

Wettbewerbsrechtliche Maßstäbe im Konkurrenzverhältnis zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten IT-Dienstleistern

Rechtsanwalt Dr. Stefan Ernst, Freiburg/Br.¹

Die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes gestattet es grundsätzlich auch dem Staat, in Wettbewerb mit privaten Anbietern zu treten.² Das Grundgesetz hat sich nicht für ein rein privatwirtschaftliches Wirtschaftssystem entschieden. Damit stellen sich werberechtlich mehrere Fragen, die im Folgenden angesprochen werden sollen, insbesondere hinsichtlich der Problematik, dass die öffentliche Hand versucht sein könnte, ihre besondere Stellung, die ihr durch die Zuweisung gesetzlicher Aufgaben zukommt, zur Beschränkung oder gar Ausschaltung des Wettbewerbs zu nutzen.³ Dies zu verhindern ist Sache des im Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) geregelten Lauterkeitsrechts.

I. Das Wettbewerbsrecht

1. Allgemeines

Das Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit schließt das grundsätzliche Recht ein, sich auch im wirtschaftlichen Bereich frei zu betätigen.⁴ Jeder Gewerbetreibende ist also prinzipiell frei in der Art und Form seiner wirtschaftlichen Betätigung. Er kann seine Waren in der von ihm gewünschten Art anbieten. Dieses Recht findet seine Grenzen aber in der verfassungsmäßigen Ordnung, zu der auch das Wettbewerbsrecht im weiteren Sinne gehört.⁵ Dieses bezweckt durch eine gewisse Reglementierung einerseits den Schutz des freien Leistungswettbewerbs, also der Wettbewerber untereinander, auch wenn es dabei einzelne Vertriebsformen un-

¹ Rechtsanwalt in Freiburg/Br., Lehrbeauftragter für Medienrecht an der FH Offenburg. Schwerpunkte im Wettbewerbs-, Marken-, Urheber- und Computerrecht. Kanzleiadresse: Friedrichstr. 47, 79098 Freiburg. Aktuelle Publikationen: Vertragsgestaltung im Internet, 2003; Hacker, Cracker & Computerviren – Recht und Praxis der Informationssicherheit, 2004; Mitautor u.a. bei Münchener Kommentar zum UWG (2006) und Juris-Praxiskommentar-UWG (2006), Handbuch Multimedia-Recht (1999/2004), Handbuch IT-Verträge (2001/2006).

² BVerfGE 4, 7, 17 f. – Investitionshilfe; BVerfGE 50, 290, 338 – Mitbestimmung.

³ Nordemann, Wettbewerbs- und Markenrecht, 10. Aufl. 2004, Rn. 1491 bringt im Rahmen seiner schönen Vergleiche des Werberechts mit dem Regelwerk der Tour de France das Beispiel, dass der französische Premierminister selbstverständlich bei dieser mitfahren dürfte, seine verkehrsrechtlichen Eingriffsmöglichkeiten aber dann nicht zur Einflussnahme auf das Ergebnis nutzen dürfe.

⁴ BVerfGE 6, 32, 36 – Elfes; BVerfGE 8, 274, 328; BVerfGE 12, 341, 347; BGH, GRUR 2005, 960 – Friedhofsruhe.

⁵ BVerfGE 6, 32, 37 f. – Elfes; BVerfGE 55, 159, 165; BVerfGE 63, 88, 108 f.

tersagen mag. Zugleich wird der Schutz der Verbraucher und der Allgemeinheit vor möglichen Auswüchsen des Wettbewerbs gewährleistet.⁶

2. Gesetzeszweck und Klagebefugnis

Im UWG werden die vielfältigen Schutzzwecke des Werberechts im Einzelnen benannt. Geschützt werden Mitbewerber, Verbraucher und sonstige Abnehmer sowie letztlich auch die Interessen der Allgemeinheit.⁷ Dies bedeutet aber nicht, dass die hier Genannten auch alle wettbewerbsrechtliche Klagebefugnis besäßen. Dies gilt allein für die Mitbewerber sowie für Kammern und bestimmte Verbände zur Förderung gewerblicher Zwecke bzw. des Verbraucherschutzes.⁸

Mitbewerber ist dabei jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG). Das konkrete Wettbewerbsverhältnis wird dabei vom Gesetzgeber besonders betont, um klarzustellen, dass es insoweit beim deliktsrechtlichen Individualschutz des UWG eben nicht um eine Popularklage geht. Nur der tatsächlich von einem Werbeverhalten tatsächlich betroffene Unternehmer, der mit dem Handelnden als Anbieter oder Nachfrager in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis⁹ steht, kann hiergegen vor Gericht ziehen.

Beim Schutz der Mitbewerber geht es vor allem um die Frage, inwieweit Wettbewerbshandlungen in unlauterer Weise die Interessen der sich horizontal gegenüberstehenden Konkurrenten berühren.¹⁰ Inhaltlich bezieht sich dieser Schutz grundsätzlich auf das gesamte Verhalten am Markt (von Forschung und Entwicklung, Beschaffung über Produktion bis zu Vertrieb und Werbung und Personal).¹¹ Die Feststellung, ob ein bestimmtes, die Interessen des Mitbewerbers berührendes Verhalten im Einzelfall (etwa mangels Erheblichkeit) oder auch in der Regel (mangels Unlauterkeit) hinzunehmen ist, erfolgt letztlich im Rahmen der Prüfung des Vorliegens von Unlauterkeit gemäß §§ 3 ff. UWG.

⁶ BGH, GRUR 1955, 541, 542) – Bestattungswerbung; BGH, GRUR 1956, 223, 225 – Wochenbericht.

⁷ Dazu näher *Ernst*, in Ullmann (Hrsg.), jurisPK-UWG, 2006, § 1 Rn. 3 ff.

⁸ Dazu *Ernst*, in Ullmann (Hrsg.), jurisPK-UWG, 2006, § 8 Rn. 90 ff.

⁹ Zur Bestimmung des konkreten Wettbewerbsverhältnisses (sachlich, räumlich und zeitlich relevanter Markt sowie das Vorliegen trotz Branchenverschiedenheit, unterschiedlichen Wirtschaftsstufen oder der bloßen Förderung fremden Wettbewerbs) näher *Ernst*, in Ullmann (Hrsg.), jurisPK-UWG, 2006, § 2 Rn. 20 ff.

¹⁰ *Sosnitza*, in MünchKomm-UWG, 2006, § 1 Rn. 23.

¹¹ *Sosnitza*, in MünchKomm-UWG, 2006, § 1 Rn. 24; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 24. Aufl. 2006, § 1 Rn. 7.

