

Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz bei technischen Gestaltungsmerkmalen im Kontext des Immaterialgüterrechts

Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades an der Juristischen Fakultät der
Universität Augsburg

vorgelegt von

Alexandra Krug

2018

Erstgutachter: Prof. Dr. Franz Hacker
Zweitgutachter: Prof. Dr. Michael Kort

Tag der mündlichen Prüfung: 19. Februar 2018

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Einleitung	1
I. Problemstellung	1
II. Gang der Arbeit	3
Teil 1: Lauterkeitsrechtlicher Nachahmungsschutz bei technischen Gestaltungsmerkmalen	5
I. Grundlagen des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes	5
1. Historische Entwicklung	5
a) Entwicklung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts	5
aa) „Schallplatten“-Entscheidung	5
bb) „Puppenjungen“-Entscheidung	7
cc) Folgeentscheidungen	8
dd) Rechtsprechung zu den technischen Gestaltungsmerkmalen	8
(1) „Multigraph“-Entscheidung	9
(2) „Huthaken“-Entscheidung	11
(3) „Kranzblumen“-Entscheidung	13
(4) „Hosenträger“-Entscheidung	15
ee) Zusammenfassung	16
b) Entwicklung in der Rechtsprechung des BGH und gesetzliche Niederlegung	16
2. Nachahmungsfreiheit	17
3. Schutzzweck	20
4. Wesen	21
5. Zusammenfassung	22
II. Tatbestandsvoraussetzungen	23
1. Schutzgegenstand	24
2. Wettbewerbliche Eigenart	24
a) Allgemein	24
b) „Dutzendware“	25

c)	Bekanntheit.....	26
d)	Technische Gestaltungsmerkmale.....	27
e)	Zusammenfassung und Kritik.....	27
3.	Nachahmung.....	29
a)	Grad der Nachahmung.....	30
aa)	Unmittelbare Leistungsübernahme.....	30
bb)	Nahezu identische Nachbildung.....	30
cc)	Nachschaufende Übernahme.....	31
dd)	Zusammenfassung.....	31
b)	Nachahmungshandlung.....	32
c)	Anbieten.....	32
4.	Besondere Umstände.....	33
a)	Vermeidbare Herkunftstäuschung.....	33
aa)	Herkunftstäuschung.....	33
(1)	Angesprochener Verkehrskreis.....	33
(2)	Bekanntheit.....	34
(3)	Gefahr der Täuschung.....	34
bb)	Vermeidbarkeit.....	35
(1)	Geeignetheit von Maßnahmen.....	35
(2)	Zumutbarkeit von Maßnahmen.....	36
(3)	Zusammenfassung.....	38
b)	Unangemessene Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung des nachgeahmten Produkts.....	38
aa)	Unangemessen.....	38
bb)	Wertschätzung.....	38
cc)	Rufausbeutung.....	39
dd)	Rufbeeinträchtigung.....	40
c)	Unredliche Erlangung von Kenntnissen und Unterlagen.....	40
5.	Schutzdauer.....	40
6.	Zusammenfassung.....	41
III.	Technische Gestaltungsmerkmale.....	42
1.	Definition.....	42
a)	Allgemeiner Sprachgebrauch.....	43

b)	Rechtsprechung	45
aa)	technisches Gestaltungsmerkmal.....	45
(1)	Pulverbehälter	46
(2)	Rollhocker.....	46
(3)	Noppenbahnen	47
(4)	Gartenliege.....	48
(5)	Ausbeinmesser	48
(6)	LIKEaBIKE	49
(7)	Stellungnahme	50
(8)	Zusammenfassung	50
bb)	Technische Gegenstände	51
cc)	Ergebnis.....	52
2.	Auswirkung auf den Tatbestand.....	53
a)	wettbewerbliche Eigenart	55
aa)	Technisch notwendige und technisch bedingte Merkmale.....	55
bb)	Stellungnahme	56
cc)	Zusammenfassung	58
b)	Zumutbarkeit abweichender Gestaltungen.....	59
aa)	Allgemeines.....	60
bb)	Angemessene Lösung technischer Aufgaben.....	61
cc)	Stellungnahme	62
c)	Intensität der Übernahme	63
d)	Zumutbarkeit sonstiger Maßnahmen.....	64
3.	Sonderrechtsprechung auf dem Weg zum unmittelbaren Leistungsschutz?	65
a)	Komplexe Gegenstände.....	66
aa)	„Rollstuhlnachbau“-Entscheidung	66
bb)	„Laubhefter“-Entscheidung.....	67
cc)	Zusammenfassung	68
dd)	Stellungnahme	69
b)	Qualitativ hochwertige Produkte.....	70
aa)	Die „Femur-Teil“-Entscheidung	71
bb)	Stellungnahme	72
c)	Einschieben in eine fremde Serie	73

aa)	„Klemmbausteine“-Entscheidungen.....	73
bb)	„Modulgerüst“-Entscheidung.....	74
cc)	Zwischenstellungnahme.....	75
dd)	Ersatzteile und Zubehör.....	76
ee)	Stellungnahme.....	78
d)	Sonstige Entscheidungen.....	80
aa)	„Gartenliege“-Entscheidung.....	80
bb)	„Ausbeinmesser“-Entscheidung.....	81
cc)	„LIKEaBIKE“-Entscheidung.....	83
dd)	Stellungnahme.....	85
e)	Zwischenergebnis.....	86
f)	Neuere Rechtsprechung auf dem Weg zurück zu den Grundsätzen.....	88
aa)	„Seilzirkus“-Entscheidung.....	88
bb)	„Regalsystem“-Entscheidung.....	90
cc)	„Einkaufswagen III“-Entscheidung.....	93
dd)	Zwischenergebnis.....	95
ee)	„Exzenterzähne“-Entscheidung.....	95
ff)	Zusammenfassung.....	97
g)	Zwischenergebnis.....	98
4.	Ergebnis.....	98
IV.	Gesamtergebnis Teil 1.....	101
	Teil 2: Vergleich zu ästhetischen Gestaltungsmerkmalen.....	103
I.	Einleitung.....	103
II.	Die kontroverse Frage der Differenzierung.....	103
1.	Argumente für eine Differenzierung.....	104
2.	Prüfung der Argumente anhand der Rechtsprechung.....	105
a)	Saisonschutz-Rechtsprechung.....	105
aa)	„Modeneuheit“-Entscheidung.....	105
bb)	„Hemdblusenkleid“-Entscheidung.....	106
cc)	„Trachtenjanker“-Entscheidung.....	107
dd)	„Jeans“-Entscheidung.....	107
ee)	Stellungnahme.....	108
b)	Sonstige ästhetische Gestaltungsmerkmale.....	109

aa)	„Tchibo/Rolex“-Entscheidung	109
bb)	Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung	111
cc)	Zwischenergebnis	111
3.	Argumente gegen eine Differenzierung und Stellungnahme	112
4.	Zusammenfassung	116
III.	Ergebnis	117
Teil 3:	Vergleich zum gewerblichen Rechtsschutz	119
I.	Das Verhältnis der Sonderschutzrechte zum lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz	119
1.	Die Vorrangthese	120
2.	Gleichrangprinzip	121
aa)	Tatbestand und Schutzrichtung	121
bb)	Schutzzweck	122
cc)	Rechtsfolgen	123
dd)	Aktivlegitimation	123
ee)	Zusammenfassung	124
3.	Zwischenergebnis	125
II.	Die Vorrangthese im Patentrecht	125
1.	Allgemein	125
2.	Stellungnahme	127
III.	Die Vorrangthese im Markenrecht	129
1.	Verhältnis von MarkenG und UWG	129
a)	Vorrangthese in der Rechtsprechung	129
b)	Vorrangthese in der Literatur	131
c)	Neubeurteilung der Vorrangthese	132
aa)	Vollständige Aufgabe der Vorrangthese	133
bb)	Modifikation der Vorrangthese	134
cc)	Fortgeltung der Vorrangthese	135
2.	Stellungnahme	136
a)	Harmonisierung des UWG	136
b)	Dogmatische Unterschiede	136
c)	Gesetzsystematik	137
d)	Zwischenergebnis	138

3.	Verhältnis von Markenrecht und lauterkeitsrechtlichem Nachahmungsschutz .	138
a)	Rechtsprechung	139
aa)	„ <i>Tupperwareparty</i> “-Entscheidung	139
bb)	„ <i>Messerkennzeichnung</i> “-Entscheidung	141
cc)	„ <i>Abschlussstück</i> “-Entscheidung	142
dd)	„ <i>Rillenkoffer</i> “-Entscheidung	144
ee)	Zusammenfassung	146
b)	Meinungsstand in der Literatur	146
aa)	Modifizierte Vorrangthese	146
bb)	Anspruchskonkurrenz	147
c)	Stellungnahme	149
aa)	Dogmatische Unterschiede	149
bb)	Rechtsprechung des BGH	151
cc)	Gesetzsystematik	151
dd)	Gefährdung der Harmonisierung	152
ee)	Zusammenfassung	152
IV.	Die Vorrangthese im Designrecht	153
V.	Zwischenergebnis	153
VI.	Technische Gestaltungsmerkmale und technische Erfindungen im Patentrecht	155
1.	Begriff der technischen Erfindung	155
a)	Erfindung	155
aa)	Planmäßiges Handeln	156
bb)	Einsatz von Naturkräften	156
cc)	Realisierbarkeit, Wiederholbarkeit und Brauchbarkeit	156
b)	Technischer Charakter der Erfindung	157
2.	Verhältnis zum Wettbewerbsrecht	158
a)	Wesen und Schutzzweck des Patentrechts	158
aa)	Allgemein	159
bb)	Belohnungstheorie	159
cc)	Ansporntheorie	160
dd)	Offenbarungstheorie/Vertragstheorie	160
b)	Zeitliche Begrenzung	161
c)	Zwischenergebnis	162

d)	Widerspruch durch das Wettbewerbsrecht?	162
aa)	Meinungsstand in der Literatur	162
bb)	Meinungsstand in der Rechtsprechung.....	163
cc)	Zwischenstellungnahme	164
e)	Problem der Sonderrechtsprechung.....	166
f)	Zwischenergebnis	167
VII.	Technische Gestaltungsmerkmale und technische Wirkung im Markenrecht ...	167
1.	Begriff der technischen Wirkung	168
2.	Verhältnis zum Wettbewerbsrecht	169
a)	Zweck des Schutzausschlusses.....	169
b)	Widerspruch zum Wettbewerbsrecht?.....	169
aa)	Allgemein	170
bb)	Zwischenstellungnahme	170
cc)	Auf europäischer Ebene	172
dd)	Problem der Sonderrechtsprechung.....	172
(1)	Lego-Rechtsprechung	172
(2)	Komplexe Gegenstände	173
c)	Zusammenfassung	173
VIII.	Technische Gestaltungsmerkmale und technische Funktion im Designrecht	174
1.	Begriff der technisch bedingten Funktion	174
2.	Stellungnahme	175
Teil 4:	Technischer Fortschritt nur durch Nachahmung?.....	176
I.	Phasen des technischen Fortschritts	176
II.	Problemstellung.....	177
1.	Argumente gegen einen Nachahmungsschutz.....	177
a)	Optimaler Ausgleich der widerstreitenden Interessen.....	177
b)	Angebotsvielfalt und Preiswettbewerb.....	178
aa)	Qualitativ gleich- bzw. hochwertige Nachahmung	179
bb)	Billig-Nachahmungen.....	180
cc)	Zwischenergebnis	180
c)	Folge- und Anslusserfindungen	181
d)	Zusammenfassung	182
2.	Argumente für einen Nachahmungsschutz.....	182

a)	Optimale Schutzdauer durch Flexibilität.....	183
b)	Weitergehende Anreizfunktion	184
c)	Schutz vor Unlauterkeit.....	185
d)	Anreiz zur Offenbarung.....	186
e)	Mehr Innovation statt bloße Imitation	187
f)	Zusammenfassung	187
3.	Stellungnahme	189
III.	Ergebnis.....	190
	Teil 5: Endergebnis: Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz ist grundsätzlich sinnvoll	191
	Literaturverzeichnis.....	195

Einleitung

I. Problemstellung

Der „ergänzende wettbewerbliche Leistungsschutz“ aus § 4 Nr. 3 UWG¹ ist ein umstrittenes Rechtsinstitut. Die Lehre kritisiert, der Leistungsschutz sei konturlos und wirke dem Grundsatz der Nachahmungsfreiheit entgegen. Nach dem Grundsatz der Nachahmungsfreiheit soll die bloße Nachahmung eines sondergesetzlich nicht (mehr) geschützten Arbeitsergebnisses grundsätzlich erlaubt sein.² Da der Leistungsschutz über die gewerblichen Schutzrechte hinaus unter bestimmten Voraussetzungen einen (zeitlich) weitergehenden Schutz gewährt, laufe er stets Gefahr, die Grenzen zu überschreiten, die von dem Gesetzgeber mit dem sondergesetzlich geregelten gewerblichen Rechtsschutz im Interesse des freien Wettbewerbs gezogen worden seien.³ Notwendige Folge hiervon sei, dass durch die zunehmende Beschränkung der Nachahmungsfreiheit zugleich der freie Wettbewerb weiter als eigentlich vom Gesetzgeber gewollt eingeschränkt wird.⁴

Auf der anderen Seite ist es ein Ziel der Gesetzgebung und der Rechtsprechung, einen lautereren und unverfälschten Wettbewerb zu bewahren und unlautere Nachahmungen zu vermeiden.⁵

Die Kritik am wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz als Einschränkung der Nachahmungsfreiheit, die im Gegensatz zu dem Ziel unlautere Nachahmungen zu vermeiden steht, findet ihren Höhepunkt bei den „technischen Gegenständen“. Im Bereich der Technik ist der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit ein besonders wichtiges Element, um den technischen Fortschritt zu gewährleisten und jedem die Teilhabe daran zu ermöglichen. Dürfte ein Erfinder seine technischen Erfindungen auf ewig vor dem Zugriff anderer schützen, käme es zum Erliegen des gesamten technischen Fortschritts.⁶

¹ Vormals § 4 Nr. 9 UWG. Die Vorschrift wurde neugefasst durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 02.12.2015 (BGBl. I S. 2158), in Kraft getreten am 10.12.2015.

² Köhler, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.3; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 11 Rnr. 3, 6 und 8.

³ Ohly, in Ohly/Sosnitza § 4 Rnr. 9/2.

⁴ Begr. RegE UWG 2004, BT-Drucks. 15/1487, S.18.

⁵ Wortlaut des § 1 UWG; BGH GRUR 2016, 730, 731 [21] – *Herrnhuter Stern*.

⁶ RG GRUR 1932, 336, 339 – *Abziehbilder*; BGH GRUR 1967, 315, 317 – *skai cubana*; RGZ 135, 385, 394 – *Kranzblumen*.

Beinahe jeder baut in gewisser Weise auf den Leistungen seiner Vorgänger auf und versucht diese weiterzuentwickeln.⁷ Die Technik ist eine soziale Kunst, bei der das Nachahmen die Regel ist, da alles nur einmal das erste Mal erfunden werden kann und von da an „nachgeahmt“ werden muss.⁸ Nachahmung ist im Hinblick auf den Fortschritt daher erwünscht. Imitationen führen durch Nachahmen des Guten und der Fortbildung zum Besseren durch Übertreffen des Originalprodukts auch zu Innovation.⁹

Gäbe es aber auf der anderen Seite keinen Nachahmungsschutz, wäre ebenfalls die Fortschrittsfunktion des Wettbewerbs gefährdet, da ohne einen gewissen Schutz des Erfinders sein Anreiz für die Schaffung neuer Produkte unter erheblichem Kostenaufwand geschwächt wäre.¹⁰ Höchstleistungen können nur dadurch erreicht werden, dass jeder auf den Leistungen des Mitbewerbers aufbauen darf, allerdings erst nach einer gewissen Zeit.¹¹

Im Ergebnis hat Nachahmung in einem gewissen Umfang innovationsfördernde Wirkung. Es muss letztlich ein angemessenes Maß gefunden werden zwischen freier Nachahmung und Schutz vor Nachahmung. Die Suche nach dem gerechten Ausgleich der beiden Positionen beschäftigt die Rechtsprechung und Literatur seit der Entwicklung des Instituts des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes insbesondere im Bereich der technischen Gestaltungsmerkmale.

Die Rechtsprechung entwickelte eine Reihe besonderer Regeln zum Nachahmungsschutz bei technischen Gestaltungsmerkmalen¹², welche teilweise schwierig zu erfassen sind. Auch in der Literatur gibt es kontroverse Auffassungen zu Schutzzumfang und Reichweite des Leistungsschutzes bei technischen Gestaltungsmerkmalen.¹³

⁷ RG GRUR 1932, 336, 339 – *Abziehbilder*; BGH GRUR 1967, 315, 317 – *skai cubana*; RGZ 135, 385, 394 – *Kranzblumen*.

⁸ *Osterrieth*, GRUR 1925, 131, 139.

⁹ *Willgerodt*, Festschrift für Böhm, S. 696; *Seligsohn*, GRUR 1926, 240, 246.

¹⁰ *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rnr. 1906ff..

¹¹ *Isay*, GRUR 1928, 420, 422.

¹² St. Rspr. vgl.: BGH GRUR 1968, 591 – *Pulverbehälter*; BGH GRUR 1996, 210 – *Vakuumpumpe*; BGH GRUR 2000, 521 – *Modulgerüst*; BGH GRUR 2002, 86 – *Laubhefter*; BGH GRUR 2002, 275 – *Noppenbahn*; BGH GRUR 2003, 356 – *Präzisionsmessgeräte*; BGH GRUR 2007, 339 – *Stufenleiter*; BGH GRUR 2010, 80 – *LIKEaBIKE*; BGH GRUR 2010, 1125 – *Femur-Teil*; BGH GRUR 2012, 58 – *Seilzirkus*.

¹³ *Osterrieth*, GRUR 1925, 131; *Seligsohn*, GRUR 1926, 240; *Isay*, 1928, 421; *Nerretter*, GRUR 1957, 508.

Eine ausführliche Auseinandersetzung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz bei technischen Gestaltungsmerkmalen und eine Aufarbeitung der die Rechtsprechung begleitenden Literaturmeinung erscheinen daher angezeigt.

Mit der vorliegenden Arbeit soll dies im Lichte der Nachahmungsfreiheit und unter Abgrenzung zu den gewerblichen Schutzrechten näher untersucht und zusammengefasst werden. Besonderes Augenmerk liegt dabei auf dem Begriff des „technischen Gegenstands“ - dessen Entwicklung und Auswirkung in der Rechtsprechung - insbesondere im Vergleich zum gewerblichen Rechtsschutz und auch zu den ästhetischen Merkmalen.

II. Gang der Arbeit

Im ersten Teil dieser Arbeit soll zunächst auf die Grundlagen des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes¹⁴ eingegangen werden. Dabei werden die geschichtliche Entwicklung sowie der Schutzzweck und das Wesen des Rechtsinstituts herausgearbeitet. Sodann soll auf den allgemeinen Tatbestand eingegangen werden, um im Folgenden das Augenmerk auf die technischen Gestaltungsmerkmale zu richten. Nachdem ein Versuch unternommen wird, den Begriff der „Technik“ zu definieren und eine Abgrenzung von „technischen Gestaltungsmerkmalen“ zu „technischen Gegenständen“ vorzunehmen, wird die Sonderrechtsprechung zu den technischen Gestaltungsmerkmalen im Einzelnen betrachtet und aufgearbeitet.

In Teil 2 soll das gefundene Ergebnis auf Widersprüche geprüft werden. Insbesondere soll die Frage behandelt werden, ob die entwickelte Sonderrechtsprechung zu den technischen Gestaltungsmerkmalen und die Differenzierung von den ästhetischen Gestaltungsmerkmalen gerechtfertigt ist.

Im dritten Teil wird das Verhältnis des Wettbewerbsrechts zu den gewerblichen Schutzrechten, insbesondere zum Patent- und Markenrecht, unter Berücksichtigung des im ersten Teil erarbeiteten Ergebnisses näher betrachtet. Dabei soll zunächst das generelle Verhältnis der Sonderschutzrechte zum Wettbewerbsrecht herausgearbeitet

¹⁴ Diese Bezeichnung wird gegenüber der Bezeichnung „ergänzender wettbewerbllicher Leistungsschutz“ vorgezogen. Zur Begründung siehe auf Seite 21.

werden. Sodann werden die Grundlagen des Patent- und Markenrechts kurz dargelegt, bevor auf den Begriff der „Technik“ in diesen Bereichen eingegangen wird. Schließlich sollen die Unterschiede und das Verhältnis zum Wettbewerbsrecht herausgearbeitet werden, insbesondere soll dabei hinterfragt werden, ob bzw. wie sich das Verhältnis zu den gewerblichen Schutzrechten durch die zu den technischen Gegenständen entwickelte Sonderrechtsprechung verändert.

Im vierten Teil soll abschließend diskutiert werden, ob und wie sich das Wettbewerbsrecht auf den freien Wettbewerb auswirkt. Dabei soll ein besonderes Augenmerk auf die Frage der Existenzberechtigung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes im Hinblick auf den technischen Fortschritt gelegt werden. Es soll in einer ausführlichen Diskussion die Notwendigkeit des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes bei technischen Gestaltungsmerkmalen hinterfragt werden und insbesondere, ob dieser nicht zum Wohle des technischen Fortschritts gänzlich abgeschafft werden sollte.

Teil 1: Lauterkeitsrechtlicher Nachahmungsschutz bei technischen Gestaltungsmerkmalen

I. Grundlagen des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes

1. Historische Entwicklung

Das Rechtsinstitut des „ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes“ wurde aufgrund richterlicher Rechtsfortbildung des Reichsgerichts sowie später des Bundesgerichtshofs auf Grundlage der Generalklausel des § 1 UWG von 1909 entwickelt, ehe es im Jahr 2004 schließlich in § 4 Nr. 9 UWG Eingang in das Gesetz fand. § 4 UWG wurde mit Wirkung zum 10.12.2015 durch Gesetz vom 02.12.2015¹⁵ neu gefasst. Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz findet sich nunmehr in unveränderter Form in § 4 Nr. 3 UWG wieder.¹⁶

a) Entwicklung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts

In den Anfängen seiner Rechtsprechung stellte das Reichsgericht geringe Anforderungen an die Voraussetzungen des UWG-Nachahmungsschutzes und gewährte einen weiten sonderrechtsähnlichen Nachahmungsschutz.

aa) „Schallplatten“-Entscheidung

In der Entscheidung „Schallplatten“¹⁷ aus dem Jahre 1910 ging es um die Nachbildung und das Inverkehrbringen von Schallplatten durch einen Dritten. Die Klägerin fabrizierte Platten für Phonographen und Grammophone zur Wiedergabe von Vorträgen

¹⁵ BGBl. I S. 2158

¹⁶ Da sich weder Wortlaut noch Inhalt der Vorschrift geändert haben, wird in der folgenden Arbeit § 4 Nr. 3 UWG zitiert, auch wenn die hierzu angegebenen Literaturquellen sich weitgehend noch auf § 4 Nr. 9 UWG beziehen.

¹⁷ RGZ 73, 294 – *Schallplatten*.

verschiedener Art. Dabei engagierte und bezahlte die Klägerin bekannte Künstler für die Aufnahme ihrer Werke auf den Platten, was die Aufnahmen kosten- und zeitintensiv machte.¹⁸ Die Beklagte hatte eine Technik erfunden, die das identische Nachahmen der klägerischen Platten ermöglichte und vertrieb diese nachgeahmten Platten zum halben Preis.¹⁹

In seiner Entscheidung stellte das Reichsgericht zunächst klar, dass ein ergänzender Schutz auch dann gewährt werden könne, wenn ein Sonderrechtsschutz nicht eingreife. Auch die Nachahmung eines von einem Sonderrecht nicht geschützten Gegenstands könne gegen die guten Sitten verstoßen und die Anwendung eines ergänzenden Schutzes rechtfertigen.²⁰ Das Reichsgericht erklärte die Benutzung eines fremden „mit großer Mühe und erheblichen Geldopfern“²¹ errungenen Arbeitsergebnisses für sittenwidrig nach § 826 BGB²², da der Hersteller dadurch um die Früchte seiner Arbeit gebracht werde. Die Klägerin musste für die Herstellung der Platten „hervorragende Künstler gegen Zahlung hoher Honorare und erheblicher Beteiligung am Gewinne aus den von ihr vertriebenen Platten“²³ engagieren. Die Herstellung der Platten sei daher mit „hohen Kosten und vieler geistiger und körperlicher Arbeit verknüpft“.²⁴

Die Beklagte habe sich die mit hohem Aufwand verknüpfte Arbeitsleistung der Klägerin zu eigen gemacht, um diese für ihren eigenen Gewerbebetrieb auszunutzen und mache der Klägerin damit „gefährliche Konkurrenz“²⁵. Dies verstoße gegen die guten Sitten eines anständigen Geschäftsverkehrs und führe zu einer Verfälschung des Wettbewerbs.

Das Reichsgericht stellte darüber hinaus fest, dass in der bloßen Nachahmung regelmäßig kein Verstoß gegen die guten Sitten zu finden sei, ohne dass „besondere Umstände“ hinzutreten.²⁶ Es kritisierte das Vorgehen der Vorinstanzen, die nur auf die Nachahmung an sich abstellten und die besonderen Umstände damit bejahten, dass jede Nachahmung dem Originalhersteller in irgendeiner Weise Schaden zufüge und der Nachahmer dies für

¹⁸ RGZ 73, 294 – *Schallplatten*.

¹⁹ RGZ 73, 294, 294 f. – *Schallplatten*.

²⁰ RGZ 73, 294, 296 – *Schallplatten*.

²¹ RGZ 73, 294, 296 – *Schallplatten*.

²² Die Generalklausel des § 1 UWG war auf diesen Fall noch nicht anwendbar, da die fragliche Verletzungshandlung vor seiner Einführung am 1.10.1909 stattgefunden hatte.

²³ RGZ 73, 294 – *Schallplatten*.

²⁴ RGZ 73, 294 – *Schallplatten*.

²⁵ RGZ 73, 294, 297 – *Schallplatten*.

²⁶ RGZ 73, 294, 297 – *Schallplatten*.

gewöhnlich auch wisse.²⁷ Mit dieser Begründung würde der ergänzende Leistungsschutz jedoch konturenlos werden und jegliches Sonderrecht überflüssig machen.²⁸ Im Folgenden war die Begründung des Reichsgerichts jedoch nicht wesentlich aussagekräftiger, die im Wesentlichen auf den Ausnutzungsgedanken abstellte. Der Nachahmer selbst nehme eine günstigere Position ein, indem er die mit Kosten und Mühen errungene Arbeitsleistung eines anderen ausnutze, ohne selbst Entwicklungskosten getragen zu haben. Er sei dadurch in der Lage, das Produkt günstiger zu verkaufen und sei damit konkurrenzfähiger.²⁹ Das Reichsgericht stellte auf die Ersparnis von Kosten und Mühen sowie insbesondere auf die Konkurrenzfähigkeit am Markt ab.³⁰ Eine Rolle spielte in dieser Entscheidung weder die Schutzwürdigkeit der nachgeahmten Leistung noch die Frage nach der Möglichkeit und Zumutbarkeit von Abweichungen.

bb) „Puppenjungen“-Entscheidung

In seiner „Puppenjungen“-Entscheidung aus dem Jahr 1926 befasste sich das Reichsgericht mit der Nachahmung einer Puppe. Die Klägerin fabrizierte und verkaufte seit Dezember 1922 Gummipuppen, die einen Jungen darstellen, der mit gespreizten Beinen und den Händen in den Hosentaschen dasteht und den Kopf und Blick nach links richtet. Die Beklagte hatte zeitlich nach der Klägerin Puppen aus Zelluloid auf den Markt gebracht, die den Puppen der Klägerin ähnelten.³¹

Bei seiner Entscheidung nahm das Reichsgericht auf die „Schallplatten“-Entscheidung Bezug und stellte fest, dass es in bestimmten Fällen einen ergänzenden Leistungsschutz geben könne, auch wenn gewerbliche Schutzrechte nicht (mehr) bestünden. Es sei ein feststehender Grundsatz, *„dass eine schrankenlose Ausnützung fremder Gedanken und Arbeiten auch außerhalb des Gebiets der gewerblichen Schutzrechte nicht schlichtweg freisteh[e]“*³². Bei seiner Entscheidung ging das Reichsgericht insbesondere auf die Schutzwürdigkeit der übernommenen Leistung ein und forderte einen gewissen Grad an Eigenart der geschützten Leistung und schloss damit einen Schutz von *„Massen- und*

²⁷ RGZ 73, 294, 297 – *Schallplatten*.

²⁸ RGZ 73, 294, 297 – *Schallplatten*.

²⁹ RGZ 73, 294, 297 – *Schallplatten*.

³⁰ RGZ 73, 294, 297 – *Schallplatten*.

³¹ RGZ 115, 180 – *Puppenjunge*.

³² RGZ 115, 180, 184 – *Puppenjunge*.

Dutzendware“ aus.³³ Durch die „*Puppenjungen*“-Entscheidung aus dem Jahr 1926 wurde die Grundlage für das bis heute im Rahmen des § 4 Nr. 3 UWG geforderte ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der wettbewerblichen Eigenart geschaffen.³⁴ Von nun an verlangte das Reichsgericht als Schutzvoraussetzung die „Schutzwürdigkeit“ der nachgeahmten Leistung, etwa eine gewisse Eigenart in Form einer Verkehrsgeltung oder eines Wiedererkennungswertes.³⁵ Ein Produkt, das in der Gesellschaft keine Verkehrsgeltung habe und als solches nicht in Verbindung mit einer bestimmten Herkunftsstätte gebracht werde, sog. „*massenhaft hergestellte Dutzendware*“, sei nicht schützenswert.³⁶

cc) Folgeentscheidungen

In den darauf folgenden Entscheidungen³⁷ entwickelte das Reichsgericht die Anforderungen an die „besonderen Umstände“ weiter. Es hob hervor, dass selbst ein mit Kosten und Mühe errungenes Arbeitsergebnis eines anderen nicht als solches, sondern nur gegen Eingriffe unter Anwendung unlauterer Mittel geschützt sei.³⁸ Dabei entwickelte das Reichsgericht in der „*Elektrolux*“- sowie der „*Buchungsformulare*“-Entscheidung neue und höhere Anforderungen an die „besonderen Umstände“: Es genügte nicht mehr nur eine rein objektive, durch identische (sklavische) Übernahme des Originals geschaffene Verwechslungsgefahr. Vielmehr musste eine subjektive Komponente hinzutreten in Form etwa einer bewussten Irreführung über die Herkunft des Produktes und einer Täuschungsabsicht des Nachahmers.³⁹

dd) Rechtsprechung zu den technischen Gestaltungsmerkmalen

Der Nachahmungsschutz von technisch-funktionalen Gestaltungsmerkmalen war bereits zu dieser Zeit ein umstrittenes Thema und beschäftigte das Reichsgericht in zahlreichen

³³ RGZ 115, 180, 182f. – *Puppenjunge*.

³⁴ *Dorndorf*, Herkunftstäuschung, Rnr. 24

³⁵ RGZ 120, 94, 99 – *Huthaken*; RGZ 144, 41, 46 – *Hosenträger*.

³⁶ RGZ 120, 94, 99 – *Huthaken*; RGZ 144, 41, 46 – *Hosenträger*.

³⁷ RG GRUR 1930, 1127, 1129 – *Elektrolux*; RG GRUR 1932, 336, 339 – *Abziehbilder*; RG GRUR 1935, 386, 387f. – *Buchungsformulare*;

³⁸ RG GRUR 1930, 1127, 1129 – *Elektrolux*; RG GRUR 1932, 336, 339 – *Abziehbilder*; RG GRUR 1935, 386, 387f. – *Buchungsformulare*;

³⁹ RG GRUR 1930, 1127, 1129 – *Elektrolux*; RG GRUR 1935, 386, 388 – *Buchungsformulare*.

Entscheidungen. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts war zu Beginn jedoch nicht einheitlich.

(1) „*Multigraph*“-Entscheidung

Die erste bedeutende Entscheidung zu den technischen Gestaltungsmerkmalen war nicht ein Urteil des Reichsgerichts, sondern des Kammergerichts aus dem Jahre 1924.⁴⁰ Bei diesem Urteil ging es um die Nachahmung einer Rotationsdruckmaschine, die –bis auf die eigentlich nicht streitentscheidende Farbbandschaltung– nicht mehr unter Patentschutz stand. Die Beklagte fabrizierte und vertrieb eine Rotationsdruckmaschine, die in Form und Abmessungen bis auf wenige Kleinigkeiten der Originalmaschine baugleich war.

In seiner Entscheidung stellte das KG fest, dass, obwohl keine Verwechslungsgefahr bei dem angesprochenen Kundenkreis bestehe, eine Nachahmung einer nicht mehr geschützten Maschine gleichwohl nicht ohne weiteres als erlaubt gelten könne.⁴¹ Das KG führte hierzu aus: „*Vielmehr erscheint eine derartige Nachahmung als ein grober Verstoß gegen die guten Sitten, wenn ein Wettbewerber sich auf diese Weise die Verwertung fremder Arbeit und Erfahrungen auch insoweit zu Nutze macht, als deren Verwendung durch die Art der betr. Maschine nicht bedingt ist, soweit also der Gebrauchszweck der Maschine es nicht gerade erheischt.*“⁴²

Gestützt wurde die Unlauterkeit der Nachahmung also darauf, dass eine fast identische Nachahmung erfolgte, obwohl zumindest in der äußeren Gestaltung, die sich auf die technische Funktionalität nicht auswirkte, ausreichende Abweichungsmöglichkeiten bestanden hätten.

Entscheidendes Kriterium für eine Unzulässigkeit der Nachahmung war für das KG in erster Linie der hohe Grad der Nachahmung, den das KG als „*Ausbeutung fremder Erfahrung*“⁴³ und „*skrupelloses Nachbauen fremder Maschinenkonstruktionen*“⁴⁴ bewertete. Auch sah das KG keine Rechtfertigung darin, dass das Patent bereits abgelaufen war und die Erfindung damit grundsätzlich gemeinfrei gewesen ist. Hierzu

⁴⁰ GRUR 1925, 40 – *Multigraph*.

⁴¹ GRUR 1925, 40, 42 – *Multigraph*.

⁴² GRUR 1925, 40, 42 – *Multigraph*.

⁴³ GRUR 1925, 40, 42 – *Multigraph*.

⁴⁴ GRUR 1925, 40, 42 – *Multigraph*.

fürte es vielmehr aus: „frei wird zum Allgemeingebrauch, was durch Erlöschen des Schutzrechts dem Monopol seines bisherigen Inhabers entzogen sein soll. Das ist aber etwas ganz anderes und betrifft den technischen Erfindungsgedanken, nicht die konstruktive Form seiner Verwirklichung.“⁴⁵ Übertragen bedeutet dies, dass die Idee an sich nach Ablauf des Patentschutzes frei wird, der Nachahmer sich aber um eine neue technische Umsetzung dieser Idee bemühen muss.

Dieses Urteil ist in der Literatur auf starke Kritik gestoßen. Insbesondere *Osterrieth* und *Seligsohn* haben das Urteil zum Anlass genommen, eine weitreichende Diskussion über die Nachahmung von technisch-funktionalen Erfindungen zu eröffnen.⁴⁶ Besonders kritisiert wurde an dem Urteil, dass der Rotationsdruckmaschine trotz des Fehlens einer Verwechslungsgefahr allein aufgrund des hohen Grades an Nachahmung ein Nachahmungsschutz gewährt wurde. Beide Autoren waren der Auffassung, dass Maschinen und technische Geräte, für die kein Patentschutz mehr besteht, frei nachgeahmt werden dürfen und ein weitergehender kostenloser und zeitlich unbegrenzter Nachahmungsschutz solcher Gegenstände ein geradezu absonderliches Ergebnis sei.⁴⁷ Es sei dabei nicht nur zwingend notwendig, zwischen technischen Gebrauchsformen und ästhetischen Gestaltungen zu unterscheiden, sondern auch zwischen technisch bedingten Teilen und solchen, die nicht technisch zwingend, sondern willkürlich wählbar seien.⁴⁸ Denn während technisch bedingten Gebrauchsformen kein über das Patentrecht hinausgehender Schutz zukommen darf aufgrund der „Freiheit der offenkundigen Technik“⁴⁹, können frei wählbare Elemente einen weitergehenden Nachahmungsschutz, einen sog. „Kunstschutz“, erfahren.⁵⁰ Darüber hinaus unterlag die negativ besetzte Wortwahl des Kammergerichts, die die Nachahmung als „Ausbeutung“ und „skrupellos“ bezeichnete, schwerer Kritik. Die Nachahmung an sich sei nichts Unsittliches.⁵¹ Vielmehr seien das Nachahmen und die Ausnutzung fremder geistiger Arbeit in der Technik gang und gäbe. Die Technik sei eine soziale Kunst, bei der das Nachahmen zwingende Voraussetzung für den technischen Fortschritt sei.⁵²

⁴⁵ GRUR 1925, 40, 42 – *Multigraph*.

⁴⁶ *Osterrieth*, GRUR 1925, 131ff.; *Seligsohn*, GRUR 1926, 240ff..

⁴⁷ *Osterrieth*, GRUR 1925, 131, 132 f.; *Seligsohn*, GRUR 1926, 240, 246 f..

⁴⁸ *Osterrieth*, GRUR 1925, 131, 137 f..

⁴⁹ *Osterrieth*, GRUR 1925, 131, 133.

⁵⁰ *Osterrieth*, GRUR 1925, 131, 137 f.; *Seligsohn*, GRUR 1926, 240, 247.

⁵¹ *Seligsohn*, GRUR 1926, 240, 244.

⁵² *Osterrieth*, GRUR 1925, 131, 139; *Seligsohn*, GRUR 1926, 240, 244.

(2) „Huthaken“-Entscheidung

In der „Huthaken“-Entscheidung⁵³ aus dem Jahr 1928 hatte sich das Reichsgericht mit dem wettbewerbsrechtlichen Schutz bei technischen Gegenständen zu befassen und differenzierte wie auch das Kammergericht zwischen technischen und nichttechnischen Merkmalen. Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte betrieben eine Huthakenfabrik und vertrieben Huthaken, welche sie unter Anderem nach Italien exportierten. Die Klägerin stellte einen mit besonderen Ornamenten ausgestalteten Huthaken mit eigenartigen flachen Prägungen des runden Drahts an verschiedenen Stellen her, wodurch das Bild eines Gussstahls hervorgerufen wurde. Für dieses Huthakenmodell hatte die Klägerin ein Geschmacksmuster⁵⁴ seit 30. Dezember 1922. Das Geschmacksmuster der Klägerin war zum Klagezeitpunkt abgelaufen. Auch die Beklagte hielt ein Geschmacksmuster für ihren Huthaken seit 9. Dezember 1924. Die Klägerin war der Auffassung, dass der Huthaken der Beklagten eine täuschende Nachahmung ihres Modells darstelle. Das Berufungsgericht wies die Klage ab, da kein wirksamer Geschmacksmusterschutz mehr bestehe und eine Anwendung des § 1 UWG bzw. § 826 BGB neben dem Geschmacksmusterrecht ausscheide. Das Reichsgericht hob die Berufungsentscheidung auf und bejahte die Anwendbarkeit des UWG. Es sei ein *„in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannter Grundsatz, dass eine schrankenlose Ausnutzung fremder Gedanken und Arbeiten auch außerhalb des Gebietes der gewerblichen Schutzrechte nicht schlichtweg zulässig ist“*.⁵⁵ Dabei differenzierte das Reichsgericht zwischen den technischen Schutzrechten wie dem Patent und dem Gebrauchsmuster und den ästhetischen Geschmacksmustern. Während bei Patent und Gebrauchsmuster ein Ausschluss der ergänzenden Schutzvorschriften stattfindet, sei das beim Geschmacksmuster nicht der Fall.⁵⁶ Die Ausdehnung des sonderrechtlichen Schutzes müsse dort ausscheiden, wo das Allgemeininteresse an der wirtschaftlichen Verwendbarkeit der Erfindung höher wiege als das Individualinteresse des Erfinders.⁵⁷ Dabei stellte das Reichsgericht fest, dass bei technischen Erfindungen das Allgemeininteresse an einer wirtschaftlichen Verwertung der Erfindung sehr groß sei.⁵⁸ Es lehnte daher grundsätzlich einen weitergehenden wettbewerbsrechtlichen Schutz von

⁵³ RGZ 120, 94 – *Huthaken*.

⁵⁴ Seit 2014 wurde das Geschmacksmusterrecht vom Designschutz abgelöst.

⁵⁵ RGZ 120, 94, 97 – *Huthaken*.

⁵⁶ RGZ 120, 94, 97 – *Huthaken*.

⁵⁷ RGZ 120, 94, 97 – *Huthaken*.

⁵⁸ RGZ 120, 94, 98 – *Huthaken*.

Gestaltungen, die dem Patent- und Gebrauchsmusterrecht unterlagen, ab.⁵⁹ Diese praktisch-technischen Schöpfungen seien für die Allgemeinheit wertvoll, während hingegen Gestaltungen, die dem Geschmacksmuster unterworfen sind, nur das ästhetische Empfinden berührten. Es läge daher nicht im Allgemeininteresse, dass ästhetische Erfindungen möglichst bald gemeinfrei würden, so dass es „*keinen grundsätzlichen Bedenken*“ unterliege, solchen ästhetischen Gestaltungsmerkmalen einen weitergehenden Schutz zu gewähren.⁶⁰ Nach Ansicht des Reichsgericht könnten ästhetische Gestaltungen generell einen wettbewerbsrechtlichen Schutz erfahren, während dies bei technischen Gestaltungsmerkmalen grundsätzlich nicht der Fall sei, da deren Nachahmung nach Ablauf der Sonderschutzrechte jedem offenstehen müsse.⁶¹ Gleichzeitig stellte das Reichsgericht aber auch klar, dass dadurch „*selbstverständlich ein unlauterer Wettbewerb nicht zulässig*“ werde, der durch eine unlautere Art und Weise der Nachahmung entstehe und eine „*genaue Wiedergabe [...] unterlassen werden soll[e]*“.⁶²

Auch dieses Urteil stieß auf Kritik in der Literatur. Insbesondere die Behauptung, „*dass Geschmacksmuster keine Werte [seien], die für die Allgemeinheit, für die Volkswirtschaft eines Landes ein irgendwie nennenswertes Interesse haben*“⁶³, wurde kritisiert. Beispielshalber misst *Isay* dem Geschmacksmuster eine starke wirtschaftliche Bedeutung zu.⁶⁴ Der Zweck des Geschmacksmusters sei ebenso wie der des Patents und des Gebrauchsmusters die Förderung des nationalen Gewerbes.⁶⁵ Allein der Umstand, dass das Geschmacksmuster ebenso wie das Patent und das Gebrauchsmuster zeitlich begrenzt sei, spreche für eine Weiterentwicklung der Muster durch die Allgemeinheit und damit im Ergebnis für ein Allgemeininteresse an dieser Entwicklung.⁶⁶ Insoweit bestehe kein Unterschied zwischen den technischen und den ästhetischen Schutzrechten und eine Differenzierung sei ungerechtfertigt.

Auch sprach sich *Gewiese* gegen eine Differenzierung von Technik und Ästhetik aus, der feststellte, dass die zu den technischen Gestaltungsmerkmalen entwickelten Grundsätze

⁵⁹ RGZ 120, 94, 98 – *Huthaken*.

⁶⁰ RGZ 120, 94, 98 – *Huthaken*.

⁶¹ RGZ 120, 94, 98 – *Huthaken*.

⁶² RGZ 120, 94, 98 – *Huthaken*.

⁶³ RGZ 120, 94, 98 – *Huthaken*.

⁶⁴ *Isay*, GRUR 1928, 420, 422.

⁶⁵ *Isay*, GRUR 1928, 420, 422.

⁶⁶ *Isay*, GRUR 1928, 420, 422.

„auch auf dem Gebiet der nichttechnischen Dinge Geltung haben“ müssen.⁶⁷ Die Ablehnung der Unterscheidung stützt *Gewiese* hauptsächlich darauf, dass es keinen lauterkeitsrechtlichen Schutz einer Leistung gebe, sondern nur einen Schutz vor unlauteren Handlungen. Das Leistungsergebnis selbst sei überhaupt kein Anknüpfungspunkt für die Gewährung von Nachahmungsschutz.⁶⁸ Daher sei eine Differenzierung zwischen „schutzwürdigen“ technischen Gestaltungsmerkmalen und „nicht schutzwürdigen“ nichttechnischen Ergebnissen nicht gerechtfertigt. Mit annähernd den gleichen Argumenten begründet *Callmann* seinen Standpunkt, dass eine Nachahmung, die zur Irreführung des Verkehrs oder zur Ausbeutung des Rufs des Vorberechtigten führe, generell unterbleiben solle, egal ob es vorliegend um ein Patent, ein Gebrauchsmuster oder ein Geschmacksmuster ginge.⁶⁹

(3) „Kranzblumen“-Entscheidung

Das „Kranzblumen“-Urteil⁷⁰ des Reichsgerichts von 1932 stellte einen Wendepunkt in der Rechtsprechungsentwicklung zu den technisch-funktionellen Arbeitsergebnissen dar und leitete zu den Rechtsprechungsgrundsätzen der nachfolgenden Jahre über.

Klägerin und Beklagte stellten beide gewerbsmäßig künstliche Blumen her. Die Klägerin erkannte, dass insbesondere Dickblattgewächse wie Echeverien und Sempervivum besonders gut als Kranzblumen geeignet seien und entwickelte ein Verfahren, mit dem es ihr gelang, diese Blumen täuschend echt und natürlich aussehend herzustellen.⁷¹ Die Beklagte ahmte die Blumen der Klägerin exakt nach und bot sie in einem Rundschreiben ihren Kunden an. Dies sah die Klägerin als eine unlautere Nachahmung an.

Das Reichsgericht wies die Klage ab mit der Begründung, dass neue Arbeiten den bisherigen Stand der Dinge nicht ungeachtet lassen müssen. Vielmehr sollen bereits gewonnene Erkenntnisse und Fertigkeiten insbesondere in der Herstellungstechnik benutzt werden dürfen.⁷² Es stellte fest, dass es dem Gewerbetreibenden freistehe, Arbeitsergebnisse seiner Vorgänger auszunutzen. „Denn Gewerbefleiß, Handel und

⁶⁷ *Gewiese*, GRUR 1936, 296, 300.

⁶⁸ *Gewiese*, GRUR 1935, 633, 637.

⁶⁹ *Callmann*, GRUR 1928, 430, 435.

⁷⁰ RGZ 135, 385 – *Kranzblumen*.

⁷¹ RGZ 135, 386 – *Kranzblumen*.

⁷² RGZ 135, 385, 394 – *Kranzblumen*.

*Verkehr der Gegenwart beruhen auf dem Erbe der Vergangenheit.*⁷³ Mit diesem Urteil wandte sich das Reichsgericht gegen die bisherigen Entscheidungen und schrieb den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit fest.

In weiteren Entscheidungen zu technischen-funktionalen Erzeugnissen, wie der „*Schnellwaagen*“-Entscheidung des OLG Karlsruhe und der „*Thermosflaschen*“-Entscheidung des KG wurden die entwickelten Grundsätze zu den technischen Gestaltungsmerkmalen aufgegriffen und fortgeführt. So wurde entschieden, dass eine Rechtswidrigkeit des Nachbaus ausscheide, wenn die Nachahmung durch technisch-konstruktive Notwendigkeit bedingt sei.⁷⁴ In der „*Schnellwaagen*“-Entscheidung stellte das OLG Karlsruhe fest, dass „*bei Prüfung der Waagen an Hand der Gutachten die äußere Erscheinung der Waagen und ihr innerer technischer Aufbau unterschieden werden*“ müssten.⁷⁵ Mit diesen Urteilen wurde die bis heute fortgeführte Differenzierung zwischen technisch notwendigen und technisch nicht notwendigen Gestaltungsmerkmalen⁷⁶ und die grundsätzliche Zulässigkeit einer Nachahmung der gemeinfrei gewordenen technisch-funktionellen Merkmale in der Rechtsprechung verankert.

Allerdings führte das Reichsgericht mit seiner darauffolgenden „*Lichtpausmaschinen*“ – Entscheidung wiederum eine Einschränkung der Nachahmungsfreiheit ein. Eine Nachahmung technisch notwendiger Gestaltungsmerkmale verhalte sich anders, wenn zu der objektiven Verwechslungsgefahr eine Täuschungsabsicht durch bewusste Irreführung über die Herkunft des Gegenstands hinzukomme.⁷⁷ Eine Nachahmung unter Täuschungsabsicht sei rechtlich zu missbilligen. Mit dieser Entscheidung wurde zu dem erst kurz zuvor entwickelten Grundsatz der Nachahmungsfreiheit bei technischen Erzeugnissen eine Ausnahme geschaffen, die wieder alle Möglichkeiten offen ließ.⁷⁸

⁷³ RGZ 135, 385, 394 – *Kranzblumen*.

⁷⁴ OLG Karlsruhe, GRUR 1930, 202, 205 – *Schnellwaagen*; KG GRUR 1932, 311, 313, 315 – *Thermosflaschen*.

⁷⁵ OLG Karlsruhe GRUR 1930, 202, 204 – *Schnellwaagen*.

⁷⁶ Zu dieser Differenzierung zugleich ausführlich auf Seiten 55 ff..

⁷⁷ RG GRUR 1932, 317, 319 – *Lichtpausmaschine*.

⁷⁸ *Nerretter*, GRUR 1957, 408, 412.

(4) „Hosenträger“-Entscheidung

In der „Hosenträger“-Entscheidung ging es um die Nachahmung eines in einem besonderen Verfahren gefertigten Gummibandes, das für die Herstellung von Hosenträgern verwendet wird. Die Klägerin fertigte in ihrer Gummibandfabrik ein Ripsgummiband mit einem Obergewebe aus Kunstseide und einem Untergewebe aus Baumwollatlas sowie dazwischenliegenden Gummifäden. Die Eigenart dieses Gummibandes bestand in der besonderen Verbindung von Ober- und Untergewebe, wodurch die dazwischenliegenden Gummifäden nicht erkennbar waren. Die Beklagte stellte ebenfalls Gummibänder her, bei denen sie die Verbindungstechnik der Klägerin aufgriff und damit identisch aussehende Gummibänder herstellte.⁷⁹

In der „Hosenträger“-Entscheidung wurden zunächst die Grundsätze des „Kranzblumen“-Urteils aufgegriffen. Das Reichsgericht hob erneut das besondere Spannungsverhältnis zwischen der Nachahmungsfreiheit bzw. dem Allgemeininteresse am technischen Fortschritt und dem Individualschutz des Herstellers hervor.⁸⁰ Auch stellte das Reichsgericht klar, dass es nicht Sinn und Zweck des Wettbewerbsrechts sei, einer technischen Erfindung, die keinen Patentschutz genieße, über den Umweg des Wettbewerbsrechts einen umfassenden Schutz zukommen zu lassen.⁸¹ Jedoch begründete das Reichsgericht letztlich den Nachahmungsschutz der Hosenträger, indem es feststellte, dass zu der Nachahmungshandlung und der daraus resultierenden objektiven Verwechslungsgefahr noch weitere besondere Umstände hinzugetreten waren, nämlich die Absicht der Täuschung der beteiligten Verkehrskreise durch bewusste Irreführung über die Herkunft des nachgebildeten Gegenstandes und der bewussten Herbeiführung einer Verwechslungsgefahr.⁸² Eine bewusste Irreführung sei immer dann gegeben, wenn der Nachahmer es unterlasse, alles ihm Mögliche zu tun, um die Verwechslungsgefahr zu beseitigen.⁸³

Es ging dem Reichsgericht nicht darum, die technische Erfindung vor identischer Nachahmung zu schützen, sondern um die Art und Weise der Nachahmung. Nach Auffassung des Gerichts müsse allein auf die Nachahmungshandlung abgestellt werden,

⁷⁹ RGZ 144, 41f. – *Hosenträger*.

⁸⁰ RGZ 144, 41, 44f. – *Hosenträger*.

⁸¹ RGZ 144, 41, 45 – *Hosenträger*.

⁸² RGZ 144, 41, 45 – *Hosenträger*.

⁸³ RGZ 144, 41, 45 – *Hosenträger*.

die durch Hinzutreten weiterer (subjektiver) Umstände unlauter sei.⁸⁴ Mit dieser Entscheidung wurde das Wesen des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes als ein Schutz vor Handlungsunrecht begründet und zugleich die schon von der „Lichtpausmaschine“-Entscheidung eingeführte Ausnahme⁸⁵ zu den gefundenen Grundsätzen bei technisch-funktionalen Arbeitsergebnissen weitergeführt.

ee) Zusammenfassung

Durch die dargelegte Rechtsprechung des Reichsgerichts wurde der Grundstein für den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz gelegt, wie er bis heute im Wesentlichen existiert. Es wurde insbesondere das Verhältnis zum heute allgemein anerkannten Grundsatz der Nachahmungsfreiheit herausgebildet, wonach eine Nachahmung eines sonderrechtlich nicht mehr geschützten Arbeitsergebnisses nicht verboten, sondern grundsätzlich erlaubt und sogar erwünscht sei, soweit keine besonderen Umstände hinzutreten, die die Art und Weise der Nachahmung unlauter machen.⁸⁶ Auch wurden bereits die wesentlichen Grundsteine für den Nachahmungsschutz bei technischen Gestaltungsmerkmalen gelegt, wenn auch hier die Rechtsprechung keine einheitlichen Entscheidungen traf. Ebenso wie die Rechtsprechung schwankte aber auch die Literatur in ihren Ansichten, ob eine Differenzierung von technischen und nichttechnischen Merkmalen gerechtfertigt sei⁸⁷ oder nicht.⁸⁸

b) Entwicklung in der Rechtsprechung des BGH und gesetzliche Niederlegung

Der BGH hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts und die entwickelten Grundsätze weitgehend übernommen und fortgeführt. Insbesondere das Prinzip des Handlungsunrechts wurde vom BGH aufgegriffen. In der Rechtsprechung des BGH lässt sich deutlich erkennen, dass nicht die Arbeitsergebnisse als solche geschützt werden,

⁸⁴ RGZ 144, 41, 45 – *Hosenträger*.

⁸⁵ RG GRUR 1932, 317, 319 – *Lichtpausmaschine*, vgl. S. 14.

⁸⁶ RG GRUR 1932, 336, 339 – *Abziehbilder*; RGZ 120,94, 98 – *Huthaken*; RGZ 144, 41, 49 – *Hosenträger*;

⁸⁷ So *Nerretter*, GRUR 1957, 408, 412; *ders.* GRUR 1936, 290, 295; *Osterrieth*, GRUR 1925, 131, 132 f.; *Seligsohn*, GRUR 1926, 240, 246 f..

⁸⁸ So *Callmann*, GRUR 1928, 430, 435; *Isay*, GRUR 1928, 420, 422; *Gewiese*, GRUR 1936, 296, 300.

sondern nur deren unlautere Ausnutzung verhindert werden soll.⁸⁹ Im Laufe der BGH-Rechtsprechung haben sich durch die richterliche Rechtsfortbildung vier Fallkonstellationen herausgebildet: Die vermeidbare Herkunftstäuschung, die Rufausbeutung, die Behinderung und die unredliche Kenntniserlangung. Diese vier Fallvarianten fanden schließlich im Jahr 2004 Eingang in das Gesetz in § 4 Nr. 9 UWG a.F.⁹⁰ Mit der Einführung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes in § 4 Nr. 9 UWG a.F. sollten dabei die gewohnheitsrechtlich entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze ohne inhaltliche Änderungen gesetzlich niedergelegt werden.⁹¹ Der Wortlaut des § 4 Nr. 9 UWG a.F. wurde unverändert mit Gesetzesänderung vom 10.12.2015 in § 4 Nr. 3 UWG übernommen. Auf die Urteile des BGH im Einzelnen und insbesondere die entwickelte Sonderrechtsprechung wird weiter unten in der Arbeit eingegangen, so dass eine weitergehende Erläuterung an dieser Stelle entfällt.⁹²

2. Nachahmungsfreiheit

Der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit ist ein wichtiges und tief in unserem Rechtssystem verankertes Grundprinzip, das vom Reichsgericht herausgearbeitet wurde. Es besagt, dass die Nachahmung sonderrechtlich nicht (mehr) geschützter Ergebnisse grundsätzlich zulässig ist.⁹³ Begründet wird dieser Grundsatz u.a. mit einem Umkehrschluss zum Bestehen sondergesetzlicher Regelungen zum Nachahmungsschutz⁹⁴, der allgemeinen Handlungs- und Berufsfreiheit⁹⁵, sowie dem Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit.⁹⁶ Der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit ist aus verfassungsrechtlicher Sicht eine Selbstverständlichkeit, da er sich mit dem Grundgedanken des Grundgesetzes der Bundesrepublik deckt, das besagt, dass

⁸⁹ BGH GRUR 1952, 516, 520 – *Hummelfiguren*.

⁹⁰ Begr. RegE UWG 2004 zu § 4 Nr. 9, BT-Drucks 15/1487 S. 18.

⁹¹ BGH GRUR 2005, 166, 167 – *Puppenausstattungen*; GRUR 2009, 79 – *Gepäckpresse*; BGH GRUR 2016, 730, 731f. [19] – *Herrnhuter Stern*; BGH GRUR 2017, 79, 83 [39] – *Segmentstruktur*.

⁹² Zur Rechtsprechung des BGH auf Seiten 45ff.

⁹³ RG GRUR 1932, 336, 339 – *Abziehbilder*; RGZ 120,94, 98 – *Huthaken*; RGZ 144, 41, 49 – *Hosenträger*; Köhler, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.3; Ohly, in Ohly/Sosnitza, § 4 Rnr. 9/2; Jordan/Dieti, Festschrift für Meibom, S. 173f.

⁹⁴ BGH GRUR 1996, 210, 212 – *Vakuumpumpen*; Bopp, GRUR 1997, 34.

⁹⁵ *Sambuc*, UWG-Nachahmungsschutz, Rnr. 9.

⁹⁶ Ohly, in Ohly/Sosnitza, § 4 Rnr. 9/15; Köhler, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.3.

grundsätzlich alles erlaubt ist, was nicht durch oder aufgrund eines Gesetzes verboten ist oder in die Rechte eines Dritten eingreift.⁹⁷

Der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit findet bei technischen Gestaltungsmerkmalen eine besondere Ausprägung darin, dass der Stand der Technik und die technischen Lehren grundsätzlich frei benutzbar sein sollen.⁹⁸ Dieses besondere Freihaltebedürfnis im Bereich der Technik ergibt sich aus dem Streben nach technischem Fortschritt, der nach verbreiteter Ansicht durch den vollständigen Ausschluss von Nachahmungen zum Erliegen käme.⁹⁹ Innovation ergebe sich insbesondere auch durch Imitation, indem das Gute eines Leistungsergebnisses eines anderen aufgegriffen und zum Besseren weiterentwickelt werde.¹⁰⁰ Gerade in einem Zeitalter, das insbesondere im technischen Bereich so weit entwickelt ist, sei eine vollkommen neue Entwicklung von bisher Unbekanntem schwierig. Vielmehr baue alles und jeder auf dem „*Erbe der Vergangenheit*“ auf.¹⁰¹ Darüber hinaus würden sich die Erfinder auf den „Lorbeeren“ ihrer erbrachten Leistung ausruhen und ihre Ergebnisse niemals fortentwickeln, wenn sie auf ewig vor Konkurrenz geschützt wären.¹⁰² Schließlich werde durch die Nachahmungsfreiheit auch das Interesse der Verbraucher an einer großen Produktvielfalt und einer Auswahl unter mehreren Konkurrenten gewahrt.¹⁰³ Der Imitationswettbewerb habe insbesondere auch eine positive Auswirkung auf die Preisbildung.¹⁰⁴

Auf der anderen Seite muss jedoch gesehen werden, dass die grenzenlos verstandene Nachahmungsfreiheit auch einen negativen Effekt auf die Wirtschaft haben kann und dass das Wettbewerbsrecht insoweit ebenfalls innovationsfördernde Wirkung hat.¹⁰⁵ Wären die Leistungen des Erfinders nicht geschützt und dürften einfach übernommen werden, würde das den Anreiz des Ersterfinders für eine kostenintensive Entwicklung

⁹⁷ *Sambuc*, UWG-Nachahmungsschutz, Rnr. 9; *Schulz*, Festschrift für Helm, S. 241.

⁹⁸ BGH GRUR 1968, 591, 592 – *Pulverbehälter*; BGH GRUR 1996, 210, 211 – *Vakuumpumpen*; BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahnen*; BGH GRUR 2002, 86, 90 – *Laubhefter*; BGH GRUR 2007, 339, 342 [27] – *Stufenleiter*.

⁹⁹ *Köhler*, in *Köhler/Bornkamm*, UWG, Einleitung Rnr. 1.25; *Willgerodt*, Festschrift für Böhm, S. 696; *Seligsohn*, GRUR 1926, 240, 246; *Sambuc*, GRUR 1986, 130, 140; *Fock*, Unmittelbarer Leistungsschutz, Rnr. 7; *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rnr. 1927.

¹⁰⁰ *Seligsohn*, GRUR 1926, 240, 246.

¹⁰¹ RG GRUR 1932, 336, 339 – *Abziehbilder*; RG GRUR 1932, 751, 753 f. – *künstliche Blumen*.

¹⁰² *Willgerodt*, Festschrift für Böhm, S. 696; *Sambuc*, GRUR 1986, 130, 140.

¹⁰³ *Sambuc*, GRUR 1986, 130, 140; *Fock*, Unmittelbarer Leistungsschutz, Rnr. 7; *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rnr. 1927.

¹⁰⁴ *Sambuc*, in *Harte/Henning*, § 4 Nr. 9 Rnr. 14; *Ohly*, in *Ohly/Sosnitza*, § 4.9 Rnr. 9/2.

¹⁰⁵ *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rnr. 1906; *Lubberger*, Festschrift für Ullmann, S. 741.

von Innovationen nehmen.¹⁰⁶ Darüber hinaus zwingt ein Nachahmungsschutz gerade auch dazu, sich nicht auf das bloße Nachahmen zu beschränken, sondern das Übernommene innovativ weiterzuentwickeln und es auf eine höhere Entwicklungsstufe zu bringen.¹⁰⁷

Die Nachahmungsfreiheit ist daher auf der einen Seite ein wichtiger Grundsatz des deutschen Rechtssystems und tief in den Grundrechten verankert. Auf der anderen Seite darf der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit jedoch nicht in voller Konsequenz und unbedingt angewandt werden. In diesem Bewusstsein hat sich daher im Wettbewerbsrecht eine Regel-Ausnahme-Systematik entwickelt, die besagt, dass die Zulässigkeit der Nachahmung die Regel ist, aber eine Unzulässigkeit im Ausnahmefall gegeben sein kann.¹⁰⁸

Die Nachahmung sonderrechtlich nicht (mehr) geschützter Gegenstände ist daher grundsätzlich frei sein und darf nicht verboten werden.¹⁰⁹ In dem Wort „grundsätzlich“ liegt jedoch gleichzeitig ein Problem des allgemeinen Grundsatzes der Nachahmungsfreiheit. Das Wort „grundsätzlich“ bedeutet nämlich in der Rechtswissenschaft nicht nur, dass etwas in den meisten Fällen so ist, sondern auch, dass es Ausnahmen gibt, und davon oft nicht wenige. In diesem Sinne macht der BGH in seinen Entscheidungen zahlreiche Ausnahmen von dem Grundsatz der Nachahmungsfreiheit und gerät in die Kritik, das Regel-Ausnahme-Verhältnis umzukehren und den Weg zu einem unmittelbaren Leistungsschutz zu ebnen.¹¹⁰ Auf genau diese Konfliktsituation zwischen Nachahmungsfreiheit und Innovationsschutz wird die Arbeit an verschiedenen Stellen zurückkommen und das Problem jeweils von verschiedenen Seiten beleuchten.

¹⁰⁶ BGH GRUR 1966, 617. 620 – *Saxophon; Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rnr. 1906ff.

¹⁰⁷ *Lubberger*, Festschrift für Ullmann, S. 741.

¹⁰⁸ *Müller-Laube*, ZHR 1992, 480, 484 f.; *Sambuc*, in Harte/Henning, § 4 Rnr. 14.

¹⁰⁹ RGZ 120,94, 98 – *Huthaken*; RGZ 144, 41, 49 – *Hosenträger; Köhler*, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.3; *Ohly*, in Ohly/Sosnitzer, § 4 Rnr. 9/2; *Jordan/Dietl*, Festschrift für Meibom, S. 173f; *Müller-Laube*, ZHR 1992, 480, 484 f.

¹¹⁰ *Schreiber*, GRUR 2009, 113, 114; *Götting*, in Fezer UWG, § 4-9 Rnr. 33. Ob diese Kritik tatsächlich zutreffend ist wird näher auf den Seiten 64ff. erläutert.

3. Schutzzweck

Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz hat nach überzeugender Auffassung drei Schutzrichtungen¹¹¹: Zum einen ist der Hersteller geschützt. Zum anderen sollen aber auch die Verbraucher von § 4 Nr. 3 UWG geschützt werden. Schließlich erfährt auch die Allgemeinheit einen generellen Schutz durch den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz.

Der Originalhersteller soll vor Ausbeutung des von ihm geschaffenen Leistungsergebnisses unter Anwendung unlauterer Mittel sowie vor unlauteren Praktiken seiner Mitbewerber geschützt werden.¹¹²

Darüber hinaus werden aber auch die Marktteilnehmer und Verbraucher vor Irreführung und Täuschung über die Herkunft des Produkts bewahrt.¹¹³ Sie sollen sich darauf verlassen dürfen, dass sie die ihnen bekannten und bewährten Originalprodukte erwerben, sofern sie nichts Gegenteiliges erfahren.

Schließlich ist auch das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb geschützt.¹¹⁴ Jeder soll in unserem Wettbewerbssystem die gleichen Chancen haben und konkurrenzfähig sein. Der Bestand eines freien Wettbewerbs muss im Interesse der Allgemeinheit gewahrt werden.¹¹⁵ Der Schutz des lautereren Wettbewerbs ist ein Schutzzweck, der nicht nur dem lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz, sondern dem UWG allgemein zugrunde liegt. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ist unter anderem nach seiner Zielsetzung bestimmt, die Belange der Allgemeinheit vor Auswüchsen des Wettbewerbs zu schützen.¹¹⁶ Das Allgemeininteresse an der Lauterkeit des Wettbewerbs wurde bereits vom Reichsgericht entwickelt.¹¹⁷ Der Schutz der

¹¹¹ Köhler, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.2; Ohly, in Ohly/Sosnitza, § 4 Rnr. 9/4; ders., GRUR 2004, 889, 894; Wiebe, in MünchKomm UWG § 4 Nr. 9, Rnr. 5. Anderer Ansicht hingegen: Nirk, GRUR 1993, 247, 250.

¹¹² Beater, Unlauterer Wettbewerb, Rnr. 6; ders., Nachahmen im Wettbewerb, S. 64; Köhler, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.2, 3.41; Wiebe, in MünchKomm UWG § 4 Nr. 9, Rnr. 5.

¹¹³ BGH GRUR 2007, 984, 986 [23] – Gartenliege; BGH GRUR 2010, 80, 81 [17] – LIKEaBIKE; Ohly, in Ohly/Sosnitza, § 4 Rnr. 9/4. Köhler, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.41; Wiebe, in MünchKomm UWG § 4 Nr. 9, Rnr. 5.

¹¹⁴ BGH GRUR 2016, 730, 732 [21] – Herrnhuter Stern; Beater, Unlauterer Wettbewerb, Rnr. 25, 105ff.; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 20 Rnr. 9-10; Köhler, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.2.

¹¹⁵ Peukert, WRP 2010, 316, 320.

¹¹⁶ Schwartz, GRUR 1967, 333, 341.

¹¹⁷ RGZ 120, 47, 49 – Markenschutzverband; RGZ 128, 330, 342 – Rundfunknachricht; weitere Beispiele in Schwartz, GRUR 1967, 333, 335f..

Allgemeinheit vor Unlauterkeit wurde schließlich in § 1 S. 2 UWG aufgenommen und gesetzlich verankert.

4. Wesen

Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz ist nicht auf die Schaffung eines Immaterialgüterrechts gerichtet, sondern auf die Erhaltung des lautereren Wettbewerbs.¹¹⁸ Er ist kein Schutzrecht und gewährt keinen umfassenden Schutz.¹¹⁹ Im Gegensatz zu den Sonderschutzrechten gewährt er kein Ausschließlichkeitsrecht und damit kein durch Art. 14 GG geschütztes Immaterialgüterrecht, das es dem Sonderrechtsschutzinhaber ermöglichen würde, andere von der Benutzung des Schutzgegenstandes vollkommen auszuschließen. Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz schützt nicht das Leistungsergebnis als solches, sondern greift das Handlungsunrecht auf. Er erfasst daher nur die Nachahmungshandlung und die unlautere Art und Weise der Nachahmung.¹²⁰ Insoweit stellt er einen Schutz vor unlauteren Begleitumständen einer Nachahmung dar und beschränkt sich auf eine Verhaltenskontrolle.¹²¹ Dabei kommt es auf eine umfassende Gesamtabwägung aller Umstände im konkreten Fall an, so dass sich auch der Schutz nur auf den jeweiligen Einzelfall beschränkt.¹²² Die Folge davon ist, dass zur Nachahmungshandlung an sich noch *besondere Begleitumstände* hinzutreten müssen, die die Nachahmungshandlung unlauter machen.¹²³ Diese besonderen Umstände sind das ausschlaggebende Kriterium des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes, das sein Wesen ausmacht und ihn von den Sonderschutzrechten abgrenzt. Die Abgrenzung und das Verhältnis zu den gewerblichen Schutzrechten generell sind umstritten. Während die eine Ansicht den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz nur ergänzend neben den Sonderschutzrechten anwenden will, geht die überzeugendere Ansicht von einem Gleichrang der Regelungen aus.¹²⁴ Der Begriff des *ergänzenden* wettbewerbsrechtlichen *Leistungsschutzes* hat sich zwar über die Jahre im juristischen Sprachgebrauch etabliert,

¹¹⁸ Dorndorf, Herkunftstäuschung, Rnr. 545.

¹¹⁹ Sambuc, in Harte/Henning, § 4 Rnr. 4f..

¹²⁰ RGZ 73, 294, 297 – *Schallplatten*; RGZ 120,94, 98 – *Huthaken*; BGH GRUR 1968, 698, 701 – *Rekordspritzen*; BGH GRUR 2016, 730, 732 [22] – *Herrnhuter Stern*; Jordan/Dieti, Festschrift für Meibom, S. 174.

¹²¹ Sambuc, UWG-Nachahmungsschutz, Rnr. 16; Jordan/Dieti, Festschrift für Meibom, S. 174.

¹²² Köhler, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.4; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 11 Rnr. 8.

