

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 213

Alter und neuer Rechtsbruchtatbestand

Aufgezeigt am Beispiel des Marktzutritts
kommunaler Unternehmen

Von

Roland Böhler



Duncker & Humblot · Berlin

ROLAND BÖHLER

Alter und neuer Rechtsbruchtatbestand

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 213

Alter und neuer Rechtsbruchtatbestand

Aufgezeigt am Beispiel des Marktzutritts
kommunaler Unternehmen

Von

Roland Böhler



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg
hat diese Arbeit im Jahre 2007 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 29

Alle Rechte vorbehalten

© 2009 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 978-3-428-12788-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit behandelt den lauterkeitsrechtlichen Rechtsbruchtatbestand, seine Entwicklung in den 100 Jahren des Bestehens des UWG und die Änderungen durch die große UWG-Reform 2004. Im Besonderen widmet sich die Arbeit der Tätigkeit der öffentlichen, insbesondere kommunalen Unternehmen als Konkurrenten privatwirtschaftlicher Unternehmen, einer gleichsam ökonomisch bedeutsamen wie auch juristisch komplexen Thematik. Diese Dissertation soll einen Beitrag zur wissenschaftlichen Aufarbeitung dieses Themas leisten. Stand der Bearbeitung ist Oktober 2006.

Herzlicher Dank gebührt meinem Doktorvater, Prof. Dr. Winfried Veelken. Im Rahmen meiner Tätigkeit an seinem Lehrstuhl gab er mir alle denkbaren Freiheiten für die Erstellung der vorliegenden Arbeit.

Gewidmet ist die Arbeit meinen Eltern, Dr. Reinhard und Viktoria Böhler. Erst sie haben mir Studium und Promotion ermöglicht. Vielen herzlichen Dank für alles!

Roland Böhler

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	27
B. Grundlagen des Rechtsbruchs	32
I. Generalklausel und die Fallgruppe „Rechtsbruch“	32
II. Wettbewerbstheoretische Grundlagen	37
III. Funktion des Rechtsbruchtatbestands	42
C. Der „alte“ Rechtsbruchtatbestand	45
I. Ältere Rechtsprechung und Lehre	45
II. Die bisherige Rechtsprechung des BGH	67
III. Reformbedarf und -vorschläge	100
D. Der „neue“ Rechtsbruchtatbestand	136
I. Neue Rechtsprechung	137
II. Gesetzgeberische Umsetzung	164
III. § 4 Nr. 11 UWG	192
IV. Bewertung der Reform	225
E. Marktzutritt kommunaler Unternehmen	227
I. Problemstellung	228
II. Bisherige Rechtslage	233
III. Neue Rechtslage	253
IV. Lösungsvorschlag	302
F. Zusammenfassung, Thesen und Ausblick	316
Anhang: Auszüge aus den Gemeindeordnungen	320
Literaturverzeichnis	327
Sachverzeichnis	340

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	27
B. Grundlagen des Rechtsbruchs	32
I. Generalklausel und die Fallgruppe „Rechtsbruch“	32
1. Die Generalklausel im Wettbewerbsrecht	32
2. Fallgruppenbildung	34
3. Die Fallgruppe „Rechtsbruch“	35
II. Wettbewerbstheoretische Grundlagen	37
1. Wettbewerb als solcher	37
2. Leistungswettbewerb	39
3. Par condicio concurrentium	40
III. Funktion des Rechtsbruchtatbestands	42
C. Der „alte“ Rechtsbruchtatbestand	45
I. Ältere Rechtsprechung und Lehre	45
1. Die frühe Rechtsprechung des Reichsgerichts	45
a) Historische Gesetzeslage	45
b) RG vom 28.9.1911 – <i>Drogenhandlung</i>	47
aa) Sachverhalt	47
bb) Entscheidung	47
cc) Bewertung	48
c) Marktzutritt in der frühen Reichsgerichtsrechtsprechung	51
aa) RG vom 8.12.1911	51
bb) OLG Jena vom 26.7.1919	52
cc) RG vom 23.10.1923	52
d) Weitere Entwicklung bis RG vom 7.12.1926 – <i>Schneeballsystem</i>	53
aa) Sachverhalt	54
bb) Entscheidung	54
cc) Bewertung	55