II. Das Wettbewerbsrecht und die öffentliche Hand

1. Öffentliches Recht und Wettbewerbsordnung

Auf das Wettbewerbsverhalten von Einzelnen – insbesondere auch von privaten Anbietern – bezogene Normen finden sich nicht nur im Zivil-, sondern auch im öffentlichen Recht. Dies sind nicht nur Marktzulassungsregeln, sondern auch Verhaltensvorschriften, etwa zur Kennzeichnung von Produkten, Zulassungsvorschriften oder Vertriebsverbote an bestimmte Abnehmer (z.B. Minderjährige). Die Verfolgung von Verstößen hiergegen durch die Aufsichtsbehörden ist unabhängig vom zivilen Wettbewerbsrecht und steht einer selbständigen Verfolgung durch den Mitbewerber oder andere Klageberechtigte auf Grund der §§ 3 ff. UWG nicht entgegen.¹² Es gibt keine Subsidiarität des UWG gegenüber dem Verwaltungsrecht.¹³ Selbst dann, wenn die Verwaltungsbehörden bewusst untätig bleiben, kann privatrechtlich gegen ein Wettbewerbsverhalten vorgegangen werden.¹⁴ Allein wenn die Verwaltungsbehörde ein Marktverhalten (mit nicht nichtigem Verwaltungsakt) ausdrücklich erlaubt, fehlt es an der Rechtswidrigkeit dieses Wettbewerbsverhaltens, da die Einheit der Rechtsordnung gebietet, das öffentlich-rechtlich Erlaubte nicht wettbewerbsrechtlich zu verbieten.¹⁵

2. Die öffentliche Hand als Mitbewerber

Bei der Diskussion der Besonderheiten der öffentlichen Hand als Mitbewerber von privaten Anbietern geht es um konkretes Marktverhalten.¹⁶ Die Frage, ob sich die öffentliche Hand überhaupt zulässigerweise am Markt befindet und am Wettbewerb beteiligt, ist der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung ebenso entzogen wie die Frage, woraus sich der Marktauftritt finanziert¹⁷ – auch wenn dies aus öffentlichen Geldern geschieht.¹⁸ Im Folgenden geht es daher allein um die Frage, ob das konkrete Marktverhalten im lautereren Bereich bleibt oder ob es gegen das UWG verstößt. Umgekehrt kann der öffentlich-rechtliche Anbieter natürlich auch aufgrund des UWG gegen unlauter handelnde private Mitbewerber vorgehen.¹⁹

¹² *BGH*, WRP 2005, 1161, 1162 – Atemtest.

¹³ *Ullmann*, in *Ullmann* (Hrsg.), *jurisPK-UWG*, Einl Rn. 100.

¹⁴ *BGH*, GRUR 2006, 82 – Betonstahl; vgl. *Ullmann*, in *Ullmann* (Hrsg.), *jurisPK-UWG*, Einl Rn. 102.

¹⁵ *BGH*, WRP 2005, 1161, 1162 – Atemtest; *Ullmann*, in *Ullmann* (Hrsg.), *jurisPK-UWG*, Einl Rn. 101.

¹⁶ Zum vorhandenen Schrifttum siehe die Übersicht bei Hefermehl/*Köhler*/Bornkamm, *UWG*, 24. Aufl. 2006, § 4 vor Rn. 13.1. und die dortige ausführliche Kommentierung.

¹⁷ *BGH*, GRUR 2000, 1076, 1078 – Abgasemissionen; *BGH*, GRUR 2002, 825, 827 – Elektroarbeiten; *BGH*, GRUR 2003, 164, 166 – Altautoverwertung.

¹⁸ *BGH*, GRUR 2005, 960 – Friedhofsruhe; *BGH*, GRUR 2003, 164 – Altautoverwertung; *BGH*, GRUR 1987, 116, 118 – Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I.

¹⁹ *BGH*, GRUR 1993, 692, 694 – Guldenburg; *BGH*, GRUR 1977, 543, 545 – Der 13. Sinn.

Festzuhalten bleibt: Die öffentliche Hand unterliegt als Marktteilnehmer und Wettbewerber denselben Regeln wie ihre Mitbewerber in der privaten Wirtschaft. Sie genießt weder Privilegien noch ist sie strenger zu behandeln.²⁰ Allein die Besonderheiten, die sich aus ihrer Stellung als kommunales oder staatliches Unternehmen ergeben, können in Einzelfällen dazu führen, dass das werbende Auftreten als solches untersagt sein kann. Dies könnte etwa als unsachliche Beeinflussung des Abnehmers gewertet werden (§ 4 Nr. 1 UWG).²¹ Der öffentlichen Hand ist es grundsätzlich untersagt, ihre amtlichen Beziehungen zur Werbung oder zum Abschluss von Verträgen auszunutzen, um sich einen Vorteil vor privaten Mitbewerbern zu verschaffen (dazu siehe unten sub IV 5).²²

III. Wettbewerbshandlung als Voraussetzung lauterkeitsrechtlicher Prüfung

Der Begriff der Wettbewerbshandlung ist insofern einer der Zentralbegriffe des UWG, als ohne eine solche das Wettbewerbsrecht überhaupt keine Anwendung finden kann (§ 3 UWG). Eine Wettbewerbshandlung ist nicht etwa allgemein jedes Verhalten eines Unternehmens – gleich ob es privat- oder öffentlich-rechtlich organisiert ist –, sondern nur eine marktbezogene geschäftliche Tätigkeit.²³

1. Tun und Unterlassen sowie Störerhaftung

Das Gesetz setzt zunächst das Handeln einer Person voraus, also das bewusste, gewollte Tun. Bei juristischen Personen (auch des öffentlichen Rechts) ist das Handeln der Organe maßgeblich. Ein Unterlassen steht dem positiven Tun gleich, soweit den Handelnden eine Erfolgsabwendungspflicht trifft, die sich aus Gesetz, Vertrag oder vorangegangenen gefahrbezüglichen (auch schuldlosen) Tun ergeben kann. Sie kann insbesondere darin bestehen, einen Mitarbeiter an einem unlauteren Handeln zu hindern.²⁴ Darüber hinaus kommt allenfalls eine Störerhaftung in Betracht, die auch ohne eigene Wettbewerbshandlung möglich ist.²⁵

²⁰ *BGH*, GRUR 2003, 77 – Fernwärme für Börsen; *Ullmann*, in Ullmann (Hrsg.), jurisPK-UWG, Einl Rn. 103 ff.

²¹ *BGH*, GRUR 2003, 77, 78 – Fernwärme für Börsen; *BGH*, GRUR 2005, 960 – Friedhofsruhe.

²² *BGH*, GRUR 1999, 256, 257 – 1.000 DM Umwelt-Bonus; *BGH*, GRUR 2003, 77 – Fernwärme für Börsen; *BGH*, GRUR 2004, 164, 167 – Altautoverwertung; *BGH*, GRUR 2005, 960 – Friedhofsruhe.

²³ Amtl. Begr. BTDs. 15/1487, S. 16.

²⁴ *BGH* GRUR 2001, 82, 83 – Neu in Bielefeld I.