¹²³ Zu den „besonderen Umständen“ ausführlich auf Seite 33

¹²⁴ Hierzu ausführlich auf Seiten 119 ff..

ist jedoch begrifflich nicht zutreffend und sollte daher aufgegeben werden.¹²⁵ Denn weder handelt es sich nur um einen ergänzenden Schutz, noch wird die Leistung als solche geschützt. Überzeugender scheint der von *Köhler* vorgeschlagene Begriff des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes.¹²⁶

5. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung die heutigen Voraussetzungen und Grundlagen des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes entwickelt hat: Die Nachahmung eines Leistungsergebnisses kann wettbewerbswidrig sein, wenn das nachgeahmte Produkt über eine wettbewerbliche Eigenart verfügt und besondere Umstände hinzutreten, die die Nachahmung unlauter erscheinen lassen.¹²⁷

Anfangs gewährte das Reichsgericht einen weiteren Schutz und stellte hauptsächlich auf die Ausnutzung eines Arbeitsergebnisses und auf die ersparten Kosten und Mühen ab. Die Reichweite des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes wurde jedoch im Laufe der Zeit eingeschränkt und der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit festgeschrieben. Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz erfuhr insbesondere durch die Einführung der Tatbestandsvoraussetzungen der wettbewerblchen Eigenart und der die Wettbewerbswidrigkeit begründenden besonderen Umstände eine Einschränkung. Das Reichsgericht erkannte darüber hinaus an, dass es gerade nicht auf den Schutz der Leistung selbst ankomme, also nicht auf das „*Ob*“ der Nachahmung, sondern auf die begleitenden Umstände, also auf das „*Wie*“ der Nachahmung.¹²⁸ Diese Grundsätze und Tatbestandsvoraussetzungen sind bis heute dem lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz wesensimmanent und haben insbesondere auch auf die Rechtsprechung im Bereich der technischen Merkmale Einfluss. Dort ist dem besonderen Freihaltebedürfnis - im Hinblick auf den freien Stand der Technik und die freien

¹²⁵ *Köhler*, GRUR 2007, 548, 549; *Münker*, Festschrift für Ullmann, S. 785.

¹²⁶ *Köhler*, in *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rnr. 3.4.

¹²⁷ st. Rspr; vgl. BGH GRUR 2016, 730, 733 [31] – *Herrnhuter Stern*; BGH GRUR 2010, 80, 82 [21] – *LIKEaBIKE*; BGH GRUR 2002, 86, 89 – *Laubhefter*, BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahnen*; BGH GRUR 2002, 820, 821 – *Bremszangen*; BGH GRUR 2007, 339, 342 [24] – *Stufenleiter*.

¹²⁸ *Sambuc*, in *Harte/Henning*, § 4 Rnr. 11.

technischen Lehren - Rechnung zu tragen, weshalb sich in diesem Bereich eine breite Rechtsprechung mit einigen Besonderheiten entwickelt hat.¹²⁹

II. Tatbestandsvoraussetzungen

Da die Rechtsprechung zu den technischen Gestaltungsmerkmalen an den allgemeinen Tatbestand des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes anknüpft und einige Alterationen an diesem vornimmt, sollen zunächst allgemein die tatbestandlichen Voraussetzungen des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes gem. § 4 Nr. 3 UWG dargestellt werden, bevor auf die Sonderfälle eingegangen wird.

Grundsätzlich gilt folgende Definition:

Eine Nachahmungshandlung (3.) ist wettbewerbswidrig, wenn das nachgeahmte Leistungsergebnis (1.) über wettbewerbliche Eigenart verfügt (2.) und besondere Umstände hinzutreten (4.), die die Nachahmung unlauter erscheinen lassen.¹³⁰

Zwischen den einzelnen Tatbestandsmerkmalen besteht dabei eine Wechselwirkung:¹³¹ Je größer die wettbewerbliche Eigenart oder je größer der Grad der Übernahme ist, desto geringere Anforderungen sind an die besonderen Umstände zu stellen, die die Wettbewerbswidrigkeit begründen.

¹²⁹ Hierzu sogleich ausführlich auf Seite 42.

¹³⁰ st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 2016, 730, 733 [31] – *Herrnhuter Stern*; BGH GRUR 2016, 725, 726 [12] – *Pippi Langstrumpf-Kostüm II*; BGH GRUR 2012, 58, 63 – *Seilzirkus*; BGH GRUR 2010, 80, 82 [21] – *LIKEaBIKE*; BGH GRUR 2009, 1073 [10] – *Ausbeinmesser*; BGH GRUR 2007, 339, 342 [24] – *Stufenleiter*; BGH GRUR 2002, 86, 89 – *Laubhefter*, BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahnen*; BGH GRUR 2002, 820, 821 – *Bremszangen*.

¹³¹ st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 2002, 86, 89 – *Laubhefter*; BGH GRUR 2002, 820, 822 – *Bremszangen*; BGH GRUR 2007, 339, 342 [24] – *Stufenleiter*; BGH GRUR 2009, 1073 [10] – *Ausbeinmesser*; BGH GRUR 2010, 1125, 1127 [19] – *Femur-Teil*; BGH GRUR 2010, 80, 82 [21] – *LIKEaBIKE*; BGH GRUR 2016, 725, 727 [15] – *Pippi Langstrumpf-Kostüm II*; Ohly, in Ohly/Sosnitza, § 4 Rnr. 9/26; *Sambuc*, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 4 Rnr. 32.

1. Schutzgegenstand

Zwar bezieht sich der Wortlaut von § 4 Nr. 3 UWG nur auf Waren und Dienstleistungen, jedoch sind diese Begriffe nach einhelliger Auffassung weit auszulegen, so dass in den Schutzbereich Leistungs- und Arbeitsergebnisse jeglicher Art fallen.¹³² Dazu gehören nicht nur körperliche Gegenstände und Erzeugnisse, sondern auch nichtkörperliche, geistige Leistungen, wie Aufführungen, Sendungen, Abbildungen, (Werbe-)Slogans sowie auch literarische Figuren.¹³³ Nicht geschützt sind hingegen die hinter dem Ergebnis stehende abstrakte Idee sowie Motive, allgemeine Lehren, Methoden und Gedanken.¹³⁴ Diese Lehren müssen im Interesse der Allgemeinheit und der Freiheit des Wettbewerbs allen zugänglich sein und dürfen nicht zugunsten eines Einzelnen monopolisiert werden.¹³⁵

2. Wettbewerbliche Eigenart

Bei der wettbewerblichen Eigenart handelt es sich um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes, das bereits vom Reichsgericht entwickelt wurde.¹³⁶

a) Allgemein

Eine wettbewerbliche Eigenart liegt vor, wenn das Leistungsergebnis in seiner konkreten Ausgestaltung oder durch ein bestimmtes Merkmal geeignet ist, im Verkehr auf seine betriebliche Herkunft oder Besonderheit hinzuweisen, mit der der interessierte Durchschnittskonsument eine besondere Herkunfts- oder Gütevorstellung verbindet.¹³⁷

¹³² *Büscher*, GRUR 2009, 230, 234; BGH GRUR 2017, 79, 83 [44] – *Segmentstruktur*.

¹³³ BGH GRUR 2016, 725, 727 [14] – *Pippi Langstrumpf-Kostüm II*; *Köhler*, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.22; *Ohly*, in Ohly/Sosnitza, § 4 Rnr. 9/27; *Büscher*, GRUR 2009, 230, 234.

¹³⁴ *Heyers*, GRUR 2006, 23, 25; *Götting*, in Fezer UWG, § 4 Rnr. 55; *Köhler*, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.23; *Ohly*, in Ohly/Sosnitza, § 4 Rnr. 9/30; *Sambuc*, in Harte/Henning, § 4 Rnr. 29.

¹³⁵ BGH GRUR 2003, 359, 361 – *Pflegebett*; *Köhler*, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.23, *Ohly*, in Ohly/Sosnitza, § 4 Rnr. 9/30; *Sambuc*, in Harte/Henning, § 4 Rnr. 29.

¹³⁶ Dazu auf Seite 5.

¹³⁷ st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 2002, 86, 98f. – *Laubhefter*; BGH GRUR 275, 276 – *Noppenbahnen*; BGH GRUR 2009, 1073 [10] – *Ausbeinmesser*; BGH GRUR 2010, 1125, 1127 [21] – *Femur-Teil*; BGH GRUR 2010, 80, 82 [23] – *LIKEaBIKE*.

Dies bedeutet, dass nur Leistungen geschützt sind, bei denen der angesprochene Durchschnittsverbraucher auf deren betriebliche Herkunft Wert legt oder mit ihnen eine gewisse Qualitätserwartung verbindet.¹³⁸ Nach herrschender Meinung ist ein ausdrücklicher Herkunftshinweis überflüssig, vielmehr genügt eine Besonderheit in der Gestaltung des Gegenstandes.¹³⁹ Die Leistungen müssen mithin von den Verkehrsteilnehmern anhand einer konkreten Ausgestaltung oder eines bestimmten Merkmals individualisierbar sein.¹⁴⁰ Dabei können in der Regel nur äußerlich wahrnehmbare Gestaltungsmerkmale relevant sein, da sich der Verbraucher nur an solchen nach außen erkennbaren Merkmalen orientieren kann.¹⁴¹ Als relevanter Verkehrskreis für die Beurteilung gelten nur die inländischen Abnehmer. Es kann nur eine Leistung in den Schutzbereich fallen, die im Inland vertrieben wird bzw. kurz vor einer Markteinführung im Inland steht.¹⁴²

b) „Dutzendware“

Nicht geschützt ist entsprechend dem Gesagten „Allerwelts- oder Dutzendware“, deren Herkunft für den Verbraucher unerheblich ist.¹⁴³

Jedoch bedeutet dies nicht, dass Dutzendware grundsätzlich keine wettbewerbliche Eigenart besitzen könne. Wettbewerbliche Eigenart bedeutet nicht, dass es sich um Erzeugnisse von besonderer Eigenart oder überragender Qualität handeln muss.¹⁴⁴ Eine massenweise Herstellung ist dabei kein Zeichen von fehlender wettbewerblicher Eigenart.¹⁴⁵ Auch bzw. gerade Massenware kann, aufgrund der weiten Verbreitung und Bekanntheit, von den Durchschnittsverbrauchern mit einem bestimmten Hersteller in Verbindung gebracht werden. Dies kann am Beispiel einer elektrischen Zahnbürste von Oral-B verdeutlicht werden, die durch ihren runden Zahnbürstenkopf bekannt ist. Nur weil diese massenhaft hergestellt wird, verliert sie nicht ihre wettbewerbliche Eigenart.¹⁴⁶

¹³⁸ BGH GRUR 2007, 339, 342 [27] – *Stufenleiter*; BGH GRUR 2007, 984, 985 [20] – *Gartenliege*.

¹³⁹ *Ohly*, in *Ohly/Sosnitza*, § 4.9 Rnr. 9/37.

¹⁴⁰ BGH GRUR 2007, 339, 342 [26] – *Stufenleiter*; *Köhler*, in *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rnr. 3.24; *Ohly*, in *Ohly/Sosnitza*, § 4 Rnr. 9/32.

¹⁴¹ BGH GRUR 2002, 820, 822 – *Bremszangen*; BGH GRUR 2007, 985, 986 [21] – *Gartenliege*.

¹⁴² *Sambuc*, in *Harte/Henning*, § 4 Nr. 9 Rnr. 77; *Nordemann*, in *Götting/Nordemann*, § 4 Rnr. 9.34.

¹⁴³ BGH GRUR 2007, 339, 342 [26] – *Stufenleiter*; *Köhler*, in *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rnr. 3.24; *Ohly*, in *Ohly/Sosnitza*, § 4 Rnr. 9/32.

¹⁴⁴ BGH GRUR 1968, 591, 593 – *Pulverbehälter*.

¹⁴⁵ *Nordemann*, in *Götting/Nordemann*, § 4 Rnr. 9.33.

¹⁴⁶ *Nordemann*, in *Götting/Nordemann*, § 4 Rnr. 9.33.

Vielmehr kann Dutzendware infolge ihrer massenweisen Herstellung, einer weiten Verbreitung und hohem Bekanntheitsgrades sogar eine stärkere wettbewerbliche Eigenart aufweisen als viele andere Produkte.

c) Bekanntheit

Die Bekanntheit spielt zwar für das Vorliegen von wettbewerblicher Eigenart grundsätzlich keine Rolle.¹⁴⁷ Auch ein Produkt, das im Inland noch nicht bekannt ist, aber kurz vor der Markteinführung steht, kann einen lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz erlangen.¹⁴⁸ Jedoch vertreten Rechtsprechung und Literatur teilweise die Auffassung, dass die wettbewerbliche Eigenart aus ihrer Definition heraus einen gewissen Bekanntheitsgrad voraussetze, da niemand eine Herkunft oder Besonderheit mit einem ihm gänzlich unbekanntem Produkt verbinden könne.¹⁴⁹ Auch könne ein vollkommen unbekanntes Produkt keinen „guten Ruf“ iSd. § 4 Nr. 9 lit. b UWG a.F. (nunmehr § 4 Nr. 3 lit. b UWG) haben. Die Bekanntheit ist daher ein nicht aus dem lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz wegzudenkendes ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal. Jedoch sind an die Bekanntheit nicht allzu große Anforderungen zu stellen, eine volle Verkehrsgeltung iSd § 4 Nr. 2 MarkenG ist zumindest nicht zu fordern.¹⁵⁰ Eine tatsächliche Bekanntheit verstärkt aber den Grad der wettbewerblichen Eigenart.¹⁵¹ Je bekannter ein Produkt ist, desto größer ist dessen wettbewerbliche Eigenart. Dies wirkt sich aufgrund der Wechselwirkung wiederum auf die restlichen Tatbestandsmerkmale aus, deren Anforderungen entsprechend geringer werden.¹⁵² Bekanntere Produkte können mithin durch die Wechselwirkung einen stärkeren lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz erfahren als unbekanntere Produkte.

¹⁴⁷ BGH GRUR 2007, 984, 986 [28] – *Gartenliege*; Köhler, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.24; Nordemann, in Götting/Nordemann, § 4 Rnr. 9.36.

¹⁴⁸ BGH GRUR 1976, 370, 371 – *Ovalpuderdose*.

¹⁴⁹ BGH GRUR 1968, 591, 593 – *Pulverbehälter*; BGH GRUR 2002, 275, 277 – *Noppenbahnen*; BGH GRUR 2002, 820, 822f. – *Bremszangen*; BGH GRUR 2007, 339, 343 [39] – *Stufenleiter*; Köhler, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.41a; *Sambuc*, in Harte/Henning, § 4 Rnr. 78.

¹⁵⁰ siehe vorherige Fußnote.

¹⁵¹ BGH GRUR 2013, 951, 954 [21] – *Regalsystem*; BGH GRUR 2010, 1125, 1127 [24] – *Femur-Teil*; BGH GRUR 2010, 80, 83 [37] – *LIKEaBIKE*; BGH GRUR 2007, 984, 986 [28] – *Gartenliege*.

¹⁵² Zur Wechselwirkung siehe oben auf Seite 23.

d) Technische Gestaltungsmerkmale

Auch technische Gestaltungsmerkmale können grundsätzlich eine wettbewerbliche Eigenart besitzen, soweit es sich nicht um technisch zwingende Merkmale handelt.¹⁵³ Eine genaue Erläuterung erfolgt im nächsten Kapitel, weswegen auf diese Voraussetzungen an diesem Punkt nicht weiter eingegangen wird.¹⁵⁴

e) Zusammenfassung und Kritik

Das Merkmal der wettbewerblichen Eigenart wird bis heute angewandt mit dem Ziel, den Tatbestand des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes einzugrenzen und greifbarer zu machen.¹⁵⁵ Es soll als Grundvoraussetzung die wettbewerbsrechtliche Schutzwürdigkeit des Leistungsergebnisses umschreiben¹⁵⁶ und dient in der Rechtsprechung zugleich als Abgrenzungskriterium von schutzwürdigen und nicht schutzwürdigen Leistungsergebnissen.¹⁵⁷ Schutzwürdig sind danach nicht Leistungsergebnisse generell, sondern nur die, die eine wettbewerbliche Eigenart aufweisen.

Das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der wettbewerblichen Eigenart wird nicht kritiklos von der Literatur angenommen. Einige Stimmen behaupten, dass die wettbewerbliche Eigenart inhaltlich unbestimmt und konturlos sei, insbesondere da sie sich nicht trennscharf von der markenrechtlichen „*Unterscheidungskraft*“ und der designrechtlichen „*Eigenart*“ abgrenzen lasse.¹⁵⁸ Es handele sich insoweit um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der wiederum mit dem unbestimmten Rechtsbegriff der herkunftshinweisenden Wirkung definiert wird.¹⁵⁹ Zusätzlich zur Unbestimmtheit des Begriffs lege die Rechtsprechung den Begriff der wettbewerblichen Eigenart weit aus, so dass beispielhalber einem Modeschmuckanhänger in Form einer Hand mit kurzer

¹⁵³ st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 2002, 86, 90 – *Laubhefter*; BGH GRUR 2002, 275, 277 – *Noppenbahnen*; BGH GRUR 2002, 820, 822f. – *Bremszangen*; BGH GRUR 2007, 339, 343 [27] – *Stufenleiter*.

¹⁵⁴ Hierzu ausführlich unten auf Seite 42 ff.

¹⁵⁵ Begr. RegE UWG zu § 4 Nr. 9 BT-Drucks 15/1487, S. 18.

¹⁵⁶ *Keller*, Festschrift für Erdmann, S. 597.

¹⁵⁷ BGH GRUR 1968, 591, 593 – *Pulverbehälter*; BGH GRUR 2001, 251, 253 – *Messerkennzeichnung*.

¹⁵⁸ § 2 DesignG; § 3 MarkenG; *Schlingloff* in *Schrader/Jähnich*, Fortschritt durch Nachahmung, S. 76. *Ohly*, in *Ohly/Sosnitza*, § 4.9, Rnr. 9/33, *Ohly*, Festschrift für Ullmann, S. 797, *Sambuc*, GRUR 1986, 130, 138.

¹⁵⁹ *Schlingloff* in *Schrader/Jähnich*, Fortschritt durch Nachahmung, S. 76. *Ohly*, in *Ohly/Sosnitza*, § 4.9, Rnr. 9/33, *Ohly*, Festschrift für Ullmann, S. 797, *Sambuc*, GRUR 1986, 130, 138.

Handfläche und im Verhältnis dazu zu langen Fingern wettbewerbliche Eigenart zugesprochen wurde mit der Begründung, dass dieser Anhänger durch „*popartige Verfremdungs- und Überraschungseffekte*“ geprägt sei.¹⁶⁰ In weiteren Entscheidungen stelle der BGH auf „*die besondere Note*“¹⁶¹ oder auf „*Originalität*“¹⁶², sowie auf eine „*eigenartige Form*“¹⁶³ ab.¹⁶⁴ Eine besondere Ausgestaltung der Produkte genüge dem BGH, um eine schutzwürdige Leistung anzunehmen. Die Tragweite des Begriffs der wettbewerblichen Eigenart und insbesondere welche genauen Anforderungen letztlich an die wettbewerbliche Eigenart zu stellen sind, sei nicht klar. Die unterschiedliche Auslegung des Begriffs, insbesondere im Hinblick auf die unterschiedlichen Fallkonstellationen innerhalb des § 4 Nr. 3 UWG, mache die wettbewerbliche Eigenart zu einem undurchsichtigen und uneinheitlichen Rechtsbegriff.¹⁶⁵

Die Argumente der Gegner der wettbewerblichen Eigenart sind nicht von der Hand zu weisen. Es ist in der Tat zweifelhaft, ob es der Rechtsprechung mit Einführung des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal der wettbewerblichen Eigenart gelungen ist, den Tatbestand des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes einzugrenzen und eine rechtssicherere Handhabung zu erreichen¹⁶⁶, oder ob es sich dabei nur um einen „*nahezu bedeutungslosen Anknüpfungspunkt für weitere Schutzüberlegungen*“ ohne Entscheidungsrelevanz handelt.¹⁶⁷ Fraglich ist insoweit insbesondere die Geeignetheit des Tatbestandsmerkmals der wettbewerblichen Eigenart als Ausschlusskriterium, wenn man zusätzlich -wie die herrschende Meinung- auf den Herkunftshinweis verzichtet und eine originelle Gestaltung allein als wettbewerbliche Eigenart ausreichen lässt.¹⁶⁸ Ein weiteres Argument, das gegen das Tatbestandsmerkmal der wettbewerblichen Eigenart spricht, ist die Tatsache, dass es trotz mehrerer Möglichkeiten nie in § 4 Nr. 3 UWG schriftlich verankert wurde.¹⁶⁹ Zuletzt wäre dies durch die Gesetzesänderung vom 02.12.2015 möglich gewesen. Der Gesetzgeber hat jedoch § 4 Nr. 9 UWG a.F. in § 4 Nr. 3 UWG wörtlich unverändert übernommen und erneut das Tatbestandsmerkmal der

¹⁶⁰ BGH GRUR 1979, 119, 119 – *Modeschmuck*.

¹⁶¹ BGH GRUR 1969, 292, 293 – *Buntstreifensatin II*.

¹⁶² BGH GRUR 1983, 757, 758 – *Donkey Kong Junior*.

¹⁶³ BGH GRUR 2006, 79, 81 – *Jeans I*.

¹⁶⁴ weitere Beispiele in *Schröer*, Unmittelbarer Leistungsschutz, S. 226.

¹⁶⁵ *Beater*, Nachahmen im Wettbewerb, S. 96.

¹⁶⁶ So im Ergebnis auch *Schröer*, Unmittelbarer Leistungsschutz, S. 227.

¹⁶⁷ *Müller-Laube*, ZHR 1992, 480, 488; auch *Keller* greift diese Kritik auf, jedoch mit ablehnendem Ergebnis in: Festschrift für Erdmann, S. 597, Fußnote 14.

¹⁶⁸ *Ohly*, in *Ohly/Sosnitza*, § 4.9, Rnr. 9/33.

¹⁶⁹ *Jänich* in *Jänich/Schrader*, Fortschritt durch Nachahmung, S. 16.

wettbewerblichen Eigenart nicht aufgenommen. Darüber hinaus ist ein teleologischer Widerspruch zu erkennen, da ein Anknüpfen an das Schutzobjekt, also an das Leistungsergebnis selbst, nicht zum Wesen und Schutzzweck des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes passt. Dieser knüpft an die sittenwidrige Art und Weise der Nachahmungshandlung an und bietet keinen an der Leistung selbst anknüpfenden Leistungsschutz.¹⁷⁰

Andere Stimmen rechtfertigen das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal mit der Schutzrichtung des § 4 Nr. 3 UWG. Durch diese Vorschrift solle zumindest auch der Verbraucher vor einer Herkunftstäuschung und der Hersteller vor einer Rufausbeutung bzw. -beeinträchtigung geschützt werden. Wo sich der Verkehr aber keine Gedanken über Herkunft oder Besonderheit mache, könne nicht getäuscht, ausgebeutet oder beeinträchtigt werden.¹⁷¹ Darüber hinaus wird die Anknüpfung an den Leistungsgegenstand durch die Vertreter der wettbewerblichen Eigenart teilweise auch durch die sog. *Dichotomie* des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes gerechtfertigt, die besagt, dass der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz neben den besonderen Umständen stets auch ein immaterialgüterrechtliches Moment in sich trage.¹⁷² Dieses immaterialgüterrechtliche Moment betreffe die Leistung als solche und schlage sich in der wettbewerblichen Eigenart des Leistungsergebnisses nieder.¹⁷³

Beide Seiten tragen nachvollziehbare Argumente vor. Welcher Ansicht der Vorrang einzuräumen ist, soll am Ende der Arbeit -unter Bezugnahme auf die nun noch folgenden Feststellungen- erläutert werden.¹⁷⁴

3. Nachahmung

Als weitere Voraussetzung für den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz muss ein Nachahmungstatbestand vorliegen.

¹⁷⁰ Zum Schutzzweck ausführlich auf Seite 20.

¹⁷¹ Jänich in Jänich/Schrader, Fortschritt durch Nachahmung, S. 17.

¹⁷² Nemeček, WRP 2010, 1315, 1318.

¹⁷³ Nemeček, WRP 2010, 1315, 1318.

¹⁷⁴ Hierzu auf Seite 188 f..

a) Grad der Nachahmung

Dabei werden drei Formen der Nachahmung unterschieden:

Die unmittelbare Leistungsübernahme (a.), die identische bzw. nahezu identische Nachbildung (b.) und die nachschaffende Nachahmung, auch Anlehnung genannt (c.).¹⁷⁵

aa) Unmittelbare Leistungsübernahme

Als unmittelbare Leistungsübernahme wurde die stärkste Form der Nachahmung bezeichnet. Dabei wird das Leistungsergebnis unmittelbar, also direkt und unverändert, durch ein technisches Reproduktionsverfahren übernommen.¹⁷⁶ Dies kann zum Beispiel durch Kopieren eines Textes oder einer CD geschehen. In einem jüngeren Urteil entschied der BGH aber, dass die unmittelbare Leistungsübernahme keine Nachahmung iSd § 4 Nr. 9 UWG a.F. darstelle.¹⁷⁷ Der unmittelbare Schutz des Leistungsergebnisses als solches sei – anders als die häufig gleichfalls als unmittelbare Leistungsübernahme bezeichnete identische Nachahmung fremder Leistungen – nicht Gegenstand des wettbewerbsrechtlichen Schutzes nach § 4 Nr. 9 UWG a.F..¹⁷⁸ Die unmittelbare Leistungsübernahme wird daher nicht mehr vom Nachahmungstatbestand erfasst.

bb) Nahezu identische Nachbildung

Eine identische oder nahezu identische Nachbildung liegt vor, wenn die Nachahmung im Vergleich zum Original keine oder nur geringfügige und im Gesamteindruck nur unerhebliche Abweichungen aufweist. Sie wird auch als „*sklavische Nachahmung*“ bezeichnet. Bei dieser Art der Nachahmung wird das Leistungsergebnis durch eine eigene Nachbildungshandlung (fast) identisch übernommen.¹⁷⁹ Im Gegensatz zur unmittelbaren Leistungsübernahme wird -im übertragenen Sinn- der Text nicht mechanisch kopiert, sondern abgeschrieben.

¹⁷⁵ Köhler, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.34b; Fezer, WRP 1993, 63, 70.

¹⁷⁶ BGH GRUR 1999, 923, 927 – *Tele-Info-CD*.

¹⁷⁷ BGH GRUR 2011, 436 – *Hartplatzhelden*.

¹⁷⁸ BGH GRUR 2011, 436, 437 [17] – *Hartplatzhelden*.

¹⁷⁹ st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 1996, 210, 211 – *Vakuumpumpen*; BGH GRUR 2007, 339, 343 [33] – *Stufenleiter*; BGH GRUR 2007, 984, 986 [31] – *Gartenliege*; BGH GRUR 2010, 1125, 1127 [25] – *Femur-Teil*.

cc) Nachschaffende Übernahme

Die nachschaffende Übernahme ist der nahezu identischen Nachbildung im Wesentlichen gleich, da es auch hier um die Nachahmung durch eine eigene Nachbildungshandlung geht. Sie unterscheidet sich nur durch den Grad der Übernahme. Bei der nachschaffenden Nachahmung wird das Leistungsergebnis nicht unmittelbar oder fast identisch übernommen, sondern es dient nur als Vorbild für eine mehr oder weniger angelehnte Nachbildung.¹⁸⁰ Daher wird diese Art der Nachahmung auch „*Anlehnung*“ genannt.

dd) Zusammenfassung

Die Feststellung des einschlägigen Nachahmungsgrades spielt im Hinblick auf die Wechselwirkungslehre eine wichtige Rolle.¹⁸¹ Denn je höher der Nachahmungsgrad ist, desto geringere Anforderungen werden an die weiteren Tatbestandsmerkmale gestellt.¹⁸² Grundsätzlich gilt: Je ähnlicher die Nachahmung dem Original ist, desto eher besteht die Wahrscheinlichkeit, dass sich der Verbraucher über dessen Herkunft täuscht.¹⁸³ Problematisch ist, dass die besonderen Unlauterkeitsmerkmale aufgrund der Wechselwirkungslehre an Bedeutung verlieren, je intensiver nachgeahmt wird.¹⁸⁴ Die Wechselwirkungslehre stellt dabei nicht nur ein faktisches Verhältnis dar zwischen Nachahmung und Herkunftstäuschung in der Form, dass immer dann, wenn eine identische Übernahme einer Leistung erfolgt, dies regelmäßig mit der Gefahr einer Herkunftstäuschung verbunden ist.¹⁸⁵ Nach dem BGH handelt es sich bei dem Grundsatz der Wechselwirkungslehre um einen ungeschriebenen Rechtssatz, der bei den Urteilen regelmäßige Anwendung findet.¹⁸⁶ Dass diese Auffassung weitreichende Konsequenzen hat und daher umstritten ist, wird sich später zeigen.¹⁸⁷

¹⁸⁰ BGH GRUR 1958, 97, 98 – *Gartensessel*; BGH GRUR 2007, 795, 798 – *Handtaschen*.

¹⁸¹ Zur Wechselwirkung siehe auf Seite 23.

¹⁸² *Krüger/Gamm*, WRP 2004, 978, 984.

¹⁸³ *Nirk*, GRUR 1993, 247, 249.

¹⁸⁴ *Sack*, WRP 2005, 531, 537.

¹⁸⁵ *Köhler*, WRP 1999, 1075, 1079.

¹⁸⁶ st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 2015, 909, 910 [9] – *Exzenterzähne*; BGH GRUR 2010, 80 [21] – *LIKEaBIKE*; BGH GRUR 2009, 1073 [10] – *Ausbeinmesser*; BGH GRUR 2007, 984 [14] – *Gartenliege*; BGH GRUR 2007, 339 [24] – *Stufenleitern*.

¹⁸⁷ Ausführlich zu diesem Problem auf Seiten 64 ff..

b) Nachahmungshandlung

Bei der Nachahmung ist entscheidend, dass gerade die Gestaltungsmittel übernommen werden, die die wettbewerbliche Eigenart begründen.¹⁸⁸ Es sind dabei jedoch nicht nur die übernommenen Elemente im Einzelnen zu vergleichen. Vielmehr muss eine Gesamtbetrachtung durch Gegenüberstellung der Produkte erfolgen, denn der Verkehr nimmt ein Produkt grundsätzlich in seiner Gesamtheit wahr.¹⁸⁹ Bei der Gesamtbetrachtung kommt es mehr auf die Übereinstimmungen und weniger auf die Unterschiede an, da sich die übereinstimmenden Merkmale bei den Verbrauchern besser einprägen und als Vergleichsgrundlage dienen als die unterschiedlichen.¹⁹⁰

c) Anbieten

Für die Erfüllung des Tatbestands des § 4 Nr. 3 UWG bedarf es neben der Nachahmungshandlung noch eines Anbietens der Nachahmung auf dem Markt.¹⁹¹ Bei dem Anbieten handelt es sich um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des gesamten Anwendungsbereichs des UWG, auch wenn es in § 4 Nr. 3 UWG ausdrücklich normiert ist.¹⁹² Die Notwendigkeit eines zusätzlichen Anbietens auf dem Markt ergibt sich aus dem handlungsbezogenen Ansatz des Nachahmungstatbestands.¹⁹³ Denn nur durch das Herstellen allein kann es begrifflich noch zu keiner Täuschung oder Rufausbeutung bzw. –beeinträchtigung kommen, sondern erst durch das Inverkehrbringen des nachgeahmten Erzeugnisses.¹⁹⁴ Die eigentliche Tathandlung ist mithin das Anbieten der Nachahmung, während die Nachahmung selbst eine Art notwendige Vorbereitungshandlung ist, die allein noch nicht tatbestandsmäßig ist.¹⁹⁵

¹⁸⁸ BGH GRUR 2007, 795, 798 – *Handtaschen*.

¹⁸⁹ BGH GRUR 2010, 80, 83 [39] – *LIKEaBIKE*; GRUR 2007, 795, 798 – *Handtaschen*.

¹⁹⁰ BGH GRUR 2010, 80, 83 [41] – *LIKEaBIKE*.

¹⁹¹ BGH GRUR 1996, 210, 212 – *Vakuumpumpen*; *Wiebe*, in MünchKomm UWG, § 4 Nr. 9, Rnr. 74.

¹⁹² *Fezer*, Festschrift für Schrickler, S. 671.

¹⁹³ *Keller*, Festschrift für Erdmann, S. 604; *Wiebe*, in MünchKomm UWG, § 4 Nr. 9, Rnr. 75.

¹⁹⁴ *Gewiese*, GRUR 1935, 633, 635.

¹⁹⁵ *Köhler*, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.39, 3.41. *Wiebe*, in MünchKomm UWG, § 4 Nr. 9, Rnr. 74.

4. Besondere Umstände

Nach dem bereits aufgezeigten Schutzzweck des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes, ist eine Nachahmung an sich nicht verboten, sondern grundsätzlich erlaubt.¹⁹⁶ Es bedarf für die Wettbewerbswidrigkeit der Nachahmungshandlung daher besonderer Umstände, die diese unlauter erscheinen lassen.¹⁹⁷ In § 4 Nr. 3 UWG sind drei Fallgruppen genannt: Die vermeidbare Herkunftstäuschung (a.), die Rufausbeutung bzw. Rufbeeinträchtigung (b.) und die unredliche Erlangung erforderlicher Erkenntnisse (c.).

a) Vermeidbare Herkunftstäuschung

Nach § 4 Nr. 3 lit. a ist das Anbieten einer nachgeahmten Leistung unlauter, wenn sie eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft herbeiführt.¹⁹⁸

aa) Herkunftstäuschung

Eine Herkunftstäuschung liegt vor, wenn die angesprochenen Abnehmer den Eindruck gewinnen können, die Nachahmung stamme vom Hersteller des Originals selbst.¹⁹⁹

(1) Angesprochener Verkehrskreis

Bei einer Herkunftstäuschung ist von dem im konkreten Fall angesprochenen Verkehrskreis auszugehen. Das sind die Abnehmer, die sich für dieses Produkt interessieren und daher angemessen informiert und kritisch sind.²⁰⁰ Das kann bei Alltagsgeschäften -wie zum Beispiel beim Kauf vom Kleidung- ein sehr weites Publikum sein.²⁰¹ Ein Produkt kann sich aber auch an einen exklusiven Verkehrskreis richten oder

¹⁹⁶ RGZ 120,94, 98 – *Huthaken*; RGZ 144, 41, 49 – *Hosenträger*; BGH GRUR 1999, 571,572 – *Güllepumpen*; *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, § 11 Rnr. 3, 6, 8; *Köhler*, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.3.

¹⁹⁷ st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 2010, 1125, 1127 [19] – *Femur-Teil*, BGH GRUR 2010, 80, 82 [21] – *LIKEaBIKE*; BGH GRUR 2007, 339, 342 [24] – *Stufenleiter*; BGH GRUR 2002, 86, 89 – *Laubhefter*.

¹⁹⁸ *Köhler*, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.41.

¹⁹⁹ *Köhler*, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.42.

²⁰⁰ BGH GRUR 2000, 506, 508 – *Attaché/Tisserand*; *Köhler*, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.41.

²⁰¹ BGH GRUR 2007, 795, 798 – *Handtaschen*.

ausschließlich an Fachleute.²⁰² Allein entscheidend ist in jedem Fall, ob sich der jeweils angesprochene Verkehrskreis bzw. Fachkreis über die Herkunft täuschen kann. Dies ist bei Fachleuten jedenfalls seltener der Fall, da diese die in Rede stehenden Produkte aufmerksamer und mit mehr Sachverstand auswählen und daher auch über Herkunft und Hersteller besser informiert sind als der gewöhnliche Verbraucher.²⁰³

(2) Bekanntheit

Wie bereits angesprochen, wird bei § 4 Nr. 3 lit. a eine gewisse Bekanntheit des nachgeahmten Produkts gefordert, da es bei völlig unbekanntem Produkten keine Täuschung über die Herkunft geben kann.²⁰⁴

Bekanntheit setzt dabei nur die Kenntnis des Originalprodukts voraus, nicht auch die Kenntnis des Namens des Originalherstellers. Es genügt, dass man das Originalprodukt mit einem bestimmten Hersteller in Verbindung bringt, wie auch immer dieser heißen mag.²⁰⁵

(3) Gefahr der Täuschung

Eine Herkunftstäuschung liegt nicht erst dann vor, wenn sich der angesprochene Verkehr tatsächlich über die Herkunft täuscht, sondern die Rechtsprechung lässt bereits die Gefahr einer Täuschung ausreichen.²⁰⁶ Bei dieser Täuschungsgefahr handelt es sich um ein Tatbestandsmerkmal, das nicht unmittelbar aufgrund einer objektiven Beweiserhebung festgestellt werden kann, sondern nur auf Grundlage einer normativen Abwägung.²⁰⁷ Bei der Abwägung spielen die einzelnen geschriebenen und ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale des § 4 Nr. 3 UWG sowie die aufgeführte Wechselwirkungslehre eine Rolle. Für die Gefahr der Herkunftstäuschung ist

²⁰² BGH GRUR 1996, 210, 212 – *Vakuumpumpen*; BGH GRUR 2010, 1125, 1127 [30] – *Femur-Teil*.

²⁰³ BGH GRUR 1996, 210, 212 – *Vakuumpumpen*; BGH GRUR 2010, 1125, 1128 [32] – *Femur-Teil*. Eine Täuschung wurde in diesem Urteil abgelehnt mit der zusätzlichen Begründung, dass der Beschaffung von Medizinprodukten eine Reihe von Auswahlverfahren und Abstimmungsprozessen vorausgehe, wodurch gezielt auf das gekaufte Produkt geachtet werde.

²⁰⁴ Ausführlich dazu auf Seite 26.

²⁰⁵ BGH GRUR 2007, 339, 343 [40] – *Stufenleiter*; BGH GRUR 2007, 984, 987 [32] – *Gartenliege*.

²⁰⁶ st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 2007, 339, 343 [39] – *Stufenleiter*; BGH GRUR 2007 984, 986 [30] – *Gartenliege*; BGH GRUR 2010, 80, 83 [36] – *LIKEaBIKE*; BGH GRUR 2010, 1125, 1127 [28] – *Femur-Teil*.

²⁰⁷ *Glöckner*, Schutz vor Verwechslungsgefahr, S. 147.

insbesondere der Grad der Nachahmung entscheidend. Denn je ähnlicher sich Original und Nachbau sind, desto eher besteht die Gefahr, dass sich der angesprochene Abnehmer tatsächlich täuscht.²⁰⁸

Eine Gefahr der Herkunftstäuschung ist jedoch regelmäßig ausgeschlossen, wenn Original und Nachahmung nebeneinander vertrieben werden und der angesprochene Käufer dies weiß.²⁰⁹ Denn ist dem angesprochenen Verkehr bekannt, dass ein Nachahmungsprodukt auf dem Markt ist, wird er bei dem Kauf entsprechend hohe Aufmerksamkeit auf Details und die bestimmten Merkmale verwenden und Original und Nachahmung unmittelbar miteinander vergleichen.²¹⁰

bb) Vermeidbarkeit

Grundsätzlich gilt, dass die Gefahr einer Herkunftstäuschung hinzunehmen ist, wenn sie unvermeidbar ist.²¹¹ Vermeidbar ist eine Herkunftstäuschung, wenn sie durch geeignete und zumutbare Maßnahmen verhindert werden kann.²¹²

(1) Geeignetheit von Maßnahmen

Eine Maßnahme zur Vermeidung von Herkunftstäuschungen ist dann geeignet, wenn sie zur Unterscheidung von Nachahmung und Original beiträgt.²¹³ Als geeignete Maßnahmen kommen dabei insbesondere die äußere Form beeinflussende Maßnahmen, wie die Wahl unterschiedlicher Materialien, Farbe, Produktbezeichnungen und Verpackung in Frage, sowie das Hinzufügen von Herkunftshinweisen oder bestimmten Kennzeichen.²¹⁴ Die Gefahr einer Herkunftstäuschung scheidet zumeist aus, wenn die Nachahmer auf dem Produkt selbst bzw. dessen Verpackung darauf hinweisen, dass es sich nicht um das Original handelt, sondern von einem anderen Hersteller stammt. Oft genügt auch eine unterscheidungskräftige Produktbezeichnung von der Nachahmung

²⁰⁸ siehe vorige Fußnote und zur Wechselwirkung siehe Seite 23

²⁰⁹ BGH GRUR 2007, 794, 798 – *Handtaschen*, BGH GRUR 2010, 80, 83 [36] – *LIKEaBIKE*.

²¹⁰ BGH GRUR 2007, 794, 798 – *Handtaschen*, BGH GRUR 2010, 80, 83 [36] – *LIKEaBIKE*.

²¹¹ Köhler, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.45.

²¹² st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 2007, 339, 344 – *Stufenleister*; BGH GRUR 2010, 80, 82 [27] – *LIKEaBIKE*; BGH GRUR 2002, 275, 277 – *Noppenbahnen*; BGH GRUR 2002, 820, 823 – *Bremszangen*.

²¹³ Köhler, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.46.

²¹⁴ BGH GRUR 2002, 820, 823 – *Bremszangen*.

zum Original. Dabei hat der BGH teilweise strengere²¹⁵ und teilweise großzügigere²¹⁶ Anforderungen gestellt, weshalb es nicht möglich ist, eine klare Formulierung der Anforderungen zu finden, durch die eine Täuschungsgefahr mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann. Auch hier kommt es stets auf den Einzelfall an, insbesondere auf die Wirkung der Unterscheidungsmaßnahme und worauf der angesprochene Abnehmer im Einzelfall besonders achtet.²¹⁷

So genügte in der „*LIKEaBIKE*“-Entscheidung die Anbringung des anderslautenden Produktnamens auf der Nachahmung selbst nicht, da der Wortklang der Produktbezeichnungen von Nachahmung und Original zu ähnlich waren.²¹⁸ In seiner „*Noppenbahn*“-Entscheidung verlangte der BGH neben der Kennzeichnung auf der Verpackung auch eine Kennzeichnung der Ware selbst.²¹⁹ Ebenso erachtete der BGH in seiner „*Modulgerüst*“-Entscheidung einen ablösbaren Aufkleber mit der Firma des Nachahmers für nicht ausreichend.²²⁰ Auf der anderen Seite ließ der BGH in seiner „*Klemmbausteine III*“-Entscheidung eine Kennzeichnung der Verpackung ausreichen.

(2) Zumutbarkeit von Maßnahmen

Ob und welche Maßnahmen zur Verhinderung einer Herkunftstäuschung dem Nachahmer zugemutet werden können, ist anhand einer umfassenden Interessenabwägung zu beurteilen. Abzuwägen ist das Schutzinteresse des Herstellers einerseits und das Übernahmeinteresse des Nachahmenden andererseits, sowie auch das Interesse der Abnehmer an einem Preis- und Leistungswettbewerb zwischen mehreren Anbietern.²²¹ Bei der Zumutbarkeit von verschiedenen Maßnahmen und Gestaltungsmöglichkeiten ist zunächst zu unterscheiden, ob es sich um Gestaltungsmerkmale handelt, die außerhalb des Produkts liegen wie Verpackung oder Kennzeichnung, sowie teilweise auch die Farbgebung, oder ob es sich um die Gestaltung

²¹⁵ BGH GRUR 2002, 275, 277 – *Noppenbahn*; BGH GRUR 2000, 521, 524f. – *Modulgerüst*; BGH GRUR 2010, 80, 84 [43] – *LIKEaBIKE*.

²¹⁶ BGH GRUR 2005, 349, 352 – *Klemmbausteine III*.

²¹⁷ BGH GRUR 1968, 591, 593 – *Pulverbehälter*; BGH GRUR 1999, 751, 753 – *Güllepippen*; BGH GRUR 2000, 521, 524 – *Modulgerüst*; BGH GRUR 2002, 275, 277 – *Noppenbahnen*; BGH GRUR 2002, 820, 823 – *Bremszangen*.

²¹⁸ BGH GRUR 2010, 80, 84 [43] – *LIKEaBIKE*.

²¹⁹ BGH GRUR 2002, 275, 277 – *Noppenbahn*.

²²⁰ BGH GRUR 2000, 521, 524f. – *Modulgerüst*.

²²¹ BGH GRUR 2013, 951, 955 [36] – *Regalsystem*; BGH GRUR 2000, 521, 525 – *Modulgerüst*; *Erdmann*, Festschrift für Vieregge, S. 208; *Köhler*, in *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rnr. 3.47.

des Produkts selbst handelt.²²² Denn während die außerhalb des Produkts liegenden Gestaltungsmöglichkeiten und Abweichungen in den meisten Fällen als zumutbar angesehen werden, kann dies innerhalb des Produkts problematisch werden, insbesondere wenn es darum geht, eine bestimmte Funktionalität zu bewahren. Eine Veränderung im Produkt selbst kann sich unter Umständen auf die Verwendbarkeit auswirken und wäre dann unzumutbar, da es dem Nachahmer nicht zugemutet werden kann, einen Leistungsverlust in Kauf zu nehmen, um eine Verwechslungsgefahr zu vermeiden.

Die dargestellte Unterscheidung findet sich insbesondere bei der Differenzierung von ästhetischen und technischen Gestaltungsmerkmalen wieder. Überwiegende Stimmen in Rechtsprechung und Literatur nehmen eine Differenzierung der beiden Gestaltungsmerkmale vor.²²³ Dabei gehen sie davon aus, dass im ästhetischen Bereich ein Ausweichen des Nachahmers auf andere Gestaltungsmöglichkeiten regelmäßig zumutbar sei²²⁴, während dies bei technischen Gestaltungsmöglichkeiten gerade im Hinblick auf den freien Stand der Technik und die Funktionalität einer bestimmten Gestaltungsvariante weitaus problematischer sei.²²⁵ Der freie Stand der Technik besagt, dass es jedermann freistehen muss, auf bisher gefundene und erprobte technische Lösungen zuzugreifen und diese benutzen zu dürfen. Aufgrund des freien Stands der Technik seien für den Nachahmer daher nicht nur Abweichungen unter Inkaufnahme eines Leistungs- bzw. Qualitätsverlusts unzumutbar. Vielmehr sei es bereits unzumutbar, nach möglichen technischen Alternativen forschen zu müssen, wenn bereits eine angemessene Lösung besteht.²²⁶ Denn auch dies gehört zum freien Stand der Technik, dass bereits existierende angemessene Lösungen ohne weiteres übernommen werden dürfen. In diesem Bereich der Zumutbarkeit und dem freien Stand der Technik wird auch ein Schwerpunkt im nächsten Kapitel liegen, weshalb hier nicht vertieft darauf eingegangen wird.

²²² Köhler, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.47ff.

²²³ Hierzu auf Seite 103.

²²⁴ BGH GRUR 1970, 244, 246 – *Spritzgussengel*; Köhler, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.48; Krüger/Gamm, WRP 2004, 978, 984.

²²⁵ BGH GRUR 1968, 591, 592 – *Pulverbehälter*; BGH GRUR 2002, 86, 90 – *Laubhefter*; BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahnen*; BGH GRUR 2010, 80, 82 [27] – *LIKEaBIKE*.

²²⁶ BGH GRUR 2015, 909 in den Leitsätzen – *Exzenterzähne*; BGH GRUR 1968, 591, 592 – *Pulverbehälter*; BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahnen*.

(3) Zusammenfassung

Wie sich aus dem Gesagten ergibt, ist insbesondere die Einwirkung auf äußere Gestaltungsmerkmale ein geeignetes und zumutbares Mittel, um eine Herkunftstäuschung zu vermeiden. Die Kennzeichnung der Nachahmungen ist dabei grundsätzlich geeignet, eine Täuschung der Verbraucher über die Herkunft zu verhindern und auch zumutbar, da es nicht in die Funktionalität eines Produkts eingreift und ein milderer Mittel darstellt, als die Nachahmung zu verbieten. Durch eine ausreichende Kennzeichnung der Nachahmungen könnten Nachahmungsverbote vermieden werden.²²⁷

b) Unangemessene Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung des nachgeahmten Produkts

Nach dem Wortlaut des § 4 Nr. 3 UWG lit. b ist das Angebot einer Nachahmung unlauter, wenn der Nachahmer die „Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausnutzt oder beeinträchtigt“, die sog. Rufausbeutung und Rufbeeinträchtigung.²²⁸

aa) Unangemessen

Die Ausnutzung bzw. Beeinträchtigung muss unangemessen sein, was bedeutet, dass sie in unlauterer Weise erfolgen muss. Die Unangemessenheit ist anhand einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls festzustellen; insbesondere sind die Höhe der wettbewerblichen Eigenart, die Intensität der Nachahmung, die Höhe der Herstellungskosten des Originals und im Gegensatz dazu die Kostenersparnis beim Nachahmer zu berücksichtigen.²²⁹

bb) Wertschätzung

Unter Wertschätzung ist generell der „gute Ruf“ gemeint. Dies bedeutet, dass das Original mit positiven Vorstellungen besetzt ist²³⁰ und der Verkehr mit dem Produkt eine

²²⁷ BGH GRUR 2015, 909 in den Leitsätzen – *Exzenterzähne*.

²²⁸ Köhler, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.51.

²²⁹ BGH GRUR 2010, 1125, 1128 [42] - *Femur-Teil*; Köhler, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.51.

²³⁰ Köhler, in Köhler/Bornkamm § 4 Rnr. 3.52.

gewisse Qualität, Exklusivität oder Gütevorstellung verbindet. Auch für die Wertschätzung wird – wie bei der Herkunftstäuschung²³¹ - ein gewisser Grad an Bekanntheit gefordert. Das ergibt sich notwendigerweise daraus, dass ein vollkommen unbekanntes Produkt keine Wertschätzung erfahren kann. Jedoch sind auch hier nicht allzu hohe Anforderungen an den Bekanntheitsgrad zu stellen, so dass ein durchschnittlicher Bekanntheitsgrad grundsätzlich ausreicht.²³²

cc) Rufausbeutung

Die Rufausbeutung ist die erste Tatbestandsalternative und liegt vor, wenn die angesprochenen Abnehmer die Wertschätzung des Originals, also beispielsweise dessen Qualität und Güte, auf die Nachahmung übertragen.²³³

Dabei sind zwei Fälle der Rufausbeutung zu unterscheiden. Grundsätzlich wird eine Rufausbeutung meist in einer Herkunftstäuschung mitverwirklicht. Dies ist immer dann der Fall, wenn der angesprochene Verkehrskreis eine positive Erwartung gegenüber dem Original hat und die Nachahmung in dieser Erwartung kauft, weil sie mit dem Original verwechselt wird.²³⁴ In diesem Fall kommt die positive Erwartung an das Original der Nachahmung zugute. Es ist jedoch auch der Fall denkbar, dass eine Rufausbeutung vorliegt, ohne dass es zu einer Herkunftstäuschung beim Abnehmer gekommen ist.²³⁵ Es genügt, wenn es auf sonstige Weise zu einer Übertragung der Güte- und Qualitätsvorstellungen kommt. Dazu bedarf es laut BGH nicht zwingend einer Täuschung der Käufer, vielmehr sei eine Täuschung des Publikums, das die Nachahmung bei den Käufern sieht und zu irrigen Vorstellungen über die Echtheit verleitet wird, ausreichend.²³⁶ Dies sei insbesondere bei Luxusartikeln der Fall. Denn günstige Nachahmungen, die bei einem Dritten den irrigen Anschein erwecken, sie seien das teure Originalprodukt, lockten zum Kauf an.²³⁷

²³¹ vergleiche dazu auf Seiten 26, 34.

²³² *Rohnke*, GRUR 1991, 284, 287.

²³³ BGH GRUR 2010, 1125, 1128 [42] – *Femur-Teil*.

²³⁴ BGH GRUR 2010, 1125, 1128 [41] – *Femur-Teil*; BGH GRUR 1996, 210, 212 – *Vakuumpumpen*.

²³⁵ BGH GRUR 2010, 1125, 1128 [42] – *Femur-Teil*; BGH GRUR 1985, 876, 878 – *Tchibo/Rolox I*.

²³⁶ BGH GRUR 1985, 876, 878 – *Tchibo/Rolox I*. Zur Kritik dieser Entscheidung Seite 109.

²³⁷ BGH GRUR 1985, 876, 878 – *Tchibo/Rolox I*. Zur Kritik dieser Entscheidung Seite 109.

dd) Rufbeeinträchtigung

Eine Rufbeeinträchtigung liegt hingegen vor, wenn der gute Ruf des Originals durch den Vertrieb der Nachahmung Schaden nimmt. Dies kann insbesondere dann geschehen, wenn die besondere Wertschätzung auf einer Qualitätsvorstellung beruht, die Nachahmung qualitativ minderwertig ist, sodass der gute Ruf, der auf der Qualität des Originals liegt, zerstört wird.²³⁸

c) Unredliche Erlangung von Kenntnissen und Unterlagen

Schließlich ist in § 4 Nr. 3 lit. c UWG die unredliche Erlangung der für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse und Unterlagen erfasst.²³⁹ Unredlichkeit liegt dann vor, wenn die Kenntnis oder die Unterlagen durch Täuschung erschlichen wurden oder die Informationen zwar zunächst redlich erlangt, aber dann unter Vertrauensbruch ausgenutzt wurden.²⁴⁰

5. Schutzdauer

Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz unterliegt anders als beim Sonderrechtsschutz keiner festen zeitlichen Begrenzung.²⁴¹ Das ergibt sich bereits aus dem handlungsbezogenen Anknüpfungspunkt des Nachahmungsschutzes.²⁴² Im Gegensatz zu den Sonderschutzrechten knüpft der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz nicht an eine absolute Ausschließlichkeitsposition an, sondern an die konkreten Umstände der Nachahmungshandlung.²⁴³ Eine feste zeitliche Begrenzung gibt es daher grundsätzlich nicht, sondern der lauterkeitsrechtliche Schutz ist solange zu gewähren, wie seine Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind.²⁴⁴ Solange die

²³⁸ BGH GRUR 2000, 521, 526 – *Modulgerüst*; BGH GRUR 2010, 1125, 1129 [47] – *Femur-Teil*.

²³⁹ *Köhler*, in *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rnr. 3.60.

²⁴⁰ BGH GRUR 2003, 356, 357 – *Präzisionsmessgeräte*.

Da sich insoweit bei dieser Tatbestandsvariante keine Besonderheiten im Bereich der technischen Gegenstände ergeben, wird nicht näher darauf eingegangen. Die Variante war aber vollständigshalber zu erwähnen.

²⁴¹ BGH GRUR 2017, 79, 88 [91] – *Segmentstruktur*.

²⁴² *Wiebe*, in *MünchKomm UWG*, § 4 Nr. 9, Rnr. 231; *Köhler*, in *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rnr. 3.70.

²⁴³ *Dorndorf*, *Herkunftstäuschung*, Rnr. 245.

²⁴⁴ *Fock*, *Unmittelbarer Leistungsschutz*, Rnr. 653, *Wiebe*, in *MünchKomm UWG*, § 4 Nr. 9 Rnr. 234.

wettbewerbliche Eigenart des nachgeahmten Leistungsergebnisses gegeben ist und die besonderen unlauterkeitsbegründenden Umstände fortbestehen, dauert der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz an.²⁴⁵ Fällt ein Tatbestandsmerkmal des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes weg, endet automatisch sein Schutz. Nach einer Auffassung in der Literatur soll dabei insbesondere auf die wettbewerbliche Eigenart abgestellt und stets gefragt werden, ob das Erzeugnis (noch) eine solche Eigenart besitzt.²⁴⁶ Die anderen Auffassungen hingegen stellen auf alle Tatbestandsmerkmale des Nachahmungsschutzes ab.²⁴⁷ Nicht entscheidend ist dabei grundsätzlich der Amortisationsgedanke, da dieser eine Gerechtigkeitsabwägung betrifft, die im Wettbewerbsrecht nicht stattfindet. Eine zeitliche Begrenzung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes – wie sie längere Zeit von der Rechtsprechung vertreten wurde²⁴⁸ – ist nicht notwendig, da sein Schutz mit Wegfallen eines Tatbestandsmerkmals automatisch endet. Solange jedoch alle Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen, soll und muss der Schutz nach dem UWG fortbestehen. In seiner neusten Entscheidung kehrte sich der BGH ausdrücklich von einer zeitlichen Begrenzung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes ab mit der Begründung, es bestehe „kein Anlass zur Übertragung zeitlicher Grenzen aus dem Bereich der Schutzrechte auf den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz“.²⁴⁹ Die von der Rechtsprechung im Einzelfall vorgenommene zeitliche Begrenzung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes, hat der BGH deshalb ausdrücklich aufgegeben.²⁵⁰

6. Zusammenfassung

Die Tatbestandsmerkmale des § 4 Nr. 3 UWG wurden durch Richterrecht entwickelt und 2004 in § 4 Nr. 9 UWG a.F. normiert. Danach ist eine Nachahmungshandlung wettbewerbswidrig, wenn das nachgeahmte Leistungsergebnis über wettbewerbliche

²⁴⁵ BGH GRUR 2017 79, 88 [92, 94] – *Segmentstruktur*.

²⁴⁶ *Nirk*, GRUR 1993, 247, 253.

²⁴⁷ BGH GRUR 1998, 477, 478 – *Trachtenjanker*; OLG Düsseldorf GRUR 1983, 748, 750; *Kur* GRUR 1990, 1, 12 f; *Erdmann*, FS Vieregge, 1995, 197, 212; *Keller*, FS Erdmann, 2002, 595, 611; *Köhler*, in *Köhler/Bornkamm* § 4 Rnr. 3.70.

²⁴⁸ BGH GRUR 2005, 349 – *Klemmbausteine III*; BGH GRUR 1973, 478 – *Modeneuheit*.

²⁴⁹ BGH GRUR 2017 79, 89 [94] – *Segmentstruktur*.

²⁵⁰ BGH GRUR 2017 79, 89 [96] – *Segmentstruktur*.

Eigenart verfügt und besondere Umstände hinzutreten, die die Nachahmung unlauter erscheinen lassen.²⁵¹ In der Praxis weichen der Anwendungsbereich und die Auslegung der Tatbestandsmerkmale teilweise von dem Gesetzeswortlaut ab. Insbesondere bei technischen Gestaltungsmerkmalen hat sich eine höchstrichterliche Rechtsprechung entwickelt, die den Tatbestand des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes weiterentwickelt hat und – im Hinblick auf den freizuhaltenden Stand der Technik – besondere Voraussetzungen zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen hinzugefügt hat. Diese sollen im Folgenden herausgearbeitet und dargestellt werden.

III. Technische Gestaltungsmerkmale

Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz bei technischen Gestaltungsmerkmalen wurde im Rahmen zahlreicher Urteile entwickelt, in denen auch eine klare Differenzierung zwischen technischen und ästhetischen Gestaltungsmerkmalen erfolgte.²⁵² Die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu den technischen Merkmalen können heute als gefestigt angesehen werden.²⁵³

1. Definition

Bevor detailliert auf die Rechtsprechung zu den technischen Gestaltungsmerkmalen eingegangen wird, soll zunächst der Begriff näher erläutert werden. Die Rechtsprechung knüpft an den Begriff des technischen Gestaltungsmerkmals an, ohne ihn zu definieren. Eine Definition des technischen Gestaltungsmerkmals soll anhand der Urteile herausgearbeitet werden. Insbesondere die Frage einer Differenzierung zwischen technischem Gegenstand und technischem Gestaltungsmerkmal und worin diese liegt, soll im Folgenden geklärt werden.

²⁵¹ st. Rspr; vgl. BGH GRUR 2016, 730, 733 [31] – *Herrnhuter Stern*; BGH GRUR 2016, 725, 726 [12] – *Pippi Langstrumpf-Kostüm II*; BGH GRUR 2012, 58, 63 – *Seilzirkus*; BGH GRUR 2010, 80, 82 [21] – *LIKEaBIKE*; BGH GRUR 2009, 1073 [10] – *Ausbeinmesser*; BGH GRUR 2007, 339, 342 [24] – *Stufenleiter*; BGH GRUR 2002, 86, 89 – *Laubhefter*, BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahnen*; BGH GRUR 2002, 820, 821 – *Bremszangen*.

²⁵² BGH GRUR 1968, 591 – *Pulverbehälter*; BGH GRUR 1996, 210 – *Vakuumpumpen*; BGH GRUR 1999, 1106 – *Rollstuhlnachbau*; BGH GRUR 2000, 521 – *Modulgerüst*; BGH GRUR 2002, 275 – *Noppenbahnen*; BGH GRUR 2002, 86 – *Laubhefter*; BGH GRUR 2007, 339 – *Stufenleiter*; BGH GRUR 2010, 80 – *LIKEaBIKE*; BGH GRUR 2010, 1125 – *Femur-Teil*.

²⁵³ *Jordan/Dietl*, Festschrift für Meibom, S. 173

a) Allgemeiner Sprachgebrauch

Das Wort „Technik“ stammt von dem altgriechischen Wort „téchnē“ und bedeutet wörtlich übersetzt „Handwerk“, „Kunstfertigkeit“ bzw. „Wissenschaft“.²⁵⁴

Was heutzutage unter dem Begriff Technik zu verstehen ist, ist nicht vollständig geklärt. So gibt jedes Lexikon oder Fachbuch andere Definitionen. Dabei gibt es verschiedene Auffassungen von Technik:

Zum einen gibt es die Technik als *Objekt*, also in Form eines materiellen Gegenstandes mit einer bestimmten technischen Wirkung oder Funktion. Diese Definition entspricht wohl dem allgemeinen Sprachgebrauch des „*technischen Gegenstands*“ und damit das, was den meisten Menschen als erstes in den Sinn kommt, wenn sie an „Technik“ denken.

Darüber hinaus gibt es Technik auch als ein *Verfahren*. Das sind insbesondere bestimmte Methoden, wie zum Beispiel *Operationstechniken*.

Schließlich gibt es aber auch Technik als *Fertigkeit* bzw. *Geschick*. Darunter sind beispielsweise *Maltechniken*, *Klaviertechniken*, *Schreibtechniken* und Ähnliches zu verstehen.

Diese verschiedenen Auffassungen von Technik ergeben sich daraus, dass Technik in vier Elemente unterschieden wird und jede der Auffassungen eines der Elemente in den Vordergrund rückt.²⁵⁵ Das erste Element ist das Material oder die Substanz, aus dem die Technik besteht. Das zweite Element ist die Gestalt oder die Form, die ihr gegeben wird. Das dritte Element ist der Zweck oder Nutzen, für den sie bestimmt ist und das vierte Element ist die zu bewirkende Handlung, die der Mensch vollbringt.²⁵⁶ All diese unterschiedlichen Bedeutungen werden mit „Technik“ in Verbindung gebracht. Dennoch ist der am weitesten verbreitete Technikbegriff eine Mischung aus der ersten und der dritten Ebene. Danach umfasst der Begriff Technik zum einen die Gesamtheit der nutzorientierten, künstlichen und gegenständlichen Gebilde²⁵⁷ und zum anderen aber auch die Gesamtheit von Maßnahmen, Einrichtungen und Verfahren, die dazu dienen, die Erkenntnisse der Naturwissenschaften für den Menschen praktisch nutzbar zu machen.²⁵⁸

²⁵⁴ Duden, Stichwort „Technik“ S. 1736.

²⁵⁵ Rammert, Technik, S. 293.

²⁵⁶ Rammert, Technik, S. 293.

²⁵⁷ Zweck, Technikfolgenabschätzung, S. 9.

²⁵⁸ Duden, Stichwort „Technik“ S. 1736.

Eine anschauliche Definition gibt Klaus Tuchel wieder, der Technik als „*Begriff für alle Gegenstände und Verfahren, die zur Erfüllung individueller und gesellschaftlicher Bedürfnisse auf Grund schöpferischer Konstruktionen geschaffen werden, durch definierbare Funktionen bestimmten Zwecken dienen und insgesamt eine weltgestaltende Wirkung ausüben*“ definiert.²⁵⁹

Der Begriff der Technik ist durch Körperlichkeit, aber insbesondere auch durch ihre Zweckgerichtetheit geprägt. Technik ist eine bestimmte Methode zum Erreichen von Zielen.²⁶⁰ Wie genau diese Methoden ausgestaltet sein müssen, ist wiederum umstritten. Während eine Ansicht jegliche Methoden ausreichen lässt, solange sie nur zielführend sind, verlangen andere Ansichten die Nutzung der Naturwissenschaften.²⁶¹ Im Gegensatz dazu gibt es aber auch weitere Definitionen, die nicht nur auf die Naturwissenschaften verzichten, sondern auch auf die Verwendung bestimmter Methoden. Sie stellen allein auf die dritte Ebene ab und sehen Technik schlicht als Mittel zu Zwecken.²⁶² Dieser Definition hat sich auch früh die juristische Lehre angeschlossen, die hervorhebt, dass die Eigenart von technischen Schöpfungen durch die Erfüllung eines bestimmten Zwecks mit Mitteln der Technik bestimmt ist.²⁶³

Die Gemeinsamkeit aller Definitionen liegt mithin in der Zielgerichtetheit und der Zweckerreichung. Welche Qualität der angestrebte Zweck aufweisen muss, ist nicht vorgeschrieben. Es genügt jegliche Art von Zweck. Er muss nicht besonders hochgreifend sein oder von hervorragender Genialität zeugen, sondern es genügt, dass ein bestimmter, wenn auch noch so simpler Zweck verfolgt wird.

Von dieser wissenschaftlichen bzw. enzyklopädischen Definition unterscheidet sich der alltägliche Sprachgebrauch der Durchschnittsverbraucher wesentlich. Mit der Frage zu Technik konfrontiert, würde wohl überwiegend der körperliche, gegenständliche Technikbegriff aufgegriffen werden. Die Antwort aller Verbraucher würde vermutlich weitgehend einstimmig lauten, dass Technik irgendetwas Elektrisches oder Mechanisches ist bzw. ein Gegenstand auf einer besonders hohen Entwicklungsstufe. Technik wird im alltäglichen Sprachgebrauch daher in erster Linie mit der ersten Ebene, der Technik in dem verkörperten Gegenstand, verbunden. Darüber hinaus werden bei

²⁵⁹ Tuchel, Herausforderung der Technik, S. 24.

²⁶⁰ Schrader, Technizität, S. 47f..

²⁶¹ Duden, Stichwort „Technik“ S. 1736; Der große Brockhaus, 18. Band, Stichwort „Technik“ S. 509.

²⁶² Weizsäcker, Garten des Menschlichen, S. 91, 104.

²⁶³ Osterrieth, GRUR 1925, 131, 133.

diesen verkörperten Gegenständen komplexe und hochentwickelte Inhalte vorausgesetzt. Technik ist für die meisten Menschen ein Inbegriff von Komplexität, Genialität und Weiterentwicklung. So sind im alltäglichen Verständnis Dinge wie der Computer, das Mobiltelefon und auch elektrische Haushaltsgeräte technische Gegenstände. Technik ist für jeden das, was man in einem Technik-Fachhandel kaufen kann. Allein dass sich der Begriff des Technik-Fachhandels bzw. Technik-Marktes herausgebildet hat, spricht für das allgemeine Sprachverständnis der Verbraucher bezüglich Technik als komplexer und hochentwickelter Gegenstand. Werkzeuge hingegen, wie Hammer und Säge, fallen aus der Alltagsdefinition heraus und stellen nach überwiegender Auffassung keine „technischen Gegenstände“ dar. Im allgemeinen Sprachgebrauch herrscht mithin ein enger Technik-Begriff.

b) Rechtsprechung

In der Rechtsprechung wird der Begriff des „technischen Gegenstandes“ eher weiter verstanden. Es gibt jedoch keine eigentliche Definition für das technische Gestaltungsmerkmal bzw. den technischen Gegenstand, sondern diese Begriffe werden in den Urteilen ohne weitere Begriffsbestimmung zugrunde gelegt. Problematisch ist insoweit, dass bereits im Patentrecht -das für die Patentierbarkeit eine technische Erfindung voraussetzt- der Begriff der Technik umstritten ist und bis heute kaum eine handhabbare Definition entstanden ist.²⁶⁴ Besonders problematisch ist dabei die nahezu synonyme Verwendung der Begriffe des technischen Gegenstandes neben dem der technischen Gestaltungsmerkmale durch die Rechtsprechung. Es erscheint fraglich, ob ein technisches Gestaltungsmerkmal eines Gegenstandes zwangsläufig einen technischen Gegenstand ausmacht.

aa) technisches Gestaltungsmerkmal

Bei dem Begriff des technischen Gestaltungsmerkmals handelt es sich um einen Rechtsbegriff, der gesetzlich nicht festgeschrieben ist, sondern von der Rechtsprechung entwickelt wurde. Eine allgemeine Definition gibt es im Wettbewerbsrecht nicht, und es kann nur anhand der Rechtsprechung wiedergegeben werden, was unter diesen Begriff

²⁶⁴ *Schrader*, Technizität, S. 28ff, 47ff..

gefasst wird. Durch die Untersuchung der jahrzehntelangen Rechtsprechung lässt sich feststellen, dass der Begriff des technischen Gestaltungsmerkmals in der Rechtsprechung weiter gefasst ist, als er in unserem allgemeinen Sprachgebrauch verwendet wird. Was jedoch genau ein technisches Merkmal ausmacht und was es von einem ästhetischen Merkmal abgrenzt, ist im Folgenden anhand einzelner Beispiele der Rechtsprechung zu analysieren.

(1) Pulverbehälter

In der „*Pulverbehälter*“-Entscheidung²⁶⁵ aus dem Jahre 1968 befasste sich der BGH mit einem Vorratsbehälter für Schweißpulver (Metallpulver), der verschiedene Gestaltungsmerkmale aufwies. Er besaß zum einen keinen separaten Deckel sondern bestand aus einem Stück. Darüber hinaus konnte er mit einem Bajonettverschluss auf das Schweißgerät aufgesetzt werden und wies am oberen Teil zwei scharfe Harmonikafalten auf. Jedes dieser Einzelmerkmale stellte für den BGH ein technisches Gestaltungsmerkmal dar, da sie alle einen bestimmten technischen Zweck erfüllten. So diente die deckellose Form dazu, dass das Nachrinnen des Metallpulvers gewährleistet wurde, und die Harmonikafalten erhöhten die Nachgiebigkeit. Der Bajonettverschluss diente einer festen und zugleich unkomplizierten Verbindung mit dem Schweißgerät.²⁶⁶ Der BGH stellte fest, dass all diese Merkmale besonders zweckmäßig seien und eine andere Gestaltung technisch und wirtschaftlich nicht gleichwertig sei.²⁶⁷ In dieser Entscheidung gebrauchte der BGH in den amtlichen Leitsätzen den Begriff des „technischen Merkmals eines Erzeugnisses“ und verwendete diesen Begriff der technischen Gestaltungsmerkmale durch das gesamte Urteil hindurch. Der Pulverbehälter wurde in dem Urteil an keiner Stelle als technischer Gegenstand bezeichnet.

(2) Rollhocker

In seiner „*Rollhocker*“-Entscheidung²⁶⁸ aus dem Jahr 1981 befasste sich der BGH mit einem Hocker, der als Trittstufe diente und an dessen Unterseite Rollen angebracht waren, um ihn leichter von einem Ort zu dem anderen zu bewegen. Das Besondere an

²⁶⁵ BGH GRUR 1968, 591 ff. – *Pulverbehälter*.

²⁶⁶ BGH GRUR 1968, 591, 594 – *Pulverbehälter*.

²⁶⁷ BGH GRUR 1968, 591, 594 – *Pulverbehälter*.

²⁶⁸ BGH GRUR 1981, 517 ff. – *Rollhocker*.

den Rollen war, dass sie sich herauf- und herunterklappen ließen, so dass beim Besteigen des Hockers keine Wegrollgefahr gegeben war. Diese besondere Rollvorrichtung im Inneren des kreisrunden Hockers diente also der leichten und schnellen Transportierbarkeit des Hockers innerhalb von Räumen bei gleichzeitiger Standsicherheit.²⁶⁹

In dieser Entscheidung verwendete der BGH in den amtlichen Leitsätzen den Begriff der „technisch-funktionalen Elemente“, während in den Entscheidungsgründen vereinzelt parallel der Begriff des technischen Erzeugnisses gebraucht wurde und der Rollhocker als ein solches bezeichnet wurde. Im Vordergrund stand jedoch das technische Gestaltungselement, das der BGH insbesondere in der Rollfunktion des Hockers sah. Die Rollvorrichtung im Inneren des Hockers stellte für den BGH eine angemessene Lösung für eine technische Aufgabe dar. Die Nachahmung war insoweit frei. Eine Besonderheit an dieser Entscheidung war, dass der BGH sämtliche nicht-technischen Gestaltungsmerkmale aufgriff, wie die kleeblattförmige Trittfläche mit den besonders angeordneten Fußmatten, und feststellte, dass eine Abweichung in diesen rein ästhetischen Merkmalen zumutbar sei, da diese sich nicht auf die technische Funktion auswirkten. Es erfolgte eine klare Differenzierung zwischen technischen und ästhetischen Gestaltungsmerkmalen.

