

### III. Teil: Mitbewerber

#### § 7: Grundlagen

##### A. Überblick

Das UWG schützt den Unternehmer vor bestimmten Praktiken seiner Mitbewerber, **§ 1 Abs. 1 Satz 1 UWG** („Schutz der Mitbewerber vor unlauterem Wettbewerb“). Die Interessen von Mitbewerbern sind eine wichtige Größe für wettbewerbsrechtliche Abwägungen, insbesondere für die Beurteilungen, ob eine geschäftliche Handlung eine gezielte Behinderung (§ 4 Nr. 4 UWG) oder aus sonstigen Gründen unlauter (§ 3 Abs. 1 UWG) ist.

Welchen Schutz ein Unternehmen gegenüber anderen Unternehmen genießt, hängt zentral von der Unterscheidung zwischen Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern ab. Manche Normen sind ausdrücklich nur auf das Handeln von Mitbewerbern anwendbar: **§§ 4, 6, 8 Abs. 3 Nr. 1, 9 Abs. 1 UWG**. Sie finden keine Anwendung, wenn es um das Verhalten von Unternehmen geht, die eben kein Konkurrent, sondern ein bloßer Marktteilnehmer im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG sind. Wird das Unternehmen durch einen Mitbewerber geschädigt, so gelten andere Maßstäbe als für die Schädigung durch Unternehmen, die sonstige Marktteilnehmer sind. Das Handeln von Mitbewerbern muss an einer anderen Elle gemessen werden als das von sonstigen unternehmerischen Marktteilnehmern.

Die Versuchung zu unlauteren Methoden und die Gefahr von rechtswidrigen Schädigungen ist im Rahmen von Konkurrenzverhältnissen besonders wahrscheinlich. Wer unter Druck beziehungsweise in Konkurrenz steht, greift eher zu unerlaubten Verhaltensweisen. Das Ziel des Mitbewerbers ist es im Grundsatz stets, den Konkurrenten zu „vernichten“. Es liegt in seinem eigenen wettbewerblichen Interesse, keinerlei Rücksicht auf den betroffenen Konkurrenten zu nehmen.

Ist das andere Unternehmen kein Mitbewerber, sondern ein sonstiger Marktteilnehmer, so sind andere Maßstäbe sachgerecht. Solche Fälle sind nicht anhand der Normen zu entscheiden, die für das Handeln gegenüber Mitbewerbern gelten (namentlich nicht anhand von § 4 Nr. 4 UWG). Die meisten Sachverhalte sind direkt an § 3 Abs. 1 UWG zu messen. Der Hauptunterschied ergibt sich aus der anderen Interessenlage von sonstigen Marktteilnehmern. Der sonstige Marktteilnehmer hat typischerweise kein Interesse daran, das andere Unternehmen zu zerstören. Oft wird er sogar

ausdrücklich daran interessiert sein, das andere Unternehmen wettbewerbsfähig zu halten. In solchen Fällen wird er seine Handlungen von sich aus so dosieren, dass das andere Unternehmen „überleben“ kann. Niemand sägt sich den Ast ab, auf dem er sitzt. Schädigungen durch Unternehmen, die kein Mitbewerber, sondern sonstige Marktteilnehmer sind, sind selten.

Einen konkreten Anwendungsfall betrifft BGH vom 24.6.2004 (Werbeblocker), GRUR 2004, 877 ff. Die Entscheidung wird am Ende der Vorlesung behandelt.

Die unterschiedlichen Interessenlagen gegenüber Mitbewerbern und gegenüber sonstigen unternehmerischen Marktteilnehmern zeigt sich sehr schön im Zusammenhang mit geschäftsschädigenden Äußerungen über ein Unternehmen. Wie die geschäftliche Kritik eines Unternehmen an einem anderen Unternehmen juristisch zu behandeln ist, hängt maßgeblich davon ab, ob die Kritik einen Mitbewerber oder einen sonstigen Marktteilnehmer trifft.

- Der Angriff gegen den Mitbewerber kann dem Angreifer Vorteile verschaffen. Betrifft die Äußerung einen Mitbewerber, so ist der Äußernde stets auch selbst Partei. Er verfolgt typischerweise geschäftliche Eigeninteressen und urteilt mehr oder weniger auch in eigenen Angelegenheiten. Der Äußernde kann durch die Kritik am Mitbewerber möglicherweise dessen Kunden für sich gewinnen. Er hat daher prinzipiell einen Anreiz, Kritik am Mitbewerber zu üben. Solche Äußerungen sind tendenziell „verdächtig“. Sie müssen daher an den speziellen, auf den Mitbewerberschutz gemünzten Maßstäben gemessen werden, § 4 Nr. 1, Nr. 2 UWG.
  
- Bezieht sich die Kritik dagegen auf einen Nichtkonkurrenten, dann kann ihr Urheber typischerweise nicht selbst davon profitieren. Wenn sich etwa ein Unternehmen kritisch über seinen unternehmerischen Lieferanten oder Abnehmer äußert, dann läuft es sogar Gefahr, sich mit dieser Äußerung zugleich auch „ins eigene Fleisch“ zu schneiden. Wenn etwa der VW-Händler die Produkte der Volkswagen AG „mies“ macht, dann trifft es auch sein Geschäft, falls sich Kunden aufgrund der Äußerung von Volkswagenprodukten abwenden. In diesen Fällen kann also ungleich eher von einer gewissen Neutralität des Äußernden und einem Äußerungsinteresse ausgegangen werden, dem es um die Sache und nicht um den eigenen geschäftlichen Vorteil geht. Hier ist ein großzügigerer Maßstab angemessen und auf die Generalklausel oder

das allgemeine Deliktsrecht zurückzugreifen, BGH vom 24.2.1983 (Photokina), GRUR 1983, 467, 468.

## B. Begriff des Mitbewerbers

Nach **§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG** ist Mitbewerber jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern „*als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht*“. Die Definition ist freilich nur bedingt aussagekräftig, weil das Kriterium „*Wettbewerbsverhältnis*“ auslegungsbedürftig ist. Im Zweifel muss es auf die betroffene Interessenlage, also darauf ankommen, ob zwischen den beteiligten Unternehmen gegensätzliche geschäftliche Interessen (dann Mitbewerber) oder gleichgerichtete geschäftliche Interessen (dann sonstige Marktteilnehmer) bestehen.

## I. Standardkonstellation

Ein „Wettbewerbsverhältnis“ liegt insbesondere vor, wenn die fraglichen Unternehmen „*Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben*“, **§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG**. Solche Unternehmen verfolgen im Verhältnis zueinander typischerweise gegensätzliche Interessen.

- Die Computerunternehmen A und B bemühen sich beide darum, die Stadt S mit neuer Software und EDV-Dienstleistungen zu versorgen. Sie versuchen also beide, ihre Produkte abzusetzen und konkurrieren dabei um denselben Abnehmer (Anbieterwettbewerb).
- Der juristische Verlag V nimmt ein Lehrbuch in sein Programm auf, dessen Lektüre jedem Jurastudenten ein Sehr Gut im Staatsexamen garantiert. Das Buch kann aus technischen Gründen aber nicht kopiert werden und auch nur in insgesamt 10 Ausgaben hergestellt werden. Sämtliche Buchhändler Deutschlands wenden sich an V und versuchen, zumindest ein Exemplar zu bekommen. Die Buchhändler stehen miteinander ebenfalls in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis (Nachfragerwettbewerb).

Erforderlich ist ein „*konkretes*“ Wettbewerbsverhältnis. Daran fehlt es beispielsweise, wenn zwei Unternehmen zwar dieselben Produkte auf derselben Wirtschaftsstufe anbieten, aber nicht um dieselben Kunden werben. Beispiel: Ein Bäckerladen in Greifswald steht mit einem Bäckerladen in

Konstanz nicht im Wettbewerb. Beide sind nämlich nicht auf demselben räumlichen Markt tätig.

## **II. Substitutionswettbewerb**

BGH vom 12.1.1972 (Statt Blumen ONKO-Kaffee), GRUR 1972, 553 ff. nimmt ein Konkurrenzverhältnis an, wenn Kunden gezielt mit einer Möglichkeit umworben werden, branchenverschiedene Waren zu substituieren.

## **III. Zukünftiger und potenzieller Wettbewerb**

Ein Wettbewerbsverhältnis besteht ebenso zu Unternehmen, die noch keine gleichartigen Leistungen anbieten, aber ihre Tätigkeit zukünftig aufnehmen werden. Ein solcher potenzieller Wettbewerb darf aber nicht leichthin unterstellt werden. Er setzt vielmehr voraus, dass die Konkurrenztätigkeit mehr oder weniger direkt bevorsteht. Die betreffende geschäftliche Handlung muss bereits durch eine gegenläufige Interessenlage zwischen den beteiligten Unternehmen beeinflusst worden sein. Die abstrakte Möglichkeit, mit dem anderen Unternehmen in Wettbewerb zu treten, reicht nicht aus. Insbesondere darf die gesetzliche Unterscheidung zwischen Mitbewerbern und sonstigen unternehmerischen Marktteilnehmern nicht dadurch hinfällig gemacht werden, dass man den Hersteller oder Lieferanten automatisch als potenziellen Konkurrenten des Händlers oder Abnehmers ansieht.

Die Gerichte haben dagegen die Annahme eines potenziellen Wettbewerbs früher an so geringe Hürden geknüpft, dass diese kaum noch erkennbar waren. BGH vom 16.11.1954 (Holländische Obstbäume), GRUR 1955, 342, 344; BGH vom 4.4.1984 (Charterfluggesellschaften), GRUR 1984, 823; BGH vom 4.2.1993 (Maschinenbeseitigung), WRP 1993, 396, 397. Das ist für das heutige Recht abzulehnen, weil es den sonstigen unternehmerischen Marktteilnehmer zum Mitbewerber machen und damit die gesetzliche Trennung zwischen Mitbewerber und sonstigen Marktteilnehmern abschaffen würde.

## **IV. Problematisch: Stufenwettbewerb**

Die Rechtsprechung zum UWG 1909 hat zu der Überlegung gefunden, dass ein Wettbewerbsverhältnis grundsätzlich gegenüber allen besteht, die durch das fragliche Verhalten beeinträchtigt beziehungsweise im Absatz behindert oder gestört werden können. Dieser Ansatz hat es den Gerichten ermöglicht, ein konkretes Wettbewerbsverhältnis auch zwischen Gewerbetreibenden verschiedener Wirtschafts- oder Handelsstufen anzuerkennen.

BGH vom 30.10.1956 (Underberg), GRUR 1957, 342, 347 hat allgemein formuliert, dass auch zwischen Gewerbetreibenden verschiedener Wirtschaftsstufen ein Wettbewerbsverhältnis bestehen könne. So seien nämlich die Kunden eines Gastwirts mittelbar auch Abnehmer der Hersteller von Spirituosen und der Absatz der Spirituosenfabrikanten könne durch wettbewerbswidrige Handlungen des Gastwirts beeinträchtigt werden. Im Streitfall hatte sich ein Gastwirt negativ über die Produkte seines Lieferanten, eines Spirituosenherstellers, geäußert.

Nach UWG 2004 betrifft der Sachverhalt in meinen Augen keinen Mitbewerberschutz. Er ist nicht anhand der § 4 Nr. 1, Nr. 2 UWG, sondern anhand von § 3 Abs. 1 UWG zu beurteilen. Der Gastwirt und der ihn beliefernde Spirituosenhersteller beziehungsweise unternehmerischer Abnehmer und unternehmerischer Lieferant sitzen im gleichen Boot. Aufgrund der Veränderungen durch das UWG 2004 sollte ein Wettbewerbsverhältnis in solchen Fällen abgelehnt werden. Unternehmerische Lieferanten und Abnehmer haben gleichgerichtete Interessen und sind daher keine Mitbewerber (a.A. h.M.). Sie sind beide gleichermaßen am geschäftlichen Erfolg des gelieferten Produkt interessiert.

## **V. Rufausbeutung, Rufbeeinträchtigung**

Ob sich Rufausbeutungen oder Rufbeeinträchtigungen gegen einen Mitbewerber richten, ist im Einzelfall zu entscheiden.

Die Rechtsprechung zum UWG 1909 hat in solchen Fällen – aufgrund des von ihr favorisierten weiten Mitbewerberbegriffs – stets ein Wettbewerbsverhältnis bejaht. BGH vom 9.10.1959 (Bambi), GRUR 1960, 144, 146 nahm ein Wettbewerbsverhältnis schon dann an, wenn sich die wirtschaftliche Ausnutzung eines Urheberrechts durch Vergabe von Lizenzen einerseits und der Vertrieb von Waren andererseits gegenseitig behindern. BGH vom 4.6.1987 (Ein Champagner unter den Mineralwässern), GRUR 1988, 453, 454 dehnte das Wettbewerbsverhältnis auf Fälle aus, in denen sich die einschlägigen Produkte nicht einmal gegenseitig behindern, sondern nur „in irgendeiner Weise“ Wettbewerb zwischen den Betroffenen besteht. BGH vom 9.12.1982 (Rolls-Royce), BGHZ 89, 90 ff.; BGH vom 29.11.1984 (Dimple), BGHZ 93, 96 ff. haben bei Rufausbeutungen ein Wettbewerbsverhältnis angenommen, wenn sich beide Parteien mit dem gleichen Angebot an die Werbung treibende Wirtschaft wenden oder die wirtschaftliche Verwertung des Rufs auch seitens seines Inhabers möglich ist.

## **C. Materiell-rechtlicher Maßstab, gezieltes Behindern**

### **I. Überblick zu § 4 Nr. 4 UWG**

Nach § 4 Nr. 4 UWG handelt wettbewerbswidrig, wer „*Mitbewerber gezielt behindert*“. Die Vorschrift ist eine „kleine Generalklausel“ zur Beurteilung von Wettbewerbsverstößen gegenüber Mitbewerbern. Sie ermöglicht es, alle unzulässigen Beeinträchtigungen von Mitbewerberinteressen zu erfassen, die der Gesetzgeber nicht in einem speziellen Tatbestand geregelt hat.