²⁵ Dazu *Seichter*, in Ullmann (Hrsg.), jurisPK-UWG, 2006, § 8 Rn. 74 ff.

2. Marktbezug der Handlung

Marktbezogen ist jedes Verhalten, mit dem auf das Wettbewerbsgeschehen eingewirkt wird und das der Förderung des Geschäftszwecks dient.²⁶ Das Handeln muss dabei aber nach außen gerichtet, mithin marktbezogen sein. Nicht erfasst werden nur Handlungen, denen eben dieser Marktbezug gänzlich fehlt. In welcher Branche der Handelnde tätig ist, ist ebenso wenig von Bedeutung wie es auf die Frage der Gewinnerzielungsabsicht oder die tatsächliche Gewinnerzielung nicht ankommt.²⁷ Dient eine Handlung der Absatzförderung allein mittelbar, genügt dies für das Vorliegen von Marktbezug (Imagewerbung, Verschenken von Ware).²⁸

a) Kein rein privates Handeln

Das rein private Verhalten als Verbraucher besitzt keinen Unternehmensbezug, auch wenn es wirtschaftliche veranlasst ist oder gesteuert wird. Privat in diesem Sinne ist alles, was sich außerhalb der Erwerbs- oder Berufsausübung abspielt.²⁹ Privatgespräche besitzen keinen Marktbezug, Presseinterviews hingegen schon.³⁰ Macht ein Amtsträger in dieser Funktion Werbung für ein von seiner Gebietskörperschaft oder einem abhängigen Unternehmen vertriebenes Produkt, kann dies als Wettbewerbshandlung gewertet werden.

b) Kein rein betriebsinternes Handeln

Betriebsinterne Vorgänge dienen zwar regelmäßig der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit, sind aber (noch) nicht nach außen gerichtet und daher mangels Marktbezugs nicht als Wettbewerbshandlung zu betrachten. Dies ist grundsätzlich auch bei Maßnahmen innerhalb eines Konzerns der Fall³¹ - und somit auch innerhalb einer Behörde. Dies gilt sogar noch dann, wenn eine interne Anweisung erst zu einem späteren Zeitpunkt Außenwirkung entfalten soll, denn der Marktbezug tritt erst ein, wenn die Anweisung befolgt wird.³²

c) Kein rein gesellschaftspolitisches Handeln

Tätigkeiten mit rein politischem, sozialem, kirchlichem, wissenschaftlichem oder verbraucheraufklärendem Ziel sind außergeschäftlich und nicht marktbezogen. Zu unterscheiden hiervon ist freilich die Imagewerbung,

²⁶ BGH GRUR 2000, 1076, 1077 - Abgasemissionen; BGH GRUR 1993, 761, 762 - Makler-Privatangebot.

²⁷ BGH GRUR 1993, 917, 918 - Abrechnungssoftware für Zahnärzte.

²⁸ BGH, GRUR 1997, 761, 763 - Politikerschelte; BGH, GRUR 1995, 598, 599 - Ölverschmutzte Ente; BGH, GRUR 1995, 595, 596 - Kinderarbeit; BGH, GRUR 1975, 320, 321 - Werbegeschenke.

²⁹ BGH, GRUR 2002, 622, 624 - shell.de.

³⁰ BGH, GRUR 1964, 208, 209 - Fernsehinterview.

³¹ BGH, GRUR 1969, 479, 480 - Colle de Cologne; BGH, GRUR 1958, 544 - Colonia..

³² BGH, GRUR 1971, 119, 120 - Branchenverzeichnis.

etwa beim Sponsoring, das durch die damit verbundene Werbung gleichzeitig auch der Förderung des Unternehmens dient.³³ Dies gilt auch bei Unternehmen der öffentlichen Hand. Auch politisch motivierte Schockwerbung hat einen Marktbezug.³⁴

Warnt allerdings ein staatliches Organ davor, dass die Produkte von anderen Anbietern als dem aus dem eigenen Hause womöglich den Anforderungen nicht so gut genügen, wie die „offiziellen“ liegt hier sehr wohl Marktbezug vor. Die Unlauterkeit wäre im Rahmen von §§ 3 ff. UWG zu prüfen.

d) Kein hoheitliches Handeln

Hoheitlichem Handeln fehlt stets der Marktbezug. Soweit die öffentliche Hand jedoch als Anbieter oder Nachfrager am privatrechtlichen Wirtschaftsleben teilnimmt, handelt sie marktbezogen. Dies gilt selbst dann, wenn sie damit in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe tätig ist und die Leistungsbeziehungen zu Abnehmern, Mitgliedern oder Benutzern gleichfalls öffentlich-rechtlich ausgestaltet sind.³⁵

3. Handlungsziel

Eine Wettbewerbshandlung liegt schließlich nur vor, wenn der Handelnde das Ziel verfolgt, den Absatz oder Bezug von Waren bzw. Dienstleistungen (also den Wettbewerb) zu fördern (Wettbewerbsabsicht).³⁶ Dabei bedarf es allerdings keiner besonderen Feststellung der Handlungsmotive, da die nach außen tretende Zielrichtung maßgeblich ist.³⁷ Schließlich spricht nach der Lebenserfahrung eine tatsächliche Vermutung für eine entsprechende Absatzförderungsabsicht.³⁸ Dies gilt auch in Fällen von Imagewerbung und Sponsoring, die keineswegs als rein altruistisch zu bezeichnen sind. Bei einem Gewerbetreibenden, der in Ausübung seines Berufs tätig ist, dient letztlich fast jede marktbezogene Handlung (auch) der Erhaltung oder Verbesserung seiner eigenen wettbewerblichen Position.

Bezogen auf die Förderung fremden Wettbewerbs ist eine solche Vermutung unstatthaft. Vielmehr muss diese im Einzelfall festgestellt werden. Häufige Problemfälle sind redaktionelle Äußerungen in der Presse. Gerade

³³ *BGH*, GRUR 1997, 761, 763 – Politikerschelte. Einer der seltenen Fälle ohne Werbezweck war wohl der Aufruf eines Unternehmers, der zugleich Präsident dieses Vereins war, für einen in Schieflage befindlichen bekannten fränkischen Sportverein zu spenden (*BGH*, GRUR 1983, 374, 376 – Spendenbitte).

³⁴ *BGH*, GRUR 2002, 360 – Benetton; *BGH*, GRUR 1995, 598, 599 – Ölverschmutzte Ente.

³⁵ *BGH* GRUR 2000, 340, 342 – Kartenlesegerät; *BGH* GRUR 1990, 611, 613 – Werbung im Programm; *BGH*, GRUR 1982, 425, 427 – Brillenselbstabgabestellen; *BGH*, GRUR 1976, 658, 660 – Studentenversicherung; *BGH*, GRUR 1974, 733 f. – Schilderverkauf..

