffen können, ist zwar für die Mitbewerber von Nachteil. Natürlich kann aber beim Einsatz rechtswidrig erlangter Vorteile im Wettbewerb nicht davon gesprochen werden, dass schon die Rechtswidrigkeit als solche zu einer Benachteiligung der Mitbewerber führe. Rechtswidrig ist nur der Verstoß gegen das Gesetz selbst, dieses allerdings bezweckt nicht den Schutz der Mitbewerber. Eine andere Beurteilung liefe wieder auf die unerwünschte Anwendung der Vorsprungstheorie raus.

Daher kann es auch nicht, wie in der Literatur vorgeschlagen, für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung auf die Frage ankommen, ob es den Mitbewerbern zumutbar ist, die Tätigkeit des Zuwiderhandelnden ohne wettbewerbsrechtliche Sanktionen hinzunehmen.²⁴¹ Der Grad an Zumutbarkeit, gewisse Tätigkeiten hinnehmen zu müssen, ist kein Kriterium, welches an § 4 Nr. 11 UWG festgemacht werden könnte. Folglich kann dies auch im Rahmen der Unlauterkeit nach § 3 UWG keine Rolle spielen.

2. Schutzzweck zugunsten der Marktteilnehmer zufällig

Ferner gibt es Vorschriften, welche den Schutz von bestimmten Personen bezwecken, die je nach Art der Verbotshandlung auch die Marktteilnehmer als solche darstellen können.

Dies ist z. B. beim Betrugstatbestand nach § 263 I StGB gegeben. § 263 I StGB schützt das Vermögen des durch die Betrugshandlung Verletzten.²⁴² Wenn eine Betrugshandlung im Wettbewerb vorkommt, so richtet sich diese gegen die Marktteilnehmer, zumeist gegen das Vermögen der Verbraucher. Wenn also beispielsweise auf dem Oktoberfest in München ein Zeltbetreiber planmäßig weniger als die jeweils verkaufte eine Maß Bier ausschenkt, so macht er sich nach § 263 I StGB strafbar.²⁴³ Hier schützt § 263 I StGB das Vermögen der

²⁴¹ A. A. Sack, WRP 2004, 1307, 1320.

²⁴² Leipziger Kommentar – Lackner § 263 Rn. 4 f.

²⁴³ So ähnlich auch schon bei BGH, Urt. v. 10. 12. 1986 – I ZR 136/84, GRUR 1987, 180 f (Ausschank unter Eichstrich II), nur dass hier nicht auf den Betrug, sondern auf die Vertragsverletzung abgestellt wurde.

Verbraucher. Dies ist aber nur deshalb der Fall, weil sich die Verletzungshandlung zufällig auf einem Markt ereignet hat. In diesem Fall liegt auch gleichzeitig eine Wettbewerbshandlung vor.

Auch der Verstoß gegen solche Vorschriften sollte aber nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers gerade nicht als unlauteres Handeln eingestuft werden. Denn abgesehen vom Vorhandensein einer Marktverhaltensregelung sollte eine Vorschrift nach dem Sinn und Zweck des § 4 Nr. 11 UWG nicht nur zufällig dem Schutz der Marktteilnehmer dienen, sondern eine solche Schutzfunktion schon gezielt verfolgen. Denn nur dann kann man von einer Bestimmung einer Vorschrift sprechen. Es ist zwar nach § 4 Nr. 11 UWG eine sekundäre Schutzfunktion ausreichend, eine solche muss eine Norm aber stets und nicht nur im Einzelfall innehaben. In § 4 Nr. 11 UWG wird bewusst nicht auf die Umstände der Zuwiderhandlung abgestellt. Dass eine sekundäre Schutzfunktion reicht, soll lediglich, wie bereits erwähnt, verdeutlichen, dass ein Schutz der Marktteilnehmer nur nicht Hauptfunktion sein muss. Würde man also einen Verstoß gegen § 263 I StGB gemäß § 3 UWG als unlauter qualifizieren, so würde dies den Willen des Gesetzgebers selbst dann untergraben, wenn aufgrund der Verbotshandlung zufällig das Vermögen eines Marktteilnehmers Schutzsubjekt der Vorschrift ist. Ist dies nicht so, ist eine Anwendung des § 3 UWG, wie im Fall des § 3 StVO, erst recht ungerechtfertigt.

3. Eine Schutzfunktion zugunsten der Marktteilnehmer liegt vor

Es gibt aber auch vereinzelt Vorschriften, deren Zweck es ist, eine Marktteilnehmergruppe zu schützen, obwohl sie und auch kein anderes Gesetz mit identischem Tatbestand ein diesbezügliches Marktverhalten regeln.

a) Beispiele

Um eine Vorstellung von solchen Gesetzen zu bekommen, werden zunächst Beispiele vorgebracht.

aa) § 1 I 1 FIHG

Eine solche Norm ist z. B. § 1 I 1 FIHG, der eine amtliche Untersuchung bestimmter Tiere, welche zum Genuss für Menschen bestimmt sind, vor und nach der Schlachtung anordnet. § 1 FIHG soll neben dem Ziel, die Volksgesundheit zu verbessern, auch speziell schon dem Schutz der Verbraucher dienen.²⁴⁴ Diese Vermutung liegt auch ohne Zuhilfenahme der Gesetzesbegründung durch einen

²⁴⁴ BR-Drucksache 483/78 S. 20.

Blick auf § 1 I 3 Nr. 2 FIHG sehr nahe. Hier wird der Begriff des Verbrauchers explizit in einem Schutzzweckzusammenhang verwendet. Diese Vorschrift verfolgt also, den Anforderungen des § 4 Nr. 11 UWG insoweit entsprechend, grundsätzlich den Schutz einer Marktteilnehmergruppe.

