

DHI

Walter Georg Leisner

**Wettbewerbsschutz vor Irreführung
durch die Handwerksordnung?**

**Schutz der handwerklichen Berufs-
bezeichnungen der Anlage A
vor irreführendem Missbrauch**

unter besonderer Berücksichtigung
des Bäckerhandwerks

Gefördert durch:



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Energie

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



DHKT
DEUTSCHER
HANDWERKSKAMMERTAG

sowie die
Wirtschaftsministerien
der Bundesländer

Walter Georg Leisner

Wettbewerbsschutz vor Irreführung durch die Handwerksordnung?

Schutz der handwerklichen Berufsbezeichnungen
der Anlage A vor irreführendem Missbrauch
unter besonderer Berücksichtigung des Bäckerhandwerks

© Copyright 2014 Ludwig-Fröhler-Institut
für Handwerkswissenschaften, München
Bereich Handwerksrecht (HRI)
Forschungsinstitut im Deutschen Handwerksinstitut*

ISBN 978-3-7734-0337-7

Kommissionsverlag: Gildebuchverlag GmbH & Co. KG
31061 Alfeld

Druck: Stürtz GmbH
97080 Würzburg

* Das Deutsche Handwerksinstitut e.V. wird gefördert vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie auf Grund eines Beschlusses des Deutschen Bundestages sowie von den Wirtschaftsministerien der Bundesländer und vom Deutschen Handwerkskammertag.

**Wettbewerbsschutz vor Irreführung
durch die Handwerksordnung?**

Schutz der handwerklichen Berufsbezeichnungen
der Anlage A vor irreführendem Missbrauch
unter besonderer Berücksichtigung des Bäckerhandwerks

von

Priv.-Doz. Dr. Walter Georg Leisner, München

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	10
A. Ausgangslage, Fragestellung und Gang der Untersuchung	12
I. Ausgangslage und Fragestellung	12
II. Gang der Untersuchung	16
III. Ergebnis zu A.	16
B. Existenz eines handwerklichen Gewerbebegriffs – Maßstab der HwO und der GewO	17
I. Betriebsbezogenheit des Gewerbebegriffs	17
1. Gesetzliche Ausgangslage bzgl. des Gewerbebegriffs	17
2. Analyse des Gewerbebegriffs in der Rechtsprechung	18
II. Der Gewerbebegriff als Determinante eines Handwerksbetriebs – Existenz einer Regelvermutung?	19
1. Gesetzliche Konzeption der HwO – Relevanz des Gewerbebegriffs	20
a) Historische Betrachtungsweise – der Gewerbebegriff in der HwO und ihren Vorläufern	20
aa) Die Zeit der Zünfte	20
bb) Weitere Entwicklung/Handwerksmäßiges Betreiben i.S.d. HwO – Begriffsmerkmal der Selbständigkeit	22
b) Gegenwärtige Rechtslage im Rahmen der HwO – Relevanz des Gewerbebegriffs	23
aa) Primärer Anknüpfungspunkt der HwO an die Berufsqualifikation	23
bb) Anknüpfungspunkt auch an die Produktionsstätte bzw. den betriebsbezogenen Gewerbebegriff?	24
2. Gesamtschau der Rechtsprechung hinsichtlich des Bedeutungsinhalts des Gewerbebegriffs für den Handwerksbetrieb	25
3. Zwischenergebnis	25
III. Unterscheidung zwischen herstellendem Gewerbe und Handelsgewerbe – unter besonderer Berücksichtigung des Begriffs der Bäckerei	25
1. Gewerbebegriff – Bedeutungsinhalt und Wirkungsumfang unter gesetzessystematischen Gesichtspunkten	25
2. Abgrenzung von Handelsgewerbe und herstellender	

Industrie bzw. Handwerk – Abgrenzungskriterium des Gewerbebegriffs als solchem?	27
a) Historische Betrachtungsweise der Abgrenzungskriterien und -streitigkeiten	27
b) Gesamtschau der Rechtsprechung bzgl. des Handelsgewerbes und des herstellenden Gewerbes in industrieller und handwerklicher Form – Formen der Abgrenzung	33
aa) Abgrenzungskriterien nach der Rechtsprechung – ein tätigkeitsbezogener Ansatz	34
bb) Abgrenzungen der Rechtsprechung speziell im Bäckereigewerbe	39
cc) Zwischenergebnis	40
c) Abgrenzungskriterien speziell für Handel und Handwerk/Industrie nach der Literatur und Gesetzgebung – Relevanz des Gewerbebegriffs	40
3. Zwischenergebnis	41
IV. Ergebnis zu B.	41
C. Wettbewerbsschutz durch Art. 12 GG	43
I. Der Schutzzumfang des Art. 12 GG	43
II. Ergebnis zu C.	46
D. Wettbewerbsschutz durch die HwO?	47
I. Möglichkeit der Verortung eines Wettbewerbsschutzes in der HwO?	47
1. Begriffsdefinition „Wettbewerb“	47
2. Wettbewerbsschutz durch Normen der HwO?	49
a) Wettbewerbsschutz durch § 51 HwO?	49
b) Wettbewerbsschutz durch § 51d HwO?	50
c) Wettbewerbsschutz durch § 54 Abs. 4 HwO?	51
d) Wettbewerbsschutz durch § 6 Abs. 1 HwO i.V.m. Anlage D?	52
e) Zwischenergebnis	52
3. Wettbewerbsschutz durch analoge Anwendung bestehen der Regelungen der HwO?	53
a) § 51 HwO analog?	53
aa) Planwidrige Regelungslücke	53
bb) Vergleichbare Rechtslage	54

b) § 51d HwO analog?	55
II. Ergebnis zu D.	55
E. Wettbewerbsschutz des UWG – Schutz des Gewerbebegriffs nach der Verkehrsanschauung?	57
I. UWG und HwO – Eine Ergänzung des Wettbewerbsschutzes der HwO oder autonome Zwecksetzung?	57
1. Verhältnis der Gesetze zueinander	57
a) Zwecksetzung UWG im Vergleich zur HwO	57
b) Begrifflichkeiten – Autonome Begriffsbildungen oder Erfordernis des Gleichlaufs der Begriffe von UWG und HwO/GewO?	58
c) Zwischenergebnis	59
2. Gesetzliche Einfallstore der HwO in das UWG	59
a) Entwicklung des UWG und Reformen	59
b) Einfallstore der HwO bzw. handwerklicher Begrifflichkeiten in das UWG – ein Überblick	61
aa) §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. §§ 1, 7 HwO – Rechtsbruchtatbestand	62
bb) § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG – Werbung z.B. mit handwerklichen Begriffen	62
cc) § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG – Orts- und Gattungsangaben	62
II. § 4 Nr. 11 UWG – Rechtsbruchtatbestand – die direkte Einflussnahme der HwO	63
1. Direkte Übernahme der Begrifflichkeiten der HwO	63
2. Irrelevanz der Produktions- bzw. Betriebsstätte	64
III. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 3 UWG – irreführende geschäftliche Handlungen – die bloße Berücksichtigung der HwO im Rahmen autonomer Begriffsbildung	64
1. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG	64
a) Werbung mit Leistungen, die Handwerksbetrieben vorbehalten sind, obwohl keine Eintragung in die Handwerksrolle gegeben ist	65
b) Irreführung über Titel	66
c) Irreführung über den handwerksmäßigen Charakter des Betriebs	66
2. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG	67
a) Irreführung über die handwerkliche Herstellung	67

b)	Irreführung über die eigene Herstellung	68
c)	Irreführung über das Verfahren der Herstellung oder Erbringung	69
3.	§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG – Irreführung über die Bezugsart und die Bezugsquelle	69
IV.	§ 3 UWG – Schutz vor Irreführung – autonome Begriffsbildung im Rahmen der Generalklausel	70
1.	Anwendungsbereich von § 3 Abs. 1 UWG	70
2.	Irreführung durch die Verwendung handwerklicher Begriffe	70
3.	Übersicht der Rechtsprechung bzgl. der unzulässigen Verwendung handwerklicher Begriffe	71
V.	Die Verkehrsanschauung und der Verbraucherbegriff – das Einfallstor des unbestimmten Rechtsbegriffs?	72
1.	Maßgeblicher Verbraucherbegriff i.R.v. § 3 UWG – Eine Entwicklung hin zur Berücksichtigung von berufsspezifischem Begriffsverständnis?	72
2.	Möglichkeiten der Ermittlung der Verkehrsanschauung – Ein Steuerungselement?	73
a)	Gutachten	73
b)	Eigene Sachkenntnis des Gerichts	74
3.	Einheitlichkeit der Verkehrsanschauung im Gebiet der Bundesrepublik – Einheitlicher wettbewerbsrechtlicher Schutz des Gewerbebegriffs?	75
4.	Problemstellung, die im Gutachten zur Ermittlung der Verkehrsanschauung aufzuwerfen wäre	75
VI.	Ergebnis zu E.	76
F.	Fehlende spezialgesetzliche Normen zum Wettbewerbsschutz	77
I.	Fehlen von spezialgesetzlichen Normen	77
II.	Ergebnis zu F.	77
G.	Die nationalrechtliche Situation eines beschränkt wettbewerbsrechtlichen Schutzes des Gewerbebegriffs: Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht?	78
I.	Vereinbarkeit des Schutzniveaus des Betriebsbegriffs nach dem nationalen Lauterkeitsrecht mit den Grundfreiheiten	79
II.	Gewährung eines weitergehenden lauterkeitsrechtlichen Schutzes des Betriebsbegriffs durch das Unionsrecht?	81

1.	Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung – RL 2006/114/EG	81
2.	Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – RL 2005/29/EG	82
3.	Zwischenergebnis	82
III.	Ergebnis zu G.	82
H.	Relevanz der Ergebnisse für die Praxis – Ein Leitfaden zur Erwirkung einer gegebenenfalls modifizierten Rechtsprechung	83
I.	Rechtsweg und Klageart	83
1.	Klage auf Beseitigung und Schadenersatz	84
2.	Klage auf Unterlassung	84
II.	Die Klage in erster Instanz – Gutachten zur Ermittlung der Verkehrsanschauung	84
III.	Die Berufung bzw. Revision gegen ein abweisendes Urteil	85
1.	Tatsachenermittlung	85
2.	Verkehrsanschauung	85
3.	Rechtliche Argumentation	86
IV.	Entgegenstehende rechtskräftige Entscheidung – die regionale Uneinheitlichkeit der Verkehrsanschauung	86
V.	Ergebnis – auch im Hinblick auf LG Wuppertal	86
J.	Einzelergebnisse und Gesamtergebnis	88
I.	Einzelergebnisse der Abschnitte A. bis H.	88
II.	Gesamtergebnis	90
	Literaturverzeichnis	92

Vorwort

Die Handwerksordnung listet in ihrer Anlage A die einzelnen zulassungspflichtigen Handwerke auf und fordert für die Ausübung dieser Handwerke das Innehaben eines Meistertitels bzw. einer vergleichbaren Qualifikation. Die Verwendung der Ausbildungsbezeichnung „Meister“ in Verbindung mit einem zulassungspflichtigen Handwerk stellt die Handwerksordnung durch die Regelung in § 51 HwO unter Schutz, und bringt damit zum Ausdruck, was in der Gesellschaft von Heute der Verbraucher mit dem Begriff des „Meisters“ (immer noch) verbindet: eine erhöhte Qualität der Leistungserbringung.

In letzter Zeit mehren sich nun aber in der Praxis die Fälle, in denen einzelne Gewerbetreibende sich zwar nicht als „Meister“ eines zulassungspflichtigen Handwerks bzw. als „Meisterbetrieb“ eines bestimmten Handwerks am Markt beteiligen, aber die Gewerbe der Anlage A gleichwohl im Rahmen ihrer Unternehmensbezeichnung verwenden.

Diese Fälle waren Bestandteil vereinzelter Rechtsprechung, aktuelles Beispiel die Entscheidung des LG Wuppertal aus dem Jahre 2013 (Az. 13 O 70/12) im Zusammenhang mit dem Gewerbe der Bäcker. Zu beurteilen war die Frage, ob die Verwendung der Begrifflichkeiten „Bäckerei K“, „Bäckerei-Café“, „Bäckerei K Ihr Familienbäckereiladen“ auch dann in zulässiger Weise erfolgt, wenn der Betriebsinhaber nicht in die Handwerksrolle eingetragen ist, d.h. auch nicht die dafür erforderliche (Meister-)Qualifikation aufweisen kann und die vertriebenen Backwaren nicht selbst herstellt, sondern nur angelieferte Brötchenteiglinge aufbackt und diese verkauft. Das gegenständliche Urteil kam zum Ergebnis, dass nach dem UWG die Verkehrsanschauung maßgeblich ist, um festzustellen, ob eine rechtlich relevante und damit unzulässige *Irreführung* vorliegt. Nach eigener Sachkunde entschied das Gericht weiter, dass fragliche Verkehrsanschauung mit dem Begriff der „Bäckerei“ in Zeiten von Selbstbedienungsbackshops nicht mehr die eigene Herstellung der Backwaren verbindet, sondern den Begriff mit der Bezeichnung für das Ladengeschäft, in dem Backwaren vertrieben werden, verbindet. Spätestens seit dieser Entscheidung muss daher die Frage gestellt werden:

Wann ist im Rahmen der Verwendung der Unternehmensbezeichnungen aus der Anlage A zur HwO die Grenze zu einem unzulässigen irreführenden Missbrauch einer Berufsbezeichnung der HwO überschritten? Unterstellt die Verkehrsauffassung bei Verwendung der Unternehmensbezeichnung für ein zulassungspflichtiges Handwerk auch das Innehaben eines entsprechenden Meistertitels, so dass nur der Begriff der „Bäckerei“ verwendet werden darf, wenn eine Handwerksrolleneintragung mit dem entsprechenden Gewerbe tatsächlich besteht? Liegt bei deren Fehlen eine unlautere Wettbe-

werbshandlung im Sinne des Wettbewerbsrechts oder des Handwerksrechts vor, droht gar eine Verwässerung der Berufsbezeichnungen des Handwerks und eine Irreführung der Verbraucher durch die Verwendung solcher Werbeaussagen? Bedarf es nicht vielmehr stets eines nachweisbaren Produktionselementes (Backstube), d.h. ein *eigenes* Herstellen, um das Unternehmen etwa „Bäckerei“ nennen zu dürfen?

Diese Abhandlung befasst sich – unter Analyse der Entscheidung des LG Wuppertal, der Normen der HwO sowie des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) – mit den vorstehend aufgeworfenen Fragen, die für alle Handwerke der Anlage A gelten; diese finden ihre Beantwortung in einem abrundenden Praxisleitfaden zum Schutz handwerklicher Berufsbezeichnungen vor irreführendem Missbrauch.

September 2014

Der Verfasser

A. Ausgangslage, Fragestellung und Gang der Untersuchung

I. Ausgangslage und Fragestellung

Die Handwerksordnung (HwO) untergliedert ihrem System nach die einzelnen handwerklichen Gewerbe in die Kategorien des *zulassungspflichtigen* Handwerks, des *zulassungsfreien* Handwerks und der *handwerksähnlichen Gewerbe*. Eine Auflistung der einzelnen Gewerbe findet sich in der Anlage A zu dem Gesetz zur Ordnung des Handwerks im Zusammenhang mit den zulassungspflichtigen Handwerken und der Anlage B in ihrem ersten Abschnitt für die zulassungsfreien Handwerke und den handwerksähnlichen Gewerben im Rahmen des zweiten Abschnitts der Anlage B.

Diese gesetzliche Kategorisierung hat u.a. Auswirkung auf die Berechtigung zur Ausübung dieser Gewerbe. So dürfen die zulassungspflichtigen Handwerke der Anlage A nach § 1 Abs. 1 HwO nur ausgeübt werden, wenn eine Handwerksrolleneintragung (§§ 6 Abs. 1, 7 HwO) vorliegt, die wiederum an die Voraussetzung des Innehabens des Meistertitels (§ 7 Abs. 1a HwO) oder einer vergleichbaren Qualifikation¹ anknüpft². Diese Reglementierung des Berufszugangs gibt es im Zusammenhang mit den Gewerben der Anlage B nicht, eines Qualifikationsnachweises bedarf es nicht³ und auch eine Eintragung in das Inhaberverzeichnis nach § 19 HwO hat keine konstitutive Wirkung, so dass die Ausübung des Gewerbes nicht abhängig ist von der Eintragung in das Verzeichnis⁴.

Die vorstehende Unterscheidung ist neben der *Handwerksausübung* auch im Zusammenhang mit dem *Marktauftritt* des Gewerbetreibenden zu berücksichtigen. Die Werbung mit einer Vorbehaltstätigkeit durch einen Gewerbetreibenden, der weder den Meistertitel innerhalb des entsprechenden Handwerks noch eine vergleichbare Qualifikation inne hat, ist nach der Handwerksordnung unzulässig gem. § 117 Abs. 1 Nr. 2 HwO i.V.m. § 51 HwO. Nach § 117 Abs. 1 Nr. 2 HwO liegt eine Ordnungswidrigkeit vor, wenn entgegen § 51 HwO die Ausbildungsbezeichnung „Meister/Meisterin“ geführt wird. Die Norm bezweckt den Schutz des Meistertitels in Verbindung mit den Handwerken der Anlage A⁵ und sanktioniert die unzulässige Führung des Titels nach § 117 Abs. 2 HwO mit einer Geldbuße.

¹ Die Zulassung der Ausübung der Handwerke der Anlage A knüpft an das Vorliegen besonderer subjektiver Kriterien an: Meisterqualifikation (§ 7 Abs. 1a HwO), vergleichbare Prüfung und sonstige subjektive Qualifikation (§ 7 Abs. 2, Abs. 2a, Abs. 7, Abs. 9 HwO), Einstellung eines qualifizierten Betriebsleiters (§ 7 Abs. 1 S. 1 HwO); *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 12.

² *Leisner, W.G.*, Die „wesentliche Tätigkeit“ eines Handwerks in § 1 Abs. 2 HwO, S. 11.

³ *Stork*, in: *Schwannecke*, HwO, § 19 Rn. 4.

⁴ *Stork*, in: *Schwannecke*, HwO, § 19 Rn. 6.

⁵ *Detterbeck*, HwO, § 51 Rn. 1; Nach § 117 Abs. 1 Nr. 2 HwO liegt auch eine Ordnungswidrigkeit vor, wenn entgegen der Regelung des § 51d HwO die Ausbildungsbezeichnung „Meister/Meisterin“ im Zusammenhang mit dem zulassungsfreien Handwerk oder dem handwerksähnlichen Gewerbe geführt wird, wenn die entsprechende Qualifikation in diesem Handwerk oder Gewerbe nicht vorliegt.

Die Handwerksordnung selbst regelt und sanktioniert damit den Fall, in dem ein Gewerbetreibender den Meistertitel missbraucht, indem er sich als Meister eines zulassungspflichtigen Handwerks bezeichnet, ohne diese Qualifikation inne zu haben.

Eine *Ordnungswidrigkeit* stellt damit etwa die Führung der Bezeichnung „Bäckermeister“ dar, ohne die Meisterprüfung im Bäckerhandwerk erfolgreich absolviert zu haben und in die Handwerksrolle eingetragen zu sein. Dieses Verbot erscheint auch sachgerecht, da durch das Verwenden des Meistertitels in Verbindung mit einem zulassungspflichtigen Handwerk dem Verbraucher gegenüber suggeriert wird, qualifizierte Kenntnisse und Fertigkeiten dieses Handwerks zu besitzen. Nur wer diese erhöhten Fertigkeiten auch tatsächlich besitzt, soll auch damit werben dürfen. In diesem Sinne stellt die Handwerksordnung das unberechtigte Führen der Ausbildungsbezeichnung „Meister/Meisterin“ zu Recht unter Strafe.

In der Praxis mehren sich nun aber die Fälle, in denen die Gewerbetreibenden nicht in unzulässiger Weise den Meistertitel im vorstehend dargestellten Sinne verwenden, sondern *mit dem Gewerbe als solchem werben*. Damit stellt sich nunmehr die Frage, unter welchen Voraussetzungen es aus *handwerksrechtlicher*, aber auch aus *wettbewerbsrechtlicher* Sicht zulässig ist, bezogen etwa auf das Bäckergewerbe, mit dem Begriff „Bäckerei“ zu werben⁶. Setzt die Bezeichnung „Bäckerei“ immer das Vorhandensein eines produzierenden Gewerbes voraus, mit der Folge, dass sich nur als „Bäckerei“ bezeichnen darf, wer eine eigene Produktionsstätte aufweist? Darf – umgekehrt – ein Betrieb, der selbst nicht produziert, sondern nur angelieferte fertig gebackene Ware verkauft, sich „Bäckerei“ nennen? Ist der Fall anders gelagert, wenn der Gewerbetreibende im eigenen Laden fertig angelieferte Brötchenteiglinge nur aufbackt, ohne diese selbst hergestellt zu haben; dann wäre „Backen“ auch im Sinne eines „Aufbackens“ zu verstehen? Diese aufgeworfenen Fragen können nicht nur unter alleiniger Anwendung der Regelungen der HwO begutachtet werden, vielmehr besteht ein starker Bezug zum Wettbewerbsrecht in Form des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

Die Meinungen zu diesen vorstehend aufgeworfenen Fragen divergieren, v.a. im Zusammenhang mit der Kernfrage, ob „Bäckerei“ stets dahingehend zu verstehen ist, dass diese Bezeichnung nur dann zu Recht geführt werde,

⁶ Im Rahmen dieser Begutachtung wird aufgrund aktuellen Anlasses, basierend auf dem Urteil des LG Wuppertal (Urteil vom 08.05.2013, Az. 13 O 70/12 in: GewArch 2013, 454 ff.), welches inhaltlich das Handwerk des Bäckers thematisierte und in der Praxis zu erhöhtem Diskussionsbedarf geführt hat, primär das zulassungspflichtige Handwerk der Bäcker exemplarisch verwendet. Die allgemeinen Aussagen gelten ihrem Inhalt nach, soweit es sich nicht um Spezifika des Bäckerhandwerks handelt, entsprechend auch für die übrigen zulassungspflichtigen Handwerke der Anlage A.

wenn auch selbst in der *eigenen Backstube* produziert wird. Während einerseits von den Vertretern der restriktiven Ansicht angenommen wird, dass dem Begriff „Bäckerei“ stets ein Produktionsmoment innewohnt, mit dem Argument, dass andernfalls eine Verwässerung der Berufsbezeichnungen der Handwerksordnung und ihre missbräuchliche Benutzung drohe, gibt es auch durchaus andere Ansichten zu dieser Problematik⁷.

So hat das *LG Wuppertal*⁸ in einem ähnlich gelagerten Fall entschieden, dass sich auch ein Betrieb, der nicht selbst produziert, sondern „nur“ angelieferte Brötchenteiglinge selbst aufbackt, in zulässiger Weise die Werbung „Bäckerei K“, „Bäckerei-Café“, „Bäckerei K Ihr Familienbäckereiladen“ verwenden darf (Herv. v. Verf.). Im Ergebnis werde, so das LG Wuppertal, bei den Kunden nicht die Fehlvorstellung hervorgerufen, dass die vertriebenen Backwaren selbst hergestellt werden.

Das Gericht befasste sich im Rahmen seiner Urteilsfindung überwiegend mit den einzelnen Tatbeständen des UWG und lehnte diese allesamt ab:

Eine unlautere Wettbewerbshandlung liege nicht vor, da die fehlende Eintragung in die Handwerksrolle kein Verstoß gegen § 1 HwO darstelle, da der Gewerbetreibende in dem zu entscheidenden Fall nicht das Handwerk des Bäckers ausübe⁹. Dass die Gewerbetreibende die von ihr vertriebenen Backwaren nicht selbst herstellte, sondern von einer anderen Bäckerei bezog und die gelieferten Brötchenteiglinge selbst aufbackt, erfülle nicht das Merkmal der „Handwerksmäßigkeit“ im Sinne des § 1 HwO, so dass die Gewerbetreibende nicht das Handwerk des Bäckers ausübe und damit keine Handwerksrolleneintragung erforderlich sei¹⁰.

Ebenso liege keine unlautere Wettbewerbshandlung wegen Irreführung über die Befähigung und Qualifikation des Inhabers und seiner Mitarbeiter vor¹¹. Es sei nicht ersichtlich, dass durch die Verwendung der Bezeichnung „Bäckerei“ bei den Kunden die Fehlvorstellung hervorgerufen werde, dass die Inhaberin in die Handwerksrolle eingetragen sei und über eine entsprechende Qualifikation verfüge¹².

Auch erfolge durch die Werbung keine Irreführung infolge der Täuschung über die Herkunft und die Art und Weise der Herstellung¹³. Nach Ansicht des Gerichts rufe die Gewerbetreibende unter Verwendung der vorstehend

⁷ Vgl. zu dieser Problematik auch *Hüpers*, GewArch 2014, 190 ff. entwickelt aus *Hüpers*, Der Beitrag des Wettbewerbsrechts zur Lauterbarkeit im Handwerk, in: Festschrift für Helmut Köhler, 2014.

⁸ LG Wuppertal, Urteil vom 08.05.2013, Az. 13 O 70/12 in: GewArch 2013, 454 ff.

⁹ LG Wuppertal GewArch 2013, 454, 454 f. unter Prüfung des Tatbestandes des §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 1 HwO.

¹⁰ LG Wuppertal GewArch 2013, 454, 455.

¹¹ LG Wuppertal GewArch 2013, 454, 455 unter Prüfung des Tatbestandes des §§ 3, 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG.

¹² LG Wuppertal GewArch 2013, 454, 455.

¹³ LG Wuppertal GewArch 2013, 454, 455 unter Prüfung des Tatbestandes des §§ 3, 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG.

genannten Begrifflichkeiten bei ihren Kunden nicht die Fehlvorstellung hervor, dass die verkauften Backwaren selbst hergestellt werden¹⁴. Die Aussagekraft einer *Unternehmensbezeichnung* sei nach der Verkehrsauffassung zu beurteilen, vorliegend die Durchschnittsbevölkerung unterschiedlichen Alters¹⁵.

Das Gericht führte dazu aus:

„Selbst wenn mit dem Begriff der „Bäckerei“ früher die Assoziation einer Backstube einherging, ist diese Assoziation heute nicht mehr vorherrschend. Sie basiert auf einem nicht mehr zeitgemäßen Vorstellungsbild. Selbständige Bäckereibetriebe mit einer eigenen Backstube sind heute die Ausnahme. Vorherrschend sind Ketten, deren reine Verkaufsfilialen häufig als „Bäckerei“ (z.B. SB-Bäcker) bezeichnet werden. Hier ist es für den Kunden offensichtlich, dass der jeweiligen Filiale keine eigene Backstube angeschlossen ist. Vielmehr werden lediglich – wie auch im vorliegenden Fall – Brötchenteiglinge angeliefert, die dann aufgebakken werden. Für den Kunden ist es auch meist nicht entscheidend, dass die von ihm gekauften Backwaren direkt aus einer der Verkaufsfilialen angeschlossenen Backstube stammen. Vielmehr stellt sich der Kunde unter dem Begriff „Bäckerei“ heutzutage schlicht ein Geschäft vor, in dem Backwaren bezogen werden können. Folglich tätigt er seinen Einkauf auch nicht mit dem Vorstellungsbild einer angeschlossenen Backstube“ (Herv. v. Verf.)¹⁶.

Nach vorstehender Ansicht des Gerichts verbinden die Kunden demnach mit dem Begriff der „Bäckerei“ nicht mehr das Bestehen einer *eigenen Backstube*. Im Ergebnis beurteilte das Gericht die Situation unter eigener Festlegung der Verkehrsauffassung. Tragender Aspekt war die Ansicht des Gerichts, dass der Verbraucher in heutiger Zeit nicht mehr davon ausgehe, dass eine „Bäckerei“ auch tatsächlich selbst produziere und eine angeschlossene Backstube existiere. Zu dieser maßgebenden Verkehrsauffassung kam das Gericht im vorliegenden Falle aufgrund eigener Sachkompetenz, ohne die Einholung eines entsprechenden Gutachtens zur Bestimmung der Verkehrsauffassung, was auch prompt auf Widerspruch in der Literatur gestoßen ist und Gegenstand kontroverser Debatten im Handwerk und darüber hinaus geworden ist¹⁷.

Diese Abhandlung soll sich in diesem Lichte mit der Kernfrage befassen, ob ein Wettbewerbsschutz durch die Handwerksordnung selbst, aber auch jen-

¹⁴ LG Wuppertal GewArch 2013, 454, 455.

¹⁵ LG Wuppertal GewArch 2013, 454, 455.

¹⁶ LG Wuppertal GewArch 2013, 454, 455.

¹⁷ *Hüpers*, GewArch 2014, 190 ff. entwickelt aus *Hüpers*, Der Beitrag des Wettbewerbsrechts zur Lauterbarkeit im Handwerk, in: Festschrift für Helmut Köhler, 2014.

seits der Handwerksordnung dahingehend besteht, dass, dargestellt am Beispiel der Bäckerei, der Bezeichnung „Bäckerei“ immer ein eigenes inhärentes Produktionsmoment innewohnen muss. Es geht also rechtlich betrachtet um die grundsätzliche Frage: *„Wettbewerbsschutz vor Irreführung durch die Handwerksordnung? Schutz der handwerklichen Berufsbezeichnungen der Anlage A vor irreführendem Missbrauch“*.

II. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung hat folgende *Vorgehensweise* zum Inhalt:

Zu Beginn erfolgt eine Einzelbetrachtung hinsichtlich des Begriffs der „Bäckerei“ am Maßstab der beiden Rechtsgebiete HwO und GewO (*vgl. unter B.*). Im Folgenden wird die Frage behandelt, welche Anforderungen an den Wettbewerbsschutz sich aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 12 GG ableiten lassen (*vgl. unter C.*) und inwieweit sich vor diesem Hintergrund *aus der Handwerksordnung selbst* ein Wettbewerbschutz ableiten lässt (*vgl. unter D.*). Anschließend erfolgen eine Untersuchung der durch das UWG vorgegebenen Rahmenbedingungen (*vgl. unter E.*) bzw. spezialgesetzliche Vorschriften (*vgl. unter F.*) sowie eine Überprüfung des Befundes des nationalen Rechts an den Anforderungen des Unionsrechts (*vgl. unter G.*). Die gefundenen Ergebnisse werden sodann auf ihre Relevanz für die Praxis evaluiert sowie in einen Leitfaden eingebettet (*vgl. unter H.*).

III. Ergebnis zu A.

Aufbauend auf einer Analyse der begrifflichen Entwicklung speziell handwerklicher Berufsbezeichnungen, insbesondere am Beispiel des Bäckereibegriffs, soll untersucht werden, in welchem Umfang die gegenwärtige Gesetzeslage in Deutschland, ausgehend von der HwO, wettbewerbsrechtlichen Schutz vor missbräuchlichen, da irreführenden Verwendungen von Begrifflichkeiten bietet. Dies bildet und begründet den Gegenstand vorliegender Abhandlung, deren Ergebnisse für die Praxis abschließend in einen Leitfaden eingebettet werden.

B. Existenz eines handwerklichen Gewerbebegriffs – Maßstab der HwO und der GewO

Die Bezeichnung des *Gewerbes* ist in der Regel uneinheitlich und nicht gesetzlich fixiert. Anhand der HwO soll dargestellt werden, dass seine isolierte Verwendung ohne spezifizierende Zusätze in der Regel betriebsbezogenen Bedeutung erlangt.

Der Begriff *Bäckerei*¹⁸ ist ein häufig verwendeter, über seinen genauen Inhalt macht man sich in der Regel keine Gedanken. Zur Beantwortung der Frage, ob der Begriff der Bäckerei wettbewerbsrechtlichen Schutz durch die HwO, durch das UWG oder durch ein Spezialgesetz genießt, muss man sich aber zuerst über seinen Begriffsinhalt klar werden.

Zunächst wird das *Zuordnungsobjekt* des Begriffs der Bäckerei untersucht (I.), um im Folgenden den Begriff der Bäckerei auf seine spezielle *Zugehörigkeit zum Handwerk* (II.) und danach auf seine *Zugehörigkeit zum herstellenden Gewerbe* (III.) zu untersuchen.

I. Betriebsbezogenheit des Gewerbebegriffs

1. Gesetzliche Ausgangslage bzgl. des Gewerbebegriffs

Eine spezielle Normierung des Gewerbebegriffs mit einer Definition existiert nicht. Auch alle anderen Begriffe dieser Art, die nicht den Beruf an sich beschreiben¹⁹, sind gesetzlich nicht definiert. Der stark verstreute rechtliche Rahmen für jegliche Berufsausübung wird zum einen durch Ausbildungsordnungen gem. §§ 4, 5 BBiG bzw. §§ 25, 26 HwO und Fortbildungsordnungen gem. § 53 BBiG bzw. § 42 HwO gebildet, die die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen normieren, zum anderen durch die GewO bzw. die HwO, die das einschlägige Berufsordnungsrecht (Aufsichtsrecht, Ordnungswidrigkeiten, formelle Anforderungen) beinhalten, die einschlägigen Kammerstatuten, das Gesellschaftsrecht (§§ 704 ff. BGB, §§ 105 ff. HGB, AktG, GmbHG) sowie schließlich auch das Verfassungsrecht, insbesondere mit Art. 12, 14, 3 und 5 GG.

Bei genauerer Betrachtung dieses heterogenen Regelungssystems fällt auf, dass für die maßgeblichen Begriffe, nämlich *Beruf* und *ausgeübtes Ge-*

¹⁸ Der Begriff wäre beliebig austauschbar mit anderen Handwerken wie der Tischlerei, der Metzgerei oder der Konditorei, um nur einige zu nennen. Im Folgenden wird beispielhaft auf die „Bäckerei“ stellvertretend für alle Handwerke abgestellt.