2. Die späte Rechtsprechung des Reichsgerichts	56
a) Vorsprungsgedanke – RG vom 12.4.1927	56
aa) Sachverhalt	56
bb) Entscheidung	57
cc) Bewertung	57
b) Veränderter Schutzzweck des UWG	59
c) Wertbezogene und wertneutrale Vorschriften – RG vom 7.4.1941	63
aa) Sachverhalt	63
bb) Entscheidung	63
cc) Bewertung	64
d) Planmäßigkeit	65
3. Zwischenergebnis	66
II. Die bisherige Rechtsprechung des BGH	67
1. Wertbezogene Normen	68
a) Terminologie	68
b) Wertbezogene Normen im Einzelnen	69
aa) Sittlich fundierte Normen	69
bb) Unmittelbar wettbewerbsbezogene Normen	69
cc) Besonders wichtige Gemeinschaftsgüter	73
(1) (Volks-)Gesundheitsbezogene Vorschriften	74
(2) Schutz der Rechtspflege	76
(3) Schutz der Umwelt	78
(4) Sonstige wichtige Gemeinschaftsgüter	79
2. Wertneutrale Normen	81
a) Systematik	82
aa) Objektive Voraussetzungen	84
(1) Ausweitung des Begriffs „Vorsprung“	84
(2) Versuche der Eingrenzung des Begriffs „Vorsprung“	86
(3) Zwischenergebnis	89
bb) Subjektive Voraussetzungen	89
b) Abgrenzung wertneutraler von wertbezogenen Normen	91
aa) Preisangabenverordnung	92
bb) Gesundheitsbezogene Vorschriften	95
cc) Ladenschlussgesetz	98
dd) Erlaubnispflichten	99

III. Reformbedarf und -vorschläge	100
1. Kritik der Literatur	100
a) Kritik am dogmatischen Ansatz	101
aa) Schematisierung	101
bb) Willkürliche Wertungsergebnisse	102
cc) Extensive Auslegung der Tatbestandsmerkmale	103
dd) Hilfsweises Heranziehen des Vorsprungsgedankens	104
ee) Widerspruch zur Trias der Schutzsubjekte	105
ff) Verfassungsrechtliche Einwände	106
gg) Zirkelschluss	108
hh) Begriff der guten Sitten	108
(1) Allgemeine Kritik	109
(2) Schädliche Implikationen für die Rechtsbruchdogmatik	111
b) Kritik an den praktischen Konsequenzen	112
aa) Hypertrophie des Wettbewerbsrechts	112
bb) Hypertrophie der modernen Gesetzgebung	113
cc) Abmahnvereine	114
dd) Ökonomische Auswirkungen	115
ee) Konflikt mit öffentlichem Recht	116
(1) Unterschiedliche Verfahrensgrundsätze	117
(2) Rechtsweg	118
(3) Schädliche Konsequenzen	119
(4) Ursachen und Einwände	120
(a) Behörden	120
(b) Gerichte	121
2. Lösungsvorschläge der Literatur	122
a) Schutzzwecktheorien	123
aa) Schall-Riaucour	124
bb) Schrickner	124
cc) Schünemann	127
dd) Doepner	127
ee) Kritik der Schutzzwecktheorien	128
b) Beibehaltung des bisherigen Modells	129
c) Gleichsetzung von Gesetzes- und Sittenwidrigkeit	130
d) Ausdehnung des Vorsprungsgedankens auf alle Normverstöße	133
e) Keine Anwendung des UWG auf öffentlich-rechtliche Normverstöße	134

D. Der „neue“ Rechtsbruchtatbestand	136
I. Neue Rechtsprechung	137
1. Erste Anzeichen der Wende	137
a) BGH vom 17.7.1997 – <i>Tiapridal</i>	137
aa) Sachverhalt	137
bb) Entscheidung	137
cc) Bewertung	138
b) BGH vom 3.12.1998 – <i>Hormonpräparate</i>	139
aa) Sachverhalt	139
bb) Entscheidung	139
cc) Bewertung	140
c) BGH vom 6.10.1999 – <i>Giftnotrufbox</i>	141
aa) Sachverhalt	142
bb) Entscheidung	142
cc) Bewertung	143
2. Sekundär wettbewerbsbezogene Schutzfunktion	144
a) BGH vom 11.5.2000 – <i>Abgasemissionen</i>	145
aa) Sachverhalt	145
bb) Entscheidung	145
(1) OLG Hamm	145
(2) BGH	146
cc) Bewertung	147
b) BGH vom 5.10.2000 – <i>Verbandsklage gegen Vielfachabmahner</i>	149
aa) Sachverhalt	149
bb) Entscheidung	149
cc) Bewertung	151
c) Zwischenergebnis: Die neue Systematik	151
3. Weitere Entwicklungen bis zur UWG-Reform	153
a) Wertneutrale Normen – PAngVO	153
b) Fortführung des Schutzzweckgedankens	154
c) Konkurrenz zu Behörden und Verwaltungsgerichten	156
aa) Rechtsirrtum	156
bb) Keine Klagebefugnis	158
cc) Besondere Umstände – <i>Sportwetten-Genehmigung</i>	159
(1) Sachverhalt	160
(2) Entscheidung	160
(3) Bewertung	161