Es wird jedoch offensichtlich kein Marktverhalten geregelt. Es wird auch kein an § 1 I 1 FIHG anknüpfendes Marktverhalten bestimmt. Auch wenn sich die §§ 11 f. FIHG mit dem Inverkehrbringen von untauglichem und brauchbar gemachten Fleisch befassen und damit ein Marktverhalten geregelt wird, so hat dies doch nichts mit § 1 FIHG zu tun. Denn die §§ 11 f. FIHG kommen erst als Ergebnis der nach § 1 FIHG erforderlichen Untersuchung zur Geltung. Mit der Tatsache, ob nicht untersuchtes Fleisch in den Verkehr gebracht werden darf, beschäftigen sie sich nicht. Dadurch, dass ein Gesetzesverstoß bereits vor dem Inverkehrbringen stattfindet, würde es zudem schon an einer Wettbewerbshandlung fehlen. Für eine wettbewerbsrechtliche Überprüfbarkeit wäre also ohnehin erst einmal wieder eine anschließende Wettbewerbshandlung Voraussetzung (z. B. Verkauf des nicht untersuchten Fleisches).

bb) Art 87 I 1 BayGO

Art 87 I 1 BayGO regelt, wie bereits geprüft, kein Marktverhalten. Ein anknüpfendes Marktverhalten regelt auch nicht Art 95 II BayGO. Dieser greift nach dem Verständnis des Gesetzgebers nämlich erst ein, wenn die Voraussetzungen des Art 87 I 1 BayGO erfüllt sind und der Marktzutritt damit rechtmäßig war.²⁴⁵ Kein Gesetz beschäftigt sich jedoch mit dem Marktverhalten im Anschluss einer Zuwiderhandlung gegen Art 87 I 1 BayGO.

Äußerst streitig ist, welche Funktion Art 87 BayGO verfolgt. Hier kommt als wettbewerbsrechtliche Schutzfunktion ohnehin nur eine solche zugunsten der Privatwirtschaft in Frage.²⁴⁶ Ein diesbezüglich offensichtlicher Zweck ist der Vorschrift nicht zu entnehmen, denn obwohl eine solche Schutzfunktion auf den ersten Blick natürlich in Betracht kommt, so könnte die Absicht des bayerischen Gesetzgebers auch allein darauf gezielt haben, die Kommunen selbst zu schützen, nämlich vor überzogener unternehmerischer Tätigkeit zulasten der eigentlich vorzunehmenden Verwaltungsaufgaben.

²⁴⁵ Widmann/Graser Art 95 Rn. 5.

²⁴⁶ Die privaten Unternehmer sollten in diesem Zusammenhang wiederum als sonstige Marktteilnehmer und nicht als Mitbewerber bezeichnet werden, weil Art 87 BayGO gerade verhindern will, dass die Gemeinden den Status eines Mitbewerbers erlangen.

aaa) Meinungsstand

Ob Art 87 BayGO den individuellen Schutz der privaten Unternehmer verfolgt, wird z. T. vollkommen unterschiedlich bewertet.

Die heute h. M. in Literatur und Rechtsprechung verneint dies.²⁴⁷ Zweck des Art 87 BayGO sei in erster Linie, die Gemeinde vor Gefahren überdehnter unternehmerischer Betätigung zu bewahren.²⁴⁸ Es wird zwar auch der Schutz der Privatwirtschaft als solcher erwähnt, jedoch nicht der Schutz einzelner privater Gewerbetreibender.²⁴⁹ Nach der gegenteiligen Ansicht schützt Art 87 BayGO auch den privaten Unternehmer.²⁵⁰ Diese drittschützende Wirkung werde gerade durch Art 95 II BayGO bestätigt.²⁵¹

bbb) Entscheidung

Gegen die Tatsache, dass durch Art 87 I 1 BayGO nur die Gemeinde selbst geschützt wird, könnte schon die Existenz des Art 95 II BayGO sprechen. Betrachtet man Art 95 II BayGO, so fällt auf, dass diese Norm offensichtlich nur zum Schutz privater Betriebe, also der (potentiellen) Mitbewerber der Gemeinde erlassen worden ist. Selbst wenn Art 95 II BayGO nach einer Ansicht wiederum kein subjektives Recht der Konkurrenten beinhalten soll²⁵², so kann trotzdem nicht geleugnet werden, dass Art 95 II BayGO ausschließlich zum Zwecke des Bestandsschutzes der Privatwirtschaft existiert. Da diese Vorschrift im gleichen systematischen Zusammenhang wie Art 87 BayGO steht und eine Schutzfunktion des Art 87 BayGO zugunsten der Privatwirtschaft wenigstens in Betracht kommt, liegt auch eine solche nahe.

Auch wenn der Schutz der Privatwirtschaft eher ein allgemeines Ziel des Gesetzgebers war²⁵³, sollte im Sinne der Mindermeinung trotzdem ein Schutzzweck des Art 87 BayGO auch zugunsten der einzelnen Unternehmer anerkannt werden. Denn das Individuum verbirgt sich gerade hinter der Gesamtheit, so dass dieses vom Schutz zumindest ebenfalls erfasst sein müsste, was insoweit für § 4 Nr. 11 UWG ausreichend wäre. Dass bezüglich des Schutzes zwischen der

²⁴⁷ Köhler, BayVBl. 2000, 1, 11; H/H Art 87 BayGO S. 10; BayVGh, Urt. v. 23. 7. 1976 Nr. 32 V 75, BayVBl. 1976, 628, 629.

²⁴⁸ Tettinger, NJW 1998, 3473, 3474.

²⁴⁹ Köhler, BayVBl. 2000, 1, 11.