¹⁹ Der Berufsbegriff ist immer ein personenbezogener, da ja nur eine natürliche Person einen Beruf *ausüben* kann. Der Fachbereich hingegen, in dem ein Beruf situiert ist, ist *gewerbebezogen*. Die Organisationsform, in der der Beruf, in einem bestimmten Fachbereich ausgeübt wird, ist *betriebsbezogen*. Es mag wie Haarspaltereien erscheinen, auf der Trennung dieser Begrifflichkeiten, die ja immer auch miteinander verwoben sind, zu bestehen, jedoch ist gerade im Bereich des Wettbewerbsschutzes eine genaue Trennung von Begrifflichkeiten unerlässlich, ja die Quintessenz einer genauen und zutreffenden Analyse.

werbe, keine gesetzlichen Definitionen existieren²⁰. Ausbildungsordnungen liefern bloße Anhaltspunkte, welche Tätigkeiten umfasst sind, organisatorische Regelungen geben einen gewissen Rahmen vor. Dieses Fehlen von Definitionen soll eine Erstarrung von Berufen verhindern und so die für das Wirtschaftsleben nötige *Flexibilität* sichern.

Gleichzeitig jedoch knüpfen an die Berufs- und Gewerbebegriffe Eingriffsnormen an, die dem Einzelnen Rechte und Pflichten auferlegen, womit sich ein Bedürfnis nach Rechtssicherheit und begrifflicher Bestimmtheit ergibt.

Dass der Gewerbebegriff ein *berufsbezogener Begriff* im hier verwendeten Sinn ist, kann ausgeschlossen werden, der Begriff knüpft nicht direkt an eine Person an. Hingegen könnte die isolierte Verwendung des Gewerbebegriffs sowohl rein *gewerbebezogen*, als auch *betriebsbezogen* verstanden werden.

Gewerbebezogenheit würde voraussetzen, dass der Gewerbebegriff (z.B. Bäckerei) als *Kurzform* des Bäcker(ei)- bzw. Backgewerbes²¹ zu verstehen ist. Davon ist jedoch im Umkehrschluss zu der Tatsache, dass diese Kurzform auch *betriebsbezogen* in dem Sinn verstanden werden kann, dass sie die Gesamtorganisation des Betriebes, in dem Backwaren hergestellt werden, darstellt, nicht auszugehen. So verstanden hat der Begriff nämlich eine eigenständige Bedeutung, während er im Zusammenhang mit der Gewerbebezogenheit im Grunde überflüssig wäre.

2. Analyse des Gewerbebegriffs in der Rechtsprechung

Das vorläufige Ergebnis, dass der Gewerbebegriff *betriebsbezogen* zu verstehen ist, wird auch durch eine Analyse über die Rechtsprechung verschiedenster Gerichtsbarkeiten zum Bäckereibegriff bestätigt.

In der *zivilgerichtlichen* Rechtsprechung fällt der Begriff Bäckerei häufig im Zusammenhang mit der Frage, was wesentlicher Bestandteil eines veräußerten Grundstücks i.S.v. § 94 BGB ist.

In diesen Urteilen wird generell immer der Gesamtbetrieb als Bäckerei bezeichnet, dieser wiederum besteht aus den Teilen Backstube, Ladengeschäft, Büroräume etc.²².

²⁰ Vgl. hierzu auch *Pielow*, in: *Pielow*, GewO, § 1 Rn. 78 der feststellt, dass jedes Gewerbe zwar zwangsläufig ein Beruf ist, jeder Beruf jedoch nicht zwangsläufig ein Gewerbe. Bereits hier wird deutlich, dass sich die Begrifflichkeiten häufig überschneiden, jedoch nicht deckungsgleich sind.

²¹ Die Verwendung beider Begriffe sowie des Begriffes Backgewerbe für die Bezeichnung des Gewerbes ist in Literatur, Rechtsprechung und Praxis üblich und wird ohne ersichtlichen Bedeutungsunterschied uneinheitlich angewandt, vgl. nur für die Bezeichnung Backgewerbe BVerfG, *Beschl. v. 17.11.1992*, 1 BvR 168/89; für die Bezeichnung Bäckereigewerbe Hanseatisches OLG Bremen, *Urt. v. 12.04.1979*, 2 U 96/78; für den Begriff des Bäckergewerbe (Gewerbe des Bäckers) BVerwG, *Urt. v. 21.11.1978*, I C 49.74.

²² Vgl. LG Aachen, *Urt. v. 21.10.1986*, 12 O 428/85; BGH, *Urt. v. 08.01.1957*, VIII ZR 225/56 (hier wird insbesondere immer die Bezeichnung Bäckereibetrieb verwendet).

Auch die *finanzgerichtliche* Rechtsprechung verwendet den Begriff Bäckerei, insbesondere im Zusammenhang mit Betriebsaufgaben gem. § 16 EStG etc. betriebsbezogen²³. Der Bäckereibetrieb wird in diesem Zusammenhang in unterschiedliche Teilelemente aufgespalten, namentlich das Ladengeschäft und die Produktionsstätte mit ihren Geräten und Maschinen.

In derselben Weise wird der Begriff der Bäckerei auch von der *verwaltungsgerichtlichen* Rechtsprechung verstanden. Der Begriff der Bäckerei fällt hier in unterschiedlichen Zusammenhängen, häufig im Zusammenhang mit baurechtlichen sowie lebensmittelrechtlichen Fragen.

Im Bereich des Baurechts wird ebenfalls die Terminologie „Bäckereibetrieb“ verwendet und dieser Betrieb wiederum in die Betriebsteile Laden, Café, Konditorei sowie Backeinheit unterteilt²⁴.

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung lebensmittelrechtlicher Kontrollen, die ggf. zu ordnungsrechtlichen Bescheiden gegenüber dem Betriebsinhaber führen, wird der Bäckereibetrieb als der Betrieb in seiner Gesamtheit verstanden, der unterschiedliche Teilbereiche umfasst²⁵, nämlich die Backstube, Silorum, Verpackung-Nebenraum, Vorraum etc.

Schließlich wird insbesondere auch von den Verwaltungsgerichten bei der Abgrenzung zwischen Handwerks- und Industriebetrieben, wenn die Frage der Kammerzugehörigkeit zu klären ist, in der Regel auf den „Bäckereibetrieb“ als solchen abgestellt²⁶.

Im Ergebnis kann daher festgestellt werden, dass über sämtliche Rechtsgebiete hinweg der Begriff der Bäckerei den Betrieb, in dem Backwaren hergestellt werden, in seiner Gesamtheit bezeichnet²⁷.

II. Der Gewerbebegriff als Determinante eines Handwerksbetriebs – Existenz einer Regelvermutung?

Dass ein Handwerksbetrieb mit hergestellten Produkten, ein Bäckereibetrieb insbesondere mit Backwaren, arbeitet, darüber besteht kein Zweifel. Schon die terminologische Übereinstimmung zwingt logischerweise zu diesem Schluss, aber auch die tatsächliche Verwendung des Begriffs führt zu keinem anderen Ergebnis. Ob der Gewerbebegriff (z.B. Bäckerei) hingegen

²³ Vgl. insb. BFH, Urt. v. 20.02.2008, X R 13/05, mit Verweis auf seine ständige Rechtsprechung gerade auch, was die Unterscheidung zwischen Handels- und Produktionsbetrieben betrifft, im Zusammenhang mit der Feststellung der wesentlichen Betriebsgrundlagen.

²⁴ Vgl. BayVGh, Beschl. v. 18.10.2011, 9 CS 11.1725.

²⁵ Vgl. VG Regensburg, Beschl. v. 15.11.2012, RO 5 K 12.619.

²⁶ Vgl. unter anderem OVG Magdeburg, Urt. v. 24.01.2002, 1 L 277/01; BVerwG, Urt. v. 21.11.1978, I C 49.74.

²⁷ Zwar wird zum Teil in eben demselben Zusammenhang das Ladengeschäft des Bäckereibetriebes als Bäckerei bezeichnet. Diese Begriffsverwendung findet jedoch immer nur statt, wenn der Bäckereibetrieb ein eigenes Ladengeschäft betreibt, vgl. unter anderem BayVGh, Beschl. v. 18.10.2011, 9 CS 11.1725.

auch beinhaltet, dass es sich ausschließlich um Produkte, die in (s)einem *Handwerksbetrieb* von (s)einem *Handwerksmeister nach der HwO* hergestellt werden, handelt, ist nicht derart offensichtlich.

1. Gesetzliche Konzeption der HwO – Relevanz des Gewerbebegriffs

Die gesetzliche Konzeption der HwO, wie sie seit 1953 besteht, lässt im Ergebnis eine solche Schlussfolgerung nicht zu. Weder nach einer historischen Betrachtungsweise (a), noch nach der gegenwärtigen Rechtslage (b) ist ein Gewerbebetrieb zwingend ein Handwerksbetrieb.

a) Historische Betrachtungsweise – der Gewerbebegriff in der HwO und ihren Vorläufern

Die Handwerksordnung in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung ist kein aus dem Nichts entstandenes rechtliches Gebilde. Sie reiht sich vielmehr in eine seit dem frühen Mittelalter verfolgbare Linie von rechtlichen Regelungen für die Organisation des Handwerks ein und ist dementsprechend bzgl. ihrer Begrifflichkeiten auch im Lichte dieser *Vorläuferregelungen* zu betrachten²⁸.

aa) Die Zeit der Zünfte

Spätestens seit dem Mittelalter, mit der Entstehung der Zünfte, bestand ein Handwerk in einer Form, die mit der Heutigen vergleichbar ist. Selbständige Handwerker fertigten in spezialisierten, voneinander streng geschiedenen Gewerben ihre Arbeiten an, verkauften diese in eigenen Läden und waren in Zünften organisiert, welche nach bestimmten Vorgaben darüber entschieden, wer das Handwerk in welcher Position ausüben durfte.

Die Regelungen zu den Zünften und zum Handwerk wurden generell schon zur Zeit ihrer Entstehung als *Polizei-Ordnungen* bezeichnet, was ihren *ordnungsrechtlichen Charakter* bestätigt²⁹. Handwerksordnungen oder Zunftordnungen gab es bereits seit dem 12. Jahrhundert³⁰. Die durch sie vermittelten Privilegien hatten immer auch ganz besonders einen *wettbewerbsbeschränkenden Zweck*³¹.

Insbesondere die Zugehörigkeit zu einer Zunft hatte eine explizit wettbewerbsrechtliche Komponente. *„Die einzelnen Gewerbebezüge [wurden] als eingegrenzte, überschaubare Bereiche mit typischen Rohstoffen, Geräten, Tätigkeiten und Produkten verstanden; diese Bereiche sind ganz bestimmten*

²⁸ Schwannecke, HwO, Kennz. 105, S. 1 ff.

²⁹ Proesler, Die Rechtsbeziehungen zwischen Angehörigen der Zünfte (im Spiegel der Reichsgesetzgebung von 1530 bis 1806), S. 2.

³⁰ Schwindt, Kommentar zur HwO, S. 15.

³¹ Will, Selbstverwaltung der Wirtschaft: Recht und Geschichte der Selbstverwaltung in den Industrie- und Handelskammern, Handwerksinnungen, Kreishandwerkerschaften, Handwerkskammern und Landwirtschaftskammern, S. 531.

*Personengruppen einwertig zugeordnet, ihnen allein vorbehalten*³² (Erg. u. Herv. d. d. Verf.).

Die allmähliche Entwicklung im Rahmen der Zünfte vom Beitragszwang³³ zur Abwehr Beitrittswilliger mittels Verschärfung der Beitrittsvoraussetzungen und die Entwicklung von *Störerbegriffen* begründete sich aus der Notwendigkeit, einen übermäßigen Zustrom von Mitbewerbern abzuwehren³⁴. Dementsprechend dienten die Regelungen der Zünfte auch der *Marktherrschaft*. Die Zünfte erließen außerdem eine Reihe von *Marktzugangsbeschränkungen*³⁵ in der Absicht, dadurch das Absatzrisiko des Einzelnen herabzusetzen³⁶.

Daneben wurden auch *marktbezogene Regelungen* für die Berufsausübung erlassen, z.B. stellte es eine gängige Regelung dar, dass „*Zunftmeister nur ihre eigenen Produkte verkaufen*“³⁷ dürfen (Herv. d. d. Verf.)³⁸. So wurde unter anderem sichergestellt, dass sich niemand durch den Ankauf fremder Fertigwaren von der zeitraubenden Produktion entlasten und sich dem gewinnträchtigeren Handel zuwenden konnte³⁹. Zudem wurde damit die Selbstständigkeit der Zunftmeister erhalten und auf diese Weise der Wettbewerb innerhalb der Zunft gesichert, da der Entstehung von Verkaufsgemeinschaften oder verlagsähnlichen Abhängigkeitsverhältnissen vorgebeugt wurde⁴⁰.

Zu diesem Zeitpunkt, in dem die Industrialisierung noch keine Rolle spielt und die Abgrenzung zum Handel eine (überwiegend) offensichtliche war, die auch in den unterschiedlichen Funktionen im Stadtrat zum Beispiel zu Tage tritt, ist die Berufsbezeichnung noch an die Bezeichnung der Betriebsstätte gekoppelt, insbesondere was die Zunftzugehörigkeit betrifft. Handwerk war damals noch das alleinige produzierende Gewerbe und die Bezeichnung der Betriebsstätte korrelierte zwangsläufig mit dem Beruf und dem Gewerbe.

Dieser Zusammenhang zeigte sich auch darin, dass die Stadträte teilweise zum Schutz der Handwerker explizit Regelungen erließen, die gerade die

³² Hof, Hagen, Dissertation zur Rechtsgeschichte 1, Wettbewerb im Zunftrecht, Zur Verhaltensgeschichte der Wettbewerbsregelung durch Zunft und Stadt, Reich und Landesherr bis zu den Stein-Hardenbergschen Reformen, S. 120.

³³ Will, Selbstverwaltung der Wirtschaft, Recht und Geschichte der Selbstverwaltung in den Industrie- und Handelskammern, Handwerksinnungen, Kreishandwerkerschaften, Handwerkskammern und Landwirtschaftskammern, S. 529.

³⁴ Hof, a.a.O., S. 148; vgl. auch die Ausführungen von *Leisner, W.G.*, Die Gründung einer eigenständigen Innung durch eine Fachgruppe nach vorheriger Ausgliederung aus einer Sammelinnung – unter besonderer Berücksichtigung des Bestattungsgewerbes, LFI- Schriftenreihe, S. 14.

³⁵ Vgl. hierzu auch *Ziekow*, Freiheit und Bindung des Gewerbes, S. 76, der noch einmal eine kurze beispielhafte Zusammenfassung von möglichen Marktzugangsbeschränkungen wiedergibt.

³⁶ Hof, a.a.O., S. 201.

³⁷ Hof, a.a.O., S. 204.

³⁸ § 1 Abs. 2 GewO stellt ausdrücklich klar, dass dies heute nicht mehr so gilt. Auch daran zeigt sich die Kontinuität der Rechtsregelungen.

³⁹ Hof, a.a.O., S. 205.

⁴⁰ Hof, a.a.O., S. 205.

Produktionsstätte bzw. den Besitz des Produktionsgeräts anderen Personen nur in bestimmtem Umfang gestattet, so z.B. wurde zum Teil der Besitz von Leinenwebstühlen auf die Anzahl von sechs Stück für geistliche Verbände, die sich ebenfalls im Textilgewerbe betätigen wollen, begrenzt⁴¹.

Der durch die Zunftordnungen vorgegebene Rahmen, wie er gerade dargestellt wurde, stellte zum damaligen Zeitpunkt mangels Abgrenzungsschwierigkeiten zur Industrie noch einen abschließenden Regelungskomplex dar. Die begriffliche Bestimmung der handwerksmäßigen Produktion und Dienstleistung der Stadtwirtschaft im Mittelalter ist weitestgehend unproblematisch⁴². Die Terminologie war dementsprechend noch eine einheitliche, der Begriff der Bäckerei war offensichtlich allein dem Handwerk zuzuordnen, der Handel war vom produzierenden Gewerbe streng zu trennen⁴³. Eine Änderung dieser Situation trat erst mit der Industrialisierung ein⁴⁴.

Diese Überlegungen sind bei der begrifflichen Entwicklung der Nachfolgeregelungen (vor allem für die traditionellen Handwerke) zwar zugrunde zu legen, jedoch darf auch die weitere wirtschaftlich/industrielle Entwicklung nicht außer Acht gelassen werden, die ebenfalls ihren Einfluss auf das Begriffsverständnis hatte.

bb) Weitere Entwicklung / Handwerksmäßiges Betreiben i.S.d. HwO – Begriffsmerkmal der Selbständigkeit

Die Zünfte und damit auch die Zunftordnungen verloren nach ihrer Blütezeit im Mittelalter an Bedeutung⁴⁵, sie blieben jedoch in ihrer Grundkonzeption (mit Unterbrechungen) bis heute erhalten, die Innungen sind ihre Nachfolger.

Allerdings muss sich das Handwerk mit der *Industrialisierung*, die bereits im Zuge des Merkantilismus in gewissem Maße auftrat, nun neben dem Handel auch zur Industrie abgrenzen. In diesem Zusammenhang kam es zu der Entwicklung, dass es insbesondere bzgl. der gewerbebezogenen Begrifflichkeiten zu Überschneidungen kommen kann⁴⁶, so dass sich der Bedeutungsgehalt zunächst rein handwerklicher Begriffe dahingehend änderte, dass sie nunmehr auch auf industrielle Betriebe anwendbar waren und diese

⁴¹ Hof, a.a.O., S. 123 ff.

⁴² John, Handwerk im Spannungsfeld zwischen Zunftordnung und Gewerbefreiheit, S. 25.

⁴³ Zum damaligen Zeitpunkt war die Gesellschaft noch streng nach Ständen, die sich maßgeblich nach Berufen aufgliederten, organisiert.

⁴⁴ John, a.a.O., S. 25.

⁴⁵ Vgl. auch Leisner, W.G., Die Gründung einer eigenständigen Innung durch eine Fachgruppe nach vorheriger Ausgliederung aus einer Sammelinnung – unter besonderer Berücksichtigung des Bestattungsgewerbes, LFI-Schriftenreihe, S. 15; Leisner, W.G., Die Ausgliederung einer Fachgruppe aus einer Sammelinnung und Gründung einer eigenständigen Handwerksinnung, GewArch 2013, 235 ff.

⁴⁶ Das Gewerbe bleibt ja dasselbe, nur die Art der Betriebsführung und Produktion ändert sich und bestimmt die Zuordnung.

nunmehr als *Oberbegriffe* für Industrie und Handwerk für die jeweilige Form der Gewerbeausübung eine weitere Spezialisierung erfuhren⁴⁷.

Unterstützt wurde diese Entwicklung dadurch, dass in zunehmendem Maße eine *Wirtschaftsliberalisierung* einsetzte⁴⁸ und zumindest zeitweise Gewerbefreiheit herrschte⁴⁹. Allein die Existenz der GewO, die sowohl auf Industrie als auch auf Handwerk Anwendung findet, soweit keine spezielleren Regeln existieren, bezeugt, dass der betriebsbezogene Gewerbebegriff als solcher keinem der beiden Bereiche ausschließlich zuzuordnen ist⁵⁰.

b) Gegenwärtige Rechtslage im Rahmen der HwO – Relevanz des Gewerbebegriffs

Diese Feststellung wird auch durch die Systematik der gegenwärtigen gesetzlichen Konzeption der HwO bestätigt.

aa) Primärer Anknüpfungspunkt der HwO an die Berufsqualifikation

Trotz aller Änderungen, die die HwO seit ihrer Einführung im Jahr 1953 erfahren hat, blieb der grundlegende systematische Zusammenhang zur GewO derselbe. Die HwO stellt die formalen Anforderungen an die Berufsqualifikation⁵¹ auf, die Voraussetzung für das zulässige Betreiben eines Handwerks im stehenden Gewerbe sind.

Dabei knüpft die HwO primär an die Berufsqualifikation an und normiert in diesem Sinn *subjektive* Berufszulassungsbeschränkungen⁵². Eine Anknüpfung an den Betrieb als solchen findet hingegen nicht statt.

Die Anknüpfung der HwO rein an die personenbezogene Berufsqualifikation resultiert vornehmlich aus dem gesetzgeberischen Zweck der HwO. Die HwO stellt eine klassische Berufsreglementierung dar. Die Anknüpfung an die Berufsqualifikation wird in diesem Zusammenhang als geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel zur Verwirklichung des Zwecks der HwO, nämlich dem Schutz vor Gefahren durch die unsachgemäße Gewerbeausübung gesehen.

⁴⁷ So z.B. wenn heute zur genaueren Einordnung ein Betrieb als Bäckereihandwerksbetrieb bezeichnet wird, oder ein Industriebetrieb als Brotfabrik bzw. Großbäckereibetrieb, vgl. diesbezüglich nur zu Bäckereihandwerksbetrieb sowie Großbäckereibetrieb OVG Magdeburg, Urt. v. 24.01.2002, 1 L 277/01, für Brotfabrik vgl. u.a. BGH, Urt. v. 08.01.1957, VIII ZR 225/56; Hans. OLG Hamburg, Urt. v. 22.07.1993, 3 U 98/90.

⁴⁸ Vgl. hierzu ausführlich *Pielow*, in: *Pielow*, GewO, § 1 Rn. 6 ff.

⁴⁹ Davon zeugt heute noch § 1 GewO, vgl. hierzu auch *Leisner*, *W.G.*, Die Gründung einer eigenständigen Innung durch eine Fachgruppe nach vorheriger Ausgliederung aus einer Sammelinnung – unter besonderer Berücksichtigung des Bestattungsgewerbes, LFI-Schriftenreihe, S. 15.

⁵⁰ Vgl. in diesem Sinne auch *Schmidt*, in: *Münchener Kommentar zum HGB*, 3. Aufl. 2010, § 1 Rn. 21.

⁵¹ Vgl. insb. *Schwindt*, HwO, S. 52, zu dem Punkt, dass ein Gewerbe, das in der Anlage A zur HwO aufgeführt ist, nicht ausschließlich handwerksmäßig betrieben werden muss, es kann ebenso industriell oder als Kleingewerbe betrieben werden.

⁵² BVerfGE 13, 97 ff.; Ausführlich zur rechtlichen Beurteilung der Meisterpflicht vgl. *Leisner*, *W.G.*, Der Meistertitel im Handwerk – (weiter) ein Zwang? Europäische und verfassungsrechtliche Probleme, *GewArch* 2006, 393 ff.

In diesem Sinne ist die HwO im Verhältnis zur GewO ein Spezialgesetz⁵³. Die GewO normiert allgemeine Voraussetzungen für die Ausübung von Gewerben. Werden bestimmte, in der Anlage A genannte Gewerbe handwerksmäßig betrieben, so müssen *zusätzlich* die Anforderungen der HwO erfüllt sein.

Da Handwerksbetriebe generell von überschaubarerer Größe als Industriebetriebe sind, werden sie automatisch durch ihren Inhaber bzw. Betriebsleiter stark geprägt. Dieser führt die Aufsicht und trägt die Verantwortung für die hergestellten Produkte bzw. Leistungen. Dementsprechend ist es zielführend, an den persönlichen Voraussetzungen des Betriebsinhabers bzw. -leiters anzuknüpfen, da dieser ja die Endverantwortung für das Produkt bzw. die Leistung übernimmt. Am Betrieb als solchem anzuknüpfen, wäre zur Erreichung des Gesetzeszwecks hingegen sinnlos.

Als Zwischenergebnis kann aber damit festgestellt werden, dass die HwO zumindest nicht direkt an den Betrieb als solchen anknüpft. Der Gesetzeszweck umfasst nicht den Schutz der Betriebsstätte, sondern regelt vielmehr als besonderes Ordnungsrecht über *subjektive* Berufszulassungsbeschränkungen⁵⁴ die *persönlichen Voraussetzungen* für das zulässige *Ausüben* eines Handwerks.

bb) Anknüpfungspunkt auch an die Produktionsstätte bzw. den betriebsbezogenen Gewerbebegriff?

Eine konsequente Fortführung des vorstehend Festgestellten führt daher zwangsläufig auch zu dem Ergebnis, dass die HwO auch nicht mittelbar an die Produktionsstätte, bzw. an den betriebsbezogenen Gewerbebegriff anknüpft.

Wie bereits oben angedeutet, würde dies dem Zweck der HwO als Berufsordnungsrecht nicht entsprechen. Die HwO stellt persönliche Voraussetzungen zur Ausübung des Berufes auf. Die Frage, welches Gewerbe vorliegt, ist zwar in diesem Zusammenhang notwendige *Vorfrage* zur Bestimmung der Anforderungen. Der Umstand, dass der Gewerbebegriff notwendige Vorfrage ist, führt nicht zu einer mittelbaren Anknüpfung der HwO an den Gewerbebegriff. Es ist nicht das Gewerbe, das die Anwendbarkeit der HwO begründet, sondern die Art seiner Betreibung.

Durch die HwO werden ausschließlich personenbezogene Anforderungen aufgestellt, der Gewerbebetrieb als solcher ist nicht Regelungsgegenstand. Dementsprechend ist der Gewerbebegriff als solcher kein Anknüpfungspunkt in der HwO, sondern immer nur die Person.

⁵³ Vgl. Pielow, a.a.O., § 1 Rn. 8.

⁵⁴ BVerfGE 13, 97 ff.

2. Gesamtschau der Rechtsprechung hinsichtlich des Bedeutungsinhalts des Gewerbebegriffs für den Handwerksbetrieb

Auch in der Rechtsprechung zu Handwerksbetrieben hat der Gewerbebegriff keine maßgebliche Bedeutung. Abgrenzungen zu anderen Gewerbearten werden *tätigkeitsbezogen* durchgeführt⁵⁵. Für die Anwendbarkeit der HwO ist nicht der Ort, sondern ausschließlich die von einer Person ausgeübte Tätigkeit entscheidend. Dies zeigt sich auch an dem Umstand, dass zwischen stehendem Gewerbe und Reisegewerbe nicht nach der Produktionsstätte, sondern neben dem Kriterium des Umfangs der zulässigen ausgeübten Tätigkeit vor allem nach dem Fehlen einer vorigen Bestellung durch den Kunden differenziert wird⁵⁶. Welches Gewerbe vorliegt, ist zumeist nicht die streitige Frage, vielmehr ist gewöhnlich der Umfang der Tätigkeit in einem Gewerbe problematisch. Auch hier wird daher nicht mit dem betriebsbezogenen Gewerbebegriff gearbeitet, um die Anwendbarkeit der HwO zu begründen.

3. Zwischenergebnis

Vorläufig kann damit festgestellt werden, dass der Gewerbebegriff ein *betriebsbezogener Begriff* ist, der seit der Industrialisierung nicht mehr ausschließlich dem Handwerk zuzuordnen ist. Der Begriff hat auch in der HwO, die subjektive Berufszulassungsbeschränkungen beinhaltet, keine Relevanz, sondern stellt eine bloße Vorfrage dar.

III. Unterscheidung zwischen herstellendem Gewerbe und Handelsgewerbe – unter besonderer Berücksichtigung des Begriffs der Bäckerei

Wenn der Gewerbebegriff nun nicht dem Handwerk ausschließlich zuzuordnen ist, so hat er im Ergebnis zumindest für die Unterscheidung von herstellendem Gewerbe und Handelsgewerbe⁵⁷ Bedeutung. Dies zeigt eine Analyse des Gewerbebegriffs unter historischen, gesetzsystematischen und terminologischen Gesichtspunkten.

1. Gewerbebegriff – Bedeutungsinhalt und Wirkungsumfang unter gesetzsystematischen Gesichtspunkten

Der Gewerbebegriff ist ein Oberbegriff, der wiederum in Handelsgewerbe sowie in herstellendes Gewerbe, letzteres zusätzlich in handwerkliches und industrielles Gewerbe, unterteilt werden kann⁵⁸.

⁵⁵ Vgl. hierzu nur die ständige Rechtsprechung des BVerwG zur Abgrenzung von Handwerks- und Industriebetrieben sowie die Anwendung dieser Rechtsprechung durch die Gerichte, OLG Karlsruhe, Urt. v. 19.10.2000, 4 U 36/99; BGH, Urt. v. 11.07.1991, I ZR 23/90; OLG Bamberg, Beschl. v. 26.05.2008, 3 U 87/08; OLG Hamburg, Urt. v. 22.07.1993, 3 U 98/90.

⁵⁶ Vgl. nur BVerwG, Urt. v. 09.04.2014, 8 C 50/12.

⁵⁷ Der Begriff Handelsgewerbe wird hier untechnisch und nicht i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB verwendet.

⁵⁸ Vgl. auch BFH, Urt. v. 20.02.2008, Az. X R 13/05 (NV), der explizit auf die handwerklich betriebene Bäckerei abstellt und damit unterstellt, dass die Bäckerei als solche auch industriell betrieben werden kann. Vgl. zur Qualität des Gewerbebegriffs als Oberbegriff auch *Schmidt*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Auflage 2010, § 1 Rn. 21.

Dieses Begriffsverständnis wird gesetzessystematisch durch gesetzliche Regelungen bestätigt z.B. durch das Gesetz zu den Arbeitszeiten in Bäckereien und Konditoreien (ArbZBäckG)^{58a}.

Das Gesetz von 1936 wurde im Jahr 1996 endgültig aufgehoben, da für die erfassten Betriebe keine zeitlichen Sonderregelungen im Verhältnis zum ArbZeitG gelten sollten. Gleichzeitig wurde jedoch eine Sonderregelung in § 10 Abs. 3 ArbZeitG für Bäckereien und Konditoreien aufgenommen, welche im Umkehrschluss als Nachfolgeregelung auf die Betriebe, welche vom Gesetz zur Arbeitszeit in Bäckereien erfasst waren, anwendbar sein muss. Dementsprechend sind die Überlegungen, die im Rahmen des Gesetzes über die Arbeitszeit in Bäckereien und Konditoreien angestellt wurden, auf die heutige Rechtslage weiter übertragbar.

Das Gesetz über die Arbeitszeit in Bäckereien und Konditoreien bestimmte in § 1 seinen Geltungsbereich dergestalt, dass es zwischen Bäckereien (ohne hierbei eine Unterscheidung zwischen Industrie und Handwerk vorzunehmen) und gewerblichen Betrieben, die Bäckerwaren *vertreiben*, unterschied, gleichwohl das Gesetz in seinem Anwendungsbereich beide Gewerbebetriebe umfasste.

Insbesondere ergab sich aus der Begriffsdefinition von § 1 Abs. 1 Nr. 3a ArbZBäckG, einer Vorschrift, die erst 1969 in das Gesetz aufgenommen wurde⁵⁹, dass die Zeitbestimmungen auch für *Brothändler* und *Vertriebsfirmen* gelten. *Bäckereibetrieben* sollte damit die Möglichkeit genommen werden, die gesetzlichen Arbeitszeitenbeschränkungen dadurch zu umgehen, dass sie sich statt die hergestellten Waren selbst zu vertreiben einer fremden Vertriebsfirma bedienen⁶⁰.

Auch bzgl. des Ausfuhrverbotes (Korrelat zum Nachtbackverbot) gem. § 5 Abs. 5 ArbZBäckG wurde zwischen *herstellendem Gewerbe* und „*Verkaufsstellen*“ differenziert. Verkaufsstellen sind namentlich Ladengeschäfte aller Art aber auch Verkaufsstände und -buden, Kioske, Basare und ähnliche Einrichtungen. Damit sind sowohl das eigene Ladengeschäft des Backbetriebs wie fremde Filialbetriebe hiervon umfasst⁶¹.

In Summe erfasst in diesem Gesetz der Begriff Bäckerei den *herstellenden Betrieb* in seiner Gesamtheit, dies kann im Umkehrschluss daraus gefolgert werden, dass die Bäckerei *nicht* ein Synonym für die „der Herstellung dienenden Räume“ ist⁶². Trotzdem kann natürlich nur Teil des Gesamtbetriebes

^{58a} Dieses Gesetz ist zwar mittlerweile aufgehoben, die maßgeblichen Bestimmungen wurden jedoch in anderen Gesetzen weitergeführt und der Grundgedankengang ist auch weiterhin auf die Gegenwart übertragbar.

⁵⁹ *Dittmeier/Seitz*, Arbeitszeit in Bäckereien, Eine ausführliche Darstellung der für das Bäcker- und Konditorgewerbe geltenden arbeitszeitrechtlichen Vorschriften, S. 16.

⁶⁰ *Dittmeier/Seitz*, S. 17.

⁶¹ *Dittmeier/Seitz*, a.a.O., S. 44.

⁶² *Dittmeier/Seitz*, a.a.O., S. 46.

sein, was auch zumindest organisatorisch mit der Herstellung verbunden ist. Außerdem werden die Handelsgewerbe in Form von Vertriebsorganisationen erfasst.

2. Abgrenzung von Handelsgewerbe und herstellender Industrie bzw. Handwerk – Abgrenzungskriterium des Gewerbebegriffs als solchem?

Trotz des Umstandes, dass der Gewerbebegriff weder nach seiner historischen Entwicklung noch nach der aktuellen Gesetzeslage dem Handwerk ausschließlich zuzuordnen ist, könnte der betriebsbezogene Gewerbebegriff dem Handwerk daher dann zugeordnet werden, wenn er innerhalb der herstellenden Gewerbe bzw. zum Handelsgewerbe als *Abgrenzungskriterium* dient.

a) Historische Betrachtungsweise der Abgrenzungskriterien und -streitigkeiten

Bereits die mittelalterlichen Zünfte erließen zum Wettbewerbsschutz ihrer Mitglieder *marktbezogene Regelungen* für die Berufsausübung, z.B. stellte es eine gängige Regelung dar, dass „Zunftmeister nur ihre eigenen Produkte verkaufen“⁶³ durften⁶⁴. Damit wurde unter anderem sichergestellt, dass sich niemand durch den Ankauf fremder Fertigwaren von der zeitraubenden Produktion entlasten und sich dem gewinnträchtigeren Handel zuwenden konnte⁶⁵.

