

**Prof. Dr. Jochen Glöckner, LL.M. (USA)**

Fachbereich Rechtswissenschaft  
Lehrstuhl für deutsches und Europäisches  
Privat- und Wirtschaftsrecht

Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe

Paketanschrift: Universitätsstraße 10  
78464 Konstanz

Tel +49 7531 88-2309

Fax +49 7531 88-4528

jochen.gloeckner@uni-konstanz.de  
<http://www.jura.uni-konstanz.de/gloeckner>

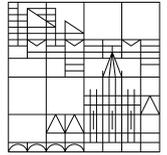
07.06.2024

**Lauterkeitsrecht  
SS 2024  
Universität Konstanz  
Mo, 17.00 – 18.30 h, C 230  
*Jochen Glöckner***

**Reader Teil 3**

Arbeitspapier 9: I. Behinderung von Wettbewerbern;  
allgemeine Marktbehinderung

Arbeitspapier 10: J. Lauterkeitsrechtlicher Leistungsschutz; Rufausbeutung



**Prof. Dr. Jochen Glöckner, LL.M. (USA)**

Fachbereich Rechtswissenschaft  
Lehrstuhl für deutsches und Europäisches  
Privat- und Wirtschaftsrecht

Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe

Paketanschrift: Universitätsstraße 10  
78464 Konstanz

Tel +49 7531 88-2309

Fax +49 7531 88-4528

jochen.gloeckner@uni-konstanz.de

<http://www.jura.uni-konstanz.de/gloeckner>

07.06.2024

**Vorlesung Lauterkeitsrecht  
SS 2024**

**Universität Konstanz**  
**Mo 17.00 - 18.30 Uhr, C 230**  
*Jochen Glöckner*

**Arbeitspapier 9**

*Bitte lesen Sie vorbereitend:*

BGH v. 15.07.1999, I ZR 14/97 – *Entfernung der Herstellungsnummer* = GRUR 1999, 1109

BGH v. 29.06.2000, I ZR 128/98 – *Ad-hoc-Meldung* = GRUR 2001, 80

BGH v. 25.04.2002, I ZR 250/00 – *Elektroarbeiten* = GRUR 2002, 825

BGH v. 07.04.2005, I ZR 140/02 – *Kündigungshilfe* = WRP 2005, 874

BGH v. 10.01.2008, I ZR 38/05 – *AKADEMIKS* = GRUR 2008, 621

BGH v. 11.09.2008, I ZR 74/06 – *bundesligakarten.de* = GRUR 2009, 173

BGH v. 02.10.2008, I ZR 48/06 – *Küchentiefstpreis-Garantie* = WRP 2009, 432

BGH v. 07.10.2009, I ZR 150/07 – *Rufumleitung* = GRUR 2010, 346

BGH v. 16.07.2009, I ZR 56/07 – *Betriebsbeobachtung* = GRUR 2009, 1075

BGH v. 22.01.2014, I ZR 164/12 – *wetteronline.de* = GRUR 2014, 393

BGH v. 30.04.2014, I ZR 224/12 – *Flugvermittlung im Internet* = GRUR 2014, 785

BGH v. 12.03.2015, I ZR 188/13 – *Uhrenankauf im Internet* = GRUR 2015, 607

BGH v. 12.01.2017, I ZR 253/14 – *World of Warcraft II* = GRUR 2017, 397

BGH v. 19.04.2018, I ZR 154/16 – *AdBlock Plus* = GRUR 2018 1251

BGH v. 22.09.2021, I ZR 192/20 – *Flying V* = GRUR 2022, 160

## I. Behinderung von Wettbewerbern; allgemeine Marktbehinderung

### I. Schutz des Wettbewerbs vor Behinderungen

Bei den bisher geschilderten Wettbewerbsverstößen wurde die Wettbewerbsverfälschung durch eine „Umleitung“ der Nachfrage bewirkt. Der Wettbewerb kann aber auch durch Wettbewerbs-handlungen verfälscht werden, bei denen ein Wettbewerber unmittelbar die Marktposition seiner Mitbewerber angreift.

Diese Behinderungstatbestände stehen prototypisch für das überkommene Verständnis des Lauterkeitsrechts als Konkurrentenschutzrecht. Bei solcher Optik ist die Verletzung bestimmter Konkurrenten denknotwendig. Die Entwicklung des Lauterkeitsrechts hat sich freilich inzwischen weit über den reinen Konkurrentenschutz hinaus entwickelt.

Die Verdrängung unterlegener Marktteilnehmer gehört zum Wesen des Wettbewerbs. Ihre Behinderung durch den Wettbewerb kann deswegen nicht *per se* unlauter sein. Die Grenze zwischen wettbewerbskonformer Beeinträchtigung des Mitbewerbers als bloßer Folge des eigenen Erfolgs im Wettbewerb und wettbewerbswidriger unlauterer Behinderung der Mitbewerber als Mittel zur Förderung des eigenen Erfolgs (so bereits die Differenzierung von *Nipperdey* in seinem Gutachten zur Behandlung des Preiskamps im Benrather Tankstellenfall) liegt dort, wo es Mitbewerbern oder Dritten erschwert oder verunmöglicht wird, ihre für die Bedürfnisbefriedigung aus der Sicht der Marktgegenseite relevante Leistungskraft zur Geltung zu bringen und infolgedessen die Marktgegenseite einen auf ihrem freien Willen beruhenden Marktvergleich nicht mehr vornehmen kann. Solche Behinderungen können sich gegen einen oder mehrere individuell bestimmte Mitbewerber oder gegen die Gesamtheit der Mitbewerber richten.

Seit der UWG-Novelle 2004 war die individuelle Behinderung von Mitbewerbern in § 4 Nr. 10 UWG 2004 geregelt. Die Vorschrift wurde durch die UWG-Novelle 2008 nicht verändert. Auch in der UWG-Novelle 2015 blieb der Tatbestand unverändert, wurde aber durch den Wegfall der Nummern 1 – 6 des § 4 auf die Nr. 4 verschoben.

Der Tatbestand setzt die Schutzzweckbestimmung des § 1 um, die ausdrücklich den Mitbewerberschutz nennt. Durch das Tatbestandsmerkmal des *gezielten* Handelns wird zum Ausdruck gebracht, dass eine Behinderung von Wettbewerbern als bloße Folge (lauteren) Wettbewerbs nicht ausreicht, um den Tatbestand zu verwirklichen. Eine Behinderung ist als „gezielt“ einzustufen, wenn die Maßnahme primär nicht der Förderung der eigenen wettbewerbslichen Entfaltung dient, sondern objektiv auf die Störung der fremden wettbewerbslichen Entfaltung gerichtet ist. Besondere subjektive Anforderungen etwa im Sinne einer Absicht oder eines *dolus directus* sind hingegen nicht zu stellen. Spezielle Formen der Mitbewerberbehinderung sind in den Regelbeispielen des § 4 Nr. 1 und 2 sowie in § 6, der durch die UWG Novelle nicht berührt wurde, geregelt.

Obleich zahlreiche lauterkeitsrechtliche Behinderungstatbestände dem Erscheinungsbild nach als einseitige geschäftliche Handlungen auch als sog. Behinderungsmissbrauch über Art. 102 AEUV bzw. §§ 18 ff. GWB zu erfassen wären, aber keine marktbeherrschende oder marktstarke (vgl. § 20 GWB) Stellung voraussetzen, geht die ganz allgemeine Meinung jedenfalls in den Fällen der individuellen Behinderung von Wettbewerbern von der freien Konkurrenz der lauterkeits- mit den kartellrechtlichen Vorschriften aus. Es erscheint gleichwohl sinnvoll, auch Behinderungshandlungen im Hinblick auf moderne Vorstellungen funktionsfähigen Wettbewerbs zu hinterfragen. In der Praxis hat dieser Prozess zu einer erheblichen Liberalisierung insbesondere beim Schutz gegen das „Abfangen“ von Kunden und das „Ausspannen“ von Mitarbeitern geführt.

## II. Individuelle Behinderung von Wettbewerbern

### 1. Europarechtliche Vorgaben

a) Das Unionsrecht enthält lediglich in Art. 4 der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung (2006/114/EG) eine Regelung unter dem lauterkeitsrechtlichen Gesichtspunkt der Behinderung von Mitbewerbern. Danach ist es im Rahmen vergleichender Werbung unzulässig, die Marken, Handelsnamen, Waren, Dienstleistungen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabzusetzen oder zu verunglimpfen (lit. d). Regelungen zum Schutz vor Nachahmung der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers finden sich in den lit. f, g, h. Die Vorgaben wurden in § 6 Abs. 2 Nr. 4, 5, 6 UWG umgesetzt. An Art. 4 lit. h ist die Regelung des § 6 Abs. 2 lit. a UGP-RL angelehnt, die wiederum in § 5 Abs. 3 Nr. 1 UWG umgesetzt wurde.

b) Nach EGr. 6 UGP-RL findet diese keine Anwendung auf nationale Rechtsvorschriften, die „lediglich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigen“. Hiernach blieb offen, ob die Richtlinie bei geschäftlichen Handlungen zu berücksichtigen sei, die sich an Verbraucher richten und dadurch Mitbewerber behindern. Diese sogenannten doppelrelevanten Handlungen können unter anderem beim Abfangen oder Abwerben von Kunden oder bei Äußerungen gegenüber Verbrauchern über Mitbewerber, die diese herabsetzen, vorliegen. Teilweise wurde angenommen, dass eine geschäftliche Handlung in diesen Fällen nur als gezielte Behinderung untersagt werden darf, wenn sie auch nach Maßgabe der UGP-Richtlinie im Verhältnis zum Verbraucher unzulässig sei.

Inzwischen stellt der EuGH ausschließlich auf den Schutzzweck der entsprechenden Norm ab. Wird mit ihr der Verbraucherschutz verfolgt, so ist die UGP-Richtlinie zu berücksichtigen, dient sie anderen Zwecken, findet die Richtlinie auch dann keine Anwendung, wenn die Norm klassische geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern regelt (vgl. EuGH v. 08.09.2015, C-13/15, Rn. 26, 32 – *Cdiscount*, GRUR Int. 2015, 1140, Rn. 40.). Dem deutschen Gesetzgeber zufolge geht es bei § 4 Nr. 4 um den Mitbewerberschutz, so dass die UGP-Richtlinie in diesem Bereich nicht zu berücksichtigen ist.

c) Ende 2013 hat die Kommission einen Richtlinienentwurf zur Verbesserung des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen vorgelegt (Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb so wie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, KOM (2013) 813 endg.). Da sich die Regelungen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen in den einzelnen Mitgliedstaaten stark unterschieden, sollte mit Hilfe der Richtlinie der Schutz von Geschäftsgeheimnissen harmonisiert werden. Die an den Trilogverhandlungen Beteiligten erarbeiteten einen Kompromissvorschlag, in dem sämtliche Interessen ausbalanciert wurden. Am 14. April 2016 wurde der Kompromisstext mit großer Mehrheit im EU-Parlament angenommen und im Folgenden die Richtlinie (Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung) erlassen. Bis zum 09.06.2018 mussten die Mitgliedstaaten die Bestimmungen in nationales Recht umsetzen. Der deutsche Gesetzgeber hat dazu das am 26.4.2019 in Kraft getretene Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen verabschiedet (BGBl. 2019 I, 466) (hierzu AP 1).

Ziel der Richtlinie ist die Schaffung europaweit einheitlicher Mindeststandards für den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Dabei bleibt weiterhin – entsprechende der Vorentwürfe – Kern des Regelwerks die einheitliche Definition von Geschäftsgeheimnissen und der Schutzstandard im Verletzungsfall.

## 2. Vergleichende Werbung, § 6 UWG

Vor behindernder, insbesondere herabsetzender vergleichender Werbung schützt § 6 UWG. Vgl. dazu noch gesondert AP 11.

## 3. Schädigung des Geschäftsrufs, § 4 Nrn. 1, 2 UWG

§ 4 Nr. 1 UWG bezweckt den Schutz des Geschäftsrufs vor negativen Meinungsäußerungen und Werturteilen. In Abgrenzung dazu schützt § 4 Nr. 2 UWG den Geschäftsruf vor negativen Tatsachenbehauptungen. Die Regelungen verdrängen § 4 Nr. 4 UWG als *leges speciales*, können aber kumulativ erfüllt sein. Daneben können auch nicht von § 4 Nr. 2 UWG erfasste, weil wahre, Tatsachenbehauptungen gem. § 4 Nr. 1 UWG unlauter sein.

Vor dem Hintergrund, dass Kritik an den Leistungen eines Konkurrenten wettbewerbsimmanent ist und – auch als geschäftliche Handlung – unter dem Schutz der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) steht (sog. *commercial speech*), ist indes eine restriktive Auslegung von § 4 Nr. 1 geboten. Im Rahmen der dabei vorzunehmenden Interessenabwägung überwiegen die Belange des Konkurrenten allerdings insbesondere dann, wenn es sich bei der Meinungsäußerung um Schmähkritik handelt, bei der der Konkurrent pauschal und ohne erkennbaren sachlichen Bezug abgewertet wird.

Bei der Behauptung und Verbreitung rufschädigender Tatsachen kommt es im Rahmen der Prüfung des § 4 Nr. 2 entscheidend darauf an, ob nach dem Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise zumindest ein nachprüfbarer Tatsachenkern besteht. Das Gesetz sieht dann eine Beweislastumkehr vor, wonach eine geschäftsschädigende Tatsachenbehauptung bereits dann unlauter ist, wenn sie nicht erweislich wahr ist. Diese Beweislastumkehr gilt dann nicht, wenn es sich um eine vertrauliche Mitteilung handelt, an der der Mitteilende oder der Empfänger ein berechtigtes Interesse hat (§ 4 Nr. 2, 2. Halbs.).

## 4. Gezielte Behinderung, § 4 Nr. 4 UWG

### a) Bezugsbehinderung

Bezugsbehinderungen sind wettbewerbswidrig, wenn der Mitbewerber an der Erstellung seiner Leistung gehindert und so vom Wettbewerb abgeschnitten werden soll. Unlauter ist es in diesem Zusammenhang etwa, wenn ein Unternehmer Ware bezieht, die er den Umständen nach für seine eigenen Zwecke nicht benötigt und die Maßnahme daher nur den Zweck haben kann, Mitbewerber am Bezug zu hindern. Bei entsprechender Marktmacht können daneben auch Vorschriften des Kartellrechts zur Anwendung kommen.

### b) Absatzbehinderung; „Abfangen“ von Kunden

Unter die Absatzbehinderung fällt in erster Linie das Abfangen von Kunden, die vor oder in unmittelbarer Nähe des Geschäfts der Konkurrenz angesprochen und mit dem eigenen Angebot konfrontiert werden.

„Das Eindringen in einen fremden Kundenkreis und das Ausspannen sowie Abfangen von Kunden, auch wenn diese an einen Mitbewerber gebunden sind, gehören vielmehr grundsätzlich zum Wesen des Wettbewerbs (vgl. BGHZ 110, 156, 171 - HBV-Familien- und Wohnungsrechtsschutz; BGH, Urt. v. 8.11.2001 - I ZR 124/99, GRUR 2002, 548, 549 = WRP 2002, 524 - Mietwagenkostenersatz). Das Ausspannen und Abfangen von Kunden ist jedoch wettbewerbswidrig, wenn besondere, die Unlauterkeit begründende Umstände hinzutreten. Eine unlautere Behinderung des Mitbewerbers ist gegeben, wenn auf Kunden, die bereits dem Wettbewerber zuzurechnen sind, in unangemessener Weise eingewirkt wird, um sie als eigene Kunden zu gewinnen oder zu erhalten (vgl. BGHZ 148, 1, 8 - Mitwohnzentrale.de, m.w.N.). Eine solche unangemessene Einwirkung auf den Kunden liegt nach

der Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn sich der Abfangende gewissermaßen zwischen den Mitbewerber und dessen Kunden stellt, um diesem eine Änderung seines Entschlusses, die Waren oder Dienstleistungen des Mitbewerbers in Anspruch zu nehmen, aufzudrängen (BGH, Urt. v. 30.10.1962 - I ZR 128/61, GRUR 1963, 197, 200 f. = WRP 1963, 50 - Zahnprothesen-Pflegemittel; Urt. v. 27.2.1986 - I ZR 210/83, GRUR 1986, 547, 548 = WRP 1986, 379 - Handzettelwerbung; Urt. v. 15.1.1987 - I ZR 215/84, GRUR 1987, 532, 533 = WRP 1987, 606 - Zollabfertigung; BGHZ 148, 1, 8 - Mitwohnzentrale.de.“ (BGH v. 5.2.2009, I ZR 119/06 – *Änderung der Voreinstellung II*, Rn. 21; ähnlich OLG Düsseldorf v. 27.11.2014, I-15 U 56/14 - *Abfangen von Kunden bei Übernahme von Mobilfunkverträgen* = GRUR-RS 2015, 03180)

Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalles. Der österreichische Oberste Gerichtshof hat zu Recht angenommen, dass das Ansprechen von Busfahrern und Reisenden auf einem für den Besuch einer berühmten Sehenswürdigkeit bestimmten Autobusparkplatz keine unlautere Behinderung ist, wenn der Mitbewerber sein Restaurant zwar im Bereich der Sehenswürdigkeit, aber außerhalb der Sichtweite des Parkplatzes mehr als 100 m entfernt betreibt (OGH, ÖBl 1997, 61 – *Stiftsparkplatz*). Bloße Handzettelwerbung vor dem Konkurrenzgeschäft auf eine mehrere Tage später und an einem anderen Ort stattfindende eigene, gleichartige Verkaufsveranstaltung ist nicht unlauter, da insoweit die sachliche Prüfung des Konkurrenzangebots durch die Interessenten nicht erschwert oder unmöglich gemacht wird (BGH v. 27.02.1986, I ZR 210/83 - *Handzettelwerbung*, GRUR 1986, 547, 548). Diese Beurteilung trifft auch auf das sog. Keyword-Advertising zu, bei welchem mit fremden Unternehmenskennzeichen oder Marken übereinstimmende Begriffe bei einer Internetsuchmaschine als Schlüsselwort (Keyword) angemeldet werden, um bei Eingabe des Begriffs durch einen Internetnutzer auf der dann erscheinenden Internetseite neben der Trefferliste eine Werbeanzeige des Anmelders des Schlüsselworts eingeblendet zu bekommen. Hierin liegt keine unangemessene Beeinflussung potentieller Kunden, da ihnen lediglich eine Kaufalternative aufgezeigt wird (BGH v. 22.01.2009, I ZR 30/07 – *Beta Layout*, MMR 2009, 329.).

Eine unangemessene Beeinflussung bejahte das OLG Frankfurt für den Fall, dass im Einfahrtsbereich eines Einzelhändlers an dessen Kunden Handzettel verteilt wurden, auf denen für die Leistungen eines Mitbewerbers geworben wird. Die besonderen Umstände, die die Unlauterkeit in diesem Fall begründeten, erkannte das Oberlandesgericht darin, dass der Werbende an die in der Einfahrt haltenden Fahrzeuge herantrat, um die Kunden zur Entgegennahme der Handzettel zu veranlassen und diese sich diesem Versuch nicht ohne Weiteres entziehen konnten (OLG Frankfurt a.M. v. 6.10.2016, 6 U 61/16 = GRUR-RR 2017, 278).

### c) Werbebehinderung

Die Vereitelung fremder Werbung durch Zerstören, Überkleben oder Überdecken ist unlauter (vgl. BGH v. 24.06.2004, I ZR 26/02 - *Werbeblocker*, GRUR 2004, 877, 879). Dasselbe gilt für die Beseitigung von Marken und Gütezeichen auf fremden Waren bei anschließendem Weiterverkauf (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1989, 240).

Über den Tatbestand der Werbebehinderung ist es freilich nicht möglich, werbebasierte Geschäftsmodelle als solche zu schützen. Werbefinanzierte Fernsehsender haben es im Allgemeinen hinzunehmen, dass technische Mittel vermarktet werden, die ein Betrachten von Filmen und Serien ohne störende Werbeunterbrechungen ermöglichen (BGH v. 24.06.2004, I ZR 26/02 - *Werbeblocker*, GRUR 2004, 877, 879).

Diesen Zugang bestätigte der BGH im Jahr 2018 in einer Entscheidung zu Werbeblockern für Internet-Browser („AdBlock Plus“; BGH v. 19.04.2018, I ZR 154/16 – *Werbeblocker II*, GRUR 2018, 1251; dazu *Glöckner*, ZUM 2019, 844). Im Angebot des Werbeblockers sei keine gezielte Behinderung im Sinne des § 4 Nr. 4 UWG zu erkennen. Eine Verdrängungsabsicht liege nicht vor, weil die Beklagte in erster Linie die Beförderung ihres eigenen Wettbewerbs verfolge. Sie erziele Einnah-

men, indem sie gegen Entgelt die Möglichkeit der Freischaltung von Werbung durch die Aufnahme in die Whitelist eröffne. Das Geschäftsmodell der Beklagten setze demnach die Funktionsfähigkeit der Internetseiten der Klägerin voraus.

Die Beklagte wirke mit dem Angebot des Programms auch nicht unmittelbar auf die von der Klägerin angebotenen Dienstleistungen ein. Der Einsatz des Programms liege vielmehr in der autonomen Entscheidung der Internetnutzer, die den AdBlocker in ihrem Browser installierten. Die mittelbare Beeinträchtigung des Angebots der Klägerin sei auch deshalb nicht unlauter, weil das Programm keine gegen Werbeblocker gerichteten Schutzvorkehrungen des Internetangebots der Klägerin (z.B. Sperrung der Angebote beim Einsatz von AdBlockern) unterlaufe. Auch die Abwägung der Interessen der Betroffenen führe nicht zu dem Ergebnis, dass eine unlautere Behinderung der Klägerin vorliege. Der Klägerin sei auch mit Blick auf das Grundrecht der Pressefreiheit zumutbar, den vom Einsatz des Programms ausgehenden Beeinträchtigungen zu begegnen, indem sie die ihr möglichen Abwehrmaßnahmen ergreife. Dazu gehöre etwa das Aussperren von Nutzern, die nicht bereit sind, auf den Einsatz des Werbeblockers zu verzichten.

Es liege auch keine allgemeine Marktbehinderung vor, weil keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür bestünden, dass das Geschäftsmodell der Bereitstellung kostenloser Inhalte im Internet zerstört werde.

Das OLG Köln hatte in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2017 noch angenommen, dass der Hersteller eines Werbeblockers, der den Werbenden die Möglichkeit gewährt, sich gegen Entgeltzahlung vom Eingreifen des Werbeblockers freizukaufen, wie dies insbesondere bei Internet-Werbeblockern mit sog. Whitelisting geschieht (OLG Köln, MMR 2017, 124 – *Zulässigkeit des Werbeblockers „Adblock Plus“*), eine unlautere aggressive geschäftliche Handlung gem. § 4a begehe. Auch dies lehnte der BGH zu Unrecht ab, weil er lediglich auf die Beeinflussung der Werbekunden der Webseitenbetreiber abstellte. Es fehle an einer unzulässigen Beeinflussung dieser Marktteilnehmer, weil die Beklagte eine ihr durch das technische Mittel des Werbeblockers etwaig zukommende Machtposition jedenfalls nicht in einer Weise ausnutze, die die Fähigkeit der Marktteilnehmer zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränke. Tatsächlich missbilligt auch der BGH dieses Vorgehen, würdigt es jedoch als missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (BGH v. 08.10.2019, KZR 73/17 – *Werbeblocker III*, GRUR 2019, 1305; dazu *Glöckner*, WRP 2020, 143).

#### d) Vertriebsbehinderung

Insbesondere die unberechtigte Abmahnung stellt richtigerweise eine unlautere Behinderung dar. Aus historischen Gründen wird sie – unter Verletzung des Grundsatzes der Spezialität des UWG – als Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb behandelt (BGH-GS GRUR 2005, 882). Als Behinderungswettbewerb wird hingegen das nicht gerechtfertigte Betreiben eines Take down-Verfahrens qualifiziert (BGH v. 12.03.2015, I ZR 188/13 – *Uhrenankauf im Internet*, GRUR 2015, 607).

#### e) Entfernen von Kontrollnummern

**Fall 1:** Die Klägerin stellt über ihre französische Tochtergesellschaft bekannte Markenparfums her (Davidoff, JOOP!, Jil Sander, Bogner, Monteil und Chopard) und vertreibt sie über ein selektives Vertriebssystem. Alle Produkte der Klägerin tragen auf dem Verpackungskarton eine zehnstellige Codenummer. Diese Nummer erfüllt zwei Funktionen: Zum einen dient sie der nach § 4 Abs. 1 KosmetikVO erforderlichen Identifizierung der Herstellung. Zum anderen ermöglicht die fortlaufend vergebene Nummerierung eine Kontrolle der Vertriebswege. Taucht Ware der Klägerin bei einem nichtgebundenen Wiederverkäufer auf, kann die Klägerin mit Hilfe der jeweiligen Nummer feststellen, auf welchem Wege die Ware in seine Hände gelangt ist. Die Beklagte betreibt eine Parfümeriekette. Obwohl sie nicht in das Vertriebssystem der Klägerin eingebunden ist, bietet sie

in ihren Läden Produkte der Klägerin an. Sie erwirbt diese Produkte auf dem sogenannten grauen Markt, auf dem Waren der Klägerin entgegen den Vorgaben der Depotverträge an nichtgebundene Wiederverkäufer veräußert werden. Anlass für den vorliegenden Rechtsstreit ist der Umstand, dass die Beklagte in ihren Filialen Parfums der Klägerin anbietet, bei denen die letzten vier oder fünf Ziffern der Herstellungsnummer entfernt worden sind. (BGH v. 15.07.1999, I ZR 14/97 – *Entfernung der Herstellungsnummer*, GRUR 1999, 1109)

I. Verstoß gegen § 3a UWG unter dem Gesichtspunkt der Vorsprungserlangung durch Rechtsbruch

Vgl. dazu ausführlich AP 12 – Rechtsbruch.

II. Verstoß gegen § 4 Nr. 4 UWG unter dem Gesichtspunkt der Behinderung

Ein anerkannter Aspekt der gezielten Behinderung ist der Einbruch in fremde Vertragsbeziehungen. Die Verleitung zum Vertragsbruch wird in aller Regel den Vorwurf unlauterer Behinderung tragen. Bei der bloßen Ausnutzung fremden Vertragsbruchs wird allerdings das Hinzutreten besonderer Umstände verlangt. Damit überhaupt ein Vertragsbruch vorliegt, müsste die im Rahmen des selektiven Vertriebssystems vereinbarte Vertriebsbindung wirksam sein und dürfte insbesondere nicht gegen Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB verstoßen.