²⁵⁰ Sack, WRP 2004, 1307, 1315; Masson, BayVBl. 1959, 92, 93; so auch OLG Hamm, Urt. v. 23. 9. 1997 – 4 U 99/97, DVBl. 1998, 792, 793 zu § 107 GO NW.

²⁵¹ Hösch, DÖV 2000, 393, 402.

²⁵² Hölzl/Hien Art 95 BayGO S. 2.

²⁵³ LT-Drucksache 13/10828 S. 19.

Privatwirtschaft insgesamt und den einzelnen Gewerbetreibenden unterschieden wird, überzeugt nicht, da man den Schutz der Privatwirtschaft ohne Einräumung eines Schutzzwecks auch zugunsten der einzelnen Individuen rechtlich wesentlich schlechter durchsetzen kann. Damit beispielsweise Ansprüche nach § 823 II BGB entstehen können, muss das verletzte Gesetz das Individuum schützen. Meines Erachtens schützt also Art 87 BayGO im Sinne der Mindermeinung die privaten Unternehmer auch persönlich.

b) Wettbewerbsrechtliche Einordnung eines Verstoßes

Sollten Gesetze nicht das Verhalten am Markt regeln, aber wenigstens eine Schutzfunktion zugunsten der Marktteilnehmer innehaben, weisen sie im Vergleich zu den bisher Genannten die stärkste Kongruenz zu § 4 Nr. 11 UWG auf. Daher ist bei diesen Normen am ehesten daran zu denken, ob man einen Verstoß als unlauter nach § 3 UWG ansehen könnte, weil hier das Verlangen des Gesetzgebers hinsichtlich § 4 Nr. 11 UWG zumindest teilweise verwirklicht wäre. Da es bei einer Zuwiderhandlung gegen solche Vorschriften schon an einer Wettbewerbshandlung fehlt, muss also im Anschluss an die Gesetzesverletzung eine solche noch hinzukommen. Man hätte dann also eine Zuwiderhandlung gegen eine gesetzliche Vorschrift, die einen Schutzzweck zugunsten der Marktteilnehmer hat sowie eine Wettbewerbshandlung.

Fraglich ist, wie diese Sachverhalte wettbewerbsrechtlich gelöst werden sollten. Von dieser Thematik ist die im Rahmen der Prüfung des § 4 Nr. 11 UWG i. V. m. Art 87 BayGO bereits angesprochene Frage zu unterscheiden, ob man ein an die Gesetzesverletzung anschließendes Marktverhalten als von diesem Gesetz automatisch mit geregelt ansehen könnte. Denn der eine Fall beschäftigt sich damit, ob eine Marktverhaltensregelung tatsächlich gegeben ist und somit evtl. der Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG eröffnet sein könnte, der jetzige dagegen betrifft das Problem, ob es im Einzelfall trotz fehlender Marktverhaltensregelung nicht doch dem Willen des Gesetzgebers entsprechen müsste, einen Gesetzesverstoß wenigstens über § 3 UWG zu erfassen.

aa) Schutz auch gegen Marktverhalten?

Da bei solchen Vorschriften das marktverhaltensregelnde Element selbst fehlt, ist – anders als bei marktverhaltensregelnden Normen – nicht klar, ob sich der Schutz zugunsten der Marktteilnehmer auch auf das Verhalten innerhalb des Marktes bezieht oder wirklich nur abseits des Marktes wirken soll. Dies ist aber ein

wichtiger Aspekt des § 4 Nr. 11 UWG und sollte daher auch bei § 3 UWG eine entscheidende Rolle spielen.

Problematisch ist, dass viele Gesetzeswerke nicht auf das Wettbewerbsrecht abgestimmt sind. Dieser Umstand wurde durch die UWG-Reform und der damit zusammenhängenden Normierung der Fallgruppen z. T. noch verschärft. Somit könnte die Situation eintreten, dass der Gesetzgeber ein dem Verbotsgesetz entsprechendes Marktverhalten im Anschluss nicht geregelt bzw. das Verbotsgesetz selbst nicht als Marktverhaltensregelung ausgestaltet hat, obwohl er dies mit Blick auf § 4 Nr. 11 UWG im Nachhinein wohl hätte machen wollen. Wenn der Gesetzgeber nämlich gewollt hätte, dass die einzelnen Marktteilnehmer nicht nur im Vorfeld, sondern auch innerhalb des Marktes weiterhin geschützt bleiben sollten, so liegt es nahe, dies auch wettbewerbsrechtlich zu erfassen. Hat der Gesetzgeber hingegen ein Marktverhalten gar nicht regeln wollen, mochte er also auf dieser Marktebene nicht einschreiten und damit den Marktteilnehmern auch insoweit keinen Schutz verschaffen, gäbe es keinen hinreichenden Anlass für wettbewerbsrechtliche Sanktionen. Es muss also jeweils der Wille des Gesetzgebers bei der Schaffung der einzelnen Normen dahingehend untersucht werden, ob der Schutz der Marktteilnehmer auch noch im Rahmen der Tätigkeiten auf dem Markt Bestand haben sollte.

aaa) Schutz auch gegen Marktverhalten grundsätzlich zu vermuten

Bei Gesetzen, die trotz fehlender Marktverhaltensregelung bereits eine Schutzfunktion zugunsten der Marktteilnehmer innehaben, ist wohl grundsätzlich der Wille des Gesetzgebers zu vermuten, dass der Schutz nicht nur im Vorfeld des Marktes relevant sein sollte. Dies ist zumindest dann so, wenn nichts gegen eine derartige Annahme spricht.

