

## § 10: SCHUTZ VOR ZURECHNUNGSSTÖRUNGEN

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

### A. Geschäftsschädigende Äußerungen

Geschäftsschädigende Äußerungen sind für das betroffene Unternehmen häufig besonders gefährlich. Sie setzen den Betroffenen in den Augen aktueller oder potenzieller Kunden und Geschäftspartner in ein schlechtes Licht. Sie beeinträchtigen die geschäftliche Wertschätzung, die ein wesentlicher Faktor für den unternehmerischen Erfolg ist und damit für den Betroffenen große Bedeutung hat. Äußerungen können ohne sonderlichen Aufwand in die Welt gesetzt werden und lassen sich oft nur schwer bekämpfen. Es kann für das betroffene Unternehmen auch heikel sein, sich durch öffentliche Entgegnungen zu wehren. Eine solche Gegenwehr verleiht den Vorwürfen unter Umständen erhöhte Publizität und verstärkt deren unternehmensschädigende Wirkungen. Sie ist für die Außendarstellung eines Unternehmens fast immer nachteilig.

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

Herabsetzungen durch Medien oder Private, die legitime Äußerungszwecke verfolgen und zur öffentlichen Meinungsbildung beitragen, sind keine geschäftliche Handlung. Sie sind Gegenstand der Vorlesungen Äußerungsrecht und Medienrecht. Unternehmerische Äußerungen über Mitbewerber oder sonstige Marktteilnehmer fallen dagegen in aller Regel unter das UWG. Wenn sie ein ausgeprägtes öffentliches Informationsbedürfnis bedienen, sind die grundrechtlichen Wertungen der Meinungsfreiheit im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Äußerungstatbestände zu berücksichtigen.

### I. Anschwärzung, § 4 Nr. 2 UWG

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

### 1. Allgemeine Voraussetzungen

**§ 4 Nr. 2 Satz 1 UWG** normiert allgemeine äußerungsrechtliche Anforderungen. Einzelheiten werden in der Vorlesung Äußerungsrecht behandelt.

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

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

Die Äußerung muss sich auf unternehmerische Leistungen, das Unternehmen, die Person oder ein Mitglied der Unternehmensleitung eines Mitbewerbers beziehen. Die Begriffe werden von der h.M. weit ausgelegt (Schutzzweck), da auch Äußerungen zum Beispiel gegen Mitarbeiter oder Vertragspartner Angriffe gegen das Unternehmen sein können.

Die Äußerung muss „*geeignet*“ sein, den Betrieb oder die Kreditwürdigkeit des anderen zu „*schädigen*“. Eine Ehrenrührigkeit ist nicht erforderlich. Beispiele für Schädigungseignung: Behauptung fehlender Lieferfähigkeit; Behauptung, der Kläger sei wegen Unterschlagung von Leihmieten entlassen worden, BGH vom 12.10.1956 (Jugendfilmverleih), GRUR 1957, 93; Behauptung, eine Mitbewerberfirma habe das Entgegenkommen und gute Verhältnis zu Einkäufern großer Schuhfabriken durch größere, über das Übliche hinausgehende Weihnachtswendungen erkaufte, BGH vom 29.4.1958 (Feuerzeug), GRUR 1959, 31.

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

### 2. Vertrauliche Mitteilungen

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

- Eine Mitteilung ist „*vertraulich*“, wenn der Mitteilende davon ausgeht und den Umständen nach davon ausgehen kann, dass keine Weiterleitung an Dritte erfolgt (Einzelfall). Je größer der Kreis der Mitteilungsempfänger ist, desto weniger ist von Vertraulichkeit auszugehen. Bei Pressemitteilungen, Mitteilungen an Verbände oder Rundschreibungen an Kunden ist für § 4 Nr. 2 Satz 2 UWG kein Raum. Mitteilungen an Behörden sind regelmäßig als

vertraulich anzusehen, es sei denn, dass eine Weiterleitung an Dritte beabsichtigt ist.