Schon zu dieser Zeit kamen nämlich Streitigkeiten zwischen den Handwerksverbänden und den Krämerzünften auf, in der Regel bzgl. des Rechts, außer den selbst gefertigten Waren auch gleichartige, aus fremder Produktion verkaufen zu dürfen⁶⁶. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass das Handwerk zum damaligen Zeitpunkt vor allem als Produktionsstätte bzw. produzierender Gewerbebranchen gesehen wurde, der Handel nur in begrenztem Umfang, nämlich mit den eigenen Produkten betreiben durfte. Dementsprechend war nach damaliger Verkehrsanschauung auch die Betriebsstätte, mithin die Bäckerei, von der Zunftzugehörigkeit umfasst und war auch ein taugliches Abgrenzungskriterium zum Handel.

Wie vorstehend aber bereits dargelegt wurde, ergab sich mit der Industrialisierung ein Bedeutungswandel des Gewerbebegriffs, der nunmehr als Oberbegriff fungiert. Im Ergebnis wird sich zeigen, dass dieser Umstand auch die Tauglichkeit des Gewerbebegriffs als Abgrenzungsmerkmal beeinträchtigt.

⁶³ Hof, a.a.O., S. 204.

⁶⁴ § 1 Abs. 2 GewO stellt ausdrücklich klar, dass dies heute nicht mehr so gilt. Auch daran zeigt sich die Kontinuität der Rechtsregelungen.

⁶⁵ Hof, a.a.O., S. 205; s. bereits Ausführungen unter B. II. 1. a) aa).

⁶⁶ Hof, a.a.O., S. 120.

Damit trotz dieser bestehenden begrifflichen Konkurrenz eine Zuordnung des Begriffs z.B. der Bäckerei zum Handwerk vorgenommen werden kann, müsste sich nämlich zumindest eine begriffliche Definition des Handwerks herleiten lassen, nach der auch der Begriff der Betriebsbezeichnung umfasst ist und gleichzeitig eine Zuordnung des Begriffs zur Industrie bzw. zum Handel ausschließt, d.h. der Handwerksbegriff muss sich auch über betriebsbezogene Begrifflichkeiten von Handel und Industrie abgrenzen. Es wird sich jedoch herausstellen, dass der Handwerksbegriff einer solchen Definition nicht zugänglich war bzw. ist. Zwar lässt sich festhalten, dass Handwerk in seiner historischen Entwicklung immer ein produzierendes Gewerbe umschreibt, eine Definition in dem Sinn, dass betriebsbezogene Begrifflichkeiten eine ausschließliche Zugehörigkeit zum Handwerk haben, lässt sich hingegen nicht herleiten. Diese Begriffe bleiben weiterhin als Oberbegriffe sowohl der Industrie als auch dem Handwerk zuordenbar. Die Abgrenzung zu Industrie und Handel wurde von jeher an anderen Anknüpfungspunkten durchgeführt.

Trotz der langen geschichtlichen begrifflichen Tradition konnte bis heute keine Definition des Handwerksbegriffs gebildet werden, welche eine genaue Abgrenzung zur Industrie bzw. zum Handel ermöglicht.

Bereits in der sog. Handwerkernovelle von 26.07.1897 wurde es vermieden, im Zusammenhang mit der Einführung der Handwerkskammern und der fakultativen Zwangsinnungen für Handwerker den Begriff „Handwerk“ näher zu erläutern. Die Feststellung sollte der Praxis im Anschluss an den Sprachgebrauch und die Anschauung des Verkehrs überlassen werden⁶⁷.

Auch der BGH stellte bereits in einem Gutachten⁶⁸ zur Württ.-Hohenz. Handwerksordnung von 1946 fest, dass der Begriff *Beruf* i.S.d. Art. 12 GG auch das handwerkliche Gewerbe umfasse, für welches eine gesetzliche Begriffsbestimmung fehle⁶⁹. *„Für den Handwerksbegriff [sei] der Sprachgebrauch und die Verkehrsauffassung maßgebend. Die Handwerkseigenschaft [würde] bei der Eintragung in die Handwerksrolle nur rein erfahrungsgemäß je nach der Lage des Einzelfalles festgestellt, wobei im Wesentlichen auf die handwerkliche Facharbeit im Gegensatz zu der fabrikmäßigen Werkstoffbe- und -verarbeitung abgestellt wird“*⁷⁰, mithin auf die Produktion (Herv. u. Erg. d. d. Verf.).

Auch was die derzeit geltende HwO betrifft, hat sich an dieser Tatsache nichts geändert. Sowohl bei Erlass der ursprünglichen Fassung der HwO im

⁶⁷ Vgl. Schwarz, Der Handwerksbegriff heute, GewArch 1988, 1.

⁶⁸ BGH, Entsch. v. 28.04.1952, VRG 3/52.

⁶⁹ Vgl. BGH, Entsch. v. 28.04.1952, VRG 3/52, Rn. 12.

⁷⁰ Vgl. BGH, Entsch. v. 28.04.1952, VRG 3/52, Rn. 12.

Jahr 1953⁷¹, als auch bei der ersten großen Novelle im Jahr 1965⁷² kamen die Parlamentarischen Ausschüsse zum Ergebnis, dass eine eindeutige Definition des Begriffs Handwerk nicht existiert und auch nicht praktikabel sei⁷³. Daher begnügte man sich mit einer allgemeinen Beschreibung des Handwerksbegriffs in § 1 HwO⁷⁴.

Was sich jedoch der gesetzgeberischen Intention entnehmen lässt, ist der Umstand, dass Handwerk als Ganzes grundsätzlich stets ein *produzierendes Element* besitzen muss.

Im Rahmen der zweiten Lesung des Gesetzesentwurfes von 1953 betonte der *Bundestagsabgeordnete Stücklein*, dass das Handwerk nicht nur die Aufgabe habe Lehrlinge auszubilden, Werte zu erhalten und Beschädigtes zu reparieren, sondern auch die, produzierend Tätig zu sein. Individuellen Wünschen entsprechend sollen Anfertigungen möglich sein. Anhand dieser Kriterien sollte hauptsächlich auch eine *Abgrenzung zur Industrie* vorgenommen werden⁷⁵. In der Folge wurde zudem betont, dass nicht nur die individuelle Anfertigung maßgeblich für die Handwerkszugehörigkeit sei, sondern eine stärkere Orientierung an Marktbedürfnissen erforderlich sei⁷⁶. Die Untersuchungskommission Handwerk stellte fest, dass es nach den Erfahrungen des Bundeswirtschaftsministeriums bisher nur in Einzelfällen möglich gewesen sei, genaue Grenzen zwischen Handwerk, Handel, Industrie und dem übrigen Gewerbe zu ziehen⁷⁷.

Auf besondere Merkmale in der gesetzlichen Umschreibung wurde deshalb verzichtet, da diese immer auch bei Gewerbe- oder Industriebetrieben vorliegen.

Bestätigt sah sich der Gesetzgeber⁷⁸ im Jahr 1965 durch die Rechtsprechung des BVerfG⁷⁹, das feststellte, dass das Handwerk

„sich als eine einheitliche soziale Gruppe dar[stelle], die durch geschichtliche Entwicklung, Tradition, typische Besonderheiten ihrer Tätigkeiten, Lebensstil und Standesbewusstsein der Berufsangehörigen von anderen Berufsgruppen deutlich abgegrenzt ist. Auch die besondere

⁷¹ Schwannecke, HwO, C. Die Handwerksordnung von 1953, S. 20.

⁷² BT-Drs. IV/3461.

⁷³ Schwarz, a.a.O., 1, 1.

⁷⁴ Vgl. auch *Honig/Knörr*, HwO, § 1 Rn. 43. Insbesondere wurde auf eine Festlegung besonderer Merkmale, z.B. die Zahl und Art der Vorbildung der Beschäftigten, den Umsatz oder die Bilanzsumme, als charakteristisch für das Handwerk verzichtet.

⁷⁵ Vgl. zum Ganzen, Deutscher Bundestag, 258. Sitzung, 26.03.1953, S. 1247.

⁷⁶ BT-Drs. IV/3461 S. 3, die zur ersten Reform im Jahr 1965 erging.

⁷⁷ Schwannecke, a.a.O., S. 20.

⁷⁸ Zu BT-Drs. IV/3461, S. 4.

⁷⁹ BVerfGE 13, 97 ff. insb. Rn. 25, Rn. 27, wo auf Erhaltung der Arbeits- und Produktionsstätten als Ziel der HwO hingewiesen wird.

*Betriebs- und Beschäftigtenstruktur weist ihm einen eigenen sozialen Standort in der mittelständischen gewerblichen Wirtschaft an*⁸⁰ (Erg. u. Herv. d. d. Verf.).

Außerdem stellte das BVerfG bei der Bestimmung des Handwerksbegriffs explizit auf die spezifischen Funktionen des Handwerks, nämlich

*„Herstellung von Waren in Einzelfertigung, Installation und Montage, Vornahme von Reparaturen, Erbringen von Dienstleistungen auf der Grundlage individueller erlernter Handarbeit“*⁸¹ (Herv. d. d. Verf.).

ab.

Zudem begründete das Gericht seine Entscheidung damit, dass

*„[die] Eigenart der handwerklichen Tätigkeit zur Folge [hat], dass der Wille, durch fachliche Leistung eine selbständige wirtschaftliche Existenz zu begründen, hier leichter verwirklicht werden kann als auf anderen Gebieten der gewerblichen Wirtschaft. Denn im Vordergrund steht die persönliche Fähigkeit, das eigene berufliche Können; der Kapitalbedarf bei Eröffnung eines selbständigen Betriebs ist verhältnismäßig gering. So entstehen hier im Bereich des Mittelstandes ständig neue Unternehmen, bei denen die Produktionsfaktoren Kapital und Arbeit ausgewogen in einer Hand vereint sind und der Inhaber seine persönlichen Fähigkeiten voll zur Geltung bringen kann“*⁸² (Erg. u. Herv. d. d. Verf.).

Eine weitere Eingrenzung des Begriffs sei verfassungsrechtlich nicht geboten.

Auf dieser Grundlage fand auch die weitere Debatte bzgl. des Handwerksbegriffs als solchem statt.

In der Debatte des Bundestages zur Novellierung von 1965 wurde vom Abgeordneten Schulhoff (CDU/CSU) explizit auf die Entwicklung von Technik und Wirtschaft seit 1953 hingewiesen, um die Notwendigkeit der Reform zu untermauern⁸³. Der große Befähigungsnachweis solle „elastischer“ gestaltet werden. Der Handwerksbegriff dürfe nicht starr sein, sondern er müsse, wie es auch die Handwerksbetriebe tun, der wirtschaftlichen Dynamik folgen. Dies habe ja auch das BVerfG so gesehen, das festgestellt habe, dass der Handwerksbegriff keine einengende Begrenzung erfahren dürfe⁸⁴.

⁸⁰ BVerfG, Entsch. v. 17.07.1961, 1 BvL 44/55, BVerfGE 13, 97 ff., Rn. 31.

⁸¹ BVerfG, Entsch. v. 17.07.1961, 1 BvL 44/55, BVerfGE 13, 97, Rn. 34.

⁸² BVerfG, Entsch. v. 17.07.1961, 1 BvL 44/55, BVerfGE 13, 97, Rn. 39.

⁸³ 191. Sitzung des Deutschen Bundestags, vom 23.06.1965, S. 9592.

⁸⁴ 191. Sitzung des Deutschen Bundestags, vom 23.06.1965, S. 9592.

In diesem Sinne argumentiert auch der Abgeordnete Dehler (SPD). Allerdings bedauerte er, dass es nicht gelungen sei, bzgl. der in der Positivliste der Anlage A der HwO genannten Gewerbe eine Straffung, welche die Anpassungsfähigkeit verstärkt hätte, zu erreichen⁸⁵.

Nach 1965 wurde zunächst keinerlei grundlegende Veränderung an der HwO vorgenommen, jedoch wurde der Ordnungsgeber tätig und erließ in Ausführung von § 25 HwO Ausbildungsordnungen (s.o.).

Bei der Novelle von 1993 stand der Gesichtspunkt des Handwerksbegriffs nicht im Fokus, neue Erkenntnisse ergeben sich in diesem Zusammenhang nicht.

Bei der Novelle von 1998 hingegen wurde die Anlage A zur HwO (Liste der Gewerbe, die als *Handwerk ausgeübt werden können*) sowie § 1 Abs. 2 HwO geändert, was im Zusammenhang mit dem Handwerksbegriff als solchem steht. Kriterien dafür, ob ein Gewerbe von der Liste A auf die Liste B geschoben wurde, waren, ob das Gewerbe die Ziele der Ausbildungs- und Qualitätssicherung erfüllt, bzw. ob das Gewerbe in den letzten Jahren im Hinblick auf seine Ausbildungsleistung, die Entwicklung der Betriebszahlen und die Zahl der Beschäftigten, die Markt- und Ausbildungschancen und das Verhältnis der handwerklichen zu den nicht handwerklichen Umsätzen vergleichsweise wenig zu den durch den großen Befähigungsnachweis geschützten Gemeinschaftsgütern beigetragen hat⁸⁶. Im Rahmen der Novelle wurden im Ergebnis häufig „breitere Handwerke“⁸⁷ durch Zusammenlegung geschaffen⁸⁸.

Allerdings wurde in keinem Fall eine Tätigkeit vollständig aus den Anlagen A oder B entlassen, so dass letztendlich die Zuordnung der betreffenden Gewerbe zur Handwerksorganisation blieb. Bei der Zuordnung wurde zudem traditionellen und kulturellen Aspekten eine hohe Bedeutung beigemessen⁸⁹.

Bzgl. § 1 Abs. 2 HwO wurde durch die Novelle klargestellt, dass ein eintragungspflichtiges Handwerk immer dann vorliegt, wenn „Tätigkeiten ausgeübt werden, die für dieses Gewerbe wesentlich sind“. Dies sollte ausdrücklich nur eine sprachliche Anpassung und Präzisierung ohne materielle Änderung darstellen (dies entsprach der ständigen Rechtsprechung des BVerwG, welche so aufgegriffen werden sollte)⁹⁰.

⁸⁵ 191. Sitzung des Deutschen Bundestags, vom 23.06.1965, S. 9593.

⁸⁶ *Schwannecke*, a.a.O., Begründung zur HwO-Novelle, S. 4.

⁸⁷ Vgl. BT-Drs.13/9388, S. 2.

⁸⁸ Vgl. *Schwannecke*, a.a.O., Begründung zur HwO-Novelle, S. 5.

⁸⁹ Zu Hintergrund und Begründung der Schaffung der Anlage A und B-Listen vgl. auch *Leisner, W.G.*, Ist eine Änderung des § 5 Handwerksordnung dahingehend anzustreben, dass auch Meisterbetriebe der B1-Handwerke in seinen Anwendungsbereich fallen?, LFI- Schriftenreihe 2011, S. 16 ff., 18 ff.

⁹⁰ Vgl. *Honig/Knörr*, a.a.O., § 1 Rn. 47; vgl. zu der Thematik insgesamt *Leisner, W.G.*, Die „wesentliche Tätigkeit“ eines Handwerks in § 1 Abs. 2 HwO.

Da diese gesetzliche Umsetzung der Kernbereichs- bzw. Gepräge-Rechtssprechung nach Ansicht des Gesetzgebers in der Verwaltungspraxis nicht hinlänglich beachtet wurde, wurde 2003 eine weitere Anpassung von § 1 Abs. 2 HwO im Sinne einer Erweiterung dahingehend vorgenommen, dass konkrete Maßstäbe für unwesentliche Tätigkeiten gegeben wurden (kurze Anlernzeit, längere Anlernzeit bei gleichzeitiger Nebensächlichkeit für das Gesamtbild des Handwerks, keine Entstehung aus Gewerbe der Anlage A)⁹¹.

Die als notwendig erachtete Anpassungsfähigkeit des Handwerksbegriffs zeigt sich auch daran, dass nach der gesetzgeberischen Intention das Handwerk zwar immer noch das Vorliegen eines Gewerbes voraussetzt, das die Herstellung von Produkten bzw. Dienstleistungen betreibt, die Verwendung von technischen Hilfsmitteln und vorgefertigten Teilen jedoch kein Hindernis für das Vorliegen eines Handwerks darstellt.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass den Schwerpunkt der Debatten von jeher die Fassung der Anlage A bildete, welche die *Zuordnung eines Gewerbes als handwerksfähig* vornimmt, der Handwerksbegriff als solcher hingegen war konkret nicht Gegenstand einer gesetzlichen Begriffsdefinition. Aber auch über eine Analyse der Kriterien der Zuordnung zur Anlage A lässt sich nicht herleiten, dass die betriebsbezogene Gewerbebezeichnung dem Handwerk mit Ausschlussfunktion zu Industrie- und Handel zuzuordnen ist. Die Funktion der Anlage A ist es nicht, eine Definition des Handwerks zu liefern, sondern festzulegen, welches handwerklich betriebene Gewerbe im Sinne von § 1 Abs. 2 HwO dem Großen Befähigungsnachweis als subjektive Berufszulassungsbeschränkung unterliegt. Die Frage, ob ein Handwerk vorliegt, ist also notwendig zu klärende *Vorfrage*.

Bei Änderungen der Positivliste der Anlage A der HwO wurden daher zum Teil Gewerbe mit der Begründung gestrichen, dass sie keine eigene Betriebsform mehr darstellen würden, sondern in einem anderen Handwerk als allgemeine Fertigkeit angesehen werden⁹², bzw. dass der Schwierigkeitsgrad der Tätigkeit durch die technische Entwicklung stark erleichtert wurde⁹³ und damit in handwerksmäßiger Betriebsform stark an Bedeutung verloren habe. In beiden Fällen wird daher auf die Produktion bzw. die Tätigkeit an sich abgestellt, um die Zugehörigkeit zum Vollhandwerk zu begründen, bzw. hier zu negieren.

Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass nur der Gesetzgeber die Gewerbe, die handwerksfähig sind, festlegen kann⁹⁴. Weder die

⁹¹ Vgl. *Honig/Knörr*, a.a.O., § 1 Rn. 48; vgl. zu der Thematik insgesamt *Leisner, W.G.*, Die „wesentliche Tätigkeit“ eines Handwerks in § 1 Abs. 2 HwO.

⁹² BT-Drs. IV/3461, S. 20.

⁹³ Vgl. *Schwannecke*, HwO, C. Die Handwerksordnung von 1953, S. 20.

⁹⁴ *Honig/Knörr*, a.a.O., § 1 Rn. 60.

Anwendung des sog. *dynamischen Handwerksbegriffs*, noch eine Verordnung, die Aussagen über das Berufsbild trifft, kann dies erwirken⁹⁵. Eine gewisse Flexibilität schafft § 1 Abs. 3 HwO, der die Möglichkeit schafft, dass das Bundeswirtschaftsministerium mit zustimmungsbedürftiger Rechtsverordnung die Anlage A stets auf dem neuesten Stand von Wirtschaft und Technik halten kann, ohne jedoch eine Ausweitung von Gewerben vorzunehmen.

Der *dynamische Handwerksbegriff* stellt namentlich darauf ab, dass sich das Handwerk als solches der technischen Entwicklung anpassen und sich diese Entwicklung zunutze machen darf, ohne Gefahr zu laufen, dadurch die Handwerkseigenschaft zu verlieren. Er soll eine Anpassung an die wirtschaftliche Wirklichkeit und damit als Bestandsschutz für das Handwerk dienen⁹⁶. Ob er bereits bei der Festlegung der handwerksfähigen Gewerbe maßgeblich sein kann, wurde von der Rechtsprechung ausdrücklich offen gelassen und wird in der Literatur mit oben angeführter Begründung verneint.

Der Umstand, dass der Gesetzgeber nach freiem Ermessen über die Ausgestaltung der Anlage A (s.o.) festlegen kann, welches Gewerbe handwerksfähig im Sinne der HwO ist, führt zu dem Schluss, dass die *Handwerksfähigkeit keine zwingende, dauerhafte Eigenschaft eines Gewerbes ist*, sondern vielmehr eine Eigenschaft, die abhängig vom (veränderlichen) gesetzgeberischen Zweck der Berufszulassungsbeschränkung ist.

Überdies kann festgestellt werden, dass der Strukturwandel, dem das Handwerk insbesondere durch neue Technologien unterworfen ist, dafür sorgt, dass das ursprüngliche Begriffsverständnis, dass Handwerk Handarbeit zwingend beinhaltet, so nicht mehr haltbar ist⁹⁷. Dies wurde wie bereits erläutert auch im Rahmen der Debatten des Parlaments bei der Gesetzgebung zur HwO durchgehend thematisiert. Eine Definition des *Handwerksbegriffs*, welche den betriebsbezogenen Gewerbebegriff umfasst, kann vor diesem Hintergrund nach dem gegenwärtigen rechtlichen Verständnis nicht gegeben werden.

- b) Gesamtschau der Rechtsprechung bzgl. des Handelsgewerbes und des herstellenden Gewerbes in industrieller und handwerklicher Form – Formen der Abgrenzung

Auch eine Analyse der Rechtsprechung⁹⁸ bzgl. der Frage, ob der betriebsbezogene Gewerbebegriff ein taugliches Abgrenzungskriterium zwischen

⁹⁵ BVerwG, Urt. v. 21.12.1993, 1 C 192.

⁹⁶ BVerwG, Urt. v. 21.12.1993, 1 C 192.

⁹⁷ Vgl. auch *Günther*, Die Unterscheidung zwischen Handwerk und Industrie vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Entwicklung, *GewArch* 2012, 16, 17.

⁹⁸ BayVGh, Beschl. v. 18.10.2011, 9 CS 11.1725, Rn. 3, Rn. 12, worin explizit das Ladengeschäft als Bäckerei bezeichnet wird und der Gesamtbetrieb als Bäckereibetrieb (bestehend aus Bäckerei, Backstube und Café). Ob allerdings Bäckerei zwangsläufig einen Zusammenhang (direkten) zum Hersteller erfordert ist damit weder ausgeschlossen noch beantwortet.

herstellendem Gewerbe und Handelsgewerbe darstellt, bzw. innerhalb des herstellenden Gewerbes zwischen Industrie und Handwerk, führt zu keinem anderen Ergebnis.

aa) Abgrenzungskriterien nach der Rechtsprechung – ein tätigkeitsbezogener Ansatz

Mangels einer genauen Handwerksdefinition, die eine scharfe Abgrenzung der Zuordnungsobjekte Handwerk, Handel und Industrie ermöglichen würde, wird die Abgrenzung anhand von der Rechtsprechung entwickelten (insbesondere negativen) Kriterien vorgenommen, diese Kriterien umfassen jedoch, wie sich zeigen wird, nicht die betriebsbezogenen Begrifflichkeiten als solche.

§ 1 Abs. 2 HwO knüpft an das *handwerksmäßige Betreiben* des stehenden Gewerbes als Voraussetzung für die Erforderlichkeit des Meistertitels an. Generell wird in allen Gesetzgebungsmaterialien darauf abgestellt, dass ein Beruf „handwerksmäßig betrieben“ wird⁹⁹, d.h. es kommt nicht ausschließlich auf das Gewerbe, sondern auf die Art der Ausübung an, die sich damit vom übrigen Gewerbe, z.B. dem Minderhandwerk und der Industrie unterscheiden muss.

Mittlerweile ist dies auch in § 1 Abs. 2 HwO entsprechend normiert [die Norm unterlief im Rahmen der verschiedenen Novellen entsprechende Änderungen, vgl. die Ausführungen unter B. III. 2. a) aa)], es wurden konkretisierende Maßstäbe für die Beurteilung der Wesentlichkeit der Tätigkeit aufgenommen.

Bestätigt wird dies durch die Rechtsprechung des BVerwG, die vom Vorliegen eines Handwerksbetriebs i.S.v. § 1 Abs. 2 HwO ausgeht, wenn ein Gewerbebetrieb „handwerksmäßig betrieben wird und vollständig oder in wesentlichen Tätigkeiten ein Gewerbe umfasst, das in der Anlage A zur Handwerksordnung („Positivliste“) aufgeführt ist“, was sich maßgeblich nach der Kernbereichslehre der Rechtsprechung bestimmt¹⁰⁰.

Mangels positiver Definition des Handwerks¹⁰¹ wird in der Rechtsprechung die Abgrenzung über eine negative Definition dahingehend vorgenommen, das nicht zum Handwerk gehört¹⁰²:

- Diejenigen Tätigkeiten, die kein Gewerbe i.S.d. GewO sind
- Diejenigen Gewerbe, die nicht eine Be- oder Verarbeitung von Rohstoffen und Halbfabrikaten oder Reparaturen oder Dienstleistungen zum

⁹⁹ Vgl. nur BT-Drs. 3016, Mündlicher Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht (16), 2. Wahlperiode 1953.

¹⁰⁰ BVerwG, Urt. v. 21.12.1993, 1 C 192.

¹⁰¹ Vgl. schon *Landmann/Rohmer*, Kommentar zur GewO, § 1 S. 36. Dem Handwerk soll die Möglichkeit offengehalten werden, sich weiterzuentwickeln, eine Erstarrung durch eine abschließende Definition soll vermieden werden.

¹⁰² *Landmann/Rohmer*, (8. Aufl.), 2. Band, Erster Teil, S. 83.

Gegenstand haben (Handel und seine Hilfgewerbe, Versicherungen, Verkehrsgewerbe etc.)

- Berufstätigkeiten, bei denen eine handwerksmäßige Lehrlingsausbildung nicht stattfindet
- fabrikmäßig betriebene Gewerbe.

Die Rechtsprechung und die Literatur haben im Rahmen der Grenzziehung zwischen *handwerklichem Betrieb* einerseits und *industriellem* bzw. *kleingewerblichen* Betrieb andererseits den Grundsatz der sog. *gesamtstrukturellen Betrachtungsweise* entwickelt¹⁰³. Danach sind Merkmale eines *typischen Handwerksbetriebs*¹⁰⁴:

- Betriebsgröße
- Schwergewicht in der Fertigung oder Dienstleistung im manuellen oder im maschinellen Moment
- Ausbildungsgang Betriebsinhaber und Beschäftigte
- Art der Aufträge (Serien- oder Individualfertigung) oder des Absatzes
- Trennung von Leitungs- und Ausführungsbereich
- Arbeitsteilung der Mitarbeiter untereinander
- *Nicht mehr*: Identität von Meister und Betriebsinhaber, da mit der Handwerksnovelle von 2003 das sog. Inhaberprinzip aufgegeben wurde.

Insbesondere greift damit bei der Frage des handwerklichen Betriebs der dynamische Handwerksbegriff¹⁰⁵, der sich an der Betriebsstruktur orientiert, von der Rechtsprechung anerkanntermaßen ein¹⁰⁶.

Neben der Abgrenzung zwischen Industrie und Handwerk, gewann jedoch im Laufe der Zeit auch die Abgrenzung zwischen Handwerk und sog. Minderhandwerk bzw. Kleingewerbe eine immer stärkere Bedeutung¹⁰⁷, da im Zuge der Entwicklung neuerer Technologien etc. oft bei Verwendung von industriell vorgefertigten Bauteilen verstärkt eine Abgrenzung erforderlich wurde¹⁰⁸.

¹⁰³ Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 391, 69, Erg.-Lfg. 2013.

¹⁰⁴ Da sie aber nur am typischen Betrieb orientiert sind, stellen sie bloße Erkenntnishilfen dar und dürfen keinesfalls in allzu statischer Weise einzelne Begriffselemente (freiheitswidrig) verfestigen oder fixieren, vgl. Scholz, a.a.O., Art. 12 Rn. 391 und Rn. 392. Eine teilweise a.A. hat das BVerwG vertreten, das den Begriff des Handwerks nicht nach wirtschaftlich-technischen und soziologischen Maßstäben, sondern nach denjenigen verfassungsrechtlichen Auswirkungen bestimmen wollte, die aus der Garantie des Art. 12 Abs. 1 GG und ihren Beschränkbarkeiten zu gewinnen seien vgl. insb. BVerwG, Ur. v. 06.12.1963, VII C 18.63, sowie bestätigend BVerwG, Ur. v. 16.09.1965, O C 53-65.

¹⁰⁵ Vgl. hierzu, sowie zu den Abgrenzungskriterien vertiefend Günther, Die Unterscheidung zwischen Handwerk und Industrie vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Entwicklung, GewArch 2012, 16 ff.

¹⁰⁶ Honig/Knörr, a.a.O., § 1 Rn. 61. Vgl. insgesamt zu den Merkmalen, Honig/Knörr, a.a.O., § 1 Rn. 64 ff.

¹⁰⁷ In diesem Zusammenhang kann eben auch die Abgrenzung zum Handel eine Rolle spielen, vgl. nur BVerfG NVwZ 2001,187, 188.

¹⁰⁸ Vgl. Schwarz, a.a.O., 1, 1.

Hiervon werden auch Gewerbebetriebe umfasst, die im Rahmen der Entwicklung hin zur Spezialisierung nur Teiltätigkeiten eines bzw. verschiedener Handwerke, und dies überwiegend auch nur in mechanisierten Arbeitsgängen, ausführen.

In diesem Zusammenhang lassen sich aus der relevanten Rechtsprechung¹⁰⁹ folgende Grundsätze ableiten:

- Wesentlich i.S.v. § 1 Abs. 2 HwO können nur solche Tätigkeiten sein, zu deren einwandfreier Ausführung es einer handwerklichen Befähigung bedarf.
- Allein die Zugehörigkeit einer Tätigkeit zu einem in der Positivliste gelisteten Gewerbe führt nicht zur „Wesentlichkeit“ der Tätigkeit. Bei einer modernisierten, weil mechanisierten Betriebsweise, bei der die menschliche Arbeit so vereinfacht wird, dass statt handwerklicher Ausbildung eine schnell erlernbare Vertrautheit mit technischen Hilfsmitteln genügt, liegen die Voraussetzungen von § 1 Abs. 2 HwO nicht vor. Wenn die technischen Hilfsmittel hingegen nur dazu dienen, die Handarbeit zu unterstützen, liegt ein Handwerk weiterhin vor¹¹⁰.
- Maßstab für die Abgrenzung ist insb. im Hinblick auf Art. 12 GG, ob das Erfordernis der Meisterpflicht bei der selbständigen Ausübung der Tätigkeit für das Gesamtbild der ausgeübten Tätigkeiten nicht angemessen und nicht vom Sinn der Regelung gedeckt erscheint¹¹¹.
- Bei Eröffnung einer Zweigstelle eines handwerklichen Betriebes ist eine zusätzliche Eintragung in die Handwerksrolle vorzunehmen, wenn der Zweigstelle eine gewisse Eigenständigkeit zukommt, d.h. wenn dort bzw. von dort aus Aufträge für handwerkliche Arbeiten entgegengenommen und ausgeführt sowie die fertig gestellten Werke ausgeliefert werden¹¹². Insbesondere muss die Zweigstelle bei Fortfall des Hauptbetriebes ohne die vom Hauptbetrieb erledigt Tätigkeiten als eigener Handwerksbetrieb fortbestehen können¹¹³.

¹⁰⁹ BVerwG, Urt. v. 06.12.1963, VII C 18.63; BVerwG, Urt. v. 16.09.1966, I C 53.65; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 23.05.2003, 2 Ss OWI 32/03; BVerwG, Urt. v. 25.02.1969, I C 60.65; BVerwG, Urt. v. 24.10.1967, I C 57.65.

¹¹⁰ BVerwG, Urt. v. 06.12.1963, VII C 18.63, wobei insbesondere auf die Entwicklung des Handwerksbegriffs eingegangen wird. Diese Entwicklung nahm ihren Ausgangspunkt vom Maßstab der Erbringung der Arbeitsleistung überwiegend in qualifizierter Handarbeit, die besondere Handfertigkeit voraussetzte, um in der Folge über die Veränderung der Arbeitsleistung durch den Einsatz von Maschinen und vorgefertigtem Material auf das Ausmaß der qualifizierten Arbeitsleistung als ausschlaggebendes Merkmal abzustellen. Bestätigt wurde diese Entscheidung durch BVerwG, Urt. v. 16.09.1966, I C 53.65.

¹¹¹ BVerwG, Urt. v. 12.07.1979, 5 C 10/79, Rn. 24.

¹¹² BVerwG, Urt. v. 26.04.1994, I C 17/92, Rn.17, wobei eine Abgrenzung zum bloßen Materiallager, Auftragsannahmestelle, Stelle zur Organisation des Arbeitseinsatzes bzw. zu einer reinen Verkaufsstelle vorgenommen wird.

¹¹³ BVerwG, Urt. v. 26.04.1994, I C 17/92, Rn. 20.

- Bei der Abgrenzung, ob Arbeitsvorgänge untergeordnet sind oder dem Handwerk sein essentielles Gepräge verleihen, ist darauf abzustellen, ob eine einfache Montage vorgefertigter Bauelemente vorgenommen wird oder aber die Herstellung einer Gesamtkonstruktion erfolgt¹¹⁴.
- Untergeordnete Arbeitsvorgänge sind insbesondere solche, die wegen ihres geringen Schwierigkeitsgrades keine qualifizierten Kenntnisse und Fertigkeiten voraussetzen. Andererseits spricht gegen die Bewertung einer Tätigkeit als wesentlichen Teil eines Handwerks noch nicht, dass man sie mit einigem Geschick auch dann ordentlich ausführen kann, wenn man den Beruf nicht erlernt hat¹¹⁵.