Das ergibt sich aus der Überlegung, dass das Gesetz immerhin den Schutz der Marktteilnehmer zur Aufgabe hat. Ein wirksamer Schutz von Marktteilnehmern muss aber auch innerhalb eines Marktes vernünftig zum Tragen kommen, weil die Marktteilnehmer mit den Gewerbetreibenden erst auf dem Markt richtig in Kontakt treten bzw. die Aktivitäten der Unternehmer erst auf dem Markt verspüren. Soll ein Marktteilnehmer geschützt werden, so hilft es also wenig, einzig die der Marktphase vorgeschalteten Vorbereitungshandlungen zu lenken. Um einen effizienten Schutz zu gewährleisten, müsste sich dieser vielmehr auch noch gegen das eigentliche Marktverhalten richten, mit dem allein der

Marktteilnehmer konfrontiert wird. Das Vorhandensein einer entsprechenden Marktverhaltensregelung müsste folglich dem Willen des Gesetzgebers auf jeden Fall entsprechen, weil schließlich auch er an einem wirksamen Schutz der Marktteilnehmer interessiert sein dürfte. Eine entsprechende Regelung hat er aber nur deshalb nicht vorgenommen, weil er sich über die jeweilige wettbewerbsrechtliche Relevanz, die sich im Laufe der Zeit erst ergeben hat, nicht im Klaren war.

So verspürt der Verbraucher den Verstoß gegen § 1 I 1 FIHG gar nicht, da zu diesem Zeitpunkt noch kein Marktverhalten vorliegt. Relevant wird die Zuwiderhandlung für ihn erst, wenn das nicht untersuchte Fleisch auch wirklich in den Verkehr gebracht wird. Dass auch der Gesetzgeber dies erkannt hat, wird dadurch deutlich, dass das Fleisch zum Genuss für Menschen bestimmt sein muss. Der Gesetzgeber denkt also bereits im Interesse der Verbraucher an die Zukunft, ohne diese jedoch anschließend zu regeln. Grund dafür ist die in diesem Fall vom Gesetzgeber gewählte Regelungstechnik. Der Gesetzgeber geht von einer Untersuchung des Fleisches zwingend aus. Die folgenden Vorschriften knüpfen nur an das Resultat dieser Untersuchung an. Es ist aber natürlich nicht gewollt, dass nicht untersuchtes Fleisch in den Verkehr gebracht wird. Daher ist bei § 1 I 1 FIHG davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine Regelung des Marktverhaltens im Hinblick auf das Wettbewerbsrecht planwidrig versäumt hat und die Verbraucher auch vor einem Inverkehrbringen von nicht untersuchten Fleisch schützen wollte. Daher muss der Verkauf von nicht untersuchtem Fleisch auch wettbewerbsrechtlich beanstandet werden können, weshalb eine Unlauterkeit nach § 3 UWG bejaht werden kann.

bbb) Ausnahme: Nichtregelung des Marktverhaltens gewollt

Selbstverständlich kann Obiges dann nicht mehr gelten, wenn der Gesetzgeber bewusst auf kein Marktverhalten eingegangen ist. Es würde dann im Ergebnis eine wettbewerbsrechtliche Relevanz ausscheiden, da sich der Gesetzgeber insoweit in die Gegebenheiten des Marktes nicht einmischen wollte und folglich auch ein Schutz der Marktteilnehmer gegen ein Verhalten auf dem Markt nicht mehr bezweckt war. Wie bereits erwähnt, ist dies vor allem bei Marktzutrittsvorschriften anzunehmen, die keine Marktverhaltensregelungen darstellen, wie z. B. Art 87 I 1 BayGO. Da sich der Gesetzgeber nämlich die verschiedenen Möglichkeiten, auf den Markt Einfluss zu nehmen, ausreichend überlegt, muss

man annehmen, dass bei diesen Gesetzen bewusst nicht auf die Marktverhaltensebene eingegangen wird.

Also ist die unternehmerische Tätigkeit der Gemeinde nach rechtswidrigem Marktzutritt gemäß Art 87 I 1 BayGO wettbewerbsrechtlich auch nach § 3 UWG nicht von Belang, da Art 87 I 1 BayGO zwar die Privatwirtschaft schützt, aber nicht vor Aktivitäten der Gemeinde auf dem Markt.²⁵⁴

bb) Ergebnis

Es gibt Verbotsnormen mit einem Schutzzweck zugunsten der Marktteilnehmer, bei denen der Schutz der Marktteilnehmer gegen ein Marktverhalten offensichtlich dem Willen des Gesetzgebers entspricht, obwohl eine Regelung des Marktverhaltens nicht existiert (§ 1 I 1 FIHG). Folgt bei diesen Gesetzen ein an das Verbotsgesetz anknüpfendes Marktverhalten, so ist der gesamte Tatbestand gemäß § 3 UWG unlauter. Eine wettbewerbsrechtliche Relevanz des Verstoßes gegen solche Vorschriften ist mit dem Willen des Gesetzgebers zu § 4 Nr. 11 UWG auf jeden Fall noch vereinbar, auch wenn es dem Gesetzgeber nicht allein auf die Schutzfunktion eines Gesetzes, sondern gerade auch darauf ankam, dass die Verletzung der Vorschrift zugleich eine Störung des Wettbewerbs verursachen kann.²⁵⁵ Denn der Gesetzgeber hat in solchen Fällen eine Regelung des Marktverhaltens im Hinblick auf das Wettbewerbsrecht schließlich planwidrig unterlassen.

Eine Unlauterkeit evtl. sogar gemäß § 4 Nr. 11 UWG anzunehmen, wäre meines Erachtens allerdings verfehlt. Bei solchen Vorschriften wird eben direkt kein Marktverhalten geregelt. Man kann höchstens mittelbar von einer gleichzeitigen Regelung des auf den Gesetzesverstoß folgenden Marktverhaltens ausgehen. Da aber § 4 Nr. 11 UWG aufgrund der eindeutigen Aussagen des Gesetzgebers und der h. M. eher restriktiv auszulegen ist, muss ein Verstoß mit einem darauffolgenden Marktverhalten wohl als unlauter allein im Sinne des § 3 UWG gewertet werden. Dies macht rechtlich jedoch keinen Unterschied. Auch ein Weg über § 4 Nr. 11 UWG analog wäre versperrt, da aufgrund des § 3 UWG keine Regelungslücke besteht.