- Ein „*berechtigtes Interesse*“ muss entweder beim Mitteilenden oder beim Empfänger bestehen. Es muss objektiv berechtigt sein (anders als bei § 193 StGB). Ob dies der Fall ist, beurteilt sich aufgrund einer Interessenabwägung. Der mit der Mitteilung verfolgte Nutzen darf nicht außer Verhältnis zum voraussichtlichen Schaden stehen. Die Mitteilung muss auch nach Inhalt und Form so schonend wie möglich sein. Den Mitteilenden trifft auch eine gewisse Recherchepflicht.
- Es müssen beide Voraussetzungen erfüllt sein, das „*und*“ ist nicht als „*oder*“ zu lesen.

### 3. Anspruchsberechtigter, Anspruchsgegner

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

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

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

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

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

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

Die Äußerung muss die „*Kennzeichen, Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten und geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers*“ betreffen. In Bezug auf Kennzeichen kann auch das Markenrecht Schutz bieten, §§ 14 Abs. 2 Nr. 3, 15 Abs. 3 MarkenG. Die Vorschriften erfassen außerdem Äußerungen über die „*persönlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers*“. Beispiele: Äußerungen eines Anbieters von Autoreifen, der Konkurrent sei Bordellgänger, schlage seine Frau, habe AIDS, sei vorbestraft, Mitglied der CDU etc., sind unzulässig.

Erfasst werden sowohl Tatsachenäußerungen als auch Meinungsäußerungen. Sie müssen den Betroffenen in den Augen aktueller oder potenzieller Kunden und Geschäftspartner in ein schlechtes Licht setzen. Das „*Verunglimpfen*“ ist eine gesteigerte Form des „*Herabsetzens*“, so dass die beiden Alternativen nicht

voneinander abgegrenzt werden müssen. Für das UWG kommt es darauf an, wie stark die Äußerung den Mitbewerber schädigen kann, ob und welchen Anlass er zu der Äußerung gegeben hat und ob es ihm möglich ist, sich durch Wettbewerb zu wehren. Ein weiteres wichtiges Kriterium ist das Informationsinteresse der Verbraucher. In Sonderfällen kann auch der Diskriminierungsaspekt von Bedeutung sein. Ob ein unzulässiges Herabsetzen vorliegt, bestimmt sich nach der Rechtsprechung danach, „ob die angegriffene Werbeaussage sich noch in den Grenzen einer sachlich gebotenen Erörterung hält oder bereits eine pauschale Abwertung der fremden Erzeugnisse oder Absatzmethoden darstellt“, BGH vom 17.1.2002 (Lottoschein), GRUR 2002, 828, 830.

- Wenn die Äußerung ein Werturteil ist, so ist der wettbewerbsrechtliche Beurteilungsmaßstab eher strenger als die allgemeinen medienrechtlichen Anforderungen an Schmähkritik, kann aber Frechheiten gleichwohl zulassen, siehe BGH vom 1.10.2009 (Gib mal Zeitung), GRUR 2010, 161, 163 f. Rn. 15 ff. Nach Deliktsrecht muss auch eine scharf und überzogen formulierte, polemische und überspitzte Kritik hingenommen werden, BGH vom 16.12.2014 (Hochleistungsmagneten), GRUR 2015, 289 ff. Rn. 18, 19. Einzelheiten behandelt die Vorlesung Äußerungsrecht.
- Zutreffende Tatsachenangaben misst der BGH ebenfalls an § 4 Nr. 2 UWG. Sie sind umso eher zulässig, je sachlicher die Kritik präsentiert wird und je nützlicher die Information für die Adressaten ist oder je mehr aus anderen Gründen ein berechtigtes Informationsinteresse besteht, BGH vom 6.5.2021 (Vorsicht Falle), GRUR 2021, 1207 ff., Rn. 25 mwN. Der wettbewerbsrechtliche Beurteilungsmaßstab ist hier abermals strenger als allgemeinen äußerungs-/medienrechtlichen Anforderungen. Nach Deliktsrecht müssen Unternehmen zutreffende Tatsachenangaben grundsätzlich hinnehmen, BGH vom 24.10.1961 (Waffenhandel), BGHZ 36, 77, 80. Einzelheiten behandelt die Vorlesung Äußerungsrecht.

