

IV. TEIL: MITBEWERBER

§ 7: GRUNDLAGEN

A. Überblick

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

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

Skizze

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

Ist das andere Unternehmen kein Mitbewerber, sondern ein sonstiger Marktteilnehmer, so sind andere Maßstäbe sachgerecht. Solche Fälle sind nicht anhand der Normen zu entscheiden, die für das Handeln gegenüber Mitbewerbern gelten (namentlich nicht anhand von § 4 Nr. 4 UWG). Die meisten Sachverhalte sind direkt an § 3 Abs. 1 UWG zu messen. Der Hauptunterschied ergibt sich aus der anderen Interessenlage von sonstigen Marktteilnehmern. Der sonstige Marktteilnehmer hat typischerweise kein Interesse daran, das andere Unternehmen zu zerstören. Oft wird er sogar ausdrücklich daran interessiert sein, das andere Unternehmen wettbewerbsfähig zu halten. In solchen Fällen wird er seine Handlungen von sich aus so dosieren, dass das andere Unternehmen „überleben“ kann. Niemand sägt sich den Ast ab, auf dem er sitzt. Schädigungen durch Unternehmen, die kein Mitbewerber, sondern sonstige Marktteilnehmer sind, sind selten.

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

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

- Der Angriff gegen den Mitbewerber kann dem Angreifer Vorteile verschaffen. Betrifft die Äußerung einen Mitbewerber, so ist der Äußernde stets auch selbst Partei. Er verfolgt typischerweise geschäftliche Eigeninteressen und urteilt mehr oder weniger auch in eigenen Angelegenheiten. Der Äußernde kann durch die Kritik am Mitbewerber möglicherweise dessen Kunden für sich gewinnen. Er hat daher prinzipiell einen Anreiz, Kritik am Mitbewerber zu üben. Solche Äußerungen sind tendenziell „verdächtig“. Sie müssen daher an den speziellen, auf den Mitbewerberschutz gemünzten Maßstäben gemessen werden, § 4 Nr. 1, Nr. 2 UWG.
- Bezieht sich die Kritik dagegen auf einen Nichtkonkurrenten, dann kann ihr Urheber typischerweise nicht selbst davon profitieren. Wenn sich etwa ein Unternehmen kritisch über seinen unternehmerischen Lieferanten oder Abnehmer äußert, dann läuft es sogar Gefahr, sich mit dieser Äußerung zugleich auch „ins eigene Fleisch“ zu schneiden. Wenn etwa der VW-Händler die Produkte der Volkswagen AG „mies“ macht, dann trifft es auch sein Geschäft, falls sich Kunden aufgrund der Äußerung von Volkswagenprodukten abwenden. In diesen Fällen kann also ungleich eher von einer gewissen Neutralität des Äußernden und einem Äußerungsinteresse ausgegangen werden, dem es um die Sache und nicht um den eigenen geschäftlichen Vorteil geht. Hier ist ein großzügigerer Maßstab angemessen und auf die Generalklausel oder das allgemeine Deliktsrecht zurückzugreifen, BGH vom 24.2.1983 (Photokina), GRUR 1983, 467, 468.

B. Begriff des Mitbewerbers

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

I. Standardkonstellation

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

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

Erforderlich ist ein „*konkretes*“ Wettbewerbsverhältnis. Daran fehlt es beispielsweise, wenn zwei Unternehmen zwar dieselben Produkte auf derselben Wirtschaftsstufe anbieten, aber nicht um dieselben Kunden werben. Beispiel: Ein Bäckerladen in Greifswald steht mit einem Bäckerladen in Konstanz nicht im Wettbewerb. Beide sind nämlich nicht auf demselben räumlichen Markt tätig.

II. Substitutionswettbewerb

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

III. Zukünftiger und potenzieller Wettbewerb

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

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

IV. Problematisch: Stufenwettbewerb

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

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

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

V. Rufausbeutung, Rufbeeinträchtigung

Rufausbeutungen oder Rufbeeinträchtigungen sind heute zumeist anhand der §§ 14 Abs. 2 Nr. 3, 15 Abs. 3 MarkenG zu beurteilen.