Wettbewerbsrechtlich anders müssen hingegen die Sachverhalte beurteilt werden, bei denen gegen ein Gesetz verstoßen wird, das nach dem Willen des Gesetzgebers

²⁵⁴ A. A. Emmerich 7. Auflage S. 433; Gloy/Loschelder – Hasselblatt S. 929.

²⁵⁵ BT-Drucksache 15/1487 S. 19 i. V. m. BGH, Urt. v. 25. 4. 2002 – I ZR 250/00, GRUR 2002, 825, 826 (Elektroarbeiten).

nichts mit dem Marktverhalten zu tun haben sollte. Insoweit kann schließlich keine Schutzfunktion zugunsten der Marktteilnehmer angenommen werden. Dies ist gerade bei Marktzutrittsnormen der Fall, die kein Marktverhalten regeln, also z. B. Art 87 I 1 BayGO. Hier kann dem Gesetzgeber nämlich nicht unterstellt werden, er hätte eine Regelung des Marktverhaltens versäumt, da er im Rahmen des Marktes tätig geworden ist und somit in abschließender Weise auf diesen eingewirkt hat.

II. Fehlender wettbewerbsrechtlicher Schutzzweck

Wie bereits dargelegt, gibt es auch einige wenige Marktverhaltensregeln, die jedoch keine Schutzfunktion zugunsten der Marktteilnehmer verfolgen (z. B. § 184 d StGB, § 120 I Nr. 1 OWiG bzw. §§ 60 I, 112 I HGB, § 88 I AktG), woran eine Subsumtion unter § 4 Nr. 11 UWG scheitert (vgl. S. 77 ff.).

Fraglich ist schließlich, ob ein Verstoß gegen solche Vorschriften unlauter im Sinne des § 3 UWG sein kann. Dies kann aufgrund der Regelungsvoraussetzungen des § 4 Nr. 11 UWG grundsätzlich natürlich nicht der Fall sein. Demnach ist nach einem triftigen Grund zu suchen, der eine wettbewerbsrechtliche Erfassung von Zuwiderhandlungen gegen derartige Vorschriften nach § 3 UWG rechtfertigen könnte. Zumindest wäre aufgrund der Marktverhaltensregelung der Wille des Gesetzgebers im Hinblick auf § 4 Nr. 11 UWG teilweise zufrieden gestellt.

1. Schwerer Verstoß ausreichend?

Man könnte kurz überlegen, ob nicht bei einem besonders schweren Verstoß gegen eine Marktverhaltensregelung, die keine Schutzfunktion zugunsten der Marktteilnehmer aufweist, ein ausreichender Grund dafür besteht, eine Unlauterkeit des Handelns anzunehmen.

Immerhin würde dann ein vom Gesetzgeber unerwünschtes Verhalten am Markt in starker Weise betrieben. Die angestrebten Marktstrukturen würden also in Gefahr laufen, durcheinander zu geraten. Schwer kann ein Verstoß beispielsweise bei besonders gravierenden Auswirkungen, bei häufigen bzw. lang andauernden Zuwiderhandlungen oder bei einem außerordentlich hohen Verschuldensgrad sein.

Von der Überlegung, derartige Umstände für eine Unlauterkeit nach § 3 UWG ausreichen zu lassen, muss aber schnell Abstand genommen werden.²⁵⁶ Denn die faktischen Auswirkungen eines Verstoßes werden im Rahmen des § 3 UWG

²⁵⁶ A. A. Gloy/Loschelder – Hasselblatt S. 947, der bei einer Verletzung der gesetzlich geregelten Wettbewerbsverbote (§§ 60 I, 112 I HGB, § 88 I AktG) die im Einzelfall auftretenden Auswirkungen auf die konkrete Wettbewerbssituation zum Bestandteil einer Gesamtabwägung machen will, die im Ergebnis sogar zu einer Anwendung des § 4 Nr. 11 UWG führen könnte.

bereits an anderer Stelle berücksichtigt, wenn es nämlich um die Unzulässigkeit der unlauteren Handlung geht. Der Gesetzgeber trennt schließlich strikt zwischen Unlauterkeit und Unzulässigkeit einer Handlung. Nicht jedes unlautere Handeln ist gemäß § 3 UWG zugleich unzulässig. Es wäre widersinnig und folglich dem Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufend, wenn durch das Vorliegen eines schweren Verstoßes sowohl die Unlauterkeit als auch die wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit eines Gesetzesverstoßes begründet werden könnte. Ein hoher Verschuldensgrad kann hierbei ebenfalls keine Rolle spielen, es sei denn er ist Bestandteil der Zuwiderhandlung selbst. Wie erwähnt bleiben subjektive Elemente für die Bewertung der Unlauterkeit nach § 4 Nr. 11 UWG unbeachtet. Es wäre daher nicht vertretbar, ihnen im Rahmen des § 3 UWG plötzlich eine Bedeutung beizumessen.

2. Schutz eines allgemeinen Interesses ausreichend?

a) Auch das Allgemeininteresse wird durch das UWG geschützt (§ 1 S 2 UWG)

Dafür, dass die Vorschrift, gegen die verstoßen wurde, nicht zwingend auch den Schutz der Marktteilnehmer zur Aufgabe haben muss, um wettbewerbsrechtliche Ansprüche auszulösen, könnte unter Umständen § 1 S 2 UWG sprechen.