1. Zulässigkeit des Einsatzes von Kontrollnummernsystemen

a) Im deutschen Recht sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen in Austauschverträgen, um die es sich hier handelt, grundsätzlich gemäß § 1 GWB verboten. Allerdings ist das Kartellverbot in § 1 GWB sehr weit gefasst und schließt häufig Sachverhalte ein, bei denen eine rigorose Anwendung nicht sachgerecht erscheint. Deshalb muss der Anwendungsbereich des § 1 GWB durch immanente Ausnahmen eingeschränkt werden. Unter diese Ausnahmen fallen grundsätzlich auch wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen in Austauschverträgen, wenn sie zur Erreichung des kartellrechtsneutralen Hauptzwecks des Vertrages sachlich geboten sind (BGH v. 14.01.1997, KZR 41/95 - *Druckgussteile*, NJW 1997, 2324; BGH v. 12.05.1998, KZR 18/97 - *Subunternehmervertrag*, NJW-RR 1998, 1508).

b) Auch nach europäischem Recht sind selektive Vertriebssysteme bzw. die zugrundeliegenden Verträge als immanente Ausnahme des Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht von vornherein unwirksam (vgl. Art. 101 Abs. 2 AEUV). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften handelt es sich bei ihnen um einen mit Art. 101 Abs. 1 AEUV zu vereinbarenden Bestandteil des Wettbewerbs, sofern die Auswahl der Wiederverkäufer aufgrund objektiver Gesichtspunkte qualitativer Art erfolgt, die sich auf die fachliche Eignung des Wiederverkäufers, seines Personals und seiner sachlichen Ausstattung beziehen, und sofern diese Voraussetzungen einheitlich für alle in Betracht kommenden Wiederverkäufer festgelegt und ohne Diskriminierung angewendet werden (EuGH v. 25.10.1977, Rs. 26/76, Slg. 1977, 1875 – *SABA II*, GRUR Int. 1978, 254, 256 Tz. 20; EuGH v. 11.12.1980, Rs. 31/80, Slg. 1980, 3775 – *L'Oreal*, GRUR Int. 1981, 315, 316 Tz. 15; EuGH v. 25.10.1983, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151 – *AEG-Telefunken*, GRUR Int. 1984, 28, 29 Tz. 35.). Diese Grundsätze stehen in engem Zusammenhang mit den wettbewerbslichen Wirkungen geschlossener selektiver Vertriebssysteme. Letztere beeinflussen bei europaweiter Verbreitung zwangsläufig den Wettbewerb im Binnenmarkt. Gleichwohl können die Eigenschaften bestimmter Erzeugnisse den Vertrieb in einem selektiven System erfordern, wenn beispielsweise bei technischen Produkten nur auf diese Weise zu gewährleisten ist, dass sie richtiger gebraucht werden und ihre Qualität zum Tragen kommt (EuGH v. 25.10.1983, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151 – *AEG-Telefunken*, GRUR Int. 1984, 28, 29 Tz. 33.). Für den hier in Frage stehenden

Bereich der Luxuskosmetika hat das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften das Erfordernis eines selektiven Vertriebssystems damit begründet, dass ein allgemeiner Verkauf, der bei der Präsentation dieser Produkte nicht das ästhetisch und funktionell Besondere herausstelle, dem Erfordernis nicht gerecht werde, die "Aura von Luxus" der betreffenden Produkte in den Augen der Verbraucher aufrechtzuerhalten (EuG v. 12.12.1996, Rs. T-19/92, Slg. 1996, II-1851 – *Leclerc/Kommission*, GRUR Int. 1998, 149, 155 f. Tz. 114 ff. vgl. auch BGH v. 12.05.1998, KZR 23/96 - *Depotkosmetik*, GRUR 1999, 276).

c) Von einem rechtlich zu missbilligenden Vertriebssystem kann jedenfalls dann nicht gesprochen werden, wenn es auf (kartellrechtlich) wirksamen Verträgen beruht (vgl. o.) und wenn es darüber hinaus entsprechend den EU-kartellrechtlichen Anforderungen - nach der Art der zu vertreibenden Waren zu urteilen - einem berechtigten Interesse sowohl des Herstellers als auch des Handels dient sowie vom Hersteller diskriminierungsfrei angelegt worden ist und entsprechend gehandhabt wird. Hierzu zählt, dass der Hersteller innerhalb eines einheitlichen Wirtschaftsraums die Händler, die er beliefert, grundsätzlich denselben vertraglichen Verpflichtungen unterwirft und dass er - bei Lieferungen an Abnehmer außerhalb dieses Gebiets durch eine entsprechende vertragliche Absicherung oder gegebenenfalls mit Hilfe des Markenrechts - dafür Sorge trägt, dass innerhalb des Wirtschaftsraums nur die systemgebundenen Händler als Anbieter seiner Waren auftreten dürfen, dass also das System innerhalb des Wirtschaftsgebietes gedanklich lückenlos ist. Zwar sind tendenziell die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen eines selektiven Vertriebssystems größer, wenn nicht nur einige, sondern alle belieferten Händler gebunden werden (vgl. EuGH, Slg. 1994, I-15 – *Metro/Cartier*, GRUR 1994, 300, 302 Rn. 26). Es muss jedoch verhindert werden, dass mit Hilfe eines Kontrollnummernsystems nichtgebundene Abnehmer einer verschleierte (Preis-)Bindung unterworfen werden können. Diese Gefahr bestünde zum Beispiel, wenn ein Kontrollnummernsystem zum Schutze eines nur gegenüber einem Teil der Händler praktizierten Vertriebssystems eingesetzt würde und gleichwohl die Entfernung der Kontrollnummern wettbewerbsrechtlich untersagt werden könnte. Denn wenn nicht zuvor ein vertragliches Bindungssystem geschaffen worden ist, deutet die Verwendung einer solchen Codierung darauf hin, dass das Nummernsystem nicht als erste Stufe eines Vertriebsbindungssystems, sondern an dessen Stelle als Mittel der Vertriebskontrolle gewählt worden ist (vgl. BGH v. 01.06.1988, I ZR 83/87 – *Entfernung von Kontrollnummern III*, WRP 1989, 369, 371).

Dagegen hängt die in diesem Zusammenhang vorzunehmende Bewertung eines Vertriebssystems aber nicht von seiner praktisch lückenlosen Durchführung ab. In diesem Zusammenhang kann offenbleiben, ob an der praktischen Lückenlosigkeit als einer Voraussetzung für die Geltendmachung von wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen gegenüber Außenseitern festzuhalten ist. Auch wenn die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu dieser Frage entgegen den Vorschlägen, die der Senat in seinem Beschluss vom selben Tage in der Sache I ZR 130/96 - *Außenseiteranspruch* - unterbreitet hat, unverändert fortgeführt wird, können tatsächliche Lücken in einem Vertriebssystem nicht bereits seine rechtliche Missbilligung begründen und dazu führen, dass Versuche, diese Lücken zu schließen, ebenfalls rechtlich zu missbilligen wären. Soll dem Hersteller mit dem Einsatz von Kontrollnummern eine rechtliche Möglichkeit an die Hand gegeben werden, vertragsbrüchige Händler zu ermitteln und die durch ihren Vertragsbruch entstandenen Lücken zu schließen, kann dieses Ziel nicht bereits die Voraussetzung für den Einsatz des Mittels darstellen. Es geht nicht an, dass einerseits die rechtliche Billigung und Anerkennung des Vertriebssystems von der praktischen Lückenlosigkeit abhängig gemacht wird und andererseits dem Hersteller unter Hinweis auf die

fehlende rechtliche Billigung des Vertriebssystems der Einsatz von Kontrollmöglichkeiten - wie beispielsweise der Einsatz eines Nummernsystems - verwehrt wird.

## 2. Lauterkeitsrechtliche Haftung des Händlers

### a) Ausnutzen fremden Vertragsbruchs

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes handelt der Kaufmann, der den Vertragsbruch eines Vertragspartners seines Wettbewerbers nur ausnutzt, ohne den Gebundenen zu dem Vertragsbruch zu verleiten, nicht wettbewerbswidrig, solange nicht besondere die Unlauterkeit begründende Umstände hinzutreten (vgl. u.a. BGH v. 30.01.1976, I ZR 108/74 - *Möbelentwürfe*, GRUR 1976, 372, 374; BGH v. 04.10.1990, I ZR 139/89 - *Betriebssystem*, GRUR 1991, 449, 453; BGH v. 24.02.1994, I ZR 74/92 - *Sistierung von Aufträgen*, GRUR 1994, 447, 449). Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass die schuldrechtliche Bindung zwischen dem Wettbewerber und seinem Vertragspartner Dritten gegenüber im allgemeinen keine rechtlichen Wirkungen zu entfalten vermag und dass die Annahme eines Wettbewerbsverstoßes schon bei einem Ausnutzen fremden Vertragsbruchs gewissermaßen zu einer - im Interesse der Verkehrsfähigkeit unerwünschten - Verdinglichung der schuldrechtlichen Verpflichtungen führen würde (BGH v. 16.03.2006, I ZR 92/03 - *Flüssiggastank*, GRUR 2006, 879, 880).

Allein darin, dass der Außenseiter den Vertragsbruch eines gebundenen Händlers ausnutzt, liegen keine besonderen Umstände zur Begründung der Unlauterkeit.

aa) In den Fällen der Preisbindung hat die Rechtsprechung ein solches zusätzliches Unlauterkeitsmerkmal in der Weiterveräußerung der Ware unter dem gebundenen Preis gesehen (vgl. BGHZ 37, 30, 34 - *Selbstbedienungsgroßhandel*; BGH v. 09.11.1967, KZR 9/65 - *Trockenrasierer III*, GRUR 1968, 272, 274 f.). Dabei wurde berücksichtigt, dass jede Preisunterbietung durch einen Außenseiter das Bindungssystem gefährdet, weil dem Gebundenen die Einhaltung der vorgegebenen Preise nicht mehr zugemutet werden kann, wenn seine Preise von ungebundenen Wettbewerbern unterboten werden. Ob diese Umstände in Fällen der Preisbindung für die Annahme eines Wettbewerbsverstoßes ausreichen, bedarf im Streitfall keiner Klärung.

bb) Bei der Vertriebsbindung ist lediglich auf den wettbewerblichen Vorsprung abgestellt worden, den der Außenseiter in zweifacher Weise erziele: zum einen im Verhältnis zu anderen ungebundenen Mitbewerbern dadurch, dass er im Gegensatz zu ihnen sein Sortiment durch die Waren des Vertriebsbinders vervollständigen könne (BGHZ 37, 30, 34 f. - *Selbstbedienungsgroßhandel*; BGH v. 09.11.1967, KZR 9/65 - *Trockenrasierer III*, GRUR 1968, 272, 275), und zum anderen im Verhältnis zu den gebundenen Händlern, die verpflichtet seien, die Vorgaben des Vertriebsbinders einzuhalten. Beide Gesichtspunkte reichen nach Ansicht des Senats bei wertender Betrachtung nicht aus, um eine Unlauterkeit zu begründen.

cc) Behinderung: Wird dem Hersteller die Kontrolle eines nach den oben beschriebenen Grundsätzen nicht zu beanstandenden Vertriebssystems durch die Entfernung oder durch das Unkenntlichmachen der Kontrollnummern erschwert, so steht ihm auch gegenüber dem Außenseiter, der eine solche veränderte Ware vertreibt, unter dem Gesichtspunkt einer wettbewerbswidrigen Behinderung ein Unterlassungsanspruch nach § 8 UWG zur Seite.]

### f) Abwerben von Kunden

**Fall 2:** A und B sind Wettbewerber auf dem Gebiet der Wärme- und Wasserverbrauchserfassung und deren Abrechnung. Der Vater des B war zunächst Handelsvertreter der A und B sein Angestellter. Danach machte B sich als Franchisenehmer des Un-

ternehmens D. Messdienst selbständig. Nachdem A feststellte, dass in dem Bezirk, in dem B aktiv war, mehr als 20 Kunden die Verträge mit ihr gekündigt hatten und die Kündigungsschreiben in Wortlaut und Schriftbild nahezu übereinstimmten, fand sie heraus, dass B ihre Kunden systematisch veranlasst hatte, vorgefertigte Kündigungsschreiben zu unterschreiben, und dann mit ihnen selbst Verträge geschlossen hatte. (Nach BGH v. 07.04.2005, I ZR 140/02 – *Kündigungshilfe*, WRP 2005, 874)

Das Abwerben von Kunden, bei welchem es darum geht, Kunden zur Beendigung einer bestehenden geschäftlichen Beziehung mit einem Mitbewerber zu veranlassen, ist für sich betrachtet noch nicht als unlauter einzustufen. Es gehört zu den unabdingbaren Elementen des freien, fairen und unverfälschten Wettbewerbs, dass kein Unternehmen Anspruch auf dauerhafte Behauptung seiner Kunden hat. Vielmehr muss jederzeit mit einer möglichen Abwerbung durch Mitbewerber gerechnet werden. Als Grundsatz ist somit davon auszugehen, dass die Abwerbung von Kunden zulässig ist, mögen dadurch andere Unternehmen noch so sehr gezielt behindert werden.

Unlauter ist das Eindringen in einen fremden Kundenkreis erst dann, wenn besondere, die Unlauterkeit begründende Umstände hinzutreten. Solche Umstände können im Einsatz bestimmter missbilligter Mittel und Methoden erkannt werden. Die Unlauterkeit ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung des Verhaltens unter Berücksichtigung von Inhalt, Zweck und Beweggrund sowie der Begleitumstände vorzunehmen. Solche die Unlauterkeit begründenden Umstände sind in der Regel gegeben, wenn sich der Wettbewerber eines von dem abgeworbenen Dritten begangenen Vertragsbruchs bewusst ist und gerade hierauf abzielt (BGH v. 11.09.2008, I ZR 74/06 – *bundesligakarten.de*, GRUR 2009, 173, 176.). Das bloße Ausnutzen allein soll nicht ausreichend sein (BGH v. 16.03.2006, I ZR 92/03 – *Flüssiggastank*, WRP 2006, 1027, 1027.).

Die schlichte „Anstiftung“ zum Gebrauchmachen von vertraglichen Lösungsrechten – insb. der Kündigung von Dauerschuldverhältnissen wie Versicherungsverträgen oder langfristigen Bezugsverträgen (Telekommunikationsdienstleistungen, Gas- oder Strombezugsverträge, Versicherungsverträge, Bankdienstleistungen) ist *per se* zulässig. Ebenso ist es wettbewerbskonform, Kündigungshilfe durch Hinweise auf Notwendigkeit, Frist und Form einer Kündigung zu leisten.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie das Vorlegen eines vorgefertigten Kündigungsschreibens mit dem Zweck, Kunden abzuwerben, welche mit einem Konkurrenten vertraglich verbunden sind, rechtlich zu beurteilen ist. Ein durchschnittlich informierter und verständiger Verbraucher wird allein durch eine solche Dienstleistung indes nicht unsachlich zum Abschluss eines Vertrages mit einem Mitbewerber veranlasst.

Die Benutzung eines vorformulierten Kündigungsschreibens kann allerdings unter Umständen ein wettbewerbswidriges Vorgehen im Sinne des § 4a UWG erleichtern, etwa wenn der Abwerbende dem Kunden bei der Kündigung der Vertragsbeziehung zu seinem Mitbewerber nicht nur in dieser Weise behilflich ist, sondern ihn irreführt, überrumpelt oder sonst unangemessen in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt. Diese Gefahr genügt aber nicht, um schon die Verwendung eines vorformulierten Kündigungsschreibens für sich als wettbewerbswidrig zu beurteilen.

Hinzutretende besondere Unlauterkeitsumstände wären demgegenüber zu bejahen, wenn B die Abwerbeversuche bereits vorbereitet hätte, als er noch Mitarbeiter seines Vaters als Handelsvertreter der A war (vgl. oben; BGH v. 07.04.2005, I ZR 140/02 - *Kündigungshilfe*, WRP 2005, 874).

## g) Abwerbung von Mitarbeitern

Die Freiheit des Wettbewerbs erstreckt sich auch auf die Nachfrage nach Arbeitnehmern. Ein Abwerben ist daher nur dann unlauter, wenn der damit verfolgte Zweck oder die dabei angewandten Mittel verwerflich sind.

„14 a) Das Abwerben fremder Mitarbeiter ist als Teil des freien Wettbewerbs grundsätzlich erlaubt. Es ist nur dann wettbewerbswidrig, wenn unlautere Begleitumstände hinzukommen, insbesondere unlautere Mittel eingesetzt oder unlautere Zwecke verfolgt werden [...].

15 b) Das bloße Ausnutzen eines fremden Vertragsbruchs, ohne den vertraglich Gebundenen zu dem Vertragsbruch zu verleiten, ist dagegen grundsätzlich nicht unlauter, wenn nicht besondere die Unlauterkeit begründende Umstände hinzutreten (BGHZ 143, 232, 240 - Außenseiteranspruch II; BGH, Urt. v. 6.6.2002 - I ZR 79/00, GRUR 2002, 795, 798 = WRP 2002, 993 - Titelexklusivität). Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass die schuldrechtliche Bindung zwischen dem Wettbewerber und seinem Vertragspartner Dritten gegenüber im Allgemeinen keine rechtlichen Wirkungen zu entfalten vermag und dass die Annahme eines Wettbewerbsverstoßes schon bei Ausnutzen fremden Vertragsbruchs gewissermaßen zu einer Verdinglichung der schuldrechtlichen Verpflichtungen führen würde (BGHZ 143, 232, 240 - Außenseiteranspruch II; BGH GRUR 2002, 795, 798 - Titelexklusivität).

16 c) Diese Grundsätze gelten auch für das Ausnutzen des Vertragsbruchs eines bei einem Mitbewerber beschäftigten Mitarbeiters (vgl. BGH, Urt. v. 30.1.1976 - I ZR 108/74, GRUR 1976, 372, 374 = WRP 1976, 237 - Möbelentwürfe; [...]). Jeder Mitarbeiter hat das durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Recht der freien Wahl des Arbeitsplatzes (BVerfGE 97, 169, 175; BGHZ 158, 174, 182 - Direktansprache am Arbeitsplatz I). Dies schließt das Recht ein, selbst über das Ende seines Arbeitsverhältnisses und den Wechsel zu einem neuen Arbeitgeber zu entscheiden und dabei gegebenenfalls das Risiko einzugehen, durch das neue Arbeitsverhältnis den Vertrag mit dem alten Arbeitgeber zu verletzen. Verstößt ein Handelsvertreter gegen ein (vertragliches oder nachvertragliches) Wettbewerbsverbot, so ist er dem Unternehmer zwar zum Schadensersatz verpflichtet. Insbesondere hat er den Gewinn zu ersetzen, der dem Unternehmer dadurch entgangen ist, dass der Handelsvertreter vertragswidrig Geschäfte nicht für ihn, sondern für einen Konkurrenten vermittelt hat (vgl. BGH, Urt. v. 3.4.1996 - VIII ZR 3/95, ZIP 1996, 1006, 1008). Dagegen muss der vertragsbrüchige Handelsvertreter die Vergütung, die er von dem Konkurrenten für die für diesen unter Verstoß gegen das ihm auferlegte Wettbewerbsverbot vermittelten Geschäfte erhalten hat, nicht herausgeben (BGH, Urt. v. 23.1.1964 - VII ZR 133/62, NJW 1964, 817 f.; [Baumbach/Hopt, HGB, 32. Aufl., § 86 Rdn. 32; MünchKomm.HGB/von Hoyningen-Huene, 2. Aufl., § 86 Rdn. 44; Löwisch in Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, § 86 Rdn. 45, § 90a Rdn. 38 m.w.N.). Die Wirksamkeit des Vertragsverhältnisses zwischen dem Konkurrenten und dem (vertragsbrüchigen) Handelsvertreter wird demnach durch den von diesem begangenen Verstoß gegen das für ihn im Verhältnis zu seinem bisherigen Vertragspartner bestehende Wettbewerbsverbot nicht berührt. Der Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot entfaltet Wirkungen lediglich im Vertragsverhältnis zwischen dem Handelsvertreter und seinem Vertragspartner, nicht dagegen gegenüber dem Konkurrenten, für den der Handelsvertreter (vertragswidrig) tätig wird. Die Unternehmer sind ausreichend dadurch geschützt, dass sie ihre vertragsbrüchigen Vertragspartner auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch nehmen können (vgl. dazu Roth in Koller/Roth/Morck, HGB, 6. Aufl., § 86 Rdn. 12 m.w.N.).“ (BGH v. 11.01.2007, I ZR 96/04 – *Außendienstmitarbeiter*, WRP 2007, 951)

Besondere Umstände können aber insbesondere angenommen werden, wenn Mitbewerber durch planmäßiges Ausspannen eingearbeiteter Arbeitskräfte geschädigt werden sollen. Auch eine Vereinbarung eines Wettbewerbers mit den Führungskräften eines anderen Mitbewerbers, eine konzertierte Abwerbung eines Großteils von dessen Mitarbeitern durch dessen Leitungs-

kräfte - gleichsam "von innen heraus" - vorzunehmen, kann unlauter sein (OLG Hamburg, Urt. v. 25.7.2019, 3 U 12/16, GRUR-RR 2020, 18 - *Emissionshaus*).

#### h) Boykott

Ein Boykott liegt vor, wenn zu einer Liefer- oder Bezugssperre aufgefordert wird (BGH v. 08.10.2019, KZR 73/17 – *Werbeblocker III*, GRUR 2019, 1305 Rn. 12). Demnach setzt der Boykott drei Beteiligte voraus: den Auffordernden (Verrufer), den Adressaten (Ausführer, der die Sperre vornehmen soll, sowie den Verrufenen/Boykottierten. Der Adressat des Aufrufs und der Verrufene müssen bestimmt oder zumindest bestimmbar sein (BGH v. 08.10.2019, KZR 73/17 – *Werbeblocker III*, GRUR 2019, 1305 juris-Rn. 12).

#### i) Preisunterbietung in Verdrängungsabsicht

Ausgehend von der Preisbildungsfreiheit ist die Preisunterbietung grundsätzlich als wettbewerbskonform anzusehen. Die Preisunterbietung stößt aber dann an wettbewerbsrechtliche Grenzen, wenn sie dazu eingesetzt wird, Konkurrenten zu behindern und vom Markt zu verdrängen (RGZ 134, 342 – *Benrather Tankstelle*). Die Praxis verlangt bis heute das Vorliegen einer Verdrängungsabsicht. Eine Verdrängungsabsicht ist zwar schwer nachzuweisen. Für ihr Vorliegen spricht es aber, wenn Waren oder Dienstleistungen systematisch unter Einstandspreis angeboten werden. Wer nämlich Verluste durch Untereinstandspreisverkäufe in Kauf nimmt, tut dies regelmäßig in der einen Hoffnung, damit Wettbewerber vom Markt zu verdrängen, um anschließend die Preise übermäßig zu erhöhen. Im Handel ist ein konkretes Angebot unter Einstandspreis unverzichtbare Voraussetzung für die Annahme einer unlauteren Preisunterbietung. Dennoch verlangt auch hier die Rechtsprechung das Hinzutreten weiterer die Unlauterkeit begründenden Umstände (vgl. BGH v. 30.03.2006, I ZR 144/03 – *10 % billiger*, WRP 2006, 888).

Solange der Anbieter seine Selbstkosten nicht unterschreitet, ist die Preisunterbietung, bei der ein Anbieter noch Gewinn erzielt oder zumindest seine Selbstkosten deckt, Ausdruck von Wettbewerb.

Das Erfordernis der Verdrängungsabsicht scheint zwar auf den ersten Blick dem objektiven Zweck des Wettbewerbsschutzes zu widersprechen. Immerhin kann die Verdrängungsabsicht, auf welche ihrerseits häufig aufgrund äußerer Umstände geschlossen werden kann, als Indiz gewertet werden, dass bei Preiskämpfen eine oder mehrere Parteien vom Markt verdrängt werden und die daraus resultierende monopolistische Marktstruktur ausgenutzt wird.

Weiterhin zu beachten ist, dass eine Preisgestaltung, durch welche nur die abstrakte Gefahr (z.B. im Rahmen einer Werbemaßnahme) begründet wird, dass in einzelnen Fällen Waren unter Einstandspreis abgegeben werden, nicht unter dem Gesichtspunkt der gezielten Behinderung von Mitbewerbern als unlautere Wettbewerbshandlung anzusehen ist (BGH v. 02.10.2008, I ZR 48/06 – *Küchentieftstpreis-Garantie*, WRP 2009, 432). Eine solche Maßnahme ist nämlich objektiv nicht geeignet, einen oder mehrere Wettbewerber vom Markt zu verdrängen oder den Bestand des Wettbewerbs ernstlich zu gefährden.

#### j) Missbrauch von Nachfragemacht

Unter der Fallgruppe des Missbrauchs von Nachfragemacht wird in erster Linie das sog. „Anzapfen“ diskutiert, also das Fordern von Leistungen, denen keine oder keine adäquate Gegenleistung gegenübersteht. Allerdings gilt auch hier, dass die kartellrechtlichen Normen, insbesondere §§ 20 Abs. 2, 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB, nicht ohne weiteres unterlaufen werden dürfen (*Köhler*, WRP 2006, 139; *ders.*, WRP 2005, 645). Daneben können aber §§ 4 Nr. 4, 4a Abs. 1 UWG zur Anwendung kommen (dazu *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 42. Aufl., 2024, § 4 UWG Rn. 4.133).