d) Marktzutritt kommunaler Unternehmen	162
4. Stand vor der UWG-Reform	163
II. Gesetzgeberische Umsetzung	164
1. UWG-Reform 1986	165
2. „Kleine“ UWG-Reform 1994	166
a) Allgemein	166
b) Rechtsbruchtatbestand	168
c) Kritik im Schrifttum	169
d) Kritik der Kritik	170
3. „Große“ UWG-Reform 2004	172
a) Gesetzgebungsverfahren	172
b) Allgemeine Änderungen	174
c) Neue Generalklausel § 3 UWG	175
aa) Inhaltliche Änderungen	175
bb) Generalklausel als Auffangtatbestand	176
d) Normierung der Schutzzwecktrias	179
aa) Allgemeines	179
bb) Schutzsubjekte im Einzelnen	180
(1) Schutz der Mitbewerber	180
(2) Schutz der Verbraucher	180
(3) Schutz der sonstigen Marktteilnehmer sowie des Interesses der All- gemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb	181
4. Europäisches Recht	183
a) Primärrecht	183
aa) Europarechtliche Systematik der Warenverkehrsfreiheit	184
bb) Implikationen für den Rechtsbruchtatbestand	185
b) Sekundärrecht	186
aa) Zersplitterung des europäischen Lauterkeitsrechts	186
bb) Versuche der Vereinheitlichung	188
cc) Implikationen der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken	190
III. § 4 Nr. 11 UWG	192
1. Tatbestandsmerkmale	193
a) Wettbewerbshandlung	193
b) Erheblichkeitsschwelle	195
c) Gesetzliche Vorschrift	197
d) Norminhalt	198

aa)	Sekundäre wettbewerbsbezogene Schutzfunktion	198
(1)	Ladenschlussgesetz	199
(2)	Nachtbackverbot	200
bb)	Regelung des Marktverhaltens	201
(1)	Normen ohne Marktbezug	202
(2)	Marktzutrittsregelungen	203
(a)	Streitstand	203
(b)	Stellungnahme	204
2.	Verhältnis zur alten Rechtslage	206
a)	Werthaltige und wertneutrale Normen	206
b)	Vorsprungsgedanke	208
aa)	Entwicklung	208
bb)	Neue Rechtslage	209
cc)	Stellungnahme	211
c)	Bewusste und planmäßige Normverletzung	212
3.	Rechtsprechung zu § 4 Nr. 11 UWG	214
a)	Gesundheitsschutz	214
b)	Rechtspflege	217
c)	Konkurrenz zum öffentlichen Recht – <i>Atemtest</i>	218
aa)	Sachverhalt	219
bb)	Entscheidung	219
cc)	Bewertung	220
d)	Weitere Regelungskomplexe	221
aa)	BGH vom 20.10.2005 – <i>Betonstahl</i>	221
bb)	BGH vom 20.10.2005 – <i>Schulfotoaktion</i>	222
cc)	BGH vom 22.9.2005 – <i>Zeitschrift mit Sonnenbrille</i>	224
IV.	Bewertung der Reform	225
E.	Marktzutritt kommunaler Unternehmen	227
I.	Problemstellung	228
1.	Interessenlage	228
2.	Tatsächlicher Umfang und Erscheinungsformen	230
3.	Notwendigkeit des Schutzes privater Konkurrenten	231
II.	Bisherige Rechtslage	233
1.	Öffentliches Recht	233
a)	Gemeinschaftsrecht	233