³⁶ *BGH*, GRUR 2002, 1093, 1094 – Kontostandsauskunft.

³⁷ *BGH*, GRUR 2002, 622, 624 – shell.de.

³⁸ *BGH*, GRUR 2003, 800, 801 – Schachcomputerkatalog; *BGH*, GRUR 2002, 193, 194 – Kontostandsauskunft; *BGH*, GRUR 1997, 916, 918 – Kaffeebohne.

dort ist eine Förderungsabsicht in der Regel nicht anzunehmen, es sei denn, die Äußerung hat übermäßig werbenden Charakter.³⁹ Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsförderungsabsicht sind z.B. vertragliche Beziehungen zum Begünstigten⁴⁰, auch Anzeigenaufträge⁴¹, bezahlte Gutachten⁴² oder Äußerungen eines Verbands hinsichtlich seiner Mitglieder.⁴³ Wissenschaftlichen Äußerungen, Warentests durch unabhängige Stellen u.ä. wird diese grundsätzlich nicht innewohnen.⁴⁴ Die Problematik der Förderung fremden Wettbewerbs ist angesichts der engen persönlichen Verquickungen von Amtsträgern, kommunalen Unternehmen und Lokalpresse gerade im kommunalen Bereich nicht ohne Brisanz.

IV. Wettbewerbsrechtliche Einzelbeispiele für unlauteres Marktverhalten

1. Generalklausel

Das UWG besitzt eine Generalklausel, die allgemein statuiert: „Unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen, sind unzulässig“ (§ 3 UWG). Diese Generalklausel ist stets im Zusammenhang mit den im Folgenden vorgestellten Einzeltatbeständen zu sehen. Findet sich also eine streitgegenständliche Handlung nicht in den Spezialtatbeständen der §§ 4-7 UWG, steht die Generalnorm § 3 UWG als Auffangtatbestand weiterhin zur Verfügung.⁴⁵

a) Objektive Eignung

Die objektive Eignung eines Verhaltens zur Beeinträchtigung geschützter Interessen der Marktteilnehmer bedeutet nicht, dass eine Marktbeeinträchtigung tatsächlich eingetreten sein muss. Es genügt die Möglichkeit, dass eine solche eintreten könnte.⁴⁶ Dabei spielt es keine Rolle, dass dies – wie häufig – erst längere Zeit braucht, bis eine Werbung „greift“. Auch dann ist die objektive Eignung gegeben. – Letztlich ist dies Einzelfallentscheidung.

³⁹ *BGH*, GRUR 1997, 914, 915 – Die Besten II; *BGH* GRUR 1997, 912, 913 – Die Besten I.

⁴⁰ *BGH*, GRUR 1964, 389, 391 – Fußbekleidung; oder umgekehrt fehlende Beziehung gerade zum Herabgesetzten (*BGH*, GRUR 1986, 812, 813 – Gastrokritiker).

⁴¹ Vgl. Hefermehl/*Köhler*/Bornkamm, UWG, 24. Aufl. 2006, § 2 Rn. 40 mwN.

⁴² *BGH*, GRUR 1961, 189, 190 f. – Rippenstreckmetall.

⁴³ *BGH*, GRUR 1997, 916 – Kaffeebohne.

⁴⁴ Zu den presserechtlichen Anforderungen an Produkttests siehe *Soehring*, Presserecht, 3. Aufl. 2000, Rn. 22.1 ff.; *Wenzel*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 5. Aufl. 2003, Kap. 10 Rn. 72 ff.

⁴⁵ So z.B. im Fall *BGH*, GRUR 2006, 426 – Direktansprache am Arbeitsplatz II.

⁴⁶ *Ullmann*, in *Ullmann* (Hrsg.), jurisPK-UWG, 2006, § 3 Rn. 36.

b) Erheblichkeitsschwelle

Diese Bagatellklausel wurde im Jahr 2004 ins neue UWG aufgenommen. Das alte Recht kannte sie in dieser Ausdrücklichkeit nicht. § 3 UWG lässt nur solche Wettbewerbshandlungen als unlauter gelten, die den Markt nicht unerheblich betreffen. Kriterien hierfür sind Art und Schwere des Verstoßes, die zu erwartenden Auswirkungen auf den Wettbewerb, der Schutzzweck der verletzten Norm, Zahl der betroffenen Marktteilnehmer und eine nicht unerhebliche Nachahmungsgefahr.⁴⁷ Zur Auslegung der Erheblichkeitsschwelle durch die Gerichte liegt noch wenig verwertbares Material vor. Die Tendenz bei den OLG geht allerdings dahin, die Schwelle eher niedriger anzusetzen. – Bedeutung hat dies vor allem beim Rechtsbruchtatbestand des § 4 Nr.11 UWG.

c) Unterlauterkeit

Die Unlauterkeit kann direkt aus der Generalklausel des § 3 UWG begründet werden, doch in den meisten Fällen der Praxis findet sich ein wettbewerbswidriges Verhalten schon in den Beispielen in §§ 4-7 UWG wieder. Dazu im Folgenden (2-4).

2. Unlauterer Kundenfang

a) Irreführung (§§ 3, 5 UWG)

Werbeaussagen müssen wahr und klar sein. Wer die Unwahrheit sagt, will den Kunden betrügen. Auch ein Verschweigen kann im Einzelfall unlauter sein (§ 5 Abs. 2 a.E. UWG). Irreführende Werbung kann dabei in Wort, Bild, aber auch in einem Geräusch⁴⁸ (und auch im Verkaufsgespräch) vorgefunden werden.

In die Irre geführt wird durch Tatsachenbehauptungen, nicht durch Werturteile oder allgemeine Übertreibungen („die Besten“, „die schönste Benutzeroberfläche“). Eine Tatsachenbehauptung muss nachprüfbar und richtig sein. Ist sie geeignet zur Irreführung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittskunden, so ist sie unlauter.⁴⁹ Eine feste Irreführungsquote gibt es nicht, auch wenn in der Regel etwa 25-30 % der angesprochenen Verkehrskreise angegeben werden.⁵⁰

⁴⁷ Amtl. Begr. BTDs. 15/1487, S. 17.

⁴⁸ Ein wenig kurios allerdings die Unterscheidung zwischen Legegegacker und Konversationsgegacker durch ein Stuttgarter Gericht und ihre Bedeutung für die Frage, ob (allein) durch das erstere bei der Eiernudelproduktion irreführend die Verwendung von Frischei suggeriert wird (*BGH* v. 27.06.1961 – I ZR 135/59).

⁴⁹ *EuGH*, GRUR Int. 1998, 795 – Gut Springenheide; *BGH*, GRUR 2004, 162, 163 – Mindestverzinsung; *BGH*, NJW 2005, 2229 – Internet-Versandhandel.

