

Oberlandesgericht München - Aktenzeichen:

- Urteil vom 07.05.2020 - 29 U 769/20 -

Urteil

In dem Rechtsstreit

[...]

hat der 29. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ... sowie Richterin am Oberlandesgericht ... und Richter am Oberlandesgericht ... auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 07.05.2020

für Recht erkannt:

I. Auf die Berufung des Antragsgegners wird das Urteil des Landgerichts Landshut vom 27.11.2019, Az.: 1 HK O 3323/19, berichtigt durch Beschluss des Landgerichts Landshut vom 12.12.2019, abgeändert und wie folgt in seinen Ziffern 1. und 2. gefasst:

- 1. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.**
- 2. Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.**

II. Der Antragsteller trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Gründe:

I. Von einem Tatbestand wird gemäß § 540 Abs. 2, § 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO abgesehen.

II. Die zulässige Berufung ist begründet.

Entgegen der Auffassung des Antragsgegners kann ein rechtsmissbräuchliches Verhalten iSv § 8 Abs. 4 UWG nicht festgestellt werden. Dass vorliegend sachfremde Motive auf Seiten des Antragstellers im Vordergrund stünden, ist nicht ersichtlich. Der Antragsteller fühlt sich durch die Aussagen betroffen und hält diese für wettbewerbswidrig und hat daher naturgemäß das Recht, seine Auffassung gerichtlich überprüfen zu lassen.

Da dem Antragsteller der vom Landgericht zugesprochene Unterlassungsanspruch allerdings nicht zusteht, war das landgerichtliche Urteil auf die Berufung des Antragsgegners abzuändern und der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung (insgesamt) zurückzuweisen. Entgegen der Auffassung des Landgerichts stellt das mit der Berufung noch angegriffene Verhalten keine geschäftliche Handlung iSv § 8 Abs. 1 S. 1, § 3, § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar.

1. Gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung im Sinne des Gesetzes jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrages über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt.

2. Für die Frage, ob die öffentliche Hand eine geschäftliche Handlung vornimmt, ist zunächst zwischen rein erwerbswirtschaftlichen Tätigkeiten einerseits und hoheitlichen Tätigkeiten andererseits zu unterscheiden. Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand ist auch dann als geschäftliche Handlung anzusehen, wenn öffentliche Zwecke mitverfolgt werden. Dagegen ist bei einer Tätigkeit zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu unterscheiden, ob die öffentliche Hand aufgrund gesetzlicher Ermächtigung hoheitlich tätig wird. Ist dies der Fall, ist ihre Betätigung einer Überprüfung anhand des Wettbewerbsrechts entzogen (vgl. BGH, GRUR 2018, 196 Rn. 22, 23 – *Eigenbetrieb Friedhöfe*).

Handelt die öffentliche Hand dagegen zwar zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, wird sie aber ohne ausdrückliche Ermächtigung tätig, ist eine geschäftliche Handlung zwar nicht ausgeschlossen (BGH, GRUR 2018, 196 Rn. 23 – *Eigenbetrieb Friedhöfe*; vgl. ferner die Pressemitteilung des BGH Nr. 28/2020 zu seinem bislang noch nicht veröffentlichten Urteil vom 12.03.2020, I ZR 126/18 – *Warnwetter-App* zum Fall des Überschreitens der Grenzen einer Ermächtigungsgrundlage; a.A. wohl Franzke, in: Büscher, UWG, § 2 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 71). Sie ist aber auch nicht ohne Weiteres zu vermuten, sondern anhand einer umfassenden Würdigung der relevanten Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der konkreten Auswirkungen des Handelns der öffentlichen Hand im Wettbewerb besonders festzustellen (BGH, GRUR 2018, 196 Rn. 23 – *Eigenbetrieb Friedhöfe*).

3. Gemessen an diesen Maßstäben kann vorliegend ein Handeln der Antragsgegnerin im geschäftlichen Verkehr iSv § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG nicht angenommen werden. Die streitgegenständliche Verbraucherinformation ist bereits als von einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage gedeckt anzusehen, jedenfalls aber handelt es sich vorliegend nicht um eine Maßnahme, die der Förderung des Absatzes eines im Wettbewerb stehenden Produkts des Antragsgegners dienen würde.