aa) Art. 86 Abs. 1 EG in Verbindung mit Art. 81, 82 EG	233
bb) EG-Beihilferecht nach Art. 87 EG	234
cc) Art. 86 Abs. 2 EG	235
dd) Zwischenergebnis	236
b) Verfassungsrecht	236
aa) Art. 12 GG	237
bb) Art. 14 GG und Art. 2 Abs. 1 GG	238
cc) Art. 3 Abs. 1 GG	238
dd) Zwischenergebnis	239
c) Kommunalrecht	239
aa) Entstehungsgeschichte der Gemeindeordnungen	240
bb) Bisherige Rechtslage	241
(1) Öffentlicher Zweck	241
(2) Angemessenes Verhältnis zu Leistungsfähigkeit und Bedarf	242
(3) Subsidiaritätsklausel	242
cc) Zwischenergebnis	244
2. Wettbewerbsrecht	244
a) BGH vom 12.2.1965 – <i>Blockeis II</i>	244
aa) Sachverhalt	245
bb) Entscheidung	245
cc) Bewertung	246
b) BGH vom 26.4.1974 – <i>Schilderverkauf</i>	247
aa) Sachverhalt	247
bb) Entscheidung	247
cc) Bewertung	248
c) BGH vom 19.6.1986 – <i>Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I</i>	249
d) Instanzgerichte	249
aa) OLG Hamm vom 23.9.1997 – <i>Gelsengrün</i>	250
bb) OLG Düsseldorf vom 29.5.2001	250
cc) OLG Karlsruhe vom 16.11.2000	251
dd) OLG München vom 20.4.2000	251
e) Zwischenergebnis	252
III. Neue Rechtslage	253
1. Wettbewerbsrecht (sowie Delikts- und Kartellrecht)	253
a) Rechtsprechung	254
aa) BGH vom 25.2.2002 – <i>Elektroarbeiten</i>	254
(1) Sachverhalt	254
(2) Entscheidung	254

(a) Wettbewerbsrecht	254
(b) Deliktsrecht	256
(3) Bewertung	256
bb) Nachfolgende Urteile	257
(1) BGH vom 24.9.2002 – <i>Kommunaler Schilderprägebetrieb</i>	257
(a) Sachverhalt	258
(b) Entscheidung	258
(c) Bewertung	259
(2) BGH vom 26.9.2002 – <i>Altautoverwertung</i>	260
(a) Sachverhalt	260
(b) Entscheidung	260
(c) Bewertung	261
(3) OLG Celle vom 9.9.2004 – <i>Grabpflegearbeiten</i>	261
(a) Sachverhalt	261
(b) Entscheidung	261
(c) Bewertung	262
(4) BGH vom 21.7.2005 – <i>Friedhofsruhe</i>	262
(a) Sachverhalt	262
(b) Entscheidung	263
(c) Bewertung	263
cc) Rechtsprechung zu anderen Formen des Marktzutritts	264
(1) Marktzutritt von Produkten	264
(2) Marktzutritt von Personen	265
(3) Marktzutritt von sonstigen Unternehmen der öffentlichen Hand	265
(4) Zwischenergebnis	267
b) Gesetzgebung	267
aa) Vorschläge und Entwürfe	268
bb) Entwurf der Bundesregierung vom 9.5.2003	268
cc) Stellungnahme des Bundesrates vom 20.6.2003	269
dd) Gegenäußerung der Bundesregierung vom 22.8.2003	270
ee) Beratungen des Bundestags	270
ff) Zusammenfassung	271
c) Schrifttum	272
aa) Zustimmung zur Rechtsprechung – der Ansatz Köhlers	272
bb) Kritik an der Rechtsprechung	274
(1) Schwierigkeit der Trennung von Marktzutritt und Marktverhalten	274
(2) Widersprüchlichkeit der Trennung von Marktzutritt und Marktverhalten	276

(3) Systematischer Regelungszusammenhang von GWB und UWG . . .	278
(4) Wettbewerbsbezug von kommunalen Marktzutrittsregelungen	279
(5) Erwünschte Belebung des Wettbewerbs?	279
(6) Hohe Hürden für wettbewerbsrechtlichen Rechtsschutz	280
(7) Regelung des „Ob“ sei Aufgabe des Gesetzgebers	281
(8) Konkurrenz zum öffentlichen Recht	281
d) Zusammenfassung	282
2. Öffentliches Recht	284
a) Neue Ansätze in der Rechtsprechung	285
aa) Rheinland-pfälzischer Verfassungsgerichtshof vom 28.3.2000	286
bb) OVG Münster vom 13.8.2003	287
(1) Sachverhalt	288
(2) Entscheidung	288
(3) Bewertung	290
cc) OVG Münster vom 21.9.2004	291
(1) Sachverhalt	291
(2) Entscheidung	291
(3) Bewertung	292
dd) VG Ansbach vom 7.7.2005	293
(1) Entscheidung	293
(2) Bewertung	294
ee) VGH Mannheim vom 6.3.2006	295
(1) Entscheidung	295
(2) Bewertung	296
ff) Zwischenergebnis zur verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung	297
b) Neue Ansätze in der Gesetzgebung	298
aa) Baden-Württemberg (mit Wirkung zum 1.1.2006)	298
bb) Hessen (mit Wirkung zum 1.4.2005)	298
cc) Sachsen (mit Wirkung zum 1.4.2003)	299
dd) Saarland (mit Wirkung zum 12.3.2004)	300
ee) Niedersachsen (mit Wirkung zum 1.1.2006)	300
c) Öffentlich-rechtlicher status quo	302
IV. Lösungsvorschlag	302
1. De lege lata	303
a) Verwaltungsrechtsweg	303
b) Ordentlicher Rechtsweg	304
aa) Lauterkeitsrecht	304