⁵⁰ Zur Problematik Hefermehl/Köhler/*Bornkamm*, UWG, 24. Aufl. 2006, § 5 Rn. 1.51; *Link*, in Ullmann (Hrsg.), jurisPK-UWG, 2006, § 5 Rn. 181 ff..

Wer missverständlich wirbt, macht mit dem Irrtum Geschäfte und sagt daher – etwas subtiler – ebenfalls die Unwahrheit. Missverständlich ist das, was der Kunde falsch versteht.⁵¹ Auch hier ist auf die Verkehrsauffassung abzustellen (so ist z.B. eine Angabe „TV mit 72 cm Bildröhre“ irreführend, weil der Verkehr die Angabe der Bildgröße erwartet). Zweifel gehen stets zu Lasten des Werbenden.

Die Falschangabe muss zudem wettbewerbliche Relevanz für den Kaufentschluss haben. Unerheblich ist, ob der Verkäufer seine Haare färbt oder ein Rechtsanwalt Toupet trägt. Gleiches gilt für eine Deo-Werbung mit „Verführungsgarantie“.⁵²

In Betracht kommen im Einzelnen als Gegenstände der Irreführung insbesondere:

- Das Unternehmen selbst: z.B. Allein- oder Spitzenstellungsbehauptung, Alterswerbung, Beziehungen zur öffentlichen Hand (staatlich, städtisch), Irreführung durch Namenswahl (Suggerieren von Größe, Bedeutung, Titelwerbung).
- Die Ware (Neuheit, Vorhandensein von Schutzrechten, Herkunft, Warenmenge (Lockvogelangebote), Materialverwendung (z.B. „aus Altpapier“), Erreichbarkeit von Service, Verschweigen von Lieferfristen
- Der Preis (Mondpreisempfehlungen, Preissenkungen von Scheinpreisen, irreführende Preisangaben⁵³).

b) Belästigung (§§ 3, 7 UWG)

Jede Anwendung von Zwang – auch mittelbar – schließt das Grundprinzip des freien Leistungswettbewerbs – die freie Entscheidung des Kunden – aus und ist damit unlauter. Hierzu zählen zunächst ganz allgemein das Verbot des über das bloße Verteilen von Flugblättern oder Geschenken und das allgemeine Marktschreien hinausgehenden individuellen Ansprechens in der Öffentlichkeit und vor allem am Unfallort (ambulance chasing; Reparaturauftrag; Automiete)⁵⁴, nur in Einzelfällen die grundsätzlich

⁵¹ Vgl. etwa *BGH*, GRUR 1991, 323 – inkl. Mwst IV.

⁵² Unklar erscheint die Beurteilung von Werbung mit nicht existenten Größen (z.B. die „Verwendung“ bestimmter, erfundener Nuss- oder Kirscharten für Süßwaren).

⁵³ Vgl. auch die Preisangabenverordnung, dazu ausführlich *Ernst*, in: MünchKomm-UWG, 2006, Anh §§ 4-7 G.

⁵⁴ *BGH*, GRUR 1960, 431 – Kfz-Nummernschilder; *BGH*, GRUR 1965, 315, 316 – Werbewagen; *BGH*, GRUR 1975, 264 – Werbung am Unfallort I (wg. Reparaturauftrag); *BGH*, GRUR 1975, 266 – Werbung am Unfallort II (wg. Mietwagen); *BGH*, GRUR 1980, 790 – Werbung am Unfallort III (wg. Abschleppdienst); *BGH*, GRUR 1994, 639 – Pinguin-Apotheke (Verteilen von Werbegeschenken vor Ladenlokal zulässig); *BGH*, GRUR 2000, 235 – Werbung am Unfallort IV (trotz Widerrufsrechts); *BGH*, GRUR 2004, 699 – Ansprechen in der Öffentlichkeit III (Der Werbezweck muss in jedem Fall eindeutig erkennbar sein.).

zulässige Haustürwerbung⁵⁵ und die Zulässigkeit der Briefkastenwerbung⁵⁶ sowie von Briefwerbung⁵⁷ und von Zeitungsbeilagen. Unzulässig sind ohne eine ausdrückliche (in seltenen Fällen mutmaßliche) Einwilligung Telefon-, Fax- und E-Mail-Werbung.

c) Druck und Ausnutzen von Schwächen (§ 4 Nr. 1 und 2 UWG)

Während unmittelbarer Zwang in der Praxis eher selten ist⁵⁸, kommt mittelbarer Zwang (psychologischer Kaufzwang) durchaus vor. Dies liegt etwa vor bei Autoritätsmissbrauch z.B. einer Weisung außerhalb der Befugnisse) oder einer „Empfehlung“, die nicht abgelehnt werden kann, da subjektiv andere Nachteile drohen (z.B. „Anzapfen“ von Sonderzuwendungen für Jubiläen).⁵⁹

Hinsichtlich des Ausnutzens menschlicher Schwächen ist zunächst darauf hinzuweisen, dass geschmacklose Werbung grundsätzlich wettbewerbsrechtlich unerheblich ist. Das UWG beurteilt keine ästhetischen Fragen. Gefühlswerbung ist möglicherweise unzulässig, wenn sie nicht in sachlichem Zusammenhang zum Angebot steht.⁶⁰ Auch Angstwerbung kann unzulässig sein.⁶¹ Diskriminierende Werbung ist unzulässig („Schlüpferstürmer“, „Busengrapscher“-Likör).⁶² Auch das Erwecken des (falschen) Eindrucks begrenzten Angebots (offensichtlich z.B. „nur noch ## Stück vorhanden“ mit schnell rücklaufender Zahl bei einer Wiederholung im nächtlichen TV-Shopping).

Hinsichtlich des Ausnutzens von Spielsucht ist darauf hinzuweisen, dass Preisausschreiben, Gratisverlosungen usw. grundsätzlich erlaubt sind, es sei denn, der Kunde ist gezwungen, das Geschäft zu betreten, um teilzunehmen („suche den verborgenen Hinweis“), oder um zu erfahren, ob er gewonnen hat. Unzulässig sind unter dem Gesichtspunkt übertriebenen

⁵⁵ *BGH*, GRUR 1976, 32 – Präsentation; *BGH*, GRUR 1994, 380, 382 – Lexikothek; *BGH*, GRUR 1994, 818, 819 – Schriftliche Voranmeldung; mit Ausnahmen für bestimmte Branchen (*BGH*, GRUR 1955, 541 – Bestattungswerbung; *BGH*, GRUR 1967, 430 – Grabsteinaufträge I; *BGH*, GRUR 1971, 317 – Grabsteinaufträge II).

⁵⁶ *BGH*, GRUR 1992, 617 – Briefkastenwerbung (auch bei vereinzelt Übersehen von Werbeverboten).

⁵⁷ *BGH*, GRUR 1973, 552 (grundsätzliche Unzulässigkeit nach Widerspruch).

⁵⁸ Z.B. Einsperren bei Verkaufsfahrten.