„*Behindern*“ beschreibt eine im Wettbewerbsrecht seit langem etablierte Kategorie. In seiner heutigen Verwendung besagt der Begriff lediglich, dass Handlungen eines Unternehmers zulasten seines Mitbewerbers gehen können. Daraus ergibt sich aber nicht, ob und warum eine Handlung unzulässig sein soll. Es wäre daher problematisch, wenn sich Urteile zur Begründung der Wettbewerbswidrigkeit auf das Feststellen einer „Behinderung“ beschränken würden. Wenn der Anbieter A die Preise senkt, dann „behindert“ er den Anbieter B, der seine eigenen Preise nicht senken möchte und befürchten muss, aufgrund der Preissenkungen des A Kunden an den A zu verlieren. Ein solches „Behindern“ des B ist gerade etwas, was die Marktwirtschaft erreichen will.

Das Behindern ist deshalb nur unzulässig, wenn es „*gezielt*“ erfolgt. Das Tatbestandsmerkmal soll klarstellen, dass Behinderungen von Mitbewerbern, die eine bloße wettbewerbsimmanente Folge sind, nicht wettbewerbswidrig sind. Ob das Behindern gezielt ist, ist im Rahmen einer wettbewerbsfunktionalen Abwägung zu beurteilen.

### **II. Abwägungskriterien**

#### *1. Ausgangspunkt: Kein Schutz vor Konkurrenz*

Bei der Bestimmung und Gewichtung der Interessen von Mitbewerbern ist besondere Vorsicht geboten. Der Schutzzweck kann leicht in einen Schutz vor Konkurrenz umschlagen, den es in einem Wettbewerbssystem gerade nicht geben darf. Der einzelne Unternehmer darf beispielsweise kein Recht auf Erhalt seiner Wettbewerbsstellung oder seines Kundenstamms haben. Beide müssen immer wieder aufs Neue erkämpft und verteidigt werden. Gezieltheit/Unlauterkeit setzt Folgen voraus, die über den normalen Verdrängungsprozess wetteifernden Verhaltens hinausgehen.

Dieses zusätzliche Moment ist besonders wichtig. Wenn man den Unternehmer vor wettbewerbsimmanenten Behinderungen sichern würde, dann würde er vor Konkurrenz an sich geschützt, was der Wettbewerbsidee widerspricht. Die Rechtsprechung erliegt dieser Gefahr manchmal, aber nicht immer.

Richtig entschieden ist zum Beispiel BGH vom 7.7.1976 (Arztpraxismiete), GRUR 1977, 36 ff.: Ein Arzt muss das Eröffnen einer fachgleichen Praxis durch einen Konkurrenten im gleichen Haus dulden, auch wenn er dies als „standeswidrig“ empfinden oder darin tatsächlich ein Verstoß gegen berufständische Übungen liegen mag. Der Arzt wird dadurch nicht unzumutbar getroffen. Er wird zum einen durch das Mietrecht geschützt. Sein Vermieter muss zum Beispiel auf seine Interessen Rücksicht nehmen und darf nicht auch an einen Konkurrenten des Arztes vermieten. Zum anderen darf nach BGH aaO. nicht unterschätzt werden, dass es für den Erfolg, den ein Arzt bei seinen Patienten hat, weniger auf die örtliche Lage der Praxis, sondern vielmehr auf die Persönlichkeit des Arztes und auf sein fachliches Können ankommt.

## *2. Wettbewerbliche Angriffsrisiken und Abwehrmöglichkeiten*

Die Zulässigkeit von geschäftlichen Handlungen gegenüber dem Mitbewerber beurteilt sich maßgeblich danach, welche geschäftlichen Risiken die betreffende Handlung für den Angreifer mit sich bringt und in welchem Maß sich der Mitbewerber seinerseits durch geschäftliche Maßnahmen wehren kann. Ein gezieltes Behindern ist umso eher anzunehmen, je weniger sich der Angreifer durch sein Verhalten selbst geschäftlichen Risiken aussetzt und je stärker dem betroffenen Mitbewerber die Möglichkeit genommen wird, sich durch geschäftlichen Wettbewerb zu wehren.

So erklärt sich, warum zum Beispiel eine klassische Preisunterbietung unproblematischerweise zulässig ist. Wenn der Unternehmer den Mitbewerber preislich unterbietet und damit attackiert, geht er erhebliche Risiken ein. Er macht dann pro Einzelgeschäft einen geringeren Profit als vorher und ist zwingend darauf angewiesen, zusätzliche Kunden zu gewinnen. Gelingt ihm dies nicht, so schädigt er sich durch seinen geschäftlichen Vorstoß selbst. Außerdem läuft er Gefahr, dass der Mitbewerber „dagegenhält“ und seinerseits die Preise senkt. Es ist dem Mitbewerber nämlich ohne Weiteres möglich, sich gegen einen solchen Angriff mit wettbewerblichen Mitteln zu wehren und sozusagen mit gleicher Münze „zurückzuzahlen“. Solche

Konstellationen sind gerade die Ausprägung eines funktionierenden Wettbewerbs.

Das Wettbewerbsrecht ist aber gefordert, wenn der Unternehmer Angriffsmittel wählt, die für ihn als Angreifer keine geschäftlichen Risiken bringen, den Mitbewerber aber gleichwohl empfindlich treffen können. Ebenso gibt es Angriffe, gegen die sich der attackierte Mitbewerber nicht durch wettbewerbliche Reaktionen wehren kann. Ein drastischer Anwendungsfall sind öffentliche Äußerungen, die die Kreditwürdigkeit des Mitbewerbers in Zweifel ziehen. Da Kreditgeber typischerweise prophylaktisch reagieren und sich im Zweifel auf die „sichere Seite“ begeben, können solche Äußerungen im Extremfall selbst die finanzielle Schieflage herbeiführen, vor der sie öffentlich warnen. Der Äußernde geht in einem solchen Fall keine geschäftlichen Risiken ein und wird voraussichtlich neue Kunden gewinnen, die sich aus Gründen der Vorsicht vom Mitbewerber abwenden. Zugleich ist es dem Mitbewerber nicht möglich, sich gegenüber diesem öffentlichen Angriff durch geschäftliche Initiativen zu wehren. Insbesondere sind öffentliche Beteuerungen von Unternehmen, finanziell gesund zu sein, häufig kontraproduktiv. Solche öffentlichen Debatten schaden dem angegriffenen Unternehmen und lassen ihm keine Möglichkeit, die Unrichtigkeit der gemachten Anschuldigungen zu beweisen. Das Wettbewerbsrecht misst solche Handlungen daher an besonders scharfen Maßstäben. Es verbietet Anschwäzungen bereits dann, wenn der Äußernde die Richtigkeit seiner Äußerungen nicht beweisen kann, § 4 Nr. 2 UWG. Darüber hinaus sind im Extremfall sogar wahrheitsgemäße öffentliche Äußerungen über den Mitbewerber unzulässig.

### *3. Keine subjektiven Kriterien*

Das Erfordernis „gezielten“ Behindertens umschreibt nach der hier vertretenen Ansicht keine subjektiven Anforderungen. Subjektive Kriterien sind für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung unternehmerischer Handlungen ein untauglicher Maßstab. Jedes Unternehmen muss sein Handeln wettbewerbsstrategisch ausrichten können. Dies schließt zwingend die Variante einer bewusst gegen den Mitbewerber gerichteten Angriffspolitik mit ein. Geschäftliches Verhalten kann nicht dadurch wettbewerbswidrig sein, dass es auf einem Plan, auf bewusster Vorgehensweise oder auf Absicht basiert. Umgekehrt müssen die Mitbewerber und der Wettbewerb grundsätzlich auch vor Beeinträchtigungen geschützt werden können, die der handelnde Unternehmer nicht beabsichtigt oder bezweckt hat.

§ 4 Nr. 4 UWG darf daher nicht so verstanden werden, dass die Vorschrift eine irgendwie geartete Absicht oder Vorsatz verlangt. Dem Gesetzgeber ist mit der

Wendung „gezielt“ keine glückliche Formulierung gelungen. Die fragliche Bezeichnung ist kein Ausdruck einer auf subjektive Anforderungen ausgerichteten gesetzlichen Konzeption, sondern ein schlichter „Unfall“. Die Formulierung will keine subjektiven Voraussetzungen umschreiben, sondern lediglich wettbewerbskonforme Beeinträchtigungen aus dem Behinderungstatbestand ausklammern, BGH vom 11.1.2007 (Außendienstmitarbeiter), BGHZ 171, 73, 81 f. Rn. 22.

Die h.M. sieht die Dinge zum Teil anders, ist aber in sich zerstritten und in Auflösung begriffen. BGH vom 11.1.2007 (Außendienstmitarbeiter), BGHZ 171, 73, 82 Rn. 22 hat subjektive Kriterien zu Recht als grundsätzlich irrelevant angesehen.

#### **D. Unternehmerische Entscheidungsfreiheit**

Das Interesse, die geschäftliche Linie eigenverantwortlich zu bestimmen, steht an der Spitze der wettbewerbslich relevanten Unternehmensinteressen. Der Unternehmer muss die Folgen seiner geschäftlichen Entscheidungen im Guten wie im Schlechten treffen, daher muss er auch frei entscheiden können, wie er unternehmerisch vorgeht. Ebenso wie der Verbraucher seine Entscheidung ohne sachwidrige Beeinflussung treffen können muss, um seiner Schiedsrichterfunktion gerecht zu werden, muss es auch dem Unternehmer rechtlich garantiert sein, sein geschäftliches Vorgehen in eigener Verantwortung zu bestimmen. Funktionierender Wettbewerb setzt eine solche Freiheit des Unternehmers zwingend voraus. Konkurrenz stellt sich nur ein, wenn die Unternehmen ihr eigenes geschäftliches Ziel und nicht das des Mitbewerbers verfolgen. Wenn Konkurrenten ihr unternehmerisches Vorgehen nicht mehr gegeneinander richten, sondern – aus welchem Grunde auch immer – „gemeinsame Sache“ machen, dann schaltet dies typischerweise den Wettbewerb aus.

Der klassische Fall einer unzulässigen Verletzung der Entscheidungsfreiheit ist die Nötigung des Unternehmers durch den Mitbewerber. Wer zum Messer greift, um den Konkurrenten zu einer veränderten Geschäftspolitik zu bewegen, handelt ebenso wettbewerbswidrig wie der Verkäufer, der die Kunden mit Gewalt zum Geschäftsabschluss motiviert. **§ 4 Nr. 4 UWG** greift ein, wenn die infrage stehende Zwangswirkung einen wettbewerbswidrigen Charakter hat oder aus sonstigen Gründen rechtlich nicht hinzunehmen ist.

Dagegen sind namentlich alle Formen von „wettbewerbskonformen Zwang“ zulässig. Zwangswirkungen, wie sie etwa durch Preissenkungen seitens des

Konkurrenten entstehen, sind ausdrücklich erwünscht und werden von der Marktwirtschaft geradezu vorausgesetzt. Wettbewerb kann sich nur einstellen, wenn die Beteiligten unter Handlungsdruck geraten und zum Beispiel durch geschäftliche Vorstöße des Mitbewerbers zu Verbesserungen des eigenen Angebots gezwungen sind. Der Unternehmer soll den Mitbewerber durch seine Geschäftspolitik bedrohen und geschäftliche Vorteile suchen, so dass der Konkurrent um seinen Marktanteil und seine Kundschaft fürchten muss. Bedrohungen des Unternehmers, die auf einer Einschaltung der Marktgegenseite und darauf beruhen, dass der Mitbewerber der Kundschaft attraktivere Angebote macht, sind in höchstem Maße wettbewerbskonform.

## § 8: Schutz vor Ausschluss vom Wettbewerb

In manchen Fällen wird der Unternehmer daran gehindert, seine Entscheidung faktisch umzusetzen, und auf diese Weise vom Wettbewerb ausgeschlossen. Als Rechtsgrundlage ist zumeist **§ 4 Nr. 4 UWG** einschlägig.

### A. Innerbetriebliche Arbeitsfähigkeit

Es muss verboten sein, die betriebliche Arbeitsfähigkeit zu stören, zum Beispiel indem die Produktionsmöglichkeiten des Mitbewerbers sabotiert werden. Konkurrenz um die Abnehmer und die Verbraucher würde gar nicht entstehen, wenn – wie bei den Zünften – beispielsweise bereits das Anfertigen von Konkurrenzprodukten unterbunden werden könnte. Der Unternehmer muss alle Maßnahmen, die notwendig sind, um überhaupt am Wettbewerb teilzunehmen, effizient und eigenverantwortlich umsetzen können.

Die innerbetriebliche Arbeitsfähigkeit des Unternehmens verdient uneingeschränkter wettbewerbsrechtlicher Schutz. Andernfalls hätte es die Konkurrenz beliebig in der Hand, einen Mitbewerber durch physischen oder psychischen Zwang auszuschalten und dazu im Extremfall beispielsweise Produktionsanlagen zu zerstören oder Mitarbeiter zu vergiften oder zu bedrohen. Ein praktisch denkbarer Extremfall wäre die Infizierung der Betriebs-EDV mit einem Computervirus, der das Unternehmen arbeitsunfähig macht.

Ein wichtiger Anwendungsfall ist das Abwerben von Mitarbeitern. Es muss grundsätzlich zulässig sein. Kein Unternehmen kann einen Anspruch auf den Erhalt seines Mitarbeiterstamms haben. Ebenso muss es den Mitarbeitern möglich sein, den Betrieb zum Beispiel wegen besserer Bezahlung oder günstigerer beruflicher Möglichkeiten zu wechseln. Erst recht muss die berufliche Neuorientierung für solche Mitarbeiter offenstehen, die ordnungsgemäß gekündigt haben oder gar gekündigt wurden und an deren weiterer Tätigkeit der frühere Arbeitgeber ursprünglich kein Interesse zeigte. Eine genaue Trennlinie zwischen dem Abwerben ungekündigter und dem Einstellen gekündigter Arbeitnehmer lässt sich freilich nicht ziehen. Nach den hier vorgeschlagenen Maßstäben ist die Abgrenzung aber auch entbehrlich.

Rechtsprechung und h.M. halten das Abwerben unter anderem für wettbewerbswidrig, wenn darin ein Verleiten zum Vertragsbruch liegt. Richtigerweise dürfte damit aber nicht das maßgebliche Kriterium, sondern

nur ein besonders häufiger Begleitumstand wettbewerbswidriger Abwerbungen formuliert sein. Der betroffene Unternehmer kann nur unter strengen Voraussetzungen Schutz gegen das Abwerben von Mitarbeitern genießen.