Es kann – in meinen Augen – vorzugswürdig sein, zutreffende Äußerungen nicht an § 4 Nr. 1 UWG, sondern an **§ 4 Nr. 4 UWG** zu messen. Die Wahrheit ist nicht herabsetzend, sondern wahr. Man kann es aber mit BGH vom 23.2.1954 (Molkereizeitung), GRUR 1954, 333, 335 grundsätzlich als wettbewerbswidrig ansehen, wenn zum Beispiel persönliche Verhältnisse des Mitbewerbers in den „Wettbewerbskampf“ gezogen werden, wenn der Inhalt der Äußerung und die Natur beziehungsweise Preis und Qualität der beworbenen Waren nichts miteinander zu tun haben und kein korrespondierendes Informationsinteresse der Verbraucher besteht. Die wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit solcher Aussagen ergibt sich dann aus der persönlichen Schutzbedürftigkeit des betroffenen Unternehmers und gegebenenfalls aus der – durchaus nicht unproblematischen – Wertung, dass Verbraucher ihre Kaufentscheidung nicht von derartigen Inhalten abhängig machen sollen.

Anspruchsberechtigter und Anspruchsgegner bestimmen sich nach denselben wie im Zusammenhang mit § 4 Nr. 2 UWG.

## **B. Täuschungen**

Täuschungen schädigen den getäuschten Marktteilnehmer und stören den Wettbewerb. Nach **§ 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG** sind Werbevergleiche unzulässig, wenn sie zu „*Verwechslungen zwischen dem Werbenden und einem Mitbewerber*“ führen (siehe dort). Nach dem bereits vorgestellten **§ 4 Nr. 3a**

**UWG** sind Nachahmungen unzulässig, die zur „*Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft*“ nachgeahmter Waren oder Dienstleistungen führen (siehe dort). Greifen die genannten Vorschriften nicht ein, so können Täuschungen im Einzelfall auch an **§ 4 Nr. 4 UWG** zu messen sind.

Das Markenrecht schützt Zeichenrechte vor Verwechslungsgefahren, **§§ 14 Abs. 2 Nr. 2, 15 Abs. 2 MarkenG**. Einzelheiten behandelt die Vorlesung Immaterialgüterrecht.

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

### **I. Allgemeines**

Die geschäftliche „*Wertschätzung*“ (**§ 4 Nr. 3b UWG**; § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG spricht letztlich gleichbedeutend von „Ruf“) eines Unternehmens ist der Inbegriff aller Dinge, die sich in der Vorstellung von Geschäftspartnern und Verbrauchern über das Unternehmen festgesetzt haben und diese dazu bewegen können, gerade mit dem betreffenden Unternehmen abzuschließen. Die ökonomische Bedeutung der geschäftlichen Wertschätzung ist ein maßgeblicher Faktor für den geschäftlichen Erfolg. Es nutzt einem Unternehmer nun einmal nichts, wenn er im Extremfall zwar die besten Waren anbietet, diese aber gleichwohl wie Blei in den Regalen liegen bleiben, weil das Unternehmen unter den Kunden unbekannt ist oder weil Kunden das Geschäft oder die Waren aus irrationalen Gründen meiden. Eine gute Reputation kann dem Unternehmen beispielsweise besondere Vorteile im Wettbewerb um imageorientierte, markentreue oder risikoscheue Kunden verschaffen. Sie kann ebenso ein großer Vorteil sein, um die besten Nachwuchskräfte für das Unternehmen zu gewinnen.

Das Ausnutzen und das Beeinträchtigen der „Wertschätzung“ betreffen typischerweise Fälle, in denen Produkte oder Unternehmen zwar nicht miteinander verwechselt werden können, in denen ein Unternehmer aber doch in irgendwie unzulässiger Weise auf die Bekanntheit des anderen Produkts oder des anderen Unternehmens Bezug nehmen. Mit dem Ausnutzen oder Beeinträchtigen macht sich der Konkurrent etwas zunutze oder beeinträchtigt etwas, was zumeist das Ergebnis jahrelanger und erfolgreicher geschäftlicher Tätigkeit ist. In Frage steht der Schutz einer unternehmerischen Leistung. Die geschäftliche Wertschätzung wird geschützt, weil der Unternehmer sie selbst durch besondere Leistungen geschaffen beziehungsweise mit Werbeaufwand erkaufte hat, BGH vom 6.12.1990 (SL), BGHZ 113, 115, 126; BGH vom 12.7.1967 (Blunazit), GRUR 1968, 581, 585; ähnlich BGH vom 11.11.1958 (Quick), BGHZ 28, 320, 327.

### **II. Wettbewerbsrechtlicher Schutz**

Das Wettbewerbsrecht schützt die geschäftliche Wertschätzung im Zusammenhang mit Produktnachahmungen (§ 4 Nr. 3b UWG), vergleichender

Werbung (§ 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG) und kann darüber auch allgemein eingreifen, § 4 Nr. 4 UWG.

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

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

### **III. Markenrechtlicher Schutz von Kennzeichen**

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

**Fall: Tchibo/Rolax**

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

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

**Lösung****A. Herkunftstäuschung, §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 3a UWG (-)****I. Geschäftliche Handlung, § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG (+)**

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

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

T ahmte Waren nach, nämlich Armbanduhren. Fraglich ist aber, ob T und R überhaupt „*Mitbewerber*“ im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG sind. Das wiederum setzt voraus, dass zwischen ihnen ein „*Wettbewerbsverhältnis*“ besteht.

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

Stellt man darauf ab, ob sich beide Parteien an denselben Käuferkreis wenden, so ließe sich ein Wettbewerbsverhältnis ablehnen. Die Originale kosteten etwa das Hundertfache und wurden ausschließlich in exquisiten Juweliersgeschäften vertrieben, während die Imitate eine Art Juxartikel waren. Originale und Imitate wendeten sich also an ganz unterschiedliche Käuferschichten.

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

**III. Herkunftstäuschung (-)**

Eine Herkunftstäuschung scheidet aus. Jeder Käufer wusste, dass es sich gerade nicht um die Original Rolex-Uhren handelte. Die angebotenen Uhren

kosteten nicht nur lediglich 1 % des Preises der Rolex-Uhren, sondern wurden ausschließlich in Kaffeegeschäften vertrieben. Absolut niemand dachte, es handele sich um Originaluhren. Darin lag gerade der Witz des Falles.

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

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

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

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

**II. Ausnutzen, Beeinträchtigen (+)**

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

**III. Unangemessenheit (-)**

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

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

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

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

- Aus Sicht der Interessen von R ist zu überlegen, ob das Nachahmen der Uhrenform unzulässig ist, weil die R erhebliche Kosten auf sich nehmen musste, um diese Form zu entwickeln und zu entwerfen. Dieser Aufwand kann der R aber kein zeitlich unbegrenztes Monopol an der Optik der Uhren verschaffen (allgemeine Meinung). Der Amortisationsgedanke spricht im Streitfall gerade gegen die Anwendung des § 4 Nr. 4 UWG. R hatte schon viele Jahre Zeit, seine Entwurfskosten zu amortisieren. Einen Amortisationsvorsprung hat T also nicht. Es gibt vielmehr ein berechtigtes Interesse der Mitbewerber, nunmehr ebenfalls Uhren solcher Optik anbieten zu können.
- Im Hinblick auf Schutzinteressen der Verbraucher ist zu überlegen, ob die Verbraucher nicht ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse daran haben, dass ihnen Uhren solcher Optik nunmehr zu einem Hundertstel des ursprünglichen Preises angeboten werden. Ich finde, das ist der Fall.

- Nach manchen Ansichten sind Nachahmungen unlauter, die in schmarotzerischer Absicht oder planmäßig erfolgen. Da freilich jede Nachahmung vorsätzlich geschieht (sonst wäre sie kein Nachahmen), richtet sich dieser Ansatz gegen Nachahmungen an sich. Der Vorteil von Nachahmungen liegt gerade darin, dass der Nachahmer durch den Zugriff auf die fremde Leistung keine eigene mehr erbringen muss.
- Dies gilt auch im Hinblick auf die Tatbestandsvoraussetzung „gezielt“. Sie umschreibt keine subjektive Anforderung. Subjektive Kriterien sind für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung unternehmerischer Handlungen ein untauglicher Maßstab. Dem hat sich auch BGH vom 11.1.2007 (Außendienstmitarbeiter), BGHZ 171, 73, 82 Rn. 22 grundsätzlich angeschlossen.

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

## § 11: SCHUTZ VOR DYSFUNKTIONALEN STÖRUNGEN

### A. Allgemeines

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

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

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

### B. Boykott

Der wichtigste Anwendungsfall einer dysfunktionalen Störung ist ein Boykottaufruf, der zum Ausscheiden des boykottierten Unternehmens aus dem Markt führt, obwohl das Unternehmen an sich leistungs- und konkurrenzfähig ist. Wettbewerbskonform ist allein das Ausscheiden von nicht leistungsfähigen Anbietern.

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

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

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

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

## **I. Hebelwirkung als Verbotgrund**

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

### *1. Drei Parteien*

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

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

### *2. Abgrenzung*

Die Unterscheidung von Zwei- und Dreipersonenverhältnissen führt zu einer wichtigen Abgrenzungskonsequenz. Ein Dreipersonenverhältnis liegt nur vor, wenn der Adressat des Boykottaufrufs in seiner Entscheidung über die

Durchführung der Sperre frei ist, also keinem Weisungsrecht des Auffordernden unterliegt.

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

## II. Aufruf zum Boykottverhalten

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

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

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

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

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

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

### III. Grundsätzliche Unzulässigkeit, Ausnahmen

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

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

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

- Als weitere Ausnahmefälle sind die Wahrnehmung berechtigter Interessen sowie die Durchsetzung zulässiger Vertragsbindungen und gewerblicher Schutzrechte anerkannt, *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, 7. Auflage 2024, § 21 GWB Rn. 43 mwN.

## C. Unerlaubte Tätigkeiten der öffentlichen Hand

### I. Allgemeines

Öffentliche Unternehmen unterliegen denselben wettbewerbsrechtlichen Anforderungen wie private, BGH vom 21.7.2005 (Friedhofsruhe), GRUR 2005, 960, 961 mwN. Wenn ihnen eine Beteiligung am Wettbewerb erlaubt ist, dann dürfen sie auch auf die ihnen zur Verfügung stehenden Ressourcen zurückgreifen und zum Beispiel Größenvorteile oder eine besondere Finanzstärke gegenüber kleinen oder finanzschwachen Konkurrenten ausspielen, BGH vom 26.2.2009 (Buchgeschenk vom Standesamt), GRUR 2009, 606, 607 Rn. 14. Ein daraus resultierender Wettbewerbsvorsprung ist von den Mitbewerbern in gleicher Weise hinzunehmen, wie sie auch Ungleichgewichte hinzunehmen haben, die in der wettbewerblichen Ausgangslage privater Unternehmen bestehen, BGH vom 19.6.1986 (Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I), GRUR 1987, 116, 118.

Das Verhalten des öffentlichen Unternehmens ist aber wettbewerbswidrig, sofern das öffentliche Unternehmen gegen spezielle öffentlich-rechtliche Zwecksetzungen verstößt. Die Beurteilung der Preisunterbietung schlägt beispielsweise um, wenn das öffentliche Unternehmen Mittel einsetzt, die ihm kraft öffentlichen Rechts allein zur Förderung sachlich anderer Zwecke zur Verfügung stehen, BGH vom 26.2.2009 (Buchgeschenk vom Standesamt), GRUR 2009, 606, 607 Rn. 20.

### II. Kommunale Stadtportale

Ein aktueller Anwendungsfall sind kommunale Stadtportale, die über die Grenze einer zulässigen staatlichen Öffentlichkeitsarbeit hinausgehen und letztlich staatliche Pesse veranstalten. Der BGH bejaht in solchen Fällen einen Verstoß gegen den Grundsatz der „Staatsferne der Presse“ und leitet daraus die Wettbewerbswidrigkeit ab, BGH vom 14.07.2022 (dortmund.de), GRUR 2022, 1336, 1138 Rn. 18 ff..

Eine geschäftliche Handlung ist unproblematisch zu bejahen, wenn das kommunale Portal zugleich Werbung enthält und so mit den privaten Anbietern in geschäftliche Konkurrenz tritt. Die neuere Rechtsprechung tendiert dazu, die Anwendbarkeit des UWG darüber hinaus sogar dann zu bejahen, wenn die Kommune ihr Informationsangebot vollständig selbst finanziert und damit nicht „zugunsten eines eigenen oder fremden Unternehmens“ tätig wird, BGH vom 26.9.2024 (Jobbörse), GRUR 2024, 1739, 1740 Rn. 14; kritisch *Schmitt-Mücke* GRUR 2025, 139 ff.

Die Einordnung des Portals als zulässige Öffentlichkeitsarbeit oder unzulässige publizistische Staatstätigkeit bestimmt sich nach einer wertenden Gesamtbetrachtung, für die es auf die Neutralität der Beiträge, ihre Zugehörigkeit zum Aufgabenbereich der Gemeinde und ihr äußeres Erscheinungsbild ankommt, BGH vom 20.12.2018 (Crailsheimer Stadtblatt II),

GRUR 2019, 189 ff. Rn. 35. Die staatliche beziehungsweise kommunale Publikationen darf weder ein Äquivalent zu einer privaten Zeitung sein noch wie ein Äquivalent anmuten, BGH vom 20.12.2018 (Crailsheimer Stadtblatt II), GRUR 2019, 189 ff. Rn. 36 ff.

Der BGH stützt die wettbewerbsrechtliche Beurteilung auf den Rechtsbruchtatbestand (dazu später). Er sieht den Grundsatz der „Staatsferne der Presse“ als eine „gesetzliche Vorschrift“ im Sinne von **§ 3a UWG** an und hält ihn auch dazu bestimmt, „im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln“, zum Beispiel BGH vom 14.07.2022 (dortmund.de), GRUR 2022, 1336, 1138 Rn. 21.

Ist ist demgegenüber aber vorzugswürdig, **§ 3 Abs. 1 UWG** anzuwenden und bei der Anwendung der Generalklausel der grundrechtlichen Wertung Rechnung zu tragen, dass Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG auch die Staatsfreiheit der Presse schützt, BVerfG vom 6.6.1989 (Postzeitungsdienst), BVerfGE 80, 124, 133 f.; *Grabenwarter* in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 Abs. I, II GG Rn. 353 ff., 375 ff. mwN.; zum Wettbewerbsrecht früher auch BGH vom 18.12.1968 (Stuttgarter Wochenblatt I), BGHZ 51, 236, 248. Das unzulässige kommunale Informationsverhalten setzt private Medien einer rechtswidrigen Beeinflussung aus und schmälert deren geschäftliche Möglichkeiten auf einem Markt, der demokratiepolitisch überaus wichtig ist und von privaten Zeitungsunternehmen kaum noch bedient werden kann. Dagegen ist der Rechtsbruchtatbestand für die Beurteilung von Stadtportalen schwerlich geeignet. Der Grundsatz der Staatsferne der Presse ist nämlich gerade keine gesetzgeberische Vorschrift, sondern eine bloße richterrechtliche Regel. Die Wettbewerbsgerichte denken hier also nicht lediglich gesetzliche Bestimmungen weiter, sondern erheben eigene Erkenntnisse zu einer normativ bindenden Bestimmung. Sie weichen damit ihren Begründungspflichten aus, *Beater* WRP 2022, 1202, 1205 f. Rn. 19.