⁵⁹ Hefermehl/*Köhler*/Bornkamm, UWG, 24. Aufl. 2006, § 4 Rn. 10.130.

⁶⁰ Allerdings ist die Rechtsprechung sehr viel liberaler als früher. Siehe etwa zum Ausnutzen von Hilfsbereitschaft und sozialem Engagement die ältere strenge Rechtsprechung in *BGH*, GRUR 1987, 534 – McHappy-Tag; *BGH*, GRUR 1991, 545 – Tageseinnahmen für Mitarbeiter, und aktueller *BGH* v. 26.10.2006 – I ZR 33/04 und 97/04 – Krombacher sowie zur Schockwerbung *BGH*, GRUR 2002, 360 – Benetton; *BGH*, GRUR 1995, 598, 599 – Ölverschmutzte Ente.

⁶¹ Unzulässig: „ich kann nicht sagen, wie sich die Textilpreise in den nächsten Monaten entwickeln werden – aber ich würde mich jetzt eindecken“, zulässig: „Grippewelle überrollt Berlin – jetzt Klosterfrau Melisengeist“; unzulässig: Werbung für Kühlschränke mit Hinweis „Schutz vor Vogelgrippe und Gammelfleisch“.

⁶² *BGH*, GRUR 1995, 592 – Busengrapscher.

Anlockens⁶³ auch übermäßige Gewinne (zur Täuschung über Gratisverlosung siehe § 661a BGB). Teilnahmebedingungen sind bei Preisausschreiben und Gewinnspielen anzugeben (§ 4 Nr. 5 UWG). Eine Koppelung der Teilnahme an einen Kauf ist nicht gestattet (§ 4 Nr. 6 UWG). Auch Versteigerungen sind zulässig.⁶⁴

Das Ausnutzen besonderer Umstände, etwa von Zwangslagen oder auch von geschäftlicher Unerfahrenheit insbesondere bei Jugendlichen (z.B. bei der Klingeltonwerbung oder bei kostenpflichtigen Hotlines für Kinder), aber auch von alten Menschen ist gem. § 4 Nr. 2 UWG unzulässig.⁶⁵

c) Sonstige Fälle unzulässigen Kundenfangs

§ 4 Nr. 3 UWG verbietet getarnte Werbung, die schon nach den hier oft einschlägigen Rundfunkgesetzen unzulässig ist (vgl. für das Internet § 7 TDG). § 4 Nr. 4 UWG betrifft sonstige Verkaufsförderungsmaßnahmen (Wertreklame), die zusätzliche Vorteile neben dem Vertragsschluss versprechen. Hierzu gehören (inzwischen nur noch in seltenen Fällen) auch die seit Wegfall von RabattG und ZugabeVO nicht mehr so streng geregelten Fälle von Beigaben und Nachlässen⁶⁶ sowie Koppelungsangebote⁶⁷, deren Lauterkeitsgrenze inzwischen vor allem beim Beginn übertriebenen Anlockens⁶⁸ überschritten ist. Auch das Verschenken von Ware gehört hierher, die in Form von Warenproben erlaubt ist, bei Erzeugung einer massiven Kundenbindung (Service-Notwendigkeit) und bei Marktverstopfung aber unlauter wird. Auch wenn der Anbieter selbst allein vom Service leben kann, darf er den Mitbewerb nicht ohne Weiteres gänzlich vom Verkauf der Ware ausschließen.⁶⁹

3. Behinderung von Mitbewerbern

a) Behinderungswettbewerb, Schmarotzen

Grundsatz und Leitbild des Wettbewerbs ist insbesondere der freie Leistungswettbewerb. Zur Behinderung der Mitbewerber darf aber grundsätzlich auch nur die bessere Leistung führen. Ist eine Werbung subjektiv bestimmt und objektiv geeignet zur Schädigung, ist der freie Leistungswettbewerb selbst angegriffen. Unzulässig (§ 4 Nr. 10 UWG) sind daher indivi-

⁶³ Zur Reichweite und zu Rspr.-Nachweisen siehe *Seichter*, in Ullmann (Hrsg.), jurisPK-UWG, 2006, § 4 Nr. 1 Rn. 55 f.

⁶⁴ Zur umgekehrten Versteigerung sowie zum Community-Shopping siehe *Ernst*, in: Spindler/Wiebe (Hg.), Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, 2. Aufl. 2005, Kap. 3 Rn. 49 ff.

⁶⁵ Aktuell zur Klingeltonwerbung *BGH*, MMR 2006, 542 – BRAVO Girl.

⁶⁶ Zu Rabatten nach neuem Recht siehe *Seichter*, in Ullmann (Hrsg.), jurisPK-UWG, 2006, § 4 Nr. 1 Rn. 83 f. mwN.

⁶⁷ *BGH*, GRUR 2002, 979 – Koppelungsangebot II; *BGHZ* 151, 84 – Koppelungsangebot I; vgl. *Seichter*, in Ullmann (Hrsg.), jurisPK-UWG, 2006, § 4 Nr. 1 Rn. 61 ff. mwN.

⁶⁸ Zur inzwischen eingeschränkteren Reichweite dieses Tatbestandes nach neuer Rechtsprechung *Seichter*, in Ullmann (Hrsg.), jurisPK-UWG, 2006, § 4 Nr. 1 Rn. 55 f. mwN.

⁶⁹ *Nordemann*, Wettbewerbs- und Markenrecht, 10. Aufl. 2004, Rn. 1471.

duell gezielte Behinderung und Preiskampf (z.B. Boykott, auch getarnt als „Kauft nur am Ort!“ gegen einen Anbieter vor der Stadt o.ä., gezielte Preisunterbietung zur Ausschaltung insbesondere gegen neue Mitbewerber, Fangwerbung vor dem Konkurrenzgeschäft, Abfangen von Kunden, Herauskaufen von Sonderangeboten der Konkurrenz usw.). Unzulässig ist auch die allgemeine Marktbehinderung durch völlige Ausschaltung des Wettbewerbs, etwa in bestimmten Fällen des Verkaufs unter Einstandspreis, der freilich auch nicht generell verboten ist.⁷⁰

Unzulässig ist ferner (§ 4 Nr. 7, 8 UWG) die persönliche oder geschäftliche Verunglimpfung von Mitbewerbern etwa durch Schmähkritik (pauschale Herabsetzung, unwahre oder nichterweisliche Behauptungen, Beleidigung).