a) Entgegen der Auffassung des Antragstellers „passt“ die nach der Rechtsprechung des BGH vorzunehmende Abgrenzung zwischen hoheitlichem Handeln einerseits und rein erwerbswirtschaftlichem Handeln andererseits auch auf die hier zu beurteilende Handlung. Soweit der Antragsteller dies mit dem Argument in Abrede stellt, dass die Tätigkeit des Antragsgegners keiner dieser Kategorien eindeutig zuzuordnen sei, ist festzustellen, dass die feingliedrige Abgrenzung des BGH gerade für derartige Fälle gedacht ist. Denn die Prüfung, ob ein lauterkeitsrechtlich zu beurteilendes Handeln vorliegt, beschränkt sich gerade nicht auf die Person des Handelnden, sondern stellt auf die Qualität der konkreten Handlung – hier also die der angegriffenen Äußerungen – ab.

b) Eine rein erwerbswirtschaftliche Betätigung ist nicht Gegenstand des hiesigen Verfügungsverfahrens. Der Antragsgegner ist als Zweckverband zur Wasserversorgung und somit als Körperschaft des öffentlichen Rechts unstreitig mit der Aufgabe betraut, die Einwohner der entsprechenden Gemeinden mit Trinkwasser zu versorgen. In diesem Zusammenhang stehen die hier seitens des Antragstellers angegriffenen Äußerungen, so dass eine *rein* erwerbswirtschaftliche Tätigkeit nicht angenommen werden kann.

c) Die Tätigkeit des Antragsgegners ist entgegen der Auffassung des Antragstellers auch nicht mit einer rein erwerbswirtschaftlichen gleichzusetzen, sondern als hoheitliches Handeln einzustufen.

aa) Dass Wasserversorgung keine öffentliche Tätigkeit wäre – wie der Antragsteller daraus ableiten möchte, dass diese auch auf private Dritte übertragen werden könne – trifft nicht zu. Die Trinkwasserversorgung ist den Gemeinden (und folglich auch dem hier in Anspruch

genommenen Zweckverband) als gesetzliche Aufgabe über Art. 11 Abs. 2, Art. 83 Abs. 1 BV iVm Art. 57 Abs. 2 S. 1 GO übertragen. Diese haben nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, die aus Gründen des öffentlichen Wohls erforderlichen Einrichtungen zur Versorgung mit Trinkwasser herzustellen und zu unterhalten.

Die Übertragbarkeit der Wasserversorgung auch an private Dritte ändert nichts daran, dass die Gemeinde nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften berechtigt und insbesondere auch verpflichtet ist, im Wege der Daseinsvorsorge für eine den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Wasserversorgung zu sorgen. Dass gerade diese Art der Grundversorgung gleichwohl nicht mehr hoheitlich sein soll, vermag nicht zu überzeugen.

bb) Die hier zu beurteilenden Äußerungen über die Qualität des vom Antragsgegner bereitgestellten Trinkwassers fallen in diesen Aufgabenbereich. Der Antragsgegner handelte daher jedenfalls im Rahmen der Erfüllung einer ihm obliegenden hoheitlichen Aufgabe. Der Umstand, dass die Trinkwasserversorgung gegen Entgelt erfolgt, ändert daran nichts, zumal viele Leistungen der öffentlichen Hand nur und ausschließlich gegen Entgelt erbracht werden.

d) Die angegriffenen Äußerungen sind auch von einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage gedeckt und bereits aus diesem Grund einer lauterkeitsrechtlichen Bewertung entzogen.

aa) Für die im Streitfall nach der Rechtsprechung des BGH maßgebliche Frage, ob die öffentliche Hand aufgrund gesetzlicher Ermächtigung gehandelt hat und ihre Betätigung damit einer Überprüfung anhand des Wettbewerbsrechts entzogen ist oder ob die öffentliche Hand zwar zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, aber ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung tätig geworden ist und damit die Feststellung einer geschäftlichen Handlung im Rahmen einer umfassenden Würdigung der relevanten Umstände des Einzelfalls in Betracht kommt, kommt es maßgeblich auf die Bestimmungen an, die der streitigen Handlung zu Grunde liegen (BGH, GRUR 2018, 196 Rn. 27 – *Eigenbetrieb Friedhöfe*).

bb) Wie dargestellt, ergibt sich die Verpflichtung des Antragsgegners zur Trinkwasserversorgung aus Art. 57 Abs. 2 GO. Es handelt sich dabei mithin nicht nur um ein den Gemeinden gem. Art. 11 Abs. 2 S. 2, Art. 83 Abs. 1 BV zugewiesenes Recht der Selbstverwaltung, sondern um eine gesetzliche Verpflichtung für die Daseinsvorsorge, wobei mit Trinkwasser das Wasser gemeint ist, das zumindest auch dazu bestimmt ist, vom Menschen getrunken zu werden (vgl. H.A. Wolff, in: BeckOK KommunalR Bayern, 5. Ed. 01.03.2020, Art. 57 GO Rn. 61; Wolff, in: Lindner/Mö-stl/Wolff, BV, 2. Aufl., Art. 83 Rn. 20, 22).