Es steht ihm insbesondere frei, in gewissem Rahmen nachvertragliche Wettbewerbsverbote (siehe zum Beispiel §§ 74 ff. HGB) zu vereinbaren und die betroffenen Mitarbeiter dafür finanziell zu entschädigen. § 4 Nr. 4 UWG kann nicht dazu dienen, ihn von diesem Kostenaufwand und den entsprechenden Verhandlungsrisiken zu befreien. Weiterhin sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse aufgrund des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (siehe insbesondere **§ 4 Abs. 3 Satz 1 GeschGehG**) in vielen Fällen auch gegen die Verwertung nach Vertragsende geschützt.

### **I. Wirkung für den bisherigen Arbeitgeber**

Zum einen ist wichtig, wie stark der bisherige Arbeitgeber durch die Abwerbung getroffen wird. Je wichtiger der oder die umworbenen Mitarbeiter für das beschäftigende Unternehmen sind, umso stärker muss der Arbeitgeber die Möglichkeit haben, den oder die Mitarbeiter zum Beispiel durch veränderte Beschäftigungsbedingungen zu halten.

- In der Regel wird sich die Abwerbungsfrage im Zusammenhang mit Mitarbeitern in Schlüsselpositionen stellen. Sie kann aber auch auftauchen, wenn in großem Stil Mitarbeiter, im Extremfall eine ganze Abteilung, abgeworben werden.
- Die Anfälligkeit des betroffenen Unternehmens kann sich aus zwei Komponenten ergeben. Zum einen geht es um die Auswirkungen auf die eigene unternehmerische Tätigkeit, die im Extremfall zum Erliegen kommt. Zum anderen ist der Vorteil in Betracht zu ziehen, den der Abwerber aus seinem Verhalten zieht. Dieser Vorteil kann unmittelbar auf Kosten des Konkurrenten erzielt sein und ist besonders bedeutsam, wenn es sich um direkte Konkurrenten, möglicherweise sogar um die einzigen beiden Anbieter des entsprechenden Produkts handelt.

Im Einzelnen kann sich aus weiteren Umständen eine besondere Schutzwürdigkeit des Mitbewerbers ergeben.

BGH vom 17.3.1961 (Spritzgussmaschinen), GRUR 1961, 482 ff. hat Wettbewerbswidrigkeit angenommen: Zwei Unternehmen verhandeln über eine Zusammenarbeit bei der Herstellung von Spritzgussmaschinen. Das Klägerunternehmen stellt vertrauliche Informationen bereit, schließlich bricht die Beklagte die Verhandlungen ab. Die Beklagte versucht im Zusammenhang mit den Verhandlungen zeitgleich zwei Ingenieure der Klägerin abzuwerben, ohne die die Produktion der Klägerin zum Erliegen kommt. Die Entscheidung hat zu Recht hauptsächlich darauf abgestellt, dass Verhandlungen über die Gründung einer Arbeitsgemeinschaft regelmäßig die Gewährung von Einblicken in betriebsinterne Dinge erforderten, die Außenstehenden und erst recht nicht Mitbewerbern offenbart würden. Dies und die Schlüsselstellung der beiden Ingenieure machte die Klägerin in besonderem Maße schutzwürdig gegenüber Abwerbungsversuchen durch die Beklagte.

## II. Möglichkeit offenen Wettbewerbs

Das zweite und mit Abstand wichtigste Indiz für die Wettbewerbswidrigkeit des Abwerbens ist, ob die beteiligten Arbeitgeber „offen“ um die Arbeitskräfte konkurrieren können. Je ahnungsloser der betroffene Arbeitgeber ist und je mehr er plötzlich vor vollendete Tatsachen gestellt wird, umso eher kommt Wettbewerbswidrigkeit in Betracht.

Die „gemeinschaftliche Verschwörung“ des Abwerbenden und des Abgeworbenen zum Schaden des Unternehmers ist grundsätzlich unzulässig. Ebenso ist denkbar, dass der betroffene Unternehmer vor einer Kündigung zur Unzeit wettbewerbsrechtlichen Schutz genießen muss, wenn er aufgrund der zeitlichen Komponente in besonderer Weise erpressbar ist. Im Grundsatz muss es andererseits jedoch zulasten des Arbeitgebers gehen, wenn er im offenen Wettbewerb um Arbeitskräfte nicht mithalten kann.

BGH vom 19.11.1965 (Bau-Chemie), GRUR 1966, 263 ff. hat ein wettbewerbswidriges Abwerben abgelehnt: Der Beklagte, ein früherer Angestellter des Klägers, hatte sich selbstständig gemacht und daraufhin immer wieder einzelne, erprobte Mitarbeiter des Klägers abgeworben. Die Entscheidung betrifft eine Fülle von Einzelkonstellationen. In der Sache stellt sie darauf ab, ob die angewandten Mittel oder der erstrebte Zweck der Abwerbung sittlich zu missbilligen sind. Im Streitfall konnten Kläger und Beklagter „offen“ um die Arbeitskräfte konkurrieren und es waren weder die einzelnen Abwerbungen für sich noch das Gesamtverfahren des Beklagten angreifbar.

## B. Marktzugang

Das Wettbewerbsrecht muss weiterhin Praktiken verbieten, die dem Unternehmer den Zugang zum Markt versperren und ihn auf diese Weise vom Wettbewerb ausschließen. Bildhaft gesprochen wird der Unternehmer in solchen Fällen zwar nicht an der Produktion seiner Erzeugnisse, wohl aber daran gehindert, diese auf dem Markt anzubieten und abzusetzen.

Häufig soll der eigene Marktanteil zulasten des Konkurrenten gesteigert werden, indem dieser irgendwie vom Markt gedrängt wird. Der Unternehmer will wirtschaftlichen Erfolg nicht durch bessere oder preisgünstigere Produkte, sondern eben durch Ausschluss der Konkurrenz vom Markt erreichen. Solches Verhalten kann den Wettbewerb zerstören und muss unterbunden werden.

- Das Versperren des Marktzugangs ist die wahrscheinlich effektivste und damit in den Augen einer aggressiven Geschäftspolitik wohl auch die verlockendste Methode, unliebsame Konkurrenz auszuschließen. In früheren Zeiten wurden Anbieter, die nicht Mitglied der Zunft waren, unter Beschlagnahme ihrer Erzeugnisse verprügelt und aus der Stadt gejagt. Die heutigen Methoden, den Konkurrenten vom Markt fernzuhalten, sind weniger handfest und manchmal geradezu filigran, in ihren Wirkungen den früheren Praktiken aber häufig ebenbürtig. Die Grenze zwischen legitimem Verdrängungswettbewerb und verbotenem Behinderungsverhalten ist aber oftmals schwer zu ziehen. Manche Praktiken lassen freilich keinen Zweifel daran, dass sie als wettbewerbswidrig eingestuft werden müssen. Die Begründung dafür kann allerdings schwierig sein.
- Ein wunderschönes Beispiel einer Behinderung liefert OGH vom 25.1.1972 (Autobus-Linienverkehr), ÖBl. 1972, 91: Ein Autobusunternehmer fährt die Haltestellen eines Konkurrenten regelmäßig kurz vor der fahrplanmäßigen Abfahrt des Autobusses dieses Mitbewerbers mit seinem eigenen Bus an und nimmt die dort wartenden Fahrgäste auf.

Der Konkurrent hat hier keine Chance, noch Fahrgäste mitzunehmen, ohne dass dies auf mangelnde Konkurrenzfähigkeit zurückzuführen ist. In einem solchen „Wettbewerb“ bekämpfen sich die Konkurrenten, ohne dass sich die bessere Leistung durchsetzt und der Wettbewerb auf diese

Weise zu besseren, umfangreicheren oder preisgünstigeren Angeboten führt. Das Verhalten führt schließlich auch zu negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb, nämlich dazu, dass Fahrplanzeiten nicht eingehalten werden.

Ein Unternehmen kann unter anderem vom Markt ausgeschlossen werden, indem ihm der Kontakt nach außen verbaut wird. Es geht dabei um Störungen der Kommunikation zwischen Unternehmen und Kunden. Solche Störungen können einmal Maßnahmen betreffen, mit denen das Unternehmen den Kunden erreichen will, und zum Beispiel die unternehmerische Werbung ins Leere laufen lassen. Sie können aber auch die Erreichbarkeit des Unternehmens für den Kunden mehr oder weniger abschneiden, also den Kunden an der Kontaktaufnahme hindern. Im äußersten Fall blockiert der Konkurrent die Telefon- und Internetanschlüsse des Mitbewerbers und sperrt ihn so vom Wettbewerb aus.

### **Fall: Mitwohnzentrale.de**

Der Gewerbetreibende M vermittelt Mitwohnmöglichkeiten. Er lässt für sich die Internet-Domain „Mitwohnzentrale.de“ registrieren. Es ist zu erwarten, dass sehr viele Interessenten, die über das Internet nach einer Mitwohnmöglichkeit suchen, auf diese Weise bei M landen werden. Der Konkurrent K ist empört. Es könne doch nicht zulässig sein, dass M auf solche Weise Kundenströme kanalisiert und so die Mitbewerber letztlich vom Wettbewerb ausschliesse. Aus technischen Gründen kann jede Internet-Domain nur ein einziges Mal vergeben werden. Die Vergabestelle verfährt dabei nach dem Prioritätsprinzip. Wird K dadurch, dass M die Domain nutzt, gezielt behindert im Sinne von § 4 Nr. 4 UWG?

**Hinweis:** OLG Hamburg vom 13.7.1999 (Mitwohnzentrale.de), CR 1999, 779 ff.; BGH vom 17.5.2001 (Mitwohnzentrale.de), BGHZ 148, 1 ff.; *Beater JZ* 2002, 275 ff.

### **Lösung:**

#### **Verstoß gegen §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG (-)**

##### **1. Geschäftliche Handlung, § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG (+)**

In dem Erwerb und der geschäftlichen Nutzung der Domain liegt eine geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG.

##### **2. Gezielte Behinderung, §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG (-)**

###### **a. Mitbewerber, § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG (+)**

Das konkrete Wettbewerbsverhältnis folgt daraus, dass M und K „Dienstleistungen gleicher Art auf demselben Markt“ vertreiben, § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG.

###### **b. Behinderung (+)**

Marktzugangsbehindernde Wirkung beziehungsweise „Kanalisation“ von Kundenströmen, Zugang zum Kunden.

###### **c. Gezielt, Unlauterkeit (-)**

Keine subjektiven Anforderungen.

Der Verdrängungseffekt geht über eine wettbewerbseigene Verdrängungswirkung hinaus. OLG Hamburg vom 13.7.1999 (Mitwohnzentrale.de), CR 1999, 779, 780 hat den Erwerb derartiger Domains als unlauter angesehen und dabei die Interessen der Mitbewerber in den Vordergrund gestellt. Es argumentierte mit der

Gefahr einer erheblichen Kanalisation von Kundenströmen, da so der Teil der Interessenten abgefangen werde, der durch die Eingabe eines Gattungsbegriffs als Internet-Adresse nach Angeboten suche. Dies läuft letztlich auf die Annahme hinaus, dass die Vergabe von Gattungsbegriffen als Domain die Möglichkeiten der übrigen Anbieter, über das Internet Zugang zu möglichen Kunden zu bekommen, erheblich beschränkt.

BGH vom 17.5.2001 (Mitwohnzentrale.de), BGHZ 148, 1, 6 ff. hat die mögliche Versperrung des Marktzugangs als nicht ausschlaggebend angesehen und eine Anwendung von § 1 UWG 1909 mit einleuchtenden Überlegungen abgelehnt. Die Entscheidung setzt dabei die Interessen des Domain-Eigners und der Verbraucherschaft über die der Mitbewerber.

- Der Erwerb und die Nutzung der Domain liegen im Interesse der Verbraucher daran, durch die Eingabe einer solchen Internet-Adresse in besonders einfacher Weise zu Anbietern der gewünschten Leistung gelangen zu können. Würde man dagegen die fragliche Domain gar nicht vergeben, um eine Monopolisierung beziehungsweise ein Lenken von Kundenströmen auszuschließen, so würde den Internet-Nutzern diese Möglichkeit der besonders einfachen Suche entzogen werden und ihnen nur der oftmals als beschwerlich empfundene Rückgriff auf Suchmaschinen übrig bleiben. Zugleich geht das Gericht davon aus, dass die Kundschaft in der Regel den Umgang mit Suchmaschinen beherrscht und dass der Verbraucher, der den Einsatz von Suchmaschinen als lästig empfindet und direkt einen Gattungsbegriff als Internet-Adresse eingibt, sich über die Nachteile dieser Suchmethode im Klaren ist.
- Es ist nicht wettbewerbswidrig, wenn der Beklagte aufgrund des Prioritätsprinzips, das ein Gerechtigkeitsprinzip sei, eine Domain erwerbe, die nur einmal vergeben werden könne.
- Wenn eine Internet-Domain aus technischen Gründen nur an einen einzigen Anbieter vergeben werden kann, dann ist es besser, die sich daraus ergebenden geschäftlichen Möglichkeiten zu monopolisieren, als dem Verbraucher besonders einfache und geschätzte Informationsmöglichkeiten zu nehmen.

*Methodischer Hinweis: Im Streitfall sind im Rahmen der Abwägung auch Verbraucherinteressen zu berücksichtigen. Aus § 4 Nr. 4 UWG allein ergibt sich dies nicht, wohl aber aus §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG. Man kann daraus unterschiedliche Folgen für den Prüfungsaufbau ziehen. Köhler/Alexander berücksichtigen die Verbraucherinteressen bereits bei der Prüfung des Merkmals „gezielt“. Meine Lösung läuft auf dasselbe hinaus, überschreibt den Prüfungspunkt aber mit „Gezielt, Unlauterkeit“.*

## § 9: Schutz vor Innovationsstörungen

Unternehmen haben ein berechtigtes Interesse an einem Schutz vor Praktiken, die ihnen geschäftliche Innovationen unzulässig erschweren oder sogar unmöglich machen. Dieses Interesse betrifft ein zentrales Element und die besondere Stärke der Marktwirtschaft, nämlich die Fortschrittsfunktion des Wettbewerbs. Unternehmen müssen und sollen nach Neuerungen streben, insbesondere Marktlücken besetzen und damit bislang nicht bediente Nachfragerinteressen decken. So werden aus Sicht der Allgemeinheit das Angebot an eine sich wandelnde Nachfrage angepasst und Fortschritte aller Art ermöglicht.