Anhand dieser in Summe *tätigkeitsbezogenen Kriterien* ist eine Abgrenzung zum einen zum Handel¹¹⁶ und zum anderen zur Industrie vorzunehmen. Das Abgrenzungsmerkmal zum Handel stellt das *Herstellungsmoment* dar¹¹⁷, das zur Industrie die *Art der Herstellung*. Die Betriebsbezeichnung als solche ist dementsprechend nicht umfasst.

Im Kontext der Abgrenzung zum Handel lässt sich anhand dieser Merkmale jedoch am Beispiel der Bäckerei feststellen, dass sich als „Bäckerei“ notwendigerweise nur ein Gewerbe bezeichnen darf, das nicht Handel ist, da Bäckerei in jedem Fall zum Bäcker als Handwerker gehören muss und das Verhältnis zwischen Handel und herstellendem Gewerbe ein Ausschließlichkeitsverhältnis ist¹¹⁸. Die GewO stellt in § 1 Abs. 2 ausdrücklich klar, dass Handwerker nicht mehr darauf beschränkt sind, ausschließlich ihre eigenen Produkte zu verkaufen¹¹⁹. Im Umkehrschluss bedeutet dies jedoch, dass jemand, der ausschließlich von Dritten hergestellte Produkte verkauft, kein Handwerker sein kann und ein Handwerker zumindest immer *auch seine eigenen* Produkte vertreiben muss. Das Produktionsmoment muss also erfüllt sein.

Der Betriebsbegriff der Bäckerei ist auch nach seiner geschichtlichen Entwicklung zumindest einem herstellenden Gewerbe zuzuordnen, so dass ein *reiner* Händler keine Bäckerei betreiben kann.

Dementsprechend stellt sich für Bäckereien die Frage, inwieweit das bloße Aufbacken noch der Herstellung dient. Die Herstellung ist abgeschlossen, wenn das Produkt an den Endverbraucher abgegeben werden könnte. Müss-

¹¹⁴ Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 23.05.2003, 2 Ss OWI 32/03, Rn. 3 und Rn. 5.

¹¹⁵ VG Karlsruhe, Beschl. v. 13.08.2003, 11 K 656/03, Rn. 36.

¹¹⁶ Vgl. insbesondere auch BVerfG NVwZ 2001, 187, 188.

¹¹⁷ *Landmann/Rohmer*, a.a.O., § 1 S. 42.

¹¹⁸ Vgl. auch *Landmann/Rohmer*, Kommentar zur Gewerbeordnung, der diese Ausschließlichkeit voraussetzt, § 1, S. 35, S. 36; bzw. *John*, Handwerk im Spannungsfeld zwischen Zunftordnung und Gewerbefreiheit, S. 25.

¹¹⁹ Im Vergleich zur oben im Rahmen der Zunftordnungen beschriebenen Regelung, wonach es den Handwerkern explizit verboten war, zugekaufte Produkte zu vertreiben, lässt sich somit ein Wandel konstatieren.

sen Backwaren daher noch tatsächlich fertig gebacken werden, ist die Herstellung noch nicht abgeschlossen. Sind die Backwaren hingegen eigentlich fertig gestellt, und müssen nur vor der Abgabe an den Endverbraucher noch einmal aufgebacken werden, so ist der Herstellungsprozess abgeschlossen, das Aufbacken dient nicht mehr der Herstellung.

Wenn diese Erkenntnisse verallgemeinert werden, kann festgestellt werden, dass herstellendes Gewerbe, welches sowohl industrielle als auch handwerkliche Herstellung umfasst, vom Handelsgewerbe streng zu unterscheiden ist. *Wann* der Herstellungsvorgang soweit abgeschlossen ist, dass keine Herstellung mehr, sondern reiner Handel vorliegt, ist für jedes Gewerbe gesondert festzustellen. Jedoch müssen zumindest die wesentlichen Fertigungsschritte, die Fachkenntnis erfordern, abgeschlossen sein und das Produkt müsste als solches bereits an den Endverbraucher vermittelbar sein.

Bzgl. der Abgrenzung zur Industrie ist die Abgrenzung problematischer. Dem Handwerk wohnt weiterhin immer ein Produktionsmoment inne, in diesem Zusammenhang spielen auch die alten rein handwerklichen Begrifflichkeiten weiter eine Rolle. Dies lässt sich insbesondere an der weiteren Entwicklung des Begriffs der Selbständigkeit im Rahmen des handwerklichen Betreibens eines Gewerbes festmachen¹²⁰. Auch nach dem Recht der HwO ist dieses Merkmal weiterhin Voraussetzung für die Ausübung eines Handwerks. Bei der Ermittlung des Vorliegens der Voraussetzungen der Selbständigkeit wird insbesondere auf die *eigene* Betriebsstätte abgestellt¹²¹. Der Betrieb ist jedoch unzweifelhaft der Bäckereibetrieb, der Malereibetrieb, der Tischlereibetrieb. Die „Bäckerei“ ist im Grunde die terminologische Kurzform (s.o.). Zwar muss sich die Bezeichnung des Gewerbebetriebes mit der Bezeichnung des Gewerbes nicht zwangsläufig decken¹²², vielmehr kommt es darauf an, welche Tätigkeiten in dem Betrieb ausgeführt werden¹²³. Ganz überwiegend bestehen jedoch, insbesondere bei den *traditionellen Handwerken*, terminologische Übereinstimmungen, die sich eben aus der aufgezeigten geschichtlichen Entwicklung erklären.

Da jedoch, wie oben festgestellt, über die Entwicklung der Industrialisierung der ursprünglich rein handwerkliche Begriff des Bäckereibetriebs mittlerweile auch als Oberbegriff auf Industriebetriebe anwendbar ist, kann keine ausschließliche Zugehörigkeit des Begriffs zum Handwerk festgestellt

¹²⁰ *Schwindt*, a.a.O., S. 45.

¹²¹ *Landmann/Rohmer*, Kommentar zur GewO, § 1 S. 37; *Bulla*, Freiheit der Berufswahl, S. 95.

¹²² *Schwindt*, a.a.O., S. 52 führt hier das Beispiel der Eisenbauwerkstätte statt Schlosserei an.

¹²³ Falls z.B. eine Spezialisierung nur auf bestimmte Tätigkeiten des Handwerks stattfindet, kann die Betriebsbezeichnung terminologisch von der Gewerbebezeichnung zur Unterstreichung der Spezialisierung abweichen.

werden, die Abgrenzung der Begrifflichkeiten erfolgt über die *Art der Herstellung*, diese ist nicht zwangsläufig an den Betriebsbegriff gekoppelt.

Im Ergebnis stellt damit der betriebsbezogene Gewerbebegriff keines der Abgrenzungskriterien zu Handel und Industrie dar, so dass sich auch hieraus keine ausschließliche Zuordnung zum Handwerk ableiten lässt.

bb) Abgrenzungen der Rechtsprechung speziell im Bäckereigewerbe

Auch die Rechtsprechung speziell zur Abgrenzung im Bäckereigewerbe bestätigt das vorstehende Ergebnis.

In seinem Urteil aus dem Jahr 1978¹²⁴ stellte das BVerwG bei der Abgrenzung von handwerksmäßiger und industrieller Betriebsweise in Bäckereibetrieben fest, dass auch nach der damaligen Verkehrsanschauung die Herstellung von Backwaren grundsätzlich noch handwerkliche Kenntnisse und Fertigkeiten erfordert¹²⁵. Auch die Art des Verkaufs, die fast ausschließlich an private Endabnehmer nach fester Kundenliste erfolgte und bei dem die Brote nicht in fester Verpackung, sondern in offener Folie geliefert wurden, war ein maßgebliches Kriterium¹²⁶.

Zum speziellen Problem der Abgrenzung von Handwerksbetrieben und Industriebetrieben bei der Herstellung von Backwaren erging auch in der Folge höchstrichterliche Rechtsprechung.

Zunächst urteilte das OVG Sachsen-Anhalt¹²⁷ und wandte die Methode der *Abgrenzung nach der Gesamtstruktur* an. Das OVG kam zu dem Ergebnis, dass

„die Herstellung der Brotwaren und Kuchenwaren in der Niederlassung, die Auslieferung und der Verkauf der Waren in den Backshop's unmittelbar an die Verbraucher [...] einen einheitlichen Großbäckereibetrieb [bilden] und keinen Mischbetrieb i.S.v. IHKG § 2 Abs. 3.“ „Wenn ein Bäckereibetrieb in eigenen Filialen eigene Waren unmittelbar an den Verbraucher verkauft, so übernimmt er nicht zusätzlich ein weiteres, qualitativ anderes Gewerbe. Der Verkauf an den Endverbraucher ist noch dem Bäckereibetrieb zuzurechnen“¹²⁸ (Erg. u. Herv. d. d. Verf.).

Weiter führte das Gericht aus, dass

„soweit im Einzelfall der weit überwiegende Anteil des Personals in den Backshop's, im Fuhrpark oder in der „Expedition“ eingesetzt ist, stellt dies den handwerklichen Charakter des Betriebes nicht in Frage. Denn

¹²⁴ BVerwG, Urt. v. 21.11.1978, I C 49.74.

¹²⁵ BVerwG, Urt. v. 21.11.1978, I C 49.74, Rn. 20.

¹²⁶ BVerwG, Urt. v. 21.11.1978, I C 49.74, Rn. 23.

¹²⁷ OVG Sachs.-Anh., Urt. v. 24.01.2002, 1 L 277/01.

¹²⁸ OVG Sachs.-Anh., Urt. v. 24.01.2002, 1 L 277/01, LS. 2.

der Betrieb erhält sein Gepräge durch die Art und Weise der Produktion. Dem Bild eines typischen Bäckereihandwerksprodukts entspricht es zudem, dass die Waren ausschließlich über firmeneigene Filialen verkauft und tagesfrisch in offener Verpackung geliefert und verkauft werden¹²⁹ (Herv. d. d. Verf).

Das BVerwG hielt diese Entscheidung in der Folge, ging aber auf die einzelnen Argumente der Revisionsführerin mit der Begründung nicht ein, dass das Berufungsgericht die allgemeinen Grundsätze der ständigen Rechtsprechung des BVerwG bei der Abgrenzung von Industrie- und Handwerksbetrieben zugrunde gelegt habe und es der Beschwerde nicht zu entnehmen sei, dass das Revisionsverfahren zu weitreichenderen Ergebnissen führen könnte¹³⁰.

Ganz allgemein lässt sich aus dieser Rechtsprechung jedoch ersehen, dass zum einen der Begriff Bäckerei als solcher für Industrie und Handwerk gleichermaßen verwendet wird und die Abgrenzung über die Beurteilung der Art der Herstellung vollzogen wird.

cc) Zwischenergebnis

Die Rechtsprechung differenziert im Ergebnis anhand tätigkeitsbezogener Kriterien zwischen den unterschiedlichen Gewerbearten. Die Gewerbe- bzw. die Betriebsbezeichnung als solche ist hingegen nicht von Relevanz.

c) Abgrenzungskriterien speziell für Handel und Handwerk/Industrie nach der Literatur und Gesetzgebung – Relevanz des Gewerbebegriffs

Auch in der Literatur hat der Gewerbebegriff als solcher keine Bedeutung, was die Abgrenzung von Handel, Handwerk und Industrie betrifft, jedoch wird eine Unterscheidung zwischen den Begriffen als notwendig erachtet, da diese mit z.T. stark unterschiedlichen Rechtsfolgen belegt werden.

Die mangelnde Relevanz des Gewerbebegriffs für die Abgrenzung begründet sich unter anderem dadurch, dass auch Handwerker seit dem HRefG von 1998¹³¹ Kaufleute im Sinne des HGB sind¹³², und damit die alte Unterscheidung zwischen Warenhandwerkern (solche, die bewegliche Sachen anschaffen und unverändert oder nach Be- oder Verarbeitung „weiterveräußern“, Voll- oder Minderkaufleute gem. §§ 1 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 4 a.F.) und allen übrigen Handwerkern (die Waren für andere be- oder verarbeiten § 1 Abs. 2 Nr. 2 a.F. sogenannten Lohnhandwerkern und Kannkaufleute nach § 2 HGB a.F.) wegfällt. Für das HGB ist es mithin nicht maßgeblich, ob ein

¹²⁹ OVG Sachs.-Anh., Urt. v. 24.01.2002, 1 L 277/01, LS. 3.

¹³⁰ BVerwG, Beschl. v. 25.07.2002, 6 B 37/02, Rn. 11.

¹³¹ Vgl. hierzu *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt, HGB*, § 1 Rn. 1, Rn. 26.

¹³² Vgl. *Detterbeck, HwO*, § 1 Rn. 85.

Gewerbebetrieb ein Handwerksbetrieb ist, auch dieser stellt grundsätzlich ein Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB dar¹³³.

Soweit den Handwerkern auch schon seit 1953 also Kaufmannseigenschaft zukam, waren die Handwerkskammern von jeher mit gewissen Aufgaben im Bereich des Handelsrechts betraut¹³⁴.

Dementsprechend unterfallen alle Gewerbebetriebe dem HGB, ohne dass die Unterscheidung zwischen den einzelnen Gewerben von Relevanz wäre. Dass Unterschiede gleichwohl existieren, kann jedoch daraus geschlossen werden, dass in der Literatur und auch der Gesetzgebung generell von „Handel“, „Industrie“ und „Handwerk“ als verschiedenen Gewerben gesprochen wird und auch der Gesetzgeber in seinen Reformen ausdrücklich mit dieser Unterscheidung arbeitet.

Zudem nimmt die Literatur wie die Rechtsprechung eine tätigkeitsbezogene Abgrenzung zwischen den Gewerben vor.

Dies sowie der Umstand, dass Einigkeit darüber besteht, dass der Gewerbebegriff im Verhältnis zum Handwerksbegriff ein Oberbegriff ist¹³⁵, führen dazu, dass eine Abgrenzung der Gewerbe über die Art der Tätigkeit erfolgt. Diese ist aber unabhängig von der Betriebsbezeichnung.

Dass jedoch der Handel im Vergleich zum herstellenden Gewerbe (Industrie bzw. Handwerk) nicht durch das Produktionsmoment gekennzeichnet wird, ist auch in der Literatur unumstritten.

3. Zwischenergebnis

Der Gewerbebegriff hat keine Relevanz für die Abgrenzung zwischen Handel und herstellendem Gewerbe.

Konkret für den Begriff Bäckerei bedeutet dies, dass Bäckerei die Bezeichnung für den Betrieb als solchen darstellt¹³⁶ (Industrie oder Handwerk), ohne damit eine ausschließliche Zuordnung zum Handwerk vorzunehmen. Allerdings ist ein reines Handelsgeschäft, ohne betrieblichen Zusammenhang zum Herstellungsort (Backstube) gerade nicht Teil des Bäckereibetriebes, da dieser zumindest zum herstellenden Gewerbe gehört und dieses in einem Ausschließlichkeitsverhältnis zum Handel steht.

IV. Ergebnis zu B.

Der Gewerbebegriff als solcher ist ein Oberbegriff, der selbst keinerlei Abgrenzungs- bzw. Zuordnungsfunktion besitzt und folglich auch nicht dem

¹³³ Hopt, a.a.O., § 1 Rn. 26.

¹³⁴ Hopt, a.a.O., Einl. v. § 1 Rn. 22.

¹³⁵ Vgl. Schmidt, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2010, § 1 Rn. 21 m.w.N.

¹³⁶ Vgl. auch BFH, Urt. v. 20.02.2008, Az. X R 13/05 (NV).

Handwerk als solchem mit Ausschließlichkeit zugeordnet werden kann. Allerdings kann in der Abgrenzung zwischen herstellendem Gewerbe und Handelsgewerbe diese betriebsbezogene Begrifflichkeit an Bedeutung gewinnen, da zumindest eine Zuordnung zum herstellenden Gewerbe, unabhängig ob handwerklich oder industriell, vorgenommen werden kann. Die Begrifflichkeit umfasst daher immer einen Betrieb, der organisatorisch zumindest auch mit der Produktion verbunden ist.

C. Wettbewerbsschutz durch Art. 12 GG

I. Der Schutzzumfang des Art. 12 GG

Nach dieser Einordnung des betriebsbezogenen Gewerbebegriffs als Oberbegriff für das herstellende Gewerbe stellt sich nun die Frage, ob bzw. welche Normen des Berufsreglementierungsrechts diesbezüglich Wettbewerbschutz vermitteln oder durch welche Normen ein Wettbewerbsschutz des betriebsbezogenen Gewerbebegriffes in welchem Umfang erreicht wird.

Auf Ebene der Verfassung könnte insoweit Art. 12 GG wettbewerbsrechtlichen Schutz gewährleisten¹³⁷. Art. 12 GG umfasst das Grundrecht der Berufsfreiheit und erfasst in diesem Zusammenhang alle, auch unselbständig ausgeübten Formen beruflicher Tätigkeit¹³⁸. Wie bereits unter B. I. 1. festgestellt ist in diesem Zusammenhang jedes Gewerbe gleichzeitig ein Beruf i.S.v. Art. 12 GG, umgekehrt ist jedoch nicht jeder Beruf gleichzeitig ein Gewerbe¹³⁹.

Art. 12 GG ist Teil der sogenannten Wirtschaftsverfassung, die sich weiter noch aus Art. 9, Art. 14 sowie Art. 2 Abs.1 GG ergibt¹⁴⁰. Aus dieser wird nach h.L. und ständiger Rechtsprechung des BVerfG die sog. wirtschaftspolitische *Neutralität* des Grundgesetzes herausgelesen. Neutralität des Grundgesetzes bedeutet in diesem Zusammenhang, dass das Grundgesetz nicht die Ausgestaltung eines bestimmten Wirtschaftssystems vorschreibt¹⁴¹. Die freie gesetzgeberische Ausgestaltung findet jedoch ihre Grenzen an den „konkret wirtschaftsordnenden Verfassungsentscheidungen, namentlich den Grundrechten“¹⁴².

Angesichts der Tatsache, dass der Gesetzgeber über die Fixierung von Berufsbildern und der Einführung der subjektiven Berufszulassungsschranke der HwO (gerechtfertigte) Eingriffe in die Berufsfreiheit vorgenommen hat¹⁴³ könnte man jedoch im Umkehrschluss die Verpflichtung herleiten, dass der Gesetzgeber dafür Sorge zu tragen hat, dass die derartig Regulierten als „Entschädigung“ für ihren Aufwand auch vollumfänglich vor missbräuchlichem Ausnutzen des guten Rufs des Handwerks geschützt werden.

Grundsätzlich hat Art. 12 GG einen *abwehrrechtlichen Charakter*¹⁴⁴. Eingedenk dieser Grundentscheidung des Grundgesetzes ist bei der Herleitung von *subjektivrechtlichen Leistungs- bzw. Teilhaberechten* grundsätzlich Zu-

¹³⁷ *Sodan*, in: Sodan, GG, Art. 12 Rn. 14.

¹³⁸ Vgl. *Pielow*, in: Pielow, GewO, § 1 Rn. 78.

¹³⁹ *Pielow*, a.a.O., § 1 Rn. 78.

¹⁴⁰ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, 70. Erg.-Lfg. 2013, Art. 2 Rn. 76.

¹⁴¹ *Di Fabio*, a.a.O., Art. 2 Rn. 76.

¹⁴² Vgl. *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, 70. Erg.-Lfg. 2013, Art. 12 Rn. 85.

¹⁴³ Vgl. BVerfGE 13, 97 ff.

¹⁴⁴ *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band 1, Art. 12 Rn. 9, 5. Aufl. 2005.

rückhaltung geboten¹⁴⁵. Aus der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG zu dieser Frage lässt sich der Grundgedanke herleiten, dass Ansprüche auf staatliche Leistungen sich desto eher begründen lassen, je mehr der Staat ausgestaltend bzw. eingreifend tätig wird. Je stärker also die grundrechtliche Freiheit von staatlicher Organisation bzw. Verfahren geprägt wird, desto eher ist der Staat verpflichtet, für die positive Verwirklichung dieses Rechts zu sorgen¹⁴⁶.

Wenn man vor diesem Hintergrund jedoch die durch das Regelungssystem der HwO geschaffene Situation betrachtet, kann im Ergebnis kein Leistungs- bzw. Teilhaberecht abgeleitet werden. Zwar hat der Gesetzgeber durch den Erlass der HwO mit ihren Berufszulassungsbeschränkungen ohne Zweifel einen Eingriff in die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG bewirkt, jedoch hat er selbst kein Angebotsmonopol inne. Im Gegenteil, wer die Ausbildung absolviert, partizipiert wieder voll an der durch Art. 12 GG garantierten Freiheit, die Ausbildung selbst ist nur an staatliche Kriterien geknüpft, ohne dass der Staat die Ausbildung monopolisiert¹⁴⁷.

Bestätigt wird dieses Ergebnis auch durch die ständige Rechtsprechung des BVerfG im Rahmen von Art. 12 GG, nach der Art. 12 GG keinen Anspruch auf Konkurrenzschutz vermittelt¹⁴⁸. Dementsprechend kann der Gesetzgeber nicht dazu verpflichtet werden, in *Gleichordnungsverhältnissen* zwischen privaten Individuen dafür zu sorgen, dass Konkurrenzschutz, was einer *Drittwirkung*¹⁴⁹ von Art. 12 GG gleichkommen würde, realisiert wird¹⁵⁰. Art. 12 GG vermittelt grundsätzlich keine Drittwirkung, d.h. Private werden nicht durch das Grundrecht verpflichtet, nur die öffentliche Gewalt selbst¹⁵¹. Die Bindungswirkung von Art. 12 GG auf den Gesetzgeber verpflichtet diesen letztendlich nur dazu, nicht selbst durch seine Gesetzgebung bzw. durch andere faktische Eingriffe die Berufsfreiheit zu verletzen.

Diese Verpflichtung des Staates, keine (ungerechtfertigten) Eingriffe in Art. 12 GG zu bewirken, führt jedoch nicht dazu, dass ein Bestandsschutz

¹⁴⁵ *Manssen*, a.a.O., Art. 12 Rn. 9.

¹⁴⁶ *Manssen*, a.a.O., Art. 12 Rn. 9. Am stärksten verdichtet sich dieser Anspruch, wenn der Staat über ein Angebotsmonopol wie z.B. bei der universitären Hochschulausbildung verfügt. In solchen Situationen kann den Staat eine Art Garantienpflicht treffen, vgl. *Manssen*, a.a.O., Art. 12 Rn. 9, Rn. 16 ff.

¹⁴⁷ Vgl. insbesondere ausführlich zur Zulässigkeit einer solchen Monopolisierung auch durch die Handwerkskammern *Leisner W.*, Ausbildungszwang in Einrichtungen der Handwerkskammern? – Voraussetzungen und Grenzen bei der überbetrieblichen Lehrlingsunterweisung (ÜLÜ), *GewArch* 2005, 408 ff.

¹⁴⁸ Vgl. *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 12 Rn. 319. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kann dann gegeben sein, wenn es die öffentliche Hand ist, die Privaten Konkurrenz macht.

¹⁴⁹ Drittwirkung von Grundrechten bedeutet, dass die Grundrechte mittelbar über ihre Ausstrahlungswirkung bei der Auslegung einfachgesetzlicher Vorschriften, die das Verhältnis von Privaten untereinander regeln, auch diesen gegenüber gelten und eben nicht nur im Verhältnis zwischen Staat und Privatem, vgl. *BVerfGE* 73, 261, 269.

¹⁵⁰ *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 12 Rn. 77 ff.

¹⁵¹ *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 12 Rn. 77.

für den derzeitigen Regelungsbestand besteht. Nach ständiger Rechtsprechung enthält Art. 12 GG keine institutionelle Garantie, d.h. die durch den Gesetzgeber fixierten Berufsbilder, wie z.B. die des Handwerks, genießen mithin keinen institutionellen Bestandsschutz¹⁵².

Eine Verpflichtung zum Tätigwerden des Staates¹⁵³ aufgrund von Wettbewerbsgesichtspunkten wird nur dann angenommen, wenn durch die negativen Konsequenzen eines vermehrten Wettbewerbs *Gemeinwohlintressen* beeinträchtigt werden¹⁵⁴.

Ein solches Gemeinwohlinteresse könnte für die hier maßgebliche Fragestellung der Verbraucherschutz darstellen¹⁵⁵. Die HwO, insbesondere ihre Zulassungserfordernisse, dient mit ihrem Gesetzeszweck des Schutzes vor Gefahren für Leben und Gesundheit¹⁵⁶ zumindest auch dem Verbraucherschutz, es handelt sich hierbei auch nicht um eine bloße Reflexwirkung¹⁵⁷. Dass der Verbraucherschutz als Gemeinwohlinteresse auch über Regeln im Bereich des Wettbewerbsschutzes verwirklicht werden kann, belegt der Umstand, dass in § 1 UWG der Verbraucherschutz ein explizit genannter Gesetzeszweck ist. Der Verbraucher vertraut auf den „guten Ruf“ des Handwerks und wird damit auch durch *spezifisch handwerkliche Begrifflichkeiten* bzw. durch das Suggestieren einer Zugehörigkeit zum Handwerk beeinflusst.

Der Gesetzgeber ist daher wegen seiner Bindung an Art. 12 GG zumindest gehalten, dafür Sorge zu tragen, dass durch einfachgesetzliche Ausgestal-

¹⁵² Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 76.

¹⁵³ Ausführlich zu den Schutzpflichten des Staates im Rahmen von Art. 12 GG *Hermes*, Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage? Das BVerfG zu Schutzpflicht und mittelbarer Drittwirkung der Berufsfreiheit, NJW 1990, 1764 ff.

¹⁵⁴ *Tettinger*, Wettbewerb in den freien Berufen – berufsgrundrechtliche Aspekte, NJW 1987, 294, 299.

¹⁵⁵ Aber auch der Gemeinwohlaspekt der Nahversorgung ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen. Im Zusammenhang mit dem Begriff der Bäckerei wurde aktuell eine kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Bundestag (BT-Drs. 18/2361) gestellt, die sich auf die Entwicklung inhabergeführter Bäckereien und Fleischereien im ländlichen Raum bezieht. In dieser Anfrage wird auf das produzierende Element und den damit geleisteten wichtigen Beitrag zur Nahversorgung ein Schwerpunkt gelegt. Die inhabergeführten Fachbetriebe hätten regionale Verantwortung als Impulsgeber im ländlichen Raum und tragen speziell vor dem Hintergrund demographischer und struktureller Veränderung zur regionalen Wertschöpfung bei. Hierbei wird das Problem der Verdrängung dieser Betriebe durch Backshops und Discounter aufgeworfen, die auf Kosten von Qualität, Vielfalt und regionaler Verantwortung günstigere Preise sichern können. Auf die negativen Folgen für die ortsnahe Versorgung mit Lebensmitteln und der Wirtschaftskraft der Region wird hingewiesen. Es wird in der kleinen Anfrage nach einer Einschätzung der Entwicklung inhabergeführter Betriebe insbesondere im Hinblick auf ihre Anzahl und Beschäftigtenzahl seit 1980 gefragt, sowie nach einer Einschätzung der sich abzeichnenden Tendenz der Entwicklung und welche Schlüsse die Bundesregierung daraus zieht. Die Bundesregierung wiederum weist ebenfalls in ihrer Antwort (BT-Drs. 18/2473) auf die Bedeutung der inhabergeführten Bäckereien und Fleischereien für die Nahversorgung und regionale Wertschöpfung im ländlichen Raum hin. Die meisten Betriebe, sowohl was Fleischereien als auch was Bäckereien betrifft, befinden sich in Bayern.

¹⁵⁶ *Detterbeck*, Kommentar zur HwO, in: Das Deutsche Bundesrecht, III BGO, August 2013, S. 69 ff., Einleitung Rn. 9.

¹⁵⁷ Vgl. in diesem Sinne auch *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 3. Aufl. 2013, § 5 Rn. 164. Auch der Umstand, dass auf europäischer Ebene in der Kommission sowohl die Generaldirektion „Gesundheit und Verbraucherschutz“ als auch die Generaldirektion „Binnenmarkt“ für die Vorbereitung lauterkeitsrechtlicher Regelungen zuständig sind, zeigt, dass Schutz von Gesundheit und Verbraucherschutz eng zusammenhängen.

tung das Vertrauen des Verbrauchers in die Qualität des Handwerks nicht durch missbräuchliche Verwendung von Begrifflichkeiten, ausgenutzt wird. Mit dieser verbraucherschützenden Verpflichtung des Gesetzgebers wird gleichzeitig auch der Schutz des Handwerks vor wettbewerbswidrigem Verhalten verwirklicht.

Dass der betriebsbezogene Gewerbebegriff zumindest auch, neben seinem Bezug zur Industrie, einen Bezug zum Handwerk hat, wurde unter B. dargelegt. In den folgenden Ausführungen stellt sich daher die Frage, in welcher Form der Gesetzgeber seiner Verpflichtung zum Schutz des Verbrauchers nachgekommen ist, bzw. ob eine Lücke in der Gesetzgebung besteht, die das Erfordernis einer analogen Anwendung bestehender Schutzvorschriften rechtfertigt.

II. Ergebnis zu C.

Art. 12 GG vermittelt selbst keinen unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Schutz von gewerblichen Begrifflichkeiten. Jedoch kann sich trotz fehlender Drittwirkung der verfassungsrechtlichen Vorschrift aus Gründen des Gemeinwohlinteresesses, namentlich dem Verbraucherschutz, eine – wenn auch begrenzte – Schutzpflicht des Gesetzgebers ergeben, die dieser durch einfachgesetzliche Gesetzgebung auszufüllen hat.

D. Wettbewerbsschutz durch die HwO?

Gegenstand nachfolgender Untersuchung ist, ob sich aus der Handwerksordnung (HwO) ein Wettbewerbsschutz im Zusammenhang mit der Betriebsbezeichnung und damit ein *Schutz handwerklicher Berufsbezeichnungen* ergeben kann. Von zentraler Bedeutung ist die Frage, ob und ggf. an welcher Stelle oder in welcher Art und Weise der Wettbewerb im Handwerksrecht verortet werden kann. Zu untersuchen ist, ob sich dann speziell aus der HwO ein Wettbewerbsschutz ableiten lässt, sei es infolge des Bestehens einer entsprechenden gesetzlichen Regelung in der HwO oder im Rahmen einer analogen Anwendung einer Norm der HwO.

I. Möglichkeit der Verortung eines Wettbewerbsschutzes in der HwO?

Zu prüfen ist, ob aus der HwO in ihrer aktuellen Fassung wettbewerbschützende Normen im vorstehenden Sinne existieren. Grundlage der Betrachtung ist, neben einer erforderlichen Definition des Begriffs des Wettbewerbs (vgl. *nachfolgend unter I. 1.*), die Analyse der bestehenden HwO (vgl. *nachfolgend unter I. 2.*), auch unter Zugrundelegung ihres Schutzzwecks und Beachtung der diesbezüglichen historischen Entwicklung des Gesetzes.

1. Begriffsdefinition „Wettbewerb“

Der Duden definiert den Begriff Wettbewerb einerseits allgemein, andererseits unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten wie folgt: Unter Wettbewerb versteht man im Allgemeinen *„etwas, an dem mehrere Personen im Rahmen einer ganz bestimmten Aufgabenstellung, Zielsetzung, in dem Bestreben teilnehmen, die beste Leistung zu erzielen, Sieger zu werden“* (Herv. v. Verf.)¹⁵⁸. Im Zusammenhang mit der Wirtschaft wird der Begriff des Wettbewerbs durch den Duden definiert als: *„Kampf um möglichst große Marktanteile, hohe Profite, um den Konkurrenten zu überbieten, auszuschalten“* (Herv. d. Verf.)¹⁵⁹.

In diese Richtung geht auch die Definition des Gabler Wirtschaftslexikons: Nach dem allgemeinen Verständnis ist Wettbewerb *„das Streben von zwei oder mehr Personen bzw. Gruppen nach einem Ziel (...), wobei der höhere Zielerreichungsgrad des einen i.d.R. einen geringeren Zielerreichungsgrad des (der) anderen bedingt (z.B. sportlicher, kultureller oder wirtschaftlicher Wettkampf)“*¹⁶⁰ (Herv. v. Verf.).

Überträgt man diese sehr allgemein gefasste Wettbewerbsvorstellung auf das Wirtschaftsleben, so ist entsprechend der Definition des Gabler Wirt-

¹⁵⁸ www.duden.de.

¹⁵⁹ www.duden.de.

¹⁶⁰ <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/Wettbewerb.html>.

schaftslexikons der Begriff „Wettbewerb (...) durch folgende Merkmale charakterisiert: (...) Existenz von Märkten mit (...) mind. zwei Anbietern oder Nachfragern, (...) die sich antagonistisch (im Gegensatz zu kooperativ) verhalten, d.h. durch Einsatz eines oder mehrerer Aktionsparameter ihren Zielerreichungsgrad zulasten anderer Wirtschaftssubjekte verbessern wollen, (...) damit ist eine Komplementarität von Anreiz- und Ordnungsfunktion gegeben, die im sog. sozialistischen Wettbewerb (sozialistische Marktwirtschaft) fehlt“¹⁶¹ (Herv. v. Verf.).