(1) Revidierung der neuen Rechtsprechung?	304
(2) Wechselwirkung zwischen öffentlich-rechtlichem Drittschutz und UWG?	305
(3) Sonstige unlauterkeitsbegründende Merkmale	306
(4) § 17 Abs. 2 S. 1 GVG	307
(5) Zwischenergebnis	309
bb) Deliktsrecht	309
cc) Kartellrecht	310
c) Zusammenfassung der Möglichkeiten de lege lata	311
2. De lege ferenda	312
a) Verwaltungsrecht	312
b) Lauterkeitsrecht	314
F. Zusammenfassung, Thesen und Ausblick	316
Anhang: Auszüge aus den Gemeindeordnungen	320
Literaturverzeichnis	327
Sachverzeichnis	340

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
AbfallR	Zeitschrift für das Recht der Abfallwirtschaft
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft, alt.: Amtsgericht
Alt.	Alternative
AMG	Arzneimittelgesetz
Anm.	Anmerkung
ApG	Apothekengesetz
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bay. LT-Drucks.	Drucksache des Landtags von Bayern
bayGO	Bayerische Gemeindeordnung
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BAZG	Gesetz über die Arbeitszeit in Bäckereien und Konditoreien
BB	Betriebs-Berater
bbGO	Brandenburgische Gemeindeordnung
BbgSchulG	Brandenburgisches Schulgesetz
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHReport	Schnelldienst zur Zivilrechtsprechung des Bundesgerichtshofs
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BImSchVO	Bundesimmissionsschutzverordnung
BKartA	Bundeskartellamt
Bl.	Blatt
BORA	Berufsordnung für Rechtsanwälte
BR	Bundesrat
BR Drucks.	Drucksache des Bundesrates
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung

BT	Bundestag
BT Drucks.	Drucksache des Bundestages
Buchholz	Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (amtliche Sammlung)
bwGO	Baden-Württembergische Gemeindeordnung
bzw.	beziehungsweise
ChemG	Gesetz zum Schutz vor gefährlichen Stoffen (Chemikaliengesetz)
Das Recht	Das Recht – Rundschau für den deutschen Juristenstand (inkl. Beilage: Deutschlands oberstrichterliche Rechtsprechung)
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DGO	Deutsche Gemeindeordnung (1935)
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
Drucks.	Drucksache
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EG	Vertrag über die Europäische Gemeinschaft, alt.: Europäische Gemeinschaft
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
etc.	et cetera
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgende
F.A.Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FertigPackVO	Verordnung über Fertigpackungen
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz
GesR	GesundheitsRecht
GewArch	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GO	Gemeindeordnung
Großkomm	Großkommentar zum UWG
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRURInt.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report

GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hess. LT-Drucks.	Drucksache des Landtags von Hessen
hessGO	Hessische Gemeindeordnung
h. L.	Herrschende Lehre, herrschende Ansicht in der Literatur
h. M.	Herrschende Meinung
HPrG, HeilprG	Heilpraktikergesetz
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (Hrsg. Josef Isensee; Paul Kirchhof)
HWG	Heilmittelwerbeengesetz
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
IHK	Industrie- und Handelskammer
IM	Immenga/Mestmäcker, GWB-Kommentar
insb.	insbesondere
i. S. d.	im Sinne des/der
i. S. e.	im Sinne einer/eines
i. S. v.	im Sinne von
i. Ü.	im Übrigen
i. V. m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KosmetikVO	Kosmetikverordnung
KSVG	Kommunalselbstverwaltungsgesetz
KWG	Kreditwesengesetz
LG	Landgericht
lit.	littera
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LM	Lindenmaier-Möhring – Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs
LMBG	Lebensmittel- und Bedarfsgegenständengesetz
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring
LRE	Sammlung Lebensmittelrechtlicher Entscheidungen
LSchlG	Ladenschlussgesetz
LT	Landtag
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
MPI	Max-Planck-Institut
MünchKommBGB	Münchener Kommentar zum BGB
MünchKommUWG	Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht

MuW	Markenschutz und Wettbewerb
mvKV	Kommunalverfassung für Mecklenburg-Vorpommern
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NBauO	Niedersächsische Bauordnung
n. F.	neue Fassung
NJOZ	Neue juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJWE-WettbR	NJW – Entscheidungsdienst Wettbewerbsrecht
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer
NRW LT-Drucks.	Drucksache des Landtags von Nordrhein-Westfalen
Ns. LT-Drucks	Drucksache des Landtags von Niedersachsen
nsGO	Niedersächsische Gemeindeordnung
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport
nwGO	Nordrhein-Westfälische Gemeindeordnung
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
ÖBl.	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
öOGH	Österreichischer Oberster Gerichtshof
öUWG	Österreichisches Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
PAngVO	Preisangabenverordnung
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PflSchG	Pflanzenschutzgesetz
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
RG	Reichsgericht
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
RhPf LT-Drucks.	Drucksache des Landtags von Rheinland-Pfalz
rhpGO	Rheinland-Pfälzische Gemeindeordnung
RhPfVerf	Verfassung für Rheinland-Pfalz
RhPfVerfGH	Rheinland-pfälzischer Verfassungsgerichtshof
Rn.	Randnummer
S.	Seite, alt.: Satz
saarKSVG	Saarländisches Kommunalselbstverwaltungsgesetz
Saarl. LT-Drucks.	Drucksache des Landtags des Saarlandes
sächsGO	Sächsische Gemeindeordnung
sanGO	Gemeindeordnung für Sachsen-Anhalt
SGB IV	Sozialgesetzbuch Viertes Buch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
StBerG	Steuerberatungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch

StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungsordnung
SZ	Süddeutsche Zeitung
thürKO	Thüringer Kommunalordnung
TKG	Telekommunikationsgesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
Tz.	Teilziffer
u.	und
u. a.	unter anderem
UGP-Richtlinie	Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken
u. U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung (Beilage zur Zeitschrift Gewerbearchiv)
WoVermittG	Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Entscheidungssammlung der WuW
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z. B.	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, internationales Privatrecht und Europarecht
ZHG	Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
z. T.	zum Teil
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

A. Einleitung

„Das geltende Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ist modernisierungsbedürftig.“¹ So lautet der erste Satz der Einleitung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein neues Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), welches im Jahr 2004 verabschiedet wurde. Die Bundesjustizministerin Brigitte Zypries fügte hinzu: „Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ist in vielen Bereichen nicht mehr zeitgemäß und bedarf der Modernisierung. Es ist überdies im internationalen Vergleich besonders restriktiv, was zwangsläufig Wettbewerbsnachteile deutscher Unternehmer zur Folge hat.“² Diese Erkenntnisse waren der Ausgangspunkt für die Bemühungen zu einer umfassenden Reform, welche alle Bereiche des UWG erfassen sollte.

Einer dieser Bereiche ist auch der so genannte Rechtsbruchtatbestand. Er regelt jene Fälle, in denen ein Wettbewerber gegen ein Gesetz verstößt, das als solches nicht dem Wettbewerbsrecht zuzuordnen ist. Man spricht daher von außerwettbewerbsrechtlichen Gesetzen. Trotzdem kann die Verletzung eines solchen Gesetzes sich im Wettbewerb auswirken, also insbesondere dem Wettbewerber einen Vorteil bringen. Daher kommen für die Sanktionierung des Gesetzesverstößes sowohl der für die verletzte Primärnorm einschlägige Rechtsweg wie auch der Gang zum Wettbewerbsgericht in Frage. Die Besonderheit des Rechtsbruchtatbestandes ist, dass über ihn als Transportnorm³ eine Vielzahl an Gesetzesverstößen wettbewerbsrechtliche Relevanz erlangen können. Eigentlich öffentlich-rechtliche Vorschriften wie das Ladenschlussgesetz gelangen so vor die ordentlichen Gerichte.