Im Jahr 2019 hat der europäische Gesetzgeber die RL (EU) 2019/633 über unlautere Handelspraktiken in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette verabschiedet (ABl. 2019 Nr. L 111/59). Sie soll durch spezifische Verbote unlauteren Handelspraktiken entgegenwirken, die gem. EGr. 1 S. 1, 2 durch erhebliche Ungleichgewichte in Bezug auf die Verhandlungsmacht von Lieferanten und Käufern im Agrar- und Lebensmittelsektor entstanden sind. Der nationale Gesetzgeber hatte die Richtlinie bis Mai 2021 umzusetzen und tat dies schließlich in Form des Gesetzes zur Stärkung der Organisationen und Lieferketten im Agrarbereich, in Kraft getreten am 9.07.2021.

k) Nachahmung

**Fall 3:** A und B stellen Flüssigkeitsring-Vakuumpumpen her. Die A tut dies seit Jahrzehnten und nimmt mit ihnen für den Bereich der Bundesrepublik Deutschland die Marktführerschaft in Anspruch. B bietet FRV-Pumpen an, die bestimmten FRV-Pumpen der Kl. aus verschiedenen Baureihen zumindest entsprechen. Es handelt sich bei ihnen um hochkomplizierte technische Erzeugnisse, die - ebenso wie das aus ihnen bestehende Programm - auf langjähriger Erfahrung beruhen und das Ergebnis langwieriger und kostspieliger Forschungs- und Entwicklungsarbeit sind. Sie sind von ausgezeichneter Qualität und haben einen sehr guten Ruf. B hat insgesamt 19 von über 100 Pumpen aus dem Programm der A in der Weise übernommen, dass sie hinsichtlich der ihre hydraulische Funktion betreffenden Maße identisch sind, so dass ihre Einzelteile als Ersatzteile an die Stelle der entsprechenden Teile der Pumpen der A treten könnten. B unterbietet A preislich. (BGH v. 14.12.1995, I ZR 240/93 – *Vakuumpumpen*, GRUR 1996, 210)

Die Rechtsprechung zum aUWG nahm aufgrund einer Gesamtwürdigung eine unlautere Behinderung an, wenn der Nachahmer sich bei freier Wählbarkeit einer Fülle von Gestaltungsmöglichkeiten schrittweise und zielbewusst an eine Vielzahl von Produkten des Originalherstellers (in casu: 19 von über 100) anhängt und ihm aufgrund der Einsparung kostspieliger eigener Entwicklungsarbeit eine erhebliche Preisunterbietung möglich ist, die ihm entsprechende Wettbewerbsvorteile verschafft (BGH v. 14.12.1995, I ZR 240/93 – *Vakuumpumpen*, GRUR 1996, 210, 212). Dabei spielte auch die Möglichkeit der Amortisation der Entwicklungskosten durch den Originalhersteller eine Rolle. Dem ist in Ergebnis und Begründung weitestgehend zuzustimmen. Das ergibt sich im Wesentlichen aus dem dem Lauterkeitsrecht zugrunde zu legenden dynamischen Wettbewerbsmodell, das ebenso sehr wie von der Imitation von der Innovation lebt und deswegen die Möglichkeit der Erzielung temporärer Vorsprungsrenten voraussetzt (vgl. dazu im Einzelnen AP 10).

Werden nicht verwechselbare Produkte verschiedener Hersteller durch bloße Schaffung von Kompatibilität in Zusammenhang gebracht, so kann grundsätzlich unlautere Behinderung vorliegen, wenn die kompatiblen Folgeprodukte in billigerer Ausführung auf den Markt gebracht werden, so dass die Gefahr besteht, dass die schlechte billige Ware die teuren besseren Waren vom Markt verdrängt. Dafür ist aber erforderlich, dass die Qualitätsmängel des billigeren kompatiblen Produkts den Ruf des teureren „Originals“ beeinträchtigen (vgl. BGH v. 08.12.1999, I ZR 101/97 – *Modulgerüst*, GRUR 2000, 521, 527).

Seit der UWG-Novelle 2004 war der wettbewerbliche Schutz vor Nachahmung zwar in § 4 Nr. 9 – nunmehr § 4 Nr. 3 – geregelt. Aus methodischen Gründen kann jedoch nach wie vor auf den Behinderungsgesichtspunkt selbständig unter § 4 Nr. 4 zurückgegriffen werden (vgl. BGH v. 11.01.2007, I ZR 198/04 – *Handtaschen*, GRUR 2007, 795 Ls. 2; BGH v. 04.05.2016, I ZR 58/14 – *Segmentstruktur*, GRUR 2017, 79). Zur Frage, inwieweit das Lauterkeitsrecht neben den Immaterialgüterrechten Schutz vor Nachahmungen bietet, d.h. zur Frage des ergänzenden lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutzes, vgl. AP 10.

## 5. Geheimnisschutz, GeschGehG

Das Geschäftsgeheimnisgesetz (BGBl. 2019 I, S. 466, vgl. dazu bereits AP 1) ist mit Wirkung zum 19. April 2019 in Kraft getreten.

### a) Geheimnis

Der Begriff des Geschäftsgeheimnisses wird in § 2 Nr. 1 GeschGehG definiert. Die Definition wurde auf Empfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zuletzt noch abgeändert (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 13.3.2019, BT-Drs. 19/8300). Ein Geschäftsgeheimnis ist danach eine Information,

- die weder insgesamt noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne Weiteres zugänglich ist und daher von wirtschaftlichem Wert ist
- und Gegenstand von den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch ihren rechtmäßigen Inhaber ist
- und bei der ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht.

Die nachträgliche Aufnahme eines berechtigten Interesses soll die Vorgaben des EGr. 14 Richtlinie (EU) 2016/943 umsetzen und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Rechnung tragen (BVerfG, MMR 2006, 375, 376 – Geschäfts- und Betriebsgeheimnis im verwaltungsgerichtlichen Verfahren).

### b) Zivilrechtliche Ansprüche

#### Verhaltensnormen

Der Überschrift nach eher verwirrend („Allgemeines“) werden die Verhaltensnormen sinnvollerweise im ersten Abschnitt des Geschäftsgeheimnisgesetzes niedergelegt. § 1 GeschGehG ist zwar mit „Anwendungsbereich“ amtlich überschrieben, enthält jedoch tatsächlich eine Schutzzweckbestimmung: Das Gesetz soll nämlich dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor unerlaubter Erlangung, Nutzung und Offenlegung dienen. Der Leser vermisst allerdings auch insoweit eine weitere Konkretisierung. Weitere Vorschriften enthalten Definitionen (§ 2 GeschGehG), ausdrücklich erlaubte Handlungen (§ 3 GeschGehG), verbotene Handlungen (§ 4 GeschGehG) und Ausnahmen (§ 5 GeschGehG).

Im zweiten Abschnitt des Geschäftsgeheimnisgesetzes werden zivilrechtliche Ansprüche des Geheimnisinhabers gegen den Rechtsverletzer nach §§ 3 ff. GeschGehG geregelt. Hierzu zählen Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung (§ 6 GeschGehG), Vernichtung, Herausgabe und Rückruf (§ 7 GeschGehG), Auskunft (§ 8 GeschGehG) und Schadensersatz bei fahrlässiger oder vorsätzlicher Verletzung (§ 10 GeschGehG).

### c) Strafrechtliche Sanktionen

Die bisher in §§ 17 – 19 UWG geregelten Strafvorschriften wurden in den vierten Abschnitt des Geschäftsgeheimnisgesetzes übernommen und bestehen als § 23 GeschGehG mit unterschiedlichen Tatbestandsvarianten fort. § 23 GeschGehG bezweckt den Schutz des Unternehmensinhabers vor einer Verletzung seiner Geschäftsgeheimnisse.

*Anm.:* Beachten Sie bitte, dass § 19 UWG zwar wieder existiert, aber einen ganz anderen Regelungsgehalt bekommen hat: In § 19 UWG befindet sich nun statt einer Vorschrift zum Verleiten und Erbieten zum Verrat eine Bußgeldvorschrift bei einem weitverbreiteten Verstoß und einem weitverbreiteten Verstoß mit Unions-Dimension. Die Vor-

schrift knüpft nunmehr im Kontext der verwaltungs- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtlichen Durchsetzung an die verbraucherschützenden Tatbestände in § 5c UWG an.

Die nicht praxisrelevante Unterscheidung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der §§ 17 ff. UWG entfällt zugunsten des von der Richtlinie vorgegebenen einheitlichen Geschäftsgeheimnisbegriffs (§ 4 GeschGehG). Änderungen ergeben sich hingegen für das Merkmal „zu Gunsten eines Dritten“, das beim Eingreifen von Rechtfertigungsgründen nach § 5 GeschGehG entfällt und daher etwa beim Whistleblowing nicht erfüllt ist. Die weiteren Änderungen im Wortlaut des § 17 UWG 2019 gegenüber § 23 GeschGehG sind lediglich redaktioneller Natur, so dass mit ihnen keine inhaltlichen Änderungen einhergehen.

#### (1) Tatbestände

§ 23 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 GeschGehG (§ 17 Abs. 2 UWG 2019) stellt die Betriebsspionage unter Strafe. Der Täter muss ein Geschäftsgeheimnis unbefugt erlangt haben (früher: verschafft oder gesichert) (Abs. 1 Nr. 1) oder unbefugt nutzen oder offenlegen (früher: verwertet oder jemandem mitgeteilt) (Abs. 1 Nr. 2). Anders als noch bei § 17 Abs. 2 UWG 2019 ist der Tatbestand nicht auf den Einsatz bestimmter Mittel beschränkt. Auch der Täterkreis ist in Nr. 1 und 2 nicht auf Beschäftigte beschränkt; Täter kann vielmehr jedermann sein. Durch § 23 Abs. 2 GeschGehG wird zudem auch die weitere Nutzung und Offenlegung der nach § 23 Abs. 1 Nr. 2 GeschGehG erlangten Geheimnisse unter Strafe stellt.

§ 23 Abs. 1 Nr. 3 GeschGehG (§ 17 Abs. 1 UWG 2019) erfasst den Fall des Geheimnisverrats durch „eine bei einem Unternehmen beschäftigte Person.“ Die Vorschrift stellt den Geheimnisverrat allerdings nur dann unter Strafe, wenn er „während der Geltungsdauer des Beschäftigungsverhältnisses [früher: Dienstverhältnisses]“ erfolgt. Eine Verletzungshandlung, die nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses begangen werde, kann allenfalls zivilrechtliche Konsequenzen mit sich bringen. Auch hier wird die Nutzung oder Offenlegung der auf diese Weise erlangten Geheimnisse durch Dritte bestraft, § 23 Abs. 2 GeschGehG.

§ 23 Abs. 3 GeschGehG (früher: § 18 Abs. 1 UWG 2019) schützt das Interesse des Betriebsinhabers an der ungestörten Nutzung bestimmten Know-hows. Bestraft wird die Nutzung oder Offenlegung von geheimen Vorlagen oder Vorschriften technischer Art. Der Wortlaut des § 23 Abs. 3 beschränkt sich auf Vorlagen, die „im geschäftlichen Verkehr“ anvertraut wurden. Täter kann demnach nur ein Außenstehender sein, nicht jedoch ein Beschäftigter des Unternehmens.

#### (2) Versuchsstrafbarkeit, Antragsdelikt und Beteiligung

Die Strafbarkeit des Versuches wird in § 23 Abs. 4 GeschGehG geregelt. Zu beachten ist, dass es sich bei § 23 GeschGehG um Antragsdelikte handelt, die nur bei besonderem öffentlichen Interesse von Amts wegen verfolgt werden dürfen, § 23 Abs. 8 GeschGehG.

Die Strafbarkeit der Beteiligten ergibt sich aus § 23 Abs. 7 S. 2 GeschGehG, der auf die §§ 30 f. StGB verweist und dem Gefährdungspotential von Vorbereitungshandlungen Rechnung trägt. Für Beihilfehandlungen werden im Bereich von Presse und Rundfunk durch Absatz 6 einige Handlungen ausgenommen: Beschränkt sich der Tatbeitrag von Mitarbeitern der Presse oder des Rundfunks auf die Entgegennahme, Auswertung und Veröffentlichung, so ist ihr Tatbeitrag nicht strafbar. Durch die Regelungen der Absätze 6 und 7 wird der Gehalt des früheren § 19 UWG 2019, der § 30 StGB nachgebildet war, in das Geschäftsgeheimnisgesetz überführt. Im Gegensatz zu früher kann die Strafe für Anstiftungen (früher: § 19 Abs. 1 UWG 2019) jedoch nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden.

#### d) Überleitung ins lauterkeitsrechtliche Haftungssystem

Die zuvor durch die drei UWG-Novellen letztendlich nicht geklärte Frage, auf welche Weise die Verwirklichung der Straftatbestände in die zivilrechtlichen Rechtsfolgen der §§ 8 ff. UWG mün-

den, wurde durch Erlass des GeschGehG nur zum Teil obsolet. Vertreten wurde früher eine Überleitung über § 3a UWG. Dies erschien fragwürdig, da die Norm von der Verletzung außerechterrechtlicher Normen ausgeht. Andere Autoren zogen § 823 Abs. 2 BGB heran, was wegen des Grundsatzes der Spezialität des UWG gegenüber dem bürgerlich-rechtlichen Deliktsrecht ebenso fragwürdig erschien. Schließlich wurden die Generalklausel bzw. die Behinderungstatbestände bemüht.

Inzwischen kann zunächst unmittelbar gem. § 6 GeschGehG Unterlassung einer Rechtsverletzung und nach § 10 Abs. 1 GeschGehG Schadensersatz für vorsätzliche oder fahrlässige Rechtsverletzungen verlangt werden (vgl. bereits o.). Was eine Rechtsverletzung ist, ergibt sich dabei bereits aus §§ 3 ff. GeschGehG, auf den sowohl Absatz 1 wie auch 3 des § 23 GeschGehG Bezug nehmen. Im Hinblick auf das vollständige Sanktionsinstrumentarium innerhalb des Geschäftsgeheimnisgesetzes ist daher – ähnlich wie im Verhältnis zwischen GWB und UWG – davon auszugehen, dass Verletzungen des Geschäftsgeheimnisgesetzes jedenfalls nicht über § 3a UWG lauterkeitsrechtlich zu sanktionieren sind.

Im Übrigen kann jedoch wegen der unterschiedlichen Regelungszwecke – einerseits Schutz des Individualinteresses des Geheimnisträgers, andererseits auch der Schutz des Wettbewerbs – nicht von einem Verhältnis verdrängender Spezialität ausgegangen werden. Auch aus EGr. 38 Geschäftsgeheimnisrichtlinie folgt nichts Gegenteiliges. Danach soll die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften durch die Richtlinie unberührt bleiben. Der Erwägungsgrund nimmt jedoch ausdrücklich nur auf das Kartellrecht und damit auf Situationen Bezug, in denen die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses nach Art. 101, 102 AEUV erforderlich ist, vgl. Art. 1 Abs. 2 Geschäftsgeheimnisrichtlinie 2016/943/EU. Dasselbe gilt für Ausführungen des deutschen Gesetzgebers (vgl. Begründung GeschGehG, BT-Drs. 19/4724, S. 29 ff.). Soweit von Verletzungen von Geschäftsgeheimnissen allgemein wettbewerbsschädigende Wirkungen ausgehen, sollten die übrigen Tatbestände des UWG – ähnlich wiederum wie der allgemeine Behinderungstatbestand des § 4 Nr. 4 neben dem kartellrechtlichen Behinderungsmissbrauch – anwendbar bleiben.

### *III. Allgemeine Marktbehinderung*

#### 1. Entwicklung der „Marktstörung“ durch die Praxis

Bereits in den 1930er-Jahren, d.h. noch vor der Schaffung eines griffigen Kartellrechts, begann die Rechtsprechung, die Generalklausel auf Wettbewerbsverhalten anzuwenden, das nicht gegen individuelle Wettbewerber gerichtet war, sondern den Wettbewerb auf bestimmten Märkten allgemein zu beschränken drohte (RG – *Diamantine*, 1936). In der Hefermehl'schen Systematik wurde dafür die selbständige Fallreihe der Marktstörung geschaffen.

Eine allgemeine Marktbehinderung liegt vor, wenn ein zwar nicht von vornherein unlauteres, aber doch wettbewerblich bedenkliches Wettbewerbsverhalten für sich allein oder in Verbindung mit den zu erwartenden gleichartigen Maßnahmen von Mitbewerbern die ernstliche Gefahr begründet, dass der Wettbewerb hinsichtlich der fraglichen Warenart in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird. Bejaht wurden solche Konstellation in Fällen, in denen Originalware massenhaft verschenkt wurde.

Dieser Unlauterkeitstatbestand weist dem UWG über die Marktverhaltenskontrolle hinaus eine Marktstrukturkontrolle zu, die an sich eine Aufgabe des Kartellrechts ist. Daher müssen die Eingriffsschwellen, die das Kartellrecht insbesondere in den §§ 19, 20 GWB setzt – die Vorschriften richten sich ausschließlich an marktbeherrschende bzw. marktstarke Unternehmen – beachtet werden. Um die Wertungen des Kartellrechts nicht zu konterkarieren, können nur solche geschäftliche Handlungen als nicht unerhebliche Beschränkung des Wettbewerbs und mithin als

„allgemeine Marktbehinderung“ eingestuft werden, die den Wettbewerb in seinem Bestand gefährden.

**Fall 4:** Die Parteien sind die einzigen Wettbewerber, die von Unternehmen, Verbänden und Organisationen stammende Presseinformationen mit Hilfe technischer Übertragungsmittel – wie Fax, E-Mail, Datex P oder Satellit – an Wirtschaftsinformationsdienste, die Tagespresse, den Rundfunk, das Fernsehen sowie an Presseagenturen verbreiten. Zum einen leiten sie von den Unternehmen redigierte Originaltexte in deren Auftrag an die Medien weiter, wofür die Unternehmen pauschalierte Gebühren zahlen, während diese Leistung für die Medien kostenlos erfolgt. Zum anderen übermitteln sie sogenannte ad-hoc-Meldungen börsennotierter Aktiengesellschaften an ihre Abnehmer; damit hat es folgende Bewandnis: Eine börsennotierte Aktiengesellschaft muss nach § 15 Abs. 1 S. 1 WpHG als Emittent von Wertpapieren unverzüglich eine neue Tatsache veröffentlichen, die geeignet ist, den Börsenpreis der Wertpapiere erheblich zu beeinflussen (ad-hoc-Meldung). Diese Veröffentlichung kann nach § 15 Abs. 3 Halbs. 1 WpHG über ein elektronisch betriebenes Informationsverbreitungssystem vorgenommen werden. Die Aktiengesellschaften genügen dieser Verpflichtung, indem sie ihre ad-hoc-Meldungen der Deutschen Gesellschaft für ad-hoc-Publizität (DGAP) übersenden, die diese ihrerseits zur Weiterverbreitung an die Deutsche Börse AG, Reuters, vwd, Bloomberg, Bridge und Dow Jones Telerate weiterleitet. Die allgemeinen Presseagenturen wie dpa und ap gehören nicht zu den Empfängern dieser Meldungen. Die ad-hoc-Meldungen erreichen durch die Weiterleitung der DGAP zwar die Investoren, nicht aber die allgemeine Öffentlichkeit. Um die ad-hoc-Meldungen an ihre Abnehmer, also Wirtschaftsinformationsdienste, Tagespresse, Rundfunk, Fernsehen und Presseagenturen - und damit letztlich auch an die allgemeine Öffentlichkeit - weiterleiten zu können, zahlen die Parteien für den Bezug dieser Meldungen monatlich eine Pauschalvergütung von 4000,- DM an die DGAP und 1000,- DM an Reuters. Von ihren Abnehmern verlangen die Parteien für die Übermittlung der Meldungen kein Entgelt. Während die Klägerin von den 80 Aktienunternehmen unter ihren etwa 250 Kunden für die Weiterleitung von ad-hoc-Meldungen eine Vergütung fordert und erhält, verbreitet die Beklagte die ad-hoc-Meldungen, ohne von den Aktiengesellschaften hierfür ein Entgelt zu verlangen. Mit dieser kostenlosen Leistung wirbt die Beklagte bei Unternehmen, die bereits zu ihren Auftraggebern für die Verbreitung von Originaltexten gehören, und bei Gesellschaften, die sie erst als Kunden gewinnen möchte. (BGH v. 29.06.2000, I ZR 128/98 – *ad-hoc-Meldung*, GRUR 2001, 80)

[Das Verschenken gewerblicher Leistungen ist nur dann wettbewerbswidrig, wenn im Einzelfall konkrete Umstände hinzutreten, die die Unentgeltlichkeit der Leistung unlauter erscheinen lassen (st. Rspr.; vgl. BGH v. 14.03.1991, I ZR 55/89 BGHZ – *Motorboot-Fachzeitschrift*, BGHZ 114, 82, 84, m.w.N.). Die Unlauterkeit kann sich im Streitfall unter dem Gesichtspunkt des Behinderungswettbewerbs ergeben. Eine unlautere individuelle Behinderung von Mitbewerbern kann vorliegen, wenn eine unentgeltliche Leistung gezielt dazu benutzt wird, bestimmte Mitbewerber vom Markt zu verdrängen, und sie eine konkrete Marktbehinderung zur Folge hat (vgl. BGH v. 14.3.1991, I ZR 55/89 – *Motorboot-Fachzeitschrift*, GRUR 1991, 616, 617 = WRP 1991, insoweit nicht in BGHZ 114, 82 abgedruckt). Eine wettbewerbswidrige allgemeine Behinderung des Marktes kann gegeben sein, wenn die Gewährung einer kostenlosen Leistung die ernstliche Gefahr begründet, dass der Leistungswettbewerb auf einem bestimmten Markt in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird (vgl. BGH v. 14.03.1991, I ZR 55/89 BGHZ – *Motorboot-Fachzeitschrift*, BGHZ 114, 82, 84, m.w.N.).

Vorliegend hat die Beklagte eine Leistung verschenkt, indem sie eine Nachrichtenübermittlung, die für sie mit Kosten verbunden ist, zu Gunsten der börsennotierten Aktiengesellschaften erbringt, ohne von ihnen dafür ein Entgelt zu verlangen.

a) Individuelle Behinderung

Das Berufungsgericht hat nicht konkret geprüft, ob das beanstandete Verhalten der Beklagten zu einer unlauteren individuellen Behinderung der Klägerin oder einer wettbewerbswidrigen allgemeinen Behinderung des Marktes führt, sondern es hat das Vorliegen besonderer Unlauterkeitsumstände generell mit der Erwägung verneint, dass für die Verbreitung von ad-hoc-Meldungen über Presseinformationsdienste und die sonstigen Medien kein Markt bestehe, da nicht davon ausgegangen werden könne, dass die börsennotierten Aktiengesellschaften ein Interesse daran haben könnten, dass die Presse auch über die für den Börsenkurs nachteiligen ad-hoc-Meldungen unterrichtet werde; soweit es um andere – also für das Unternehmen positive – ad-hoc-Meldungen gehe, sei nicht erkennbar, ob die Unternehmen bereit seien, dafür ein Entgelt zu bezahlen. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Die Klägerin hat unbestritten vorgetragen, von ihren rund 250 Kunden seien 80 Kunden börsennotierte Aktiengesellschaften. Diese Kunden seien daran interessiert, dass ihre ad-hoc-Meldungen nicht nur die Investoren (Banken) erreichten, sondern insbesondere auch die Medien. Sie bedienten sich deshalb der Klägerin, um ihre ad-hoc-Meldungen, die sie an die DGAP weitergeben, auch bis zu den Medien gelangen zu lassen. Der Verbreitungsservice der Klägerin werde dafür eingesetzt und von den Kunden, den börsennotierten Aktiengesellschaften, auch bezahlt. Auf der Grundlage dieses Vorbringens ist entgegen der Annahme des Berufungsgerichts davon auszugehen, dass den börsennotierten Aktiengesellschaften daran gelegen ist, die Medien über ad-hoc-Meldungen zu unterrichten, und dass diese bereit sind, für die Verbreitung derartiger Informationen ein Entgelt zu bezahlen. Damit ist der Beurteilung des Berufungsgerichts die tragende Begründung entzogen mit der Folge, dass das angefochtene Urteil keinen Bestand haben kann.

Eine individuelle Behinderung kommt im Streitfall in Betracht, wenn die Beklagte – wie die Klägerin behauptet – mit der kostenlosen Erbringung der in Rede stehenden Dienstleistung das Ziel verfolgt, die Klägerin unter Ausnutzung der Finanzkraft der dpa-Gruppe aus dem Markt zu verdrängen oder zu vernichten. Das Berufungsgericht hat eine solche Behinderung mit der Begründung verneint, die Klägerin habe zur behaupteten Umsatzeinbuße nicht genügend vorgetragen; insbesondere habe sie nicht dargelegt, in welchem Verhältnis die verbreiteten ad-hoc-Meldungen zu den Originaltexten stehen (BU 7 a.E.). Mit dem Hinweis darauf, die genannte Umsatzeinbuße von 340.000,- DM sei unsubstantiiert, lässt sich eine individuelle Behinderung indessen nicht verneinen. ...

Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, ob und in welchem Umfang die Klägerin durch das beanstandete Verhalten der Beklagten bei dem Geschäft mit der Verbreitung von ad-hoc-Meldungen Umsatzeinbußen erlitten hat und inwieweit sich diese auf den Gesamtumsatz der Klägerin (einschließlich des Geschäfts betreffend die Verbreitung der Originaltexte) ausgewirkt haben, sowie ob und in welcher Anzahl die Klägerin aufgrund des Verhaltens der Beklagten Kunden verloren hat. Die Parteien haben Gelegenheit, hierzu im wiedereröffneten Berufungsverfahren noch ergänzend unter Beweisantritt vorzutragen. Soweit das Berufungsgericht Klagevorbringen dazu vermisst, in welchem Verhältnis die verbreiteten ad-hoc-Meldungen bei der Beklagten stehen, wird aus der bislang gegebenen Begründung nicht hinreichend deutlich, inwieweit sich allein daraus zwingende Rückschlüsse darauf ergeben könnten, dass die Beklagte nicht den Zweck verfolgt habe, die Klägerin vom Markt zu verdrängen.

b) Allgemeine Marktbehinderung

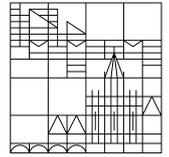
Es lässt sich auch nicht ausschließen, dass ein Verstoß gegen § 1 aUWG unter dem Gesichtspunkt einer wettbewerbswidrigen allgemeinen Marktbehinderung in Betracht

kommt. In diesem Zusammenhang kommt es konkret darauf an, ob der Wettbewerb auf dem Markt der Verbreitung von ad-hoc-Meldungen börsennotierter Aktiengesellschaften an die Medien dadurch gefährdet wird, dass die Beklagte den Aktiengesellschaften die kostenlose Verbreitung dieser Meldungen anbietet und gewährt. Das Berufungsgericht hat dies offensichtlich verneinen wollen, wenn es meint, Aktiengesellschaften könnten sich eher für die Klägerin entscheiden, weil die Beklagte die Kosten für die Verbreitung der ad-hoc-Meldungen über die Preise bei der Verbreitung von Originaltexten wieder hereinholen müsste. Hierbei handelt es sich indes lediglich um eine Vermutung, die nicht ohne weiteres durch die allgemeine Lebenserfahrung nahegelegt wird. Die Revision weist insoweit zutreffend darauf hin, dass es erfahrungswidrig sei anzunehmen, die wirtschaftlich orientierten Aktiengesellschaften würden ihre ad-hoc-Meldungen nicht kostenlos über die Beklagte, sondern stattdessen oder daneben entgeltlich durch die Klägerin an die Medien und Presseagenturen verbreiten lassen. Damit könnte die Gefahr bestehen, dass das kostenlose Angebot der Beklagten das gleichartige entgeltliche Angebot der Klägerin auf Dauer ersetzt und dass auf diese Weise der Wettbewerb auf dem Markt der Verbreitung von ad-hoc-Meldungen nicht nur gestört, sondern sogar beseitigt wird. Denn eine Monopolisierung des Marktes der Verbreitung von ad-hoc-Meldungen liegt vor allem deshalb besonders nahe, weil die Parteien die einzigen Wettbewerber auf diesem Markt sind und die Beklagte ihre unentgeltliche Leistung nicht nur vorübergehend, sondern dauerhaft anbietet und gewährt.]