Soweit ausnahmsweise das Wettbewerbsrecht einschlägig ist, ist die Frage, des Mitbewerberverhältnisses im Einzelfall zu entscheiden. In solchen Fällen sind die beteiligten Unternehmen typischerweise auf völlig unterschiedlichen sachlichen Märkten tätig, zum Beispiel weil das eine Whisky und das andere Schuhceme und Herrenkosmetik anbietet. BGH vom 29.11.1984 (Dimple) BGHZ 93, 96 ff. hat ein Wettbewerbsverhältnis angenommen, wenn sich beide Parteien mit dem gleichen Angebot an die Werbung treibende Wirtschaft wenden oder die wirtschaftliche Verwertung des geschäftlichen Ruf auch durch den anderen Unternehmer möglich ist („Imagetransfer“).

Die Rechtsprechung vor allem früher– aufgrund des von ihr favorisierten weiten Mitbewerberbegriffs – für ein Wettbewerbsverhältnis ausreichen lassen, dass „in irgendeiner Weise“ Wettbewerb zwischen den Betroffenen besteht, BGH vom 4.6.1987 (Ein Champagner unter den Mineralwässern), GRUR 1988, 453, 454.

C. Materiell-rechtlicher Maßstab, gezieltes Behindern

I. Überblick zu § 4 Nr. 4 UWG

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

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

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

II. Abwägungskriterien

1. Ausgangspunkt: Kein Schutz vor Konkurrenz

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

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

Richtig entschieden ist zum Beispiel BGH vom 7.7.1976 (Arztpraxismiete), GRUR 1977, 36 ff.: Ein Arzt muss das Eröffnen einer fachgleichen Praxis

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

2. Wettbewerbliche Angriffsrisiken und Abwehrmöglichkeiten

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

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

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

§ 4 Nr. 2 UWG. Darüber hinaus sind im Extremfall sogar wahrheitsgemäße öffentliche Äußerungen über den Mitbewerber unzulässig.

3. Keine subjektiven Kriterien

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

§ 4 Nr. 4 UWG darf daher nicht so verstanden werden, dass die Vorschrift eine irgendwie geartete Absicht oder Vorsatz verlangt. Dem Gesetzgeber ist mit der Wendung „gezielt“ keine glückliche Formulierung gelungen. Die fragliche Bezeichnung ist kein Ausdruck einer auf subjektive Anforderungen ausgerichteten gesetzlichen Konzeption, sondern ein schlichter „Unfall“. Die Formulierung will keine subjektiven Voraussetzungen umschreiben, sondern lediglich wettbewerbskonforme Beeinträchtigungen aus dem Behinderungstatbestand ausklammern, BGH vom 11.1.2007 (Außendienstmitarbeiter), BGHZ 171, 73, 81 f. Rn. 22.

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

D. Unternehmerische Entscheidungsfreiheit

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

Der klassische Fall einer unzulässigen Verletzung der Entscheidungsfreiheit ist die Nötigung des Unternehmers durch den Mitbewerber. Wer zum

Messer greift, um den Konkurrenten zu einer veränderten Geschäftspolitik zu bewegen, handelt ebenso wettbewerbswidrig wie der Verkäufer, der die Kunden mit Gewalt zum Geschäftsabschluss motiviert. **§ 4 Nr. 4 UWG** greift ein, wenn die infrage stehende Zwangswirkung einen wettbewerbswidrigen Charakter hat oder aus sonstigen Gründen rechtlich nicht hinzunehmen ist.

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

§ 8: SCHUTZ VOR AUSSCHLUSS VOM WETTBEWERB

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

A. Innerbetriebliche Arbeitsfähigkeit

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

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

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

Rechtsprechung und h.M. halten das Abwerben unter anderem für wettbewerbswidrig, wenn darin ein Verleiten zum Vertragsbruch liegt. Richtigerweise dürfte damit aber nicht das maßgebliche Kriterium, sondern nur ein besonders häufiger Begleitumstand wettbewerbswidriger Abwerbungen formuliert sein. Der betroffene Unternehmer kann nur unter strengen Voraussetzungen Schutz gegen das Abwerben von Mitarbeitern genießen.

Es steht ihm insbesondere frei, in gewissem Rahmen nachvertragliche Wettbewerbsverbote (siehe zum Beispiel §§ 74 ff. HGB) zu vereinbaren und die betroffenen Mitarbeiter dafür finanziell zu entschädigen. § 4 Nr. 4 UWG kann nicht dazu dienen, ihn von diesem Kostenaufwand und den entsprechenden Verhandlungsrisiken zu befreien. Weiterhin sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse aufgrund des Gesetzes zum Schutz von

Geschäftsgeheimnissen (siehe insbesondere § 4 Abs. 3 Satz 1 GeschGehG) in vielen Fällen auch gegen die Verwertung nach Vertragsende geschützt.

I. Wirkung für den bisherigen Arbeitgeber

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

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

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

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

II. Möglichkeit offenen Wettbewerbs

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

Die „gemeinschaftliche Verschwörung“ des Abwerbenden und des Abgeworbenen zum Schaden des Unternehmers ist grundsätzlich unzulässig. Ebenso ist denkbar, dass der betroffene Unternehmer vor einer Kündigung zur Unzeit wettbewerbsrechtlichen Schutz genießen muss, wenn

er aufgrund der zeitlichen Komponente in besonderer Weise erpressbar ist. Im Grundsatz muss es andererseits jedoch zulasten des Arbeitgebers gehen, wenn er im offenen Wettbewerb um Arbeitskräfte nicht mithalten kann.

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

B. Marktzugang

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

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

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

Der Konkurrent hat hier keine Chance, noch Fahrgäste mitzunehmen, ohne dass dies auf mangelnde Konkurrenzfähigkeit zurückzuführen ist. In einem solchen „Wettbewerb“ bekämpfen sich die Konkurrenten, ohne dass sich die bessere Leistung durchsetzt und der Wettbewerb auf diese Weise zu besseren, umfangreicheren oder preisgünstigeren Angeboten führt. Das Verhalten führt schließlich auch zu negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb, nämlich dazu, dass Fahrplanzeiten nicht eingehalten werden.

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

Fall: Mitwohnzentrale.de

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

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

Lösung:**Verstoß gegen §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG (-)****1. Geschäftliche Handlung, § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG (+)**

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

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

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

b. Behinderung (+)

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

c. Gezielt, Unlauterkeit (-)

Keine subjektiven Anforderungen.

Der Verdrängungseffekt geht über eine wettbewerbseigene Verdrängungswirkung hinaus. OLG Hamburg vom 13.7.1999 (Mitwohnzentrale.de), CR 1999, 779, 780 hat den Erwerb derartiger Domains als unlauter angesehen und dabei die Interessen der Mitbewerber in den Vordergrund gestellt. Es argumentierte mit der Gefahr einer erheblichen Kanalisation von Kundenströmen, da so der Teil der Interessenten abgefangen werde, der durch die Eingabe eines Gattungsbegriffs als Internet-Adresse nach Angeboten suche. Dies läuft letztlich auf die Annahme hinaus, dass die Vergabe von Gattungsbegriffen als Domain die Möglichkeiten der übrigen Anbieter, über das Internet Zugang zu möglichen Kunden zu bekommen, erheblich beschränkt.

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

– Der Erwerb und die Nutzung der Domain liegen im Interesse der Verbraucher daran, durch die Eingabe einer solchen Internet-Adresse in besonders einfacher Weise zu Anbietern der gewünschten Leistung

gelangen zu können. Würde man dagegen die fragliche Domain gar nicht vergeben, um eine Monopolisierung beziehungsweise ein Lenken von Kundenströmen auszuschließen, so würde den Internet-Nutzern diese Möglichkeit der besonders einfachen Suche entzogen werden und ihnen nur der oftmals als beschwerlich empfundene Rückgriff auf Suchmaschinen übrig bleiben. Zugleich geht das Gericht davon aus, dass die Kundschaft in der Regel den Umgang mit Suchmaschinen beherrscht und dass der Verbraucher, der den Einsatz von Suchmaschinen als lästig empfindet und direkt einen Gattungsbegriff als Internet-Adresse eingibt, sich über die Nachteile dieser Suchmethode im Klaren ist.

- Es ist nicht wettbewerbswidrig, wenn der Beklagte aufgrund des Prioritätsprinzips, das ein Gerechtigkeitsprinzip sei, eine Domain erwerbe, die nur einmal vergeben werden könne.
- Wenn eine Internet-Domain aus technischen Gründen nur an einen einzigen Anbieter vergeben werden kann, dann ist es besser, die sich daraus ergebenden geschäftlichen Möglichkeiten zu monopolisieren, als dem Verbraucher besonders einfache und geschätzte Informationsmöglichkeiten zu nehmen.

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