Dies soll veranschaulicht werden durch den folgenden kurzen Aufriss klassischer Beispielfälle:⁴ Kann ein Einzelhändler den benachbarten Konkurrenten wegen Verstoßes gegen das Ladenschlussgesetz selbst verklagen, oder kann er sich nur an das Gewerbeaufsichtsamt wenden? Wie ist ein Metzger zu belangen, der durch gesetzeswidrige Wiederverwertung des Hackfleischs vom Vortag Kosten spart und dadurch einen Vorteil gegenüber anderen, gesetzestreuem Metzgern hat? Was ist, wenn ein Konkurrent die Renovierung seines Lokals mit Hilfe einer Steuerhinterziehung finanziert hat? Wenn in einer Drogerie widerrechtlich Arzneimittel verkauft werden, ist dies nur eine Sache der zuständigen Aufsichtsbehörde,

¹ So der erste Satz der Einleitung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 15/1487, S. 1.

² Bundesjustizministerin Zypries am 31.03.2004 auf dem Jahresempfang des Bundesverbandes mittelständische Wirtschaft.

³ Tilmann, ZHR 151 (1987), 462, 479; ders., WRP 1987, 293; ähnlich Sack, WRP 1985, 1,2.

⁴ Vgl. zu den folgenden Beispielen etwa Schrickler, Gesetzesverletzung, S. 7.

oder kann ein Apotheker den mit ihm auf diese ungesetzliche Weise konkurrierenden Drogisten auf dem Zivilrechtsweg auf Unterlassung verklagen?⁵ Kann die Rechtsanwaltskammer von dem Herausgeber einer Zeitschrift verlangen, dass er es unterlässt, in seinen Leserbriefspalten Rechtsauskünfte zu erteilen? In der Praxis tauchen ständig neue Anwendungen auf.

Das Spektrum der in Betracht kommenden außerwettbewerblichen Normen reicht vom Steuerrecht über das ausufernde Gewerberecht bis hin zum Arbeits- und Sozialrecht. Angesichts der zunehmenden Zahl an Gesetzen, Verordnungen und Regulierungen wird es selbst für gutwillige Unternehmer zunehmend schwieriger, jeden Konflikt mit allen in Betracht kommenden Normen zu verhindern.⁶ Politiker von verschiedenen Parteien fordern vor allem zu Wahlkampfzeiten, die Regelungsflut einzudämmen, Bürokratie abzubauen und Unternehmern mehr Freiheit zu geben.⁷ Dies stellt sich jedoch als Sisyphusarbeit dar, da fortwährend neue Regelungen erlassen werden, nicht zuletzt dank Brüsseler Regelungsfreude, welche die europäische Rechtswissenschaft um Vorschriften bereicherte wie die EG-Glühwein-Ausnahmereverordnung⁸ oder die EG-Zwiebel/Chicorée-Qualitätsnormenverordnung⁹. Durch diese, von *Schricker*¹⁰ schon 1970 zu Recht so benannte Hypertrophie der modernen Gesetzgebung, wächst der Kreis der in Frage kommenden Bestimmungen stetig an. Zur Rechtfertigung dieser Entwicklung ist indes zuzugestehen, dass die Vielfältigkeit und Kompliziertheit der Lebensbeziehungen und wirtschaftlichen Verhältnisse wächst und deswegen manche neue rechtliche Normierung schlicht unumgänglich ist.¹¹

Die flexible Anwendbarkeit des Rechtsbruchtatbestands auf fast jeden denkbaren Gesetzesverstoß ist angesichts der Fülle der möglichen Sachverhaltskonstellationen einerseits sein großer Vorzug, andererseits aber zugleich eines der größten und umstrittensten Probleme des Rechtsbruchtatbestandes, da diese Flexibilität eine Vielzahl an Konflikten verursachen kann. Zunächst haben die verletzten Primärnormen oftmals ein eigenes, auf den speziellen Regelungsgehalt abgestimmtes und abgewogenes System der Sanktionierung solcher Verstöße. Dieses vom Gesetzgeber intendierte Sanktionssystem würde unterlaufen, wenn nun das

⁵ Diese Frage beschäftigte das RG in dem ersten nachweisbaren Streitfall zur Fallgruppe des Rechtsbruchs in der Entscheidung vom 28.9.1911, RGZ 77, 217 – *Drogenhandlung*. Siehe unten C.I. 1. b).

⁶ *Emmerich*, UWG, 7. Auflage, § 20 I (S. 421).

⁷ Vgl. *Schäffer*, F.A.Z. vom 2.1.2003, S. 10.