Der Gesetzgeber hat das Recht des unlauteren Wettbewerbs im *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (UWG) geregelt. Mitbewerber, Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer sollen vor unlauteren geschäftlichen Handlungen geschützt werden und auch das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb unterfällt dem Schutzzweck des UWG (vgl. § 1 UWG). Im Rahmen des UWG werden damit Verhaltensregelungen für den Markt aufgestellt. Unlautere geschäftliche Handlungen sind verboten. Entsprechend der Legaldefinition in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG bedeutet „geschäftliche Handlung“ im Sinne des UWG: „jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt; als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen auch Rechte und Verpflichtungen“ (Herv. v. Verf.). § 3 UWG normiert das Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen und §§ 4, 5 UWG listen im Rahmen von Katalogen beispielhafte unlautere geschäftliche Handlungen auf. Eine Definition des Begriffs des Wettbewerbs als solches ist in dem Gesetz nicht enthalten.

Im Ergebnis und sehr vereinfacht ausgedrückt, steht der Begriff „Wettbewerb“ im wirtschaftlichen Sinne als Synonym für den Begriff „Konkurrenz“¹⁶².

Dieses wirtschaftlich geprägte Verständnis des Begriffs des Wettbewerbs wird auch im Rahmen der vorliegenden Untersuchung zugrunde gelegt. Insofern ist zu untersuchen, ob sich aus der Handwerksordnung ein Wettbewerbsschutz im Sinne eines Konkurrenzschutzes ableiten lässt.

¹⁶¹ <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/Wettbewerb.html>.

¹⁶² So auch Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, Einl. UWG Rn. 1.1., der dort ausführt: „Kein Gesetz gibt eine Begriffsbestimmung dieser Urkraft menschlichen Handelns. Da es sich um ein natürliches Phänomen handelt, ist eine exakte Begriffsbestimmung kaum möglich“. Dieser weist ferner in Einl. UWG Rn.1.6. darauf hin, dass „eine Definition des Wettbewerbs als reales Phänomen nicht möglich ist“ und „jeder Versuch einer Definition läuft Gefahr, dass bestimmte Merkmale entweder nicht als wettbewerbschädlich erfasst werden oder aber als wettbewerbsfremd eingestuft werden“.

2. Wettbewerbsschutz durch Normen der HwO?

In der aktuell geltenden Handwerksordnung¹⁶³ lässt sich die Begrifflichkeit „Wettbewerb“ als solche nicht finden, weder im Rahmen des Wortlauts einer Norm der HwO, noch in Form einer Definition innerhalb der HwO. Ein ausdrücklicher, direkter Wettbewerbsschutz infolge der Verwendung dieser buchstäblichen Begrifflichkeit durch den Gesetzgeber, die den Schutz des Wettbewerbes im Handwerk zum Gegenstand hätte, existiert in dieser direkten Form nicht.

Dies allein lässt aber nicht per se darauf schließen, dass der Handwerksordnung der Gedanke des Wettbewerbsschutzes fremd sein müsse. Vielmehr ist im Nachfolgenden zu prüfen, ob sich nicht ggf. auf anderen Wegen, d.h. auch wenn keine offensichtliche und ausdrückliche Formulierung durch den Gesetzgeber vorliegt, sich ein solcher Schutzgedanke im Zusammenhang mit dem Wettbewerb aus der HwO ableiten lässt. So existieren etwa mit § 51 HwO, § 51d HwO, § 54 Abs. 4 HwO, § 6 Abs. 1 HwO Normen die möglicherweise – und sei es auch nur am Rande – mit dem Wettbewerbsschutz im Zusammenhang stehen könnten.

a) Wettbewerbsschutz durch § 51 HwO?

Nach dem Wortlaut des § 51 HwO darf die *„Ausbildungsbezeichnung Meister/Meisterin in Verbindung mit einem zulassungspflichtigen Handwerk oder in Verbindung mit einer anderen Ausbildungsbezeichnung, die auf eine Tätigkeit in einem oder mehreren zulassungspflichtigen Handwerken hinweist, (...) nur führen, wer für dieses zulassungspflichtige Handwerk oder für diese zulassungspflichtigen Handwerke die Meisterprüfung bestanden hat“*.

Ausgehend von dem Wortlaut der Norm wird die Verwendung des Begriffs „Meister/Meisterin“ in Verbindung mit einem Handwerk der Anlage A geschützt. In diesem Schutzgedanken könnte auch insoweit ein Wettbewerbschutzgedanke enthalten sein. Nach § 1 Abs. 1 HwO ist *„der selbständige Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks als stehendes Gewerbe (...) nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften gestattet“* (Herv. v. Verf.). In die Handwerksrolle eingetragen wird nur, wer die Meisterprüfung bestanden hat (§ 7 Abs. 1a HwO) oder eine vergleichbare Qualifikation besitzt, so dass der Große Befähigungsnachweis die regelmäßige Voraussetzung für die Handwerksrolleneintragung und damit für den selbständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks ist. Dieser sog. Große Befähigungsnachweis als Bedingung für die selbständige Ausübung eines zulassungspflichtigen

¹⁶³ Handwerksordnung i.d.F. der Bekanntmachung v. 24.09.1998 (BGBl. I S. 3074; 2006 I S.2095), zuletzt geändert durch Art. 19 des Gesetzes v. 25.07.2013 (BGBl. I S. 2749).

Handwerks der Anlage A bezweckte ehemals, ausweislich der Begründung der Gesetzgebungsmaterialien, die Gewährleistung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit des Handwerks sowie der Ausbildung des Nachwuchses für die gesamte gewerbliche Wirtschaft¹⁶⁴. Im Zuge der Reform von 2004 hat der Gesetzgeber im Rahmen eines Paradigmenwechsels festgelegt, dass der Aspekt der Gefahrengeneigtheit (Gefahr für Leib und Leben) und der Sicherung des Nachwuchses durch die HwO, speziell durch das Erfordernis des Meistertitels, bezweckt werden solle¹⁶⁵. Soweit ersichtlich war der Wettbewerbsgedanke nicht ausdrücklich Bestandteil der gesetzgeberischen Überlegungen, hingegen aber in gewisser Weise der Verbraucherschutzgedanke. Bestandteil der Anlage A und damit zulassungspflichtige Handwerke, für die in der Regel der Große Befähigungsnachweis erforderlich ist, sind auch Handwerke, die gefahrengeneigt für Leib und Leben Dritter sind. *„Gefahrengeneigt sind solche Handwerke, deren fachgerechte Ausübung mit dem Ziel der Vermeidung von Gefahren für Leben und Gesundheit Dritter in der Regel eine besonders gründliche Ausbildung erfordert“*¹⁶⁶. Insofern wird indirekt auch der Schutz des Verbrauchers bezweckt. Ferner ist die Annahme gerechtfertigt, dass der Verbraucher dem Inhaber eines Meistertitels, der auch als subjektives Qualifikationsmerkmal zum Tragen kommt, erhöhte Sachkompetenz in der Praxis zuschreibt. Aus Sicht der betroffenen Handwerker kommt damit der *Werbung mit dem Meistertitel durchaus Wettbewerbscharakter* zu.

Insofern ist die Annahme gerechtfertigt, dass die HwO einen Wettbewerbschutzgedanken, wenn auch nur indirekt, kennt, auch wenn dieser auf die Führung des Meistertitels als Ausbildungsbezeichnung mit seinen damit verbundenen rechtlichen Folgen, aber auch Werbeeffekten, begrenzt ist.

Ausgehend von dem Wortlaut des § 51 HwO, lässt sich jedoch ein direkter Schutz der *Betriebsbezeichnung* im Zusammenhang mit einem zulassungspflichtigen Gewerbe der Anlage A aus § 51 HwO nicht ableiten.

b) Wettbewerbsschutz durch § 51d HwO?

Nach der Regelung des § 51d HwO darf die *„Ausbildungsbezeichnung Meister/Meisterin in Verbindung mit einem zulassungsfreien Handwerk oder handwerksähnlichen Gewerbe (...) nur führen, wer die Prüfung nach*

¹⁶⁴ Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik zu BT-Drs. 4172/53; BT-Drs. 12/5918 zur HwO-Novelle 1994, S. 15; *Karsten*, in: Schwannecke, HwO, § 7 Rn. 3; *Schwannecke/Heck*, GewArch 2004, 129, 130; Im Rahmen der Handwerksnovelle von 1998 erfolgte eine Überarbeitung der Anlage A zur HwO. Der Gesetzgeber verfolgte das Ziel „durch Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit (...) zugleich Impulse zur Sicherung der Beschäftigung und Ausbildung [zu schaffen] und die Attraktivität handwerklicher Existenzgründungen“ zu erhöhen. „Im Interesse dieser Zielsetzungen sollen inzwischen nicht mehr notwendige Regulierungen, die sich aus der Anlage A ergeben, abgebaut und nur notwendige neue Regulierungen vorgenommen werden.“ (BT-Drs. 13/9388, S. 14).

¹⁶⁵ *Kormann/Hüpers*, Das neue Handwerksrecht, S. 20.

¹⁶⁶ *Kormann/Hüpers*, Das neue Handwerksrecht, S. 22.

§ 51a Abs. 2 [HwO] in diesem Handwerk oder Gewerbe bestanden hat“ (Herv. u. Erg. d. d. Verf.). Bei Verstoß gegen diese Vorschrift liegt eine Ordnungswidrigkeit im Sinne des § 117 Abs. 1 S. 2 HwO vor, die mit einer Geldbuße von bis zu fünftausend Euro geahndet werden kann.

Die Regelung des § 51d HwO ist die Parallelnorm zu § 51 HwO für die zulassungsfreien Handwerke der Anlage B1 bzw. der handwerksähnlichen Gewerbe der Anlage B2¹⁶⁷. Auch hier soll die Verwendung der Ausbildungsbezeichnung geschützt werden. Ein direkter Schutz der Betriebsbezeichnung im Zusammenhang mit einem zulassungsfreien Handwerk oder handwerksähnlichen Gewerbe lässt sich aus § 51d HwO jedoch auch nicht ableiten.

c) Wettbewerbschutz durch § 54 Abs. 4 HwO?

Die Norm des § 54 Abs. 4 HwO befasst sich nicht direkt mit dem Wettbewerb. So regelt § 54 Abs. 4 HwO seinem Wortlaut nach: „Die Handwerksinnung kann auch sonstige Maßnahmen zur Förderung der gemeinsamen gewerblichen Interessen der Innungsmitglieder durchführen“ (Herv. d. d. Verf.). Sie ermächtigt jedoch die Innungen im Rahmen der freiwilligen Aufgabenwahrnehmung zur Durchführung von Maßnahmen zur Förderung der gemeinsamen gewerblichen Interessen der Innungsmitglieder. Unter diese Regelung subsumiert ein Teil der Literatur die Möglichkeit, dass die Innung im eigenen Namen gegen festgestellte Wettbewerbsverstöße vorgehen kann¹⁶⁸. So wird diskutiert, inwieweit der Innung ein eigenes Recht zusteht, Wettbewerbsverstöße zu verfolgen¹⁶⁹. Soweit ersichtlich erfolgen jedoch keine näheren Ausführungen, wann ein Wettbewerbsverstoß im Zusammenhang mit der HwO vorliege. Die Befugnis zur Verfolgung von Verstößen steht nach § 8 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Nr. 2 UWG¹⁷⁰ auch „rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmen angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen und soweit die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt“ (Herv. d. d. Verf.).

Das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb soll dadurch gewährleistet werden, dass auch bestimmte Wirtschaftsverbände Wettbewerbsverstöße verfolgen dürfen (nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG Wirt-

¹⁶⁷ Witt, in: Schwannecke, HwO, § 51d; Detterbeck, HwO, § 51d.

¹⁶⁸ Honig/Knörr, HwO, § 54 Rn. 52; Detterbeck, HwO, § 54 Rn. 31.

¹⁶⁹ Honig/Knörr, HwO, § 54 Rn. 52.

¹⁷⁰ Detterbeck, HwO, § 54 Rn. 31.

schafts- und Wettbewerbsverbände, Verbraucherverbände nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG, Industrie- und Handelskammer und Handwerkskammer nach § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG)¹⁷¹. Die Handwerkskammern als Körperschaften des öffentlichen Rechts können in den Fällen des § 3 UWG Klage auf Unterlassung und Beseitigung erheben¹⁷².

Ein Wettbewerbsschutzgedanke im Sinne des Schutzes der Betriebsbezeichnung lässt sich aus § 54 Abs. 4 HwO jedoch nicht entnehmen.

d) Wettbewerbsschutz durch § 6 Abs. 1 HwO i.V.m. Anlage D?

In der HwO gibt es, soweit ersichtlich, keine spezielle Norm zu den einzelnen Voraussetzungen bzgl. der Anforderungen an die Betriebsbezeichnung (Firma). In der Norm des § 6 Abs. 1 HwO i.V.m. Anlage D findet die Firma im Zusammenhang mit der Eintragung in die Handwerksrolle jedoch Erwähnung.

§ 6 Abs. 1 HwO hat unter Verweis auf die Anlage D zur HwO folgenden Wortlaut: *„Die Handwerkskammer hat ein Verzeichnis zu führen, in welches die Inhaber von Betrieben zulassungspflichtiger Handwerke ihres Bezirks nach Maßgabe der Anlage D Abschnitt I zu diesem Gesetz mit dem von ihnen zu betreibenden Handwerk oder bei Ausübung mehrerer Handwerke mit diesen Handwerken einzutragen sind (Handwerksrolle)“*.

In die Handwerksrolle einzutragen ist auch die Firma. Nach § 6 Abs. 1 HwO i.V.m. Anlage D I. 1. b) ist die Firma bei natürlichen Personen einzutragen, *„wenn der selbständige Handwerker eine Firma führt, die sich auf den Handwerksbetrieb bezieht“* (Herv. d. Verf.).

Nach der Regelung des § 6 Abs. 1 HwO i.V.m. Anlage D I. 2. a) ist bei juristischen Personen die Firma oder der Name der juristischen Person einzutragen.

Gemäß § 6 Abs. 1 HwO i.V.m. Anlage D I. 3. a) ist bei Personenhandelsgesellschaften die Firma einzutragen.

Es ergeben sich aus diesen Normen jedoch keine Hinweise oder Voraussetzungen, die an die Firma zu stellen sind, so dass sich insoweit kein Wettbewerbsschutzgedanke im Zusammenhang mit der Betriebsbezeichnung ableiten lässt.

e) Zwischenergebnis

Ein Wettbewerbsschutzgedanke im Sinne des Schutzes der Betriebsbezeichnung lässt sich aus der HwO in direkter Anwendung nicht ableiten. § 51

¹⁷¹ Köhler, in: Köhler/ Bornkamm, UWG, Einl. UWG Rn. 2.25; 2.28.

¹⁷² Köhler, in: Köhler/ Bornkamm, UWG, Einl. UWG Rn. 2.35.

HwO und § 51d HwO vermitteln nur einen Titelschutz. Aus § 54 Abs. 4 HwO lässt sich nur ein Klagerecht für die Innungen ableiten.

In der HwO gibt es, soweit ersichtlich, keine speziellen Normen zu den einzelnen Voraussetzungen bzgl. der Anforderungen an die Betriebsbezeichnung (Firma). In § 6 HwO i.V.m. der Anlage D wird die Firma zwar erwähnt, aber es werden keine Voraussetzungen an die Verwendung gestellt.

3. *Wettbewerbsschutz durch analoge Anwendung bestehender Regelungen der HwO?*

Aus der HwO ergibt sich ein direkter Wettbewerbsschutz im Zusammenhang mit der *Ausbildungsbezeichnung* „Meister/Meisterin“ aus den Regelungen des § 51 HwO und des § 51d HwO. Nachfolgend ist zu prüfen, ob diese beiden Regelungen in analoger Anwendung zu einem Wettbewerbschutz im Zusammenhang mit einer *Betriebsbezeichnung* führen können.

a) § 51 HwO analog?

In der HwO gibt es, soweit ersichtlich, keine spezielle Norm zu den Voraussetzungen bzgl. den Anforderungen an die Betriebsbezeichnung. Diesbezüglich ergibt sich nicht, wann ein Gewerbetreibender sein Unternehmen etwa als „Bäckerei“ bezeichnen darf. Die Rechtsnorm des § 51 HwO nimmt ihrem Wortlaut nach Bezug auf die Verwendung des Meistertitels als Ausbildungsbezeichnung. § 51 HwO regelt, dass sich nur Meister eines bestimmten Handwerks der Anlage A nennen darf, wer einen Meistertitel in diesem Handwerk hat. Eine direkte Anwendbarkeit dieser Regelung auf die Verwendung der Betriebsbezeichnung wäre vom Wortlaut des § 51 HwO nicht gedeckt.

Möglicherweise kann der Rechtsgedanke des § 51 HwO entsprechend auf den Bereich der Produktion angewandt werden, mit der Folge, dass die Bezeichnung „Bäckerei“ nur verwendet werden darf, wenn ein *eigenes* Produktionsgewerbe dahinter steht.

Eine Analogie kommt grundsätzlich nur in Betracht, wenn die Voraussetzungen hierfür nach den allgemeinen Grundsätzen vorliegen. Notwendig wären das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke sowie das Vorliegen einer vergleichbaren Rechtslage¹⁷³.

aa) Planwidrige Regelungslücke

Wie vorstehend dargestellt (vgl. unter D. I. 2.) kann ein Wettbewerbschutzgedanke im Sinne des Schutzes der Betriebsbezeichnung aus der HwO nicht abgeleitet werden. Die HwO schweigt dazu. Insoweit besteht eine Regelungslücke in der HwO. Allerdings muss diese Gesetzeslücke auch

¹⁷³ Sprau, in: Palandt, BGB, Einleitung Vor § 1 Rn. 48.

planwidrig sein, d.h. der Gesetzgeber muss aus Versehen übersehen haben eine entsprechende Regelung zu treffen. In den letzten Jahren erfolgten diverse Novellierungen der HwO¹⁷⁴. In den entsprechenden Gesetzesbegründungen finden sich – soweit ersichtlich – zu dieser Problematik jedoch keine Ausführungen, so dass keine Gewissheit besteht, ob der Gesetzgeber bewusst oder unbewusst zur Thematik des Wettbewerbsschutzes der Betriebsbezeichnungen keine Aussagen getroffen hat.

Es erscheint jedoch als durchaus möglich, dass der Gesetzgeber aufgrund der Existenz des Lauterbarkeitsrechts die Notwendigkeit zur Schaffung einer eigenständigen Regelung in der HwO nicht gesehen hat, ohne dies im Einzelnen ausdrücklich thematisiert zu haben. Denn das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) bezweckt gerade den Schutz der Mitbewerber, Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen und das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb (§ 1 UWG). In den Anwendungsbereich des UWG fallen grundsätzlich auch Sachverhalte aus dem Bereich des Handwerksrechts, d.h. etwa Fälle, in denen ggf. in unzulässiger Weise mit der Betriebsbezeichnung eines Handwerks der Anlage A zur HwO geworben wird (vgl. nachfolgend unter E.). Es ist durchaus denkbar, dass die Existenz eines „speziellen“ Gesetzes in Form des UWG eine Regelung in der HwO aus Sicht des Gesetzgebers nicht erforderlich macht. Denn nach dem allgemein geltenden Grundsatz der Spezialität geht ein spezielleres Gesetz dem allgemeinen Gesetz vor, so dass dieses besondere Gesetz das allgemeine Gesetz verdrängt (*lex specialis derogat legi generali*)¹⁷⁵.

Auch wenn von einer Ausnahme ausgegangen werden würde und der Gesetzgeber schlechthin übersehen hätte, in der HwO eine eigene Regelung zum Wettbewerbsschutz der Betriebsbezeichnungen gesetzlich zu normieren und damit von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen sei, müsste als weitere Voraussetzung für die Annahme einer Analogie eine mit dem Schutz des Meistertitels vergleichbare Rechtslage bestehen.

bb) Vergleichbare Rechtslage

Um im vorliegenden Falle eine Analogiefähigkeit annehmen zu können, bedarf es als weiterer Voraussetzung einer *Vergleichbarkeit der Rechtslage* bzgl. der Verwendung einer Qualifikationsbezeichnung/Qualifikationsgrades (d.h. der Bezeichnung als „Meister/Meisterin“ eines bestimmten zulas-

¹⁷⁴ Vgl. zur Reform von 1993: BT-Drs. 12/5918, S. 25 f. und BGBl. I 1993, 2256 (Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung, anderer handwerklicher Vorschriften und des Berufsbildungsgesetzes vom 20.12.1993); vgl. zur Reform von 1998: BT-Drs. 13/9388 S. 23 und BGBl. I 1998 S. 596 (Zweites Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften vom 25.03.1998); vgl. zur Novelle von 2004: BT-Drs. 15/1206, S. 39 und BGBl. I 2003, 2934 (Dritten Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften vom 24.12.2003).

¹⁷⁵ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 4 Rn. 6; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 267.

sungspflichtigen Handwerks) und der Betriebsbezeichnung (z.B. „Bäckerei“).

Eine Gleichsetzung des Qualifikationsgrades und der Bezeichnung des Betriebes erscheint mangels Vergleichbarkeit tendentiell als nicht möglich. Der Qualifikationsgrad knüpft an subjektiven Merkmalen einer einzelnen Person an, während die Betriebsbezeichnung eine objektive, gegenständliche Bezeichnung darstellt.

Der Gesetzgeber misst der Qualifikation als Meister seit jeher einen hohen Stellenwert zu, während sich in den Gesetzesbegründungen keine Aussagen zu den Anforderungen an die Betriebsbezeichnungen finden lassen. Die HwO knüpft in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung an die Berufsqualifikation und nicht an die Produktionsstätte und damit an den Betrieb als solchen an.

Im Ergebnis hat das Produktionsgewerbe für den Gesetzgeber wohl nicht den gleichen Stellenwert wie der Qualifikationsgrad, so dass keine Vergleichbarkeit der Rechtslage vorliegt und eine Analogie zu § 51 HwO ausscheiden dürfte. Die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 51 HwO liegen nicht vor.

b) § 51d HwO analog?

Eine analoge Anwendung der Regelung des § 51d HwO zugunsten eines Wettbewerbsschutzes im Zusammenhang mit einer Betriebsbezeichnung scheidet ebenfalls aus.

§ 51d HwO ist eine inhaltsgleiche Parallelnorm zu § 51 HwO¹⁷⁶, die die Bezeichnung als „Meister/Meisterin“ in Verbindung mit einem zulassungsfreien Handwerk der Anlage B1 bzw. handwerksähnlichen Handwerk der Anlage B2 thematisiert. Im Falle des § 51d HwO kann es im Zusammenhang mit der Analogiefähigkeit zu keinem anderen Ergebnis kommen. Es fehlt, wie auch im Falle des § 51 HwO, an den Voraussetzungen für eine Analogie. Die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke erscheint auch hier aufgrund der Existenz des UWG als spezielles Gesetz als fragwürdig. Ferner erscheint auch hier eine Gleichsetzung des Qualifikationsgrades und der Bezeichnung des Betriebes mangels Vergleichbarkeit als nicht möglich.

II. Ergebnis zu D.

Aus der derzeit bestehenden Fassung der HwO lässt sich nur ein Wettbewerbsschutz in Verbindung mit der Verwendung des Meistertitels aus § 51 HwO und aus § 51d HwO ableiten. Streng am Wortlaut dieser beiden Nor-

¹⁷⁶ Witt, in: Schwannecke, HwO § 51d; Deterbeck, HwO, § 51d.

men orientiert erfolgt kein Schutz der Betriebsstätte, sondern allein ein Titel- bzw. Ausbildungsbezeichnungsschutz.

Aus der möglichen analogen Anwendung des § 51 HwO und des § 51d HwO lässt sich auch kein Wettbewerbsschutz im Zusammenhang mit einer Betriebsbezeichnung ableiten, da die Voraussetzungen für eine Analogie nicht gegeben sind. Bereits das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke muss vor dem Hintergrund der Existenz des UWG als spezielles Gesetz verneint werden. Ferner hat das Produktionsgewerbe für den Gesetzgeber wohl nicht den gleichen Stellenwert wie der subjektive Qualifikationsgrad, so dass keine Vergleichbarkeit der Rechtslage vorliegt.

E. Wettbewerbsschutz des UWG – Schutz des Gewerbebegriffs nach der Verkehrsanschauung?

Wettbewerbsschutz käme außerhalb der HwO auch nach dem UWG in Betracht. Gem. § 1 UWG hat dieses Gesetz ausdrücklich den Zweck, unter anderem den Verbraucher zu schützen, der Gesetzgeber ist hier also explizit seiner Verpflichtung aus Art. 12 GG nachgekommen¹⁷⁷. Im Folgenden ist daher zu untersuchen, ob die Betriebsbezeichnung nach diesem Gesetz einen diesbezüglichen rechtlichen Schutz erhält.

I. UWG und HwO – Eine Ergänzung des Wettbewerbsschutzes der HwO oder autonome Zwecksetzung?

1. Verhältnis der Gesetze zueinander

Zunächst ist das Verhältnis des UWG und der HwO zueinander zu klären, um darauf aufbauend die Möglichkeiten des UWG, einen über die HwO hinausgehenden bzw. diesen ergänzenden Schutz auch der Handwerker zu analysieren.

Zum einen ist hierfür die Zwecksetzung des UWG maßgeblich, zum anderen die Frage, inwieweit sich das UWG der Begrifflichkeiten der HwO bedient oder selbst autonome Begriffsbildung betreibt.

a) Zwecksetzung UWG im Vergleich zur HwO

Neben dem Schutz des Interesses der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb dient das UWG ausweislich § 1 UWG ausdrücklich auch dem Schutz der Verbraucher und sonstiger Marktteilnehmer.

In diesem Zusammenhang ist noch einmal ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass das UWG damit die Regelungen im Vertikalverhältnis zwischen Individuen betrifft¹⁷⁸ im Gegensatz zur HwO¹⁷⁹, die als klassisches Ordnungsrecht das Über-Unterordnungsverhältnis zwischen Individuum und Staat regelt¹⁸⁰. Die HwO bezweckt ausweislich ihrer Gesetzesbegründung in diesem Sinn auch nicht unmittelbar den Verbraucherschutz, sondern neben der Sicherung der Ausbildungsleistung den Schutz vor Gefahren für Leben und Gesundheit¹⁸¹.

¹⁷⁷ Vgl. Ausführungen unter C.

¹⁷⁸ Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl. 2011, § 1 Rn. 14.

¹⁷⁹ Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 11.44, wonach es nicht „die ordnungspolitische Aufgabe des UWG [sei], Märkte vor dem Zutritt weiterer Wettbewerber abzuschotten“, weshalb Verstöße gegen reine Marktzutrittsregelungen allein kein Fall von § 4 Nr. 11 UWG sind.

¹⁸⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen von Bernreuther, Werbung für handwerkliche Leistungen, GewArch 2001, 184, 187.

¹⁸¹ Vgl. Müller, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, 403, 404; ausführlich auch Traublinger, Handwerksordnung: Kahlschlag oder zukunftsorientierte Reform?, GewArch 2003, 353 ff.

Genau in diesem letzten Punkt ist jedoch die Überschneidung der Zwecksetzungen der beiden Gesetze zu sehen. Die Qualitätssicherung und der Schutz von Gefahren, der durch die HwO verwirklicht werden soll, ist kein Selbstzweck. Dahinter steht auch das Ziel, dass mittelbar der Verbraucher geschützt wird. Die HwO versucht den Verbraucherschutz dementsprechend aus ordnungsrechtlicher Perspektive *mittelbar*¹⁸², das UWG aus der privatrechtlichen Perspektive *unmittelbar* zu erreichen.

b) Begrifflichkeiten – Autonome Begriffsbildungen oder Erfordernis des Gleichlaufs der Begriffe von UWG und HwO/GewO?

Wenn nun eine vergleichbare Zwecksetzung zumindest mittelbar vorhanden ist, stellt sich die Frage, ob dies auch zu einem Gleichlauf der Begrifflichkeiten im UWG und in der HwO führt.

Da die (unmittelbaren) Zwecksetzungen und insbesondere die Maßstäbe trotz allem unterschiedlich sind, kann diese Schlussfolgerung nicht gezogen werden. Die Verletzung von Anforderungen, die die HwO aufstellt, führt nicht zwingend in jedem Fall dazu, dass eine Irreführung im Sinne des UWG vorliegt¹⁸³. Das Argument der *Einheit der Rechtsordnung* greift in diesem Zusammenhang nicht durch¹⁸⁴. Allerdings muss die *Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung* trotz autonomer Begriffsbildung gewahrt bleiben, dies allein schon deswegen, da das Wettbewerbsrecht immer auch in einem Rückbezug zu seinem Regelungsgegenstand, dem Gewerbe, steht¹⁸⁵. Als Beispiel hierfür mag das bereits unter B. III. 1. erörterte ArbeitZ dienen, dass sich unmittelbar auf den Begriff des Bäckereigewerbes bezieht. Aus dem Postulat der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung lässt sich zumindest die Forderung ableiten, dass die HwO und das UWG nicht zu unterschiedlichen Steuerungswirkungen kommen dürfen. Das Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung steht in engem Zusammenhang mit dem Bestimmtheitsgebot sowie dem Gebot der Normenklarheit¹⁸⁶. Wenn nun das UWG und die HwO, obwohl sie beide die Berufsausübung regeln, wenn

¹⁸² Vgl. hierzu insbesondere *Dürr*, Meisterprüfung als präventives Sicherheitselement, *GewArch* 2003, 415, 415, der sich auf eine Kleine Anfrage im Rahmen der Gesetzesreform bezog, wonach die Bundesregierung erklärte, dass Verbraucherschutz und Umweltschutz keine Schutzgüter der HwO seien, jedoch alle verbraucher- und umweltschützenden Vorschriften auch von Handwerksbetrieben zu beachten seien, sowie jedoch auch OVG Münster, Beschl. v. 26.02.2010, 4 A 2006/05, das ausdrücklich darauf hinweist, dass die Qualitätssicherung nicht nur in der HwO, sondern auch in anderen Regelwerken verwirklicht werden soll und indirekt damit zeigt, dass Qualitätssicherung am Ende immer auch dem Schutz des Verbrauchers dienen soll.

¹⁸³ Vgl. *Bernreuther*, Werbung für handwerkliche Leistungen, *GewArch* 2001, 184, 191.

¹⁸⁴ Dies insbesondere deshalb, da gerade die unterschiedliche Zwecksetzung der Grund für die zum Teil unterschiedliche Interpretation der Begrifflichkeiten ist. Der Topos „Einheit der Rechtsordnung“ kann nicht einfach mit begrifflicher Eindeutigkeit gleichgesetzt werden.

¹⁸⁵ Vgl. *Bernreuther*, Werbung für handwerkliche Leistungen, *GewArch* 2001, 184, 184.

¹⁸⁶ Vgl. zu diesem Problem ausführlich am Beispiel der Vergnügungssteuersätze der Gemeinden *Sodan/Kluckert*, Kompetenzordnung und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als Grenze der Vergnügungssteuersätze, *NVwZ* 2013, 241, 241.

auch mit unterschiedlichen Zwecksetzungen, Steuerungswirkungen entfalten, die sich widersprechen und so den Verbraucher bzw. den Berufsträger nicht in die Lage versetzen, die Rechtslage klar und deutlich zu erkennen, dann ist ein beachtlicher Verstoß gegen das Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung gegeben¹⁸⁷.

c) Zwischenergebnis

Vorab kann hier also festgestellt werden, dass das UWG und die HwO zwei Gesetze mit unterschiedlicher, wenn auch mittelbar überschneitender, Zwecksetzung sind und folglich auch eine autonome Begriffsbildung zugrunde legen. Trotz dieser weitgehenden Unabhängigkeit voneinander müssen jedoch die beiden Gesetze die Grenzen der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung beachten, so dass zumindest ein grundsätzlicher Gleichlauf in dem Sinn, dass *keine gegenläufigen Steuerungswirkungen* erzielt werden, gewahrt werden muss. Vor diesem Hintergrund kann das UWG die HwO ergänzen und insbesondere einen von der rein ordnungsrechtlichen Perspektive unabhängigen, und damit gegebenenfalls sogar weitergehenden wettbewerbsrechtlichen Schutz gewährleisten.

2. Gesetzliche Einfallstore der HwO in das UWG

Das UWG ist ein Recht, das sich immer auf seinen Gegenstand rückbezieht und daher nicht isoliert von Letzterem betrachtet werden kann. Der Rückbezug kann jedoch in unterschiedlicher Intensität erfolgen. Es soll hier kurz dargestellt werden, an welchen Stellen das UWG einen Rückbezug auf die HwO ermöglicht bzw. fordert und in welcher Weise dies zu geschehen hat.

a) Entwicklung des UWG und Reformen

Das UWG unterlag in den letzten Jahren, genauer im Jahr 2004¹⁸⁸ sowie im Jahr 2008¹⁸⁹, mehreren Reformen, so dass zunächst eine kurze Darstellung der Entwicklung des Gesetzes erforderlich ist, um in der Folge die ergangene Rechtsprechung und Literatur auf ihre weitere Relevanz zu prüfen.

Die Generalklausel des § 1 UWG a. F. besagte, dass sittenwidriges Handeln im Wettbewerb stets rechtswidrig und unlauter ist. Die Generalklausel vermittelte als ausdrückliche Rechtsfolge Ansprüche auf Unterlassung und Schadenersatz und war neben den Sondertatbeständen der §§ 3 ff. UWG anwendbar¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Vgl. *Sodan/Kluckert*, Kompetenzordnung und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als Grenze der Vermögenssteuersätze, NVwZ 2013, 241, 241.

¹⁸⁸ Vgl. ausführlich *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzer*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, A. Entwicklung, Rechtsquellen und allgemeine Grundlagen des Lauterkeitsrechts, 6. Aufl. 2014, Rn. 44 ff.

¹⁸⁹ Vgl. ausführlich *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzer*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, A. Entwicklung, Rechtsquellen und allgemeine Grundlagen des Lauterkeitsrechts, Rn. 49 ff.