...

## 2. Die allgemeine Marktbehinderung nach der UWG-Reform 2004

Die zu § 1 aUWG entwickelte Fallgruppe der allgemeinen Marktbehinderung ist in den Beispielskatalogen des novellierten UWG nicht ausdrücklich geregelt. Entsprechend dem nicht abschließenden Charakter der Beispielstatbestände können die bisher als allgemeine Marktbehinderung erfassten Fallkonstellationen nach den Vorstellungen des Gesetzgebers und nach Ansicht der Rechtsprechung unter der Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG erfasst werden. (Vgl. BGH v. 29.10.2009, I ZR 180/07 – *Stumme Verkäufer II*, GRUR 2010, 455).



**Prof. Dr. Jochen Glöckner, LL.M. (USA)**

Fachbereich Rechtswissenschaft  
Lehrstuhl für deutsches und Europäisches  
Privat- und Wirtschaftsrecht

Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe

Paketanschrift: Universitätsstraße 10  
78464 Konstanz

Tel +49 7531 88-2309  
Fax +49 7531 88-4528

jochen.gloeckner@uni-konstanz.de  
<http://www.jura.uni-konstanz.de/gloeckner>

11.06.2024

**Vorlesung Lauterkeitsrecht  
SS 2024**

**Universität Konstanz**  
**Mo 17.00 - 18.30 Uhr, C 230**  
*Jochen Glöckner*

**Arbeitspapier 10**

*Bitte lesen Sie vorbereitend:*

BGH v. 14.01.1999, I ZR 203/96 – *Güllepippen* = GRUR 1999, 751

BGH v. 10.04.2003, I ZR 276/00 – *Tupperwareparty* = GRUR 2003, 973

BGH v. 02.12.2004, I ZR 30/02 – *Klemmbausteine III* = WRP 2005, 476

BGH v. 15.09.2005, I ZR 151/02 – *Jeans* = WRP 2006, 75

BGH v. 21.09.2006, I ZR 270/03 – *Stufenleitern* = WRP 2007, 313

BGH v. 11.01.2007, I ZR 198/04 – *Handtaschen* = WRP 2007, 1076

BGH v. 28.05.2009, I ZR 124/06 – *LIKEaBIKE* = WRP 2010, 94

BGH v. 28.10.2010, I ZR 60/09 – *Hartplatzhelden* = GRUR 2011, 436

BGH v. 24.01.2013, I ZR 136/11 – *Regalsystem* = GRUR 2013, 951

BGH v. 15.08.2013, I ZR 188/11 – *Hard Rock Café* = GRUR 2013, 1161

BGH v. 19.11.2015, I ZR 149/14 – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm II* = GRUR 2016, 725

BGH v. 04.05.2016, I ZR 58/14 – *Segmentstruktur* = GRUR 2017, 79

BGH v. 15.12.2016, I ZR 197/15 – *Bodendübel* = GRUR 2017, 734

## J. Lauterkeitsrecht und Schutz von Leistungen

### I. Grundproblematik des ergänzenden lauterkeitsrechtlichen Schutzes von gewerblichen Leistungen und Ruf

Bei den lauterkeitsrechtlichen Fallreihen des Schutzes vor Ausnutzung fremder Leistungen geht es um zweierlei: Auf der einen Seite steht die Ausnutzung des guten Rufs, auf der anderen die Ausnutzung schöpferischer Leistungen von Dritten. Beides kann zwar miteinander verknüpft sein, muss es aber nicht. Im Folgenden wird zunächst auf den zweiten Bereich eingegangen, bei dem es um den sog. „ergänzenden Leistungsschutz“ geht, anschließend auf den ersten, bei dem vor allem das Konkurrenzverhältnis zum Markenrecht berührt ist.

#### 1. Lauterkeitsrechtlicher Leistungsschutz

Der Schutz gewerblicher Leistungen ist die Domäne des Immaterialgüterrechts. Der immaterialgüterrechtliche Leistungsschutz ist ein absoluter. Der Inhaber eines Schutzrechts kann jede Form der unautorisierten Verwendung durch Dritte ausschließen. Dafür ist der immaterialgüterrechtliche Leistungsschutz an die Erfüllung einer Vielzahl formaler (Registereintrag, Schutzgebühr bei Registerrechten) und inhaltlicher Voraussetzungen (z.B. Neuheit, Erfindungshöhe, Schöpfungshöhe) gebunden und überdies im Regelfall zeitlich begrenzt.

Lediglich die Kennzeichenrechte können theoretisch ewig bestehen. Bei ihnen steht allerdings auch von vornherein jedenfalls nicht der Schutz einer besonderen schöpferischen Leistung in Rede.

Diese Begrenzungen machen einerseits deutlich, dass ein ergänzender Leistungsschutz durch das Lauterkeitsrecht nicht unbesehen gewährt werden kann, da sonst die Wertungen der Immaterialgüterrechtsgesetze unterlaufen würden.

Andererseits führt die Struktur des Immaterialgüterrechtsschutzes zugleich zu der Erkenntnis, dass das Immaterialgüterrecht allein nicht geeignet ist, die wirtschaftlichen Interessen angemessen zu berücksichtigen. Denn der immaterialgüterrechtliche Schutz ist in einer Weise formalisiert und durchschlagend, dass eine extensive Auslegung des Tatbestandes nicht in Frage kommen kann, will man nicht das Wirtschaftsleben ersticken. Darauf beruht die Annahme eines sog. numerus clausus der Immaterialgüterrechte. Als schutzwürdig erkannte Interessen müssen demgemäß auf andere Weise zur Geltung gebracht werden. Als flexibles Instrument dazu hat sich in der Vergangenheit das Lauterkeitsrecht erwiesen. Über die Jahrzehnte wurden etliche Rechte im Lauterkeitsrecht entwickelt, die heute in immaterialgüterrechtlichen Strukturen verfestigt sind (Lauterkeitsrecht als „Jungbrunnen des Immaterialgüterrechts“).

**Fall 1:** Die Klägerin produzierte und vertrieb seit 1986 Bodendübel, für die bis Mai 2006 Patentschutz bestand. Der Dübel wird in den Boden eingeschlagen, anschließend können darin Pfosten eingesteckt oder Stangen aufgeschraubt werden. Der Dübel besteht aus einem glattwandigen zylindrischen Rohr, das als Hülse für den aufzunehmenden Pfosten dient. Am unteren Ende des Zylinderschafts befindet sich eine aus vier zusammenlaufenden Einfaltungen gebildete kreuzförmige Spitze, die das Einschlagen des Dübels in den Boden erleichtert. Am oberen Ende ist der Schaft mit einem abgerundeten und axial abwärts geführten topfartigen Flansch versehen, dessen ringförmiger geradkantiger Rand der Stabilisierung des Dübels im Boden dient. Die runde Oberseite des Flanschs verfügt über versetzt angeordnete ovale Aussparungen, durch die Pflanzen hindurchwachsen und eine zusätzliche Verankerung des Dübels im Boden bewirken können:



Die Klägerin war außerdem Inhaberin einer mittlerweile rechtskräftig für nichtig erklärten Gemeinschaftsmarke für Bodenanker aus Metall.



Die Beklagte vertrieb einschlagbare Bodendübel, bestehend jeweils aus einem zylindrischen Rohr, das am unteren Ende eine vierfache Kreuzfaltung sowie am oberen Ende einen topfförmigen Flansch mit kreisförmigen Öffnungen in der runden Oberseite und einer ringförmigen geradkantigen Außenwand aufweist:



Die Klägerin begehrt Unterlassung des Vertriebs der beschriebenen Bodendübel der Beklagten.

- A. Anspruch auf Unterlassung aus § 139 Abs. 1 PatG
  - I. als Patent geschützte Erfindung
    - 1. ursprünglich (+)
    - 2. Ablauf des Patentschutzes 2006
  - II. Dann besteht der Anspruch nicht
  
- B. Anspruch auf Unterlassung aus Art. 9 Abs. 2 lit. b UnionsmarkenVO
  - I. geschützte Unionsmarke

1. ursprünglich (+)
2. aber inzwischen für nichtig erklärt
- II. Dann besteht der Anspruch nicht.

C. Anspruch auf Unterlassung aus §§ 8 Abs. 1, 3 Nr. 1, 3 Abs. 1, 4 Nr. 3 lit. a UWG

I. Nachahmung von Produkten setzt wettbewerbliche Eigenart voraus.

1. P! Können als wettbewerblich eigenartig auch Gestaltungselemente berücksichtigt werden, die Gegenstand eines Erfindungsschutzes waren? Der BGH führt aus, dass einem patentgeschützten Erzeugnis nach dem Auslaufen des Patentschutzes wettbewerbliche Eigenart zukommen könne. Der Umstand, dass der abgelaufene Patentschutz nicht über das Wettbewerbsrecht verlängert werden dürfe, führe nicht dazu, dass nur solche Merkmale eines derartigen Erzeugnisses einen wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz begründen könnten, die von der patentierten technischen Lösung unabhängig seien. Auch wenn der freie Stand der Technik für den Wettbewerb offenzuhalten sei, gebiete dies nicht, vom abgelaufenen Patentschutz erfassten technischen Merkmalen eines Erzeugnisses aus Rechtsgründen von vornherein die Eignung abzusprechen, auf die betriebliche Herkunft oder die Besonderheiten des Erzeugnisses hinzuweisen. Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz sei nach Schutzzweck, Voraussetzungen und Rechtsfolgen anders als der Patentschutz ausgestaltet. Ansprüche aus wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz wegen der Verwertung eines fremden Leistungsergebnisses könnten unabhängig vom Bestehen von Ansprüchen aus einem Sonderschutzrecht gegeben sein, wenn besondere Begleitumstände vorlägen, die außerhalb des sondergesetzlichen Tatbestands lägen.

Die Annahme, dass vormals unter Patentschutz stehende technische Merkmale eines Erzeugnisses seine wettbewerbliche Eigenart begründen können, führe nicht zur Verlängerung des während des Patentschutzes bestehenden Verwertungsmonopols. Der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz dürfe zwar keinen in zeitlicher Hinsicht unbegrenzten Schutz vor Nachahmungen für eine Innovation gewähren. Ein solcher Schutz stünde im Gegensatz zu der gesetzlichen Befristung des Innovationsschutzes im Patentrecht. Die Nachahmung eines nicht oder nicht mehr unter Patentschutz stehenden Erzeugnisses sei aber nur bei Hinzutreten besonderer Umstände – wie einer vermeidbaren betrieblichen Herkunftstäuschung (§ 4 Nr. 3 lit. a UWG) oder einer unangemessenen Rufausnutzung (§ 4 Nr. 3 lit. b UWG) – unlauter. Die Beurteilung der Unlauterkeit erfordere eine einzelfallbezogene Gesamtwürdigung unter Abwägung aller betroffenen Interessen. Dazu gehöre auch das Interesse der Mitbewerber, sich einer zum freien Stand der Technik gehörigen technischen Lösung zu bedienen. Danach bestehe kein sachlicher Grund, einem Erzeugnis im Hinblick auf den früheren Patentschutz seiner Merkmale die wettbewerbliche Eigenart von vornherein zu versagen und es dadurch schlechter zu stellen als andere technische Erzeugnisse, die nicht unter Patentschutz standen.

Zudem führte der BGH aus, dass der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz keinen allgemeinen Nachahmungsschutz einer technisch bedingten Produktgestaltung vorsehe, sondern der Absicherung eines konkreten Leistungsergebnisses vor Nachahmungen diene, die im Einzelfall aufgrund eines unlauteren Verhaltens des Mitbewerbers zu missbilligen seien. Damit könnten die formgebenden technischen Merkmale eines Erzeugnisses als Herkunftshinweis dienen, auch wenn sie zur Monopolisierung der Warenform als dreidimensionale Marke ungeeignet seien.

2. Dann ist das Vorliegen der wettbewerblichen Eigenart zu untersuchen

[Zu den weiteren Voraussetzungen vgl. u.]

a) Reichweite des ergänzenden Leistungsschutzes i.e.S.

(1) Wettbewerbstheoretischer Hintergrund

Dynamische Modelle begreifen den Wettbewerb als Abfolge von Vorsprungserlangung durch Innovatoren und Aufholphasen durch Imitatoren. Die Möglichkeit der Erzielung von Monopolrenten in der Vorsprungphase begründet den Anreiz für die Innovation. Diese Möglichkeit ist daher wesensnotwendig für die Erfüllung einer der wesentlichen Wettbewerbsfunktionen. Ein übermäßig langer *time lag* ist andererseits wegen der damit verbundenen Wohlfahrtsverluste im Hinblick auf den ausgeschlossenen Imitationswettbewerb gesamtwirtschaftlich schädlich.

(2) Funktionsweise des immaterialgüterrechtlichen Leistungsschutzes

Die Bestimmung des gesamtwirtschaftlich optimalen *time lag* hängt unter ökonomischen Gesichtspunkten von der Art der Produkte und der Struktur der betroffenen Märkte im Einzelfall ab. Die Rechtsordnung trägt dieser Erkenntnis allerdings nicht Rechnung. Ihre Wertungen sind zum einen in den Vorschriften zum Geheimnisschutz, zum anderen in den Vorschriften zum Schutz der Immaterialgüterrechte enthalten. Durch den Geheimnisschutz wird das *time lag* zwar theoretisch bis in die Ewigkeit perpetuiert. Die davon ausgehende ökonomisch unerwünschte Wirkung wird jedoch dadurch abgemildert, dass Parallel- und Nachentwicklungen stets möglich bleiben und die Geheimhaltung faktischen Grenzen unterliegt.

Daneben können individuelle gewerbliche Leistungen über das Immaterialgüterrecht geschützt werden. Immaterialgüterrechtlicher Leistungsschutz ist an das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen gebunden. Dafür ist der Leistungsschutz, wo er gewährt wird, als Folge der Kombination des absoluten Schutzes der Immaterialgüterrechte mit einem Ausschließungsrecht überaus schneidig und kann zur Monopolisierung von Märkten eingesetzt werden. Als Korrelat dazu wird der Leistungsschutz durch allgemeine Regeln zeitlich begrenzt. Die Schutzfristen sind aus Gründen der Rechtssicherheit einheitlich und abstrakt festgelegt. Unter ökonomischer Betrachtung ist das immaterialgüterrechtliche System des Leistungsschutzes also alles andere als ideal: Die abstrakte Festlegung der Schutzdauer ist kaum geeignet, die im Einzelfall „richtigen“ Anreize im Hinblick auf die Innovationstätigkeit der Wettbewerber zu setzen.

(3) Rückgriff auf das Lauterkeitsrecht

— Praktisches Bedürfnis

Der immaterialgüterrechtliche Schutz ist in einer Weise formalisiert und durchschlagend, dass eine extensive Auslegung des Tatbestandes nicht in Frage kommen kann, will man nicht das Wirtschaftsleben ersticken. Aus diesem Grund gilt der sog. *numerus clausus* der Immaterialgüterrechte (vgl. o.). Auf der anderen Seite ließ das Immaterialgüterrecht zahlreiche Schutzlücken. Insgesamt ist freilich – auch auf der internationalen Ebene – ein Trend zur Erweiterung des Leistungsschutzes (vgl. etwa das Benutzungsgemeinschaftsgeschmacksmuster, der Schutz von Datenbanken) erkennbar, der im Ergebnis die ergänzende Heranziehung des Lauterkeitsrechts immer seltener verlangt.

— Verdrängung des Lauterkeitsrechts – Reichweite der sog. „Umwegtheorie“

So stellte sich seit jeher die Frage, wie weit ein angemessener Leistungsschutz mit den Mitteln des Lauterkeitsrechts gewährt werden darf und kann. Damit wird die Frage nach dem Verhältnis des deliktsrechtlichen Schutzes der Immaterialgüterrechte zum allgemeinen Deliktsrecht bzw. zum Lauterkeitsrecht aufgeworfen.

Ausgehend von einem allgemein anerkannten Schutzbedürfnis wird durch die mit der Schaffung von Immaterialgüterrechten verbundene Begründung absolut geschützter Rechtsgüter in den immaterialgüterrechtlichen Sondergesetzen auf der Tatbestandsseite des Deliktsrechts das Problem der Rechtsgutsverletzung gelöst, indem missbilligtes Verhalten aus dem Bereich „bloßer“ Vermögensschädigungen in den Bereich der deliktischen Haftpflicht für die Verletzung absolut geschützter subjektiver Rechte gezogen wird.

Bei modernem Verständnis bedürfte es eines solchen Schutzes an sich nicht, denn mithilfe der Generalklauseln des Lauterkeitsrechts könnte der gewünschte Rechtsschutz unter den Gesichtspunkten der Ausbeutung bzw. der Behinderung gewährt werden. Die Praxis hat allerdings bis heute aus dem immaterialgüterrechtlichen Sonderschutz auf der Grundlage einen Umkehrschluss gezogen: Immaterialgüterrechtlicher Sonderschutz verdränge den lauterkeitsrechtlichen Schutz.

Im Hintergrund dieses Umkehrschlusses steht die oft zitierte „Umwegtheorie“: Durch die Anwendung des Lauterkeitsrechts dürfe kein Schutz gewährt werden, den das Immaterialgüterrecht bewusst verweigert habe. Eine strenge Anwendung der Umwegtheorie vernachlässigt indes, dass eine Privilegierung bestimmter – unlauterer! – Wettbewerbshandlungen kaum deshalb gerechtfertigt sein kann, weil ein immaterialgüterrechtlicher Schutz möglich gewesen wäre.

Der Umkehrschluss ist bereits methodisch angreifbar, weil der immaterialgüterrechtliche Schutz von besonderer Natur ist: Der immaterialgüterrechtliche Leistungsschutz ist ein absoluter. Der Inhaber eines Schutzrechts kann jede Form der unautorisierten Verwendung durch Dritte ausschließen. Immaterialgüterrechte können damit zur zeitlich begrenzten Monopolisierung von Märkten eingesetzt werden. Allgemein delikts- oder lauterkeitsrechtliche Ansprüche haben diese Reichweite nicht. Sie sind auch nicht handelbar. Konsequenterweise können die allgemein deliktsrechtlichen oder lauterkeitsrechtlichen Ansprüche als minus zum immaterialgüterrechtlichen Anspruch auch dann gewährt werden, wenn nicht alle Anforderungen des immaterialgüterrechtlichen Schutzes erfüllt sind. Der lauterkeitsrechtliche Rechtsschutz ist daher bereits aus systematischen Gründen unabhängig vom immaterialgüterrechtlichen zu gewähren. Nerretter beschrieb dieses Verhältnis plastisch, indem er die Immaterialgüterrechte als „dinglich in sich abgeschlossene Rechtsgüter“ bezeichnete, denen er das Lauterkeitsrecht als den „obligatorische(n) Teil des gewerblichen Rechtsschutzes“ gegenüberstellte.

#### — Grundsatz der Nachahmungsfreiheit?

Aus der Gewährung von sonderrechtlichem Leistungsschutz ist daneben immer wieder der materielle Rückschluss auf einen Grundsatz der Nachahmungsfreiheit gezogen worden. Die Nachahmungsfreiheit wird auf die Wirtschaftsfreiheit bzw. die allgemeine Handlungsfreiheit zurückgeführt. Das ist zwar zutreffend, führt aber nicht weiter, denn die Wirtschaftsfreiheit steht ebenso wie die allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG unter einem Gesetzesvorbehalt. Zu den gesetzlichen Schranken der Freiheitsrechte – und damit auch der Nachahmungsfreiheit – zählen nicht nur die Immaterialgüterrechtsgesetze, sondern auch das allgemeine Lauterkeitsrecht. Richtigerweise muss deswegen die Auslegung der lauterkeitsrechtlichen Vorschriften mit Blick auf den zu gewährenden Leistungsschutz praktische Konkordanz zwischen dem Schutz der Freiheitsrechte der Imitatoren auf der einen Seite und dem öffentlichen Interesse an der Anspornung der Innovatoren auf der anderen Seite herstellen.

#### — Echter lauterkeitsrechtlicher Leistungsschutz

Tatsächlich ist das *argumentum e contrario* aus dem Sonderrechtsschutz auf die vermeintliche Nachahmungsfreiheit verfehlt. Vielmehr muss der sondergesetzliche Leistungsschutz als bloßer Spezialfall des allgemeinen Leistungsschutzes auf lauterkeitsrechtlicher Grundlage verstanden werden. Der lauterkeitsrechtliche Leistungsschutz wirkt nicht anders als der sondergesetzliche, insbesondere nicht „bloß reflexhaft“. Lauterkeitsrechtlicher und sondergesetzlicher Leistungsschutz unterscheiden sich bei wettbewerbsbezogener Betrachtung nicht im Hinblick

auf ihre Schutzrichtung, nämlich die wettbewerbsschädigende Ausbeutung einer Leistung durch Dritte zu verhindern, sondern allein hinsichtlich der technischen Ausgestaltung dieses Schutzes.

Dass geregelte Tatbestände (insb. in § 4 Nr. 3 UWG) zusätzliche, zur Produktnachahmung hinzutretende, Umstände zur Begründung der Unlauterkeit verlangen, sollte den ergänzenden lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutz im eigentlichen Sinne nicht ausschließen, da in den Sonderstatbeständen des § 4 UWG im wesentlichen unstrittige Fallgruppen unlauterer geschäftlicher Handlungen niedergelegt werden sollten. In diesem Sinne hat der Bundesgerichtshof die Anwendung der Generalklausel in § 3 Abs. 1 UWG neben § 4 Nr. 9 UWG 2008 - inzwischen § 4 Nr. 3 UWG - ausdrücklich offen gelassen (BGH v. 28.10.2020, I ZR 60/09 – *Hartplatzhelden*, GRUR 2011, 436).

— Interessenabwägung als Folge einer Gesamtanalogie aus den immaterialgüterrechtlichen Sondergesetzen

Demgemäß muss den Immaterialgüterrechtsgesetzen per analogiam entnommen werden, dass jeweils in einer Interessenabwägung das Nachahmungsinteresse der Imitatoren und der Allgemeinheit am Aufholwettbewerb mit dem Individualschutz des Innovators und einem ggf. feststellbaren Anspornungsinteresse der Allgemeinheit ins Verhältnis zu setzen sind. Bei dieser Abwägung sind die gesetzgeberischen Wertungen des Patent-, Gebrauchsmuster-, Marken-, Geschmacksmuster- und Urheberrechtsgesetzes (vgl. bzgl. Gemeinschaftsgeschmacksmuster-VO BGH v. 15.09.2005, I ZR 151/02 – *Jeans*, WRP 2006, 75, 77) vor allem mit Blick auf den Gegenstand des Schutzes, negative Schutzschranken im Hinblick auf anerkannte Freihaltebedürfnisse sowie die in ihnen vorgenommene Begrenzung der Schutzdauer zu berücksichtigen (vgl. zu letzterer BGH v. 02.12.2004, I ZR 30/02 – *Klemmbausteine III*, GRUR 2005, 349, 352). Dabei handelt es sich indes nicht um Konkurrenzfragen, sondern lediglich um das Erfordernis systematischer Auslegung von Tatbeständen des Lauterkeitsrechts.

— Maßgebende Umstände

Bei der anzustellenden Interessenabwägung fließen verschiedene Gesichtspunkte ein: Unter dem Gesichtspunkt der Schutzbedürftigkeit des Innovators muss untersucht werden, ob ein immaterialgüterrechtlicher Schutz möglich gewesen wäre (hier ist insb. beim Designschutz die Möglichkeit eines Benutzungsgemeinschaftsgeschmacksmusters einzubeziehen), und unter dem Gesichtspunkt der Schutzwürdigkeit, ob dem mit den Kosten der Vorstoßleistung belasteten Innovator die Möglichkeit der Amortisation seiner Investition genommen wird (vgl. dazu v.a. BGH v. 14.12.1995, I ZR 240/93 – *Vakuumpumpen*, GRUR 1996, 210, 212 ff.; BGH v. 02.12.2004, I ZR 30/02 – *Klemmbausteine III*, GRUR 2005, 349, 352). Maßgebend sind insoweit die Marktstruktur, der Entwicklungsaufwand und die Geschwindigkeit, mit welcher der Innovator vom Imitator konkurrenziert wird, etc.

Aus entgegengesetzter Perspektive sind Umstände zu berücksichtigen, welche die Leistungsübernahme als gerechtfertigt erscheinen lassen. Aus der immaterialgüterrechtlichen Dogmatik können die Gesichtspunkte fruchtbar gemacht werden, welche die Einrede des fair use in ihren verschiedenen Ausprägungen tragen.

— Insbesondere die Produktnachahmung

Die bis ins einzelne gehende Nachschaffung von Konkurrenzserzeugnissen wurde bereits früh von der französischen Rechtsprechung als unlauterer Wettbewerb in Betracht gezogen. Das Spannungsverhältnis von Nachahmungsfreiheit und Leistungsschutz wurde erkannt. Aufgrund dieser besonderen Problematik dauerte die Etablierung einschlägiger Fallreihen vergleichsweise lang. Ein Schutz gegen Nachahmung wurde zunächst für Ausstattungen unter dem Gesichtspunkt der Verwechslungsgefahr gewährt (vgl. dazu u.). Daneben wurde der Gesichtspunkt

der Rufausbeutung in den Fallgruppen der offenen Anlehnung erkannt und als unlauterkeitsbe gründender Umstand herangezogen.

Im technischen Bereich legte das Reichsgericht zunächst die sog. „Hosenbodentheorie“ (die scherzhafte Bezeichnung spielt darauf an, dass nach jener Theorie die Verwertung eines Leistungsergebnisses demjenigen zustehe, der sich auf den „Hosenboden“ gesetzt hat, um die Leistung entstehen zu lassen, vgl. bereits Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 7. Aufl. 1956, § 1 UWG Rdn. 152; moderner: „*sweat of the eyebrow*“) zugrunde: Es sei unzulässig, „ein mit Mühe und Kosten errungenes fremdes Arbeitsergebnis“ auszubeuten (RGZ 111, 254, 256 – *Käthe Kruse-Puppen*). Spätere Entscheidungen heben das Erfordernis „besonderer Umstände“ hervor, der es für die Annahme der Unlauterkeit bedarf. Sie gestatten es nach herrschender Meinung, den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit zu überwinden und sog. „ergänzenden lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutz“ zu gewähren. Die Unzulässigkeit der „sklavischen Nachahmung“ wurde damit begründet, dass der Nachbauer mit einer starken Verwechslungsgefahr rechnen musste, es aber gleichwohl unterließ, sie auszuschalten. Bereits im Jahr 1927 wurde der Gesichtspunkt hervorgehoben, dass der Nachahmer durch die Ersparnis weiterer Kosten einen ungerechtfertigten Vorteil erlange (KG, GRUR 1927, 821, 823 – *Citroën Torpedo/Opel Laubfrosch*).