cc) Die Qualität des Trinkwassers muss der Trinkwasserverordnung entsprechen (H.A. Wolff, in: BeckOK KommunalR Bayern, 5. Ed. 01.03.2020, Art. 57 GO Rn. 60). Aus § 21 TrinkwV ergibt sich zudem die Verpflichtung des Inhabers von Wasserversorgungsanlagen zur Information der Verbraucher über die Qualität des Trinkwassers.

dd) Angesichts dessen sind die angegriffenen Äußerungen als Informationen der Verbraucher über die Qualität des vom Antragsgegner in ihrem Wirkungskreis bereitzustellenden Trinkwassers einzustufen, die von den den Antragsgegner treffenden Pflichten der Daseinsvorsorge gedeckt sind. Dabei kann dahinstehen, ob die Äußerungen inhaltlich den Anforderungen des § 21 TrinkwV entsprechen oder hinsichtlich des Informationsgehalts hinter diesen zurückbleiben; ebenso bedarf es im Streitfall keiner Entscheidung darüber, ob die Informationen inhaltlich zutreffend sind. Denn das Lauterkeitsrecht kommt erst dann überhaupt zur Anwendung, wenn die öffentliche Hand ihren Aufgabenbereich *deutlich erkennbar* verlässt und ohne Rechtsgrundlage *in den Wettbewerb eingreift* (Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 38. Aufl., § 3a

Rn. 2.21). Dies kann vorliegend nicht angenommen werden, so dass die geltend gemachten Ansprüche von vornherein ausscheiden.

e) Selbst wenn man indes vertreten wollte, dass mangels ausdrücklich vom Antragsgegner für sein konkretes Handeln für sich in Anspruch genommener Ermächtigungsgrundlage die Annahme einer geschäftlichen Handlung *grds.* in Betracht käme, ist eine solche vorliegend zu verneinen. Die angegriffenen Äußerungen stellen gerade keine absatzfördernde, wettbewerbsbezogene Maßnahme dar, da es dem Antragsgegner bei diesen Äußerungen ersichtlich nicht darum geht, den Absatz „seines“ Trinkwassers zu steigern, mithin die Verbraucher in seinem Versorgungsgebiet dazu aufzufordern, mehr Wasser „abzunehmen“, sondern lediglich darum, die in seinem Gebiet lebenden Einwohner, etwaige Zugzugswillige oder potentielle Touristen in einfacher Sprache über wichtige Gegebenheiten vor Ort – nämlich die Wasserqualität – zu unterrichten. Dass dies dazu führen kann, dass die im Einzugsgebiet ansässigen Verbraucher zukünftig vermehrt Leitungswasser anstelle von Mineralwasser trinken, ist für die Einordnung als nicht geschäftliche Handlung unerheblich, denn eine derartige Wettbewerbsberührung tritt allenfalls reflexartig auf und zudem ersichtlich nebensächlich hinter den eigentlichen Beweggründen des Antragsgegners zurück (vgl. Altmann, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., § 66 Rn. 14). Dass die Überschrift der entsprechenden Informationsseite „Trinkwasser und Mineralwasser im Vergleich“ lautet, ändert daran nichts, die eigentlichen Beweggründe, die Verbraucher über die Tätigkeit des Zweckverbands im Bereich der ihm übertragenen Daseinsvorsorge zu informieren, treten nach wie vor offensichtlich zu Tage.

f) Die seitens des Antragstellers – der im Übrigen § 21 TrinkwV auf S. 11 seines Schriftsatzes vom 04.05.2020 (Bl. 63 d.A.) selbst als Ermächtigungsgrundlage bezeichnet – dagegen vorgebrachten Argumente überzeugen nicht. Insbesondere kann sich der Antragsteller nicht darauf berufen, dass die Äußerungen gegen die HCV verstießen und deshalb nicht von § 21 TrinkwV gedeckt sein könnten.