⁸ Verordnung (EG) Nr. 2215/96 der Kommission vom 20. November 1996 zur Festlegung von abweichenden Bestimmungen für den Glühwein, gestützt auf die nicht minder wichtige Verordnung (EWG) Nr. 1601/91 des Rates vom 10. Juni 1991 zur Festlegung der allgemeinen Regeln für die Begriffsbestimmung, Bezeichnung und Aufmachung aromatisierten Weines, aromatisierter weinhaltiger Getränke und aromatisierter weinhaltiger Cocktails.

⁹ Verordnung (EWG) Nr. 2213/83 der Kommission vom 28. Juli 1983 zur Festsetzung von Qualitätsnormen für Chicorée.

¹⁰ *Schricker*, Gesetzesverletzung, S. 6.

¹¹ Vgl. *Schricker*, Gesetzesverletzung, S. 9.

Wettbewerbsrecht – gleichsam brachial – diesen Regelungen seine eigenen Sanktionen oktroyierte, während die Regelungen selbst möglicherweise der Verwaltungsbehörde oder Staatsanwaltschaft ein Entschließungs- und Auswahlermessens einräumen.¹² Des Weiteren stellt sich gerade beim Verstoß gegen öffentlich-rechtliche, aber auch gegen arbeitsrechtliche¹³ Normen die Frage nach dem richtigen Rechtsweg. Die Fachgerichte sind zum einen spezialisiert auf das jeweilige Rechtsgebiet, zum anderen birgt die Entscheidungskompetenz von Gerichten zweier Rechtswege stets auch die Gefahr unterschiedlicher Entscheidungen in sich. Schlussendlich darf die wettbewerbsrechtliche Klage wegen Rechtsbruchs nicht zu einer Art Popularklage verkommen, mit der Mitbewerber oder Interessenverbände jedweden Rechtsverstoß eines Unternehmers sanktionieren können.

Es entspricht daher allgemeiner Ansicht, dass nicht jeder Gesetzesverstoß einen Anspruch aus dem Wettbewerbsrecht nach sich ziehen kann. Die entscheidende Frage, nach Köhler eine der schwierigsten und umstrittensten des Wettbewerbsrechts¹⁴, ist, wo die Grenze zu ziehen ist. Hierzu wurden verschiedenste Ansätze in Rechtsprechung und Literatur vorgeschlagen. Eine pauschale Formulierung gestaltet sich jedoch angesichts der Vielzahl der möglichen Gesetzesverstöße und der noch größeren Vielzahl ihrer möglichen Auswirkungen auf den Wettbewerb schwierig. Dementsprechend heftig umstritten ist der Rechtsbruchtatbestand. Die Diskussion erstreckt sich bereits über Jahrzehnte, was ungewöhnlich ist angesichts der sonst üblichen Schnelllebigkeit des Wettbewerbsrechts. Sie begann, wie noch im Einzelnen dargelegt wird, letztlich schon vor dem Erlass des UWG von 1909 mit den Arbeiten von Lobe, und ist auch jetzt noch von dauerhafter Aktualität. Erst 2000 gab der BGH mit der „Abgasemissionen“-Entscheidung seine jahrzehntelang gültige Rechtsprechung auf und begründete eine neue Lehre, welche zu großen Teilen auf dogmatischen Vorarbeiten des Schrifttums, insbesondere Schrickers, aufbauen konnte. Diese neue Rechtsprechung versuchte der Gesetzgeber bei der Reform 2004 in einem Satz zusammenzufassen.

Die Schwierigkeit eines solchen Unterfangens ist bereits aus den bisherigen Ausführungen zu erahnen und soll im Folgenden ausführlich dargestellt werden. Hierzu sollen zunächst die theoretischen Grundlagen des Rechtsbruchtatbestandes beschrieben werden (Kapitel B.). Sodann soll die Entwicklung der Rechtsprechung nachgezeichnet werden (Kapitel C. I. und C. II.). Hierbei wird vor allem auf die Mängel der bisherigen Rechtslage und auf die Kritik und Lösungsvorschläge des Schrifttums einzugehen sein (C. III.). Deren Darstellung ist unerlässlich, da die neue Rechtsprechung und deren Umsetzung durch den Gesetzgeber letztlich eine Reaktion auf die bisherige Rechtslage und ihre Kritik ist. Bei der Untersu-

¹² Vgl. Schricker, Gesetzesverletzung, S. 12.

¹³ Vgl. hierzu Sack, WRP 1998, 683 ff.

¹⁴ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 UWG Rn. 11.1. Vgl. auch Göting, Schricker-FS, S. 689: „Der Rechtsbruchtatbestand gehört zu den brisantesten Problemen des deutschen Wettbewerbsrechts“.