Heute kann das Unlauterkeitsurteil beim systematischen Nachbau der Erzeugnisse eines Wettbewerbers unmittelbar auf den Gesichtspunkt der Behinderung gestützt werden (vgl. dazu bereits AP 9): Die unmittelbare und die fast identische Leistungsübernahme könne durch eine Preisunterbietung unlauter werden, wenn die Übernahme des mit hohen Entwicklungskosten belasteten Leistungsergebnisses zu einer ganz erheblichen, sich im Verkaufspreis niederschlagenden Diskrepanz der Gestehungskosten der beiderseitigen Erzeugnisse führt (BGH v. 14.12.1995, I ZR 240/93 – *Vakuumpumpen*, GRUR 1996, 210, 213; vgl. dazu bereits AP 9; zum UWG 2008 vgl. BGH v. 11.01.2007, I ZR 198/04 – *Handtaschen*, GRUR 2007, 795 Ls. 2).

Daneben wurden in § 4 Nr. 3 UWG Tatbestände geschaffen, in denen zu der Produktnachahmung hinzutretende Umstände die Unlauterkeit begründen, was die Begründung der parallelen Existenz immaterialgüterrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Schutzes besonders einfach macht.

#### b) Anknüpfung an die „Umstände der Nachahmung“

In § 4 Nr. 3 UWG wird zusätzlich zu der Produktnachahmung verlangt, dass diese entweder zu einer Irreführung über die betriebliche Herkunft (lit. a) bzw. einer unangemessenen Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung (lit. b) führt oder die zur Nachahmung erforderlichen Kenntnisse unredlich erlangt wurden (lit. c). In diesen Fällen ist offensichtlich, dass ein vermeintlicher Schutz der gestalterischen Leistung in Wahrheit ein Schutz vor Irreführung, Rufausbeutung oder Schädigung bzw. vor qualifizierter Vereitelung von Informationskontrollrechten ist. Das eigentliche Konkurrenzproblem stellt sich insoweit a priori nicht. Im Hinblick auf § 4 Nr. 3 lit. a UWG stellt sich allenfalls die Frage nach dem Verhältnis zu § 5 Abs. 2 Nr. 1 („Irreführung über die betriebliche Herkunft“) und § 5 Abs. 3 UWG.

## 2. Rufausbeutung

### a) Verwechslungsgefahr

Auch der Schutz vor Verwechslungsgefahr dient aus der Perspektive der Mitbewerber dem Schutz einer bestimmten Marktstellung. Nach gängigen Formulierungen soll die markenrechtliche Herkunftsfunktion sicherstellen, dass dem Markenadressaten das Wiederfinden der ihm bekannten und geschätzten, deshalb gesuchten Ware auf dem Markt erleichtert wird. Verwechseln kann nur, wer bereits kennt und deshalb sucht.

Die französische Revolutionsgesetzgebung verkündete neben der Handels- und Gewerbefreiheit und fast gleichzeitig mit dieser die Anerkennung des geistigen Eigentums. Durch Dekrete von 1803 und 1809 wurde allen Gewerbetreibenden das Recht zugebilligt, ihre Erzeugnisse mit besonderen Marken ihrer Wahl zu versehen, und die Möglichkeit eröffnet, diese Marke zu hinterlegen und auf dieser Grundlage gegen Nachahmungen vorzugehen (sog. *action en contrefaçon*).

Um die Mitte des 19. Jahrhunderts entwickelte die Rechtsprechung einen zweiten Ansatz zum Kennzeichenschutz: Das Zivilgericht Lyon urteilte in einem Fall aus dem Jahr 1851, dass es einem Gewerbetreibenden niemals erlaubt sei, unlautere Mittel anzuwenden, um denjenigen, die Waren derselben Art verkaufen, unlautere Konkurrenz zu machen. Dem Beklagten stehe es frei, seine Waren anzupreisen; er habe aber dieses Recht überschritten, indem er für sein Mineralwasser dieselbe Form von Flasche und Siegel von gleicher Form sowie Wachs von gleicher Farbe wie der Kläger verwendete. In einem vom Handelsgericht Versailles entschiedenen Fall hatte ein Unternehmer die Fassade seines Lokals in offener Irreführungsabsicht derjenigen eines benachbarten Konkurrenzbetriebs angeglichen. Das Gericht stellte fest, dass zur geschützten Handels- und Gewerbefreiheit nicht die Anwendung von Mitteln gehöre, die bei Gewerbetreibenden, die sich von Redlichkeit und Anstand leiten ließen, nicht üblich seien.

Das deutsche UWG von 1896 ordnete ebenfalls in § 8 die Schadensersatzpflicht desjenigen an, der im Geschäftsverkehr einen Namen, eine Firma oder die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts in einer Weise benutze, welche darauf berechnet und geeignet sei, Verwechslungen mit dem Namen, der Firma oder der besonderen Bezeichnung hervorzurufen, deren sich ein anderer rechtmäßig bediene.

Seit 1909 wurde in § 3 aUWG Schutz gegen Irreführungen über die betriebliche Herkunft gewährt. Wegen der Konkurrenz mit den markenrechtlichen Regelungen wurde diese Regelung indes einschränkend ausgelegt und auf sog. „qualifizierte“ Herkunftsangaben beschränkt (vgl. dazu u.). Ergänzender Schutz gegen die Begründung einer Verwechslungsgefahr durch gleiche oder ähnliche Ausstattung wurde auf der Grundlage von § 16 aUWG *contra legem* gewährt.

b) Schutz bekannter und berühmter Zeichen vor Ausbeutung, Verwässerung und Beeinträchtigung

Das ältere Kennzeichenrecht bot bekannten und berühmten Zeichen nur eingeschränkten Schutz vor der Rufausbeutung bzw. -beeinträchtigung, die nicht mit einer Verwechslungsgefahr einherging. Dieser Schutz wurde auf der Grundlage von § 823 Abs. 1 BGB oder § 1 aUWG gewährt.

c) Vorrangthese im Kennzeichenrecht

Seit dem Ausbau des kennzeichenrechtlichen Rechtsschutzes mit dem geltenden Markenrecht („Umzug“ des sog. Ausstattungsschutzes ins MarkenG; Schutz bekannter Zeichen; Schutz geographischer Herkunftsangaben) war allerdings umstritten, ob der lauterkeitsrechtliche Schutz neben dem kennzeichenrechtlichen fortbesteht. Die Rechtsprechung des BGH hatte seit 1995 die sog. Vorrangthese entwickelt. Nach § 2 MarkenG ist zwar die Anwendung anderer Vorschriften zum Schutz von Kennzeichen nicht ausgeschlossen. Ein lauterkeitsrechtlicher Schutz der Marke und Geschäftsbezeichnung sollte aber angesichts der Regelung in §§ 9, 14, 15 MarkenG nur für solche Sachverhalte in Betracht kommen, die vom MarkenG nicht erfasst wurden. Insbesondere die Begründung der Gefahr einer Irreführung über die betriebliche Herkunft (§ 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG a.F.) löste daher nach früher h.M. keine lauterkeitsrechtlichen Ansprüche aus, sondern allein kennzeichenrechtliche Ansprüche (zur Beurteilung dieser Frage nach Umsetzung der UGP-Richtlinie vgl. u.).

## II. Einflüsse des Europarechts

Im Bereich des eigentlichen Schutzes gewerblicher schöpferischer Leistungen durch das Lauterkeitsrecht hält das Europarecht keine besonderen Regelungen bereit, die sich auf die Frage des lauterkeitsrechtlichen Schutzes auswirken. Anders sieht dies bei den Kennzeichenrechten aus:

### 1. Markenrechtsrichtlinie und Unionsmarkenverordnung

Der Schutz von Wettbewerbern und der Marktgegenseite vor der Begründung einer Verwechslungsgefahr, d.h. der Gefahr einer Fehlzuordnung der betrieblichen Herkunft, wird in erheblichem Umfang durch das Kennzeichenrecht geleistet. Insoweit spielt die Harmonisierung des Markenrechts eine herausragende Rolle.

Eine selbständige Rolle kann das Lauterkeitsrecht insbesondere außerhalb der Begründung einer Verwechslungsgefahr spielen. Die in den Mitgliedstaaten geltenden Bestimmungen über den Schutz gegenüber der Verwendung eines Zeichens zu anderen Zwecken als der Unterscheidung von Waren oder Dienstleistungen bleiben gem. Art. 10 Abs. 6 Markenrechtsrichtlinie (Neufassung: RL 2015/336/EU) unberührt, wenn die Benutzung des Zeichens die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt.

Im Übrigen ordnet Art. 10 Abs. 2 lit. c, Art. 5 Abs. 3 lit. a MRL seit der Novelle 2015 die Gewährung eines erweiterten Schutzes „bekannter Marken“ sowohl innerhalb als auch außerhalb des Warenähnlichkeitsbereichs an. Entsprechendes regelt die Unionsmarkenverordnung.

### 2. Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken

Nicht unumstritten ist, inwiefern sich die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken auf die Regelung des § 4 Nr. 3 UWG auswirkt. Zwar gilt die UGP-Richtlinie nicht für das in diesen Ziffern primär geregelte Verhältnis „B2B“, sondern nur für das Verhältnis „B2C“, vgl. Art. 3 Abs. 1 UGP-RL. Grundsätzlich bleibt der Schutz der Mitbewerber vor Behinderung und Ausbeutung außerhalb des gegenständlichen Anwendungsbereichs der Richtlinie. Die UGP-Richtlinie macht jedoch in EGr. 14 S. 6 deutlich, dass der zu leistende Schutz der Verbraucher vor Irreführung sich unabhängig von den für die Produktnachahmung geltenden Regelungen durchsetzen muss.

Ein weiteres Problem entsteht durch die in der deutschen Praxis bis dato anerkannte ungeschriebene Einschränkung der lauterkeitsrechtlichen Erfassung von Irreführungen über die betriebliche Herkunft durch das Merkmal der „qualifizierten“ Herkunftstäuschung:

§ 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG erfasst ausdrücklich die Irreführung über die betriebliche Herkunft. Die Formulierung weicht von der in Art. 6 UGP-RL bzw. Art. 3 IrreführungsRL genannten „kommerziellen Herkunft“ nur redaktionell ab. Damit sind Angaben gemeint, die Rückschlüsse über ein bestimmtes Unternehmen zulassen, aus dem die Ware oder Dienstleistung stammt, von dem sie also hergestellt bzw. vertrieben wird. Nach der Praxis ist diese Regelung jedoch weitgehend funktionslos: Die durch eine bestimmte Kennzeichnung hervorgerufene Irreführung über die betriebliche Herkunft sollte nämlich allein nach den Grundsätzen des Markenrechts zu beurteilen sein.

Verletzungen des Kennzeichenrechts sollten allein von demjenigen verfolgt werden können, dem das Ausschließlichkeitsrecht zusteht. Den Mitbewerbern und Verbänden sollten wegen der Verwendung des Zeichens durch einen Nichtberechtigten keine Ansprüche zustehen. Immerhin sollten die lauterkeitsrechtlichen Ansprüche aufleben, wenn die irreführende Verwendung des Kennzeichens nicht allein identifizierend erfolgte, sondern zugleich eine besondere Gütevorstellung weckte (sog. qualifizierte Angaben über die betriebliche Herkunft). Die Anforderungen an

die „besonderen Gütevorstellungen“ waren nicht eindeutig. Wohl überwiegend wurde angenommen, dass nur bekannte Kennzeichen mit einer Verkehrsdurchsetzung von über 50 % eine solche Gütevorstellung auslösen werden. Überdies mussten die Kennzeichen eine Gewähr für besonders gute Beschaffenheit bieten. Es stellt sich allerdings die Frage, ob die sich nicht aus dem Gesetzeswortlaut ergebende Einschränkung der Anwendung der Irreführung über die betriebliche Herkunft bei der Begründung einer kennzeichenrechtlichen Verwechslungsgefahr auf Fälle der sog. „qualifizierten Herkunftstäuschung“ aufrechterhalten werden kann und soll.

Der Gesetzgeber des UWG 2008 erkannte das Problem bereits und ging davon aus, dass die UGP-Richtlinie keinen „Vorrang des Markenrechts“ kenne, auf welchen die Einschränkung des Irreführungstatbestandes zurückgehe. Dass der Gesetzgeber meinte, die weitere Entwicklung des Verhältnisses zwischen kennzeichenrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen der Rechtsprechung überlassen zu können, mag im Hinblick auf den Umsetzungsauftrag kritisiert werden. Nicht übersehen werden darf freilich, dass die Fragestellung im Europarecht weder diskutiert wurde noch in ihrer praktischen Konsequenz (Aktivlegitimation!) auftauchte, da es insoweit an einer Harmonisierung mangelt. Die deutsche Rechtsprechung hat das Problem jedenfalls aufgenommen und geklärt, dass im Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie kein Vorrang des Markenrechts angenommen werden kann. Der individualrechtliche Schutz aus dem Markenrecht und der lauterkeitsrechtliche Schutz nach dem UWG bestehen nunmehr nebeneinander (BGH v. 15.08.2013, I ZR 188/11 – *Hard Rock Café*, GRUR 2013, 1161, Rn. 60).

Durch die UWG Reform 2015 haben sich bezüglich der Irreführung keine wesentlichen inhaltlichen Änderungen ergeben. Lediglich das Relevanzkriterium wurde dem Wortlaut der Richtlinie (Art. 6 Abs. 1) angepasst.

### III. Ausbeutungsschutz nach dem UWG

1. Produktnachahmung plus „besondere Umstände“
  - a) Produkt

Der Nachbau fremder, nicht unter Sonderrechtsschutz stehender technischer Erzeugnisse konnte nach § 1 aUWG wettbewerbswidrig sein, wenn die Erzeugnisse von wettbewerblicher Eigenart waren und das Hinzutreten besonderer Umstände den Nachbau unlauter erscheinen ließ (st. Rspr.; vgl. BGH v. 14.12.1995, I ZR 240/93 – *Vakuumpumpen*, GRUR 1996, 210, 211, m.w.N.). Diese Fallreihe wurde – zusammen mit drei Typen der besonderen Umstände – 2004 in § 4 Nr. 9 UWG niedergelegt. Die Vorschrift blieb bei der UWG-Novelle 2008 unverändert und wurde bei der Novelle im Jahr 2015 in § 4 Nr. 3 verschoben.

Fraglich ist hier vor allem, inwieweit § 4 Nr. 3 lit. a UWG mit der UGP-Richtlinie in Einklang steht. § 4 Nr. 3 lit. b und lit. c UWG schützen hingegen primär den Hersteller des Originalprodukts, so dass ein Konflikt mit der verbraucherschützenden Richtlinie nicht zu befürchten ist. Problematisch ist vor allem das Verhältnis von § 4 Nr. 3 lit. a UWG zu den § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. Nr. 13 Anh. UWG und § 5 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 UWG. Hierbei ist der Vorrang des Europarechts zu beachten. Ist der Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie eröffnet, so kann § 4 Nr. 3 lit. a nicht *lex specialis* zu diesen Vorschriften sein. Eine nach § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. Nr. 13 Anh. UWG und § 5 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 UWG zulässige geschäftliche Handlung von Unternehmern gegenüber Verbrauchern kann im Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie wegen des Anspruchs auf Totalharmonisierung nicht gem. § 4 Nr. 3 lit. a UWG unlauter sein. § 4 Nr. 3 lit. a UWG kann deshalb innerhalb des Anwendungsbereichs der UGP-Richtlinie nur einschlägig sein, wenn die geschäftliche Handlung auch nach diesen Vorschriften unzulässig ist. Dann beschränkt sich die – über § 5 UWG hinausgehende – Funktion des § 4 Nr. 3 lit. a UWG auf den Individualschutz des Herstellers, denn § 4 Nr. 3 lit. a UWG bietet ihm die Möglichkeit der dreifachen Schadensberechnung.

Stets setzt § 4 Nr. 3 UWG die Nachahmung von Waren oder Dienstleistungen voraus. Die Begriffe der Waren und Dienstleistungen sind weit auszulegen. Gegen § 4 Nr. 3 lit. a UWG kann beispielsweise auch die Nachahmung eines Gastronomiekonzepts, also ein Unternehmenskonzept mit bestimmten Ausstattungsmerkmalen – für die Einrichtung des Restaurants und die Gestaltung von Werbemitteln, verstoßen (OLG Düsseldorf v. 22.11.2018, 15 U 74/17, GRUR-RR 2019, 112, 115). Zu berücksichtigen ist dabei jedoch, dass der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz sich stets nur auf die konkrete Gestaltung eines Erzeugnisses bezieht (BGH v. 04.05.2016, I ZR 58/14 – *Segmentstruktur*, GRUR 2017, 79, 83). Die bloße Organisation und Durchführung des Spielbetriebs durch Sportverbände ist jedoch kein Produkt, das durch die Aufzeichnung und öffentliche Zugänglichmachung der Spiele nachgeahmt würde.

#### b) Nachahmung

Nachahmung ist mehr als die bloße Anlehnung oder gar Übernahme von Gestaltungselementen. Maßgeblich ist zunächst, dass das nachgeahmte Produkt wettbewerblich eigenartig ist, d.h. ihre Gestaltung eine herkunftshinweisende Funktion übernehmen kann bzw. in den Augen des Verkehrs übernommen hat (vgl. dazu bereits Fall 1) und gerade diese eigenartigen Elemente übernommen werden (vgl. dazu noch u. Fälle 3, 4).

#### c) Herkunftstäuschung, § 4 Nr. 3 lit. a UWG

Gemäß § 4 Nr. 3 lit. a UWG ist die vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft unlauter. Das entspricht dem oben dargestellten Argumentationsstrang in der Güllerpumpen-Entscheidung: Zunächst ist zu untersuchen, ob die nachgeahmten Produkte wettbewerblich eigenartig sind. Anschließend ist zu untersuchen, ob die durch die anlehrende Gestaltung begründete Irreführungstendenz durch Maßnahmen zum Ausschluss der Irreführungsgefahr, insbesondere hinreichend deutliche Angaben wie Marken etc., beseitigt wird („Vermeidbarkeit“). Stets unbeachtlich ist die Anlehnung im Bereich funktional bedingter Bestandteile, da die technische Lehre und der im Schrifttum offenbarte und durch praktische Erfahrung bestätigte Stand der Technik frei ist (vgl. oben BGH v. 14.12.1995, I ZR 240/93 – *Vakuumpumpen*, GRUR 1996, 210; sowie BGH v. 21.09.2006, I ZR 270/03 – *Stufenleitern*, WRP 2007, 313, 317, m.w.N.).

**Fall 2:** Die Klägerin stellte Güllerpumpen her. Die Beklagte ist im gleichen Geschäftsbereich tätig. Die Beklagte hat eine Güllerpumpe H. auf den Markt gebracht. Die Klägerin nimmt die Beklagte wegen behaupteter Übereinstimmung dieser Pumpe mit der von ihr hergestellten Rührmixpumpe R./R. 2 in den maßgeblichen Komponenten, dem Pumpengehäuse, dem Einzugsring, dem Zwischenflansch und dem Laufrad mit Rührpropeller unter dem Gesichtspunkt des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes in Anspruch. Die Beklagten hätten die charakteristischen Teile der Pumpe der Klägerin in allen Einzelheiten der Formgebung, in Abmessung und Dimensionierung teils millimetergenau, teils nahezu identisch übernommen. Während die Pumpe der Klägerin in orangerot vertrieben wird, wird es die Pumpe der Beklagten in deren Hausfarbe blau. Zudem trägt jedes Gussteil der Pumpe der Beklagten deren Initialen „U“. (BGH v. 14.01.1999, I ZR 203/96– *Güllerpumpen*, GRUR 1999, 751)

Von einer Produktnachahmung i.S.d. § 4 Nr. 3 wird nach allgemeiner Ansicht nur dann gesprochen, wenn die nachgeahmten Leistungsergebnisse über „wettbewerbliche Eigenart“ verfügen. Dieses Tatbestandsmerkmal wird in § 4 Nr. 3 UWG zwar nicht ausdrücklich genannt. Der Gesetzgeber hat sich jedoch ausdrücklich auf dieses Erfordernis bezogen (BT-Drs. 15/1487, S. 18).

Die wettbewerbliche Eigenart erfordert ein Erzeugnis, dessen konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf die betriebliche Herkunft oder die Besonderheiten des Erzeugnisses hinzuweisen (st. Rspr.; BGH v. 14.12.1995, I ZR 240/93 – *Vakuumpumpen*, GRUR 1996, 210, 211; vgl. seitdem

BGH v. 08.12.1999, I ZR 101/97 – *Modulgerüst*, GRUR 2000, 521, 523; BGH v. 15.09.2005, I ZR 151/02 – *Jeans*, GRUR 2006, 79, Rn. 21; BGH v. 21.09.2006, I ZR 270/03 – *Stufenleitern*, WRP 2007, 313, 315). Eine wettbewerbliche Eigenart setzt nicht voraus, dass die zur Gestaltung eines Produkts verwendeten Einzelmerkmale originell sind. Auch ein zurückhaltendes, puristisches Design kann geeignet sein, die Aufmerksamkeit des Verkehrs zu erwecken und sich als Hinweis auf die betriebliche Herkunft des Produkts einzuprägen.

Im vorliegenden Fall hat das "Berufungsgericht die Eignung des Erzeugnisses der Klägerin, herkunftshinweisend zu wirken, in der äußeren Formgestaltung gesehen und dabei insbesondere auf das spiralförmige Gehäuse mit den an der Unterseite abstehenden Abstandhaltern in der Kombination mit der auf diese Teile abgestimmten Gestaltung von Zwischenflansch, Einzugsring und Laufrad mit dem Rührpropeller abgestellt. Gegen diese trichterlichen Feststellungen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Die Revision bringt vor, dass die Erzeugnisse der Klägerin auf längst vorbekannten technisch-konstruktiven Elementen, mithin auf technischem Gemeingut beruhen. Sie verkennt dabei, dass das Berufungsgericht die wettbewerbliche Eigenart nicht in den technischen Merkmalen als solchen, d.h. in der Verwendung eines schneckenförmigen Pumpengehäuses nebst Drehpropeller, Zwischenflansch und Einzugsring, gesucht und gefunden hat, sondern in der konkreten Gestaltung, d.h. dem Aussehen des Gehäuses, seiner Formung und derjenigen des Abstandhalters, auf die die in ihrer Gestaltung weniger originellen, aber unentbehrlichen Teile, wie Einzugsring und Zwischenflansch, abgestimmt sind. Diese trichterliche Feststellung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Anhaltspunkte dafür, dass die konkrete äußere Formgestaltung vorbekannt war, sind nicht ersichtlich.

Das Berufungsgericht hat auch hinreichend berücksichtigt, dass bei technischen Erzeugnissen auch solche Leistungen wettbewerbliche Eigenart beanspruchen können, deren Merkmale nicht technisch notwendig, sondern willkürlich wählbar und austauschbar sind (vgl. BGH GRUR 1996, 210, 211 – *Vakuumpumpen*, m.w.N.). Die Übernahme willkürlich auswechselbarer Merkmale kann gleichwohl nicht verwehrt werden, wenn darin – im Blick auf das Freihaltebedürfnis der Mitbewerber am Stand der Technik und unter Berücksichtigung des Gebrauchszwecks und der Verkäuflichkeit der Ware sowie der Verbrauchererwartung - die angemessene Verwirklichung einer technischen Aufgabe liegt (vgl. BGHZ 50, 125, 128 f. – *Pulverbehälter*).

Das Berufungsgericht hat jedoch keine Feststellungen zum Grad der wettbewerblichen Eigenart getroffen. Auf diesen kommt es für die weitere Prüfung an. Denn zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblichen Umständen besteht eine Wechselwirkung. Je größer die wettbewerbliche Eigenart, umso geringer sind die Anforderungen an die besonderen Umstände, die die Wettbewerbswidrigkeit der Nachbildung begründen, und umgekehrt (BGH GRUR 1996, 210, 211 – *Vakuumpumpen*, m.w.N.). Für die Prüfung in der Revisionsinstanz ist aufgrund der Unterstellung des Berufungsgerichts (BU 15 Abs. 2) von einer nur geringen wettbewerblichen Eigenart auszugehen.

b) Das Berufungsgericht ist ferner – gestützt auf die Ausführungen des Sachverständigen – davon ausgegangen, dass die Beklagten die charakteristischen Teile der Pumpe der Klägerin in allen Einzelheiten der Formgebung, in Abmessung und Dimensionierung teils millimetergenau, teils nahezu identisch übernommen haben. Eine vollkommene Übereinstimmung bestehe selbst in Einzelheiten, bei denen die Freiheit einer Abänderung bestanden hätte, ohne die Funktion der Einzelkomponenten und die Gesamtheit "Pumpe" einzuschränken. Auch dies wird von der Revision ohne Erfolg beanstandet.

c) Die weitere Annahme des Berufungsgerichts, im Streitfall seien besondere Unlauterkeitsumstände gegeben, die die Übernahme sittenwidrig erscheinen ließen, hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung jedoch nicht stand. Das Berufungsgericht hat zwar die zwischen den wettbewerblichen Umständen, dem Grad der wettbewerblichen Eigenart sowie der Art und Weise und der Intensität der Übernahme bestehende Wechselwirkung beachtet. Auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen lässt sich aber weder eine vermeidbare Herkunftstäuschung noch eine sittenwidrige Behinderung bejahen.

aa) Das Berufungsgericht konnte zwar – allein im Blick auf die von ihm festgestellten Übereinstimmungen in der äußeren Formgestaltung – grundsätzlich davon ausgehen, dass die Gefahr einer Herkunftstäuschung deshalb besteht, weil sich dem interessierten Betrachter zwangsläufig der Eindruck aufdränge, beide Pumpentypen seien gleichen Herstellerursprungs. Das Berufungsgericht hat auch beachtet, dass die Herbeiführung dieser Gefahr nur dann wettbewerbswidrig ist, wenn ihr nicht durch zumutbare Maßnahmen seitens des Nachahmenden entgegengewirkt wird (st. Rspr.; vgl. BGHZ 50, 125, 128, 130 f. – *Pulverbehälter*; BGH, GRUR 1990, 528, 530 – *Rollen-Clips*). Es hat jedoch an das Erfordernis der Vermeidbarkeit zu hohe Anforderungen gestellt, indem es zur Begründung lediglich angeführt hat, der Ansicht der Beklagten könne nicht beigetreten werden, dass eine deutliche Kennzeichnung in der Weise, dass jedes Gussteil mit den Initialen U. versehen und alle Teile mit der Hausfarbe blau vertrieben würden, als zumutbare Maßnahmen ausreichen. Die Frage, welche Bedeutung der Verkehr der Anbringung von (unterscheidenden) Kennzeichnungen und der (abweichenden) Farbgestaltung beimisst, bedarf einer umfassenden tatrichterlichen Würdigung aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls, um feststellen zu können, ob dadurch eine Täuschung des Verkehrs vermieden wird (vgl. BGH, GRUR 1966, 97, 101 – *Zündaufsatz*; GRUR 1966, 617, 619 f. – *Saxophon*; GRUR 1970, 510, 512 – *Fußstützen*; GRUR 1977, 666, 667 – *Einbauleuchten*). An solchen Feststellungen fehlt es hier. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung könnte die Annahme naheliegen, dass die Verwendung unterscheidender Merkmale, wie hier blau statt orangerot und die – soweit hinreichend sichtbar – Anbringung der Firmenabkürzung der Beklagten zu 1, durchaus aus dem Bereich der Herkunftstäuschung herausführen kann. Eine vermeidbare Herkunftstäuschung könnte nur dann bejaht werden, wenn der Verkehr sich unabhängig von der Farbgestaltung und der angebrachten Kennzeichen allein an der äußeren Gestaltung orientieren und diese allein deswegen einem bestimmten Hersteller zuordnen würde.

bb) Die bislang getroffenen Feststellungen reichen auch nicht, um eine sittenwidrige Behinderung zu bejahen. Das Berufungsgericht hat zutreffend angeführt, dass eine solche Behinderung namentlich beim systematischen Nachbau einer Vielzahl eigenartiger Erzeugnisse eines Mitbewerbers in Betracht kommen kann (vgl. BGH GRUR 1996, 210, 212 – *Vakuumpumpen*, m.w.N.). Dazu hat es indessen keine Feststellungen getroffen. Es hat die sittenwidrige Behinderung vielmehr allein aus dem Schreiben des Beklagten zu 2 vom 23. November 1992 hergeleitet und ausgeführt, der darin enthaltene Satz "Das Blut, das ständig aus S. herausgesaugt wird, bleibt bei U. in der Firma bzw. wird an unsere Kunden weitergegeben" beweise eindeutig das schmarotzerische Vorgehen der Beklagten und ihre Schädigungsabsicht.