¹⁹⁰ Vgl. ausführlich *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 1 Rn. 1 ff.

Diese Generalklausel gab es ab dem UWG von 1909 und wurde auch im Zuge der Reform von 2004 aufrechterhalten, allerdings wurde sie im Wortlaut angepasst und in § 3 UWG kodifiziert.

Im genauen Wortlaut besagten die beiden Normen:

§ 1 UWG 1909: *Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.*

§ 3 UWG 2004: *Unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen, sind unzulässig.*

Die Unterschiede lassen sich wie folgt kurz zusammenfassen:

- Anknüpfungspunkt sind nicht mehr Handlungen im geschäftlichen Verkehr, sondern Wettbewerbshandlungen;
- Der Begriff Sittenwidrigkeit wird durch Unlauterkeit ersetzt. Der soll zu einer Verbesserung der Kompatibilität des UWG mit dem Unionsrecht führen;
- Nunmehr existiert kein per-se Verbot des unlauteren Wettbewerbs, stattdessen wurde eine Erheblichkeitsschwelle bzgl. des Verfälschungseffekts eingeführt (im UWG von 1909 existierte eine solche Erheblichkeitsschwelle nur in § 13 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UWG, bei abstrakt verletzten Gewerbetreibenden und Wirtschaftsverbänden);
- Eine konkrete Rechtsfolgenanordnung ist nicht mehr Norminhalt; die Rechtsfolgen wurden nunmehr in §§ 8 -10 UWG geregelt¹⁹¹.

Ein für den Moment letztes Mal unterlagen die maßgeblichen Bestimmungen des UWG im Jahr 2008 den Reformbemühungen des Gesetzgebers, diesmal vor allem vor dem Hintergrund, das UWG mit dem Unionsrecht in Einklang zu bringen.

Nunmehr dient die Vorschrift des § 1 UWG nicht mehr dem Schutz vor unlauterem Wettbewerb, sondern dem Schutz vor unlauteren geschäftlichen Handlungen¹⁹². Damit wurde die Umsetzung der UGP-RL, die auch unlautere Handlungen während und nach Vertragsschluss erfasst, die nicht zwingend einen Bezug zum Wettbewerb haben, bezweckt. Dies stellt keine Einschränkung, sondern eine Erweiterung des Gesetzeszwecks des UWG dar¹⁹³.

¹⁹¹ Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 8 Rn. 1.1.

¹⁹² Vgl. Ohly, in: Ohly/Sosnitzer, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, A. Entwicklung, Rechtsquellen und allgemeine Grundlagen des Lauterkeitsrechts, Rn. 51.

¹⁹³ Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 1 Rn. 5.

§ 3 UWG wurde nach der Novelle 2008 tiefgreifend umgestaltet, um die Umsetzung der RL 2005/29/EG (UGP-RL) zu gewährleisten¹⁹⁴.

Nunmehr ist der Aufbau der Generalklausel der folgende:

- Statt eines Verbots erfolgte eine Aufgliederung in nunmehr drei Verbotsstatbestände mit unterschiedlicher Struktur und unterschiedlichen Funktionen.
- § 3 Abs. 1 entspricht weitestgehend § 3 UWG in der Fassung von 2004. Ein Unterschied ist der Verzicht auf das sachlich entbehrliche Merkmal einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs.
- § 3 Abs. 2 dient der Umsetzung von Art. 5 Abs. 2 und 3 S. 1 UGP-RL. Er ergänzt § 3 Abs. 1 und soll geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern erfassen, die weder irreführend noch aggressiv i.S.v. Art. 5 Abs. 4, 6 - 9 UGP-RL sind und damit auch nicht unlauter i.S.v. § 4 Nr. 1 - 5, §§ 5, 5a UWG; d.h. es ist ein Auffangtatbestand für Fallgestaltungen, die weder durch § 3 Abs. 3 noch durch § 3 Abs. 1 i.V.m. §§ 4 - 6 abgedeckt sind. § 3 Abs. 2 S. 2 und S. 3 sind jedoch auch bei §§ 4 - 6 UWG anzuwenden, da sie allgemeine Grundsätze zur Beurteilung der geschäftlichen Relevanz eines unlauteren Verstoßes enthalten.
- § 3 Abs. 3 dient der Umsetzung von Art. 5 Abs. 5 UGP-RL.
- Durch die Erweiterung des Anwendungsbereichs des UWG auf geschäftliche Handlungen wurde auch der Anwendungsbereich von § 3 UWG erweitert.
- Mit der Umwandlung des Beispieltatbestandes des § 7 UWG in der Fassung von 2004 (Tatbestand der unzumutbaren Belästigung) in einen selbständigen Verbotstatbestand in § 7 UWG 2008 wurde die Generalklausel von dieser Fallgruppe entlastet¹⁹⁵.

Vor dieser Entwicklung des UWG ist im Folgenden zu untersuchen, inwiefern und inwieweit die HwO bzw. handwerkliche Begrifflichkeiten auf die Auslegung und Anwendung des UWG Einfluss haben.

b) Einfallstore der HwO bzw. handwerklicher Begrifflichkeiten in das UWG – ein Überblick

Im Regelungssystem des UWG gibt es in mehreren Tatbeständen für Begrifflichkeiten des Handwerks bzw. der HwO die Möglichkeit, Einfluss zu nehmen. Vorab soll ein kurzer Überblick der betreffenden Vorschriften gegeben werden, bevor sie in der Folge eingehend untersucht werden.

¹⁹⁴ Vgl. Ohly, in: Ohly/Sosnitzer, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, A. Entwicklung, Rechtsquellen und allgemeine Grundlagen des Lauterkeitsrechts, Rn. 51.

¹⁹⁵ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 1.

aa) §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. §§ 1, 7 HwO – Rechtsbruchtatbestand

Die wichtigste *Verknüpfung zwischen UWG und HwO* stellt ohne Zweifel der sogenannte *Rechtsbruchtatbestand* dar. Dieser sanktioniert in seiner Nr. 11 den Verstoß gegen eine Vorschrift, die das Marktverhalten regelt¹⁹⁶. Die Normen über die HwO sind nach zwischenzeitlich h.M. solche Regelungen¹⁹⁷. Damit kann z.B. ein Verstoß gegen §§ 1, 7 HwO, d.h. der Umstand, dass jemand, ohne in die Handwerksrolle eingetragen zu sein, ein stehendes Gewerbe handwerklich betreibt, auch wettbewerbsrechtlich und nicht nur ordnungsrechtlich sanktioniert werden. Die Handwerksordnung ist hier also unmittelbar im Tatbestand der wettbewerbsrechtlichen Norm zu prüfen.

bb) § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG – Werbung z.B. mit handwerklichen Begriffen

§ 5 UWG sanktioniert *irreführende geschäftliche Handlungen*. Eine irreführende geschäftliche Handlung im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG ist „jede geschäftliche Handlung, wenn sie unwahre Angaben bzw. sonstige, zur Täuschung geeignete Angaben über die Person, *Eigenschaften* oder Rechte *des Unternehmers* wie Identität, Vermögen einschließlich der Rechte des geistigen Eigentums, den Umfang von Verpflichtungen, *Befähigung*, Status, Zulassung, Mitgliedschaften oder Beziehungen, Auszeichnungen oder Ehrungen, Beweggründe für die geschäftliche Handlung oder die Art des Vertriebs enthält“ (Herv. d. d. Verf.).

In diesem Zusammenhang kann die Werbung mit handwerklichen Begriffen, wenn sie dergestalt durchgeführt wird, dass sie z.B. die Meisterqualifikation des Unternehmers suggeriert, obwohl sie nicht vorliegt, von Bedeutung werden.

cc) § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG – Orts- und Gattungangaben

Eine weitere Ausprägung der irreführenden geschäftlichen Handlung i.S.v. § 5 UWG stellt gem. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG eine geschäftliche Handlung dar, wenn sie „unwahre Angaben oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über die *wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung* wie Verfügbarkeit, *Art*, Ausführung, Vorteile, Risiken, Zusammensetzung, Zubehör, *Verfahren* oder Zeitpunkt *der Herstellung*, Lieferung oder Erbringung, Zwecktauglichkeit, Verwendungsmöglichkeit, Menge, Beschaffenheit, Kundendienst und Beschwerdeverfahren, geographische oder betriebliche Herkunft, von der Verwendung zu erwartende Ergebnisse oder wesentliche Bestandteile von Tests der Waren oder Dienstleistungen enthält“ (Herv. d. d. Verf.).

¹⁹⁶ Vgl. hierzu ausführlich Köhler, Der Rechtsbruchtatbestand im neuen UWG, GRUR 2004, 381 ff.; bzw. Lettl, Der unlautere Wettbewerb durch Rechtsbruch in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung, GRUR-RR 2004, 225 ff.

¹⁹⁷ Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl. 2011, § 4 Rn. 11.79; OLG Frankfurt, NJW-RR 2005, 1130 ff.; BGH, Urt. v. 17.07.2013, I ZR 222/11 (Meisterpräsenz), GewArch 2013, 407 ff.

Hier können insbesondere Werbungen mit Orts- bzw. Gattungsangaben erfasst werden, jedoch auch spezifisch handwerkliche Begrifflichkeiten. Es sind Überschneidungen mit § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG möglich.

II. § 4 Nr. 11 UWG – Rechtsbruchtatbestand – die direkte Einflussnahme der HwO

Im Anschluss an diesen kurzen Überblick sollen diese Tatbestände, die ein *Einfallstor für handwerkliche Begrifflichkeiten in das UWG* darstellen, nun im Einzelnen auf ihre Schutzwirkung bzgl. der Betriebsbezeichnung untersucht werden, insbesondere unter dem Gesichtspunkt, ob ein Gleichlauf der Begrifflichkeiten zwischen HwO und UWG vorliegt.

1. Direkte Übernahme der Begrifflichkeiten der HwO

Die Regelungen der HwO stellen wettbewerbsbezogene Marktverhaltensregelungen dar (nicht nur Marktzugangsregelungen)¹⁹⁸, daher sind die Regelungen über den Großen Befähigungsnachweis Regelungen im Sinn von § 4 Nr. 11 UWG¹⁹⁹.

Dies war nicht immer der Fall. Der BGH ging zeitweise davon aus, dass die Vorschriften der §§ 1 ff. HwO wertneutrale Ordnungsvorschriften darstellen, so dass für einen wettbewerbsrelevanten Verstoß noch ein planmäßiges und absichtsvolles Umgehen dieser Vorschriften erforderlich war²⁰⁰.

Mittlerweile sind jedoch auch nach der Rechtsprechung des BGH die Regelungen der HwO Regelungen i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG.

Der Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG beinhaltet einen *Unterlassensanspruch* hinsichtlich der weiteren Ausübung der Tätigkeit. Er zielt damit auf ein effektives Unterbinden der weiteren Ausübung der Tätigkeit und entspricht damit weitestgehend der Schutzrichtung von § 117 HwO. Damit erhält die Meisterqualifikation als solche einen *doppelten Schutz*, zum einen durch § 117 HwO und zum anderen durch § 4 Nr. 11 UWG. Dieser Schutz wird auch durch die instanzgerichtliche Rechtsprechung im Zusammenhang mit § 4 Nr. 11 UWG gesichert²⁰¹.

Da das UWG im Rahmen von § 4 Nr. 11 UWG direkt auf die Verletzung einer Norm der HwO als Tatbestandsvoraussetzung Bezug nimmt, muss in diesem Rahmen ein Gleichlauf der Begrifflichkeiten gegeben sein, sonst würde ein Verstoß gegen die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung vorliegen.

¹⁹⁸ Vgl. *Ohly*, in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl. 2010, § 4 Rn. 11.58, nach dem BGH wird nur eine Ausnahme in Zusammenhang mit § 3 UWG gemacht.

¹⁹⁹ *Köhler*, a.a.O., § 4 Rn. 11.79; Vgl. auch explizit OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 28.04.2005, 6 U 36/05.

²⁰⁰ BGH, Urt. v. 11.07.1991, I ZR 23/90.

²⁰¹ BGH GewArch 2013, 407, 407; *Hüpers*, Der Schutz handwerksrechtlicher Strukturprinzipien durch das Wettbewerbsrecht, GewArch 2014, 190, 193.

2. Irrelevanz der Produktions- bzw. Betriebsstätte

Wenn nun aber § 4 Nr. 11 UWG einen Tatbestand der HwO voraussetzt, der einen Schutz der Betriebsstätte bzw. der Produktionsstätte beinhaltet, so ist nach den unter D. gefundenen Ergebnissen, dass ein solcher nicht existiert, auch keine Sanktion der Verwendung dieser Begrifflichkeiten über § 4 Nr. 11 UWG möglich.

Zwar ermöglicht die Bezugnahme des UWG auf die HwO einen völligen Gleichlauf der Begrifflichkeiten und damit den Vorteil der Normenklarheit und -bestimmtheit. Gleichzeitig jedoch bewirkt dieser Gleichlauf, dass der Schutz des UWG in diesem Rahmen nicht über den der HwO hinausgehen kann.

III. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 3 UWG – irreführende geschäftliche Handlungen – die bloße Berücksichtigung der HwO im Rahmen autonomer Begriffsbildung

Ein solcher weitergehender Schutz könnte jedoch über § 5 UWG erreicht werden. Diese Norm verfolgt den Zweck den Schutz der Marktgegenseite und der Mitbewerber zu verwirklichen, indem unlautere geschäftliche Handlungen, d.h. Handlungen, die irreführend sind, verboten werden.

Der Tatbestand enthält eine Aufzählung von Umständen, die eine sanktionsfähige Irreführung bewirken können. Von diesen sind für die vorliegende Problemstellung insbesondere § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und Nr. 3 UWG relevant. Im Ergebnis wird sich zeigen, dass eine solche Irreführung auch durch *Unternehmensbezeichnungen* bewirkt werden kann, womit ein über die HwO hinausgehender Schutz handwerklicher Begrifflichkeiten erreicht werden kann²⁰².

1. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG

§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG erfasst mehrere Konstellationen, in denen handwerkliche Begrifflichkeiten für das UWG eine Rolle spielen. Nach einer Analyse der sehr *einzelfallbezogenen Rechtsprechung* kommt die vorliegende Untersuchung zu dem Ergebnis, dass zwar eine grundsätzliche Übereinstimmung mit den Begrifflichkeiten der HwO in diesem Zusammenhang besteht, jedoch ein Gleichlauf weder gefordert, noch praktiziert wird. Dies ergibt sich insbesondere auch aus dem Umstand, dass der Tatbestand des § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG nicht direkt auf die HwO und ihre *rechtlichen Begrifflichkeiten* Bezug nimmt. Vielmehr werden allgemeine auch handwerkliche Begriffe als *Tatsachen* im Rahmen der Anwendung des Tatbestandes

²⁰² Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 5 Rn. 5.3.

begriffen. Die Feststellung von Tatsachen jedoch ist Aufgabe der Gerichte und unterliegt den Umständen des Einzelfalles.

a) Werbung mit Leistungen, die Handwerksbetrieben vorbehalten sind, obwohl keine Eintragung in die Handwerksrolle gegeben ist

§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG erfasst auf diese Weise unter anderem die Werbung mit Leistungen, die Handwerksbetrieben vorbehalten sind, obwohl keine Eintragung in die Handwerksrolle gegeben ist, als eine Form von unrichtigen Angaben über Befähigung und Qualifikation²⁰³.

Der Tatbestand zielt damit auf das Unterlassen der irreführenden Werbung ab²⁰⁴. Es sind Überschneidung mit dem Anwendungsbereich von § 117 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 HwO, sowie § 4 Nr. 11 UWG möglich.

In tatsächlicher Hinsicht werden also Situationen erfasst, in denen mit Begriffen oder Hinweisen geworben wird, die auf ein Handwerk hindeuten und geeignet sind, Nachfrager über die Qualifikation des Anbieters zu täuschen²⁰⁵. Grundsätzlich kann auch die Betriebsbezeichnung eine solche Irreführung bewirken²⁰⁶. Da jedoch vorliegende Untersuchung unter B. zu dem Ergebnis kommt, dass der Begriff z.B. der Bäckerei kein spezifisch handwerklicher Begriff ist, sondern vielmehr die Betriebsbezeichnung eines herstellenden Gewerbebetriebes i.S.d. GewO, kann mit der Verwendung dieses Betriebsbegriffes keine Täuschung über die *handwerkliche Qualifikation* als solche erzeugt werden. Eine Täuschung kann nur darüber stattfinden, dass überhaupt eine *Beteiligung an der Herstellung* besteht²⁰⁷.

Dies kann allerdings eine rechtlich relevante Täuschung darstellen. Wenn die Rechtsprechung z.T. zwar angenommen hat, dass es dem Verbraucher egal sei, wo die tatsächliche Herstellung erfolge und daher auch reine Annahmestellen sich als Wäscherei bezeichnen dürften, so blieb ein organisatorischer Zusammenhang zwischen der Annahmestelle und der Fertigung trotzdem erforderlich²⁰⁸. Dementsprechend kann festgestellt werden, dass die Betriebsbezeichnung als solche keinen Schutz über § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG erfährt, außer sie suggeriert eine Beteiligung an der Herstellung, die nicht vorliegt. Bei Begrifflichkeiten wie z.B. der Bäckerei, die dem herstellenden Gewerbe zuzuordnen sind, ist dies der Fall, wenn sie von einem

²⁰³ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 28.04.2005, 6 U 36/05.

²⁰⁴ BGH, Urt. v. 11.07.1991, I ZR 23/90, insbesondere zum Kernbereich des Kachelofen- und Luftheizungsbauer-Handwerks.

²⁰⁵ *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 29. Aufl. 2011, § 5 Rn. 5. 132.

²⁰⁶ *Weidert*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 3. Aufl. 2013, § 5 Rn. 75.

²⁰⁷ Auch diese Konstellation unterfällt allerdings dem UWG, genauer gesagt, § 5 Abs. 1 S. 2. Nr. 2 UWG.

²⁰⁸ Vgl. *Bornkamm*, a.a.O., § 5 Rn. 5.5.3. In dem Urteil wurde nur festgestellt, dass eine bloße Außenstelle einer tatsächlichen Reinigung sich trotzdem als Wäscherei bezeichnen darf, auch wenn die Reinigung nicht vor Ort stattfand.

Unternehmen verwendet werden, dass mit der Herstellung der vertriebenen Produkte in keinerlei organisatorischem Zusammenhang steht.

b) Irreführung über Titel

Weiter erfasst § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG die Konstellation, dass über die Verwendung des Meistertitels eine Irreführung über die Qualifikation des Anbieters gegeben ist²⁰⁹. Es ist zu unterscheiden, ob der Begriff des Meisters personen- oder betriebsbezogen verwendet wird, da die betriebsbezogene Verwendung von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG erfasst wird²¹⁰.

Liegt jedoch eine *personenbezogene Verwendung* des Meistertitels vor, so kann § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG eingreifen. In diesem Zusammenhang kann es zu Überschneidungen mit § 117 HwO sowie § 4 Nr. 11 UWG kommen. Ob über die Verwendung der Meisterqualifikation jedoch eine Irreführung erzeugt wird, ist wiederum Frage des Einzelfalles, da eben genau eine Tatsachenfrage geklärt und kein Bezug auf die rechtlichen Voraussetzungen der HwO genommen wird²¹¹. Dementsprechend ist der maßgebliche Gesichtspunkt nicht der ggf. gegebene Verstoß gegen die Vorschriften der HwO, sondern die Frage, ob die Begriffsverwendung zu einer Irreführung führt. Gleichzeitig jedoch kann eine Irreführung nicht vorliegen, soweit ein Verhalten nach der HwO erlaubt ist. Dementsprechend kann das UWG nur sanktionieren, was auch nach der HwO verboten ist.

Mithin sind auch in diesem Zusammenhang die auch in der HwO zu klärenden Fragen nach der Wesentlichkeit einer Tätigkeit für den Handwerksbetrieb entscheidend²¹². Dies erfordert unter dem Gesichtspunkt der Widerspruchsfreiheit auch einen Gleichlauf der rechtlichen Beurteilung der Frage durch die verwaltungsgerichtliche und zivilgerichtliche Rechtsprechung.

Gleichzeitig bedeutet dies wiederum, dass der Schutz des UWG in dieser Fallgruppe nicht über den der HwO hinausgehen kann, so dass hier die Produktions- bzw. Betriebsstätte nicht als irreführendes Element beinhaltet ist.

c) Irreführung über den handwerksmäßigen Charakter des Betriebs

Schließlich erfasst § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG noch die Konstellation, dass eine irreführende Unternehmensbezeichnung verwendet wird²¹³. In diesem Zusammenhang bekommen handwerkliche Gesichtspunkte, insbesondere auch was Begrifflichkeiten betrifft, eine große Bedeutung.

²⁰⁹ Bornkamm, a.a.O., § 5 Rn. 5.132. ff.

²¹⁰ Vgl. Weidert, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 3. Aufl. 2013, § 5 Rn. 75. Eine personenbezogene Verwendung stellt z.B. die Formulierung „Ihr Bäckermeister“ dar. Im Gegensatz dazu ist eine betriebsbezogene Verwendung z.B. die Formulierung „Meisterbetrieb“.

²¹¹ Bornkamm, a.a.O., § 5 Rn. 5.132.

²¹² Bornkamm, a.a.O., § 5 Rn. 5.134, Weidert, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 5 Rn. 76. Vgl. insbesondere auch BGH GRUR 1989, 432 ff. sowie BGH GRUR 1992, 123 ff.

²¹³ Vgl. Bornkamm, a.a.O., § 5 Rn. 5.12 ff.

Eine Unternehmensbezeichnung ist eine Bezeichnung, die im geschäftlichen Verkehr als Name, Firma oder als sonstige Bezeichnung eines Unternehmens benutzt wird²¹⁴.

Die unscharfen Grenzen zwischen Handel, Industrie und Handwerk sind auch in diesem Zusammenhang unter dem Gesichtspunkt der Irreführung Gegenstand der rechtlichen Abgrenzung. Dementsprechend ist der unter B. gemachte Versuch einer Abgrenzung über Begrifflichkeiten auch in diesem Zusammenhang relevant. Das dort gefundene Ergebnis, dass betriebsbezogene Begrifflichkeiten nur für die Abgrenzung zwischen Handelsgewerbe und herstellendem Gewerbe maßgeblich sind, nicht jedoch auch innerhalb des herstellenden Gewerbes, kann also übertragen werden.

Zwar ist mangels Bezugnahme des UWG direkt auf die HwO hier kein begrifflicher Gleichlauf erforderlich und damit ein ergänzender Schutz des UWG im Verhältnis zur HwO möglich. Im Rahmen dieser Vorschrift ist vor allem die *Verkehrsanschauung* maßgeblich für die Bestimmung, ob eine solche Irreführung vorliegt oder nicht²¹⁵.

Folglich kann der Begriff Bäckerei als Begriff, der mit dem herstellenden Gewerbe verbunden ist, nur dann irreführend verwendet werden, wenn er von einem Unternehmen, das nicht herstellend tätig ist, gebraucht wird, soweit auch die Verkehrsanschauung mit dem betriebsbezogenen Begriff ein *Unternehmen verbindet, dass mit der Herstellung zumindest organisatorisch verbunden* ist.

2. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG

Schließlich ist für die Fragestellung, ob handwerkliche Begrifflichkeiten über das UWG einen gesetzlichen Schutz erhalten, noch der Tatbestand des § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG relevant.

Auch dieser Tatbestand erfasst die Problemstellung unter mehreren möglichen Gesichtspunkten.

a) Irreführung über die handwerkliche Herstellung

Zum einen erfasst der Tatbestand die Irreführung über die Art der Herstellung, mithin also die Frage, ob ein Produkt handwerklich produziert wurde. Zur Klärung der Frage, wann eine solche Irreführung vorliegt, muss auf die einzelfallbezogene Rechtsprechung zurückgegriffen werden.

Es erging in diesem Zusammenhang insbesondere Rechtsprechung zu einzelnen handwerklichen Berufen und Werbung mit Begriffen, die möglicherweise mit diesen zusammenhängen. Zum einen wurde bzgl. des Schneider-

²¹⁴ Bornkamm, a.a.O., § 5 Rn. 5.3.

²¹⁵ Bornkamm, a.a.O., § 5 Rn. 5.3.

handwerks festgestellt, dass der Zusatz „nach Maß“²¹⁶ nur von einem handwerklich arbeitenden Betrieb verwendet werden darf, da suggeriert wird, dass eine tatsächliche Einzelanfertigung vorgenommen wird. Vereinzelt wurde für das Bäckerhandwerk sogar Rechtsprechung erlassen, in der der Begriff Bäckerei als spezifisch handwerklich gesehen wurde. Es ist allerdings zu beachten, dass dies nur in Abgrenzung zur industriellen Fertigung geschah, also wenn festgestellt wurde, dass eine Backstube auf einen Bäckereibetrieb im Unterschied zur Brotfabrik hindeutet²¹⁷.

Generell kann also nach dieser Analyse festgestellt werden, dass es *irreführend ist, mit handwerklichen Bezeichnungen für fabrikmäßig oder industriell gefertigte Erzeugnisse zu werben*²¹⁸. In der Regel wird im Gegensatz zur Werbung über die handwerkliche Herstellung die Werbung mit dem handwerksmäßigen Charakter des Betriebs unter § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG geprüft²¹⁹. Worunter die Werbung mit dem Begriff Bäckerei fällt, hängt davon ab, ob man den Bedeutungsschwerpunkt des Begriffs Bäckerei auf die handwerkliche Fertigung, die durch diesen Begriff suggeriert wird, legt oder ob man den Begriff Bäckerei rein betriebsbezogen versteht. In jedem Fall jedoch unterliegt die Frage als *Tatsachenfrage* der Rechtsprechung und wird einzelfallbezogen nach der Verkehrsanschauung entschieden. Der Schutz des UWG kann damit im Vergleich zum Schutz durch die HwO über diesen hinausgehen und den betriebsbezogenen Begriff erfassen, zwingend ist dies jedoch nicht.

b) Irreführung über die eigene Herstellung

Neben der Art der Herstellung wird auch die Frage der *eigenen Herstellung* von § 5 Abs.1 S. 2 Nr. 1 UWG erfasst.

Dass diese Frage eine wettbewerbsrechtliche Relevanz hat, zeigt der Umstand, dass Händler nicht als Hersteller werben dürfen²²⁰. Auch in der Rechtsprechung wird diese Abgrenzung zwischen Herstellung und reinem Handel in dieser Form vorgenommen²²¹.

²¹⁶ Vgl. auch *Heeb*, Die Werbung mit rein handwerklichen Begriffen für Industrieerzeugnisse, WRP 1977, 537, 537. In der damals zu diesem Bereich erlassenen Rechtsprechung wurde der Verstoß gegen das UWG auf §§ 3, 1 UWG gestützt und damit begründet, dass zumindest eine unzulässige anlehrende Werbung vorliegt, da eine vorhandene Gütevorstellung angesprochen würde, die dem betreffenden Handwerk zukomme. Diese Gütevorstellung nimmt der Werbende zu Unrecht für sich in Anspruch. Dadurch, dass der BGH zum damaligen Zeitpunkt eine anlehrende Werbung annahm und gleichzeitig ausnahmsweise auf das Erfordernis der Adressierung dieser Werbung an einen begrenzten und bestimmaren Kreis von Mitbewerbern verzichtete, mit dem Argument, gem. § 1 UWG verstoße diese Werbung gegen die guten wettbewerblichen Sitten und sei damit mit Rücksicht auf die Allgemeinheit zu beanstanden, musste kein Nachweis der Irreführung im Rahmen von § 3 UWG vorgenommen werden, was den Schutz des Handwerks stärkte.

²¹⁷ *Sosnitzka*, in: Ohly/Sosnitzka, UWG, 5. Aufl. 2010, § 5 Rn. 289.

²¹⁸ *Bornkamm*, a.a.O., § 5 Rn. 4.195.

²¹⁹ *Bornkamm*, a.a.O., § 5 Rn. 4.196, Rn. 5.12, Rn. 5.131.

²²⁰ *Bornkamm*, a.a.O., Rn. 6.20, allerdings im Zusammenhang mit § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2.

²²¹ OLG Hamburg, GRUR 1953, 531 (Urteil zur Kaffeerösterei).

Auf der anderen Seite wird jedoch genau diese Frage, von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG erfasst, so dass im Umkehrschluss das Verbot, dass ein Händler als Hersteller wirbt, nicht von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG erfasst werden muss, um einen ausreichenden wettbewerbsrechtlichen Schutz zu gewährleisten²²².

Hingegen wird damit zumindest bestätigt, dass zwischen Händler und Hersteller auch im UWG differenziert wird.

c) Irreführung über das Verfahren der Herstellung oder Erbringung

Diese Fallgruppe überschneidet sich zum Teil mit der Fallgruppe der Irreführung bzgl. der handwerklichen Fertigung²²³. Unter diesem Punkt ist auch die Rechtsprechung einzuordnen, die es als irreführend bezeichnet, wenn ein Handwerker, der zulässig Tätigkeiten eines anderen Handwerks mit durchführt²²⁴, ohne mit diesem in die Handwerksrolle eingetragen zu sein, mit der Bezeichnung des Handwerks wirbt²²⁵.

3. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG – Irreführung über die Bezugsart und die Bezugsquelle

Wie gerade unter E. III. 2. b) festgestellt wurde, wird die Frage, ob über die Tatsache, dass ein Händler fälschlich suggeriert, Hersteller zu sein, von § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG erfasst²²⁶.

Für den konkreten Fall stellt sich damit die Frage, ob der Begriff Bäckerei die „eigene Herstellung“ unabhängig vom Handwerksbegriff beinhaltet. Damit wäre zumindest ausgeschlossen, dass sich jemand, der sich Backwaren von Dritten nur zuliefern lässt, als Bäckerei bezeichnet²²⁷. In der Rechtsprechung des BFH²²⁸, sowie der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung²²⁹ wird der Bedeutungsgehalt des Bäckereibegriffs in dieser Weise gehandhabt.

Auch wenn sich das UWG bei seiner Auslegung maßgeblich nach der Verkehrsanschauung richtet, so muss dennoch diese Rechtsprechung zumindest in die Auslegung miteinbezogen werden.

²²² Köhler, a.a.O., § 5, Rn. 6.20.

²²³ OLG Bremen, Urt. v. 12.04.1979, 2 U 96/78.

²²⁴ Vgl. zu dieser Problematik allgemein *Leisner, W.G.*, Ist eine Änderung des § 5 Handwerksordnung dahingehend anzustreben, dass auch Meisterbetriebe der B1-Handwerke in seinen Anwendungsbereich fallen?, LFI-Schriftenreihe 2011.

²²⁵ *Bornkamm*, a.a.O., § 5, Rn. 4.200.

²²⁶ Vgl. auch *Bornkamm*, a.a.O., § 5, Rn. 6.14. ff.

²²⁷ Vgl. auch *Köhler*, a.a.O., § 5, Rn. 4.197. Vgl. hier auch *Piper*, a.a.O., § 3 Rn. 260 zur Frage, wann der Begriff Weingut irreführend verwendet wird.

²²⁸ Urt. v. 20.02.2008, X R 13/05 (NV), zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen einer handwerklich betriebenen Bäckerei.

²²⁹ VG Regensburg, Beschl. v. 15.11.2012, RO 5 K 12.619 (Lebensmittelkontrolle und Analyse nach Teilbereichen der Bäckerei).

Da unter B. festgestellt wurde, dass der Bäckereibegriff nach seiner historischen Entwicklung und seinem tatsächlichen Gebrauch einen Bezug zum herstellenden Gewerbe haben muss, kann zunächst einmal die Vermutung aufgestellt werden, dass dieses Verständnis auch dem der Verkehrsanschauung entspricht. Nur wenn Anhaltspunkte bestehen, die darauf hindeuten, dass ein Wandel der Verkehrsauffassung stattgefunden hat, kann es dazu kommen, dass die geschichtliche Begriffsentwicklung und das aktuelle Begriffsverständnis auseinanderfallen.

IV. § 3 UWG – Schutz vor Irreführung – autonome Begriffsbildung im Rahmen der Generalklausel

Schließlich könnte der über die HwO hinausgehende Schutz der handwerklichen Begrifflichkeiten, insbesondere des Betriebsbegriffes, noch über die Generalklausel des § 3 UWG verwirklicht werden.

1. Anwendungsbereich von § 3 Abs. 1 UWG

Wie bereits dargestellt, umfasst die Generalklausel des § 3 UWG drei voneinander verschiedene Tatbestände²³⁰. Für die vorliegende Fragestellung ist insbesondere § 3 Abs. 1 UWG maßgeblich.

Der Anwendungsbereich dieser Norm wird maßgeblich auch durch § 3 Abs. 2 und Abs. 3 UWG bestimmt, da er als Auffangtatbestand dient²³¹.

Im Ergebnis werden von § 3 Abs. 1 UWG daher geschäftliche Handlungen gegenüber Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern erfasst, aber auch Handlungen gegenüber Verbrauchern, deren Unlauterbarkeit sich aus den §§ 4 Nr. 1 bis 5, § 5 und § 6 UWG ergibt²³².

2. Irreführung durch die Verwendung handwerklicher Begriffe

Im Rahmen dieses Tatbestandes wird daher die Diskussion um das *missbräuchliche Ausnutzen des guten Rufs des Handwerks* weitergeführt²³³. Damit stellt sich jedoch wiederum das Problem: Was sind spezifisch „handwerkliche“ Begriffe? Wie bereits unter B. aber auch unter den bisherigen Ausführungen unter E. festgestellt, wird diese Frage in einer weitverzweigten, einzelfallbezogenen Rechtsprechung immer wieder aufs Neue gestellt und geklärt²³⁴.