Auch das so genannte Ausbeuten und Schmarotzen (§ 4 Nr. 9 UWG) – die unlautere Nachahmung einer wettbewerblichen Eigenart, die zu bestimmten Herkunfts- und Gütevorstellungen führt ist ebenso unlauter wie das Anhängen an einen fremden Ruf oder eine fremde Werbung (z.B. „Schraubst Du noch oder wohnst Du schon?“).⁷¹

b) Vergleichende Werbung (§§ 3, 6 UWG)

Vergleichende Werbung ist seit dem Jahr 2000 nicht mehr grundsätzlich verboten, sondern nur in bestimmten nachteiligen Fällen. Vergleichende Werbung liegt aber nur vor, wenn der Mitbewerber erkennbar ist (ggf. auch ohne Namensnennung). Ein Systemvergleich ohne Bezugnahme auf einen bestimmten Anbieter ist ohnehin zulässig („Mehrweg ist besser“; „werbefreies Pay-TV“, „Erdgas statt Heizöl“).⁷²

Unzulässige Fälle vergleichender Werbung sind:

- Der Vergleich von Waren/Dienstleistungen nicht für gleichen Bedarf/Zweck (Medikament statt Arzt; Möbel + Aufstellung und Möbel)
- Fehlender objektiver Bezug auf nachprüfbar typische (und wichtige) Eigenschaften oder Preis (Bsp: Telefentarife bezogen auf verschiedene Tageszeiten)
- Herbeiführung von Verwechslungen
- Rufausnutzen und Rufbeeinträchtigung („andere sind nur teuer – sonst nichts“) sowie Imagetransfer durch Zitate fremder Werbung („schraubst Du noch oder wohnst Du schon?“) oder auch „Bei Aldi Schampus, bei Skoda das Auto“

⁷⁰ Dazu siehe *Seichter*, in Ullmann (Hrsg.), jurisPK-UWG, 2006, § 4 Nr. 1 Rn. 55.

⁷¹ Vgl. *BGH*, GRUR 1985, 550 - Dimple.

⁷² Nicht aber Parfümwerbung „riecht wie“ – *BGH*, GRUR 2004, 607 - Genealogie der Düfte.

- Herabsetzung und Verunglimpfung⁷³
- Darstellung einer Ware als Imitation oder Nachahmung

4. Der Rechtsbruchtatbestand (§ 4 Nr. 11 UWG)

In der Praxis hat die Möglichkeit von Konkurrentenabmahnungen auch auf der Basis von Normen, die außerhalb des Wettbewerbsrechts im engeren Sinne liegen, immer Hochkonjunktur gehabt. Der Grund hierfür lag zwar häufig weniger darin, dass sich die Mitbewerber um die Rechtstreue des Abgemahnten sorgten, als vielmehr in der Chance, diesen einmal so richtig „ärgern“ zu können – und das auch noch kostenpflichtig. Nichtsdestoweniger bleibt zu beachten, dass allein diese Fälle dem Mitbewerber die Möglichkeit geben, auch dort gegen ihm letztlich schadende Rechtsbrüche anderer vorzugehen, wo die Aufsichtsbehörden und sonstigen Organisationen dies mangels Marktbeobachtung oder aus anderen Gründen nicht oder nicht hinreichend effektiv tun.

Im UWG ist der Rechtsbruchtatbestand in § 4 Nr. 11 UWG geregelt. Diese Norm bestimmt, dass unlauter im Sinne von § 3 UWG insbesondere derjenige handelt, der „einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln“.⁷⁴ Damit nimmt die Norm unmittelbar Bezug auf die Definitionen des Marktteilnehmers in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG sowie den in § 1 UWG festgeschriebenen Gesetzeszweck. Dieser Gesetzeszweck ist damit Auslegungsgrundlage für § 4 Nr. 11 UWG und für die Bestimmung des Wettbewerbsbezugs einer Drittnorm. Die Frage nach dem Wettbewerbsbezug der angeführten Norm ist identisch mit der Frage, ob bei einem Verstoß der Schutzzweck des UWG berührt ist.⁷⁵

5. Besondere Regeln für die öffentliche Hand

a) Grundsätzliches

Auch wenn die öffentliche Hand als Marktteilnehmer denselben Regeln unterliegt wie die private Wirtschaft⁷⁶, so können im Einzelfall doch besondere Regeln aufzustellen sein, die sich darauf beziehen, dass die öffentliche

⁷³ Vgl. *Nordemann*, Wettbewerbs- und Markenrecht, 10. Aufl. 2004, Rn. 1231; Unzulässig: Bezeichnung eines Mitbewerbers als „Mogel##“; Verwendung eines Werbe-Doubles; der Slogan „Die beste Werbung für ... sind die Angebote der Konkurrenz“, wenn diese erkennbar ist; Einkauf der (kostümierten) Werbefigur eines Burger-Ladens bei der Konkurrenz; „auch die Mutter aller Schnäppchen weiß, M-Markt ist billiger“; zulässig: „Lottochein - Zur Geldvermehrung empfehlen wir eine andere Anlage“, zulässig: Pepsi-Test. Zulässig: Werbung für Holzhäuser mit dem Slogan „Die Steinzeit ist vorbei“ (BGH, GRUR 2002, 782 – Die „Steinzeit“ ist vorbei).

⁷⁴ Auf die nach altem Recht entscheidende Differenzierung zwischen wettbewerbsbezogenen und wertneutralen Normen kommt es daher nicht mehr an (vgl. *Ernst*, WRP 2004, 1133 ff. mwN.)

⁷⁵ *Ullmann*, GRUR 2004, 817, 821; *Köhler*, GRUR 2004, 381, 382.

⁷⁶ *BGH*, GRUR 2003, 77 – Fernwärme für Börsen; *Ullmann*, in *Ullmann* (Hrsg.), jurisPK-UWG, Einl. Rn. 103 ff.

Hand in besonderem Maße versucht sein könnte, ihre amtlichen Beziehungen so einzusetzen, dass insbesondere der Absatz der eigenen Produkte gefördert wird. Dies kann durchaus unlauter sein.⁷⁷ Rechtsgrundlage hiervon ist letztlich die Generalklausel des § 3 UWG.⁷⁸ Die Unlauterkeit kann sich gerade aus der Eigenschaft als öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft ergeben und der damit verbundenen Stellung gegenüber den anderen Marktteilnehmer – insbesondere gegenüber den Verbrauchern –, etwa wenn die amtliche Autorität oder das Vertrauen in die Objektivität und Neutralität der Amtsführung missbraucht werden oder wenn öffentlich-rechtliche Aufgaben mit der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit verquickt werden.⁷⁹ Auch ist es der öffentlichen Hand grundsätzlich untersagt, amtliche Beziehungen zur Werbung oder zum Abschluss von Verträgen auszunutzen, um sich (oder ihren erwerbswirtschaftlichen Unternehmen) einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen.⁸⁰ Sie darf aber grundsätzlich von den gleichen Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch machen, wie sie auch einem privaten Anbieter zur Verfügung stehen.⁸¹

b) Rechtfolgen

Es darf also seitens der öffentlichen Hand zunächst nicht versucht werden, sich bzw. dem öffentlichen Unternehmen mit den besonderen Mitteln des öffentlichen Rechts einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Es darf nicht zu einer unmittelbar oder mittelbar aus besonderem Verwaltungshandeln resultierenden Wettbewerbsverzerrung kommen.