Die Revision rügt zu Recht, dass das Berufungsgericht weder den Text des Schreibens insgesamt gewürdigt noch sich mit naheliegenden anderen Verständnismöglichkeiten auseinandergesetzt hat (§ 286 ZPO). Die Beklagte hat dazu vorgetragen, dass das Schreiben, das an einen selbständigen Handelsvertreter der Klägerin gerichtet gewesen sei, der Interesse bekundet habe, für die Beklagte tätig zu werden, eine ganz andere Zielrichtung gehabt habe; es befasse sich mit der Personalpolitik der Klägerin und der künftigen Geschäftspolitik der Beklagten. Der Gesamtinhalt des Schreibens spricht in der Tat für eine solche Intention. Ein unmittelbarer Zusammenhang mit dem Nachbau

der Güllerpumpe der Klägerin und einer insoweit bestehenden Schädigungsabsicht ist nicht erkennbar. Der Satz am Ende des Schreibens, auf den das Berufungsgericht sich stützt, dürfte – wie die Revision zutreffend anführt – nach dem Kontext des Schreibens eher dahin zu verstehen sein, dass aus dem Unternehmen der Klägerin anders als bei der Beklagten mehr Geld herausgezogen als erwirtschaftet worden sei, d.h., dass die Klägerin im Gegensatz zur Beklagten eine finanzwirtschaftlich unvorteilhafte Geschäftspolitik betreibe. Wollte das Berufungsgericht diese naheliegende Verständnismöglichkeit nicht von sich aus heranziehen, so hätte es, wie die Revision zu Recht rügt, auf die von ihm beabsichtigte Interpretation hinweisen und den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme geben müssen. Die Revision legt eingehend dar, dass die Beklagten auf einen entsprechenden Hinweis des Berufungsgerichts nähere Ausführungen zu der angeführten Verständnismöglichkeit gemacht hätten. Danach ergeben sich aber bislang für einen Nachbau in Schädigungsabsicht keine Anhaltspunkte.

cc) Das Berufungsgericht hat bei der Prüfung der Frage des Vorliegens besonderer Unlauterkeitsumstände weiter angeführt, es bestehe der naheliegende Verdacht, dass sich die Beklagten die für die Nachahmung erforderliche Kenntnis in verwerflicher Weise, z.B. durch anstößiges Abwerben von Mitarbeitern und Einstellung im eigenen Betrieb sowie durch Vertrauensbruch, verschafft haben. Letztlich hat es diese Frage aber offengelassen, so dass es ihr – sofern es darauf ankommen sollte – gegebenenfalls weiter nachzugehen haben wird.

2. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht auch – im Zusammenhang mit der Prüfung der Frage der Verjährung – einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB bejaht. Insofern fehlt es bereits an einer nachprüfaren Begründung, da das Berufungsgericht lediglich anführt, das Verhalten der Beklagten stelle sich zugleich als eine sittenwidrige Schädigung im Sinne von § 826 BGB dar. Sofern das Berufungsgericht aus der von ihm aufgrund des Schreibens des Beklagten zu 2 vom 23. November 1992 bejahten sittenwidrigen Behinderung im Sinne des § 1 aUWG zugleich auf eine Sittenwidrigkeit im Sinne des § 826 BGB schließen wollte, würde dies durchgreifenden Bedenken begegnen. Zum einen fehlt es bereits an einer tragfähigen Grundlage für die Annahme einer sittenwidrigen Behinderung im Sinne des § 1 aUWG. Sodann verkennt das Berufungsgericht, dass der unbestimmte Rechtsbegriff der guten Sitten in § 1 aUWG und in § 826 BGB nicht dieselbe Bedeutung hat. Zwischen beiden Regelungen bestehen Funktionsunterschiede. Während § 1 aUWG im Interesse der Mitbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit auf die Bewahrung der Lauterkeit des Wettbewerbs zielt, schützt § 826 BGB den einzelnen gegen eine vorsätzlich-sittenwidrige Schädigung (zum Verhältnis von § 1 aUWG zu § 138 BGB vgl. BGH, GRUR 1998, 945, 946 – Co-Verlagsvereinbarung).

3. Die Klage erweist sich jedoch entgegen der Ansicht der Revision beim bisherigen Sach- und Streitstand auch nicht aus anderen Gründen als abweisungsreif.

a) Die Revision macht ohne Erfolg geltend, ein ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz komme im Streitfall bereits aus zeitlichen Gründen nicht mehr in Betracht, weil ein solcher Schutz nicht länger dauern könne als ein etwaiger (gebrauchsmuster- oder patentrechtlicher) Sonderrechtsschutz, der für die seit 1973 in Verkehr befindlichen Pumpen bereits abgelaufen wäre. Zwar ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz auch in Relation zu den gewerblichen Schutzrechten zu sehen und deshalb nicht ohne weiteres schrankenlos zuzubilligen sei (vgl. BGH, GRUR 1969, 186, 188 f. – Reprint; GRUR 1986, 895, 896 – Notenstichbilder). Die von der Revision in Betracht gezogene Parallelwertung zu den Sonderschutzrechten mit dem Ziel, auch für den ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz generell feste zeitliche Grenzen einzuführen, begegnet jedoch aufgrund des unterschiedli-

chen Wesens und Schutzgegenstands beider Rechtsbereiche Bedenken (vgl. näher Erdmann, Festschrift Vieregge, 1995, S. 197, 206 f.). Es handelt sich um eine Tatfrage, die im Einzelfall im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung unter Abwägung der betroffenen Interessen zu beantworten ist. Solange die wettbewerbliche Eigenart nicht verloren gegangen ist und auch die besonderen Unlauterkeitsumstände (insbesondere eine vermeidbare Herkunftstäuschung) nicht weggefallen sind, wird eine zeitliche Begrenzung, sofern es nicht um die Nachahmung kurzlebiger Erzeugnisse geht, grundsätzlich nicht in Betracht kommen (vgl. Erdmann aaO S. 207 ff., 215 f.). Auf der Grundlage der vom Berufungsgericht bislang getroffenen Feststellungen ergeben sich vorliegend keine Anhaltspunkte, die eine zeitliche Begrenzung des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes rechtfertigen könnten.

c) Die von der Revision weiter beanstandeten Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht eine Verjährung der Schadensersatzansprüche, auf die sich der Feststellungsantrag bezieht, verneint, halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nur teilweise stand.

aa) Dem Berufungsgericht kann bereits nicht darin beigetreten werden, dass die dreijährige Verjährungsfrist nach den §§ 195, 199 BGB (damals noch § 852 BGB a.F.) deshalb gilt, weil als Anspruchsgrundlage auch § 826 BGB in Betracht kommt. Wie oben dargelegt, kann beim gegenwärtigen Sach- und Streitstand nicht von einer vorsätzlich-sittenwidrigen Schädigung im Sinne dieser Bestimmung ausgegangen werden.

bb) Im Streitfall ist die Verjährungsregelung des § 11 UWG (damals noch § 21 aUWG) anwendbar. Sie gilt auch für Ansprüche aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz. Denn sie geht als wettbewerbsrechtliche Sonderregelung der dreijährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB vor.

cc) Allerdings ist im Streitfall – was das Berufungsgericht unerörtert gelassen hat – zu berücksichtigen, dass die Regelung des § 852 S. 1 BGB (§ 852 Abs. 3 BGB a.F.) eingreift, da Wettbewerbsverstöße unerlaubte Handlungen darstellen und das UWG insoweit keine abweichende Regelung enthält (vgl. BGH, GRUR 1995, 678, 681 – Kurze Verjährungsfrist, insoweit in BGHZ 130, 288 nicht abgedruckt). Daraus folgt, dass das durch eine unerlaubte Wettbewerbshandlung Erlangte auch nach Eintritt der Verjährung als ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben ist. Es handelt sich dabei allerdings nicht um einen Bereicherungsanspruch, sondern um einen Anspruch aus unerlaubter Handlung, der jedoch in Höhe der Bereicherung nicht verjährt ist. Die Verweisung bezieht sich daher auf den Umfang und nicht auf die Voraussetzungen der Bereicherungshaftung (BGHZ 71, 86, 98 ff. – Fahrradgepäckträger II).]

...

Aus der Sicht des Originalherstellers besteht die „Schwäche“ des lauterkeitsrechtlichen Schutzes vor Nachahmungen auf der Grundlage von § 4 Nr. 3 lit. a UWG darin, dass der Nachahmer die Verwechslungsgefahr unschwer durch eine hinreichend klare Bezeichnung ausschließen kann. So hielt der BGH etwa die „wellenförmige“ Ausstattung von Langnese „Viennetta“-Eiskrem zwar für wettbewerblich eigenartig, lehnte aber die Begründung einer Verwechslungsgefahr als Folge der klaren Kennzeichnung der Nachahmung ab (BGH v. 19.10.2000, I ZR 225/98 – Viennetta, GRUR 2001, 443).



Verabsolutieren lässt sich die Aussage freilich nicht. Erst 2023 schränkte der BGH ein, dass „[eine] Herkunftstäuschung durch eine nachgeahmte Produktverpackung bei unterschiedlichen Produkt- oder Herstellerbezeichnungen nicht stets ausgeschlossen [ist], wenn nicht alle wesentlichen Gestaltungsmerkmale des Originals identisch übernommen werden. Bei der Prüfung der Frage, ob eine Herkunftstäuschung vorliegt, müssen vielmehr alle Umstände des Einzelfalls in den Blick genommen werden, insbesondere ist zu berücksichtigen, welche Produkt- und Herkunftsbezeichnungen auf der Nachahmung verwendet werden und in welcher Weise dies geschieht (Fortführung von BGH, Urteil vom 19. Oktober 2000 – I ZR 225/98, GRUR 2001, 443 = WRP 2001, 534 – Viennetta)“ (BGH v. 26.01.2023, I ZR 15/22 – KERRYGOLD = GRUR-RS 2023, 6756).

d) Rufausbeutung und -beeinträchtigung, § 4 Nr. 3 lit. b UWG

§ 4 Nr. 3 lit. b UWG regelt zwei Tatbestände: zum einen die Rufausbeutung und zum anderen die Rufbeeinträchtigung: Bei der Rufausbeutung steht nicht die Irreführung der Abnehmer, sondern der Image-Transfer vom Originalerzeugnis auf das nachgeahmte Produkt im Vordergrund, etwa durch Werbung „genauso gut wie (nachgeahmtes Produkt)“. Eine Rufausbeutung scheidet jedoch aus, wenn das Publikum nicht annimmt, das Original des Produktes vor sich zu haben (dazu jüngst OLG Frankfurt v. 31.10.2019, 6 U 91/18, GRUR-RR 2020, 122 - *Rotations-Ausrichtungssystem*). Weiterhin zu berücksichtigen ist, dass bei einer auf Rufausbeutung (ebenso bei der vermeidbaren Herkunftstäuschung) gestützten Klage zur Begründung eines beantragten umfassenden Verbots nur auf bei jeder Vertriebshandlung gegebene Unlauterkeitsmerkmale abgestellt werden darf (vgl. BGH v. 21.09.2006, I ZR 270/03 – *Stufenleitern*, WRP 2007, 313).

Die von § 4 Nr. 3 lit. b UWG ebenfalls erfasste Beeinträchtigung des Rufes kann in Fällen eintreten, in denen etwa zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr erkennbar ist, welche Produkte etwa bei der Herstellung verwendet wurden, so dass zu befürchten ist, dass die Verwendung eines nachgeahmten schlechteren Produkts bei der Herstellung im Fall späterer Mängel der damit hergestellten Produkte der Ruf des besseren Originalprodukts beeinträchtigt wird (z.B. Betonchalenelemente beim Guss von Betonplatten). Insoweit genügt ein möglichst wirklichkeitsgetreuer Nachbau einer Ware nicht, wenn keine weiteren Umstände ersichtlich sind, die zu einer Rufausnutzung führen (OLG Köln v. 08.11.2019, I-6 U 212/18, juris-Rn. 75).

**Fall 3:** Die Klägerin nimmt die Beklagten mit der Begründung, die Beklagte ahme die von der Klägerin entwickelte sogenannte "grüne Serie" von Stufenleitern in unlauterer Weise nach, auf Unterlassung, Auskunftserteilung, Rechnungslegung und Schadensersatzfeststellung in Anspruch. Sie macht hierzu geltend, sie habe diese für den gewerblichen Dauereinsatz konzipierte Serie seit 1957 erfolgreich in der Bundesrepublik

Deutschland vermarktet. Die Merkmale der zu der Serie gehörenden Leitern und Tritte wie insbesondere die grüne Farbe ihrer Gestelle und die dazu kontrastierenden Stufen aus naturfarbenem Buchenholz begründeten eine wettbewerbliche Eigenart. Bis zum Markteintritt der Beklagten im Jahr 1999 habe kein anderes Unternehmen seine Produkte in dieser Weise gestaltet. Die Leitern und Tritte der Klägerin hätten aufgrund ihrer hohen Qualität einen guten Ruf. Die Beklagte ahme mit ihren Leitern und Tritten die wettbewerblich wesentlichen Merkmale der "grünen Serie" ohne technische Notwendigkeit in unlauterer Weise nach. Ihr Verhalten führe bei den Abnehmern zu vermeidbaren Herkunftstäuschungen und beute den langjährig erworbenen guten Ruf der "grünen Serie" der Klägerin systematisch aus. (BGH v. 21.09.2006, I ZR 270/03 – *Stufenleitern*, WRP 2007, 313)

9

**Stahl-Holzprogramm**

**Stufen-Stehleiter mit Sicherheitsbrücke, einseitig begehbar**  
 GS-geprüft, 5 Jahre Garantie  
 80 mm tiefe, geriffelte Holzstufen, lasiert; Sicherheitsbrücke mehrfach verleimt, Holme aus Stahlrechteckrohr, grün beschichtet, rutschfeste Leiterschuhe, Spannverbindung durch Perlongurte.

Arbeitshöhe bis ca. m	2,70	2,85	3,20	3,45	3,70	3,95	4,20	4,45	4,95
Leitertänge ca. m	1,31	1,55	1,79	2,03	2,27	2,51	2,75	2,99	3,47
Höhe der Sicherheitsbrücke m	0,71	0,95	1,19	1,42	1,66	1,90	2,14	2,38	2,85
untere Außenbreite m	0,45	0,48	0,51	0,54	0,57	0,60	0,63	0,66	0,72
Stufenanzahl inkl. St-Brücke	3	4	5	6	7	8	9	10	12
Gewicht ca. kg	12,7	13,9	15,1	16,3	17,5	20,1	24,2	28,1	35,3
Bestell-Nr.	39103	39104	39105	39106	39107	39108	39109	39110	39112
Preis ohne MwSt. DM	155,00	176,00	217,00	236,00	315,00	365,00	445,00	491,00	585,00

**Stufen-Stehleiter mit Sicherheitsbrücke, einseitig begehbar**  
 Ausführung wie vor, jedoch komplett vorne mit 2 Bremsrollen und hinten mit 2 Bockrollen sowie 2 St. Klappstreben zum Selbstanbau. Die Rollen sind für Fahrten in Längsrichtung ausgelegt, die vorderen Rollen bremsen beim Bestiegen selbsttätig.

Arbeitshöhe bis ca. m	3,70	3,85	3,20	3,45	3,70
Leitertänge ca. m	1,31	1,55	1,79	2,03	2,27
Höhe der Sicherheitsbrücke m	0,71	0,95	1,19	1,42	1,66
untere Außenbreite m	0,45	0,48	0,51	0,54	0,57
Stufenanzahl inkl. St-Brücke	3	4	5	6	7
Gewicht ca. kg	17,7	18,8	20,1	21,3	22,5
Bestell-Nr.	39003	39004	39005	39006	39007
Preis ohne MwSt. DM	287,00	346,00	429,00	499,00	527,00

**Stufen-Stehleiter mit Sicherheitsbrücke, einseitig begehbar**  
 Ausführung wie vor, jedoch komplett vorne mit 2 Brems-Lenkrollen und hinten mit 2 Bockrollen sowie 2 St. Klappstreben zum Selbstanbau. Mit dieser Ausstattung kann die Leiter gut um Kurven gefahren werden. Die vorderen Rollen bremsen beim Bestiegen selbsttätig.

Arbeitshöhe bis ca. m	2,70	2,85	3,20	3,45	3,70
Leitertänge ca. m	1,31	1,55	1,79	2,03	2,27
Höhe der Sicherheitsbrücke m	0,71	0,95	1,19	1,42	1,66
untere Außenbreite m	0,45	0,48	0,51	0,54	0,57
Stufenanzahl inkl. St-Brücke	3	4	5	6	7
Gewicht ca. kg	17,7	18,8	20,1	21,3	22,5
Bestell-Nr.	39003	39004	39005	39006	39007
Preis ohne MwSt. DM	419,00	479,00	499,00	519,00	579,00

**Stufen-Stehleiter mit Sicherheitsbrücke, einseitig begehbar**  
 Ausführung wie vor, jedoch Stützteil mit 2 Hubrollen sowie 2 Klappstreben zum Selbstanbau.

Arbeitshöhe bis ca. m	3,95	4,20	4,45	4,95
Leitertänge ca. m	2,51	2,75	2,99	3,47
Höhe der Sicherheitsbrücke m	1,90	2,14	2,38	2,85
untere Außenbreite m	0,60	0,63	0,66	0,72
Stufenanzahl inkl. St-Brücke	8	9	10	12
Gewicht ca. kg	25	29	33	41
Bestell-Nr.	39708	39709	39710	39712
Preis ohne MwSt. DM	495,00	555,00	615,00	876,00

**2 Haltegriffe**  
 Stahl verzinkt, zum bequemen Anheben, zum Selbstanbau

Bestell-Nr.	39925
Preis ohne MwSt. DM	55,00

36

[...b) Ansprüche aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz sind im vorliegenden Fall nicht durch die Vorschriften des Markenrechts ausgeschlossen. Im Anwendungsbereich der Bestimmungen des Markengesetzes ist allerdings für einen lauterkeitsrechtlichen Schutz grundsätzlich kein Raum (st. Rspr.; zuletzt BGH, GRUR 2006, 329, Rn. 36 – Gewinnfahrzeug mit Fremdblem, m.w.N.). Die Klägerin begehrt jedoch keinen Schutz für eine Kennzeichnung, sondern für die Leitern und Tritte ihrer "grünen Serie" als konkrete Leistungsergebnisse. Sie begründet dies damit, dass die Beklagten unlauter handelten, weil deren Leitern und Tritte fast identische Nachahmungen ihrer sehr bekannten "grünen Serie" seien und vor allem die besondere Kombination be-

stimmter Gestaltungsmittel (wie die Kombination der durchgängig grünen Farbe der Gestelle mit naturfarbenen Holzstufen) übernehmen. Dieses Begehren fällt nicht in den Schutzbereich des Markenrechts.

c) Der Vertrieb eines nachgeahmten Erzeugnisses kann wettbewerbswidrig sein, wenn dieses von wettbewerblcher Eigenart ist und besondere Umstände hinzutreten, die seine Nachahmung als unlauter erscheinen lassen. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen dem Grad der wettbewerblchen Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblchen Umständen. Je größer die wettbewerblche Eigenart und je größer der Grad der Übernahme sind, desto geringere Anforderungen sind an die besonderen Umstände zu stellen, die die Wettbewerbswidrigkeit der Nachahmung begründen (vgl. BGH, GRUR 2001, 251, 253 – Messerkennzeichnung; GRUR 2004, 941, 942 – Metallbett, jeweils m.w.N.). Danach können Ansprüche aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz gegen den Vertrieb eines nachgeahmten Erzeugnisses bestehen, wenn die Gefahr einer Herkunftstäuschung gegeben ist und der Nachahmer zumutbare und geeignete Maßnahmen zur Vermeidung der Herkunftstäuschung unterlässt (vgl. BGH, GRUR 2005, 166, 167 – Puppenausstattungen; BGH, GRUR 2006, 79, Rn. 19 – Jeans I).

d) Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Leitern und Tritte der Klägerin eine durchschnittliche wettbewerblche Eigenart aufweisen.

aa) Wettbewerblche Eigenart setzt voraus, dass die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale eines Erzeugnisses geeignet sind, die angesprochenen Verkehrskreise auf die betriebliche Herkunft oder die Besonderheiten des Erzeugnisses hinzuweisen (st. Rspr.; vgl. zuletzt BGH GRUR 2006, 79, Rn. 21 – Jeans I). Insoweit ist es erforderlich, dass der Verkehr – anders als dies bei "Allerweltserzeugnissen" oder "Dutzendware" der Fall ist – auf die betriebliche Herkunft des Erzeugnisses Wert legt und gewohnt ist, aus bestimmten Merkmalen auf die betriebliche Herkunft zu schließen (BGHZ 50, 125, 130 – Pulverbehälter; BGH, GRUR 2001, 251, 253 – Messerkennzeichnung).

Die wettbewerblche Eigenart eines Erzeugnisses kann sich grundsätzlich auch aus seinen technischen Merkmalen ergeben (vgl. BGH, GRUR 2002, 820, 822 – Bremszangen, m.w.N.). Zu beachten ist allerdings, dass, soweit kein Sonderschutz eingreift, die technische Lehre und der Stand der Technik grundsätzlich frei benutzbar sind. Dementsprechend ist wettbewerblche Eigenart immer dann zu verneinen, wenn sich eine gemeinfreie technische Lösung in einer technisch notwendigen Gestaltung verwirklicht, d.h. das Erreichen eines bestimmten technischen Erfolgs die Verwendung bestimmter Gestaltungselemente zwingend voraussetzt (vgl. BGH, GRUR 2002, 820, 822 – Bremszangen, m.w.N.). Dagegen können Merkmale, die zwar technisch bedingt, aber frei austauschbar sind, eine wettbewerblche Eigenart (mit) begründen, sofern der Verkehr im Hinblick auf sie auf die Herkunft der Erzeugnisse aus einem bestimmten Betrieb Wert legt oder mit ihnen gewisse Qualitätserwartungen verbindet (vgl. BGH, GRUR 2002, 820, 822 – Bremszangen, m.w.N.).

bb) Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die Kombination der durchgängig grünen Farbe der Leiter- und Trittgestelle mit den naturfarbenen Holzstufen sei herkunftshinweisend.

(1) Die Revision bezieht sich in diesem Zusammenhang zum Einen auf das Vorbringen der Beklagten in den Vorinstanzen, dass die Farbe Grün die bei Werkstatt- und Lager-einrichtungen in Handwerk und Industrie am häufigsten verwendete Farbe sei. Das Berufungsgericht hat die von Hause aus bestehende wettbewerblche Eigenart jedoch nicht

allein durch die grüne Farbe der Leiter- und Trittgestelle, sondern durch deren Kontrastieren mit den naturfarbenen Holzstufen begründet gesehen.

(2) Die Revision macht zum Anderen geltend, die Beklagten hätten unter Bezugnahme auf Kataloge vorgetragen, dass auch die Kombination von grünen Stahlteilen und hellem Holz bei Arbeitstischen, Werkbänken, von Hand schiebbaren Transportwagen etc. aus arbeitspsychologischen Gründen sehr häufig sei. Die Verwendung der Farbe Grün durch die Beklagten stelle lediglich eine sinnvolle Anpassung an die Gegebenheiten der Technik und des Marktes dar. Ebenso verstehe der angesprochene Verkehr die Kombination der grünen Gestelle mit hellen Holzstufen nur als Anpassung an die vielfältig angebotenen und verwendeten Werkstattausstattungen aus grünen Stahl- und hellen Holzteilen, in deren Umfeld die Leitern und Tritte verwendet werden sollten.

Das Berufungsgericht hat jedoch das Umfeld, in dem die Leitern und Tritte der Parteien verwendet werden, durchaus berücksichtigt. Es hat aus der dort verbreiteten Verwendung der Farbe Grün und von nicht farbig gestrichenem Holz lediglich geschlossen, dass die wettbewerbliche Eigenart der Leitern und Tritte der Klägerin von Hause aus gering gewesen sei. Diese auf tatrichterlichem Gebiet liegende Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

cc) Im Ergebnis ebenfalls ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, dem vorgelegten demoskopischen Gutachten sei zu entnehmen, dass die wettbewerbliche Eigenart der Leitern und Tritte der Klägerin im Hinblick auf ihre Bekanntheit inzwischen als durchschnittlich anzusehen sei. Denn das Berufungsgericht hat – insoweit von der Revision unbeanstandet – schon aus den Verkaufszahlen auf eine erhebliche Bekanntheit der Leitern und Tritte und aus dieser auf eine mittlerweile durchschnittliche wettbewerbliche Eigenart geschlossen.

e) Das Berufungsgericht ist von einer fast identischen Leistungsübernahme ausgegangen. Es hat hierbei angenommen, dass bei der Beurteilung dieser Frage (auch) auf Umstände abzustellen sei, wie sie sich (allein) bei einer Bestellung über einen Katalog ergäben. Mit dieser Begründung ließe sich die Annahme einer fast identischen Leistungsübernahme nach dem vorstehend unter II. 1. und 2. Ausgeführten jedoch lediglich für Klageanträge rechtfertigen, die auf den Vertrieb der Leitern und Tritte der Beklagten über Katalogfirmen abstellen.

*Anm.:* Der Klagantrag war generell auf Unterlassung des Vertriebs der so gestalteten Leitern gestützt. Er wäre im Hinblick auf die Irreführungsgefahr beim Katalogvertrieb erfolgreich gewesen, erfasste aber auch den einfachen Vertrieb. Insoweit war der Ausschluss der betrieblichen Herkunftstäuschung problematisch.

III. Im Rahmen der neuen Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht insbesondere folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen haben:

1. Die Klägerin hat in den Vorinstanzen deutlich gemacht, dass sie eine besondere Irreführungsgefahr bei dem Vertrieb über Katalogfirmen sieht. Unstreitig werden 80% der Leitern der Beklagten über solche Firmen vertrieben. Nach dem Vortrag der Klägerin können die angesprochenen Fachkreise dabei die Gestaltung der Leitern und Tritte der Beklagten allein kleinen Abbildungen in den Katalogen entnehmen. Dabei seien Details und Etiketten (mit der Herstellerangabe) nicht erkennbar und werde der Hersteller nicht genannt.

Diesem Vorbringen könnte zu entnehmen sein, dass die Klägerin hilfsweise die Unterlassung des Vertriebs der Leitern über Katalogfirmen in der beschriebenen Art und Weise begehrt. Einen ausdrücklichen Antrag hat die Klägerin in dieser Hinsicht allerdings nicht gestellt. Sie ist deshalb nach § 139 ZPO zur Klarstellung ihres Klagebegehrens

aufzufordern. Gegebenenfalls ist ihr Gelegenheit zu geben, einen entsprechenden Klageantrag zu formulieren.

Im Rahmen ihres Vorbringens zum Vertrieb über Katalogfirmen hat die Klägerin weiter ausgeführt, dass für den Vertrieb über das Unternehmen K. weitere Besonderheiten gelten würden. Sie wird im weiteren Verfahren Gelegenheit haben klarzustellen, ob sie insoweit ein auf diese Besonderheiten abstellendes (hilfsweises) Klagebegehren verfolgt. Entsprechendes gilt für das Vorbringen der Klägerin in den Vorinstanzen, "die besondere Sittenwidrigkeit der Nachahmung" ergebe sich zusätzlich aus der systematischen Nachahmung ihrer gesamten Leitern- und Trittsreihe.

2. Das Berufungsgericht hat angenommen, das Verhalten der Beklagten begründe die Gefahr einer vermeidbaren Täuschung der Abnehmer der Leitern und Tritte über deren betriebliche Herkunft. Insoweit wird bei der neuen Verhandlung und Entscheidung der Sache Folgendes zu bedenken sein:

a) Die Gefahr einer Täuschung über die betriebliche Herkunft eines nachgeahmten Erzeugnisses setzt, sofern nicht Original und Nachahmung nebeneinander vertrieben werden und der Verkehr damit beide unmittelbar miteinander vergleichen kann, voraus, dass das nachgeahmte Erzeugnis eine gewisse Bekanntheit bei nicht unerheblichen Teilen der angesprochenen Verkehrskreise erlangt hat (st. Rspr.; vgl. BGH, GRUR 2005, 600, 602 – Handtuchklemmen; BGH, GRUR 2006, 79, Rn. 19 – Jeans I). Es genügt dabei eine Bekanntheit, bei der sich die Gefahr der Herkunftstäuschung in relevantem Umfang ergeben kann, wenn Nachahmungen vertrieben werden (BGH, GRUR 2005, 166, 167 – Puppenausstattungen, m.w.N.). Eine Verkehrsgeltung des nachgeahmten Erzeugnisses i.S. von § 4 Nr. 2 MarkenG ist dafür nicht erforderlich (BGH, GRUR 2002, 275, 277 – Noppenbahnen). In zeitlicher Hinsicht ist, was die Bekanntheit anbelangt, der Zeitpunkt der Markteinführung der Nachahmung (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb UWG, , 35.. Aufl., § 4 UWG Rdn. 3.41a) und für die Frage der Herkunftstäuschung der Zeitraum bis zur Kaufentscheidung der Abnehmer maßgeblich (BGHZ 161, 204, 211 f. – Klemmbausteine III).

b) Bei seiner Beurteilung, das Anbieten der Leitern der Beklagten sei geeignet, die Abnehmer über deren betriebliche Herkunft zu täuschen, konnte das Berufungsgericht - wie dargelegt - auf der Grundlage seiner Feststellungen davon ausgehen, dass die Leitern und Tritte der Klägerin zum Zeitpunkt der Markteinführung der Produkte der Beklagten bei den angesprochenen Fachkreisen eine erhebliche Bekanntheit hatten. Dem steht, anders als die Revision meint, nicht entgegen, dass die Leitern und Tritte der Klägerin in den Katalogen von K. ohne Herstellerangabe angeboten und vertrieben worden sind. Dieser Umstand hinderte nicht notwendig das Entstehen der Vorstellung bei den Abnehmern, die in den Katalogen angebotenen Leitern stammten von einem bestimmten Hersteller. Eine Herkunftstäuschung setzt nicht voraus, dass der Verkehr das Unternehmen, dem er die ihm bekannte Leistung zuschreibt, namentlich kennt. Vielmehr genügt die Vorstellung, dass das fragliche Erzeugnis von einem bestimmten Hersteller, wie auch immer dieser heißen mag, in den Verkehr gebracht wurde (vgl. BGH, GRUR 2006, 79, Rn. 36 - Jeans I).

c) Die Feststellung des Berufungsgerichts, die Leitern und Tritte der Beklagten stellten wegen ihrer nur geringfügigen, im Gesamteindruck unerheblichen Abweichungen von den Produkten der Klägerin eine fast identische Leistungsübernahme dar, ist dagegen verfahrensfehlerhaft. Die Revision macht insoweit mit Recht geltend, dass die Beklagten in der Klageerwidernung mit Hilfe von Fotogegegenüberstellungen (Anlagen B 7 und B 10) eine Reihe von Unterschieden der Leitern und Tritte der Parteien herausgestellt hatten. Das Berufungsurteil lässt nicht erkennen, dass das Berufungsgericht diese Ausführungen hinreichend berücksichtigt hat.

d) Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die von der Gestaltung der Leitern und Tritte der Beklagten ausgehende Gefahr der Herkunftstäuschung sei vermeidbar, ist ebenfalls nicht rechtsfehlerfrei.

aa) Eine Herkunftstäuschung ist vermeidbar, wenn sie durch geeignete und zumutbare Maßnahmen verhindert werden kann (st. Rspr.; vgl. BGH, GRUR 2000, 521, 525 – Modulgerüst; GRUR 2001, 443, 445 – Viennetta; GRUR 2002, 820, 822 f. – Bremszangen; GRUR 2004, 941, 943 – Metallbett).

bb) Das Berufungsgericht hat eine Herkunftstäuschung als vermeidbar angesehen, weil die Farbe Grün und die Verwendung der naturfarbenen Holzstufen nicht technisch vorgegeben seien. Es hat dabei allerdings nicht berücksichtigt, dass die Verwendung dieser Mittel - auch in ihrer Kombination - als angemessene Lösung für die praktischen Zwecke von Leitern und Tritten anzusehen ist. Von dieser Gestaltungsmöglichkeit dürfen andere Unternehmen nicht deshalb ausgeschlossen werden, weil die Wettbewerber diese Mittel für die Gestaltung ihrer Leitern und Tritte in den vergangenen Jahren nicht verwendet haben. Die Gefahr einer Herkunftstäuschung, die auch dann noch verbleibt, wenn die Beklagte zumutbare Maßnahmen zu ihrer Vermeidung getroffen hat, wird deshalb hinzunehmen sein (vgl. dazu auch BGH, GRUR 2003, 359, 361 – Pflegebett).]

...

**Fall 4:** Die Klägerin, die HERMÈS SELLIER S.A., gehört zu dem weltweit tätigen, in Frankreich ansässigen HERMÈS-SELLIER-Konzern, der hochwertige Damenhandtaschen herstellt. Zur Produktpalette gehört eine seit den dreißiger Jahren des vergangenen Jahrhunderts produzierte Modellreihe, die seit den fünfziger Jahren unter der Bezeichnung "Kelly-Bag" (im Folgenden: "Kelly") unter anderem in den aus den nachstehenden Abbildungen ersichtlichen Aufmachungen auch in Deutschland in den Verkehr gebracht wird. Die Beklagte vertreibt Handtaschen mit ähnlicher äußerer Gestaltung zu den Handtaschen „Kelly“ von HERMÈS.



HERMÈS ist der Ansicht, dass es sich bei den Handtaschen der Beklagten (im Folgenden: „Kelly-Nachahmung“) um wettbewerbslich unlautere Nachahmungen einmal einer „Kelly“ handele. Die Nachbildungen erfüllten den Tatbestand einer vermeidbaren Täuschung über die betriebliche Herkunft. Zudem werde der gute Ruf der in Deutschland berühmten HERMÈS-Taschen ausgebeutet. Der Verbraucher erhalte durch die Nach-

ahmungen die Möglichkeit, das mit dem Tragen einer HERMÈS-Tasche verbundene Prestige zu erlangen, ohne deren Preis zahlen zu müssen. Durch den Verkauf billiger Nachahmerprodukte werde zudem der Ruf der exklusiven Originalerzeugnisse beeinträchtigt (BGH v. 11.01.2007, I ZR 198/04 – *Handtaschen*, GRUR 2007, 795).

#### [1. Wettbewerbliche Eigenart „Kelly“ Handtaschen

a) Ein Erzeugnis besitzt wettbewerbliche Eigenart, wenn dessen konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen (BGH, GRUR 2005, 600, 602 – *Handtuchklemmen*; GRUR 2006, 79, Rn. 21 – *Jeans I*). Diese Voraussetzungen hat das Berufungsgericht für die Handtaschenmodelle "Kelly" ... der Klägerin rechtsfehlerfrei festgestellt.

Es hat zur "Kelly" angenommen, die herkunftshinweisende Form ergebe sich aus der Gestaltung des Taschenkörpers, der bei seitlicher Sicht in der Art eines sich nach oben verjüngenden Keils gestaltet sei und bei frontaler Sicht eine leicht trapezförmige Kontur aufweise. Hinzu komme die den oberen Rand des Taschenkörpers überlappende Klappe, die die Frontseite des Taschenkörpers zu etwa einem Viertel im oberen Bereich überdecke und die an den seitlichen Rändern jeweils rechteckig eingeschnittene Einkerbungen aufweise. Die bauchig wirkende Form des Taschenkörpers und die durch die Klappe geschaffenen Proportionen würden den Taschenkörper dominieren lassen und suggerierten auf diese Weise ein den Gebrauchszweck der Tasche gestalterisch betonendes Fassungsvermögen. Im besonderen Maße werde das Gesamterscheinungsbild durch den Taschengürtel bestimmt. Bei der "Birkin" bestünden die charakteristischen, auf die betriebliche Herkunft hinweisenden Merkmale in der beinahe dreieckigen Form der Seitenansicht der Tasche, den parallel in Form eines unvollständigen Ovals ausgestalteten Griffen, der sichtbaren Scheinlasche auf der Vorderseite der Tasche sowie der Gestaltung des Taschengürtels.

Der Annahme der wettbewerblichen Eigenart steht im vorliegenden Fall nicht entgegen, dass es sich bei den verschiedenen Handtaschen um Modellreihen handelt. Das Berufungsgericht hat die wettbewerbliche Eigenart aus den übereinstimmenden Merkmalen der jeweiligen Exemplare der beiden Modellreihen hergeleitet. Auf den von der Revisionsrüge hervorgehobenen Umstand, dass die Handtaschen in unterschiedlicher Größe, Farbe, Oberflächenstruktur und -ausschmückung hergestellt werden, kommt es deshalb nicht an. Die Klägerin begehrt auch nicht nur Schutz für einzelne Stilmittel oder eine dem Sonderschutz nicht zugängliche Grundidee, sondern für konkrete Gestaltungsmerkmale, die jeweils allen Modellen der "Kelly"- ...-Handtaschen eigen sind und deren wettbewerbliche Eigenart begründen.

b) Mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts ist zugunsten der Klägerin im Revisionsverfahren zu unterstellen, dass die wettbewerbliche Eigenart nicht infolge einer von den Beklagten behaupteten häufigen Nachahmung verloren gegangen ist. Von einem Verlust der wettbewerblichen Eigenart ist im Übrigen auch beim Vorhandensein zahlreicher Kopien auf dem Markt nicht auszugehen, solange der Verkehr noch zwischen dem Original und den Nachahmungen unterscheidet (BGHZ 138, 143, 149 – *Les-Paul-Gitarren*).

#### 2. Identische oder fast identische Nachahmung?

a) Ohne Erfolg macht die Revision dagegen geltend, das Berufungsgericht sei von einem zu geringen Grad der Übernahme ausgegangen und habe bei der Feststellung der Unterschiede von Original und Nachahmung nicht berücksichtigt, dass der Verkehr die sich gegenüberstehenden Produkte nicht nebeneinander sehe. Das Berufungsgericht

habe deshalb zu sehr auf die Unterschiede und nicht auf die Übereinstimmungen abgestellt.

b) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass es bei der Beurteilung der Ähnlichkeit auf die Gesamtwirkung der sich gegenüberstehenden Produkte ankommt (BGH, GRUR 2002, 629, 632 – Blendsegel; GRUR 2005, 166, 168 – Puppenausstattungen; GRUR 2005, 600, 602 – Handtuchklemmen). Dabei ist zu prüfen, ob gerade die übernommenen Gestaltungsmittel diejenigen sind, die die wettbewerbliche Eigenart des Produkts ausmachen, für das Schutz beansprucht wird (BGHZ 141, 329, 340 – Tele-Info-CD).

aa) Zur „Kelly“-Tasche:

Das Berufungsgericht hat die Annahme eines hinreichenden Abstands der "Kelly-Nachahmung" damit begründet, die angegriffene Ausführung unterscheide sich von der eleganten, raffiniert-schlichten Gesamtanmutung der Taschen der Modellreihe "Kelly" der Klägerin dadurch, dass bei der Nachahmung in deutlich stärkerem Maße von Metallelementen Gebrauch gemacht worden sei. Ein weiterer Unterschied bestehe in den unterschiedlichen Proportionen der Taschenvorderseiten. Bei der Ausführung der Beklagten sei der Überschlag weiter nach unten gefasst und der Gürtel auffallend breiter und tiefer gesetzt als bei den Modellen der Klägerin, wodurch die bei der "Kelly" vorhandene Dominanz des eleganten Taschenkörpers fehle. Bei der "Kelly" sei der Gürtel auf der Taschenrückseite seitlich außen angenäht und von dort über die Seiten nach vorne gefädelt, während die Rückseite bei dem angegriffenen Modell glatt und ohne Gürtelansatz gestaltet sei. Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

Das Berufungsgericht hat insbesondere nicht den Erfahrungssatz unberücksichtigt gelassen, dass der Verkehr die in Rede stehenden Produkte regelmäßig nicht gleichzeitig wahrnimmt und miteinander vergleicht, sondern seine Auffassung aufgrund eines Erinnerungseindrucks gewinnt. In diesem Eindruck treten regelmäßig die übereinstimmenden Merkmale mehr hervor als die Unterschiede, so dass es maßgeblich nicht so sehr auf die Unterschiede als auf die Übereinstimmungen ankommt. Die vom Berufungsgericht festgestellten Abweichungen sind in ihrer Summe jedoch nicht unerheblich. Das Berufungsgericht hat vielmehr aufgrund der vorhandenen Abweichungen den Gesamteindruck der Handtaschen der Parteien auch unter Berücksichtigung der Übereinstimmungen als unterschiedlich angesehen. Diese auf tatrichterlichen Feststellungen beruhende Annahme des Berufungsgerichts ist revisionsrechtlich hinzunehmen.

...

### 3. Vermeidbare Herkunftstäuschung, § 4 Nr. 3 lit. a UWG

Das Inverkehrbringen der "Kelly-" ...Nachahmung" erfüllt nicht die Voraussetzungen einer vermeidbaren Täuschung über die betriebliche Herkunft i.S. von § 4 Nr. 3 lit. a UWG.

a) Das Berufungsgericht hat eine Herkunftstäuschung verneint, weil der Verkehr vom Vorhandensein von Nachbildungen Kenntnis habe. Daher werde der Kaufinteressent seine Vorstellung von der konkreten betrieblichen Herkunft nicht allein an der äußeren Gestaltung festmachen, sondern sich anhand anderer Merkmale zunächst Klarheit verschaffen. Hinzu komme, dass der Verbraucher dem Erwerb der Produkte der Klägerin erhebliche Aufmerksamkeit entgegenbringe und die Tasche genau begutachten werde. Daher werde er das Fehlen eines auf die Klägerin hinweisenden Kennzeichens bemerken. In diesem Zusammenhang sei auch zu berücksichtigen, dass die angesprochenen Verkehrskreise Kenntnis vom selektiven Vertriebssystem des HERMÈS-Konzerns hätten. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

b) Der Annahme einer Herkunftstäuschung kann der Umstand entgegenstehen, dass dem Verkehr das Nebeneinander von Originalen und Nachbauten bekannt ist und er deshalb davon ausgeht, dass er sich anhand bestimmter Merkmale zunächst Klarheit darüber verschaffen muss, wer das jeweilige Produkt hergestellt hat (BGH, GRUR 1985, 876, 878 – Tchibo/Rolux; BGHZ 138, 143, 150 f. – Les-Paul-Gitarren). Zwar kann es für die Annahme einer Herkunftstäuschung genügen, dass durch die Ähnlichkeit der konkurrierenden Produkte zunächst eine Täuschung hervorgerufen wird, auch wenn diese noch vor dem Kauf aufgrund einer näheren Befassung mit dem Angebot entfällt (BGH, GRUR 1999, 1106, 1109 – Rollstuhlnachbau; BGHZ 161, 204, 211 – Klemmbausteine III). Wenn aber die angesprochenen Verkehrskreise von dem Vorhandensein von Original und Nachahmungen Kenntnis haben, werden sie dem Angebot mit einem entsprechend hohen Aufmerksamkeitsgrad begegnen und weder im Zeitpunkt der Werbung noch beim Kauf einer Herkunftstäuschung unterliegen.

Das Berufungsgericht ist auch zu Recht davon ausgegangen, dass der unterschiedliche Vertriebsweg einer Herkunftstäuschung entgegenstehen kann (BGH, GRUR 2003, 973, 975 – Tupperwareparty). Die Produkte der Klägerin werden ganz überwiegend nur in eigenen HERMÈS-Geschäften oder als solche gekennzeichneten HERMÈS-Abteilungen veräußert.

c) Aufgrund der vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellten unterschiedlichen Gesamtanmutungen der Handtaschen der Klägerin und der angegriffenen Ausführungen besteht ein ausreichender Abstand zwischen den sich gegenüberstehenden Produkten, der schon bei geringer Aufmerksamkeit der angesprochenen Verkehrskreise der Gefahr einer Herkunftstäuschung entgegensteht. Eine Täuschung über die betriebliche Herkunft bei Dritten wird dagegen nicht von § 4 Nr. 3 lit. a UWG, sondern allenfalls von § 4 Nr. 3 lit. b UWG.

#### 4. Rufausbeutung, § 4 Nr. 3 lit. b UWG

Das Inverkehrbringen der "Kelly-" ... Nachahmung" stellt auch keine unangemessene Ausnutzung der Wertschätzung der Klagemodelle i.S. von § 4 Nr. 3 lit. b UWG dar.

a) Zur Wertschätzung der Taschen der Modellreihen "Kelly" ... hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Für die Revisionsinstanz ist daher zugunsten der Klägerin eine entsprechende Wertschätzung der in Rede stehenden Erzeugnisse der Klägerin zu unterstellen.

b) Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass eine Ausnutzung der Wertschätzung in Betracht kommt, wenn die Gefahr der Täuschung zwar nicht bei den Abnehmern der nachgeahmten Produkte der Beklagten eintritt, wohl aber bei dem Publikum, das bei den Käufern die Nachahmungen sieht und zu irrigen Vorstellungen über die Echtheit verleitet wird (BGH, GRUR 1985, 876, 878 – Tchibo/Rolux). Nicht ausreichend ist insoweit allerdings, dass durch die Herbeiführung von bloßen Assoziationen an ein fremdes Produkt Aufmerksamkeit geweckt wird (BGH, GRUR 2003, 973, 975 – Tupperwareparty; BGHZ 161, 204, 215 – Klemmbausteine III). Der Schutz der Wertschätzung eines Produkts i.S. von § 4 Nr. 3 lit. b UWG ist nicht den Sonderschutzrechten mit Ausschließlichkeitsbefugnis gleichzusetzen (vgl. BGH, GRUR 1996, 508, 509 – Uhren-Applikation).

c) Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass das allgemeine Publikum, das die Nachahmungen der "Kelly" ... bei den Käufern sieht, keiner Herkunftstäuschung unterliegt, weil es an einer ausreichend großen Ähnlichkeit zwischen den Handtaschen der Modellserien "Kelly" ... auf der einen und den angegriffenen Ausführungen der Beklagten auf der anderen Seite fehlt. Anders als die Revision meint, lässt

sich eine andere Beurteilung in der Revisionsinstanz anhand des bei den Akten befindlichen Fotomaterials nicht treffen.

Vor dem Hintergrund der vom Berufungsgericht festgestellten unterschiedlichen Gesamtwirkung der sich gegenüberstehenden Produkte ist die Annahme rechtsfehlerfrei, die Nachahmungsprodukte wichen in einem Ausmaß von den Originalen der Klägerin ab, dass auch keine Gefahr einer Herkunftstäuschung beim Publikum bestehe, das die Taschen bei Dritten sehe. Aufgrund der vom Berufungsgericht festgestellten Kenntnis des Verkehrs vom Vorhandensein von Original und Nachahmungen sowie der unterschiedlichen Gesamtanmutung der Handtaschen wird auch das allgemeine Publikum über die betriebliche Herkunft der Produkte nicht getäuscht.

Die Annahme einer fehlenden Herkunftstäuschung beim Publikum ist auch dann gerechtfertigt, wenn der Vortrag der Klägerin als richtig unterstellt wird, es handle sich bei der "Kelly" ... um berühmte Produkte. Zwar werden dem Verkehr bekannte Erzeugnisse eher in Erinnerung bleiben, so dass das Publikum deshalb auch eher in einer Nachahmung das Original wiederzuerkennen glaubt. Aufgrund der vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellten unterschiedlichen Gesamtanmutung ist aber auch vor diesem Hintergrund ein hinreichender Abstand gewahrt.

#### 5. Rufbeeinträchtigung, § 4 Nr. 3 lit. b UWG

Zu Recht hat das Berufungsgericht im Inverkehrbringen der "Kelly"-...Nachahmung" auch keine unangemessene Beeinträchtigung der Wertschätzung i.S. von § 4 Nr. 3 lit. b UWG gesehen. Zwar kann bei Luxusgütern durch den massenhaften Vertrieb billiger Imitate eine Zerstörung des Prestigewerts zu einer wettbewerbsrechtlich relevanten Beeinträchtigung i.S. von § 4 Nr. 3 lit. b UWG führen (BGH, GRUR 1985, 876, 878 – Tchi-bo/Rolex). Dies ist aber dann nicht der Fall, wenn aufgrund eines hinreichenden Abstands nicht nur bei den Kaufinteressenten, sondern auch beim allgemeinen Publikum, das die Produkte bei Dritten sieht, keine Gefahr einer Herkunftstäuschung besteht (BGHZ 138, 143, 151 – Les-Paul-Gitarren).

#### 6. Behinderung, § 4 Nr. 4 UWG (-) (vgl. hierzu ausführlich AP 9)

Schließlich liegt entgegen der Auffassung der Revision auch keine wettbewerbswidrige Behinderung der Klägerin vor.

a) Allerdings kann in diesem Zusammenhang eine Behinderung ebenfalls in die wettbewerbsrechtliche Bewertung einbezogen werden, weil die Aufzählung der Fallgruppen in § 4 Nr. 3 UWG nicht abschließend ist (BGH, GRUR 2004, 941, 943 – Metallbett; Begr. RegE, BT-Drucks. 15/1487, S. 18; Köhler in Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb UWG, 35.. Aufl., § 4 UWG Rn. 0.3). Eine unlautere Behinderung der Klägerin ist jedoch nicht gegeben.

b) Liegt keiner der Fälle des § 4 Nr. 3 lit. a bis c UWG vor, kann mit Blick auf die grundsätzlich bestehende Nachahmungsfreiheit nur in Ausnahmefällen das Nachahmen eines fremden Produkts als wettbewerbswidrig angesehen werden. Für die Annahme einer wettbewerbswidrigen Behinderung bedarf es deshalb besonderer Umstände (so bei der fast identischen Nachahmung des Designs eines berühmten Produkts, ohne dass ein Grund für die Anlehnung zu erkennen wäre: BGHZ 138, 143 – Les-Paul-Gitarren). Derartige Umstände sind hier auch dann nicht ersichtlich, wenn die "Kelly"- und die "Birkin"-Handtaschen entsprechend dem Vortrag der Klägerin Berühmtheit erlangt haben. Da aufgrund des hinreichenden Abstands der sich gegenüberstehenden Handtaschen keine Gefahr besteht, dass maßgebliche Teile des allgemeinen Publikums die "Kelly"- und die "Birkin-Nachahmung" der Beklagten für die Originale halten, sondern aufgrund des äußeren Erscheinungsbilds Originale und Kopien unterscheiden können.]

e) Unredliche Erlangung von Kenntnissen oder Unterlagen, § 4 Nr. 3 lit. c UWG

§ 4 Nr. 3 lit. c UWG schließlich erfasst die Fälle, in denen sich der Nachahmer etwa durch das Vortäuschen der Absicht zur Vertragsanbahnung in den Besitz der nachgeahmten Produkte gebracht hat.

f) Behinderung, § 4 Nr. 4 UWG

Bereits vor der UWG-Novelle 2004 war die Behinderung des Mitbewerbers als unlauterkeitsbegründender Umstand anerkannt (vgl. bereits BGH, GRUR 1992, 523, 524 – *Betonsteinelemente*; BGH, GRUR 1996, 210, 212 ff. – *Vakuumpumpen*, vgl. dazu AP 9) anerkannt. Das hat der Bundesgerichtshof nach der UWG-Novelle bestätigt (BGH v. 11.01.2007, I ZR 198/04 – *Handtaschen*, GRUR 2007, 795 Ls. 2).

g) Schutz vor Leistungsübernahme als solcher, § 3 Abs. 1 UWG

Die Aufzählung in § 4 Nr. 3 UWG ist nicht abschließend (vgl. Begr. RegE UWG zu § 4, BT-Drucks. 18/4535, S. 13). Davon geht auch der BGH aus (BGH v. 28.10.2020, I ZR 60/09 – *Hartplatzhelden*, GRUR 2011, 436). In der Vergangenheit wurde die Unlauterkeit der Ausbeutung im Fall des sog. Einschlebens in eine fremde Serie bejaht (vgl. BGH v. 08.12.1999, I ZR 101/97 – *Modulgerüst*, GRUR 2000, 521, 525). Für den Prototyp dieser Fallreihe, das Lego-Steckspielzeug, hat der BGH jedoch zuletzt die Unlauterkeit mit der originär leistungsschutzorientierten Begründung abgelehnt, dass Lego inzwischen genügend Zeit gehabt habe, seine Investitionen zu amortisieren (BGH v. 02.12.2004, I ZR 30/02 – *Klemmbausteine III*, GRUR 2005, 349, m.w.N.).