²³⁰ Köhler, a.a.O., § 3 Rn. 5.

²³¹ Köhler, a.a.O., § 3 Rn. 9.

²³² Ausführliche Darstellung der Abgrenzung des Anwendungsbereichs bei Köhler, a.a.O., § 3 Rn. 6 ff.

²³³ Ganz ursprünglich erging in diesem Zusammenhang Rechtsprechung mit der Generalklausel des § 1 UWG in der Fassung von 1909. Die generellen Aussagen können jedoch auf § 3 Abs. 1 UWG in der Fassung von 2008 übertragen werden.

²³⁴ Piper, in: Köhler/Piper, UWG, § 3 Rn. 257 ff.

In der zu UWG 1909 erlassenen Rechtsprechung wurde der Verstoß gegen das UWG bei der Verwendung handwerklicher Begriffe für industrielle Erzeugnisse auf §§ 3, 1 UWG gestützt und damit begründet, dass zumindest eine *unzulässige anlehrende Werbung* vorliegt, da eine vorhandene *Gütevorgstellung* angesprochen würde, die dem betreffenden Handwerk zukomme²³⁵. Diese Gütevorstellung nimmt der Werbende zu Unrecht für sich in Anspruch. Dadurch, dass der BGH zum damaligen Zeitpunkt eine anlehrende Werbung annahm und gleichzeitig ausnahmsweise auf das Erfordernis der Adressierung dieser Werbung an einen begrenzten und bestimmbaren Kreis von Mitbewerbern mit dem Argument, gem. § 1 UWG verstoße diese Werbung gegen die guten wettbewerblichen Sitten und sei damit mit Rücksicht auf die Allgemeinheit zu beanstanden, verzichtete, musste kein Nachweis der Irreführung im Rahmen von § 3 UWG vorgenommen werden, was den Schutz des Handwerks stärkte.

Ein konkretes Beispiel hierfür ist Rechtsprechung des OLG Bremen, nach der der Begriff der Backstube auf einen handwerklichen Betrieb hindeutet und damit eine Irreführung nach § 1 UWG a.F. gegeben war, wenn ein Industrieunternehmen mit diesem Wort warb²³⁶.

Die Rechtsprechung zu UWG 2008 führt diese Argumentationslinie weitestgehend unter § 3 Abs. 1 UWG fort.

3. Übersicht der Rechtsprechung bzgl. der unzulässigen Verwendung handwerklicher Begriffe

Die bislang ergangene Rechtsprechung zur unzulässigen Verwendung handwerklicher Begriffe ist eine *Einzelfallrechtsprechung*, verallgemeinerungsfähige Schlüsse sind nur sehr schwer zu ziehen.

Es kann jedoch festgestellt werden, dass die Produktionsstätte als solche bzw. der Gewerbebegriff selten eine Rolle gespielt hat²³⁷. Wichtiger waren Begriffe, die auf die individuelle Herstellung eines Produktes²³⁸ bzw. auf den Anteil der handwerklichen Eigenleistung hindeuteten²³⁹. Zum Teil wurde auch für einzelne Berufe die Berufsbezeichnung als solche ausschließlich dem Handwerk zugeordnet²⁴⁰; dass diese Rechtsprechung aber auch auf weitere Berufe übertragen wurde, ist nicht ersichtlich.

²³⁵ Heeb, Die Werbung mit rein handwerklichen Begriffen für Industrieerzeugnisse, WRP 1977, 537, 537.

²³⁶ OLG Bremen, Ur. v. 12.04.1979, 2 U 96/78.

²³⁷ Eine Ausnahme bildet eben die Rechtsprechung des OLG Bremen, Ur. v. 12.04.1979, 2 U 96/78 zu Bäckereien.

²³⁸ So z.B. BGH GRUR 57, 274, 275 „nach Maß“; OLG München, Ur. v. 09.07.1998, 29 U 3153/98, NJWE-WettbR 2000, 34, 34 (Rosenschilder vom Feinsten in Meißen per Hand aus Porzellan gefertigt).

²³⁹ OLG Köln, Ur. v. 19.01.2001, 6 U 134/00, NJOZ 2001, 364 ff.

²⁴⁰ Insbesondere im Bereich der Konditoren war dies der Fall, vgl. insbesondere LG Hamburg, Ur. v. 17.10.1974, 15 O 654/74 bzw. LG München, Ur. v. 23.10.1974, 7 O 307/74, zur erlaubten Verwendung der Bezeichnung „Konditoreis“.

Abschließend kann daher festgestellt werden, dass auch § 3 UWG keinen Schutz des betriebsbezogenen Gewerbebegriffes als solchen gewährt.

V. Die Verkehrsanschauung und der Verbraucherbegriff – das Einfallstor des unbestimmten Rechtsbegriffs?

All diese bislang erworbenen Erkenntnisse sind vor dem Umstand zu sehen, dass sich der *Schutzumfang des UWG*, wie bereits in den vorstehenden Ausführungen deutlich wurde, maßgeblich nach der *Verkehrsanschauung* richtet.

Die Verkehrsanschauung ist der bestimmende Faktor, ob eine Handlung eine Irreführung im Sinne einer der aufgezeigten Fallgruppen darstellt.

In den folgenden Ausführungen soll daher untersucht werden, inwieweit ein Schutz der Unternehmensbezeichnung bzw. des Gewerbebegriffs von der Verkehrsanschauung abhängig und ggf. umfasst ist.

1. Maßgeblicher Verbraucherbegriff i.R.v. § 3 UWG – Eine Entwicklung hin zur Berücksichtigung von berufsspezifischem Begriffsverständnis?

Die Verkehrsanschauung wird danach bestimmt, wie die *maßgebliche Zielgruppe* einen bestimmten Begriff versteht. Maßgebliche Zielgruppen des UWG sind ausweislich § 1 UWG neben den Marktteilnehmern insbesondere auch die Verbraucher.

Der Verbraucherbegriff hat eine Entwicklung vom Begriff des ungezwungen-flüchtigen Verbrauchers²⁴¹ hin zum Begriff des informierten, situationsbedingt aufmerksamen und verständigen Verbrauchers²⁴² durchlebt. Diese Entwicklung wurde stark durch das Europarecht bedingt²⁴³, welches insbesondere in Form von Richtlinien, die in nationales Recht mittels Reformen des UWG umgesetzt wurden, auf die Rechtsentwicklung im Lauterkeitsrecht Einfluss nahm²⁴⁴.

Der informierte, situationsbedingt aufmerksame Verbraucher ist so informiert, wie es die *Zielgruppe* in der Regel ist. Maßgeblich ist also der Wissensstand, den der Werbende bei einem Durchschnittsverbraucher seiner Zielgruppe voraussetzen kann und darf²⁴⁵, sowie welche Güter beworben werden²⁴⁶. Es stellt sich daher vorliegend die Frage, ob sich dieser Verbrau-

²⁴¹ Vgl. Köhler, a.a.O., § 1 Rn. 29.

²⁴² Vgl. Köhler, a.a.O., § 1 Rn. 30.

²⁴³ Vgl. auch ausführlich zum Leitbild des Verbrauchers im unionsrechtlichen Lauterkeitsrecht Ullmann, Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld von Europa und Deutschland, GRUR 2003, 817, 818.

²⁴⁴ RL 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung; RL 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr; RL 2010/13/EU über audiovisuelle Mediendienste; RL 2002/58/EG für elektronische Kommunikation; RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken.

²⁴⁵ Köhler, a.a.O., § 1 Rn. 34.

²⁴⁶ Z.T. wird die Unterscheidung zwischen Erfahrungsgütern (geringwertige Gegenstände des täglichen Bedarfs) und Suchgütern (Waren von nicht unerheblichem Preis und nicht nur kurzer Lebensdauer) gemacht.

cherbegriff auch dahingehend entwickeln kann, dass mit der Möglichkeit der umfassenden Information auch über berufsspezifische Begrifflichkeiten die Entwicklung einhergeht, dass auch der Verbraucher diese Begrifflichkeiten nicht nur laienhaft, sondern vielmehr in ihrer berufsspezifischen Bedeutung kennt.

Im Ergebnis kann einer solchen Auffassung jedoch nicht gefolgt werden. Würde man dies nämlich konsequent zu Ende denken, so hieße dies, dass der Verbraucher eben kein klassisch-herkömmlicher (Durchschnitts-)Verbraucher mehr wäre, sondern für jeden Lebensbereich fachspezifische Kenntnisse haben müsste. Eine Täuschung wäre quasi nicht mehr möglich. Auch die Unterscheidung nach Zielgruppen würde mit dieser Auffassung obsolet²⁴⁷.

Es kann daher abschließend festgestellt werden, dass der Verbraucher i.S.d. UWG ein informierter, situationsbedingt aufmerksamer und verständiger Verbraucher ist, wobei sich der jeweilige Informationsgrad sowie die Verständigkeit nach dem Produkt und der Zielgruppe richtet, was gleichzeitig bedeuten muss, dass ein einheitlicher Maßstab im Rahmen der Verkehrsanschauung nicht vorliegt.

2. Möglichkeiten der Ermittlung der Verkehrsanschauung – Ein Steuerungselement?

Wenn nun aber der Verbraucherbegriff kein einheitlicher ist, die Verkehrsanschauung jedoch für die Frage, ob ein Tatbestand des UWG erfüllt ist, eine maßgebliche Frage darstellt, so muss ein Verfahren zur Ermittlung letzterer zur Verfügung gestellt werden.

Im Wettbewerbsrecht obliegt es dem Richter, die Verkehrsauffassung zu ermitteln²⁴⁸. Damit wird deutlich, dass der Verbraucherbegriff eine verfahrensrechtliche Bedeutung hat, da er eng in Beziehung zur Entscheidungskompetenz des Richters steht²⁴⁹.

Es gibt zwei Möglichkeiten, um die Verkehrsanschauung nach dem UWG zu bestimmen, zum einen die Erstellung eines Gutachtens [a)], zum anderen durch die eigene Sachkenntnis des erkennenden Gerichts [b)].

a) Gutachten

Das demoskopische Gutachten²⁵⁰ bildet eine geeignete Möglichkeit zur Ermittlung der Verkehrsauffassung, allerdings ist Vorsicht geboten bei seiner

²⁴⁷ Vgl. Köhler, a.a.O., § 1 Rn. 36.

²⁴⁸ Bornkamm, a.a.O., § 5 Rn. 3.1.

²⁴⁹ Vgl. Ullmann, a.a.O., S. 818.

²⁵⁰ Die Parteien haben die Möglichkeit eine repräsentative Umfrage in ihre Argumentation vor Gericht aufzunehmen. Der Richter kann diese Umfrage dann bei der Ermittlung durch eigene Sachkunde ggf. auch zugrunde legen. Das Verfahren zur Ermittlung ist dann jedoch die eigene Sachkunde, nicht die repräsentative Umfrage. Die repräsentative Umfrage stellt auch kein *gerichtliches Gutachten*, das als Verfahren zur Ermittlung der Verkehrsanschauung im Urteil dienen kann, dar.

Anwendung²⁵¹. Der Fragenkatalog, der in der Regel zur Ermittlung der Verkehrsauffassung erstellt wird, kann ein steuerndes Element darstellen, das das Ergebnis auch verfälschen kann²⁵². Der Gültigkeitsgrad einer Umfrage hängt dementsprechend maßgeblich von der Aufgabenstellung und der Anlage ab²⁵³.

Insbesondere ist im Rahmen der Beweiswürdigung von demoskopischen Umfragen zwischen der demoskopischen und der juristischen Komponente der Wertung zu unterscheiden²⁵⁴. Da die Auswertung durch fachfremde Juristen vorgenommen wird, kann auch auf dieser Ebene wieder eine Verfälschung des Ergebnisses stattfinden²⁵⁵.

In der Theorie sind daher demoskopische Gutachten ein sinnvolles Mittel, um Erkenntnisse über die Verkehrsanschauung zu gewinnen, ihre praktische Umsetzung jedoch erweist sich als äußerst schwierig und setzt einen großen Aufwand voraus, der im normalen Wettbewerbsprozess quasi außer Verhältnis steht²⁵⁶.

Trotzdem ist, mangels alternativer objektiver Methode, die effektiver ist, das demoskopische Gutachten ein brauchbares Mittel zur Ermittlung der Verkehrsanschauung.

b) Eigene Sachkenntnis des Gerichts

Dies zeigen insbesondere die folgenden Überlegungen zur Ermittlung der Verkehrsanschauung nach eigener Sachkunde des Gerichts. Neben dem demoskopischen Gutachten kann das Gericht auch nach eigener Sachkunde entscheiden, welches die Verkehrsanschauung im konkreten Fall ist²⁵⁷.

Die Rechtsprechung, wonach der Richter nach eigener Sachkunde nur eine Irreführung bejahen, nicht jedoch verneinen konnte, da der Richter als Teil des angesprochenen Verkehrskreises agierte und sich damit quasi selbst einer Verkehrsbefragung unterzog²⁵⁸, ist heute überholt. Die Ermittlung der Verkehrsanschauung findet heute aufgrund von Erfahrungswissen statt. Mit dieser neuen Fundierung der Berechtigung des Gerichts, die Verkehrsauf-

²⁵¹ *Böhm*, Die Beweiswürdigung demoskopischer Gutachten im Rahmen von § 3 UWG, GRUR 1986, 290 ff.

²⁵² Vgl. insb. OLG Hamburg, Urt. v. 22.07.1993, 3 U 98/90, LS. 2, in dem festgestellt wird, dass nur solche Fragen des Fragenkatalogs beachtlich sind, die eine ungezwungene und spontane Meinungsäußerung ermöglichen.

²⁵³ *Böhm*, a.a.O., 300.

²⁵⁴ *Böhm*, a.a.O., 300.

²⁵⁵ Darüber hinaus ist auch die zeitliche Komponente zu beachten. Ein Gutachten zur Ermittlung der Verkehrsanschauung muss, um belastbare Ergebnisse zu enthalten, angesichts der Tatsache, dass die Verkehrsanschauung einem ständigen Wandel unterliegt, zwingend aktuell sein.

²⁵⁶ Vgl. *Bornkamm*, a.a.O., § 5 Rn. 3.1.

²⁵⁷ *Bornkamm*, a.a.O., § 5 Rn. 3.3.

²⁵⁸ Vgl. *Bornkamm*, a.a.O., § 5 Rn. 3.6.

fassung auf Grund eigener Sachkenntnis zu ermitteln, kann der Richter nicht nur die Irreführung bejahen, sondern auch verneinen²⁵⁹.

Allerdings ist zu beachten, dass das fehlende Einholen eines Gutachtens unter bestimmten Umständen die Revisibilität des Urteils begründen kann²⁶⁰.

Zum einen kann die Nichteinholung eines Sachverständigengutachtens einen Ermessensfehler darstellen. Dies wurde in der Rechtsprechung bislang insbesondere dann angenommen, wenn das Gericht eine eigene Sachkunde behauptete ohne darzulegen, worauf diese begründet ist²⁶¹.

Ein weiterer Grund für die Revisibilität eines Urteils kann darin liegen, dass die der Entscheidung zugrunde gelegten Erfahrungssätze überprüfbar sind und im konkreten Fall nicht greifen bzw. falsch sind²⁶².

Die eigene Sachkenntnis des Gerichts stellt daher zwar eine zulässige Möglichkeit der Ermittlung der Verkehrsauffassung dar, jedoch muss sie sich in bestimmten Grenzen halten, damit die Objektivität der Entscheidungen gewahrt und nachprüfbar bleibt.

3. Einheitlichkeit der Verkehrsanschauung im Gebiet der Bundesrepublik – Einheitlicher wettbewerbsrechtlicher Schutz des Gewerbebegriffs?

In jedem Fall ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Verkehrsanschauung nicht zwingend im gesamten Bundesgebiet einheitlich ist, es besteht nicht einmal Einheitlichkeit innerhalb einzelner Verkehrskreise²⁶³. Dies zeigt schon die Behandlung der Frage, ob Einbauküchen-Zubehör wesentlicher Bestandteil eines Gebäudes ist, durch die Rechtsprechung.

Für einige Regionen wird dies bejaht, für andere hingegen ausdrücklich verneint²⁶⁴. Dementsprechend kann eine Rechtsprechung, die nach eigener Sachkunde die Verkehrsanschauung bestimmt, nicht unreflektiert auf das ganze Bundesgebiet angewendet werden. Vielmehr ist in diesem Fall für jede Region aufs Neue eine Prüfung der Verkehrsanschauung vorzunehmen. Die objektivere Ermittlungsart des Gutachtens kann, soweit eine ausreichende Befragungsanlage vorgenommen wurde, hingegen eine einheitliche Verkehrsanschauung ermitteln, soweit eine solche auch vorliegt.

4. Problemstellung, die im Gutachten zur Ermittlung der Verkehrsanschauung aufzuwerfen wäre

Wenn damit für die vorliegende Problemstellung, im Rahmen eines erneuten Verfahrens eine deskopische Umfrage stattfindet, dann wäre ent-

²⁵⁹ Vgl. *Bornkamm*, a.a.O., § 5 Rn. 3.14; BGH GRUR 2002, 550, 552.

²⁶⁰ Vgl. *Bornkamm*, a.a.O., § 5 Rn. 3.15.

²⁶¹ *Bornkamm*, a.a.O., § 5 Rn. 3.15.

²⁶² Vgl. insbesondere die sogenannten Handy-Fälle, BGHZ 139, 368.

²⁶³ *Bornkamm*, a.a.O., § 5 Rn. 3.1.

²⁶⁴ Vgl. *Stresemann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 94 Rn. 30 ff.

scheidend, wie die Fragestellungen lauten und wie breit und umfassend die Befragung angelegt ist, um ihren Aussagewert für die generelle Verkehrsanschauung bzgl. z.B. des Bäckereibegriffs zu beurteilen.

Es müsste sichergestellt sein, dass der Fragenkatalog unter anderem untersucht, ob sich das Vertrauen des Verbrauchers nur auf die Angabe der Qualifikation bezieht und der Begriff der „Bäckerei“ mit einer bloßen Verkaufsstelle ohne jeglichen Bezug zur Herstellung gleichgesetzt wird oder ob der Verbraucher mit dem Begriff „Bäckerei“ weiterhin eine Verkaufsstelle, die eine direkte Verbindung (nicht nur eine bloße Lieferbeziehung) zum Hersteller und seiner Produktionsstätte aufweist, verbindet.

VI. Ergebnis zu E.

Das UWG vermittelt für den Gewerbebegriff und die Unternehmensbezeichnung unter bestimmten Voraussetzungen einen begrenzten Schutz (§§ 3, 4 Nr. 11, 5 UWG). Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang jedoch immer die Verkehrsanschauung. Es kann daher nicht die generelle Feststellung getroffen werden, dass Unternehmensbezeichnungen als solche dem Schutz des UWG unterfallen.

Die Verkehrsanschauung ist vielmehr ein Maßstab, der die Erlangung von differenzierten Ergebnissen für den konkreten Einzelfall ermöglicht. Mit dieser Flexibilität geht automatisch auch einher, dass allgemeingültige Aussagen nicht getroffen werden können.

F. Fehlende spezialgesetzliche Normen zum Wettbewerbschutz

I. Fehlen von spezialgesetzlichen Normen

Außer dem UWG existieren für das Handwerksrecht keine spezialgesetzlichen Ausprägungen des Wettbewerbsrechts, welche sich auf handwerkliche Begrifflichkeiten, wie z.B. den Betriebsbegriff, beziehen.

Die existierenden spezialgesetzlichen Normen beziehen sich überwiegend auf Angaben zu den Produkten (Lebensmittelgesetze) bzw. auf Angaben zur Qualifikation (Gesetzesverstoß gegen HwO).

II. Ergebnis zu F.

Mangels spezialgesetzlicher Normen zum wettbewerblichen Schutz gewerblicher Begrifflichkeiten kann der Schutz von Unternehmensbezeichnungen nach der derzeitigen Rechtslage nur mittels des UWG im unter E. dargestellten eingeschränkten Umfang gewährleistet werden.

G. Die nationalrechtliche Situation eines beschränkt wettbewerbsrechtlichen Schutzes des Gewerbebegriffs: Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht?

Im Ergebnis besteht nach nationalem Recht für betriebsbezogene Begrifflichkeiten über das UWG ein *beschränkter gesetzlicher Wettbewerbschutz*. Es stellt sich die Frage, ob dies mit dem Unionsrecht in Einklang steht, oder ob letzteres weitgehendere Forderungen aufstellt.

Das Unionsrecht hat auf das Lauterkeitsrecht im Laufe der Zeit einen immer größeren Einfluss genommen²⁶⁵. Neben den von Beginn an einschlägigen Grundfreiheiten²⁶⁶ wurden immer häufiger auch Regelungen über die Instrumente der Verordnung und Richtlinien i.S.v. Art. 288 AEUV²⁶⁷ in diesem Bereich erlassen.

Der Anwendungsvorrang²⁶⁸ des Unionsrechts²⁶⁹ bewirkt, dass diese unionsrechtlichen Vorschriften zur Unanwendbarkeit entgegenstehenden nationalen Rechts führen.

Bislang wurde die Union im Rahmen ihrer gesetzgeberischen Tätigkeit im Bereich des Lauterkeitsrechts nur sektoriell tätig²⁷⁰. Mit der RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken wurden jedoch zumindest die unlauteren Geschäftspraktiken von Unternehmen *gegenüber Verbrauchern* abschließend geregelt.

Die Grundfreiheiten allein bewirken im Sinne einer *negativen Harmonisierung* nur, dass nationale Regelungen, die diese Grundfreiheiten ungerechtfertigt einschränken bzw. diskriminierend wirken, unanwendbar sind. Eine positive Harmonisierung in dem Sinn, dass eigenständige unionsrechtliche Regelungen erlassen werden, die einen weitergehenden Schutz z.B. des Be-

²⁶⁵ Vgl. ausführlich *Sosnitza*, Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld zwischen Europa und Deutschland – Zum Regierungsentwurf zur Reform des UWG vom 09.05.2003, GRUR 2003, 739 ff.

²⁶⁶ Namentlich die Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV), die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV), die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV), die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) sowie die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV).

²⁶⁷ Die Kompetenz der Union ergibt sich aus Art. 4 lit. a und f AEUV.

²⁶⁸ Die Begründung des Anwendungsvorranges wird vom EuGH und vom BVerfG in unterschiedlicher Weise vorgenommen. Während der EuGH von einem absoluten Anwendungsvorrang (also einschließlich des Verfassungsrechts) ausgeht und diesen damit begründet, dass dieser von „Wortlaut und Geist des Vertrages“ beinhaltet sei und sich außerdem aus dem Erfordernis der Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft, insbesondere der Notwendigkeit einheitlicher und gleichmäßiger Geltung ergebe (vgl. grundlegend EuGH Slg 1964, 1251, 1269) geht das BVerfG von einem relativen Anwendungsvorrang aus und begründet diesen mit dem Umstand, dass sich der Anwendungsvorrang aus dem Zustimmungsgesetz zu den Verträgen gem. Art. 23 GG ableite. Relativ ist dieser Anwendungsvorrang deswegen, da nur solange sich die Handlungen und Rechtsakte der Union auch im Rahmen dieses Zustimmungsgesetzes halten, der Anwendungsvorrang greift (vgl. grdl. BVerfGE 89, 155, 190; 123, 267, 396). Das BVerfG behält sich über das Zustimmungsgesetz die Kontrollinstrumente der Ultra-vires sowie der Identitätskontrolle vor (vgl. BVerfGE, 123, 267 ff.).

²⁶⁹ Vgl. EuGH Slg 1964, 1251, 1269 ff. – *Costa/ENEL*.

²⁷⁰ *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, 32. Aufl. 2014, Einl. Rn. 3.1.

triebsbegriffes fordern, kann nur über den Erlass von Richtlinien und Verordnungen geschehen.

Dementsprechend ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob das nationale Lauterkeitsrecht bzgl. des Schutzes des Betriebsbegriffs, wie es sich nach der vorliegenden Untersuchung darstellt, gegen die Grundfreiheiten verstößt; in einem zweiten Schritt ist dann zu prüfen, sollte dies nicht der Fall sein, ob unionsrechtliches Sekundärrecht einen weitergehenden Schutz des Betriebsbegriffs aktiv fordert.

I. Vereinbarkeit des Schutzniveaus des Betriebsbegriffs nach dem nationalen Lauterkeitsrecht mit den Grundfreiheiten

Generell kann für alle Grundfreiheiten die Regel aufgestellt werden, dass nationale Regelungen, die diskriminierend wirken und in den Anwendungsbereich der jeweiligen Grundfreiheit fallen, diese verletzen, soweit sie nicht ausnahmsweise gerechtfertigt sind. Dasselbe gilt für nationale Regelungen, die die Grundfreiheiten beeinträchtigen, ohne dass ein rechtfertigender Grund vorliegt²⁷¹.

Der EuGH hat insbesondere für nicht-diskriminierende Regelungen neben den geschriebenen Rechtfertigungsgründen auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe entwickelt. Regelungen, die zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, insbesondere dem Verbraucherschutz, dem Schutz der Gesundheit von Menschen, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und dem Umweltschutz dienen und verhältnismäßig sind, können hierdurch zulässig sein²⁷².

Aus diesem Zusammenhang ergibt sich, dass die Begriffe der Lauterkeit des Handelsverkehrs sowie des Verbraucherschutzes unionsrechtlich geprägt sind.

Dies ändert jedoch nichts daran, dass damit nur bereits bestehende Regelungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht überprüft werden. Eine Handlungspflicht für den Gesetzgeber ergibt sich aus den Grundfreiheiten grundsätzlich nicht²⁷³.

Zwar ist durch den EuGH auch die Figur entwickelt worden, dass ein Verstoß gegen eine Grundfreiheit durch Unterlassen des Staates begangen werden kann²⁷⁴.

²⁷¹ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 36 AEUV Rn. 28 ff.

²⁷² Vgl. *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, Einl. Rn. 3.27.

²⁷³ Wie die Grundrechte des Grundgesetzes haben auch die Grundfreiheiten des Unionsrechts primär eine abwehrrechtliche Funktion, vgl. *Kingreen*, a.a.O., Art. 36 AEUV Rn. 104.

²⁷⁴ Vgl. hierzu insbesondere EuGH, EuZW 1998, 84 ff., als im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen Frankreich festgestellt wurde, dass der französische Staat die Warenverkehrsfreiheit dadurch verletzt habe, dass er es nicht unterbunden habe, dass französische Bauern spanische Erdbeertransporte mit Gewalt unterbunden haben, obwohl das Verhalten der Bauern bekannt war, zum wiederholten Male vorgekommen war und von der Kommission mehrfach ein Tätigwerden Frankreichs angemahnt worden war. Die schutzrechtliche Komponente ergibt sich aus dem Umstand, dass die Mitgliedstaaten gem. Art. 4 Abs. 3 UA, 2 EUV alle Maßnahmen zur Erfüllung ihrer Vertragspflichten zu treffen sowie alle Maßnahmen zu unterlassen haben, die die Verwirklichung dieser Ziele gefährden können.

Diese schutzrechtliche Konstellation²⁷⁵ findet aber nur in Fällen Anwendung, in denen die Verletzung der Grundfreiheit eigentlich durch die Handlungen Privater, die nicht Adressaten der Grundfreiheiten sind, stattfindet. Auch wurde diese Ausprägung der Grundfreiheiten in der Rechtsprechung des EuGH bislang weitgehend nur für die Warenverkehrsfreiheit angenommen²⁷⁶. Um im Sinne des Effektivitätsgebotes die bestmögliche Durchsetzung der Grundfreiheiten zu gewährleisten, wird dem Staat als Adressat der Grundfreiheit in diesem Fall eine Handlungspflicht auferlegt.

Für die Anwendbarkeit einer Grundfreiheit bedarf es aber unter anderem immer eines grenzüberschreitenden Bezugs²⁷⁷. Der Wettbewerbsverstoß eines Privaten, das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs unterstellt, kann zwar unter bestimmten Voraussetzungen die Warenverkehrsfreiheit des Art. 34 AEUV verletzen und damit eine Schutzpflicht des Staates begründen. Dass diese Schutzpflicht aber den Inhalt einer Verpflichtung zum legislativen Tätigwerden hat, ist damit nicht gesagt. Der EuGH betont, anders als in der abwehrrechtlichen Situation das „weite Ermessen“²⁷⁸ des Mitgliedstaates bei der Auswahl der Mittel, von denen es in der Regel mehrere gibt, die den unterlassenen Schutz realisieren.

Für die übrigen Grundfreiheiten wurde anstelle der schutzrechtlichen Funktion der Grundfreiheiten die Diskussion im Rahmen der sogenannten Drittwirkung der Grundfreiheiten geführt²⁷⁹. Diese Drittwirkung wird aber nur in begrenztem Umfang in der Rechtsprechung des EuGH angenommen²⁸⁰. Bejaht wurde sie bislang für den Fall privater Normsetzung, die der staatlichen Normsetzung funktional entspricht²⁸¹.

Wenn nun aber die so erarbeiteten Grundsätze auf die vorliegende Situation übertragen werden, muss festgestellt werden, dass die Problematik der begrifflichen Zuordnung des betriebsbezogenen Gewerbebegriffs ganz wesentlich aus dem Umstand resultiert, dass das Handwerk in Deutschland einer Berufsreglementierung durch die HwO unterliegt, ohne gleichzeitig den Vorteil eines wettbewerblichen Schutzes vor der Verwendung von zumindest auch handwerklichen Begriffen durch Dritte, die nicht den Anfor-

²⁷⁵ Kingreen, a.a.O., Art. 36 AEUV, Rn. 104.

²⁷⁶ Kingreen, a.a.O., Art. 36 AEUV, Rn. 12.

²⁷⁷ Vgl. Leible/T., Streinz, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 52. Erg.-Lfg. 2014, Art. 34 AEUV, Rn. 33 ff.

²⁷⁸ EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Rn. 82 (Schmidberger).

²⁷⁹ Kingreen, a.a.O., Art. 36 AEUV, Rn. 111 ff.

²⁸⁰ Kingreen, a.a.O., Art. 36 AEUV, Rn. 112.

²⁸¹ Vgl. insbesondere für die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit die der EuGH in den Rs. C-341/05 Rn. 98 (Laval); C-36/74 Rn. 17 und 18 (Walrave); C- 415/93 Rn. 83 und 84 (Bosman) auch auf Regelungen z.B. durch Gewerkschaften anwandte; sowie für die Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH, C-281/98 Rn. 34 (Angonese), wobei bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit die Drittwirkung sogar bei individualrechtlichen Vereinbarungen angewendet wird.

derungen der HwO unterliegen, zu genießen. Damit liegt aber ein rein interner Sachverhalt vor, der vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten schon gar nicht erfasst wird. Eine Schutzpflicht des Staates aufgrund der europäischen Grundfreiheiten kann daher genauso wenig hergeleitet werden, wie eine Schutzpflicht aus Art. 12 GG. Was die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit angeht, so liegt kein Fall privater Normsetzung vor, so dass keine Drittwirkung angenommen werden kann.

II. Gewährung eines weitergehenden lauterkeitsrechtlichen Schutzes des Betriebsbegriffs durch das Unionsrecht?

Dass über die negative Harmonisierung der Grundfreiheiten keine unionsrechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten zum Tätigwerden besteht, schließt jedoch nicht aus, dass der Unionsgesetzgeber durch positive (Teil)Harmonisierung mittels Richtlinien oder Verordnungen ggf. eine solche Forderung aufgestellt hat.

Im Recht des unlauteren Wettbewerbs hat der Unionsgesetzgeber über die Jahre eine Reihe von Verordnungen und sektoriellen Richtlinien erlassen²⁸².

Das Regelungsinstrument der Verordnung hat den Vorteil, dass durch die unmittelbare Anwendbarkeit eine einheitliche Rechtslage im Gebiet der Union geschaffen wird und damit dem Ziel der Harmonisierung am nächsten gekommen wird²⁸³.

Das Instrument der Richtlinie hingegen lässt den Staaten bei der Umsetzung die freie Wahl der Mittel und bewirkt damit keine völlig gleiche Rechtslage. Allerdings besteht der Vorteil, dass eine systemkonforme Umsetzung im Rahmen des nationalen Rechtssystems möglich ist²⁸⁴.

Für die vorliegende Konstellation sind hier vor allem die RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, die zu einer Vollharmonisierung²⁸⁵ in diesem Bereich führte sowie die RL 2006/114/EG über irreführende Werbung, die zu einer Teilharmonisierung führte²⁸⁶, relevant.

1. Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung – RL 2006/114/EG

Die Richtlinie erfasst ausweislich ihres Art. 1 den *Schutz der Gewerbetreibenden* vor irreführender Werbung.

²⁸² Köhler, a.a.O., 32. Aufl. 2014, Einl. Rn. 3.37 ff.

²⁸³ Köhler, a.a.O., 32. Aufl. 2014, Einl. Rn. 3.37.

²⁸⁴ Köhler, a.a.O., 32. Aufl. 2014, Einl. Rn. 3.38.

²⁸⁵ Ob eine Voll- oder eine Teilharmonisierung gegeben ist, richtet sich nach dem Grad der erzielten Einheitlichkeit, d.h. ob die Richtlinie ein vollständiges abschließendes Regelungssystem beinhaltet oder ob sie nur punktuelle Regelungen trifft und im Übrigen eine autonome Rechtssetzung der Mitgliedstaaten möglich ist.

²⁸⁶ Vgl. Art. 7 Abs. 1 RL 2006/114/EG.

Sie beschränkt sich auf eine Mindestharmonisierung, indem sie in ihrem Art. 7 objektive Mindestkriterien, die die Feststellung einer irreführenden Werbung ermöglichen, festlegt, wobei es den Mitgliedstaaten unbenommen bleibt, weitergehende Regelungen zu erlassen.