Danach soll das UWG neben den Marktteilnehmern zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb schützen. Dieser Schutzzweck ist also grundsätzlich im Rahmen des gesamten UWG zu beachten, folglich auch bei § 3 UWG. Dagegen spricht nicht die Tatsache, dass § 3 UWG für die Begründung der Unzulässigkeit eines unlauteren Handelns voraussetzt, dass dieselbe geeignet sein muss, den Wettbewerb zum Nachteil der Marktteilnehmer (und nicht der Allgemeinheit) nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen. Denn hier wird lediglich die Möglichkeit einer rein tatsächlichen Wirkung verlangt und soll nur verdeutlichen, dass die Lauterkeit im Wettbewerb nicht um ihrer selbst Willen geschützt sein soll.²⁵⁷ Mit der Schutzfunktion des Wettbewerbsrechts zugunsten des Interesses der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb hat dies jedoch nichts zu tun. Demnach könnte man sich evtl. überlegen, dass zumindest Zuwiderhandlungen gegen Normen, welche nur Allgemeininteressen wahren sollen, wie z. B. § 184 d StGB bzw. § 120 I Nr. 1 OWiG²⁵⁸, unter § 3 UWG fallen, obwohl dies § 4 Nr. 11 UWG eigentlich nicht vorsieht.

²⁵⁷ BT-Drucksache 15/1487 S. 16.

²⁵⁸ Schönke/Schröder – Lenckner/Perron § 184 a Rn. 1; Leipziger Kommentar – Laufhütte § 184 a

b) Entgegengesetzter Wille des Gesetzgebers

Jedoch widerspricht diese Sichtweise dem Willen des Gesetzgebers sowohl hinsichtlich des gesamten Wettbewerbsrechts als auch hinsichtlich der Fallgruppe des Rechtsbruchs im Speziellen.

Denn zum einen spricht § 1 S 2 UWG gerade nur vom Schutz der Interessen der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb. Sonstige wettbewerbsfremde Allgemeininteressen sollen also nicht durch das Wettbewerbsrecht geschützt werden.²⁵⁹ Insoweit ist der Wortlaut des § 1 S 2 UWG eindeutig. Der Gesetzgeber geht vielmehr von einem integrierten Modell eines gleichberechtigten Schutzes der Marktteilnehmer und der Allgemeinheit aus.²⁶⁰ Die Ausklammerung des Schutzes sonstiger Allgemeininteressen aus dem Tatbestand des § 1 S 2 UWG wird zwar z. T. kritisiert, weil auch an anderen Stellen im neuen UWG das Allgemeininteresse durch das Lauterkeitsrecht geschützt werde (z. B. bei § 4 Nr. 1, Nr. 2).²⁶¹ Jedoch ist zu beachten, dass auch bei diesen Vorschriften vorrangig Personen geschützt sind, die jeweils Marktteilnehmer darstellen. Bei § 4 Nr. 1, Nr. 2 UWG beispielsweise sind die sonstigen Marktteilnehmer bzw. die Verbraucher als Schutzsubjekte jeweils ausdrücklich erwähnt. Es ist stets notwendig, dass eine Handlung den Leistungswettbewerb gefährdet.²⁶² Dies ist aber beispielsweise bei § 184 d StGB und § 120 I Nr. 1 OWiG nicht der Fall, sondern es werden nur sonstige Allgemeininteressen geschützt. Die wettbewerbsrechtliche Berücksichtigung des Allgemeininteresses an einem unverfälschten Wettbewerb entfaltet also letztlich keine eigenständige Wirkung.²⁶³ Ferner sollten nach dem Willen des Gesetzgebers Verstöße gegen solche Vorschriften, die eine Wahrung gewichtiger Allgemeininteressen aber nicht die Interessen der Marktteilnehmer verfolgen, im Gegensatz zu früher nicht mehr wettbewerbsrechtlich relevant sein.²⁶⁴ Dies muss natürlich erst recht im Falle des Verstoßes gegen die Gesetze gelten, die nicht wichtige, sondern lediglich „normale“ Interessen der Allgemeinheit behüten. Eine Unlauterkeit schon durch den bloßen Verstoß gegen solche Vorschriften für möglich zu halten, könnte

Rn. 1.

²⁵⁹ BT-Drucksache 15/1487 S. 16; Schönemann, GRUR 2004, 925, 935.

²⁶⁰ BT-Drucksache 15/1487 S. 16.

²⁶¹ Fezer – Fezer § 1 Rn. 53.

²⁶² BVerfG, Beschl. v. 6. 2. 2002 – 1 BvR 952/90, – 1 BvR 2151/96, GRUR 2002, 455, 456.

²⁶³ Schönemann, WRP 2004, 925, 936.

²⁶⁴ Köhler, GRUR 2004, 381, 382.

angesichts der klaren Aussage des Gesetzgebers bezüglich der Voraussetzungen des § 4 Nr. 11 UWG folglich nicht mehr vertreten werden. Ansonsten wäre die Regelung des § 4 Nr. 11 UWG sinnlos. Man würde dadurch wieder zur alten Rechtsprechung tendieren. Es kann demnach nicht ausreichen, wenn eine Vorschrift wettbewerbsfremde Allgemeininteressen schützt, da in diesem Fall der vom Gesetzgeber verlangte wettbewerbsrechtliche Bezug fehlt.