Zudem hat der BGH klargestellt, dass es für den Nachahmungsschutz nach § 4 Nr. 3 nicht genügt, wenn das Leistungsergebnis eines Dritten, ohne Nachahmung, unmittelbar übernommen wird, da es in diesen Fällen gerade an der erforderlichen Nachahmung fehlt (BGH v. 28.10.2020, I ZR 60/09 – *Hartplatzhelden*, GRUR 2011, 436).

Vor diesem Hintergrund sollte nach wie vor unter der Generalklausel auch echter Leistungsschutz gegen die Produktnachahmung bzw. unmittelbare Leistungsübernahme gewährt werden können. Die erforderliche Abstimmung mit den Schutzschranken des Immaterialgüterrechts verhindert eine wettbewerbsfeindliche Übersteigerung des Schutzes.

2. Schutz des Rufes vor Ausnutzung ohne Produktnachahmung, § 3 Abs. 1 UWG

Anders als bei der Produktnachahmung steht bei der Anlehnung an Produkte, Unternehmen oder deren Zeichen, die entweder sehr bekannt sind und/oder einen besonders guten Ruf genießen, ohne den Vertrieb substituierbarer Produkte kein Allgemeininteresse am Imitationswettbewerb im Raum. Die Schwelle für die Gewährung lauterkeitsrechtlichen Schutzes sinkt damit. Die Schutzwürdigkeit des guten Rufes wird durch verschiedene Einzeltatbestände deutlich: So schützt bereits § 4 Nr. 3 lit. b (vgl. dazu o.) vor Produktnachahmungen, mit denen die Wertschätzung unangemessen ausgenutzt wird, § 6 Abs. 2 Nr. 4 (vgl. dazu AP 11) vor vergleichender Werbung, mit welcher der Ruf eines Mitbewerbers unangemessen ausgenutzt wird. Daneben werden Kennzeichen durch die §§ 14, 15 MarkenG selbständig vor unangemessener Rufausbeutung geschützt.

Insoweit hatte die Rechtsprechung die Annahme entwickelt, dass nach der markenrechtlichen Erweiterung des Schutzes bekannter Marken der im MarkenG gebotene Schutz vorrangig anzuwenden sei. Ob diese These zutrifft, mag dahingestellt bleiben, wenn zumindest subsidiär auf das Lauterkeitsrecht zurückgegriffen werden kann. Vor allem der Begrenzung des erweiterten markenrechtlichen Schutzes auf „bekannte“ Marken darf nicht entnommen werden, dass die Ausnutzung eines Rufes von Marken, welche diese Schwelle nicht erreichen, stets ausgeschlossen sei (vgl. LG Bochum v. 07.02.2013, 14 O 239/12 – *Walk of Fame*, GRUR-RR 2013, 478, 479).

Maßgeblich muss sein, ob eine Anlehnung, d.h. die Erkennbarmachung eines anderen Unternehmens oder seiner Produkte, an Unternehmens- oder Produktkennzeichen oder Produkte unter wettbewerbsfunktionalen Gesichtspunkten schutzwürdig ist oder nicht (vgl. BGH 30.04.2008, I ZR 123/05 – *Rillenkoffer*, GRUR 2008, 793; BGH v. 30.04.2009, I ZR 42/07 – *DAX*, GRUR 2009, 1162, 1165). Dabei lassen sich einige Grundlinien erkennen:

Anlehnungen, mit denen der Substitutionswettbewerb gefördert wird, sind im Regelfall zulässig. So ist im Rahmen der vergleichenden Werbung anerkannt, dass Kompatibilitätslisten zulässig sind. Auch sind Hinweise auf den Bezugspunkt von Dienstleistungen im Regelfall („Reparaturen an BMW-Fahrzeugen“) zulässig.

Davon zu unterscheiden sind Anlehnungen, mit denen allein ein besonders guter Ruf, eine Wertschätzung oder eine Qualitätsvorstellung übertragen wird („Image-Transfer“). Insoweit besteht kein Allgemeininteresse an der Nachahmung; im Gegenteil sollen die Unternehmen durch gute Leistungen eigene Reputation aufbauen. Daher werden solche Anlehnungen regelmäßig unlauter i.S.d. § 3 Abs. 1 UWG sein.

### 3. Zusammenspiel des sondergesetzlichen Schutzes mit dem lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz

Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz steht in einem mannigfaltigen Spannungsverhältnis zu dem sondergesetzlichen Schutz, insb. dem Design- und Markenschutz (vgl. exemplarisch dafür BGH v. 07.12.2023, I ZR 126/22 – *Glück*, GRUR 2024, 139):

**Fall 5:** Die K stellt Konfitüren und Fruchtaufstriche her. Im Februar 2017 führte sie eine neue Produktreihe von Konfitüren mit der Bezeichnung „Glück“ erfolgreich in den deutschen Markt ein, die folgendermaßen aufgemacht sind:



Die B ist ein im Juli 2019 gegründetes Tochterunternehmen der F., die ebenfalls süße Brotaufstriche herstellt und vertreibt, darunter Honig. Die B vertreibt seit der Markteinführung im Herbst 2019 Honig in einem immer gleichbleibenden Glas unter der Bezeichnung „LieBee“, das folgendermaßen gestaltet ist:



Die K erweiterte im Herbst 2019 ihr Sortiment um einen „Glück“-Honig. Dieser befindet sich in den gleichen Gläsern wie ihre „Glück“-Konfitüren, sie haben jedoch einen gold-

nen Deckel. Die K sieht in der Aufmachung der „LieBee“-Honiggläser der B eine unlautere Nachahmung ihrer „Glück“-Konfitürengläser. Damit täusche die B über die Herkunft des Produkts und nutze zudem die Wertschätzung der „Glück“-Konfitüren aus. Die K hat die B auf Unterlassung des Angebots, der Bewerbung, des Verkaufs und des Inverkehrbringens der „LieBee“-Honiggläser in Anspruch genommen. (BGH v. 07.12.2023, I ZR 126/22 – Glück, GRUR 2024, 139)

1. Anspruch auf Unterlassung aus § 14 Abs. 5 MarkenG

a) Schutzfähiges Zeichen: Mangels anderer Angaben kommen hier zum einen die Produktbezeichnung „Glück“ als Wortmarke und die Gestaltung des Behältnisses als Formmarke, beide jeweils als Benutzungsmarken in Betracht. Als Folge der erfolgreichen Markteinführung vor mehreren Jahren liegt der Erwerb von Verkehrsgeltung gem. § 4 Nr. 2 MarkenG immerhin nahe.

aa) Unterscheidungskraft der Gestaltung der Becher: Weil der Verkehr die Verpackung von Produkten in erster Linie unter den Gesichtspunkten der Praktikabilität und Attraktivität wahrnimmt, werden an die Begründung der Unterscheidungskraft erhöhte Anforderungen gestellt. Einer Marke, die in der Form einer Ware besteht, kommt nur dann Unterscheidungskraft zu, wenn sie erheblich von der Norm oder Branchenüblichkeit abweicht. Mit dem Merkmal der erheblichen Abweichung ist jedoch nur gemeint, dass die Besonderheiten, die die beanspruchte Form gegenüber üblichen Gestaltungen aufweist, geeignet sein müssen, vom Verkehr als Herkunftshinweis verstanden zu werden (BGH v. 06.04.2017, I ZB 39/16 – Schokoladenstäbchen III, Rn. 19). Bei der schlicht gehaltenen äußeren Form des Bechers, die jedenfalls nicht weit von üblichen Honiggläsern abweicht, fehlt es daran wohl.

bb) Die Bezeichnung „Glück“ für einen süßen Brotaufstrich ist demgegenüber unterscheidungskräftig. Insbesondere beschreibt „Glück“ nicht das Produkt gem. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG.

b) Verwechslungsschutz gem. § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG

Die B hat ihre Bezeichnung „LieBee“ zwar für identische Produkte verwendet. Das potentielle Verletzungszeichen „LieBee“ ist aber dem geschützten Zeichen „Glück“ allenfalls ähnlich. Durch die Verwendung des Großbuchstabens „B“, die Doppelung des „e“, was zusammengenommen einen Wortbestandteil „Bee“ (*en* Biene) ergibt, und die Hinzufügung der Abbildung einer Biene kann die offensichtlich bezweckte Verbindung zu dem Begriff „Liebe“ nicht aufgehoben werden.

Dennoch wird – trotz der Identität der Produkte und der Kennzeichnungskraft des Zeichens „Glück“ – keine Verwechslungsgefahr iSd § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG begründet: Die verwendeten Wortzeichen „Glück“ und „Liebee“ unterscheiden sich sowohl vom Wortklang und Wortbild als auch vom unmittelbaren Wortsinn her ausreichend. Die assoziative Verbindung durch die Verwendung emotionaler Begriffe als Produktkennzeichen wird im Rahmen des Verwechslungsschutzes nicht berücksichtigt.

c) Bekanntheitsschutz gem. § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG

Anders sähe dies zwar bei bekannten Marken aus. Für das Vorliegen von Bekanntheit fehlen aber vorliegend Informationen.

2. Anspruch auf Unterlassung aus §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, § 3 Abs. 1, 4 Nr. 3 UWG

- a) K und B vertreiben dieselben Produkte. Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis gem. § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG besteht daher. K ist als Mitbewerber gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG aktivlegitimiert
- b) Die Ausgestaltung der Behältnisse erfolgt zugunsten des eigenen Unternehmens der B und um den Absatz ihrer Produkte zu fördern. Eine geschäftliche Handlung iSd §§ 8 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG liegt daher vor.
- c) Deren Unlauterkeit könnte aus §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 3 UWG folgen.
- aa) Als nachgeahmtes Produkt kommt vorliegend der Honig in seiner tischfertig verpackten Form in Betracht. Der Begriff der Waren und Dienstleistungen im Sinne von § 4 Nr. 3 UWG ist weit auszulegen. Gegenstand des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes können Leistungs- und Arbeitsergebnisse aller Art sein.
- bb) Damit eine Nachahmung im Rechtssinn vorgenommen werden kann, muss das nachgeahmte Produkt nach allgemeiner Auffassung wettbewerbslich eigenartig sein. Seine konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale müssen also geeignet sein, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen. Danach können verpackte Produkte Gegenstand des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes sein. Dies gilt insbesondere für Lebensmittel wie die hier in Rede stehenden süßen Brotaufstriche, die im Regelfall nicht ohne Verpackung vertrieben werden. Einem verpackten Produkt kann wettbewerbsliche Eigenart zukommen, wenn die konkrete Gestaltung oder bestimmte Merkmale der Verpackung des Produkts geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf die betriebliche Herkunft oder die Besonderheiten der darin verpackten Ware hinzuweisen.
- aaa) Aufmachung des Becherglases
- Erforderlich ist bei der Feststellung wettbewerbslicher Eigenart eines Produkts, dass der für die Feststellung der Schutzfähigkeit entscheidende Gesamteindruck einer Gestaltung die Eigenart begründet. Die Gestaltung des Becherglases der B hebt sich von gebräuchlichen Honigbechern ab. Dazu gehören die Kombination der Merkmale aus der konkreten Glasform, die einem Tiegel ähnelt und eine eher niedrige, dafür jedoch relativ breite sowie nach unten abgerundete Glasgestaltung aufweist, der dickwandige Glasboden, der die Illusion eines freischwebenden Bodens erzeugt, die konkrete Labelgestaltung in weißer Schriftfarbe in der Schrifttypografie „Handschrift“ im sog. „No Label“-Look, das Fehlen der Angabe einer dazugehörigen Dachmarke oder Herstellermarke auf der Glasvorderseite, das Fehlen sonstiger Bildelemente und die prägende Produktbezeichnung, die dem Verbraucher plakativ und in relativ breiter Handschrift auf der Vorderseite des Glases entgegentritt, wohingegen die filigrane Wiedergabe der Sorte in Großschreibung und in Druckbuchstaben erfolgt.
- bbb) Verwendung eines „Emotionsschlagwortes“?
- Fraglich ist aber, ob auch die emotional besetzte Marke „Glück“ als Element der wettbewerbslichen Eigenart herangezogen werden darf. Es stellt sich die Frage, ob auch die wettbewerbsliche Eigenart der Produktreihe von Konfitüren der Marke „Glück“ durch das Konzept geprägt wird, ein Emotionsschlagwort als Produktnamen zu wählen und es in die Gesamtgestaltung einzubinden
- Dies lehnt der BGH jedoch zu Recht ab. Gegenstand des wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutzes gem. § 4 Nr. 3 UWG ist der Schutz von Waren und Dienstleistungen in ihrer konkreten Gestaltung, nicht die dahinterstehende abstrakte Idee (Rn. 23 und 35).
- In die Bewertung des Gesamteindrucks darf eben nicht das dahinterstehende Konzept bzw. die abstrakte Idee einbezogen werden, sondern es hätte nur die jeweils konkrete

Ausgestaltung berücksichtigt werden dürfen. Insoweit darf berücksichtigt werden, dass die konkrete Ausgestaltung der Kennzeichnung des Produkts mit der Bezeichnung „Glück“ deutlich hervorsticht und dem Betrachter plakativ gegenübertritt. Die Einordnung der Produktbezeichnung „Glück“ unter den Oberbegriff der Emotionsschlagwörter führt jedoch zu einer unzulässigen Abstrahierung der Produktbezeichnung und einer nicht gewollten Erweiterung des Schutzbereichs für das Produkt der K über die konkrete Gestaltung hinaus.

ccc) Im Ergebnis kann daher – auch ohne Berücksichtigung der Verwendung eines Emotionsschlagwortes – von hoher originärer wettbewerblicher Eigenart der "Glück"-Konfitüren der K ausgegangen werden, die von weiteren Umständen wie der erfolgreichen Markteinführung gestützt wird.

cc) Nachahmung

Eine Nachahmung setzt voraus, dass das Produkt oder ein Teil davon mit dem Originalprodukt übereinstimmt oder ihm zumindest so ähnlich ist, dass es sich nach dem jeweiligen Gesamteindruck in ihm wiedererkennen lässt. Dabei müssen die übernommenen Gestaltungsmittel diejenigen sein, die die wettbewerbliche Eigenart des nachgeahmten Produkts begründen (vgl. bereits o. Fall 4).

Bei einer (nahezu) unmittelbaren Übernahme sind geringere Anforderungen an die Unlauterkeitskriterien zu stellen als bei einer lediglich nachschaffenden Übernahme. Eine nahezu identische Nachahmung liegt vor, wenn nach dem Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Erzeugnisse die Nachahmung nur geringfügige Abweichungen vom Original aufweist. Eine nachschaffende Übernahme ist demgegenüber gegeben, wenn die fremde Leistung lediglich als Vorbild genutzt wird und eine bloße Annäherung an das Originalprodukt festzustellen ist (BGH, GRUR 2022, 160 [juris Rn. 38] - Flying V, mwN).

Vorliegend handelt es sich um eine nachschaffende Übernahme des "Glück"-Konfitüreglases, bei der die Übereinstimmungen der Produktausstattungen aus Sicht des angesprochenen Verkehrs zu einer solchen Ähnlichkeit führen, dass sich das "Glück"-Konfitüreglas nach dem Gesamteindruck im "LieBee"-Honigglas wiedererkennen lässt. Die vorhandenen Gestaltungsunterschiede führen demgegenüber nicht zu einem abweichenden Gesamteindruck. Auch das "LieBee"-Honigglas weist eine Tiegelglasform auf. Beide Tiegelgläser haben ungefähr das gleiche Fassungsvermögen. Auch das "LieBee"-Honigglas ist durch den sogenannten "No Label"-Look gekennzeichnet und weist einen durchgängig weißen Direktdruck auf dem Glas auf. Für die Produktbezeichnung wird ebenfalls die Schrifttypographie "Handschrift" gewählt. Eine zugehörige Dachmarke oder Herstellerangabe ist auf der Glasvorderseite ebenfalls nicht enthalten. Der Produktname ist jeweils plakativ auf der Glasvorderseite herausgestellt. Darunter findet sich jeweils ein beschreibender Hinweis in durchgängigen Großbuchstaben und in der Gestaltung filigraner als der darüber befindliche Produktname.

Unterschiede in der Produktausstattung (beim "LieBee"-Honigglas etwas abweichende Verjüngung des Glases nach unten, seitlich teilweise vorhandene Riffelstruktur, goldfarbener Deckel, abweichender Produktname und abweichendes Markenkonzept) führen jedenfalls in einer Gesamtschau nicht zu einem unterschiedlichen Gesamteindruck, zumal die Unterschiede in eher beschreibenden Merkmalen bestehen. Die Riffelstruktur am „LieBee“-Honigglas erinnert an einen Bienenstock und die goldene Deckelfarbe nimmt die Farbe des Honigs auf.

Da die Verwendung eines Emotionsschlagwortes nicht bei der Begründung der wettbewerblichen Eigenart herangezogen werden darf, darf auch bei der Begründung der Nachahmung nicht darauf abgestellt werden, dass die B – trotz der Kombination aus

"Liebe" mit dem englischsprachigen Begriff "Bee" für "Biene" und der damit verbundenen Anspielung auf Honig – ebenfalls ein Emotionsschlagwort verwendet.

dd) Vermeidbare Herkunftstäuschung, § 4 Abs. 3 lit. a UWG

Nach § 4 Nr. 3 lit. a UWG handelt unlauter, wer Waren oder Dienstleistungen anbietet, die eine Nachahmung der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers sind, wenn er eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft herbeiführt. Dabei ist zwischen einer unmittelbaren Herkunftstäuschung und einer mittelbaren Herkunftstäuschung (einer Herkunftstäuschung im weiteren Sinne) zu unterscheiden.

aaa) Unmittelbare Herkunftstäuschung

Eine unmittelbare Herkunftstäuschung liegt vor, wenn die angesprochenen Verkehrskreise annehmen, bei der Nachahmung handele es sich um das Originalprodukt. Von einer unmittelbaren Herkunftstäuschung kann nicht ausgegangen werden. Eine Herkunftstäuschung kann durch eine deutlich sichtbare, sich vom Originalprodukt unterscheidende Kennzeichnung der Nachahmung mit einer Herstellerangabe ausgeräumt werden, wenn die angesprochenen Verkehrskreise die Nachahmung einem bestimmten Unternehmen nicht allein anhand ihrer Gestaltung zuordnen, sondern sich beim Kauf auch an den Herstellerangaben in der Werbung, den Angebotsunterlagen oder an der am Produkt angebrachten Herstellerkennzeichnung orientieren. Bei Produkten des täglichen Bedarfs, die sich in ihrer äußeren Erscheinungsform und insbesondere in der Gestaltung ihrer Verpackung meist nicht wesentlich unterscheiden, sondern regelmäßig sehr stark ähneln, trotzdem aber von unterschiedlichen Herstellern stammen, wird sich der Verkehr an Produkt- und Herstellerangaben orientieren (vgl. BGH, GRUR 2001, 443 [juris Rn. 33] - Viennetta). Die Frage, welche Bedeutung der Verkehr der Anbringung von unterschiedlichen Produkt- und Herstellerkennzeichnungen beimisst, bedarf einer umfassenden tatgerichtlichen Würdigung aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls, um feststellen zu können, ob dadurch eine Täuschung des Verkehrs vermieden wird (vgl. BGH, GRUR 2001, 443 [juris Rn. 32] - Viennetta), insbesondere ist zu berücksichtigen, welche Produkt- und Herkunftsbezeichnungen auf der Nachahmung verwendet werden und in welcher Weise dies geschieht (BGH, GRUR 2023, 736 [juris Rn. 50] - KERRYGOLD).

Bei Konfitüren und Honigen handelt es sich um Produkte des täglichen Bedarfs, bei denen sich der Verkehr einer Fülle von Waren und Sortimenten gegenübersteht. Obwohl sich die Produkte von K und B in ihrer Verpackungsgestaltung deutlich vom Marktumfeld abheben, orientiert sich der Verkehr nicht nur, aber auch an darauf angebrachten Produkt- und Herstellerangaben. Die Produkte der Parteien lassen in der Erwerbssituation zwar keine deutlich erkennbaren Herstellerkennzeichen erkennen, tragen aber an hervorgehobener Stelle voneinander abweichende Produktbezeichnungen. Diese können - ebenso wie eine deutlich erkennbare Herstellerkennzeichnung - herkunftshinweisend wirken und eine Täuschung über die betriebliche Herkunft vermeiden.

bbb) mittelbare Herkunftstäuschung

Eine mittelbare Herkunftstäuschung liegt vor, wenn der Verkehr von geschäftlichen oder organisatorischen - wie lizenz- oder gesellschaftsvertraglichen - Beziehungen zwischen den beteiligten Unternehmen ausgeht oder wenn er die Nachahmung für eine neue Serie oder ein unter einer Zweitmarke vertriebenes Produkt des Originalherstellers hält. Soll die Annahme einer vermeidbaren Herkunftstäuschung mit dem Argument bejaht werden, die angesprochenen Verkehrskreise könnten annehmen, dass lizenzvertragliche Verbindungen zwischen dem Hersteller des Originalprodukts und dem Anbieter der Nachahmung bestehen, müssen bei einer deutlichen Kennzeichnung der Produkte mit einem abweichenden Herstellerkennzeichen - über die Nachahmung hinausgehende -

Hinweise vorliegen, die diese Annahme rechtfertigen. Ein solcher Hinweis kann beispielsweise darin liegen, dass die Beklagte zuvor Originalprodukte der Klägerin vertrieben hat oder die Parteien früher einmal durch einen Lizenzvertrag verbunden waren. Daran fehlt es vorliegend.

Sofern die Gefahr einer Herkunftstäuschung damit begründet werden soll, dass bei den angesprochenen Verkehrskreisen der Eindruck erweckt werde, es handele sich bei dem Produkt des Wettbewerbers um eine neue Serie oder eine Zweitmarke des Unterlassungsgläubigers, müssen entsprechende Feststellungen zu den Kennzeichnungsgewohnheiten auf dem in Rede stehenden Markt und zum Verständnis der von den Produkten angesprochenen Verkehrskreise getroffen werden (BGH, GRUR 2023, 736 [Juris Rn. 46] - KERRYGOLD, mwN).

Eine mittelbare Herkunftstäuschung kann vorliegend nicht mit der Begründung bejaht werden, der angesprochene Verkehr halte die Nachahmung für das unter einer Zweitmarke vertriebene Original-Produkt. Die K hat bis zum Zeitpunkt der Markteinführung des "LieBee"-Honigs durch die B im Herbst 2019 allein Konfitüren mit der Produktbezeichnung "Glück" in wettbewerblich eigenartiger Verpackungsgestaltung vertrieben und den Vertrieb eines "Glück"-Honigs - zeitgleich - erst im Herbst 2019 aufgenommen. Die B hat wiederum keine Konfitüren, sondern allein Honig unter der Bezeichnung "LieBee" vertrieben. Bei einer solchen Sachlage ist es aus tatsächlichen Gründen ausgeschlossen, dass der angesprochene Verkehr die Nachahmung (hier: den "LieBee"-Honig der B) für ein unter einer Zweitmarke vertriebenes Original-Produkt (hier: eine "Glück"-Konfitüre der K) hält.

Eine mittelbare Herkunftstäuschung unter dem Gesichtspunkt, dass der angesprochene Verkehr die Nachahmung für eine neue Serie des Originalherstellers hält, kommt ebenfalls nicht in Betracht. Für eine solche Annahme spricht allerdings die Aufnahme des Gestaltungsmotivs der Verwendung eines Emotionsschlagwortes zur Produktbezeichnung.

Aus normativen Gründen kann aber darauf nicht zurückgegriffen werden, weil durch die Bildung eines Oberbegriffs für die einander gegenüberstehenden Wörter "Glück" und "LieBee" ein Konzeptschutz gewährt würde, der vom wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz nicht umfasst ist (Urt. Rn. 49).

ee) unlautere Rufausbeutung, § 4 Abs. 3 lit. b UWG

Wenn die Produktnachahmung bejaht und die Begründung einer Verwechslungsgefahr abgelehnt wird, stellt sich abschließend die Frage nach einer unangemessenen Ausnutzung der Wertschätzung des Produkts der K. Insoweit ist allerdings zu unterscheiden zwischen der Werbewirkung, die aus der Etablierung von Emotionsschlagwörtern auf dem Markt resultiert, und der Wertschätzung der Produkte der K. Wenn eine unmittelbare und mittelbare Verwechslungsgefahr ausgeschlossen wird, ist auch eine unangemessene Ausnutzung des Rufes praktisch nicht denkbar (vgl. bereits Fall 4). Die Etablierung eines Marketinginstruments – hier: die Verwendung von Emotionsschlagwörtern als Produktbezeichnung – ist aber selbst nicht das Produkt, das nachgeahmt wird.

*Anm.:* Die K hatte ihre Klage hilfsweise darauf gestützt, dass das Produkt der B ihre beiden Gemeinschaftsgeschmacksmuster Nr. 003237197-0001 und Nr. 003237197-0002 verletze. Diese Prüfung hat noch zu erfolgen, wenn die marken- und lauterkeitsrechtliche Prüfung keinen Unterlassungsanspruch begründet.