Art. 3 RL 2006/114/EG beinhaltet Anhaltspunkte, was eine irreführende Werbung darstellt.

Es lässt sich jedoch feststellen, dass zumindest was den Wortlaut betrifft, die Richtlinie im UWG ordnungsgemäß umgesetzt wurde, so dass der von der Richtlinie bezweckte Schutz bereits verwirklicht wird.

Die Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung dieser Richtlinie bietet auch keinen Anhaltspunkt, dass betriebsbezogene Begrifflichkeiten als solche den Irreführungstatbestand erfüllen.

2. Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – RL 2005/29/EG

Der Schutz des Verbrauchers vor Irreführung (auch vor irreführender Werbung, die ja wie eben erläutert für Gewerbetreibende von der RL 2006/114/EG verwirklicht wird) wird von dieser Richtlinie abschließend geregelt.

Jedoch kann auch für diese Richtlinie im Ergebnis festgestellt werden, dass sie vollständig im UWG umgesetzt wurde²⁸⁷ und ihr Schutz deswegen nicht über den des UWG hinausgeht.

Auch die Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung dieser Richtlinie führt zu keinem anderen Ergebnis.

3. Zwischenergebnis

Im Ergebnis fordert das Unionsrecht daher keinen über den durch die HwO, die GewO, das HGB und das UWG hinausgehenden Schutz vor unlauterem Wettbewerb.

III. Ergebnis zu G.

Die gegenwärtige Rechtslage zum wettbewerbsrechtlichen Schutz von gewerblichen Begrifflichkeiten steht im Einklang mit dem Unionsrecht. Weder verstößt sie gegen die Grundfreiheiten noch verlangen die bislang in diesem Bereich ergangenen positiven Harmonisierungsrechtsakte einen weitergehenden Schutz.

²⁸⁷ Allerdings ist es in der Literatur durchaus strittig, ob die Umsetzung tatsächlich richtlinienkonform war, insbesondere nach einer Beanstandung durch die Kommission, vgl. Ohly, in: Sosnitza/Ohly, A. Entwicklung, Rechtsquellen und allgemeine Grundlagen des Lauterkeitsrechts, 6. Aufl. 2014, Rn. 54.

H. Relevanz der Ergebnisse für die Praxis – Ein Leitfaden zur Erwirkung einer gegebenenfalls modifizierten Rechtsprechung

Abschließend soll hier noch ein Leitfaden erstellt werden, der die vorstehenden theoretischen Ergebnisse für die Praxis verwertbar macht.

Es gibt, wie bereits dargestellt, mehrere Ansatzpunkte, um gegen die Verwendung einer Unternehmensbezeichnung bzw. eines Gewerbebegriffs vorzugehen. Diese Punkte sollen nun vor allem unter dem Gesichtspunkt ihrer prozessualen Durchsetzbarkeit dargestellt werden²⁸⁸.

I. Rechtsweg und Klageart

Wie bereits dargestellt ist das Gesetz, dass für die Unternehmensbezeichnung bzw. den Gewerbebegriff zumindest einen eingeschränkten Schutz verleiht, das UWG. Dementsprechend ist der eröffnete Rechtsweg anders als bei einem Schutz, der durch die HwO vermittelt wird, nicht der Verwaltungsgerichtsweg gem. § 40 VwGO sondern der Weg zu den ordentlichen Gerichten gem. § 13 GVG²⁸⁹.

Die richtige Klageart bestimmt sich daher auch nach der jeweiligen Norm des UWG, mit welcher die Unzulässigkeit des Handelns geltend gemacht wird.

Der Schutz von Unternehmensbezeichnungen bzw. des Gewerbebegriffs wird, wie festgestellt wurde, allenfalls durch § 5 i.V.m. § 3 UWG erreicht. § 3 selbst ordnet keine konkreten Rechtsfolgen an²⁹⁰. Die Rechtsfolgen unzulässiger geschäftlicher Handlungen sind vielmehr in § 8 ff. UWG geregelt.

Alle unzulässigen Handlungen des UWG sorgen dafür, dass ein sogenannter *wettbewerbsrechtlicher Abwehranspruch* entsteht. Dieser schließt den gegen künftige unlautere Handlungen gerichteten *Unterlassensanspruch*, den gegen bereits eingetretene Beeinträchtigungen gerichteten *Beseitigungsanspruch* sowie ggf. Ansprüche auf *Schadenersatz* ein²⁹¹.

²⁸⁸ Das Verfahren der außergerichtlichen Abmahnung wird hier nicht behandelt. Es besteht für den Gläubiger keine Pflicht zur Einleitung eines solchen Verfahrens vor Klageerhebung vgl. *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 12 Rn. 1.7.

²⁸⁹ § 13 GVG setzt das Vorliegen einer bürgerlich-rechtlichen Streitigkeit voraus, sowie das Fehlen einer speziellen anderweitigen Rechtswegszuweisung. In diesem Zusammenhang kann eine Abgrenzung zur Sozialgerichtsbarkeit nach § 51 Abs. 2 Nr. 3, 2 SGG, zu den öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten sowie zu den arbeitsgerichtlichen Streitigkeiten insbesondere gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. d ArbGG relevant werden.

²⁹⁰ Vgl. zur Systematik auch *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, 32. Aufl. 2014, § 3 Rn. 154 ff. Der nachfolgende Leitfaden bezieht sich ausschließlich auf die lauterkeitsrechtlichen Rechtsfolgen, ohne die bürgerlichrechtlichen Rechtsfolgen zu berücksichtigen. Der Vollständigkeit halber sei hier angemerkt, dass sich diese bzgl. der Folgeverträge, also der Verträge die aufgrund einer Zuwiderhandlung gegen §§ 3 ff. UWG zustande kommen, insbesondere nach §§ 134 und 138 BGB richten und bzgl. der Basisverträge, also den Verträgen, die zur Begehung wettbewerbswidriger Handlungen verpflichten, nach § 134 BGB richten. Unter bestimmten Umständen können auch Ansprüche aus Delikt gem. §§ 823 ff. BGB gegeben sein, jedoch stellt weder § 3 noch § 7 UWG ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB dar.

²⁹¹ Vgl. *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 8 Rn. 1.2.

1. Klage auf Beseitigung und Schadenersatz

Der Anspruch auf Beseitigung gem. § 8 UWG kann im Wege der Leistungsklage gem. § 253 ZPO geltend gemacht werden und richtet sich gegen eine *bereits eingetretene* Beeinträchtigung. Der Anspruch auf Beseitigung setzt im Gegensatz zum herkömmlichen Schadenersatzanspruch *kein Verschulden* voraus²⁹².

Ebenfalls im Wege der Leistungsklage ist ein ggf. bestehender Anspruch auf Schadenersatz gem. § 9 UWG wegen *vorsätzlicher* oder *fahrlässiger* Verletzung von §§ 3 und 7 UWG geltend zu machen²⁹³.

2. Klage auf Unterlassung

Der Unterlassungsanspruch ist ebenfalls im Wege der Leistungsklage gem. § 253 ZPO geltend zu machen.

Er richtet sich auf eine zukünftige drohende Beeinträchtigung und setzt damit eine Wiederholungsgefahr voraus²⁹⁴.

Beim Klageantrag ist hier vor allem darauf zu achten, dass den Bestimmtheitsanforderungen Genüge getan wird²⁹⁵.

II. Die Klage in erster Instanz – Gutachten zur Ermittlung der Verkehrsanschauung

Die vorstehend erläuterten Klagen sind vor den ordentlichen Gerichten einzureichen.

Ob in erster Instanz die Amts- oder die Landgerichte zuständig sind, richtet sich nach § 3 ZPO i.V.m. §§ 23, 71 GVG²⁹⁶.

In diesem Verfahren ist entscheidend, wie die Verkehrsanschauung durch das Gericht ermittelt wird.

Bei Erstellung eines gerichtlich angeordneten Gutachtens zur Ermittlung der Verkehrsauffassung ist, soweit das Gutachten als solches tragfähig ist, die Grundlage der Entscheidung des Gerichts auch für die folgenden Instanzen abgesichert.

Das Gericht kann aber hingegen auch die Verkehrsauffassung mittels der eigenen Sachkunde ermitteln. In diesem Fall kann die Entscheidung ggf. angreifbar werden²⁹⁷.

²⁹² Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 8 Rn. 1.69.

²⁹³ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 9 Rn. 1.1 ff.

²⁹⁴ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 8 Rn. 1.7.

²⁹⁵ Vgl. hierzu ausführlich Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 12 Rn. 2.35 ff.

²⁹⁶ Mangels ausschließlicher sachlicher Zuständigkeit ist hier gem. § 23 Abs. 1 Nr. 1 GVG der Streitwert entscheidend, so dass bei einem Streitwert unter 5000 Euro die Amtsgerichte und bei einem Streitwert ab 5000 Euro die Landgerichte in erster Instanz zuständig sind.

²⁹⁷ Vgl. die Ausführungen unter E. V. 2. b).

III. Die Berufung bzw. Revision gegen ein abweisendes Urteil

Wenn in erster Instanz ein abweisendes Urteil ergeht, dann kann ggf. entweder Berufung (§§ 511 ff. ZPO) oder Revision (§§ 542 ff. ZPO) eingelegt werden.

In der Regel sind es mehrere Punkte an denen ein Urteil über das Vorliegen der Voraussetzungen von §§ 3 ff. UWG angreifbar ist.

1. Tatsachenermittlung

Auf Ebene der Tatsachenermittlung im Rahmen einer Berufung²⁹⁸ kann zunächst überprüft werden, ob eine vollständige Aufklärung des Sachverhaltes durch das erstinstanzliche Gericht stattgefunden hat.

2. Verkehrsanschauung

In den Kontext der Tatsachenermittlung ist *grundsätzlich* auch die Ermittlung der Verkehrsanschauung einzuordnen, auch wenn sie ein normatives Element umfasst²⁹⁹. Die Verkehrsauffassung ist dementsprechend dem Beweis zugänglich³⁰⁰ und damit ist auch die Beweiserhebung ein gerichtlich überprüfbarer Vorgang.

Gleichzeitig jedoch nimmt der BGH in ständiger Rechtsprechung an, dass für die Ermittlung der Tatsache der Verkehrsanschauung nicht zwingend eines der Beweismittel des Strengbeweisverfahrens³⁰¹ erforderlich ist, sondern auch aufgrund eigener Sachkunde und Erfahrung des Richters festgestellt werden kann³⁰².

Im Rahmen der Berufung kann die Verkehrsauffassung bei Zweifeln erneut ermittelt werden, da noch einmal eine volle Tatsacheninstanz gegeben ist³⁰³.

Im Rahmen einer Revision hingegen besteht nur eine eingeschränkte Überprüfbarkeit der in den Vorinstanzen ermittelten Verkehrsanschauung. Zum einen ist sie daraufhin nachprüfbar, ob der Tatsachenstoff fehlerfrei ausgeschöpft wurde bzw. ob in der Beurteilung Widersprüche bzgl. der zugrunde liegenden Denk- und Erfahrungssätze gegeben sind³⁰⁴.

²⁹⁸ Nur die Berufung ist eine volle zweite Tatsacheninstanz. Im Rahmen einer Revision wird keinerlei Tatsachenfeststellung mehr betrieben, sondern rein auf Grundlage der in den Vorinstanzen festgestellten Tatsachen die rechtliche Argumentation überprüft.

²⁹⁹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 12 Rn. 2.71.

³⁰⁰ Dem Beweis zugänglich sind entscheidungserhebliche und beweisbedürftige, d.h. strittige, Tatsachen und eben keine Rechtsfragen vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 12 Rn. 2.65.

³⁰¹ Dies sind namentlich der Sachverständigenbeweis, der Augenschein, das Protokoll, die Urkunde und der Zeugenbeweis.

³⁰² BGH GRUR 2002, 182, 184.

³⁰³ Vgl. allerdings Saenger, in: Saenger, ZPO, 5. Aufl. 2013, § 286 Rn. 35 der zutreffend darauf hinweist, dass gem. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO das Berufungsgericht, soweit keine konkreten Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der im ersten Rechtszug festgestellten Tatsachen begründen, an die im ersten Rechtszug festgestellten Tatsachen gebunden ist und damit die Überprüfung der erstinstanzlichen Beweiswürdigung stark eingeschränkt wird.

³⁰⁴ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 12 Rn. 2.74; allgemein zur Revisibilität von § 286 ZPO Saenger, in: Saenger, ZPO, 5. Aufl. 2013, § 286 Rn. 37 ff.; Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2013, § 286 Rn. 66 ff.

Überdies kann ein Verfahrensfehler im Sinne von § 286 ZPO vorliegen, wenn die Tatsacheninstanz trotz mangelnder Sachkunde eine Beurteilung ohne sachverständige Hilfe vornimmt bzw. wenn die eigene Sachkunde nicht ausreichend dargelegt ist³⁰⁵.

In der Berufung müssen dementsprechend Gründe vorgetragen werden, die für eine erneute Ermittlung der Verkehrsauffassung sprechen, in der Revision müssen die verfahrensrechtlichen Fehler des Gerichts bei der Ermittlung der Verkehrsauffassung gerügt werden. Hier besteht insbesondere bei der Ermittlung der Verkehrsauffassung nach eigener Sachkunde des Gerichts Argumentationsspielraum.

3. Rechtliche Argumentation

Schließlich kann noch sowohl in der Berufung als auch der Revision die rechtliche Argumentation des erstinstanzlichen Gerichts bei entsprechenden Zweifeln in Frage gestellt werden.

IV. Entgegenstehende rechtskräftige Entscheidung – die regionale Einheitlichkeit der Verkehrsanschauung

Für den Fall, dass in einem vom konkreten Streitfall unabhängigen Verfahren bereits Rechtsprechung zu einem vergleichbaren Sachverhalt mit vergleichbarer Fragestellung erging und dieses Verfahren mit einem rechtskräftigen Urteil abgeschlossen ist, so kann daraus nicht zwingend geschlossen werden, dass die dort gewonnenen Erkenntnisse auch notwendigerweise auf den konkreten Fall übertragbar sind.

Diese Feststellung basiert auf der Überlegung, dass, wie unter E. V. 3. festgestellt wurde, die Verkehrsauffassung nicht zwingend eine einheitliche im gesamten Bundesgebiet ist und sogar innerhalb der Verkehrskreise verschieden sein kann³⁰⁶. Dementsprechend kann aber die Ermittlung der Verkehrsanschauung durch ein regionales Gericht kein zwingendes Ergebnis für ein anderes Gericht sein. Die Gerichte haben also regional unabhängig voneinander jeweils erneut eine unvoreingenommene Ermittlung der Verkehrsanschauung vorzunehmen.

V. Ergebnis – auch im Hinblick auf LG Wuppertal

Der Hauptansatzpunkt bei einem gerichtlichen Vorgehen gegen die Verwendung gewerblicher Begrifflichkeiten ist die Ermittlung der Verkehrsanschauung.

³⁰⁵ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 12 Rn. 2.74.

³⁰⁶ Vgl. hierzu nochmals beispielhaft BGH GRUR 1983, 32 ff.

Was das einleitend erörterte Urteil des LG Wuppertal betrifft, in welchem das Gericht mittels eigener Sachkunde festgestellt hat, dass der Begriff der Bäckerei nicht mehr damit in Verbindung gebracht wird, dass die vertriebenen Backwaren aus einer an das Ladengeschäft angeschlossenen Backstube stammen, sondern mit dem Begriff die Vorstellung

*„ein[es] Geschäft[s] [...], in dem Backwaren bezogen werden können“
(Erg. u. Herv. d. d. Verf.)³⁰⁷,*

verbunden wird, so führt dies zu dem Schluss, dass eben bei dieser Ermittlung der Verkehrsanschauung hätte angesetzt werden müssen. Zwar führt das Gericht auch nach der hier vertretenen Ansicht aus, dass nicht jedes Ladengeschäft, das sich Bäckerei nennt eine eigene Backstube habe, da auch in dieser Branche Filialbetriebe mittlerweile die Regel darstellen und das Vorstellungsbild einer an eine Bäckerei zwingend angeschlossene Backstube

„nicht mehr zeitgemäß“³⁰⁸

sei. Das Gericht verkennt jedoch bei diesen Ausführungen, dass ein Filialbetrieb organisatorisch zumindest mit der Herstellung zusammenhängt.

Im Fall des LG Wuppertal jedoch war das Ladengeschäft ohne jegliche organisatorische Verbindung zur Herstellung, es bezog die vertriebenen Backwaren aufgrund eines zivilrechtlichen Lieferungsvertrages.

Dementsprechend liegt zwischen den Ausführungen zur Verkehrsanschauung und der Übertragung der zutreffend gewonnenen Erkenntnisse auf den konkreten Sachverhalt ein Widerspruch, der in der Revision bzw. zuvor in der Berufung hätte gerügt werden können.

Obwohl dieses Urteil rechtskräftig geworden ist, kann hieraus jedoch entsprechend den Erkenntnissen unter H. IV. nicht geschlossen werden, dass dies für das gesamte Bundesgebiet gilt.

In einem anderen Verfahren wäre damit unproblematisch auch ein anderes Ergebnis möglich und zumindest eine erneute unvoreingenommene Prüfung vorzunehmen.

³⁰⁷ GewArch 2013, 454, 455.

³⁰⁸ GewArch 2013, 454, 455.

J. Einzelergebnisse und Gesamtergebnis

I. Einzelergebnisse der Abschnitte A. bis H.

1. Abschnitt A.

Aufbauend auf einer Analyse der begrifflichen Entwicklung speziell handwerklicher Berufsbezeichnungen, insbesondere am Beispiel des Bäckereibegriffs, soll untersucht werden, in welchem Umfang die gegenwärtige Gesetzeslage in Deutschland, ausgehend von der HwO, wettbewerbsrechtlichen Schutz vor missbräuchliche, da irreführende Verwendung von Begrifflichkeiten bietet. Dies bildet und begründet den Gegenstand vorliegender Abhandlung, deren gefundene Ergebnisse für die Praxis abschließend in einen Leitfaden eingebettet werden.

2. Abschnitt B.

Der Gewerbebegriff als solcher ist ein Oberbegriff, der selbst keinerlei Abgrenzungs- bzw. Zuordnungsfunktion besitzt und folglich auch nicht dem Handwerk als solchem mit Ausschließlichkeit zugeordnet werden kann. Allerdings kann in der Abgrenzung zwischen herstellendem Gewerbe und Handelsgewerbe diese betriebsbezogene Begrifflichkeit an Bedeutung gewinnen, da zumindest eine Zuordnung zum herstellenden Gewerbe, unabhängig ob handwerklich oder industriell, vorgenommen werden kann. Die Begrifflichkeit umfasst daher immer einen Betrieb, der organisatorisch zumindest auch mit der Produktion verbunden ist.

3. Abschnitt C.

Art. 12 GG vermittelt selbst keinen unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Schutz von gewerblichen Begrifflichkeiten. Jedoch kann sich trotz fehlender Drittwirkung der verfassungsrechtlichen Vorschrift aus Gründen des Gemeinwohlinteresses, namentlich dem Verbraucherschutz, eine – wenn auch begrenzte – Schutzpflicht des Gesetzgebers ergeben, die dieser durch einfachgesetzliche Gesetzgebung auszufüllen hat.

4. Abschnitt D.

Aus der derzeit bestehenden Fassung der HwO lässt sich nur ein Wettbewerbsschutz in Verbindung mit der Verwendung des Meistertitels aus § 51 HwO und aus § 51d HwO ableiten. Streng am Wortlaut dieser beiden Normen orientiert erfolgt kein Schutz der Betriebsstätte, sondern allein ein Titel- bzw. Ausbildungsbezeichnungsschutz.

Aus der möglichen analogen Anwendung des § 51 HwO und des § 51d HwO lässt sich auch kein Wettbewerbsschutz im Zusammenhang mit einer Betriebsbezeichnung ableiten, da die Voraussetzungen für eine Analogie nicht

gegeben sind. Bereits das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke muss vor dem Hintergrund der Existenz des UWG als spezielles Gesetz verneint werden. Ferner hat das Produktionsgewerbe für den Gesetzgeber wohl nicht den gleichen Stellenwert wie der subjektive Qualifikationsgrad, so dass keine Vergleichbarkeit der Rechtslage vorliegt.

5. Abschnitt E.

Das UWG vermittelt für den Gewerbebegriff und die Unternehmensbezeichnung unter bestimmten Voraussetzungen einen begrenzten Schutz (§§ 3, 4 Nr. 11, 5 UWG). Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang jedoch immer die Verkehrsanschauung. Es kann daher nicht die generelle Feststellung getroffen werden, dass Unternehmensbezeichnungen als solche dem Schutz des UWG unterfallen.

Die Verkehrsanschauung ist vielmehr ein Maßstab, der die Erlangung von differenzierten Ergebnissen für den konkreten Einzelfall ermöglicht. Mit dieser Flexibilität geht automatisch auch einher, dass allgemeingültige Aussagen nicht getroffen werden können.

6. Abschnitt F.

Mangels spezialgesetzlicher Normen zum wettbewerblichen Schutz gewerblicher Begrifflichkeiten kann der Schutz von Unternehmensbezeichnungen nach der derzeitigen Rechtslage nur mittels des UWG im unter E. dargestellten eingeschränkten Umfang gewährleistet werden.

7. Abschnitt G.

Die gegenwärtige Rechtslage zum wettbewerbsrechtlichen Schutz von gewerblichen Begrifflichkeiten steht im Einklang mit dem Unionsrecht. Weder verstößt sie gegen die Grundfreiheiten noch verlangen die bislang in diesem Bereich ergangenen positiven Harmonisierungsrechtsakte einen weitergehenden Schutz.

8. Abschnitt H.

Der Hauptansatzpunkt bei einem gerichtlichen Vorgehen gegen die Verwendung gewerblicher Begrifflichkeiten ist die Ermittlung der Verkehrsanschauung.

Was das einleitend erörterte Urteil des LG Wuppertal betrifft, in welchem das Gericht mittels eigener Sachkunde festgestellt hat, dass der Begriff der Bäckerei nicht mehr damit in Verbindung gebracht wird, dass die vertriebenen Backwaren aus eigener Herstellung stammen³⁰⁹, so führt dies zu dem Schluss, dass eben bei dieser Ermittlung der Verkehrsanschauung hätte an-

³⁰⁹ GewArch 2013, 454, 455.

gesetzt werden müssen. Zwar führt das Gericht auch nach der hier vertretenen Ansicht aus, dass nicht jedes Ladengeschäft, das sich Bäckerei nennt eine eigene Backstube habe, da auch in dieser Branche Filialbetriebe mittlerweile die Regel darstellen. Das Gericht verkennt jedoch bei diesen Ausführungen, dass ein Filialbetrieb organisatorisch zumindest mit der Herstellung zusammenhängt.

Im Fall des LG Wuppertal jedoch war das Ladengeschäft ohne jegliche organisatorische Verbindung zur Herstellung, es bezog die vertriebenen Backwaren aufgrund eines zivilrechtlichen Lieferungsvertrages.

Dementsprechend liegt zwischen den Ausführungen zur Verkehrsanschauung und der Übertragung der zutreffend gewonnenen Erkenntnisse auf den konkreten Sachverhalt ein Widerspruch, der in der Revision bzw. zuvor in der Berufung hätte gerügt werden können.

Obwohl dieses Urteil rechtskräftig geworden ist, kann hieraus jedoch entsprechend den Erkenntnissen unter H. IV. nicht geschlossen werden, dass dies für das gesamte Bundesgebiet gilt.

In einem anderen Verfahren wäre damit unproblematisch auch ein anderes Ergebnis möglich und zumindest eine erneute unvoreingenommene Prüfung vorzunehmen.

II. Gesamtergebnis

Der Wettbewerbsschutz im Rechtssystem der Bundesrepublik Deutschland wird auf mehreren Ebenen gewährleistet. Sowohl das ordnungsrechtliche System der HwO (§§ 51 ff. HwO) als auch das privatrechtliche System des UWG (§§ 3 ff. UWG) vermitteln in diesem Zusammenhang insoweit Rechtsschutz für den Berufsträger und seine Berufsbezeichnung (Bäcker).

In diesem System ist ein Schutz auch betriebsbezogener Begrifflichkeiten (Bäckerei) dagegen nur in beschränktem Umfang vorgesehen. Handwerkliche Begriffe als solche werden nicht im Rahmen der HwO, sondern nur, soweit das UWG sie erfasst, geschützt (§§ 3 ff. UWG). Mangels Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke kann ein solcher Schutz dieser Begrifflichkeiten auch nicht über eine analoge Anwendung der die Berufsträger schützenden Normen erreicht werden.

Der Gesetzgeber hat damit die bewusste Entscheidung getroffen, den wettbewerbsrechtlichen Schutz der Handwerker, was betriebsbezogene Begrifflichkeiten betrifft, nicht (umfassend) auszugestalten. Dies bleibt

damit allenfalls in der Praxis einer gerichtlichen Einzelfallüberprüfung vorbehalten, ob die Grenzen einer Irreführung durch die jeweils gewählte betriebliche Begrifflichkeit (Bäckerei, Schreinerei) überschritten sind. Maßstäbe einer solchen Überprüfung bilden dabei neben den rechtlichen Kriterien des UWG die sog. eigene gerichtliche Sachkenntnis sowie die zu ermittelnde Verkehrsanschauung, welche jedoch ihrerseits aufgrund immanenter Eigenheiten lokalen Begrenzungen unterliegt.

Literaturverzeichnis

Baumbach, Adolf / Hopt, Klaus

Handelsgesetzbuch, Kommentar, 35. Auf., München 2012.

Bernreuther, Friedrich

Werbung für handwerkliche Leistungen, GewArch 2001, 184 ff.

Böhm, Ernst

Die Beweiswürdigung demoskopischer Gutachten im Rahmen von § 3 UWG, GRUR 1986, 290 ff.

Bulla, Simon

Freiheit der Berufswahl, Verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Determinanten des Berufszugangs am Beispiel des Handwerksrechts, Baden-Baden 2009.

Calliess, Christian / Ruffert, Matthias

EUV/AEU, Kommentar, 4. Aufl., München 2011.

Detterbeck, Steffen

Handwerksordnung, 4. Aufl., München 2008.

Kommentar zur HwO, in: Das Deutsche Bundesrecht, III BGO, August 2013, S. 69 ff.

Dittmeier, Robert / Seitz, Friedrich

Arbeitszeit in Bäckereien, Eine ausführliche Darstellung der für das Bäcker- und Konditorgewerbe geltenden arbeitszeitrechtlichen Vorschriften, München 1981.

Dürr, Wolfram

Meisterprüfung als präventives Sicherheitselement, GewArch 2003, 415 ff.

Grabitz, Eberhard / Hilf, Meinhard / Nettesheim, Martin

Das Recht der Europäischen Union, München, 52. Ergänzungslieferung 2014.

Günther, Thomas

Die Unterscheidung zwischen Handwerk und Industrie vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Entwicklung, GewArch 2012, 16 ff.

Harte-Bavendamm, Henning / Henning-Bodewig, Frauke

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 3. Aufl., München 2013.

Heeb, Wolfgang

Die Werbung mit rein handwerklichen Begriffen für Industrieerzeugnisse,
WRP 1977, 537 ff.

Hermes, Georg

Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage? Das BVerfG zu
Schutzpflicht und mittelbarer Drittwirkung der Berufsfreiheit, NJW 1990,
1764 ff.

Hof, Hagen

Dissertation zur Rechtsgeschichte 1, Wettbewerb im Zunftrecht, Zur Ver-
haltensgeschichte der Wettbewerbsregelung durch Zunft und Stadt, Reich
und Landesherr bis zu den Stein-Hardenbergschen Reformen, Wien 1983.

Honig, Gerhart / Knörr, Matthias

Handwerksordnung, 4. Aufl., München 2008.

Hüpers, Frank

Der Schutz handwerksrechtlicher Strukturprinzipien durch das Wettbe-
werbsrecht, GewArch 2014, 190 ff.

Der Beitrag des Wettbewerbsrechts zur Lauterkeit im Handwerk, in:
Festschrift für Helmut Köhler, 2014.

John, Peter

Handwerk im Spannungsfeld zwischen Zunftordnung und Gewerbefrei-
heit, Entwicklung und Politik der Selbstverwaltungsorganisationen des
deutschen Handwerks bis 1933, Köln 1987.

Köhler, Helmut

Der Rechtsbruchtatbestand im neuen UWG, GRUR 2004, 381 ff.

Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 29. Aufl.,
München 2011.

Kormann, Joachim / Hüpers, Frank

Das neue Handwerksrecht, Rechtsfolgen aus der HwO-Novelle 2004 für
Handwerksbetriebe und -organisationen, LFI- Schriftenreihe 2004.

Von Landmann, Robert / Rohmer, Gustav

Gewerbeordnung, Loseblattkommentar, 64. Aufl., München 2013,
Stand Juli 2013.

Larenz, Karl

Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991.

Leisner, Walter

Ausbildungszwang in Einrichtungen der Handwerkskammern? – Voraussetzungen und Grenzen bei der überbetrieblichen Lehrlingsunterweisung (ÜLU), GewArch 2005, 408 ff.

Leisner, Walter Georg

Die „wesentliche Tätigkeit“ eines Handwerks in § 1 Abs. 2 HwO, Rechtsprechungsanalyse und systematische Einordnung von Einzel(grenz)fällen, LFI- Schriftenreihe 2014.

Die Gründung einer eigenständigen Innung durch eine Fachgruppe nach vorheriger Ausgliederung aus einer Sammelinnung – unter besonderer Berücksichtigung des Bestattungsgewerbes, LFI- Schriftenreihe 2012.

Die Ausgliederung einer Fachgruppe aus einer Sammelinnung und Gründung einer eigenständigen Handwerksinnung, GewArch 2013, 235 ff.

Der Meistertitel im Handwerk – (weiter) ein Zwang? – Europäische und verfassungsrechtliche Probleme, GewArch 2006, 393 ff.

Ist eine Änderung des § 5 Handwerksordnung dahingehend anzustreben, dass auch Meisterbetriebe der B1-Handwerke in seinen Anwendungsbereich fallen?, LFI-Schriftenreihe 2011.

Lettl, Tobias

Der unlautere Wettbewerb durch Rechtsbruch in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung, GRUR-RR 2004, 225 ff.

v. *Mangoldt, Hermann / Klein, Friedrich / Starck, Christian*

Grundgesetz, Kommentar, Band I, München, 5. Aufl. 2005.

Maunz, Theodor / Dürig, Günter

Grundgesetz, Kommentar, 69. Ergänzungslieferung, München 2013.

Maurer, Hartmut

Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., München 2009.

Müller, Martin

Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, 403 ff.

Ohly, Ansgar / Sosnitza, Olaf

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 6. Aufl., München 2014.

Palandt, Otto

Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 73. Aufl., München 2014.

Pielow, Johann Christian

Kommentar zur Gewerbeordnung, 1. Aufl., München 2009.

- Piper, Henning / Ohly, Ansgar / Sosnitza, Olaf*
Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 5. Auflage,
München 2010.
- Proesler, Hans*
Die Rechtsbeziehungen zwischen Angehörigen der Zünfte (im Spiegel
der Reichsgesetzgebung von 1530 bis 1806), Frankfurt am Main 1956.
- Rauscher, Thomas / Wax, Peter / Wenzel Joachim*
Münchener Kommentar zur ZPO, München, 4. Auflage 2013.
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland*
Münchener Kommentar zum BGB, München, 6. Auflage 2012.
- Saenger, Ingo / Ullrich, Christoph / Siebert, Oliver*
ZPO, Baden-Baden, 5. Auflage 2013.
- Schmidt, Karsten*
Münchener Kommentar zum HGB, München, 3. Auflage 2010.
- Schwannecke, Holger*
Die Deutsche Handwerksordnung, Kommentar, Stand März 2014,
Berlin 2014.
- Schwannecke, Holger / Heck, Hans-Joachim*
Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, 129 ff.
- Schwarz, Paul*
Der Handwerksbegriff heute, GewArch 1988, 1 ff.
- Sodan, Helge*
Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2011.
- Sodan Helge / Kluckert, Sebastian*
Kompetenzordnung und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als
Grenze der Vergnügungssteuersätze, NVwZ 2013, 241 ff.
- Sosnitza, Olaf*
Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Span-
nungsfeld zwischen Europa und Deutschland – Zum Regierungsentwurf
zur Reform des UWG vom 9.5.2003, GRUR 2003, 739 ff.
- Strobl, Peter*
Unlauterer Wettbewerb im Handwerk, Erlaubte und unerlaubte Werbung,
Grenzen, Kosten und Abwehr, Schriftenreihe der Handwerkskammer Kon-
stanz, 2. Aufl. 1996.

Tettinger, Peter J.

Wettbewerb in den freien Berufen - berufsgrundrechtliche Aspekte, NJW 1987, 294 ff.

Traublinger, Heinrich

Handwerksordnung: Kahlschlag oder zukunftsorientierte Reform?, GewArch 2003, 353 ff.

Ullmann, Eike

Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld von Europa und Deutschland, GRUR 2003, 817 ff.

Will, Martin

Selbstverwaltung der Wirtschaft, Recht und Geschichte der Selbstverwaltung in den Industrie- und Handelskammern, Handwerksinnungen, Kreis-handwerkerschaften, Handwerkskammern und Landwirtschaftskammern, Tübingen 2010.

Zentralverband des Deutschen Handwerks (ZDH)

Die neue Handwerksordnung und ergänzenden gesetzlichen Vorschriften nach dem Stand vom 2. Januar 2006.

Ziekow, Jan

Freiheit und Bindung des Gewerbes, Berlin 1992.