3. Ergebnis

Auf eine Schutzfunktion der verletzten Vorschrift zugunsten der Marktteilnehmer gegen ein Marktverhalten kann bei der Beurteilung der Unlauterkeit im Rahmen der Fallgruppe des Rechtsbruchs auch nach § 3 UWG keinesfalls verzichtet werden. Der Wille des Gesetzgebers bezüglich der Fallgruppe des Rechtsbruchs ist dahingehend zu eindeutig, als dass eine andere rechtliche Bewertung vertretbar wäre. Schützt eine Vorschrift folglich weder die Mitbewerber, noch die Verbraucher, noch die sonstigen Marktteilnehmer gegen ein bestimmtes Marktverhalten, ist ein Verstoß gegen diese Norm wettbewerbsrechtlich unter dem Gesichtspunkt der Unlauterkeit durch Rechtsbruch nicht zu beanstanden.²⁶⁵

C) Zusammenfassung für unlauteres Handeln durch Rechtsbruch nach § 3 UWG

Es sind aufgrund der vom Gesetzgeber gewählten Regelungstechnik grundsätzlich Rechtsbruchvarianten außerhalb des Anwendungsbereichs des § 4 Nr. 11 UWG denkbar. Diese sind allein an der Generalnorm des § 3 UWG festzumachen. Jedoch ist bei der Ermittlung der Unlauterkeit einer Zuwiderhandlung gegen eine gesetzliche Vorschrift der Wille des Gesetzgebers bezüglich dieser Fallgruppe ausreichend zu berücksichtigen. Aufgrund der eindeutigen Motive des Gesetzgebers bleibt demnach nur wenig Anwendungsspielraum für § 3 UWG neben § 4 Nr. 11 UWG. Denn sowohl die Voraussetzung einer Marktverhaltensregelung als auch das Vorliegen einer Schutzfunktion zugunsten der Marktteilnehmer dürfen nicht so ohne weiteres umgangen werden.

Einzig relevant ist § 3 UWG meines Erachtens lediglich im Rahmen der Vorschriften, die zwar bereits den Schutz der Marktteilnehmer verfolgen, welche aber eine Marktverhaltensregelung entbehren. Hier entspräche nämlich eine Regelung des Marktverhaltens und ein entsprechender Schutzzweck im Rahmen dessen grundsätzlich dem Willen des Gesetzgebers, so dass man aus

²⁶⁵ A. A. Sack, WRP 2004, 1307, 1310.

wettbewerbsrechtlicher Sicht sagen kann, der Gesetzgeber hätte eine entsprechende Regelung vergessen (z. B. § 1 I 1 FlHG).

Hingegen bleibt ein Verstoß gegen Art 87 I 1 BayGO trotz eines evtl. anschließenden Marktverhaltens im Sinne der h. M. wettbewerbsrechtlich ohne Folgen. Dies liegt aber meines Erachtens nicht an einer fehlenden individuellen Schutzfunktion zugunsten der Mitbewerber, sondern einzig an dem fehlenden Bezug der Vorschrift zum Marktverhalten. Denn abgesehen von der Tatsache, dass Art 87 I 1 BayGO keine Marktverhaltenregelung darstellt, hat der Gesetzgeber, anders als bei § 1 I 1 FlHG, ein Marktverhalten auch bewusst nicht regeln wollen.

Kapitel 4: Unlauterkeit nach §§ 3 ff. UWG aus anderen Gründen

Wenn ein Gesetz verletzt wurde, das nicht in den Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG fällt und auch nicht nach § 3 UWG unter dem Aspekt des Rechtsbruch als unlauter angesehen werden kann, ist zu überlegen, ob nicht ein unlauteres Handeln auch aus anderen Gründen möglich ist. Dabei müsste aber auf den Sachverhalt an sich und nicht mehr auf die Gesetzesverletzung abgestellt werden.

A) Problemstellung

So begeht zwar beispielsweise ein Gewerbetreibender, der die Verbraucher durch massiven Druck dazu veranlasst, seine Produkte zu erwerben, eine Nötigung gemäß § 240 I StGB. Dieser Gesetzesverstoß selbst ist aber wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden, weil § 240 I StGB kein Gesetz im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG ist und eine Unlauterkeit der Gesetzesverletzung als solche auch nicht über die Generalnorm des § 3 UWG begründet werden kann.

Was ist aber, wenn man ein unlauteres Handeln nach § 3 UWG deshalb vertreten möchte, weil die Verbraucher in ihrer Entscheidungsfreiheit, die Produkte ihrer Wahl zu kaufen, beschränkt werden, wenn also gar nicht der Gesetzesverstoß als solcher zum Anlass der wettbewerbsrechtlichen Prüfung genommen wird? Ruft man sich noch einmal in Erinnerung, dass das UWG lediglich Beispiele und Präzisierungen hinsichtlich der Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung enthält, ist ein solcher Gedanke grundsätzlich immer denkbar. Dabei prallen jedoch zwei gegensätzliche Standpunkte aufeinander.

Einerseits sollten selbstverständlich die Tatbestandsvoraussetzungen des § 4 Nr. 11 UWG nicht ohne weiteres umgangen werden, was geschehen könnte,

wenn die Unlauterkeit unter völliger Außerachtlassung des Rechtsbruchs begründet wird. Andererseits soll natürlich ein Gewerbetreibender bei der Bewertung der Unlauterkeit nicht auch noch dadurch privilegiert werden, dass er abgesehen von seinem in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht fragwürdigen Verhaltens auch noch gegen eine gesetzliche Vorschrift verstoßen hat, die nicht in den Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG fällt. Denn in diesem Fall käme dem Zuwiderhandelnden die Existenz des § 4 Nr. 11 UWG zu Gute.