Hinzu kommt aber auch, dass schon allein mit der Tatsache nicht besonders geworben werden darf, dass es sich jeweils um eine öffentlich-rechtliche gestützte Einrichtung handelt, da dies allein genügen kann, um Kunden anzulocken, die sich hieraus Vorteile versprechen oder auch nur besondere Zuverlässigkeit und Dauerhaftigkeit des Unternehmens versprechen.

c) Einzelfälle aus der Praxis

Eine Gemeinde handelt nicht ohne Hinzutreten besonderer Umstände wettbewerbswidrig, wenn sie ihren gewerblichen Bestattungsdienst im Friedhofsgebäude auf dem Gelände des städtischen Friedhofs unterbringt.⁸² Sie darf auch den Verkauf von Grundstücken eines Neubaugebiets an die Verpflichtung koppeln, nach der Heizenergie von einem ge-

⁷⁷ *BGH*, GRUR 1999, 256, 257 – 1.000 DM Umwelt-Bonus; *BGH*, GRUR 2003, 77 – Fernwärme für Börsen; *BGH*, GRUR 2004, 164, 167 – Altautoverwertung; *BGH*, GRUR 2005, 960 – Friedhofsruhe.

⁷⁸ *LG Köln* v. 29.09.2004 – 28 O 216/04; *Köhler*, NJW 2004, 2121, 2123.

⁷⁹ *BGH*, GRUR 2005, 960 – Friedhofsruhe; *BGH*, GRUR 2003, 77 – Fernwärme für Börsen; vgl. *BGH*, GRUR 2002, 825 – Elektroarbeiten; *BGH*, GRUR 2003, 167, 169 – Kommunaler Schilderprägebetrieb.

⁸⁰ *BGH*, GRUR 2004, 164, 167 – Altautoverwertung.

⁸¹ *BGH*, GRUR 2003, 77 – Fernwärme für Börsen.

⁸² *BGH*, GRUR 2005, 960 – Friedhofsruhe.

meindlichen Kraftwerk bezogen wird.⁸³ Ferner ist es gestattet, einen DM 1000-Bonus für die Umrüstung von Heizöl auf Erdgas zu gewähren, auch wenn die Gemeinde ein diesbezügliches Monopol besitzt, soweit nicht eine Bestandsgefährdung für die Ölhändler droht.⁸⁴ Problematisch sind jedoch Seniorenreisen zu Selbstkosten.⁸⁵

Bei der Gestattung von Werbung in Räumen der öffentlichen Verwaltung o.ä. mag zwar grundsätzlich keine Empfehlung anzunehmen sein, doch gilt dies nur bei Gleichbehandlung der Anbieter und unter Berücksichtigung der Gesichtspunkte des Einzelfalls.⁸⁶ Auch bei der Auskunft über das Vorhandensein und die Empfehlung von Unterkunftsstätten – die nicht von vornherein unzulässig ist, soweit sie objektiv und sachgerecht erfolgt – oder anderen Dienstleistungen darf die Verwaltung die staatseigenen Hotelbetriebe nicht bevorteilen.⁸⁷ Ein Vertrauensmissbrauch hingegen ist wettbewerbswidrig nach § 4 Nr. 1 UWG.⁸⁸ Die Sachlichkeit ist auch bei anderen Entscheidungen zu berücksichtigen, wenn etwa ein Prüfungsamt die für die Prüfungen zugelassenen Arbeitsmaterialien bestimmen darf, nicht aber ihren Bezugsweg.⁸⁹

Vergleichbar ist es im umgekehrten Fall, in dem nicht den Kunden bevorzugt Informationen über öffentliche Anbieter zukommen, sondern Anbieter der öffentlichen Hand bevorzugt Informationen über potenzielle Kunden versorgt werden, mit denen sie bessere Akquisechancen besitzen. Auch hier müssen öffentliche und private Anbieter gleichbehandelt werden⁹⁰

Problematisch wird auch vor allem die kostenfreie Abgabe von Software. Konkret war das Vorhaben einer kassenärztlichen Vereinigung, Abrechnungssoftware für Zahnärzte eines bestimmten Herstellers kostenfrei abzugeben, für wettbewerbswidrig erklärt worden.⁹¹ Relativiert wurde dies lediglich insoweit, als die öffentliche Hand nur „ihresgleichen“ (also insbesondere Veraltungsstellen) bediente.⁹² Bedeutung hat diese Frage auch bei der Abgabe von Steuersoftware. Der Zahnarztsoftware-Fall stellte darauf ab, dass die kostenfreie Abgabe die privaten Anbieter ähnlicher Computerprogramme beeinträchtigt und wegen der Abgabe an private Endnutzer auch eine Wettbewerbshandlung vorläge. So kam es zur Qualifizie-

⁸³ *BGH*, GRUR 2003, 77 – Fernwärme für Börsen.

⁸⁴ *BGH*, GRUR 1999, 256, 257 – 1.000 DM Umwelt-Bonus.

⁸⁵ *Nordemann*, Wettbewerbs- und Markenrecht, 10. Aufl. 2004, Rn. 1495 entgegen *KG*, WRP 1986, 209 – Seniorenreisen.

⁸⁶ *RGZ* 124, 239, 250; *BGH*, GRUR 1984, 665, 666 – Werbung in Schulen; *OLG Brandenburg*, WRP 2003, 903.

⁸⁷ *BGHZ* 19, 299, 303 – Bad Ems; *BGH*, GRUR 1987, 119 – Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb II; *BGH*, GRUR 1994, 516, 517 – Auskunft über Notdienste; *BGH*, WRP 2000, 176 – Zahnersatz aus Manila: *OLG Frankfurt*, WRP 1997, 1205; *OLG Stuttgart*, NJWE-WettbR 1999, 3.

⁸⁸ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 24. Aufl. 2006, § 4 Rn. 13.36.

⁸⁹ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 24. Aufl. 2006, § 4 Rn. 13.43.

⁹⁰ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 24. Aufl. 2006, § 4 Rn. 13.45 mwN.

⁹¹ *BGH*, GRUR 1993, 917 – Abrechnungs-Software für Zahnärzte.

⁹² *OLG Karlsruhe*, NJWE-WettbR 2000, 6; *LG Köln* v. 29.09.2004 – 28 O 216/04.

rung als unlauterer Verdrängungswettbewerb, zumal die Abgabe außer Verhältnis zu den gesetzlichen Aufgaben stand.⁹³ Gleiches war zuvor bereits bei der Abgabe von Brillen ohne „Umweg“ über einen Optiker geurteilt worden.⁹⁴

⁹³ *BGH*, GRUR 1993, 917 – Abrechnungs-Software für Zahnärzte.

⁹⁴ *BGH*, GRUR 1982, 425 – Brillen-Selbstabgabestellen.