(3) Noppenbahnen

Bei der „*Noppenbahnen*“-Entscheidung²⁷⁰ ging es um Schutzbahnen für den Grundmauerschutz von Gebäuden, die sich dadurch auszeichneten, dass auf den Bahnen in diagonalen, senkrecht zueinander ausgebildeten Reihen, Noppen ausgeformt waren. Der BGH stellte in seinem Urteil fest, dass durch diese besondere Ausformung und Anordnung der Noppen eine besonders hohe Festigkeit gegenüber dem Erddruck erreicht werden könne und zugleich eine einfache Handhabung auf der Baustelle gewährleistet sei.²⁷¹ Die besondere Ausformung der Noppen und deren Anordnung sind Merkmale, die einen bestimmten technischen Zweck erfüllen, folglich technische Merkmale. Durch diese Merkmale wurde der Verwendungszweck, nämlich die Stabilisierung der Gebäude

²⁶⁹ BGH GRUR 1981, 517, 519f. – *Rollhocker*.

²⁷⁰ BGH GRUR 2002, 275 ff. – *Noppenbahnen*.

²⁷¹ BGH GRUR 2002, 275, 277 – *Noppenbahnen*.

gegen den Erddruck, optimal erreicht und sie stellten damit eine angemessene Lösung einer technischen Aufgabe dar.²⁷²

In den Entscheidungsgründen wurden die Begriffe von technischen Gegenständen und technischen Merkmalen synonym nebeneinander verwendet. So bezeichnet der BGH die Noppenbahnen selbst als technische Erzeugnisse. Parallel dazu spricht der BGH aber bei der Ausformung und Anordnung der Noppen auch von technischen Merkmalen. Der BGH setzt die Begriffe gleich, indem er erst von der Beschränkung des Nachahmungsschutzes bei technischen Gegenständen spricht und im nächsten Satz ausführt, dass dies eben für solche Erzeugnisse gelte, deren wettbewerbliche Eigenart in den technischen Merkmalen liege.²⁷³ Der BGH bringt mit dieser Entscheidung zum Ausdruck, dass ein Erzeugnis, das aus einzelnen technischen Merkmalen besteht, ein technisches Erzeugnis ist.

(4) Gartenliege

In der „*Gartenliege*“-Entscheidung²⁷⁴ beschäftigte sich der BGH mit besonderen technischen Gestaltungselementen einer Gartenliege, die die Einstellung einer sog. Relaxposition ermöglichen. Diese Einstellung der Rückenlehne wurde durch die Verwendung eines besonders ausgeformten Metallbügels an der Rückseite der Rückenlehne der Gartenliege ermöglicht. Die Einstellung der Relaxposition war der technische Erfolg, der durch die einzelnen Elemente der Liege erreicht werden sollte.²⁷⁵

In dieser Entscheidung war die Wortwahl klar. Der BGH sah in dem Metallbügel ein technisches Gestaltungselement, die Gartenliege selbst bezeichnete er aber zu keinem Zeitpunkt als technischen Gegenstand.

(5) Ausbeinmesser

In seiner „*Ausbeinmesser*“-Entscheidung²⁷⁶ hatte der BGH über die Nachahmung von speziellen Ausbeinmessern zu entscheiden, die insbesondere in Schlachthöfen und der

²⁷² BGH GRUR 2002, 275, 277 – *Noppenbahnen*.

²⁷³ BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahnen*.

²⁷⁴ BGH GRUR 2007, 984 ff. – *Gartenliege*.

²⁷⁵ BGH GRUR 2007, 984, 985 [20] – *Gartenliege*.

²⁷⁶ BGH GRUR 2009, 1073 ff. – *Ausbeinmesser*.

fleischverarbeitenden Industrie verwendet wurden. Die besondere Ausformung der Messerklinge und des Griffes erleichterten die Handhabung des Ausbeinmessers und stellten dementsprechend technische Gestaltungsmerkmale dar. Insbesondere die dreieckigen, muldenförmigen und nahezu parallel zur Klinge verlaufenden Daumenauflagen auf der Griffoberseite, der 135° Winkel des Griffs am Übergang zur Klinge und das offen geformte Griffende mit abgeflachtem Oval am Knauf seien Merkmale, die einem technischen Zweck dienten. Sie verhinderten ein Abrutschen der Hand und ermöglichten eine Verwendung von Rechts- und Linkshändern gleichermaßen. Dadurch sollte der bestimmungsgemäße Gebrauch, nämlich das Ausbeinen der Tiere, auf einfache, sichere und effektive Weise gewährleistet werden.²⁷⁷

Während der BGH in seiner Entscheidung zunächst von der wettbewerblichen Eigenart von technischen Produkten spricht, verwendet er im weiteren Verlauf der Urteilsgründe ausschließlich den Begriff der technischen Gestaltungsmerkmale.

(6) LIKEaBIKE

In der „LIKEaBIKE“-Entscheidung²⁷⁸ aus dem Jahr 2010 befasste sich der BGH mit der Nachahmung eines Kinderlaufrades aus Holz. Die Klägerin vertrieb Laufräder für Kinder unter der Bezeichnung „LIKEaBIKE“. Das Laufrad der Klägerin wies eine besondere Gestaltung seines Holzrahmens auf, der vorne rund zulaufend durch eine Öffnung des Gabelkopfes trat und dem Laufrad damit eine unverkennbare Gestaltung verlieh. Insbesondere in der einzigartigen Ausformung des Gabelkopfes sei ein technisches Gestaltungsmerkmal zu sehen, da die gewählte Gestaltung ein zu starkes Einschlagen des Lenkers verhinderte.²⁷⁹

In dem Urteil ist eine sehr genaue sprachliche Trennung der Begriffe erkennbar. Der BGH spricht ausschließlich von technischen Gestaltungsmerkmalen von Gegenständen und verwendet niemals den Begriff des technischen Gegenstandes.

²⁷⁷ BGH GRUR 2009, 1073, 174 [12] – *Ausbeinmesser*.

²⁷⁸ BGH GRUR 2010, 80 ff. – *LIKEaBIKE*.

²⁷⁹ BGH GRUR 2010, 80, 82 [25, 28] – *LIKEaBIKE*.

(7) Stellungnahme

Wie die kurz skizzierten Urteile zeigen, verwendet die Rechtsprechung in erster Linie den Begriff der technischen Gestaltungsmerkmale und nur vereinzelt den der technischen Gegenstände. Sie scheint dabei jedoch die Begriffe weitgehend gleichzusetzen bzw. sich keine weiteren Gedanken über eine Differenzierung gemacht zu haben. Wenn der Begriff des technischen Gegenstandes verwendet wurde, so erfolgte das mit dem Begriff des technischen Merkmals vermischt.

(8) Zusammenfassung

Was genau unter einem technischen Gestaltungsmerkmal zu verstehen ist, ergibt sich aus der Rechtsprechung nicht auf den ersten Blick, da der Begriff der *technischen* Gestaltungsmerkmale mit der Erfüllung einer *technischen* Funktion oder eines *technischen* Zwecks beschrieben wird, aber eine eindeutige Definition nicht gegeben wird. Das Augenmerk ist daher auf das Wort zu richten, das hinter dem *technisch* folgt. Der BGH beschreibt in seinen Urteilen einen technischen *Zweck* oder eine technische *Funktion*, die durch technische Merkmale erfüllt werden. Bei dem Pulverbehälter zum Beispiel dienten die Einzelelemente der Nachgiebigkeit und leichteren Handhabung des Behälters. Auch beim Ausbeinmesser stand eine leichtere und sicherere Handhabung beim Ausbeinen unter großer Kraftanwendung im Vordergrund. Bei der Noppenbahn ging es um die besondere Stabilisierungsfunktion. Der Rollhocker zeichnete sich durch seine Rollbewegung sowie einer leichten Bewegbarkeit aus und die Gartenliege durch ihre besondere Liegeeinstellung. Bei dem Laufrad sollte ein zu starkes Einschlagen des Lenkers verhindert und die leichtere Fortbewegung mit dem Laufrad gewährleistet werden. Es ging demzufolge in jedem der Urteile um Flexibilität, Stabilität, Funktionalität, Handhabung und um (Fort-)Bewegung. Dies sind bestimmte Zwecke und Funktionen, die durch die jeweiligen Gestaltungen erreicht werden sollten. Technische Merkmale sind daher Merkmale, um Ziele wie Bewegung, Flexibilität, Handhabung und Stabilität zu erreichen. Dieses Ergebnis erinnert an die eingangs gegebene allgemeine Definition: Technik ist Mittel zum Zweck.²⁸⁰

²⁸⁰ Hierzu ausführlich auf Seite 43.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass technische Gestaltungsmerkmale solche Merkmale sind, die dazu dienen, eine technische Funktion zu erreichen.

bb) Technische Gegenstände

Fraglich ist nun, wie sich dieses Ergebnis auf die Definition des technischen Gegenstandes auswirkt, und ob es einen solchen überhaupt gibt.

Die Rechtsprechung bezeichnet in ihren Urteilen teilweise Gegenstände mit technischen Gestaltungsmerkmalen als technische Gegenstände. Problematisch ist bei einer solchen determinierten Bezeichnung jedoch, dass ein Gegenstand immer aus mehreren Merkmalen und nur selten aus rein technischen oder rein ästhetischen Merkmalen besteht. Jedes der einzelnen Merkmale in einem Gegenstand hat einen eigenen Zweck, der im Zusammenspiel mit anderen Merkmalen zu einer Gesamtfunktion führt. In nahezu jedem Gegenstand stecken daher sowohl mehrere technische, als auch ästhetische Gestaltungsmerkmale. Eine Kategorisierung eines Gegenstands als rein technisch oder rein ästhetisch ist kaum möglich, da alle Gegenstände, die einen technischen Zweck erfüllen, mit einer ästhetischen Gestaltung verbunden sind.²⁸¹ Ein „technischer Gegenstand“ verkauft sich besser, wenn er zusätzlich eine äußere Ausformung hat, die den Kunden anspricht. Diese beiden Elemente Technik und Ästhetik sind untrennbar miteinander verbunden, weshalb es kaum möglich ist, einen rein technischen Gegenstand zu finden.

Dies soll anhand eines frei erfundenen Beispiels verdeutlicht werden:

Angenommen es gäbe einen Teller, der aus einem ganz bestimmten Material geschaffen wird, das Wärme speichern kann und es damit ermöglicht, die darauf angerichteten Speisen lange Zeit warm zu halten. Das Material wäre nach der Definition ein technisches Gestaltungsmerkmal des Tellers, da es dem Zweck, die Speisen warm zu halten, dient. Folglich wäre nach der Definition der Rechtsprechung der Teller aufgrund seines technischen Merkmals ein technischer Gegenstand. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch wäre es aber ein eher ungewöhnliches Ergebnis, einen Teller als einen technischen Gegenstand einzuordnen. Darüber hinaus besteht ein Teller zusätzlich aus vielen ästhetischen Gestaltungsmerkmalen, wie Farbe, Muster und Formgebung. Er wäre

²⁸¹ *Sambuc*, UWG-Nachahmungsschutz, Rnr. 137.

folgerichtig auch ein ästhetischer Gegenstand. Dies führt dazu, dass der Teller sowohl einen technischen als auch gleichzeitig einen ästhetischen Gegenstand darstellen würde. Die Bezeichnung als technische oder ästhetische Gegenstände ist daher nicht geeignet, die Eigenschaften eines Gegenstandes klar zu charakterisieren und von anderen Gegenständen abzugrenzen. Je nachdem, wo gerade der Fokus liegt, würde sich die Natur des Gegenstandes ändern. Die Bezeichnung eines „gemischten“ Gegenstands als rein technischen Gegenstand ist daher missverständlich. Besser ist es daher, den Gegenstand als einen Gegenstand mit technischen und ästhetischen Merkmalen zu bezeichnen. Diese Formulierung schafft Klarheit, da sich die Art des Gegenstandes niemals ändert, egal, ob gerade die technischen oder die ästhetischen Merkmale im Streit stehen.

Das gerade gefundene Ergebnis kann am Beispiel der „*Tchibo/Rolex*“-Entscheidung verdeutlicht werden.²⁸² Im Fall verkaufte „Tchibo“ eine Uhr, die optisch einer Rolex-Uhr sehr ähnlich sah. Dass eine Uhr viele technische Gestaltungsmerkmale, wie Uhrwerk, Verschluss, Datumsanzeige etc., in sich vereint, wird unproblematisch zu bejahen sein. In dieser Entscheidung ging es jedoch nicht um die technischen Merkmale der Uhr. Vielmehr ging es um die ästhetischen Merkmale und darum, dass sich Original und Nachahmung äußerlich zu sehr ähnelten. Obwohl es sich um einen „technischen Gegenstand“ handelte, wurde dies nicht erörtert und die tatbestandlichen Besonderheiten bei technischen Gestaltungsmerkmalen nicht angewandt. Eine klare sprachliche Trennung sorgt auch für eine klare sachliche Trennung und dementsprechend für klare Verhältnisse. Wird um die ästhetischen Merkmale eines Gegenstands gestritten, sind nur diese relevant. Geht es um die technischen Merkmale, so sind nur diese ausschlaggebend. Es geht aber stets um denselben Gegenstand und seine verschiedenen Merkmale.

cc) Ergebnis

Bei dem Vorliegen eines technischen Gestaltungsmerkmals sollte nicht generell auf einen technischen Gegenstand geschlossen werden. Technische Gestaltungsmerkmale ergeben sich aus der besonderen Funktion, die sie im Rahmen des Gegenstandes erfüllen. Der gesamte Gegenstand wiederum kann einer ganz anderen (nichttechnischen) Funktion dienen. Andernfalls müsste jeder Gegenstand mit einer technischen Funktion ein

²⁸² BGH GRUR 1985, 876 – *Tchibo/Rolex I*.

technischer Gegenstand sein, was jedoch beim Zusammentreffen mit ästhetischen Gestaltungsmerkmalen, insbesondere wenn diese überwiegen, dem allgemeinen Sprachgebrauch widerspricht. So wäre beispielshalber jede Thermohose ein technischer Gegenstand, ebenso jeder Couchtisch mit einer Schublade sowie jeder Schrank mit Scharnieren oder jede Handtasche mit einem Reißverschluss oder einem Druckknopf.

Der Begriff des „technischen Gegenstands“ in der Rechtsprechung ist insofern verwirrend, als sich bei dem Begriff des technischen Gegenstands eine Kluft zwischen dem Verständnis der Rechtsprechung und dem alltäglichen Sprachverständnis ergibt. Während in der Rechtsprechung der Begriff des „technischen Gegenstands“ dem sehr weit gefassten Begriff des „technischen Gestaltungsmerkmals eines Gegenstands“ gleichgesetzt wird, ist dieser Begriff im allgemeinen Sprachgebrauch wesentlich enger gefasst. Die Begriffsvorstellungen gehen in diesem Bereich weit auseinander.

Es sollte daher nicht von einem technischen Merkmal eines Gegenstandes generell auf einen technischen Gegenstand geschlossen werden. Die Vermengung der Begriffe des technischen Gestaltungsmerkmals und des technischen Gegenstandes ist sprachlich und dogmatisch nicht korrekt. Richtig ist es vielmehr, von einem Gegenstand und seinen ästhetischen und technischen Merkmalen zu sprechen und diese getrennt zu beurteilen.²⁸³

2. Auswirkung auf den Tatbestand

Für den Schutz technischer Gestaltungsmerkmale gelten grundsätzlich dieselben rechtlichen Grundlagen, wie sie im lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz durch die höchstrichterliche Rechtsprechung entwickelt wurden. Es gilt allgemein, dass die Nachahmung fremder, nicht (mehr) unter Sonderrechtsschutz stehender Gestaltungsmerkmale grundsätzlich zulässig ist und sich eine Wettbewerbswidrigkeit nur dann ergeben kann, wenn die nachgeahmte Leistung wettbewerbliche Eigenart aufweist und besondere Umstände hinzutreten, die die Nachahmung unlauter erscheinen lassen.²⁸⁴

²⁸³ Voß, Zukunft des Leistungsschutzes, S. 74.

²⁸⁴ st. Rspr; vgl. BGH GRUR 2012, 58, 63 – *Seilzirkus*; BGH GRUR 2010, 80, 82 [21] – *LIKEaBIKE*; BGH GRUR 2009, 1073 [10] – *Ausbeinmesser*; BGH GRUR 2007, 339, 342 [24] – *Stufenleiter*; BGH GRUR 2002, 86, 89 – *Laubhefter*, BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahnen*; BGH GRUR 2002, 820, 821 – *Bremszangen*.

Bei dem Schutz technischer Entwicklungen sind dem lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz aber über den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit hinaus durch den freien Stand der Technik weitere Grenzen gesetzt.²⁸⁵ Im Hinblick auf den technischen Fortschritt sollen technische Gestaltungen, soweit kein Sonderschutz (mehr) eingreift, jedermann frei zur Verfügung stehen und nicht zugunsten eines einzelnen monopolisiert werden. Beim lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz besteht allerdings im Bereich von technischen Gestaltungsmerkmalen kein genereller Schutzausschluss, wie dies beim Markenrecht und Designrecht vorgesehen ist, sondern ein Schutz technischer Gestaltungsmerkmale ist grundsätzlich möglich.²⁸⁶

Die Rechtsprechung nimmt dabei eine Prüfung auf vier Stufen vor: Auf Stufe eins wird die Frage nach der wettbewerblichen Eigenart von Produkten mit technischen Merkmalen gestellt (a)). Wird diese bejaht, wird der Tatbestand bei gemeinfreien technischen Lösungen aufgrund des freien Stands der Technik auf den weiteren Stufen eingeschränkt. Auf der zweiten Stufe wird geprüft, ob bei der Nachahmung Abweichungsmöglichkeiten zumutbar sind, insbesondere im Hinblick auf angemessene technische Lösungen (b)). Auf Stufe drei wird auf den Grad der Nachahmung abgestellt (c)). Schließlich, wenn die Unlauterkeit der Nachahmung auf den Vorstufen bejaht wurde, wird auf der vierten Stufe gefragt, ob die Täuschungsgefahr durch Kennzeichnung oder sonstige Mittel vermeidbar gewesen wäre (d)).

Die Besonderheiten bei technischen Gestaltungsmerkmalen sind daher insbesondere in der wettbewerblichen Eigenart, der zusätzlichen Einschränkung auf Stufe zwei, und der Zumutbarkeit von Abweichungen und Kennzeichnungen zu erkennen. Die einzelnen Schritte werden nun im Folgenden ausführlich erörtert.

²⁸⁵ BGH GRUR 1968, 591, 592 – *Pulverbehälter*; BGH GRUR 1996, 210, 211 – *Vakuumpumpen*; BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahnen*; BGH GRUR 2002, 86, 90 – *Laubhefter*; BGH GRUR 2007, 339, 342 [27] – *Stufenleiter*.

²⁸⁶ *Zentek*, WRP 2014, 1289, 1290 [2].

a) wettbewerbliche Eigenart

Eine wettbewerbliche Eigenart kann sich grundsätzlich auch aus technischen Merkmalen ergeben.²⁸⁷ Denn auch technische Gestaltungen können, sofern sie äußerlich sichtbar sind, eine Unterscheidungskraft besitzen und herkunfts- und qualitätshinweisend sein.²⁸⁸

aa) Technisch notwendige und technisch bedingte Merkmale

Die Rechtsprechung geht davon aus, dass technische Gestaltungsmerkmale grundsätzlich wettbewerbliche Eigenart vermitteln können, differenziert jedoch zwischen technisch notwendigen Merkmalen und technisch bedingten, aber nicht zwingenden Merkmalen.²⁸⁹

Technisch zwingend bzw. notwendig ist ein Gestaltungsmerkmal, wenn das Erreichen des „*erstrebten technischen Erfolgs*“²⁹⁰ die Verwendung dieser Merkmale zwingend voraussetzt. Das sind solche Merkmale, die nicht ersetzt werden können, ohne dass der Gegenstand seine Brauchbarkeit verlieren würde. Technisch zwingende Gestaltungsmerkmale begründen aus Rechtsgründen keine wettbewerbliche Eigenart und fallen aus dem Anwendungsbereich des § 4 Nr. 3 UWG heraus, da sie als technische Lehre und Stand der Technik für jedermann frei zugänglich sein müssen.²⁹¹

Technisch nicht notwendige Gestaltungsmerkmale hingegen, die zwar technisch bedingt, aber „*willkürlich wählbar und frei austauschbar*“²⁹² sind, ohne dass damit Qualitätseinbußen verbunden sind, können grundsätzlich eine wettbewerbliche Eigenart besitzen und Gegenstand eines wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes sein. Es stellt sich bei der Prüfung, ob ein Merkmal technisch notwendig oder nur technisch bedingt ist,

²⁸⁷ st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 1968, 591, 592 – *Pulverbehälter*; BGH GRUR 1996, 210, 211 – *Vakuumpumpen*; BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahnen*; BGH GRUR 2002, 86, 90 – *Laubhefter*; BGH GRUR 2007, 339, 342[27] – *Stufenleiter*.

²⁸⁸ *Jordan/Dieti*, Festschrift für Meibom, S. 177.

²⁸⁹ st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 1968, 591, 592 – *Pulverbehälter*; BGH GRUR 1996, 210, 211 – *Vakuumpumpen*; BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahnen*; BGH GRUR 2002, 86, 90 – *Laubhefter*; BGH GRUR 2007, 339, 342[27] – *Stufenleiter*; BGH GRUR 2015, 909, 911 [17 ff.] – *Exzenterzähne*.

²⁹⁰ BGH GRUR 2002, 820, 822 – *Bremszangen*, BGH GRUR 2007, 339, 342 [27] – *Stufenleiter*.

²⁹¹ zu dem gesamten Absatz: st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 1968, 591, 592 – *Pulverbehälter*; BGH GRUR 1996, 210, 211 – *Vakuumpumpen*; BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahnen*; BGH GRUR 2002, 86, 90 – *Laubhefter*; BGH GRUR 2007, 339, 342 [27] – *Stufenleiter*; BGH GRUR 2010, 80, 82 [27] – *LIKEaBIKE*; *Zentek*, WRP 2014, 1289, 1290.

²⁹² st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 1968, 591, 592 – *Pulverbehälter*; BGH GRUR 1996, 210, 211 – *Vakuumpumpen*; BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahnen*; BGH GRUR 2002, 86, 90 – *Laubhefter*; BGH GRUR 2007, 339, 342 [26] – *Stufenleiter*; BGH GRUR 2007, 984, 985 [20] – *Gartenliege*; BGH GRUR 2010, 80, 82 [23] – *LIKEaBIKE*.

die Frage nach einem Gestaltungsspielraum, der die technische Notwendigkeit entfallen lässt.²⁹³

bb) Stellungnahme

Durch die Differenzierung der technischen Gestaltungsmerkmale soll der Anwendungsbereich des Nachahmungsschutzes im Hinblick auf den technischen Fortschritt eingeschränkt werden. Die Kriterien der Notwendigkeit technischer Gestaltungsmerkmale und der bloßen Bedingtheit solcher Merkmale sind für sich genommen klar definiert und in der Theorie zur Abgrenzung geeignet.²⁹⁴ In der Rechtsprechung wird die Frage der technischen Notwendigkeit jedoch häufig nicht einheitlich beurteilt. Das Problem ist dabei, dass die Frage der technischen Notwendigkeit nicht rein objektiv beantwortet werden kann, sondern sich insbesondere nach dem subjektiven, also vom Anwender bestimmten, Gebrauchszweck des Gegenstands richtet und daher im Einzelfall durch richterliche Auslegung beantwortet werden muss.²⁹⁵ Eine klare Abgrenzung zwischen zwingenden und frei wählbaren Merkmalen ist in der Praxis schwierig. Vielfach greifen diese Elemente ineinander, um eine einheitliche technische Funktion zu erreichen. Eine eindeutige Trennung kann daher nicht immer erfolgen.²⁹⁶ Dadurch dienen diese Kriterien tatsächlich nicht der Einschränkung des Anwendungsbereichs des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes im technischen Bereich.

Der Begriff der zwingenden Notwendigkeit wird von der Rechtsprechung eng ausgelegt mit dem Ergebnis, dass kaum ein technisches Merkmal als zwingend eingeordnet wird. Im Gegenzug dazu wird der Gestaltungsspielraum, der die Notwendigkeit des technischen Merkmals entfallen lässt, großzügig betrachtet. Für den BGH kommt es bei der Bestimmung, ob ein Merkmal zwingend notwendig ist, hauptsächlich auf den Verwendungszweck des Gegenstands an und es genügt für die Verneinung der technischen Notwendigkeit, wenn dieser erhalten bleibt.²⁹⁷ Solange der Gebrauchszweck auf andere Weise erreichbar ist, also ein Gestaltungsspielraum vorhanden ist, handelt es

²⁹³ *Zentek*, WRP 2014, 1289, 1291 [11]

²⁹⁴ So insbesondere *Zentek*, WRP 2014, 1289, 1297.

²⁹⁵ BGH GRUR 2000, 521, 523 – *Modulgerüst*.

²⁹⁶ *Jacobs*, Festschrift für Helm, S. 75.

²⁹⁷ BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahnen*; BGH GRUR 2002, 86, 90 – *Laubhefter*; BGH GRUR 2007, 984, 985 [20] – *Gartenliege*; BGH GRUR 2009, 1073, 1074 [13] – *Ausbeinmesser*.

sich nicht um ein zwingendes Gestaltungsmerkmal. Der BGH sieht bereits in dem Vorhandensein von Konkurrenzprodukten bzw. „gleichartigen“ Produkten ein Indiz für bestehende Gestaltungsräume.²⁹⁸ Der Kreis der „gleichartigen“ Produkte wiederum ist weit zu ziehen, so dass auch solche Produkte zu erfassen sind, die eine ganz andere technische Lösung (= Erfolg) verwirklichen, aber grundsätzlich den gleichen Verwendungszweck haben.²⁹⁹ Dabei bestehen jedoch Unterschiede zwischen generellem Verwendungszweck und Erfolg. Während der Gebrauchszweck nur die generelle Benutzbarkeit des Gegenstandes anstrebt, so versteht man unter Erfolg ein weitergehendes Ergebnis in Form der optimalen Benutzbarkeit. Durch das Abstellen auf den Verwendungszweck anstatt auf den Erfolg, erweitert der BGH den Gestaltungsspielraum, was als austauschbar angesehen werden kann.

So entschied beispielshalber der BGH in seiner „*Noppenbahnen*“-Entscheidung, dass ein Gestaltungsspielraum bestehe, da es andere brauchbare Lösungen gebe.³⁰⁰ Die besondere Ausformung der Noppen und deren Anordnung waren technische Gestaltungsmerkmale, die unter Gebrauchsmusterschutz standen. Der BGH stellte in seinem Urteil fest, dass durch diese besondere Ausformung und Anordnung eine besonders hohe Festigkeit gegenüber dem Erddruck erreicht werden konnte und zugleich eine einfache Handhabung auf der Baustelle gewährleistet sei.³⁰¹ Obwohl der BGH erkannte, dass diese wesentliche Steigerung in der Festigkeit bei gleichzeitiger leichter Handhabbarkeit mit einer abweichenden Gestaltung nicht erreicht werden konnte, deklarierte er die fraglichen Gestaltungsmerkmale nicht als technisch zwingend, sondern stellte fest, dass auch andere „*brauchbare*“ Gestaltungen in Betracht kämen, ohne solche zu benennen.³⁰² Entgegen seiner zuvor angeführten Definition, dass auch der erstrebte technische Erfolg bei Austauschbarkeit der Gestaltungsmerkmale gewährleistet sein müsse, ließ der BGH hier eine weniger optimale Gestaltungsalternative ausreichen, die nicht den gleichen Erfolg - Festigkeit und Handhabbarkeit – herbeiführen, sondern nur den gleichen Zweck - Grundmauerschutz von Gebäuden - erfüllen konnte.³⁰³

²⁹⁸ BGH GRUR 2005, 600, 602 – *Handtuchklemmen*.

²⁹⁹ *Zentek*, WRP 2014, 1289, 1292 [19].

³⁰⁰ Zur Entscheidung ausführlich auf Seite 47.

³⁰¹ BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahnen*.

³⁰² BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahnen*.

³⁰³ *Jordan/Dietl*, Festschrift für Meibom, S. 180.

In der „*Ausbeinmesser*“-Entscheidung, bei der es um die technische Gestaltung eines Schlachtermessers ging, kam der BGH zu einem Gestaltungsspielraum aufgrund der Vielzahl der Konkurrenzprodukte. Dabei war insbesondere der Griff durch seine verschiedenen technischen Gestaltungsmerkmale wie beispielsweise dem Material und der besonderen Ausformung entscheidend für die unmittelbare Sicherheit und Einsatzfähigkeit der Messer, da sie ein Abrutschen vermeiden.³⁰⁴ Obwohl der BGH feststellte, dass es sich bei der Kombination der verschiedenen technischen Gestaltungsmerkmale um eine für den Gebrauchszweck optimale Kombination handelte, seien die Gestaltungen nicht technisch notwendig und es sei nicht auszuschließen, dass es auch andere Kombinationen geben könne, die ebenfalls eine einfache und sichere Handhabung ermöglichen.³⁰⁵ Einen bestehenden Gestaltungsspielraum begründete der BGH mit dem Bestehen von zahlreichen Konkurrenzprodukten, die andere Griffe aufweisen und die zumindest nicht erkennbar ungeeigneter seien als das Original.

Auch in der „*Femurteil*“-Entscheidung stellte der BGH für die Beurteilung, ob ein notwendiges technisches Merkmal vorliege, nicht auf die einzelnen technischen Merkmale ab. Er ließ am Ende sogar offen, ob einzelne Merkmale technisch notwendig sind oder nicht, sondern bejahte einen Gestaltungsspielraum und damit die Austauschbarkeit auf Grund der Kombination der einzelnen Merkmale des Femurteils.³⁰⁶

cc) Zusammenfassung

Durch die weite Auslegung des „angestrebten Erfolgs“ und die großzügige Bejahung eines Gestaltungsspielraumes kommt der BGH zu einer engen Auslegung der technischen Notwendigkeit und daher selten zu einem Schutzausschluss bei technischen Gestaltungsmerkmalen. Sinn und Zweck der Differenzierung zwischen technisch notwendigen und technisch bedingten Merkmalen war ursprünglich die Eingrenzung des Tatbestandes, was durch die Auslegung des BGH aber letztlich nicht eingetreten ist.

Die Rechtsprechung des BGH birgt einen gewissen Widerspruch, wenn der BGH in seinen Entscheidungen zunächst eine Definition der technischen Notwendigkeit aufstellt

³⁰⁴ BGH GRUR 2009, 1073f. [6, 12] – *Ausbeinmesser*.

³⁰⁵ BGH GRUR 2009, 1073, 1074 [13] – *Ausbeinmesser*.

³⁰⁶ BGH GRUR 2010, 1125, 1127 [23] – *Femurteil*. Bezüglich der Besonderheiten bei komplexen Gegenständen auch ausführlich auf Seite 66 ff.

und sie im nächsten Prüfungsschritt nicht auf den Fall anwendet, sondern sie umgeht. Nach der Definition des BGH ist ein technisches Merkmal zwingend, wenn *der angestrebte technische Erfolg* nicht in gleicher Weise erreicht wird. Zugleich lässt jedoch der BGH brauchbare, aber nicht den gleichen Erfolg versprechende oder weniger optimale Gestaltungen ausreichen, um eine technische Notwendigkeit zu verneinen³⁰⁷ oder lässt die Frage nach der technischen Notwendigkeit offen.³⁰⁸ Betrachtet man diese Rechtsprechung, bleibt fraglich, ob es überhaupt so etwas wie technisch notwendige Merkmale gibt. Denn die höchstrichterlichen Entscheidungen, in denen tatsächlich eine technische Notwendigkeit bejaht wurde, sind selten und liegen in ferner Vergangenheit.³⁰⁹

Die einst gewünschte Beschränkung des Anwendungsbereichs des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes kann durch die Abgrenzung in technisch notwendige und technisch bedingte Merkmale nicht (mehr) erzielt werden.

b) Zumutbarkeit abweichender Gestaltungen

Wurde die wettbewerbliche Eigenart bejaht, schränkt die Rechtsprechung im zweiten Schritt den Schutzbereich des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes im Hinblick auf das Freihaltebedürfnis weiter ein.³¹⁰ Die Rechtsprechung stellt dabei die technisch bedingten, aber nicht zwingenden Lösungen mit den technisch notwendigen Lösungen gleich, indem sie ausdrücklich festlegt, dass gemeinfreie technische Lösungen, unabhängig davon, ob sie technisch unbedingt notwendig sind oder nicht, grundsätzlich übernommen werden dürfen.³¹¹ Eine Nachahmung dieser Elemente sei grundsätzlich nicht unlauter, wenn die übernommenen technischen Merkmale dem freien Stand der

³⁰⁷ BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahnen*; *Jordan/Dieti*, Festschrift für Meibom, S. 179f.; BGH GRUR 2009, 1073, 1074 [13] – *Ausbeinmesser*.

³⁰⁸ BGH GRUR 20010, 1125, 1127 [23] – *Femurteil*.

³⁰⁹ BGH GRUR 1968, 698, 702 – *Rekordspritzen*; BGH 1966, 617, 619 – *Saxophon*.

³¹⁰ BGH GRUR 1968, 591, 592 – *Pulverbehälter*; BGH GRUR 1996, 210, 211 – *Vakuumpumpen*; BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahnen*; BGH GRUR 2002, 86, 90 – *Laubhefter*; BGH GRUR 2007, 339, 342 [44] – *Stufenleiter*; BGH GRUR 2007, 984, 987 [35] – *Gartenliege*; BGH GRUR 2010, 80, 82 [27] – *LIKEaBIKE*.

³¹¹ BGH GRUR 1968, 591, 592 – *Pulverbehälter*; BGH GRUR 2002, 86, 90 – *Laubhefter*.

Technik angehören und eine angemessene und zweckmäßige Lösung einer technischen Aufgabe darstellen.³¹²

Solche angemessenen Lösungen einer technischen Aufgabe sollen nach dem Stand der Technik frei benutzbar sein, so dass eine unmittelbare Übernahme solcher Lösungen nicht wettbewerbswidrig ist. Dies gilt wiederum nur, wenn die durch die fast identische Übernahme hervorgerufene Täuschungsgefahr nicht durch zumutbare Maßnahmen vermieden werden kann.³¹³ Eine Herkunftstäuschung ist dann vermeidbar, wenn sie durch geeignete und zumutbare Maßnahmen verhindert werden kann. Ob und welche Maßnahmen dabei zumutbar sind, ist nicht genau definiert, sondern anhand einer umfassenden Interessenabwägung zu beurteilen.³¹⁴ In diese Interessenabwägung sind insbesondere das Interesse des Originalherstellers an der Vermeidung von Herkunftstäuschungen, das Interesse des Nachahmers an der Nutzung nicht unter Sonderschutz stehender Gestaltungselemente mit einzubeziehen sowie das Interesse der Abnehmer an einem Preis- und Leistungswettbewerb.³¹⁵

aa) Allgemeines

Der Nachahmer soll gemeinfreie technische Lösungen grundsätzlich übernehmen dürfen, egal ob ein Gestaltungsspielraum besteht oder nicht. Besteht kein Spielraum, ohne dass der technische Zweck verloren geht, so ist das Ergebnis eindeutig. Abweichungen, die die technische Brauchbarkeit und Handhabung beeinträchtigen oder nur unter Inkaufnahme wirtschaftlicher Nachteile vorgenommen werden können, sind dem Nachahmer nicht zuzumuten.³¹⁶ Der Nachahmer soll nicht auf eine wirtschaftlich oder technisch schlechtere Lösung verwiesen werden können.

Auch wenn ein Gestaltungsspielraum besteht, ohne dass die technische oder wirtschaftliche Brauchbarkeit eingeschränkt ist, darf der Nachahmer nach den

³¹² BGH GRUR 1968, 591, 592 – *Pulverbehälter*; BGH GRUR 1996, 210, 211 – *Vakuumpumpen*; BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahnen*; BGH GRUR 2002, 86, 90 – *Laubhefter*; BGH GRUR 2007, 339, 342 [44] – *Stufenleiter*; BGH GRUR 2007, 984, 987 [35] – *Gartenliege*; BGH GRUR 2010, 80, 82 [27] – *LIKEaBIKE*.

³¹³ BGH GRUR 1968, 591, 592 – *Pulverbehälter*; BGH GRUR 1996, 210, 211 – *Vakuumpumpen*; BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahnen*; BGH GRUR 2002, 86, 90 – *Laubhefter*; BGH GRUR 2007, 339, 344 [43] – *Stufenleiter*; BGH GRUR 2007, 984, 986 [30] – *Gartenliege*; BGH GRUR 2010, 80, 82 [27] – *LIKEaBIKE*.

³¹⁴ *Zentek*, WRP 2014, 1289, 1292 [22].

³¹⁵ BGH GRUR 2017, 1135, 1139 [39] – *Leuchtkugeln*.

³¹⁶ BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahnen*.

Grundsätzen des BGH grundsätzlich die Gestaltungsmerkmale übernehmen. Unter Verweis auf den freien Stand der Technik dürfe es dem Nachahmer generell nicht aufgebürdet werden, auf eine andere technische Lösung auszuweichen, wenn bereits eine angemessene Lösung existiert.³¹⁷ Dabei sei es gleichgültig, ob die Ausweichlösung gleichwertig, schlechter oder sogar besser wäre. Unabhängig davon soll es dem Nachahmer frei stehen, eine gemeinfreie technische Lösung einfach übernehmen zu dürfen, ohne zuvor nach Abweichungsmöglichkeiten zu suchen.³¹⁸ Denn beim technischen Fortschritt gehe es darum, den sichersten und bequemsten Weg zu gehen, der zum technischen Erfolg führt, und nicht darum, Schwierigkeiten zu suchen, die mit Aufwand von Energie überwunden werden müssen.³¹⁹ Der Übernehmer einer gemeinfreien technischen Lösung soll nicht auf das Risiko verwiesen werden, es überhaupt mit einer anderen, womöglich weniger passenden Lösung zu versuchen oder es auf einen Rechtsstreit darüber ankommen zu lassen, ob nach dem letzten Stand der Technik eine andere gleichwertige Lösung objektiv gegeben sei.³²⁰ Der Nachahmer soll also nicht gezwungen sein, zunächst nach Alternativen zu forschen, sondern darf sich unmittelbar des freien Standes der Technik bedienen. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass, wenn im Allgemeininteresse ein bestimmtes technisches Merkmal frei bleiben soll, es unerheblich ist, ob es andere äquivalente Lösungsmöglichkeiten gibt oder nicht.³²¹ Der BGH wollte mit diesem Kriterium klarstellen, dass im Bereich der technischen Merkmale Abweichungsmöglichkeiten grundsätzlich keine Rolle spielen.

bb) Angemessene Lösung technischer Aufgaben

Nach dem gerade Gesagten gilt: Besteht eine angemessene Lösung für eine technische Aufgabe, ist die Übernahme einer solchen durch den Nachahmer grundsätzlich nicht unlauter. Besondere Schwierigkeiten bereiten dabei die Auslegung und die Tragweite des Begriffs der angemessenen Lösung. Eine angemessene Lösung einer technischen

³¹⁷ BGH GRUR 2015, 909, 909 – *Exzenterzähne*; BGH GRUR 2012, 58, 63 – *Seilzirkus*; BGH GRUR 2002, 86, 90 – *Laubhefter*; BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahnen*; BGB GRUR 2000 521, 525 – *Modulgerüst*.

³¹⁸ *Bopp*, GRUR 1997, 34, 36.

³¹⁹ *Seligsohn*, GRUR 1926, 240, 247.

³²⁰ BGH GRUR 1968, 591, 592 – *Pulverbehälter*; BGH GRUR 2002, 275, 277 – *Noppenbahnen*.

³²¹ *Jordan/Dietz*; Festschrift für Meibom, S. 182.

Aufgabe ist anhand einer Gesamtabwägung zu ermitteln, bei der das Freihaltebedürfnis der Wettbewerber am Stand der Technik einerseits und die Verbraucherwünsche und -erwartungen andererseits unter Berücksichtigung des Gebrauchszwecks und der Verkäuflichkeit des Erzeugnisses mit einzubeziehen sind.³²² Ob eine Lösung angemessen ist, muss danach beurteilt werden, ob ein vernünftiger Gewerbetreibender, der auch die Verbrauchererwartungen sowie Gebrauchszweck und Verkäuflichkeit im Auge hat, diese Lösung tatsächlich als angemessen und zielführend empfindet. Sie braucht insoweit nicht die beste oder optimale Lösung zu sein, sondern nur zielführend.³²³ Der BGH fasst dabei das Kriterium der angemessenen Lösung einer technischen Aufgabe eher weit, sodass sogar eine Farbgestaltung eine angemessene Lösung darstellen kann und übernommen werden darf.³²⁴ Dieses Ergebnis überrascht, da gerade in äußeren Gestaltungsmerkmalen eine Abweichung häufig als zumutbar angenommen wird.³²⁵ Die Angemessenheit ist nur dann zu verneinen, wenn dem Nachahmer auch bei gleicher Prioritätensetzung und Benutzung ein hinreichender Spielraum für Änderungen zur Verfügung steht und die Herkunftstäuschung durch Ausnutzung des Gestaltungsspielraums verhindert werden kann.³²⁶

cc) Stellungnahme

Zwar ist auch diese zusätzliche Beschränkung des Tatbestands durch unbestimmte Rechtsbegriffe geprägt und daher teilweise schwer in der Handhabung. Jedoch stellt das Kriterium der Unzumutbarkeit von Abweichungen ein geeignetes Mittel dar, um den Tatbestand gerade im Hinblick auf den freien Stand der Technik einzuschränken. Problematisch ist jedoch, dass diese Beschränkung nicht konsequent angewendet wird. Der aufgestellte Grundsatz der freien Übernehmbarkeit angemessener Lösungen wird in der Rechtsprechung mehrfach durchbrochen.³²⁷

³²² BGH GRUR 1968, 591, 592 – *Pulverbehälter*

³²³ BGH GRUR 1968, 591, 592 – *Pulverbehälter*

³²⁴ BGH GRUR 2007, 339, 344 [44] – *Stufenleiter*.

³²⁵ Hierzu S. 104ff.

³²⁶ *Zentek*, WRP 2014, 1289, 1293 [27].

³²⁷ Zu dieser Rechtsprechung auf Seite 66ff.

c) Intensität der Übernahme

Die Nachahmungsfreiheit bei angemessenen Lösungen technischer Aufgaben findet darüber hinaus im Grad der Nachahmung ihre Grenzen, insbesondere dort, wo eine aus einer Vielzahl von technisch-funktionalen Gestaltungselementen bestehende Gesamtkombination identisch oder fast identisch nachgebaut wird, obwohl für Abweichungen hinreichend großer Spielraum besteht.³²⁸ Die Intensität der Übernahme schränkt den zuvor aufgestellten Grundsatz, dass angemessene technische Lösungen frei übernommen werden dürfen, wieder ein und fällt bei der Prüfung einer vermeidbaren Herkunftstäuschung entscheidend ins Gewicht.³²⁹ Bei der vorzunehmenden umfassenden Interessenabwägung, ob und welche Maßnahmen dem Nachahmer zugemutet werden können, gilt je nach Grad der Nachahmung ein anderer Maßstab. Wird ein Leistungsergebnis trotz mehrerer Abweichungsmöglichkeiten fast identisch übernommen, liegt darin regelmäßig eine vermeidbare Herkunftstäuschung, da bei einer (fast) identischen Übernahme ein strengerer Maßstab als bei einem geringeren Grad der Übernahme, anzuwenden ist.³³⁰ Führt die Übernahme von nicht mehr unter Sonderrechtsschutz stehender Merkmale zu einer nahezu identischen Nachahmung, „*ist es einem Wettbewerber regelmäßig zuzumuten auf eine andere technische Lösung auszuweichen, wenn er der Gefahr einer Herkunftstäuschung nicht auf andere Weise - etwa durch eine (unterscheidende) Kennzeichnung seiner Produkte - entgegenwirken kann.*“³³¹ Problematisch ist an dieser Stelle, dass der Übergang zwischen der nachschaffenden Übernahme und der (fast) identischen Nachahmung fließend ist, die Rechtsfolgen sich jedoch gravierend unterscheiden. Ob eine nachschaffende Übernahme oder eine nahezu identische Nachahmung vorliegt, unterliegt der tatrichterlichen Würdigung und ist revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbar.³³² Es unterliegt insoweit allein dem subjektiven Empfinden des Tatrichters zu entscheiden, ob er mehr Ähnlichkeiten oder mehr Unterschiede in Original und Nachahmung sieht. Während bei einer „*lediglich*“ nachschaffenden Übernahme eine Herkunftstäuschung in der Regel als

³²⁸ BGH GRUR 2015, 909, 914 [41] – *Exzenterzähne*; BGH GRUR 2013, 1052, 1055 [38] – *Einkaufswagen III*; BGH GRUR 1999, 1106, 1107 – *Rollstuhlnachbau*; BGH GRUR 2000, 521, 527 – *Modulgerüst*; BGH GRUR 2002, 86, 90 – *Laubhefer*.

³²⁹ *Zentek*, WRP 2014, 1289, 1294 [33]; BGH GRUR 2015, 909, 914 [41] – *Exzenterzähne*.

³³⁰ BGH GRUR 2017, 734, 739f. [54] – *Bodendübel*; BGH GRUR 2015, 909, 913 [36] – *Exzenterzähne*; BGH GRUR 2012, 1155, 1159 [39] – *Sandmalkasten*.

³³¹ BGH GRUR 2017, 734, 739f. [54,55] – *Bodendübel*; BGH GRUR 2015, 909, 913 [36] – *Exzenterzähne*.

³³² BGH GRUR 2017, 1135, 1138 [30] – *Leuchtkugeln*.

nicht vermeidbar angesehen wird und weitere Maßnahmen nicht erforderlich sind³³³, wird bei der (fast) identischen Übernahme regelmäßig von der Zumutbarkeit einer Abweichung und damit von einer Vermeidbarkeit der Täuschung ausgegangen.³³⁴

d) Zumutbarkeit sonstiger Maßnahmen

Eine Herkunftstäuschung kann – wie soeben erwähnt – an dieser Stelle nur noch durch ein Ausweichen auf eine andere technische Lösung oder aber durch ein Ergreifen sonstiger zumutbarer Maßnahmen vermieden werden.³³⁵ Als eine solche zumutbare Maßnahme gilt insbesondere die Anbringung einer Kennzeichnung an der Nachahmung.³³⁶ Dabei kommt eine Kennzeichnung des Produkts selbst oder der Verpackung in Frage. Die Anforderungen an die Kennzeichnung der Nachahmung sind indes nicht abschließend geklärt. Der BGH spricht dabei von einer „*unterscheidender*“³³⁷ Kennzeichnung der Nachahmung. In welchem Umfang eine solche Kennzeichnung zu erfolgen hat und welche Maßnahmen geeignet sind, richtet sich nach den allgemeinen Voraussetzungen, wie bei Gegenständen mit nichttechnischen Merkmalen.³³⁸ Der BGH hat sich in seinen jüngsten Entscheidungen „*Exzenterzähne*“ und „*Bodendübel*“ nicht dazu geäußert, inwieweit die Kennzeichnung auf der Produktverpackung, im Katalog, in der Werbung oder auf den Spanplatten ausreichend ist, um eine Herkunftstäuschung zu vermeiden. Er verwies die Frage, ob die jeweilig vorgenommenen Kennzeichnungen ausreichend sind oder ob es einer Kennzeichnung der Ware selbst bedarf, zur Prüfung an das Berufungsgericht zurück.³³⁹

³³³ BGH GRUR 2017, 1135, 1139 [39, 42] – *Leuchtkugeln*.

³³⁴ BGH GRUR 2017, 734, 739f. [54,55] – *Bodendübel*; BGH GRUR 2015, 909, 913 [36] – *Exzenterzähne*.

³³⁵ vgl. Fußnote 331: BGH GRUR 2017, 734, 739f. [54,55] – *Bodendübel*; BGH GRUR 2015, 909, 913 [36] – *Exzenterzähne*.

³³⁶ BGH GRUR 2017, 734, 739f. [54,55] – *Bodendübel*; BGH GRUR 2015, 909, 914 [36] – *Exzenterzähne*; BGH GRUR 1968, 591, 593 – *Pulverbehälter*; BGH GRUR 2002, 275, 277 *Noppenbahnen*; BGH GRUR 2012, 58, 63 – *Seilzirkus*.

³³⁷ BGH GRUR 2017, 734, 739f. [54,55] – *Bodendübel*; BGH GRUR 2015, 909, 913 [36] – *Exzenterzähne*.

³³⁸ Zu den Voraussetzungen der Geeignetheit und Zumutbarkeit von Kennzeichnungen auf Seite 35 ff..

³³⁹ BGH GRUR 2017, 734, 741 [71] – *Bodendübel*; BGH GRUR 2015, 909, 914 [44] – *Exzenterzähne*.

3. Sonderrechtsprechung auf dem Weg zum unmittelbaren Leistungsschutz?

Wie bereits erwähnt, hat sich im Bereich der technischen Gestaltungsmerkmale eine breite Sonderrechtsprechung des BGH entwickelt. Diese Rechtsprechung unterliegt der Kritik, zu ausufernd zu sein und zu einem produktbezogenen Leistungsschutz zu führen.³⁴⁰ Die Kritiker sind der Meinung, dass in der Rechtsprechung des BGH kaum mehr auf eine etwaige Herkunftstäuschung oder deren Vermeidbarkeit eingegangen, sondern eine Unlauterkeit alleine aufgrund der wettbewerblichen Eigenart und des hohen Nachahmungsgrades angenommen wird.³⁴¹ Das essentielle -das Wesen des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes begründende- Tatbestandsmerkmal der besonderen Umstände³⁴² rücke immer mehr in den Hintergrund. Dadurch sei eine Trendwende zur Produktbezogenheit des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes zu erkennen.³⁴³ Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz bewege sich vom Handlungsunrecht zu einem Erfolgsunrecht. Der Schutz des Leistungsergebnisses selbst widerspreche aber dem Wesen des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes, der nur auf das Handlungsunrecht bezogen ist und gerade nicht das Leistungsergebnis selbst schützen soll.³⁴⁴ Würde man den Gedanken des Leistungsschutzes endgültig auf das Wettbewerbsrecht übertragen, so käme man zu unmöglichen Ergebnissen.³⁴⁵ Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz würde seine eigentliche Bestimmung verlieren und sich einer Art Ausschließlichkeitsrecht annähern.³⁴⁶

Die Sonderrechtsprechung unterliegt jedoch nicht nur negativer Kritik. Vielmehr gibt es einige Autoren, die sich für diese Trendwende in der Rechtsprechung aussprechen. Einige sind sogar der Auffassung, dass ein stärker leistungsbezogener Schutz dem Wesen des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes als immaterialgüterrechtsähnlichem Rechtsschutz mehr gerecht werde und helfe, das missverstandene Schutzrecht wieder auf

³⁴⁰ *Schreiber*, GRUR 2009, 113, 114; *Götting*, in Fezer UWG § 4-9 Rnr. 33, *Wiebe*, Münchkomm, § 4 Nr. 9 Rnr, 15.

³⁴¹ *Schreiber*, GRUR 2009, 113, 114, *Götting*, in Fezer UWG § 4-9 Rnr. 33; *Fezer*, Wettbewerbsrechtlicher Schutz, S. 959f..

³⁴² Zu der Notwendigkeit dieses Tatbestandsmerkmals vgl. Seite 21.

³⁴³ *Schreiber*, GRUR 2009, 113, 114, *Götting*, in Fezer UWG § 4-9 Rnr. 33; *Fezer*, Wettbewerbsrechtlicher Schutz, S. 959f..

³⁴⁴ Zum Wesen des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes vgl. Seite 21.

³⁴⁵ *Gewiese*, GRUR 1936, 296, 297.

³⁴⁶ *Schreiber*, GRUR 2009, 113, 114, *Götting*, in Fezer UWG § 4-9 Rnr. 33; *Fezer*, Wettbewerbsrechtlicher Schutz, S. 959f.; *Gewiese*, GRUR 1936, 296, 297.

die richtige Bahn zu bringen.³⁴⁷ Denn der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz trage immaterialgüterrechtliche Züge in sich, die einen bedeutenden Drang hin zum direkten Leistungsschutz zwingend zur Folge haben.³⁴⁸ Des Weiteren gibt es Stimmen in der Literatur, die darüber hinausgehen und nicht nur einen stärkeren Leistungsbezug fordern, sondern sich sogar für das Rechtsinstitut eines unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes aussprechen.³⁴⁹ Dieser unmittelbare Leistungsschutz knüpft nicht mehr an die besonderen Umstände an, sondern allein an die wettbewerbliche Eigenart und hat letztlich den Schutz der Leistung an sich zum Gegenstand.³⁵⁰ Dieses Ergebnis wird damit gerechtfertigt, dass die besonderen Umstände in der Rechtsprechung ohnehin funktionslos geworden seien.³⁵¹

Im Folgenden soll anhand ausgewählter Urteile geklärt werden, ob sich aus diesen tatsächlich eine Trendwende zur Produktbezogenheit des Nachahmungsschutzes oder gar zu einem unmittelbaren Leistungsschutz hin erkennen lässt.

a) Komplexe Gegenstände

Zunächst ergaben sich mit der Rechtsprechung zu den komplexen Gegenständen Abweichungen zu den allgemeinen Grundsätzen.³⁵²

aa) „Rollstuhlnachbau“-Entscheidung

Bei der „Rollstuhlnachbau“-Entscheidung befasste sich der BGH mit der Nachahmung eines Faltrollstuhls.³⁵³ Die Klägerin behauptete, dass ihr Rollstuhl fast identisch nachgebaut worden sei. Insbesondere der Seitenrahmen, die Seitenteile, die

³⁴⁷ Keller, Festschrift für Erdmann, S. 602; Ohly, Festschrift für Ullmann, S. 806 f.; Beater, Nachahmen im Wettbewerb, S. 441; Köhler WRP 1999, 1075, 1078 f.

³⁴⁸ Ohly, Festschrift für Ullmann, S. 797; Fezer, Wettbewerbsrechtlicher Schutz, S. 595; Nemeček, WRP 2010, 1315, 1318; Sack, WRP 2005, 531, 537.

³⁴⁹ Peukert, WRP 2010, 316, 320; Ohly, GRUR 2010, 487; Schröer, Unmittelbarer Leistungsschutz; Fock, Unmittelbarer Leistungsschutz; Weihrauch, Unmittelbarer Leistungsschutz; Fezer, Wettbewerbsrechtlicher Schutz, S. 595; Sack, Festschrift für Erdmann, S. 711; Sack, WRP 2005, 531, 537.

³⁵⁰ Fock, Unmittelbarer Leistungsschutz, Rnr. 405 ff.; Sack, Festschrift für Erdmann, S. 711.

³⁵¹ Köhler, WRP 1999, 1075, 1079.

³⁵² BGH GRUR 1981, 617, 519 – Rollhocker; BGH GRUR 1999, 1106, 1107 – Rollstuhlnachbau; BGH GRUR 2000, 521, 527 – Modulgerüst; BGH GRUR 2002, 86, 90 – Laubhefter.

³⁵³ BGH GRUR 1999, 1106 – Rollstuhlnachbau.

Beinstützenoberteile, die Sitz- und Rückengurte seien unverändert übernommen worden. Die Beklagte hingegen stütze sich auf den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit und trug vor, dass all die übernommenen Teile technisch bedingt seien.³⁵⁴ Der BGH ging zunächst auf die entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze bei technischen Gestaltungsmerkmalen ein und bejahte die wettbewerbliche Eigenart der einzelnen technischen Gestaltungsmerkmale mit der Begründung, dass diese nicht zwingend vorgegeben, das heißt technisch notwendig seien und darüber hinaus auch herkunftshinweisende Wirkung hätten.³⁵⁵ Sodann wurde vom BGH herausgearbeitet, dass eine fast identische Übernahme der technischen Gestaltungsmerkmale vorläge. Daraufhin wurden zwar vom BGH der freie Stand der Technik und damit die grundsätzliche Nachahmungsfreiheit hervorgehoben. Jedoch ohne tiefer auf diese Grundsätze einzugehen, entschied der BGH, dass *„der Vertrieb eines nachgeahmten Erzeugnisses wettbewerbsrechtlich unlauter sein kann, wenn ein technisches Erzeugnis in seiner Gesamtkombination, die aus einer Vielzahl von technisch-funktionalen Gestaltungselementen besteht, identisch oder [...] fast identisch nachgeahmt worden ist, obwohl für die Abweichung ein hinreichend großer Spielraum bestanden hat“*³⁵⁶ und bejahte die Voraussetzungen im Fall. Es spreche allein die Lebenserfahrung dafür, dass bei einem komplexen Gegenstand wie einem Rollstuhl, der vielen verschiedenen Anforderungen gerecht werden müsse, eine Vielzahl von Auswahlentscheidungen vorliege und es damit durchaus möglich sei, durch individuelle Gestaltungsentscheidungen jedem Rollstuhl ein *„eigenes Gesicht“* zu verleihen.³⁵⁷

bb) „Laubhefter“-Entscheidung

Auch in der „Laubhefter“-Entscheidung³⁵⁸ ging es um ein Leistungsergebnis, das eine Vielzahl von technischen Gestaltungselementen in sich vereinte, wie die Förderschnecken zum Aufrichten der Rebtriebe sowie einen portalartigen Trägerrahmen zur beidseitigen Bearbeitung der im Weinbau üblichen Reihenbepflanzung von Rebstöcken.³⁵⁹ Nach der Bejahung der wettbewerblichen Eigenart und der Feststellung, dass technische Lehren grundsätzlich frei benutzbar seien, verwendete der BGH exakt

³⁵⁴ BGH GRUR 1999, 1106, 1107 – *Rollstuhlnachbau*.

³⁵⁵ BGH GRUR 1999, 1106, 1108 – *Rollstuhlnachbau*.

³⁵⁶ BGH GRUR 1999, 1106, 1108 – *Rollstuhlnachbau*.

³⁵⁷ BGH GRUR 1999, 1106, 1108 – *Rollstuhlnachbau*.

³⁵⁸ BGH GRUR 2002, 86 – *Laubhefter*.

³⁵⁹ BGH GRUR 2002, 86, 90 – *Laubhefter*.

den gleichen Wortlaut, der gerade in der „*Rollstuhlnachbau*“-Entscheidung zitiert wurde. Die Unlauterkeit wurde damit begründet, dass ein identischer Nachbau stattfand, obwohl bei einem komplexen „technischen Gerät“ zahlreiche Abweichungsmöglichkeiten bestanden hätten.³⁶⁰

cc) Zusammenfassung

Der BGH wendet bei den Entscheidungen zu den komplexen Gegenständen nicht nur nicht die entwickelten Grundsätze zur Unzumutbarkeit von Abweichungen bei technischen Gestaltungsmerkmalen³⁶¹ an, sondern kehrt darüber hinaus das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Wettbewerbsrechts um. Bei komplexen Gegenständen besteht eine Art generelles Nachahmungsverbot mit Rechtfertigungsvorbehalt.³⁶² Mit der Rechtsprechung zu den komplexen Gegenständen hat der BGH zugunsten des Originalherstellers zwei Erleichterungen in Form von Regelvermutungen in den Tatbestand eingefügt.

Zum einen wird die wettbewerbliche Eigenart leichter bejaht, da nach dem BGH eine Regelvermutung gilt, dass zumindest eines der vielen Merkmale nicht zwingend ist. Bei komplexen Geräten greife eine Vielzahl von technischen Elementen ineinander, um eine einheitliche technische Funktion zu erreichen. Es sei daher im Zweifel davon auszugehen, dass zumindest auch technisch frei wählbare und austauschbare Elemente vorliegen, die eine wettbewerbliche Eigenart begründen können.³⁶³ Je komplexer ein Gegenstand ist und je mehr technische Funktionen er in sich vereint, desto weniger ist anzunehmen, dass jedes dieser Einzelelemente technisch notwendig ist.

Darüber hinaus bejaht der BGH die Zumutbarkeit von Abweichungen damit, dass sich bei komplexen Produkten immer eine Vielzahl von Auswahlentscheidungen und individuellen Gestaltungsmöglichkeiten ergeben.³⁶⁴

Im Ergebnis kann damit jedem komplexen Gegenstand ein lauterkeitsrechtlicher Nachahmungsschutz zukommen. Selbst wenn Original und Nachahmung auf demselben

³⁶⁰ BGH GRUR 2002, 86, 90 – *Laubhefter*.

³⁶¹ Hierzu ausführlich auf Seite 59.

³⁶² *Raue*, Nachahmungsfreiheit, S. 160.

³⁶³ BGH GRUR 2000, 521, 524 – *Modulgerüst*; BGH GRUR 1968, 591, 592 – *Pulverbehälter*.

³⁶⁴ BGH GRUR 1981, 617, 519 – *Rollhocker*; BGH GRUR 1999, 1106, 1108 – *Rollstuhlnachbau*; BGH GRUR 2000, 521, 527 – *Modulgerüst*; BGH GRUR 2002, 86, 90 – *Laubhefter*; *Wiebe*, in MünchKomm UWG, § 4 Nr. 9, Rnr. 104.

Stand der Technik beruhen und die Hersteller jeweils eine gleiche Zwecksetzung verfolgten, gibt es nach der Rechtsprechung bei komplexen Gegenständen dennoch eine Vielzahl an individuellen Gestaltungsentscheidungen, die es dem Nachahmer ermöglichen, seinem Produkt ein „*eigenes Gesicht*“ zu verleihen.³⁶⁵ Die Erschaffung eines „*eigenen Gesichts*“ sei wiederum geeignet, dass Fachleute das Produkt zuordnen können und es vom Original zu unterscheiden vermögen.³⁶⁶

dd) Stellungnahme

Je komplexer der fragliche Gegenstand ist, desto mehr Abweichungsmöglichkeiten ergeben sich, und desto eher begründet dies die Unlauterkeit des Nachbaus, wenn dennoch eine identische Übernahme sämtlicher Gestaltungsmerkmale vorliegt.³⁶⁷ Den Entscheidungen lässt sich entnehmen, dass die (fast) identische Übernahme stets eine Unlauterkeit begründet und diese nur ausnahmsweise entfällt, wenn es keinen Gestaltungsspielraum gibt. Ein solcher Spielraum wurde stets als gegeben angesehen, mit der Begründung, dass es bei vielen Gestaltungsmerkmalen immer eine Möglichkeit gebe, zumindest ein Merkmal abzuändern. Der Nachahmer wird letztlich darauf verwiesen, nach abweichenden Gestaltungen und technisch kompatiblen Möglichkeiten zu suchen. Ihm wird zugemutet zu prüfen, ob die einzelnen technischen Merkmale in der Konstruktion technisch bedingt sind und ob es in der Kombination Abweichungsmöglichkeiten gibt, die den gleichen Zweck zu erreichen vermögen.³⁶⁸ Gerade das, was in den Rechtsprechungsgrundsätzen zu den technischen Gestaltungsmerkmalen als unzumutbar dargestellt wurde³⁶⁹, wurde in diesen Entscheidungen von dem Nachahmer verlangt. Dabei ist es aber insbesondere bei komplexen Gegenständen, bei denen viele technische Merkmale miteinander verknüpft und aufeinander abgestimmt sind, schwierig, einzelne Merkmale umzugestalten, ohne die Gesamtfunktion zu verändern. Je mehr technische Funktionen ein Gerät in sich vereint, desto mehr greifen diese Funktionen auch ineinander und sind voneinander abhängig.

³⁶⁵ BGH GRUR 1981, 617, 519 – *Rollhocker*; BGH GRUR 1999, 1106, 1107 – *Rollstuhlnachbau*; BGH GRUR 2000, 521, 527 – *Modulgerüst*; BGH GRUR 2002, 86, 90 – *Laubhefter*

³⁶⁶ *Schulz*, Festschrift für Helm, S. 247.

³⁶⁷ BGH GRUR 1981, 617, 519 – *Rollhocker*; BGH GRUR 1999, 1106, 1107 – *Rollstuhlnachbau*; BGH GRUR 2000, 521, 527 – *Modulgerüst*; BGH GRUR 2002, 86, 90 – *Laubhefter*.

³⁶⁸ *Schmidt/Eidenmüller*, GRUR 1990, 337, 341.

³⁶⁹ Siehe dazu auf Seite 59.

Gerade bei Geräten mit vielen technischen Merkmalen besteht folglich ein großes Interesse daran, technisch perfekt aufeinander abgestimmte und erprobte Lösungen zu verwenden.³⁷⁰

Die Rechtsprechung zu den komplexen Gegenständen ist insoweit bedenklich, da sie den Schutz dieser Gegenstände zu einem produktbezogenen Schutzrecht entwickelt hat. In erster Linie wird an die Komplexität des Gegenstandes, also an das Leistungsergebnis selbst angeknüpft. Liegt ein komplexer Gegenstand vor, gelten die soeben herausgearbeiteten Besonderheiten, die zu einem Nachahmungsschutz führen. Da die wettbewerbliche Eigenart aufgrund der Komplexität und Originalität bei den komplexen Gegenständen grundsätzlich hoch ist, verringern sich aufgrund der Wechselwirkungslehre die Anforderungen an die restlichen Tatbestandsmerkmale. Beim zusätzlichen Vorliegen eines hohen Nachahmungsgrades besteht die Gefahr einer Verwechslung und damit einer Täuschung oder Rufausbeutung. Dies führt dazu, dass die (fast) identische Übernahme komplexer Gegenstände grundsätzlich eine Unlauterkeit begründet, ohne dass es noch auf die besonderen Umstände ankommt.³⁷¹

Dieses Ergebnis ist widersprüchlich, da der Nachahmer bei komplexen technischen Gestaltungen gehalten sein soll, nach Alternativen zu suchen, während er einfache technische Lösungen ohne weiteres übernehmen darf. Wird die Rechtsprechung zu den komplexen Gegenständen wie bisher weitergeführt, wird es zu einer Ausdehnung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes kommen, und er verliert seine ursprüngliche Bestimmung eines einzelfallbezogenen Nachahmungsschutzes.

b) Qualitativ hochwertige Produkte

In einem weiteren Urteil führte der BGH seine Sonderrechtsprechung fort. In seiner „Femur-Teil“-Entscheidung im Jahr 2010 lag der Anknüpfungspunkt für die Gewährung des Nachahmungsschutzes in der hochwertigen Qualität des Originalproduktes.³⁷²

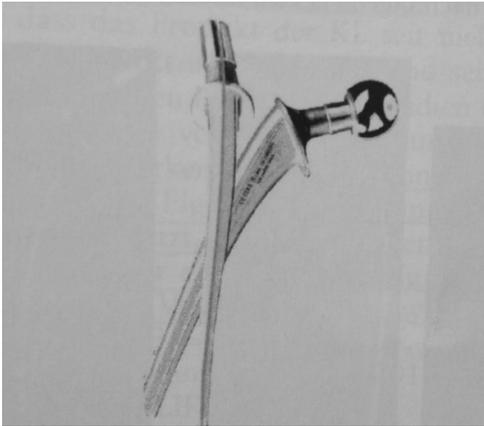
³⁷⁰ Raue, Nachahmungsfreiheit, S. 75.

³⁷¹ Ohly, in Ohly/Sosnitza, § 4.9 Rnr. 9/33.

³⁷² BGH GRUR 2010, 1125 – Femur-Teil.

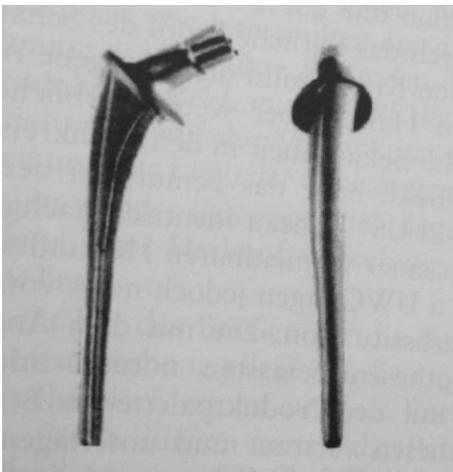
aa) Die „Femur-Teil“-Entscheidung

Bei einem Femur-Teil handelt es sich um eine künstliche Hüftgelenk-Endoprothese. Das Originalprodukt der Klägerin wies neben einer S-Form am Schaft ein seitliches Profil, einen umlaufenden Kragen mit einer Bohrung, einen Hals und einen anschließenden Konus zum Aufstecken des Hüftkopfes auf.



Femur-Teil der Klägerin³⁷³

Dieser besonderen Formgebung hatten die behandelnden Ärzte eine besonders hohe Leistungsfähigkeit zugeschrieben. Die Formgebung wurde von der Beklagten nahezu identisch übernommen.



Femur-Teil der Beklagten³⁷⁴

Trotz der nahezu identischen Übernahme verneinte der BGH die Gefahr einer Herkunftstäuschung, da das Femur-Teil nur in Fachkreisen vertrieben werde und daher der Anschaffung umfassende Auswahlverfahren und Abstimmungsprozesse vorausgingen.³⁷⁵ Eine Herkunftstäuschung könne daher nicht bestehen. Darüber hinaus

³⁷³ BGH GRUR 2010, 1125 – *Femur-Teil*.

³⁷⁴ BGH GRUR 2010, 1125 – *Femur-Teil*.

³⁷⁵ BGH GRUR 2010, 1125, 1127 [28] – *Femur-Teil*.

lehnte der BGH auch eine Rufausbeutung nach § 4 Nr. 9 lit. b Alt. 1 UWG a.F. ab. Er hob dabei hervor, dass eine Rufausbeutung zwar grundsätzlich auch ohne Herkunftstäuschung möglich wäre, eine solche aber nicht vorliege, da eine Gesamtabwägung der gegenüberstehenden Interessen ergäbe, dass die Ausnutzung nicht unangemessen sei. Dabei wurde vom BGH ausdrücklich auf das Interesse des Nachahmers, den freien Stand der Technik und die technischen Lehren benutzen zu dürfen, abgestellt und ein Überwiegen dieser Interessen festgestellt.³⁷⁶ Überraschend war sodann, dass der BGH einen Schutz über § 4 Nr. 9 lit. b Alt. 2 UWG a.F. für möglich hielt. Er stellte zunächst fest, dass eine Rufbeeinträchtigung auch ohne Herkunftstäuschung vorliegen könne und sich auch auf ein bestimmtes technisches Merkmal, hier die besondere Formgebung, beziehen könne. Das Klinikpersonal hatte mit der besonderen Formgebung des Originals eine besondere Leistungsfähigkeit verbunden, welche sich auch auf die Nachahmung beziehe. Es finde bei einer nahezu identischen Nachahmung eine Übertragung der Gütevorstellungen statt. Ist die Nachahmung aber qualitativ minderwertig und wird den Gütevorstellungen nicht gerecht, kann dies den Ruf des Originals beeinträchtigen. Der Nachahmer konnte dabei nicht mit dem Argument durchdringen, dass es dem Verkehr grundsätzlich bewusst sei, dass Nachahmungen nicht immer die gleiche Qualität wie das Original aufweisen würden.³⁷⁷ Der BGH ist der Auffassung, dass der gute Ruf, der auf der guten Qualität eines Produkts beruht, unangemessen beeinträchtigt wird, wenn ein nahezu identisches Produkt nicht denselben Qualitätsmaßstäben genügt, die der Originalhersteller durch seine Ware gesetzt hat.³⁷⁸

bb) Stellungnahme

Der BGH gewährte dem Femur-Teil der Klägerin einen lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz, obwohl keine Verwechslungsgefahr oder Herkunftstäuschung vorlag, aufgrund der qualitativen Minderwertigkeit der fast identischen Nachahmung. Der Anknüpfungspunkt für die Gewährung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes war die Qualität des Originalerzeugnisses und damit das Leistungsergebnis selbst. Mit dieser Entscheidung durchbrach er erneut den Grundsatz, dass es nicht um den Schutz der Leistung selbst, sondern um die Unlauterkeit der

³⁷⁶ BGH GRUR 2010, 1125, 1128f. [43] – *Femur-Teil*.

³⁷⁷ BGH GRUR 2010, 1125, 1129 [47f.] – *Femur-Teil*.

³⁷⁸ BGH GRUR 2010, 1125, 1129 [46] – *Femur-Teil*.

Nachahmungshandlung gehe, und gewährte einen direkten und unmittelbaren Leistungsschutz. Während sich der BGH bei der Rufausbeutung mit der Unangemessenheit der Nachahmung auseinandergesetzt hat und eine solche verneinte, da eine Verwechslung mit dem Original ausgeschlossen war, wurde eine Unangemessenheitsprüfung bei der Rufbeeinträchtigung nicht mehr vorgenommen. Eine Gesamtabwägung fand nicht statt, was zu dem Ergebnis führte, dass dem qualitativ besonders hochwertigen Produkt ein weiterer Schutzbereich zukam als einem Durchschnittsprodukt.

c) Einschieben in eine fremde Serie

Einen weiteren Sonderfall hatte der BGH mit seiner Fallgruppe des „Einschiebens in eine fremde Serie“ begründet.³⁷⁹

aa) „Klemmbausteine“-Entscheidungen

In den „Klemmbausteine I und II“-Entscheidungen aus den Jahren 1963 und 1992 entwickelte der BGH das Rechtsinstitut des „Einschiebens in eine fremde Serie“.³⁸⁰ In diesen Urteilen ging es um die Nachahmung der bekannten, aber nicht mehr unter Patentschutz stehenden Spielzeugsteine von LEGO, die sich durch die auf der Oberseite ausgeformten Noppen und die auf der Unterseite ausgesparten Hohlräume miteinander verbinden lassen. Die dadurch ermöglichte einfache Verbindung und Lösung der Spielbausteine stellt eine technische Wirkung dar, sodass die Noppen und Aushöhlungen technische Gestaltungsmerkmale sind. Die originalen Klemmbausteine wurden von LEGO in verschiedensten Varianten angeboten. So gab es Grund- und Universalbaukästen, sowie Ergänzungsbausätze und Zusatzelemente. Der BGH ging dabei davon aus, dass die Idee der Klemmbausteine wegen der grenzenlosen Zahl an Zusammenbau- und Ausbaumöglichkeiten von Anfang an auf einen Fortsetzungsbedarf ausgelegt war. Als ein Konkurrenzunternehmen Klemmbausteine auf den Markt brachte, die kompatibel mit den original LEGO-Steinen waren und mit diesen problemlos verbaut werden konnten, sah der BGH darin einen Verstoß gegen den lautereren Wettbewerb. Der

³⁷⁹ Mittlerweile vom BGH ausdrücklich aufgegeben: BGH GRUR 2017, 79, 89 [96] – *Segmentstruktur*.

³⁸⁰ BGH GRUR 1964, 621 – *Klemmbausteine I*; BGH GRUR 1992, 619 – *Klemmbausteine II*.

BGH gewährte in den beiden Entscheidungen dem Originalhersteller LEGO einen Nachahmungsschutz, da es sich bei dem Originalspielzeug um ein von vornherein auf Fortsetzungsbedarf zugeschnittenes Produkt handele und der Nachahmer den Markterfolg auf sich überleite, indem er seine kompatiblen Nachahmungsprodukte in das System des Originalherstellers einschiebe.³⁸¹ Der BGH führte zur Begründung an, dass der Absatzerfolg des Originalherstellers verhindert würde. Denn dieser verwirkliche sich nicht bereits durch den Verkauf des ersten Produkts, sondern erst nach und nach durch den weiteren Verkauf von Ergänzungs- und Erweiterungsprodukten.³⁸²

In seiner „*Klemmbausteine III*“-Entscheidung aus dem Jahr 2004 kam der BGH zunächst zu mit den gleichen Erwägungen wie in den Entscheidungen zuvor zu dem gleichen Ergebnis, nämlich dass die Nachahmung unlauter sei.³⁸³ Dennoch versagte er erstmals in diesem Urteil den Nachahmungsschutz mit der Begründung, dass auch ein Leistungsschutz unter dem Aspekt des Einschlebens in eine fremde Serie nicht zeitlich unbegrenzt bestehen könne. Vielmehr müsse es eine zeitliche Begrenzung geben, deren Schutzdauer sich an den Vorgaben der übrigen Sonderschutzrechte zu orientieren habe.³⁸⁴ Welche Schutzdauer der BGH dabei als Anhaltspunkt nahm, also die 20 Jahre aus dem Patentrecht oder die 10 Jahre aus dem Gebrauchsmustergesetz³⁸⁵, ist der Entscheidung nicht eindeutig zu entnehmen. Es schien insoweit keine entscheidende Rolle zu spielen, da beide Schutzfristen zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits abgelaufen waren. Der BGH hielt also im Wesentlichen an der Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Serie fest, versagte den Nachahmungsschutz aber über die Konstruktion einer zeitlichen Begrenzung des Nachahmungsschutzes.

bb) „*Modulgerüst*“-Entscheidung

Bei der „*Modulgerüst*“-Entscheidung aus dem Jahr 1999 ging es um Baugerüste, deren Besonderheit darin bestand, dass sie nicht nur an rechtwinklige Gebäude montiert werden konnten, sondern dass durch die besondere Art der Montage eine Anpassung an jegliche

³⁸¹ BGH GRUR 1964, 621, 624 – *Klemmbausteine I*; BGH GRUR 1992, 619, 620 – *Klemmbausteine II*.

³⁸² BGH GRUR 1964, 621, 624 – *Klemmbausteine I*.

³⁸³ BGH GRUR 2005, 349 – *Klemmbausteine III*.

³⁸⁴ BGH GRUR 2005, 349 – *Klemmbausteine III*.

³⁸⁵ § 16 PatG; § 23 I GebrMG.

Winkel möglich war.³⁸⁶ Diese Bauweise war patentrechtlich geschützt und der Schutz bereits ausgelaufen, als ein Konkurrenzunternehmen mit Gerüstteilen auf den Markt kam, die mit den Gerüstteilen des Originalherstellers kompatibel waren.

Obwohl man auch in dieser Entscheidung mit den gleichen Argumenten wie in der „Klemmbausteine“-Rechtsprechung einen Fortsetzungsbedarf der Gerüstbauteile begründen hätte können, entschied der BGH vorliegend anders. Das Institut des Einschlebens in eine fremde Serie sei auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Der BGH entschied vielmehr, dass die einzelnen Gerüstteile nicht auf einen Fortsetzungsbedarf ausgelegt seien, da es mit dem Erwerb einer Grundausstattung an Gerüstelementen bereits möglich sei, alle Bauobjekte von einer gewissen Größe einzurüsten. Der beabsichtigte Verwendungszweck „Einrüsten eines durchschnittlich großen Gebäudes“ sei dadurch erfüllt und es bedürfe keiner weiteren Gerüste zur Zweckerreichung.³⁸⁷ Der Bedarf an Gerüstteilen sei daher durch den Verwendungszweck von Anfang an begrenzt und nicht auf Fortsetzung angelegt.³⁸⁸ Bei den Legosteinen hingegen liege keine Begrenzung durch den Verwendungszweck vor, da es eine „unendliche Erweiterungs- und Kombinationsmöglichkeit“³⁸⁹ gebe und der Phantasie dort keine Grenzen gesetzt seien.

cc) Zwischenstellungnahme

Abgesehen davon, dass die Fallgruppe des „Einschiebens in eine fremde Serie“ insgesamt nicht überzeugen kann, ist die unterschiedliche Bewertung der beiden Fälle vermag nicht nachvollziehbar. Denn auch bei Legosteinen reicht grundsätzlich eine Grundausstattung an Bausteinen dafür aus, um damit sinnvoll zu spielen. Der Gebrauchszweck „Spielen“ ist ebenfalls mit einer Grundausstattung erreicht.³⁹⁰ Es entsteht daher ein gewisser Widerspruch, wenn man die Grundausstattung an LEGO-Steinen für unvollständig hält, eine Grundausstattung von Gerüstelementen aber als vollständig ansieht.³⁹¹ Möchte man mit den Legosteinen mehrere oder größere Dinge und Objekte bauen, bedarf es eines weiteren Bausatzes an Legosteinen. Ebenso verhält es

³⁸⁶ BGH GRUR 2000, 521 – *Modulgerüst*.

³⁸⁷ *Rauda*, GRUR 2002, 38, 40.

³⁸⁸ BGH GRUR 2000, 521, 526 – *Modulgerüst*.

³⁸⁹ BGH GRUR 2000, 521, 526 – *Modulgerüst*.

³⁹⁰ *Loschelder*, VPP-Rundbrief 2/2004, 40, 47; *Rauda*, GRUR 2002, 38, 40.

³⁹¹ *Schröer*, Unmittelbarer Leistungsschutz, S. 245.

sich bei den Baugerüsten. Denn möchte man mehrere Gebäude gleichzeitig oder größere Gebäude eindecken, bedarf man auch mehrerer Gerüstteile.³⁹² Einen nachvollziehbaren Grund für eine Unterscheidung dieser beiden Fälle gibt es nicht. Der BGH macht die Erreichung des Gebrauchszwecks letztlich von einer rein quantitativen Frage abhängig, indem er festlegt, dass man mit Legosteinen erst ab einer bestimmten Menge vernünftig spielen könne, mit Baugerüsten aber schon ab einer geringeren Menge vernünftig Häuser einrüsten könne.³⁹³ Wo genau die Grenze zu ziehen ist, kann nicht unmittelbar festgestellt werden, und so ist es bei jedem Prozess ein Glücksspiel, ob man gewinnt oder verliert.³⁹⁴

dd) Ersatzteile und Zubehör

Ebenfalls von der LEGO-Entscheidung abweichend beurteilte der BGH den Vertrieb von Ersatzteilen und Zubehör, indem er in diesen Fällen ein Einschleusen in eine fremde Serie ablehnte. Der Vertrieb von Ersatzteilen und Zubehör ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH grundsätzlich zulässig.³⁹⁵ Dieses Ergebnis bestätigte der BGH in einer neueren Entscheidung „*Regalsystem*“.³⁹⁶

Die Unterscheidung der Fallgestaltungen wird vom BGH damit begründet, dass in den Ersatzteile- und Zubehörfällen der Hersteller des Originalprodukts bereits mit dem Verkauf des ersten Produkts seinen vollen Markterfolg verwirklicht habe, während beim Einschleusen in eine fremde Serie ein Gewinn erst mit den Folgegeschäften erzielt werde.³⁹⁷ Die Produkte in den Zubehörfällen sind nach Auffassung des BGH nicht von Anfang an auf einen Fortsetzungsbedarf zugeschnitten, sondern bereits der Verkauf des Ausgangsprodukts führt zu dem angestrebten Gewinn. Durch den Verkauf von Ersatzteilen und Zubehör entstehe nur ein Zusatzgeschäft des Originalherstellers, auf das er auch verzichten könne, ohne Verluste zu erzielen.³⁹⁸ Insbesondere Zubehör sei keine

³⁹² *Loschelder*, VPP-Rundbrief 2/2004, 40, 47; *Rauda*, GRUR 2002, 38, 40.

³⁹³ im Ergebnis *Schröder*, Unmittelbarer Leistungsschutz, S. 245.

³⁹⁴ im Ergebnis auch *Rauda*, GRUR 2002, 38, 41.

³⁹⁵ Für Ersatzteile: BGH GRUR 1958, 342, 343 – *Bohnergerät*; BGH GRUR 1962, 537, 540 – *Radkappe*; BGH GRUR 1968, 49, 51 – *Zentralschlossanlagen*; BGH GRUR 1968, 698, 700 – *Rekordspritzen*; BGH GRUR 1996, 210, 212 – *Vakuumpumpen*. Für Zubehör: RGZ 95, 209 – *Nähmaschinennadeln*; BGH GRUR 1976, 434, 436 – *Merkmalklötze*; BGH GRUR 1977, 547, 551 – *Kettenkerze*.

³⁹⁶ BGH GRUR 2013, 951, 955 [36] – *Regalsystem*. Hierzu auf S. 90 ff.

³⁹⁷ *Sack*, Festschrift für Erdmann, S. 702; *Kur*, GRUR Int. 1995, 469, 470.

³⁹⁸ *Kur*, GRUR Int. 1995, 469, 470.

Ergänzung im Sinne von gleichartigen Produkten, sondern jedes Zubehörteil stelle eine selbstständige Leistung dar.³⁹⁹ Die entscheidende Begründung sah der BGH darin, dass gerade bei Ersatzteilen und Zubehör ein berechtigtes Interesse der Verbraucher daran bestehe, zwischen mehreren Angeboten ein nach Preis und Leistung passendes Produkt auswählen zu können.⁴⁰⁰ Bei diesen Entscheidungen wurden der freie Wettbewerb und insbesondere die Verbraucherinteressen in den Vordergrund gestellt.

Zwar mag eine unterschiedliche Behandlung zunächst sachgerecht sein, da sich die Fälle tatsächlich darin unterscheiden, dass sich bei Ersatzteilen ein Bedarf erst nach einem Verbrauch oder Verschleiß einstellt, während LEGO-Steine zu den bereits vorhandenen hinzugefügt werden. Zudem stellt das Ersatzteil –wie sich bereits aus dem Begriff ergibt– nur einen Ersatz für das unbrauchbar gewordene Produkt dar und damit keine Ergänzung bzw. Erweiterung.⁴⁰¹ Dieses Argument kann jedoch nicht auf die Zubehörfälle übertragen werden, da Zubehör nur eine besondere Form von Erweiterung ist. Darüber hinaus kann die Differenzierung in der Praxis nicht überzeugen.⁴⁰² Es ist bekannt, dass in Wirklichkeit oft nicht mit dem Ausgangsgeschäft der erwünschte Gewinn erzielt wird, sondern sich dieser erst durch die –im Gegensatz zu dem Ausgangsprodukt– überteuerten Ersatz- und Zubehörteile ergibt.⁴⁰³ Die Ausgangsprodukte werden meist nahezu ohne Gewinn oder sogar zu Verlustpreisen angeboten, um die Kunden anzulocken und sodann den Gewinn bei den teuren Ersatz- und Zubehörteilen zu erzielen.⁴⁰⁴ Insbesondere bei Ausgangsprodukten mit hohem Verschleiß und erheblichem Ersatzteilbedarf richtet sich der Hersteller gerade auf einen Gewinn durch den Verkauf der Ersatzteile ein.⁴⁰⁵ Jedoch sah der BGH darin ein genau gegenläufiges Argument, nämlich, dass gerade ein sehr hoher Ersatzteilbedarf zu einem noch größeren Interesse der Allgemeinheit an Konkurrenzangeboten führe und eine Nachahmung daher erwünscht sei.⁴⁰⁶

³⁹⁹ BGH GRUR 1984, 282, 283 – *Telekonverter*.

⁴⁰⁰ BGH GRUR 2013, 951, 955 [36] - *Regalsystem*; BGH GRUR 1968, 698, 701 – *Rekordspritzen*; BGH GRUR 1977, 666, 668 – *Einbauleuchten*; ebenso auch *Sambuc*, UWG-Nachahmungsschutz, Rnr. 522.

⁴⁰¹ *Sack*, Festschrift für Erdmann, S. 703.

⁴⁰² *Kur*, GRUR Int. 1995, 469, 470.

⁴⁰³ *Sack*, Festschrift für Erdmann, S. 702; *Kur*, GRUR Int. 1995, 469, 470.

⁴⁰⁴ *Sack*, Festschrift für Erdmann, S. 702; *Kur*, GRUR Int. 1995, 469, 470.

⁴⁰⁵ *Kur*, GRUR Int. 1995, 469, 470.

⁴⁰⁶ *Sack*, Festschrift für Erdmann, S. 703.

ee) Stellungnahme

Trotz Vorliegens von technischen Gestaltungsmerkmalen ging der BGH in keiner der dargestellten Entscheidungen auf seine dazu entwickelte Rechtsprechung ein. Vielmehr gewährte der BGH dem Originalhersteller LEGO einen unmittelbaren Leistungsschutz seiner Klemmbausteine, ohne die technischen Gestaltungsmerkmale zu erwähnen.⁴⁰⁷ Der Anknüpfungspunkt für die Gewährung des Nachahmungsschutzes war weder eine Herkunftstäuschung noch eine Rufausbeutung, denn die nachgeahmten Klemmbausteine waren in ausreichender Weise gekennzeichnet, so dass eine Unterscheidung von Original und Nachahmung problemlos möglich war. Auch einen qualitativen Unterschied gab es nicht. Die Konstellation in der „Klemmbausteine“-Rechtsprechung ließ sich also unter keine der entwickelten Fallkonstellationen des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes subsumieren. Dennoch gewährte der BGH -angeknüpft an das Leistungsergebnis als Fortsetzungsprodukt- einen lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz und räumte dem Hersteller über die Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Serie eines auf Ergänzungsbedarf angelegten Produktes eine (zunächst) zeitlich unbegrenzte Monopolstellung ein.⁴⁰⁸ Eine zeitlich unbegrenzte Monopolstellung ist aber -abgesehen vom Markenrecht- dem gewerblichen Rechtsschutz fremd und es soll jede noch so geniale Erfindung nach Ablauf der 20-Jahres-Schutzfrist des § 16 PatG frei werden.⁴⁰⁹ Durch die Rechtsprechung des BGH wurde LEGO aber ein Nachahmungsschutz über 45 Jahre nach Markteinführung in Deutschland gewährt und somit ein über das Patentrecht zeitlich hinausgehendes, systemwidriges Monopolrecht geschaffen, mit dem der BGH in die Entscheidungsprärogative des Gesetzgebers eingriff.⁴¹⁰ Die zeitliche Begrenzung des Nachahmungsschutzes erfolgte erst in der zweiten Folgeentscheidung nach über 45 Jahren.

Die Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Serie ist bereits im Ansatz verfehlt und in der Praxis nicht durchführbar, wenn man bedenkt, dass eine Vielzahl von Produkten theoretisch auf eine Fortsetzung angelegt ist.⁴¹¹ Zum einen ist es kaum möglich, strikt zu differenzieren, welche Produkte nun einen Fortsetzungsbedarf haben und welche nicht. Es ist fraglich, was genau ein „Fortsetzungsbedarf“ ist. In der Beantwortung dieser Frage

⁴⁰⁷ Sack, Festschrift für Erdmann, S. 711; Heyers, GRUR 2006, 23, 26.

⁴⁰⁸ Heyers, GRUR 2006, 23, 26.

⁴⁰⁹ Götting, in Fezer UWG, § 4-9, Rnr. 126; Heyers, GRUR 2006, 23, 26.

⁴¹⁰ Heyers, GRUR 2006, 23, 26.

⁴¹¹ Götting, in Fezer UWG, § 4-9, Rnr. 126.

war sich der BGH selbst nicht einig, weshalb es zu den kontroversen Entscheidungen „Klemmbausteine“ und „Modulgerüst“ kam.

Ebenfalls erscheint die differenzierende Behandlung zwischen der „Einschieben in eine fremde Serie“-Doktrin und der Ersatzteile-Rechtsprechung nicht nachvollziehbar.⁴¹² Denn während die Schutzwürdigkeit der kompatiblen Ersatzteile und Zubehörteile, die den Verbraucherinteressen an einer großen Auswahlmöglichkeit und einem Preiswettbewerb entgegenkommen, abgelehnt wird, lassen die LEGO-Entscheidungen eine Prüfung der Verbraucherinteressen vollständig außen vor.⁴¹³ Dabei würde es auch im Interesse der Allgemeinheit liegen, dass preisgünstigere und kompatible Spielsteine auf den Markt kommen. Gerade aus der Sicht des Allgemeininteresses ist es erwünscht, dass sich Nachahmungsprodukte in eine fremde Serie einschieben lassen.⁴¹⁴ Durch das Angebot kompatibler Produkte kann eine Konkurrenzsituation und ein freier Wettbewerb geschaffen werden mit der Folge einer vielfältigeren Auswahlmöglichkeit und einer preissenkenden Wirkung.⁴¹⁵

Dieses Problem erkannte der BGH, weswegen er in seiner „Klemmbausteine III“-Entscheidung einen weiteren Nachahmungsschutz der Klemmbausteine versagte. Fraglich bleibt dabei jedoch, warum der BGH den Sonderfall des Einschiebens in eine fremde Serie in diesem Urteil nicht ausdrücklich verworfen und damit Klarheit geschaffen hat, sondern vielmehr das Ergebnis durch die zeitliche Befristung erreichte und dadurch eine neue Unsicherheit über die Bestimmung der Schutzdauer schuf.⁴¹⁶ Es war lange Zeit – bis zur endgültigen und ausdrücklichen Aufgabe der Rechtsprechung im Jahr 2017⁴¹⁷ – nicht klar, ob es die Fallgruppe des Einschiebens in eine fremde Serie überhaupt noch gibt oder wann sie zur Anwendung kommt. Mit den Entscheidungen „Regalsystem“⁴¹⁸ und „Einkaufswagen“⁴¹⁹ erteilte der BGH dieser Fallgruppe zumindest eine indirekte Absage. Bei den Urteilen ging es jeweils um den Ergänzungs- und Erweiterungsbedarf. Ohne die Sonderrechtsprechung zum Einschieben in eine fremde

⁴¹² auszugsweise: BGH GRUR 1958, 342 – *Bohnergerät*; BGH GRUR 1962, 537 – *Radkappe*; BGH GRUR 1968, 49 – *Zentralschlossanlagen*; BGH GRUR 1968, 698 – *Rekordspritzen*; BGH GRUR 1996, 210 – *Vakuumpumpen*.

⁴¹³ *Harder*, GRUR 1969, 659, 660; *Kur*, GRUR Int. 1995, 469, 470.

⁴¹⁴ *Götting*, in Fezer UWG, § 4-9, Rnr. 126.

⁴¹⁵ *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rnr. 446, 470; *Ohly*, in Ohly/Sosnitza, § 4.9 Rnr. 9/75.

⁴¹⁶ *Heyers*, GRUR 2006, 23, 27.

⁴¹⁷ BGH GRUR 2017, 79, 89 [96] – *Segmentstruktur*.

⁴¹⁸ BGH GRUR 2013, 951, 955 [36] – *Regalsystem*.

⁴¹⁹ BGH GRUR 2013, 1053, 1055 [42] – *Einkaufswagen III*.

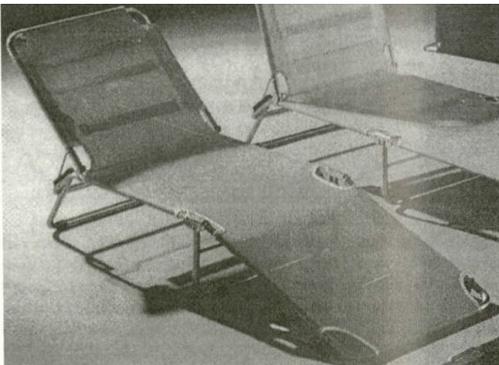
Serie zu erwähnen, lehnte der BGH einen Nachahmungsschutz ab.⁴²⁰ Mit seinem neusten Urteil „*Segmentstruktur*“⁴²¹ hat der BGH nun die Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Serie ausdrücklich aufgegeben mit der Begründung, dass das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb keinen allgemeinen Schutz von Innovationen gegen Nachahmungen nicht vorsieht.⁴²²

d) Sonstige Entscheidungen

Neben den gerade aufgezeigten Fallgruppen, haben auch einige andere Entscheidungen den Eindruck erweckt, der BGH tendiere immer mehr zu einem unmittelbaren Leistungsschutz.

aa) „*Gartenliege*“-Entscheidung

Wie bereits erwähnt, ging es in der „*Gartenliege*“-Entscheidung um den nahezu identischen Nachbau einer Gartenliege.⁴²³ Die Klägerin stellte Aluminium-Dreibeinliegen her, die dank eines Bügels an der Rückenlehne eine sog. Relax-Position einnehmen konnten.



Gartenliege der Klägerin⁴²⁴

Auch die Beklagte stellte eine solche Aluminium-Dreibeinliege mit Relax-Position vertrieb.

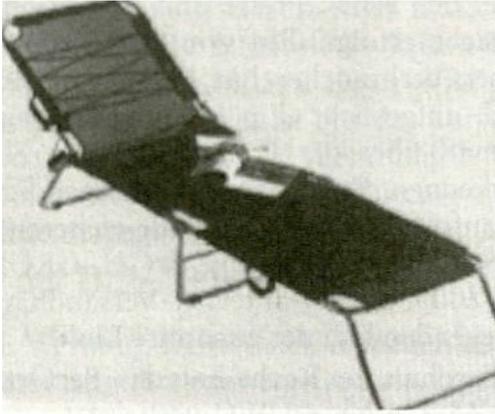
⁴²⁰ Hierzu ausführlich auf Seite 90.

⁴²¹ BGH GRUR 2017, 79 – *Segmentstruktur*.

⁴²² BGH GRUR 2017, 79, 89 [96] – *Segmentstruktur*.

⁴²³ BGH GRUR 2007, 984 – *Gartenliege*. Zum ausführlichen Sachverhalt der Entscheidung auf Seite 48.

⁴²⁴ BGH GRUR 2007, 984 – *Gartenliege*.



Gartenliege der Beklagten⁴²⁵

Der BGH verwies in der „*Gartenliege*“-Entscheidung von 2007 zwar ausdrücklich darauf, dass sich eine vermeidbare Herkunftstäuschung nicht aus der Übernahme von Merkmalen, die dem freien Stand der Technik angehören und eine angemessene Lösung eines technischen Problems darstellen, ergeben könne.⁴²⁶ Im darauffolgenden Satz leitet der BGH jedoch eine Unlauterkeit daraus her, dass die Beklagte die Merkmale der Gartenliege der Klägerin „*praktisch identisch übernommen*“⁴²⁷ habe. Bei einer solchen identischen Übernahme bestehe immer die Gefahr einer Herkunftstäuschung.⁴²⁸ Ob die Herkunftstäuschung überhaupt durch zumutbare Maßnahmen vermeidbar gewesen wäre, wurde in dem Urteil nicht geprüft.

bb) „*Ausbeinmesser*“-Entscheidung

Fast ebenso entschied der BGH in seinem „*Ausbeinmesser*“-Urteil⁴²⁹. Wie bereits weiter oben erwähnt⁴³⁰, befasste sich der BGH in dieser Entscheidung mit der Nachahmung von speziellen Ausbeinmessern, die insbesondere in Schlachthöfen und in der fleischverarbeitenden Industrie verwendet werden. Die Klägerin stellt ein solches Ausbeinmesser her und vertreibt es unter der Bezeichnung „*MasterGrip*“.

⁴²⁵ BGH GRUR 2007, 984 – *Gartenliege*.

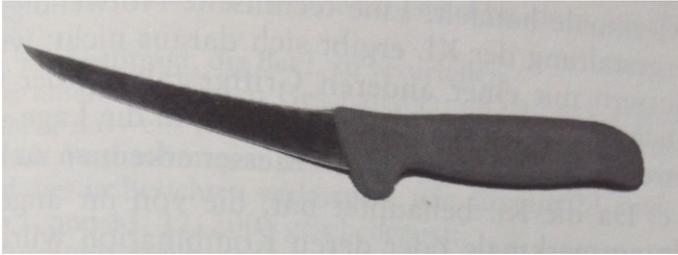
⁴²⁶ BGH GRUR 2007, 984, 987 [35] – *Gartenliege*.

⁴²⁷ BGH GRUR 2007, 984, 987 [36] – *Gartenliege*.

⁴²⁸ BGH GRUR 2007, 984, 987 [31] – *Gartenliege*.

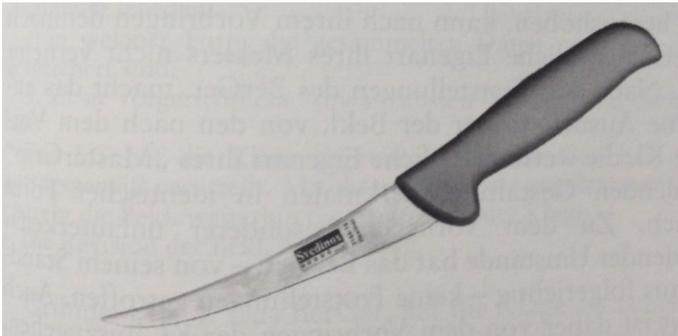
⁴²⁹ BGH GRUR 2009, 1073 – *Ausbeinmesser*.

⁴³⁰ Der Sachverhalt der Entscheidung ist auf Seite 48 dargestellt.



Ausbeinmesser der Klägerin⁴³¹

Auch die Beklagte bot ein Ausbeinmesser für den Fleischerbedarf an, das in Maß und Ausformung dem Ausbeinmesser der Klägerin ähnelt.



Ausbeinmesser der Beklagten⁴³²

Die Klägerin vertrat die Auffassung, dass das Ausbeinmesser der Beklagten eine identische Nachahmung des „*MasterGrip*“ sei.

Der BGH stellte auch in diesem Urteil fest, dass bei einer identischen Übernahme grundsätzlich die Gefahr einer Herkunftstäuschung bestehe und gewährte der Klägerin einen Nachahmungsschutz.⁴³³ Darüber hinaus entschied der BGH, dass der Nachahmer sich bei einer identischen Übernahme nicht stets darauf berufen könne, er habe lediglich eine angemessene technische Lösung übernommen.⁴³⁴ Selbst eine optimale Kombination technischer Merkmale mache diese noch nicht zu technisch zwingenden und damit zu frei übernehmbaren Merkmalen.⁴³⁵

In diesem Urteil stehen erneut das Leistungsergebnis und dessen Schutzwürdigkeit im Vordergrund, während die besonderen Umstände und insbesondere die Vermeidbarkeit einer Herkunftstäuschung in den Hintergrund der Entscheidung rücken. Insbesondere die Aussage auf der einen Seite, dass die Kombination der technischen Merkmale zwar für den erstrebten Gebrauchszweck optimal sei, jedoch auf der anderen Seite eine abweichende weniger optimale Gestaltung vom Nachahmer zu fordern, lässt sich nicht

⁴³¹ BGH GRUR 2009, 1073 – *Ausbeinmesser*.

⁴³² BGH GRUR 2009, 1073 – *Ausbeinmesser*.

⁴³³ BGH GRUR 2009, 1073, 1074 [15] – *Ausbeinmesser*.

⁴³⁴ BGH GRUR 2009, 1073, 1074 [15] – *Ausbeinmesser*.

⁴³⁵ BGH GRUR 2009, 1073 in den Leitsätzen – *Ausbeinmesser*.

mit der Lehre der angemessenen Lösung eines technischen Problems vereinen. Darüber hinaus wurde die auf der Klinge des Messers der Beklagten angebrachte Namensbezeichnung „Svedinos“ vollkommen außer Betracht gelassen. Betrachtet man die streitgegenständlichen Messer auf den Bildern, fällt der Schriftzug auf der Klinge unmittelbar auf und ist grundsätzlich geeignet, eine Herkunftstäuschung zu vermeiden. Diese Vermeidbarkeit und insbesondere auch die Zumutbarkeit von abweichenden Gestaltungen und damit letztlich die besonderen Umstände wurden in der Entscheidung jedoch nicht berücksichtigt.

cc) „LIKEaBIKE“-Entscheidung

Das gleiche Phänomen zeigte sich auch in der „LIKEaBIKE“-Entscheidung⁴³⁶, in der es um die Nachahmung eines Kinderlaufrads aus Holz ging.⁴³⁷ Das Laufrad zeichnete sich insbesondere durch die Gestaltung seines Holzrahmens aus, der vorne rund zulaufend durch eine Öffnung des Gabelkopfes tritt und dem Laufrad damit eine unverkennbare Gestaltung verleiht.



Laufrad der Klägerin „LikeaBike“⁴³⁸

Diese besondere Gestaltung wurde von der Beklagten nahezu identisch übernommen.

⁴³⁶ BGH GRUR 2010, 80 – LIKEaBIKE.

⁴³⁷ Zum ausführlichen Sachverhalt der Entscheidung auf Seite 49.

⁴³⁸ BGH GRUR 2010, 80 – LIKEaBIKE.



Lauftrad der Beklagten „bykie“⁴³⁹

In seiner Entscheidung hob der BGH die Besonderheiten bei technischen Gestaltungsmerkmalen hervor, drehte aber den besagten Grundsatz um. Während der Grundsatz zum Nachahmungsschutz besagt, dass es grundsätzlich nicht wettbewerblich unlauter sei, wenn man Merkmale übernehme, die eine angemessene Lösung einer technischen Aufgabe darstellen,⁴⁴⁰ wurde in diesem Urteil festgestellt, dass eine Nachahmung zwar „*grundsätzlich nicht wettbewerblich unlauter*“, jedoch auch „*nicht stets zulässig*“ sei.⁴⁴¹ Die Formulierung wendet sich dabei gegen das Regel-Ausnahme-Verhältnis, das besagt, dass eine Nachahmung in der Regel zulässig und nur im Ausnahmefall unzulässig ist, und dreht dieses um.⁴⁴² Im Urteil wurde insbesondere auf den hohen Grad der wettbewerblichen Eigenart abgestellt, die in der besonderen Ausgestaltung des Lauftrades und insbesondere in der des Gabelkopfes gesehen wurde. Die wettbewerbliche Eigenart sei durch die große Bekanntheit und Beliebtheit der Laufträder dieser Firma nochmals verstärkt worden, so dass eine besonders hohe wettbewerbliche Eigenart vorliege.⁴⁴³ Insbesondere sei die Gestaltung des Gabelkopfes technisch nicht zwingend, um ein zu starkes Einschlagen zu verhindern. Vielmehr gäbe es auch zahlreiche andere technische Lösungen.⁴⁴⁴ Ob es einen Abweichungsspielraum gab und ob diese überhaupt zumutbar gewesen wäre – was durchaus von der Beklagten in der Revisionserwiderung in Abrede gestellt worden war⁴⁴⁵ –, wurde in dem Urteil nicht behandelt. Auch nicht erwähnt wurde, dass die besondere Gestaltung des Gabelkopfes

⁴³⁹ BGH GRUR 2010, 80 – *LIKEaBIKE*.

⁴⁴⁰ st. Rspr. vgl; BGH GRUR 2012, 58, 63 – *Seilzirkus*; BGH GRUR 2002, 86, 90 – *Laubhefter*; BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahnen*; BGB GRUR 2000 521, 525 – *Modulgerüst*.

⁴⁴¹ BGH GRUR 2010, 80, 82 [27] – *LIKEaBIKE*.

⁴⁴² Zum Regel-Ausnahme-Verhältnis auf Seite 17.

⁴⁴³ BGH GRUR 2010, 80, 83 [37] – *LIKEaBIKE*.

⁴⁴⁴ BGH GRUR 2010, 80, 82 [28] – *LIKEaBIKE*.

⁴⁴⁵ BGH GRUR 2010, 80, 82 [26] – *LIKEaBIKE*.

zumindest eine angemessene Lösung einer technischen Aufgabe – nämlich das zu starke Einschlagen des Lenkers zu verhindern - darstelle und daher grundsätzlich gemeinfrei sein sollte. Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz wurde schließlich gewährt, weil sich das Originalprodukt und das Nachahmungsprodukt im Gesamteindruck zu ähnlich sahen.



Gegenüberstellung der Laufräder: links das der Klägerin, rechts das der Beklagten.⁴⁴⁶

Es komme nicht auf die Unterschiede in den Einzelmerkmalen an, sondern auf die Übereinstimmungen im Gesamteindruck, welche letztlich zu stark gewesen seien.⁴⁴⁷ Selbst die auf den Holzrahmen des Laufrades angebrachten unterschiedlichen Markennamen „LIKEaBIKE“ einerseits und „bykie“ andererseits konnten eine Herkunftstäuschung nicht vermeiden, da sie im Klang sowie im Sinn (Bike = Fahrrad) zu ähnlich waren.⁴⁴⁸

dd) Stellungnahme

In den dargestellten Entscheidungen wurde ein lauterkeitsrechtlicher Nachahmungsschutz gewährt, indem die wettbewerbliche Eigenart der Gegenstände und der hohe Grad der Nachahmung in den Vordergrund rückten. Vernachlässigt wurde dagegen das Tatbestandsmerkmal der besonderen Umstände. Insbesondere der Grundsatz, dass der Stand der Technik frei ist, wurde in den Urteilen zwar eingangs angeführt, jedoch im weiteren Verlauf nicht ausreichend beachtet. Trotz Hervorhebung des freien Stands der Technik entschied der BGH gegen die Zulässigkeit Nachahmung mit der Begründung des hohen Grades der Übernahme. Diese Begründung ist an sich

⁴⁴⁶ BGH GRUR 2010, 80 – *LIKEaBIKE*.

⁴⁴⁷ BGH GRUR 2010, 80, 83 [40 f.] – *LIKEaBIKE*.

⁴⁴⁸ BGH GRUR 2010, 80, 84 [43] – *LIKEaBIKE*.

schlüssig, da sich eine Herkunftstäuschung fast immer ergibt, wenn sich ein Produkt auf dem Markt etabliert hat und das Nachahmungsprodukt diesem zum Verwechseln ähnlich sieht. Eine fast identische Übernahme birgt immer die Gefahr einer Täuschung. Die Frage ist dabei nur, ob die identische Nachahmung im konkreten Fall unabdingbar war, oder ob eine Abweichung möglich bzw. zumutbar war. Auf diese Frage ist der BGH in den genannten Entscheidungen jedoch unzureichend eingegangen. Vielmehr erinnern die Entscheidungen an die des Reichsgerichts, wo in erster Linie darauf abgestellt wurde, dass der Nachahmer das Original fast identisch übernehme und sich dadurch Entwicklungskosten spare, das Nachahmungsprodukt günstiger anbieten könne und somit den Originalhersteller um die Früchte seiner Arbeit bringe.⁴⁴⁹

Es ist daher nicht verwunderlich, dass es Stimmen gibt, die von einem Vorliegen eines solchen unmittelbaren Leistungsschutzes ausgehen und diesen teilweise auch befürworten.⁴⁵⁰ Denn ein weitergehender Nachahmungsschutz hat – wie die kritischen Stimmen behaupten – nicht nur einen negativen Effekt auf den Wettbewerb. Es gibt durchaus auch Argumente, die sich für einen unmittelbaren Leistungsschutz anführen lassen.⁴⁵¹

e) Zwischenergebnis

In den beschriebenen Fällen gewährte der BGH einen Nachahmungsschutz, der dem unmittelbaren Leistungsschutz nahe kommt, da der Anknüpfungspunkt der Entscheidung in erster Linie nicht die besonderen Umstände waren, sondern der Leistungsgegenstand selbst in seiner konkreten Gestaltung, Komplexität, Qualität oder seinem Fortsetzungsbedarf. Die Sonderfälle der Rechtsprechung haben eine Diskussion entfacht, ob sich der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz von der Schutzrichtung des Handlungsunrechts wegbewege hin zu einem produktbezogenen Schutzrecht. Die Stimmen in der Literatur, die einen Trend zur Produktbezogenheit des Wettbewerbsrechts prophezeien, werden immer lauter.⁴⁵² Denn soweit die Rechtsprechung auf die – dem lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz

⁴⁴⁹ RGZ 73m 294, 297 – *Schallplatten; Sambuc*, in Harte/Henning, § 4 Rnr. 42.

⁴⁵⁰ *Fezer*, WRP 2001, 989, 1006f..

⁴⁵¹ Zu pro und contra des unmittelbaren Leistungsschutzes auf Seiten 175 ff.

⁴⁵² *Wiebe*, in MünchKomm UWG, § 4 Nr. 9 Rnr. 225; *Ohly*, in Ohly/Sosnitzer, § 4 Rnr. 9/75f.; *Sambuc*, in Harte/Henning, § 4 Rnr. 43; *Fezer*, Wettbewerbsrechtlicher Schutz, S. 595.

wesensimmanenten - besonderen Umstände verzichtet, wird der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit praktisch in sein Gegenteil verkehrt.⁴⁵³ Einige sprechen insoweit auch von einer generellen Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses, wonach die Nachahmung grundsätzlich unlauter sei, wenn nicht ein sachlicher Rechtsfertigungsgrund eingreife, wie beispielsweise die Unzumutbarkeit abweichender Gestaltungen.⁴⁵⁴ Die dargestellte Sonderrechtsprechung bewegt sich von den Grundsätzen weg, die durch die Rechtsprechung im Rahmen des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes aufgestellt wurden, da die wettbewerbliche Eigenart des geschützten Gegenstandes mehr und mehr in den Vordergrund rückt, während die besonderen Umstände immer stärker vernachlässigt werden. Insbesondere in der „*Klemmbausteine*“-Rechtsprechung gewährte der BGH ein über das Patentrecht zeitlich hinausgehendes, systemwidriges Monopolrecht und griff dadurch in die Entscheidungsprärogative des Gesetzgebers ein.⁴⁵⁵ Der BGH gewährte mit der „*Klemmbausteine I und II*“-Rechtsprechung einen direkten und unmittelbaren Leistungsschutz, korrigierte dieses Ergebnis eines Quasi-Ausschließlichkeitsrechts jedoch in seiner „*Klemmbausteine III*“-Entscheidung über eine zeitliche Begrenzung des Schutzes.⁴⁵⁶

In den übrigen Entscheidungen rückten die besonderen Umstände zwar stärker in den Hintergrund und wurden vernachlässigt, allerdings nicht vollständig außer Acht gelassen. Beispielsweise wurde in der „*Gartenliege*“-Entscheidung die Unlauterkeit daraus hergeleitet, dass die Nachahmerin zunächst die Originalliegen der Herstellerin verkauft hatte. Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit lag damit nicht allein in der Nachahmung, sondern auch in der Art und Weise des Vertriebs. Ein unmittelbarer Leistungsschutz, bei dem die Unlauterkeitsmerkmale vollkommen vernachlässigt wurden, liegt in diesen Entscheidungen nicht vor.

Es ist insbesondere der Wechselwirkungslehre zu verdanken, dass eine starke wettbewerbliche Eigenart und eine nahezu identische Nachahmung dazu führen, dass geringere Anforderungen an die Herkunftstäuschung und deren Vermeidbarkeit zu stellen sind.⁴⁵⁷ Eine Herkunftstäuschung könnte bei einer fast identischen Nachahmung nahezu

⁴⁵³ *Sambuc*, in Harte/Henning, § 4 Rnr. 42.

⁴⁵⁴ *Götting*, in Fezer UWG, § 4-9, Rnr. 32; *Sambuc*, Harte/Henning, § 4 Rnr. 43.

⁴⁵⁵ *Heyers*, GRUR 2006, 23, 26.

⁴⁵⁶ Diese Rechtsprechung wurde richtigerweise aufgegeben: BGH GRUR 2017, 79, 89 [96] – *Segmentstrutkur*.

⁴⁵⁷ Im Ergebnis ebenso: *Schröer*, Unlauterer Wettbewerb, S. 123.

immer angenommen werden, da ein Verbraucher, der sich überwiegend an der Form des Produkts orientiert, häufig davon ausgehen wird, es handele sich um das Original oder ein Produkt des gleichen Herstellers.⁴⁵⁸ Jedoch besteht die Herkunftstäuschung nicht nur aus der Täuschungsgefahr, sondern auch aus der zumutbaren Vermeidbarkeit dieser Gefahr. Denn eine (fast) identische Nachahmung ist jedenfalls erlaubt, wenn es keine zumutbaren Abweichungsmöglichkeiten gibt. Auf etwaige zumutbare oder eben unzumutbare Abweichungsmöglichkeiten ging der BGH lange Zeit in seinen Urteilen nicht ausreichend ein, was den Eindruck erweckte, er hätte sie nicht geprüft. Wie bereits erwähnt prüfte der BGH sehr wohl die unlauterkeitsbegründenden Merkmale, erwähnte diese Prüfung aber nicht ausdrücklich in seiner Entscheidung. Die Nicht-Erwähnung von Tatbestandsvoraussetzungen in den Urteilsgründen führt zur Rechtsunsicherheit und zur Kritik, weshalb der BGH in seinen neueren Entscheidungen wieder vermehrt ausdrücklich auf die Zumutbarkeit von Abweichungen eingegangen ist und diese teils bejahte⁴⁵⁹ und teils verneinte.⁴⁶⁰

f) Neuere Rechtsprechung auf dem Weg zurück zu den Grundsätzen

Dieses Ergebnis unterstreicht der BGH durch seine neueren Urteile „*Seilzirkus*“⁴⁶¹, „*Regalsystem*“⁴⁶², „*Einkaufswagen*“⁴⁶³ und „*Exzenterzähne*“⁴⁶⁴, in denen er zu den Grundsätzen zurückgekehrt ist.

aa) „*Seilzirkus*“-Entscheidung

In der „*Seilzirkus*“-Entscheidung⁴⁶⁵ ging es um die nahezu identische Nachahmung von Kletternetzen für Kinderspielplätze. Die Klägerin stellt Kletternetze für Kinderspielplätze her, die sie als *Seilzirkus* bezeichnet. Die Netze bestehen aus einem im Boden verankerten Mast und aus an der Mastspitze und im Boden befestigten und durch

⁴⁵⁸ *Ohly*, GRUR 2010, 487, 492.

⁴⁵⁹ BGH GRUR 2015, 909, 913 [36 ff.] – *Exzenterzähne*; BGH GRUR 2017, 734, 739 [54 ff.] – *Bodendübel*

⁴⁶⁰ BGH GRUR 2017, 1135, 1139 [39] – *Leuchtkugeln*.

⁴⁶¹ BGH GRUR 2012, 58 – *Seilzirkus*.

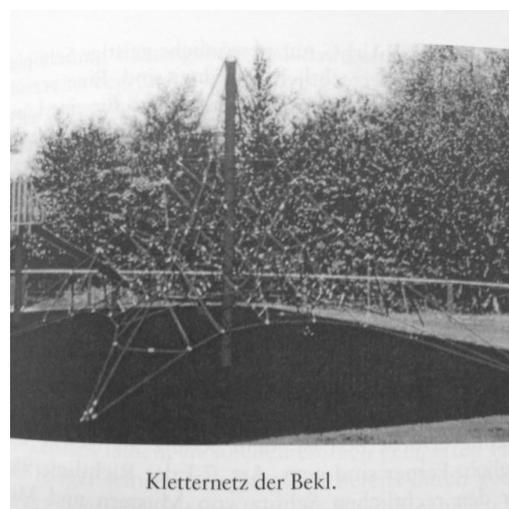
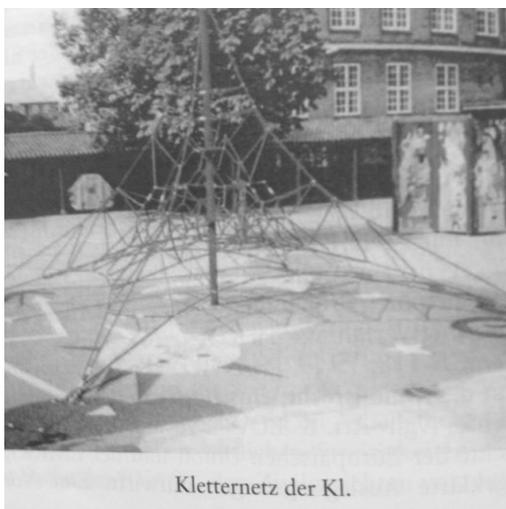
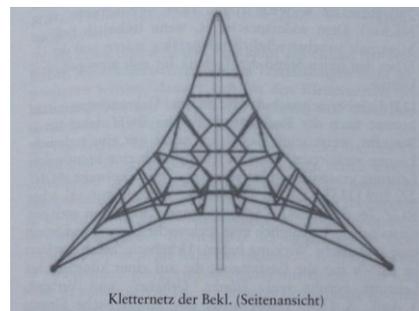
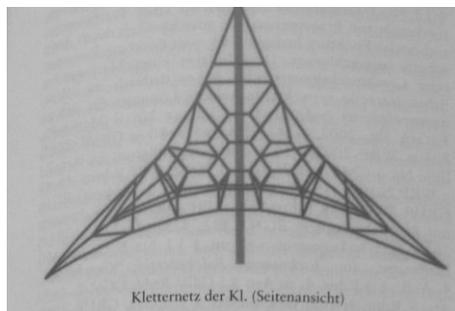
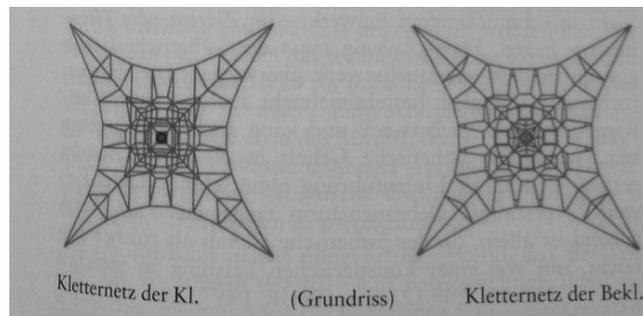
⁴⁶² BGH GRUR 2013, 951 – *Regalsystem*.

⁴⁶³ BGH GRUR 2013, 1052 – *Einkaufswagen III*.

⁴⁶⁴ BGH GRUR 2015, 909 – *Exzenterzähne*.

⁴⁶⁵ BGH GRUR 2012, 58. – *Seilzirkus*.

Innennetze miteinander verknüpften Seilen. Die Beklagten zu 1 und 2 stellen Kletternetze mit der Bezeichnung „Raumnetz Aktiv“ her und vertreiben diese. Die Netze der Klägerin und der Beklagten weisen in Abbildung, Grundriss und Seitenansicht große Übereinstimmungen auf.



Kletternetze der Klägerin und der Beklagten von verschiedenen Ansichten⁴⁶⁶

Der BGH gewährte der Klägerin trotz einer nahezu identischen Übernahme des klägerischen Kletternetzes keinen lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz, da keine besonderen Umstände vorlagen, die eine Nachahmung der Kletternetze unlauter erscheinen ließen.⁴⁶⁷ Ausdrücklich stellt der BGH fest, dass die übernommenen

⁴⁶⁶ BGH GRUR 2012, 58 f. – *Seilzirkus*.

⁴⁶⁷ BGH GRUR 2012, 58, 63 [45] – *Seilzirkus*.

Merkmale dem freien Stand der Technik angehören und unter Berücksichtigung des Gebrauchszwecks, der Verkäuflichkeit und der Verbrauchererwartung der angemessenen Lösung einer technischen Aufgabe dienen und daher die Übernahme erlaubt sei.⁴⁶⁸ Es sei „den Wettbewerbern nicht zuzumuten auf eine angemessene technische Lösung zu verzichten, um die Gefahr einer Herkunftstäuschung zu vermeiden“.⁴⁶⁹ Zumutbar sei lediglich eine unterscheidungskräftige Kennzeichnung der Produkte.⁴⁷⁰ Darüber hinaus wurde auch die Gefahr einer Herkunftstäuschung für gering eingeschätzt, da das angesprochene Publikum öffentliche Auftraggeber seien, die fachkundig und gut informiert sind.⁴⁷¹

bb) „Regalsystem“-Entscheidung

In der „Regalsystem“-Entscheidung⁴⁷² ging es um den identischen Nachbau von kompatiblen Regalelementen. Die Klägerin vertrieb ein erweiterbares Regalsystem für den Ladenbau mit dem Namen „Tegometall“.



Regalsystem der Klägerin⁴⁷³

Die Beklagte stellte ein mit dem System der Klägerin kompatibles Regalsystem her und vertrieb dieses deutschlandweit. Auf den Systemelementen der Beklagten war die Firmenbezeichnung „EDEN“ eingestanz. Abgesehen davon waren die Systemelemente sowohl optisch als auch funktionell nahezu identisch.

⁴⁶⁸ BGH GRUR 2012, 58, 63 [48] – *Seilzirkus*.

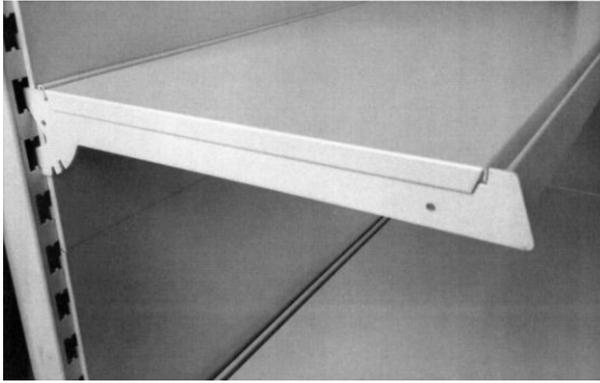
⁴⁶⁹ BGH GRUR 2012, 58, 63 [46] – *Seilzirkus*.

⁴⁷⁰ BGH GRUR 2012, 58, 63 [46] – *Seilzirkus*.

⁴⁷¹ BGH GRUR 2012, 58, 64 [49] – *Seilzirkus*.

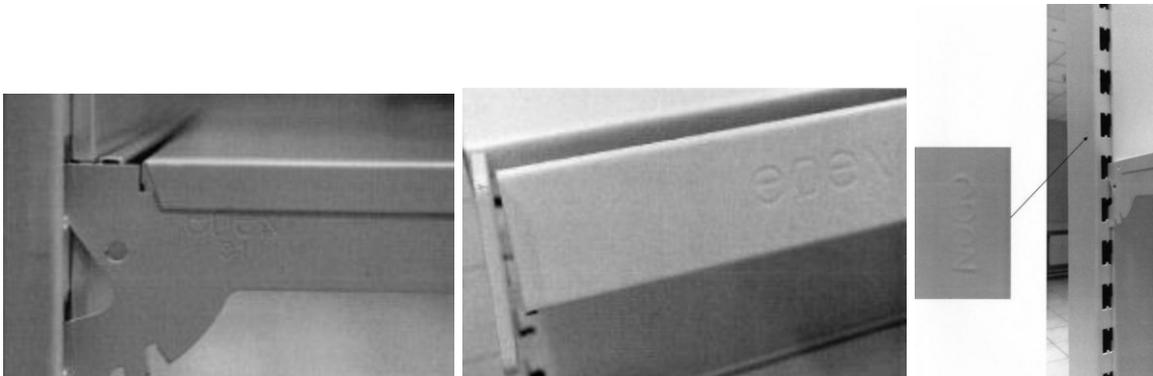
⁴⁷² BGH GRUR 2013, 951 – *Regalsystem*.

⁴⁷³ BGH GRUR 2013, 951, 952 – *Regalsystem*.



Regalsystem der Beklagten⁴⁷⁴

Die Beklagte stellte somit nicht nur eine technische, sondern auch eine ästhetische Kompatibilität mit den Originalen her. Nur durch das klein auf den Systemteilen angebrachte Firmenlogo „EDEN“ waren die Regalteile zu unterscheiden.



Produktbezeichnung „EDEN“ auf den Regalteilen der Beklagten⁴⁷⁵

Das Berufungsgericht gewährte aufgrund dessen einen Nachahmungsschutz mit der Begründung, dass zumindest in der optischen Gestaltung ein Abweichen möglich gewesen wäre, etwa durch eine veränderte Formgebung der Konsolen oder eine abweichende Farbgebung des Regalsystems. Die eingestanzte Produktbezeichnung sei hierbei nicht ausreichend gewesen.⁴⁷⁶ Der BGH hob das Berufungsurteil auf. Er stellte zwar fest, dass die kompatiblen Regalelemente in Farb- und Formgebung fast identisch nachgeahmt seien und insoweit tatsächlich die Gefahr einer Verwechslung bestehe, da die kaum sichtbare Firmenkennzeichnung nicht ausreiche.⁴⁷⁷ Ein lauterkeitsrechtlicher Nachahmungsschutz müsse dennoch ausscheiden, da die Verwechslungsgefahr vorliegend nicht vermeidbar gewesen sei.⁴⁷⁸ Die Vermeidbarkeit einer Verwechslungsgefahr müsse durch eine umfassende Interessenabwägung im Einzelfall

⁴⁷⁴ BGH GRUR 2013, 951, 952 - *Regalsystem*.

⁴⁷⁵ BGH GRUR 2013, 951, 952 - *Regalsystem*.

⁴⁷⁶ BGH GRUR 2013, 951, 952 [7] - *Regalsystem*.

⁴⁷⁷ BGH GRUR 2013, 951, 955 [32] - *Regalsystem*.

⁴⁷⁸ BGH GRUR 2013, 951, 955 [33 ff.] - *Regalsystem*.

festgestellt werden. Gerade bei kompatiblen Bauteilen sei es aber von einem herausragenden Interesse der Verbraucher, dass ein Preis- und Leistungswettbewerb zwischen den unterschiedlichen Anbietern stattfinde. Insbesondere bei Lieferschwierigkeiten bestehe ein enormes Interesse daran, den Ersatzteilbedarf über ein Konkurrenzprodukt abzudecken.⁴⁷⁹ Dabei ging der BGH erstmals über die Schutzfähigkeit von technischen Gestaltungsmerkmalen hinaus und stellte ausdrücklich fest, dass *„die Grundsätze, die der Senat bislang nur für ein in technischer Hinsicht bestehendes Kompatibilitätsinteresse angewendet hat (...) auch auf Fälle zu übertragen sind, in denen auf Seiten der Abnehmer ein anerkennenswertes Interesse an der Übereinstimmung ihrer Produkte in äußeren, nicht unter Sonderrechtsschutz stehenden Gestaltungsmerkmalen mit dem Originalerzeugnis besteht.“*⁴⁸⁰ Denn ein Kompatibilitätsinteresse sei nicht nur in technischer Hinsicht, sondern auch in äußeren Gestaltungsmerkmalen anzuerkennen. Eine Abweichung im optischen Bereich ist unzumutbar, wenn sie die Verkäuflichkeit des Produkts beeinträchtigt. *„Besteht ein Interesse der Abnehmer daran, dass sich Ersatz- und Erweiterungsprodukte nicht nur technisch, sondern auch optisch in das Regalsystem der Klägerin einfügen, kann es der Beklagten nicht verwehrt werden, die nicht unter Sonderrechtsschutz stehende Formgestaltung zu benutzen, soweit sie auf andere Weise etwa durch die Verwendung von Kennzeichen in der Werbung und auf den Erzeugnissen Herkunftsverwechslungen soweit wie möglich entgegenwirkt.“*⁴⁸¹

Mit dieser Entscheidung scheint der BGH nicht nur die „Klemmbausteine“-Rechtsprechung zum Ergänzungsbedarf aufgegeben, sondern auch erstmals technische und ästhetische Gestaltungsmerkmale gleichgesetzt zu haben. So wurde der LEGO-Doktrin mit den schon in dem „Modulgerüst“-Urteil entscheidungserheblichen Verbraucherinteressen faktisch eine Absage erteilt und die Sonderrechtsprechung zum Einschleiben in eine fremde Serie aufgegeben.

⁴⁷⁹ BGH GRUR 2013, 951, 955 [36] - *Regalsystem*.

⁴⁸⁰ BGH GRUR 2013, 951, 955 [38] - *Regalsystem*.

⁴⁸¹ BGH GRUR 2013, 951, 956 [42] - *Regalsystem*.

cc) „Einkaufswagen III“-Entscheidung

In der „Einkaufswagen III“-Entscheidung⁴⁸² ging es um den identischen Nachbau von Einkaufswagen. Die Klägerin vertreibt seit mehr als 30 Jahren den nachfolgend abgebildeten Einkaufswagen mit der Modellbezeichnung „EL“.



Einkaufswagen der Klägerin⁴⁸³

Die Beklagte stellte mit den Einkaufswagen der Klägerin kompatible Einkaufswagen mit der Modellbezeichnung „GE S“ her.



Einkaufswagen der Beklagten⁴⁸⁴

Die Einkaufswagen der Klägerin zeichneten sich insbesondere dadurch aus, dass sie ineinander geschoben und dadurch platzsparend aufgereiht werden können. Die Einkaufswagen der Beklagten können ebenfalls ineinander und darüber hinaus auch in die Einkaufswagen der Klägerin geschoben werden. Die Einkaufswagen der Beklagten waren sowohl optisch als auch funktionell nahezu identisch zu den Einkaufswagen der Klägerin. Wie auch in der „Regalsystem“-Entscheidung stellte auch hier die Beklagte

⁴⁸² BGH GRUR 2013, 1052 – *Einkaufswagen III*.

⁴⁸³ BGH GRUR 2013, 1052 – *Einkaufswagen III*.

⁴⁸⁴ BGH GRUR 2013, 1052 – *Einkaufswagen III*.

nicht nur eine technische, sondern auch eine ästhetische Kompatibilität zwischen den Einkaufswagen her.

Das Berufungsgericht gewährte der Klägerin einen Nachahmungsschutz gem. § 4 Nr. 9 lit. b UWG a.F. wegen Rufausbeutung. Der Einkaufswagen der Klägerin verfüge über wettbewerbliche Eigenart, die durch den erheblichen Markterfolg im Inland gesteigert sei. Der beanstandete Einkaufswagen der Beklagten sei eine nahezu identische Nachahmung des Modells der Klägerin. Die Unterschiede zwischen den beiden Einkaufswagen fielen nicht auf. Sie seien nur wahrnehmbar, wenn der Betrachter auf sie ausdrücklich hingewiesen werde.⁴⁸⁵ Trotz der nahezu identischen Nachahmung verneinte das Berufungsgericht eine Herkunftstäuschung gem. § 4 Nr. 9 lit. a UWG a.F.. Ebenso wie in der „Femur-Teil“-Entscheidung⁴⁸⁶ konnte es wegen der Fachkenntnis der mit dem Angebot und Kauf von Einkaufswagen ausschließlich befassten Einkäufer großer Handelsketten nicht zu einer Täuschung kommen. Das Berufungsgericht ging jedoch aufgrund der optischen Übereinstimmung davon aus, dass die Beklagte mit ihrem Produkt die Wertschätzung des Produkts der Klägerin unangemessen ausnutze, § 4 Nr. 9 lit. b Fall 1 UWG a.F.. *„Sie nehme konkret auf den beanstandeten Einkaufswagen der Klägerin Bezug und spiegle eine Gleichwertigkeit der Produkte vor. Die Beklagte müsse für ihr Modell einen größeren optischen Abstand zu dem Originalprodukt der Klägerin einhalten.“*⁴⁸⁷ Sie müsse deutlich machen, dass ihr Produkt nicht notwendigerweise gleichwertig sei. *„Die Nachahmung sei nur in dem Maße gerechtfertigt, in dem sie zur Erreichung eines effektiven Marktzutritts erforderlich sei. Damit sei die nahezu vollständige Übernahme aller frei wählbaren Gestaltungselemente nicht gerechtfertigt.“*⁴⁸⁸

Dieser Auffassung trat der BGH unter Verweis auf das „Regalsystem“-Urteil entgegen mit der Begründung, dass ein zu berücksichtigendes Kompatibilitätsinteresse auch in Fällen bestehen kann, in denen auf Seiten der Abnehmer ein aner kennenswertes Interesse an der Übereinstimmung der Produkte in äußeren, nicht mehr unter Sonderschutz stehenden Gestaltungsmerkmalen mit dem Originalerzeugnis besteht. Ein solches aner kennenswertes Interesse sah der BGH im Falle eines Ersatz- bzw. Erweiterungsbedarfs als gegeben an. Die Abnehmer haben bei Ersatz- bzw.

⁴⁸⁵ BGH GRUR 2013, 1052, 1053 [7] – *Einkaufswagen III*.

⁴⁸⁶ BGH GRUR 2010, 1125 – *Femur-Teil*, Siehe auch Seite 70.

⁴⁸⁷ BGH GRUR 2013, 1052, 1053 [7] – *Einkaufswagen III*.

⁴⁸⁸ BGH GRUR 2013, 1052, 1055 [39] – *Einkaufswagen III*.

Erweiterungsbedarf Interesse an der Verfügbarkeit auch in der äußeren Gestaltung kompatibler Konkurrenzprodukte. *„Aus dem Interesse der Wettbewerber, diesen Ersatz- und Erweiterungsbedarf durch Elemente, die mit der Produktreihe des Originalherstellers kompatibel sind, zu befriedigen und von dem nicht unter Sonderrechtsschutz stehenden Formenschatz Gebrauch zu machen, folgt, dass die Wettbewerber nicht auf Produktgestaltungen verwiesen werden dürfen, die die Verkäuflichkeit ihrer Produkte im Hinblick auf den bestehenden Ersatz- und Erweiterungsbedarf beim Originalprodukt einschränken.“*⁴⁸⁹

Mithin stellte der BGH fest, dass die Effektivität des Marktzutritts der Beklagten mit ihrem Einkaufswagen eingeschränkt wäre, wenn sie gezwungen wäre, auch nur optisch einen größeren Abstand zum Originalprodukt zu halten. Auch an der optisch nahezu identischen Nachahmung kann daher ein berechtigtes Interesse des Nachahmers bestehen.⁴⁹⁰ Der BGH stellte in dieser Entscheidung erneut technische und ästhetische Gestaltungsmerkmale gleich und bestätigte damit seine „Regalsystem“-Entscheidung.

dd) Zwischenergebnis

Mit diesen Urteilen erteilt der BGH der Sonderrechtsprechung des Einschlebens in eine fremde Serie eine klare Absage. Darüber hinaus hat sich der BGH erstmals mit der optischen Kompatibilität und deren Notwendigkeit auseinander gesetzt und ein Interesse an der nahezu identischen Übernahme von ästhetischen Gestaltungsmerkmalen bejaht.

ee) „Exzenterzähne“-Entscheidung

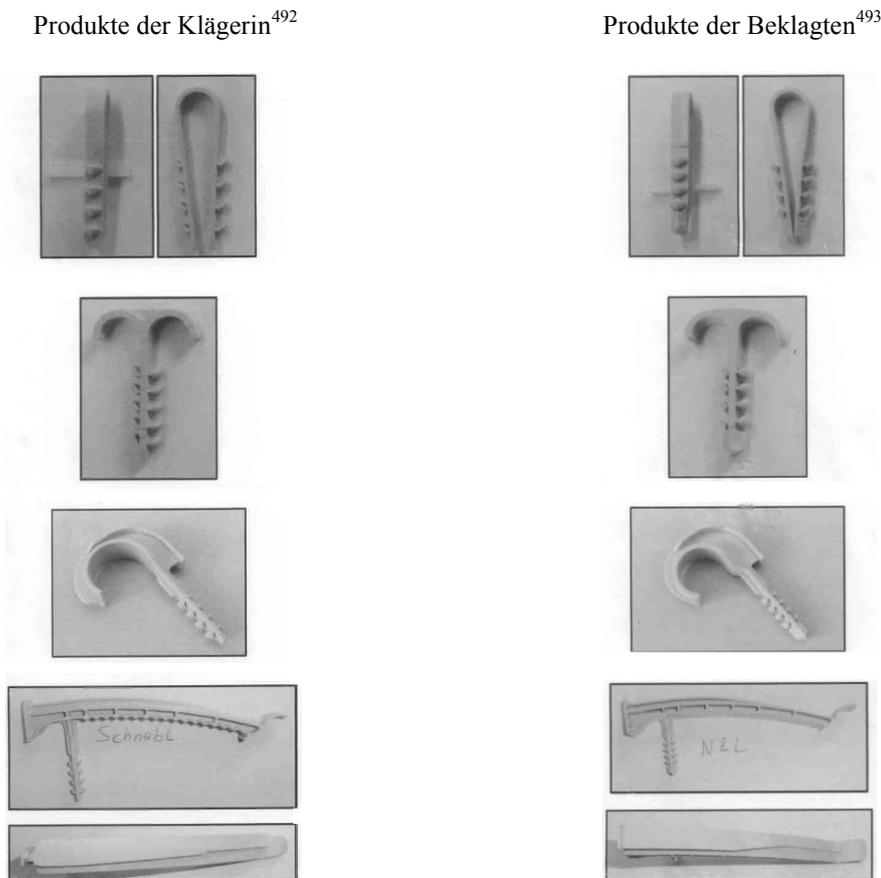
In der „Exzenterzähne“-Entscheidung⁴⁹¹ ging es um die Nachahmung von Vorrichtungen für die Befestigung von Kunststoffrohren und Leitungen mit einer besonderen Stecktechnik. Sog. Exzenterzähne an der Außenseite der Steckelemente ermöglichten eine Verankerung der Vorrichtungen in Bohrlöchern ohne weitere Hilfsmittel. Die Exzenterzähne waren bis ins Jahr 2004 durch ein Patent geschützt. Im Jahr 2009 begann

⁴⁸⁹ BGH GRUR 2013, 1052, 1055 [42] – Einkaufswagen III.

⁴⁹⁰ BGH GRUR 2013, 1052, 1055 [42] – Einkaufswagen III.

⁴⁹¹ BGH GRUR 2015, 909 – Exzenterzähne.

die Beklagte damit Stecktechnikprodukte herzustellen, die mit den Produkten der Klägerin nahezu identisch waren.



Der BGH bejahte trotz des abgelaufenen Patentschutzes zunächst die Anwendbarkeit von § 4 Nr. 9 UWG a.F. und die wettbewerbliche Eigenart der Exzenterzähne als technische Gestaltungsmerkmale.⁴⁹⁴

Der BGH führte ferner aus, dass die Übernahme dieser technischen Gestaltungsmerkmale nach Ablauf des Patentschutzes grundsätzlich frei sei und es den Wettbewerbern nicht zuzumuten sei, auf eine angemessene technische Lösung zu verzichten.⁴⁹⁵ Im Anschluss stellte der BGH fest, dass im vorliegenden Fall eine (nahezu) identische Nachahmung vorliege und daher ein strengerer Maßstab im Hinblick auf die Zulässigkeit der

⁴⁹² BGH GRUR 2015, 909, 910 – *Exzenterzähne*.

⁴⁹³ BGH GRUR 2015, 909, 910 – *Exzenterzähne*.

⁴⁹⁴ BGH GRUR 2015, 909, 911 [22 ff.] – *Exzenterzähne*.

⁴⁹⁵ BGH GRUR 2015, 909, 913 [31] – *Exzenterzähne*.

Übernahme bestehe und es dem Nachahmer zumindest zumutbar sei, der Gefahr einer Herkunftstäuschung durch eine „unterscheidende“ Kennzeichnung entgegenzuwirken.⁴⁹⁶

Der BGH hob die Entscheidung des Berufungsgerichts auf mit der Begründung, dass das Berufungsgericht nicht ausreichend geprüft habe, ob die Beklagte einer Herkunftstäuschung durch eine unterscheidende Kennzeichnung ihrer Produkte entgegengewirkt hat oder entgegenwirken könnte.⁴⁹⁷ Er ist der Auffassung, dass mit einer ausreichenden Kennzeichnung eine Herkunftstäuschung ausgeschlossen werden könnte und verwies den Fall zur erneuten Entscheidung zurück.

ff) Zusammenfassung

Mit seinen neusten Entscheidungen kehrt der BGH zu den Grundsätzen lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes bei technischen Gegenständen zurück, indem er auf den freien Stand der Technik und die Zumutbarkeit von Abweichungen eingeht, ohne eine Sonderrechtsprechung zu schaffen oder weiterzuverfolgen. In den Entscheidungen „*Regalsystem*“, „*Seilzirkus*“ und „*Einkaufswagen III*“ lehnte der BGH den Nachahmungsschutz ab und betonte die Notwendigkeit einer optischen Kompatibilität aufgrund des Ergänzungsbedarfs von Nutzern des Originalprodukts. In der „*Exzenterzähne*“-Entscheidung hob der BGH ebenfalls den freien Stand der Technik und die Nachahmung solcher Merkmale hervor, stellte aber gleichzeitig auf die Intensität der Übernahme ab und hob hervor, dass bei der nahezu identischen Übernahme ein strengerer Maßstab für die Zumutbarkeit von Abweichungen gelte.⁴⁹⁸ Der BGH stellte fest, dass es dem Wettbewerber bei einer nahezu identischen Nachahmung regelmäßig zuzumuten sei, auf eine andere angemessene technische Lösung auszuweichen, wenn er der Gefahr einer Herkunftstäuschung nicht auf andere Weise – etwa durch eine (unterscheidende) Kennzeichnung seiner Produkte – entgegenwirken kann.⁴⁹⁹ Ob eine solche unterscheidende Kennzeichnung letztlich durch das Anbringen der eigenen Marke auf der Verpackung und in der Werbung ausreichend war, um eine Täuschung über die Herkunft auszuschließen, konnte der BGH mangels Entscheidungsreife nicht feststellen und verwies die Sache zur Prüfung dieser Frage an das Berufungsgericht zurück.

⁴⁹⁶ BGH GRUR 2015, 909, 913 [35] – *Exzenterzähne*.

⁴⁹⁷ BGH GRUR 2015, 909, 913 [37] – *Exzenterzähne*.

⁴⁹⁸ BGH GRUR 2015, 909, 913 [36] – *Exzenterzähne*.

⁴⁹⁹ BGH GRUR 2015, 909, 913 [36] – *Exzenterzähne*.

g) Zwischenergebnis

Zusammenfassend betrachtet bleibt festzuhalten, dass es zwar immer wieder Entscheidungen gibt, die auf eine Trendwende hinweisen und den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz einem weiten Anwendungsbereich zuführen. Auf der anderen Seite können viele der Urteile aber auch als Einzelfallrechtsprechung angesehen werden, da der BGH in seinen jüngsten Entscheidungen zu den Grundsätzen zurückkehrt und an ihnen festhält. Es kann nur darüber spekuliert werden, ob der BGH weiterhin den kritischen Stimmen der Literatur Rechnung trägt und von allen geschilderten Sonderfällen Abstand nimmt.⁵⁰⁰

4. Ergebnis

Die Rechtsprechung zu den technischen Gestaltungsmerkmalen ist durch Uneinheitlichkeit gekennzeichnet. Es beginnt bereits bei der Definition des technischen Erzeugnisses bzw. der technischen Gestaltungsmerkmale. Diese Begriffe werden von der Rechtsprechung an verschiedenen Stellen nebeneinander verwendet, ohne dass sie jedoch die gleiche Bedeutung hätten.⁵⁰¹ Diese Unstimmigkeit wird durch unbestimmte Tatbestandsmerkmale und deren unterschiedliche Auslegung in der Rechtsprechung verstärkt. Schließlich stellt der BGH bei technischen Gestaltungsmerkmalen besondere Grundsätze auf, in der Absicht den fairen Wettbewerb aufrechtzuerhalten, was insbesondere im Bereich der Technik notwendig ist, in dem ein besonders hohes Freihalteinteresse besteht.⁵⁰² Problematisch ist dabei, dass die aufgestellten Grundsätze nicht durchweg beachtet, sondern durch zahlreiche Entscheidungen durchbrochen wurden. Die verschiedenen Versuche der Rechtsprechung, den Anwendungsbereich des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes bei technischen Merkmalen einzugrenzen, sind dabei mehr oder minder erfolgreich verlaufen. Zwar gelangte der BGH aufgrund seiner aufgestellten Kriterien in einigen Entscheidungen zu einem Ausschluss des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes.⁵⁰³ Auf der anderen Seite gewährte der

⁵⁰⁰ so im Ergebnis auch: *Schlingloff* in *Schrader/Jähnich*, Fortschritt durch Nachahmung, S. 77.

⁵⁰¹ Zu diesem Ergebnis ausführlich auf Seite 51.

⁵⁰² *Köhler*, in *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rnr. 3.49.

⁵⁰³ BGH GRUR 2013, 1052 – *Einkaufswagen III*; BGH GRUR 2012, 58 – *Seilzirkus*; BGH GRUR 2007, 339 – *Stufenleiter*; BGH GRUR 1996, 210 – *Vakuumpumpen*; BGH GRUR 1968, 591 – *Pulverbehälter*.

BGH einen Nachahmungsschutz in einigen Fällen mit ungewöhnlichen Argumenten.⁵⁰⁴ In den Urteilen rückte das Tatbestandsmerkmal der Unzumutbarkeit abweichender Lösungen in den Hintergrund und der Schwerpunkt wird auf die (fast) identische Übernahme gelegt, die trotz zahlreicher Abweichungsmöglichkeiten erfolgte.⁵⁰⁵ Obwohl der Grundsatz, der an einer generellen Unzumutbarkeit von Abweichungen bei der Übernahme angemessener Lösungen technischer Aufgaben anknüpft, überzeugend ist, wurde er nicht immer angewandt. Er ist geeignet, den freien Stand der Technik zu begründen und es dem Nachahmer zu ermöglichen, eine gemeinfrei gewordene technische Lösung übernehmen zu können, ohne fragen zu müssen, ob es eventuell abweichende Gestaltungsmöglichkeiten gibt, und damit geeignet den Tatbestand einzugrenzen. Jedoch fand dieser Grundsatz in der Rechtsprechung eine Einschränkung durch den Grad der Nachahmung. Der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit finde dort seine Grenze, wo eine identische Nachahmung trotz Ausweichmöglichkeiten vorliegt, da eine identische Nachahmung immer zu einer Täuschung über den Hersteller führe.⁵⁰⁶ Ob aber die nicht genutzten abweichenden Gestaltungsmöglichkeiten zumutbar waren oder nicht wurde nicht überprüft.

Dieses Ergebnis ist von Rechtsunsicherheit geprägt. Ob Abweichungsmöglichkeiten vorliegen oder nicht, bzw. wann und inwiefern nach anderen Möglichkeiten geforscht werden muss, ist ungewiss und macht den Nachahmungsschutz unberechenbar. Es scheint, dass mit der Rechtsprechung alles, was auf der Stufe der Unzumutbarkeit von Abweichungen als Grundsatz aufgestellt wird, auf der nächsten Stufe revidiert und bei einer nahezu identischen Übernahme entgegengesetzt gelöst wird. Bei einer identischen Übernahme liege demnach immer eine Unlauterkeit vor, die sich allenfalls durch ausreichende Kennzeichnung ausschließen lasse.⁵⁰⁷ Doch auch über die Geeignetheit von Kennzeichnungen herrscht wiederum Unsicherheit, da die Rechtsprechung auch hier unterschiedliche Entscheidungen getroffen hat. Während der BGH bei der *Klemmbausteine-III*-Entscheidung die Kennzeichnung auf der Verpackung ausreichen ließ⁵⁰⁸, verlangt er bei der *Noppenbahnen*-und auch der *Modulgerüst*-Entscheidung eine

⁵⁰⁴ BGH GRUR 2010, 80 – *LIKEaBIKE*; BGH GRUR 2009, 1073 – *Ausbeinmesser*; BGH GRUR 2007, 984 – *Gartenliege*; BGH GRUR 2002, 86 – *Laubhefter*; BGH GRUR 1996, 1106 – *Rollstuhlnachbau*.

⁵⁰⁵ BGH GRUR 2010, 80, 82f. [28, 39] – *LIKEaBIKE*.

⁵⁰⁶ *Loschelder*, VPP- Rundbrief 2/2004, 40, 45; *Ohly*, GRUR 2010, 487, 492.

⁵⁰⁷ *Köhler*, in *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rnr. 3.49; *Loschelder*, VPP- Rundbrief 2/2004, 40, 44.

⁵⁰⁸ BGH GRUR 2005, 349, 352 – *Klemmbausteine III*.

gut sichtbare und nicht ablösbare Kennzeichnung der Ware selbst.⁵⁰⁹ Jedoch selbst die Kennzeichnung der Ware wurde vom BGH als nicht ausreichend angesehen, wenn die Produktbezeichnungen von Original und Nachahmung auf der Ware aufgrund des gleichlaufenden Wortsinns sich nicht hinreichend unterscheiden.⁵¹⁰

Darüber hinaus sorgt für große Unsicherheit die von der Rechtsprechung entwickelte Besonderheit bei dem Tatbestandsmerkmal der wettbewerblichen Eigenart. Es ist fraglich, ob eine Abgrenzung von technisch notwendigen und technisch nicht zwingenden Merkmalen auf der ersten Stufe notwendig ist, wenn diese Merkmale auf der zweiten Stufe wieder weitgehend gleichgestellt werden. Es ist insoweit in der Literatur bereits die Rede von der Aufgabe dieser Unterscheidung.⁵¹¹ Jedoch hält der BGH an dieser Unterscheidung fest und stellt damit ein zusätzliches Kriterium auf, das die Entscheidungen undurchsichtiger macht. Darüber hinaus ist auch die Subsumtion unter den Begriff der Notwendigkeit technischer Gestaltungsmerkmale nicht immer nachvollziehbar. Der BGH verlangt bei der Abgrenzung von notwendigen technischen Merkmalen zunächst einen „bestimmten technischen Erfolg“ bzw. „gleichwertige Lösungen“.⁵¹² Er stellt dann jedoch bei der Subsumtion auf die Erreichung des Gebrauchszwecks ab, der auch durch andere, nicht gleichwertige, aber „brauchbare“⁵¹³ Lösungen erreichbar sei.

Manche Urteile weisen Unstimmigkeiten zu anderen auf und erwecken dadurch den Eindruck am Ergebnis orientiert zu sein.⁵¹⁴ Teilweise wird nur in eine Richtung argumentiert und ein lauterkeitsrechtlicher Schutz abgelehnt⁵¹⁵, und in ebenso vielen Fällen wird der Schutz durch eine besondere Argumentation bejaht.⁵¹⁶ Diese ständig wechselnde Rechtsprechung macht den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz unberechenbar und anfällig für Kritik.

⁵⁰⁹ BGH GRUR 2002, 275, 277 – *Noppenbahn.*; BGH GRUR 2000, 521, 524f. – *Modulgerüst.*

⁵¹⁰ BGH GRUR 2010, 80, 84 [43] – *LIKEaBIKE.*

⁵¹¹ *Loschelder*, VPP-Rundbrief 2/2004, 40, 42.

⁵¹² BGH GRUR 2002, 820, 822 – *Bremszangen*, BGH GRUR 2007, 339, 342 [27] – *Stufenleiter.*

⁵¹³ BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahnen.*

⁵¹⁴ *Ohly*, GRUR 2010, 487, 494.

⁵¹⁵ BGH GRUR 2012, 58 – *Seilzirkus*; BGH GRUR 2007, 339 – *Stufenleiter*; BGH GRUR 1996, 210 – *Vakuumpumpen*; BGH GRUR 1968, 591 – *Pulverbehälter.*

⁵¹⁶ BGH GRUR 2010, 80 – *LIKEaBIKE*; BGH GRUR 2009, 1073 – *Ausbeinmesser*; BGH GRUR 2007, 984 – *Gartenliege*; BGH GRUR 2002, 86 – *Laubhefter*; BGH GRUR 1996, 1106 – *Rollstuhlnachbau.*

Die neusten Entscheidungen des BGH⁵¹⁷ weisen jedoch eine Tendenz dahingehend auf, dass er sich von der Sonderrechtsprechung abwendet und zu den Grundsätzen des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes zurückkehrt.

IV. Gesamtergebnis Teil 1

Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz unterliegt einer bedeutenden Kritik, da er der Nachahmungsfreiheit entgegensteht. Aufgrund dessen sollte der Anwendungsbereich des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes, insbesondere im Hinblick auf den freien Stand der Technik und den technischen Fortschritt, klar umgrenzt sein. Insbesondere seine Unvorhersehbarkeit und Unbestimmtheit waren Mittelpunkt der Kritik.⁵¹⁸ Zu der Unbestimmtheit trägt neben dem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal der wettbewerblichen Eigenart auch die entwickelte Wechselwirkungslehre bei, da diese einen weiten Auslegungsspielraum für das Gericht eröffnet.⁵¹⁹ Das kaum fassbare Tatbestandsmerkmal der wettbewerblichen Eigenart in Kombination mit der Wechselwirkungslehre lädt geradezu zur Einzelfallrechtsprechung ein. Die Wechselwirkung der Tatbestandsmerkmale und die jeweils unterschiedliche Gewichtung machen das Ergebnis des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes unvorhersehbar. Die Problematik der Rechtsunsicherheit lässt sich insbesondere bei den technischen Gestaltungsmerkmalen wiederfinden, die durch die Sonderrechtsprechung des BGH verschärft wird. Der BGH schuf in seiner Rechtsprechung neue und ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzungen, die den Überblick zusätzlich erschweren, da sie einer zusätzlichen richterlichen Auslegung bedürfen. Das Ergebnis, wann ein Nachahmungsschutz gewährt wird und wann nicht, unterliegt in erster Linie der richterlichen Würdigung im Einzelfall⁵²⁰ und ändert sich daher auch von Fall zu Fall.

Auf der anderen Seite wird jedoch oft übersehen, dass es gerade der Sinn und Zweck des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes ist, auf den Einzelfall zugeschnitten zu sein und eine komplett einheitliche Rechtsprechung nicht möglich ist. Die auf den Einzelfall bezogene Rechtsprechung ist das, was den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz

⁵¹⁷ BGH GRUR 2013, 1053 – *Einkaufswagen III*; BGH GRUR 2013, 951 – *Regalsystem*.

⁵¹⁸ *Götting*, in Fezer UWG, § 4-9 Rnr. 30.

⁵¹⁹ *Schlingloff* in *Schrader/Jähnich*, Fortschritt durch Nachahmung, S. 75f.

⁵²⁰ BGH GRUR 2001, 443, 445 – *Vienetta*, BGH GRUR 2013, 951, 955 [34] – *Regalsystem*.

ausmacht und was ihn von den Sonderschutzrechten abgrenzt.⁵²¹ Nur durch die Anwendung der Grundsätze auf den konkreten Einzelfall kann man der Nachahmungsfreiheit gerecht werden und den Nachahmungsschutz von den Sonderschutzrechten abgrenzen.

Die inkonsequente Anwendung der Grundsätze ist jedoch genau das Problem und nicht die Einzelfallrechtsprechung an sich. Es herrscht insoweit eine Spannung zwischen Theorie und Praxis.⁵²² Denn während in der Theorie die einzelfallbezogenen Ergebnisse anhand der bekannten Grundsätze erarbeitet werden, wodurch Rechtssicherheit und eine gewisse Vorhersehbarkeit gegeben ist, neigt die Praxis dazu, die Fälle nicht nur im Einzelfall anhand der gegebenen Grundsätze zu entscheiden, sondern daneben neue Kriterien und Voraussetzungen zu schaffen, die mal zu einem sehr weiten und mal zu einem sehr engen Anwendungsbereich führen.

Dieses Auseinanderfallen von Theorie und Praxis und die ständig wechselnde Rechtsprechung machen den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz unberechenbar und unüberschaubar. Die Kritik der Lehre an der Rechtsprechung ist mithin nicht unbegründet. In den letzten Urteilen des BGH⁵²³ ist jedoch eine gewisse Wende und eine Abkehr von der Sonderrechtsprechung zu erkennen. Es bleibt insoweit zu hoffen, dass der Trend in den neueren Urteilen, der zurück zu den Grundsätzen zu führen scheint, beibehalten wird.

⁵²¹ Zum Wesen des Nachahmungsschutzes oben auf Seite 21, und zum Verhältnis zu den Sonderschutzrechten sogleich unten auf Seite 119ff..

⁵²² *Sambuc*, UWG-Nachahmungsschutz, Rnr. 18.

⁵²³ BGH GRUR 2012, 58. – *Seilzirkus*; BGH GRUR 2013, 1052 – *Einkaufswagen III*; BGH GRUR 2013, 951 – *Regalsystem*; BGH GRUR 2015, 909 – *Exzenterzähne*.

Teil 2: Vergleich zu ästhetischen Gestaltungsmerkmalen

I. Einleitung

Wie schon bei der historischen Entwicklung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes⁵²⁴ erwähnt, herrschte bereits um 1920 ein Streit in Rechtsprechung und Literatur über die Rechtfertigung der Differenzierung von technischen und nichttechnischen Gestaltungsmerkmalen.⁵²⁵ Zu diesem Konflikt soll nun im Folgenden Stellung genommen werden.

II. Die kontroverse Frage der Differenzierung

In Rechtsprechung und Lehre wird seit jeher zwischen technischen und ästhetischen Merkmalen unterschieden.⁵²⁶

Im vorherigen Kapitel wurde aufgezeigt, dass es im Bereich der technischen Gestaltungsmerkmale eine Sonderrechtsprechung gibt, die insbesondere auf das hohe Freihaltebedürfnis im technischen Bereich gestützt wird.⁵²⁷ Aufgrund des Grundsatzes, dass der Stand der Technik und die technischen Lehren für jedermann frei benutzbar sein sollen,⁵²⁸ wird ein über die Sonderschutzrechte hinausgehender Schutz technischer Gestaltungen eher kritisch bewertet und teilweise abgelehnt. Im ästhetischen Bereich hingegen sollen nach überwiegender Auffassung diese Grundsätze nicht gelten, da dort kein besonderes Freihaltebedürfnis bestehe.⁵²⁹

⁵²⁴ Hierzu auf Seiten 5 ff.

⁵²⁵ RGZ 120, 94 – *Huthaken*; KG GRUR 1925, 40 – *Multigraph*; *Osterrieth*, GRUR 1925, 131, 133; *Seligsohn*, GRUR 1926, 240, 246 f.; *Nerretter*, GRUR 1936, 290, 296; *Reimer*, GRUR 1933, 454, 458, 464; *Isay*, GRUR 1928, 421, 422 ff.; *Gewiese*, GRUR 1935, 634, 637.

⁵²⁶ RGZ 120, 94 – *Huthaken*; KG GRUR 1925, 40 – *Multigraph*; *Osterrieth*, GRUR 1925, 131, 133; *Seligsohn*, GRUR 1926, 240, 246 f.; *Nerretter*, GRUR 1936, 290, 296; *Reimer*, GRUR 1933, 454, 458, 464.

⁵²⁷ *Wiebe*, in MünchKomm UWG, § 4 Nr. 9, Rnr. 99.

⁵²⁸ BGH GRUR 1968, 591, 592 – *Pulverbehälter*; *Götting*, in Fezer, § 4-9 Rnr. 96; *Köhler*, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.49. *Wiebe*, in MünchKomm UWG, § 4 Nr. 9, Rnr. 100.

⁵²⁹ *Krüger/Gamm*, WRP 2004, 978, 984; *Köhler*, in Köhler/Bornkamm § 4 Rnr. 3.48.

Dabei stellt sich die Frage, ob eine solche Unterscheidung gerechtfertigt ist. Es gibt seit Entwicklung der Differenzierung zwischen Technik und Ästhetik Stimmen in der Literatur, die sich gegen eine solche ausgesprochen haben.⁵³⁰ Die Argumente sowohl für als auch gegen eine Differenzierung sollen im Folgenden untersucht und überprüft werden.

1. Argumente für eine Differenzierung

Literatur und Rechtsprechung führen für die Rechtfertigung der Unterscheidung mehrere Argumente an:

Bei ästhetischen Leistungen bestehe eine Vielfalt an Gestaltungsmöglichkeiten, was bei technischen Gestaltungen nicht der Fall sei.⁵³¹ Ein Ausweichen auf andere Gestaltungsformen sei in aller Regel zumutbar, weil ein größerer Abweichungsspielraum bestehe.⁵³² Dieser größere Spielraum ergebe sich daraus, dass die Hersteller bei ästhetischen Gestaltungsmerkmalen nicht durch die Naturgesetze eingeschränkt seien.⁵³³ Es gehe bei ästhetischen Merkmalen gerade nicht um die Erreichung einer bestimmten Funktion. Durch die funktionale Diktatur sei der Erfinder gebunden.⁵³⁴ Darüber hinaus wird angeführt, dass die Allgemeinheit ein sehr großes Interesse an der Gemeinfreiheit technischer Lösungen habe.⁵³⁵ Der freie Stand der Technik habe eine weitaus größere Bedeutung als die Ästhetik.⁵³⁶ Beim Verbraucher bestehe ein großes Interesse am Zugang zu der neusten technischen Entwicklung, da jeder am technischen Fortschritt teilhaben möchte.⁵³⁷ Durch Nachahmung von technischen Gestaltungsmerkmalen werde die Teilhabe jedem ermöglicht, da eine Produktvielfalt entstehe und Preise sinken.⁵³⁸ Technische Gestaltungen seien für die Gesellschaft wertvoller, da sie nützliche Erfindungen hervorbringen, die den Alltag leichter machen würden. Im ästhetischen Bereich hingegen bestehe kein derart großes Interesse der Öffentlichkeit daran, dass eine

⁵³⁰ *Isay*, GRUR 1928, 421, 422 ff.; *Gewiese*, GRUR 1935, 634, 637; *Callmann*, GRUR 1928, 430, 435.

⁵³¹ *Sambuc*, UWG-Nachahmungsschutz, Rnr. 167; *Wiebe*, in MünchKomm UWG, § 4 Nr. 9, Rnr. 99.

⁵³² BGH GRUR 1969, 618, 620 – *Kunststoffzähne*; GRUR 1970, 244, 246 – *Spritzgussengel*; *Köhler*, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.47f.

⁵³³ *Raue*, Nachahmungsfreiheit, S. 30.

⁵³⁴ *Sambuc*, UWG-Nachahmungsschutz, Rnr. 167.

⁵³⁵ *Rauda*, GRUR 2002, 38, 42.

⁵³⁶ *Krüger/Gamm*, WRP 2004, 978, 984.

⁵³⁷ *Rauda*, GRUR 2002, 38, 42; *Nerretter*, GRUR 1936, 290, 296.

⁵³⁸ *Raue*, Nachahmungsschutz, S. 26f.

ästhetische Gestaltung alsbald frei werde.⁵³⁹ Denn ästhetische Gestaltungen seien keine für die Allgemeinheit wertvolle praktisch-funktionale Schöpfung, sondern sprechen lediglich das ästhetische Empfinden an.⁵⁴⁰ Technik werde grundsätzlich mit Fortschritt in Verbindung gebracht, während Ästhetik nur schön anzusehen sei.⁵⁴¹ Eine Differenzierung in ästhetische und technische Gestaltungen und ein eingeschränkter Schutz bei letzteren seien daher gerechtfertigt.

2. Prüfung der Argumente anhand der Rechtsprechung

Ob die gerade dargelegten Argumente überzeugen können, soll anhand von mehreren Beispielen aus der Rechtsprechung zu ästhetischen Gestaltungsmerkmalen überprüft werden. Denn auch im ästhetischen Bereich hat sich eine Sonderrechtsprechung herausgebildet, die im Folgenden näher betrachtet werden soll.

a) Saisonschutz-Rechtsprechung

aa) „Modeneuheit“-Entscheidung

In der „Modeneuheit“-Entscheidung aus dem Jahr 1973 befasste sich der BGH mit Modeschöpfungen und deren Kurzlebigkeit auf dem Markt.⁵⁴² Der BGH gewährte der Modeneuheit einen Nachahmungsschutz gegen (fast) identische Nachahmungen, da das Modeerzeugnis durch eine individuelle ästhetische Gestaltung geprägt sei.⁵⁴³ Das Vorliegen von Unlauterkeitsmerkmalen wurde vom BGH als zwingende Voraussetzung für den Schutz nach dem UWG in Abgrenzung zu den Sonderschutzrechten angeführt und bejaht. Tatsächlich lagen jedoch solche besonderen Umstände nicht vor. Der BGH bejahte den Nachahmungsschutz mit den Argumenten, dass modische Erzeugnisse besonders stark dem Wandel des Geschmacks unterlägen und nach Ablauf einer Saison quasi unverkäuflich seien.⁵⁴⁴ Es bestehe daher nur eine sehr kurze Zeitspanne, in der die

⁵³⁹ RGZ 120, 94, 98 – *Huthaken*; *Fock*, Unmittelbarer Leistungsschutz, Rnr. 36.

⁵⁴⁰ RGZ 120, 94, 98 – *Huthaken*.

⁵⁴¹ RGZ 120, 94, 98 – *Huthaken*.

⁵⁴² BGH GRUR 1973, 478 – *Modeneuheit*.

⁵⁴³ BGH GRUR 1973, 478, 480 – *Modeneuheit*; *Fezer*, WRP 1993, 63, 66.

⁵⁴⁴ BGH GRUR 1973, 478, 480 – *Modeneuheit*; *Dorndorf*, Herkunftstäuschung, Rnr. 201

Entwicklungskosten amortisiert und ein Gewinn erzielt werden könne. Dürfte in dieser kurzen Zeit auch noch schrankenlos nachgeahmt werden, würde dies den ErsthHersteller um die Möglichkeit seines Gewinns bringen.⁵⁴⁵ Aufgrund der starken Konkurrenzlage auf dem Modemarkt sei es für den Hersteller äußerst schwierig, sich mit neuen und besonderen Gestaltungen abzuheben, weshalb die Entwicklung solcher Modeneuheiten viel Zeit und Arbeit in Anspruch nehme, gleichzeitig aber nur eine sehr kurze Zeit zur Verfügung stehe, die aufgewendete Arbeit und Zeit zu amortisieren. Es sei daher gerechtfertigt, diese Arbeit zumindest für eine Saison vor jeglicher Nachahmung zu schützen, um eine Amortisierung sicherzustellen.⁵⁴⁶ Ein Eingehen auf Unlauterkeitsmerkmale wie die Herkunftstäuschung, oder die Rufausbeutung fand in der weiteren Entscheidung nicht statt. Die Urteilsbegründung erinnerte dabei an die anfänglichen Entscheidungen des Reichsgerichts zum Nachahmungsschutz, bei denen ebenfalls die „Kosten und Mühen“ und die „Früchte der Arbeit“ im Vordergrund standen.⁵⁴⁷ Der BGH kehrte mit seinem Urteil zum Belohnungs- und Amortisationsgedanken hinsichtlich einer besonders schutzwürdigen Leistung zurück, ein Gedanke, der vor Jahrzehnten aufgegeben worden war.

bb) „Hemdblusenkleid“-Entscheidung

In gleicher Weise ging der BGH auch bei der „Hemdblusenkleid“- Entscheidung⁵⁴⁸ vor, wo ebenfalls die besondere Schutzwürdigkeit der Leistung im Vordergrund stand. In dieser Entscheidung entwickelte der BGH die rechtserheblichen Kriterien weiter, die die Schutzwürdigkeit einer Modeschöpfung zu begründen vermögen.⁵⁴⁹ Dabei stellte der BGH fest, dass sich die Wettbewerbswidrigkeit nicht aus einer vermeidbaren Herkunftstäuschung ergebe, da es im ästhetischen Bereich nicht auf eine besondere betriebliche Herkunftshinweisfunktion ankomme. Entscheidend sei vielmehr, dass es sich bei der Modekreation um eine überdurchschnittliche und herausragende Schöpfung handele, die durch individuelle ästhetische Gestaltungsmerkmale geprägt sei,⁵⁵⁰ und es

⁵⁴⁵ BGH GRUR 1973, 478, 480 – *Modeneuheit; Wiebe*, in MünchKomm UWG, § 4 Rnr. 223.

⁵⁴⁶ BGH GRUR 1973, 478, 480 – *Modeneuheit; Fock*, Unmittelbarer Leistungsschutz, Rnr 498f.

⁵⁴⁷ RGZ 73, 294, 297 – *Schallplatten*.

⁵⁴⁸ BGH GRUR 1984, 453 – *Hemdblusenkleid*.

⁵⁴⁹ *Fezer*, WRP 1993, 63, 66.

⁵⁵⁰ *Kiethe/Groeschke*, WRP 2006, 794.

dem Modeschöpfer unmöglich sei, seine Kosten für den Entwurf dieser Modeschöpfung in der laufenden Modesaison zu amortisieren.⁵⁵¹

cc) „Trachtenjanker“-Entscheidung

Mit der „Trachtenjanker“-Entscheidung⁵⁵² setzte der BGH die entwickelte Rechtsprechung fort, beschränkte aber den Schutz hier nicht mehr auf eine Saison, sondern gewährte dem Designer zwei Jahre Schutz, da die Trachtenmode eher an klassischen Formen orientiert sei und keinem so raschen Wandel unterliege.⁵⁵³

dd) „Jeans“-Entscheidung

In der „Jeans“-Entscheidung⁵⁵⁴ gewährte der BGH einer Jeanshose einen Nachahmungsschutz, da sie durch die „auffälligen, hochgewölbten Knieapplikationen in eigenartiger Form“⁵⁵⁵ eine wettbewerbliche Eigenart aufwies.

Neu war in diesem Urteil, dass der Nachahmungsschutz nicht von vornherein auf eine oder zwei Modesaisons beschränkt wurde, dass der Modeschöpfer den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz im Einzelfall zeitlich unbegrenzt beanspruchen könne, wenn die besonders originelle Gestaltung als Hinweis auf die betriebliche Herkunft angesehen werden kann.⁵⁵⁶

Die Rechtsprechung bewegte sich in der Modebranche also von einer Saisonrechtsprechung und einer zeitlichen Begrenzung zu einem zunächst zeitlich unbegrenzten Nachahmungsschutz hin. Solange die Modeschöpfung also einzigartig ist, könne sie durch den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz Schutz erfahren.⁵⁵⁷

⁵⁵¹ Fezer, WRP 1993, 63, 66.

⁵⁵² BGH GRUR 1998, 477 – *Trachtenjanker*.

⁵⁵³ Schröder, Unmittelbarer Leistungsschutz, Rnr. 502.

⁵⁵⁴ BGH GRUR 2006, 79 – *Jeans I*.

⁵⁵⁵ BGH GRUR 2006, 79, 81[22] – *Jeans I*.

⁵⁵⁶ BGH GRUR 2006, 79, 81[24] – *Jeans I*.

⁵⁵⁷ Kiethe/Groeschke, WRP 2006, 794.

ee) Stellungnahme

Der Schutz des Modeerzeugnisses wurde in jedem der Urteile mit der Begründung gewährt, dass die jeweiligen Erzeugnisse eine überdurchschnittliche wettbewerbliche Eigenart besaßen. Anknüpfungspunkt war in erster Linie die Modeschöpfung selbst, ohne dass es auf die Zumutbarkeit von Abweichungen ankam.⁵⁵⁸ Ein Schutz der Modeerzeugnisse wurde in erster Linie aufgrund ihres Designs gewährt, da dieses als besonders schutzwürdig angesehen wurde.⁵⁵⁹ Die besonderen Umstände rückten in den Hintergrund.⁵⁶⁰

In den Entscheidungen zu den Modeneuheiten wird deutlich, dass es auch im ästhetischen Bereich nicht grundsätzlich weitreichende Abweichungsmöglichkeiten gibt. In den Urteilen wurde eine Zumutbarkeit von Abweichungen nicht geprüft, da von vornherein feststand, dass eine Abweichung grundsätzlich nicht möglich sei aufgrund des aktuellen Trends. Innerhalb dieser meist kurzlebigen Trends gibt es aber wiederum keine Abweichungsmöglichkeiten. Denn gefragt ist nur, was gerade „in“ ist. Eine abweichende Kreation würde sich also nicht verkaufen. Insoweit wäre der Saisonrechtsprechung zuzustimmen. Das Argument der Kurzlebigkeit des Trends ist nicht von der Hand zu weisen. Ein Widerspruch tritt jedoch in der „Jeans“-Entscheidung auf, in der die Einzigartigkeit ein wichtiger Anknüpfungspunkt für den Nachahmungsschutz war. Der BGH drehte sich in dieser Entscheidung mit seiner Begründung im Kreis, indem er einen Schutz solange gewähren will, solange die Modeschöpfung einzigartig ist. Macht sich der Originalhersteller also die Mühe, jegliche Nachahmer auf Unterlassung zu verklagen und dadurch von einer Nachahmung abzuhalten, bliebe die Modeschöpfung auf ewig einzigartig und erhielte solange einen Schutz. Wäre der Originalhersteller dagegen einmal nachlässig und erwehrte sich nicht gegen eine Nachahmung, verlöre seine Schöpfung die Einzigartigkeit und in der Folge den Nachahmungsschutz.⁵⁶¹

⁵⁵⁸ *Wiebe*, in MünchKomm UWG, § 4 Nr. 9, Rnr. 224; *Fock*, Unmittelbarer Leistungsschutz, Rnr 497.

⁵⁵⁹ *Keller*, Festschrift für Erdmann, S: 602.

⁵⁶⁰ *Fezer*, WRP 1993, 63, 66.

⁵⁶¹ BGH GRUR 1998, 830, 833 – *Les-Paul-Gitarren*; *Kieth/Groeschke*, WRP 2006, 794, 800.

b) Sonstige ästhetische Gestaltungsmerkmale

Aber nicht nur Mode, auch Einrichtung oder Dekoration unterliegen einem ständigen Wandel und passen sich dem jeweils aktuellen Geschmack der Verbraucher an.

Aus diesem Grund hat sich auch außerhalb der Mode eine Sonderrechtsprechung zu ästhetischen Gestaltungsmerkmalen entwickelt.

aa) „Tchibo/Rolex“-Entscheidung

In der „Tchibo/Rolex I“-Entscheidung⁵⁶² befasste sich der BGH mit der Billignachahmung bekannter Rolexuhren. Die Kaffee-Rösterei „Tchibo“ bietet neben Kaffeeprodukten unter anderem auch Kleidung, Haushaltsartikel und sonstige Produkte an. Im Jahr 1984 bot „Tchibo“ in seinem Sortiment Uhren mit dem Namen „Royal“ an, die dem Rolex-Modell „Rolex Oyster Perpetual Date“ ähnelten. Der BGH gewährte den Rolexuhren einen Nachahmungsschutz und untersagte die Nachahmung der Uhren durch „Tchibo“. Eine Irreführung der Abnehmer der Uhren schloss der BGH aus, so dass eine Herkunftstäuschung ausschied. Die Nachahmung wurde jedoch als unlauter angesehen, da eine unangemessene Rufausbeutung und -schädigung vorliege.⁵⁶³ Formal stellte der BGH auf eine Rufausbeutung bzw. -schädigung ab, deren Voraussetzungen tatsächlich jedoch nicht vorlagen: Wie bereits oben erläutert⁵⁶⁴ kann eine Rufausbeutung zwar auch dann vorliegen, wenn eine Täuschung der Verbraucher ausgeschlossen ist, nämlich wenn es auf sonstige Weise zu einer Übertragung der Güte- und Qualitätsvorstellungen kommt.⁵⁶⁵ Dies ist immer dann der Fall, wenn die potentiellen Kunden davon ausgehen, dass die Nachahmung eine ebenso gute Qualität wie das Original aufweist und die Nachahmung deshalb kaufen. Eine Übertragung von Qualitäts- bzw. Gütevorstellungen war im vorliegenden Fall jedoch nicht gegeben. Jedenfalls ist davon auszugehen, dass den Verbrauchern beim Kauf der Uhren bewusst war, dass die „Tchibo“-Uhr für etwa 20,00 € nicht die Qualität der originalen „Rolex“-Uhr aufweisen würde, welche in der Regel mehrere tausend Euro kostet. Obwohl keine Übertragung von Gütevorstellungen bei dem Käufer stattfand, nahm der BGH eine Rufausbeutung an mit der Begründung,

⁵⁶² BGH GRUR 1985, 876 – *Tchibo/Rolex I*.

⁵⁶³ BGH GRUR 1985, 876, 877 – *Tchibo/Rolex I*.

⁵⁶⁴ Hierzu auf S. 39.

⁵⁶⁵ BGH GRUR 2010, 1125, 1128 [42] – *Femur-Teil*.

dass zwar nicht der Käufer selbst getäuscht werde, wohl aber der Verkehrskreis, der die Uhr bei dem Käufer sehe und irrig davon ausgehe, dass der Käufer eine echte Rolex-Uhr trage. Dies würde den Verbraucher dazu verleiten eine solche „Billig-Nachahmung“ zu kaufen, um damit bei anderen den Anschein zu erwecken, dass er sich eine echte Rolex-Uhr leisten könne. Unlauterkeitsbegründend war für den BGH letztendlich das *„Anhängen an den Prestigewert und guten Ruf eines fremden Erzeugnisses, um den Verkauf der eigenen billigen Nachahmung zu fördern“*⁵⁶⁶. Eine zusätzliche Rufschädigung wurde vom BGH nicht gefordert. Die Begründung birgt eine große Gefahr einem Hersteller eines berühmten und exklusiven Produkts ein zeitlich unbegrenztes Monopol zu schaffen. Der BGH lässt nämlich die Konturen einer wettbewerblich relevanten Rufausbeutung vollständig offen, indem er nicht klarstellt, welches Ausmaß der ausgebeutete Ruf haben muss und wie dies gemessen werden soll. Offen bleiben bei der Entscheidung viele Fragen wie: Muss die Rufausbeutung auch zu einer Schädigung des Rufes des Originalherstellers führen? Ist der gute Ruf nur schutzfähig, wenn er sich auf Beschaffenheit und Qualität bezieht oder genügt die reine Bekanntheit und „Exklusivität“ an sich? Ist neben der unmittelbaren ausdrücklichen Anlehnung auch die mittelbare Ausbeutung wettbewerbswidrig? Der BGH legte nicht dar, auf welchem Wege er zur Annahme der Rufausbeutung gelangte und welchem Einzelelement des Rufes und welchem Teil der Verbraucherschaft er entscheidendes Gewicht beilegte, obwohl das Berufungsgericht ausdrücklich feststellte, dass von der Klägerin nicht schlüssig dargelegt worden sei, dass die Beklagte in ihrer Werbung und sonstigen Verkaufsargumentation sich bewusst an den guten Ruf der Klägerin angehängt habe.⁵⁶⁷ Darauf ging der BGH in seiner Entscheidung jedoch nicht ein, sondern stellte allein auf das Ausnutzen des „Prestigewertes“ und der „Exklusivität“ der Uhren ab.⁵⁶⁸ Dies habe die Nachahmung aufgegriffen und ausgenutzt. Die Ausnutzung eines (guten) Ansehens liegt jedoch in jeder Nachahmung eines jeden bekannten und exklusiven Produkts. Mit einer solchen Argumentation wird das Merkmal der Exklusivität -das an sich ein Merkmal der wettbewerblichen Eigenart darstellt- auf die Ebene der Unlauterkeitsmerkmale übertragen und bei exklusiven Produkten immer zu einem Nachahmungsschutz führen. Dies führt zur Irrelevanz zusätzlicher Unlauterkeitsmerkmale und damit zu einem unmittelbaren Leistungsschutz.

⁵⁶⁶ BGH GRUR 1985. 876, 878 – *Tchibo/Rolax I*.

⁵⁶⁷ Urteil des OLG Köln vom 28.05.1982, S. 20.

⁵⁶⁸ BGH GRUR 1985. 876, 878 – *Tchibo/Rolax I; Sambuc*, UWG-Nachahmungsschutz, Rnr. 32, 362.

bb) Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung

In weiteren Beispielen der Rechtsprechung zu ästhetischen Gestaltungsmerkmalen wurde die wettbewerblichen Eigenart aus den verschiedensten Merkmalen hergeleitet. So wie sich die schutzwürdige wettbewerbliche Eigenart in der „*Tchibo/Rolox*“-Entscheidung aus der Exklusivität ergab, so sprach der BGH einem Cartier-Armreif, der eine Reihe umlaufender gelb-goldener reliefartig hervorgehobener Panther auf weiß-goldenem Hintergrund aufwies, wobei eine erhabene gelb-goldene Borte die Reliefreihe einfasste, eine wettbewerbliche Eigenart zu, weil sich dieser „*einanderseits durch besondere Schwere und Gediegenheit auszeichnete, während er andererseits mit der leichtfüßigen Geschmeidigkeit der umlaufenden Wildkatze gepaart*“⁵⁶⁹ sei. Mit nur einem Satz ging der BGH im Folgenden darauf ein, dass das Innere des nachgeahmten Armreifs stark an das Logo von Cartier erinnere und deshalb gingen die Verkehrskreise, welche sich von derart teuren Schmuckstücken angesprochen fühlten, schon aufgrund der äußeren Gestaltung des Armreifs davon aus, dieser stamme aus dem Hause Cartier. Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz wurde in diesem Fall daher allein aufgrund der hohen wettbewerblichen Eigenart aufgrund der hohen Bekanntheit der Marke „Cartier“ und des Grades der Nachahmung bestätigt, ohne zu fragen, ob besondere Umstände in der Nachahmungshandlung lagen. Auch einen Modeschmuckanhänger in Form einer proportional unförmigen Hand hielt der BGH für schutzwürdig, da diese Form „*popartige Verfremdungs- und Überraschungseffekte*“⁵⁷⁰ aufwies und die Nachahmung zu einer Verwechslung führte. Ebenso sprach der BGH Stoffdesigns wettbewerbliche Eigenart zu, da er in dem gewählten Streifenmuster in Verbindung mit den Pastelltönen und dem gewählten Material eine „*besondere Note*“⁵⁷¹ sah.

cc) Zwischenergebnis

In den aufgezeigten Entscheidungen gewährte der BGH den ästhetischen Gestaltungen einen Nachahmungsschutz, indem er in erster Linie an die besondere Schutzwürdigkeit des Leistungsergebnisses anknüpfte. Der BGH gewährte beispielhalber den Herstellern „*Rolox*“ und „*Cartier*“ mit seiner Entscheidung ein weit über das

⁵⁶⁹ BGH GRUR 1994, 630, 632 – *Cartier-Armreif*.

⁵⁷⁰ BGH GRUR 1979, 119 – *Modeschmuck*.

⁵⁷¹ BGH GRUR 1969, 292, 293 – *Buntstreifensatin II*.

Geschmacksmusterrecht hinausgehendes Monopol aufgrund der Exklusivität der Produkte. Durch diese Entscheidung könnte aber für jeden Luxusartikelhersteller grundsätzlich ein zeitlich unbegrenztes Monopol geschaffen werden. Denn solange die Preise von Luxusartikeln so hoch sind, dass sie sich nur ein ausgewählter Kundenkreis leisten kann, genießen die Produkte eine Exklusivität und könnten mit der Argumentation dieser Entscheidung einen zeitlich unbegrenzten Schutz erlangen.

3. Argumente gegen eine Differenzierung und Stellungnahme

Mit der soeben dargelegten Rechtsprechung zu den ästhetischen Gestaltungsmerkmalen kann die These, dass das Freihaltebedürfnis im technischen Bereich größer sei als im ästhetischen Bereich und daher generell ein größeres Interesse der Allgemeinheit an der Teilhabe am technischen Fortschritt bestehe, nicht überzeugen. Es mag zwar auf den ersten Blick so erscheinen, dass es vielen Verbrauchern wichtiger sei, an der technischen Entwicklung teilzuhaben, während ein ästhetischer Fortschritt für die meisten nicht im Vordergrund zu stehen scheint. Denn der technische Fortschritt bringt meist wesentliche Erleichterungen für den Alltag und ist von praktischem Nutzen. Im Gegensatz dazu ist Ästhetik attraktiv oder beeindruckend, hat aber keinen eigentlichen Nutzen. Dennoch kann nicht verallgemeinert werden, dass es nicht oder weniger im Interesse der Allgemeinheit liege am ästhetischen Fortschritt teilzuhaben.⁵⁷² Auch im ästhetischen Bereich kann ein großes Interesse daran bestehen, dass ein bestimmtes Design gemeinfrei wird und ein Preiswettbewerb stattfindet. Es besteht bei einigen Verbrauchern gewiss der Wunsch Designer- und Luxusartikel zu besitzen, die sie sich aber nicht leisten können oder wollen. Mit der Imitation dieser Luxusdesigns kann sich fast jeder eine Uhr kaufen, die zumindest einer Rolex ähnelt und nach außen hin den Anschein eines Luxusartikels weckt.⁵⁷³ Der BGH hat viele Fälle entschieden, die sich mit der Nachahmung von ästhetischen Elementen beschäftigten.⁵⁷⁴ Dies ist ein Indiz dafür, dass auch im ästhetischen Bereich ein bedeutendes Nachahmungsinteresse besteht. Generell zeigen die

⁵⁷² So behauptet dies das Reichsgericht noch in seiner Huthackenentscheidung: RGZ 120, 94, 98 – *Huthaken*.

⁵⁷³ Was jedoch der BGH offensichtlich mit sehr zweifelhaften Argumenten verhinderte: BGH GRUR 1985, 876, 877 – *Tchibo/Rolox*. Kritik zu diesem Urteil in *Sambuc*, UWG- Nachahmungsschutz, Rnr. 362.

⁵⁷⁴ Beispielhaft: BGH GRUR 1969, 292, 293 – *Buntstreifensatin II*; BGH GRUR 1979, 119 – *Modeschmuck*; BGH GRUR 1994, 630, 632 – *Cartier-Armreif*; BGH GRUR 1998, 830, 833 – *Les-Paul-Gitarren*; BGH GRUR 1984, 453 – *Hemdblusenkleid*; BGH GRUR 1973, 478 – *Modeneuheit*.

vielen Urteile und die entwickelten Sonderfälle zu den Modeschöpfungen oder den Accessoires, dass ein großes Interesse der Allgemeinheit an einer (billigeren) Nachahmung besteht. Nicht zuletzt bestätigte der BGH in seinen neusten Entscheidungen „*Regalsystem*“ und „*Einkaufswagen*“ ausdrücklich, dass auch die äußere Gestaltung der Nachahmung für den Kundenkreis von Bedeutung ist.⁵⁷⁵

Bisher wurde nur von dem „technischen Fortschritt“ gesprochen, niemals jedoch von einem „ästhetischen Fortschritt“. Dies ist ein Begriff, der im allgemeinen Sprachgebrauch nicht geläufig ist. Dennoch gibt es einen „*design approach*“, oder auch „*design methods*“ genannt, der dem Design und seiner Entwicklung eine gesteigerte Bedeutung beimisst.⁵⁷⁶ Die grundlegende Behauptung, dass am ästhetischen Fortschritt kein Interesse bestehe⁵⁷⁷, kann nicht überzeugen. Richtigerweise gibt es auch eine Innovation im ästhetischen Bereich (oftmals als Trends bezeichnet), an der die Allgemeinheit ebenso interessiert ist wie im technischen Bereich.⁵⁷⁸ Ebenso wie die technische Seite entwickelt sich auch die äußere Ausgestaltung unabhängig von einer technischen Weiterentwicklung und passt sich immer wieder neuen Trends an.

Am Beispiel der Mode und Trends vergangener Jahrzehnte lässt sich gut erkennen, dass es tatsächlich einen „*design approach*“, also einen ästhetischen Fortschritt gibt. Die äußeren Gestaltungen sind in den letzten Jahrzehnten runder und geschmeidiger geworden. Insbesondere im Bereich der Automobilindustrie fällt dieser Trend zu den runden Formen hin stark auf. Dies soll am Beispiel des allseits bekannten VW Golf aufgezeigt werden. Der VW Golf aus dem Jahr 1980 weist kantige Formen auf, während der VW Golf aus dem Jahr 2014 rundere und geschmeidigere Formen hat.

⁵⁷⁵ BGH GRUR 2013, 951, 955 [38] - *Regalsystem*; BGH GRUR 2013, 1052, 1055 [42] – *Einkaufswagen III*.

⁵⁷⁶ Voß, Zukunft des Leistungsschutzes, S. 124.

⁵⁷⁷ RGZ 120, 94, 98 – *Huthaken*; *Fock*, Unmittelbarer Leistungsschutz, Rnr. 36.

⁵⁷⁸ *Sack* setzt das Interesse an Innovation bei technischen und ästhetischen Leistungen zumindest in seiner Wortwahl gleich in: Festschrift für Erdmann, S. 715.



VW von 1983⁵⁷⁹

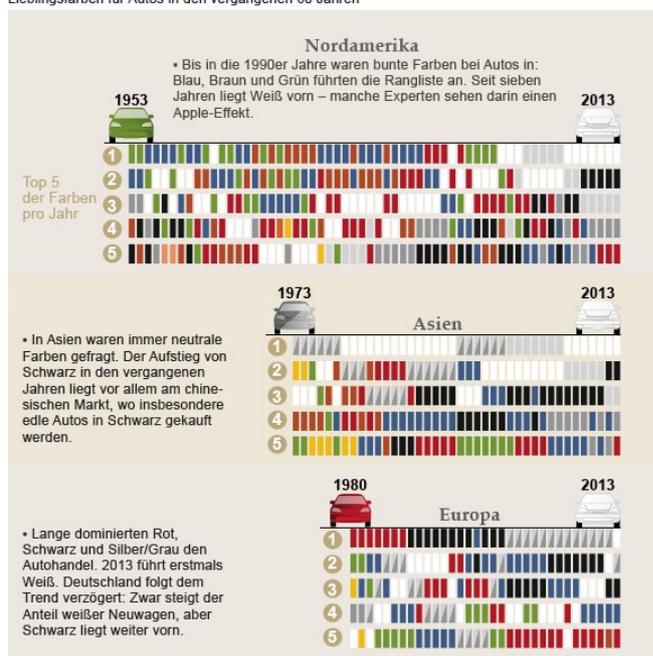


VW von 2014⁵⁸⁰

Auch die Farbe unterscheidet sich in diesem Beispiel, da sich auch der Farbtrend von Jahr zu Jahr ändert. So sind in einem Jahr rote Autos modern und im nächsten blaue. So war beispielhalber im Jahr 2013 weltweit jeder vierte Neuwagen weiß.

Früher waren die Autos bunter

Lieblingsfarben für Autos in den vergangenen 60 Jahren



Farbtrends der letzten 50 Jahre.⁵⁸¹

In die Weiterentwicklung der Fahrzeugform spielt sicherlich die technische Bedingtheit von stromlinienförmigen und luftwiderstandverringender Formen mit hinein, was jedoch wohl nicht ausschließlich ausschlaggebend für die Weiterentwicklung der äußeren Gestaltung, insbesondere der Farbgebung ist. Diese gründet vielmehr auf einem ästhetischen Empfinden und einer ästhetischen Entwicklung in der Gesellschaft.

Diese ästhetische Weiterentwicklung kann auch am einfachen Beispiel der Schultasche verdeutlicht werden. Früher waren die Schultaschen eher eckig und aus Leder und etwas

⁵⁷⁹ https://s1.cdn.autoevolution.com/images/gallery/VOLKSWAGENGolf2-5doors--1726_3.jpg (18.09.2014)

⁵⁸⁰ http://www.digitaltrends.com/wp-content/uploads/2013/05/vw-gti-3_1035.jpg (18.09.2014)

⁵⁸¹ <http://www.handelsblatt.com/auto/nachrichten/farbtrends-beim-auto-die-welt-liebt-weiss/8986090.html> (12.02.2015)

später aus Textil- und Kunststoffen hergestellt. Heute tragen die Kinder Rucksäcke, die durch ihre runden und weichen Formen gekennzeichnet und zugleich rückenfreundlich ausgestaltet sind. Es trifft vorliegend erneut eine technische Weiterentwicklung auf eine ästhetische, und verknüpft beide Entwicklungen miteinander.



Zusätzlich zu den veränderten Formen und Farbgebung fällt auf, dass die zwei letzteren Schulranzen von „Scout“ - dem Marktführer bei Schultaschen - stammen. Fast jeder zweite Schulranzen ist von dem Hersteller „Scout“.⁵⁸⁵ Es ist immer wieder zu beobachten, dass in unserer Gesellschaft Äußerlichkeiten und Markenprodukte eine große Rolle spielen. In vielen Gesellschaftsschichten und Altersgruppen spielen Äußerlichkeiten sogar eine extrem große Rolle, um in der Gesellschaft akzeptiert zu werden. Allein die Dichte an Produktnachahmungen zu Billigpreisen, die den teuren Markenprodukten oft bis auf das kleinste Detail ähneln (Produktpiraterie), spricht für diese Feststellung.

Als weiteres Beispiel kann der Trend der Keramik-Uhren angeführt werden. Die Keramik-Uhren sind bei den Verbrauchern beliebt, da die Uhrenbänder nicht verkratzen können und auch nicht abfärben. Dies wiederum ist ein technisches Merkmal, das in die Optik der Keramikbänder miteinfließt. Keramik-Uhren sind vor etwa 10 Jahren auf den Markt gekommen und inzwischen gibt es Keramik-Uhren verschiedenster Hersteller. Die Preisspanne der Uhren geht von 50 Euro bis hin zu einigen tausend Euro.

⁵⁸² Bildquelle: http://www.aller-leih.com/static/images/productimage-picture-schulranzen-1950er-10632_JPG_600x600_q85.jpg (12.02.2015)

⁵⁸³ Bildquelle: https://encrypted-tbn0.gstatic.com/images?q=tbn:ANd9GcTimQIUANQKMFgfgo47ko8qaUm3_mJEPqceIrOIWZ5be7zPe99F (12.02.2015) Weitere Beispiele zu Schulrängen aus 1990 auf der Seite www.juhu.aquare7.ch

⁵⁸⁴ <https://www.amazon.de/Scout-Unisex-Schulranzen-Feuerwehr-49100296100/dp/B00IHFESAS> (12.02.2015)

⁵⁸⁵ <https://www.m-r-n.com/start/news-und-media/wussten-sie-dass/detailansicht-wussten-sie-dass/browse/1/artikel/dass-fast-jeder-zweite-schulranzen-aus-frankenthal-kommt.html?> (12.02.2015)

4. Zusammenfassung

Die Behauptung, dass der ästhetische Fortschritt für den Verbraucher weniger wichtig sei, als der technische Fortschritt, kann nicht überzeugen. Häufig gehen diese Merkmale miteinander einher. Eine technische Lösung führt oft auch zu optischen Änderungen und setzt automatisch einen neuen ästhetischen Trend. Die Nachahmung im ästhetischen Bereich führt zu einer Produktvielfalt, die wiederum zu Konkurrenz auf dem Markt führt und letztlich zu Preissenkungen. Ein günstiger Preis ist bei ästhetischen Gestaltungsmerkmalen und Trends wichtig, da nicht jeder Kunde mehrere tausend Euro für eine Uhr oder mehrere hundert Euro für eine Jeans ausgeben kann bzw. möchte.

In gewissem Umfang herrscht Übereinstimmung, dass es bei ästhetischen Gestaltungsmerkmalen mehr abweichende Gestaltungsmöglichkeiten gibt als im technisch-funktionalen Bereich, ohne dass der Gegenstand damit unbrauchbar wäre. Das ergibt sich bereits daraus, dass das funktionale Diktat fehlt.⁵⁸⁶ Die Hersteller ästhetischer Gestaltungen sind nicht an die unüberwindbaren Naturgesetze gebunden, um eine Funktionalität herbeizuführen.⁵⁸⁷

Die Behauptung, dass es bei ästhetischen Gestaltungen stets einen größeren Abweichungsspielraum gibt, kann dennoch nicht generell gelten. So behauptet zum Beispiel *Sambuc*, dass im ästhetischen Bereich ein „*nicht weniger gnadenloses Modediktat*“ herrsche.⁵⁸⁸ Auch im Bereich der Ersatz- und Ergänzungsteile gibt es keinen großen Gestaltungsspielraum, da gerade auch eine Kompatibilität der äußeren Gestaltung mit dem Original angestrebt werden soll.⁵⁸⁹

Schließlich dürfen die ästhetischen Gestaltungsmerkmale untereinander nicht grundsätzlich gleichgestellt werden. Bei herausragenden und urheberschutzfähigen Gestaltungen von Gebrauchsgegenständen kann nicht generell von einem weiten Abweichungsspielraum ausgegangen werden. Wenn Gestaltungen von außergewöhnlichem und überragendem Design gekennzeichnet sind, können diese Gestaltungen Urheberschutz erlangen. Bei solchen herausragenden, individuellen und überaus besonderen Gestaltungen ist es von großem Allgemeininteresse, dass diese

⁵⁸⁶ *Sambuc*, UWG-Nachahmungsschutz, Rnr. 167.

⁵⁸⁷ *Raue*, Nachahmungsfreiheit, S. 30.

⁵⁸⁸ *Sambuc*, UWG-Nachahmungsschutz, Rnr. 167.

⁵⁸⁹ BGH GRUR 2013, 951, 956 [42 ff.] – *Regasystem*.

Produkte nach Ablauf des Urheberschutzes ohne großen Gestaltungsspielraum, sondern zum Verwechseln ähnlich nachgeahmt werden und zu einem günstigeren Preis angeboten werden.⁵⁹⁰ Nachahmungen im ästhetischen Bereich sind so beliebt, weil man regelmäßig für den Namen des Originalherstellers wie zum Beispiel „Apple“, „Rolex“, „Bang&Olufson“ mitbezahlt. Die nachgeahmten Produkte hingegen sind häufig günstiger als das Original, ohne dass zwingend die Qualität darunter leidet. Diese qualitativ gleichwertigen „Billig-Nachahmungen“ sind bei den Verbrauchern sehr beliebt, um auch dem ästhetischen Fortschritt folgen zu können.

Insoweit ist die Rechtsprechung des BGH kritisch zu betrachten, die die „Billig-Nachahmung“ bei den Prestige-Produkten zu verhindern versucht.⁵⁹¹

III. Ergebnis

Die von der Rechtsprechung und Literatur durchgeführte Differenzierung zwischen ästhetischen und technischen Gestaltungsmerkmalen erscheint zwar auf den ersten Blick gerechtfertigt, kann jedoch aus dogmatischer Sicht nicht überzeugen. Denn nach Ablauf der Sonderschutzfrist soll jede Gestaltung, gleichgültig ob technisch oder ästhetisch, gemeinfrei werden.⁵⁹² Das ist Sinn und Zweck der zeitlichen Begrenzung von Sonderschutzrechten, und zwar sowohl beim Patent- und Gebrauchsmusterrecht im technischen Bereich als auch beim Designrecht im ästhetischen Bereich. Der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit gilt gleichermaßen bei technischen wie ästhetischen Gestaltungsmerkmalen. Einen Grund für eine Differenzierung gibt es nicht. Wäre es der Allgemeinheit gleichgültig, ob ein Design gemeinfrei wird oder nicht, hätte man die Sonderschutzrechte im ästhetischen Bereich dem Markenrecht angenähert und zeitlich unbegrenzt ausgestaltet.⁵⁹³ Das Designrecht ist jedoch bewusst mit einer zeitlichen Begrenzung geschaffen worden.⁵⁹⁴ Innerhalb dieser Schutzfrist kann der Hersteller sein Monopol ausschöpfen und Amortisation und Gewinn erreichen. Nach Ablauf der

⁵⁹⁰ *Raue*, Nachahmungsfreiheit, S. 76.

⁵⁹¹ *Sambuc*, UWG-Nachahmungsschutz, Rnr. 362.

⁵⁹² Das entspräche zumindest konsequent dem Grundsatz der Nachahmungsfreiheit.

⁵⁹³ Gleiches Argument fand auch schon *Isay* überzeugend in GRUR 1928, 420, 422.

⁵⁹⁴ § 27 DesignG.

Schutzfrist ist der Originalhersteller nicht mehr generell schutzwürdig, gleichgültig ob es sich um eine technische oder ästhetische Gestaltung handelt.⁵⁹⁵

Sowohl im technischen als auch im ästhetischen Bereich besteht ein Allgemeininteresse an der freien Nutzung der Gestaltungen. Das Interesse der Verbraucher besteht allgemein am Fortschritt, der sowohl Technik als auch Ästhetik umfasst. Dieses Ergebnis scheint nun auch der BGH in seinen neusten Entscheidungen zu unterstützen. In seiner „Regalsystem“- und seiner „Einkaufswagen“-Entscheidung stellte der BGH die technische Funktionalität und die äußere Gestaltung gleich und hielt dafür, dass jedenfalls aufgrund eines Ersatz- und Ergänzungsbedarfs des Abnehmers auch an der äußeren Gestaltung ein großes Kompatibilitätsinteresse mit dem Originalprodukt bestehe.⁵⁹⁶ Die Grundsätze zu den technischen Merkmalen müssten daher auch auf die ästhetischen übertragen werden.

Betrachtet man die entwickelten Sonderfälle zu den technischen Gestaltungsmerkmalen und die zu den ästhetischen Gestaltungsmerkmalen, ergibt sich letztendlich wieder ein ähnliches Bild. In beiden Fällen erfolgte ein direkter Schutz des Leistungsergebnisses selbst, weil dieses als besonders schutzwürdig erachtet wurde. Insbesondere komplexe oder qualitativ hochwertige oder besonders exklusive Produkte erfahren durch den BGH einen weitergehenden Schutz als durchschnittlichere Produkte. Die Sonderrechtsprechung gibt es sowohl im technischen als auch im ästhetischen Bereich.

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass sich die besonderen Tatbestandsvoraussetzungen bei technischen Gestaltungsmerkmalen durchgesetzt haben, da sie ihre Rechtfertigung insbesondere im technischen Fortschritt finden. Jedoch sollten diese einschränkenden Voraussetzungen auch (mehr) auf ästhetische Gestaltungsmerkmale angewandt werden, da es durchaus einen ästhetischen Fortschritt gibt, der häufig sogar mit dem technischen Fortschritt einhergeht. Eine Differenzierung der Schutzgegenstände in technisch und nichttechnisch ist dogmatisch nicht gerechtfertigt.

⁵⁹⁵ Raue, Nachahmungsfreiheit, S. 161.

⁵⁹⁶ BGH GRUR 2013, 951 [38] – *Regalsysteme*; BGH GRUR 2013, 1052 [42] – *Einkaufswagen III*.

Teil 3: Vergleich zum gewerblichen Rechtsschutz

Besonderheiten gibt es bei den technischen Gestaltungsmerkmalen nicht nur im Bereich des Wettbewerbsrechts, sondern auch bei den gewerblichen Schutzrechten. Insbesondere das Verhältnis des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes zum Patentrecht und Markenrecht ist im Bereich der technischen Gestaltungsmerkmale nicht abschließend geklärt. Es besteht ein Streit um das Verhältnis von Nachahmungsschutz und Sonderschutzrechten, der sich insbesondere bei den technischen Gestaltungsmerkmalen zugespitzt hat. Bevor jedoch auf die Besonderheiten im Bereich der technischen Gestaltungsmerkmale eingegangen wird, soll zunächst kurz das generelle Verhältnis der gewerblichen Schutzrechte zum Wettbewerbsrecht herausgearbeitet werden. Im Anschluss soll dann das gefundene Ergebnis im besonderen Lichte der technischen Gestaltungsmerkmale untersucht werden.

I. Das Verhältnis der Sonderschutzrechte zum lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz

Das Verhältnis des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes zu den Sonderschutzrechten ist ein vieldiskutiertes Thema. Bis heute stehen sich zwei Meinungen gegenüber: die Vorrangthese und das Gleichrangprinzip.

Rechtsprechung⁵⁹⁷ und weite Teile des Schrifttums⁵⁹⁸ gingen lange Zeit von der sog. Vorrangthese aus. Der Sonderrechtsschutz habe grundsätzlich Vorrang vor dem „ergänzenden“ wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz.

⁵⁹⁷ BGH GRUR 1994, 630, 632 – *Cartier-Armreif*; BGH GRUR 1999, 161, 162 – *MACDog*; BGH GRUR 2003, 332, 336 – *Abschlussstück*; BGH GRUR 2007, 339 [23] – *Stufenleitern* .

⁵⁹⁸ *Sambuc*, in: Harte/Henning, UWG, 2004, § 4 Nr. 9 Rnr. 4f.; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 25. Aufl. (2007), § 4 Rnr. 3.5ff.; *Piper*, in: Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl. (2006), § 4 Rnr. 9.6ff.; *Wiebe*, in: MünchKomm-UWG, 2006, § 4 Rnr. 19ff.; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, 2. Aufl. (2003), § 2 Rnr. 2ff.; *Hacker*, in: Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl. (2006), § 2 Rnr. 2.2ff.; *Ohly*, in: Festschr.f. Ullmann, 2006, S. 795; *Rohnke*, in: Festschr.f. Erdmann, 2002, S. 455; *Steinbeck*, in: Festschr. f. Ullmann, S. 409; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG § 4 Rnr. 3.6.

Andere Teile des Schrifttums lehnten die Vorrangthese bereits im Ansatz ab.⁵⁹⁹ Die neuere Rechtsprechung⁶⁰⁰ wendete sich nun von der Vorrangthese ab.⁶⁰¹

1. Die Vorrangthese

Die Rechtsprechung vertrat lange Zeit die Auffassung, dass die Sonderschutzrechte einen abschließenden Charakter haben und ihnen damit der Vorrang vor dem Wettbewerbsrecht gebühre.⁶⁰² Dieser Auffassung hatte sich die Literatur weitgehend angeschlossen.⁶⁰³

Besteht bereits ein Sonderrechtsschutz, komme ein ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz nicht mehr in Betracht, weil es dafür kein Bedürfnis gebe.⁶⁰⁴ Das Immaterialgüterrecht sei eine abschließende spezialgesetzliche Regelung, weswegen die parallele Anwendung des Wettbewerbsrechts grundsätzlich ausscheide.⁶⁰⁵ Durch die Vorrangthese sollten drohende Wertungswidersprüche zwischen dem Sonderrechtsschutz und dem UWG vermieden werden.⁶⁰⁶ Der „ergänzende“ Leistungsschutz könne nur dann Anwendung finden, wenn ein Sonderschutzrecht, aus welchen Gründen auch immer, nicht (mehr) eingreife.⁶⁰⁷ Er solle Schutzlücken schließen, indem er Leistungsergebnissen Schutz gewähre, die trotz fehlenden sonderrechtlichen Schutzes eine gewisse Schutzwürdigkeit aufweisen.⁶⁰⁸ Er dürfe die vom Gesetzgeber bewusst gesetzten zeitlichen oder tatbestandlichen Grenzen nicht umgehen und einen weitergehenden Schutz gewähren, den der Sonderrechtsschutz gerade ausschließe.⁶⁰⁹ Der „ergänzende Leistungsschutz“ könne nur dann eingreifen, wenn besondere Begleitumstände vorlägen, die nicht schon im Rahmen des Sonderrechtsschutzes zu Grunde gelegt wurden

⁵⁹⁹ Götting, in Fezer UWG, § 4 Nr. 9, Rnr. 37; Fezer, MarkR, § 2 Rnr. 1 ff.; Köhler, GRUR 2007, 548, 549; Lubberger, Festschrift für Ullmann, S. 745; Münker, Festschrift für Ullmann, S. 793, Dorndorf, Herkunftstäuschung, Rnr. 463.

⁶⁰⁰ BGH GRUR 2013, 951, 954 [20] – Regalsystem; BGH GRUR 2015, 909, 911 [23] – Exzenterzähne.

⁶⁰¹ Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG § 4 Rnr. 3.6a.

⁶⁰² Vgl. Fußnote 565.

⁶⁰³ Vgl. Fußnote 566.

⁶⁰⁴ BGH GRUR 1993, 34, 37 – Bedienungsanweisung; BGH GRUR 1994, 630, 632 – Cartier-Armreif; BGH GRUR 1999, 161, 162 – MACDog; BGH GRUR 2003, 332, 336 – Abschlussstück; BGH GRUR 2007, 339 [23] – Stufenleitern.

⁶⁰⁵ Berlitz, GRUR 2002, 572, 573; Helm, GRUR 2001, 291, 291.

⁶⁰⁶ BGH GRUR 1997, 116 – Prospekthalter; BGH GRUR 1987, 814, 816 – Die Zauberflöte; BGH GRUR 1995, 581, 583 – Silberdistel.

⁶⁰⁷ Nordemann, in Götting/Nordemann, § 4 Nr. 9 Rnr. 9.21.

⁶⁰⁸ Piper, GRUR 1996, 429, 437.

⁶⁰⁹ Köhler, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.6; Nordemann, Götting/Nordemann, § 4 Nr. 9 Rnr. 9.21.

und das Verhalten als unlauter erscheinen lassen.⁶¹⁰ Der „ergänzende Leistungsschutz“ könne demnach nur dann eingreifen, wenn kein vorrangiges Sonderrecht gegeben sei und besondere Begleitumstände vorlägen, die über den sondergesetzlichen Tatbestand hinausgingen.⁶¹¹

Die Vorrangthese wurde zwischenzeitlich in der Rechtsprechung und der Literatur weitgehend aufgegeben.

2. Gleichrangprinzip

Neben der Vorrangthese bildete sich eine Ansicht heraus, die die Anwendung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes unabhängig vom Bestehen eines sonderrechtlichen Schutzes bejahte. Diese mittlerweile vorherrschende und überzeugendere Ansicht geht von einer autonomen Anwendung des Wettbewerbsrechts neben den gewerblichen Schutzrechten aus und behauptet eine vollständige und uneingeschränkte kumulative Anspruchskonkurrenz.⁶¹² Beide Regelungen seien gleichrangig und gleichwertig nebeneinander anwendbar, wenn die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt seien und etwaige verbleibende Wertungswidersprüche durch Auslegung weitgehend vermieden werden.⁶¹³

Für einen Gleichrang spreche vor allem, dass der Sonderrechtsschutz und der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz unterschiedliche Schutzzwecke, Voraussetzungen und Rechtsfolgen haben.⁶¹⁴

aa) Tatbestand und Schutzrichtung

Tatbestand und Schutzrichtung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes unterscheiden sich erheblich von denen des Sonderrechtsschutzes. Denn beim

⁶¹⁰ BGH GRUR 2002, 167, 171 – *Bit/Bud*; BGH GRUR 2002, 340, 342 – *Fabergé*.

⁶¹¹ BGH GRUR 2005, 600, 602 – *Handtuchklemmen*; *Lubberger*, Festschrift für Ullmann, S. 743; *Köhler*, in *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rnr. 3.6; *Nordemann*, in *Götting/Nordemann*, § 4 Nr. 9 Rnr. 9.22.

⁶¹² *Reimer*, GRUR 1933, 454, 458; *Köhler*, GRUR 2007, 548, 550; *Schreiber*, GRUR 2009, 113, 115; *Dorndorf*, *Herkunftstäuschung*, Rnr. 460; *Fezer*, *MarkR*, § 2, Rnr.2 ff, 30, *ders.* WRP 2000, 863 ff.; *Deutsch*, WRP 2000, 854 ff..

⁶¹³ *Dorndorf*, *Herkunftstäuschung*, Rnr. 460 ff.; *Köhler*, GRUR 2007, 548, 550; *Köhler*, in *Köhler/Bornkamm*, § 4, Rnr. 3.6a.

⁶¹⁴ BGH GRUR 2013, 951 [20] – *Regalsystem*; BGH GRUR 2015, 909 [23] – *Exzenterzähne*; *Köhler*, in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 4 Rnr. 3.6a; *Schreiber*, GRUR 2009, 113, 116f.

lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz bedarf es stets besonderer Begleitumstände, die eine Unlauterkeit der Nachahmungshandlung begründen, während bei den gewerblichen Schutzrechten die Nachahmung an sich genügt.⁶¹⁵ Der Anknüpfungspunkt der Sonderschutzrechte ist das Leistungsergebnis selbst, während der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz an die Nachahmungshandlung anknüpft und sich damit allein gegen das Handlungsunrecht wendet. Bei seiner Schutzrichtung geht es nicht um das „Ob“ der Nachahmung, sondern das „Wie“. Die Grundlage der Wertung ist mithin eine ganz andere als im gewerblichen Rechtsschutz, so dass sich kein Wertungswiderspruch ergeben kann. Denn liegen die besonderen Umstände nicht vor, scheidet die Anwendung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes bereits auf Tatbestandsseite aus, sodass sich eine Umgehung des gewerblichen Rechtsschutzes bzw. dessen Aushöhlung überhaupt nicht ergibt.⁶¹⁶

bb) Schutzzweck

Auch der Schutzzweck beider Rechtsinstitute unterscheidet sich wesentlich. Während die Sonderschutzrechte ausschließlich dem Schutz des Rechtsinhabers, also des unmittelbar betroffenen Mitbewerbers dienen, verfolgt der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz neben dem Schutz des Herstellers auch den Schutz der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.⁶¹⁷ Der Sonderrechtsschutz beschreibt ein subjektives und ausschließliches Recht, das nur dem Rechtsinhaber zusteht.⁶¹⁸ Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz hingegen dient der Abwehr von Verhaltensunrecht und dient so der Allgemeinheit und jedem einzelnen Verbraucher.⁶¹⁹ Das Verständnis des weiten Schutzzumfangs ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 4 Nr. 3 lit. a UWG, der besagt, dass eine „*vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft*“ unlauter sei. Er nimmt in seinem Wortlaut Bezug auf die Abnehmer, also die

⁶¹⁵ Körner, Festschrift für Ullmann, S. 705.

⁶¹⁶ Dorndorf, Herkunftstäuschung, Rnr. 526.

⁶¹⁷ Schreiber, GRUR 2009, 114, 116; Köhler, GRUR 2007, 548, 552; BGH GRUR 2010, 80, 81 [17] – *LIKEaBIKE*; BGH GRUR 2016, 730, 732 [21] – *Herrnhuter Stern*.

⁶¹⁸ Schladt, Verhältnis von Marken- und Lauterkeitsrecht, S. 78.

⁶¹⁹ BGH GRUR 2016, 730, 732 [22] – *Herrnhuter Stern*; BGH GRUR 1999, 751, 754 – *Gülepumpen*; Münker, Festschrift für Ullmann, S. 785.

Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer, wodurch der eigentliche Unrechtsgehalt der Nachahmungshandlung zum Ausdruck gebracht wird.⁶²⁰

cc) Rechtsfolgen

Die gewerblichen Schutzrechte und der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz unterscheiden sich daneben in ihren Rechtsfolgen. Die gewerblichen Schutzrechte gewähren dem Rechtsinhaber ein Ausschließlichkeitsrecht, das es ihm ermöglicht, andere Marktteilnehmer von seinem Recht umfassend auszuschließen. Hiergegen bietet das Wettbewerbsrecht nur eine zivilrechtliche Sanktion gegen die konkret in Frage gestellte Nachahmungshandlung im Einzelfall unter umfassender Gesamtwürdigung aller Umstände.⁶²¹ Beispielsweise im Marken- und Patentrecht ist der Schutz des Leistungsergebnisses bzw. der Marke wesentlich umfangreicher und intensiver als der des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes. Es besteht neben den allgemeinen Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen darüber hinaus auch ein Vernichtungsanspruch in §§ 18 MarkenG bzw. 140a PatG.⁶²²

dd) Aktivlegitimation

Wie bereits erwähnt besteht ein wesentlicher Schutzzweck des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes darin, die Allgemeinheit vor einem unlauteren Wettbewerb zu schützen, was sich auf die Aktivlegitimation auswirkt.⁶²³ Die Allgemeinheit muss in der Lage sein, diesen Schutz einzufordern. Die sog. Verbandsklagebefugnis wurde dabei bereits vom Reichsgericht anerkannt, das feststellte: *„Denn die Berechtigung zur Klage aus § 13 Abs. 1 UWG [a.F.] selbst beruht auf dem Gedanken, dass die Unterlassungsklage, die an sich nur den Konkurrenten schützen soll, in Wahrheit doch – wie das ganze Wettbewerbsgesetz – den Auswüchsen des Wettbewerbs auch im öffentlichen Interesse entgegengetreten und daher die Verfolgung der betreffenden Rechtsverletzungen nicht dem Belieben des unmittelbar Verletzten allein überlassen will. Damit ist die Möglichkeit gegeben, dass jemand wegen einer und derselben Handlung*

⁶²⁰ Köhler, GRUR 2007, 548, 552.

⁶²¹ Dorndorf, Herkunftstäuschung, Rnr. 413.

⁶²² Hacker, Markenrecht, Rnr. 643 ff; Mes, PatG, § 140 a Rnr. 1 ff.

⁶²³ Schwartz, GRUR 1967, 333, 341; Samwer, GRUR 1969, 326, 327;

von verschiedenen Seiten nacheinander auf Unterlassung aus § 1 UWG [a.F.] verklagt wird, auch wenn er in einem Falle bereits dazu verurteilt sein sollte“.⁶²⁴ Es ist dem Reichsgericht insoweit zuzustimmen, da keine vernünftige Erwägung ersichtlich ist, warum das Individualinteresse des Rechtsinhabers an einer Nichtverfolgung einer unlauteren Nachahmung seines Leistungsergebnisses höher bewertet werden sollte als das Allgemeininteresse an einer wirksamen Beendigung der Irreführungsfahr oder Rufausbeutung und -beeinträchtigung.⁶²⁵ Vielmehr wiegt Allgemeininteresse an einem lauterem Wettbewerb mehr als eine Individualentscheidung des Konkurrenten, die womöglich durch finanzielle und wirtschaftliche Aspekte geprägt ist. Er soll es nicht in der Hand haben, einen Verbraucherschutz deswegen zu verhindern, dass er eine Klage - aus welchen Gründen auch immer - scheut.⁶²⁶ Gerade weil der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz nicht nur den unmittelbar Betroffenen schützt, sondern darüber hinaus die Allgemeinheit, sei eine Beschränkung der Aktivlegitimation beim Nachahmungsschutz abzulehnen.⁶²⁷

ee) Zusammenfassung

Nach der Gleichrangthese ist es aufgrund der zahlreichen Unterschiede der Tatbestände, Schutzrichtungen und Rechtsfolgen gerechtfertigt, dass der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz neben den gewerblichen Schutzrechten besteht. Eine parallele Anwendung zweier Ansprüche auf denselben Sachverhalt ist dem deutschen Recht nicht fremd und kann daher auch im Verhältnis des Wettbewerbsrechts zum gewerblichen Rechtsschutz gelten.⁶²⁸ Es muss jedoch darauf geachtet werden, dass in Fällen, in denen der Sonderrechtsschutz und der Nachahmungsschutz zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, die Wertungen der Sonderschutzrechte nicht umgangen werden.⁶²⁹ Es muss bei widerstreitenden Ergebnissen ein Wertungswiderspruch durch Auslegung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes weitgehend ausgeschlossen werden.⁶³⁰

⁶²⁴ RGZ 120, 47, 49 – *Markenschutzverband*.

⁶²⁵ *Münker*, Festschrift für Ullmann, S. 792.

⁶²⁶ *Beater*, Festschrift für Erdmann, S. 525.

⁶²⁷ *Beater*, *Nachahmen im Wettbewerb*, S. 47.

⁶²⁸ *Dorndorf*, *Herkunftstäuschung*, Rnr. 498f..

⁶²⁹ *Büscher*, GRUR 2009, 230, 236.

⁶³⁰ BGH GRUR 2016, 965, 966 [23] – *Baumann II*; BGH GRUR 2013, 1161, 1166 [64] – *Hard Rock Cafe*; *Köhler*, GRUR 2007, 548, 550; *ders.*, in *Köhler/Bornkamm*, UWG § 4 Rnr. 3.6a; *Münker*, Festschrift für Ullmann, S. 793.

3. Zwischenergebnis

Die Vorrangthese wurde in Rechtsprechung und Literatur lange Zeit vertreten. Inzwischen ist sowohl in der Rechtsprechung, als auch im Schrifttum eine Wende zu verzeichnen. Durch Erlass der UGP-Richtlinie wurde eine neue Diskussion über die Vorrangthese entfacht und in der Rechtsprechung das UWG neben dem MarkenG angewendet.⁶³¹ Auch im Patentrecht wurde die Vorrangthese in der Rechtsprechung aufgegeben und eine Anwendung des UWG neben dem Patentrecht zugelassen.⁶³² Auch auf den Designschutz (früher Geschmacksmusterschutz)⁶³³ und das Urheberrecht⁶³⁴ ist die Vorrangthese nicht mehr anwendbar.

II. Die Vorrangthese im Patentrecht

1. Allgemein

Zu der Rechtsprechung des Reichsgerichts wurde angenommen, dass der Bereich der Ansprüche wegen Patentverletzung im Patentgesetz „*erschöpfend geregelt*“ sei.⁶³⁵ Diese Rechtsprechung ist jedoch durch den BGH⁶³⁶ überholt⁶³⁷. Daher soll im Folgenden nur kurz auf die angeführten Argumente der Vorrangthese eingegangen werden.

Im Patentrecht wurde lange Zeit insbesondere die Aushöhlungstheorie zur Begründung der Vorrangthese herangezogen. Nach dieser Theorie soll die Gefahr bestehen, dass der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz das Patentrecht aushöhle und eine Ersatzfunktion einnehme, da die Erlangung eines Patents besonders kosten- und

⁶³¹ BGH GRUR 2013, 1161 [60] – *Hard Rock Cafe*.

⁶³² BGH GRUR 2002, 340, 342 – *Fabergé*; BGH GRUR 2015, 909, 912 [23] – *Exzenterzähne*.

⁶³³ BGH GRUR 2006, 79 [18] – *Jeans I*.

⁶³⁴ BGH GRUR 2012, 58 [41] – *Seilzirkus*.

⁶³⁵ RGZ 121, 258, 261.

⁶³⁶ st. Rspr. des BGH: BGH GRUR 2010, 80 [19] – *LIKEaBIKE*; BGH GRUR 2015, 909, 911f. [23] – *Exzenterzähne*; BGH GRUR 2017, 734, 736 [21] – *Bodendübel*.

⁶³⁷ a.A. OLG Frankfurt WRP 2013, 1069, 1071 [24] – *Exzenterzähne*; OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.02.2015 – 20 U 216/13, Rnr. 66f. .

zeitaufwendig sei, so dass eine Patentanmeldung immer mehr von den Herstellern gescheut werde.⁶³⁸

Auch das Rechtssicherheitsargument wurde im Patentrecht angeführt, da die sachlichen und formellen Voraussetzungen für ein Patent im Patentgesetz ausdrücklich festgeschrieben seien, ebenso wie die Rechtsfolgen, was beim lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz gerade nicht der Fall sei. Der Rechtsverkehr wisse im Patentrecht, wann und wie ein Patent angemeldet werden dürfe und, wenn ein solches Patent besteht, was erlaubt sei und was nicht.⁶³⁹

Darüber hinaus wurde insbesondere von der Rechtsprechung der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit angeführt. Der Schutz von technischen Erfindungen sei vom Gesetzgeberwillen im Hinblick auf die Nachahmungsfreiheit und den freien Stand der Technik zeitlich begrenzt. Diese zeitliche Begrenzung solle aber nicht durch das unbefristete und in seinen Voraussetzungen unklare Wettbewerbsrecht umgangen werden, indem der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz nach Ablauf des Patentschutzes weiterhin Schutz gewähre.⁶⁴⁰ Dieses Spannungsverhältnis liege insbesondere im Bereich der technischen Gestaltungsmerkmale auf der Hand, da in diesem Bereich das Patent und der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz an denselben Schutzgegenstand, nämlich dem technischen Merkmal, anknüpfen. Es könne in diesem Bereich insbesondere zu Überschneidungen und auch Widersprüchen kommen.⁶⁴¹ Das OLG Frankfurt nahm mit diesem Argument seiner Entscheidung an, dass ein Schutz nach § 4 Nr. 9 UWF a.F. von einer vormals patentierten technischen Lösung von vornherein ausscheide, da dies sonst eine Verlängerung des Patentschutzes über das Wettbewerbsrecht bedeute.⁶⁴² Ebenso entschied das OLG Düsseldorf in seinem Urteil mit der Begründung, dass der abgelaufene Patentschutz nicht über das Wettbewerbsrecht verlängert werden dürfe und daher nur solche Merkmale einen wettbewerblichen Leistungsschutz begründen könnten, die von der patentierten Lösung unabhängig sind.⁶⁴³ Diese Auffassungen der Oberlandesgerichte wies der BGH jeweils entschieden zurück und sprach auch den früher patentgeschützten Merkmalen des

⁶³⁸ *Wiebe*, in MünchKomm UWG, § 4 Nr. 9, Rnr. 40.

⁶³⁹ *Götting*, in Fezer UWG, § 4-9, Rnr. 30.

⁶⁴⁰ *Heyers*, GRUR 2006, 23; *Sambuc*, UWG-Nachahmungsschutz, Rnr. 15.

⁶⁴¹ Zu dem besonderen Verhältnis von Patentrecht zum UWG im Bereich der technischen Gestaltungsmerkmale ausführlich auf Seite 157.

⁶⁴² OLG Frankfurt, WRP 2013, 1069, 1071 [24f.] – *Exzenterzähne*.

⁶⁴³ Urteil des OLG Düsseldorf vom 24.02.2015, 20 U 216/13, Rnr. 66f..

Originalprodukts eine wettbewerbliche Eigenart zu.⁶⁴⁴ Der BGH legte in beiden Entscheidungen fest: „Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz ist nach Schutzzweck, Voraussetzungen und Rechtsfolgen anders als die Sonderschutzrechte ausgestaltet. Ansprüche aus wettbewerblichen Leistungsschutz [...] können unabhängig vom Bestehen von Ansprüchen aus einem Schutzrecht gegeben sein, wenn besondere Begleitumstände vorliegen, die außerhalb des sondergesetzlichen Tatbestandes liegen.“⁶⁴⁵

2. Stellungnahme

Der Ansicht, die dem Patentrecht den grundsätzlichen Vorrang einräumen will, ist veraltet und wird nicht mehr vertreten. Die angeführten Argumente, die für einen Vorrang sprechen sollen, können nicht überzeugen. Vielmehr muss man sich mit der Rechtsprechung des BGH⁶⁴⁶ der Gleichrangthese im Patentrecht anschließen mit folgenden Argumenten:

Eine Aushöhlungsgefahr des Patentrechts durch das Wettbewerbsrecht besteht nicht. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass Hersteller die Erlangung eines Patents scheuen würden. Insoweit widersprechen sich die Vertreter der Vorrangthese, wenn sie auf der einen Seite behaupten, dass eine Aushöhlung der Sonderschutzrechte zu erwarten sei, da sich die Hersteller auf den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz verließen, aber auf der anderen Seite sich auf das Argument stützen, das Wettbewerbsrecht sei unberechenbar und unzuverlässig. Gerade weil das Wettbewerbsrecht weniger kalkulierbar ist als das Patentrecht, wird es kein Hersteller darauf ankommen lassen, eine patentfähige Erfindung nicht anzumelden und den Schutz allein über das Wettbewerbsrecht zu suchen. Das ist der Vorzug des Patentrechts, wie bei allen Sonderschutzrechten: es bietet Rechtssicherheit.⁶⁴⁷

Die Anmeldung eines Patents bietet darüber hinaus weitere Vorteile. Zum einen ist der Schutzzumfang im Patentrecht weitreichender als im Wettbewerbsrecht. Der

⁶⁴⁴ BGH GRUR 2015, 909, 911 [23] – *Exzenterzähne*; BGH GRUR 2017, 734, 736 [21] – *Bodendübel*.

⁶⁴⁵ BGH GRUR 2015, 909, 911f. [23] – *Exzenterzähne*; BGH GRUR 2017, 734, 736 [21] – *Bodendübel*.

⁶⁴⁶ BGH GRUR 2005, 600, 602 – *Handtuchklemmen*; BGH GRUR 2012, 58, 62 f.; BGH GRUR 2015, 909, 912 [23] – *Exzenterzähne*; BGH GRUR 2013, 951, 954 [20] – *Regalsysteme*; BGH GRUR 2015, 909, 911 [23] – *Exzenterzähne*; BGH GRUR 2017, 734, 736 [21] – *Bodendübel*.

⁶⁴⁷ *Götting*, in Fezer UWG, § 4-9, Rnr. 30.

lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz schützt nur den Leistungsgegenstand in dieser einen konkreten Ausformung vor unlauterer Nachahmung, nicht geschützt ist jedoch die dahinterstehende Idee⁶⁴⁸, während das Patentrecht nicht nur die konkrete Ausführungsform, sondern gerade die ihr zugrundeliegende technische Lehre schützt.⁶⁴⁹ Darüber hinaus sind mit dem lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz im Gegensatz zum Patentrecht nicht zu unterschätzende prozessuale Nachteile verbunden. Im Patentrecht wird der materielle Bestand der eingetragenen Erfindung vermutet, während die Darlegungs- und Beweislast im Wettbewerbsrecht beim Kläger, also dem Erfinder liegt.⁶⁵⁰

Auch eine zeitliche Umgehung des Patentrechts und die Befürchtung, dass das grundsätzlich zeitlich unbegrenzte Wettbewerbsrecht Monopole schaffen könnte, die man durch die zeitliche Begrenzung des Patentrechts zu vermeiden versucht hat, ist nicht gegeben.⁶⁵¹ Diesen Argumenten mag insoweit zuzustimmen sein, als durch das Wettbewerbsrecht keine zeitlich unbegrenzten Monopole geschaffen werden sollen. Dies ist grundsätzlich jedoch nicht zu befürchten und wird insbesondere durch das Merkmal der Unlauterkeit vermieden sowie durch das Wesen des Lauterkeitsrechts.⁶⁵² Die Einzelfallprüfung bei dem lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz und die Prüfung der Unlauterkeit der Nachahmung verhindern die Schaffung eines umfassenden Monopols, da jede Nachahmung einer Erfindung aufs Neue im Einzelfall geprüft wird. Ein Monopol an der Vermarktung einer Erfindung wird damit nicht geschaffen, da nicht die Erfindung, sondern die unlautere Nachahmung der Anknüpfungspunkt ist. Aufgrund des Tatbestandsmerkmals der Unlauterkeitsmerkmale ist es in Literatur und oberster Rechtsprechung anerkannt, dass der Nachahmungsschutz neben dem Patentschutz stehen kann.⁶⁵³

⁶⁴⁸ BGH GRUR 2005, 166 – *Puppenausstattungen*; zum Schutzgegenstand ausführlich auf Seite 24.

⁶⁴⁹ *Fock*, Unmittelbarer Leistungsschutz, Rnr.269.

⁶⁵⁰ *Quiring*, WRP 1985, 684, 687.

⁶⁵¹ BGH GRUR 1963, 328, 330 – *Fahrradschutzbleche*; BGH GRUR 1968, 186, 188 – *Reprint*; BGH GRUR 1986, 895, 896 – *Notenschichtbilder*.

⁶⁵² BGH GRUR 2015 909, 911f. [23] – *Exzenterzähne*; BGH GRUR 2017, 79, 88 f. [91 ff.] – *Segmentstruktur*; hierzu ausführlich auf S. 21.

⁶⁵³ BGH GRUR 2015 909, 911f. [23] – *Exzenterzähne*; BGH GRUR 2017, 79, 88 f. [91 ff.] – *Segmentstruktur*; *Grabinski/Zülch* in *Benkard*, PatG/GebrMG, § 139 Rnr. 14; *Bodewig* in *Fitzner/Lutz/Bodewig*, Patentrechtskommentar, Einleitung Rnr. 106.

III. Die Vorrangthese im Markenrecht

Zwischen Markenrecht und Wettbewerbsrecht herrscht nach wie vor ein Spannungsverhältnis, obwohl die Rechtsprechung sich bereits von der Vorrangthese abkehrte.⁶⁵⁴

1. Verhältnis von MarkenG und UWG

Das Verhältnis von MarkenG und UWG ist seit langem umstritten. Die Problematik des Verhältnisses von MarkenG und UWG nahm ihren Anfang bereits unter dem UWG 1909 und erhielt neue Impulse durch die Einführung des MarkenG und durch die UWG-Reformen 2004 und 2008.

a) Vorrangthese in der Rechtsprechung

Mit Einführung des neuen Markengesetzes im Jahre 1995 ging die Rechtsprechung zunächst von einer vollständigen Anspruchskonkurrenz zwischen Markenrecht und Wettbewerbsrecht aus.⁶⁵⁵ Jedoch wurde bald festgestellt, dass die markengesetzlichen Tatbestandsmerkmale durch die gleichzeitige Anwendung des Wettbewerbsrechts relativiert werden und das Markengesetz so seiner Begrenzungsfunktion nicht mehr gerecht werden könne.⁶⁵⁶ Als Reaktion darauf wurde die Vorrangthese von der Rechtsprechung erstmals im „*MAC Dog*“-Urteil eingeführt.⁶⁵⁷

In der „*MAC Dog*“-Entscheidung ging es um die Frage, welche Ansprüche der Fast-Food-Kette „*McDonalds*“ gegen einen Tiernahrungshersteller zustehen, der sein Hunde- und Katzenfutter unter den Namen „*MAC Dog*“ und „*MAC Cat*“ vertrieb. Die Klägerin verlangte einen Schutz ihrer eingetragenen Kennzeichen „*Mac*“ und „*Mc*“. Nachdem das Landgericht die Klage abgewiesen hatte, gewährte das Berufungsgericht einen Schutz auf Grundlage des § 1 UWG a.F., ohne auf das neu eingeführte Markenrecht einzugehen.⁶⁵⁸

Der BGH revidierte diese Entscheidung und leitete den Schutz anhand des neuen

⁶⁵⁴ BGH GRUR 2002, 340, 342 – *Fabergé*; BGH GRUR 2016, 965, 966 [20] – *Baumann II*.

⁶⁵⁵ BGH GRUR 1995, 697, 700 – *Funny Paper*; BGH GRUR 1998, 934, 937 – *Wunderbaum*.

⁶⁵⁶ *Ingerl*, WRP 2004, 809, 810.

⁶⁵⁷ BGH GRUR 1999, 161 – *MAC Dog*.

⁶⁵⁸ OLG München WRP 1996, 51 – *MAC Dog*.

Markengesetzes her mit der Begründung, dass die Lösung über § 1 UWG a.F. nun hinter die umfassenden spezialgesetzlichen Regelungen des Markenrechts zurücktreten müsse.⁶⁵⁹

Der Schutz von (zumindest bekannten) Kennzeichen soll einheitlich von der in sich geschlossenen und umfassenden gesetzlichen Neuregelung des Markengesetzes erfasst sein und nicht mehr teils über das Lauterkeitsrecht teils über das Warenzeichengesetz (WZG) gelöst werden.⁶⁶⁰ Bis zur Einführung des Markengesetzes am 01.01.1995 war der kennzeichenrechtliche Schutz unzureichend und an verschiedenen Stellen geregelt. Das Warenzeichenrecht allgemein war im WZG geregelt. Daneben fanden sich in Regelungen zum Kennzeichenrecht in Spezialgesetzen. Zum einen war das Unternehmenskennzeichenrecht bis zur Einführung des Markengesetzes in § 16 UWG a.F. geregelt.⁶⁶¹ Der Schutz der geografischen Herkunftsangaben, der heute in §§ 126–129 MarkenG geregelt ist, konnte sich bis 1994 nur auf das Irreführungsverbot des § 3 UWG a.F. stützen.⁶⁶² Von der Rechtsprechung wurde darüber hinaus im Kennzeichenrecht ein Schutz außerhalb des WZG entwickelt, der weitgehend über das allgemeine Lauterkeitsrecht begründet wurde und der Generalklausel des § 1 UWG a.F. unterstellt war.⁶⁶³ In allen Fällen, in denen ein Kennzeichen zwar als Warenzeichen oder Ausstattung nach dem WZG geschützt war, aber der Schutz des WZG beispielsweise wegen fehlender Verwechslungsgefahr, Warengleichartigkeit oder zeichenmäßiger Benutzung ausgeschlossen war, kam ein „ergänzender wettbewerbsrechtlicher Schutz“ auf Grundlage des § 1 UWG in Betracht.⁶⁶⁴ Dieser richterrechtlich entwickelte Schutz sollte durch das Markengesetz „fixiert und ausgebaut“ werden, sodass für eine Anwendung des § 1 UWG a.F. kein Raum mehr bleibe.⁶⁶⁵ Das Markenrecht sollte zumindest immer dann Vorrang haben, wenn der Anwendungsbereich des Markenrechts eröffnet sei, die sog. Begrenzungsfunktion des Markenrechts.⁶⁶⁶ Von der Rechtsprechung wird die Vorrangthese jedoch heute nicht mehr vertreten, sondern eine parallele

⁶⁵⁹ BGH GRUR 1999, 161, 162 – *MAC Dog*.

⁶⁶⁰ Begr. RegE zum MarkG, BT-Drucks. 12/6581, S. 55; BGH GRUR 2002, 622, 623 – *shell.de*.

⁶⁶¹ *Bornkamm* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rnr. 1.75.

⁶⁶² *Bornkamm* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rnr. 1.75.

⁶⁶³ *Bornkamm*, Konfliktzonen, S. 181.

⁶⁶⁴ *Baumbach/Hefermehl*, WZG, § 31 Rnr. 182.

⁶⁶⁵ BGH GRUR 1999, 161, 162 – *MAC Dog* mit ausdrücklichem Verweis auf die amtliche Gesetzesbegründung: BT-Drucks, 12/6581, S. 72. Ebenso BGH GRUR 2002, 340, 342 – *Fabergé*.

⁶⁶⁶ BGH GRUR 1999, 161, 162 – *MAC Dog*, BGH GRUR 419, 422 – *Räucherkatze*,

Anwendung von Markenrecht und Lauterkeitsrecht bejaht, sofern Wertungswidersprüche vermieden werden.⁶⁶⁷

b) Vorrangthese in der Literatur

Weite Teile der Literatur schlossen sich der Vorrangthese an und stützten sie zusätzlich auf die Harmonisierung des Markenrechts durch das Europarecht. Durch die Markenrechtsrichtlinie (MarkenRL) des Rates vom 21.12.1988⁶⁶⁸, die durch die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.10.2008⁶⁶⁹ ersetzt wurde, sollte unter anderem eine Harmonisierung des Markenrechts durch eine Vereinheitlichung des markenrechtlichen Schutzzumfangs auf Europaebene stattfinden.⁶⁷⁰ Die Vertreter der Vorrangthese waren der Auffassung, dass der Harmonisierungszweck der MarkenRL durch eine parallele Anwendung des UWG zunichte gemacht werde, wenn durch das UWG Ergebnisse erzielt würden, die dem Markenrecht zuwider liefen.⁶⁷¹ Die Harmonisierung des europäischen Binnenmarkts sei gefährdet, wenn in Deutschland ein Schutz unabhängig von einer etwaigen markenrechtlichen Schutzfähigkeit über das Wettbewerbsrecht gewährt werde, während ein solcher Schutz in anderen Mitgliedsstaaten nicht erfolge.⁶⁷²

Während die Rechtsprechung die Vorrangthese auf den Anwendungsbereich des Markenrechts beschränkte⁶⁷³, wurde von einem Teil der Lehre darüber hinaus ein Vorrang des Markenrechts auch dann gefordert, wenn der markenrechtliche Schutz ausscheidet, obwohl der Schutzbereich eröffnet war, sog. negative Begrenzungsfunktion.⁶⁷⁴ Wo der Sonderrechtsschutz einen Schutz abschließend verweigerte, dürfe dieses Ergebnis nicht mit der Anwendung des Wettbewerbsrechts

⁶⁶⁷ BGH GRUR 2013, 1161 [60] – *Hard Rock Café*; BGH GRUR 2016, 965, 966 [15] – *Baumann II*.

⁶⁶⁸ Richtlinie 89/104/EWG, ABl. NR. L 40 vom 11.02.1989, 1.

⁶⁶⁹ Richtlinie 2008/95/EG, ABl. Nr. L 299 vom 08.11.2008, 25.

⁶⁷⁰ *Bornkamm*, GRUR 2005, 97, 100; *Erdmann*, GRUR 2001, 609, 610.

⁶⁷¹ *Sosnitza*, WRP 2003, 1186, 1187; *Bornkamm*, GRUR 2005, 97, 100; *Rohnke*, Festschrift für Erdmann, S. 466.

⁶⁷² *Rohnke*, Festschrift für Erdmann, S. 466.

⁶⁷³ *Glöckner*, Schutz vor Verwechslungsgefahr, S. 150.

⁶⁷⁴ *Dorndorf*, Herkunftstäuschung, Rnr. 553; *Bornkamm*, GRUR 2005, 97, 102.

unterlaufen werden.⁶⁷⁵ Von dem Tatbestand des Markenrechts ging damit eine generelle verdrängende Wirkung aus, eine sog. Sperrwirkung.⁶⁷⁶

c) Neubeurteilung der Vorrangthese

Im Jahr 2005 wurde von der EU die Richtlinie zu den unlauteren Geschäftspraktiken erlassen (UGP-RL 2005/29/EG). Die Richtlinie betrifft den Bereich der kundenbezogenen Unlauterkeit und wurde mit der UWG-Novelle 2008 unter anderem in § 5 II UWG in das nationale Recht umgesetzt. Unter Einfluss der UGP-Richtlinie und ihrer Umsetzung in nationales Recht ist ein neuerliches Überdenken der Vorrangthese erforderlich geworden.

Auslöser für die Diskussion war Art. 6 II lit. a UGP-RL:

Nach dieser Vorschrift ist jegliche Vermarktung eines Produkts als irreführend anzusehen, die eine Verwechslungsgefahr mit einem anderen Produkt, Warenzeichen, Warennamen oder anderen Kennzeichen eines Mitbewerbers begründet, sofern der Durchschnittsverbraucher dadurch zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst wird oder veranlasst werden kann, die er ansonsten nicht getroffen hätte. Art. 6 II lit. a UGP-RL wurde mit der UWG-Novelle vom 22.12.2008⁶⁷⁷ in § 5 II UWG umgesetzt. Er legt fest, dass eine geschäftliche Handlung unter anderem auch dann irreführend ist, wenn sie im Zusammenhang mit der Vermarktung von Waren oder Dienstleistungen eine Verwechslungsgefahr mit der Marke oder einem anderen Kennzeichen eines Mitbewerbers hervorruft. Mit dieser Regelung wurde ein dem markenrechtlichen Kennzeichenschutz gleichgestellter Tatbestand zum Schutz vor Irreführung von Verbrauchern bei einer Verwechslungsgefahr von Marken und anderen Kennzeichen im UWG geschaffen. Mit § 5 II UWG enthält das UWG also eine Bestimmung zum Schutz von Marken und anderen Kennzeichen, die den Kernbereich des Markenrechts betrifft und zu einer konkurrierenden Anwendung der verbraucherbezogenen Vorschriften des UWG neben denen des MarkenG zwingt.⁶⁷⁸

⁶⁷⁵ Helm, GRUR 2001, 291, 291.

⁶⁷⁶ Glöckner, Schutz vor Verwechslungsgefahr, S. 150; Bornkamm, Konfliktzonen, S. 185; Wiebe, in MünchKomm UWG § 4 Nr. 9, Rnr. 38.

⁶⁷⁷ BGBl. 2008 I, S. 2949.

⁶⁷⁸ BGH GRUR 2013, 1161 [60] – *Hard Rock Cafe*; Ingerl/Rohnke, MarkenG § 2 Rnr. 2; Hacker, in Ströbele/Hacker, MarkenG § 2 Rnr. 19

Die Einführung von § 5 II UWG hat mithin Auswirkungen auf das Verhältnis der beiden Rechtsgebiete und es entstand eine weitreichende Diskussion über den Anwendungsvorrang des Markenrechts. In der Literatur besteht überwiegend Einigkeit, dass die Vorrangthese zumindest in ihrer bisherigen Form nicht bestehen bleiben könne.⁶⁷⁹ Dieser Auffassung hat sich auch die Rechtsprechung angeschlossen.⁶⁸⁰ Im Wesentlichen konnten sich drei Meinungen herausbilden:

aa) Vollständige Aufgabe der Vorrangthese

Die Gegner der Vorrangthese in der Literatur fühlen sich in Anbetracht der neu eingeführten Vorschrift des § 5 II UWG bestätigt und sprechen sich für eine vollständige Aufgabe der Vorrangthese aus.⁶⁸¹

Fezer wendete sich bereits vor Umsetzung der UGP-RL gegen die Vorrangthese. Er sieht in § 6 II lit. a UGP-RL lediglich eine Bestätigung seiner Meinung von der uneingeschränkten Anspruchskonkurrenz zwischen MarkenG und UWG. Er führt für seine Auffassung vor allem die unterschiedlichen Normzwecke, Schutzvoraussetzungen und Zuständigkeiten beider Gesetze an.⁶⁸²

Auch *Köhler* begründet seine Ablehnung der Vorrangthese mit den unterschiedlichen Schutzzwecken, Tatbeständen und Rechtsfolgen von MarkenG und UWG.⁶⁸³

Als weitere Begründung führen *Ingerl/Rohnke* aus, dass durch die Umsetzung der UGP-RL in das UWG nun auch das Lauterkeitsrecht europäisch harmonisiert sei. Die Gefahr, dass das gemeinschaftsrechtlich harmonisierte Markenrecht durch konkurrierende Vorschriften des UWG unterlaufen werde, sei nicht mehr gegeben, so dass es des zwingenden Vorrangs nicht mehr bedürfe. Eine Umgehung des Markenrechts sei allenfalls durch rein nationale Vorschriften, die nicht von der UGP-RL erfasst werden – wie § 4 Nr. 3 UWG- denkbar. Eine Differenzierung zwischen europäisch harmonisiertem (wie § 5 II UWG) und rein nationalem (wie § 4 Nr. 3 UWG) Lauterkeitsrecht mache aber wenig Sinn, da sich diese Vorschriften wiederum weitgehend überschneiden. Eine

⁶⁷⁹ *Ingerl/Rohnke*, MarkenG § 2 Rnr. 2; *Hacker*, in *Ströbele/Hacker*, MarkenG § 2 Rnr. 10 ff..

⁶⁸⁰ BGH GRUR 2016, 965, 966 [20] – *Baumann II*.

⁶⁸¹ *Fezer*, MarkenG § 2 Rnr. 54, 95-100; *Dreyer*, in *Harte/Henning*, § 5, Abschn. J Rnr. 10 ff.; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 2 Rnr. 2; *Köhler*, GRUR 2007, 548 ff..

⁶⁸² *Fezer*, MarkenG § 2 Rnr. 2; *ders.* WRP 2000, 863, 869 ff.

⁶⁸³ *Köhler*, GRUR 2007, 548, 550; *Köhler*, in *Köhler/Bornkamm*, UWG § 4 Rnr. 3.6a.

vollständige Anspruchskonkurrenz sei daher angezeigt, wobei jedoch Wertungswidersprüche durch Auslegung vermieden werden müssten.⁶⁸⁴

Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt auch *Bärenfänger*, der sich mit dem Verhältnis von UWG und MarkenG auseinandersetzte und eine „*symbiotische Theorie*“ zur Vorrangthese entwickelte.⁶⁸⁵ Danach seien das Kennzeichen- und das Lauterkeitsrecht zwei untrennbare Seiten einer Medaille. Richtige Ergebnisse seien nur dann zu erzielen, wenn beide Rechtsgebiete unabhängig nebeneinander Anwendung fänden. Dabei seien MarkenG und UWG jeweils so auszulegen, dass es nicht zu Widersprüchen komme.⁶⁸⁶

bb) Modifikation der Vorrangthese

Eine vermittelnde Ansicht⁶⁸⁷ geht zwar davon aus, dass die Vorrangthese in ihrer bisherigen Form und insbesondere im Verhältnis zu § 5 II UWG nicht mehr aufrechterhalten werden könne. Jedoch solle die Vorrangthese auch nicht vollständig aufgegeben werden, insbesondere im Hinblick auf die Wertungswidersprüche, die durch die Vorrangthese verhindert werden sollten. Die Befürworter dieser Auffassung berufen sich dabei insbesondere darauf, dass zwischen den verschiedenen Bereichen der verbraucherbezogenen und der mitbewerberbezogenen Unlauterkeit unterschieden werden müsse.⁶⁸⁸

Hacker schlägt dabei eine Modifikation der Vorrangthese in der Gestalt vor, dass eine konkurrierende Anwendung bei den verbraucherbezogenen Vorschriften des UWG möglich und geboten sei.⁶⁸⁹ Darüber hinaus, in dem Verhältnis der Mitbewerber untereinander, müsse jedoch das Vorrangprinzip weiterhin Anwendung finden.⁶⁹⁰ Im Bereich der mitbewerberbezogenen Unlauterkeit greife die UGP-RL nicht ein und es bestehe insoweit kein Anlass für eine Korrektur, so dass sich im Bereich des § 4 Nr. 3 UWG eine Neubeurteilung der Vorrangthese erübrige.⁶⁹¹

⁶⁸⁴ *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 2 Rnr. 2.

⁶⁸⁵ *Bärenfänger*, Spannungsverhältnis, S. 147 ff, 153; *ders.* WRP 2011, 16, 19.

⁶⁸⁶ *Bärenfänger*, Spannungsverhältnis, S. 176 ff, 153; *ders.* WRP 2011, 16, 20.

⁶⁸⁷ *Bornkamm*, in Köhler/Bornkamm, § 5 Rnr. 4.240 ff.; *Hacker*, in Ströbele/Hacker § 2 Rnr. 15 ff..

⁶⁸⁸ *Hacker*, in Ströbele/Hacker § 2 Rnr. 15.

⁶⁸⁹ *Hacker*, in Ströbele/Hacker § 2 Rnr. 16.

⁶⁹⁰ *Hacker*, in Ströbele/Hacker § 2 Rnr. 15 ff..

⁶⁹¹ *Hacker*, in Ströbele/Hacker § 2 Rnr. 15 ff..

Bornkamm ist der Auffassung, dass die Vorrangthese zwar nicht in ihrer bisherigen Form aufrecht erhalten bleiben könne, jedoch kommt auch er zu dem Ergebnis, dass die Vorrangthese zumindest im Bereich außerhalb des Anwendungsbereichs des § 5 II UWG Anwendung finden müsse. Ihm geht es dabei vor allem um die Berücksichtigung der markenrechtlichen Schutzschranken auch im UWG. Die Wertungen des Kennzeichenrechts dürften insoweit nicht unberücksichtigt bleiben.⁶⁹²

cc) Fortgeltung der Vorrangthese

Im Gegensatz zu den Meinungen, die einen generellen Vorrang des MarkenG zum UWG ablehnen, hält *Sosnitza* nach wie vor an der Vorrangthese fest.⁶⁹³ Er bezieht sich hauptsächlich auf die Vorrangklausel des Art. 3 IV UGP-RL:

„Kollidieren die Bestimmungen dieser Richtlinie mit anderen Rechtsvorschriften der Gemeinschaft, die besondere Aspekte der unlauteren Geschäftspraktiken regeln, so gehen die Letzteren vor und sind für diese besonderen Aspekte maßgebend.“

Die Markenrichtlinie und ihre Schutztatbestände seien vorrangig. Die Markenrichtlinie und auch die Gemeinschaftsmarkenverordnung beinhalten insbesondere Tatbestände von unlauteren Geschäftspraktiken, weshalb die UGP-RL insoweit zurücktreten müsse.⁶⁹⁴

Auch *Götting* hält an der Vorrangthese fest und vertritt hierbei auch die negative Begrenzungsfunktion des Markenrechts. Es sei nicht nachvollziehbar, dass der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz angewendet werde, wenn bereits die markenrechtliche Schutzfähigkeit anerkannt wurde.⁶⁹⁵

⁶⁹² *Bornkamm*, in Köhler/Bornkamm, UWG § 5 Rnr. 4.240 ff.; *Bornkamm*, GRUR 2011, 1 ff..

⁶⁹³ *Sosnitza*, in Ohly/Sosnitza, § 5 Rnr. 699 ff.; OLG Köln MarkenR 2009, 228,230 – *Frucht des Marulabaumes*.

⁶⁹⁴ *Sosnitza*, in Piper/Ohly, UWG § 5 Rnr. 700.

⁶⁹⁵ *Götting*, in Fezer/Götting, UWG § 4-9 Rnr. 49.

2. Stellungnahme

Es ist der überwiegenden Auffassung der Literatur zu folgen: Die Vorrangthese im Verhältnis von UWG und MarkenG ist abzulehnen. Dieser Auffassung hat sich auch die Rechtsprechung angeschlossen.⁶⁹⁶

a) Harmonisierung des UWG

Spätestens seit Erlass der UGP-RL 2005 kann die Vorrangthese im Verhältnis zum UWG nicht mehr überzeugen. Dies ergibt sich zum einen aus der europarechtlichen Harmonisierung des UWG durch die UGP-RL. Durch die gemeinschaftsrechtliche Harmonisierung des UWG ist nun nicht mehr zu befürchten, dass die Harmonisierungswirkung der Markenrichtlinie durch das UWG unterlaufen werde. Auch geht das Argument von *Sosnitza* fehl, wenn er eine Vorrangigkeit der Markenrichtlinie behauptet. Die UGP-RL ist gleichstufig zur Markenrichtlinie, so dass ein Vorrang der markenrechtlichen Regelungen nicht gegeben ist.⁶⁹⁷

b) Dogmatische Unterschiede

Auch die dogmatischen Unterschiede von MarkenG und UWG rechtfertigen eine autonome Anwendung beider Rechtsgebiete. Das Markenrecht gewährt dem Markeninhaber ein subjektives Ausschließlichkeitsrecht und dient somit allein dem Schutz von Individualinteressen, während Verbraucher allenfalls mittelbar geschützt sind.⁶⁹⁸ Dagegen sieht das Lauterkeitsrecht auch einen Schutz der Verbraucher vor, was sich bereits aus der Schutzzweckbestimmung des § 1 UWG ergibt.

Darüber hinaus ist das Markenrecht ein Immaterialgüterrecht, während das UWG auf Erhaltung des lautereren Wettbewerbs bedacht ist. Aus diesem Schutzzweck heraus ergibt sich auch eine grundlegend andere Aktivlegitimation. Aus dem Wesen des Markenrechts als Ausschließlichkeitsrecht ergibt sich, dass nur der Markeninhaber allein gegen Eingriffe in sein Ausschließlichkeitsrecht geschützt ist und auch nur dieser allein befugt

⁶⁹⁶ BGH GRUR 2016, 965, 966 [23] – *Baumann II*; BGH GRUR 2013, 1161, 1166 [64] – *Hard Rock Cafe*;

⁶⁹⁷ *Schladt*, Verhältnis von Marken- und Lauterkeitsrecht, S. 122.

⁶⁹⁸ *Bärenfänger*, WRP 2011, 16, 21 f.; *Schladt*, Verhältnis von Marken- und Lauterkeitsrecht, S. 122.

ist, bei einem Verstoß gegen seine Rechte dagegen vorzugehen.⁶⁹⁹ Das UWG schützt hingegen die Lauterkeit des Wettbewerbs generell und damit das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.⁷⁰⁰ Vom Schutzbereich erfasst sind daher neben dem unmittelbar Betroffenen auch die übrigen Marktteilnehmer sowie nach dem Gesetzeswortlaut des § 1 UWG auch die Verbraucher bzw. Abnehmer, die vor Täuschung und Irreführung geschützt werden sollen.⁷⁰¹

c) Gesetzssystematik

Die Vorrangthese scheidet darüber hinaus an § 2 MarkenG. Der Wortlaut der Vorschrift ist insoweit eindeutig, als er einen gleichzeitigen Schutz aus anderen Rechtsvorschriften neben dem Markenrecht nicht ausschließt. Auch die Gesetzesbegründung zu § 2 MarkenG geht davon aus, dass sich am damaligen Verhältnis von WZG und Wettbewerbsrecht durch die Einführung des MarkenG nichts ändern sollte.⁷⁰² Vor Einführung des MarkenG war die parallele Anwendung von UWG und WZG anerkannt und unumstritten.⁷⁰³ Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts zum WZG, das durch das Markengesetz ersetzt wurde, war von Rechtsprechung und Literatur nach der Lehre von der Anspruchskonkurrenz beschrieben.⁷⁰⁴ Insbesondere ist die freie Anspruchskonkurrenz ein anerkannter bürgerlich-rechtlicher Grundsatz, der auch im gewerblichen Rechtsschutz gilt.⁷⁰⁵ In der Gesetzesbegründung heißt es weiter: *„Der außerhalb des Warenzeichenrechts entwickelte Schutz „berühmter“ Marken wird durch das neue Markengesetz, wie sich aus § 2 ergibt, zwar nicht beseitigt, dieser Schutz wird aber in den meisten Fällen vom Schutz der „bekannten“ Marke abgedeckt sein, so dass der Rückgriff auf außermarkenrechtliche Ansprüche, wenn auch theoretisch möglich, in der Praxis an Bedeutung verlieren wird.“*⁷⁰⁶

In dieser Begründung gab der Gesetzgeber zu verstehen, dass eine Verdrängung des UWG nicht zwingend anzunehmen ist. Ein Rückgriff ist zwar nicht mehr nötig, aber

⁶⁹⁹ Hacker, Markenrecht, Rnr. 575.

⁷⁰⁰ BGH GRUR 2007, 984, 986 [23] – Gartenliege; BGH GRUR 2010, 80, 81 [17] – LIKEaBIKE; Köhler, in Köhler/Bornkamm § 4 Rnr. 3.2.

⁷⁰¹ Köhler, GRUR 2007, 548, 552.

⁷⁰² BT-Drucks. 12/6581, S. 56.

⁷⁰³ Gewiese, GRUR 1935, 633, 633; Fezer, WRP 2000, 863, 865.

⁷⁰⁴ Fezer, MarkenR, § 2 Rnr. 1.

⁷⁰⁵ Glöckner, Schutz vor Verwechslungsgefahr, S. 150.

⁷⁰⁶ BT-Drucks. 12/6581, S. 72.

möglich. Dem MarkenG soll insoweit eine gewisse Konzentrationsfunktion zukommen, in der Form, dass markenrechtliche Anspruchsgrundlagen aufgrund ihrer größeren Sachnähe zuerst zu prüfen sind. Über diese Konzentrationsfunktion hinaus besteht aber keine (negative) Begrenzungsfunktion.⁷⁰⁷

d) Zwischenergebnis

MarkenG und UWG stehen daher gleichberechtigt nebeneinander und sind parallel anzuwenden. Die Vorrangthese ist im generellen Verhältnis von MarkenG und UWG abzulehnen.

3. Verhältnis von Markenrecht und lauterkeitsrechtlichem Nachahmungsschutz

Fraglich ist dabei, ob die Ablehnung der Vorrangthese nur im Bereich der verbraucherschutzbezogenen Vorschriften gilt,⁷⁰⁸ oder auch auf die rein mitbewerberbezogenen Vorschriften, also insbesondere auf § 4 Nr. 3 UWG, zu übertragen ist.

Das Markenrecht und der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz weisen eine Vielzahl von Berührungspunkten und Überschneidungen auf.⁷⁰⁹ Die Schutzvoraussetzung der wettbewerblichen Eigenart erinnert in gewisser Weise an das Merkmal der Verkehrsgeltung im Markenrecht.⁷¹⁰ Beide Schutzvoraussetzungen zielen auf eine gewisse Unterscheidungskraft und Zuordenbarkeit eines Merkmals bzw. des Zeichens ab, wenn auch die Voraussetzungen bei der Verkehrsgeltung weit höher anzusetzen sind. Darüber hinaus weisen das Markenrecht in § 14 II Nr. 2 MarkenG und der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz in § 4 Nr. 3 lit. a UWG in dem Ziel, einen Schutz vor Verwechslungsgefahr zu gewähren, deutliche Parallelen auf. Ebenso verhält es sich bei der Rufausbeutung. Während § 4 Nr. 3 lit. b UWG vor einer unlauteren Rufbeeinträchtigung bzw. Rufausbeutung schützt, enthalten § 14 II Nr. 3 und § 15 III MarkenG jeweils eine Regelung über die Rufausbeutung bekannter Marken und

⁷⁰⁷ So im Ergebnis auch *Dorndorf*, Herkunftstäuschung, Rnr. 558.

⁷⁰⁸ Befürworter der modifizierten Vorrangthese: *Hacker*, in Ströbele/Hacker, MarkenG § 2 Rnr. 15 ff. und *Bornkamm*, in Köhler/Bornkamm, UWG § 5 Rnr. 4.240 ff..

⁷⁰⁹ *Ingerl*, WRP 2004, 809; *Götting*, in Fezer UWG, § 4-9, Rnr. 47.

⁷¹⁰ *Ohly*, Festschrift für Ullmann, S. 797.

Geschäftsbezeichnungen. Eine Vermengung der Tatbestände und insbesondere eine Umgehung des Markenrechts werden befürchtet, da bei einem Schutz durch das UWG weder die besonderen Schutzvoraussetzungen des Markenrechts vorliegen noch die Tatbestandsvoraussetzungen eine ähnlich starke Kontur aufweisen müssen.⁷¹¹ Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz gewährt einen Schutz auch ohne eine Verkehrsgeltung des Kennzeichens und ohne eine Eintragung der Marke.⁷¹² Es stellt sich daher die Frage, in welchem Verhältnis diese Vorschriften zueinander stehen und ob die Vorrangthese im Verhältnis zu § 4 Nr. 3 UWG als rein nationale Vorschrift aufrechterhalten werden kann, wie es die modifizierte Vorrangthese vertritt.

a) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sich im generellen Verhältnis von Markenrecht zum UWG gegen einen Anwendungsvorrang ausgesprochen.⁷¹³ Die zitierten Entscheidungen hatten jedoch jeweils das Verhältnis von Markenrecht und § 5 Abs. 1 und 2 UWG zum Gegenstand. Eine klärende Entscheidung des BGH zur parallelen Anwendung des § 4 Nr. 3 UWG neben dem Markenrecht gibt es seit Aufgabe der Vorrangthese in Bezug auf das UWG generell bislang noch nicht. Gegen die Aufrechterhaltung der Vorrangthese im Verhältnis zum Lauterkeitsrecht sprechen jedoch einige Urteile des BGH, in denen er den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz neben dem Markenrecht herangezogen hat, obwohl die Vorrangthese zum Entscheidungszeitpunkt grundsätzlich noch vertreten wurde.

aa) „Tupperwareparty“-Entscheidung

In der „Tupperwareparty“-Entscheidung⁷¹⁴ hatte der BGH über die Nachahmung von Frischhalte- und Gefrierdosen zu entscheiden.

Die Klägerin stellte Frischhalte- und Gefrierdosen unter der Bezeichnung „TUPPERWARE“ her und vertrieb diese auf dem deutschen Markt. Diese Bezeichnung

⁷¹¹ Körner, Festschrift für Ullmann, S 704; Ingerl, WRP 2004, 809, 810; Büscher, GRUR 2009, 230, 232, 234; Köhler, GRUR 2007, 548, 553; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 11 Rnr. 9.

⁷¹² Rohnke, Festschrift für Erdmann, . 459.

⁷¹³ BGH GRUR 2016, 965, 966 [23] – *Baumann II*; BGH GRUR 2013, 1161, 1166 [64] – *Hard Rock Cafe*;

⁷¹⁴ BGH GRUR 2003, 973 – *Tupperwareparty*

ist für die Klägerin als Marke geschützt (Marke Nr. 758 500 und 395 20 328). Der Vertrieb der Waren erfolgt ausschließlich im Rahmen von Heimvorführungen, zu denen Gäste als potentielle Käufer eingeladen werden. Für diese Heimvorführungen bildete sich mit zunehmender Bekanntheit die Bezeichnung der „Tupperparty“ bzw. „Tupperwareparty“ heraus. Die Beklagte stellte Haushaltsartikel und auch Vorratsbehälter her und vertrieb diese unter der Bezeichnung „LEIFHEIT TopParty“ im Einzelhandel.

Die Klägerin sah darin eine Verletzung der ihr zustehenden Kennzeichenrechte sowie einen Verstoß gegen § 1 UWG a.F.. Die eingetragene berühmte Marke „TUPPERWARE“ stehe in engem Zusammenhang mit dem Begriff „Tupperwareparty“, so dass diese Bezeichnung auch ohne Eintragung eine geschützte Marke sei. Darüber hinaus handle es sich um eine unzulässige Rufausbeutung im Sinne des § 1 UWG a.F..

Das Berufungsgericht gewährte der Klägerin unter Verneinung markenrechtlicher Ansprüche einen Nachahmungsschutz unter dem Gesichtspunkt der Rufausbeutung.⁷¹⁵ Der BGH hob das Urteil auf und wies die Klage insgesamt ab. Ein Markenschutz für die Bezeichnung „Tupperparty“ bzw. „Tupperwareparty“ sei mangels Eintragung nicht entstanden.⁷¹⁶ Ein Schutz nach § 1 UWG a.F. bestehe ebenfalls nicht. Der BGH stellte zunächst fest, dass der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz im Streitfall anwendbar sei, da das nachgeahmte Leistungsergebnis iSd § 4 Nr. 9 UWG a.F. auch in einer Kennzeichnung liegen könne.⁷¹⁷ Dadurch, dass die Ansprüche aus Markenrecht an der Bezeichnung „Tupperwareparty“ mangels Bestehen von Markenschutz nicht in Betracht kamen, sei die Anwendung des § 1 UWG a.F. nicht ausgeschlossen. Ein Schutz nach § 1 UWG a.F. müsse aber ausscheiden aufgrund des nur geringen Grades der Nachahmung.⁷¹⁸

⁷¹⁵ BGH GRUR 2003, 973 - *Tupperwareparty*.

⁷¹⁶ BGH GRUR 2003, 973, 974 - *Tupperwareparty*.

⁷¹⁷ BGH GRUR 2003, 973, 974 - *Tupperwareparty*.

⁷¹⁸ BGH GRUR 2003, 973, 975 - *Tupperwareparty*.

bb) „Messerkennzeichnung“-Entscheidung

In der „Messerkennzeichnung“-Entscheidung⁷¹⁹ ging es um die Nachahmung einer Messerserie.

Die Klägerin vertrieb eine Messerserie „VIER STERNE“, bei der an den Klingen auf der linken Seite eine rechteckige, durchsichtige abziehbare Folie angebracht war, die in rot gehalten links und rechts Schriftzüge, sowie mittig das „ZWILLING“-Bildzeichen enthielt.



Messerkennzeichnung der Klägerin⁷²⁰

Die Beklagte vertrieb u.a. die Messerserie „CORDON BLEU“ eines japanischen Herstellers. Die Messer der Beklagten wiesen ebenfalls auf der linken Seite der Klinge folgende in roter Farbe angebrachte Kennzeichnung auf:



Messerkennzeichnung der Beklagten⁷²¹

Die Klägerin behauptete, dass die Messerserie der Beklagten eine Nachahmung der der Klägerin darstelle und Verwechslungsgefahr bestehe. Insbesondere bei der Kennzeichnung der Beklagten fänden sich sämtliche Merkmale wieder, die den Gesamteindruck der Kennzeichnung der Klägerin prägen.

Der BGH hielt § 1 UWG a.F. grundsätzlich für anwendbar, da die wettbewerbliche Eigenart auch in der Kennzeichnung des Produkts liegen könne.⁷²² Der BGH wies die Klage jedoch mangels Herkunftstäuschung ab. Bei der Gestaltung der Messer selbst, nämlich Messergriff sowie Messerkopf, gebe es -wenn auch geringe- Unterschiede. Auch die dem Grunde nach ähnliche, in roter Schrift gehaltene, Kennzeichnung der Messer auf der linken Seite der Klingen führe nicht zu einer Herkunftstäuschung, da diese deutliche Abweichungen, insbesondere in dem zentral angeordneten Bildzeichen, aufwiesen.⁷²³

⁷¹⁹ BGH GRUR 2001, 251 – Messerkennzeichnung.

⁷²⁰ BGH GRUR 2001, 251 – Messerkennzeichnung.

⁷²¹ BGH GRUR 2001, 251 – Messerkennzeichnung.

⁷²² BGH GRUR 2001, 251, 253 – Messerkennzeichnung.

⁷²³ BGH GRUR 2001, 251, 254 – Messerkennzeichnung.

Obwohl es vorliegend nicht nur um die Nachahmung der Messerserie selbst, sondern insbesondere auch um die Ähnlichkeit der Kennzeichnung der Messer ging, wurde der Sachverhalt ausschließlich anhand des § 1 UGW a.F. gelöst. Der BGH erwähnte zwar in seiner Entscheidung, dass es sich um eine Nachahmung eines Kennzeichens handle, er stützte seine Entscheidung aber nicht auf das Markenrecht.

Über diese Fälle hinaus entwickelte der BGH bei dem Schutz von dreidimensionalen Formmarken eine weitere Ausnahme von der – damals noch vertretenen - Vorrangthese. Eine parallele Anwendung von Lauterkeitsrecht solle möglich bleiben, wenn es nicht um den Schutz der Kennzeichnung, sondern des Produkts als Ganzes ginge.⁷²⁴ Zwei dieser Entscheidungen sollen im Folgenden näher dargestellt und diskutiert werden.

cc) „Abschlussstück“-Entscheidung

In der „Abschlussstück“-Entscheidung⁷²⁵ des BGH aus dem Jahr 2002 ging es um die Gestaltung von Kugelschreibern, insbesondere des oberen Abschlussstücks der Kugelschreiber.

Die Klägerin stellte seit Anfang der 90er Jahre Schreibgeräte her und vertrieb diese in Deutschland unter der Serienbezeichnung „P D“. Die mit der Klägerin verbundene P-Pen Products (GB) war dabei Inhaberin der nachstehend abgebildeten dreidimensionalen Marken Nr. 397 02 632 und Nr. 398 70 850.

Nr. 397 02 632
Akz.: 397 02 632.3

Nr. 398 70 850
Akz.: 398 70 850.9/16



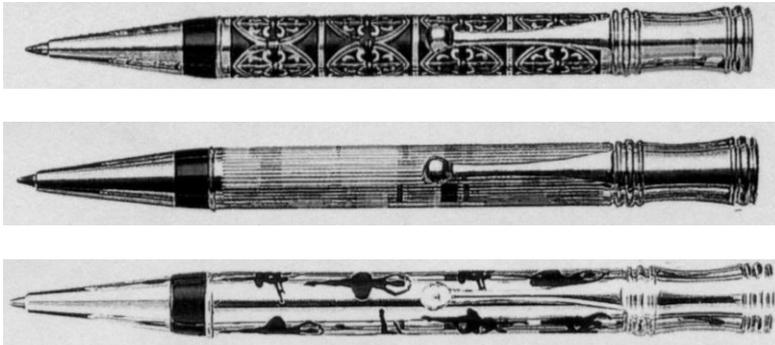
Marken der Klägerin⁷²⁶

⁷²⁴ BGH GRUR 2003, 332 – *Abschlussstück*; BGH GRUR 2008, 793 – *Rillenkoffer*.

⁷²⁵ BGH GRUR 2003, 332 – *Abschlussstück*.

⁷²⁶ BGH GRUR 2003, 332 – *Abschlussstück*.

Die Beklagte stellt ebenfalls Schreibgeräte her und bot eine Schreibgeräteserie unter der Bezeichnung „L“ in Deutschland an. Im Folgenden einige Beispiele aus der Kugelschreiberserie der Beklagten:



Kugelschreiber der Beklagten⁷²⁷

Die Klägerin war der Auffassung, dass die Beklagte bei ihrer Kugelschreiberserie das säulenförmige Abschlussstück verwendet habe und klagte auf Unterlassung, Auskunft und Schadensersatz. Die Klägerin stützte ihre Klage zum einen auf Ansprüche aus den eingetragenen dreidimensionalen Marken und zum anderen machte die Klägerin einen Nachahmungsschutz nach dem UWG geltend.

Der BGH wies die Ansprüche der Klägerin aus beiden Anspruchsgrundlagen ab. Markenrechtliche Ansprüche seien mangels Verletzung der dreidimensionalen Marken der Klägerin nicht gegeben.⁷²⁸ Auch der Schutz aus § 1 UWG a.F. wurde vom BGH verneint. Jedoch hielt der BGH den Nachahmungsschutz neben den Ansprüchen aus dem Markenrecht für anwendbar und wies die Klage mangels Herkunftstäuschung ab. Der BGH begründete die Anwendbarkeit des UWG damit, dass sich der Anspruch gegen ein wettbewerbswidriges Verhalten richte, das als solches nicht Gegenstand der markenrechtlichen Regelung sei.⁷²⁹ So seien die markenrechtlichen Ansprüche auf die eingetragenen dreidimensionalen Marken gestützt, während die Ansprüche aus dem Nachahmungsschutz auf die Herstellung und den Vertrieb der Schreibgeräte der Beklagten gestützt seien, die eine Nachahmung der Schreibgeräte der Klägerin darstellten.⁷³⁰ Bei den markenrechtlichen Ansprüchen gehe es um den Schutz eines abstrakten Kennzeichens, während beim Nachahmungsschutz der tatsächliche Gegenstand an sich geschützt sei. Dies seien unterschiedliche Schutzgegenstände, so dass

⁷²⁷ BGH GRUR 2003, 332 – *Abschlussstück*.

⁷²⁸ BGH GRUR 2003, 332, 333 ff. – *Abschlussstück*.

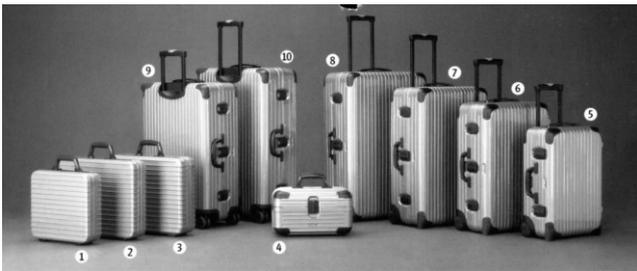
⁷²⁹ BGH GRUR 2003, 332, 335 – *Abschlussstück*.

⁷³⁰ BGH GRUR 2003, 332, 336 – *Abschlussstück*.

eine parallele Anwendung beider Vorschriften möglich sei, ohne der Vorrangthese zu widersprechen.

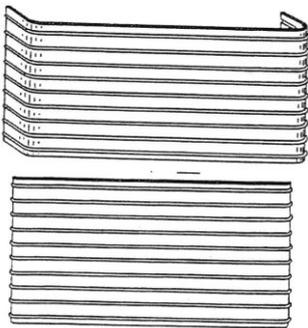
dd) „*Rillenkoffer*“-Entscheidung

Ähnlich entschied der BGH in dem „*Rillenkoffer*“-Urteil.⁷³¹ Die Klägerin produzierte und vertrieb Koffer. Zu ihrem Sortiment gehörten u.a. Koffer aus Aluminium, die ein bestimmtes Rillen-Design aufwiesen.

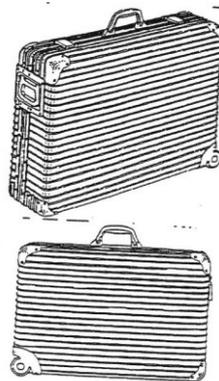


Rillenkoffer der Klägerin⁷³²

Die Klägerin war darüber hinaus Inhaberin der dreidimensionalen Marken Nr. 396 16 163 und Nr. 396 16 159.



Marke Nr. 396 16 163



Marke Nr. 396 16 159

⁷³¹ BGH GRUR 2008, 793 – *Rillenkoffer*.

⁷³² BGH GRUR 2008, 793 – *Rillenkoffer*.

Die Beklagte handelte mit Kosmetika. Sie belieferte eine Parfümeriekette mit Koffern, die mit Kosmetika befüllt waren und über ein Rillen-Design verfügten.



Koffer der Beklagten⁷³³

Die Klägerin machte Ansprüche auf Unterlassung aus dem Markenrecht gem. § 14 II Nr. 2, V MarkenG und aus Lauterkeitsrecht gem. § 4 Nr. 9 lit. a UWG a.F. geltend.

Der BGH mochte weder den markenrechtlichen Unterlassungsanspruch gem. § 14 II Nr. 2 MarkenG, noch einen Unterlassungsanspruch aus § 4 Nr. 9 lit. a UWG a.F. ausschließen.⁷³⁴ Wie auch in der „Abschlussstück“-Entscheidung ging der BGH davon aus, dass die Vorschriften des Nachahmungsschutzes im vorliegenden Fall nicht ausgeschlossen seien, da es sich um zwei verschiedene Schutzgegenstände handle. Der BGH stellte zwar zunächst klar, dass für den Nachahmungsschutz im Anwendungsbereich des Markenrechts kein Raum sei und bezog sich auf die Vorrangthese. In diesem Fall begehre die Klägerin jedoch keinen Schutz für eine Kennzeichnung, sondern für die Koffer als konkretes Leistungsergebnis.⁷³⁵ Ein Anspruch aufgrund des unlauteren Verhaltens der Beklagten, dass diese die die wettbewerbliche Eigenart der Koffer der Klägerin begründenden Merkmale übernommen und dadurch eine vermeidbare Herkunftstäuschung hervorgerufen habe, falle nicht in den Schutzbereich des Markenrechts und könne daher durch den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz geltend gemacht werden.⁷³⁶

⁷³³ BGH GRUR 2008, 793, 794 – *Rillenkoffer*.

⁷³⁴ BGH GRUR 2008, 793, 794 [14], 795 [24] – *Rillenkoffer*.

⁷³⁵ BGH GRUR 2008, 793, 795 [26] – *Rillenkoffer*.

⁷³⁶ BGH GRUR 2008, 793, 795 [26] – *Rillenkoffer*.

ee) Zusammenfassung

In den soeben aufgezeigten Urteilen wandte der BGH die Vorrangthese nicht an und prüfte den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsanspruch neben dem bzw. an Stelle des Markenrechts.

b) Meinungsstand in der Literatur

In der Literatur gibt es keine Einigkeit hinsichtlich einer parallelen Anwendung von § 4 Nr. 3 UWG neben dem Markenrecht. Es haben sich seit dem Erlass der Richtlinie zu den unlauteren Geschäftspraktiken (UGP-RL) im Wesentlichen zwei Meinungen herausgebildet.

aa) Modifizierte Vorrangthese

Einige Stimmen in der Literatur sind der Auffassung, dass die Vorrangthese im Verhältnis zu § 4 Nr. 3 UWG fortgelten müsse und kritisieren die Rechtsprechung, dass sie nicht streng genug an der Vorrangthese festhalte und eine Vermengung der Tatbestände vornehme.⁷³⁷

Zu den Vertretern, die an der Fortgeltung der Vorrangthese im Hinblick auf § 4 Nr. 3 UWG festhalten möchten, ist zunächst *Hacker* zu zählen. Wie bereits dargestellt, ist er der Auffassung, dass durch § 4 Nr. 3 UWG alleine das Mitbewerberverhältnis betroffen sei und die Vorschrift daher nicht von der UGP-RL berührt werde. Die Neu Beurteilung des Verhältnisses von Markenrecht und Wettbewerbsrecht, die durch die UGP-RL erforderlich geworden sei, betreffe nur den kundenbezogenen Bereich. Insoweit müsse die Vorrangthese im Verhältnis zu § 4 Nr. 3 UWG aufrechterhalten bleiben.⁷³⁸ Eine parallele Anwendung des Lauterkeitsrechts neben dem Markenrecht erübrigt sich nach Ansicht von *Hacker*, da der Schutz des § 4 Nr. 3 UWG nicht weiter reiche als der markenrechtliche Schutz. In den Fällen jedoch, in denen ein markenrechtlicher Schutz nicht gegeben sei, dürfe diese Wertung nicht durch die Gewährung von

⁷³⁷ *Schladt*, Verhältnis von Marken- und Lauterkeitsrecht, S. 178.

⁷³⁸ *Hacker*, in Ströbele/Hacker MarkenG, § 2 Rnr. 15.

lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen umgangen werden.⁷³⁹ Der Kennzeichenschutz auch von nichteingetragenen Kennzeichen solle ausschließlich dem Markenrecht unterfallen.

Aus diesem Grund hat *Hacker* Bedenken gegen die Rechtsprechung des BGH. Durch diese Rechtsprechung werde die erforderliche Trennung zwischen dem gekennzeichneten Gegenstand als Schutzgegenstand des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes und der Kennzeichnung selbst aufgehoben.⁷⁴⁰ Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung zu den Formmarken sei bedenklich, da die Argumentation des BGH nicht bedacht habe, dass die Formmarke auch eine konkrete Ware betreffen könne.⁷⁴¹

In ähnlicher Weise ist auch *Ohly* der Meinung, dass die Unterscheidung der Rechtsprechung zwischen Kennzeichenschutz und dem Schutz konkreter Leistungsergebnisse nicht überzeugen könne.⁷⁴² Er ist der Auffassung, dass Kennzeichen keine Waren im Sinne von § 4 Nr. 3 UWG seien und daher keine wettbewerbliche Eigenart begründen können.⁷⁴³

Ebenso unterscheidet auch *Büscher* zwischen der Beurteilung von Marken einerseits und von Produktgestaltungen andererseits.⁷⁴⁴ Er weist dabei insbesondere auf die drohenden Widersprüche hin, die bei einer parallelen Anwendung auftreten können, nämlich dass zum einen die hohen Schutzvoraussetzungen des Markenrechts und zum anderen die Schutzschranken umgangen werden könnten.⁷⁴⁵ Das Lauterkeitsrecht werde den hohen Anforderungen des Markenrechts nicht gerecht. Ein Schutz nach § 4 Nr. 3 UWG müsse daher von vornherein ausscheiden.

bb) Anspruchskonkurrenz

Neben den vermittelnden Auffassungen zur Vorrangthese wird im Schrifttum zunehmend eine Anspruchskonkurrenz von Markenrecht und lauterkeitsrechtlichem Nachahmungsschutz vertreten.

⁷³⁹ *Hacker*, in Ströbele/Hacker MarkenG, § 2 Rnr. 52 f..

⁷⁴⁰ *Hacker*, in Ströbele/Hacker MarkenG, § 2 Rnr. 52.

⁷⁴¹ *Hacker*, in Ströbele/Hacker MarkenG, § 2 Rnr. 69.

⁷⁴² *Ohly*, in Ohly/Sosnitza UWG § 4.9 Rnr. 9/19.

⁷⁴³ *Ohly*, in Ohly/Sosnitza UWG § 4.9 Rnr. 9/27.

⁷⁴⁴ *Büscher*, GRUR 2009, 230, 232 ff..

⁷⁴⁵ *Büscher*, GRUR 2009, 230, 234.

Nach *Ingerl/Rohnke* ist zwar eine Trennung zwischen dem durch die UGP-RL betroffenen kundenschutzbezogenen Bereich und dem Bereich der mitbewerberschützenden Vorschriften theoretisch möglich.⁷⁴⁶ Jedoch sei eine Aufspaltung der lauterkeitsrechtlichen Vorschriften wenig sinnvoll. Es solle vielmehr von einer vollständigen Anspruchskonkurrenz von UWG und MarkenG ausgegangen werden.

In ähnlicher Weise ist auch *Köhler* für eine gleichrangige Anwendung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes im Verhältnis zum Markenrecht. Er führt wiederum als Argumente gegen einen Vorrang des Markenrechts die unterschiedlichen Schutzzwecke, Tatbestände und Rechtsfolgen an. Ein Unterlaufen markenrechtlicher Wertungen sei deswegen nicht zu befürchten. Da der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz selbstständig seinen eigenen Regeln folge, sei ein solcher Schutz unabhängig von den Regeln des Markenrechts denkbar.⁷⁴⁷

Auch *Bärenfänger* ist der Ansicht, dass wegen der unterschiedlichen Schutzzwecke ein Nebeneinander von lauterkeitsrechtlichem Nachahmungsschutz und Markenrecht möglich sei, solange das Tatbestandsmerkmal der besonderen Umstände konsequent angewendet werde.⁷⁴⁸

Schließlich vertritt auch *Fezer* eine kumulative Normenkonzurrenz im Sinne von Anspruchskonkurrenz zwischen lauterkeitsrechtlichem Nachahmungsschutz und Markenrecht.⁷⁴⁹ Er zieht als Begründung die Rechtsprechung des BGH zu den dreidimensionalen Marken heran, in der der BGH eine parallele Anwendung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes bejaht hat. Würde man diese Rechtsprechung aber nur auf die dreidimensionalen Marken beschränken und nicht auch auf andere Markenformen übertragen, so würde die Gleichwertigkeit der Markenformen aufgehoben.⁷⁵⁰

⁷⁴⁶ *Ingerl/Rohnke*, MarkenG § 2 Rnr. 2 ff..

⁷⁴⁷ *Köhler*, GRUR 2009, 445, 447.

⁷⁴⁸ *Bärenfänger*, WRP 2011, 160, 171.

⁷⁴⁹ *Fezer*, WRP 2000, 863 ff.; *ders.* WRP 2008, 1 ff..

⁷⁵⁰ *Fezer*, WRP 2000, 863 ff.; *ders.* WRP 2008, 1 ff..

c) Stellungnahme

Im Ergebnis zeigt sich, dass die gegensätzlichen Auffassungen grundsätzlich nicht so gegensätzlich sind. Sie sind sich darin einig, dass das Markenrecht durch das Lauterkeitsrecht nicht umgangen werden darf. Auch die Gegner der Vorrangthese berücksichtigen bei der Anwendung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes die markenrechtlichen Schutzgrenzen, wodurch eine Umgehung des Markenrechts auch ohne Anerkennung eines generellen Vorrangs dieser Vorschriften vermieden wird.⁷⁵¹

Die modifizierte Vorrangthese, die an der Vorrangthese im Bereich des Lauterkeitsrechts festhält, ist abzulehnen. Eine Aufspaltung des UWG in einen Verbraucherschutzorientierten Bereich, der eine parallele Anwendung rechtfertigt, und einen mitbewerberschutzbezogenen Bereich, der eine gleichzeitige Anwendung nicht erlaubt, ist nicht überzeugend. Vorzugswürdig erscheint vielmehr die Ansicht, die von einer vollständigen Anspruchskonkurrenz von Markenrecht und Lauterkeitsrecht ausgeht und eine widerspruchsfreie Auflösung der Überschneidungen der beiden Schutzrechte im Einzelfall durch Auslegung vornimmt.⁷⁵² Als Begründung für diese Ansicht sind insbesondere folgende Argumente anzuführen:

aa) Dogmatische Unterschiede

Insbesondere dem Argument, dass Tatbestandsvoraussetzungen, Schutzzweck und auch Rechtsfolgen der beiden Rechtsgebiete elementar verschieden sind, ist zuzustimmen. Wie bereits erwähnt, gewährt das Markenrecht ein subjektives und ausschließliches Recht. Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz hingegen knüpft an die Art und Weise der Nachahmungshandlung an und gewährt Rechtsschutz nur nach umfassender Gesamtabwägung aller Umstände im Einzelfall. Ein Schutz der Leistung selbst kann sich beim Nachahmungsschutz daher niemals direkt, sondern nur reflexartig aus dem Angriff auf die Nachahmungshandlung ergeben.⁷⁵³

Trotz der Überschneidungen der beiden Tatbestände führt eine parallele Anwendung nicht zu Wertungswidersprüchen, da der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz weder

⁷⁵¹ So auch: *Schladt*, Verhältnis von Marken- und Lauterkeitsrecht S. 188.

⁷⁵² *Büscher*, GRUR 2009, 230, 236.

⁷⁵³ Siehe zum Wesen des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz ausführlich auf Seite 21.

in inhaltlicher noch in zeitlicher Hinsicht die gleiche Intensität wie im Markenrecht entfaltet.⁷⁵⁴ Das Markenrecht verfügt über ein strengeres Sanktionssystem als das Lauterkeitsrecht.⁷⁵⁵ Die Rechtsfolgen beim Unterlassungsanspruch sind gleichlaufend. Im Übrigen geht das Markenrecht in seinen Rechtsfolgen über das Wettbewerbsrecht hinaus, wie beispielsweise in dem Vernichtungsanspruch aus § 18 MarkenG. Bei einer gleichzeitigen Anwendung von Markenrecht und Wettbewerbsrecht kann damit kein weitergehender, über das Markenrecht hinausgehender Schutz entstehen, der das Markenrecht aushebelt.⁷⁵⁶ Dies hat auch *Hacker* hervorgehoben und als Argument für die Vorrangthese angewendet, nämlich, dass der Lauterkeitsschutz neben dem Markenrecht überflüssig sei.⁷⁵⁷ Dieses Argument vermag jedoch nicht für die Vorrangthese zu sprechen. Zwar ist richtig, dass das Lauterkeitsrecht neben dem Markenrecht keine eigenständigen Rechtsfolgen herbeiführt, dies führt jedoch nicht zwangsläufig zur Unanwendbarkeit.

Auch schließen die unterschiedlichen Schutzgegenstände einerseits sowie die unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen andererseits Wertungswidersprüche aus. Dadurch, dass im Tatbestand des § 4 Nr. 3 UWG besondere Umstände vorausgesetzt werden, wird die Wertung des Markenrechts als Ausschließlichkeitsrecht bereits auf Tatbestandsseite mit einbezogen. Die auf der Tatbestandsseite enthaltene Forderung nach besonderen Umständen verhindert eine unzulässige Erweiterung des Sonderrechtsschutzes und Aufweichung der sondergesetzlichen Wertungen.⁷⁵⁸

Ferner bewahrt das Tatbestandsmerkmal der besonderen Umstände den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit, da klargestellt wird, dass kein wahlloser Schutz vor Nachahmung gewährt wird, sondern nur bei Hinzutreten besonderer Umstände. Liegen solche Umstände nicht vor, ist die Nachahmung grundsätzlich frei.⁷⁵⁹

Diese Unterschiede in Tatbestandsvoraussetzungen und Schutzzweck rechtfertigen und erfordern es, dass der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz als eigenständiger Tatbestand neben den gewerblichen Schutzrechten steht.⁷⁶⁰

⁷⁵⁴ *Dorndorf*, Herkunftstäuschung, Rnr. 438.

⁷⁵⁵ *Köhler*, in *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rnr. 3.10.

⁷⁵⁶ *Steinbeck*, Festschrift für Ullmann, S. 423.

⁷⁵⁷ *Hacker*, in *Ströbele/Hacker*, MarkG § 2 Rnr. 52.

⁷⁵⁸ *Dorndorf*, Herkunftstäuschung, Rnr. 527.

⁷⁵⁹ *Dorndorf*, Herkunftstäuschung, Rnr. 539.

⁷⁶⁰ *Fezer*, WRP 2000, 863, 870; *Bärenfänger*, Spannungsfeld, S. 227.

bb) Rechtsprechung des BGH

Die oben dargestellte Rechtsprechung des BGH spricht ebenfalls für eine parallele Anwendung von Lauterkeitsrecht und Markenrecht. Durch die Urteile wird insbesondere deutlich, dass eine parallele Anwendung nicht zu widersprüchlichen Ergebnissen führt, sondern das Lauterkeitsrecht immer zu denselben Ergebnissen gekommen ist, wie das Markenrecht.

Warum der BGH die Ausnahmen von der Vorrangthese gemacht hat und dennoch zu dieser Zeit noch an ihr festhielt, ist nicht klar. Es wäre insoweit überzeugender gewesen, wenn sich der BGH bereits damals von der Vorrangthese gelöst hätte, wie er es später getan hat. Die Rechtsprechung, die bereits damals eine parallele Anwendung annahm, ist im Ergebnis richtig, was der BGH in seiner späteren „*Hard Rock Cafe*“- Entscheidung bestätigte und in den weiteren Entscheidungen fortführte.⁷⁶¹

cc) Gesetzssystematik

Schließlich schlägt auch das Argument, dass durch die Sonderschutzrechte der Nachahmungstatbestand abschließend und damit vorrangig geregelt werde, seit der UWG-Novelle im Jahr 2004 fehl. Mit Einführung des § 4 Nr. 9 UWG a.F. liegt ein gesetzlich niedergelegter Nachahmungstatbestand vor, so dass die Sondergesetze die Nachahmungssachverhalte nicht mehr allein und abschließend regeln.⁷⁶² Dabei wurde der Tatbestand des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes augenscheinlich auch auf die Fallkonstellationen zugeschnitten, die zuvor schon markenrechtlich geregelt waren.⁷⁶³ Der Gesetzgeber hatte, trotz des damals bereits bestehenden Markenrechts und des bereits bestehenden Konflikts zwischen den beiden Rechtsgebieten, den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz in genau dieser Form gesetzlich niedergelegt, dass sich die Tatbestände berühren und überschneiden und brachte so zum Ausdruck, dass die Tatbestände nebeneinander in Anspruchskonkurrenz stehen können.⁷⁶⁴ Der Wortlaut des § 4 Nr. 9 UWG a.F. wurde auch bei der Gesetzesänderung vom 02.12.2015 nicht verändert, sondern wörtlich in § 4 Nr. 3 UWG übernommen.

⁷⁶¹ BGH GRUR 2016, 965, 966 [20] – *Baumann II*; BGH GRUR 2013, 1161, 1166 [60] – *Hard Rock Cafe*;

⁷⁶² *Lubberger*, Festschrift für Ullmann, S. 746.

⁷⁶³ *Glöckner*, Schutz vor Verwechslungsgefahr, S. 163.

⁷⁶⁴ *Glöckner*, Schutz vor Verwechslungsgefahr, S. 163.

dd) Gefährdung der Harmonisierung

Da sich schließlich aufgrund der unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen, der unterschiedlichen Schutzrichtung und der unterschiedlichen Rechtsfolgen keine Umgehung des Markenrechts ergeben kann, greift auch das Argument nicht, dass der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz die Harmonisierung des Markenrechts beeinträchtigen würde. Die rein nationale Vorschrift ist zwar nicht gemeinschaftsrechtlich harmonisiert worden durch die UGP-RL. Es ist jedoch fraglich, ob eine gleichzeitige Anwendung von Lauterkeitsrecht und Markenrecht eine Harmonisierung ausschließt, da die Rechtsfolgen des Wettbewerbsrechts, wie gerade gesehen, entweder gleichlaufend sind oder sogar hinter denen des Markenrechts zurückbleiben. Ein Widerspruch könnte sich daher – wenn überhaupt - nur dann ergeben, wenn das UWG Anwendung findet, obwohl das Markenrecht einen Schutz verwehrt.⁷⁶⁵ Jedoch hat der EuGH in mehreren Entscheidungen mittlerweile klargestellt, dass die Harmonisierungswirkung der MRRL begrenzt ist, da durch diese Richtlinie nur eine Teilharmonisierung angestrebt werde, die durch einen weitergehenden nationalen Schutz nicht gefährdet sei.⁷⁶⁶ Außerdem enthält die MRRL in ihrer 6. Begründungserwägung die ausdrückliche Aussage, dass es den Mitgliedsstaaten unbenommen bleibe, auf die Marken andere Rechtsvorschriften anzuwenden.⁷⁶⁷

ee) Zusammenfassung

Zusammenfassend sprechen daher die besseren Argumente gegen den generellen Vorrang des Markenrechts vor dem lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz.

⁷⁶⁵ Dorndorf, Herkunftstäuschung, Rnr. 480.

⁷⁶⁶ EuGH GRUR 2003, 143, 145 – *Robelco/Robecco*; BGH GRUR 2010, 1008, 1010 [56] – *Roter Legostein*.

⁷⁶⁷ Wortlaut der 6. Begründungserwägung zur MRRL: „Diese Richtlinie schließt nicht aus, dass auf die Marken andere Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten als die des Markenrechts, wie die Vorschriften gegen den unlauteren Wettbewerb, über die zivilrechtliche Haftung oder den Verbraucherschutz, Anwendung finden.“.

IV. Die Vorrangthese im Designrecht

Das Verhältnis von Lauterkeitsrecht und Designrecht ist im Gegensatz zum Markenrecht und Patentrecht in Literatur und Rechtsprechung weitgehend unstrittig. Nach § 50 DesignG bleiben Ansprüche aus anderen gesetzlichen Vorschriften unberührt und die Regelungen des Designrechts schließen grundsätzlich die Anwendbarkeit des Lauterkeitsrechts nicht aus.⁷⁶⁸

Dies liegt insbesondere an den unterschiedlichen Schutz- und Zielrichtungen der Vorschriften.⁷⁶⁹ Darüber hinaus hat das DesignG⁷⁷⁰ einen anderen Schutzgegenstand als das Lauterkeitsrecht. Für Erzeugnisse, die auch technisch bedingte Erscheinungsmerkmale aufweisen, insbesondere für Gebrauchsgegenstände, bietet das Designrecht keinen umfassenden Schutz.⁷⁷¹ Daher verdrängt nach allgemeiner Meinung das nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz nicht in seiner Anwendung.⁷⁷² Gleiches gilt uneingeschränkt für das eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster.⁷⁷³

V. Zwischenergebnis

Der vom BGH zunächst entwickelte grundsätzliche Vorrang der Sonderschutzrechte ist abzulehnen und vorzugswürdig erscheint die Gleichrangtheorie der Lehre. Die Argumente der Vorrangthese können nicht überzeugen und die besseren Argumente stehen auf der Seite der Gleichrangtheorie. Insbesondere die Unterschiede in Tatbestand, Schutzrichtung, Schutzzweck und Rechtsfolgen rechtfertigen die parallele Anwendung von Lauterkeitsrecht neben den Sonderschutzrechten.

⁷⁶⁸ BGH GRUR 2006, 79 [18] – *Jeans I*; BGH GRUR 2009, 79 [26] – *Gebäckpresse*; Köhler, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.8; ders., GRUR 2009, 445, 447; Eichmann, in Eichmann/v.Falckenstein/Kühne, Allgemeines zum Designrecht Rnr. 53.

⁷⁶⁹ Eichmann, in Eichmann/v.Falckenstein/Kühne, DesignG, Allgemeines zum Designrecht Rnr. 53 f.; Beyerlein, in Günther/Beyerlein, DesignG, Einleitung Rnr. 12.

⁷⁷⁰ Das DesignG wurde zum 01.01.2014 eingeführt, um das bis dahin geltende GeschmMG zu ersetzen. Am Verhältnis zu anderen Rechtsnormen hat sich dabei nichts geändert.

⁷⁷¹ Eichmann, in Eichmann/v.Falckenstein/Kühne, Allgemeines zum Designrecht Rnr. 53; Beyerlein, in Günther/Beyerlein, DesignG, Einleitung Rnr. 13.

⁷⁷² BGH GRUR 2006, 79 – *Jeans I*; BGH GRUR 2002, 88, 90 – *Laubhefter*; Baertenbach/Fock, WRP 2002, 1119, 1123; Eichmann, in Eichmann/v.Falckenstein/Kühne, Allgemeines zum Designrecht Rnr. 53; Beyerlein, in Günther/Beyerlein, DesignG, Einleitung Rnr. 13.

⁷⁷³ Eichmann, in Eichmann/v.Falckenstein/Kühne, Allgemeines zum Designrecht Rnr. 53; Beyerlein, in Günther/Beyerlein, DesignG, Einleitung Rnr. 13.

Es ist jedoch der Vorrangthese insoweit zuzustimmen, dass durch das Wettbewerbsrecht kein „Quasi-Ausschließlichkeitsrecht“ geschaffen werden soll und die Wertungen, die den Sonderschutzrechten zugrunde liegen, nicht umgangen werden dürfen. Aufgrund der wesentlichen Unterschiede der beiden Schutzinstitute in Tatbestand, Schutzzweck und Rechtsfolgen entstehen jedoch grundsätzlich keine Wertungswidersprüche zwischen den Sonderschutzrechten und dem Lauterkeitsrecht. Kommt es im Einzelfall doch zu einem widersprüchlichen Ergebnis, kann der Wertungswiderspruch durch eine entsprechende Auslegung des Lauterkeitsrechts umgangen werden.

Der Gleichrangthese hat sich auch der BGH angeschlossen.⁷⁷⁴ Der BGH legt in seinen neueren Entscheidungen fest, dass ein Schutz nach dem Wettbewerbsrecht unabhängig vom Bestehen eines Sonderschutzrechts gegeben sein könne, wenn zusätzliche wettbewerbswidrige Umstände gegeben seien, die nicht bereits im Tatbestand des Sonderschutzrechtes liegen.⁷⁷⁵ In seinem Urteil „*Regalsystem*“ betont der BGH: „*Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz ist nach Schutzzweck, Voraussetzungen und Rechtsfolgen anders als die Sonderschutzrechte ausgestaltet*“⁷⁷⁶, und deshalb sei eine von den Sonderschutzrechten unabhängige Anwendung möglich, wenn besondere Umstände hinzutreten.

Fraglich ist nun, ob dieses Ergebnis auch auf den speziellen Bereich der technischen Gestaltungsmerkmale übertragbar ist, oder ob es in diesem Bereich mehr Widersprüche gibt, als man zunächst vermuten möchte. Insbesondere die vom BGH entwickelte Sonderrechtsprechung zu den technischen Gestaltungsmerkmalen könnte dabei einen (negativen) Effekt auf die Abgrenzungsproblematik haben. Diese Überlegung soll nun im Anschluss zunächst anhand des Patentrechts und sodann anhand des Markenrechts, sowie schließlich anhand des Designrechts geprüft werden.

⁷⁷⁴ BGH GRUR 2013, 1161 [60] – *Hard Rock Café*; BGH GRUR 2013, 951, 956 [20] - *Regalsystem*.

⁷⁷⁵ BGH GRUR 2002, 340, 342 – *Fabergé*; BGH GRUR 2005, 600, 602 – *Handtuchklemmen*; BGH GRUR 2010, 80, 81 [18] – *LIKEaBIKE*; BGH GRUR 2012, 58, 62 f.; BGH GRUR 2013, 951, 956 [20] - *Regalsystem*.

⁷⁷⁶ BGH GRUR 2013, 951, 956 [20] - *Regalsystem*.

VI. Technische Gestaltungsmerkmale und technische Erfindungen im Patentrecht

Im Folgenden soll das Verhältnis des Patentrechts zum lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz unter besonderer Berücksichtigung der entwickelten Sonderrechtsprechung zu den technischen Gestaltungsmerkmalen untersucht werden. Bevor auf einen Vergleich der Schutzrechte im Lichte der technischen Gestaltungsmerkmale eingegangen werden kann, soll aber zunächst der Begriff und die Bedeutung der Technik im Patentrecht geklärt werden.

1. Begriff der technischen Erfindung

Für die Anmeldung eines Patents bedarf es zunächst einer Erfindung.⁷⁷⁷

a) Erfindung

Patente werden für Erfindungen erteilt, § 1 Abs. 1 PatG. Der Begriff der Erfindung wird im Patentgesetz allerdings nicht definiert.⁷⁷⁸ Es wurden in Rechtsprechung und Literatur zahlreiche Versuche angestrengt, um den Begriff der Erfindung zu definieren. Ein elementarer Definitionsansatz ist der BGH - Entscheidung „*Rote Taube*“⁷⁷⁹ zu entnehmen. Danach ist eine Erfindung „*eine Lehre zum planmäßigen Handeln unter Einsatz beherrschbarer Naturkräfte zur Erreichung eines kausal übersehbaren Erfolgs.*“⁷⁸⁰ In der Literatur wurde der Begriff der Erfindung - angelehnt an die Entscheidung des BGH - so definiert, dass sie eine konkrete Handlungsweise ist, die einen praktischen Nutzen hat, in wiederholbarer Weise realisierbar ist und die eine technische Lösung einer technischen Aufgabe durch technische Überlegungen darstellt.⁷⁸¹

⁷⁷⁷ *Keukenschrijver* in *Busse*, PatG § 1 Rnr. 5; *Ullmann/Deichfuß* in *Benkard*, PatG/GebrMG, Einl. Rnr. 74.

⁷⁷⁸ *Keukenschrijver* in *Busse*, PatG § 1 Rnr. 5; *Mes*, PatG § 1 Rnr. 8.

⁷⁷⁹ BGH GRUR 1969, 672 – *Rote Taube*.

⁷⁸⁰ BGH GRUR 1969, 672 in den Leitsätzen – *Rote Taube*.

⁷⁸¹ *Moufang* in *Schulte*, PatG, § 1 Rnr. 15; *Keukenschrijver* in *Busse*, PatG, § 1 Rnr. 7.

aa) Planmäßiges Handeln

Ein planmäßiges Handeln liegt vor, wenn ein Handeln nicht aus dem Zufall heraus geschieht, sondern in geplanter, also zielgerichteter Weise vorgenommen wird. Das planmäßige Handeln enthält zwei Komponenten, Aufgabe und Lösung. Dabei wird die Aufgabe gezielt einer Lösung zugeführt.⁷⁸² Ein planmäßiges Handeln setzt damit ein ziel- und zweckgerichtetes Verhalten voraus, was in der Literatur auch als konkrete Handlungsanweisung gesehen wird. Die Zweckgerichtetheit erinnert dabei an die Definition der Technik als Mittel zum Zweck⁷⁸³, weshalb das Erfordernis der Technik von Beginn an als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in den Tatbestand des § 1 PatG hineingelesen wurde.⁷⁸⁴ Darüber hinaus setzt die Planmäßigkeit auch eine grundsätzliche Wiederholbarkeit des Handelns voraus, so dass das Zufallselement ausgeschaltet werden kann.⁷⁸⁵ Denn nur reproduzierbare Entwicklungen sind solche Erfindungen, die der Gesellschaft einen Nutzen bringen können.

bb) Einsatz von Naturkräften

Erfindungen müssen ferner auf dem Einsatz von beherrschbaren Naturkräften beruhen. Dies bedeutet zum einen, dass es bei einer Erfindung um die Beherrschung der Natur durch den Menschen geht.⁷⁸⁶ Auf der anderen Seite bedeutet der Einsatz von Naturkräften, dass die Herbeiführung des Erfolgs auf die Naturgesetzlichkeit zurückzuführen ist.⁷⁸⁷ Es muss eine gewisse Kausalität zwischen den Naturkräften und der Erfindung bestehen in dem Sinne, dass einerseits Naturkräfte für die Erfindung genutzt werden und andererseits die Erfindung den Naturgesetzen folgt.⁷⁸⁸

cc) Realisierbarkeit, Wiederholbarkeit und Brauchbarkeit

Im Zusammenhang mit der Beherrschbarkeit der Naturkräfte steht das von der Literatur geforderte Kriterium der Realisierbarkeit und Wiederholbarkeit der Erfindung. Eine

⁷⁸² *Schrader*, Technizität, Rnr. 52.

⁷⁸³ Vergleiche hierzu oben auf Seite 43.

⁷⁸⁴ Dazu sogleich ausführlich unter b) Technischer Charakter der Erfindung.

⁷⁸⁵ *Haedicke*, Patentrecht, S. 57.

⁷⁸⁶ *Schrader*, Technizität, Rnr. 57; *Wiebe*, GRUR 1994, 233, 234.

⁷⁸⁷ *Beyer*, GRUR 1990, 399, 403.

⁷⁸⁸ *Schrader*, Technizität, Rnr. 160.

Erfindung liegt nicht vor, wenn die Lehre objektiv nicht realisierbar ist, weil sie gegen Naturgesetze verstößt oder nur ein spekulatives Desideratum enthält, das entweder überhaupt nicht oder jedenfalls zurzeit nicht verwirklicht werden kann.⁷⁸⁹ Die Erfindung muss darüber hinaus nicht nur einmal, sondern auch für die Zukunft ausführbar bleiben. Sie muss daher beliebig oft nachvollziehbar sein.⁷⁹⁰

Darüber hinaus gilt das Kriterium der Brauchbarkeit der Erfindung. Die Brauchbarkeit wiederum wird so verstanden, dass die Erfindung für den angegebenen (technischen) Zweck tauglich sein muss.⁷⁹¹

b) Technischer Charakter der Erfindung

Aus oben genannter Definition wurde dem Begriff der Erfindung von der Rechtsprechung also schon früh das Merkmal der „Technizität“ als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zugeschrieben. Eine Erfindung sei immer auch eine „Lehre zum technischen Handeln“.⁷⁹² Anfangs wurde das Erfordernis einer technischen Lehre als zwingende Patentierungsvoraussetzung aus den Ausschlussbestimmungen des § 1 Abs. 2 und 3 PatG hergeleitet.⁷⁹³ Aufgrund der jahrelangen und konsequenten Rechtsprechung wurde später das Erfordernis der Technizität in § 1 I PatG aufgenommen. Dem Patentrecht sind damit nur Erfindungen auf „*allen Gebieten der Technik*“ zugänglich. Wie dabei jedoch wiederum der Begriff der technischen Erfindung zu definieren ist, ist nicht abschließend geklärt. Sie wird aber weitgehend mit der Definition aus der „*Rote Taube*“-Rechtsprechung gleichgesetzt. Nach einhelliger Ansicht gelten die oben genannten Kriterien weiterhin, nämlich dass ein planmäßiges Verhalten unter Verwendung von Naturkräften vorliegen müsse, das einen kausal-überschaubaren Erfolg herbeiführe.⁷⁹⁴ Insbesondere die Zweckgerichtetheit spielt eine wichtige Rolle in der Definition. Aus dieser ergeben sich wiederum das Erfordernis und der Zusammenhang

⁷⁸⁹ *Moufang* in *Schulte*, PatG, § 1 Rnr. 35.

⁷⁹⁰ *Moufang* in *Schulte*, PatG, § 1 Rnr. 38.

⁷⁹¹ *Moufang* in *Schulte*, PatG, § 1 Rnr. 32.

⁷⁹² *Ostherrieth*, Patentrecht, Rnr. 105.

⁷⁹³ *Wiebe*, GRUR 1994, 233, 234

⁷⁹⁴ *Keukenschrijver* in *Busse*, PatG, § 1 Rnr. 21, 24; *Kraßer*, PatentR, § 12 I b); *Wiebe*, GRUR 1994, 233, 234.

von technischer Aufgabe und Lösung als Definitionsansatz einer technischen Erfindung.⁷⁹⁵

Ebenfalls wichtiges Kriterium ist die Naturgesetzlichkeit des technischen Erfolgs.⁷⁹⁶ Anerkannt ist dabei, dass unter Technik die klassischen naturwissenschaftlichen Gebiete zu verstehen sind, wie insbesondere die Physik, die Chemie, die Ingenieurwissenschaften und auch die Biologie.⁷⁹⁷ Diese Ansätze erinnern insoweit an oben aufgestellte Definition zu den technischen Gestaltungsmerkmalen. Insbesondere die Erfolgs- und Zweckgerichtetheit laufen auf eine weitgehend gleichlaufende Begriffsbestimmung hinaus.

2. Verhältnis zum Wettbewerbsrecht

Wie sich aus der gerade erarbeiteten Definition ergibt, knüpfen Patentrecht und lauterkeitsrechtlicher Nachahmungsschutz von technischen Gestaltungsmerkmalen jeweils an technisch-funktionale Merkmale an. Soweit darüber hinaus eine technische Erfindung vorliegt, haben beide Schutzrechte den gleichen Schutzgegenstand. Fraglich ist daher, ob sich beim Anknüpfen an das gleiche Schutzobjekt unterschiedliche oder gar widersprüchliche Folgen ergeben und ob der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz einen weitergehenden, dem Patentrecht widersprechenden, Schutz hervorbringt.

a) Wesen und Schutzzweck des Patentrechts

Bevor darauf eingegangen werden kann, ob der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz bei technischen Gestaltungsmerkmalen im Wertungswiderspruch zum Patentrecht steht, muss zunächst das Wesen und der Schutzzweck des Patentrechts dargelegt werden.

⁷⁹⁵ *Wiebe*, GRUR 1994, 233, 236; Die Voraussetzungen von Aufgabe und Lösung wurden schon früh als Wesensmerkmal der Erfindung anerkannt: RG GRUR 1936, 323, 324.

⁷⁹⁶ *Wiebe*, GRUR 1994, 233, 235 f.; *Beyer*, GRUR 1990, 399, 403 ff..

⁷⁹⁷ *Haedick*, Patentrecht, S. 59.

aa) Allgemein

Wie bereits angesprochen stehen die Sonderschutzrechte in einem gewissen Widerspruch zu dem Grundsatz der Nachahmungsfreiheit, da sie ein (zeitlich begrenztes) Monopol beim Originalhersteller schaffen und innerhalb der jeweiligen Schutzfristen eine Nachahmung verboten ist. Dabei wird die Nachahmungsfreiheit als innovations- und wettbewerbsfördernd angesehen, da durch Nachahmungen erst Innovationen und Produktvielfalt ermöglicht werden.⁷⁹⁸ Würde man das Ziel der Nachahmungsfreiheit jedoch kompromisslos verfolgen, hätte dies auch gravierende Nachteile.⁷⁹⁹ Den bei Entwicklungen in der Technik unvermeidlichen finanziellen Aufwand wird ein wirtschaftlich ausgerichtetes Unternehmen nur dann auf sich nehmen, wenn es die Kosten refinanzieren und darüber hinaus einen Gewinn über den Verkauf der Erfindung erzielen kann. Die Zurverfügungstellung eines Monopols durch die Sonderschutzrechte, die eine Amortisation der Kosten und gleichzeitig das Erzielen eines Gewinnes ermöglicht, ist damit ebenso notwendig für Innovationen wie die Nachahmungsfreiheit.⁸⁰⁰ Das Patentrecht verfolgt damit in erster Linie wettbewerbs- und innovationsfördernde Zwecke.⁸⁰¹ Es haben sich dabei folgende Patentrechtstheorien herausgebildet:

bb) Belohnungstheorie

Durch die Gewährung eines Patents soll der Erfinder für seine Arbeit belohnt werden, indem ihm für die Schutzfrist von 20 Jahren ein ausschließliches Nutzungs- und Verwertungsrecht zusteht. Innerhalb dieser Zeit kann er jeden anderen von seiner Erfindung ausschließen und eine Benutzung untersagen.⁸⁰² Durch das Monopol soll es dem Erfinder möglich sein, seine Entwicklungs- und Patentanmeldungskosten zu amortisieren und darüber hinaus einen angemessenen Gewinn zu erzielen.⁸⁰³

⁷⁹⁸ Zu der positiven Wirkung der Nachahmungsfreiheit auf den Wettbewerb ausführlich in Teil 3.

⁷⁹⁹ *Sambuc*, UWG-Nachahmungsschutz, Rnr. 548.

⁸⁰⁰ *Rogge/Mellullis* in *Benkard*, PatG/GebrMG, Einleitung Rnr. 4; *Fock*, Unmittelbarer Leistungsschutz, Rnr. 31.

⁸⁰¹ *Busse/Keukenschrijver* in *Busse*, PatG, Einl. Rnr. 58 ff; *Einsele/Fitzner* in *Fitzner/Lutz/Bodewig*, Patentrechtskommentar, Vor. § 1 Rnr. 5ff.

⁸⁰² *Fock*, Unmittelbarer Leistungsschutz, Rnr. 161; *Sambuc*, UWG-Nachahmungsschutz, Rnr. 554.

⁸⁰³ *Busse/Keukenschrijver* in *Busse*, PatG, Einl. Rnr. 60; *Fock*, Unmittelbarer Leistungsschutz, Rnr. 31.

cc) Ansporntheorie

Durch diese Belohnung in Form eines Ausschließlichkeitsrechts soll zugleich ein Anreiz für weitere Erfindungen gegeben werden.⁸⁰⁴ Es steigert die Bereitschaft, Kosten und Mühen in Forschung und Erfindungen zu stecken, wenn der Erfinder eine Ertragsersparnis hat.⁸⁰⁵ Denn allein die Aussicht des Erfinders, durch einen Patentschutz nicht nur seine Kosten zu amortisieren, sondern darüber hinaus entsprechende Profite zu erzielen, dient als Anreiz dafür, dass überhaupt Erfindungen gemacht werden.⁸⁰⁶ Würde es dem Erfinder auf der anderen Seite nicht gewährleistet werden, dass er seine gegebenenfalls hohen Kosten amortisieren und zusätzlich mit seiner Idee einen Gewinn machen könnte, würde er sich die Mühe sparen und nicht weiterforschen, da er damit rechnen müsste, dass seine Innovation umgehend imitiert wird.⁸⁰⁷ Der Anreiz zur Forschung und Entwicklung ginge verloren, wenn es keinen Patentschutz gäbe.⁸⁰⁸

dd) Offenbarungstheorie/Vertragstheorie

Die Offenbarungstheorie, auch als Vertragstheorie bekannt, entspringt ebenfalls dem Belohnungsgedanken, indem sie den Erfinder dafür belohnen möchte, dass er seine Erfindung zum Patent anmeldet und damit der Allgemeinheit offenbart.⁸⁰⁹ Die Veröffentlichung der Erfindung ist eine wesentliche Voraussetzung für den technischen Fortschritt, da nur die Möglichkeit der Kenntnisnahme es ermöglicht, den Wert der Erfindung für die Gesellschaft nutzbar zu machen.⁸¹⁰ Die Information dient dabei unmittelbar der Verbreitung der Erfindung, der sog. Diffusion, und ist auch eine der wichtigsten Stufen des Innovationsvorgangs.⁸¹¹ Durch die Belohnung der Offenbarung soll also sichergestellt werden, dass Erfindungen nicht geheim gehalten, sondern der Öffentlichkeit zugeführt werden, um den Stand der Technik und den technischen

⁸⁰⁴ *Mes*, PatG § 1 Rnr. 2.

⁸⁰⁵ *Busse/Keukenschrijver* in *Busse*, PatG, Einleitung Rnr. 61; *Kraßer*, PatR, § 3 II 3.

⁸⁰⁶ *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rnr. 1913; *Haedicke*, Patentrecht, S. 7.

⁸⁰⁷ *Ohly*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 3.

⁸⁰⁸ *Fock*, Unmittelbarer Leistungsschutz, Rnr. 177; *Kraßer*, PatR, § 3 II 3.

⁸⁰⁹ *Busse/Keukenschrijver* in *Busse*, PatG, Einleitung Rnr. 62; *Rogge/Melullis* in *Benkard*, PatG/GebrMG, Einleitung Rnr. 1; *Sambuc*, UWG-Nachahmungsschutz, Rnr. 554, *Fock*, Unmittelbarer Leistungsschutz, Rnr. 166.

⁸¹⁰ *Schrader*, in *Jänich/Schrader*, Fortschritt durch Nachahmung, S. 120.

⁸¹¹ *Häußer*, Mehr Innovation durch bessere Information, S. 135.

Fortschritt zu bereichern.⁸¹² Zugleich soll durch die Dokumentation des Patentamts eine Impulsfunktion hinzukommen, da die Kenntnis technischer Problemlösungen zur Anregung für noch bessere und fortschrittlichere Lösungen und damit zu Innovationen führt.⁸¹³

b) Zeitliche Begrenzung

Ausschließlichkeitsrechte haben eine positive Wirkung auf Wettbewerb und Innovation durch Schaffung von Anreiz und Gewährung von Belohnung. Daraus ergibt sich aber auch gleichzeitig deren Begrenzung.⁸¹⁴ Die soeben dargestellten positiven Effekte, die ein Monopol auf die Wirtschaft hat, würden ihre Wirkung verlieren, wenn das Ausschließlichkeitsrecht unbeschränkt bestünde. Dauerhafte Monopole führten zum Stillstand des technischen Fortschritts.⁸¹⁵ Würden die Erfindungen niemals der Allgemeinheit zur Nutzung freigegeben werden, gäbe es keine Innovationen mehr, da die Möglichkeit von Folge- und Anchlusserfindungen genommen würde.⁸¹⁶ Auch der Preiswettbewerb käme vollständig zum Erliegen, da dieser auch stark durch den Imitationswettbewerb angefacht wird.⁸¹⁷ Der Wettbewerb insgesamt käme ohne Nachahmungen zum Stillstand.⁸¹⁸ Das Interesse der Allgemeinheit an der freien Benutzung der Erfindung wird durch die Begrenzung der Schutzfrist berücksichtigt.⁸¹⁹ Die zeitliche Befristung ist ein Ausgleich der entgegengesetzten Interessen von Erfinder und Allgemeinheit. Sie ist im Regelfall so bemessen, dass sich die Erfindung amortisiert, der Erfinder also seine Kosten abdecken und darüber hinaus einen Gewinn erwirtschaften kann, bevor die Erfindung der Allgemeinheit freigegeben wird.⁸²⁰ Sinn und Zweck der zeitlichen Befristung ist damit ebenfalls die Innovationsförderung und die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs.

⁸¹² *Kraßer*, PatR, § 3 II 4; *Haedicke*, Patentrecht, S. 7.

⁸¹³ *Häußer*, Mehr Innovation durch bessere Information, S. 141.

⁸¹⁴ *Raue*, Nachahmungsfreiheit, S. 25.

⁸¹⁵ *Fock*, Unmittelbarer Leistungsschutz, Rnr. 180.

⁸¹⁶ *Willgerodt*, Festschrift für Böhm, S. 696; *Raue*, Nachahmungsfreiheit, S. 25.

⁸¹⁷ *Ohly*, in *Ohly/Sosnitza*, § 4.9 Rnr. 9.2; *Sambuc*, in *Harte/Henning*, § 4 Nr. 9 Rnr. 14

⁸¹⁸ *Fock*, Unmittelbarer Leistungsschutz, Rnr. 180.

⁸¹⁹ *Haedicke*, Patentrecht, S. 11.

⁸²⁰ *Heyers*, GRUR 2006, 23; *Raue*, Nachahmungsfreiheit, S. 24.

c) Zwischenergebnis

Zusammengefasst lässt sich festhalten, dass nur zeitlich begrenzte Monopole wettbewerbsfördernd sind.⁸²¹ Der zeitliche begrenzte Patentschutz stellt eine Einschränkung des Grundsatzes der Nachahmungsfreiheit dar, wobei jedoch in dieser eine innovationsfördernde Wirkung liegt.⁸²² Durch Schaffung zeitlich begrenzter Ausschließlichkeitsrechte können die widerstreitenden Interessen von Erfinder und Allgemeinheit in Ausgleich gebracht werden.⁸²³ Während die Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts dem Erfinder einen Anreiz schafft, dient die zeitliche Begrenzung des Monopols dem Interesse der Allgemeinheit an der freien Nutzbarkeit von Innovationen nach Ablauf der Frist. Der Vorteil bei den zeitlich begrenzten Ausschließlichkeitsrechten ergibt sich daraus, dass die Erfindungen nach Ablauf der Schutzfrist gemeinfrei werden und grundsätzlich von jedermann nachgeahmt werden dürfen. Gerade im Hinblick auf den technischen Fortschritt liegt es im Interesse der Allgemeinheit, dass sie die gemeinfrei gewordenen technischen Lösungen verwenden dürfen, um ihre eigenen Erfindungen darauf aufzubauen.⁸²⁴ Der Gesetzgeber hat insoweit eine Abwägungsentscheidung zwischen dem Schutz technischer Erfindungen einerseits und der Gemeinfreiheit technischer Lehren andererseits getroffen und daraus das zeitlich begrenzte Patentrecht geschaffen.⁸²⁵

d) Widerspruch durch das Wettbewerbsrecht?

aa) Meinungsstand in der Literatur

Die Frage ist nun, ob der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz der innovationsfördernden Wirkung des Patentrechts entgegensteht, da der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz grundsätzlich keiner zeitlichen Beschränkung unterliegt und einen (zeitlich) weitergehenden Schutz gewähren könnte.⁸²⁶ Einigkeit besteht darin, dass bei technischen Gestaltungsmerkmalen grundsätzlich kein Schutz über

⁸²¹ *Sambuc*, UWG-Nachahmungsschutz, Rnr. 562; *Fock*, Unmittelbarer Leistungsschutz, Rnr. 180.

⁸²² *Fock*, Unmittelbarer Leistungsschutz, Rnr. 179.

⁸²³ *Götting*, in Fezer, § 4-9 Rnr. 50.

⁸²⁴ Zur Wirkung auf den technischen Fortschritt ausführlich auf Seiten 175 ff.

⁸²⁵ *Schröer*, Unmittelbarer Leistungsschutz, S. 90.

⁸²⁶ *Wiebe*, in MünchKomm, § 4 Nr. 9 Rnr. 231; *Dorndorf*, Herkunftstäuschung, Rnr. 244 f..

die zeitlichen Grenzen des Patentrechts hinaus gewährt werden soll.⁸²⁷ Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz darf nicht dazu dienen, die technischen Schutzrechte zu verlängern. Die Vertreter in der Literatur stellen dabei insbesondere auf den Amortisationsgedanken ab und sind der Auffassung, dass der Erfinder bereits während der Laufzeit des Patents ausreichende Gelegenheit gehabt habe seine Kosten zu amortisieren, und daher ein weitergehender Schutz unnötig sei.⁸²⁸ Die zeitliche Begrenzung sei bereits ein perfekter Kompromiss zwischen Anreiz und Belohnung einerseits und Innovation andererseits.⁸²⁹ Denn der Nachteil, den der Erfinder durch die Nachahmung erleide, werde durch die Vorteile ausgeglichen, die ihm das zeitlich begrenzte Monopol verschaffe.⁸³⁰ Da der Gesetzgeber gerade in dem Patentrecht eine Abwägungsentscheidung getroffen habe zwischen einem befristeten Schutz technischer Erfindungen und der Gemeinfreiheit technischer Lehren, dürfe eine Übernahme des freien Stands der Technik über die zeitlich begrenzten Schutzrechte hinaus nicht in einer Weise erschwert werden, die nicht mehr mit dem Sinn und Zweck des Patentrechts vereinbar wäre.⁸³¹ Die Schutzdauer des Patents und der dahinterstehende innovationsfördernde Zweck, sollen nicht systemwidrig durch das UWG umgangen werden.⁸³² Es müsse im Ergebnis verhindert werden, dass eine gemeinfreie technische Lösung über die Fallgruppe der vermeidbaren Herkunftstäuschung für einen Einzelnen monopolisiert werde.⁸³³

bb) Meinungsstand in der Rechtsprechung

In der Rechtsprechung hatte sich nicht von Beginn an eine einheitliche Meinung herausgebildet wie in der Literatur. So schloss sich der BGH beispielshalber in der „*Rollen-Clips*“-Entscheidung der Literaturmeinung an und verneinte ausdrücklich die „*Perpetuierung des Patentschutzes*“ auf der Grundlage des Wettbewerbsrechts, obwohl

⁸²⁷ *Osterrieth*, GRUR 1925, 131, 132 f.; *Köhler*, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.75; *Götting*, in Fezer, § 4-9, Rnr. 120.

⁸²⁸ *Wiebe*, in MünchKomm, § 4 Nr. 9 Rnr. 237.

⁸²⁹ *Götting*, in Fezer, § 4 Nr. 9 Rnr. 50.

⁸³⁰ *Osterrieth*, GRUR 1925, 131, 139; *Köhler*, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.75.

⁸³¹ *Schröer*, Unmittelbarer Leistungsschutz, S. 90.

⁸³² *Ohly*, in Ohly/Sosnitza, § 4-9 Rnr. 9/16.

⁸³³ *Schröer*, Unmittelbarer Leistungsschutz, S. 91.

eine Herkunftstäuschung nicht ausgeschlossen werden konnte.⁸³⁴ Auch die Oberlandesgerichte Frankfurt am Main und Düsseldorf versagten technischen Merkmalen, die früher einen Patentschutz genossen, die wettbewerbliche Eigenart mit dem Argument, dass dies ansonsten eine dem Gesetzgeberwillen entgegenstehende Verlängerung des Patentschutzes über das Wettbewerbsrecht bedeuten würde.⁸³⁵ In seinen jüngsten Entscheidungen bezog sich der BGH (auch unter Aufhebung der OLG-Entscheidungen) jedoch immer auf die Gleichrangthese und legte ausdrücklich fest, dass die Ansprüche aus dem lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz unabhängig vom Bestehen von Ansprüchen aus dem Patentrecht gegeben sein können.⁸³⁶

cc) Zwischenstellungnahme

Es ist fraglich, ob der zeitlich unbegrenzte Anwendungsbereich des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes im Widerspruch zum Innovationsförderungszweck des Patentrechts steht. Zur Beantwortung der Frage ist erneut auf die unterschiedlichen Schutzrichtungen der beiden Rechtsgebiete zu blicken, die – wie bereits dargelegt – wesentlich differieren.

Beim lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz geht es nicht um den generellen Schutz des Leistungsergebnisses vor Nachahmungen über die zeitlichen Grenzen des Patentrechts hinaus.⁸³⁷ Es soll kein zeitlich unbegrenztes und umfassendes Monopol geschaffen werden. Vielmehr geht es um den Schutz vor Nachahmungen im Einzelfall, nämlich bei Verwendung unlauterer Mittel. Bei den beiden Rechtsinstituten ist Nachahmung eben nicht gleich Nachahmung. Während das Patentrecht vor jeglichen Nachbildungen generell und umfassend schützt⁸³⁸, schützt der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz nur vor unlauteren Nachahmungshandlungen im Einzelfall. Eine Imitation des in Frage stehenden Produkts ist beim lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz grundsätzlich erlaubt, solange sie nicht unter Verwendung

⁸³⁴ BGH GRUR 1990, 528, 529 – *Rollen-Clips; Sambuc*, in Harte/Henning, § 4 Nr. 9 Rnr. 203; *Götting*, in Fezer UWG § 4-9 Rnr. 120,

⁸³⁵ OLG Frankfurt WRP 2013, 1069, 1071 – *Exzenterzähne*; OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.02.2015, 20 U 216/13, Rnr. 67.

⁸³⁶ BGH GRUR 2005, 600, 602 – *Handtuchklemmen*; BGH GRUR 2012, 58, 62 f.; BGH GRUR 2015, 909, 912 [23] – *Exzenterzähne*; BGH GRUR 2013, 951, 954 [20] – *Regalsysteme*; BGH GRUR 2015, 909, 911 [23] – *Exzenterzähne*; BGH GRUR 2017, 734, 736 [21] – *Bodendübel*.

⁸³⁷ *Jacobs*, Festschrift für Helm, S. 71.

⁸³⁸ *Fock*, Unmittelbarer Leistungsschutz, Rnr. 269.

unlauterer Mittel erfolgt. Eine unlautere Nachahmung ist von der Allgemeinheit nicht gewollt, da sie sich durch eine Herkunftstäuschung oder Rufausbeutung nicht wettbewerbsfördernd neben das Original stellt und Konkurrenz schafft. Vielmehr stellt sich die unlautere Nachahmung verdrängend an die Stelle des Originalherstellers und übernimmt seine Kunden durch Täuschung oder Rufausbeutung anstatt durch einen fairen Wettbewerb. Dadurch entsteht weder eine Weiterentwicklung des Produkts noch ein Preiswettbewerb.

Nur weil der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz grundsätzlich unbegrenzt ausgestaltet ist und keinen gesetzlich festgelegten zeitlichen Grenzen unterliegt, bedeutet dies nicht, dass er deshalb unbegrenzt fortbesteht. Aus dem handlungsbezogenen Ansatz des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes ergibt sich, dass seine Anwendung nicht in zeitlicher Hinsicht grenzenlos fortbesteht, sondern nur so lange, wie die Schutzvoraussetzungen weiterhin vorliegen.⁸³⁹ Die Tatbestandsmerkmale des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes enthalten damit wesensimmanente zeitliche Grenzen.⁸⁴⁰ Fehlt ein Tatbestandsmerkmal oder fällt eines später weg, endet der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz automatisch.⁸⁴¹ Der BGH führte über diese tatbestandliche Grenze zunächst zusätzlich eine zeitliche Beschränkung im Einzelfall ein. Eine solche sollte sich aus einer Gesamtabwägung aller Einzelumstände und der Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen ergeben.⁸⁴² Bei der Beurteilung der Schutzdauer wurden insbesondere die Eigenart des nachgeahmten Leistungsergebnisses, die Schwere der Verletzungshandlung, sowie der Amortisierungsgedanke berücksichtigt.⁸⁴³ Zusätzlich orientierte sich die Rechtsprechung bei der zeitlichen Begrenzung an den immaterialgüterrechtlichen Schutzfristen.⁸⁴⁴ Diese Rechtsprechung zu der zeitlichen Begrenzung des Lauterkeitsrechts wurde jedoch aufgegeben, da hierfür kein Bedürfnis besteht.⁸⁴⁵ Die zeitlichen Grenzen sind dem lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz wesensimmanent.

⁸³⁹ BGH GRUR 1999, 751, 754 – *Güllepipen*; BGH GRUR 2003, 358 – *Präzisionsmessgeräte*; BGH GRUR 2017, 79, 88 [92] – *Segmentstruktur*; *Wiebe*, in MünchKomm UWG, § 4 Nr. 9 Rnr. 231,234; *Erdmann*, Festschrift für Vieregge, S. 207; *Köhler*, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.70.

⁸⁴⁰ *Erdmann*, Festschrift für Vieregge, S. 215; *Dorndorf*, Herkunftstäuschung, Rnr. 245.

⁸⁴¹ *Erdmann*, Festschrift für Vieregge, S. 207.

⁸⁴² *Köhler*, in Köhler/Bornkamm, § 4 Rnr. 3.70; *Dorndorf*, Herkunftstäuschung, Rnr. 246.

⁸⁴³ BGH GRUR 2005, 349, 352 – *Klemmbausteine III*; *Götting*, in Fezer, § 4 -9, Rnr. 118.

⁸⁴⁴ BGH GRUR 2005, 349, 352 – *Klemmbausteine III*; *Wiebe*, in MünchKomm UWG, § 4 Nr. 9, Rnr. 233.

⁸⁴⁵ BGH GRUR 2017, 79, 89 [96] – *Segmentstruktur*.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass eine unlautere Nachahmung weder wettbewerbs- noch innovationsfördernd ist und deshalb im freien Wettbewerb nicht erwünscht ist. Das Verbot einer solchen unlauteren Nachahmung kann daher nicht im Widerspruch zum Patentrecht stehen, das einen innovationsfördernden Zweck erfüllt und nur die Nachahmungen fördern will, die eine innovationsfördernde Wirkung haben.⁸⁴⁶ Nachdem die Nachahmung unter Verwendung unlauterer Mittel aber eine solche Wirkung nicht hat, führt eine Untersagung einer solchen Nachahmung nicht zu einem Widerspruch mit den patentrechtlichen Wertungen. Durch eine zeitlich weiterreichende Untersagung unlauterer Nachahmungen wird der Schutzzweck des Patentrechts nicht berührt.

e) Problem der Sonderrechtsprechung

Problematisch könnten jedoch insoweit die in der Rechtsprechung des BGH entwickelten Sonderfälle sein, die einen an den direkten Leistungsschutz angenäherten Schutz gewähren.⁸⁴⁷ Bei den oben dargelegten Sonderfällen knüpfte der BGH in erster Linie an den Schutzgegenstand und dessen wettbewerbliche Eigenart an und vernachlässigte gleichzeitig die eine Unlauterkeit begründenden Umstände. Der BGH stellte bei der Gewährung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes nicht mehr vorwiegend auf die unlautere Nachahmungshandlung ab, sondern die (fast) identische Nachahmung an sich war ausschlaggebendes Kriterium für einen Nachahmungsschutz. Dadurch verwischen die Schutzgegenstände von Patentrecht und lauterkeitsrechtlichem Nachahmungsschutz, so dass insbesondere in zeitlicher Hinsicht eine Umgehung des Patentrechts zu befürchten ist und dadurch eine technische auf unbegrenzte Zeit monopolisiert werden könnte.⁸⁴⁸ Denn die besonderen Umstände sind gerade das Tatbestandsmerkmal, was den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz von den Sonderschutzrechten abgrenzt. Mit diesem Tatbestandsmerkmal rechtfertigt der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz seine Existenz neben dem Patentrecht, ohne dass es zu Überschneidungen oder Unstimmigkeiten kommen würde. Wird dieses Merkmal vernachlässigt, bleibt die Frage, ob dem lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz noch eine Existenzberechtigung neben den Sonderschutzrechten

⁸⁴⁶ Zur innovationsfördernden Wirkung der Nachahmung auf S. 180 ff.

⁸⁴⁷ Zu der Sonderrechtsprechung auf Seite 64 ff.

⁸⁴⁸ *Rohnke*, Festschrift für Erdmann, S. 466.

zukommt. Solange die Grenzen zwischen den Sonderschutzrechten und dem lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz verwischen, droht die Gefahr der Schaffung eines zeitlich unbegrenzten Monopols.

f) Zwischenergebnis

Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz bei technischen Gestaltungsmerkmalen stellt generell keinen Widerspruch zum Patentrecht dar. Eine Umgehung des Schutzzwecks ist im Grunde nicht gegeben, weil bei beiden Rechtsinstituten ein unterschiedlicher Anknüpfungspunkt besteht. Sowohl der Schutzzweck als auch die Voraussetzungen des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes unterscheiden sich von denen des Patentrechts.⁸⁴⁹ Während das Patentrecht das Leistungsergebnis selbst schützt, knüpft der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz an der Nachahmungshandlung an. Sofern besondere Begleitumstände vorliegen, die außerhalb des sondergesetzlichen Tatbestands liegen, können Ansprüche aus dem Lauterkeitsrecht neben dem Sonderschutzrecht stehen.⁸⁵⁰ Problematisch ist hingegen die Sonderrechtsprechung des BGH, soweit sie einen nahezu unmittelbaren Leistungsschutz gewährt, da sie in erster Linie auf das Leistungsergebnis selbst abstellt. Die besonderen Umstände und damit die Unlauterkeit der Nachahmung rückten in diesen Entscheidungen in den Hintergrund, wodurch ein Verwischen der Schutzzwecke von Patentrecht und Nachahmungsschutz zu befürchten ist. Ein durch das Lauterkeitsrecht geschaffenes zeitlich unbegrenztes Monopol steht im Wertungswiderspruch zum Patentrecht. Eine Umgehung der zeitlichen Begrenzung des Patentrechts kann negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben und sollte grundsätzlich vermieden werden.

VII. Technische Gestaltungsmerkmale und technische Wirkung im Markenrecht

Wie bereits erwähnt, ist das Verhältnis von Markenrecht und Wettbewerbsrecht besonders umstritten. Selbst wenn man die Diskussion um die Vorrangthese einmal beiseitelässt, so sind sich die aufgeführten Meinungen weitgehend in dem Punkt einig,

⁸⁴⁹ BGH GRUR 2010, 80 [19] – *LIKEaBIKE*; BGH GRUR 2013, 909, 911f. [23] – *Exzenterzähne*.

⁸⁵⁰ BGH GRUR 2010, 80 [19] – *LIKEaBIKE*; BGH GRUR 2013, 909, 911f. [23] – *Exzenterzähne*; noch entgegengesetzt die Vorinstanz: OLG Frankfurt WRP 2013, 1069, 1071 [24].

dass das Wettbewerbsrecht nicht dazu führen darf, die besonderen Wertungen des Markenrechts zu umgehen und einen Schutz zu gewähren, den das Markenrecht ausdrücklich versagt.⁸⁵¹ Bereits das Reichsgericht hat festgestellt, dass dort, wo die Immaterialgüter einen Schutz „*ausdrücklich und absichtlich*“ ausschließen, ein solcher nicht über die Generalklausel hergeleitet werden dürfe.⁸⁵² Fraglich ist daher, ob die Gewährung eines lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes bei technischen Gestaltungsmerkmalen im Widerspruch zu den Wertungen des Markenrechts steht, das in § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG einen Schutz von Gestaltungen, die eine technische Wirkung entfalten, ausdrücklich ausschließt. Es soll im Folgenden geklärt werden, ob von der Wertung des Ausschlusses des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG bei technischen Gestaltungsmerkmalen eine generelle Sperrwirkung ausgeht.⁸⁵³

1. Begriff der technischen Wirkung

Der Gesetzgeber hat in § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG technisch erforderliche Formen aus dem Schutzbereich des Markenrechts ausgenommen.⁸⁵⁴ Die Rechtsprechung zu § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG legt den Begriff der technischen Wirkung weit aus und kommt zu einem umfassenden Schutzausschluss im Bereich der technischen Gestaltungsmerkmale.⁸⁵⁵ Der Ausschluss aus dem markenrechtlichen Schutzbereich bezieht sich nicht nur auf ausschließlich technisch-funktionale Formen, sondern es genügt bereits, wenn die wesentlichen Merkmale der beanspruchten Form eine technisch-funktionale Wirkung entfalten.⁸⁵⁶ Nur wenn der Gegenstand weitere, über die bloße technische Gestaltung hinausgehende Merkmale aufweist, die nicht technisch bedingt sind, ist Markenfähigkeit gegeben.

⁸⁵¹ *Dorndorf*, Herkunftstäuschung, Rnr. 522; *Sambuc*, in Harte/Henning, § 4.9 Rnr. 5.

⁸⁵² RGZ 73, 294, 296 – *Schallplatten*.

⁸⁵³ *Glöckner*, Schutz vor Herkunftstäuschung, S. 154.

⁸⁵⁴ *Fezer*, MarkenR, § 3 Rnr. 317.

⁸⁵⁵ *Hacker*, Markenrecht, Rnr. 100.

⁸⁵⁶ *Hacker*, Markenrecht, Rnr. 100; EuGH GRUR 2002, 804, 809 – *Philips*; BGH GRUR 2010, 231, 234 [33] – *Legostein*.

2. Verhältnis zum Wettbewerbsrecht

Fraglich ist, ob der gewollte und bewusst weit gefasste Schutzausschluss durch die Gewährung von Nachahmungsschutz umgangen wird und sich daraus ein Wertungswiderspruch ergibt.

a) Zweck des Schutzausschlusses

Sinn und Zweck des weit verstandenen Eintragungsverbot es ist es, in erster Linie „zur Verwirklichung eines gesunden und lauter en Wettbewer bssystems“ beizutragen.⁸⁵⁷ Durch den Ausschluss der Markenfähigkeit von Formen mit technischen Wirkungen soll sichergestellt werden, dass Unternehmen nicht das Markenrecht dazu benutzen können, um technische Lösungen auf Dauer für sich zu monopolisieren und dadurch Mitbewerber an einer Verwendung der technischen Lösung dauerhaft zu hindern.⁸⁵⁸ Denn das Markenrecht ist im Gegensatz zu den übrigen gewerblichen Schutzrechten zeitlich unbeschränkt und gewährt dem Markeninhaber ein dauerhaftes Ausschließlichkeitsrecht. Es steht aber im Interesse der Allgemeinheit, dass die Schaffung eines dauerhaften Monopols bei technischen Lösungen verhindert wird und diese nach Ablauf eines etwaigen Patentschutzes frei werden.⁸⁵⁹ Der zeitlich begrenzte Patentschutz soll nicht mittels des Markenrechts zeitlich unbegrenzt ausgedehnt werden.⁸⁶⁰ Im Bereich der Technik besteht ein absolutes Freihaltebedürfnis, mit der Folge dass der Schutz technisch wirkender Formen ausschließlich dem zeitlich begrenzten Patentrecht unterfallen soll.⁸⁶¹

b) Widerspruch zum Wettbewerbsrecht?

Fraglich ist nun, ob die Gewährung von Nachahmungsschutz bei technischen Gestaltungsmerkmalen zu den ausdrücklichen Wertungen des Markenrechts im

⁸⁵⁷ EuGH GRUR 2010, 1008, 1009 [44] – *Roter Legoste in*.

⁸⁵⁸ EuGH GRUR 2002, 804, 809 [78-80] – *Philips*; EuGH GRUR 2010, 1008, 1009 [45] – *Roter Legoste in*; BGH GRUR 2010, 231, 233 [25] – *Legoste in*; BGH GRUR 2008, 510, 511 [11] – *Milchschnitte*; *Schröer*, Unmittelbarer Leistungsschutz, S. 103.

⁸⁵⁹ *Fock*, Unmittelbarer Leistungsschutz, Rnr. 180, *Raue*, Nachahmungsfreiheit, S. 75.

⁸⁶⁰ *Rohnke/Thiering*, GRUR 2011, 8, 9.

⁸⁶¹ *Hacker*, Markenrecht, Rnr. 99; *Fezer*, MarkenR, § 3 Rnr. 317.

Widerspruch steht. Denn der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz ist, ebenso wie das Markenrecht, grundsätzlich zeitlich unbegrenzt.⁸⁶²

aa) Allgemein

In Frage steht hier in erster Linie die sog. negative Begrenzungsfunktion des Markenrechts, die von einigen Teilen der Literatur vertreten wird und die besagt, dass, wenn das Markenrecht einen Rechtsschutz endgültig verweigert, sich dieser auch nicht aus einem anderen Schutzrecht heraus ergeben darf. Nach dieser Auffassung darf sich das Wettbewerbsrecht nicht zu einem Ersatz-Ausschließlichkeitsrecht erheben und einen Schutz gewähren, den das Markenrecht nicht vorsieht.⁸⁶³ Insbesondere im Bereich der technischen Lehren, welcher ausdrücklich vom Markenrechtsschutz ausgenommen wurde, dürfe das Wettbewerbsrecht nicht die Wertungen des Markenrechts umgehen und einem Einzelnen ein zeitlich unbegrenzt Monopol an einer technischen Lehre gewähren.⁸⁶⁴ Die im Markenrecht ausdrücklich gezogenen Grenzen im technischen Bereich dürften nicht funktionslos werden, indem ein solcher Schutz durch das Lauterkeitsrecht gewährt werde.⁸⁶⁵

bb) Zwischenstellungnahme

Es ist insoweit zuzustimmen, dass das Wettbewerbsrecht nicht das gewähren darf, was das Markenrecht bewusst versagt. Eine solche Umgehung des Markenrechts durch den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz ist jedoch aufgrund der dogmatischen Unterschiede der beiden Rechtsinstitute grundsätzlich nicht zu befürchten und die Gefahr eines Wertungswiderspruchs kommt in der Regel nicht auf. Sollte es dennoch einmal zu einem Wertungswiderspruch kommen, ist dieser nach der ständigen Rechtsprechung durch Auslegung zu vermeiden.⁸⁶⁶ Dies gilt insbesondere auch im Bereich der technischen Gestaltungsmerkmale. Durch die besondere Rechtsprechung zu den technischen Gestaltungsmerkmalen und die entwickelten Beschränkungen des

⁸⁶² *Wiebe*, in MünchKomm, § 4 Nr. 9 Rnr. 231; *Dorndorf*, Herkunftstäuschung, Rnr. 244 f..

⁸⁶³ *Dorndorf*, Herkunftstäuschung, Rnr. 522.

⁸⁶⁴ *Schröer*, Unmittelbarer Leistungsschutz, S. 91.

⁸⁶⁵ *Glöckner*, Schutz vor Herkunftstäuschung, S. 154 f.; *Sambuc*, in Harte/Henning, § 4.9 Rnr. 5.

⁸⁶⁶ BGH GRUR 2016, 965, 966 [23] – *Baumann II*; BGH GRUR 2013, 1161, 1166 [64] – *Hard Rock Cafe*.

lauterkeitsrechtlichen Tatbestands hat der BGH die Wertungen des freien Stands der Technik berücksichtigt und sie zur Geltung gebracht.⁸⁶⁷

Zudem ist zu berücksichtigen, dass mit § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG der Schutz von technischen Formen nicht insgesamt ausgeschlossen werden soll. Allein die Existenz des Patentrechts, das den Schutz von technischen Erfindungen bezweckt, spricht dafür, dass ein Schutz dieser Gestaltungen nicht endgültig ausgeschlossen werden soll. Vielmehr dient § 3 Abs. 2 Nr. 2 dazu, diese Fälle gerade dem Patentrecht zuzuordnen.⁸⁶⁸ Ausschließlich der zeitlich unbegrenzte Schutz des Markenrechts soll bei einem Zeichen mit technischer Wirkung ausgeschlossen werden. Nicht vom Ausschluss erfasst ist dabei der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz. Zwar ist es richtig, dass der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz grundsätzlich zeitlich unbeschränkt besteht. Allerdings gelten auch hier die im Verhältnis zum Patentrecht genannten Argumente.⁸⁶⁹ Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz schafft keine zeitlich unbegrenzten Monopole, da er nicht an das Kennzeichen als solches anknüpft, sondern jeweils nur an die Begleitumstände und daher nur Schutz im Einzelfall gewährt.⁸⁷⁰ Ein Monopol ist hingegen erst dann anzunehmen, wenn der Schutz direkt und umfassend wirkt, sodass eine Nachahmung generell unzulässig wäre. Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz verbietet jedoch gerade nicht die Nachahmung generell und umfassend, sondern nur die unlautere Nachahmung. Ein Schutz der Leistung kann sich beim Anknüpfen an die Nachahmungshandlung dann höchstens reflexartig ergeben, nicht aber direkt.⁸⁷¹ Bei dem reflexartigen Schutz wiederum ist aber nur das „Zeichen“, also der Gegenstand an sich, geschützt, und nicht das Zeichen „als Marke“.⁸⁷² Die markenrechtliche Regelung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG wäre damit nicht funktionslos, wenn man einen lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz daneben zulässt.⁸⁷³

⁸⁶⁷ *Schröder*, Unmittelbarer Leistungsschutz, S. 90.

⁸⁶⁸ *Hacker*, Markenrecht, Rnr. 99.

⁸⁶⁹ Argumente im Vergleich zum Patentrecht auf S. 163 f..

⁸⁷⁰ Zum Wesen des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz ausführlich auf Seite 21.

⁸⁷¹ *Sambuc*, in *Harte/Henning*, § 4 Nr. 9 Rnr. 11.

⁸⁷² *Dorndorf*, Herkunftstäuschung, Rnr. 557.

⁸⁷³ *Glöckner*, Schutz vor Verwechslungsgefahr, S. 156.

cc) Auf europäischer Ebene

Dieser Auffassung hat sich nun auch der EuGH angeschlossen. In seiner Entscheidung „*roter Legosteine*“ versagte er die Markenfähigkeit eines roten Legosteins aufgrund des Art. 7 I lit. e ii der Verordnung (EG) Nr. 40/94. Die Regelung auf Europaebene entspricht dabei der Regelung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG und besagt, dass ein Zeichen nicht als Marke eingetragen werden kann, wenn dessen Form zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist.⁸⁷⁴ Der EuGH führte aus, dass ein Unternehmen wie „LEGO“, das eine technische Lösung entwickelt hat, nicht über die Eintragung einer Marke zu schützen sei. Jedoch könne sich ein Schutz über die Vorschriften des unlauteren Wettbewerbs ergeben.⁸⁷⁵ Auch auf Europaebene ist damit anerkannt, dass bei einer unlauteren Art und Weise der Nachahmungshandlung ein Schutz über den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz erfolgen kann, selbst wenn ein markenrechtlicher Schutz ausscheidet.

dd) Problem der Sonderrechtsprechung

Auch im Verhältnis zum Markenrecht stellen sich die in der Sonderrechtsprechung des BGH entwickelten Sonderfälle problematisch dar. Denn die oben aufgezeigte Abgrenzung der Schutzrechte aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtungen läuft bei den Sonderfällen ins Leere, da der BGH in diesen Fällen an dem Leistungsergebnis unmittelbar anknüpfte und die besonderen Umstände vernachlässigte.⁸⁷⁶ Dadurch gewährte der BGH einen direkten Schutz der Leistung vor Nachahmung, der dem Schutz des Markenrechts nah kommt.

(1) Lego-Rechtsprechung

Insbesondere bei der gesamten „LEGO“-Rechtsprechung kam es zu Widersprüchen. Auf der einen Seite lehnten BGH und EuGH einen markenrechtlichen Schutz der Spielsteine ab mit der Begründung, dass diese keinem zeitlich unbegrenzten Monopol unterliegen

⁸⁷⁴ EuGH GRUR 2010, 1008, 1009 [43] – *Roter Legosteine*.

⁸⁷⁵ EuGH GRUR 2010, 1008, 1010 [61] – *Roter Legosteine*.

⁸⁷⁶ Zu der Sonderrechtsprechung ausführlich auf Seiten 64 ff.

dürfen.⁸⁷⁷ Auf der anderen Seite gewährte der BGH über die „*Klemmbausteine*“-Rechtsprechung diesen Spielsteinen zunächst ein über 45 Jahre andauerndes Quasi-Ausschließlichkeitsrecht über den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz.⁸⁷⁸ Erst in der „*Klemmbausteine III*“-Entscheidung wurde auch ein Schutz über das Lauterkeitsrecht abgelehnt und die Nachahmung für zulässig befunden.

(2) Komplexe Gegenstände

Auch die Sonderrechtsprechung zu den komplexen Gegenständen ist kritisch zu betrachten, da der BGH mit den genannten Voraussetzungen die Grenzen zwischen dem Markenrecht und dem lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz verwischt. In den genannten Urteilen ging es jeweils nicht um das Markenrecht. Ein Schutz wurde den komplexen Gegenständen aber insbesondere deshalb gewährt, da diese nach Auffassung des BGH ein „eigenes Gesicht“ hätten und sich deshalb von den übrigen Produkten abheben.⁸⁷⁹ Mit der Wortwahl eines „eigenen Gesichts“ lehnt sich der BGH jedoch stark an den kennzeichenrechtlichen Schutzbereich an. Die komplexen Gegenstände erfuhren deshalb einen Schutz durch das Lauterkeitsrecht, da sie sich von anderen Gestaltungen durch ihre individuelle äußere Gestaltung abgrenzten. Der Nachahmungsschutz wurde letztlich für äußerliche individuelle Merkmale gewährt wie ein „Quasi-Markenrecht“. Ein markenrechtlicher Schutz sollte jedoch bei Merkmalen, die eine technische Wirkung entfalten, ausgeschlossen sein und nicht über das Lauterkeitsrecht einen Schutz erfahren.

c) Zusammenfassung

Ebenso wie im Patentrecht, kann hier der gleiche Schluss gezogen werden: Aufgrund der Unterschiede in Tatbestandsvoraussetzungen, Schutzgegenstand und Schutzzweck kann der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz grundsätzlich nicht die Wertungen des Markenrechts umgehen. Durch den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz wird kein umfassendes Monopol geschaffen, sondern der Nachahmungsschutz ist aufgrund seiner besonderen Ausprägung auf Tatbestandsseite auf den Einzelfall beschränkt. Ein Monopol

⁸⁷⁷ EuGH GRUR 2010, 1008, 1009 [45] – *Roter Legostein*; BGH GRUR 2010, 231, 233 [25] – *Legostein*.

⁸⁷⁸ BGH GRUR 1964, 621, 624 – *Klemmbausteine I*; BGH GRUR 1992, 619, 620 – *Klemmbausteine II*.

⁸⁷⁹ BGH GRUR 2002, 86, 90 – *Laubhefter*; BGH GRUR 1999, 1106, 1108 – *Rollstuhlnachbau*; *Raue*, Nachahmungsfreiheit, S. 75, 160.

ist hingegen umfassend zu verstehen, und ein Schutz im konkreten Einzelfall kann nicht als Monopol bezeichnet werden. Insbesondere die Schutzrichtung des Nachahmungsschutzes - einen fairen Wettbewerb zu gewährleisten und somit ausschließlich unlautere Nachahmungshandlungen zu erfassen- steht außerhalb der Wertungen des Markenrechts und grenzt diese beiden Schutzrechte voneinander ab.

VIII. Technische Gestaltungsmerkmale und technische Funktion im Designrecht

Auch im Designrecht gibt es –wie im Markenrecht- einen Schutzausschluss bei technisch bedingten Funktionen. Nach § 3 I Nr. 1 DesignG besteht ein Designschutz nicht an Merkmalen eines Erzeugnisses, die ausschließlich durch dessen technische Funktion bedingt sind.

1. Begriff der technisch bedingten Funktion

Der Schutzausschluss in § 3 Nr. 1 DesignG bezweckt, dass durch das Designrecht die Freiheit der technischen Entwicklung nicht beeinträchtigt werden soll. Ein Designschutz kann daher nicht bestehen, wenn eine äußere Gestaltung zwingend technisch erforderlich ist und es keine abweichenden Gestaltungsmöglichkeiten gibt, ohne dass sich der technische Zweck verliert.⁸⁸⁰ Der Schutzausschluss greift daher nicht ein, wenn es eine gangbare Designalternative gibt, mit welcher das Erzeugnis seine technische Funktion in zumindest gleicher Weise erfüllt.⁸⁸¹ Hierbei sei der technische Gesamteindruck ausschlaggebend.⁸⁸² Bereits beim Wortlaut wird der Unterschied zum Schutzausschluss in Markenrecht in § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG deutlich. Der Schutzausschluss des Markenrechts ist weiter, als der des Designrechts, da „zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich“ weiter gefasst ist, als „ausschließlich durch die technische Form bedingt“.⁸⁸³ Auch bei der Auslegung der Vorschriften durch die Rechtsprechung wird der Unterschied deutlich. Während die Rechtsprechung die markenrechtliche Vorschrift

⁸⁸⁰ BGH GRUR 81, 269, 271 – *Haushaltsschneidemaschine II*; BGH GRUR 2005, 600, 603 - *Handtuchklemmen*; *Eichmann*, in Eichmann/v.Falckenstein/Kühne, DesignG, § 3 Rnr. 4; *Beyerlein*, in Günther/Beyerlein, DesignG, § 3 Rnr. 2 f.; *Zentek*, WRP 2014, 1289, 1295 [47].

⁸⁸¹ *Beyerlein*, in Günther/Beyerlein, DesignG, § 3 Rnr. 3.

⁸⁸² *Zentek*, WRP 2014, 1289, 1295 [47].

⁸⁸³ *Beyerlein*, in Günther/Beyerlein, DesignG, § 3 Rnr. 8.

erweiternd interpretiert⁸⁸⁴, stellt sie bei der Frage der ausschließlichen technischen Bedingtheit vor allem auf das Vorhandensein von Konkurrenzprodukten ab.⁸⁸⁵ Gibt es auf dem Markt eine Vielzahl an Konkurrenzprodukten, spricht dies für einen Gestaltungsspielraum. Ein Gestaltungsspielraum wiederum spricht gegen eine technische Bedingtheit und damit gegen einen Schutzausschluss. Dabei lässt die Rechtsprechung bei einer eingeschränkten Gestaltungsfreiheit auch bereits einen geringeren Abstand von bestehenden Formen ausreichen.⁸⁸⁶

2. Stellungnahme

Da eine Schutzversagung im Designrecht nur bei ausschließlich technischen Gestaltungen stattfindet, kommt es zwischen dem lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz bei technischen Gestaltungsmerkmalen und dem Designrecht kaum zu Wertungswidersprüchen. Daraus folgt unter anderem auch, dass im Designrecht eine parallele Anwendung von Lauterkeitsrecht und Designrecht unproblematisch ist.⁸⁸⁷

⁸⁸⁴ BGH WRP 2006, 900, 902 – *Rasierer mit drei Scherköpfen*.

⁸⁸⁵ EuGH, GRUR –RR 2010, 425, 428 [55] – *Fernmeldegerät*; BGH GRUR-Int. 2013, 280, 281 [45] – *Kinderwagen II*.

⁸⁸⁶ BGH GRUR-Int. 2013, 280, 281 [31] – *Kinderwagen II*.

⁸⁸⁷ Zur Vorrangthese im Designrecht auf Seite 152.

Teil 4: Technischer Fortschritt nur durch Nachahmung?

Den technischen Fortschritt zu erhalten, gehört zu den Aufgaben des gewerblichen Rechtsschutzes. Fraglich ist nun, wie sich der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz auf den technischen Fortschritt auswirkt. Es gibt dabei einige Stimmen, die für eine Abschaffung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes im technischen Bereich plädieren, da seine zeitliche Unbegrenztheit den Fortschritt lähmen könnte. Auf der anderen Seite gibt es Stimmen, die einen positiven Effekt auf den technischen Fortschritt durch den Nachahmungsschutz sehen. Um diese Frage zu klären, ist zunächst zu fragen, was technischer Fortschritt überhaupt ist.

I. Phasen des technischen Fortschritts

Der technische Fortschritt lässt sich in drei Hauptphasen untergliedern: die Inventionsphase, die Innovationsphase und die Diffusionsphase.⁸⁸⁸

In der Inventionsphase werden die theoretischen Erkenntnisse in eine technische Lösung umgesetzt, also die Erfindung theoretisch getätigt.⁸⁸⁹

Die Innovationsphase sorgt für die Nutzbarkeit der Erfindung, indem die gefundene technische Lösung in ein körperliches Produkt verwandelt und in den Markt eingeführt wird.⁸⁹⁰ Die Innovationsphase ist eine zwingende Voraussetzung für die Verbreitung der technischen Erfindung.

Die Verbreitung des Produkts erfolgt sodann in der Diffusionsphase. Das Wissen wird der Allgemeinheit zugänglich gemacht und somit zum Gemeingut.⁸⁹¹ Die Diffusionsphase ist eine der wichtigsten Phasen, da sie dafür sorgt, dass die technische Erfindung von allen genutzt werden kann und zwar sowohl von der Konkurrenz in Form von Nachahmungen als auch von Anslusserfindern zur Erzeugung von neuen

⁸⁸⁸ *Oppenländer*, Patentschutz und Wettbewerb, S. 47; *Häußer*, Mehr Innovation durch bessere Information, S. 135.

⁸⁸⁹ *Herdzina*, Wettbewerbspolitik, S. 26.

⁸⁹⁰ *Weihrauch*, Unmittelbarer Leistungsschutz, S. 190.

⁸⁹¹ *Weihrauch*, Unmittelbarer Leistungsschutz, S. 190.

Innovationen. Die Verbreitung von technischen Informationen hat eine gewisse Impulsfunktion, die zu besseren, fortschrittlicheren Lösungen anregt.⁸⁹²

II. Problemstellung

Insbesondere die Diffusionsphase könnte durch den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz gestört sein, da sich durch ein Verbot der Nachahmung die technische Lösung nicht optimal verbreiten kann. Es stellt sich daher die Frage, ob der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz - so wie im Markenrecht - bei technischen Gegenständen endgültig abgeschafft werden sollte um des technischen Fortschritts willen.⁸⁹³

1. Argumente gegen einen Nachahmungsschutz

Es gibt Argumente, die gegen einen Nachahmungsschutz im technischen Bereich sprechen. Die freie und ungehinderte Nutzung von technischen Erfindungen ermögliche ihre optimale Verbreitung und erleichtere Folge- und Anschlusserrfindungen.⁸⁹⁴ Es bestehe daher grundsätzlich ein sehr großes Allgemeininteresse daran, dass technische Lösungen nach Ablauf der Schutzfristen gemeinfrei werden.⁸⁹⁵ Ein zeitlich unbegrenztes und noch dazu kostenloses Monopol solle nicht entstehen.⁸⁹⁶

a) Optimaler Ausgleich der widerstreitenden Interessen

Eine Meinung geht davon aus, dass durch die zeitlich befristete Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts bereits der optimale Kompromiss gefunden sei die kontroversen Interessen des Erfinders und der Allgemeinheit zu versöhnen.⁸⁹⁷ Die Rechtsordnung sei mit ihrem System der Sonderschutzrechte den richtigen Weg

⁸⁹² Häußler, Mehr Innovation durch bessere Information, S. 141.

⁸⁹³ Raue, Nachahmungsfreiheit, S. 154.

⁸⁹⁴ Raue, Nachahmungsfreiheit, S. 25.

⁸⁹⁵ Rauda, GRUR 2002, 38, 42.

⁸⁹⁶ Seligsohn, GRUR 1926, 240, 246.

⁸⁹⁷ Götting, in Fezer, § 4-9 Rnr. 50; Sambuc, UWG-Nachahmungsschutz Rnr. 564.

gegangen und habe dem Erfinder damit den ihm „*schuldigen Tribut gezollt*“.⁸⁹⁸ Ein weitergehender Schutz wäre nicht nur unnötig, sondern sogar schädlich. Würde man über die gewerblichen Schutzrechte hinaus den Schutz über das Wettbewerbsrecht verlängern, wäre der gefundene optimale Ausgleich zwischen dem Gewinninteresse des Herstellers und dem Allgemeininteresse an Freigabe der Erfindung gestört, was direkt zu einer Störung des freien Wettbewerbs führte. Der technische Fortschritt würde dadurch gänzlich zum Erliegen kommen.⁸⁹⁹

b) Angebotsvielfalt und Preiswettbewerb

Darüber hinaus habe es einen positiven Effekt auf die Marktwirtschaft, wenn sich technische Erfindungen möglichst ungehindert verbreiten könnten. Der Prozess der Ausbreitung habe eine enorme Bedeutung für den technischen Fortschritt, weil erst die Verbreitung einer Erfindung die Vorteile einer technischen Neuerung nutzbar mache.⁹⁰⁰ Die Weiterverbreitung führe dazu, dass besondere Leistungen zum Allgemeingut werden, und diene auf diese Weise der horizontalen Förderung des Fortschritts.⁹⁰¹ Die beste Form der Verbreitung finde durch Imitation statt, da sie durch schlichtes Nachahmen am schnellsten und effektivsten erfolge.⁹⁰² Der positive Effekt der möglichst weitgehenden Produktverbreitung liege in der Schaffung einer großen Auswahlmöglichkeit zwischen mehreren Anbietern bei gleichzeitiger Preissenkung.⁹⁰³ Die Verbraucher wollen unter mehreren Konkurrenzprodukten auswählen, die Produkte direkt miteinander vergleichen und das für ihre Bedürfnisse am besten zugeschnittene Produkt mit dem besten Preis-Leistungsverhältnis aussuchen.⁹⁰⁴ Es entstehe eine Angebotsvielfalt, bei der ein breites Angebot von möglichst guter Qualität zu möglichst günstigen Preisen zur Verfügung steht.⁹⁰⁵ Imitationen können - im Gegensatz zu den Originalprodukten - in der Regel günstiger hergestellt werden, da außer den Herstellungskosten keine zusätzlichen Entwicklungskosten entstehen, die amortisiert werden müssten. Die

⁸⁹⁸ *Seligsohn*, GRUR 1926, 240, 245.

⁸⁹⁹ Hierzu ausführlich auf Seiten 160 f.; *Fock*, Unmittelbarer Leistungsschutz, Rnr. 180; *Willgerodt*, Festschrift für Böhm, S. 696.

⁹⁰⁰ *Schrader* in *Schrader/Jähnlich*, Fortschritt durch Nachahmung?, S. 103.

⁹⁰¹ *Schröder*, Unmittelbarer Nachahmungsschutz, S. 208.

⁹⁰² *Sambuc*, UWG-Leistungsschutz, Rnr. 380.

⁹⁰³ *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rnr. 1927.

⁹⁰⁴ BGH GRUR 2000, 521, 525 – *Modulgerüst*; BGH 1968, 698, 701 – *Rekordspritzen*; BGH GRUR 2013, 951, 955 [36] – *Regalsystem*.

⁹⁰⁵ *Sack*, Festschrift für Erdmann, S. 715.

Nachahmungsprodukte könnten im Ergebnis günstiger auf den Markt gebracht werden, was einen Preiswettbewerb unter dem Originalhersteller und den Nachahmern anfahe. Wenn der Hersteller sich einer Konkurrenz ausgesetzt sehe, müsse er sein eigenes Preis-Leistungs-Verhältnis anpassen.⁹⁰⁶ Er könne sich nicht mehr auf seinen einmal erbrachten Leistungen ausruhen, sondern müsse mit der Konkurrenz mithalten.⁹⁰⁷ Durch eine Nachahmung und Verbreitung der Produkte ergebe sich darüber hinaus für die Kunden eine weitaus größere Auswahlmöglichkeit, die sich an ihren persönlichen Präferenzen ausrichtet. Denn regelmäßig wird es zur Nachahmung nur dort kommen, wo noch Kundenwünsche offen sind, die der Originalhersteller nicht befriedigen konnte.⁹⁰⁸ Gleichzeitig ergebe sich für den Originalhersteller durch Nachahmung grundsätzlich kein nennenswerter Nachteil.

aa) Qualitativ gleich- bzw. hochwertige Nachahmung

Dem ist zuzustimmen. Beispielsweise entstehen qualitativ gleich- bzw. hochwertige Nachahmungen nur, wenn das Originalprodukt an einer „Schwäche“ leidet, es z.B. Lieferschwierigkeiten gibt, das Produkt qualitativ schlecht oder der Preis zu hoch ist. Insbesondere bei Lieferschwierigkeiten besteht ein großes Verbraucherinteresse daran, auf ein anderes Konkurrenzprodukt ausweichen zu können.⁹⁰⁹ Nur bei Mängeln am Originalprodukt besteht eine Lücke im Markt, die der Nachahmer füllen kann. Der Originalhersteller muss daher überlegen, ob er seine (Monopol-)Preise nach Ablauf der Schutzfrist dem Wettbewerb anpasst, um konkurrenzfähig zu sein. Sinken die Preise des Originalprodukts, wird gleichzeitig eine Nachahmung für andere Hersteller uninteressanter, da die eigene Gewinnspanne ebenfalls kleiner wird.⁹¹⁰ Eine Nachahmung kann sogar gänzlich durch den Originalhersteller verhindert werden, wenn er seine Preise temporär unter die Herstellungskosten senkt und der Nachahmer mit diesem Preis nur einen Verlust erzielen könnte. Eine solche Preissenkung unter den Stückpreis ist jedoch nur möglich, wenn der Originalhersteller seinen zuvor gemachten Sondergewinn zeitweise einsetzt.⁹¹¹ Insoweit kann es der Originalhersteller beeinflussen, ob Konkurrenz

⁹⁰⁶ *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rnr. 470; *Ohly*, in *Ohly/Sosnitza*, § 4.9 Rnr. 9/2.

⁹⁰⁷ *Willgerodt*, Festschrift für Böhm, S. 696; *Sambuc*, GRUR 1986, 130, 140.

⁹⁰⁸ *Schröer*, Unmittelbarer Nachahmungsschutz, S. 208.

⁹⁰⁹ BGH GRUR 2013, 951, 955 [36] - *Regalsystem*.

⁹¹⁰ *Raue*, Nachahmungsfreiheit, S. 26.

⁹¹¹ *Weihrauch*, Unmittelbarer Leistungsschutz, S. 265.

auftritt und wie stark sie ist. Darüber hinaus genießt der Originalhersteller bei einer eintretenden Konkurrenzlage von gleich teuren und gleichwertigen Produkten gegenüber dem Nachahmer stets den „bekannt und bewährt“-Bonus bei den Kunden. Er hat auf dem Markt immer einen gewissen zeitlichen Vorsprung. Da sich seine Produkte bereits auf dem Markt etabliert haben, hat es der Originalhersteller meist selbst in der Hand, ob er die Konkurrenz fürchten muss oder nicht. Die Konkurrenz wird für ihn nur gefährlich, wenn diese etwas besser, schneller oder günstiger macht.

bb) Billig-Nachahmungen

Konzentriert sich der Nachahmer dagegen nur auf Billig-Nachahmungen, also qualitativ minderwertige Nachahmungen, berührt das den Originalhersteller in der Regel⁹¹² nicht, da Billig-Nachahmungen andere Kunden ansprechen als der Originalhersteller, nämlich die Verbraucher, die sich die Qualität nicht leisten können oder wollen.⁹¹³ Durch Billig-Nachahmungen entsteht ein zusätzlicher Kundenkreis und die „Originalkunden“ bleiben hiervon weitgehend unberührt. Für die Verbraucher hingegen sind Billig-Nachahmungen ebenso wichtig wie qualitativ gleichwertige, denn diese Nachahmungen ermöglichen es auch Käufern, die sich das Originalprodukt nicht leisten können oder wollen, am technischen Fortschritt teilzuhaben.⁹¹⁴ Darüber hinaus eröffnet es ganz neue Käuferentscheidungen darüber, ob sie mehr Wert auf Qualität und das Altbewährte legen, dafür aber mehr bezahlen müssen, oder ob es ihnen in erster Linie auf einen günstigen Preis ankommt. Es ist für die Kunden entscheidend, dass sie nach Preis und Leistung das optimale Angebot für sich selbst auswählen dürfen.⁹¹⁵ Für die Vielfältigkeit und Auswahlmöglichkeit unter mehreren Produkten sorgt gerade auch die Billig-Nachahmung.

cc) Zwischenergebnis

Sowohl qualitativ gleichwertige Nachahmungen als auch Billig-Nachahmungen sind nach überzeugender Ansicht für den Hersteller grundsätzlich unschädlich, aber im

⁹¹² Ausgenommen es liegt eine Rufschädigung nach § 4 Nr. 3 b) UWG vor.

⁹¹³ *Raue*, Nachahmungsfreiheit, S. 27.

⁹¹⁴ *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rnr. 1139.

⁹¹⁵ *Rauda*, GRUR 2002, 38, 42.

Gegenzug von der Allgemeinheit erwünscht. Beide Arten von Nachahmung schaffen eine Angebotsvielfalt und haben eine wettbewerbsfördernde Wirkung.

Dieser positive Effekt werde - nach der Ansicht, die sich für eine Abschaffung des Nachahmungsschutzes im technischen Bereich ausspricht - durch den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz vermindert. Der Nachahmungsschutz hindere die Entstehung von Angebotsvielfalt und Preiswettbewerb, da er eine schnelle Verbreitung von Erfindungen durch Nachahmung störe. Würde der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz diese Nachahmungen generell verbieten, bringe dies im Ergebnis den technischen Fortschritt zum Erliegen.

c) Folge- und Anchlusserfindungen

Aber nicht nur die schlichte Imitation ist als wettbewerbsfördernd anzusehen, sondern die Innovation ist das Ziel, das durch Nachahmungen angestrebt und erreicht wird. Ein Verbot von Nachahmungen führt nach Ansicht der Literatur zwangsläufig auch dazu, dass es weniger Innovationen geben würde, da es gerade im Prozess einer Imitation zu einem Übertreffen des Originalherstellers und damit zu Anchlusserfindungen komme.⁹¹⁶ Jede Erfindung baue in gewisser Weise auf bereits existierenden Erfindungen auf und entwickle diese weiter.⁹¹⁷ Gewerbefleiß, Handel und Verkehr beruhen auf dem Erbe der Vergangenheit.⁹¹⁸ Würde man Nachahmungen komplett verbieten, käme es zu keinen weitergehenden Erfindungen mehr und die Marktwirtschaft würde erstarren.⁹¹⁹ Wenn jeder gezwungen wäre, etwas vollkommen Neues zu erfinden, ohne auf das bereits Bekannte zurückgreifen zu dürfen, würden immer hohe Entwicklungskosten entstehen, die zum einen den Anreiz zum Forschen nach Abweichungen nehmen und zum anderen nicht den erwünschten Preiswettbewerb hervorrufen würden, weil ein günstigeres Anbieten der Nachahmung nun nicht mehr möglich wäre. Auch müsse letztlich gesehen werden, dass alles nur einmal erfunden werden könne und dass die erfinderischen Möglichkeiten irgendwann erschöpft seien.

⁹¹⁶ *Seligsohn*, GRUR 1926, 240, 244; *Willgerodt*, Festschrift für Böhm, S. 696.

⁹¹⁷ BGH GRUR 1966, 503, 508 – *Apfel Madonna; Sambuc*, in Harte/Henning, § 4 Nr. 9, Rnr. 14.

⁹¹⁸ RG GRUR 1932, 751, 753 f. – *künstliche Blumen*.

⁹¹⁹ *Willgerodt*, Festschrift für Böhm, S. 696.

Das Argument der Folge- und Anschlussinnovationen lasse sich dabei aber nicht nur auf der Seite der Nachahmer anführen, sondern auch auf der Seite der Originalhersteller. Dadurch, dass die Hersteller nach Ablauf des Schutzrechts grundsätzlich mit einer Nachahmung rechnen müssen, seien sie nicht verführt, sich auf ihren bisher errungenen Erfolgen auszuruhen, sondern sehen sich selbst animiert, ihre Produkte weiterzuentwickeln, um sie konkurrenzfähig zu machen.⁹²⁰

d) Zusammenfassung

Es sprechen mithin einige gute Argumente für eine uneingeschränkte Nachahmung nach Ablauf eines Sonderrechtsschutzes. Gerade im Bereich der Technik besteht ein großes Teilhabeinteresse der Allgemeinheit am technischen Fortschritt. Imitation schafft Innovation aufgrund von Anschluss-erfindungen. Nachahmung und Weiterentwicklung sind gleichwertige Elemente eines funktionierenden Wettbewerbes.⁹²¹ Ein zu weit gehender Nachahmungsschutz ist eine Behinderung des Wettbewerbs und lässt den technischen Fortschritt erstarren. Darüber hinaus wurde aufgezeigt, dass Nachahmungen an sich den Originalhersteller nicht einschneidend berühren oder ihn in seiner Existenz gefährden. Wenn man die angeführten Argumente betrachtet, erscheint es daher nicht abwegig, dass manche Autoren eine Anwendung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz bei technischen Gestaltungsmerkmalen grundsätzlich ablehnen und einen Gleichlauf mit dem Markenrecht fordern.⁹²²

2. Argumente für einen Nachahmungsschutz

Auf der anderen Seite gibt es aber auch viele Argumente, die für den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz bei technischen Gestaltungsmerkmalen sprechen.

⁹²⁰ *Sambuc*, GRUR 1986, 130, 140; *Willgerodt*, Festschrift für Böhm, S. 696.

⁹²¹ *Loschelder*, VPP-Rundbrief 2/2004, 40, 42

⁹²² *Raue*, Nachahmungsfreiheit, S.154.

a) Optimale Schutzdauer durch Flexibilität

Insbesondere die angemessene Dauer der Schutzfrist ist ein Problem, das noch nicht vollständig und in befriedigender Weise gelöst zu sein scheint. Es scheint vielmehr Schwierigkeiten mit der optimalen Dauer der Schutzfrist zu geben.⁹²³ Denn während eine zu lange Monopolisierung die Marktwirtschaft zum Erstarren bringt, hat eine zu kurze Monopolisierung den gleichen Effekt. Die Frage nach der optimalen Schutzfrist ist mit den starren Schutzfristen des Patentrechts nicht beantwortet, sondern bedarf hin und wieder einer Korrektur über das Wettbewerbsrecht. Das was beim lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz oft in der Kritik steht, nämlich dass er keine Rechtssicherheit bringe, kann auf der anderen Seite aber auch Vorteile bringen. Eine Einzelfallgerechtigkeit ist auch im freien Wettbewerb grundsätzlich notwendig, um jedem individuellen Fall gerecht werden zu können und so vereinzelt untragbare Ergebnis auszugleichen, sofern die Einzelfallgerechtigkeit die Ausnahme bleibt und auf den Einzelfall angewandt wird. Es herrscht insbesondere im Bereich der Schutzdauer das klassische Spannungsverhältnis zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit.

Die optimale Schutzdauer ist stets diejenige, die Innovationsschutz und Imitationsschutz so gut wie nur möglich versöhnt.⁹²⁴ Konsequenter wäre es daher, auf den Amortisationszeitraum abzustellen,⁹²⁵ so dass beispielsweise kostspieligeren Entwicklungen eine längere Amortisationszeitspanne gewährt wird. Dass diese optimale Schutzdauer nicht in jedem Fall gleich ist, sondern von Fall zu Fall unterschiedlich ausfällt, liegt auf der Hand, da Marktabläufe besonders komplex sind und sich nur schwer vorhersagen lassen.⁹²⁶ Die Schutzdauer des Patentrechts ist jedoch starr auf maximal 20 Jahre festgelegt und nicht flexibel auf die Art der Erfindung zugeschnitten.⁹²⁷ Zwar ist zu sehen, dass die Ausgestaltung des Patentrechts mit seinen stetig steigenden Jahresgebühren einen gewissen Regulierungseffekt hat und den Erfinder immer zur Überlegung veranlassen soll, ob sich die Aufrechterhaltung des Patents überhaupt noch lohnt oder ob die Erfindung nicht besser für die Allgemeinheit freigegeben werden sollte.⁹²⁸ Insbesondere gegen Ende des Patentschutzes steigen die

⁹²³ *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rnr. 1913.

⁹²⁴ *Sambuc*, UWG-Nachahmungsschutz, Rnr. 564.

⁹²⁵ *Bopp*, GRUR 1997, 34, 39.

⁹²⁶ *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rnr. 1914.

⁹²⁷ *Wiebe*, Festschrift für Schrickler, S. 777; *Ohly*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 7.

⁹²⁸ *Sambuc*, UWG-Nachahmungsschutz, Rnr. 568.

Gebühren an und erzeugen einen stärker werdenden Druck auf den Patentinhaber, die Erfindung freizugeben. Bei kleineren Erfindungen werden die Patentgebühren gegen Ende die Gewinnspanne spürbar mindern, sodass diese zumeist vor Ablauf der 20 Jahre freigegeben werden. Aber auf der anderen Seite gibt es grundsätzlich keine Verlängerung der Zwanzigjahresfrist.⁹²⁹ Mit Ablauf der Schutzfrist ist der Sonderrechtsschutz endgültig vorbei. Dass diese Schutzfrist bei einer besonders innovativen, hochwertigen oder auch zeit- und kostenintensiven Erfindung eventuell nicht lange genug sein wird, ist keineswegs abwegig. Insbesondere bei Erfindungen, die nur mit hohem Kostenaufwand entwickelt, aber nicht für einen hohen Preis verkauft werden können, fällt eine Diskrepanz auf.⁹³⁰ Jedoch auch Erfindungen mit geringem materiellem Wert können eine große Bedeutung für den technischen Fortschritt haben und sollten gefördert werden. Einen weitergehenden Schutz sieht das Patentrecht dennoch nicht vor. Das ist der Punkt, an dem das Wettbewerbsrecht relevant wird und mit seinen flexibel handhabbaren Tatbestandsmerkmalen und der grundsätzlich unbefristeten Schutzdauer eingreifen und solche Fälle sinnvoll regeln kann.⁹³¹ Durch die Kriterien der wettbewerblichen Eigenart und der besonderen unlauterkeitsbegründenden Merkmale wird der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz zu einem flexiblen System.⁹³² Nur durch eine flexible Schutzregelung kann allen Anforderungen des modernen und hochkomplexen Wirtschaftslebens Rechnung getragen werden⁹³³ und die unüberschaubare Vielfalt an Verhaltensweisen um geschäftlichen Wettbewerb erfasst werden.⁹³⁴

b) Weitergehende Anreizfunktion

Zwar wird durch die Gewährung eines zeitlich begrenzten Monopols dem Erfinder ein Anreiz für Erfindungen und deren Offenbarung gesetzt, da ihm die Amortisierung seiner Kosten und zugleich ein Gewinn in Aussicht gestellt werden. Darüber hinaus erlangt der Originalhersteller durch die zeitweise Monopolstellung einen zeitlichen Vorsprung zu

⁹²⁹ Ausnahmen sind die Arzneimittel- und Pflanzenschutzmittel-Erfindungen, welche jedoch vorliegend keine Rolle spielen.

⁹³⁰ *Bopp*, GRUR 1997, 34, 39; *Nirk*, GRUR 1993, 247, 253.

⁹³¹ *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rnr. 1914.

⁹³² *Ohly*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 8.

⁹³³ *Quiring*, WRP 1985, 684, 687.

⁹³⁴ *Beater*, Nachahmen im Wettbewerb, S. 72.

seinen Konkurrenten, da sich sein Produkt bereits im Markt etablieren konnte. Die Kunden kennen sein Produkt.

Auf der anderen Seite haben jedoch die Konkurrenten einen wirtschaftlichen Vorteil, da sie keine Entwicklungskosten aufwenden müssen und außer den Herstellungskosten keine Aufwendungen haben, die sie amortisieren müssen. Die Konkurrenten können damit ihre Nachahmungen günstiger auf den Markt bringen.⁹³⁵ Was weiter oben als positives Argument dargestellt wurde, da durch die billigeren Imitationen auch der erwünschte Preiswettbewerb entsteht, kann auf der anderen Seite aber auch negative Auswirkungen haben, nämlich wenn der Preiswettbewerb zu extrem wird. Eine Preisunterbietung kann beispielshalber eine Nachahmung unlauter machen, wenn die Übernahme eines mit hohen Entwicklungskosten belasteten Originalprodukts zu einem erheblichen und sich im Verkaufspreis niederschlagenden Missverhältnis führt.⁹³⁶ Zumindest bei Gütern mit einem großen Herstellungsaufwand, die mit minimalem Kostenaufwand kopiert werden können, würde der Anreiz für eine (Weiter-)Entwicklung fehlen und der Wettbewerb würde auf einem niedrigen Niveau erstarren.⁹³⁷ Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz ist besonders sinnvoll, wenn ein Produkt nur in geringen Mengen absetzbar ist, es hohe Entwicklungskosten erfordert und/oder nur geringe Nachahmungskosten entstehen.⁹³⁸ Der weitergehende Schutz durch den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz kann daher auch einen weiteren Anreiz für die Originalhersteller darstellen.

c) Schutz vor Unlauterkeit

Der Originalhersteller muss Konkurrenz grundsätzlich nicht fürchten, da sie ihn entweder nicht direkt tangiert, wie bei den Billig-Nachahmungen, oder er es selbst in der Hand hat, wie sehr ihn die Konkurrenz berühren wird. Was der Originalhersteller jedoch fürchten muss, ist eine unlautere Nachahmung. Der unlautere Nachahmer stellt sich nicht neben den Originalhersteller als Konkurrent, sondern an dessen Stelle und verdrängt diesen möglicherweise sogar vom Markt, da der Nachahmer aufgrund der Ersparnis eigener

⁹³⁵ Dieses Problem erkannte schon das Reichsgericht in seiner Schallplattenentscheidung: RGZ 73, 294, 297 – *Schallplatten*.

⁹³⁶ *Bopp*, GRUR 1997, 34, 39.

⁹³⁷ *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rnr. 2304.

⁹³⁸ *Weihrauch*, Unmittelbarer Leistungsschutz, S. 265.

Entwicklungsaufwendungen einen geschäftlichen Vorsprung hat, und damit seine vermeintlichen Originale zu einem erheblich geringeren Preis anbieten könnte.⁹³⁹ Bei einer unlauteren Nachahmung entsteht kein Preiswettbewerb, sondern ein unlauterer „Preiskrieg“, der den Originalhersteller geschäftlich vernichtet. Unlautere Nachahmungen richten mithin den Markt ebenfalls zugrunde. Vor diesem Szenario schützt der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz und bietet damit weiteren Anreiz für Erfindungen. Zugleich liegt es auch im Verbraucherinteresse, dass ihre Entscheidungsgrundlage vor Unlauterkeit geschützt ist.⁹⁴⁰ Denn der Verbraucher hat ebenso wie am Preiswettbewerb auch ein Interesse daran, ausreichend über die Produkte, die er zu erwerben vorhat, informiert zu sein, wozu auch die Information des Herstellers zählt.⁹⁴¹

d) Anreiz zur Offenbarung

Die Preisgabe der Erfindung an die Öffentlichkeit ist ein wichtiger Prozess für den technischen Fortschritt, da die Erfindung ohne Kenntnis von ihr nicht wirtschaftlich verwertet werden kann.⁹⁴² Durch den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz kann dazu beigetragen werden, dass die Erfindungen von den Originalherstellern zum Patent angemeldet werden und der Allgemeinheit Preis gegeben werden. Denn müsste der Originalhersteller mit einem unfairen Wettbewerb nach Ablauf der Schutzfrist rechnen und damit, dass ein Nachahmer mit seiner Erfindung an seiner Stelle Profit schlägt, würde es nicht nur den Anreiz für weitere Erfindungen nehmen, sondern eventuell auch dazu führen, dass die Erfindungen nicht mehr angemeldet werden. Denn wenn keiner von der Erfindung weiß, kann sie auch keiner imitieren. Wenn der Erfinder sich jedoch sicher sein kann, dass auch nach Ablauf des Patents ein Schutz vor unlauterer Nachahmung durch das Lauterkeitsrecht besteht, kann dies einen Anreiz zur Patentanmeldung geben.

⁹³⁹ BGH GRUR 1968, 591, 592 – *Pulverbehälter*, BGH GRUR 1969, 618, 620 – *Saxophon; Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rnr. 1148ff., 2292f.

⁹⁴⁰ *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rnr. 1144, 1174ff..

⁹⁴¹ *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rnr. 1144, 1174ff..

⁹⁴² *Schrader* in *Schrader/Jähnich*, Fortschritt durch Nachahmung?, S. 120.

e) Mehr Innovation statt bloße Imitation

So wie Imitationen generell eine positive Auswirkung auf den Wettbewerb haben, kann die unbegrenzte Zulassung von Imitationen aber auch einen negativen Effekt haben, da der Innovationswettbewerb durch den Imitationswettbewerb auch erstickt werden kann.⁹⁴³ Fortschritt wird nicht durch bloßes Nachahmen fremder Leistung erzielt, sondern besteht in der Schaffung von etwas Neuem.⁹⁴⁴ Das Verbot unlauterer Nachahmung führt dazu, dass Imitationen nicht zu stark an das Original angelehnt werden, um die Gefahr einer Herkunftstäuschung auszuschließen. Die Nachahmer sind durch den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz daher gezwungen, etwas Neues, Innovatives und Kreatives zu ihren Produkten hinzuzuerfinden, anstatt sie nur zu kopieren. Dies kann zu mehr Innovation führen als Nachahmung, da sie gezielt gefördert wird, anstatt ein Zufallsprodukt der Imitation zu sein.⁹⁴⁵ Schlichte Imitationen können hingegen zur Lähmung des Gewerbefleißes führen, da für den Imitator kein Anreiz für eine weitergehende Entwicklung besteht.⁹⁴⁶ Warum sollte der Nachahmer Geld und Energie in eine Weiterentwicklung stecken, wenn er, ohne Entwicklungskosten einsetzen zu müssen, sogleich Gewinn aus der Erfindung eines anderen erzielen könnte. Eine Weiterentwicklung findet daher grundsätzlich nur zufällig statt, wenn sie nicht durch das Wettbewerbsrecht in gewisser Weise gefordert werden würde.⁹⁴⁷

f) Zusammenfassung

Es sprechen viele Argumente für den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz bei technischen Gestaltungsmerkmalen:

Er bringt zum einen die beiden gegenüberstehenden Schutzpositionen, nämlich die des Originalherstellers auf der einen Seite und die des Nachahmers auf der anderen Seite, durch seine flexible Handhabung in Einklang. Zum anderen sorgt er für einen Interessenausgleich, indem er den zeitlichen Vorsprung des Originalherstellers wahrt und dieser ins perfekte Verhältnis zum wirtschaftlichen Vorsprung des Nachahmers gebracht wird. Insbesondere ist dem lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz zu Gute zu halten,

⁹⁴³ *Sambuc*, in Harte/Henning, § 4 Nr. 9, Rnr. 193.

⁹⁴⁴ *Quiring*, WRP 1985, 684, 687.

⁹⁴⁵ *Köhler*, WRP 1999, 1075, 1078.

⁹⁴⁶ *Sambuc*, GRUR 1986, 130, 139.

⁹⁴⁷ *Köhler*, WRP 1999, 1075, 1078.

dass er nicht nur dem Schutz des Originalherstellers dient, sondern grundsätzlich die Allgemeinheit und den lautereren Wettbewerb schützt. Er verbietet dabei nicht die erwünschte Nachahmung generell, sondern nur die unlautere, die aber ohnehin keine wettbewerbsfördernde Funktion hat. Die unlautere Nachahmung erweitert nicht die Produktvielfalt und die Auswahlmöglichkeiten, da sie sich an die Stelle des Originals stellt und dabei entweder den angesprochenen Kundenkreis dadurch täuscht, dass es sich bei der Nachahmung vermeintlich um das Produkt des Originalherstellers handelt, oder indem der Nachahmer den guten Ruf des Ersterfinders ausnutzt oder beeinträchtigt. Auch ein Preiswettbewerb kann nicht stattfinden, wenn sich der Nachahmer an die Stelle des Originalherstellers stellt anstatt als Konkurrent daneben. Mit einer unlauteren Imitation bleiben alle positiven Effekte aus, die für die Kunden bei einer Nachahmung eigentlich eintreten sollen.

Demnach gibt es auch Stimmen, die den Schutzbereich des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes sogar erweitern wollen, da der bestehende Nachahmungsschutz nicht ausreichend sei.⁹⁴⁸ Die Kritiker fordern vielmehr eine eigenständige Entwicklung des Nachahmungsschutzes, bei dem es in der Regel nur mehr auf die Schutzwürdigkeit der Leistung und auf die Rechtfertigung der Leistungsaneignung ankommen solle.⁹⁴⁹ Die besonderen Umstände seien in der Praxis weitgehend funktionslos geworden.⁹⁵⁰ Dabei wird insbesondere der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit angezweifelt.⁹⁵¹ Eine Nachahmung sei gerade nicht außerhalb der Sonderschutzrechte grundsätzlich zulässig, sondern sollte generell eingeschränkt werden und ein maximaler Schutzzumfang angestrebt werden.⁹⁵² Denn die Hersteller genießen ein aus Art. 14 GG grundrechtlich geschütztes Recht am geistigen Eigentum, wohingegen es auf der anderen Seite kein Grundrecht auf Nachahmung gebe außer der immer geltenden allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 GG. Überhaupt gebe es aber kein nennenswertes und schutzwürdiges Interesse eines Nachahmers, eine Nachahmung vornehmen zu dürfen.⁹⁵³ Aus diesen Argumenten heraus erscheine es nach einigen Literaturstimmen angebracht,

⁹⁴⁸ *Sambuc*, GRUR 1986, 130; *Köhler*, WRP 1999, 1075; *Fezer*, WRP 1993, 63 ff.; *Bopp*, GRUR 1997, 34; *Lubberger*, Festschrift für Ullmann, S. 737ff.; *Sack*, WRP 2005, 531, 537 f..

⁹⁴⁹ *Fezer*, WRP 1993, 63, 65; *Smoschewer*, GRUR 1929, 381.

⁹⁵⁰ *Köhler*, WRP 1999, 1075, 1079.

⁹⁵¹ *Lubberger*, Festschrift für Ullmann, S. 753; *Köhler*, WRP 1999, 1075, 1078; *Schreiber*, GRUR 2009, 113, 117.

⁹⁵² *Fezer*, WRP 1993, 63 ff.; *ders.*, WRP 2001, 989, 1006 f.; *Lubberger*, Festschrift für Ullmann, S. 737ff.; *Sack*, WRP 2005, 531, 537 f..

⁹⁵³ *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, § 11, Rnr. 7; *Fezer*, WRP 1993, 63 ff.; *ders.*, WRP 2001, 989, 1006 f.; *Lubberger*, Festschrift für Ullmann, S. 737ff.; *Sack*, WRP 2005, 531, 537 f..

dem lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz zu einer umfassenderen Rechtsposition zu verhelfen und das Leistungsergebnis weiter gehend zu schützen. Insbesondere *Fezer* vertritt dabei den Grundsatz: Schutz der Innovation vor Imitation.⁹⁵⁴

3. Stellungnahme

Die zuletzt dargestellte Meinung, die den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz erweitern und dem Hersteller einen umfassenden Schutz gewähren will, ist klar abzulehnen, da durch eine Ausweitung des Nachahmungsschutzes ein Innovationsrückgang mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten wäre. Insbesondere kann das Argument, dass kein grundrechtlich geschütztes Interesse an Nachahmungen bestehe, nur isoliert betrachtet gelten. Es liegt auf der Hand, dass der Nachahmer nur selten ein schützenswertes Interesse an einer Nachahmung darlegen kann. Dieses könnte sich höchstens aus der allgemeinen Handlungsfreiheit ergeben. Jedoch wird bei dieser radikalen Lösung das Interesse der Allgemeinheit an Nachahmungen verkannt. Dort besteht nämlich – wie bereits aufgezeigt - ein großes Interesse an Nachahmungen und Imitationen. Auch wäre zu befürchten, dass Folge- und Anschlusserrfindungen ausbleiben könnten.

Der Meinung, die für die Abschaffung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes spricht, ist zwar insoweit zuzustimmen, als sowohl die Nachahmung und auch die Imitation wichtige Instrumente der freien Marktwirtschaft sind und im Interesse der Verbraucher liegen. Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz unterbindet jedoch diese für die Wirtschaft wertvollen Nachahmungen nicht, sondern verbietet nur die unlautere Nachahmung, die keinen Nutzen für die Gesellschaft bringt. Diese Meinung ist daher ebenfalls abzulehnen.

Aus diesem Grund kann man sich nur der vermittelnden Meinung anschließen, die den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz weder erweitern, noch abschaffen, sondern in seiner bisherigen Form auch bei technischen Gestaltungsmerkmalen beibehalten will.

⁹⁵⁴ *Fezer*, WRP 1993, 63, 64; *ders.* Wettbewerbsrechtlicher Schutz, S. 959f..

III. Ergebnis

Weder ist eine endgültige Abschaffung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes bei technischen Gestaltungsmerkmalen und damit ein Gleichlauf mit dem Marken- und dem Designrecht gerechtfertigt, noch dessen Ausweitung. Vielmehr ist die Beibehaltung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes in seiner bisherigen Form in Verbindung mit einer restriktiven Handhabung des Tatbestandes in der Praxis zu befürworten und zu unterstützen. Nachahmung ist erwünscht und Mitbewerber sollen durch einen zu weit gefassten Nachahmungsschutz nicht abgeschreckt werden. Die Nachahmung ist ein wesentlicher Teil des Wettbewerbs, der ein Ordnungsprinzip für die gesamte Volkswirtschaft darstellt.⁹⁵⁵ Die Lauterkeit des Wettbewerbs muss dabei zum Wohl der Allgemeinheit immer gewahrt bleiben. Dies ist die Aufgabe des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz und begründet seine Existenzberechtigung.

⁹⁵⁵ Köhler, in Köhler/Bornkamm, UWG, Einleitung Rnr. 1.25.

Teil 5: Endergebnis: Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz ist grundsätzlich sinnvoll

Die Argumente, die für den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz im technischen Bereich sprechen, sind überzeugend. Der alleinige Schutzzweck des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes besteht in der Verhinderung eines unlauteren Wettbewerbs. Durch seine tatbestandlichen Ausgestaltungen kann er dieses Ziel optimal verfolgen, ohne den Wertungen der Sonderschutzrechte zuwiderzulaufen. Der Nachahmungsschutz steht weder im Widerspruch zur Nachahmungsfreiheit noch hat er negative Auswirkungen auf den Wettbewerb oder Fortschritt, da er nicht Nachahmungen an sich, sondern nur unlautere Nachahmungen verhindert.

Jedoch klaffen Praxis und Theorie teilweise auseinander.⁹⁵⁶ So sorgen die Sonderfälle in der Rechtsprechung dafür, dass die Grenzen von Wettbewerbsrecht und Sonderschutzrechten verwischen und dass der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz teilweise dazu benutzt wird, bei gewissen Produktgruppen ein zeitlich unbegrenztes Monopol zu schaffen.⁹⁵⁷ Dass es in der Praxis diese Sonderfälle gibt, die die vom Gesetzgeber bewusst gesetzten Grenzen des Wettbewerbsrechts überschreiten und unter Missachtung der eigentlichen Tatbestandsvoraussetzungen einen –nicht nur im Einzelfall- zu weitgehenden Schutz gewähren, ändert jedoch nichts an der grundsätzlichen Existenzberechtigung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes. Nur weil die Rechtsprechung die Grenzen des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz überschreitet, bedeutet dies nicht, dass dieser insgesamt abgeschafft werden müsste. Vielmehr sollten die entwickelten Sonderfälle -die sich aber wie gesehen nicht nur auf den technischen Bereich beschränken- kritisch betrachtet werden. Die Sonderrechtsprechung ist von der Wechselwirkungslehre geprägt, die wiederum von der Intensität der Nachahmung, sowie der wettbewerblichen Eigenart eines Produkts abhängt und andere Tatbestandsmerkmale zurücktreten lässt. Es ist daher der bereits dargelegten Meinung⁹⁵⁸ beizutreten, die sich für eine Abschaffung des Merkmals der

⁹⁵⁶ Wie auch *Ohly* den Kantschen Gemeinpruch zitiert: „Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis“. *Ohly*, Festschrift für Ullmann, S. 797.

⁹⁵⁷ Wie deutlich die *Lego*-Rechtsprechung zeigt. Hierzu ausführlich auf Seiten 73 ff..

⁹⁵⁸ Hierzu ausführlich auf Seite 27.

wettbewerblichen Eigenart ausspricht. Die wettbewerbliche Eigenart ist kein gesetzlich niedergeschriebenes Tatbestandsmerkmal. Sie ist weder im Zuge der UWG-Novellen⁹⁵⁹ gesetzlich normiert worden, noch passt die Anknüpfung an den Schutzgegenstand zum handlungsbezogenen Wesen des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes.⁹⁶⁰ Das Merkmal der wettbewerblichen Eigenart knüpft an die Schutzwürdigkeit des Leistungsergebnisses an und ist damit an sich ein Fremdkörper im Tatbestand. Sie ist darüber hinaus ein unbestimmter Rechtsbegriff, der die Grenzen zu den Sonderschutzrechten verwischt.⁹⁶¹ Schließlich kann aufgrund der Wechselwirkungslehre eine besonders starke wettbewerbliche Eigenart allein zum Nachahmungsschutz origineller Produkte führen.⁹⁶² Die wettbewerbliche Eigenart in Kombination mit der Wechselwirkungstheorie ist das Einfallstor für die entwickelten Sonderfälle, bei denen aufgrund der besonderen Bekanntheit, Beliebtheit oder Qualität des Schutzobjekts eine Nachahmung verboten wurde. Die in der Sonderrechtsprechung entwickelten Sonderfälle sind daher weitgehend auch dem Tatbestandsmerkmal der wettbewerblichen Eigenart geschuldet.

Für die Zukunft bleibt zu hoffen, dass sich die Rechtsprechung von den Sonderfällen abkehrt und eine Rückkehr zu den Grundsätzen und dem gesetzlichen Tatbestand des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz erfolgt. Der erste Trend in diese Richtung kann durch die neusten Entscheidungen des BGH „*Seilzirkus*“⁹⁶³, „*Regalsystem*“⁹⁶⁴, „*Einkaufswagen*“⁹⁶⁵ und „*Leuchtballon*“⁹⁶⁶ bereits erkannt werden. In diesen Urteilen wendet sich der BGH wieder den besonderen Unlauterkeitsmerkmalen und insbesondere der Vermeidbarkeit von Herkunftstäuschungen zu und kehrt sich von dem Sonderfall des Einschlebens in eine fremde Serie ab.⁹⁶⁷

Dies ist zumindest ein Indiz, dass es der vielen entwickelten Sonderfälle meist nicht bedarf. Wenn sich die Rechtsprechung streng an die Tatbestandsmerkmale des § 4 Nr. 3 UWG hält ohne zusätzliche Abgrenzungs- und Definitionsprobleme einzubringen, wird

⁹⁵⁹ Zuletzt wäre dies mit Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 02.12.2015 (BGBl. I S. 2158) möglich gewesen.

⁹⁶⁰ *Brem*, Der ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz, S.203.

⁹⁶¹ *Sambuc*, GRUR 1986, 130, 138; *Ohly*, Festschrift für Ullmann, 2006, 795, 797.

⁹⁶² *Ohly*, in *Ohly/Sosnitza* § 4.9 Rnr. 9/33.

⁹⁶³ BGH GRUR 2012, 58 – *Seilzirkus*.

⁹⁶⁴ BGH GRUR 2013, 951 – *Regalsysteme*.

⁹⁶⁵ BGH GRUR 2013, 1052 – *Einkaufswagen III*.

⁹⁶⁶ BGH GRUR 2017, 1135 – *Leuchtballon*.

⁹⁶⁷ Dies auch ausdrücklich in BGH GRUR 2017, 79, 89 [96] – *Segmentstruktur*.

in den überwiegenden Fällen das richtige Ergebnis gefunden. Eine zusätzliche Differenzierung zwischen technischen Gestaltungsmerkmalen und ästhetischen Gestaltungsmerkmalen und technisch zwingend notwendigen und technisch nur bedingten Gestaltungsmerkmalen ist grundsätzlich überflüssig und trägt nur dazu bei, dass das eigentliche Problem – die Herkunftstäuschung - zwischen den Abgrenzungsdiskussionen untergeht. Das ausschlaggebende Tatbestandsmerkmal des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes ist und bleibt das besondere Umstandsmoment in Form der unlauteren Art und Weise der Nachahmung. Eine Nachahmung ohne die Gefahr einer Verwechslung mit dem Original oder einer Rufausbeutung ist nicht unlauter und grundsätzlich erlaubt. Es sollte daher vielmehr Wert auf die Herkunftstäuschung und die Rufausbeutung und die Vermeidbarkeit dieser Gegebenheiten gelegt werden, anstatt sich mit den besonderen ungeschriebenen Tatbestandsmerkmalen zu beschäftigen.

Was an der Sonderrechtsprechung zu begrüßen ist, sind die strengeren Voraussetzungen, die an die Zumutbarkeit von Abweichungen gestellt werden. Es sollte dabei generell – also nicht nur im technischen Bereich - gefragt werden, ob Abweichungen tatsächlich unter wirtschaftlichen, ökonomischen und gesellschaftlichen Gesichtspunkten zumutbar sind. Denn sowohl im technischen als auch im ästhetischen Bereich liegt es im allgemeinen Interesse, dass Nachahmungen erfolgen, und zwar möglichst ohne äußerliche Abweichungen, sondern unter einer entsprechenden Kennzeichnung.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Nachahmungen wichtig für die Wirtschaft und daher willkommen sind, solange keine Verwechslung mit dem Original erfolgt. Um eine Herkunftstäuschung auszuschließen, sollte dem Nachahmer auferlegt werden, seine Nachahmung sichtbar zu kennzeichnen, anstatt die Nachahmung an sich zu verbieten.⁹⁶⁸ Durch eine aussagekräftige Kennzeichnung ist der Originalhersteller ausreichend vor einer unlauteren Konkurrenz geschützt und der Kunde hat die freie Auswahl zwischen Originalprodukt und Nachahmungen. Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz hält den fairen Wettbewerb aufrecht und ist nicht dafür gedacht ein Monopol für einen Hersteller zu schaffen.

⁹⁶⁸ BGH GRUR 2015, 909, 914 [41] – *Exzenterzähne*; BGH GRUR 2002, 275, 277 – *Noppenbahn*; BGH GRUR 2000, 521, 524f. – *Modulgerüst*; BGH GRUR 2010, 80, 84 [43] – *LIKEaBIKE*.

Als Endergebnis kann daher zumindest in Hinblick auf § 4 Nr. 3 lit. a und b UWG dem Standpunkt von *Raue* und *Nerretter* beigetreten werden, der besagt: „*Kennzeichnungsgebot statt Nachahmungsverbot*“.⁹⁶⁹

⁹⁶⁹ *Raue*, Nachahmungsfreiheit, S. 43; *Nerretter*, GRUR 1936, 290, 295.

Das hier vorgeschlagene Kennzeichnungsgebot bezieht sich dabei nicht allein auf die Kennzeichnung des Produkts zur Vermeidung einer Herkunftstäuschung iSd § 4 Nr. 3 lit. a UWG, sondern allgemein auf die Kennzeichnung der Nachahmung als eine solche, da durch eine aussagekräftige Kennzeichnung der Nachahmung als eine solche auch eine Rufbeeinträchtigung bzw. –ausbeutung des Originals vermieden werden kann.

Literaturverzeichnis

Bärenfänger, Jan

Das Spannungsfeld von Lauterkeitsrecht und Markenrecht unter dem neuen UWG, Baden-Baden 2010, Zitat: „*Bärenfänger*, Spannungsfeld“

ders.

Symbiotische Theorie zum Kennzeichen- und Lauterkeitsrecht, WRP 2011, 16ff.

Bartenbach, Kurt/Fock, Soenke

Das neue nicht eingetragene Geschmacksmuster – Ende des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes im Geschmacksmusterrecht oder dessen Verstärkung?, WRP 2002, 1119 ff.

Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang

Warenzeichenrecht und Internationales Wettbewerbs- und Zeichenrecht, 12. Auflage, München 1985, Zitat: „*Baumbach/Hefermehl*, WZG“

Beater, Axel

Unlauterer Wettbewerb, Tübingen 2011, Zitat: „*Beater*, Unlauterer Wettbewerb“

ders.

Nachahmen im Wettbewerb, Jus privatum Band 10, Tübingen 1995, Zitat: „*Beater*, Nachahmen im Wettbewerb“

ders.

Entwicklungen des Wettbewerbsrechts durch die gesetzgebende und rechtsprechende Gewalt, in: Festschrift für Willi Erdmann, S. 513 ff., Köln, Berlin, Bonn, München 2002, Zitat: „*Beater*, Festschrift für Erdmann“

Benkard, Georg

Becksche Kurzkommentare Patentgesetz Gebrauchsmustergesetz und

Patentkostengesetz, 11. Auflage, München 2015, Zitat: „*Bearbeiter in Benkard, PatG/GebrMG*“

Berlit, Wolfgang

Die Verkehrsbekanntheit von Kennzeichen, GRUR 2002, 572 ff.

Beyer, Hans

Der Begriff der Information als Grundlage für die Beurteilung des technischen Charakters von programmbezogenen Erfindungen, GRUR 1990, 399 ff.

Bopp, Thomas

Sklavischer Nachbau technischer Erzeugnisse, GRUR 1997, 34 ff.

Bornkamm, Joachim

Markenrecht und wettbewerbsrechtlicher Kennzeichenschutz, GRUR 2005, 97 ff.

ders.

Die Schnittstellen zwischen gewerblichem Rechtsschutz und UWG, Grenzen des lauterkeitsrechtlichen Verwechslungsschutzes, GRUR 2011, 1 ff.

ders.

Konfliktzonen zwischen Kennzeichen- und Wettbewerbsrecht, in: *Ohly Ansgar/Klippel Diethelm* (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Seiten 181 ff., Tübingen 2007, Zitat: „*Bornkamm, Konfliktzonen*“

Brem, Florian

Der ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz in Europa, Berliner Hochschulschriften zum gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Band 50, Berlin 2004, Zitat: „*Brem, Der ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz*“

Büscher, Wolfgang

Schnittstellen zwischen Markenrecht und Wettbewerbsrecht, GRUR 2009, 230 ff.

Busse, Rudolf/Keukenschrijver, Alfred

Patentgesetz, 7. Auflage, Berlin 2013, Zitat: „Bearbeiter in Busse, PatG“

Callmann, Rudolf

Das Reichsgericht zum Problem des „sklavischen“ Nachbaus, GRUR 1928, 430 ff.

Deutsch, Volker

Anspruchskonkurrenzen im Marken- und Kennzeichenrecht, WRP 2000, 854 ff.

Dorndorf, Maximilian

Schutz vor Herkunftstäuschung und Rufausbeutung, Band 2, Münster 2005, Zitat: „Dorndorf, Herkunftstäuschung“

Eichmann, Helmut/Vogel von Fackelstein, Roland/Kühne, Marcus

Becksche Kurzkommentare Designgesetz, 5. Auflage, München 2015, Zitat: „Bearbeiter, in Eichmann/v.Fackelstein/Kühne, DesignG“

Emmerich, Volker

Unlauterer Wettbewerb, 10. Auflage, München 2016, Zitat: „Emmerich, Unlauterer Wettbewerb“

Erdmann, Willi

Schwerpunkte der markenrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, GRUR 2001, 609 ff.

ders.

Die zeitliche Begrenzung des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes, in: Festschrift für Ralf Vieregge, Berlin 1995, Zitat: „Erdmann, Festschrift für Vieregge“

Fezer, Karl-Heinz

Leistungsschutz im Wettbewerbsrecht, WRP 1993, 63 ff.

ders.

Kumulative Normenkonkurrenz im Kennzeichenrecht, WRP 2000, 863 ff.

ders.

Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrechts, WRP 2001, 989 ff.

ders.

Objektive Theorie der Lauterkeit im Wettbewerb, in: Festschrift für Gerhard Schricker, München 2005, Zitat: „Fezer, Festschrift für Schricker“

ders.

Wettbewerbsrechtlicher Schutz der unternehmerischen Leistung, in: *Beier, Friedrich-Karl/Kraft, Alfons/Schricker, Gerhard/Wadle, Elmar* (Hrsg.), *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift, Band II, Weinheim 1992*, Zitat: „Fezer, Wettbewerbsrechtlicher Schutz“

ders.

Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Band 1, §§ 1 – 4, Band 2 §§ 5 – 20, 2. Auflage, München 2010, Zitat: „Bearbeiter, in Fezer UWG“

ders.

Markenrecht, Beck'sche Kurzkommentare, 4. Auflage, München 2009 Zitat: „Fezer, MarkenG“

Fitzner, Uwe/Lutz, Raimund/Bodewig, Theo

Patentrechtskommentar, 4. Auflage, München 2012, Zitat: „Bearbeiter in *Fitzner/Lutz/Bodewig, Patentrechtskommentar*“

Fock, Soenke

Der unmittelbare wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz, Köln, München 2008,

Zitat: „*Fock*, unmittelbarer Leistungsschutz“

Fritze, Ulrich

Verderben die Juristen die guten Sitten im Wettbewerb?, GRUR 1982, 520 ff.

Gewiese, Georg

Die Ausnutzung fremder Gedanken und Arbeiten und der sogenannte sklavische Nachbau im Wettbewerbsrecht, GRUR 1935, 633 ff.

ders.

Sklavische Nachahmung, GRUR 1936, 296 ff.

Glöckner, Jochen

Der Schutz vor Verwechslungsgefahr im Spannungsfeld von Kennzeichenrecht und verbraucherschützendem Lauterkeitsrecht, in: *Ohly Ansgar/Klippel* Diethelm (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 145 ff., Tübingen 2007, Zitat: „*Glöckner*, Schutz vor Verwechslungsgefahr“

Götting, Horst-Peter/ *Nordemann*, Axel

UWG Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2016, Zitat: „*Bearbeiter*, in Götting/Nordemann, UWG“

Günther, Philipp Helmut/*Beyerlein*, Thorsten

Kommentar zum Designgesetz, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2015, Zitat: „*Bearbeiter*, in Günther/Beyerlein, DesignG“

Hacker, Franz

Markenrecht, 4. Auflage, Köln 2016, Zitat: „*Hacker*, Markenrecht, Rnr.“

Haedicke, Prof. Dr. Maximilian

Patentrecht, 3. Auflage, Köln 2015, Zitat: „*Haedicke*, Patentrecht“

Häußer, Erich

Mehr Innovation durch bessere Information, in: *Oppenländer*, Karl Heinrich (Hrsg.)Patentwesen, technischer Fortschritt und Wettbewerb, München 1984,

Zitat: „*Häußer*, Mehr Innovation durch bessere Information“

Harder, Hermann von

Dem Markterschließer ein Monopol? – Bemerkungen zu den BGH-Urteilen „Klemmbausteine“ und „Buntstreifensatin“, GRUR 1969, 659 ff.

Harte-Bavendamm, Henning/ *Henning-Bodewig*, Frauke

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 3. Auflage, München 2013, Zitat: „*Bearbeiter*, in Harte/Henning, UWG“

Helm, Marianne

Zur ergänzenden Anwendung wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen auf markenrechtliche Tatbestände, GRUR 2001, 291 ff.

Herdzina, Klaus

Wettbewerbspolitik, 5. Auflage, Stuttgart 1999, Zitat: „*Herdzina*, Wettbewerbspolitik“

Heyers, Johannes

Wettbewerbsrechtlicher Schutz gegen das Einschleichen in fremde Serien, GRUR 2006, 23 ff.

Ingerl, Reinhard

Der wettbewerbsrechtliche Kennzeichenschutz und sein Verhältnis zum MarkenG in der neueren Rechtsprechung des BGH und in der UWG-Reform, WRP 2004, 809 ff.

Ingerl, Reinhard/*Rohnke*, Christian

Markengesetz, 3. Auflage, München 2010, Zitat: „*Ingerl/Rohnke*, MarkenG“

dies.,

Markengesetz, 2. Auflage, München 2003, Zitat: „*Ingerl/Rohnke*, MarkenG, 2. Aufl.“

Isay, Hermann

§ 2 UWG und die Sondergesetze des gewerblichen Rechtsschutzes, GRUR 128, 421 ff.

Jänich, Volker/Schrader, Paul (Hrsg.)

Die lautere Nachahmung im Lauterkeitsrecht, in: Fortschritt durch Nachahmung? Interdependenzen zwischen gewerblichem Rechtsschutz und Urheberrecht., Berlin 2013, Zitat: „*Bearbeiter* in *Jänich/Schrader*, Fortschritt durch Nachahmung“

Jacobs, Rainer

Von Pumpen, Noppenbahnen und Laubheftern – Zum wettbewerblichen Leistungsschutz bei technischen Erzeugnissen, in: Recht und Wettbewerb, Festschrift für Horst Helm, S. 71 ff., München 2002, Zitat: „*Jacobs*, Festschrift für Helm“

Jordan, Götz/Dieti, Silvia

Schutz technischer Entwicklungen durch das Lauterkeitsrecht, in: Festschrift für Wolfgang von Meibom, S. 173 ff. Köln 2010, Zitat: „*Jordan/Dieti*, Festschrift für Meibom“

Keller, Erhard

Der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz, in: Festschrift für Willi Erdmann, Köln, Berlin, Bonn, München 2002, Zitat: „*Keller*, Festschrift für Erdmann“

Kiethe, Kurt/Groeschke, Peer

„Jeans“ – Verteidigung wettbewerblicher Eigenart von Modeneuheiten, WRP 2006, 794 ff.

Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 34. Auflage, München 2016, Zitat: „*Bearbeiter*, in Köhler/Bornkamm, UWG“

Köhler, Helmut

Der Schutz vor Produktnachahmung im Markenrecht, Geschmacksmusterrecht

und neuen Lauterkeitsrecht, GRUR 2009, 445 ff.

ders.

Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts zum Recht des geistigen Eigentums,
GRUR 2007, 548ff.

ders.

Der ergänzende Leistungsschutz: Plädoyer für eine gesetzliche Regelung, WRP
1999, 1075 ff.

Körner, Eberhard

Das allgemeine Wettbewerbsrecht des UWG als Auffangtatbestand , in:
Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken 2006, Zitat: „*Körner*, Festschrift für
Ullmann“

Kraßer, Dr. Rudolf

Patentrecht, 6. Auflage, München 2009, Zitat: „*Kraßer*, Patentrecht“

Krüger, Christof/Gamm von, Eva-Irina

Die „Noppenbahnen-Doktrin“ – Ein Irrweg?, WRP 2004, 978 ff.

Kur, Annette

Wettbewerbsrechtlicher Nachahmungsschutz gegen kompatible Produkte?,
GRUR Int. 1995, 469 ff.

Loschelder, Michael

Technische Schutzrechte und das neue UWG, VPP-Rundbrief Nr. 2/2004, 40 ff.

Lubberger, Andreas

Grundsatz der Nachahmungsfreiheit?, in: Festschrift für Eike Ullmann,
Saarbrücken 2006, Zitat: „*Lubberger*, Festschrift für Ullmann“

Mes, Peter

Kurzkommentar zum Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 3. Auflage
München 2011, Zitat: „*Mes*, PatG, §“

Müller-Laube, Hans-Martin

Wettbewerbsrechtlicher Schutz gegen Nachahmung und Nachbildung gewerblicher Erzeugnisse, ZHR 1992, 480 ff.

Münker, Reiner

Verbandsklagen im sogenannten ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, in: Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken 2006, Zitat: „*Münker*, Festschrift für Ullmann“

Nemeczek, Heinrich

Wettbewerbsliche Eigenart und die Dichotomie des mittelbaren Leistungsschutzes, WRP 2010, 1315 ff.

Nerretter, Paul

Wettbewerbsrechtlicher Schutz technischer und ästhetischer Arbeitsergebnisse, GRUR 1957, 408 ff.

ders.

Sklavische Nachahmung, GRUR 1936, 290 ff.

Nirk, Rudolf

Zur Rechtsfigur des wettbewerbslichen Leistungsschutzes, GRUR 1993, 247 ff.

Ohly, Ansgar/Sosnitza, Olaf

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Auflage, München 2016, Zitat: „*Bearbeiter*, in Ohly/Sosnitza, UWG“

Ohly, Ansgar

Klemmbausteine im Wandel der Zeit, in: Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken 2006, Zitat: „*Ohly*, Festschrift für Ullmann“

ders.

Das neue UWG – Mehr Freiheit für den Wettbewerb?, GRUR 2004, 889 ff.

ders.

Hartplatzhelden.de oder: Wohin mit dem unmittelbaren Leistungsschutz?, GRUR 2010, 487 ff.

ders./Klippel, Diethelm (Hrsg.)

Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit: Forschungsperspektiven, in: Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Tübingen 2007, Zitat: „*Ohly*, in: Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit“

Oppenländer, Karl Heinrich

Patentschutz und Wettbewerb im Innovationsprozess, in: *Oppenländer, Karl Heinrich (Hrsg.)*, Patentwesen, technischer Fortschritt und Wettbewerb, München 1984, Zitat: „*Oppenländer, Patentschutz und Wettbewerb*“

Osterrieth, Albert

Das Nachbauen von Maschinen, GRUR 1925, 131 ff.

Peukert, Alexander

hartplatzhelden.de – eine Nagelprobe für den wettbewerblichen Leistungsschutz, WRP 2010, 316 ff.

Piper, Henning

Der Schutz der bekannten Marke, GRUR 1996, 429 ff.

Quriring, Andreas

Zum wettbewerbsrechtlichen Schutz von kurzlebigen Produkten gegen Nachahmung, WRP 1985, 684 ff.

Rammert, Werner

Die Form der Technik und die Differenz der Medien, in: *Rammert, Werner (Hrsg.)*, Technik und Sozialtheorie, Berlin 1998, Zitat: „*Rammert, Technik*“

Rauda, Christian

Abschied des BGH vom „Einschieben in eine fremde Serie“?, GRUR 2002, 38 ff.

Raue, Benjamin

Nachahmungsfreiheit nach Ablauf des Immaterialgüterrechtsschutzes?, Göttingen 2010, Zitat: „*Raue*, Nachahmungsfreiheit, S.“

Reimer, Eduard

Normenaufstellung zur Frage der Benutzung fremder Arbeit und Gedanken, GRUR 1933, 454 ff.

Rohnke, Christian

Wie weit reicht „Dimple“?, GRUR 1991, 284 ff.

ders.

Schutz der Produktgestaltung durch Formmarken und wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, in: Festschrift für Willi Erdmann, Köln, Berlin, Bonn, München 2002, Zitat: „*Rohnke*, Festschrift für Erdmann, S.“

Rohnke, Christian/*Thiering*, Frederik

Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Markenrecht in den Jahren 2009 und 2010, GRUR 2011, 8 ff.

Sack, Rolf

Markenschutz und UWG, WRP 2004, 1405 ff.

ders.

Die lückenfüllende Funktion der Generalklausel des § 3 UWG, WRP 2005, 531 ff.

ders.

Das Einschleichen in eine fremde Serie: Sonderfall oder Normalfall des Ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes?, in: Festschrift für Willi Erdmann, Köln, Berlin, Bonn, München 2002, Zitat: „*Sack*, Festschrift für Erdmann“

Sambuc, Thomas

Der UWG-Nachahmungsschutz, München 1996, Zitat: „*Sambuc*, UWG-Nachahmungsschutz“

ders.

Die Eigenart der „wettbewerblichen Eigenart“, GRUR 1986, 130 ff.

Samwer, Sigmar-Jürgen

Verbraucherschutz und Wettbewerbsrecht, GRUR 1969, 326 ff.

Schladt, Verena

Das Verhältnis von Marken- und Lauterkeitsrecht, in: *Manssen, Gerrit/Fritzsche, Jörg/Uerpmann-Wittzack, Robert/Kühling, Jürgen* (Hrsg.), *Recht der Informationsgesellschaft*, Berlin 2013, Zitat: „*Schladt, Verhältnis von Marken- und Lauterkeitsrecht*“

Schlingloff, Jochen

Nachahmungsschutz contra Nachahmung – Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung, in: *Jänich, Volker/Schrader, Paul* (Hrsg.), *Fortschritt durch Nachahmung?*, Berlin 2013, Zitat: „*Bearbeiter, in Jänich/Schrader, Fortschritt durch Nachahmung*“

Schmidt, Karsten/Eidenmüller, Horst

Zur Schutzdauer wegen vermeidbarer Herkunftstäuschung bei technischen Produkten, GRUR 1990, 337ff.

Schrader, Paul

Technizität im Patentrecht, Köln, Berlin, München 2007, Zitat: „*Schrader, Technizität*“

ders./Jänich, Volker (Hrsg.)

Informationsfunktion des Patentwesens, in: *Jänich, Volker/Schrader, Paul* (Hrsg.), *Fortschritt durch Nachahmung?*, Berlin 2013, Zitat: „*Bearbeiter in Schrader/Jänich, Fortschritt durch Nachahmung*“

Schreiber, Peter

Wettbewerbsrechtliche Kennzeichenrechte?, GRUR 2009, 113ff.

Schröer, Benjamin

Der unmittelbare Leistungsschutz, Tübingen 2010, Zitat: „*Schröer, Unmittelbarer Leistungsschutz*“

Schulte, Rainer

Kommentar zum Patentgesetz, 9. Auflage, Köln 2013, Zitat: „*Bearbeiter in Schulte, PatG*“

Schulz, Andreas

Grenzlinien zwischen Markenrecht und wettbewerblichem Leistungsschutz, in: *Recht und Wettbewerb*, Festschrift für Horst Helm, München 2002, Zitat: *Schulz, Festschrift für Helm, S.*“

Schwartz, Gustav

Verfolgung unlauteren Wettbewerbs im Allgemeininteresse, GRUR 1967, 333 ff.

Seligsohn, Julius L.

Ist die Nachahmung von Maschinen und anderen schutzfreien Gegenständen erlaubt?, GRUR 1926, 240 ff.

Sosnitza, Olaf

Aktuelle Probleme im europäischen und deutschen Markenrecht, WRP 2003, 1186 ff.

Starck, Joachim

Die Auswirkung des Markengesetzes auf das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, DZWIR 1996, 313 ff.

ders.

Bemerkungen zum Regelungsumfang von § 2 MarkenG, in: *Festschrift für Willi Erdmann*, Köln, Berlin, Bonn, München 2002, Zitat: „*Starck, Festschrift für Erdmann, S.*“

Steinbeck, Anja

Zur These vom Vorrang des Markenrechts, in: *Festschrift für Eike Ullmann*,

Saarbrücken 2006, Zitat: „*Steinbeck*, Festschrift für Ullmann, S.“

Ströbele, Paul/*Hacker*, Franz

Markengesetz – Kommentar, 11. Auflage, Köln 2015, Zitat: „*Bearbeiter*, in Ströbele/Hacker, MarkenG“

Tuchel, Klaus

Herausforderung der Technik: Gesellschaftliche Voraussetzungen und Wirkungen der technischen Entwicklung, Bremen 1967, Zitat: „*Tuchel*, Herausforderung der Technik, S.“

Voß, Nikolai

Die Zukunft des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes im Recht der Mode, Hamburg 2007, Zitat: „*Voß*, Zukunft des Leistungsschutzes, S.“

Weber, Almut

Mode- und Designschutzrecht, Konstanz 1992, Zitat: „*Weber*, Mode- und Designschutzrecht, S.“

Weihrauch, Frank

Der unmittelbare Leistungsschutz im UWG, Berlin 2001, Zitat: „*Weihrauch*, Unmittelbarer Leistungsschutz“

Weizsäcker von, Carl Friedrich

Der Garten des Menschlichen: Beiträge zur geschichtlichen Anthropologie, Neuausgabe, München 1992, Zitat: „*Weizsäcker*, Garten des Menschlichen, S.“

Wiebe, Andreas

Unmittelbare Leistungsübernahme im neuen Wettbewerbsrecht, in: Festschrift für Gerhard Schricker, Zitat: „*Wiebe*, Festschrift für Schricker, S.“

Willgerodt, Hans

Die gesellschaftliche Aneignung privater Leistungserfolge als Grundelement der wettbewerblichen Marktwirtschaft., in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm, Tübingen 1975, Zitat: „*Willgerodt*, Festschrift für

Böhm, S.“

Zentek, Sabine

Auswirkungen technischer Schutzrechte und Merkmale im Nachahmungsschutz des Wettbewerbs-, Formmarken-, Design- und Urheberrechts, WRP 2014, 1289 ff.

Zweck, Axel

Die Entwicklung der Technikfolgenabschätzung zum gesellschaftlichen Vermittlungsinstrument, Opladen 1993, Zitat: „*Zweck, Technikfolgenabschätzung, S.*“