B) Lösung

Wenn das Gesetz, gegen welches verstoßen wurde, nicht unter § 4 Nr. 11 UWG subsumierbar ist, so muss eine wettbewerbsrechtliche Prüfung im Übrigen grundsätzlich möglich bleiben. Denn wenn jemand wettbewerbswidrig handelt, dann kann sich daran nichts ändern, wenn er darüber hinaus noch gegen ein Gesetz verstößt. Dies ist auch im obigen Beispiel so. Der Gewerbetreibende, der die Verbraucher zum Kauf seiner Produkte nötigt, erfüllt nämlich nicht nur die Voraussetzungen des § 240 I StGB, sondern es ist auch der Tatbestand des § 4 Nr. 1 UWG gegeben, nach dem insbesondere derjenige unlauter handelt, der Wettbewerbshandlungen vornimmt, die geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher durch Ausübung von Druck in menschenverachtender Weise oder durch sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss zu beeinträchtigen.

Gleichzeitig dürften aber nicht am Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG vorbei unlaute Verhaltensvarianten konstruiert und dadurch die Fallgruppe des Rechtsbruchs mit ihren Beschränkungen untergraben werden.

Um dem Willen des Gesetzgebers zu entsprechen, muss man daher verlangen, dass der vorliegende Sachverhalt in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht zumindest eine starke Wertungsähnlichkeit mit den geregelten Tatbeständen im UWG hat. Gerade bei strafrechtlichen Gesetzesverstößen wie § 240 I StGB und § 263 I StGB wird die Konstellation häufig auftauchen, dass zur Ermittlung der Unlauterkeit weniger auf die Gesetzesverletzung zu achten ist. Gleichzeitig sind nämlich z. T. andere Unlauterkeitstatbestände erfüllt. Wer beispielsweise dem § 240 I StGB zuwiderhandelt, erfüllt evtl. den Tatbestand des § 4 Nr. 1 UWG, wer gegen § 263 I StGB verstößt, könnte gleichzeitig unlauter im Sinne des § 5 I UWG (irreführende Werbung) handeln. Eine Zuwiderhandlung gegen Vorschriften des

geistigen Eigentums kann sich als gezielte Behinderung i. S. d. § 4 Nr. 10 UWG erweisen.²⁶⁶

Teil 4: Schlussbemerkung – Zusammenfassung

Durch die UWG-Reform wurde die Fallgruppe des Rechtsbruchs zwar normiert. Aufgrund der wenig detaillierten Regelung bereitet die wettbewerbsrechtliche Erfassung von Normverstößen jedoch weiterhin Probleme. Dies ist gerade deshalb etwas bedenklich, weil dem Beispielstatbestand des § 4 Nr. 11 UWG zukünftig wohl die größte praktische Bedeutung zukommen wird.²⁶⁷

Vorrangig ist problematisch zu bestimmen, ob eine marktverhaltensregelnde Vorschrift gemäß § 4 Nr. 11 UWG auch den Schutz der Marktteilnehmer zur Aufgabe hat. Eine solche Schutzfunktion kann aber in der Mehrzahl der Fälle angenommen werden. Diesbezügliche Restzweifel können durch besagte Untersuchungsmethoden beseitigt werden.

Die bewusste Nichtaufnahme von Marktzutrittsvorschriften in den Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG hat der Gesetzgeber meines Erachtens nicht konsequent genug durchdacht. Es sind nämlich sehr viele Marktzutrittsvorschriften gleichzeitig als Marktverhaltensregeln anzusehen, was eigentlich nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Trotzdem ist die Einschätzung der h. M., nur die auch vom Gesetzgeber erwähnten und gewünschten Marktzutrittsnormen unter § 4 Nr. 11 UWG zu subsumieren, im Ergebnis, nicht aber in der Begründung fehlerfrei. Denn ausschließlich diese beinhalten neben einer Marktverhaltensregelung auch eine Schutzfunktion zugunsten der Marktteilnehmer gegen ein Marktverhalten. Vorschriften wie z. B. § 60 I HGB, § 112 I HGB und § 88 I AktG fehlt ein derartiger Schutzzweck, nicht jedoch schon eine Regelung des Marktverhaltens. Auswirkungen hat die vom Gesetzgeber vorgenommene Außerachtlassung von Marktzutrittsregelungen hauptsächlich bei Art 87 I 1 BayGO, den die h. M. folglich richtigerweise aus dem Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG ausklammert.

Neben § 4 Nr. 11 UWG ist auch an einen unlauteren Rechtsbruch allein nach § 3 UWG zu denken. Die Regelungstechnik sowie die fehlende Abstimmung der meisten Gesetzeswerke mit dem Wettbewerbsrecht lassen einen solchen Schluss

²⁶⁶ Gloy/Loschelder – Hasselblatt S. 948.

²⁶⁷ Köhler, NJW 2004, 2121, 2124.

zu. Dies kann aufgrund der klaren Aussagen des Gesetzgebers aber nur dann der Fall sein, wenn eine Vorschrift trotz fehlender Marktverhaltensregelung die Marktteilnehmer schützt und dieser Schutz auch im Rahmen des anschließenden Marktverhaltens nach dem Willen des Gesetzgebers fortwirken soll.

Des Weiteren darf nicht vergessen werden, dass das Verhalten eines Unternehmers auch abgesehen von einem vorliegenden Gesetzesverstoß unlauter sein könnte. Wird lediglich immer auf eine vorliegende Gesetzesverletzung abgestellt, besteht die Gefahr, dass der Sachverhalt wettbewerbsrechtlich falsch interpretiert wird. Dies ist vor allem dann so, wenn das Gesetz, gegen welches verstoßen wurde, nicht unter § 4 Nr. 11 UWG subsumierbar ist und auch § 3 UWG in diesem Fall nicht eingreift. Sollte die Gesetzesverletzung selbst keine wettbewerbsrechtlichen Ansprüche begründen können, muss folglich stets überprüft werden, ob nicht ein anderer, die Unlauterkeit auslösender geregelter Tatbestand des UWG oder ein in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht wertungsähnlicher Sachverhalt erfüllt ist.