### A. Produktnachahmung

#### I. Allgemeines, Sondergesetze

Ein Unternehmer, der neuartige Produkte auf den Markt bringt, kann dadurch besondere Profitmöglichkeiten erlangen. Wenn er die Konkurrenz durch ein neuartiges Produkt überrascht, dann kann er Wettbewerbsvorteile gegenüber den Mitbewerbern erlangen, weil diese seinem Produkt – jedenfalls zunächst – kein Konkurrenzangebot entgegensetzen können. Der Erstanbieter hat daher für eine gewisse Zeitdauer ein natürliches Monopol. Er hat gleichwohl nur dann einen Anreiz zu Innovationen, wenn er auch die Aussicht hat, seine – meist hohen – Kosten für die Entwicklung und die Markteinführung des Produkts zu amortisieren. Das natürliche Monopol allein stellt dies nicht unbedingt sicher, insbesondere wenn das neuartige Produkt von den Mitbewerbern problemlos kopiert werden könnte oder dürfte.

Die rechtliche Beurteilung von Produktnachahmungen ist gleichwohl schwierig, weil hier unterschiedliche wettbewerbsrechtliche Schutzinteressen völlig ungebremst miteinander in Konflikt geraten. Die Wirkungen von Nachahmungsfreiheiten und Nachahmungsverboten auf den Wettbewerb sind nämlich in höchstem Maße ambivalent:

Sind Nachahmungen verboten, so gibt dies einerseits einen Anreiz zu Innovation. Das Verbot schafft jedoch andererseits eine Monopolstellung und schließt die Mitbewerber partiell vom Wettbewerb aus.

Sind Nachahmungen erlaubt, so nimmt dies den geschäftlichen Anreiz, Neues zu entwickeln und zu wagen. Es führt aber zugleich zu Preiskonkurrenz, weil die Mitbewerber das neue Produkt nachahmen dürfen und dadurch Kosten sparen und folglich zu niedrigeren Preisen anbieten können.

Der Schutz vor Nachahmungen ist in unterschiedlichen Gesetzen und wenig homogen geregelt. Für den Schwerpunkt ist vor allem das **UrhG** relevant, in bestimmten Konstellationen auch das **MarkenG**. Daneben kann auch das Wettbewerbsrecht vor Nachahmungen schützen, nämlich nach den **§§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 3, Nr. 4 UWG**. Dabei stellt sich freilich das Problem, spezialgesetzliche Anforderungen und Wertungen einerseits sowie den auf das UWG gestützten Schutz andererseits aufeinander abzustimmen. Darf das UWG beispielsweise Dinge schützen, denen das UrhG gerade keine Schutzfähigkeit beziehungsweise keinen Werkcharakter zuspricht?

*In Nachahmungsfällen können in der Klausur insbesondere das Urheberrecht und das Wettbewerbsrecht zu prüfen sein (wurde von Ihren Vorgängern bislang stets übersehen). Dann müssen Sie zunächst das UrhG prüfen, weil es das speziellere Gesetz ist. Wenn und soweit das UrhG eingreift, findet das UWG aus Subsidiaritätsgründen keine Anwendung. Die Gerichte sprechen das UWG dann überhaupt nicht mehr an. So sollten Sie in der Klausur auch verfahren. Soweit das UrhG dagegen nicht eingreift, zum Beispiel weil es an den Werkvoraussetzungen mangelt oder weil Schutzaspekte infrage stehen, die das UrhG gar nicht regelt, ist das UWG zu prüfen.*

## **II. §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 3, Nr. 4 UWG**

Die Ausgangsfrage muss sein, ob es neben den Sondervorschriften überhaupt noch eines ergänzenden Schutzes bedarf und aus welchen Gründen sich dieser gegebenenfalls rechtfertigt. Grundsätzlich verlangt das Prinzip der Gewerbefreiheit nach Nachahmungsfreiheit.

Jede Leistung des Einzelnen basiert auf den Leistungen seiner Vorgänger, BGH vom 13.10.1965 (Apfel-Madonna), BGHZ 44, 288 ff. Gleichwohl wird Nachahmungsfreiheit von Gerichten nur solange für richtig befunden, wie niemand von ihr Gebrauch macht. Der Grund dafür sind ethische Axiome. Die menschliche Natur empfindet Nachahmen als Diebstahl oder zumindest als unfaires Trittbrettfahren. So sehr man sich über die prinzipiellen Vorteile von Nachahmungsfreiheit einig glaubt, so wenig lässt man sie im konkreten Einzelfall ins Gewicht fallen.

### 1. Herkunftstäuschung, § 4 Nr. 3a UWG

Nachahmungen sind unlauter, wenn sie „über die betriebliche Herkunft“ täuschen, **§ 4 Nr. 3a UWG**. An der Berechtigung dieser Regelung gibt es keinen Zweifel. Sie verbietet nicht das Nachahmen als solches, sondern nur Täuschungen über die Herkunft eines Produkts. Der Wettbewerb funktioniert nicht richtig, wenn derartige Täuschungen erlaubt wären. Die Vorschrift untersagt aber nur Nachahmungen, die mit „vermeidbaren“ Täuschungen über die Herkunft verbunden sind. Nachahmungen, die unvermeidbare Herkunftstäuschungen auslösen, lässt die Vorschrift zu. Unvermeidbare Täuschungen gibt es freilich kaum. Es ist einem Mitbewerber – selbst wenn er das fremde Produkt identisch nachahmt – fast stets möglich, die abweichende Herkunft seines Produkts durch Warenzeichen, Verpackung oder auf sonstige Weise vom Originalerzeugnis zu unterscheiden.

Nach BGH vom 24.3.2005 (Handtuchklemmen), GRUR 2005, 600 ff. setzt § 4 Nr. 3a UWG unter anderem voraus, „dass das Erzeugnis bei den maßgeblichen Verkehrskreisen eine gewisse Bekanntheit erreicht hat, da eine Herkunftstäuschung in aller Regel bereits begrifflich nicht möglich ist, wenn dem Verkehr nicht bekannt ist, dass es ein Original gibt“.

Die Rechtsprechung zum UWG 1909 hat diese Form des Nachahmungsschutzes in vielen Entscheidungen hoffnungslos überdehnt und zu einem Leistungsschutz denaturiert, der auch jenseits von Herkunftstäuschungen sichert.

- Ein Beispiel ist BGH vom 19.6.1974 (Ovalpuderdose), WRP 1976, 370 ff. Im Streitfall war ein ausländisches Erzeugnis identisch nachgebildet worden, das in Deutschland gar nicht bekannt und auch nicht zu kaufen war. Plagiat und Original konnten also gar nicht miteinander verwechselt werden.
- BGH vom 2.7.1969 (Kunststoffzähne), GRUR 1969, 618 ff. hat über § 1 UWG 1909 Kunststoffzähne geschützt, deren besondere Qualität gerade darin lag, nicht als solche wahrgenommen zu werden. Herkunftsvorstellungen sollten und konnten sie also keinesfalls auslösen.

## 2. Ausnutzen oder Beeinträchtigen der Wertschätzung, § 4 Nr. 3b UWG

**§ 4 Nr. 3b UWG** untersagt Nachahmungen, die die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausnutzt oder beeinträchtigt. Ein zu großzügiges Verständnis von „unangemessen“ würde auf ein allgemeines Nachahmungsverbot hinauslaufen.

Soweit das Nachahmen unvermeidbar mit der Ausnutzung eines fremden Rufs verbunden ist, sollte es im Interesse der Nachahmungsfreiheit und unter Rückgriff auf die Wertung in § 4 Nr. 3a UWG zugelassen werden. Sonst würde das Wettbewerbsrecht ein zeitlich unbeschränktes Monopol für Waren schaffen, die eine entsprechende Wertschätzung genießen, obwohl zum Beispiel das UrhG und das PatG bewusst nur einen zeitlich befristeten Schutz vorsehen. Das UWG würde mit anderen Worten gegen die Wertungen dieser Gesetze verstoßen. Das Wettbewerbsrecht würde zugleich Nachahmungs- und Preiswettbewerb verhindern, was gerade nicht seine Aufgabe ist.

A.A. BGH vom 8.11.1984 (Tchibo/Rolux I), GRUR 1985, 876 ff. (krasses Fehlurteil).

## 3. Erschleichen, § 4 Nr. 3c UWG

**§ 4 Nr. 3c UWG** betrifft das Erschleichen.

Der Tatbestand hat in der Praxis wenig Bedeutung, weil die Rechtsprechung nämlich in vielen Fällen allgemein vor dem Nachahmen als solchem sichert. Darauf, ob die Nachahmung mit einem „Erschleichen“ verbunden war, kommt es dann gar nicht mehr an. Siehe BGH vom 27.1.1983 (Brombeer-Muster), GRUR 1983, 379 ff.

## 4. Gezieltes Behindern, § 4 Nr. 4 UWG

Es bleibt die Frage, ob das Wettbewerbsrecht auch über die in § 4 Nr. 3 UWG geregelten Konstellationen hinaus Nachahmungsschutz gewährt, also namentlich über die §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG.

### a. Allgemeines zur Rechtsprechung, wettbewerbliche Eigenart

Die Gerichte praktizieren einen solchen Schutz im Ergebnis, streiten dies zugleich aber ab. Die Rechtsprechung postuliert die prinzipielle Nachahmungsfreiheit, weicht aber in vielen Bereichen in Wirklichkeit davon ab. Die Richter haben aber Sorge, dies offen zuzugeben. Möglicherweise

fürchtet man, Schleusentore zu öffnen. Man greift deshalb nach dogmatischen Scheinformeln. Der grundlegende Taschenspielertrick liegt in der These, man sichere nicht vor Nachahmungen an sich, sondern nur vor Nachahmungen, die in unlauterer Art und Weise erfolgten. Im Ergebnis gewährt die Rechtsprechung aber häufig Schutz gegen das Nachahmen an sich und eben nicht nur gegen bestimmte Formen der Nachahmung. Sie beruft sich dazu wahllos auf alle Hilfsbegründungen, derer sie habhaft werden kann. Diese Inkonsequenz ist ihre größte Schwäche.

Die Rechtsprechung hat zum UWG 1909 ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der „wettbewerblichen Eigenart“ entwickelt, das sie auch im Rahmen der § 4 Nr. 3 a – c UWG heranzieht, obwohl es in diesen Vorschriften nicht vorgesehen ist. Hinter der Anforderung, die Schutzwürdigkeit eines nachgeahmten Produkts setze dessen wettbewerbliche Eigenart voraus, steckt kein einheitlicher Maßstab. Das „Erfordernis“ umschreibt ein diffuses Konglomerat von Einzelaspekten, die sich nicht klar fassen lassen und letztlich als dogmatisches Scheinargument dienen. In der Regel geht es dabei um die Verkehrsbekanntheit von Produkten oder deren Fähigkeit, aufgrund ihrer Optik Herkunftsvorstellungen auszulösen. Manchmal geht es auch nur schlicht um die Hochwertigkeit/Schutzwürdigkeit von Produkten. Das Erfordernis wird von der Rechtsprechung immer wieder mit wechselnden Inhalten gefüllt.

Das Kriterium der „wettbewerblichen Eigenart“ ist verfehlt und wird hier nicht weiter behandelt. Wer mehr dazu und zur Rechtsprechung lesen möchte: *Beater, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rdnr. 1935 ff.*

#### *b. „Schmarotzen“, Planmäßigkeit*

Nach früheren und noch immer nicht völlig überwundenen Vorstellungen sind Nachahmungen unlauter, die in schmarotzerischer Absicht oder planmäßig erfolgten. Da freilich jede Nachahmung vorsätzlich geschieht (sonst wäre sie kein Nachahmen), richtete sich dieser Ansatz gegen Nachahmungen an sich. Der Vorteil von Nachahmungen liegt gerade darin, dass der Nachahmer durch den Zugriff auf die fremde Leistung keine eigene mehr erbringen muss.

#### *c. Amortisation*

Ernster zu nehmen sind ökonomische Ansätze, die auch einzelne Urteile des BGH beeinflusst haben. Dabei spielt vor allem der Amortisationsgedanke eine Rolle. Ein Unternehmer, der ein neues Produkt entwickelt und auf den Markt bringt, soll genug Zeit haben, die Kosten zu amortisieren, die er für die

Entwicklung des neuen Produkts und für dessen Einführung auf dem Markt (Werbung, Aufbau eines Vertriebsnetzes etc.) tragen musste.

BGH vom 2.12.2004 (Klemmbausteine III), BGHZ 161, 204 ff. lässt sich auf den Amortisationsgedanken zurückführen, auch wenn die Entscheidung extrem zaghaft ist. Der Gedanke gebietet, das Nachahmen nach Ablauf einer bestimmte Zeitspanne, der Amortisationsfrist, zu erlauben. Genau dies hat die genannte Entscheidung getan.

#### *d. Wettbewerbsfolgen und Verhältnismäßigkeitskriterien*

Entscheidend ist eine Abwägung zwischen der Beschränkungswirkung des Nachahmungsverbots und den Folgen, die es für den Wettbewerb auslöst. Je stärker ein Nachahmungsverbot wettbewerbliche Freiheiten beschränkt, umso strengere Anforderungen sind an die Berechtigung dieses Verbots zu stellen.

Einen Schutz abstrakter Ideen gibt es nicht. Er würde durchweg auf Monopolisierung hinauslaufen und dürfte nach dem Recht jeden Landes verboten sein, dessen Wirtschaftssystem auf dem Marktprinzip aufbaut.

Ein derartiger Schutz würde grundsätzlich darauf hinauslaufen, Konkurrenzangebote unmöglich zu machen und so Wettbewerb zu verhindern. Aus diesem Grund sind die Sondergesetze bestrebt, nur die Elemente vor Nachahmung zu sichern, die zum Beispiel aus Sicht des Urheberrechts gerade den individuellen Gestaltungsgrad des Werks ausmachen.

Für das Wettbewerbsrecht versagte zum Beispiel BGH vom 20.9.1955 (Werbeidee), BGHZ 18, 175 ff. zu Recht den Schutz für eine bestimmte Art der Zeitschriftenwerbung, die zum laufenden Bezug der veröffentlichenden Zeitung anreizen sollte. Wenn der Unternehmer Marktlücken entdeckt, neue Absatzmärkte erschließt oder nicht mehr besetzte Marktnischen wieder ausfüllt, liegt darin kein Grund, ihn für schutzwürdig zu halten, BGH vom 17.12.1969 (Spritzgussengel), GRUR 1970, 244, 246. Vor Konkurrenz darf der Unternehmer nicht geschützt werden. Man wird sogar noch weiter gehen und einen wettbewerbsrechtlichen Schutz in solchen Konstellationen für kontraproduktiv halten müssen. Da neu erschlossene und expandierende Märkte typischerweise erhöhte Gewinnchancen mit sich bringen, wird gerade

der Markterschließer nachhaltig von den Möglichkeiten des neuen Betätigungsfelds profitieren.

Technisch oder „funktional“ bedingte Produktgestaltungen dürfen von der Konkurrenz übernommen werden. In der Regel darf der Mitbewerber aber nur das Prinzip nachahmen, muss ansonsten aber technisch nicht bedingte, zum Beispiel rein optische Übereinstimmungen vermeiden. Siehe unter anderem BGH vom 26.10.1962 (Rotaprint), GRUR 1963, 152 ff.

Gegebenenfalls kann auch eine optisch identische Nachahmung oder sogar unmittelbare Übernahme zulässig sein, wenn der Konkurrent ansonsten kein ähnlich wettbewerbsfähiges Produkt anbieten könnte. Siehe BGH vom 24.6.1966 (Saxophon), GRUR 1966, 617 ff.

Produktgestaltungen, die nicht „technisch“ oder „funktional“ bedingt sind, werden dagegen durch die wettbewerbsrechtliche Judikatur ungleich strenger geschützt. Sie dürfen nicht identisch nachgeahmt werden, sondern der Konkurrent muss Gestaltungsabstand halten. Der Unterschied erklärt sich daraus, dass die Übernahme technischer Elemente häufig sinnvoll sein wird und zu Preiskonkurrenz führt, während es für den ästhetischen Bereich zahlreiche Ausweichmöglichkeiten gibt.

Beispiel: Die „schöne“ Form einer Vase. BGH vom 9.12.1958 (Rosenthal-Vase), BGHZ 29, 62 ff.

Bei der unmittelbaren Übernahme wird das Produkt nicht nachgeschaffen, sondern unmittelbar übernommen, zum Beispiel kopiert oder nachgegossen. Der Nachahmer spart immensen Aufwand und kann in extremem Ausmaß besser stehen als der Originalanbieter. Siehe unter anderem BGH vom 21.11.1958 (Nelkenstecklinge), BGHZ 28, 387 ff.

Die Rechtsprechung hält unmittelbare Übernahmen in der Regel für wettbewerbswidrig und argumentiert mit deren besonderen Gefährlichkeit, BGH vom 30.10.1968 (Reprint), BGHZ 51, 41 ff. Daran ist richtig, dass unmittelbare Übernahmen häufig ein natürliches Monopol des Neuerers verhindern, weil die Konkurrenz sozusagen in Sekundenschnelle reagieren kann. Die Argumentation kann jedoch in einem Zirkelschluss enden: Wenn man Nachahmungen grundsätzlich zulässt, dann sollte man sie nicht verdammen, wenn sie ihre größten Früchte tragen.

Ein wichtiger Gesichtspunkt ist, ob der Erstanbieter die Möglichkeit hatte, seine Entwicklungskosten zu amortisieren, BGH vom 30.10.1968 (Reprint), BGHZ 51, 41 ff. Die unmittelbare Übernahme technisch bedingter Gestaltungsmerkmale kann allerdings erlaubt sein. Siehe BGH vom 24.6.1966 (Saxophon), GRUR 1966, 617 ff.

M.E. sind unmittelbare Übernahmen nur dann zu verbieten, wenn ihre Zulässigkeit den Bestand des Wettbewerbs gefährden würden, *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, Rdnr. 2304 ff. mwN. Ansonsten wird der Neuerer durch den Schutz des Betriebsgeheimnisses, das natürliche Monopol des Erstanbieters und die Sondergesetze hinreichend gesichert.

Die nachschaffende Übernahme kann dagegen eher zulässig sein, weil sie die Amortisationschancen des Originalanbieters weniger gefährdet. Sie wird angenommen, wenn die Übernahme/Nachahmung den Nachahmer selbst mit erheblichen Aufwand belastet, zum Beispiel weil er Holzmadonnen nicht kostensparend vervielfältigt, sondern aufwändig nachschneidet, BGH vom 13.10.1965 (Apfel-Madonna), BGHZ 44, 288, 297 f. Der Nachahmer kann dem Originalanbieter dann nicht im gleichen Maße Preiskonkurrenz machen, wie er das im Fall der unmittelbaren Übernahme könnte.

## **B. Geschäftsgeheimnisse**

### **I. Allgemeines**

Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen sichert unternehmerische Innovationsinteressen gegen eine der Urformen unlauteren Wettbewerbs. Er schützt einen geschäftlichen Schmelztiegel, der Innovationen und das Überraschen von Konkurrenten und damit letztlich den Wettbewerb überhaupt erst möglich macht. Der Unternehmer kann die Mitbewerber nur überraschen, wenn diese nichts von seinem Vorhaben wissen. Daher muss er Betriebsinterna rechtlich schützen können. Es geht um eine Grundvoraussetzung für Innovationen überhaupt. Geschäftliche Neuerungen und Vorstöße sind im Hinblick auf die Fortschritts- und Anpassungsfunktionen des Wettbewerbs unverzichtbar. Sie wären ihrer ökonomischen Attraktivität und ihres Sinns beraubt, wenn die Konkurrenten sofort Kontra geben könnten, weil ihnen die Pläne und das Vorhaben des Mitbewerbers bereits vorzeitig bekannt waren.

Der Geheimnisschutz ist im **GeschGehG** (= Beck, WettbR Nr. 19), das die RL 2016/943/EU über Geschäftsgeheimnisse in das deutsche Recht umsetzt, sehr detailliert geregelt (früher §§ 17 ff. UWG). Das GeschGehG ist in enger Anlehnung an die RL aufgebaut, enthält also zahlreiche Definitionen. Einen Überblick gibt *Alexander WRP* 2019, 673 ff.

## II. Geheimnisbegriff, § 2 Nr. 1 GeschGehG

Das „*Geschäftsgeheimnis*“ ist in **§ 2 Nr. 1 GeschGehG** gesetzlich definiert. Erforderlich ist eine Information, die

- geheim und daher von wirtschaftlichem Wert ist, **§ 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG**
- Gegenstand von angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch den rechtmäßigen Inhaber ist, **§ 2 Nr. 1 lit. b GeschGehG**
- und bei der ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht, **§ 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG**.

Ein Beispiel ist der Quellcode von Computerprogrammen. Eine Veränderung des Programms ist nur bei Kenntnis des Quellcodes möglich, der Quellcode selber ist aus dem Programm nicht ersichtlich.

## III. Erlaubte und verbotene Handlungen, §§ 3, 4 GeschGehG

§ 4 GeschGehG regelt die Frage, gegen welche Handlungen Geschäftsgeheimnisse geschützt werden, also Verletzungstatbestände. § 3 GeschGehG regelt, welche Handlungen erlaubt sind, also Erlaubnistatbestände.

Erlaubt ist unter anderem:

- eine eigenständige Entdeckung oder Schöpfung, § 3 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG,
- das sogenannte reverse engineering, **§ 3 Abs. 1 Nr. 2 GeschGehG**.

Anders früher RG vom 22.11.1935 (Stiefeleisenpresse), RGZ 149, 329 ff. Das Urteil wandte die §§ 17 ff. UWG 1909 in einem Streitfall an, als ein Konkurrent das Produkt des Mitbewerbers zerlegt und so in Erfahrung gebracht hatte, wie das Produkt konstruiert war. Dinge, die sich dem Fachmann durch ein bloßes Auseinandernehmen der Maschine erschließen, werden nicht als Geschäftsgeheimnis geschützt.

Verboten ist unter anderem:

- die unbefugte Aneignung oder unbefugtes Kopieren von Dokumenten, die der rechtmäßigen Kontrolle des Geheimnisinhabers unterliegen und das Geschäftsgeheimnis enthalten, **§ 4 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG**.

Beispiel: VW-Manager Lopez

- jedes sonstige Verhalten, das nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der anständigen Marktgepflogenheit entspricht, **§ 4 Abs. 1 Nr. 2 GeschGehG**.

Nach dieser Vorschrift ist insbesondere zu entscheiden, wenn Mitarbeiter den Arbeitgeber wechseln und ihr Wissen um dessen Geschäftsgeheimnisse „im Kopf“ zum neuen Arbeitgeber mitnehmen. Grundsätzlich muss ein früherer Mitarbeiter auf sein erworbenes Wissen zurückgreifen können, wenn man ihn nicht völlig an seine erste Stelle binden will. Ein Schumacherlehrling, der in Jüterbog ausgebildet hat, soll Geschäftsgeheimnisse in Treuenbrietzen ungehindert verwerten können, *Bericht der VI. Kommission zur Vorberathung des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs*, Verhdlg. RT, IX. Legislaturperiode, 4. Session, 1895/97, S. 1196, 1208.

#### **IV. Verhältnis zum UWG**

Der Schutz eines Geschäftsgeheimnisses durch das GeschGehG schließt einen parallelen oder ergänzenden Schutz durch das UWG nicht aus, auch wenn die genauen Einzelheiten derzeit noch nicht durchweg geklärt sind. Eine gemeinsame Anwendung liegt vor allem nahe, wenn über die Verletzung des Geschäftsgeheimnisses hinaus besondere zusätzliche Begleitumstände vorliegen, die außerhalb des GeschGehG liegen und die Unlauterkeit zumindest mitbegründen, *Alexander WRP* 2019, 673, 675. In Betracht kommt dies insbesondere beim Abwerben von Mitarbeitern, die Geschäftsgeheimnisse ihres bisherigen Arbeitgebers kennen.

Ein spezieller Anwendungsfall ist **§ 4 Nr. 3c UWG**. Danach ist das Nachahmen der Waren eines Mitbewerbers unlauter, wenn der Nachahmer „*die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen unredlich erlangt hat*“. Dies kann namentlich dann der Fall sein, wenn er die Kenntnisse unter Verletzung eines fremden Geschäftsgeheimnisses erlangt hat. Ob eine solche Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses vorliegt, ist im Wege der systematischen Auslegung nach §§ 3, 4 GeschGehG zu beurteilen, *Alexander WRP 2019, 673, 675*.

## **V. Klagerechte, §§ 6 ff. GeschGehG**

Die Ansprüche gegenüber Verletzungen von Betriebsgeheimnissen bestimmen sich nach den §§ 6 ff. GeschGehG. Anspruchsberechtigt ist stets nur der Inhaber (§ 2 Nr. 2 GeschGehG) des verletzten Geschäftsgeheimnisses.

Die §§ 6 ff. GeschGehG sind abschließend, so dass daneben grundsätzlich keine Ansprüche nach den §§ 8 ff. UWG bestehen können. Die Vorschriften des GeschGehG sind auch keine marktverhaltensregelnden Normen im Sinne von § 3a UWG.

GeschGehG und UWG können jedoch dann zusammentreffen, wenn beide Gesetze nebeneinander Anwendung finden, insbesondere wenn § 4 Nr. 3c UWG (siehe oben) verletzt wurde.

## **Fall: Tchibo/Rolox**

Die Ladenkette T bietet Kaffee und „Schnäppchen“ an. Im Rahmen ihrer zahlreichen Angebote offeriert sie für 50 € Armbanduhren, die den sehr bekannten Uhren der renommierten schweizerischen Exklusivherstellerin R äußerlich exakt nachgebildet sind. R bietet ihre Uhren ausschließlich über ausgesuchte Fachhändler zu Preisen von ca. 5.000 € an und hat die äußere Form der Uhren geschmacksmusterrechtlich schützen lassen. Die Schutzfrist ist inzwischen allerdings längst abgelaufen. Ist das Vorgehen der T zulässig?

**Hinweis:** BGH vom 8.11.1984 (Tchibo/Rolox I), GRUR 1985, 876 ff. Vorschriften des MarkenG sind nicht zu prüfen.

## **Lösung**

### **A. Herkunftstäuschung, §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 3a UWG (-)**

#### **I. Geschäftliche Handlung, § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG (+)**

Die T handelt zugunsten des eigenen Unternehmens im geschäftlichen Wettbewerb, um die von ihm angebotenen Uhren abzusetzen.

#### **II. Nachahmen von Waren eines Mitbewerbers (+)**

T ahmte Waren nach, nämlich Armbanduhren. Fraglich ist aber, ob T und R überhaupt „Mitbewerber“ im Sinne von **§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG** sind. Das wiederum setzt voraus, dass zwischen ihnen ein „Wettbewerbsverhältnis“ besteht.

Das Kriterium, ob T und R „Waren gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt“ vertreiben (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG), hilft nicht weiter. Die Uhren sehen gleich aus, aber sind sie wirklich vergleichbar? Die Uhren von R sind ein Prestigeobjekt, die von T ein Juxartikel.

Stellt man darauf ab, ob sich beide Parteien an denselben Käuferkreis wenden, so ließe sich ein Wettbewerbsverhältnis ablehnen. Die Originale kosteten etwa das Hundertfache und wurden ausschließlich

in exquisiten Juweliergeschäften vertrieben, während die Imitate eine Art Juxartikel waren. Originale und Imitate wendeten sich also an ganz unterschiedliche Käuferschichten.

Sogar nach der Interessenlage scheint die Einordnung auf den ersten Blick nicht sicher zu sein. Wer einen fremden geschäftlichen Ruf ausbeutet, ist immerhin prinzipiell daran interessiert, dass das Ansehen des Originalanbieters möglichst werbeträftig bleibt. Gleichwohl handelt es sich um Mitbewerber, weil zwischen T und R keine gleichgerichteten, sondern gegenläufige geschäftliche Interessen bestehen. Das Aufkommen der Imitate kann R in keiner Weise geschäftlich nutzen. Zugleich läuft T keine Gefahr, sich mit dem Ausnutzen des fremden geschäftlichen Rufs beziehungsweise mit dem Angriff auf das Ansehen von R „ins eigene Fleisch zu schneiden“. T profitiert direkt auf Kosten von R und hat keinen Anlass, auf die Interessen von R Rücksicht zu nehmen. Ist der von ihr ausgenutzte Ruf ruiniert, so kann sie sich ohne Weiteres einem anderen Hersteller zuwenden und nunmehr dessen Produkte nachahmen. Der von ihr beabsichtigte „Juxeffekt“ geht einseitig zulasten der Wertschätzung, die R für seine Uhren erworben hat. Der Aufmerksamkeitseffekt wäre möglicherweise sogar besonders ausgeprägt, wenn das Handeln der T die R als den Anbieter der Originale ruinieren würde.

### **III. Herkunftstäuschung (-)**

Eine Herkunftstäuschung scheidet aus. Jeder Käufer wusste, dass es sich gerade nicht um die Original Rolex-Uhren handelte. Die angebotenen Uhren kosteten nicht nur lediglich 1 % des Preises der Rolex-Uhren, sondern wurden ausschließlich in Kaffeegeschäften vertrieben. Absolut niemand dachte, es handle sich um Originaluhren. Darin lag gerade der Witz des Falles.

### **B. Rufausbeutung, §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 3b UWG (-)**

Die Imitate könnten die besondere geschäftliche Bekanntheit des Originalherstellers, die vom Originalanbieter „erarbeitet und verdient“ ist, unzulässig ausbeuten.

### **I. Wertschätzung der nachgeahmten Waren (+)**

Die Armbanduhren der R waren „sehr bekannt“, hatten also eine geschäftliche Wertschätzung erworben.

## II. Ausnutzen, Beeinträchtigen (+)

T nutzt das Exklusivimage der Uhren von R aus und beeinträchtigt es zugleich, weil die Produkte des R lächerlich gemacht werden.

## III. Unangemessenheit (-)

Es bleibt die Frage, ob diese Form der Rufausbeutung „unangemessen“ ist.

- Würde man dies bejahen, so erhielte R ein zeitlich unbefristetes Monopol an der Optik seiner Uhren. Das würde der Befristung beziehungsweise der Wertung der speziellen Schutznormen nicht entsprechen. Im Streitfall hätte ein solcher Schutz die zeitliche Befristung des damaligen GeschmMG unterlaufen.
- Ein entscheidendes Argument gegen die Anwendung von § 4 Nr. 3b UWG ist der Verbraucherschutz beziehungsweise das Interesse der Verbraucher an Schutz vor überhöhten Preisen durch Wettbewerb. Warum sollen Verbraucher Uhren solcher Optik nicht für 50 € kaufen können, wenn über die betriebliche Herkunft der Uhren nicht getäuscht wird? Ist Preiswettbewerb nicht eine der wichtigsten und positivsten Erscheinungen von Konkurrenz überhaupt?

## C. Gezieltes Behindern, §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG (-)

Ob in dem Handeln von T ein gezieltes Behindern im Sinne der §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG lag, bestimmt sich nach einer wettbewerbsfunktionalen Abwägung der beteiligten wettbewerblichen Interessen.

- Aus Sicht der Interessen von R ist zu überlegen, ob das Nachahmen der Uhrenform unzulässig ist, weil die R erhebliche Kosten auf sich nehmen musste, um diese Form zu entwickeln und zu entwerfen. Dieser Aufwand kann der R aber kein zeitlich unbegrenztes Monopol an der

Optik der Uhren verschaffen (allgemeine Meinung). Der Amortisationsgedanke spricht im Streitfall gerade gegen die Anwendung des § 4 Nr. 4 UWG. R hatte schon viele Jahre Zeit, seine Entwurfskosten zu amortisieren. Einen Amortisationsvorsprung hat T also nicht. Es gibt vielmehr ein berechtigtes Interesse der Mitbewerber, nunmehr ebenfalls Uhren solcher Optik anbieten zu können.

- Im Hinblick auf Schutzinteressen der Verbraucher ist zu überlegen, ob die Verbraucher nicht ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse daran haben, dass ihnen Uhren solcher Optik nunmehr zu einem Hundertstel des ursprünglichen Preises angeboten werden. Ich finde, das ist der Fall.
- Nach manchen Ansichten sind Nachahmungen unlauter, die in schmarotzerischer Absicht oder planmäßig erfolgen. Da freilich jede Nachahmung vorsätzlich geschieht (sonst wäre sie kein Nachahmen), richtet sich dieser Ansatz gegen Nachahmungen an sich. Der Vorteil von Nachahmungen liegt gerade darin, dass der Nachahmer durch den Zugriff auf die fremde Leistung keine eigene mehr erbringen muss.
- Dies gilt auch im Hinblick auf die Tatbestandsvoraussetzung „gezielt“. Sie umschreibt keine subjektive Anforderung. Subjektive Kriterien sind für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung unternehmerischer Handlungen ein untauglicher Maßstab. Dem hat sich auch BGH vom 11.1.2007 (Außendienstmitarbeiter), BGHZ 171, 73, 82 Rn. 22 grundsätzlich angeschlossen.

BGH vom 8.11.1984 (Tchibo/Rolox I), GRUR 1985, 876 ff. hat Nachahmungsschutz dagegen zugesprochen.

## § 10: Schutz vor Zurechnungsstörungen

Zurechnungsstörungen führen dazu, dass ein Unternehmen an anderen als den eigenen Handlungen oder Leistungen gemessen wird. Dadurch entstehen dem betroffenen Unternehmen Nachteile, deren Ursache es nicht gesetzt hat. Der Hauptanwendungsfall solcher Störungen sind nachteilige Äußerungen, die den betroffenen Unternehmer in ein schlechtes Licht stellen und die Kaufentscheidung von Abnehmern und Verbrauchern beeinflussen können. Das gefährdet den Prozess wettbewerbskonformer Auswahl.

### A. Geschäftsschädigende Äußerungen

Geschäftsschädigende Äußerungen sind für das betroffene Unternehmen häufig besonders gefährlich. Sie setzen den Betroffenen in den Augen aktueller oder potenzieller Kunden und Geschäftspartner in ein schlechtes Licht. Sie beeinträchtigen die geschäftliche Wertschätzung, die ein wesentlicher Faktor für den unternehmerischen Erfolg ist und damit für den Betroffenen große Bedeutung hat. Äußerungen können ohne sonderlichen Aufwand in die Welt gesetzt werden und lassen sich oft nur schwer bekämpfen. Manchmal handelt es sich um hartnäckige Gerüchte, deren Quelle nicht dingfest gemacht und daher nicht trockengelegt werden kann. Es kann für das betroffene Unternehmen weiterhin heikel sein, sich durch öffentliche Entgegnungen zu wehren. Eine solche Gegenwehr verleiht den Vorwürfen unter Umständen erhöhte Publizität und verstärkt deren unternehmensschädigende Wirkungen. Außerdem ist es kaum möglich, in einer solchen öffentlichen Debatte zu „beweisen“, dass die Äußerungen der Gegenseite nicht zutreffen. Schließlich bringen Entgegnungen auch das Risiko einer öffentlichen Schlammschlacht mit sich. Sie ist für die Außendarstellung eines Unternehmens fast immer nachteilig.

Die **§§ 4 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 4, 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG** sichern den Unternehmer vor schädigenden Äußerungen. Sie erfassen nur Angaben, die sich auf einen Mitbewerber beziehen. Äußerungen über einen sonstigen Marktbeteiligten sind allein an **§ 3 Abs. 1 UWG** zu messen. In diesen Fällen ist ein abweichender, tendenziell großzügigerer Maßstab sachgerecht.

Herabsetzungen durch Medien oder Private, die legitime Äußerungszwecke verfolgen und zur öffentlichen Meinungsbildung beitragen, sind keine geschäftliche Handlung. Sie sind Gegenstand der Vorlesungen Äußerungsrecht und Medienrecht. Unternehmerische Äußerungen über Mitbewerber oder sonstige Marktteilnehmer fallen dagegen in aller Regel unter

das UWG. Wenn sie ein ausgeprägtes öffentliches Informationsbedürfnis bedienen, sind die grundrechtlichen Wertungen der Meinungsfreiheit im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Äußerungstatbestände zu berücksichtigen.

## **I. Anschwärzung, § 4 Nr. 2 UWG**

Das Wettbewerbsrecht schützt den Unternehmer vor unzutreffenden Tatsachenangaben, die zu geschäftlichen Nachteilen, zum Verlust von Kunden oder im Extremfall sogar zum Ruin führen können. Es ist dem Unternehmer nicht zuzumuten, dadurch geschäftliche Möglichkeiten zu verlieren, dass Unwahrheiten über ihn geäußert werden. § 4 Nr. 2 UWG weitet diesen Schutz noch aus, weil die Vorschrift sogar schon dann eingreift, wenn der Äußernde die Richtigkeit seiner Äußerung nicht beweisen kann. Wer sich negativ über Mitbewerber äußert, muss ganz genau wissen, was er tut.

### *1. Allgemeine äußerungsrechtliche Voraussetzungen*

Einzelheiten behandelt die Vorlesung Äußerungsrecht.

Der Inhalt der Äußerung ist durch Auslegung zu ermitteln, die sich am Verständnis der Adressaten der Äußerung auszurichten hat, BGH vom 14.5.2009 (Mecklenburger Obstbrände), GRUR 2009, 1186, 1187 Rn. 15

Eine „Tatsache“ ist etwas Geschehenes oder Bestehendes, das in die Wirklichkeit getreten und daher dem Beweis zugänglich ist, BGH vom 26.10.1951 (Constanze I), BGHZ 3, 270, 274; BGH vom 22.10.1987 (Mit Verlogenheit zum Geld), GRUR 1988, 402, 403; BGH vom 30.1.1996 (Lohnkiller), BGHZ 132, 13, 21. Ein Werturteil kann dagegen je nach dem Standpunkt des Beurteilenden entweder als falsch abgelehnt oder als richtig akzeptiert werden, BGH vom 22.6.1982, NJW 1982, 2246.

Die Äußerung muss willentlich erfolgen. Bloßes Versehen, zum Beispiel das unbeabsichtigte Zugänglichmachen persönlicher Aufzeichnungen, reicht nicht aus. Ebenso muss die Tatsache gegenüber Dritten geäußert werden. Die Äußerung allein gegenüber dem Verletzten löst den Anspruch nicht aus (teleologische Reduktion), RG vom 17.2.1921, RGZ 101, 335, 338 f. Es ist unbeachtlich, ob der Empfänger von der Mitteilung tatsächlich Kenntnis nimmt oder ihr Glauben schenkt.

Behaupten ist das Aufstellen eigener Tatsachenbehauptungen, Verbreiten die Weitergabe fremder Tatsachenbehauptungen.

## 2. Schädigungseignung

Die Äußerung muss sich auf unternehmerische Leistungen, das Unternehmen, die Person oder ein Mitglied der Unternehmensleitung eines Mitbewerbers beziehen.

Die Begriffe werden von der h.M. weit ausgelegt (Schutzzweck), da auch Äußerungen zum Beispiel gegen Mitarbeiter oder Vertragspartner Angriffe gegen das Unternehmen sein können.

Die Äußerung muss „*geeignet*“ sein, den Betrieb oder die Kreditwürdigkeit des anderen zu „*schädigen*“. Eine Ehrenrührigkeit ist nicht erforderlich.

Beispiele für Schädigungseignung: Behauptung fehlender Lieferfähigkeit; Behauptung, der Kläger sei wegen Unterschlagung von Leihmieten entlassen worden, BGH vom 12.10.1956 (Jugendfilmverleih), GRUR 1957, 93; Behauptung, eine Mitbewerberfirma habe das Entgegenkommen und gute Verhältnis zu Einkäufern großer Schuhfabriken durch größere, über das Übliche hinausgehende Weihnachtsgewandungen erkaufte, BGH vom 29.4.1958 (Feuerzeug), GRUR 1959, 31.

## 3. Nicht erweislich wahr

Die Tatsache muss „*nicht erweislich wahr*“ sein, also ihre Wahrheit vom Äußernden beziehungsweise vom Anspruchsgegner nicht bewiesen werden können. Die Tatsache ist wahr, wenn der Inhalt, den die Adressaten der Äußerung beimessen, mit der Wirklichkeit übereinstimmt. Maßgeblich ist, ob das angeführte tatsächliche Ereignis real stattgefunden hat beziehungsweise aktuell noch stattfindet oder nicht. Wenn die Wahrheit ungeklärt ist, dann greift § 4 Nr. 2 UWG bereits ein. Die Vorschrift ist deshalb eine strenge, tendenziell äußerungsfeindliche Norm.

## 4. § 4 Nr. 2 Satz 2 UWG

Für vertrauliche Mitteilungen, an denen ein berechtigtes Interesse besteht, kehrt § 4 Nr. 2 Satz 2 UWG die Beweislast um. Danach muss der Anspruchsteller beweisen, dass die Tatsachen „*der Wahrheit zuwider*“ geäußert wurden. Kann er dies nicht, so hat er keinen Anspruch.

- Eine Mitteilung ist „*vertraulich*“, wenn der Mitteilende davon ausgeht und den Umständen nach davon ausgehen kann, dass keine Weiterleitung an Dritte erfolgt (Einzelfall). Je größer der Kreis der Mitteilungsempfänger ist, desto weniger ist von Vertraulichkeit auszugehen. Bei Pressemitteilungen, Mitteilungen an Verbände oder Rundschreibungen an Kunden ist für § 4 Nr. 2 Satz 2 UWG kein Raum. Mitteilungen an Behörden sind regelmäßig als vertraulich anzusehen, es sei denn, dass eine Weiterleitung an Dritte beabsichtigt ist.
- Ein „*berechtigtes Interesse*“ muss entweder beim Mitteilenden oder beim Empfänger bestehen. Es muss objektiv berechtigt sein (anders als bei § 193 StGB). Ob dies der Fall ist, beurteilt sich aufgrund einer Interessenabwägung. Der mit der Mitteilung verfolgte Nutzen darf nicht außer Verhältnis zum voraussichtlichen Schaden stehen. Die Mitteilung muss auch nach Inhalt und Form so schonend wie möglich sein. Den Mitteilenden trifft auch eine gewisse Recherchepflicht.
- Es müssen beide Voraussetzungen erfüllt sein, das „*und*“ ist nicht als „*oder*“ zu lesen.

### 5. Anspruchsberechtigter, Anspruchsgegner

Anspruchsberechtigter ist der unmittelbar Verletzte/Betroffene, also der von der Mitteilung betroffene Geschäftsinhaber, beziehungsweise derjenige, gegen den sich der Angriff richtet.

Der Verstoß gegen § 4 Nr. 2 UWG löst keine ergänzenden Abwehransprüche nach §§ 8 Abs. 3 Nr. 2 – 4 UWG aus. Die Klageberechtigung beschränkt sich vielmehr auf den unmittelbar betroffenen Unternehmer (str.). Es muss in solchen Fällen nämlich allein der Entscheidung des betroffenen Unternehmens überlassen bleiben, ob er den Klageweg beschreitet oder nicht.

Bei Angriffen gegen einen unübersehbar großen Personenkreis fehlt es in der Regel an der unmittelbaren Betroffenheit und an der Eignung zur Kreditschädigung.

Anspruchsgegner ist der Verletzer. Das ist die Person, der die unzulässige Äußerung zurechnen ist, zum Beispiel weil sie sie selbst gemacht hat oder rechtlich für sie eintreten muss.

## **II. Herabsetzen, Verunglimpfen, §§ 4 Nr. 1, 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG**

Gegen Herabsetzen und Verunglimpfen schützen §§ 4 Nr. 1, 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG. § 4 Nr. 1 UWG ist in der Klausur erst nach dem – spezielleren – § 4 Nr. 2 UWG zu untersuchen.

### *1. Persönliche und geschäftliche Verhältnisse*

Der Unternehmer wird vor Herabsetzungen seines geschäftlichen Rufs beziehungsweise seiner „*Kennzeichen, Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten und geschäftlichen Verhältnisse*“ gesichert, §§ 4 Nr. 1, 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG. In Bezug auf Kennzeichen kann auch das Markenrecht Schutz bieten, §§ 14 Abs. 2 Nr. 3, 15 Abs. 3 MarkenG.

Die Vorschriften erfassen außerdem Äußerungen über die „*persönlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers*“.

Beispiele: Äußerungen eines Anbieters von Autoreifen, der Konkurrent sei Bordellgänger, schlage seine Frau, habe AIDS, sei vorbestraft, Mitglied der CDU etc., sind unzulässig.

### *2. Herabsetzung*

Die Vorschriften erfassen sowohl Tatsachenäußerungen als auch Meinungsäußerungen. Sie verlangen, dass der Betroffene in den Augen aktueller oder potenzieller Kunden und Geschäftspartner in ein schlechtes Licht gesetzt wird. Das „*Verunglimpfen*“ ist eine gesteigerte Form des „*Herabsetzens*“, so dass die beiden Alternativen nicht voneinander abgegrenzt werden müssen. Für das UWG kommt es darauf an, wie stark die Äußerung den Mitbewerber schädigen kann, ob und welchen Anlass er zu der Äußerung gegeben hat und ob es ihm möglich ist, sich durch Wettbewerb zu wehren. Ein weiteres wichtiges Kriterium ist das Informationsinteresse der Verbraucher. In Sonderfällen kann auch der Diskriminierungsaspekt von Bedeutung sein. Ob ein unzulässiges Herabsetzen vorliegt, bestimmt sich

nach der Rechtsprechung danach, „ob die angegriffene Werbeaussage sich noch in den Grenzen einer sachlich gebotenen Erörterung hält oder bereits eine pauschale Abwertung der fremden Erzeugnisse oder Absatzmethoden darstellt“, BGH vom 17.1.2002 (Lottoschein), GRUR 2002, 828, 830.

Das Herabsetzen kann zum einen in Werturteilen liegen.

BGH vom 19.5.2011 (Coaching-Newsletter), GRUR 2012, 74 ff. Rn. 32 ff., 37 sah den Vorwurf, der Mitbewerber betreibe Scharlatanerie als unzulässig herabsetzend an, weil er nicht mit Hinweisen auf konkrete Umstände belegt wurde.

*Der wettbewerbsrechtliche Beurteilungsmaßstab ist strenger als die allgemeinen äußerungs-/medienrechtlichen Anforderungen an Schmähkritik. Nach Deliktsrecht muss eine scharf und überzogen formulierte, polemische und überspitzte Kritik hingenommen werden, BGH vom 16.12.2014 (Hochleistungsmagneten), GRUR 2015, 289 ff. Rn. 18, 19. Einzelheiten behandelt die Vorlesung Äußerungsrecht.*

Die Herabsetzung kann zum anderen auch in unzutreffenden Tatsachenangaben liegen. Zutreffende Tatsachenangaben, die ein Unternehmer über einen Mitbewerber macht und die dessen geschäftliche Wertschätzung beeinträchtigen, misst der BGH ebenfalls an § 4 Nr. 2 UWG. Sie sind umso eher zulässig, je sachlicher die Kritik präsentiert wird und je nützlicher die Information für die Adressaten ist oder je mehr aus anderen Gründen ein berechtigtes Informationsinteresse besteht, BGH vom 6.5.2021 (Vorsicht Falle), GRUR 2021, 1207 ff., Rn. 25 mwN.

*Der wettbewerbsrechtliche Beurteilungsmaßstab ist hier abermals strenger als allgemeinen äußerungs-/medienrechtlichen Anforderungen. Nach Deliktsrecht müssen Unternehmen zutreffende Tatsachenangaben grundsätzlich hinnehmen, BGH vom 24.10.1961 (Waffenhandel), BGHZ 36, 77, 80. Einzelheiten behandelt die Vorlesung Äußerungsrecht.*

Es kann – in meinen Augen – vorzugswürdig sein, zutreffende Äußerungen nicht an § 4 Nr. 1 UWG, sondern an **§ 4 Nr. 4 UWG** zu messen. Die Wahrheit ist nicht herabsetzend, sondern wahr. Man kann es aber mit BGH vom 23.2.1954 (Molkereizeitung), GRUR 1954, 333, 335 grundsätzlich als wettbewerbswidrig ansehen, wenn zum Beispiel persönliche Verhältnisse des

Mitbewerbers in den „Wettbewerbskampf“ gezogen werden, wenn der Inhalt der Äußerung und die Natur beziehungsweise Preis und Qualität der beworbenen Waren nichts miteinander zu tun haben und kein korrespondierendes Informationsinteresse der Verbraucher besteht. Die wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit solcher Aussagen ergibt dann sich aus der persönlichen Schutzbedürftigkeit des betroffenen Unternehmers und gegebenenfalls aus der – durchaus nicht unproblematischen – Wertung, dass Verbraucher ihre Kaufentscheidung nicht von derartigen Inhalten abhängig machen sollen.

### 3. Anspruchsberechtigter, Anspruchsgegner

Es gelten dieselben Regeln wie im Zusammenhang mit § 4 Nr. 2 UWG.

## **B. Täuschungen**

Täuschungen schädigen den getäuschten Marktteilnehmer und stören den Wettbewerb. Nach **§ 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG** sind Werbevergleiche unzulässig, wenn sie zu „*Verwechslungen zwischen demwerbenden und einem Mitbewerber*“ führen. Nach dem bereits vorgestellten **§ 4 Nr. 3a UWG** sind Nachahmungen unzulässig, die zur „*Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft*“ nachgeahmter Waren oder Dienstleistungen führen. Das Markenrecht schützt den Inhaber des Zeichenrechts vor Verwechslungsgefahren, **§§ 14 Abs. 2 Nr. 2, 15 Abs. 2 MarkenG**. Einzelheiten behandelt die Vorlesung Immaterialgüterrecht. Greifen diese Vorschriften nicht ein, so bleibt an **§ 4 Nr. 4 UWG** zu denken.

## **C. Ausnutzen/Beeinträchtigen fremder geschäftlicher Wertschätzung**

Die geschäftliche „*Wertschätzung*“ ist der Inbegriff aller Dinge, die sich in der Vorstellung von Geschäftspartnern und Verbrauchern über das Unternehmen festgesetzt haben und diese dazu bewegen können, gerade mit dem betreffenden Unternehmen abzuschließen. Sie kann sich an den unterschiedlichsten Aspekten festmachen, zum Beispiel an der Bekanntheit von Marken oder Unternehmenskennzeichen, an dem allgemeinen Bild oder dem Image des Unternehmens in der Öffentlichkeit oder an der Wertschätzung von Produkten. Die ökonomische Bedeutung der geschäftlichen Wertschätzung ist enorm. Sie kann zum Beispiel ein großer Vorteil sein, um die besten Nachwuchskräfte für das Unternehmen zu gewinnen. Vor allem jedoch ist sie ein maßgeblicher Faktor für den geschäftlichen Erfolg. Es nutzt einem Unternehmer nun einmal nichts, wenn er im Extremfall zwar die besten Waren anbietet, diese aber gleichwohl wie Blei in den Regalen liegen bleiben, weil das Unternehmen unter den Kunden unbekannt ist oder weil Kunden das

Geschäft oder die Waren aus irrationalen Gründen meiden. Eine gute Reputation kann dem Unternehmen beispielsweise besondere Vorteile im Wettbewerb um imageorientierte, markentreue oder risikoscheue Kunden verschaffen.

Das Ausnutzen und das Beeinträchtigen der „Wertschätzung“ (**§ 4 Nr. 3b UWG**; § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG spricht letztlich gleichbedeutend von „Ruf“) eines anderen betreffen typischerweise Fälle, in denen Produkte oder Unternehmen zwar nicht miteinander verwechselt werden können, aber doch in irgendwie unzulässiger Weise auf die Bekanntheit des anderen Produkts oder des anderen Unternehmens Bezug nehmen. Über die genannten Vorschriften hinaus kann § 4 Nr. 4 UWG eingreifen. Klassische Beispiele des Ausnutzens oder Beeinträchtigen der geschäftlichen Wertschätzung eines anderen sind etwa folgende Fälle, die seinerzeit über den § 1 UWG 1909 gelöst wurden:

- Ein Unternehmer nennt seine Herrenkosmetikserie und Schuhputzartikel Dimple und nimmt so auf das Exklusivimage des Whiskyherstellers Bezug. BGH vom 29.11.1984 (Dimple), BGHZ 93, 96 ff. hat darin ein unzulässiges Ausbeuten des fremden Exklusivimages gesehen und Schutz zugesprochen, soweit „Dimple“ für Herrenkosmetik verwendet wurde, weil das geschäftliche Image von Exklusivwhisky auf solche Produkte übertragbar sei. Gegen die Verwendung für Schuhputzartikel wurde dagegen kein Schutz gewährt. Heute wäre der Fall über § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG zu lösen.
- BGH vom 9.12.1982 (Rolls-Royce), BGHZ 86, 90 ff. hielt eine Werbung für einen Whisky für unzulässig, die zwei Männer beim Kartenspiel zeigt, die auf den Kotflügeln eines Rolls-Royce saßen. Die Kühlerfigur, das Emblem „RR“ und der charakteristische Kühlergrill waren deutlich sichtbar. Das Urteil geht ziemlich weit und ist bedenklich.

## I. Markenrecht

Der Schutz von Kennzeichen gegenüber Rufausbeutung und –beeinträchtigung ist in den §§ 14 Abs. 2 Nr. 3, 15 Abs. 3 MarkenG geregelt. Nach **§ 2 MarkenG** ist das UWG daneben zwar grundsätzlich anwendbar, doch gibt es im Detail viele Ausnahmen und Sonderregeln. Über das UWG sollen markenrechtlichen Maßstäbe nicht ausgehöhlt werden dürfen. Das Verhältnis von UWG und MarkenG ist in seinen Einzelheiten sehr komplex und heillos umstritten. Es wird im Rahmen der Schwerpunktvorlesungen (und -klausuren) nicht im Detail thematisiert.

## II. Wettbewerbsrecht, §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 3b, Nr. 4, 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG

Mit dem Ausnutzen oder Beeinträchtigen eines fremden geschäftlichen Ansehens macht sich der Konkurrent etwas zunutze oder beeinträchtigt etwas, was zumeist das Ergebnis jahrelanger und erfolgreicher geschäftlicher Tätigkeit ist. In Frage steht ein Schutz einer unternehmerischen Leistung. Die geschäftliche Wertschätzung wird wettbewerbsrechtlich geschützt, weil der Unternehmer sie selbst durch besondere Leistungen geschaffen beziehungsweise mit Werbeaufwand erkaufte hat, BGH vom 6.12.1990 (SL), BGHZ 113, 115, 126; BGH vom 12.7.1967 (Blunazit), GRUR 1968, 581, 585; ähnlich BGH vom 11.11.1958 (Quick), BGHZ 28, 320, 327.

Die Frage, welchen Grad die Wertschätzung erreicht haben muss, um wettbewerbsrechtlich schutzwürdig zu sein, ist umstritten. Man könnte zum Beispiel „Berühmtheit“ verlangen, überragende Bekanntheit oder aber auch lediglich eine geringe Bekanntheit. Es ist vorzuzugswürdig, für den wettbewerbsrechtlichen Schutz von Wertschätzung eine Bekanntheit zu verlangen, die den markenrechtlichen Maßstäben entspricht, §§ 14 Abs. 2 Nr. 3, 15 Abs. 3 MarkenG. Die markenrechtliche Bekanntheit setzt nach der Judikatur voraus, dass die Marke „einem bedeutenden Teil des Publikums bekannt ist“, EuGH vom 14.9.1999 (General Motors) – C-375/97, Slg. 1999 I, S. 5421 ff. Rn. 24 ff.; BGH vom 10.10.2002 (BIG BERTHA), GRUR 2003, 428, 432 f.

Durch die Übernahme der markenrechtlichen Kriterien wird die geschäftliche Wertschätzung nach einheitlichen Anforderungen geschützt, also in gleicher Weise sowohl für die §§ 4 Nr. 3b, 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG und das MarkenG als auch für das allgemeine Behinderungsverbot nach § 4 Nr. 4 UWG. Die geschäftliche Wertschätzung, die ein Unternehmer erworben hat, verdient in gleicher Weise und eben unabhängig davon Schutz, ob sie sich an Kennzeichen, nachgeahmten Produkten oder anderem festmacht. Die Orientierung am Markenrecht ermöglicht es außerdem, dem wettbewerbsrechtlichen Schutz definierte Untergrenzen zu verleihen. So werden die Wettbewerbsgerichte von Wertungen entlastet, die etwas Willkürliches haben und gerade deshalb vom Gesetzgeber getroffen werden müssen.

Das Ausbeuten oder Beeinträchtigen ist nicht wettbewerbswidrig, wenn es von legitimen Interessen getragen ist.

Ein „*unlauteres*“ Verhalten scheidet beispielsweise aus, wenn der Bezug zum fremden geschäftlichen Ansehen erforderlich ist, um im Rahmen einer vergleichenden Werbung die betreffenden Erzeugnisse klar voneinander zu unterscheiden, EuGH vom 23.2.2006 (Siemens/VIPA) – Rs. C-59/05, Slg. 2006 I, S. 2147 ff. Rn. 15.

## § 11: Schutz vor Dysfunktionalen Störungen

### A. Allgemeines

Wettbewerbskonforme Ausleseprozesse können durch „dysfunktionales“ (dys... = griech.: un..., miss..., fehlerhaft, regelwidrig) Wettbewerbsverhalten unzulässig beeinflusst werden. Damit sind Praktiken gemeint, die wettbewerbsimmanente Risiko- und Korrekturmechanismen aushebeln und deshalb wettbewerbswidrig sein können. Es handelt sich um ein anspruchsvolles Beurteilungskriterium, dessen inhaltliche Berechtigung sich oftmals erst auf den zweiten Blick erschließt.

Wettbewerb basiert auf einem Zusammenspiel von Mechanismen. Sie bringen für die Beteiligten stets gleichermaßen Chancen wie Risiken mit sich. Erst das gegenseitige Zusammenwirken von Anreiz- und Bremsmechanismen ermöglicht einen funktionierenden Wettbewerb und eine wettbewerbskonforme Auslese. Diese Kombination begünstigt geschäftlich optimale Entscheidungen und führt dazu, dass sich die positiven Wirkungen von Wettbewerb einstellen können. Sie bewirkt einerseits, dass der Unternehmer jeden Vorteil nutzt und der Allgemeinheit zugänglich macht, den er gegenüber den Mitbewerbern hat und dem die Mitbewerber folglich nichts entgegensetzen können. Sie hat andererseits zur Folge, dass der Unternehmer Vorstöße unterlässt, die auf einem unzureichenden geschäftlichen Fundament gebettet wären und letztlich ihn selbst bedrohen würden. Diese positiven Wirkungen treten aber nicht ein, wenn die wettbewerbslichen Mechanismen außer Kraft gesetzt sind.

Dysfunktionale Ausschaltungen von Wettbewerbsmechanismen beziehungsweise von geschäftlichen Risiken und Chancen können das wettbewerbsstrategische Kräfteverhältnis der Mitbewerber zueinander sachwidrig verändern. Im Extremfall erlangt der Unternehmer eine „Waffe“, gegen die sich der Mitbewerber nicht verteidigen kann. Dann kann der Unternehmer attackieren, ohne seinerseits eine Gegenwehr fürchten zu müssen. Das Wettbewerbsrecht muss Möglichkeiten, einen Konkurrenten auf solche Weise vom Markt zu drängen, so weit wie möglich entgegenwirken. Solche Praktiken verhindern einen sachgerechten wettbewerbslichen Ausleseprozess und beeinträchtigen so den Wettbewerb.

### B. Boykott

Der wichtigste Anwendungsfall einer dysfunktionalen Störung ist ein Boykottaufruf, der zum Ausscheiden des boykottierten Unternehmens aus

dem Markt führt, obwohl das Unternehmen an sich leistungs- und konkurrenzfähig ist. Wettbewerbskonform ist allein das Ausscheiden von nicht leistungsfähigen Anbietern.

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Boykotten bestimmt sich zumeist nach **§§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG**, weil und wenn ein Unternehmen zum Boykott eines Mitbewerbers aufruft. Ruft das Unternehmen dagegen zum Boykott eines sonstigen Marktteilnehmers auf, so ist allein **§ 3 Abs. 1 UWG** heranzuziehen.

Fehlt es an einer geschäftlichen Handlung, insbesondere wenn im Rahmen des öffentlichen Meinungskampfs zum Boykott aufgerufen wird, so ist der Aufruf an **§ 823 Abs. 1 BGB** zu messen. Einzelheiten behandelt die Vorlesung Medienrecht. Sind alle am Boykott Beteiligten (Aufrufender, Aufgerufene und Boykottierter) Unternehmen, dann kommt auch **§ 21 Abs. 1 GWB** in Betracht (kein Bestandteil des Schwerpunktstoffs). Danach ist entscheidend, ob der Boykott eine unbillige Beeinträchtigung ist. Der Maßstab ist mehr oder weniger derselbe wie im Wettbewerbsrecht.

Das RG ließ Boykotte als Mittel des wettbewerblichen Kampfes weitgehend zu und untersagte sie nur, wenn die verwandten Mittel oder die verfolgten Ziele für sich allein betrachtet als solche wettbewerbswidrig waren. Die Entscheidungen des BGH wurden dagegen von Anfang an durch das alliierte Dekartellierungsrecht geprägt, das ein weitgehendes Boykottverbot enthielt. Heute geht es bei Boykotten in der Regel um Aufrufe durch die Presse oder gesellschaftliche Institutionen.

Überspitzt lässt sich sagen: Der Boykott zu Wettbewerbszwecken ist grundsätzlich verboten. Dagegen können Boykottaufufe durch die Presse oder gesellschaftliche Institutionen im Einzelfall erlaubt sein.

## **I. Hebelwirkung als Verbotgrund**

Bei Boykotten ergibt sich die „Gezieltheit“ beziehungsweise die dysfunktionale Störung aus dem Angriffsmittel, das der Unternehmer einsetzt und das eine Hebelwirkung gegenüber dem Mitbewerber entfalten kann. Der Hebeleffekt verleiht dem attackierenden Unternehmen eine Schlagkraft, die sein „an sich“ vorhandenes Angriffspotenzial überproportional übersteigt. Mit dem Boykottaufruf kann selbst der kleinste Unternehmer zum „David“ werden und „Goliath“ beziehungsweise sämtliche Konkurrenten vernichten.

## 1. Drei Parteien

Ein wettbewerbswidriges Boykottverhalten setzt drei Beteiligte voraus: denjenigen, der zum Boykott aufruft, den Boykottierten und den Boykotteur. Die Anforderung beruht darauf, dass der Aufrufer den zu Boykottierenden durch das Einschalten von Dritten mit mehr schädigen will, als was ihm selber an Mitteln zusteht. Diese Hebelwirkung ist verdächtig und potenziell wettbewerbsbeschränkend.

Wenn bloß zwei Parteien beteiligt sind, dann ist die Rechtslage ganz anders. Jeder Unternehmer kann aufgrund der Vertragsfreiheit frei entscheiden können, mit welchen anderen Unternehmen er Geschäfte abschließt und welche Unternehmen er „boykottiert“ indem er entweder gar keine Geschäftsbeziehungen zu ihnen eingeht oder bestehende beendet. Eine Grenze besteht lediglich im Falle einer marktbeherrschenden oder relativ marktstarken Stellung, §§ 19 Abs. 1, 20 Abs. 2, Abs. 4 GWB.

## 2. Abgrenzung

Die Unterscheidung von Zwei- und Dreipersonenverhältnissen führt zu einer wichtigen Abgrenzungskonsequenz. Ein Dreipersonenverhältnis liegt nur vor, wenn der Adressat des Boykottaufrufs in seiner Entscheidung über die Durchführung der Sperre frei ist, also keinem Weisungsrecht des Auffordernden unterliegt.

- Weisungen an ein Tochterunternehmen erfüllen den Boykottatbestand deshalb nicht, wenn das Tochterunternehmen weisungsgebunden ist. Siehe BGH vom 26.10.1972 (Ersatzteile für Registrierkassen), GRUR 1973, 277 ff. Ebenso Aufrufe an Arbeitnehmer, Handelsvertreter oder sonstige weisungsgebundene Vertragspartner. BGH vom 18.11.1955 (Gesangbuch), BGHZ 19, 72 ff.; BGH vom 10.10.1989 (Neugeborenentransporte), GRUR 1990, 474 ff.
- Andererseits braucht der Adressat nicht mit dem Ausführenden der Sperre identisch zu sein. Es genügt die Aufforderung an den Adressaten, auf andere Personen einzuwirken, die die Sperre vornehmen sollen. BGH vom 13.11.1979 (Denkzettel-Aktion), GRUR 1980, 242 ff.; BGH vom 2.2.1984 (Kundenboykott), GRUR 1984, 461 ff.

## II. Aufruf zum Boykottverhalten

Ein Boykottaufruf setzt voraus, dass die Adressaten und der Boykottierte hinreichend bestimmt sind, BGH vom 13.11.1979 (Denkzettel-Aktion), GRUR 1980, 242 ff. Die Aufforderung muss außerdem auf die Beeinflussung des Adressaten gerichtet und dazu geeignet sein. Das wichtigste Element des Boykottaufrufs ist jedoch, dass der Aufruf eine Art Nötigungscharakter haben muss. Ein unzulässiger Boykottaufruf ist anzunehmen, wenn der Aufrufer bewusst und gezielt in ein konkretes Wettbewerbsverhältnis eingreifen will und versucht, in einer partikularen Auseinandersetzung auf wirtschaftlichem Gebiet die Interessen einer Gruppe von Unternehmen gegenüber einer anderen durchzusetzen oder zumindest zu einer solchen Durchsetzung beizutragen, BGH vom 2.2.1984 (Kundenboykott), GRUR 1984, 461, 462 mwN.

Die Einordnung einer Äußerung als Boykottaufruf kommt nur in Betracht, wenn diese darauf zielt, andere Personen zu einem Boykottverhalten zu bewegen, BGH vom 13.11.1979 (Denkzettel-Aktion), GRUR 1980, 242, 243. Typischerweise sollen die Adressaten dazu gebracht werden, mit dem Boykottierten keine Geschäfte mehr zu machen. Die Äußerung muss auf das Zufügen von Nachteilen gemünzt sein, indem sie die Adressaten dazu animiert, den Betroffenen vom Geschäftsverkehr auszuschließen, BGH vom 22.7.1999 (Kartenlesegerät), GRUR 2000, 340, 342 mwN.

Ein Boykott ist nur gegeben, wenn das fragliche Tun über bestimmte wettbewerbskonforme Handlungen hinausgeht. Der Boykott ist von anderen Praktiken abzugrenzen, die ungleich eher zulässig sind.

Die boykottinitiiierende Handlung darf insbesondere keine bloße Meinungsäußerung oder eine sonstige zulässige Äußerung über den Konkurrenten sein.

Boykottfälle sind eng mit der Anschwärzung verwandt. Auch hier geht es darum, den Unternehmer als solchen zu schützen. Im Unterschied zu § 4 Nr. 1, Nr. 2 UWG kann es jedoch um Meinungs- oder wahre Tatsachenäußerungen gehen, an die – und das ist die Besonderheit – die Aufforderung zum Boykottieren angeknüpft wird.

Die Handlung darf ferner nicht wie eine zulässige vergleichende Werbung (§ 6 UWG) lediglich darauf zielen, bisherige Kunden des Mitbewerbers zu erobern. Der Boykott ist ein Mittel, um den Boykottierten zu „bestrafen“ oder zu einem bestimmten „Wohlverhalten“ zu zwingen. Er unterscheidet sich dadurch von der vergleichenden Werbung. Werbevergleiche enthalten ebenfalls die inzidente Aufforderung, keine Geschäfte mehr mit dem Konkurrenten zu machen. Sie richten sich aber nicht wie der Boykott gegen den Konkurrenten als solchen, sondern beschränken sich auf spezielle Waren oder Dienstleistungen. Sie wollen die bisherigen Kunden des Mitbewerbers erobern. Das Ziel, den Mitbewerber zu sanktionieren oder ihn zu einem bestimmten Verhalten zu zwingen, verfolgen sie nicht.

### **III. Grundsätzliche Unzulässigkeit, Ausnahmen**

Nach der Rechtsprechung sind geschäftliche Boykotte wegen ihrer besonderen Gefährlichkeit für den Betroffenen grundsätzlich wettbewerbswidrig: „Da ein Boykott in der Regel eine sehr ernsthafte Gefährdung eines Gewerbebetriebs mit sich bringt und unter Umständen für den Betroffenen zur Existenzvernichtung oder sonst zu wirtschaftlich schwersten Folgen führen kann, darf er nur in Ausnahmefällen in sehr engen Grenzen durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen als gerechtfertigt angesehen werden“, BGH vom 10.5.1957 (Spätheimkehrer) BGHZ 24, 200, 206. Es gilt der Grundsatz der größtmöglichen Schonung fremder Rechte und der Vermeidung jeder zur Interessenwahrung nicht unbedingt erforderlichen Schadenszufügung, BGH vom 10.5.1957 (Spätheimkehrer), BGHZ 24, 200, 206. Die Aufforderung ist im Übrigen umso eher wettbewerbswidrig, je mehr der Aufrufende die Adressaten zur Beachtung des Aufrufs anhalten kann, zum Beispiel in Form von Geschäftsvor- oder -nachteilen.

- In Ausnahmefällen, insbesondere im Fall des sog. Abwehrboykotts zur Verteidigung gegen rechtswidrige Angriffe, sollen Boykottpraktiken zulässig sein können. Zur Rechtmäßigkeit ist jedoch strikte Verhältnismäßigkeit erforderlich, die kaum einmal gegeben sein wird. Beispielsfälle gibt es jedenfalls nicht.

Im Streitfall von BGH vom 21.11.1958 (Versandbuchhandlung), GRUR 1959, 244 ff. schloss das Gericht einen zulässigen Abwehrboykott gerade aus. Hier hatte ein Zusammenschluss von Verlegern und Buchhändlern zum Boykott eines Versandbuchhandels aufgerufen, der bestimmten Abnehmern (öffentlichen Büchereien) unzulässige Rabatte eingeräumt und damit nach Ansicht der Klägerin unlauteren Wettbewerb betrieben hatte.

- Als weitere Ausnahmefälle sind die Wahrnehmung berechtigter Interessen sowie die Durchsetzung zulässiger Vertragsbindungen und gewerblicher Schutzrechte anerkannt, *Loewenheim* in: *Loewenheim/Meessen/Riesen-kampff*, 2. Auflage 2009, § 21 GWB Rn. 19.