aa) Wie dargestellt, kommt das Lauterkeitsrecht bei einem auf eine Ermächtigungsgrundlage *grds.* zu stützendem Verhalten nur in Betracht, wenn die öffentliche Hand ihren Aufgabenbereich deutlich verletzt und ohne Rechtsgrundlage in den Wettbewerb eingreift. Erst wenn dies anzunehmen ist, kann lauterkeitsrechtlich über § 3a UWG ein Verstoß gegen Marktverhaltensregelungen geprüft werden, hier also ein Verstoß gegen die HCV. Umgekehrt kann indes der Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts nicht bereits deswegen bejaht werden, weil ein Verstoß gegen eine Marktverhaltensregelung vorliegen soll, ohne dass zuvor ein Handeln im geschäftlichen Verkehr zu bejahen wäre. In letzterem Fall mag eine Handlung rechtswidrig sein; über das Lauterkeitsrecht angreifbar wird sie dadurch allein jedoch nicht.

bb) Ungeachtet dessen ist auch nicht erkennbar, dass der Anwendungsbereich der HCV eröffnet wäre, denn hierfür wäre Voraussetzung, dass es sich vorliegend um eine kommerzielle Mitteilung iSv Art. 1 (2) [1] HCV handeln würde – was nicht der Fall ist.

(i) Zwar können *grds.* auch Äußerungen von Behörden und dem Staat nahestehenden Organisationen als kommerzielle Mitteilung anzusehen sein. Voraussetzung dafür ist allerdings nicht nur, dass sich die Äußerung auf ein konkretes Lebensmittel bzw. eine konkret bezeichnete Gruppe von Lebensmitteln und auf einen bestimmten Hersteller bzw. eine bestimmte Gruppe von Herstellern bezieht, sondern auch, dass mit der Äußerung eine Förderung des Absatzes verbunden sein *soll* (Rathke/Hahn, in: Zipfel/Rathke, LebensmittelR, 174. EL, Art. 1 VO (EG) Nr. 1924/2006 Rn. 15).

(ii) Dass dies die Intention des Antragsgegners bei den streitgegenständlichen Äußerungen ist, kann nicht erkannt werden. Der Antragsgegner wollte sich mit seinen Äußerungen ersichtlich nicht in den Wettbewerb mit Mineralwasser-/Flaschenwasser-Vertreibenden setzen, sondern lediglich über die Qualität des in seinem räumlichen Gebiet aus dem Hahn kommenden Trinkwassers informieren, was dem Sinn und Zweck nach allenfalls einer allgemeinen Ernährungsempfehlung iSv Erwägungsgrund 4 HCV entspricht und daher auch nach dem Verständnis des Verordnungsgebers nicht dem Anwendungsbereich der HCV unterfallen soll. Ungeachtet dessen enthält der angegriffene Text gerade keine Aussage, die dahingehend verstanden werden kann, dass die angesprochenen Leser mehr Leitungswasser konsumieren und damit den Absatz des Antragsgegners fördern sollen: Es geht dem Zweckverband ersichtlich nicht um den Verkauf von Wasser, sondern um die Information, dass das dort aus dem Hahn kommende Wasser bedenkenlos auch zum Trinken verwendet werden kann. Und selbst der Antragsteller erkennt, dass gerade nicht eine Absatzförderung Ziel der Aussagen ist, wenn er ausführt, dass es das Ziel der Aktion sei, „einen imaginären, mit dem Mineralwasserkonsum vermeintlich verbundenen Plastikmüll zu minimieren“ (S. 4 des Schriftsatzes v. 04.05.2020, Bl. 56 d.A.).

cc) Soweit der Antragsteller für seine Rechtsauffassung Ausführungen zu den BGH-Entscheidungen GRUR 2018, 196 – *Eigenbetrieb Friedhöfe* und GRUR 2019, 189 – *Crailsheimer Stadtblatt II* macht, führt dies nicht zum Erfolg, da diesen beiden Fällen gänzlich andere Konstellationen zugrunde lagen, die auf die hiesige nicht übertragbar sind.

dd) Schließlich steht die hiesige Rechtsauffassung auch nicht im Gegensatz zur Entscheidung des 6. Senats des OLG München in Sachen 6 U 2646/98, denn auch dort hat der Senat die Einhaltung der Regeln des lautereren Wettbewerbs ersichtlich nur deshalb für anwendbar gehalten, weil er im dortigen Fall eine Werbemaßnahme angenommen hat, die als solche nicht zur Daseinsvorsorge gehöre. Diese Auffassung steht der hiesigen nicht entgegen; der Unterschied ist indes, dass die vorliegenden Äußerungen aus den dargestellten Gründen gerade nicht als Werbeaktion zu werten sind.

III. Zu den Nebenentscheidungen:

Die Entscheidungen über die Kosten beruhen auf § 91 ZPO.

Für die Zulassung der Revision ist im Streitfall, dem ein Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zugrunde liegt, kein Raum (vgl. § 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO).