

**DAS PROBLEM DES ERGÄNZUNGSBEDARFS
IM GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von: Torge Lehmann, LL.M. (Cambridge)
aus: Hameln
2009

Erste Berichterstatterin:

Prof. Dr. Pohlmann

Zweiter Berichterstatter:

Prof. Dr. Timm

Dekan:

Prof. Dr. Steinmeyer

Tag der mündlichen Prüfung:

21. Juli 2009

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
A. Einführung in die Problematik	1
B. Gegenstand der Betrachtung	3
I. Begriff des Ergänzungsbedarfs	3
II. Ersatzteile	4
III. Zubehör	4
IV. Serienprodukte	6
V. Verbrauchsmaterialien	6
C. Nachahmung als Kern der Arbeit	8
D. Gang der Untersuchung	9
1. Teil: Grundlagen beim Schutz des Ergänzungsbedarfs	11
A. Interessenlage	11
I. Individualinteressen	11
1. Interessen der Anbieter	11
2. Interessen der Nachfrager	12
a) Interessen der Nachfrager im Allgemeinen	12
b) Spezielle Interessen der Nachfrager im Bereich von Ergänzungsprodukten	13
II. Interessen der Allgemeinheit	14
1. Wettbewerbstheoretische Grundlagen	14
a) Überblick über Entwicklung der wettbewerbstheoretischen Ansichten	14
b) Dynamische Wettbewerbstheorie	16
2. Gemeininteressen im Einzelnen	18
a) Generierung neuen Wissens	18
b) Ausbreitung der Innovation	19
B. Ausgestaltung im geltenden Recht	20
I. Gewerbliche Schutzrechte und Grundsatz der Nachahmungsfreiheit	20
1. Sonderschutz und Innovation	20
a) Leistungsschutzrechte als zeitlich begrenztes Monopol	20
b) Innovationsanreiz durch property rights	21
2. Nachahmungsfreiheit außerhalb des sondergesetzlichen Schutzes ?	23
a) Position der Rechtsprechung und herrschenden Meinung	23
b) Einschränkungen des Grundsatzes der Nachahmungsfreiheit	25
c) Bewertung	26

II. Überblick über sondergesetzlichen Schutz gewerblicher Leistung.....	28
1. Patentgesetz (PatG).....	28
2. Gebrauchsmustergesetz (GebrMG).....	30
3. Geschmacksmusterrecht (GeschmMG).....	31
4. Markengesetz (MarkenG).....	33
5. Urheberrechtsgesetz (UrhG).....	35
III. Überblick über den Schutz gewerblicher Leistung durch das UWG.....	36
1. Historische Entwicklung / Normative Grundlage.....	36
2. Das Problem der Berücksichtigung der Sondergesetze.....	37
3. Voraussetzungen eines ergänzenden Leistungsschutzes.....	38
a) Ausgangslage der heutigen Rechtsprechung.....	38
b) Allgemeine Voraussetzungen des § 3 UWG.....	39
c) Besondere Voraussetzungen des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes.....	40
aa) Wechselwirkung zwischen den Schutzvoraussetzungen.....	40
bb) Nachahmung einer Ware/Dienstleistung.....	41
cc) Wettbewerbliche Eigenart.....	42
dd) Hinzutreten von die Unlauterkeit begründenden Umständen.....	42
(1) Mittelbarer Leistungsschutz.....	43
(2) Problem des unmittelbaren Leistungsschutzes.....	44
ee) Anbieten dieser Leistung.....	45
ff) Subjektive Unlauterkeitsmerkmale?.....	45
4. Rechtsfolgen.....	46
5. Konkurrenz mit den sondergesetzlichen Leistungsschutzrechten.....	46
C. Grundkonstruktionen beim Schutz von Ergänzungsprodukten.....	48
D. Zusammenfassung.....	49
2. Teil: Schutz von Ergänzungsprodukten durch technische Schutzrechte (PatG, GebrMG).....	50
A. Patentrecht.....	50
I. Direkter Patentschutz.....	50
1. Voraussetzungen.....	50
2. Einordnung der einzelnen Gruppen von Ergänzungsartikeln.....	50
II. Indirekter Patentschutz.....	51
1. Allgemeines zum Schutzzumfang des Patents.....	51
a) Überblick über historische Entwicklung.....	52
b) Grundzüge der Bestimmung des Schutzzumfangs.....	53
2. Unmittelbare Patentverletzung.....	54

a) Teilschutz als Kern der unmittelbaren Verletzung, § 9 S. 2 Nr. 1 PatG	55
b) Unmittelbare Verletzung des Hauptproduktpatents.....	56
aa) Unterkombinations- und Elementenschutz	56
(1) Begrifflichkeiten.....	56
(2) Einzelelemente der Erfindung als Gegenstand der unmittelbaren Patentverletzung	57
(a) Entwicklung des Elementenschutzes.....	57
(b) Vereinbarkeit mit dem geltenden Patentrecht?	58
(aa) Überblick über den Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	58
(bb) Stellungnahme	60
bb) Erfindungsfunktionell individualisierte Teile.....	63
(1) Überblick über Rechtsprechung und Literatur	63
(2) Stellungnahme	64
c) Einordnung der einzelnen Gruppen von Ergänzungsartikeln	65
3. Mittelbare Patentverletzung	65
a) Vom Richterrecht zum gesetzlichen Tatbestand.....	65
b) Voraussetzungen der mittelbaren Patentverletzung, § 10 PatG.....	66
aa) Überblick über § 10 PatG und Kern der Problematik im Hinblick auf Ergänzungsprodukte.....	66
bb) Beziehen auf ein wesentliches Element der Erfindung	68
(1) Meinungsstand in Literatur und instanzgerichtlicher Rechtsprechung	68
(2) „Flügelradzähler-Entscheidung“ des <i>BGH</i>	69
(3) Stellungnahme	72
(a) Beziehen	72
(b) Wesentliches Element der Erfindung	75
cc) Fehlende Befugnis zur Benutzung der patentierten Erfindung	77
(1) Zustimmung des Patentinhabers.....	77
(2) Erschöpfung des Verbotsrechts	78
(a) Allgemeines zum Grundsatz der Erschöpfung	78
(b) Neu-/Wiederherstellung als mögliches Problem beim Einsatz von Ergänzungsprodukten.....	79
(aa) Überblick über den Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	80
(bb) „Flügelradzähler-Entscheidung“ des <i>BGH</i>	82
(cc) Stellungnahme	84
c) Einordnung der einzelnen Gruppen von Ergänzungsartikeln	87
aa) Ersatzteile.....	87

bb) Zubehör.....	88
cc) Serienprodukte	89
dd) Verbrauchsmaterialien.....	90
III. Zusammenfassung.....	90
B. Gebrauchsmusterrecht	91
I. Gebrauchsmusterrecht als „kleines Patentrecht“.....	91
II. Direkter Gebrauchsmusterschutz	91
III. Indirekter Gebrauchsmusterschutz.....	92
IV. Zusammenfassung	93
3. Teil: Geschmacksmusterrechtlicher Schutz von Ergänzungsprodukten.....	94
A. Allgemeines zu den geschmacksmusterrechtlichen Schutzmöglichkeiten	94
B. Direkter Geschmacksmusterschutz	95
I. Überblick über allgemeine Schutzvoraussetzungen	95
II. Schutzausschlussgründe, § 3 GeschmMG.....	96
1. „form follows function“, § 3 Abs.1 Nr.1 GeschmMG.....	96
2. „must fit“-Teile, § 3 Abs.1 Nr.2 GeschmMG	97
a) Unterscheidung von „must fit“- und „must match“-Teilen	97
b) Grundsatz : Ausschluss von Verbindungselementen, § 3 Abs.1 Nr.2 GeschmMG	98
c) Ausnahme: Bauteilsysteme, § 3 Abs.2 GeschmMG	100
III. Erfordernis der Sichtbarkeit bei bestimmungsgemäßer Verwendung, § 4 GeschmMG.....	101
1. Sichtbarkeit bei bestimmungsgemäßer Verwendung als Schutzvoraussetzung im GeschmMG a.F.	101
2. Regelungsgehalt des § 4 GeschmMG	102
a) Tatbestand.....	103
aa) Bauelement eines komplexen Erzeugnisses.....	103
bb) Sichtbarkeit bei bestimmungsgemäßer Verwendung	103
cc) Neuheit und Eigenart der sichtbaren Merkmale.....	106
b) Rechtsfolge	107
c) Schlussfolgerungen aus der geäußerten Kritik	107
3. Nichtanwendbarkeit des § 4 GeschmMG wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht ..	108
a) Normativer Prüfungsmaßstab	108
b) Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes.....	110
aa) Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte.....	110
bb) Rechtfertigender Grund für die Ungleichbehandlung	112
c) Rechtsfolge	116

IV. Rechtsbeschränkung des § 67 GeschmMG („must match“-Teile)	117
1. Reparaturklausel als Streitpunkt europäischer Rechtssetzung	117
2. Deutsche Umsetzung des Art. 14 der Richtlinie 98/71 EG	118
3. Exkurs: Ausblick auf zukünftige normative Gestaltung	119
V. Einordnung der einzelnen Ergänzungsprodukte	120
1. Ersatzteile	120
2. Zubehör	120
3. Serienprodukte	121
4. Verbrauchsmaterialien	121
C. Indirekter Geschmacksmusterschutz	121
I. Teilschutz und unmittelbare Verletzungshandlung im Geschmacksmusterrecht	122
1. Teilschutz im Hinblick auf den geschützten Gesamteindruck des ganzen Musters	122
2. Teilschutz ohne Berücksichtigung des Gesamteindrucks	123
a) Grundsätzliche Anerkennung und Voraussetzungen des geschmacksmusterrechtlichen Teilschutzes	123
b) Stellungnahme	124
II. Mittelbare Geschmacksmusterverletzung	125
1. Dogmatische Konstruktion einer mittelbaren Geschmacksmusterverletzung	125
2. Vorliegen der Analogievoraussetzungen	126
3. Folgerungen für das Geschmacksmusterrecht	128
III. Berücksichtigung des § 67 Abs.1 GeschmMG beim indirekten Schutz	128
IV. Einordnung der einzelnen Ergänzungsprodukte	129
1. Unmittelbare Geschmacksmusterverletzung	129
2. Mittelbare Geschmacksmusterverletzung	129
a) Ersatzteile	129
b) Zubehör	130
c) Serienprodukte	130
d) Verbrauchsmaterialien	130
F. Zusammenfassung	131
4. Teil: Markenrechtlicher Schutz von Ergänzungsprodukten	132
A. Direkter Markenschutz	132
I. Problem des markenrechtlichen Formenschutzes	132
1. Gefahr des Wertungswiderspruchs zu den Sondergesetzen	132
2. Gesetzlicher Ansatzpunkt zur Lösung des Problems	133
II. Allgemeine Schutzvoraussetzungen	134

III. Schutzausschlussgründe.....	135
1. Fehlende Schutzfähigkeit bei ausschließlich aus einer Form bestehenden Zeichen, § 3 Abs.2 MarkenG	135
a) „Ausschließlich“ aus einer bestimmten Form bestehende Zeichen.....	135
b) Durch die Art der Ware selbst bedingte Formen, § 3 Abs.2 Nr.1 MarkenG.....	137
aa) „Warenart bedingte Form“ als zentrales Merkmal des § 3 Abs.2 Nr.1 MarkenG	138
bb) Bestimmung der maßgeblichen Warengattung.....	138
c) Zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderliche Formen, § 3 Abs.2 Nr.2 MarkenG	140
aa) Erreichung einer technischen Wirkung.....	140
bb) Technische Gestaltungsalternativen und das Merkmal der Erforderlichkeit.....	141
(1) Überblick über den Meinungsstand der deutschen Rechtsprechung und Literatur..	141
(2) „Philips-Entscheidung“ des <i>EuGH</i>	143
(3) Stellungnahme	144
d) Der Ware einen wesentlichen Wert verleihende Formen, § 3 Abs.2 Nr.3 MarkenG	147
aa) Warenform als ein wesentlicher Warenwert	148
bb) Vorgeschlagene Tatbestandseinschränkungen	148
(1) Überblick über den gegenwärtigen Meinungsstand	149
(2) Bewertung	150
2. Absolute Schutzhindernisse gem. § 8 Abs.2 MarkenG	150
a) Fehlen jedweder Unterscheidungskraft, § 8 Abs.2 Nr.1 MarkenG.....	151
aa) Unterscheidungskraft für Waren oder Dienstleistungen	151
bb) Anforderungen an die Unterscheidungskraft beim Schutz von Warenformen.....	152
cc) Zusätzlich verminderte Unterscheidungskraft von Ergänzungsprodukten	153
b) Unanwendbarkeit bei Verkehrsdurchsetzung, § 8 Abs.3 MarkenG	154
IV. Einordnung der einzelnen Ergänzungsprodukte	154
1. Ersatzteile.....	154
2. Zubehör	155
3. Serienprodukte	156
4. Verbrauchsmaterialien	156
B. Indirekter Markenschutz.....	156
I. Unmittelbare Verletzungshandlung	157
II. Mittelbare Markenverletzung	158
III. Einordnung der einzelnen Ergänzungsprodukte	159
C. Zusammenfassung	160

5. Teil: Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz und Ergänzungsartikel	161
A. Denkbare Konstellationen beim wettbewerbsrechtlichen Schutz	161
B. Allgemeine Voraussetzungen eines Leistungsschutzes gem. § 3 UWG	162
I. Wettbewerbliche Eigenart	162
1. Regelungsgehalt des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals	162
2. Wettbewerbliche Eigenartigkeit technischer Merkmale	164
a) Ausschluss technischer Gestaltungen	164
aa) Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	164
bb) Stellungnahme / Bewertung	166
b) Wettbewerbliche Eigenart im Licht der technischen Schutzrechte?	168
3. Ästhetische Merkmale und UWG-Schutz	168
4. Sichtbarkeit als Voraussetzung der wettbewerblichen Eigenart	169
II. Nachahmung	171
III. Vorliegen besonderer Umstände	172
C. Vermeidbare Herkunftstäuschung, § 4 Nr.9 a) UWG	173
D. Unangemessene Rufbeeinträchtigung	175
I. Ergänzungsprodukte minderer Qualität als mögliche Rufbeeinträchtigung	175
II. Normative Grundlagen	175
III. Unangemessene Beeinträchtigung der Wertschätzung der nachgeahmten Ware (hier: des Ergänzungsprodukts), § 4 Nr.9 b) UWG	176
IV. Unangemessene Beeinträchtigung der Wertschätzung des Hauptprodukts, § 3 UWG	177
1. Anbieten qualitativ minderwertiger Produkte stellt im Regelfall unangemessene Beeinträchtigung dar	178
2. Der wettbewerbliche Einwand <i>Beaters</i>	179
3. Bewertung	180
E. Ausnutzung eines fremden Ergänzungsbedarfs, § 3 UWG	183
I. Zentrales Problem des wettbewerbsrechtlichen Schutzes von Ergänzungsprodukten	183
II. Ausnutzung eines fremden Ergänzungsbedarfs durch Ersatzteile	184
1. Rechtsprechung des Reichsgerichts und des <i>Bundesgerichtshofs</i>	185
2. Begründungsansätze der Literatur	187
3. Bewertung	188
III. Ausnutzung eines fremden Ergänzungsbedarfs durch Zubehör	192
1. Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	192
2. Bewertung	193
IV. Ausnutzung eines fremden Ergänzungsbedarfs durch Verbrauchsmaterialien	194

1. Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	194
2. Bewertung	194
V. Ausnutzung eines fremden Ergänzungsbedarfs durch Serienerzeugnisse	195
1. Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Fallgruppe des „Einschiebens in fremde Serie“ ..	195
a) Zentrale Entscheidungen zur Fallgruppe des „Einschiebens in fremde Serie“	196
aa) „Klemmbausteine I-Entscheidung“	196
bb) „Klemmbausteine II-Entscheidung“	199
cc) „Klemmbausteine III-Entscheidung“	200
dd) Sonstige wesentliche Entscheidungen	203
b) Voraussetzungen des „Einschiebens in eine fremde Serie“	208
c) Rechtsfolgen	209
2. Dogmatische Einordnung	210
a) Dogmatischer Ansatz der Rechtsprechung	211
b) Rechtliche Einordnung durch das Schrifttum	213
c) Bewertung	214
3. Reaktionen auf Klemmbaustein-Rechtsprechung	217
a) Schutz von Serienprodukten als bloßer Ideenschutz	218
b) Abgrenzung von den sonstigen Fällen der Ausnutzung eines Ergänzungsbedarfs	219
c) Schutzwürdigkeit von Serienprodukten	220
d) Schutz des Wettbewerbs / Kein Monopol für Markterschließer	222
e) Grundsatz der Nachahmungsfreiheit	224
f) Folgeprobleme aus der Gewährung eines zeitlich begrenzten UWG-Schutzrechts	225
g) Verstoß gegen europäisches Gemeinschaftsrecht	226
4. Kritische Bewertung und Stellungnahme	227
a) „Einschieben in eine fremde Serien“ kein bloßer Ideenschutz	227
b) Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall	228
c) Besondere Schutzwürdigkeit von Serienprodukten zweifelhaft	232
aa) Wirtschaftliche Vergleichbarkeit der Sachverhalte?	233
bb) Lediglich Schutz für selbst gewählte Marktstrategie	235
cc) Schutzunwürdigkeit als Rechtsfolge	236
d) Kompatibilität und Wettbewerb	237
aa) Kein Monopol für den Markterschließer	237
bb) Interessenlage überwiegend auf Kompatibilität gerichtet	240
e) Systemwidriger unmittelbarer Leistungsschutz	242
aa) Begründungsansätze für einen unmittelbaren Leistungsschutz	242

(1) Wertungsebene	242
(2) Dogmatische Rechtfertigung	246
bb) Bedenken gegen einen unmittelbaren Leistungsschutz / Bewertung	249
(1) Dogmatische Betrachtung als Fundament der Auslegung	249
(2) Geringe Aussagekraft des Wortlauts	250
(3) Weiter Normzweck des § 3 UWG erfasst Nachahmungssachverhalte	251
(4) Entstehungsgeschichtliche Tendenz gegen einen unmittelbaren Leistungsschutz...	252
(5) Systematische Interpretation als Kern des Problems	254
(a) Keine entgegenstehenden Wertungen des UWG.....	255
(b) Sondergesetze bilden kein Hindernis für unmittelbaren UWG- Nachahmungsschutz.....	257
(c) Verfassungsrechtliche Grenzen	261
(aa) Verstoß gegen das Demokratieprinzip, Art. 20 Abs. 1, 2 GG	262
(bb) Verletzung des Rechtsstaatsprinzips, insbes. Verstoß gegen das Gebot der Rechtssicherheit, Art. 20 Abs. 3 GG.....	272
(d) Verbot eines unmittelbaren wettbewerblichen Leistungsschutzes als einzig verfassungskonformes Auslegungsergebnis	275
cc) Unzulässigkeit des unmittelbaren Nachahmungsschutzes als einzig systemkonforme Lösung.....	275
f) Markenrecht als Kern der Folgeproblematik.....	277
g) Verletzung der Warenverkehrsfreiheit	278
5. Ablehnung der Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Serie.....	282
V. Zulässigkeit der Ausnutzung eines fremden Ergänzungsbedarfs.....	282
F. Einordnung der einzelnen Ergänzungsprodukte	283
I. Ersatzteile	283
II. Zubehör	284
III. Verbrauchsmaterialien	284
IV. Serienerzeugnisse.....	285
G. Indirekter Lauterkeitsschutz.....	285
I. Wettbewerbsrechtlicher Elementenschutz.....	286
II. § 10 PatG analog?.....	287
III. Einordnung der einzelnen Ergänzungsprodukte	287
F. Zusammenfassung	287
Schlussbetrachtung.....	289

Literaturverzeichnis

- Albert, Florian Die Neuordnung des Markenrechts: Bericht über das 10. Ringberg-Symposium des Max-Planck-Instituts vom 16. bis 21. September 1996
in : GRUR Int. 1997, S. 449 – 475
- Altmeppen, Holger Zur Unlauterkeit des „Einschiebens in eine fremde Serie“
in : ZIP 1997, S. 2069 – 2076
- Amann, Joachim Kommentar zum Wettbewerbs- und Werberecht
Lambsdorff, Hans-Georg Stand: 12/1998, Stuttgart, München, Hannover, usw.
(zitiert : Bearbeiter, in: Amann/Lambsdorff)
- Ann, Christoph Identität und Lebensdauer – Patentverletzung durch Instandsetzung patentierter Vorrichtungen
in : Materielles Patentrecht – Festschrift für Reimar König zum 70. Geburtstag, Köln, Berlin, Bonn, München 2003, S. 17 – 32
- Arndt, Helmut Mikroökonomische Theorie
Band II : Marktprozesse
1. Auflage, Tübingen 1966
(zitiert : Arndt, Mikroökonomische Theorie II)
- ders. Wettbewerb der Nachahmer und schöpferischer Wettbewerb
in : Wettbewerbstheorie, Köln 1975, S. 246 – 268
(zitiert : Arndt, Wettbewerbstheorie 1975)
- Artmann, Eveline Nachahmen und Übernahme fremder Leistung im Wettbewerbsrecht
in : ÖBl 1999, S. 3 – 10
- Backhaus, Klaus Industriegütermarketing
Voeth, Markus 8. Auflage, München 2007
- Badura, Peter Staatsrecht – Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland

3. Auflage, München 2003
(zitiert : Badura, Staatsrecht)
- ders. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat
in : AöR 92 (1967), S. 381 – 407
- Ballhaus, Werner
Sikinger, Josef Der Schutzbereich des Patents nach § 14 PatG
in : GRUR 1986, S. 337 – 344
- Baumann, Hans Die Übernahme fremder Leistung im Wettbewerb
in : WRP 1975, S. 693 – 700
- Baumbach, Adolf
Hefermehl, Wolfgang Wettbewerbsrecht
22. Auflage, München 2001
(zitiert : Bearbeiter, in: Baumbach/Hefermehl 22.Aufl.)
- Baur, Jürgen F. Anwendungsprobleme der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen
in : JA 1987, S. 118 – 124
- Beater, Axel Nachahmen im Wettbewerb
Habilitationsschrift Universität Göttingen, 1995
(zitiert : Beater, Nachahmen)
- ders. Unlauterer Wettbewerb
1. Auflage, München 2002
(zitiert : Beater, Unlauterer Wettbewerb)
- ders. Verbraucherverhalten und Wettbewerbsrecht
in : Festschrift für Winfried Tilmann, Köln, Berlin, Bonn, München 2003, S. 87 – 104
(zitiert : Beater, FS für Tilmann)
- Bechtold, Rainer Kartellgesetz – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
4. Auflage, München 2006
- Becker, Patricia Liberalisierung des Marktes für Autoersatzteile?
in : GmbH-Report 2004, S. R 425 – R 427

- Beier, Friedrich-Karl Wettbewerbsfreiheit und Patentschutz – Zur geschichtlichen Entwicklung des deutschen Patentrechts
in : GRUR 1978, S. 123 – 132
- ders. Der Musterschutz von Ersatzteilen in den Vorschlägen für ein Europäisches Musterrecht
in : GRUR Int. 1994, S. 716 – 732
- Benkard, Georg Patentgesetz – Gebrauchsmustergesetz
10. Auflage, München 2006
(zitiert : Bearbeiter, in: Benkard PatG)
- ders. Patentgesetz – Gebrauchsmustergesetz
9. Auflage, München 1993
(zitiert : Bearbeiter, in: Benkard PatG 9.Aufl.)
- Berlit, Wolfgang Wettbewerbsrecht
6. Auflage, München 2005
(zitiert : Berlit, Wettbewerbsrecht)
- ders. Das neue Geschmacksmusterrecht
in : GRUR 2004, S. 635 – 642
- Beyerlein, Thorsten Das neue Geschmacksmustergesetz – Zur Neuregelung des deutschen Geschmacksmusterrechts unter besonderer Berücksichtigung europäischer Harmonisierungsbestrebungen
in : WRP 2004, S. 676 – 682
- Blattner, Niklaus Marktform, Wettbewerb und Innovation
in : Wirtschaftsdienst 1983, S. 505 – 509
- Bodewig, Theo Umweltschutz und Patentrecht – Zum Schutz wiederverwertbarer Stoffe
in : GRUR 1992, S. 567 – 578
- Boesche, Katharina Vera Wettbewerbsrecht
1. Auflage, Heidelberg 2005
- Bopp, Thomas Sklavischer Nachbau technischer Erzeugnisse – Anmerkungen zu BGH-Vakuumpumpen –

- in : GRUR 1997, S. 34 – 40
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung – Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland
Habilitationsschrift Universität Münster, 1964
- Brändel, Oliver C. Technische Schutzrechte
1. Auflage, Heidelberg 1995
- ders. Spielzeug – Abbild der Erwachsenenwelt – Nachahmungsfreiheit und Leistungsschutz
in : Festschrift für Henning Piper, München 1996, S. 77 – 93
(zitiert : Brändel, FS für Piper)
- Bulling, Alexander Das neue deutsche Geschmacksmustergesetz mit Anmerkungen zum Gemeinschaftsgeschmacksmuster
in : MittdtPat 2004, S. 254 – 260
- ders. Geschmacksmusterschutz für Reparaturteile: Änderung der EU-Richtlinie 98/71/EG?
in : MittdtPat 2005, S. 163 – 164
- Bunte, Hermann-Josef Die Problematik der Bezugsbindungen für Original-Ersatzteile
in : DB 1980, S. 1153 – 1156
- ders. Wettbewerbsrechtlicher Schutz von Produkt-Systemen gegenüber kompatiblen Nachahmungen
in : BB 1999, S. 113 – 120
- ders. Kartellrecht
1. Auflage, München 2003
(zitiert : Bunte, Kartellrecht)
- Busche, Jan Die Reichweite des Patentschutzes – Zur Auslegung von Patentansprüchen im Spannungsfeld von Patentinhaberschutz und Rechtssicherheit
in : MittdtPat 1999, S. 161 – 166

- ders. Zur Auslegung von Patentansprüchen
in : Materielles Patentrecht – Festschrift für Reimar König zum 70. Geburtstag, Köln, Berlin, Bonn, München 2003, S. 49 – 62
(zitiert : Busche, FS für König)
- Busse, Rudolf Patentgesetz
6. Auflage, Berlin 2003
(zitiert : Bearbeiter, in: Busse PatG)
- Bühning, Manfred Gebrauchsmustergesetz
7. Auflage, Köln, Berlin, München 2007
- Bydlinski, Franz Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff
2. Auflage, Wien, New York 1991
- Calliess, Christian
Ruffert, Matthias Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – EUV/EGV –
2. Auflage, Neuwied, Kriftel 2002
(zitiert : Bearbeiter, in: Calliess/Ruffert EUV/EGV 2.Aufl.)
- dies. EUV/EGV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta
3. Auflage, München 2007
(zitiert : Bearbeiter, in: Calliess/Ruffert EUV/EGV)
- Canaris, Claus-Wilhelm Die Feststellung von Lücken im Gesetz
2. Auflage, Dissertation Universität München, 1983
- Chrocziel, Peter Einführung in den Gewerblichen Rechtsschutz und das Urheberrecht
2. Auflage, München 2002
- Cox, Helmut
Jens, Uwe
Markert, Kurt Handbuch des Wettbewerbs: Wettbewerbstheorie, Wettbewerbspolitik, Wettbewerbsrecht
1. Auflage, München 1981
(zitiert : Bearbeiter, in: Cox/Jens/Markert)

- Daniels, Silja Die dreidimensionale Marke
Dissertation Universität Hamburg, 1999
- Degen Die Grenzen der Zulässigkeit für die gewerbsmäßige
Herstellung und den Vertrieb von Ersatzteilen zu frem-
den Maschinen
in : Beiträge zum Recht am gewerblichen und geistigen
Eigentum des In- und Auslands, Berlin 1933, S. 25 – 49
- Degenhart, Christoph Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht
22. Auflage, Heidelberg 2006
- Dietz, Rolf Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt
Habilitationsschrift Universität Köln, 1934
- Dittmer, Stefan Rufausbeutung (nicht nur) durch Bestellnummernüber-
nahme
in : WRP 2005, S. 955 – 961
- Dreier, Horst Grundgesetz – Kommentar
Band II: Artikel 20 – 82
2. Auflage, Tübingen 2006
(zitiert : Bearbeiter, in: H. Dreier II)
- Dreier, Thomas Urheberrechtsgesetz
Schulze, Gernot 2. Auflage, München 2006
(zitiert : Bearbeiter, in: T. Dreier/Schulze)
- Drexl, Josef Designschutz für Ersatzteile – Der Kommissionsvor-
schlag zur Einführung einer Reparaturklausel
Hilty, Reto in : GRUR Int. 2005, S. 449 – 457
Kur, Anette
- Ebenroth, Carsten Thomas Gewerblicher Rechtsschutz und europäische Warenver-
kehrsfreiheit – Ein Beitrag zur Erschöpfung gewerblicher
Schutzrechte
1. Auflage, Heidelberg 1992
- Egerer, Ralph Die markenrechtliche Zulässigkeit beschreibender Anga-
ben im geschäftlichen Verkehr
Dissertation Universität Mannheim, 2001

- Ehlers, Dirk
Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten
2. Auflage, Berlin 2005
(zitiert : Bearbeiter, in: Europäische Grundrechte)
- Eichmann, Helmut
von Falckenstein, Roland Vogel
Geschmacksmustergesetz
3. Auflage, München 2005
(zitiert : Bearbeiter, in: Eichmann/von Falckenstein)
- dies.
Geschmacksmustergesetz
2. Auflage, München 1997
(zitiert : Bearbeiter, in: Eichmann/von Falckenstein
2.Aufl.)
- Eichmann, Helmut
Schutz von industriellem Design: Stand der europäischen
Rechtsentwicklung
in : MitttdtPat 1998, S. 252 – 262
- ders.
Technizität von Erfindungen – Technische Bedingtheit
von Marken und Mustern
in : GRUR 2000, S. 751 – 760
- ders.
Das europäische Geschmacksmusterrecht auf Abwegen?
in : GRUR Int. 1996, S. 859 – 876
- ders.
Die dreidimensionale Marke
in : Festschrift für Ralf Vieregge zum 70. Geburtstag,
Berlin, New York 1995, S. 125 – 171
(zitiert : Eichmann, FS für Vieregge)
- ders.
Die dreidimensionale Marke im Verfahren vor dem DPA
und dem BPatG
in : GRUR 1995, S. 184 – 197
- Eisenmann, Hartmut
Jautz, Ulrich
Grundriss Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
6. Auflage, Heidelberg 2006
- Ekey, Friedrich L.
Klippel, Diethelm
Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht
2. Auflage, Heidelberg 2005
(zitiert : Bearbeiter, in: Heidelberger Kommentar)
- Kotthoff, Jost
Meckel, Astrid

1. Auflage, München 2005
(zitiert : Bearbeiter, in: Fezer UWG I)
- ders. Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach
in : JZ 1986, S. 817 – 824
- ders. Leistungsschutz und Wettbewerbsrecht
in : WRP 1993, S. 63 – 73
- ders. Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Grundlage der Europäisierung des Wettbewerbsrechts
in : WRP 2001, S. 989 – 1022
- ders. Markenrecht
3. Auflage, München 2001
(zitiert : Fezer, Markenrecht)
- ders. Die Markenfähigkeit nach § 3 MarkenG
in : Festschrift für Henning Piper, München 1996, S. 525 – 535
(zitiert : Fezer, FS für Piper)
- Fikentscher, Wolfgang Wirtschaftsrecht
Band II : Deutsches Wirtschaftsrecht
1. Auflage, München 1983
- Fischer, Ernst Patentfreie und patentverletzende Reparatur an geschützten Gegenständen
in : GRUR 1960, S. 98 – 105
- Fournier, Erik Bereicherungsausgleich bei Eingriffen in Wettbewerbspositionen im Sinne des § 1 UWG
Dissertation Universität Gießen, 1998
- Franke, Jürgen Grundzüge der Mikroökonomik
8. Auflage, München, Wien 1996
- Frassi, Paola A. E. Der Schutz modularer Erzeugnisse im italienischen Recht

- in : GRUR Int. 1999, S. 698 – 704
- Fritze, Ulrich
Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche aus mittel-
barer Warenzeichenverletzung
in : GRUR 1956, S. 195 – 198
- Gaul, Dieter
Bartenbach, Kurt
Handbuch des Gewerblichen Rechtsschutzes
5. Auflage, Stand: 07/2002, Köln 1994
Band I
- Gerstenberg, Ekkehard
Die Entwicklung des Geschmacksmusterrechts
in : Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deut-
schen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und
Urheberrecht und ihrer Zeitschrift, Band I, Weinheim
1991, S. 691 – 725
(zitiert : Gerstenberg, FS Dt. Vereinigung GRUR I)
- ders.
Buddeberg, Michael
Geschmacksmustergesetz
3. Auflage, Heidelberg 1996
(zitiert : Gerstenberg/Buddeberg)
- Gewiese, Georg
Sklavische Nachahmung
in : GRUR 1936, S. 296 – 301
- Gleiss, Alf-Olav
Heide, Nils
Gewerblicher Rechtsschutz
1. Auflage, Bonn 2002
- Gloy, Wolfgang
Loschelder, Michael
Handbuch des Wettbewerbsrechts
3. Auflage, München 2005
(zitiert : Bearbeiter, in: Gloy/Loschelder, Hdb. Wettbe-
werbsR)
- dies.
Eingabe zum geänderten Vorschlag für eine Richtlinie
des Europäischen Parlaments und des Rates über den
Rechtsschutz von Mustern
in : GRUR 1996, S. 741 – 744
- Götte, Bertolt
Die Schutzdauer im wettbewerbsrechtlichen Leistungs-
schutz
Dissertation Universität Freiburg, 1999

- Götting, Horst-Peter
Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz –
Ein Überblick –
in : MittdtPat 2005, S. 12 – 20
- ders.
Wettbewerbsrecht – Das neue UWG
1. Auflage, München 2005
(zitiert : Götting, Wettbewerbsrecht)
- Grabrucker, Marianne
Zur Schutzfähigkeit von Produktformen als Marke
in : MittdtPat 2004, S. 106 – 116
- Groh, Bernd Martin
Die besondere Entscheidung – Die Übernahme fremder
Leistung im Wettbewerb
in : Jura 1984, S. 586 – 592
- Gruber, Michael
Wettbewerbsrechtlicher Nachahmungsschutz gegen
kompatible Produkte?
in : WBI 2000, S. 145 – 155
- Hacker, Franz
Eintragungsvoraussetzungen und Schutzzumfang von
nicht-konventionellen Marken
in : GRUR Int. 2004, S. 215 – 227
- ders.
Rechtsgrund und Reichweite des § 8 II Nr.1 MarkenG
in : GRUR 2001, S. 630 – 635
- Haratsch, Andreas
Koenig, Christian
Pechstein, Matthias
Europarecht
5. Auflage, Tübingen 2006
- Harte-Bavendamm, Henning
Henning-Bodewig, Frauke
Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)
1. Auflage, München 2004
(zitiert : Bearbeiter, in: Harte/Henning)
- Hasselblatt, Gordian N.
Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechts-
schutz
2. Auflage, München 2005
(zitiert : Bearbeiter, in: MAH Gewerbbl. Rechtsschutz)
- Haß, Peter
Gedanken zur sklavischen Nachahmung
in : GRUR 1979, S. 361 – 367

- Hefermehl, Wolfgang
 Köhler, Helmut
 Bornkamm, Joachim
 Hefermehl, Wolfgang
- Wettbewerbsrecht
 25. Auflage, München 2007
 (zitiert : Bearbeiter, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm)
- Rechtsfortbildung im Wettbewerbsrecht
 in : Richterliche Rechtsfortbildung – Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 331 – 351
- Heil, Ulf
 Roos, Michael
- Zur dreifachen Schadensberechnung bei Übernahme sonderrechtlich nicht geschützter Leistungen
 in : GRUR 1994, S. 26 – 31
- Heiland, Thomas
- Die Ausschließlichkeitsbindung bei Original-Ersatzteilen im Kfz-Handel
 Diplomarbeit Fachhochschule Dortmund, 1995
- Heinemann, Andreas
- Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung
 Habilitationsschrift Universität München, 2002
- Helfrich, Jörg Oliver
- Rechtsschutz der Mode
 Dissertation Universität Freiburg, 1992
- Henkel, Heinrich
- Bemerkungen zum Verhältnis von Recht und Politik
 in : Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin, New York 1974, S. 31 – 47
- Henning-Bodewig, Frauke
- Das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
 in : GRUR 2004, S. 713 – 720
- Herdegen, Matthias
- Europarecht
 8. Auflage, München 2006
- Herdzina, Klaus
- Einführung in die Mikroökonomik
 10. Auflage, München 2005
 (zitiert : Herdzina, Mikroökonomik)
- ders.
- Zur historischen Entwicklung der Wettbewerbstheorie
 in : Wettbewerbstheorie, Köln 1975, S. 15 – 28
 (zitiert : Herdzina, Wettbewerbstheorie)

- Hering, Hartmut
Gewerblicher Rechtsschutz
1. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1982
- Hertin, Paul W.
Urheberrecht
1. Auflage, München 2004
- Heße, Manfred
Wettbewerbsrecht
1. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 2006
- Heuss, Ernst
Allgemeine Markttheorie
1. Auflage, Zürich, Tübingen 1965
(zitiert : Heuss, Allgemeine Markttheorie)
- ders.
Wachstum und Wettbewerbsbeschränkungen
in : Wettbewerb als Aufgabe, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1968, S. 29 – 60
(zitiert : Heuss, Wachstum)
- Heyers, Johannes
Anmerkung zu BGH vom 2. Dezember 2004 „Klemmbausteine III“
in : JR 2005, S. 331 – 332
- ders.
Wettbewerbsrechtlicher Schutz gegen das Einschleichen in fremde Serien – Zugleich ein Beitrag zu Rang und Bedeutung wettbewerbsrechtlicher Nachahmungsfreiheit nach der UWG-Novelle
in : GRUR 2006, S. 23 – 27
- Hölder, Niels
Mittelbare Patentverletzung und Erschöpfung bei Austausch- und Verschleißteilen – Die „Flügelradzähler“-Entscheidung des BGH
in : GRUR 2005, S. 20 – 24
- ders.
Ersatzteile und Erschöpfung – Patentschutz für Geschäftsmodelle? – Die „Kaffe-Filterpad“-Entscheidung des OLG Düsseldorf
in : GRUR 2007, S. 96 – 98
- Hubmann, Heinrich
Götting, Horst-Peter
Gewerblicher Rechtsschutz
6. Auflage, München 1998

- (zitiert : Hubmann/Götting 6.Aufl.)
- dies. Gewerblicher Rechtsschutz
7. Auflage, München 2002
(zitiert : Hubmann/Götting)
- Hubmann, Heinrich Die sklavische Nachahmung
in : GRUR 1975, S. 230 – 239
- Immenga, Ulrich Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Mestmäcker, Ernst-Joachim 3. Auflage, München 2001
(zitiert : Bearbeiter, in: Immenga/Mestmäcker)
- Ingerl, Reinhard Markengesetz
Rohnke, Christian 2. Auflage, München 2003
- dies. Die Umsetzung der Markenrechts-Richtlinie durch das
deutsche Markengesetz
in : NJW 1994, S. 1247 – 1255
- Ingerl, Reinhard Rechtsverletzende und rechtserhaltende Benutzung im
Markenrecht
in : WRP 2002, S. 861 – 870
- Ipsen, Jörn Richterrecht und Verfassung
Dissertation Universität Göttingen, 1975
- Jacobs, Rainer Von Pumpen, Noppenbahnen und Laubheftern – Zum
wettbewerblichen Leistungsschutz bei technischen Er-
zeugnissen
in : Recht und Wettbewerb – Festschrift für Horst Helm,
München 2002, S. 71 – 86
- Janssen, Thomas Das neue UWG
Odörfer, Bernd 1. Auflage, Stuttgart, München, Hannover, etc. 2004
Wiume, Mark
- Jarass, Hans D. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Pieroth, Bodo 8. Auflage, München 2006
(zitiert : Bearbeiter, in: Jarass/Pieroth)
- Jenny, Andreas Die Nachahmungsfreiheit

- Dissertation Universität Zürich, 1996
- Jersch, Ralf
Ergänzender Leistungsschutz und Computersoftware
Dissertation Universität Münster, 1991
- Jestaedt, Bernhard
Patentrecht – ein fallbezogenes Lehrbuch
1. Auflage, Köln, Berlin, München 2005
(zitiert : Jestaedt, Patentrecht)
- ders.
Gibt es einen patentrechtlichen Teilschutz?
in : Materielles Patentrecht – Festschrift für Reimar König zum 70. Geburtstag, Köln, Berlin, Bonn, München 2003, S. 239 – 254
(zitiert : Jestaedt, FS für König)
- Joliet, René
Das Recht des unlauteren Wettbewerbs und der freie
Warenverkehr – Die Rechtsprechung des Europäischen
Gerichtshofs
in : GRUR Int. 1994, S. 1 – 14
- Kaess, Thomas
Die Merkmalsanalyse als Maßstab für die Eingriffsprüfung
im Patentverletzungsprozess
in : GRUR 2000, S. 637 – 648
- Kantzenbach, Erhard
Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs
2. Auflage, Habilitationsschrift Universität Hamburg,
1967
- Katz, Alfred
Staatsrecht – Grundkurs im öffentlichen Recht
16. Auflage, Heidelberg 2005
- Keil, Rainer
Patentverletzung durch Ausbessern von Verschleißteilen
in : MittdtPat 1983, S. 136 – 141
- Keller, Erhard
Der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz – Vom
Handlungsschutz zur Immaterialgüterrechtsähnlichkeit
in : Festschrift für Willi Erdmann, Köln, Berlin, Bonn,
München 2002, S. 595 – 611
- Kirchner, Christian
Patentrecht und Wettbewerbsbeschränkungen
in : Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation

- von Innovationen, Tübingen 1994, S. 157 – 187
- Kisker, Gunter
Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes
in : NJW 1977, S. 313 – 320
- Klaka, Rainer
Schutzfähigkeit der dreidimensionalen Benutzungsmarke
nach § 4 Nr.2 MarkenG
in : GRUR 1996, S. 613 – 618
- Klawitter, Christian
Die Ersatzteilfrage in der EG-
Geschmacksmusterrichtlinie
in : EWS 2001, S. 157 – 164
- Kling, Michael
Thomas, Stefan
Grundkurs Wettbewerbs- und Kartellrecht
1. Auflage, München 2004
- Kloss, Ingomar
Werbung
3. Auflage, München, Wien 2003
- Knies, Volker
Der wettbewerbliche Leistungsschutz – eine unzulässige
Rechtsfortbildung?
Dissertation Universität Hamburg, 1996
- Kohler, Josef
Handbuch des Deutschen Patentrechts in rechtsverglei-
chender Darstellung
1. Auflage, Mannheim 1900
- Koschtial, Ulrike
Das Gemeinschaftsgeschmacksmuster: Die Kriterien der
Eigenart, Sichtbarkeit und Funktionalität
in : GRUR Int. 2003, S. 973 – 982
- Kowal-Wolk, Tatjana
Schuster, Reinhardt
Patentverletzung im Reparatur-, Ersatzteil- und Alteilge-
schäft – Eine Bestandsaufnahme
in : Aktuelle Herausforderungen des geistigen Eigentums
– Festgabe von Freunden und Mitarbeitern für Friedrich-
Karl Beier zum 70. Geburtstag, Köln, Berlin, Bonn,
München 1996, S. 87 – 111
- Köhler, Helmut
Piper, Henning
Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
3. Auflage, München 2002
(zitiert : Bearbeiter, in: Köhler/Piper 3.Aufl.)

- Köhler, Helmut Individualwettbewerb und Gruppenwettbewerb
in : ZHR 146 (1982), S. 580 – 594
- ders. Der ergänzende Leistungsschutz: Plädoyer für eine gesetzliche Regelung
in : WRP 1999, S. 1075 – 1082
- König, Reimar Der Patentrechtliche Teilschutz – Schutz der Teil/Unterkombination
in : MittdtPat 1993, S. 32 – 41
- ders. Mittelbare Patentverletzung
in : MittdtPat 2000, S. 10 – 25
- Körber, Jochen Der Grundsatz der gemeinschaftsweiten Erschöpfung im Recht der Europäischen Union
Dissertation Universität Berlin, 1999
- Körner, Eberhard Markenrecht und Produktschutz durch die dreidimensionale Marke
Gründig-Schnelle, Kerstin
in : GRUR 1999, S. 535 – 541
- Kraft, Alfons Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht
Habilitationsschrift Universität Erlangen-Nürnberg, 1963
- Kraßer, Rudolf Patentrecht
5. Auflage, München 2004
(zitiert : Kraßer, Patentrecht)
- ders. Die Entwicklung des Gebrauchsmusterrechts
in : Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift, Band I, Weinheim 1991, S. 617 – 689
(zitiert : Kraßer, FS Dt. Vereinigung GRUR I)
- Krüger, Christof Der Schutz kurzlebiger Produkte gegen Nachahmungen (Nichttechnischer Bereich)
in : GRUR 1986, S. 115 – 126

- ders. Produktformmarken im Verletzungsprozess
in : Festschrift für Willi Erdmann, Köln, Berlin, Bonn,
München 2002, S. 357 – 374
(zitiert : Krüger, FS für Erdmann)
- ders. Die „Noppenbahn-Doktrin“ – Ein Irrweg? Zum Erfor-
von Gamm, Eva-Irina dernis der Bekanntheit im ergänzenden wettbewerbs-
rechtlichen Leistungsschutz
in : WRP 2004, S. 978 – 985
- Kunze, Jürgen M. Das neue Geschmacksmusterrecht
1. Auflage, Köln 2004
- Kur, Annette Die Auswirkungen des neuen Geschmacksmusterrechts
auf die Praxis
in : GRUR 2002, S. 661 – 670
- dies. Die Zukunft des Designschutzes in Europa – Muster-
recht, Urheberrecht, Wettbewerbsrecht
in : GRUR Int. 1998, S. 353 – 359
- dies. Europäische Geschmacksmusterrechtsrichtlinie verab-
schiedet
in : GRUR Int. 1998, S. 977 – 982
- dies. Formalschutz dreidimensionaler Marken – neue Aufga-
ben für die Markenabteilung des Deutschen Patentamts
in : DPA – 100 Jahre Marken[®]-Amt – Festschrift, Mün-
chen 1994, S. 175 – 196
(zitiert : Kur, FS 100 Jahre Marken-Amt)
- dies. Anmerkung zu Court of Appeal (Kanada) vom 12. De-
zember 1995 „Rasierapparatkopf“
in : GRUR Int. 1997, S. 1026 – 1028
- dies. Der wettbewerbliche Leistungsschutz – Gedanken zum
wettbewerbsrechtlichen Schutz von Formgebungen, be-
kannten Marken und „Characters“
in : GRUR 1990, S. 1 – 15

- dies. Nachahmungsschutz und Freiheit des Warenverkehrs –
der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz aus der Per-
spektive des Gemeinschaftsrechts –
in : Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken 2006, S.
717 – 735
(zitiert : FS für Ullmann)
- Kurz, Peter Weltgeschichte des Erfindungsschutzes
1. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2000
- Laas, Bernhard Der wettbewerbsrechtliche Schutz von Geschäftsmetho-
den – Der Leistungsschutz nach der Reform des UWG
Dissertation Universität München, 2004
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft
Canaris, Claus-Wilhelm 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, etc. 1995
- Lehmann, Michael Bürgerliches Recht und Handelsrecht – eine juristische
und ökonomische Analyse
1. Auflage, Stuttgart 1983
(zitiert : Lehmann, Bürgerliches Recht und HandelsR)
- ders. Eigentum, geistiges Eigentum, gewerbliche Schutzrechte
in : GRUR Int. 1983, S. 356 – 362
- ders. Theorie der Property Rights und Schutz des geistigen
und gewerblichen Eigentums – Wettbewerbsbeschrän-
kungen zur Förderung des Wettbewerbs
in : Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Ber-
lin 1983, S. 519 – 535
(zitiert : Lehmann, Property Rights)
- Lehmler, Lutz Das Recht des unlauteren Wettbewerbs
1. Auflage, Neuwied, Kriftel 2002
- Lehr, Dirk Wettbewerbsrecht
2. Auflage, Heidelberg 2004
- Lettl, Tobias Das neue UWG
1. Auflage, München 2004

- (zitiert : Lettl, UWG)
- ders. Kartellrecht
1. Auflage, München 2005
(zitiert : Lettl, Kartellrecht)
- Lewalter, Ivo Die Fühlmarke
Schrader, Paul T. in : GRUR 2005, S. 476 – 481
- Lindenmaier, Fritz Über Erschöpfung des Patentrechts, Ausbesserung, Wiederherstellung und Ersatz in Verkehr gebrachter patentgeschützter Vorrichtungen und ihrer Teile
in : GRUR 1952, S. 294 – 299
- Lippich, Wolfgang Anmerkung zu OLG Celle vom 28. Januar 1998 „Kompatible Computer Diskette“
in : MittdtPat 1998, S. 479
- Lorenzen, Birte Designschutz im europäischen und internationalen Recht
Dissertation Universität Hamburg, 2002
- Loschelder, Michael Der Schutz technischer Entwicklungen und praktischer Gestaltungen durch das Marken- und Lauterkeitsrecht –
–Versuch einer Bewertung der Rechtsprechung der letzten zwei Jahre
in : GRUR Int. 2004, S. 767 – 771
- Loth, Hans-Friedrich Gebrauchsmustergesetz
1. Auflage, München 2001
- Lubberger, Andreas Grundsatz der Nachahmungsfreiheit?
in : Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken 2006, S. 737 – 754
- Luchterhandt, Hans-Friedrich Die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit der unmittelbaren Ausnutzung fremder Leistung
in : GRUR 1969, S. 581 – 593
- Machlup, Fritz Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts –
1. Teil
in : GRUR Int. 1961, S. 373 – 390

- ders. Patentwesen – Geschichtlicher Überblick
in : HdSW, Bd. 8, Göttingen 1964, S. 231 – 240
- Malzer, Erich Zum Vertrieb von Ersatzteilen, Zubehörstücken und Zusatzgeräten zu fremden Erzeugnissen
in : GRUR 1977, S. 642 – 646
- Martin, Suse Imitationsanreiz und Schutz vor Nachahmung im Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
Dissertation Universität Tübingen, 1981
- Matutis, Cornelius UWG – Praktikerkommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
1. Auflage, Berlin 2005
- Maunz, Theodor Grundgesetz – Kommentar
Dürig, Günter Band III: Artikel 17 – 27
Stand: 11/2006, München
(zitiert : Bearbeiter, in: Maunz/Dürig III)
- Maurer, Hartmut Staatsrecht I – Grundlagen – Verfassungsorgane – Staatsfunktionen
4. Auflage, München 2005
- Max, Dietrich Hubert Sittenverstoß bei Ausnutzung nicht geschützter gewerblicher Leistungen
Dissertation Universität Göttingen, 1975
- Mees, Hans-Kurt Verbandsklagebefugnis in Fällen des ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutzes
in : WRP 1999, S. 62 – 67
- Mes, Peter Die mittelbare Patentverletzung
in : GRUR 1998, S. 281 – 283
- ders. Patentgesetz – Gebrauchsmustergesetz
2. Auflage, München 2005
(zitiert : Mes PatG)
- Meyer, Willi Entwicklung und Bedeutung des Property-Right-Ansatzes in der Nationalökonomie

- ders. Zur Rechtsfigur des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes
in : GRUR 1993, S. 247 – 255
- Nordemann, Axel Wettbewerbsrecht – Markenrecht
Nordemann, Jan Bernd 10. Auflage, Baden-Baden 2004
Nordemann, Wilhelm
- Ohly, Ansgar Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs
Dissertation Universität München, 1995
- ders. Klemmbausteine im Wandel der Zeit – ein Plädoyer für eine strikte Subsidiarität des UWG-Nachahmungsschutzes –
in : Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken 2006, S. 795 – 812
(zitiert : Ohly, FS für Ullmann)
- Oppermann, Thomas Europarecht
3. Auflage, München 2005
- Osterloh, Eilert Schutzrechtserweiterung durch Abstraktion in der Rechtsprechung des BGH
in : GRUR 2001, S. 989 – 991
- Osterrieth, Christian Patentrecht
2. Auflage, München 2004
(zitiert : Osterrieth, Patentrecht)
- ders. Der Nachahmungsschutz beim nicht eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmuster und beim wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz
in : Festschrift für Winfried Tilmann, Köln, Berlin, Bonn, München 2003, S. 221 – 237
(zitiert : Osterrieth, FS für Tilmann)
- Pilla, Marcus Der Schutz von Ersatzteilen zwischen Geschmacksmuster- und Kartellrecht
Dissertation Universität Konstanz, 1999

- Pinzger, Eberhard
Mittelbare Warenzeichenverletzung
in : JW 1939, S. 81 – 83
- Piper, Henning
Ohly, Ansgar
Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
4. Auflage, München 2006
(zitiert : Bearbeiter, in: Piper/Ohly)
- Platz, Gunda
Die gesetzliche Neuregelung der vergleichenden Werbung
in : NJW 2000, S. 3161 – 3169
- Posner, Richard A.
Easterbrook, Frank H.
Antitrust – cases, economic notes and other materials
2. Auflage, St. Paul 1981
- Preu, Albert
Die unmittelbare und die mittelbare Benutzung
in : GRUR 1980, S. 697 – 699
- Quiring, Andreas
Zum wettbewerbsrechtlichen Schutz von kurzlebigen Produkten gegen Nachahmung
in : WRP 1985, S. 684 – 689
- Rauda, Christian
Abschied des BGH vom „Einschieben in eine fremde Serie“?
in : GRUR 2002, S. 38 – 42
- Recktenwald, Horst Claus
Der Wohlstand der Nationen – Übersetzung und Würdigung von Adam Smith, „An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations“, 5. Auflage, London 1789
8. Auflage, München 1999
- Rehbinder, Manfred
Urheberrecht
14. Auflage, München 2006
- Rehmann, Torsten
Geschmacksmusterrecht
1. Auflage, München 2004
- Reimer, Eduard
Normenaufstellung zur Frage der Benutzung fremder Arbeit und Gedanken (der Ausbeutung des Arbeitsergebnisses und des sklavischen Nachbaus)
in : GRUR 1933, S. 454 – 469

- Reimer, Ernst
Mittelbare Verletzungshandlungen auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes
in : JR 1951, S. 307 – 310
- Riehle, Gerhard
EG-Geschmacksmusterschutz und Kraftfahrzeug-Ersatzteile
in : GRUR Int. 1993, S. 49 – 70
- ders.
Das europäische Musterrecht und die „Ersatzteilfrage“
in : EWS 1999, S. 7 – 12
- Riesenhuber, Karl
Lego – Stein des Anstoßes – Zum ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz
in : WRP 2005, S. 1118 – 1123
- Ring, Gerhard
Grundsatz der Nachahmungsfreiheit und Unlauterkeitsrecht – Nachahmungsfreiheit versus wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz –
1. Auflage, Freiberg 1999
- Rittner, Fritz
Wettbewerbs- und Kartellrecht
6. Auflage, Heidelberg 1999
- Rogge, Hans-Jürgen
Werbung
6. Auflage, Ludwigshafen (Rhein) 2004
- Rübel, Clemens
Patentschutz bei Reparatur- und Ersatzteulfällen
in : GRUR 2002, S. 561 – 565
- Sachs, Michael
Grundgesetz
3. Auflage, München 2003
(zitiert : Bearbeiter, in: Sachs GG)
- Sack, Rolf
Das Einschleusen in eine fremde Serie: Sonderfall oder Normalfall des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes?
in : Festschrift für Willi Erdmann, Köln, Berlin, Bonn, München 2002, S. 697 – 718
(zitiert : Sack, FS für Erdmann)
- ders.
Nachahmen im Wettbewerb

- in : ZHR 160 (1996), S. 493 – 508
- ders. Das Kopieren von Noten gemeinfreier Werke der Musik nach deutschem Urheber- und Wettbewerbsrecht
in : Mélanges Joseph Voyame – Recueil de travaux offerts à Joseph Voyame, Lausanne 1989, S. 225 – 239
(zitiert : Sack, Mélanges Voyame)
- ders. Bewegliche Systeme im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht
in : Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Wien, New York 1986, S. 177 – 198
(zitiert : Sack, Das Bewegliche System)
- ders. Die lückenfüllende Funktion der Generalklausel des § 3 UWG
in : WRP 2005, S. 531 – 544
- ders. Die Toshiba-Entscheidung des EuGH zur vergleichenden Werbung
in : WRP 2002, S. 363 – 367
- ders. Vergleichende Werbung nach der UWG-Novelle
in : WRP 2001, S. 327 – 349
- ders. Markenschutz und UWG
in : WRP 2004, S. 1405 – 1425
- ders. Der Erschöpfungsgrundsatz im deutschen Immaterialgüterrecht
in : GRUR Int. 2000, S. 610 – 616
- ders. Die lückenfüllende Funktion der Sittenwidrigkeitsklauseln
in : WRP 1985, S. 1 – 15
- Sambuc, Thomas Der UWG-Nachahmungsschutz
1. Auflage, München 1996
(zitiert : Sambuc, Nachahmungsschutz)
- ders. Die Eigenart der „wettbewerblichen Eigenart“

- in : GRUR 1986, S. 130 – 140
- ders. Tatbestand und Bewertung der Rufausbeutung durch
Produktnachahmung
in : GRUR 1996, S. 675 – 678
- Schack, Haimo Urheber- und Urhebervertragsrecht
3. Auflage, Tübingen 2005
- Schartel, Klaus Der wettbewerbsrechtliche Schutz vor qualitativ gering-
wertigen Ersatz- und Nachbauteilen – Zugleich Anmer-
kung zu OLG München – 6 U 6446/93
in : WRP 1995, S. 901 – 904
- Schäfer, Hans-Bernd Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts
Ott, Claus 4. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 2005
- Scherer, Inge Partielle Verschlechterung der Verbrauchersituation
durch die europäische Rechtsvereinheitlichung bei ver-
gleichender Werbung?
in : WRP 2001, S. 89 – 97
- Schiama, Daniele Formulierung und Auslegung von Patentansprüchen nach
europäischem, deutschem und italienischem Recht
Dissertation Universität München, 2000
- Schliebs, G. Merkmalanalyse und Schutz der Unterkombination eines
Geschmacksmusters
in : GRUR 1979, S. 685 – 688
- Schlüter, Wilfried Das obiter dictum – Die Grenzen höchstrichterlicher Ent-
scheidungs begründung, dargestellt an Beispielen aus der
Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts
Habilitationsschrift Universität Münster, 1973
- Schmalz, Dieter Methodenlehre für das juristische Studium
4. Auflage, Baden-Baden 1998
- Schmidbauer, Herbert Allokation, technischer Fortschritt und Wettbewerbspoli-
tik
1. Auflage, Tübingen 1974

- Schmidt, Ingo
Wettbewerbspolitik und Kartellrecht
8. Auflage, Stuttgart 2005
(zitiert : I. Schmidt, Wettbewerbspolitik)
- ders.
Marktphasen und Wettbewerb
- Rittaler, Jan B.
in : WiSt 1987, S. 597 – 602
- Schmidt, Karsten
Eidenmüller, Horst
Zur Schutzdauer wegen vermeidbarer Herkunftstäu-
schung bei technischen Produkten
in : GRUR 1990, S. 337 – 341
- Schmieder, Hans-Heinrich
Deutsches Patentrecht in Erwartung des europäischen
Gemeinschaftspatents
in : NJW 1980, S. 1190 – 1196
- Schneider, Hans-Peter
Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht
1. Auflage, Frankfurt a. M. 1969
- Schrader, Paul T.
Begrenzung des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen
Leistungsschutzes
in : WRP 2005, S. 562 – 564
- Schramm, Carl
Der Patentverletzungsprozess
5. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2005
- Schredelseker, Klaus
Kommentar zu Christian Kirchner: Patentrecht und Recht
der Wettbewerbsbeschränkungen
in : Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation
von Innovationen, Tübingen 1994, S. 188 – 197
- Schroeter, Kurt
Die Sittenwidrigkeit bei der Benutzung fremder Arbeit
und Gedanken im Wettbewerb
in : GRUR 1949, S. 228 – 236
- Schulte, Rainer
Patentgesetz mit Europäischem Patentübereinkommen
7. Auflage, Köln, Berlin, München 2005
(zitiert : Bearbeiter, in: Schulte PatG)
- ders.
Patentgesetz mit Europäischem Patentübereinkommen
5. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1994
(zitiert : Schulte, PatG 5.Aufl.)

- Schulte-Beckhausen, Thomas
Das Verhältnis von § 1 UWG zu den gewerblichen Schutzrechten und zum Urheberrecht
Dissertation Universität Bonn, 1993
- Schulz, Andreas
Grenzlينien zwischen Markenrecht und wettbewerblichem Leistungsschutz
in : Recht und Wettbewerb – Festschrift für Horst Helm, München 2002, S. 237 – 252
- Schulze, Gernot
Sind neue Leistungsschutzrechte erforderlich?
in : ZUM 1989, S. 53 – 64
- Schwanhäusser, Hermann
Der Schutzzumfang von Patenten nach neuem Recht
in : MittdtPat 1982, S. 186 – 187
- Schwarze, Jürgen
EU-Kommentar
1. Auflage, Baden-Baden 2000
(zitiert : Bearbeiter, in: Schwarze EU-Kommentar)
- Schwintowski, Hans-Peter
Juristische Methodenlehre
1. Auflage, Frankfurt am Main 2005
- Spätgens, Klaus
Produktausstattung und ästhetisch wirkende Produktgestaltung – Möglichkeiten und Grenzen des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Schutzes vor Nachahmung gemäß § 1 UWG –
in : Festschrift für Walter Oppenhoff, München 1985, S. 407 – 432
- Speyart, Herman M.H.
The Grand Design – An Update on the E.C. Design Proposals, Following the Adoption of a Common Position on the Directive
in : EIPR 1997, S. 603 – 612
- Starck, Joachim
Markenmäßiger Gebrauch – Besondere Voraussetzung für die Annahme einer Markenverletzung? –
in : GRUR 1996, S. 688 – 693
- ders.
Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum neuen Markenrecht

- in : WRP 1996, S. 269 – 274
- ders. Zur mittelbaren Verletzung von Kennzeichenrechten
in : Festschrift für Henning Piper, München 1996, S. 627
– 637
(zitiert : Starck, FS für Piper)
- Steckler, Brunhilde Grundzüge des gewerblichen Rechtsschutzes
2. Auflage, München 1996
- Stern, Klaus Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland
Band II: Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und
Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung
1. Auflage, München 1980
(zitiert : Stern, StaatsR II)
- Stieper, Malte Das Verhältnis von Immaterialgüterrechtsschutz und
Nachahmungsschutz nach neuem UWG
in : WRP 2006, S. 291 – 302
- Stolz, Ekkehard Geschmacksmuster- und markenrechtlicher Designschutz
Dissertation Universität Tübingen, 2002
- Streinz, Rudolf EUV / EGV – Vertrag über die Europäische Union und
Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften
1. Auflage, München 2003
(zitiert : Bearbeiter, in: Streinz EUV/EGV)
- Ströbele, Paul Markengesetz
Hacker, Franz 8. Auflage, Köln, Berlin, München 2006
Kirschneck, Irmgard (zitiert : Bearbeiter, in: Ströbele/Hacker)
- Ströbele, Paul Die Eintragungsfähigkeit neuer Marken
in : GRUR 1999, S. 1041 – 1050
- Teschemacher, Rudolf Die mittelbare Patentverletzung
Dissertation Universität München, 1974
- Tessin, Claus Zur kartellrechtlichen Zulässigkeit von Bezugs- und
Verwendungsbindungen für Kfz-Ersatzteile
in : ZGR 1982, S. 634 – 641

Band III : Deutschland

1. Auflage, München, Köln 1968

von Bassewitz, Katharina

Trade Dress und Functionality – Ein Vergleich des marken- und wettbewerbsrechtlichen Schutzes von Produktformen in den USA und Deutschland – Zugleich eine Anmerkung zum Urteil Antioch Co. v. Western Trimming Corp.

in : GRUR Int. 2004, S. 390 – 395

von Falck, Kurt

Patentauslegung und Schutzzumfang

in : Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift, Band I, Weinheim 1991, S. 543 – 584

von Gamm, Otto-Friedrich

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

3. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1993

(zitiert : O.-F. von Gamm, UWG)

ders.

Geschmacksmustergesetz

2. Auflage, München 1989

(zitiert : O.-F. von Gamm, GeschmMG)

ders.

Das Gemeinschaftsmuster

in : Festschrift für Alfred-Carl Gaedertz zum 70. Geburtstag, München 1992, S. 197 – 208

(zitiert : O.-F. von Gamm, FS für Gaedertz)

ders.

Die sklavische Nachahmung

in : GRUR 1978, S. 453 – 457

von Harder, Hermann L.

Dem Markterschließer ein Monopol? Bemerkungen zu den BGH-Urteilen „Klemmbausteine“ und „Buntstreifensatin“

in : GRUR 1969, S. 659 – 661

von Linstow, Bernhard

Die Verwendung fremder Zeichen zur Bezeichnung fremder Waren

in : WRP 2000, S. 955 – 959

- von Mangoldt, Hermann
Klein, Friedrich
Starck, Christian
Kommentar zum Grundgesetz
Band II: Artikel 20 – 82
5. Auflage, München 2005
(zitiert : Bearbeiter, in: von Mangoldt/Klein/Starck II)
- von Mühlendahl, Alexander
Ohlgart, Dietrich C.
von Bomhard, Verena
Die Gemeinschaftsmarke
1. Auflage, München 1998
- von Münch, Ingo
Kunig, Philip
Grundgesetz-Kommentar
Band II: Artikel 20 – 69
5. Auflage, München 2001
(zitiert : Bearbeiter, in: von Münch/Kunig II)
- von Ungern-Sternberg, Joachim
Wettbewerbsbezogene Anwendung des § 1 UWG und
normzweckgerechte Auslegung der Sittenwidrigkeit
in : Festschrift für Willi Erdmann, Köln, Berlin, Bonn,
München 2002, S. 741 – 763
- von Weizsäcker, Carl Christian
Rechte und Verhältnisse in der modernen Wirtschaftsleh-
re
in : Kyklos – Internationale Zeitschrift für Sozialwissen-
schaften 1981, S. 345 – 376
- Wadle, Elmar
Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wett-
bewerb von 1896 – Etappe eines zögerlichen Beginns
in : JuS 1996, S. 1064 – 1067
- Waibel, Eberhard
Warenzeichenrechtliche und wettbewerbsrechtliche Fra-
gen des Ersatzteil-, Zubehör und Reparaturgewerbes
1. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1977
- Walch, Dieter Erich
Ergänzender Leistungsschutz nach § 1 UWG – „Ersatz-
Ausschließlichkeitsrechte“ bei Computerprogrammen
und ästhetischen Schöpfungen
Dissertation Universität Bayreuth, 1990
- Wandtke, Artur
Ohst, Claudia
Zur Reform des deutschen Geschmacksmustergesetzes
in : GRUR Int. 2005, S. 91 – 102

- Wank, Rolf
Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung
Dissertation Universität Köln, 1978
- Weihrauch, Frank
Der unmittelbare Leistungsschutz im UWG
Dissertation Humboldt-Universität Berlin, 2001
- Wiedmann, Christian
Die mittelbare Kennzeichnung
Dissertation Universität Konstanz, 1997
- Wilhelm, Hans
Der Schutz kurzlebiger Produkte gegen Nachahmung
(Technische Produktgestaltungen)
in : GRUR 1986, S. 126 – 130
- Willgerodt, Hans
Die gesellschaftliche Aneignung privater Leistungserfolge als Grundelement der wettbewerblichen Marktwirtschaft
in : Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung – Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, Tübingen 1975, S. 687 – 705
- Würtenberger, Gert
Waren als Marken – Die Eintragungspraxis des DPMA und die Rechtsprechung des BPatG im Lichte der Rechtsprechung des EuGH
in : GRUR 2003, S. 912 – 919
- Zech, Stefan M.
Die Ersatzteil- und Zubehörproblematik im gewerblichen Rechtsschutz
in : MittPat 2000, S. 195 – 198
- Zentek, Sabine
Designschutz – Fallsammlung zum Schutz kreativer Leistungen
1. Auflage, Düsseldorf 2003

Einleitung

A. Einführung in die Problematik

Im modernen Wirtschaftsleben erschöpft sich für den Anbieter von Waren ein Geschäft oft nicht im Verkauf eines Hauptprodukts. In vielen Fällen kann dieses Hauptprodukt noch ergänzt werden. Da dieser, den Ergänzungsbedarf der Konsumenten abdeckende Markt von nicht unerheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sein kann,¹ ist er unter den Konkurrenten hart umkämpft. Die daraus resultierenden Probleme sollen anhand des folgenden Beispiels aufgezeigt werden.

Das Unternehmen des A produziert Tintenstrahldrucker. Nach einjähriger Entwicklungsarbeit bringt A das neueste Modell, den „T 1000“ auf den Markt. Daneben bietet er noch zu diesem Gerät passende Druckerpatronen an. Als K, dessen Unternehmen mit dem des A konkurriert, von der neuesten Entdeckung des A, dem „T 1000“ erfährt, fürchtet er um seine Marktposition. Zwar ist er mangels Finanzkraft nicht in der Lage, selbst einen neuen Tintenstrahldrucker zu entwickeln, jedoch möchte er eine für den „T 1000“ kompatible Druckerpatrone auf den Markt bringen. Auf diese Kompatibilität soll sowohl in der Werbung als auch auf der Verpackung der Patrone selbst mit den Worten „passend für T 1000“ hingewiesen werden. A ist erbost über das Vorhaben des K. Es könne doch nicht angehen, dass sein Konkurrent Druckerpatronen für den von ihm entwickelten Tintenstrahldrucker herstelle und vertreibe. Zumindest aber dürfe im Rahmen der Werbung für das Konkurrenzprodukt nicht der „Name“ seines „T 1000“ verwendet werden. Unabhängig davon, ob er gegen den Vertrieb bzw. die Werbung vorgehen könne, wolle er jedenfalls seine Abnehmer vertraglich verpflichten, nur seine eigenen Druckerpatronen anzubieten.

¹ So betrug der Umsatz mit Kraftwagen- und Kraftwagenmotorenteilen sowie mit entsprechendem Zubehör im Jahr 2003 in Deutschland dem Statistischen Bundesamt zufolge 53,58 Mrd. €; vgl. http://www.hessen-agentur.de/mm/Automobilprofil_WB33.pdf (Stand: 24.05.2006).

Dieses Beispiel ist in zweierlei Hinsicht aufschlussreich. Zum einen veranschaulicht es den wesentlichen Interessenkonflikt auf dem Markt für Ergänzungsprodukte. Der Anbieter des Hauptprodukts (hier: A) hat nicht selten ein Interesse daran, den durch sein Produkt entstehenden Ergänzungsbedarf für sich abzusichern.² Er fragt sich, ob und wenn ja wie er das Eindringen von Mitstreitern in diesen Bereich verhindern kann. Die Konkurrenz (hier: K) ist demgegenüber daran interessiert, den Ergänzungsbedarf des fremden Erzeugnisses soweit wie möglich selbst zu befriedigen.

Zum anderen werden die drei Ebenen angesprochen, auf denen sich der Schutz des Ergänzungsbedarfs praktisch realisieren ließe. Der Anbieter des Hauptprodukts wird in erster Linie bereits die Herstellung, jedenfalls aber den Vertrieb von Ergänzungsprodukten durch seinen Konkurrenten (hier: Herstellung bzw. Vertrieb der Druckerpatronen) verhindern wollen. Erst in zweiter Linie gewinnt dann die Frage an Bedeutung, in welchem Maße eine auf das Hauptprodukt Bezug nehmende und insoweit vom Ergänzungsbedarf profitierende Werbung (hier: passend für „T 1000“) hinzunehmen ist. Schließlich kann das Eindringen eines Mitbewerbers in einen Markt auch dadurch erschwert werden, dass es den Abnehmern des Hauptprodukts vertraglich untersagt wird, die Ergänzungsartikel der Konkurrenz zu vertreiben (hier: nur Druckerpatronen des A dürfen angeboten werden).

Aus der Sicht eines Unternehmers ist es wünschenswert, bereits so früh wie möglich zu verhindern, dass Konkurrenten in den selbst erschlossenen „Markt“ eindringen. Daher wird die Frage, inwieweit schon die Herstellung bzw. der Vertrieb von Ergänzungsartikeln untersagt werden kann, für den Produzenten des Hauptprodukts von ganz besonderem Interesse sein; denn allein ein Vorgehen gegen die Herstellung bzw. gegen den Vertrieb von Ergänzungsprodukten ermöglicht es, „das Übel an der Wurzel zu packen“. Da zudem die Zahl der sich mit den anderen beiden Bereichen – der Bezugnehmenden Werbung einerseits und den Ausschließlichkeitsvereinbarungen andererseits – beschäftigenden Rechtsprechung und Literatur recht umfang-

² Insoweit zum wirtschaftlich bedeutenden Bereich der Automobilwirtschaft: Gruber, WBl 2000, 145, 153; Sack, in: Amann/Lambsdorff, 3.2. Rn 916 S. 14.

reich ist,³ soll sich die vorliegende Arbeit auf die erste und effektivste Möglichkeit zur Absicherung eines Ergänzungsbedarfs beschränken. Ziel ist es dabei zu untersuchen, wie die sich aus dem oben⁴ beschriebenen Interessenkonflikt ergebenden Probleme im geltenden Recht gelöst werden. Es soll herausgearbeitet werden, inwieweit der in einem Produkt vorhandene Ergänzungsbedarf gegenüber Dritten abgesichert werden kann. Bevor allerdings die rechtlichen Schutzmechanismen im Einzelnen näher betrachtet werden können, ist zunächst – gleichsam als notwendige Voraussetzung einer fundierten wissenschaftlichen Untersuchung – der Gegenstand der Betrachtung genauer zu bezeichnen.

B. Gegenstand der Betrachtung

I. Begriff des Ergänzungsbedarfs

Der „Ergänzungsbedarf“ bezeichnet die Nachfrage der Abnehmer nach den Waren, mit denen die Hauptprodukte nach ihrer Markteinführung ergänzt werden können. In welchen Fällen lässt sich aber von der „Ergänzung“ eines Produkts sprechen, d.h. wann handelt es sich um *Ergänzungsprodukte*? Bei engem Textverständnis könnte „ergänzen“ mit „vervollständigen“ gleichgesetzt werden. Eine Sache wird demnach „ergänzt“, wenn einer ihrer Bestandteile ausgetauscht oder auf sonstige Weise (wieder) funktionstüchtig gemacht wird. Legt man dagegen einen etwas weiteren Wortsinn zu Grunde, „ergänzt“ man ein Erzeugnis auch dann, wenn es durch zusätzliche Waren erweitert wird. Im Rahmen dieser Arbeit soll aufgrund der folgenden Überlegung von einem weiten Begriffsverständnis ausgegangen werden. Der Hersteller des Hauptprodukts hat nicht selten ein Interesse daran, sich den

³ Vgl. zur Bezug nehmenden Werbung: EuGH GRUR Int. 2002, 50 ff. „Toshiba“; BGH GRUR 1956, 553 ff. „Coswig“; BGH WRP 1996, 713 ff.; BGH WRP 2003, 637 ff. „Ersetzt“; Egerer, 1.Kapitel D, 4.Kapitel D; Dittmer, WRP 2005, 955 ff.; Sack, WRP 2001, 327 ff.; ders., WRP 2002, 363 ff. Vgl. zu Ausschließlichkeitsvereinbarungen im Hinblick auf Kfz-Ersatzteile: BGH MDR 1963, 108 f. „Original-Ersatzteile“; BGHZ 81, 322 ff. „Original-VW-Ersatzteile II“; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, § 16 Rn 59; Bunte, DB 1980, 1153 ff; Köhler, ZHR 146 (1982), 580 ff; Baur, JA 1987, 118, 121; Tessin, ZGR 1982, 634 ff; Heiland, 1 ff.

⁴ Siehe Seite 2.

gesamten „Ergänzungsbedarf“ seines Produkts abzusichern. Ebenso werden Konkurrenten häufig versuchen, diesen durch das fremde Hauptprodukt geschaffenen Ergänzungsbedarf so weit wie möglich für sich nutzbar zu machen. Ob sich die Nachfrage der Abnehmer dabei auf die Vervollständigung oder die Erweiterung der Ware bezieht, macht für beide Beteiligten keinen Unterschied. Da die oben⁵ beschriebene Interessenkollision in beiden Situationen gleichermaßen auftritt, bietet es sich an, auch beide Fragenkreise in diese Untersuchung einzubeziehen. Wenn also im Folgenden gefragt wird, inwieweit der in einem Produkt enthaltene Ergänzungsbedarf abgesichert werden kann, so ist damit der Nachfragemarkt sowohl hinsichtlich der Vervollständigung als auch der Erweiterung gemeint. Von dieser Definition ausgehend lassen sich Ergänzungsprodukte grob in vier Kategorien einteilen: Ersatzteile, Zubehör, Serienprodukte sowie Verbrauchsmaterialien.

II. Ersatzteile

Ersatzteile sind solche Gegenstände, die Bestandteile des Hauptprodukts, deren Funktionsfähigkeit beeinträchtigt oder aufgehoben ist, ersetzen.⁶ Das Bedürfnis des Abnehmers nach Ergänzung entsteht also deshalb, weil ein Teil des Geräts defekt ist. Ersatzteile dienen somit dazu, die ursprüngliche Funktionsfähigkeit des Hauptezeugnisses wiederherzustellen.

III. Zubehör

Von den Ersatzteilen zu unterscheiden ist das Zubehör. Einen ersten Anhaltspunkt für eine Differenzierung bietet § 97 BGB. Danach handelt es sich beim Zubehör um bewegliche Sachen, die bestimmungsgemäß dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache dienen und zu dieser in einem entsprechenden räumlichen Verhältnis stehen, § 97 Satz 1 BGB. Die Zubehöreigenschaft setzt aber des Weiteren in negativer Hinsicht voraus, dass es sich nicht um einen Bestandteil der Hauptsache handelt. Die Abgrenzung der Ersatzteile – als Ersatz für einen Bestandteil des Hauptgeräts – vom Zube-

⁵ Siehe Seite 2.

⁶ Malzer, GRUR 1977, 642, 644; BGH GRUR 1958, 343 „Bohnergerät“.

hör wird von § 97 BGB also nicht vorgenommen, sondern vorausgesetzt.⁷ Auch die Beschreibung des Zubehörs als all jene Waren, die nicht zur Grundausrüstung gehören, gibt angesichts der Vielfalt verschiedener Grundausrüstungen kein effektives Unterscheidungskriterium an die Hand.⁸ Der maßgebliche Unterschied zwischen beiden Ergänzungsprodukten ist in ihren Zweckbestimmungen begründet. Ersatzteile sollen einzig und allein die Funktionsfähigkeit des Geräts wiederherstellen. Zubehör ist demgegenüber für das Hauptprodukt mit einem über die schlichte Funktionsfähigkeit hinausgehenden „Nutzeffekt“ verbunden.⁹ Der Ergänzungsbedarf des Abnehmers resultiert beim Zubehör also nicht (zwingend) aus der Unbrauchbarkeit eines Bestandteils, sondern (insbesondere) aus dem Wunsch, diese zusätzliche Funktion für sich nutzbar zu machen.

Innerhalb der Gruppe des Zubehörs kann wiederum zwischen zwei unterschiedlichen Produktgattungen unterschieden werden. Auf der einen Seite sind dies die Zusatzgeräte. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass sie vollkommen selbstständig neben das Hauptprodukt treten. Möchte der Besitzer eines Hauptprodukts die mit einem Zusatzgerät verbundene zusätzliche Funktion für sich ausnutzen, so muss dafür kein Bestandteil der Grundausrüstung der Hauptsache ausgetauscht werden. Es handelt sich vielmehr um eine vollständig eigenständige Ware.¹⁰ Davon ist auf der anderen Seite das Zubehör im engeren Sinne zu unterscheiden. Auch diese Unterart des Zubehörs bietet der Hauptware einen zusätzlichen Nutzeffekt. Kennzeichnend für das Zubehör im engeren Sinne ist jedoch der Umstand, dass es gegen einen Bestandteil der Hauptsache ausgetauscht werden muss, damit dessen Besitzer von dem zusätzlichen Nutzen profitieren kann. Beim Zubehör im engeren Sinne handelt es sich somit um Bestandteile der Hauptsache, die diese mit einem zusätzlichen Nutzeffekt ausstatten.¹¹

⁷ Waibel, 1. Teil 5.1 S.35.

⁸ Waibel, 1. Teil 5.1 S.35.

⁹ BGH GRUR 1958, 343 „Bohnergerät“.

¹⁰ Zur Gruppe der Zusatzgeräte (am Beispiel des Hauptprodukts Fotoapparat) zählen etwa ein gesonderter Blitz, ein zusätzliches Objektiv, eine Tasche, ein Stativ, etc.

¹¹ Zur Gruppe des Zubehörs im engeren Sinne (am Beispiel eines Pkws) zählen etwa anders farbige Blinker, in der Form veränderte Karosserieteile (Motorhaube, Kotflügel), etc.

IV. Serienprodukte

Eine weitere große Gruppe bilden die Serienprodukte. Anders als im Fall der Ersatzteile sowie dem des Zubehörs bereitet die Umschreibung dessen, was die – insbesondere wettbewerbsrechtliche – Rechtsprechung unter einer „Serie“ versteht, erhebliche Schwierigkeiten. Der *Bundesgerichtshof* hatte in zahlreichen Entscheidungen Gelegenheit, sich mit dem Problem einer Produktserie auseinanderzusetzen. Das Ergebnis dieser höchstrichterlichen Untersuchung, auf die im weiteren Verlauf noch näher eingegangen werden wird,¹² lautet wie folgt: Die Besonderheit einer Produktserie bestehe darin, dass sie *von vornherein* auf Erweiterung angelegt sei, sich das Bedürfnis nach Ergänzung also nicht aus äußeren Umständen, sondern aus der Serie selbst ergebe. Dieser, der Serie inhärente Ergänzungsbedarf sei darauf gerichtet, durch *Produkte derselben Art* erweitert zu werden, die den Gebrauchszweck des Ausgangserzeugnisses *erweiterten*.

Anders als beim Ersatzteil- und Zubehörgeschäft lässt sich im Fall der Serie daher nicht wie bei den sonstigen Ergänzungsproduktgruppen zwischen der *Hauptsache* einerseits und dem *Ergänzungsartikel* andererseits unterscheiden. Bei einer Produktserie gehören sämtliche Erzeugnisse vielmehr einer Gattung an und sind damit in ihrer Rolle als *Haupt-* oder *Ergänzungsprodukt* austauschbar. Kennzeichnend für eine Produktserie ist somit, dass sie von vornherein auf Erweiterung durch gleichartige, den Gebrauchszweck erweiternde Erzeugnisse angelegt ist.¹³

V. Verbrauchsmaterialien

Neben den drei bisher erwähnten existiert jedoch noch eine weitere Ergänzungsproduktgruppe: die der „Verbrauchsmaterialien“¹⁴. Dazu zählen solche Erzeugnisse, deren fortlaufender Verbrauch der gewöhnliche Betrieb der

¹² Siehe Seite 195 ff.

¹³ Das klassische und bisher einzige in der Rechtsprechung anerkannte Beispiel für eine so verstandene Serie bildet das System aus Klemmbausteinen, welches unter der Markenbezeichnung „LEGO“ vertrieben wird.

¹⁴ Dieser Terminus findet sich vereinzelt auch in Rechtsprechung und Literatur, ohne dass auf dessen Bedeutung jedoch näher eingegangen wird; vgl. etwa: BGH WRP 1996, 713 ff. „Verbrauchsmaterialien“, der insoweit auch von „Betriebsstoff“ spricht; Sack, WRP 2002, 363.

Hauptsache denknotwendig mit sich bringt. Die Besonderheit der Verbrauchsmaterialien besteht darin, dass das Hauptprodukt von vornherein auf einen ständigen Verbrauch dieser Erzeugnisse ausgelegt ist und das Bedürfnis nach Ergänzung dementsprechend häufig auftritt. Zur Gruppe der Verbrauchsmaterialien gehören etwa Verschlussklammern, die zum Betrieb einer Verpackungsmaschine für Würste erforderlich sind.¹⁵ Dabei handelt es sich nicht um Ersatzteile, denn die volle Funktionsfähigkeit der Hauptsache wird hier nicht durch den Austausch defekter Teile, sondern durch Zufuhr von für den Betrieb notwendigen zusätzlichen bzw. in der Hauptsache nicht mehr vorhandenen Stoffen hergestellt. Auch können Verbrauchsmaterialien nicht als Unterfall des Zubehörs betrachtet werden.¹⁶ Kennzeichnend für die Produktgruppe des Zubehörs ist der Umstand, dass ein über die Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit hinausgehender, zusätzlicher Nutzeffekt geschaffen wird. Wird der Hauptsache Verbrauchsmaterial zugeführt, dann hat dies jedoch keine Erweiterung ihrer Nutzbarkeit zur Folge. Die Hauptsache wird lediglich in die Lage versetzt, ihre ursprüngliche Funktion weiter auszuführen. Verbrauchsmaterialien beschränken sich also darauf, die originale Funktionsfähigkeit des Hauptprodukts aufrechtzuerhalten, und stellen aus diesem Grund kein Zubehör dar. Schließlich lassen sich Verbrauchsmaterialien auch nicht der Produktgruppe der Serienerzeugnisse zuordnen. In beiden Produktgruppen ist das Ausgangserzeugnis zwar von vornherein auf Ergänzung bzw. Erweiterung durch weitere Erzeugnisse ausgerichtet. Dieser dem Ausgangsprodukt inhärente Ergänzungsbedarf ist aber im Fall des Verbrauchsmaterials nicht auf gleichartige Erzeugnisse gerichtet. Während bei Serienerzeugnissen Ausgangs- und Ergänzungsprodukt der gleichen Art zuzurechnen sind, ist bei der Gruppe der Verbrauchsmaterialien zwischen Haupt- und Ergänzungsprodukt deutlich zu trennen. Bei Verbrauchsmaterial handelt es sich somit um eine eigenständige Ergänzungsproduktgruppe, die jedoch wegen vergleichbarer Zielrichtung ([Wieder-]Herstellung der ur-

¹⁵ Diese Verschlussklammern lagen der Entscheidung BGH GRUR 1990, 528 ff. „Rollen-Clips“ zu Grunde. Weitere Beispiele für Verbrauchsmaterialien: Druckerpatronen, Toner für Kopiergeräte, Akkumulatoren, etc.

¹⁶ A.A. jedoch BGH GRUR 1990, 528, 530 „Rollen-Clips“, der davon ausgeht, dass es sich bei den streitgegenständlichen Verschlussklammern um „ein Zubehör besonderer Art“ handelt.

sprünglichen Funktionsfähigkeit der Hauptsache) zumindest eine gewisse Nähe zu den Ersatzteilen aufweist.

Den Gegenstand der vorliegenden Arbeit bilden diese vier Ergänzungsproduktgruppen. Die Zuordnung zu einer dieser Gruppen kann im Einzelfall natürlich nicht unerhebliche Schwierigkeiten bereiten. Als Einführung in den der Arbeit zu Grunde gelegten Untersuchungsgegenstand soll dieser Überblick aber ausreichen.

C. Nachahmung als Kern der Arbeit

Nachdem Klarheit darüber besteht, was im Rahmen dieser Arbeit unter Ergänzungsbedarf sowie Ergänzungsprodukten verstanden wird, soll nunmehr versucht werden, das zentrale Problem der vorliegenden Untersuchung noch weiter einzugrenzen.

Ganz allgemein formuliert besteht das Ziel der Abhandlung darin herauszufinden, inwieweit der ein bestimmtes Produkt herstellende Unternehmer verhindern kann, dass Dritte den sich aus diesem Produkt ergebenden Ergänzungsbedarf ausnutzen. Ein wirtschaftliches Interesse an der Absicherung des Ergänzungsbedarfs besteht nur im Hinblick auf solche Ergänzungsprodukte, die der Hauptprodukthersteller auch selbst produziert. Bietet der Unternehmer selbst nämlich keine oder andere Ergänzungserzeugnisse als die Mitbewerber an, dann ist es für ihn mangels Konkurrenzsituation nicht erforderlich, gegen die Herstellung bzw. den Vertrieb dieser Leistungen vorzugehen. Zur Veranschaulichung mag folgendes Beispiel dienen:

Angenommen X produziert Mobiltelefone und bietet als Zubehör Handytaschen an, welche die Telefone vor äußeren Einwirkungen (wie etwa Regen, Wind, Erschütterung, etc.) schützen sollen. Dadurch, dass das Unternehmen Y für die Handys des X verwendbare Klingeltöne produziert, werden dessen Interessen nicht berührt. Unternehmer X wird erst dann hellhörig werden, wenn Y mit Handytaschen für seine Mobiltelefone (d.h. die des X) auf den Markt drängt.

Die Frage der Absicherung eines Ergänzungsbedarfs stellt sich also nur, wenn der das Hauptprodukt herstellende Unternehmer auch eigene Ergänzungsartikel vertreibt, die mit denen anderweitiger Anbieter in Konkurrenz stehen. Beabsichtigt der Hersteller des Hauptprodukts nun, den „Markt“ für die von ihm angebotenen Ergänzungsartikel abzusichern, so räumt ihm die Rechtsordnung dafür Leistungsschutzrechte¹⁷ ein. Diesen Schutzrechten wird indes durch die geschützte Leistung selbst eine Grenze gezogen: Leistungsschutzrechte ermöglichen es dem Inhaber nicht, die Herstellung sämtlicher Konkurrenzprodukte abzuwehren; sie geben ihm lediglich ein Mittel an die Hand, um gegen die *Nachahmung seiner konkreten Arbeitsergebnisse* vorzugehen.¹⁸ Mit anderen Worten: Leistungsschutz ist Nachahmungsschutz.

Das dieser Arbeit zu Grunde liegende Problem, inwieweit ein aus dem eigenen Produkt resultierender Ergänzungsbedarf vor der Ausnutzung durch Mitbewerber bewahrt werden kann, mündet somit letztlich in die viel diskutierte¹⁹ Frage, ob und wenn ja inwieweit Nachahmung im Wettbewerb zulässig ist. Anders formuliert: Die Absicherung des „eigenen“ Ergänzungsbedarfs ist nur insoweit möglich, wie gegen die Nachahmung der eigenen Ergänzungsprodukte vorgegangen werden kann. Den Kern der weiteren Untersuchung bildet damit die Frage der (Un-)Statthaftigkeit imitatorischen Wettbewerbs.

D. Gang der Untersuchung

Von dem so verstandenen Untersuchungsgegenstand ausgehend soll geprüft werden, wie der Ergänzungsbedarf im Hinblick auf ein Produkt abgesichert werden kann. Dabei wird folgendermaßen vorgegangen: Zu Beginn wird auf

¹⁷ Dem UWG kommt insofern eine Sonderrolle zu, als es zumindest von seiner gesetzlichen Konzeption her nicht das Leistungsergebnis schützen, sondern nur unlauteres Verhalten bekämpfen soll: vgl. BGH GRUR 1967, 315, 317 „skai-cubana“; Spätgens, S.407, 423; Englert, S.297, 298; Nirk, GRUR 1993, 247, 249; Helfrich, G II 4 a S.139, 140.

¹⁸ Martin, Einleitung S.1.

¹⁹ Vgl. aus dem neueren Schrifttum: Deck, in: MAH Gewerbl. Rechtsschutz, § 19 Rn 1 ff; Eck, in: Gloy/Loschelder, Hdb. WettbewerbsR, § 43 Rn 1 ff; Weihrauch, S.27 ff.

die Grundlagen des Ergänzungsbedarfsschutzes eingegangen (1.Teil). Im Kern der Arbeit steht sodann die Frage, welche Möglichkeiten das geltende Recht bietet, die Herstellung oder zumindest den Vertrieb von Ergänzungsprodukten zu unterbinden. Dabei soll zunächst der spezialgesetzliche (2. bis 4.Teil) und anschließend der ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz (5.Teil) beleuchtet werden. In der darauf folgenden Schlussbetrachtung werden die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit schließlich zusammengefasst.

1. Teil: Grundlagen beim Schutz des Ergänzungsbedarfs

Wie bereits erwähnt sollen zunächst einige grundlegende Überlegungen angestellt werden. In einem ersten Schritt werden dabei die beteiligten Interessen im Fall der Nachahmung fremder Leistung dargelegt und bewertet. Denn bei der späteren Rechtsanwendung kann es bedeutsam sein, welcher Interessenkonflikt der anzuwendenden Norm zu Grunde liegt.²⁰ Anschließend wird in einem zweiten Schritt überblickartig untersucht, wie der Gesetzgeber die Lösung dieses Interessengeflechts im geltenden Recht ausgestaltet hat. Schließlich soll im dritten Schritt dargestellt werden, welche Grundkonstruktionen die Rechtsordnung zum Schutz von Ergänzungsprodukten bietet.

A. Interessenlage

I. Individualinteressen

1. Interessen der Anbieter

Bei den Anbietern stehen sich die Interessen derjenigen, die ein neues Produkt entwickelt haben (Innovatoren), und derjenigen, die diese neue Entdeckung nachahmen wollen (Imitatoren), diametral gegenüber. Einem Imitator ist daran gelegen, möglichst viel fremdes Wissen sowie fremde Leistung übernehmen zu können.²¹ Für ihn ist das von Vorteil, da er auf diese Weise an der Neuentwicklung partizipieren kann, ohne mit den für die Innovation erforderlichen Kosten belastet zu sein. Demgegenüber wird der Innovator den größtmöglichen Schutz für sein Know-how sowie die aus seiner Innovation resultierenden Arbeitsergebnisse anstreben, um den selbst erschlossenen Markt für sich abzusichern.²² Denn nur dann ist gewährleistet, dass er den Lohn für das Risiko der Entwicklungsleistung erhält, d.h. sich die Innovationskosten amortisieren und ein darüber hinausgehender Gewinn erwirt-

²⁰ Kraft, 1. Teil IV 4.

²¹ Sambuc, Nachahmungsschutz, Rn 528; Fezer, FS Dt. Vereinigung GRUR II, Rn 1.

²² Sambuc, Nachahmungsschutz, Rn 528; Sack, FS für Erdmann, S.697, 708.

schaftet wird.²³ Diese, die Nachahmung strikt ablehnende Haltung nimmt der Innovator jedoch erst ein, nachdem er die Neuentwicklung getätigt hat. Bis zu diesem Zeitpunkt wird er gern auf die Leistungen Dritter zurückgreifen und diese imitieren, sofern es für sein eigenes Produkt erforderlich ist.²⁴

Festzuhalten bleibt jedoch, dass Innovatoren und Imitatoren beim Nachahmungsschutz grundsätzlich gegenläufige Interessen verfolgen.

2. Interessen der Nachfrager

a) Interessen der Nachfrager im Allgemeinen

Für den Konsumenten ist zunächst die Qualität des Produkts von Bedeutung.²⁵ Er ist daran interessiert, qualitativ hochwertige Ware zu erwerben. Auf der ersten Stufe wird Innovation von den Abnehmern deshalb begrüßt, weil sie häufig zu Qualitätssteigerungen führt. Die Unterschreitung eines einmal erreichten Qualitätsniveaus lässt sich jedoch am wirkungsvollsten dadurch verhindern, dass das beste Leistungsergebnis nachgeahmt wird. Folglich wird der Konsument auf der zweiten Stufe der Nachahmungsfreiheit den Vorzug vor dem Schutz von Innovationen geben.

Des Weiteren möchte ein großer Teil der Konsumenten seinen Bedarf mit möglichst geringem Aufwand befriedigen, d.h. für ein Produkt nur einen möglichst niedrigen Preis zahlen.²⁶ Kann sich ein Unternehmer gegen die Nachahmung seiner Innovation jedoch mithilfe von Leistungsschutzrechten zur Wehr setzen und damit Wettbewerb in diesem Bereich ausschließen, dann ist er auch in der Lage, einen vom Leistungswettbewerb losgelösten, höheren Preis dafür zu verlangen. Ist die Nachahmung durch Konkurrenten dagegen zulässig, führt das zu einem Mehr an Wettbewerb mit der Folge

²³ Fezer, FS Dt. Vereinigung GRUR II, Rn 1.

²⁴ Osterrieth, FS für Tilmann, S.221.

²⁵ Sambuc, Nachahmungsschutz, Rn 530.

²⁶ Sambuc, Nachahmungsschutz, Rn 532.

sinkender Preise.²⁷ Das Interesse der Abnehmer ist insoweit daher auf die Ausweitung des Wettbewerbs²⁸ und damit auf die Zulässigkeit der Imitation gerichtet.

Eine im Vergleich dazu recht überschaubare Abnehmergruppe begrüßt es demgegenüber, wenn der Markt von Imitationen verschont bleibt, und nimmt dafür auch die aus der fehlenden Konkurrenz resultierenden höheren Preise in Kauf. Diese paradox anmutende Feststellung lässt sich mit dem Streben nach Exklusivität und Statussymbolen erklären:²⁹ Durch den hohen Preis ist der Kreis der Konsumenten, die sich diese Innovation leisten können, sehr begrenzt. Wer ein solches Produkt erwirbt, gibt damit zu erkennen, dass er Mitglied dieses exklusiven – weil kleinen – Kreises ist. Den Interessen dieser Gruppe liefe es zuwider, wenn diese Exklusivität durch billigere Nachahmungen, die sich die breite Masse leisten kann, aufgeweicht würde. Gewisse Konsumenten geben demnach dem Schutz von Innovationen den Vorzug vor der freien Nachahmung. Das eben aufgezeigte Problem mag zwar allein im Bereich teurer Luxusgüter, zu denen Ergänzungsprodukte – zumindest in aller Regel – nicht zu zählen sind, relevant werden. Bei der grundsätzlichen Frage des Verhältnisses von Innovation und Imitation ist es jedoch zu berücksichtigen und daher von Bedeutung.

b) Spezielle Interessen der Nachfrager im Bereich von Ergänzungsprodukten

Der Käufer eines Ergänzungsprodukts wird zudem gesteigerten Wert auf die Kompatibilität des nachgeahmten Ergänzungsartikels für das Hauptprodukt

²⁷ Baumann, WRP 1975, 693, 697; Groh, Jura 1984, 586, 588, 589; generell zu den Auswirkungen von Konkurrenz auf den Preis: Kantzenbach, § 5 2 I; Smith (deutsche Übersetzung: Recktenwald), Erstes Buch 7. Kapitel, S. 54.

²⁸ BGH WRP 2000, 493, 500 „Modulgerüst“; BGH GRUR 1968, 698, 701 „Rekordspritzen“; Sack, FS für Erdmann, S.697, 710; Artmann, ÖBl 1999, 3, 5; zur identischen Interessenlage im französischen Recht: Cour d’appel de Paris GRUR Int. 1995, 505, 507.

²⁹ Beater, Nachahmen, VI. Teil D S.429 ff; Sambuc, Nachahmungsschutz, Rn 533.

legen.³⁰ Denn aus der Sicht der Konsumenten erscheint es wenig sinnvoll, ein nicht einwandfrei zum Hauptprodukt passendes Ergänzungsprodukt zu erwerben und damit u.U. dessen sichere und ordnungsgemäße Funktionsfähigkeit zu gefährden. Diese Forderung seitens der Käufer wird am effektivsten durch die detailgetreue Nachahmung des jeweiligen Originals erfüllt, denn dadurch wird die hundertprozentige Kompatibilität für Ergänzungswaren sichergestellt.

Aus dem eben Gesagten ergibt sich, dass die Interessen der Abnehmer überaus vielfältig sind. Sie sind sowohl darauf gerichtet, die Nachahmung fremder Leistung zuzulassen, als auch darauf, von den Vorteilen eines die Imitation fremder Erzeugnisse untersagenden Wettbewerbs zu profitieren.

II. Interessen der Allgemeinheit

Die Frage der Nachahmung fremder Leistung soll nun aus der Perspektive der Allgemeinheit betrachtet werden. Das Interesse der Gesellschaft, welche die Übernahme fremder Leistung im wirtschaftlichen Wettbewerb befürwortet bzw. ablehnt, lässt sich leichter verstehen, wenn man sich zuvor vor Augen geführt hat, wie Wettbewerb funktioniert. Daher ist es angebracht, sich zunächst einen kurzen Überblick über wettbewerbstheoretische Grundlagen zu verschaffen.

1. Wettbewerbstheoretische Grundlagen

a) Überblick über Entwicklung der wettbewerbstheoretischen Ansichten

Um die Beschreibung des Phänomens „Wettbewerb“ hat sich die Wirtschaftswissenschaft seit jeher bemüht. Seinen Anfang findet die Diskussion in der klassischen Nationalökonomie. Die vor ca. 200 Jahren entstandene Lehre ging davon aus, dass es sich beim Wettbewerb um einen durch Aktion

³⁰ BGH WRP 2000, 493, 500 „Modulgerüst“; BGH GRUR 1968, 698, 701 „Rekordspritzen“.

und Reaktion gekennzeichneten Prozess handelte.³¹ Dieser Prozess ist durch die Freiheit der Innovation einerseits sowie der Nachahmung andererseits gekennzeichnet.³² Eine Abkehr von diesem dynamischen Wettbewerbsbild nimmt die neoklassische Preistheorie vor. Ihr Ansatz sieht folgendermaßen aus: Sie formuliert Voraussetzungen, deren Vorliegen zum Modell der „vollkommenen Konkurrenz“ führt.³³ Damit ist ein Zustand gemeint, bei dem kein Individuum besser gestellt werden kann, ohne dass zumindest ein anderes schlechter gestellt wird.³⁴ Dieses, die statische Dimension des Wettbewerbs in den Mittelpunkt stellende Verständnis wurde im Wesentlichen durch die modernen Wettbewerbstheorien abgelöst. Der Grund dafür liegt zum einen darin, dass ein Zustand „vollkommener Konkurrenz“ utopisch ist;³⁵ der wirkliche wirtschaftliche Wettbewerb ist „unvollkommen“. So ist beispielsweise die Annahme einer unendlichen Reaktionsgeschwindigkeit beim Ausgleich etwaiger Unterschiede zwischen den Konkurrenten mit der Realität nicht zu vereinbaren.³⁶ Zum anderen muss eine sich der Wirklichkeit annähernde Beschreibung berücksichtigen, dass Wettbewerb ein dynamischer Vorgang ist.³⁷ Genau diesen Aspekt greift die dynamische Wettbewerbstheorie auf, die im Folgenden etwas näher dargestellt werden soll.

³¹ Cox/Hübener, in: Cox/Jens/Markert, S.9; Tuchtfeldt, S.549, 551 f.; I. Schmidt, Wettbewerbspolitik, 1.Kapitel II 2.

³² Tolksdorf, WuW 1990, 785, 786 f.

³³ Zu den Bedingungen der neoklassischen Theorie im Einzelnen: Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Einl. UWG Rn 1.12; Gloy, in: Gloy/Loschelder, Hdb. WettbewerbsR, § 9 Rn 14; Cox/Hübener, in: Cox/Jens/Markert, S.12; I. Schmidt, Wettbewerbspolitik, 1.Kapitel III 1; Fikentscher, § 22 3 a), b).

³⁴ Fikentscher, § 22 3 b) S.189; Blattner, Wirtschaftsdienst 1983, 505; Jenny, Rn 118. In wirtschaftswissenschaftlichen Termini gesprochen liegt ein „pareto-optimaler“ Zustand, d.h. von maximaler wirtschaftlicher Effizienz vor; dazu allgemein: Schäfer/Ott, 2.Kapitel 4; Herdzina, Mikroökonomik, 5.Teil A II 4; Franke, 6.Kapitel II.

³⁵ Fezer, in: Fezer UWG I, Einleitung Rn E72; Cox/Hübener, in: Cox/Jens/Markert, S.11; Möschel, Rn 64; zur weiteren Kritik an diesem Modell: I. Schmidt, Wettbewerbspolitik, 1.Kapitel III 2.

³⁶ Jenny, Rn 119.

³⁷ Möschel, Rn 64.

b) Dynamische Wettbewerbstheorie³⁸

Die dynamische Wettbewerbstheorie kehrt wieder zu den Ansätzen der klassischen Nationalökonomie zurück. Sie begreift den Wettbewerb nicht als Zustand, sondern als lebendigen Prozess.³⁹ Im Einzelnen funktioniert Wettbewerb danach folgendermaßen:⁴⁰ Es ist von zwei Extremen auszugehen, dem Monopol und dem Isopol. Mit dem Isopol ist ein Zustand völliger Gleichheit zwischen den Konkurrenten gemeint.⁴¹ Ein sich einer Monopolstellung annähernder Unternehmer zeichnet sich dagegen durch größtmögliche Unterschiede zu seinen Mitstreitern aus.⁴² In diesem Umfeld spielen sich im Wesentlichen zwei gegensätzliche Prozesse ab. Ein Mitbewerber drängt mit einer besonders guten Leistung auf den Markt und hebt sich dadurch von den anderen Mitstreitern ab. Er entfernt sich also vom Zustand des Isopols und nähert sich gleichzeitig einer Monopolstellung. Dieser Vorsprung ermöglicht es ihm, den Preis für seine Leistung unabhängig von dem Verhalten seiner Konkurrenten festzusetzen, da diese um den Wert der Neuerung gegenüber dem Innovator „hinterherhinken“. Um mit dem innovativen Unternehmer gleichzuziehen und nicht vom Markt verdrängt zu werden, beginnen nun die Mitbewerber, die erfolgreiche Leistung nachzuahmen.⁴³ Das hat zur Folge, dass die Konkurrenz für den Innovator steigt, die ihm zukommende „Sonderrente“ absinkt und sich seine Monopolposition wiederum der Isopolgrenze nähert. Im wirtschaftlichen Wettbewerb findet dieser Prozess fortwährend und sich gegenseitig überschneidend statt. Zur Ver-

³⁸ Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf das (für diese Arbeit allein interessierende) Fundament der dynamischen Wettbewerbstheorie, d.h. auf die Darstellung eventueller Unterschiede bei einzelnen Auffassungen sowie weiterer Aspekte moderner Wettbewerbstheorien wird verzichtet.

³⁹ Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Einl. UWG Rn 1.13 S.19; Emmerich, Kartellrecht, § 1 III 1 S.7; Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 2 Rn 28; Heuss, Wachstum, S.29, 35; Herdzina, Wettbewerbstheorie, S.15, 25; Kantzenbach, § 6 1; Martin, § 4 2 S.40.

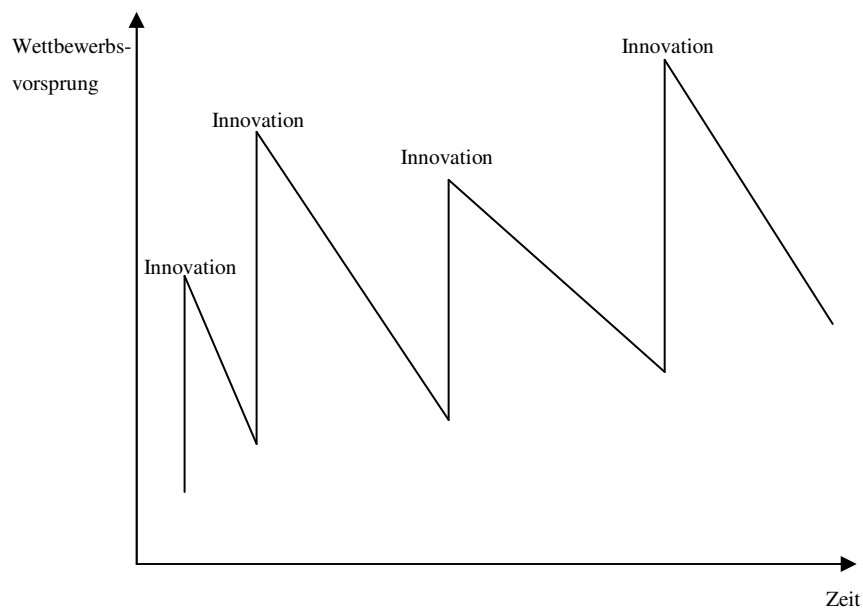
⁴⁰ Die folgende Erläuterung basiert auf der sehr gut verständlichen Darstellung von Arndt, Wettbewerbstheorie 1975, 246 ff.

⁴¹ Arndt, Wettbewerbstheorie 1975, 246, 267 Fn 8.

⁴² Arndt, Wettbewerbstheorie 1975, 246, 250.

⁴³ I. Schmidt/Rittaler, WiSt 1987, 597, 598.

deutlichung dieser Wechselbeziehung zwischen innovativem und adaptivem Verhalten dient die folgende Grafik⁴⁴:



Zwei Dinge verdienen es, hervorgehoben zu werden. Zum einen ist zu bemerken, dass Wettbewerb kein statisches Gebilde, sondern ein dynamischer Prozess ist, der sich durch fortwährende Bewegung auszeichnet: Aktionen des einen rufen Reaktionen der anderen hervor.⁴⁵ Zum anderen wird deutlich, dass Innovation und Nachahmung natürliche und sogar unabdingbare Bestandteile des Wettbewerbs sind. Wirtschaftliche Konkurrenz ohne Nachahmung hätte eine unbestrittene Machtstellung des Einzelnen und damit ein uneinholbares Monopol zur Folge.⁴⁶ Ein Wettbewerb fände nicht mehr statt. Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man sich die Innovation als Bestandteil des Wettbewerbs wegdenkt. Die Folge wäre eine unterschiedslose Masse, aus der niemand mehr heraussticht, der eingeholt werden müsste.⁴⁷ Wegen der Gleichheit aller Mitbewerber spielte sich unter ihnen kein Wettstreit mehr ab, der Wettbewerb käme zum Erliegen. Aus wettbewerbstheoretischer Perspektive ist es zur Aufrechterhaltung des Wettbewerbs also erforderlich, dass sich Innovation und Imitation gegenseitig ergänzen.⁴⁸

⁴⁴ In Anlehnung an Arndt, Wettbewerbstheorie 1975, 246, 253 Figur 3.

⁴⁵ Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Einl. UWG Rn 1.13 S.19; Martin, § 4 2 S.40; Herdzina, Wettbewerbstheorie, S.19, 25; I. Schmidt, Wettbewerbspolitik, 1.Kapitel V S.10; Blattner, Wirtschaftsdienst 1983, 505, 506; Müller, Hdb. der Volkswirtschaft, S.1558.

⁴⁶ Arndt, Wettbewerbstheorie 1975, 246, 249, 250.

⁴⁷ Arndt, Wettbewerbstheorie 1975, 246, 250.

⁴⁸ Martin, § 4 2 b) S.41; Arndt, Wettbewerbstheorie 1975, 246, 250.

2. Gemeininteressen im Einzelnen

Die Allgemeinheit orientiert sich am Wohl für die Gesamtheit der Individuen und nicht am Wohl der einzelnen Gesellschaftsmitglieder. So ist sie daran interessiert, den Fortschritt bzw. die Weiterentwicklung der Gesellschaft möglichst effektiv voranzutreiben.⁴⁹

a) Generierung neuen Wissens

Zur Förderung dieses Ziels muss die Allgemeinheit zunächst bestrebt sein, möglichst viel neues Wissen hervorzubringen.⁵⁰ Denn die Weiterentwicklung einer menschlichen Gesellschaft ohne neue Entdeckungen ist nicht denkbar und hätte – im Gegenteil – Stillstand zur Folge. Die Generierung neuen Wissens erfolgt jedoch nur durch die Innovatoren, die sich durch besondere und insoweit neuartige Leistungen (etwa neue Waren, verbesserte Produkte oder optimierte Produktionsverfahren) von den übrigen Wettbewerbern abheben. Derartige Pionierleistungen sind für den Innovator i.d.R. mit Kosten verbunden. Diese auf sich zu nehmen, ist er deshalb bereit, weil er durch den Wettbewerbsvorsprung eine von den Mitstreitern losgelöste Monopolrente verlangen kann, die seine Kosten übersteigt, zumindest aber kompensiert. Ist die Nachahmung fremder Leistung uneingeschränkt möglich, dann führt dies zu einer Verringerung der Monopolrente, da eine Vielzahl von Imitatoren auf den Markt drängt und dadurch der Preis für die Innovation rapide sinkt. Diesen Effekt kann der Innovator – gesetzliche Leistungsschutzrechte einmal ausgeklammert – nur dadurch verhindern bzw. verlangsamen, dass er seine Leistung gegenüber seinen Konkurrenten geheim zu halten versucht.⁵¹ Das ist wiederum mit Kosten verbunden, welche die Höhe der Monopolrente schmälern. Sobald die für die Innovation zu tätigen Aufwendungen (Entwicklungskosten, Geheimhaltungskosten)

⁴⁹ Weihrauch, 1. Teil B II 1 S.40.

⁵⁰ Schredelseker, S.188, 190; Schäfer/Ott, 22.Kapitel 1 S.617, die darauf abstellen, dass Normen über den Umgang mit Wissen Anreize für die Hervorbringung neuen Wissens schaffen müssen.

⁵¹ Nordemann, Rn 1602 S.224; Brändel, Rn 4; Sambuc, Nachahmungsschutz, Rn 553, der darauf hinweist, dass es der Coca Cola Company seit mehr als 100 Jahren gelungen sei, die Zusammensetzung ihres Limonadengetränks geheim zu halten.

den daraus zu ziehenden wirtschaftlichen Nutzen (Monopolrente) übersteigen, besteht kein Anreiz mehr, die Risiken einer Neuentwicklung auf sich zu nehmen.⁵² Bei völliger Nachahmungsfreiheit besteht demnach die Gefahr, dass Innovationen, die im Hinblick auf das Fortkommen der gesamten Gesellschaft erforderlich sind, unterbleiben.⁵³ Die Allgemeinheit ist insoweit daran interessiert, die Imitation durch die Konkurrenten einzuschränken. Der sich in der Monopolrente manifestierende Wettbewerbsvorsprung muss erhalten bleiben, damit weiterhin genügend Anreiz besteht, das mit Innovationen verbundene Risiko einzugehen. Mit dem Ziel, Neuerungen hervorzubringen, ist eine grenzenlose Nachahmung somit nicht zu vereinbaren.

b) Ausbreitung der Innovation

Der Fortschritt einer Gesellschaft insgesamt ist neben der Gewinnung neuer Erkenntnisse auch davon abhängig, dass diese Neuentwicklungen eine möglichst weite Verbreitung finden.⁵⁴ Soll der gesellschaftliche Fortschritt der Allgemeinheit zu Gute kommen und sich nicht nur auf die einzelnen Innovatoren beschränken, muss dafür gesorgt werden, dass die Pionierleistung der breiten Masse zugänglich gemacht wird, sich also ausbreitet. Diese breite Diffusion der Neuerung wird am effektivsten durch imitatorisches Wettbewerbsverhalten gewährleistet.⁵⁵ Darf die Innovation eines Konkurrenten uneingeschränkt nachgeahmt werden, so findet sie einen größeren Absatz und wird schließlich zum Allgemeingut. Insoweit wird daher die Nachahmung fremder Leistung durch die Gesellschaft begrüßt.

⁵² BGH GRUR 1966, 617, 620 „Vakuumpumpen“; Sambuc, GRUR 1986, 130, 140; Willgerodt, S.687, 695; Schredelseker, S.189, 190; Groh, Jura 1984, 586, 589.

⁵³ Groh, Jura 1984, 586, 589; Baumann, WRP 1975, 693, 696; Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 22 Rn 39 f. merkt jedoch an, dass Innovationsanreize auch aus anderen Gründen bestehen könnten.

⁵⁴ Eck, in: Gloy/Loschelder, Hdb. WettbewerbsR, § 43 Rn 2; Schäfer/Ott, 22.Kapitel 1 S.617, die wiederum auf die Zielrichtung rechtlicher Normen eingehen; Schmidbauer, 5.Kapitel 2 b) S.477.

⁵⁵ In diese Richtung Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.3; Heuss, Allgemeine Markttheorie, 4.Kapitel II 2 S.114; Neumann, I.A.3.3.b.b. S.46; Arndt, Mikroökonomische Theorie II, 2.Kapitel § 5 S.21; Sack, ZHR 160 (1996), 493, 494.

Die mit der Nachahmung verbundene Ausbreitung der Innovation hat zudem den positiven Nebeneffekt, den Prozess der Entwicklung weiterer Innovationen zu beschleunigen. Die Entdeckung neuer Produkte oder die Verbesserung bereits existierender Erzeugnisse beruht nämlich nicht selten auf Erfahrungen der Konsumenten mit den bisher vorhandenen Leistungen. Damit zunehmender Diffusion einer neuartigen Leistung die Zahl der mit dieser Innovation gemachten Erfahrungen ansteigt, wird mit rascher Ausbreitung eines Erzeugnisses zugleich der Weg für neue Pionierleistungen bereitet.

B. Ausgestaltung im geltenden Recht

I. Gewerbliche Schutzrechte und Grundsatz der Nachahmungsfreiheit

1. Sonderschutz und Innovation

a) Leistungsschutzrechte als zeitlich begrenztes Monopol

Der Gesetzgeber hat die Notwendigkeit des Zusammenspiels von Nachahmungsfreiheit und dem Schutz vor Imitation erkannt. Um die Früchte wirtschaftlicher Tätigkeit vor Nachahmung zu bewahren, gewährt der Staat Sonderschutzrechte. Neben einer Vielzahl anderer Merkmale⁵⁶ sind diese Leistungsschutzrechte insbesondere durch die folgenden beiden Eigenschaften gekennzeichnet: Zum einen wird dem Schutzrechtsinhaber ein gegenüber jedermann wirkendes Ausschließlichkeitsrecht gewährt,⁵⁷ das sich in ein Verwertungs- und ein Verbotrecht aufgliedert. Das Verwertungsrecht ermöglicht es ihm, den gesamten Nutzen aus seiner Pionierleistung zu ziehen,⁵⁸ während die verbotsrechtliche Komponente dieses Nutzungsrecht durch Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche vor Eingriffen Dritter

⁵⁶ Vgl. die Übersichten bei Hasselblatt, in: MAH Gewerbl. Rechtsschutz, § 1 Rn 26 ff sowie Walch, § 2 B II.

⁵⁷ Hasselblatt, in: MAH Gewerbl. Rechtsschutz, § 1 Rn 27; Chrocziel, Rn 39 ff; Eisenmann/Jautz, Rn 5; Steckler, I S.2.

⁵⁸ Chrocziel, Rn 40; Steckler, I S.2; Hubmann/Götting, § 5 Rn 3 S.63.

absichert.⁵⁹ Zum anderen steht der sondergesetzliche Schutz dem Inhaber grundsätzlich nur für eine bestimmte Zeit zu.⁶⁰ Nach Ablauf der Schutzfrist steht die ehemals geschützte Leistung grundsätzlich der Allgemeinheit zur Verfügung.

Die zeitlich begrenzte, ausschließliche Zuweisung der Innovation an den Inhaber des Schutzrechts führt dazu, dass die übrigen Mitbewerber für die Dauer der Schutzfrist von der Nutzung der Pionierleistung ausgeschlossen sind. Dem Berechtigten wird insofern eine „monopolartige“ Stellung zugestanden.⁶¹ Dies wirkt sich jedoch nur auf den ersten Blick wettbewerbs-hemmend aus.⁶² Dass zeitlich begrenzte Ausschließlichkeitsrechte Anreize für innovatives Tätigwerden schaffen und damit im Ergebnis wirtschaftlichen Wettbewerb fördern, lässt sich anschaulich am Modell der „property rights“ erläutern.

b) Innovationsanreiz durch property rights

Die Lehre der „property rights“ bzw. „Eigentumsrechte“ ist Bestandteil der ökonomischen Analyse des Rechts. Sie beschäftigt sich mit der Zuordnung von Kompetenzen (bspw. Nutzung, Fruchtziehung, Veränderung, Übertragung) bei der Nutzung von Ressourcen.⁶³ Zu diesen „property rights“, die Herrschaftsrechte an Ressourcen verteilen, zählen etwa das Privateigentum i.S.d. BGB, das Gemeinschafts- und Staatseigentum, das Wege- und Jagdrecht und das Immaterialgüterrecht (Patente, Gebrauchsmuster, Urheberrecht, etc.).⁶⁴ Werden alle Kompetenzen hinsichtlich einer Ressource bei einer Person gebündelt, spricht man von „extrem konzentrierten“ Eigentumsrechten. Stehen demgegenüber die Handlungsrechte mehreren Personen

⁵⁹ Hubmann/Götting, § 5 Rn 3 S.63; Eisenmann/Jautz, Rn 5; Chrocziel, Rn 41.

⁶⁰ Hasselblatt, in: MAH Gewerbbl. Rechtsschutz, § 1 Rn 36; Chrocziel, Rn 5.

⁶¹ Sambuc, Nachahmungsschutz, Rn 4 S.3; Chrocziel, Rn 38; Kirchner, S.157, 158.

⁶² So auch Posner/Easterbrook, S.284.

⁶³ Schäfer/Ott, 17.Kapitel 1.1 S. 549; Meyer, 1, 23; Tietzel, Wirtschaftspolitik 1981, 207, 209; Fezer, JZ 1986, 817, 820 f.

⁶⁴ Schäfer/Ott, 17.Kapitel 1.1 S. 549; speziell zu den Immaterialgüterrechten: Heinemann, 1.Teil D II; Kirchner, 157, 159.

bzw. der Allgemeinheit gleichermaßen zu, so handelt es sich um „verdünnte“ Eigentumsrechte.⁶⁵ Ein Immaterialgüterrecht ist ein stark konzentriertes „property right“, denn als absolutes Ausschließlichkeitsrecht steht die jeweilige Ressource allein dem Inhaber zu.

Um die wettbewerbs- und fortschrittsfördernde Wirkung gewerblicher Schutzrechte darzulegen, muss man drei Wettbewerbsebenen auseinanderhalten: den Konsum, die Produktion und die Innovation.⁶⁶ Während auf der untersten Ebene des Konsums die fertigen Güter verbraucht werden, ist die Produktionsebene für die Herstellung dieser Waren zuständig. Der darüber liegende innovatorische Wettbewerb sorgt für neue Entwicklungen, die zu neuen Produktionsprozessen und damit letztlich zu neuartigen Gütern führen.

Die Lehre der „property rights“ geht davon aus, dass die Aktivität der Wettbewerber (zumindest auch)⁶⁷ davon abhängt, ob die Früchte ihrer Arbeit ausschließlich ihnen zuteilwerden oder ob sie diese mit Dritten teilen müssen.⁶⁸ Anders formuliert: Die Beschränkung des Wettbewerbs einer unteren Ebene hat positive Effekte auf den Wettbewerb der darüber liegenden Ebene.⁶⁹ Ein Beispiel: Wenn die von einem Unternehmer hergestellten Fotoapparate nicht sein Eigentum werden und er sich daher gegen den Zugriff Dritter nicht zur Wehr setzen kann, wird er die Produktion der Apparate einstellen. Nur wenn er auf der Ebene des Konsums andere Personen von der Benutzung der Geräte ausschließen kann (Beschränkung durch Gewährung von Privateigentum), wird er bereit sein, auf der Produktionsebene tätig zu werden. Überträgt man dieses Muster auf das Verhältnis von Produktions- und Innovationsebene, dann wird deutlich, dass der Anreiz zu innovativer Tätigkeit in der zeitlich beschränkten Monopolstellung liegt, welche die

⁶⁵ Schäfer/Ott, 17.Kapitel 1.1 S. 550.

⁶⁶ Lehmann, Property Rights, 519, 532; ders., GRUR Int. 1983, 356, 360; grundlegend von Weizsäcker, Kyklos 1981, 345, 348 ff.

⁶⁷ Darauf, dass auch aus anderen Gründen ein Anreiz zu innovativer Tätigkeit bestehen kann, wurde bereits in Fn 53 hingewiesen.

⁶⁸ Kirchner, 157, 166.

⁶⁹ von Weizsäcker, Kyklos 1981, 345, 351 ff; Lehmann, Property Rights, 519, 533.

gewerblichen Schutzrechte gewähren.⁷⁰ Wird demselben Unternehmer für die Entwicklung eines ganz neuartigen Fotoapparats auf der Ebene der Produktion ein Leistungsschutzrecht gewährt, dann kann es für ihn lukrativ sein, auf der Innovationsebene aktiv zu werden. Denn dadurch, dass er später die übrigen Mitbewerber von der Nutzung seiner Innovation für die Dauer des Schutzrechts ausschließen kann, verlängert sich der Zeitraum, in dem er eine Monopolrente verlangen kann. Das Risiko, seine u.U. mit erheblichen Kosten errungene Pionierleistung mit Konkurrenten, bei denen diese Kosten nicht angefallen sind, teilen zu müssen, besteht dann nicht mehr.⁷¹

Mithilfe der „property rights“-Lehre lässt sich also verdeutlichen, dass sich die Einräumung von gewerblichen Schutzrechten innovationsfördernd auswirkt. Da im Modell des dynamischen Wettbewerbs jede Aktion eines Wettbewerbers die Reaktion eines Konkurrenten hervorruft, tragen diese Ausschließlichkeitsrechte zudem dazu bei, dass der Wettbewerb insgesamt gefördert wird.

2. Nachahmungsfreiheit außerhalb des sondergesetzlichen Schutzes ?

Sehr kontrovers diskutiert wird die Frage, in welchem Maß außerhalb der Sondergesetze eine fremde Leistung imitiert werden darf.

a) Position der Rechtsprechung und herrschenden Meinung

Die Rechtsprechung sowie ein großer Teil der Literatur gehen davon aus, dass es grundsätzlich zulässig ist, eine nicht unter sondergesetzlichem Schutz stehende Leistung nachzuahmen (Grundsatz der Nachahmungsfreiheit).⁷² Werden die an die Vergabe von Ausschließlichkeitsrechten gestell-

⁷⁰ von Weizsäcker, *Kyklos* 1981, 345, 353; Lehmann, *GRUR Int.* 1983, 356, 360 f.; ders., *Bürgerliches Recht und HandelsR*, V 3 S.46; Heinemann, 1.Teil D II S.22.

⁷¹ Vgl. die sehr anschauliche Darstellung bei Schredelseker, 188, 190 ff., der anhand des wirtschaftswissenschaftlichen „Gefangenen-Dilemmas“ die Anreizwirkung von Patenten aufzeigt.

⁷² RGZ 73, 294, 296 f. „Schallplatten“; RGZ 120, 94, 97 „Huthaken“; RGZ 135, 385, 394 „künstliche Blumen“; KG GRUR 1925, 40, 42 „Multigraph“; RG GRUR 1941, 116, 119 „Torpedo-Freilauf“; BGHZ 5, 1, 10 „Hummel“;

ten Anforderungen nicht (mehr) erfüllt, dann steht dem Zugriff der Allgemeinheit auch nichts (mehr) im Wege. Nur ausnahmsweise komme ein ergänzender Leistungsschutz über §§ 3, 4 Nr.9 UWG in Betracht und zwar allenfalls dann, wenn zur Nachahmungshandlung selbst besondere, die Sittenwidrigkeit begründende Umstände hinzutreten.⁷³ Allein die Tatsache, dass ein fremdes Arbeitsergebnis nachgeahmt wird, hat nach dieser Ansicht nicht die Unzulässigkeit einer Wettbewerbshandlung zur Folge.

Als Begründung werden im Wesentlichen zwei Argumente angeführt. Zum einen wird auf die gesetzliche Systematik verwiesen. Der Gesetzgeber habe mit den sondergesetzlichen Leistungsschutzrechten abschließend geregelt, in welchen Fällen Leistungsergebnisse vor imitatorischem Wettbewerb geschützt werden sollen.⁷⁴ Diese Wertungen der Legislative dürften nicht dadurch unterlaufen werden, dass man Nachahmungsschutz auch dann gewähre, wenn diese besonderen Voraussetzungen nicht vorlägen.⁷⁵ Daher müsse die Nachahmung von unterhalb der Schwelle der Sondergesetze liegenden Gütern grundsätzlich erlaubt sein. Zum anderen wird die fortschrittsfördernde Funktion der Nachahmung ins Feld geführt. Leistungen der Gegenwart basierten nicht selten auf den Errungenschaften der Vergangenheit, sodass es im Hinblick auf das gesellschaftliche Fortkommen wünschenswert sei,

BGHZ 21, 266, 269 „Uhrenrohwerke“; BGHZ 26, 52, 59 „Sherlock Holmes“; BGHZ 44, 288, 295 „Apfelmadonna“; BGH GRUR 1999, 1106, 1108 „Rollstuhlnachbau“; BGH GRUR 2003, 356, 357 „Präzisionsmessgeräte“; OLG Hamm MMR 2005, 106, 107 „Webgrafiken“; Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.4 S.337; Piper, in: Piper/Ohly, § 4.9 Rn 6; O.-F. von Gamm, UWG, § 1 Rn 58; Eck, in: Gloy/Loschelder, § 43 Rn 2; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 11 I S.182; Eisenmann/Jautz, Rn 473; Hefermehl, 331, 335; Götting, MittdtPat 2005, 12, 13.

⁷³ RGZ 135, 385, 395 „künstliche Blumen“; BGH WRP 2001, 1294, 1298 „Laubhefter“; BGH WRP 2002, 207, 209 „Noppenbahnen“; Piper, in: Piper/Ohly, § 4.9 Rn 9; Matutis, § 4 Rn 53; Janssen/Odörfer/Wiume, Rn 165; Ring, 2 S.3; Bunte, BB 1999, 113.

⁷⁴ Piper, in: Piper/Ohly, § 4.9 Rn 6; Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.4 S.337; Eisenmann/Jautz, Rn 473; die abschließende Regelung stillschweigend voraussetzend auch Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 11 I S. 181 f.; Fezer, FS Dt. Vereinigung GRUR II, Rn 60.

⁷⁵ BGHZ 26, 52, 59 „Sherlock Holmes“; BGHZ 44, 288, 296 „Apfelmadonna“; Nordemann, Rn 1606.

auf dem erreichten Entwicklungsstand aufzubauen.⁷⁶ Die Weiterentwicklung einer Leistung sei also häufig nur durch die Benutzung und Verwertung des bisher Erfundenen möglich. Außerhalb der Sondergesetze müsse das Interesse des Einzelnen an der Gewährung von Nachahmungsschutz gegenüber diesem Interesse der Allgemeinheit daher grundsätzlich zurückstehen.

Zur Klarstellung: Dem so verstandenen Grundsatz der Nachahmungsfreiheit lassen sich zwei Kernaussagen entnehmen. Erstens ist die Freiheit der Nachahmung (außerhalb des Sonderschutzes) die Regel, das Verbot der Imitation dagegen die zu begründende Ausnahme. Zweitens wird diese Ausnahme davon abhängig gemacht, dass besondere, neben die nachschaffende Tätigkeit selbst tretende Umstände vorliegen.

b) Einschränkungen des Grundsatzes der Nachahmungsfreiheit

Diese Thesen der h.M. sind in der Literatur nicht unwidersprochen geblieben. Gegen das Erfordernis „besonderer Umstände“ zur Begründung eines außersondergesetzlichen Nachahmungsverbots sprechen sich – wenngleich auch mit voneinander abweichenden Begründungen – die Verfechter eines sog. „unmittelbaren Leistungsschutzes“ aus. Ihnen zufolge könne bereits die Nachahmung einer fremden Leistung unzulässig sein, und zwar ohne dass zusätzliche, neben die eigentliche Nachahmungshandlung tretende Umstände vorlägen.⁷⁷ Das Leistungsergebnis könne vielmehr selbst „unmittelbar“ Gegenstand des rechtlichen Schutzes sein.⁷⁸

Fezer wendet sich bereits gegen die erste Aussage der h.M., nach der die Nachahmung *grundsätzlich* erlaubt sei. Er verkehrt das Regel-Ausnahme-

⁷⁶ RGZ 135, 385, 394 f. „künstliche Blumen“; BGHZ 37, 1, 19 „AKI“; Sambuc, in: Harte/Henning, § 4 Nr. 9 Rn 9; Deck, in: MAH Gewerbbl. Rechtsschutz, § 19 Rn 3; Nordemann, Rn 1601; Mees, WRP 1999, 62, 64.

⁷⁷ Schroeter, GRUR 1949, 228, 234 f.; Nerreter, GRUR 1957, 525, 533 f.; Luchterhandt, GRUR 1969, 581, 588; Hubmann, GRUR 1975, 230, 235; Krüger, GRUR 1986, 115, 122; Wilhelm, GRUR 1986, 126, 130; Traub, FS für Quack, S.119, 128; Ohly, FS für Ullmann, S.795, 808.

⁷⁸ Traub, FS für Quack, S.119, 128; Sack, FS für Erdmann, S.697, 711; ders., Mélanges Voyame, S. 225, 229 f.; ders., WRP 2005, 531, 537.

Verhältnis des Grundsatzes der Nachahmungsfreiheit in sein Gegenteil:⁷⁹ Das Verbot der Nachahmung stelle nicht die zu begründende Ausnahme, sondern den Regelfall dar. Nachahmungswettbewerb außerhalb der Sondergesetze sei demnach grundsätzlich verboten und nur ausnahmsweise erlaubt.

c) Bewertung

Der Begriff der Nachahmungsfreiheit ist kein gesetzlicher.⁸⁰ Weder in den Sonderschutzrechten (PatentG, GebrauchsmusterG, GeschmacksmusterG, MarkenG) noch im UWG taucht dieser Terminus auf. Die Auseinandersetzung dreht sich demnach nicht um die Auslegung eines gesetzlichen Merkmals, sondern um das übergeordnete und daher grundsätzliche Problem, in welchem Maß die Übernahme fremder Leistung von der Rechtsordnung hingenommen wird, mithin zulässig ist. Der Schutz von Innovationen vor den Folgen imitatorischen Wettbewerbs obliegt in erster Linie den Sondergesetzen.⁸¹ Die Diskussion um das Prinzip der Nachahmungsfreiheit widmet sich nun der Frage, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen ein Nachahmungsschutz besteht, obwohl kein Sondergesetz einschlägig ist. Da für einen derartigen Leistungsschutz allein das UWG in Frage kommt,⁸² besteht der Kern der Debatte darin, den für das Wettbewerbsrecht neben den Sondergesetzen verbleibenden Anwendungsbereich festzulegen. Davon ausgehend ist zur Diskussion um den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit Folgendes anzumerken.

Die erste These des Grundsatzes der Nachahmungsfreiheit bezieht sich auf das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen erlaubter und verbotener Imitati-

⁷⁹ Fezer, WRP 1993, 63, 64 f.; ders., WRP 2001, 989, 1006; vgl. auch Kur, GRUR 1990, 1, 3 mit ähnlicher Überlegung zur Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses; ebenfalls kritisch zum Dogma der Nachahmungsfreiheit Köhler, WRP 1999, 1075, 1077 f.

⁸⁰ Ebenso Lubberger, FS für Ullmann, S.737, 738.

⁸¹ Eck, in: Gloy/Loschelder, Hdb. WettbewerbsR, § 43 Rn 1; Heße, 4. S.76; Ring, 2 S.2; Haß, GRUR 1979, 361; Quiring, WRP 1985, 684.

⁸² Die Möglichkeit eines ergänzenden Innovationsschutzes durch § 826 BGB soll an dieser Stelle nicht weiter erörtert werden, zumal sich das Problem des Verhältnisses zu den sondergesetzlichen Schutzrechten in vergleichbarer Weise stellen würde; vgl. zum gesamten Bereich Jersch, 1. Teil D.

on. Da dieser Bereich in materiell-rechtlicher Hinsicht nur von geringer praktischer Relevanz ist,⁸³ wird auf eine tief greifende Erörterung verzichtet. Es soll nur darauf hingewiesen werden, dass dieser von der herrschenden Meinung vertretene Grundsatz im Wesentlichen auf Wertungsargumenten beruht, es also an einer hinreichend stabilen normativen Grundlage fehlt.⁸⁴ Das Prinzip freier Nachahmung aus einem Umkehrschluss aus der Existenz von Sondergesetzen zu ziehen, ist nämlich angesichts der unterschiedlichen Schutzgüter (Schutz des lautereren Wettbewerbs einerseits, Schutz des Leistungsergebnisses andererseits) nicht unbedenklich.⁸⁵ Ebenso wenig lässt sich die grundsätzliche Nachahmungsfreiheit zwingend aus Art. 2 Abs. 1 GG und der daraus resultierenden Wettbewerbsfreiheit herleiten.⁸⁶ Richtig ist zwar, dass danach alles erlaubt ist, was nicht gesetzlich bzw. aufgrund eines Gesetzes verboten ist.⁸⁷ Bei der Nachahmungsfreiheit geht es jedoch im Kern um die Interpretation des UWG. Dieses kann als gesetzliche Norm sehr wohl vorsehen, dass die Nachahmung eben grundsätzlich verboten und nur ausnahmsweise zulässig ist. Da es um die Grenzen des Anwendungsbereichs einer Norm geht, hilft Art. 2 Abs. 1 GG hier nicht weiter.

Von größerer praktischer Bedeutung ist dagegen die zweite These des Grundsatzes der Nachahmungsfreiheit. Denn die Frage, inwieweit eine unlautere Nachahmung nur bei Auftreten zusätzlicher Umstände vorliegt, beschäftigt sich mit den Voraussetzungen des ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutzes. Im Rahmen der hier erörterten Grundlagen ist eine eingehende Auseinandersetzung mit diesem Problem jedoch nicht angezeigt und soll daher erst im weiteren Verlauf der Arbeit⁸⁸ erfolgen.

⁸³ Allein im zivilprozessualen Bereich der Beweislast ist diese Frage von Bedeutung; vgl. Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.4 S.337.

⁸⁴ So Köhler, WRP 1999, 1075, 1078.

⁸⁵ Sambuc, in: Harte/Hennig, § 4 Nr. 9 Rn 9; Köhler, WRP 1999, 1075, 1078; Fezer, WRP 1993, 63, 64 f.

⁸⁶ So aber Sambuc, in: Harte/Henning, § 4 Nr. 9 Rn 9; ders., Nachahmungsschutz, Rn 9.

⁸⁷ Murswiek, in: Sachs GG, Art. 2 Rn 10 f.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 2 Rn 17 S.60.

⁸⁸ Siehe dazu Seite 240 ff.

II. Überblick über sondergesetzlichen Schutz gewerblicher Leistung

1. Patentgesetz (PatG)

Das älteste Leistungsschutzrecht ist das Patent, dessen Wurzeln bis zum Privilegienwesen des ausgehenden Mittelalters zurückreichen.⁸⁹ Nach jahrelang andauernden, heftig geführten Diskussionen⁹⁰ über die Notwendigkeit eines gesetzlichen Patentschutzes existiert seit 1877 auch ein deutsches Patentgesetz. Gegenstand des Patents ist eine erfinderische, gewerbliche Leistung auf dem Gebiet der Technik.⁹¹

Die Erteilung eines Patents ist an materielle und formelle Voraussetzungen geknüpft. In materieller Hinsicht ist zunächst eine Erfindung erforderlich, § 1 Abs. 1 PatG. Dabei handelt es sich der Rechtsprechung zufolge um eine „Lehre zum planmäßigen Handeln unter Einsatz beherrschbarer Naturkräfte zur Erreichung eines kausal übersehbaren Erfolges“.⁹² Diese Lehre muss technischer Natur sein, d.h. mit den Mitteln der Technik (in Abgrenzung zu rein geistigen Lehren) zur Lösung einer technischen Aufgabe ein technisches Ergebnis erzielen.⁹³ Eine weitere Voraussetzung für die Erteilung eines Patents ist das Merkmal der Neuheit, § 1 Abs. 1 PatG. Als neu gelten gem. § 3 Abs. 1 PatG solche Erfindungen, die nicht zum Stand der Technik gehören, d.h. der Allgemeinheit noch nicht zur Kenntnis gebracht wurden. Um nur die überdurchschnittliche, auf besonderer Leistung beruhende technische Fortentwicklung in den Genuss eines Patentschutzes kommen zu lassen,⁹⁴ muss die Erfindung zudem auf einer „erfinderischen Tätigkeit“ beruhen, § 1 Abs. 1 PatG. Erfinderisch ist eine Tätigkeit gem. § 4 Abs. 1 S. 1 PatG dann, wenn sich die Erfindung für einen Fachmann nicht in nahe

⁸⁹ Siehe dazu Kurz, Kapitel II; Machlup, HdSW Bd. 8 (1964), 231 ff; Beier, GRUR 1978, 123, 124 ff.

⁹⁰ Dazu Beier, GRUR 1978, 123, 129 ff; Machlup, GRUR Int. 1961, 373, 374 ff auch zur entsprechenden Diskussion im Ausland.

⁹¹ Nirk, Gewerblicher Rechtsschutz, Teil III § 1 1; Hering, 2.1 S.10.

⁹² BGHZ 52, 74, 79 „Rote Taube“; BGHZ 67, 22, 26 „Dispositionsprogramm“; BGH GRUR 1980, 849, 850 „Antiblockiersystem“.

⁹³ BGH GRUR 1958, 602 „Wettschein“; BGH GRUR 1977, 152 „Kennungsscheibe“.

⁹⁴ Bruchhausen, in: Benkard PatG, § 4 Rn 2; Chrocziel, Rn 225; Kraßer, Patentrecht, § 18 I a) 1, 2.

liegender Weise aus dem Stand der Technik ergibt. Erforderlich ist schließlich die auch⁹⁵ gewerbliche Anwendbarkeit der Erfindung, d.h. die Herstell- oder Benutzbarkeit auf irgendeinem gewerblichen Gebiet, §§ 1 Abs. 1, 5 Abs. 1 PatG. In formeller Hinsicht ist die Durchführung des Patenterteilungsverfahrens gem. §§ 34 ff PatG erforderlich. Die Erfindung ist beim Patentamt anzumelden, § 34 Abs. 1 PatG. Nach einer Überprüfung der Patentfähigkeit und Patentierbarkeit der Erfindung⁹⁶ mündet das Anmeldeverfahren schließlich entweder in Zurückweisung des Anmeldegesuchs (§ 48 PatG) oder Erteilung des begehrten Patents (§ 49 PatG).

Mit dem erteilten Patent als absolutem Ausschließlichkeitsrecht⁹⁷ steht dessen Inhaber die Befugnis zur Nutzung der Erfindung zu, § 9 S. 1 PatG. Korrespondierend dazu sind §§ 9 S. 2, 10 PatG zufolge Dritte von der Benutzung der Erfindung ausgeschlossen. Nicht von dem Ausschließungsrecht erfasst sind jedoch die in § 11 PatG aufgezählten Handlungen. Das Verbotswort des Inhabers kann durch Schadensersatz- (§ 139 Abs. 2 PatG) und Unterlassungsansprüche (§ 139 Abs. 1 PatG) durchgesetzt werden. Wegen der besonderen Verletzlichkeit geistigen Eigentums und den Schwierigkeiten des Schadensnachweises, kann der Schutzrechtsinhaber bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zwischen drei Berechnungsarten wählen: dem tatsächlich entstandenen Schaden (zumeist in Form des entgangenen Gewinns gem. § 252 BGB), der Herausgabe des Verletzergewinns sowie der Lizenzanalogie (dreifache Schadensberechnung).⁹⁸

Wie jedes gewerbliche Schutzrecht unterliegt auch das Patent einer zeitlichen Begrenzung. Die Laufzeit für die Gewährung eines Patents beträgt grundsätzlich maximal 20 Jahre, § 16 Abs.1 S. 1 PatG. Diese Schutzfrist

⁹⁵ Neben der gewerblichen Anwendbarkeit bestehende sonstige Verwertungsarten stehen einer Patenterteilung nicht entgegen, BGHZ 68, 156, 161 „Benzolsulfonylharnstoff“.

⁹⁶ Der umfassenden materiellen Prüfung vorgeschaltet ist die sog. Offensichtlichkeitsprüfung (§ 42 PatG), die der Aufdeckung offensichtlicher, der Patenterteilung entgegenstehender Mängel dient.

⁹⁷ Eisenmann/Jautz, Rn 5; Nirk, Gewerblicher Rechtsschutz, Teil III 7.Kapitel 1; Steckler, II 1.3. S. 20.

⁹⁸ Sambuc, in: Harte/Henning, § 4 Nr. 9 Rn 211 f.; Kühnen, in: Schulte PatG, § 139 Rn 60 ff.; Rogge, in: Benkard PatG, § 139 Rn 61 ff.; Osterrieth, Patentrecht, Rn 456 ff.

kann nur ausnahmsweise gem. § 16a PatG durch ein „ergänzendes Schutz-zertifikat“ verlängert werden.⁹⁹

2. Gebrauchsmustergesetz (GebrMG)

Für den Erlass des Gebrauchsmustergesetzes von 1891 waren drei Dinge verantwortlich.¹⁰⁰ Erstens waren die vom Patentgesetz aufgestellten Hürden zur Erreichung eines rechtlichen Schutzes sehr hoch, sodass „kleine Erfindungen“ vom Anwendungsbereich des Gesetzes nicht erfasst wurden. Zweitens beschränkte sich das „Gesetz betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen“ von 1876 auf ästhetische Arbeitsergebnisse.¹⁰¹ Drittens bestand gerade in kleinen und mittleren Betrieben ein Bedürfnis nach kostengünstigem und schnellem Leistungsschutz auch für – im Vergleich zum Patentrecht – weniger bedeutende technische Neuerungen. Schutzgegenstand des Gebrauchsmustergesetzes ist – wie beim Patent – eine Leistung auf dem Gebiet der Technik.¹⁰²

Die Entstehungsvoraussetzungen des Gebrauchsmusters sind in großem Maße an die Systematik und den Sprachgebrauch des Patentrechts angelehnt,¹⁰³ sodass insoweit auf die Ausführungen zum Patentschutz verwiesen werden kann. So wird ein Gebrauchsmuster ebenfalls nur für technische Erfindungen gewährt, § 1 Abs. 1 GebrMG. Diese müssen gewerblich anwendbar (§§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 2 GebrMG) sowie neu (§§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 GebrMG) sein, wobei nur entweder schriftliche Beschreibungen im In- und Ausland oder inländische, öffentliche Benutzungen neuheitsschädlich sind, § 3 Abs.1 S. 2 GebrMG. In zwei Punkten weist die Gebrauchsmustererteilung dagegen wesentliche Unterschiede zur Patenterteilung auf. Zum einen

⁹⁹ Dazu Kühnen, in: Schulte PatG, § 16a Rn 1 ff.

¹⁰⁰ Zur Entstehung des Gebrauchsmustergesetzes: Loth GebrMG, Vorb Rn 1 ff; Osterrieth, Patentrecht, Rn 643; Kraßer, Patentrecht, § 6 I 2; ders., FS Dt. Vereinigung GRUR I, Rn 1 ff.

¹⁰¹ ROHGE 6, 187, 189; RGZ 4, 108, 109.

¹⁰² Hubmann/Götting, § 4 Rn 4; Brändel, Rn 111 S. 169; Nirk, Gewerblicher Rechtsschutz, Teil IV § 3 1 S. 321.

¹⁰³ Bühring GebrMG, § 1 Rn 9 S.8; Bruchhausen, in: Benkard PatG, Vorbem. GebrMG Rn 4 S. 1381; Grundmann, in: MAH Gewerbbl. Rechtsschutz, § 41 Rn 1; Eisenmann/Jautz, Rn 172.

werden in materieller Hinsicht geringere Anforderungen an die Erfindungshöhe gestellt. Zur Erlangung eines Gebrauchsmusters ist lediglich ein „erfinderischer Schritt“ notwendig, § 1 Abs.1 GebrMG. Damit ist ein – im Einzelfall u.U. schwierig zu bestimmendes – Erfindungsniveau unterhalb der „erfinderischen Tätigkeit“ (§ 1 Abs. 1 PatG) und oberhalb des rein handwerklichen Könnens gemeint.¹⁰⁴ Zum anderen findet im Rahmen des Anmeldeverfahrens nur eine sehr eingeschränkte Prüfung der materiellen Voraussetzungen statt (§ 8 Abs. 1 S. 2 GebrMG), sodass ein Gebrauchsmusterschutz in recht kurzer Zeit zu erlangen ist.

Parallel zum Patentrecht ist auch der Inhaber des Gebrauchsmusters zur alleinigen Nutzung des geschützten Gegenstands befugt, § 11 Abs. 1 S. 1 GebrMG. Dritten ist die Benutzung der Erfindung untersagt, § 11 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 GebrMG. Bei der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs gem. § 24 Abs. 2 GebrMG gilt ebenfalls die dreifache Schadensberechnung.¹⁰⁵

Gem. § 23 Abs. 1 GebrMG endet der durch das Gebrauchsmuster gewährte Schutz spätestens nach zehn Jahren.

3. Geschmacksmusterrecht (GeschmMG)

Das deutsche Geschmacksmusterrecht findet seinen Ursprung im „Gesetz betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen“ aus dem Jahre 1876.¹⁰⁶ Es hat durch das Geschmacksmusterreformgesetz vom 12.03.2004, welches die Richtlinie 98/71 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.1998 umgesetzt hat, eine umfassende Neugestaltung erfahren.

¹⁰⁴ Chrocziel, Rn 276; tendenziell ebenso BPatG GRUR 2004, 852, 854 f. „Materialstreifenpackung“; einschränkend jedoch nunmehr BGH GRUR 2006, 842, 845 „Demonstrationsschrank“.

¹⁰⁵ Bührung GebrMG, § 24 Rn 24 ff. Zur dreifachen Schadensberechnung vgl. auch Fn 98.

¹⁰⁶ Zur Entstehung des Geschmacksmusterschutzes: Eichmann, in: Eichmann/von Falckenstein, Allgemeines Rn 1 ff; Gerstenberg, FS Dt. Vereinigung GRUR I, S.691 ff.

Schutzgegenstand bildet jedoch nach wie vor die ästhetische gewerbliche Leistung.¹⁰⁷

Geschützt werden nur Muster, d.h. zwei- oder dreidimensionale¹⁰⁸ Erscheinungsformen eines Erzeugnisses bzw. Erzeugnisteils, die sich insbes. aus den Merkmalen des Erzeugnisses bzw. seiner Verzierung ergeben, §§ 2 Abs. 1, 1 Nr. 1 GeschmMG. Im Zentrum des Schutzes steht dabei – in Abgrenzung zum Patent- und Gebrauchsmusterrecht – der auf den Formen- und Farbsinn des Menschen einwirkende ästhetische Gehalt.¹⁰⁹ Auch das reformierte Geschmacksmusterrecht hält am Erfordernis der Gewerblichkeit i.S.v. § 1 Abs. 1 GeschmMG a.F. fest, wenn in § 1 Nr. 2 GeschmMG klar gestellt wird, dass nur industrielle oder handwerkliche Gegenstände geschmacksmusterfähig sind.¹¹⁰ Das Muster muss weiterhin neu sein, d.h. vor dem Anmeldetag darf kein identisches bzw. nur in unwesentlichen Einzelheiten abweichendes Muster offenbart worden sein, § 2 Abs. 1, Abs. 2 GeschmMG. Von einer neuheitsschädlichen Offenbarung ist jedoch dann nicht auszugehen, wenn sie den in der Gemeinschaft tätigen Fachkreisen des betreffenden Sektors im normalen Geschäftsverlauf nicht bekannt sein konnte, § 5 S.1 2.HS GeschmMG. Damit wird der dem § 1 Abs. 2 GeschmMG a.F. von der Rechtsprechung zu Grunde gelegte „relative Neuheitsbegriff“¹¹¹ im Grundsatz zwar übernommen,¹¹² durch die Ausdehnung der relevanten Fachkreise auf das Gebiet der Europäischen Gemeinschaft jedoch erheblich erweitert.¹¹³ Schließlich fordert § 2 Abs. 1 GeschmMG eine „Eigenart“ der zu schützenden Leistung. Diese Eigenart ist zu bejahen,

¹⁰⁷ Eisenmann/Jautz, Rn 200a; in Abgrenzung zu den technischen Schutzrechten auch Eichmann, in: Eichmann/von Falckenstein, Allgemeines Rn 55.

¹⁰⁸ „Muster“ erfasst als Oberbegriff die im alten Recht unterschiedenen „Muster“ und „Modelle“.

¹⁰⁹ BGHZ 50, 340, 350 „Rüschenhaube“; BGH GRUR 1996, 57, 59 „Spielzeugautos“; Hubmann/Götting, § 30 Rn 6 f.

¹¹⁰ Eichmann, in: Eichmann/von Falckenstein, § 1 Rn 14; zum Problem der Gewerblichkeit im alten Recht: Nirk/Kurtze, § 1 Rn 91 ff.

¹¹¹ BGHZ 50, 340, 355 f. „Rüschenhaube“; BGH GRUR 1978, 168, 169 „Haushaltsschneidemaschine“.

¹¹² Eichmann, in: Eichmann/von Falckenstein, § 5 Rn 8; zur Diskussion über den Neuheitsbegriff des GeschmMG a.F.: von Gerlach, in: MAH Gewerbbl. Rechtsschutz, § 45 Rn 30 sowie Hubmann/Götting, § 30 Rn 9;

¹¹³ Eichmann, in: Eichmann/von Falckenstein, § 5 Rn 9.

wenn sich der Gesamteindruck, den das fragliche Muster bei einem informierten Benutzer hervorruft, von dem Gesamteindruck unterscheidet, den ein anderes, vor dem Anmeldetag offenbartes Muster bei diesem Benutzer verursacht, § 2 Abs. 3 GeschmMG. Das Geschmacksmuster entsteht mit der auf die Anmeldung (§§ 11 ff GeschmMG) folgenden Eintragung im Geschmacksmusterregister, § 27 Abs.1 GeschmMG. In diesem Verfahren findet nur eine – mit dem Gebrauchsmusterrecht vergleichbare – eingeschränkte Prüfung der materiellen Voraussetzungen statt, § 16 GeschmMG.

Auch das Gebrauchsmuster ist ein umfassendes, absolutes Ausschließlichkeitsrecht.¹¹⁴ Der Inhaber ist der allein Nutzungsberechtigte, § 38 Abs. 1 1.HS GeschmMG. Dritte können bei unbefugter Benutzung des Musters auf Beseitigung, Unterlassung bzw. Schadensersatz in Anspruch genommen werden, § 42 GeschmMG. Auch hier besteht die Möglichkeit der dreifachen Schadensberechnung.¹¹⁵

Die maximale Schutzdauer eines Geschmacksmusters beträgt gem. § 27 Abs. 2 GeschmMG 25 Jahre.

4. Markengesetz (MarkenG)

Die deutsche Markengesetzgebung nimmt ihren Anfang mit dem „Markenschutzgesetz“ aus dem Jahre 1874, das seitdem vielfältige Änderungen erfahren hat.¹¹⁶ Die jüngste grundlegende Novellierung ist im Rahmen der Umsetzung einer gemeinschaftsrechtlichen Richtlinie durch das Markenrechtsreformgesetz vom 20.10.1994 erfolgt. Zweck des Markenrechts ist der Schutz der beim Vertrieb von Waren und Dienstleistungen erbrachten Wer-

¹¹⁴ Eisenmann/Jautz, Rn 200a; noch zu § 5 GeschmMG a.F., der lediglich einen Schutz vor Nachbildung und vor Verbreitung von Nachbildungen gewährte: Hubmann/Götting, § 33 Rn 2; Nirk, Gewerblicher Rechtsschutz, § 10 I, II.

¹¹⁵ Eichmann, in: Eichmann/von Falckenstein, § 42 Rn 11. Zur dreifachen Schadensberechnung vgl. Fn 98.

¹¹⁶ Der Wandel von der Marke als staatlichem Gütesiegel hin zum vom Unternehmer frei gewählten Herkunftshinweis ging einher mit der Einführung der Gewerbefreiheit. Dazu und zur Weiterentwicklung des Markengesetzes: Fezer, Markenrecht, Einl. MarkenG Rn 1 f., 4 ff.

beleistung des Unternehmers, die sich in der Bezeichnung der Ware bzw. Dienstleistung manifestiert.¹¹⁷ Denn erst diese Bezeichnungen verschaffen dem Gewerbetreibenden eine Marktposition, indem sie die Unterscheidung seiner Waren und Dienstleistungen von den Waren und Dienstleistungen Dritter ermöglichen, eine Aussage über die Herkunft seiner Leistung geben oder gleich einem Gütesiegel für einen gewissen Qualitätsstandard stehen.

Markenschutz entsteht durch Eintragung im vom Patentamt geführten Register, durch Erlangung von Verkehrsgeltung infolge der Benutzung im geschäftlichen Verkehr oder durch notorische Bekanntheit i.S.d. Artikels 6^{bis} Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums, § 4 MarkenG. Notwendige Voraussetzung für die Erlangung eines Markenrechts ist das Vorliegen eines Zeichens, § 3 Abs. 1 MarkenG. Seit Erlass des Markenrechtsreformgesetzes sind auch dreidimensionale Gestaltungen Zeichen im Sinne dieser Vorschrift. Damit ist es im Grundsatz möglich, die Form der Ware selbst markenrechtlich schützen zu lassen. Da auf diesem Wege im Ergebnis ein Leistungsschutzrecht für ein Arbeitsergebnis in seiner konkreten Ausgestaltung erlangt werden kann, ist die nähere Untersuchung markenrechtlicher Normen im Kontext spezialgesetzlicher Leistungsschutzrechte durchaus sinnvoll.¹¹⁸ Ein Markenschutz kommt gem. § 3 Abs.1 MarkenG grundsätzlich aber nur für solche Zeichen in Betracht, die abstrakte Unterscheidungskraft besitzen, d.h. in einem beliebigen, theoretisch vorstellbaren Fall zur Unterscheidung geeignet sind.¹¹⁹

Der Inhaber der Marke ist zur ausschließlichen Nutzung der Marke berechtigt, § 14 Abs. 1 MarkenG. Im Falle einer unbefugten Benutzung des Zeichens haften Dritte auf Unterlassung, bei schuldhaftem Handeln auch auf Schadensersatz, § 14 Abs. 4, Abs. 5 MarkenG, wobei der Verletzte seinen Schaden wiederum nach den drei im gewerblichen Rechtsschutz üblichen Berechnungsarten geltend machen kann.¹²⁰

¹¹⁷ BVerfG NJW 1988, 2594, 2596; Chrocziel, Rn 23; Hubmann/Götting, § 4 Rn 12; Weihrauch, B I 1 f) S. 37.

¹¹⁸ Insoweit a.A. Weihrauch, B I 1 f) S.37 f.

¹¹⁹ Fezer, Markenrecht, § 3 Rn 203; Ingerl/Rohnke, § 3 Rn 9; Hacker, in: Ströbele/Hacker, § 3 Rn 5 S.47; Nordemann, Rn 2151.

¹²⁰ Fezer, Markenrecht, § 14 Rn 518 ff.

Im Gegensatz zu den sonstigen gewerblichen Schutzrechten wird das Markenrecht nicht nur für einen begrenzten Zeitraum gewährt. Die anfängliche Schutzdauer für eingetragene Marken von zehn Jahren (§ 47 Abs. 1 MarkenG) kann gem. § 47 Abs. 2 MarkenG beliebig oft verlängert werden.

5. Urheberrechtsgesetz (UrhG)

Ein vom Norddeutschen Bund übernommenes Reichsgesetz betreffend „das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramaturgischen Werken“ aus dem Jahre 1871 markiert den Ausgangspunkt für eine einheitliche Kodifizierung des Urheberrechts in Deutschland.¹²¹ Das zuletzt 2003 durch das „Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ geänderte, aktuelle Urheberrechtsgesetz schützt in erster Linie¹²² individuelle Geistesschöpfungen, § 2 Abs. 2 UrhG.

Der wesentliche Unterschied zu den bisher dargestellten Schutzrechten besteht darin, dass sich der Anwendungsbereich des Urheberrechts auf das Gebiet der kulturellen Leistungen erstreckt, während sich die übrigen Sondergesetze ausschließlich auf den gewerblichen Bereich beziehen.¹²³ Ziel dieser Arbeit ist es zu untersuchen, inwieweit der Ergänzungsbedarf eines Produkts abgesichert werden kann. Bei Leistungen auf rein kulturellem Sektor wird es jedoch eher selten vorkommen, dass diese durch Ersatzteile, Zubehör o.Ä. ergänzt werden können. Ein Ergänzungsbedarf im Sinne dieser Arbeit wird sich regelmäßig bei gewerblichen Produkten ergeben. Aus diesem Grund wird der Schlüssel zur Lösung des hier aufgeworfenen Problems im Wesentlichen in den gewerblichen Schutzrechten und nicht im Urheber-

¹²¹ T. Dreier, in: T. Dreier/Schulze, Einl. UrhG Rn 55; Nirk, Gewerblicher Rechtsschutz, Teil I § 2. Der Urheberrechtsschutz war in den deutschen Einzelstaaten zuvor als strafrechtliches Nachdruckverbot ausgestaltet; vgl. Rehbinder, Rn 26 S. 11 sowie Hertin, Rn 6.

¹²² Zu den verwandten Schutzrechten siehe §§ 70 ff UrhG.

¹²³ Eisenmann/Jautz, Rn 7; Nirk, Gewerblicher Rechtsschutz, Teil I IV 2, 3. Dass das Urheberrecht nicht zum *gewerblichen* Rechtsschutz zählt, wird bereits an der häufig anzutreffenden Gegenüberstellung von „*gewerblichem* Rechtsschutz“ einer- und „Urheberrecht“ andererseits deutlich.

recht zu finden sein.¹²⁴ Es ist daher nicht erforderlich, im weiteren Verlauf der Arbeit auf den urheberrechtlichen Schutz einzugehen.

III. Überblick über den Schutz gewerblicher Leistung durch das UWG

Neben den Sondergesetzen gewährt auch das UWG einen ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutz. In dem nun folgenden Gliederungspunkt soll ein den bisherigen Ausführungen vergleichbarer Überblick über diesen wettbewerblichen Schutz gegeben werden. Dabei werden insbesondere grundsätzliche Probleme sowie Reibungspunkte mit den spezialgesetzlichen Schutznormen aufgezeigt. Auf die hierbei aufgeworfenen Fragen wird, soweit sie für den Gegenstand der Abhandlung von Bedeutung sind, im weiteren Verlauf der Arbeit eingegangen.

1. Historische Entwicklung / Normative Grundlage

Das Bedürfnis nach einer Ergänzung der spezialgesetzlichen Leistungsschutzrechte wurde sehr früh erkannt. Bereits das Reichsgericht ging davon aus, dass ein Nachahmungsschutz auch außerhalb der Sondergesetze gewährt werden könne. Dieser wurde zunächst auf § 826 BGB gestützt.¹²⁵ Erst mit Einführung einer umfassenden Generalklausel in das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb am 01.10.1909¹²⁶ wurde der wettbewerbliche Leistungsschutz unter Heranziehung von § 1 UWG begründet. Der „ergänzende wettbewerbliche Leistungsschutz“ bildete sich dabei im Lauf der Zeit als eigene Fallgruppe heraus.¹²⁷

¹²⁴ Dabei soll nicht unterschlagen werden, dass gewerbliche Schutzrechte und Urheberrecht – freilich mit unterschiedlicher Schutzrichtung – an einem Gegenstand nebeneinander bestehen können; vgl. etwa Rehbinder, Rn 124 S.51.

¹²⁵ Allein bzw. auch auf § 826 BGB stellten etwa ab: RGZ 73, 294, 296 „Schallplatten“; RGZ 120, 94, 97 „Huthaken“.

¹²⁶ Das UWG von 1896 war demgegenüber von Einzelfallregelungen bestimmt; vgl. dazu Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 3 Rn 70 f.; Wadle, JuS 1996, 1064, 1066 f.

¹²⁷ Die Aufgliederung des § 1 UWG in Fallgruppen sollte dabei helfen, die Vielfalt richterlicher Entscheidungen zu systematisieren; vgl. Rittner, § 2 Rn 43 S. 42.

Das UWG hat im Jahr 2004 eine grundlegende Reform erfahren. Die vom Gedanken der Liberalisierung und europäischen Harmonisierung getragene Neuordnung des Wettbewerbsrechts¹²⁸ ist der von Teilen der Literatur aufgestellten Forderung nach einem allgemeinen, von der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel losgelösten Nachahmungstatbestand¹²⁹ nicht nachgekommen, sondern hat sich grundsätzlich an den unter Geltung des alten UWG diskutierten Fallgruppen orientiert. Gem. § 3 UWG sind unlautere Wettbewerbshandlungen, die den Wettbewerb nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen geeignet sind, unzulässig. Das Merkmal der Unlauterkeit wird durch die in § 4 UWG aufgelisteten Beispiele konkretisiert. § 4 Nr. 9 UWG betrifft eine Vielzahl der Konstellationen, die im alten UWG zur Fallgruppe des „ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutzes“ gezählt wurden. Die Aufzählung in § 4 UWG ist – wie bereits dem eindeutigen Wortlaut („Beispiele“, „insbesondere“) zu entnehmen ist – nicht abschließend, sodass sich die Unzulässigkeit weiterer, nicht vom Tatbestand des § 4 Nr. 9 UWG erfasster Sachverhalte auch nur aus § 3 UWG ergeben kann.

2. Das Problem der Berücksichtigung der Sondergesetze

Die Tatsache, dass der ergänzende wettbewerbliche Leistungsschutz zu einem der umstrittensten Bereiche des Wettbewerbsrechts zählt, hängt u. a. damit zusammen, dass er sich in einem nur schwer aufzulösenden Spannungsverhältnis zu den Sondergesetzen befindet. Dieser Konflikt gestaltet sich wie folgt: Der Gesetzgeber hat in den ausdrücklich normierten Schutzrechten eine Entscheidung darüber getroffen, welche Leistung unter welchen Voraussetzungen derart schutzwürdig erscheint, dass deren Nachahmung unzulässig ist. Wird nun außerhalb der spezialgesetzlichen Schutzrechte ein ergänzender Leistungsschutz durch die Normen des UWG gewährt, dann läuft dieser Schutz Gefahr, die von der Legislative abgesteckten Grenzen im Hinblick auf den Nachahmungsschutz zu durchbrechen. Aus diesem Grund besteht allgemeiner Konsens darüber, dass bei der Anwendung des UWG die in den Sondergesetzen zum Ausdruck kommenden Ent-

¹²⁸ BT-Drucks. 15/1487, S. 12.

¹²⁹ Köhler, WRP 1999, 1075, 1081; Fezer, WRP 2001, 989, 1005, 1007.

scheidungen des Gesetzgebers berücksichtigt werden müssen.¹³⁰ Die Schwierigkeit liegt nun aber darin, diejenigen gesetzgeberischen Entscheidungen zu bestimmen, welche im UWG zwingend zu beachten sind. *Dass* sich ein UWG-Leistungsschutz nicht zu den Sondergesetzen in Widerspruch setzen darf, ist unstrittig. Nur *wann* ein solcher Widerspruch besteht, d.h. die Sondergesetze keinen Freiraum mehr für einen ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutz lassen, ist nicht leicht festzustellen.

3. Voraussetzungen eines ergänzenden Leistungsschutzes

a) Ausgangslage der heutigen Rechtsprechung

Auf der Basis dieses grundsätzlichen Konflikts geht die heutige¹³¹ Rechtsprechung hinsichtlich der Voraussetzungen des ergänzenden lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutzes von folgenden Erwägungen aus.

§ 3 UWG verbietet unlautere Wettbewerbshandlungen. Das Anbieten einer nachgeahmten Leistung sei jedoch für sich allein genommen nicht unlauter.¹³² Mit dem Makel der Unlauterkeit sei eine solche Handlung erst dann behaftet, wenn zusätzliche, jenseits der Sondergesetze liegende Umstände hinzutreten, die die Wettbewerbshandlung als unlauter erscheinen ließen.¹³³ Durch das UWG dürfe kein „Ersatzausschließlichkeitsrecht“ geschaffen werden, d.h. ein den Sonderschutzrechten entsprechendes Leistungsschutzrecht, welches das Arbeitsergebnis als solches zum Gegenstand habe.¹³⁴ Es biete lediglich Schutz vor unlauteren Wettbewerbspraktiken und wende sich

¹³⁰ Sambuc, in: Harte/Henning, § 4 Nr. 9 Rn 5 S. 817; Götting, in: Fezer UWG I, § 4-9 Rn 2 S. 756; Piper, in: Piper/Ohly, § 4.9 Rn 8; Eck, in: Gloy/Loschelder, Hdb. WettbewerbsR, § 43 Rn 3; Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 22 Rn 6 i.V.m. § 12 Rn 9; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 11 I S. 181; Keller, S. 595, 603.

¹³¹ Zur geschichtlichen Entwicklung der Rechtsprechung vgl. Weihrauch, 1.Teil B II 2 sowie Götting, MitttdtPat 2005, 12, 14.

¹³² BGHZ 50, 125, 129 „Pulverbehälter“.

¹³³ BGHZ 5, 1, 10 „Hummel-Figuren“; BGHZ 134, 250, 267 „CB-infobank I“; BGHZ 140, 183, 189 „Elektronische Pressearchive“; BGH GRUR 2002, 629, 631 „Blendsege“; BGH GRUR 2003, 958, 962 „Paperboy“.

¹³⁴ BGHZ 26, 52, 59 „Sherlock Holmes“; BGHZ 28, 387, 396 „Nelkenstecklinge“; BGH GRUR 1967, 315, 317 „skai-cubana“.

damit gegen die Art und Weise der Nachahmung.¹³⁵ Der Schutz des Leistungsergebnisses ist der Rechtsprechung zufolge also nicht primäre Aufgabe des Wettbewerbsrechts, sondern bloßer „Reflex“ der Unzulässigkeit einer als unlauter eingestuften Nachahmungshandlung. Anders formuliert: Das UWG verbietet nicht die Imitation an sich, sondern nur die unlautere Imitation.

Der wettbewerbliche Nachahmungsschutz ist demnach von den nachfolgend näher dargestellten Voraussetzungen abhängig.

b) Allgemeine Voraussetzungen des § 3 UWG

Zunächst einmal verbietet das UWG nicht schlechthin unlauteres Verhalten, sondern wendet sich nur gegen unlautere *Wettbewerbshandlungen*, § 3 UWG. Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit des UWG ist demnach das Vorliegen einer Wettbewerbshandlung. Darunter versteht das Gesetz jede Handlung einer Person mit dem Ziel der Förderung eines (nicht notwendig eigenen) Unternehmens, § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG. In Abgrenzung zum allgemeinen Deliktsrecht werden damit nur unternehmerische Tätigkeiten am Markt erfasst.¹³⁶

Unzulässig sind unlautere Wettbewerbshandlungen aber erst dann, wenn sie den Wettbewerb nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen geeignet sind, § 3 UWG. Durch die Einführung dieser „Bagatellschwelle“ sollen nur solche Verhaltensweisen in den Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts fallen, die von einigem Gewicht, d.h. nicht völlig unbedeutend sind.¹³⁷ Bei der Beurteilung der Erheblichkeit sind nicht nur die Auswirkungen eines Verstoßes

¹³⁵ BGHZ 5, 1, 10 „Hummel-Figuren“; BGHZ 28, 387, 396 „Nelkenstecklinge“; BGHZ 44, 288, 297 „Apfel-Madonna“.

¹³⁶ Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 2 Rn 3, 6; Fezer, in: Fezer UWG I, § 2 Rn 8; Lettl, UWG, Rn 72.

¹³⁷ BT-Drucks. 15/1487, S. 17; Janssen/Odörfer/Wiume, Rn 54 S. 28; Matutis, § 3 Rn 5 S. 57; Lettl, UWG, Rn 140. Der Ausschluss von Bagatellfällen erfolgte unter Geltung des UWG a.F. durch eine Einschränkung der Klagebefugnis (§ 13 Abs. 2 UWG a.F.); vgl. dazu Nordemann, Rn 156; Berlitz, Wettbewerbsrecht, Rn 14 f.

im Einzelfall, sondern auch die Konsequenzen für den Wettbewerb insgesamt (bspw. Nachahmungsgefahr) zu beachten.¹³⁸

c) Besondere Voraussetzungen des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes

aa) Wechselwirkung zwischen den Schutzvoraussetzungen

Ein ergänzender wettbewerblcher Leistungsschutz wird (neben diesen allgemeinen Erfordernissen) im Wesentlichen von drei Voraussetzungen abhängig gemacht: erstens dem Vorliegen einer Nachahmung, zweitens der wettbewerblchen Eigenart der imitierten Leistung und drittens dem Hinzutreten besonderer, die Unlauterkeit begründender Umstände. Diese drei Merkmale stehen aber nicht unbeeinflusst nebeneinander. Zwischen diesen Voraussetzungen besteht vielmehr eine Wechselwirkung.¹³⁹ Das bedeutet: Je mehr wettbewerblche Eigenart eine Leistung besitzt oder je größer der Grad der Nachahmung ist, desto geringere Anforderungen werden an die „besonderen Umstände“ gestellt.¹⁴⁰ Insoweit lässt sich von einem System „kommunizierender Röhren“¹⁴¹ sprechen.

¹³⁸ BT-Drucks. 15/1487, S. 17; Berlit, Wettbewerbsrecht, Rn 12 S. 11; Boesche, Rn 17 S. 10.

¹³⁹ BGHZ 138, 143, 150 „Les-Paul-Gitarren“; BGH GRUR 1999, 751, 752 „Güllepumpen“; BGH GRUR 1999, 1106, 1108 „Rollstuhlnachbau“; BGH GRUR 2001, 443, 445 „Viennetta“; Sambuc, in: Harte/Henning, § 4 Nr. 9 Rn 25; Piper, in: Piper/Ohly, § 4.9 Rn 103 f.; Deck, in: MAH Gewerbbl. Rechtsschutz, § 19 Rn 65; Götting, in: Fezer UWG I, § 4-9 Rn 65.

¹⁴⁰ BGH GRUR 2001, 251, 253 „Messerkennzeichnung“; BGH GRUR 2002, 629, 631 „Blendsegel“; BGH GRUR 2002, 820, 822 „Bremszangen“; BGH GRUR 2003, 359, 360 „Pflegebett“; BGH GRUR 2004, 941, 942 „Metallbett“; BGH WRP 2005, 88, 90 „Puppenausstattungen“; ausführlich dazu auch Sack, Das Bewegliche System, S. 177, 194 ff.

¹⁴¹ So ausdrücklich Jacobs, S. 71, 74. Bei einem System kommunizierender Röhren handelt es sich um miteinander verbundene Gefäße. Befüllt man diese Gefäße jeweils mit unterschiedlichen Mengen Flüssigkeit, so stellt sich dennoch in allen Röhren derselbe Flüssigkeitsstand ein. Dieses Prinzip liegt der Rechtsprechung zum unlauteren Nachahmungswettbewerb zu Grunde: Nachdem geklärt wurde, in welchem Maße eine Nachahmung vorliegt, inwieweit die nachgeahmte Leistung wettbewerblche Eigenart besitzt und in welchem Umfang daneben zusätzliche Umstände vorliegen, werden diese Einzelergebnisse „zusammengeworfen“, um zu ermitteln, ob das hierbei erreichte Niveau die Grenze zur Unlauterkeit überschreitet. Demgegen-

bb) Nachahmung einer Ware/Dienstleistung

Unter Nachahmung versteht man allgemein die Kreation einer neuen Leistung unter Benutzung eines älteren Arbeitsergebnisses.¹⁴² In objektiver Hinsicht muss dabei die jüngere Leistung in wesentlichen Teilen mit dem älteren Produkt übereinstimmen, in subjektiver Hinsicht ist ein Handeln in Kenntnis des Originals erforderlich.¹⁴³ Nach dem Grad der Ähnlichkeit zwischen Vorlage und Imitat lassen sich zwei verschiedene Nachahmungshandlungen unterscheiden. Bei der „unmittelbaren Übernahme“ beschränkt sich die Leistung des Wettbewerbers darauf, das Original (nahezu) unverändert zu kopieren, sodass die nachgemachte Leistung keine oder nur unwesentliche Unterschiede zum Original aufweist und beide Arbeitsergebnisse somit identisch bzw. fast identisch sind.¹⁴⁴ Im Falle der „nachschaaffenden Übernahme“ erbringt der Wettbewerber hingegen eine eigene Leistung, die sich jedoch am Vorbild des Originals orientiert.¹⁴⁵

Ein wettbewerblicher Nachahmungsschutz wird gem. § 4 Nr. 9 UWG nur für Waren und Dienstleistungen gewährt. Diese Begriffe sind jedoch weit zu verstehen.¹⁴⁶ Als taugliche Nachbildungsgegenstände kommen daher grundsätzlich Leistungsergebnisse jedweder Art wie bspw. Produkte, Marken oder Werbesprüche in Betracht.¹⁴⁷

über veranschaulicht Eck, in: Gloy/Loschelder, Hdb. WettbewerbsR, § 43 Rn 23 die Wechselwirkung anhand einer Summenbildung.

¹⁴² Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 11 II 2 S. 187; Sambuc, Nachahmungsschutz, Rn 58.

¹⁴³ Zur objektiven Komponente: Emmerich, § 11 2 S. 187; Sambuc, Nachahmungsschutz, Rn 60. Zum subjektiven Merkmal: Sambuc, in: Harthe/Henning, § 4 Nr. 9 Rn 15; Ulmer/D. Reimer, Rn 287 S. 204.

¹⁴⁴ Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.35 f.; Deck, in: MAH Gewerbbl. Rechtsschutz, § 19 Rn 27 ff.; Götting, MitttdtPat 2005, 12, 16.

¹⁴⁵ Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.37; Deck, in: MAH Gewerbbl. Rechtsschutz, § 19 Rn 31 ff.; Götting, MitttdtPat 2005, 12, 16.

¹⁴⁶ Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.21.

¹⁴⁷ Piper, in: Piper/Ohly, § 4.9 Rn 19 f.; Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.21 f.

cc) Wettbewerbliche Eigenart

Weitere Grundvoraussetzung für die Gewährung eines lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes ist das Vorliegen einer wettbewerblichen Eigenart. Dieses Merkmal ist bei sämtlichen Fällen des ergänzenden Leistungsschutzes – freilich unter Beachtung der Besonderheiten der jeweiligen Fallgruppe – zu berücksichtigen.¹⁴⁸ Es dient im Wesentlichen dazu, nur solche Leistungen vor Imitation zu bewahren, die in gewisser Weise „besonders“ sind, sich von der Masse der Leistungen abheben und daher „schutzwürdig“ erscheinen.¹⁴⁹ Ein Leistungsergebnis besitzt nach allgemeiner Definition wettbewerbliche Eigenart, wenn es geeignet ist, auf seine Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen.¹⁵⁰

Beim Merkmal der wettbewerblichen Eigenart tritt das Spannungsverhältnis zu den Sondergesetzen deutlich zu Tage. Da Patente, Gebrauchsmuster, Geschmacksmuster, etc. ebenfalls an die Qualität des zu schützenden Leistungsergebnisses anknüpfen, stellt sich die Frage, ob sich insoweit die Schutzanforderungen des UWG mit denen der Spezialgesetze decken. Ist etwa die „wettbewerbliche Eigenart“ beim Schutz ästhetischer Produkte identisch mit der geschmacksmusterrechtlichen „Eigenartigkeit“? Diese Problematik soll an passender Stelle¹⁵¹ im weiteren Verlauf der Arbeit näher erörtert werden.

dd) Hinzutreten von die Unlauterkeit begründenden Umständen

Die Rechtsprechung macht den UWG-Leistungsschutz davon abhängig, dass neben die Nachahmung einer wettbewerblich eigenartigen Leistung

¹⁴⁸ BGH GRUR 1960, 232, 234 „Feuerzeug-Ausstattung“; Götting, in: Fezer UWG I, § 4-9 Rn 26; Keller, S. 595, 597. Zur Differenzierung im Hinblick auf die betroffene Fallgruppe insbesondere Sambuc, in: Harte/Henning, § 4 Nr. 9 Rn 48; ders., Nachahmungsschutz, Rn 121; ders., GRUR 1986, 130, 132 ff.

¹⁴⁹ Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 9.24 S.344; Eck, in: Gloy/Loschelder, Hdb. WettbewerbsR, § 43 Rn 14 S. 569; Nordemann, Rn 1623 S. 228.

¹⁵⁰ BGHZ 138, 143, 148 „Les-Paul-Gitarren“; BGH GRUR 2002, 275, 276 „Noppenbahnen“; BGH GRUR 2003, 359, 360 „Pflegebett“; Ring, 4 c) aa).

¹⁵¹ Siehe dazu Seite 168.

zusätzliche, außerhalb der Sondergesetze liegende Umstände hinzutreten. Gerade diese Umstände sind es, die der Judikativen zufolge den Vorwurf der Unlauterkeit rechtfertigen. Hierbei kann – einer im Vordringen befindlichen Strömung in der Literatur¹⁵² folgend – zwischen dem mittelbaren und dem unmittelbaren Leistungsschutz unterschieden werden.

(1) Mittelbarer Leistungsschutz

Der mittelbare Leistungsschutz entspricht dem klassischen Lauterkeitschutz der Rechtsprechung. Er richtet sich nicht gegen die Nachahmung an sich, sondern nur gegen die Art und Weise, in der ein Arbeitsergebnis imitiert wird.¹⁵³ Die Leistung wird dabei also nur mittelbar dadurch geschützt, dass gerade ein bestimmtes Nachahmungsverhalten als unlauter eingestuft wird. Im Laufe der Zeit hat sich hierbei eine Vielzahl von Fallgruppen herausgebildet, von denen die wichtigsten in § 4 Nr. 9 UWG kodifiziert worden sind.

Gem. § 4 Nr. 9 a) UWG handelt ein nachahmender Wettbewerber unlauter, wenn er die Abnehmer über die betriebliche Herkunft der Leistung täuscht, obwohl er diese Irreführung vermeiden kann. Entgegen dem anders lautenden Wortlaut muss es dabei noch nicht zu einer Täuschung gekommen sein, die Gefahr einer Irreführung reicht aus.¹⁵⁴ Beim imitatorischen Wettbewerb sind die Konkurrenten also gehalten, im Rahmen des Zumutbaren alles Erforderliche zu tun, um Fehlvorstellungen über die Herkunft der Leistung auszuschließen.¹⁵⁵

Als weiteren, die Unlauterkeit begründenden Umstand schreibt § 4 Nr. 9 b) UWG die unangemessene Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung der imitierten Leistung fest. § 4 Nr. 9 b) UWG ist erfüllt, wenn

¹⁵² Vgl. etwa Fn 78.

¹⁵³ Sack, FS für Erdmann, S. 697, 711; ders., WRP 2005, 531, 537; Weihrauch, 1. Teil A I S. 28.

¹⁵⁴ BT-Drucks. 15/1487, S. 17; Lettl, UWG, Rn 336; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 11 II 3 a) S. 188.

¹⁵⁵ BGH GRUR 2001, 443, 445 „Viennetta“; Sambuc, in: Harte/Henning, § 4 Nr. 9 Rn 83; Lettl, UWG, Rn 335; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 11 II 3 b) S. 189.

das positive Image einer fremden Ware oder Dienstleistung auf die Nachahmung übertragen wird bzw. der gute Ruf des Originals durch die Vermarktung des Imitats Schaden nimmt.¹⁵⁶

Hat der Mitbewerber die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse bzw. Unterlagen auf unredliche Art und Weise erlangt, dann ist auch dies gem. § 4 Nr. 9 c) UWG ein die Unlauterkeit begründender Umstand. Davon sind insbesondere jene Fälle erfasst, in denen die erforderlichen Informationen durch Erschleichen eines fremden Betriebsgeheimnisses bzw. durch Vertrauensbruch erworben worden sind.¹⁵⁷

(2) Problem des unmittelbaren Leistungsschutzes

Beim unmittelbaren Leistungsschutz geht es hingegen um die Frage, ob über den Weg des UWG ein Arbeitsergebnis nicht nur reflexartig, sondern wegen seiner besonderen Schutzwürdigkeit auch als solches, d.h. unmittelbar vor imitatorischem Wettbewerb geschützt werden kann.¹⁵⁸ An dieser Stelle wird der bereits erwähnte¹⁵⁹ Streit über den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit praktisch relevant. Wenn es nämlich – wie von der Rechtsprechung und großen Teilen der Literatur behauptet – zulässig ist, ein nicht unter Sonder-schutz stehendes Erzeugnis nachzubilden, sofern keine besonderen, die Un-lauterkeit der Nachahmung begründenden Umstände hinzutreten, scheidet ein unmittelbarer Leistungsschutz aus. Dieses Problem soll jedoch wieder-um nicht abstrakt, sondern im weiteren Verlauf der Arbeit¹⁶⁰ konkret am Beispiel des wettbewerblichen Schutzes von Ergänzungsprodukten behan-delt werden.

¹⁵⁶ Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.53, 9.59 S.355; Lettl, UWG, Rn 341, 343.

¹⁵⁷ Berlit, Wettbewerbsrecht, Rn 96 S. 66; Janssen/Odörfer/Wiume, Rn 169.

¹⁵⁸ Sack, *Mélanges Voyame*, 225, 228; ders., WRP 2005, 531, 537; Weihrauch, 1. Teil A I S. 28.

¹⁵⁹ Siehe Seite 25 ff.

¹⁶⁰ Siehe dazu Seite 242 ff.

ee) Anbieten dieser Leistung

War bisher immer die Rede davon, dass ein ergänzender wettbewerblicher Leistungsschutz – das Vorliegen besonderer Umstände vorausgesetzt – bereits mit der Nachahmung einer wettbewerblich eigenartigen Leistung eingreift, dann war dies ungenau. Denn § 4 Nr. 9 UWG fordert zusätzlich das Anbieten der imitierten Ware oder Dienstleistung. Darunter ist jede Handlung zu verstehen, die auf den Absatz der Nachahmung gerichtet ist und Außenwirkung besitzt.¹⁶¹ Die bloße Herstellung des Erzeugnisses reicht demnach nicht aus. Für Fallkonstellationen außerhalb des § 4 Nr. 9 UWG gilt dasselbe, d.h. auch hier ist ein *in Verkehr bringen* des Imitats erforderlich.¹⁶²

ff) Subjektive Unlauterkeitsmerkmale?

§ 1 UWG a.F. beinhaltete nach überwiegender Ansicht auch eine subjektive Komponente. Zum objektiv sittenwidrigen Verhalten hinzukommen musste noch die Kenntnis der objektiven Umstände, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergab.¹⁶³ Dieses Erfordernis sah und sieht sich auch heute noch unter Geltung des neuen Rechts erheblicher Kritik ausgesetzt.¹⁶⁴ Denjenigen, die eine objektiv unlautere Handlung für einen Verstoß gegen § 3 UWG genü-

¹⁶¹ Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.39; Lettl, UWG, Rn 334.

¹⁶² BGHZ 50, 125, 129 „Pulverbehälter“; BGH BGH NJW-RR 1996, 613, 614 „Vakuumpumpen“; Kotthoff, in: Heidelberger Kommentar, § 4 Rn 371, 388. Dass dies auch für die nicht ausdrücklich kodifizierten Fallgruppen des ergänzenden Leistungsschutzes gelten muss, ergibt sich auch daraus, dass das Erfordernis der Wettbewerbshandlung (§ 3 UWG) bloß betriebsinterne Vorgänge (bspw. Herstellung) vom Anwendungsbereich des UWG ausschließt; vgl. dazu (allerdings hinsichtlich der Fallgruppe des „Rechtsbruchs“) BGHZ 144, 255, 262 „Abgasemission“.

¹⁶³ BGH GRUR 1983, 587, 588 „Letzte Auftragsbestätigung“; BGH GRUR 1991, 914, 915 „Kastanienmuster“; BGH GRUR 1992, 448, 449 „Pullovermuster“. An dieser Voraussetzung auch in neuen Recht festhaltend: Gloy, in: Gloy/Loschelder, Hdb. WettbewerbsR, § 14 Anhang Rn 7; Plaß, in: Heidelberger Kommentar, § 3 Rn 49.

¹⁶⁴ Schünemann, in: Harte/Henning, § 3 Rn 225; Fezer, in: Fezer UWG I, § 3 Rn 86; Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 3 Rn 41; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 5 III 4; bereits zum alten Recht: Baumbach/Hefermehl 22.Aufl., Einl. UWG Rn 128.

gen lassen, ist aus folgendem Grund beizupflichten: Das UWG schützt den Wettbewerb und die daran Beteiligten vor unlauteren Wettbewerbspraktiken. Dieser Wettbewerb ist aber nicht dann weniger schutzwürdig, wenn der am Markt tätige Unternehmer sich der Umstände, welche die Unlauterkeit begründen, nicht bewusst ist. Der Wettbewerb wird vielmehr unabhängig davon verfälscht, ob der Unternehmer die maßgeblichen Umstände kennt oder nicht. Von diesem Schutzzweck ausgehend ist für eine Kenntnis des Mitbewerbers kein Platz und das Merkmal der Unlauterkeit daher grundsätzlich rein objektiv zu bestimmen. Auf Kenntnisse oder sonstige subjektive Merkmale des Wettbewerbers kommt es nur dann an, wenn die jeweilige, die Unlauterkeit begründende Fallgruppe solche voraussetzt.¹⁶⁵

4. Rechtsfolgen

Wie bei jedem wettbewerbswidrigem Verhalten kann auch der unlauter nachahmende Wettbewerber auf Beseitigung bzw. Unterlassung sowie auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden, §§ 8, 9 UWG. Dabei soll noch auf zwei Besonderheiten hingewiesen werden. Zum einen richtet sich der Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch nur auf das Anbieten der nachgeahmten Leistung, sodass gegen die Herstellung derselben nicht vorgegangen werden kann.¹⁶⁶ Zum anderen steht dem Verletzten bei einem Vorgehen nach § 9 UWG die aus dem gewerblichen Rechtsschutz bekannte Möglichkeit der dreifachen Schadensberechnung zu.¹⁶⁷

5. Konkurrenz mit den sondergesetzlichen Leistungsschutzrechten

Schließlich ist noch zu klären, in welchem Konkurrenzverhältnis sondergesetzliche Leistungsschutzrechte zum lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz stehen. Zu einer Konkurrenzsituation kann es nur in solchen Sach-

¹⁶⁵ Fezer, in: Fezer UWG I, § 3 Rn 86; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 5 III 4.

¹⁶⁶ BGHZ 141, 329, 344 f. „Tele-Info-CD“; BGH GRUR 1988, 690, 693 „Kristallfiguren“; BGH GRUR 1999, 751, 754 „Güllepumpen“; Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.80; kritisch insoweit Keller, S. 595, 610.

¹⁶⁷ BGH GRUR 1993, 757, 759 „Kollektion Holiday“; Götting, in: Har- te/Henning, § 4-9 Rn 75; Heil/Roos, GRUR 1994, 26, 29 f.

verhalten kommen, in denen der Anwendungsbereich der Spezialgesetze eröffnet ist, d.h. ein nach dem Patent-, Gebrauchs- oder Geschmacksmusterrecht grundsätzlich tauglicher Schutzgegenstand vorliegt. Unterfällt die fragliche Leistung im Grundsatz einem Spezialgesetz, so ist weiterhin danach zu unterscheiden, ob sie die an die Gewährung des Schutzrechts geknüpften Voraussetzungen erfüllt oder nicht. Ist das nicht der Fall, entsteht keine Konkurrenzsituation, da – wenn überhaupt – allein das UWG einschlägig ist.¹⁶⁸

Die Rechtsprechung geht grundsätzlich davon aus, dass die spezialgesetzlichen Leistungsschutzrechte vor dem keine weiterreichenden Rechtsfolgen gewährenden UWG-Nachahmungsschutz Vorrang genießen, diesen also ausschließen.¹⁶⁹ Es bestehen jedoch nicht unerhebliche Bedenken, ob das Vorrangprinzip in der hier formulierten Schärfe richtig ist. Für ein Nebeneinander beider Normkomplexe sprechen zum einen die – vom *BGH* selbst anerkannten¹⁷⁰ – grundlegend unterschiedlichen Schutzrichtungen des UWG-Leistungsschutzes und der Sondergesetze. Zum anderen hält die Rechtsprechung den strikten Vorrang selbst nicht konsequent durch und prüft wettbewerbsrechtliche Ansprüche, ohne auf die spezielle Norm einzugehen.¹⁷¹

Daher spricht einiges dafür, von einem Nebeneinander der Spezialgesetze und des UWG-Leistungsschutzes auszugehen.¹⁷² Wenn der *BGH* von einem Vorrang der Sondergesetze spricht, dann bekräftigt er damit wohl lediglich

¹⁶⁸ Das sich dann stellende Problem besteht wiederum darin, die von den Sondergesetzen vorgegebenen Grenzen zu beachten, etwa keinen Leistungsschutz zu gewähren, wo dieser spezialgesetzlich ausdrücklich versagt wird.

¹⁶⁹ BGHZ 138, 349, 351 „MAC Dog“; BGH GRUR 1992, 697, 699 „ALF“; BGH GRUR 1994, 630, 632 „Cartier-Armreif“.

¹⁷⁰ Siehe Seite 38 f.

¹⁷¹ So wird in BGH GRUR 1994, 630, 631 f. „Cartier-Armreif“ oder BGH WRP 2005, 476, 478 ff. „Klemmbausteine III“ auf § 1 UWG a.F. bzw. § 3 UWG n.F. abgestellt, ohne die (eigentlich vorrangigen) Normen des Urheber- bzw. Markenrechts zu prüfen.

¹⁷² So auch Deck, in: MAH Gewerbbl. Rechtsschutz, § 19 Rn 10; Eck, in: Gloy/Loschelder, Hdb. WettbewerbsR, § 43 Rn 4.

seine Ansicht, nach der ein unmittelbarer Leistungsschutz über das UWG nicht gewährt werden könne.¹⁷³

C. Grundkonstruktionen beim Schutz von Ergänzungsprodukten

Der Schutz von Ergänzungsprodukten kann sich auf zwei unterschiedlichen Wegen vollziehen.¹⁷⁴ Zum einen ist es denkbar, dass für das jeweilige Ergänzungsprodukt ein selbstständiges „Schutzrecht“ gewährt wird. Erfüllt eine Ware alle an die Schutzrechtserteilung geknüpften Voraussetzungen, so kann sie selbst zum Gegenstand des rechtlichen Schutzes gemacht und auf diesem Wege vor Nachahmung durch Mitbewerber bewahrt werden. Da in diesem Fall das Nachahmungsverbot direkt aus einem allein für das Ergänzungsprodukt gewährten Schutzrecht folgt, soll diese Konstellation im weiteren Verlauf der Arbeit als „direkter Schutz“ bezeichnet werden.

Zum anderen besteht daneben die Möglichkeit, dass zwar nicht für das Ergänzungsprodukt, aber für das Hauptprodukt ein Schutzrecht existiert und der Ergänzungsartikel an diesem zugunsten des Hauptprodukts gewährten Recht „teilnimmt“. Ein Nachahmungsverbot hinsichtlich des Ergänzungsprodukts ergibt sich dann nicht aus einem eigens für diese Ware gewährten Sonderschutz, sondern leitet sich aus dem für das Hauptprodukt gewährten Leistungsschutzrecht ab. Da das Schutzrecht den Ergänzungsartikel in dieser Konstellation nur indirekt erfasst, wird hierfür nachfolgend der Begriff „indirekter Schutz“ gebraucht.

¹⁷³ In diese Richtung weist auch der in BGH GRUR 1992, 697, 699 „ALF“ angegebene Verweis auf BGHZ 26, 52, 59 „Sherlock Holmes“ sowie BGHZ 44, 288, 295 f. „Apfel-Madonna“, denn in beiden Entscheidungen wird – in Abgrenzung zu den Sondergesetzen – das Erfordernis der „besonderen Umstände“ betont.

¹⁷⁴ In dieser Richtung hinsichtlich des Schutzes von Ergänzungsprodukten durch das PatG auch Kowal-Wolk/Schuster, S.87, 110 sowie Zech, Mittl-Pat 2000, 195, der in ähnlicher Weise bei der Abfassung der Patentansprüche unterscheidet.

D. Zusammenfassung

Dem Problem der Nachahmung gewerblicher Leistungen liegt ein komplexes Geflecht unterschiedlicher Interessen zu Grunde. Aus den hierbei betroffenen Individualinteressen ergibt sich kein einheitliches Bild. Die Ablehnung der Nachahmung lässt sich ebenso häufig finden wie deren Befürwortung. Interessanter ist dagegen das Gemeininteresse, das für ein Nebeneinander von Nachahmungsfreiheit und Leistungsschutz spricht. Aus der Sicht der Allgemeinheit ist beides erforderlich, um die gesamtgesellschaftliche Weiterentwicklung voranzutreiben. Denn nur unter dieser Voraussetzung entsteht ein den Fortschritt fördernder Wettbewerb. Die danach entscheidende Frage ist somit nicht, ob fremde Leistung überhaupt imitiert werden darf, sondern in welchem Maß dies möglich ist, ohne den für die Fortentwicklung notwendigen Anreiz zum innovativen Handeln zu nehmen.

Zur Lösung dieses Interessenkonflikts bietet die Rechtsordnung auf der einen Seite eine bestimmte Anzahl gewerblicher Schutzrechte an, die dem Pionierunternehmer eine zeitlich begrenzte Ausschließlichkeitsstellung auf der Produktionsebene einräumen und auf diese Weise den Wettbewerb auf der darüber liegende Ebene der Innovation anregen. Die auf der anderen Seite aus gesamtgesellschaftlicher Sicht maßgebliche Frage, inwieweit jenseits dieser Leistungsschutzrechte ein Erzeugnis nachgeahmt werden darf, bereitet trotz langjähriger Diskussionen noch immer Schwierigkeiten. Im Kern geht es hierbei darum herauszufinden, in welchem Maß und unter welchen Voraussetzungen ein ergänzender wettbewerbsrechtlicher Nachahmungsschutz gewährt werden kann.

Der Schutz von Ergänzungsprodukten innerhalb dieser von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellter Normen kann sich grundsätzlich auf zwei Wegen vollziehen. Einerseits kann das Ergänzungsprodukt selbst zum Gegenstand des jeweiligen Schutzrechts gemacht werden (direkter Schutz). Andererseits kann das Schutzrecht zugunsten des jeweiligen Hauptprodukts gewährt werden, sodass sich die Frage stellt, inwieweit das Ergänzungsprodukt an diesem Schutzrecht des Hauptprodukts teilnimmt (indirekter Schutz).

2. Teil: Schutz von Ergänzungsprodukten durch technische Schutzrechte (PatG, GebrMG)

Nach dieser Einführung in die Grundlagen soll im Folgenden untersucht werden, welche Möglichkeiten das deutsche Recht dem Hersteller eines Hauptprodukts einräumt, um die Produktion bzw. den Vertrieb von nachgeahmten Ergänzungsartikeln zu untersagen.

A. Patentrecht

Den Ausgangspunkt der Erörterung bildet das Patentrecht. Wie bereits dargestellt¹⁷⁵ ist hierbei zwischen dem direkten und dem indirekten Schutz von Ergänzungsprodukten zu unterscheiden.

I. Direkter Patentschutz

1. Voraussetzungen

Beim direkten Patentschutz wird das Schutzrecht allein für das Ergänzungsprodukt gewährt. Erforderlich aber auch ausreichend ist es hierbei, dass der Gegenstand die formellen und materiellen Schutzvoraussetzungen erfüllt. Da sich die Patenterteilung nach den allgemeinen Voraussetzungen richtet und sich hinsichtlich der selbstständigen Patentierbarkeit von Ergänzungsartikeln keine Besonderheiten ergeben, kann auf den oben skizzierten Überblick¹⁷⁶ verwiesen werden. Danach ist in materieller Hinsicht eine auf erfinderischer Tätigkeit beruhende, neue und gewerblich anwendbare Erfindung und in formeller Hinsicht die das Patenterteilungsverfahren abschließende Gewährung des Schutzrechts nötig.

2. Einordnung der einzelnen Gruppen von Ergänzungsartikeln

Es ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass Ersatzteile, Zubehör, Serienprodukte oder Verbrauchsmaterialien den selbstständigen Gegenstand

¹⁷⁵ Siehe Seite 48.

¹⁷⁶ Siehe Seite 28 ff.

eines Patents bilden. Wenngleich die eigenständige Patentierung von Ergänzungsartikeln aufgrund der hohen Hürden des Patentrechts eher die Ausnahme sein dürfte,¹⁷⁷ so ist es bei allen vier Produktgruppen doch zumindest im Grundsatz möglich, dass sie die an die Erteilung eines Patents gestellten Anforderungen erfüllen. Für den direkten Patentschutz kommen daher grundsätzlich sämtliche Ergänzungsproduktarten in Frage.

II. Indirekter Patentschutz

Etwas schwieriger und nicht ganz so eindeutig gestaltet sich die Sache jedoch, wenn sich der Patentschutz aus dem für das Hauptprodukt gewährten Schutzrecht ableitet. Werden Ergänzungsprodukte hergestellt bzw. vertrieben, für die kein selbstständiges Patent besteht, dann kann sich die Unzulässigkeit dieser Handlung daraus ergeben, dass die Ergänzungsware am Patentschutz des Hauptprodukts „teilnimmt“ und dieses (für das Hauptprodukt gewährte) Patent durch die Produktion bzw. den Vertrieb der Ergänzungsartikel verletzt wird. Nach der Systematik des PatG kommt dafür eine unmittelbare (§ 9 PatG) und eine mittelbare (§ 10 PatG) Patentverletzung in Betracht. Bevor hierauf näher eingegangen wird, erscheint es sinnvoll, allgemeine Überlegungen zum Schutzzumfang von Patenten anzustellen.

1. Allgemeines zum Schutzzumfang des Patents

Die Bestimmung des Schutzzumfangs von Patenten ist deshalb von überragender Bedeutung, weil sie dazu dient, die Reichweite des dem Patentinhaber zukommenden Ausschlussrechts festzulegen.¹⁷⁸ Die Grenzen dieses Rechts sind dabei unter angemessener Berücksichtigung der Interessen des

¹⁷⁷ So weist Zech, MitttdtPat 2000, 195 am Beispiel des Ergänzungsprodukts „Staubsaugerbeutel“ darauf hin, dass die Feststellung der „Neuheit“ sowie der „erfinderischen Tätigkeit“ nicht selten mit Schwierigkeiten verbunden sein dürfte.

¹⁷⁸ Kühnen, in: Schulte PatG, § 14 Rn 11; Scharen, in: Benkard PatG, § 14 Rn 5; Jestaedt, Patentrecht, Rn 806 S. 281; Osterrieth, Patentrecht, Rn 412; Busche, FS für König, S. 49.

Patentinhabers, der Konkurrenten sowie der Allgemeinheit zu ziehen.¹⁷⁹ Im Hinblick darauf, dass das Patent als absolutes Ausschließlichkeitsrecht gegenüber jedermann Wirkung entfaltet, ist eine möglichst eindeutige Bestimmung des Schutzzumfangs erforderlich (Gebot der Rechtssicherheit).¹⁸⁰

a) Überblick über historische Entwicklung

Ursprünglich gingen die Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Literatur davon aus, dass bei der Ermittlung des patentrechtlichen Schutzzumfangs drei Stufen zu unterscheiden seien (Dreiteilungslehre).¹⁸¹ Im Regelfall bestimmte sich der Schutzbereich eines Patents nach dem „Gegenstand der Erfindung“. Darunter wurde die technische Lehre verstanden, die ein Durchschnittsfachmann den Patentansprüchen mithilfe der Beschreibung, der Zeichnungen, des allgemeinen Fachwissens sowie des in der Patentschrift mitgeteilten Standes der Technik ohne besondere Überlegungen entnehmen konnte.¹⁸² Die Verwendung anderer als in der patentierten Erfindung selbst benutzter Arbeitsmittel war vom Umfang des Schutzrechts erfasst, sofern diese von der Erfindung abweichenden Arbeitsmittel von einem Durchschnittsfachmann ohne weiteres als gleichwertig erkannt wurden (glatte Äquivalenz).¹⁸³ Das dem Patentinhaber zukommende Schutzrecht war jedoch nicht stets mit dem „Gegenstand der Erfindung“ identisch. Zum einen war der Schutzzumfang ausnahmsweise auf den „unmittelbaren Gegenstand der Erfindung“ begrenzt. In diesem Fall beschränkte sich der Schutz des Patents auf den wortlautgemäßen Gegenstand der Erfindung, sodass die Benutzung „glatter Äquivalente“ keine Patentverletzung darstell-

¹⁷⁹ Jestaedt, Patentrecht, Rn 806; Kraßer, Patentrecht, § 32 III a) 1; zum Interessengeflecht beim grundsätzlichen Problem der Nachahmung fremder Leistung siehe Seite 11 ff.

¹⁸⁰ BGH GRUR 2002, 527, 529 „Custodiol II“; Keukenschrijver, in: Busse PatG, § 14 Rn 39 S. 356; Kraßer, Patentrecht, § 32 III a) 1; Osterrieth, Patentrecht, Rn 415; Busche, MittdtPat 1999, 161.

¹⁸¹ RGZ 126, 62, 63 „Bodenauflockerung“; BGHZ 3, 365, 370 f. „Schuhsohle“; BGH GRUR 1953, 112, 113 „Feueranzünder“; BGH GRUR 1960, 478, 479 „Blockpedale“.

¹⁸² BGH GRUR 1953, 29, 31 „Plattenspieler I“; BGH GRUR 1978, 235, 236 „Stromwandler“; Kraßer, Patentrecht, § 32 II a) 2.

¹⁸³ BGH GRUR 1969, 534 „Skistiefelverschluss“; BGH GRUR 1975, 484, 486 „Etikettiergerät“; Keukenschrijver, in: Busse PatG, § 14 Rn 23, 26; Hubmann/Götting 6.Aufl., § 20 III 1 a).

te.¹⁸⁴ Zum anderen wurde mit dem „allgemeinen Erfindungsgedanken“ das Patent auf eine über den „Gegenstand des Patents“ hinausgehende verallgemeinerte Lehre erstreckt.¹⁸⁵ Diese Ausdehnung ermöglichte es, von einer Patentverletzung auch dann auszugehen, wenn „nicht glatte Äquivalente“, d.h. für den Durchschnittsfachmann nicht ohne weiteres als gleichwertig erkannte Arbeitsmittel verwendet wurden.¹⁸⁶ Darüber hinaus wurden damit solche Ausführungsformen erfasst, bei denen Merkmale, welche die Erfindung nach den Patentansprüchen kennzeichneten, fehlten.¹⁸⁷

Nach vielstimmiger Kritik aus dem Schrifttum¹⁸⁸ ist der Gesetzgeber im Jahre 1978 von dem dreistufigen Schutzmodell abgerückt. Gem. § 14 S. 1 PatG (bzw. § 6a S. 1 PatG v. 01.01.1978) bemisst sich der Schutzbereich des Patents nunmehr nach dem Inhalt der Patentansprüche. Als Hilfsmittel zur Konkretisierung des Schutzzumfangs dienen die Beschreibung und die Zeichnungen, § 14 S. 2 PatG (bzw. § 6a S. 2 PatG v. 01.01.1978). Durch diesen Verweis auf die Patentansprüche wird der den Gerichten bisher eingeräumte Spielraum deutlich eingeschränkt.¹⁸⁹

b) Grundzüge der Bestimmung des Schutzzumfangs

Der Schutzbereich eines Patents bestimmt sich nunmehr also nach dem Inhalt der Patentansprüche. Dabei ist – wie sich bereits in systematischer Hinsicht aus § 14 S. 2 PatG („zur Auslegung der Patentansprüche“) ergibt – nicht am genauen Wortlaut zu haften, sondern vielmehr durch Auslegung zu ermitteln, in welchem Umfang dem Erfinder das Schutzrecht zusteht.¹⁹⁰ Es

¹⁸⁴ Kraßer, Patentrecht, § 32 II a) 3; Keukenschrijver, in: Busse PatG, § 14 Rn 28.

¹⁸⁵ Keukenschrijver, in: Busse PatG, § 14 Rn 30.

¹⁸⁶ Kraßer, Patentrecht, § 32 II a) 4 S. 737; Hubmann/Götting 6.Aufl., § 20 III 1 b).

¹⁸⁷ BGH GRUR 1973, 411, 413 „Dia-Rähmchen VI“; Keukenschrijver, in: Busse PatG, § 14 Rn 31; Kraßer, Patentrecht, § 32 II a) 4; Chrocziel, Rn 255.

¹⁸⁸ Vgl. Kraßer, Patentrecht, § 32 II b) sowie weitere Nachweise in Fn 21.

¹⁸⁹ Kraßer, Patentrecht, § 32 III a) 3.

¹⁹⁰ BGH GRUR 1986, 803, 805 „Formstein“; BGH GRUR 1989, 903, 904 „Batteriekastenschnur“; Grundmann/Schoenen, in: MAH Gewerbbl. Rechtsschutz, § 38 Rn 40.

gilt hier, den Mittelweg zwischen einer engen, auf die exakte Wortbedeutung beschränkten Auslegung einerseits und der weiten, die Patentansprüche als bloße Richtlinie betrachtenden Interpretation andererseits zu finden.¹⁹¹ Die maßgebliche Perspektive für die in diesem Sinne verstandene Auslegung der Patentansprüche entspricht der eines Durchschnittsfachmanns.¹⁹²

Von einer Verletzung des Patents ist aber nicht nur dann auszugehen, wenn sämtliche Merkmale der Erfindung wortlautgetreu übernommen werden. Gerade wegen des im Rahmen der Auslegung gewährten Spielraums können vom Schutzrecht auch solche Ausführungsformen erfasst werden, die „äquivalente“ Abweichungen von der geschützten Lehre aufweisen. Eine in diesem Sinne „äquivalente“ Abweichung liegt vor, wenn ein gleichwirkendes, d.h. das der Erfindung zu Grunde liegende Problem im Wesentlichen gleich lösendes Mittel benutzt wird, welches ein durchschnittlicher Fachmann dem Sinngehalt der geschützten Erfindung entnehmen kann.¹⁹³

Die sich an die Bestimmung des Schutzzumfangs häufig anschließende Frage, ob ein Gegenstand in diesen Schutzbereich eindringt und das betreffende Patent damit verletzt, wird im Verletzungsprozess mithilfe der Merkmalsanalyse beantwortet. Dabei werden die einzelnen Merkmale der Erfindung denen der angegriffenen Ware gegenübergestellt.¹⁹⁴

2. Unmittelbare Patentverletzung

Die unmittelbare Patentverletzung ist in § 9 S. 2 PatG geregelt. Danach ist es Dritten untersagt, die geschützte Erfindung ohne Zustimmung des Patentinhabers in der dort beschriebenen Weise zu benutzen. Hinsichtlich der ver-

¹⁹¹ BGH GRUR 1994, 597, 599 „Zerlegvorrichtung für Baumstämme“; Busche, MittdtPat 1999, 161, 163; so auch bereits zu § 6a PatG 1978 BT-Drucks. 7/3112, S. 30.

¹⁹² BGH GRUR 1999, 909, 911 „Spannschraube“; BGH GRUR 2001, 232, 233 „Briefflocher“; Osterrieth, Rn 426 S. 228; Hubmann/Götting, § 20 Rn 6.

¹⁹³ BGH GRUR 1994, 597, 599 „Zerlegvorrichtung für Baumstämme“; BGH GRUR 2002, 511, 512 „Kunststoffrohrteil“; Grundmann/Schoenen, in: MAH Gewerbbl. Rechtsschutz, § 38 Rn 41 S. 1583; Osterrieth, Rn 435 ff.

¹⁹⁴ Hubmann/Götting, § 20 Rn 6; ausführlich zur Merkmalsanalyse im Verletzungsprozess: Kaess, GRUR 2000, 637 ff.

botenen Benutzungsarten unterscheidet § 9 S. 2 PatG zwischen Erzeugnis- (§ 9 S. 2 Nr. 1 PatG) und Verfahrenspatenten (§ 9 S. 2 Nr. 2 und 3 PatG). Für den hier interessierenden Fragenkreis des abgeleiteten Schutzes von Ergänzungsartikeln, in dem ein Produkt den Gegenstand der Erfindung bildet, sind lediglich die Erzeugnispatente von Interesse.

**a) Teilschutz als Kern der unmittelbaren Verletzung, § 9 S. 2 Nr. 1
PatG**

Ein Dritter verletzt das für ein Erzeugnis gewährte Patent unmittelbar, wenn er dieses Erzeugnis ohne Zustimmung des Inhabers herstellt, anbietet, in Verkehr bringt, gebraucht oder zu einem dieser Zwecke einführt bzw. besitzt. Von der Aufgabenstellung der Arbeit ausgehend, ist insbesondere die Handlung des „Herstellens“ von Bedeutung. Unter dem Begriff der „Herstellung“ wird allgemein jede Tätigkeit verstanden, durch die das geschützte Erzeugnis geschaffen wird.¹⁹⁵ Dieses Merkmal ist unzweifelhaft dann erfüllt, wenn der Gegenstand der Erfindung insgesamt neu produziert, d.h. von sämtlichen Merkmalen des Patentanspruchs Gebrauch gemacht wird.¹⁹⁶

Im hier relevanten Bereich des indirekten Patentschutzes für Ergänzungsartikel geht es um die Frage, ob und wenn ja in welchem Maß diese an dem für ein Hauptprodukt gewährten Patentschutz teilnehmen können. Da sich der Schutzzumfang nach den Patentansprüchen richtet, erstreckt sich das Patent nicht auf solche Gegenstände, die keinen hinreichenden Niederschlag in den Ansprüchen gefunden haben.¹⁹⁷ Eine unmittelbare Patentverletzung kommt also nur für solche Gegenstände in Betracht, die in den Patentansprüchen auftauchen und damit „Teil“ der geschützten Erfindung sind. Ein solcher patentrechtlicher Teilschutz wäre insbesondere für die Ergänzungsproduktgruppen der Ersatzteile und des Zubehörs (im engeren Sinne) interessant, da es sich jeweils um Elemente der Hauptsache handelt. In den fol-

¹⁹⁵ Kühnen, in: Schulte PatG; § 9 Rn 40; Gleiss/Heide, Rn 396; Jestaedt, Patentrecht, Rn 771; Kraßer, Patentrecht, § 33 II b) 1. S. 779.

¹⁹⁶ RG GRUR 1926, 163, 164 „Schraubstößelsicherung“; RG GRUR 1930, 886, 887 „Diskusschleifrad I“; Schulte, PatG 5.Aufl., § 14 Rn 31.

¹⁹⁷ BGHZ 100, 249, 254 „Rundfunkübertragungssystem“; Keikenschrijver, in: Busse PatG, § 14 Rn 46.

genden Ausführungen wird somit der Frage nachgegangen, inwieweit über § 9 PatG ein Teilschutz gewährt werden kann.

b) Unmittelbare Verletzung des Hauptproduktpatents

Eine unmittelbare Verletzung des Hauptproduktpatents durch die Herstellung von Erfindungsteilen wird in zwei Fällen diskutiert: zum einen im Bereich des Unterkombinations- und Elementenschutzes, zum anderen unter dem Stichwort der „erfindungsfunktionell individualisierten Teile“. Während im ersten Fall die Bedeutung der Erfindungsmerkmale für die geschützte technische Lehre im Vordergrund steht, kommt es im zweiten in erster Linie darauf an, dass sich ein Teil durch seine besondere Ausgestaltung, die er gerade im Hinblick auf die Erfindung erfahren hat, von vergleichbaren Gegenständen abhebt.

aa) Unterkombinations- und Elementenschutz

(1) Begrifflichkeiten

In Bereich des patentrechtlichen Teilschutzes ist zwischen dem Schutz für Unterkombinationen und dem Elementenschutz zu unterscheiden. Beiden Konstellationen ist gemeinsam, dass die angegriffene Ausführungsform nicht sämtliche, sondern nur einige der im Patentanspruch niedergelegten Merkmale verwirklicht, also zumindest ein Element der geschützten Erfindung mit der damit verbundenen technischen Wirkung fehlt.¹⁹⁸ Während die Unterkombination jedoch mehrere Merkmale der im Patent niedergelegten technischen Lehre aufweist, geht es beim Elementenschutz nur um ein einzelnes Element des patentierten Erzeugnisses.¹⁹⁹

Da dem Unterkombinations- und Elementenschutz identische Problemkreise zu Grunde liegen²⁰⁰ und Ergänzungsartikel darüber hinaus zumeist nur einen

¹⁹⁸ BGH GRUR 1977, 654, 656 „Absetzwagen III“; Schramm, 1.Kapitel 4 S.11; Jestaedt, Patentrecht, Rn 851; von Falck, Rn 33 S.573.

¹⁹⁹ Tetzner, 5.4.6 S.172; Schiuma, VII F S. 307 f.; Ballhaus/Sikinger, GRUR 1986, 337, 340 f.; Jestaedt, FS für König, S.239, 244.

²⁰⁰ Vielfach werden beide Bereiche daher einheitlich unter dem Stichwort „Teilschutz“ erörtert; vgl. etwa Scharen, in: Benkard PatG, § 14 Rn 120 ff.

geringen Teil des Hauptprodukts ausmachen, beschränken sich die folgenden Ausführungen auf den patentrechtlichen Schutz von Einzelelementen.

(2) Einzelelemente der Erfindung als Gegenstand der unmittelbaren Patentverletzung

(a) Entwicklung des Elementenschutzes

Die bis zum Jahr 1978 herrschende „Dreiteilungslehre“ ermöglichte es, den Schutzzumfang eines Patents über den Gegenstand der Patentansprüche hinaus auf die der Erfindung zu Grunde liegende technische Lehre zu erstrecken.²⁰¹ Dieser „allgemeine Erfindungsgedanke“ stellte damit den wesentlichen Kern der Erfindung auch dann unter Schutz, wenn er im Anspruchswortlaut nicht hervortrat.²⁰² Für eine derart weite Schutzbereichsbestimmung musste der allgemeine Erfindungsgedanke erstens im Gegenstand der Erfindung seine Grundlage finden, zweitens für einen Durchschnittsfachmann in der Patentschrift offenbart bzw. aus den Patentansprüchen herleitbar sein sowie drittens die materiellen Patentvoraussetzungen erfüllen.²⁰³ Verletzt war das Erzeugnispatent dann, wenn der angegriffenen Ausführungsform und der geschützten technischen Lehre derselbe allgemeine Erfindungsgedanke zu Grunde lag.²⁰⁴ Sofern ein einziges Merkmal der Erfindung diese Voraussetzungen erfüllte, konnte aus dem Patent für das gesamte Erzeugnis ein Schutz nur für dieses einzelne Element gewährt werden.²⁰⁵ Dieser sog. Elementenschutz ergab sich in der Zeit vor 1978 somit aus der sehr weiten Auslegung des Patentumfangs.

²⁰¹ Siehe Seite 52 f.

²⁰² BGH GRUR 1955, 29, 32 „Nobelt-Bund“; Keukenschrijver, in: Busse PatG, § 14 Rn 30.

²⁰³ BGH GRUR 1955, 139, 140 f. „Eiserner Grubenausbau“; BGH GRUR 1955, 29, 32 „Nobelt-Bund“; Keukenschrijver, in: Busse PatG, § 14 Rn 30; Kraßer, Patentrecht, § 32 II a) 4.

²⁰⁴ BGH GRUR 1960, 478, 479 „Blockpedale“; Keukenschrijver, in: Busse PatG, § 14 Rn 30.

²⁰⁵ BGH GRUR 1955, 29, 32 „Nobelt-Bund“; Kraßer, Patentrecht, § 32 II a) 4 S.738; Jestaedt, FS für König, S.239, 240.

(b) Vereinbarkeit mit dem geltenden Patentrecht?

Fraglich ist nun, ob an diesem Schutz für einzelne Erfindungsbestandteile heute noch festgehalten werden kann. Dies ist insbesondere im Hinblick auf § 14 PatG problematisch, demzufolge sich die Reichweite des Ausschließlichkeitsrechts allein nach dem Inhalt der Patentansprüche bemisst.

(aa) Überblick über den Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

Ein Teil der Literatur geht davon aus, dass die Regelung des § 14 PatG einem so verstandenen Elementenschutz nicht entgegensteht.²⁰⁶ Schutz für einzelne Bestandteile wird jedoch zumeist nur unter der einschränkenden Voraussetzung gewährt, dass dieses Element den Kern der erfinderischen Lösung darstellt und nur unwesentliche oder selbstverständliche Ergänzungen fehlen, was jedoch nur ausnahmsweise der Fall sein wird.²⁰⁷ Als Begründung könne zwar nicht auf einen allgemeinen Erfindungsgedanken abgestellt werden, da die Dreiteilungslehre mit der Einführung des § 14 PatG keine Gültigkeit mehr beanspruchen könne.²⁰⁸ Jedoch sei die Schutzrechtserstreckung auf einzelne Merkmale von § 14 PatG gedeckt, da einerseits die Patentansprüche in diesem Fall nicht zu bloßen Richtlinien degradiert würden und andererseits eine auf die exakte Wortbedeutung beschränkte Schutzbereichsauslegung nicht erforderlich sei.²⁰⁹

²⁰⁶ Tetzner, 5.4.6 S.172; Ullmann, GRUR 1988, 333, 339; ders., GRUR 1993, 334; Schwanhäusser, MittdtPat 1982, 186, 187; Trüstedt, MittdtPat 1984, 131, 137 f.; König, MittdtPat 1993, 32, 34 f.

²⁰⁷ Tetzner, 5.4.6 S.173; Ullmann, GRUR 1993, 334, 335. Einen Überblick über weitere Einschränkungsvorhaben gibt Scharen, in: Benkard PatG, § 14 Rn 122, der selbst einen Elementenschutz nur anerkennt, sofern ausnahmsweise „zwingende Gründe“ dafür sprechen.

²⁰⁸ Ullmann, GRUR 1993, 334; a.A. noch Trüstedt, MittdtPat 1984, 131, 138, der allein im Rückgriff auf das Institut des allgemeinen Erfindungsgedankens einen gangbaren Weg erblickt.

²⁰⁹ Tetzner, 5.4.6 S. 172.

Demgegenüber findet sich insbesondere im neueren Schrifttum eine beachtliche Vielzahl von Stimmen, die den Schutz von Einzelementen ablehnt.²¹⁰ Eine andere Auffassung sei nicht mit der Neuregelung des patentrechtlichen Schutzzumfangs vereinbar. Wollte man auch im neuen Recht weiterhin Patentschutz für einzelne Erfindungsbestandteile gewähren, dann würde damit – zumindest der Sache nach – an dem von der Dreiteilungslehre postulierten allgemeinen Erfindungsgedanken festgehalten.²¹¹ Gerade diese ausufernde Schutzbereichsbestimmung sollte jedoch durch die Novellierung des Patentgesetzes vermieden werden.²¹² Weiterhin sei der Richter an die vom Patentamt geprüfte und in den Patentansprüchen niedergelegte Fassung des Patents insgesamt gebunden.²¹³ Er habe daher nicht die Befugnis, innerhalb dieser Fassung nach einer selbstständigen, auf ein Merkmal reduzierten technischen Lehre zu suchen.²¹⁴ Ein von der Gegenauffassung vertretener Elementenschutz biete schließlich dem Rechtsverkehr nicht die erforderliche Rechtssicherheit.²¹⁵ Für die Allgemeinheit müsse klar sein, welche technischen Lehren frei nutzbar und welche dem Schutz des Patentrechts unterstellt seien.²¹⁶ Die danach gebotene Klarheit bestehe jedoch nur dann, wenn nicht bereits die Herstellung einzelner Merkmale das für eine Erfindung gewährte Schutzrecht verletzen, sondern nur die Herstellung der Erfindung insgesamt, d.h. mit all ihren Bestandteilen.²¹⁷

Die Rechtsprechung hat zum Problem des Elementenschutzes noch keine Stellung bezogen. Die wenigen Urteile aus neuerer Zeit, die sich mit dem Bereich des Teilschutzes beschäftigen, beziehen sich nur auf den Schutz von

²¹⁰ Kraßer, Patentrecht, § 32 III e) aa) 2 S.758; Schramm, 9.Kapitel 3 c) S.214; Osterrieth, Patentrecht, Rn 443; Schiuma, VII F 1 b); Jestaedt, Patentrecht, Rn 852 S.305; ders., FS für König, 239, 248 ff.; in diese Richtung – allerdings nur hinsichtlich des Elementenschutzes – auch Ballhaus/Sikinger, GRUR 86, 337, 341.

²¹¹ Kraßer, Patentrecht, § 32 III e) aa) 3; Jestaedt, FS für König, 239, 243.

²¹² Kraßer, Patentrecht, § 32 III e) aa) 3.

²¹³ Osterrieth, Patentrecht, Rn 443.

²¹⁴ Osterrieth, Patentrecht, Rn 443.

²¹⁵ Schiuma, VII F 1 b); Jestaedt, Patentrecht, Rn 852 S.305; ders., FS für König, 239, 250; dieses Argument ebenfalls für gewichtig haltend: Osterloh, GRUR 2001, 989, 990.

²¹⁶ Jestaedt, FS für König, 239, 249.

²¹⁷ Jestaedt, FS für König, 239, 250.

Unterkombinationen.²¹⁸ Bemerkenswert ist hierbei, dass der *BGH* einen derartigen Teilschutz zwar nicht grundsätzlich ausschließen will, jedoch die besondere Bedeutung des Gebotes der Rechtssicherheit bei der Festlegung der Grenzen eines Unterkombinationsschutzes betont.²¹⁹

(bb) Stellungnahme

Gem. § 14 S.1 PatG bestimmt sich der Schutzbereich eines Patents nach dem Inhalt der Patentansprüche. Diese Patentansprüche beschreiben die Erfindung mit all ihren Merkmalen. Es ließe sich also sagen, dass sich das Schutzrecht des Erfinders nur auf solche Ausführungsformen bezieht, die sämtliche Merkmale seiner Lehre zum technischen Handeln aufweisen.²²⁰ Wird hingegen nur ein einzelnes Element hergestellt, dann wird dadurch das für die Erfindung gewährte Patent nicht verletzt, da der Gegenstand dieses Patents durch die Gesamtheit aller Merkmale und nicht nur durch ein einziges Merkmal gekennzeichnet wird. Diese Überlegung mag überzeugend sein, zwingend ist sie jedoch nicht. Denn bei der Ermittlung des Inhalts der Patentansprüche ist nicht streng am Wortlaut zu haften; er ist vielmehr durch Auslegung zu ermitteln. Daher erscheint es zumindest nicht völlig unvertretbar, den Gegenstand des Patentschutzes im Rahmen der Auslegung auf eines der in den Patentansprüchen aufgeführten Merkmale zu beschränken.

Fraglich ist jedoch, ob die Beibehaltung des Schutzes für einzelne Erfindungsbestandteile auch der mit der Neufassung des Schutzzumfangs verbundenen Intention entspricht, die Grenzen des patentrechtlichen Schutzbereichs enger zu ziehen. Führt man sich vor Augen, dass der Elementenschutz ein wesentlicher Anwendungsbereich des unter der Dreiteilungslehre geltenden allgemeinen Erfindungsgedankens war, dann bestehen daran zu-

²¹⁸ BGHZ 115, 204 ff. „Beheizbarer Atemluftschlauch“; BGHZ 142, 7 ff. „Räumschild“; BGH GRUR 1989, 903 ff. „Batteriekastenschnur“; BGH MittdtPat 1991, 35 ff. „Autowaschvorrichtung“; BGH MittdtPat 1991, 198 ff. „Trockenlegungs-Verfahren“.

²¹⁹ BGHZ 142, 7, 19 f. „Räumschild“; BGHZ 115, 204, 207 „Beheizbarer Atemluftschlauch“.

²²⁰ Jestaedt, FS für König, 239, 248.

mindest erhebliche Zweifel. Denn wenn man an einem solchen Schutz auch im neuen Recht weiterhin festhält, wird die Absicht des Gesetzgebers, die weit ausgedehnte Rechtsprechung einzuschränken, unterlaufen.²²¹ Auch die Verfechter des Elementenschutzes gehen davon aus, dass es dem Richter mit der Novellierung des Patentrechts untersagt sei, aus der Patentschrift einen Erfindungsgegenstand herauszufiltern, für den kein Patent gewährt worden sei.²²² Genau diese Befugnis sprechen sie dem Richter im Fall des Elementenschutzes jedoch zu. Denn auch in dieser Situation ist das Gericht gehalten, Patentschutz für eine Leistung zu gewähren (Einzelelement), für die in dieser Form kein Patent gewährt wurde (nur Gesamterzeugnis patentiert).

Weitere Bedenken an der Zulässigkeit eines Elementenschutzes ergeben sich aus dem Gebot der Rechtssicherheit. Für einen Außenstehenden²²³ muss der Umfang der geschützten Leistung hinreichend sicher erkennbar sein, um sein Verhalten darauf einzustellen zu können. Er muss vorhersehen können, ob sich die Herstellung eines Produkts im gemeinfreien Bereich bewegt oder dadurch das gewerbliche Schutzrecht eines anderen verletzt wird. Die Vertreter eines Elementenschutzes machen den patentrechtlichen Schutz einzelner Erfindungselemente jedoch u. a. davon abhängig, dass der fragliche Bestandteil den Kern der erfinderischen Lösung darstellt und nur unwesentliche oder selbstverständliche Ergänzungen fehlen. Zwar fordert das Gebot der Rechtssicherheit nicht, dass stets das Maximum an Rechtssicherheit gewährleistet ist.²²⁴ An der hinreichend sicheren Erkennbarkeit könnte man hierbei dennoch zweifeln, da die Abgrenzung von wesentlichen und unwesentlichen Bestandteilen, für welche sich im Übrigen in § 14 PatG kein Anhaltspunkt findet,²²⁵ eine wertende Betrachtung erfordert, die nicht

²²¹ So auch Kraßer, Patentrecht, § 32 III e) aa) 3.

²²² Vgl. etwa Ullmann, GRUR 1993, 334.

²²³ Welche Anforderungen an diesen Außenstehenden zu stellen sind (Durchschnittsfachmann, Patentrechtskundiger, Jedermann), soll hier nicht weiter erörtert werden.

²²⁴ König, MittPat 1993, 32, 35.

²²⁵ Jestaedt, FS für König, 239, 248; gerade darin besteht ein entscheidender Unterschied zu § 10 PatG, dessen Wortlaut eine entsprechende Differenzierung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Erfindungselementen vorsieht.

selten mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist.²²⁶ Für Dritte ist danach nur schwerlich vorherzusagen, ob die Produktion eines Erfindungsmerkmals noch zulässig ist oder bereits vom Schutz des Patents umfasst wird. Ein derartiges Maß an Unsicherheit scheint auch mit Rücksicht auf das Belohnungsinteresse des Erfinders kaum gerechtfertigt.

Auch bei Betrachtung der betroffenen Risikosphären ist nicht einzusehen, weshalb einzelne Elemente in den Schutzbereich eines Patents miteinbezogen werden sollten. Für die Bestimmung des Schutzzumfangs eines Patents sind die Patentansprüche maßgeblich, § 14 S.1 PatG. Die Formulierung dieser Patentansprüche erfolgt durch den Inhaber des Schutzrechts bzw. innerhalb seines Machtbereichs. Da er allein auf die konkrete Ausgestaltung des Patentschutzes Einfluss nehmen kann, fallen die Probleme im Zusammenhang mit der Bestimmung des Schutzbereichs grundsätzlich auch in seinen Risikobereich. Hat der Erfinder etwa übersehen, dass ein Einzelelement seiner Erfindung den Kern seiner Lehre ausmacht, so muss er sich diese Ungenauigkeit zurechnen lassen, da sie in seiner Risikosphäre liegt und er – und zwar nur er – dies durch eine geschicktere Gestaltung der Patentansprüche hätte vermeiden können.

In der Summe sprechen die besseren Gründe dafür, den Elementenschutz mit der im Vordringen befindlichen Strömung in der Literatur abzulehnen. Angemerkt sei jedoch, dass der Elementenschutz eher von geringer praktischer Bedeutung war²²⁷ und voraussichtlich auch bleiben wird; dies nicht zuletzt auch deshalb, weil hiernach nur solche Bestandteile in den Genuss eines Teilschutzes kommen, welche die materiellen Patentvoraussetzungen erfüllen. Insoweit bietet der Elementenschutz keine wesentliche Erleichterung gegenüber dem direkten Patentschutz.

²²⁶ Jestaedt, FS für König, 239, 249 f.; in diese Richtung auch Osterloh, GRUR 2001, 989, 990.

²²⁷ So auch hinsichtlich der Relevanz des allgemeinen Erfindungsgedankens Kraßer, Patentrecht, § 32 II a) 4 S.737.

bb) Erfindungsfunktionell individualisierte Teile

(1) Überblick über Rechtsprechung und Literatur

Unter dem Stichwort der „erfindungsfunktionellen Individualisierung“ wird diskutiert, ob einzelne Erfindungsteile, welche die materiellen Patentierungsvoraussetzungen selbst nicht erfüllen, trotzdem in den Genuss eines indirekten Patentschutzes kommen können. Das *Reichsgericht* bejahte diesen Schutz für solche Teile, die im Hinblick auf die geschützte Gesamterfindung gegenständlich-konstruktiv angepasst waren.²²⁸ Davon abzugrenzen waren sog. neutrale Teile, die keine besondere Gestaltung hinsichtlich der geschützten Lehre erfahren hatten.²²⁹

Diese Rechtsprechung wurde zunächst vom *BGH* übernommen. Die vom *Reichsgericht* beschriebene Konstellation wurde – ohne inhaltlich erkennbare Änderung – unter dem Begriff der „erfindungsfunktionell individualisierten Teile“ zusammengefasst.²³⁰ Danach verletzte die Herstellung von Teilen das für die gesamte Erfindung gewährte Patent unmittelbar, wenn sie nicht ohne Weiteres außerhalb der geschützten Erfindung benutzbar waren, sich durch ihre erfindungsgemäße Anpassung von vergleichbaren Teilen abhoben und daher in unmittelbarer Beziehung zur in der Erfindung verkörperten Lehre standen.²³¹

In der weiteren Entwicklung der Rechtsprechung hat sich der *BGH* dahingehend geäußert, dass allein die erfindungsfunktionelle Individualisierung eines Erfindungsteils nicht ausreicht, um eine unmittelbare Patentverletzung zu begründen.²³² Diese sei nur unter der zusätzlichen Voraussetzung zu be-

²²⁸ RG GRUR 1926, 163, 164 „Schraubstößelsicherung“; RG GRUR 1930, 886, 887 „Diskusschleifrad I“.

²²⁹ RG GRUR 1926, 339, 340 „Koksofen I“.

²³⁰ BGHZ 2, 387, 390 ff. „Mülltonne II“; BGH GRUR 1971, 78, 80 „Diarähmchen V“; ebenso Kowal-Wolk/Schuster, S.87, 108.

²³¹ BGHZ 2, 387, 390 ff. „Mülltonne“; Kowal-Wolk/Schuster, S.87, 108.

²³² So auch Kraßer, Patentrecht, § 33 II b) 3 S.781; Kowal-Wolk/Schuster, S.87, 108.

jahren, dass das hergestellte Erfindungsteil alle wesentlichen Merkmale des geschützten Erfindungsgedankens aufweise.²³³

In der Literatur wurde diese Rechtsprechung – wenngleich auch ohne kritische Auseinandersetzung mit den Problemen eines solchen Teilschutzes – bisher überwiegend begrüßt.²³⁴ Allerdings werden in jüngerer Zeit im Hinblick auf die Neugestaltung des patentrechtlichen Schutzzumfangs Bedenken geäußert.²³⁵

(2) Stellungnahme

Eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Teilschutz aufgrund erfindungsfunktioneller Individualisierung erübrigt sich, weil bei konsequenter Fortführung der zum Elementenschutz vertretenen Auffassung auch kein sonstiger Teilschutz in Frage kommt. Die Unzulässigkeit der Herstellung von auf die Erfindung zugeschnittenen Bestandteilen, welche die wesentlichen Merkmale der geschützten Lehre aufweisen, findet in den Vorschriften des PatG keinen Anhaltspunkt und lässt sich auch nicht aus einer dem allgemeinen Rechtsgefühl entspringenden Rechtsnorm herleiten.²³⁶ Das Gebot der Rechtssicherheit erfordert vielmehr Klarheit darüber, welche Erzeugnisse der Benutzung durch die Allgemeinheit offen stehen und welche dem Nachahmungsverbot durch ein gewerbliches Schutzrecht unterliegen. Die erforderliche Klarheit besteht jedoch nicht, wenn eine unmittelbare Patentverletzung an Merkmalen wie der „erfindungsfunktionellen Individualisierung“ oder der „Wesentlichkeit im Hinblick auf den geschützten Erfindungsgedanken“ und damit an unbestimmten Rechtsbegriffen anknüpft, die einer gesetzlichen Grundlage entbehren. Es ist daher konsequenterweise

²³³ BGHZ 82, 254, 256 „Rigg“.

²³⁴ Kühnen, in: Schulte PatG, § 9 Rn 41 f.; Degen, S.25, 29; in diese Richtung auch Rübel, GRUR 2002, 561, 564.

²³⁵ Kraßer, Patentrecht, § 33 II b) 3 S.782; Keukenschrijver, in: Busse PatG, § 9 Rn 68; ebenfalls kritisch nunmehr Scharen, in: Benkard PatG, § 9 Rn 34.

²³⁶ So aber noch Degen, S.25, 29.

davon auszugehen, dass auch unter dem Aspekt der erfindungsfunktionellen Individualisierung ein patentrechtlicher Teilschutz ausscheidet.²³⁷

c) Einordnung der einzelnen Gruppen von Ergänzungsartikeln

Nach der hier vertretenen Auffassung kommt ein patentrechtlicher Teilschutz weder in der Form des Elementenschutzes noch für erfindungsfunktionell individualisierte Bestandteile in Betracht. Eine nähere Betrachtung der einzelnen Ergänzungsproduktgruppen erübrigt sich damit.

3. Mittelbare Patentverletzung

Die Verbotswirkung eines Patents erstreckt sich nicht nur auf die dieses Schutzrecht unmittelbar verletzenden Handlungen. Das Patentrecht sieht daneben noch den Tatbestand der mittelbaren Patentverletzung vor. Zu klären ist nun, ob und wenn ja inwiefern die Herstellung oder Lieferung von kompatiblen Ergänzungsprodukten mittelbar in das Hauptproduktpatent eingreift.

a) Vom Richterrecht zum gesetzlichen Tatbestand

Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung wurde die mittelbare Patentverletzung ursprünglich als besondere Form der Teilnahme an einer unmittelbaren Verletzungshandlung verstanden.²³⁸ Aufgrund dieses Abhängigkeitsverhältnisses war eine mittelbare Verletzung ohne unmittelbare Verletzung als „Haupthandlung“ nicht denkbar.²³⁹ Erst im Jahre 1981 hat das richterrechtlich entwickelte Institut der mittelbaren Patentverletzung eine gesetzliche Normierung erfahren, die sich in Anlehnung an Art. 30 GPÜ von 1975 (bzw. Art. 26 GPÜ von 1989) gegen die Beibehaltung der bisherigen

²³⁷ Ebenso Kraßer, Patentrecht, § 33 II b) S.782. Die Möglichkeit des Schutzes einzelner Erfindungsteile besteht jedoch gem. § 10 PatG; siehe dazu Seite 65 ff.

²³⁸ Kraßer, Patentrecht, § 33 VI a) 1 S.831; Kühnen, in: Schulte PatG, § 10 Rn 6 S.354 f.; Mes, GRUR 1998, 281.

²³⁹ RGZ 133, 326, 330 „Isolierung elektrischer Leitungen“; BGHZ 82, 254, 257 „Rigg“; BGH GRUR 1964, 496, 497 „Formsand II“.

rechtlichen Grundsätze aussprach.²⁴⁰ Der heute geltende § 10 PatG ist als einstufiger Tatbestand, welcher die unmittelbare Patentverletzung eines Dritten nicht mehr voraussetzt, ausgestaltet. Anknüpfungspunkt ist nunmehr die abstrakte Gefahr einer Patentverletzung, welche von der Lieferung wesentlicher Erfindungselemente ausgeht.²⁴¹ § 10 PatG erweitert damit jedoch nicht den Schutzzumfang der patentierten Erfindung, sondern erstreckt das aus dem Patent resultierende Verbotsrecht auf solche Verhaltensweisen, die im Vorfeld einer unberechtigten Patentbenutzung liegen.²⁴²

b) Voraussetzungen der mittelbaren Patentverletzung, § 10 PatG

aa) Überblick über § 10 PatG und Kern der Problematik im Hinblick auf Ergänzungsprodukte

§ 10 Abs.1 PatG macht die mittelbare Patentverletzung von objektiven und subjektiven Voraussetzungen abhängig. In objektiver Hinsicht ist es erforderlich, dass Mittel, die sich auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen, zur Benutzung dieser Erfindung angeboten oder geliefert werden. Unter „Mittel“ wird dabei jeder körperliche Gegenstand und zwar unabhängig vom Aggregatzustand verstanden.²⁴³ Darunter können auch allgemein im Handel erhältliche Erzeugnisse fallen, sofern der mittelbare Verletzer seinen Abnehmer bewusst zur patentwidrigen Benutzung der Mittel veranlasst hat, § 10 Abs.2 PatG. „Zur Benutzung der Erfindung“ erfolgt das Angebot oder die Lieferung eines Mittels dann, wenn für die Abnehmer deutlich erkennbar ist, dass das Erzeugnis für die geschützte Erfindung verwendet werden kann.²⁴⁴ Werden jedoch geeignete Vorkehrungen getroffen, die

²⁴⁰ Vgl. die Begründung zum Gemeinschaftspatentgesetz in Bl.f.PMZ 1979, 266, 280.

²⁴¹ BGHZ 115, 204, 208 „Beheizbarer Atemluftschlauch“; Scharen, in: Benkard PatG, § 10 Rn 2 S.436; Schmieder, NJW 1980, 1190, 1194.

²⁴² BGHZ 115, 204, 208 „Beheizbarer Atemluftschlauch“; Schiuma, VII C 3 d) S.243; König, MittdtPat 2000, 10, 12.

²⁴³ Scharen, in: Benkard PatG, § 10 Rn 4.

²⁴⁴ Kühnen, in: Schulte PatG, § 10 Rn 19. Demgegenüber gehen Preu, GRUR 1980, 697, 698 sowie Mes, GRUR 1998, 281, 283 davon aus, dass dieses Merkmal eine weitere subjektive Komponente enthält (Wissen [Preu] bzw. Absicht [Mes] hinsichtlich der patentgemäßen Benutzung). Da die subjektiven Tatbestandsmerkmale jedoch in § 10 Abs.1 a.E. und Abs.2 PatG

diesen Eindruck verhindern (bspw. Hinweis auf Patentschutz, vertraglich vereinbartes Verbot einer patentgemäßen Benutzung), wird das Erzeugnis nicht „zur Benutzung der Erfindung“ angeboten.²⁴⁵ Des Weiteren müssen die Mittel ohne Zustimmung des Patentinhabers an Personen geliefert werden, die zur Benutzung der patentierten Lehre nicht berechtigt sind. Ein Benutzungsrecht kann sich hier ausnahmsweise nicht aus den Schutzrechtsschranken des § 11 Nr. 1 bis 3 PatG ergeben, § 10 Abs.3 PatG. Folglich ist eine mittelbare Patentverletzung auch dann gegeben, wenn die geschützte Erfindung nur im privaten Bereich zu nichtgewerblichen Zwecken verwendet wird, §§ 10 Abs.3, 11 Nr. 1 PatG. In subjektiver Hinsicht muss der mittelbare Verletzer wissen, dass die von ihm angebotenen Mittel geeignet und bestimmt sind, für die Erfindung benutzt zu werden. Während die Eignung rein objektiv nach den Eigenschaften des Mittels zu bestimmen ist, richtet sich die Nutzungsbestimmung nach dem Willen des Abnehmers.²⁴⁶ Neben der positiven Kenntnis ist jedoch auch das „Kennen-Müssen“ ausreichend, wenn das Vorliegen beider Merkmale offensichtlich ist.

Für den Gegenstand dieser Arbeit sind zwei Aspekte des Anwendungsbereichs von § 10 PatG von besonderer Bedeutung: Erstens kommt es maßgeblich darauf an, wann sich ein Mittel auf ein „wesentliches Element der Erfindung bezieht“. Zweitens stellt sich die Frage, ob der Patentinhaber dem Erwerber seiner Erfindung tatsächlich verbieten kann, bestimmte Ergänzungsprodukte zu verwenden oder ob der Abnehmer insoweit „zur Benutzung der Erfindung berechtigt“ ist. Auf die sonstigen, für diese Untersuchung weniger zentralen Merkmale des § 10 PatG wird im Folgenden nicht weiter eingegangen.

geregelt sind, spricht die gesetzliche Systematik eher gegen diese Interpretation.

²⁴⁵ Kühnen, in: Schulte PatG, § 10 Rn 20. Demgegenüber betreffen derartige Vorkehrungen Kraßer, Patentrecht, § 33 VI b) 7 S.839 und (wohl auch) König, MitttdtPat 2000, 10, 21 zu Folge erst den subjektiven Tatbestand.

²⁴⁶ Scharen, in: Benkard PatG, § 10 Rn 8 S.439; König, MitttdtPat 2000, 10, 20; a.A. Kühnen, in: Schulte PatG, § 10 Rn 27, dem zufolge die Bestimmung rein objektiv aufgrund einer „gewissen Ausrichtung auf die Erfindung“ festgestellt werden könne.

bb) Beziehen auf ein wesentliches Element der Erfindung

(1) Meinungsstand in Literatur und instanzgerichtlicher Rechtsprechung

In der Zeit vor Einführung des § 10 PatG kam der h.M. zu Folge eine mittelbare Patentverletzung nur bei solchen Mitteln in Betracht, die erfindungsfunktionell individualisiert waren.²⁴⁷ Es besteht weitgehend Einigkeit, dass an diesem Merkmal im neuen Recht nicht unverändert festgehalten werden kann. Der von § 10 Abs.1 PatG geforderte Bezug auf ein wesentliches Merkmal besteht also nicht nur bei derart auf die Erfindung angepassten Gegenständen.²⁴⁸ Die Auffassungen darüber, wie dieses Tatbestandsmerkmal im Einzelnen zu bestimmen ist, gehen jedoch auseinander.

König und auch *Mes* gehen von einer extrem weiten Auslegung aus. Sie sind der Ansicht, dass grundsätzlich jedes Mittel in den Anwendungsbereich des § 10 PatG fällt, sofern es in einer „zielgerichteten“ technischen Beziehung zu einem wesentlichen Erfindungselement steht.²⁴⁹ Eine mittelbare Verletzung sei aber bei an die Erfindung angepassten Mitteln zu verneinen, die lediglich wirtschaftlich oder technisch mit der Erfindung zusammenwirkten, diese jedoch nicht vervollständigten.²⁵⁰ Bei der Abgrenzung von wesentlichen und unwesentlichen Elementen der Erfindung geht *Bruchhausen* davon aus, dass zu den wesentlichen all jene Bestandteile gehören, denen bei der Verwirklichung der Erfindung eine nicht nur untergeordnete Rolle zukommt.²⁵¹ Von § 10 Abs.1 PatG werden danach nur solche Mittel nicht er-

²⁴⁷ Dazu sehr ausführlich *Teschemacher*, 8.Kapitel 3 a). Zu diesem bereits im Rahmen der unmittelbaren Patentverletzung dargelegten Begriff siehe Seite 63 f.

²⁴⁸ LG Düsseldorf GRUR Int. 1989, 695; *Scharen*, in: *Benkard PatG*, § 10 Rn 7 S.438; *Keukenschrijver*, in: *Busse PatG*, § 10 Rn 19; *Schramm*, 7.Kapitel 3 b) aa) S.119; a.A. anscheinend *Kraßer*, *Patentrecht*, § 33 VI b) 2 S.835.

²⁴⁹ *Mes*, GRUR 1998, 281, 282; *König*, *MitttdtPat* 2000, 10, 18 f.

²⁵⁰ *König*, *MitttdtPat* 2000, 10, 12, der dieses Problem allerdings im Rahmen des Merkmals „zur Benutzung der Erfindung“ diskutiert.

²⁵¹ So noch *Bruchhausen*, in: *Benkard PatG* 9.Aufl., § 10 Rn 14 S.448; ähnlich auch *Keukenschrijver*, in: *Busse PatG*, § 10 Rn 19 sowie *König*, *MitttdtPat* 2000, 10, 17.

fasst, die sich auf für die geschützte technische Lehre bedeutungslose Elemente beziehen.

Demgegenüber schränkt das *OLG Karlsruhe* den Anwendungsbereich des § 10 Abs.1 PatG weiter ein. Die Tatsache, dass ein Element bei der Verwirklichung der technischen Lehre nicht ganz unbedeutend sei, solle zur Begründung der Wesentlichkeit eines Merkmals nicht ausreichen. Ein Element sei vielmehr dann wesentlich, wenn es sich vom Stand der Technik unterscheidet.²⁵² Dem wird von Teilen der Literatur insoweit zugestimmt, dass in diesem Fall zumindest regelmäßig ein wesentliches Element vorliege.²⁵³

Noch einen Schritt weiter geht das *LG Düsseldorf*, indem es andeutet, dass eine mittelbare Patentverletzung nur bei erfindungsgemäß besonders ausgestalteten Mitteln in Betracht komme,²⁵⁴ und sich damit zumindest der Sache nach dem Erfordernis der erfindungsfunktionellen Individualisierung des alten Rechts annähert.

(2) „Flügelradzähler-Entscheidung“ des *BGH*

In der „Flügelradzähler-Entscheidung“²⁵⁵ hatte der *BGH* unlängst Gelegenheit, sich eingehend mit dem Tatbestand der mittelbaren Patentverletzung auseinander zu setzen. Der Entscheidung lag dabei der folgende Sachverhalt zu Grunde: Klägerin und Beklagte waren beide auf dem Markt für Messtechnik im Bereich der Wasserverbrauchsmessungen in Wohn- und Geschäftsgebäuden tätig. Die Klägerin vertrieb Flügelradzähler, mit denen die Durchflussmenge von Flüssigkeiten erfasst werden konnte und die daher an privaten oder öffentlichen Gebäuden als Wasserzähler eingesetzt wurden. Die fraglichen Flügelradzähler bestanden aus einem Gehäuse, das einen Zu- und Abfluss für die zu erfassende Flüssigkeit vorsah, sowie einer in dieses Gehäuse eingepassten und selbstständig abnehmbaren Messeinheit. Diese

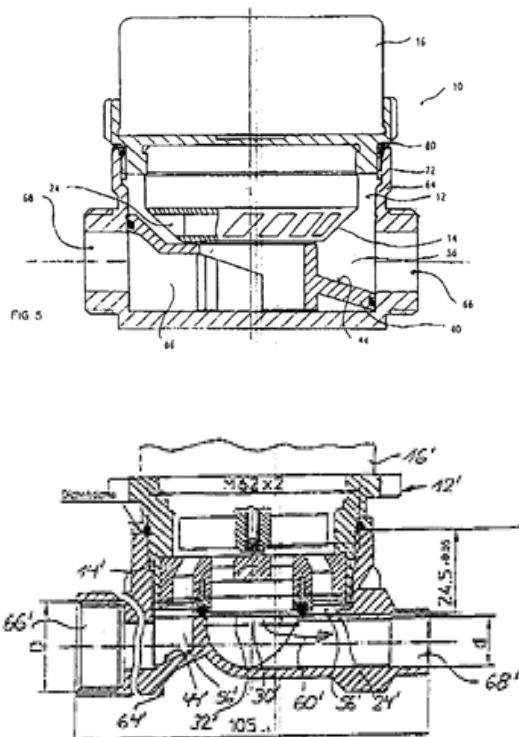
²⁵² OLG Karlsruhe GRUR-RR 2004, 97, 98.

²⁵³ Keukenschrijver, in: Busse PatG, § 10 Rn 19; Jestaedt, Patentrecht, Rn 791 S.273.

²⁵⁴ LG Düsseldorf, GRUR Int. 1989, 695, 696; ähnlich auch Kraßer, Patentrecht, § 33 VI b) 2 S.835.

²⁵⁵ BGH GRUR 2004, 758 ff. „Flügelradzähler“.

Messeinheit beinhaltete einen Messbecher, ein darin gelagertes Flügelrad und ein mit diesem Flügelrad verbundenes Zählwerk. Ein wesentlicher Nachteil bisher verwendeter Flügelradzähler bestand darin, dass sich im Laufe der Zeit Kalkablagerungen oder Verschmutzungen bildeten. Zum einen beeinflusste dies die hydrodynamischen Verhältnisse und zum anderen erschwerte es die Austauschbarkeit der Messeinheit, die durch die Verkalkung und Verschmutzung an der Schnittstelle zwischen Messeinheit und Gehäuse „festbackte“. Diese technische Aufgabe löste der Flügelradzähler der Klägerin dadurch, dass die auf den Messbecher zuweisende Anströmfläche angeschrägt war. Auf diese Weise wurde das Flügelrad gleichmäßig und wirbelfrei beaufschlagt, was einen hydrodynamisch verbesserten und weniger zum „Festbacken“ neigenden Flügelradzähler zur Folge hatte.



Zugunsten des so konstruierten Flügelradzählers war ein Patent eingetragen. Aufgrund einer lizenzvertraglichen Vereinbarung zwischen dem Patentinhaber und der Klägerin war diese berechtigt, die Erfindung zu vertreiben sowie eine Verletzung des Patents geltend zu machen. Die Beklagte vertrieb ihrerseits Messkapseln, die in die Gehäuse der Klägerin passen und darin verwendet werden konnten. Die Klägerin erblickte darin eine mittelbare Patentverletzung und nahm daher die Beklagte u.a. auf Unterlassung in Anspruch.

In seiner rechtlichen Bewertung stellt der *BGH* fest, dass nach neuer Rechtslage nicht mehr am Erfordernis der erfindungsfunktionellen Individualisierung festgehalten werden könne. Im Rahmen des § 10 PatG komme es nämlich nicht mehr auf die Anpassung eines Mittels, sondern nur auf dessen Beziehung zur Erfindung an. Dies schließt der *BGH* in systematischer Hinsicht aus der Regelung des § 10 Abs.2 PatG. Danach ist eine mittelbare Verletzung durch das Angebot bzw. die Lieferung allgemein im Handel erhältlicher Erzeugnisse möglich, sofern der mittelbare Verletzer den Abnehmer bewusst zu einer patentwidrigen Verletzung veranlasst hat. Dass sogar diese alltäglichen und regelmäßig einer Erfindung nicht angepassten Waren in den Regelungsbereich der mittelbaren Patentverletzung einbezogen seien, spreche dafür, dass an dem Erfordernis der erfindungsgemäßen Anpassung nicht mehr festgehalten werden könne.

Der *BGH* unterscheidet sodann deutlich zwischen dem Merkmal des „Beziehens“ und dem Bezugspunkt des „wesentlichen Merkmals“. Ein Mittel „beziehe“ sich auf ein wesentliches Erfindungselement, wenn es geeignet sei, mit diesem bei der Verwirklichung des geschützten Erfindungsgedankens funktional zusammenzuwirken.²⁵⁶ Damit seien allein solche Mittel ausgeschlossen, die zur Umsetzung der in der Erfindung verkörperten technischen Lehre nichts beisteuern könnten.²⁵⁷

In Bezug auf das weitere Merkmal des „wesentlichen Erfindungselements“ gibt der *BGH* keine vergleichbar präzise Definition. Ihm zufolge seien sämtliche Bestandteile des Patentanspruchs zumindest i.d.R. wesentlich.²⁵⁸ Dies folge daraus, dass der Inhalt des Patentanspruchs die absolute Grenze des patentrechtlichen Schutzzumfangs bilde, der das Verbotswort des Patentinhabers sowohl in negativer als auch in positiver Richtung festschreibe. Anders formuliert: Schutz für eine außerhalb der Ansprüche liegende Leistung könne nicht begehrt werden (negative Grenze), jedoch müsse gleichsam im Gegenzug dafür all das geschützt sein, was zum Inhalt der Patentansprüche gehöre (positive Grenze). Daher komme grundsätzlich jedes Element einer

²⁵⁶ BGH GRUR 2004, 758, 761 „Flügelradzähler“.

²⁵⁷ BGH GRUR 2004, 758, 761 „Flügelradzähler“.

²⁵⁸ BGH GRUR 2004, 758, 761 „Flügelradzähler“.

Erfindung als tauglicher Anknüpfungspunkt einer Patentverletzung gem. § 10 PatG in Betracht. Für die Wesentlichkeit eines Elements sei es daher auch ohne Bedeutung, ob es den Gegenstand des Patentanspruchs vom Stand der Technik abhebe.²⁵⁹ Unwesentlich seien lediglich die für die technische Lehre der Erfindung völlig untergeordneten Merkmale.²⁶⁰ Eine nähere Auseinandersetzung mit diesem Abgrenzungskriterium erfolgt jedoch nicht, da im konkreten Fall von der Wesentlichkeit des Erfindungselements ausgegangen wurde.

(3) Stellungnahme

Zunächst einmal ist die vom *BGH* vorgenommene deutliche Trennung der beiden Einzelmerkmale des „Beziehens“ und des „wesentlichen Erfindungselements“ sehr zu begrüßen. Literatur und Rechtsprechung erkennen sie sonst nur selten als eigenständige Tatbestandsmerkmale. In der hierzu geführten Diskussion werden daher im Regelfall die beide Merkmale betreffenden Argumente und Wertungen gemeinsam erörtert. Dabei ist es durchaus sinnvoll, zwischen beiden Teilmerkmalen zu unterscheiden und beide getrennt voneinander zu behandeln. Zum einen fördert dies generell die Übersichtlichkeit der Debatte, die aufgrund der Vielzahl der ins Feld geführten Argumente an Transparenz verloren hat. Zum anderen handelt es sich um zwei verschiedene Problembereiche, die unterschiedliche Fragen aufwerfen und daher auch getrennt voneinander erörtert werden sollten.

(a) Beziehen

Hinsichtlich des Merkmals des „Beziehens“ geht der *BGH* von einer sehr weiten Auslegung aus, die zumindest im Kern der Ansicht *Königs* und *Mes* entspricht.²⁶¹ Der Auffassung, die für die Beziehung zur geschützten Erfindung eine erfindungsgemäße Ausgestaltung der Sache forderte, hat er damit

²⁵⁹ *BGH GRUR* 2004, 758, 761 „Flügelradzähler“.

²⁶⁰ *BGH GRUR* 2004, 758, 761 „Flügelradzähler“.

²⁶¹ So auch *Hölder*, *GRUR* 2005, 20, 22.

eine klare Absage erteilt. Das systematische Argument²⁶², auf welches sich der *BGH* hierbei beruft, ist indes keinesfalls zwingend. Er zieht daraus, dass § 10 Abs.2 PatG auch allgemein erhältliche und daher selten erfindungsgemäß angepasste Waren in den Anwendungsbereich des § 10 Abs.1 PatG mit einbezieht, den Schluss, dass es auf eine besondere Anpassung des Mittels generell nicht ankomme. Andernfalls – so die Argumentation – käme nämlich § 10 Abs.2 PatG kein sinnvoller Anwendungsbereich zu, da es den allgemein erhältlichen Erzeugnissen bereits an einer hinreichenden Beziehung zur Erfindung fehle. Das Verhältnis von § 10 Abs.1 PatG und § 10 Abs.2 PatG lässt sich dagegen auch anders deuten. Zwar ist angesichts des eindeutigen Wortlauts nicht davon auszugehen, dass § 10 Abs. 1 PatG nur für solche Mittel Anwendung findet, die nicht allgemein im Handel erhältlich sind.²⁶³ Es lässt sich jedoch ebenso gut behaupten, dass gem. § 10 Abs.1 PatG grundsätzlich eine besondere Anpassung an die Erfindung notwendig ist und von diesem Erfordernis gem. § 10 Abs.2 PatG nur für den Bereich der allgemein erhältlichen Waren, die typischerweise nicht derart angepasst sind, eine von zusätzlichen subjektiven Merkmalen abhängige Ausnahme gemacht wird. Die Norm des § 10 Abs.2 PatG ist also auch mit einer den Begriff der Beziehung enger eingrenzenden Auslegung vereinbar. Das systematische Argument des *BGH* ist auf den ersten Blick zwar überzeugend, zwingend ist es aber nicht.

Die Entstehungsgeschichte des § 10 PatG spricht dagegen, an dem Erfordernis einer besonderen Anpassung an die Erfindung festzuhalten. Im Rahmen der Kodifizierung des Rechtsinstituts der mittelbaren Patentverletzung hatte der Gesetzgeber die Möglichkeit, sich an der Rechtsprechung zu orientieren und deren wesentliche Wertungen zu übernehmen. Er hat dies jedoch nicht getan, sondern sich im Gegenteil gegen die Beibehaltung der alten Rechtsgrundsätze ausgesprochen.²⁶⁴ So ist auch das Merkmal der erfin-

²⁶² Mit vergleichbarer Argumentation auch Mes, GRUR 1998, 281, 282; König, MittPat 2000, 10, 18.

²⁶³ So aber Kraßer, Patentrecht, § 33 VI b) 2 S.835, der verkennt, dass § 10 Abs.1 PatG auch bei derartigen Erzeugnissen – bei Vorliegen der besonderen subjektiven Merkmale – einschlägig ist.

²⁶⁴ Vgl. die Begründung zum Gemeinschaftspatentgesetz in Bl.f.PMZ 1979, 266, 280.

dungsfunktionellen Anpassung bei der Kodifizierung unberücksichtigt geblieben.²⁶⁵kehrte man im Rahmen von § 10 PatG dennoch zu einem im alten Recht zentralen Merkmal wie der erfindungsgemäßen Anpassung zurück, dann ließe sich das nur schwerlich mit der Entstehungsgeschichte dieser Norm in Einklang bringen. Folglich ist mit dem *BGH* davon auszugehen, dass eine besondere Ausgestaltung des Mittels für das Merkmal des „Beziehens“ in § 10 Abs.1 PatG nicht erforderlich ist.

Eine ausreichende Beziehung zur Erfindung besteht dem *BGH* zufolge erst dann nicht, wenn ein Mittel zur Verwirklichung der technischen Lehre der Erfindung nichts beitragen kann. Auch diese Feststellung verdient Zustimmung. Der Sinn und Zweck des § 10 PatG besteht nämlich darin, das Verbotswort des Patentinhabers auf das Vorfeld möglicher Patentverletzungen auszuweiten, um auf diese Weise einen effektiveren Erfindungsschutz zu gewährleisten. Durch § 10 PatG wird der Schutzzumfang selbst nicht berührt, d.h. geschützt wird auch hier nur die im Inhalt der Patentansprüche zum Ausdruck kommende technische Lehre. Folglich kann über § 10 PatG der Schutz nicht auf solche Mittel ausgedehnt werden, die bei einer eventuellen späteren Benutzung nicht zur Verwirklichung dieser technischen Lehre beitragen, sondern lediglich „bei“ der Benutzung der Erfindung verwendet werden können.²⁶⁶ Eine gegenteilige Auslegung wäre auch nicht mit dem Gebot der Rechtssicherheit vereinbar, da es Dritten in Anbetracht der Vielzahl der mit einer Erfindung benutzbaren Erzeugnisse kaum möglich wäre, den einer technischen Lehre (mittelbar) zukommenden Schutzzumfang zu überblicken.²⁶⁷

Folglich bezieht sich ein Mittel dann auf ein wesentliches Element der Erfindung, wenn es geeignet ist, mit diesem bei der Verwirklichung des Erfindungsgedankens funktional zusammenzuwirken, und nicht lediglich bei der Benutzung der Erfindung verwendet werden kann. Diese Voraussetzungen

²⁶⁵ *BGH GRUR* 2004, 758, 760 „Flügelradzähler“; König, *MittdtPat* 2000, 10, 18.

²⁶⁶ So auch König, *MittdtPat* 2000, 10, 13.

²⁶⁷ Ebenso König, *MittdtPat* 2000, 10, 13.

sind selbstverständlich dann erfüllt, wenn es sich bei dem Mittel bereits selbst um ein wesentliches Element der Erfindung handelt.²⁶⁸

(b) Wesentliches Element der Erfindung

Mit großen Schwierigkeiten verbunden ist die Abgrenzung von wesentlichen und unwesentlichen Elementen einer Erfindung. Problematisch ist dies deshalb, weil es zu Konflikten mit dem Gebot der Rechtssicherheit kommen kann. Ist es nämlich bereits verboten, Mittel anzubieten oder zu liefern, die sich auch nur auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen, dann ist für Dritte schwerlich erkennbar, ob sie sich im gemeinfreien Bereich bewegen oder durch ihr Verhalten ein gewerbliches Schutzrecht verletzen. Wegen der ausdrücklichen gesetzlichen Normierung ist dies hier aber – anders als im Bereich der unmittelbaren Patentverletzung – hinzunehmen. Ziel muss es dabei jedoch sein, dem Gebot der Rechtssicherheit bei der Auslegung hinreichend Rechnung zu tragen, d.h. eine möglichst klare Regelung zu erreichen.

Dem *BGH* ist darin zuzustimmen, dass es bei der Bestimmung der Wesentlichkeit nicht darauf ankommen kann, ob sich ein Element vom Stand der Technik abhebt. Zu dieser Erkenntnis gelangt man schon durch eine schlichte Betrachtung des Wortlauts. Gem. § 10 Abs.1 PatG kommt als Bezugspunkt des Mittels nur ein wesentliches Element der „Erfindung“ in Frage. Darunter wird allgemein eine Lehre zum technischen Handeln verstanden. Zur Patentierbarkeit müssen zwar noch weitere Merkmale (Neuheit, erfinderische Leistung, etc.) hinzukommen, jedoch reicht für das Vorliegen einer Erfindung jede derart technische Lehre aus. Auf die Neuheit eines Elements kommt es bei der Frage der Wesentlichkeit damit ebenso wenig an wie etwa dessen Bedeutung im Hinblick auf die gewerbliche Verwertbarkeit oder den erfinderischen Schritt einer Leistung. Dass das Erfordernis der Unterscheidung vom Stand der Technik zur hier fraglichen Abgrenzung ungeeignet ist, ergibt sich zudem daraus, dass häufig die einzelnen Elemente einer Erfin-

²⁶⁸ Kühnen, in: Schulte PatG, § 10 Rn 15.

dung im Stand der Technik bekannt sind,²⁶⁹ sodass § 10 Abs.1 PatG kaum praktische Relevanz besäße.

Folglich bezieht sich die Wesentlichkeit auf die Bedeutung, welche einem Element bei der Verwirklichung der Erfindung, der Lehre zum technischen Handeln zukommt. Mit dem *BGH* ist davon auszugehen, dass grundsätzlich sämtliche in den Patentansprüchen genannten Merkmale in dem so verstandenen Sinne wesentlich sind. Auf diese Weise wird der schutzbereichsbegrenzenden Funktion der Patentansprüche ein angemessener Schutzzumfang gegenübergestellt. Indem grundsätzlich sämtliche Merkmale von § 10 Abs.1 PatG erfasst sind, wird darüber hinaus die vom Gebot der Rechtssicherheit geforderte grundsätzliche Rechtsklarheit für Dritte geschaffen. Um die damit verbundene Vorhersehbarkeit für Dritte nicht übermäßig einzuschränken, können als „für die Verwirklichung der technischen Lehre völlig untergeordnete“ und damit unwesentliche Merkmale nur solche Elemente angesehen werden, die bei der Ausführung des Erfindungsgedankens für den durchschnittlichen Fachmann ganz offensichtlich von völlig zu vernachlässigender Bedeutung sind.²⁷⁰ Denn dem Gebot der Rechtssicherheit wird nur dann hinreichend Rechnung getragen, wenn ein unwesentliches Element nur in sehr engen Grenzen angenommen wird.

Somit handelt es sich nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich bei sämtlichen in den Patentansprüchen genannten Merkmalen um wesentliche Erfindungselemente. Eine eng zu begrenzende Ausnahme ist nur für solche Bestandteile zu machen, die bei der Verwirklichung der technischen Lehre für den Durchschnittsfachmann offensichtlich von völlig untergeordneter Bedeutung sind.

²⁶⁹ So auch *BGH GRUR* 2004, 758, 761 „Flügelradzähler“.

²⁷⁰ Ähnlich auch Kühnen, in: Schulte PatG, § 10 Rn 16 S.356. Freilich ist zuzugeben, dass es sich dabei um sehr krasse Ausnahmefälle von geringer praktischer Relevanz handeln dürfte. Die in der „Flügelradzähler-Entscheidung“ vom *BGH* vorgenommene Ausnahme für völlig untergeordnete Bestandteile wird nach der hier vertretenen Ansicht als „Hintertür“ verstanden, die sich der *BGH* offen hält, um flexibel auf spätere Fallkonstellationen reagieren zu können.

cc) Fehlende Befugnis zur Benutzung der patentierten Erfindung

Eine mittelbare Patentverletzung setzt schließlich voraus, dass das Angebot bzw. die Lieferung gegenüber einer Person erfolgt, die nicht zur Benutzung der patentierten Erfindung berechtigt ist. Da § 10 Abs.1 PatG als abstrakter Gefährdungstatbestand ausgestaltet ist, ist es zwar unerheblich, ob das Mittel im weiteren Verlauf tatsächlich in patentverletzender Weise verwendet wird. Wenn der Abnehmer jedoch zur Benutzung der Erfindung berechtigt ist und daher eine spätere unmittelbare Patentverletzung i.S.v. § 9 PatG in jedem Fall ausgeschlossen ist, besteht mangels abstrakter Verletzungsgefahr kein Raum für eine mittelbare Patentverletzung. Im Hinblick auf den hier interessierenden Bereich der Ergänzungsprodukte bedeutet dies: Ist der Abnehmer der Ergänzungsartikel berechtigt, diese für das patentgeschützte Hauptprodukt zu verwenden, dann scheidet eine mittelbare Patentverletzung aus. Ein Recht des Abnehmers zur Benutzung i.S.v. § 9 PatG kann sich insbesondere aus zwei Gesichtspunkten ergeben: zum einen aus einer Zustimmung des Patentinhabers, zum anderen aus dem Grundsatz der Erschöpfung.

(1) Zustimmung des Patentinhabers

Gem. § 9 S.2 PatG schließt die Zustimmung des Patentinhabers zur Benutzung der Erfindung eine Verletzung des Schutzrechts aus. Dabei handelt es sich um eine Willenserklärung i.S.d. §§ 116 ff. BGB, die ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen kann.²⁷¹ Erforderlich aber auch ausreichend ist es dabei, dass sich im Wege der Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB dem Verhalten des Patentinhabers eine rechtsgeschäftliche Erklärung dergestalt entnehmen lässt, dass der Abnehmer einer Erfindung berechtigt ist, fremde (d.h. nicht vom Inhaber hergestellte) Ergänzungsprodukte zu benutzen. Eine solche Erklärung kann u.U. schon darin gesehen werden, dass der Hersteller des Hauptprodukts lediglich „empfiehlt“, seine Ergänzungsartikel zu ver-

²⁷¹ BGH GRUR 1980, 38, 39 „Fullplastverfahren“; BGH GRUR 2004, 758, 762 „Flügelradzähler“; etwas missverständlich Kühnen, in: Schulte PatG, § 9 Rn 37, 38, der unter Hinweis auf Art. 76 Abs.1 GPÜ zunächst eine ausdrückliche Willenserklärung fordert, jedoch anschließend eine Zustimmung durch schlüssiges Verhalten ausreichen lässt.

wenden, und damit die Benutzung anderer Ergänzungsprodukte zwar nicht gutheißt, aber doch (konkludent) gestattet.²⁷²

(2) Erschöpfung des Verbotsrechts

(a) Allgemeines zum Grundsatz der Erschöpfung

Ein Benutzungsrecht i.S.v. § 10 Abs.1 PatG kann sich nach nahezu einhelliger Auffassung auch aus dem Grundsatz der Erschöpfung ergeben.²⁷³ Diesem Grundsatz liegt folgendes Problem zu Grunde: Auf der einen Seite muss dem Erfinder eine ausreichende Belohnung für seine innovative Tätigkeit gewährt werden, um die von der Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts ausgehende Anreizwirkung des Patents zu erhalten.²⁷⁴ Auf der anderen Seite geht es darum, die dem Patentinhaber zukommende Rechtsmacht einzuschränken, um zu verhindern, dass der Rechtsverkehr bzgl. patentierter Erfindungen übermäßigen Einschränkungen unterliegt.²⁷⁵ Hat bspw. der Patentinhaber P eine Ausfertigung seiner Erfindung an den Erwerber E verkauft, dann wäre die Verkehrsfähigkeit dieser Erfindung stark eingeschränkt, wenn jede Benutzung durch E – etwa die Weiterveräußerung des Erfindungsexemplars an Dritte – Ps Zustimmung erforderte. Diesen Konflikt versucht der Grundsatz der Erschöpfung dadurch zu lösen, dass ein patentiertes Erzeugnis, welches mit dem Willen des Patentinhabers in Verkehr gebracht wurde, grundsätzlich frei benutzt werden darf.²⁷⁶ Die weiteren

²⁷² So auch Hölder, GRUR 2005, 20, 22 Fn 26. Zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Empfehlung am Beispiel der Ersatzteile und des Zubehörs für Automobile vgl. LG Ingolstadt GRUR-RR 2006, 109 ff. „Originalteile“.

²⁷³ Statt vieler BGH GRUR 2004, 758, 762 „Flügelradzähler“; Kühnen, in: Schulte PatG, § 10 Rn 11; Kraßer, Patentrecht, § 33 VI b) 4 S.836; a.A., allerdings ohne Begründung, allein Keukenschrijver, in: Busse PatG, § 10 Rn 25 S.316.

²⁷⁴ Schoenen, in: MAH Gewerbl. Rechtsschutz, § 38 Rn 242 S.1632; Hubmann/Götting, § 19 Rn 10.

²⁷⁵ Scharen, in: Benkard PatG, § 9 Rn 18 S.374; Hubmann/Götting, § 19 Rn 10.

²⁷⁶ RGZ 51, 139, 140 f. „Guajakol-Carbonat“; BGH GRUR 1975, 206, 207 „Kunststoffschaum-Bahnen“; Mes PatG, § 9 PatG Rn 56; Ebenroth, Rn 62; Schramm, 7.Kapitel 11 a); Eisenmann/Jautz, Rn 156a; als erster grundle-

aus dem Patent resultierenden Befugnisse sind im Hinblick auf dieses Erfindungserzeugnis „erschöpft“. Einerseits behält der Erfinder dadurch die Aussicht auf eine angemessene Belohnung, da die Erschöpfung an dem mit seinem Willen erfolgten Inverkehrbringen anknüpft; andererseits ist auf diese Weise der Rechtsverkehr nicht mehr von der weiteren Zustimmung des Patentinhabers abhängig. Die Einschränkung des patentrechtlichen Verbotsrechts bezieht sich jedoch nicht auf die in der Erfindung enthaltene technische Lehre insgesamt, sondern nur auf das jeweils in Verkehr gebrachte Erzeugnis.²⁷⁷ Daraus wird gefolgert, dass das Recht zur (Neu-/Wieder-) Herstellung der Erfindung – und damit zur Verwirklichung der geschützten technischen Lehre – nicht dem Grundsatz der Erschöpfung unterliegt und dementsprechend beim Inhaber des Schutzrechts verbleibt.²⁷⁸

(b) Neu-/Wiederherstellung als mögliches Problem beim Einsatz von Ergänzungsprodukten

Grundsätzlich steht es dem Abnehmer somit frei, Ergänzungsartikel für das patentgeschützte Hauptprodukt zu verwenden. Ergänzungsprodukte zielen aber – vom Begriffsverständnis dieser Arbeit ausgehend – entweder auf eine Vervollständigung oder eine Erweiterung der Hauptware ab. Werden bei einem patentierten Erzeugnis Elemente ausgetauscht, um die Funktionsfähigkeit der Erfindung insgesamt – wie dies etwa im Bereich von Ersatzteilen der Fall ist – wiederherzustellen, dann stellt sich die Frage, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen hier die geschützte Leistung nicht nur repariert, sondern neu hergestellt wird. Jedenfalls bei den das Hauptprodukt vervollständigenden Artikeln kann es daher erforderlich sein, die im Rahmen der Erschöpfung gestattete Benutzung der Erfindung von der stets dem Patentinhaber vorbehaltenen Neu- oder Wiederherstellung der geschützten Lehre abzugrenzen.

gend zu diesem Problembereich noch unter dem Stichwort „Zusammenhang der Benützungsformen“: Kohler, I 3. Buch 2. Abschnitt C 5.

²⁷⁷ Hubmann/Götting, § 19 Rn 10.

²⁷⁸ BGH GRUR 1973, 518, 520 „Spielautomat II“; Schoenen, in: MAH Gewerbl. Rechtsschutz, § 38 Rn 241; Kühnen, in: Schulte PatG, § 9 Rn 18; Körber, II B 2 b) S.50 f.; Sack, GRUR Int. 2000, 610, 615.

(aa) Überblick über den Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung

Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Annahme, dass der Abnehmer eines patentierten Erzeugnisses zum bestimmungsgemäßen Gebrauch desselben berechtigt ist. Darunter werden u.a. Maßnahmen zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit verstanden, die sich nicht als Neuherstellung der Erfindung darstellen.²⁷⁹ Da sich die beiden zentralen Bezeichnungen jedoch wechselseitig ausschließen – ein bestimmungsgemäßer Gebrauch demnach vorliegt, wenn die Erfindung nicht neu hergestellt wird, und eine Erfindung neu hergestellt wird, wenn sie nicht nur bestimmungsgemäß gebraucht wird – wird versucht, das Problem nicht durch Auslegung dieses Begriffspaares, sondern im Wege einer wertenden Betrachtung zu lösen.²⁸⁰ Die hierbei ins Feld geführten Gesichtspunkte sind äußerst vielfältig.

Nicht selten wird darauf abgestellt, ob durch die Reparaturmaßnahme die Identität des konkreten Erfindungsgegenstands gewahrt bleibt (bestimmungsgemäßer Gebrauch) oder ein neues erfindungsgemäßes Erzeugnis hergestellt wird (Neuherstellung).²⁸¹ Wird das konkrete Erfindungserzeugnis also auseinanderggebaut und werden die wiederverwendbaren Bestandteile anschließend zu einer neuen Erfindung zusammengesetzt, dann liegt hiernach eine nicht vom Erschöpfungsgrundsatz gedeckte Neuherstellung vor.²⁸²

Daneben wird zur Lösung des Abgrenzungsproblems eine umfassende Abwägung der im Einzelfall betroffenen Interessen unter Berücksichtigung der

²⁷⁹ BGH GRUR 1959, 232, 234 „Förderrinne“; LG Düsseldorf GRUR 1988, 116, 119 „Ausflussschieberverschluss“; Lindenmaier, GRUR 1952, 294, 296 f.

²⁸⁰ So ausdrücklich Kowal-Wolk/Schuster, S.87, 100f.

²⁸¹ LG Düsseldorf GRUR 1957, 599, 600 „Rebuild-Pumpen“; LG Düsseldorf GRUR 1988, 116, 119 „Ausflussschieberverschluss“; Kühnen, in: Schulte PatG, § 9 Rn 43 S.326; Ann, S.17, 29 ff.; Kowal-Wolk/Schuster, S.87, 101 f.; Rübel, GRUR 2002, 561, 562.

²⁸² Kowal-Wolk/Schuster, S.87, 101; Rübel, GRUR 2002, 561, 562.

Verkehrsanschauung vorgeschlagen.²⁸³ Von herausragender Bedeutung sei hierbei zum einen das Interesse des Erfinders an einer angemessenen Belohnung seiner Innovation und zum anderen das Allgemeininteresse an einem nicht unangemessen eingeschränkten Wirtschaftsverkehr.²⁸⁴ Allerdings wird vereinzelt bezweifelt, dass sich die Verkehrsanschauung zur Abgrenzung der hier interessierenden Bereiche eigne. Zum einen wird dabei auf die mit einem derart weiten Begriff verbundene Rechtsunsicherheit verwiesen,²⁸⁵ zum andern wird angemerkt, dass das Vorliegen einer Patentverletzung nach objektiven und nicht – wie bei der Verkehrsauffassung – nach subjektiven Gesichtspunkten beurteilt werden müsse.²⁸⁶

Ein weiterer Aspekt, dem bei der Unterscheidung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs von der Neuherstellung Bedeutung beigemessen wird, ist die natürliche Lebensdauer der Erfindung. Von einer Patentverletzung sei dann auszugehen, wenn infolge der Reparatur die gewöhnliche Lebensdauer des geschützten Erzeugnisses verlängert werde. Denn in diesem Fall werde die in Verkehr gebrachte Erfindung nicht nur weiterbenutzt, sondern durch die Ausdehnung der Gebrauchsdauer gleichsam neu geschaffen.²⁸⁷ Demgegenüber scheidet eine Patentverletzung bei üblicherweise während der gewöhnlichen Lebensdauer anfallenden Ausbesserungsarbeiten aus.²⁸⁸ Einige Stimmen in der Literatur merken indes an, dass die Aussagekraft dieses Ansatzpunkts begrenzt sei, da mit der „natürlichen Lebensdauer“ ein weiterer unbestimmter und damit auslegungsbedürftiger Begriff verwendet werde.²⁸⁹

²⁸³ BGH GRUR 1959, 232, 235 „Förderrinne“; OLG Karlsruhe GRUR-RR 2004, 97, 98 f.; Scharen, in: Benkard PatG, § 9 Rn 36 S.386; Kühnen, in: Schulte PatG, § 9 Rn 43 S.326; Kraßer, Patentrecht, § 33 II b) 5 S.784; Osterrieth, Patentrecht, Rn 222; Kowal-Wolk/Schuster, S.87, 104 ff.; Fischer, GRUR 1960, 98, 102; Rübel, GRUR 2002, 561, 562.

²⁸⁴ Kowal-Wolk-Schuster, S.87, 104.

²⁸⁵ Ann, S.17, 27.

²⁸⁶ Keil, MittdtPat 1983, 136, 140.

²⁸⁷ KG GRUR 1931, 1280, 1282 „Gleisrückmaschine“; BGH GRUR 1959, 232 „Förderrinne“; Hubmann/Götting, § 19 Rn 5; Kowal-Wolk/Schuster; S.87, 102 f.; Rübel, GRUR 2002, 561, 563.

²⁸⁸ RG GRUR 1939, 609, 611 „Stößel“; Scharen, in: Benkard PatG, § 9 Rn 36 S.387; Kraßer, Patentrecht, § 33 II b) 5 S.784.

²⁸⁹ So etwa Ann, S.17, 28; Rübel, GRUR 2002, 561, 563.

Des Weiteren wird häufig auf den Bezugspunkt der Reparatur abgestellt. Im Rahmen der Abgrenzung von zulässigem Gebrauch und unzulässiger Wiederherstellung sei zu berücksichtigen, ob sich die Maßnahme auf Teile beziehe, welche für die Lehre zum technischen Handeln von übergeordneter Bedeutung seien.²⁹⁰ Handelt es sich um erfindungswesentliche Bestandteile, dann werde dadurch i.d.R. das Schutzrecht verletzt.²⁹¹ Einen ähnlichen Weg hatte das *Reichsgericht* in einigen Entscheidungen eingeschlagen, in denen es zwar nicht die Bedeutung des betroffenen Teils für die technische Lehre, jedoch für die „Verwertung“ der Erfindung für wesentlich hielt.²⁹²

Schließlich ist *Keil* der Ansicht, dass das Benutzungs- und Reparaturrecht des Abnehmers von der vertraglichen Beziehung zum Patentinhaber und damit letztlich von dessen Zustimmung abhängt.²⁹³ Dem wird allerdings entgegnet, dass es nicht unproblematisch sei, die Reichweite eines absoluten Rechts (wie dem Patentrecht) maßgeblich vom Willen des Patentinhabers abhängig zu machen.²⁹⁴

(bb) „Flügelradzähler-Entscheidung“ des *BGH*

In der bereits erwähnten „Flügelradzähler-Entscheidung“ konnte der *Bundesgerichtshof* auch zum Problem der Erschöpfung im Rahmen des § 10 PatG Stellung nehmen. Für die maßgebliche Frage, wann eine Erfindung bei Reparaturmaßnahmen bestimmungsgemäß gebraucht oder neu hergestellt

²⁹⁰ LG Düsseldorf GRUR 1988, 116, 119 „Ausflussschiebersverschluss“; Scharen, in: Benkard PatG, § 9 Rn 36 S.387; Kühnen, in: Schulte PatG, § 9 Rn 43 S.326; Osterrieth, Patentrecht, Rn 222; Gleiss/Heide, Rn 396.

²⁹¹ Die hierbei verwendeten Begriffe sind jedoch unterschiedlich. So sprechen Kühnen, in: Schulte PatG, § 9 Rn 43 S.326, Gleiss/Heide, Rn 396 von „erfindungswesentlichen“ Teilen, während Scharen, in: Benkard PatG, § 9 Rn 36 S.387 von „die technische Wirkung der Erfindung widerspiegelnden Teilen“ spricht und Osterrieth, Patentrecht, Rn 222 sowie Keil, MitttdtPat 1983, 136, 140f. den Begriff der „erfindungsfunktionellen Individualisierung“ verwenden.

²⁹² RG GRUR 1926, 339, 340 „Koksofen I“; RG GRUR 1930, 886, 888 „Diskusschleifrad“.

²⁹³ Keil, MitttdtPat 1983, 136, 140.

²⁹⁴ So etwa Ann, S.17, 26 f.; Bodewig, GRUR 1992, 567, 574 f.; Rübel, GRUR 2002, 561, 562.

wird, führt er Folgendes aus:²⁹⁵ Ansatzpunkt für die Abgrenzung sei die Identität des patentierten Erzeugnisses. Ein bestimmungsgemäßer Gebrauch sei zu bejahen, wenn diese gewahrt bleibe, und zu verneinen, wenn die Reparatur der Schaffung eines neuen Erzeugnisses gleichkomme. Hierbei müssten die betroffenen Interessen – d.h. des Patentinhabers an einer wirtschaftlichen Verwertung der Erfindung auf der einen und des Abnehmers an einer ungestörten Benutzung des Produkts auf der anderen Seite – mit Rücksicht auf die Eigenart des patentierten Erzeugnisses gegeneinander abgewogen werden. Im Rahmen dieser Abwägung misst der *BGH* zwei Kriterien besondere Bedeutung bei. Zum einen sei die Lebensdauer der Erfindung zu berücksichtigen. Beziehe sich die Reparatur auf Teile, die üblicherweise während der Lebensdauer der Erfindung ausgetauscht werden müssten, so spreche dies für einen bestimmungsgemäßen Gebrauch und damit für die Zulässigkeit der Maßnahme. Zum anderen dürfe die Bedeutung des betroffenen Teils für die im Patent geschützte Lehre zum technischen Handeln nicht unbeachtet bleiben. Werde nämlich ein Teil ausgetauscht, das wesentliche Elemente des Erfindungsgedankens verkörpere, so sei dies als Indiz für eine Neuherstellung und demnach die Unzulässigkeit der Maßnahme zu werten. Im Anschluss an diese rechtlichen Wertungen nimmt der *BGH* die von ihm vorgeschlagene Abwägung vor. Er geht dabei davon aus, dass die von der Beklagten angebotenen Messeinheiten die Vorteile der erfindungsgemäßen Lösung des Klagepatents verwirklichten. Eine generelle Definition für die „Verkörperung“ erfindungswesentlicher Teile gibt der *BGH* jedoch nicht. Ohne weitere Gesichtspunkte in seine Abwägung einzustellen, zieht der *BGH* daraus den Schluss, dass durch den späteren Einbau der Messeinheiten der Flügelradzähler neu hergestellt werde. Folglich sei das Verbotrecht des Patentinhabers nicht erschöpft, der Abnehmer mithin auch nicht zum Austausch der Messeinheiten berechtigt.

²⁹⁵ Zu den weiteren Ausführungen vgl. *BGH GRUR* 2004, 758, 762 f. „Flügelradzähler“ sowie die diese Rechtsprechung bestätigende Entscheidung *BGH GRUR* 2006, 837, 838 „Laufkranz“.

(cc) Stellungnahme

Nicht zu folgen ist der Ansicht *Keils*, der den Umfang der Erschöpfung von der Zustimmung des Patentinhabers abhängig machen möchte. Ein solcher auf subjektive Kriterien abstellender Ansatz ist aus zwei Gründen abzulehnen. Erstens kann die Reichweite eines Patents als absolutes Recht, das gegenüber jedermann Wirkung entfaltet, nicht in so großem Maß von der allein im Innenverhältnis zwischen Patentinhaber und Abnehmer bestehenden Vereinbarung abhängen. Andernfalls wäre für außenstehende Dritte wie etwa einen Lieferanten i.S.v. § 10 Abs.1 PatG nicht ersichtlich, ob sein Verhalten eine Schutzrechtsverletzung darstellt oder nicht. Zweitens verkennt diese Auffassung, dass es sich bei der Erschöpfung um ein neben der Möglichkeit der Zustimmung des Berechtigten stehendes, eigenes Rechtsinstitut handelt. Käme es nämlich bei diesem zentralen Problem des Erschöpfungsgrundsatzes primär auf die Zustimmung des Patentinhabers an, dann wäre dieser Grundsatz neben der stets bestehenden Möglichkeit der Zustimmung²⁹⁶ nur von geringer Bedeutung.

Folglich kann der hier fraglichen Abgrenzung nur ein objektiver Maßstab zu Grunde gelegt werden. Da eine trennscharfe Unterscheidung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs von der Neuherstellung einer Erfindung allein anhand der Begrifflichkeiten nicht möglich ist, müssen Kriterien herausgearbeitet werden, die im Rahmen einer Gesamtbetrachtung eine angemessene Lösung des Problems ermöglichen. Hierbei kann auf die vielfältigen Ansatzpunkte zurückgegriffen werden, die Literatur und Rechtsprechung im Laufe der Zeit entwickelt haben. Eine nachvollziehbare Argumentation ergibt sich daraus jedoch nur, wenn eine gewisse Rangfolge der ins Feld geführten Wertungen ersichtlich ist, die das Verhältnis der Einzelwertungen zueinander verdeutlicht.²⁹⁷ Dabei erscheint die jüngst vom *BGH* in der „Flügelradzähler-Entscheidung“ vorgegebene Struktur durchaus sinnvoll.

²⁹⁶ Siehe Seite 77 f.

²⁹⁷ Die Anordnung der einzelnen Wertungen ist freilich nicht zwingend, sondern allenfalls zweckdienlich im Hinblick auf die Übersichtlichkeit der Argumentation.

Ausgangspunkt für die Abgrenzung ist die Identität des patentgeschützten Erzeugnisses.²⁹⁸ Das Verbotsrecht des Patentinhabers ist nur im Hinblick auf das konkrete Erzeugnis erschöpft. Bei einer vom bestimmungsgemäßen Gebrauch gedeckten Reparatur ist der betroffene Gegenstand vor und nach der Reparatur „identisch“. Wird demgegenüber eine Sache neu hergestellt, dann ist das End- mit dem Ausgangsprodukt gerade nicht „identisch“. Die sich stellende Frage ist also: Wie gravierend darf eine Ausbesserungsmaßnahme sein, um die Identität des Gegenstands unberührt zu lassen?

Die insoweit ausschlaggebende Intensität lässt sich jedoch nur mithilfe einer umfassenden Abwägung der beteiligten Interessen unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung ermitteln. Diesem von Literatur und Rechtsprechung angeführten Aspekt kommt jedoch keine eigenständige Bedeutung zu. Er dient vielmehr gleichsam als Transformator, welcher die Berücksichtigung der unterschiedlichsten Gesichtspunkte ermöglicht.²⁹⁹

Gerade die sich hier diametral gegenüberstehenden, schutzwürdigen Interessen des Patentinhabers auf der einen und des Abnehmers auf der anderen Seite bilden den Schlüssel zur Lösung des Abgrenzungsproblems. Der Abnehmer ist daran interessiert, den konkreten Gegenstand ungehindert, d.h. ohne Einflussnahme des Patentinhabers gebrauchen zu können. Das jeweilige Erzeugnis hat jedoch nur eine gewisse Lebensdauer. Ist diese erreicht, dann besitzt der Abnehmer kein schutzwürdiges Interesse mehr, den Gegenstand weiterzubedenken. Das so verstandene Abnehmerinteresse ist damit auf Maßnahmen zur Erhaltung der gewöhnlichen Lebensdauer des konkreten Produkts gerichtet.³⁰⁰ Demgegenüber ist es für den Patentinhaber von Bedeutung, eine angemessene Belohnung für die Offenbarung seiner Erfindung zu erhalten. Dem Erfinder ist daher daran gelegen, dass die erneute Verwirklichung der in der Erfindung niedergelegten technischen Lehre nur mit seiner Zustimmung erfolgt. Schützenswert ist daher das Erfinderinter-

²⁹⁸ BGH GRUR 2004, 758, 762 „Flügelradzähler“; so auch Ann, S.17, 29 ff.

²⁹⁹ So etwa Kowal-Wolk/Schuster, S.87, 105 sowie Rübel, GRUR 2002, 561, 562.

³⁰⁰ Ähnlich BGH GRUR 2004, 758, 762 „Flügelradzähler“.

se nur insoweit, als Erfindungsteile betroffen sind, die wesentliche Elemente der Erfindung verkörpern.³⁰¹

Von entscheidender Bedeutung bei der Abgrenzung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs und der Neuherstellung ist damit zum einen die natürliche Lebenszeit der Erfindung und zum anderen die Erfindungswesentlichkeit des von der Maßnahme betroffenen Bestandteils.³⁰² Freilich ist die Bestimmung des genauen Inhalts der beiden Aspekte nicht unproblematisch. So ist die Eingrenzung der natürlichen Lebensdauer des Erfindungserzeugnisses mit Schwierigkeiten verbunden. Gleiches gilt für die Bestimmung der Erfindungsteile, die den geschützten Erfindungsgedanken verkörpern, wobei diese Voraussetzung zumindest dadurch an Konturen gewinnt, dass es hierbei nicht auf die *wirtschaftliche* Relevanz eines Merkmals, sondern auf dessen Bedeutung für die *technische* Lehre ankommt.³⁰³ Diese Unsicherheiten stehen der hier vertretenen Ansicht jedoch nicht entgegen. Zum einen lassen sich – freilich ebenfalls unbestimmte – Rechtsbegriffe wie etwa die Verkehrsanschauung zur Konkretisierung unterstützend heranziehen. Zum anderen ist eine punktgenaue Bestimmung der Inhalte nicht erforderlich, da im Rahmen der Interessenabwägung eine wertende Gesamtbetrachtung ausreicht.³⁰⁴ Anders formuliert: Je mehr es um eine Ausbesserung während der natürlichen Lebensdauer geht und je größer die Nähe des ausgetauschten Teils zum Kern der erfindungsgemäßen Lehre ist, desto eher ist von einer

³⁰¹ Ähnlich BGH GRUR 2004, 758, 762 „Flügelradzähler“.

³⁰² So im Kern auch BGH GRUR 2004, 758, 762 „Flügelradzähler“.

³⁰³ Entgegen der missverständlichen Formulierung in BGH GRUR 2004, 758, 762 „Flügelradzähler“ („der technische oder wirtschaftliche Vorteil der Erfindung“) ist die wirtschaftliche Relevanz des Merkmals nicht bedeutsam, da andernfalls keine Lehre zum technischen Handeln, sondern eine dem Patentschutz nicht zugängliche Marktstrategie geschützt würde; so auch Hölder, GRUR 2007, 96, 97; a.A. OLG Düsseldorf GRUR-RR 2006, 39, 41 „Kaffee-Filterpads“.

³⁰⁴ Trotz der nur sehr eingeschränkt vorgenommenen Abwägung im konkreten Fall geht angesichts des Wortlauts der Entscheidung wohl auch BGH GRUR 2004, 758, 762 „Flügelradzähler“ davon aus, dass stets eine Abwägung zwischen den beiden Aspekten erforderlich ist: „Dabei *kann* zum einen Bedeutung gewinnen, ob es sich bei den betreffenden Teilen um solche handelt, mit deren Austausch während der Lebensdauer der Vorrichtung üblicherweise zu rechnen ist. [...] Verkörpert gerade dieser Teil wesentliche Elemente des Erfindungsgedankens, *kann* es jedoch anders liegen.“ (eigene Hervorhebung).

nicht vom Erschöpfungsgrundsatz erfassten und daher unzulässigen Neuherstellung auszugehen.³⁰⁵

Allein diese Gesamtbetrachtung, die sich an den beiden Eckpfeilern der Lebensdauer und der Erfindungsnähe orientiert, ermöglicht es, die identitätswahrende, bestimmungsgemäße Benutzung des patentierten Erzeugnisses von der gravierenderen, identitätsverletzenden Neuherstellung abzugrenzen. Zuzugeben ist zwar, dass die hierbei gewonnene Einzelfallgerechtigkeit mit einer Einschränkung an Rechtssicherheit erkaufte wird.³⁰⁶ Denn das Ergebnis dieses Abwägungsvorgangs ist nicht leicht prognostizierbar. In Anbetracht der Tatsache, dass eine rein begriffliche Abgrenzung jedoch nicht möglich ist, ist das hinzunehmen.

c) Einordnung der einzelnen Gruppen von Ergänzungsartikeln

Auf der Basis dieser Ergebnisse ist nun zu fragen, bei welchen Ergänzungsprodukten eine mittelbare Patentverletzung denkbar ist. Im Zentrum der Betrachtung stehen hier wiederum die beiden, soeben näher erörterten Tatbestandsmerkmale, die im Hinblick auf die Ergänzungsbedarfsproblematik von besonderer Bedeutung sind.

aa) Ersatzteile

Bei den Ersatzteilen handelt es sich stets um potentielle Bestandteile des Haupterzeugnisses. Die Eignung, bei der Verwirklichung des Erfindungsdankens mitzuwirken, ist daher jedem Ersatzteil inhärent. Folglich ist die von § 10 Abs.1 PatG geforderte „Beziehung“ bei Ersatzteilen gegeben. Da grundsätzlich von der Wesentlichkeit eines jeden Elements auszugehen ist, ist bei der Gruppe der Ersatzteile insoweit im Grundsatz stets eine mittelbare Patentverletzung denkbar.

³⁰⁵ Hinsichtlich des zweiten Aspekts der Erfindungsnähe auch Hölder, GRUR 2005, 20, 24.

³⁰⁶ Insoweit kritisch auch Ann, S.17, 27 f.

Eine mittelbare Patentverletzung wird jedoch bei Ersatzteilen nicht selten an der bspw. in Gebrauchsanweisungen zumindest konkludent erteilten Zustimmung des Berechtigten scheitern. Darüber hinaus ist die Benutzung sämtlicher Ergänzungsartikel und damit auch von Ersatzteilen regelmäßig vom Grundsatz der Erschöpfung gedeckt. Die hiervon zu machende Ausnahme für die weiterhin vom Verbotsrecht des Berechtigten erfasste Neuherstellung erfordert eine umfassende Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls. Eine nähere Einordnung ist daher nicht möglich, sondern kann lediglich mit Rücksicht auf die konkreten Umstände des jeweils zu entscheidenden Einzelfalls geschehen.

bb) Zubehör

Innerhalb der Ergänzungsartikelgruppe des Zubehörs ist wie folgt zu unterscheiden: Vollkommen selbstständige Zusatzprodukte etwa, die zur Funktionsfähigkeit der Hauptsache nichts beitragen, sondern sich darauf beschränken, dem Hauptprodukt einen zusätzlichen Nutzeffekt hinzuzufügen, werden lediglich zusammen mit („bei“) der Erfindung benutzt und leisten daher keinen Beitrag zur Verwirklichung der erfinderischen Idee.³⁰⁷ Eine mittelbare Patentverletzung kommt daher nur bei Zubehörartikeln im engeren Sinn in Betracht, die – gleichsam als Bestandteil der Hauptsache – neben dem zusätzlichen Nutzeffekt, den sie für das Hauptprodukt bringen, zumindest auch die Realisierung der erfinderischen Lehre fördern können. Auch beim Zubehör im engeren Sinn ist indes zu beachten, dass offensichtlich völlig unbedeutende Elemente als Bezugspunkt ausscheiden.

Eine mittelbare Patentverletzung scheitert jedoch beim Zubehör im engeren Sinn ebenso wie bei den Ersatzteilen entweder an einer schlüssigen Zustimmung des Berechtigten in der Gebrauchsanweisung oder daran, dass der Abnehmer des Hauptprodukts aufgrund des Grundsatzes der Erschöpfung zur Verwendung des Zubehörs berechtigt ist. Hinsichtlich der hiervon zu

³⁰⁷ Besteht die geschützte Erfindung etwa in einem technisch neuartigen Mobiltelefon, so trägt ein Zusatzprodukt in Form einer Handytasche nichts zur Verwirklichung des Erfindungsgedankens bei, sondern wird lediglich gemeinsam mit der Erfindung genutzt.

machenden Ausnahme gilt das zur Gruppe der Ersatzteile Gesagte entsprechend.³⁰⁸

cc) Serienprodukte

Auch innerhalb der Ergänzungsproduktgruppe der Serienerzeugnisse wird sich ein ergänzender Serienartikel häufig i. S. v. § 10 PatG auf ein wesentliches Element des geschützten Ausgangsserienerzeugnisses beziehen. Zwar zielen Serienprodukte darauf ab, den Gebrauchszweck des Ausgangsprodukts zu erweitern. Jedoch werden sie selten lediglich „bei“ der Erfindung benutzt, da sie zur Erweiterung des Gebrauchszwecks regelmäßig an den in der Serie angelegten Erfindungsgedanken anknüpfen und damit zur Realisierung der Erfindung beitragen.³⁰⁹

Somit kommt es auch bei der Frage, ob gem. § 10 PatG untersagt werden kann, Serienartikel herzustellen oder zu vertreiben, darauf an, ob der Abnehmer zur Benutzung dieser Erzeugnisse berechtigt ist. Da einer Serie der Bedarf nach Ergänzung durch gleichartige Artikel von vornherein inhärent ist, wird eine Zustimmung regelmäßig nicht vorliegen. Da es jedoch im Fall der Serienerzeugnisse nicht um die (Wieder-)Herstellung des Ausgangserzeugnisses geht, sondern ähnlich wie bei Zusatzprodukten lediglich darum, dem Ausgangserzeugnis neue Nutzungsmöglichkeiten zu eröffnen, ist das Verbot des Patentinhabers unabhängig von den konkreten Umständen des Einzelfalls jedenfalls erschöpft. Im Hinblick auf die Produktgruppe der Serienerzeugnisse scheidet eine mittelbare Patentverletzung gem. § 10 PatG somit aus.

³⁰⁸ Siehe Seite 88.

³⁰⁹ Stünden beispielsweise die unter der Marke „LEGO“ vertriebenen Klemmbausteine unter Patentschutz, dann würde ein damit verbaubares Spielzeug eines Konkurrenten die darin verkörperte technische Lehre – einfache, gegenseitige Verbaubarkeit mittels Klemmnocken und entsprechenden Hohlkörpern – verwirklichen und sich damit i.S.v. § 10 PatG auf ein wesentliches Erfindungselement beziehen.

dd) Verbrauchsmaterialien

Da sich die Gruppe der Verbrauchsmaterialien dadurch auszeichnet, dass sie die Funktionsfähigkeit der Hauptsache (wieder-)herstellt, ist sie ebenfalls geeignet, zur Verwirklichung des Erfindungsgedankens beizutragen und nicht nur „bei“ der Benutzung der Erfindung verwendet zu werden. Daher ist es auch bei Verbrauchsmaterialien möglich, dass sie sich i. S. v. § 10 PatG auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen.

Wiederum werden die Abnehmer jedoch im Regelfall zur Benutzung der Verbrauchsmaterialien berechtigt sein, sei es aufgrund einer konkludenten Zustimmung des Patentinhabers, sei es aufgrund des Grundsatzes der Erschöpfung, der die Benutzung von üblicherweise während der Lebensdauer der Hauptsache zuzuführenden Gegenständen regelmäßig deckt. Auch hier wird nur ausnahmsweise das Verbotsrecht des Erfinders durchgreifen.³¹⁰ Allein der Umstand, dass Verbrauchsmaterialien zum ordnungsgemäßen Betrieb der Hauptsache erforderlich und daher für den Unternehmer u.U. von erheblicher *wirtschaftlicher* Bedeutung sind, vermag daran nichts zu ändern. Denn im Rahmen der mittelbaren Patentverletzung kommt es lediglich auf die *technische* Bedeutung des Merkmals an.

III. Zusammenfassung

Ein direkter Patentschutz kommt für sämtliche Gruppen von Ergänzungsprodukten in Betracht, dürfte jedoch wegen der hohen Anforderungen des PatG eher selten sein.

Hinsichtlich des indirekten Patentschutzes ist wie folgt zu unterscheiden: Eine unmittelbare Verletzung des Hauptproduktpatents durch die Herstellung von Ergänzungsprodukten scheidet aus. Ein Teilschutz im Sinne eines Elementenschutzes bzw. eines Schutzes erfindungsfunktionell individualisierter Teile ist nämlich nach der hier vertretenen Auffassung nicht mit dem geltenden Patentrecht vereinbar. Ein zugunsten des Hauptprodukts gewähr-

³¹⁰ Siehe Seite 88.

tes Patent wird auch nicht mittelbar i. S. v. § 10 PatG verletzt, wenn ein Konkurrent kompatible Zusatzprodukte oder Serienerzeugnisse herstellt. Ob es den Tatbestand der mittelbaren Patentverletzung erfüllt, kompatible Ersatzteile, Zubehör im engeren Sinne oder Verbrauchsmaterialien zu produzieren, kann nicht allgemein beantwortet werden. Insoweit hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, ob dem Abnehmer die Verwendung dieser Ergänzungsartikel durch eine (stillschweigenden) Zustimmung des Erfinders oder den Grundsatz der Erschöpfung gestattet ist.

B. Gebrauchsmusterrecht

I. Gebrauchsmusterrecht als „kleines Patentrecht“

Das Gebrauchsmusterrecht lässt sich insofern als „kleines Patentrecht“ bezeichnen, als es zwar geringere Anforderungen an die Gewährung des Schutzrechts stellt, jedoch in weiten Teilen eine parallele Ausgestaltung zum PatG erfahren hat. So ist das GebrMG in Wortlaut und Systematik sowohl im Hinblick auf die Voraussetzungen als auch die Wirkungen des Schutzrechts weitgehend an die patentrechtlichen Normen angelehnt.³¹¹ Da dem Gebrauchsmusterrecht im Vergleich zum PatG auch sonst keine grundlegend unterschiedlichen Wertungen zu Grunde liegen, ist es nur konsequent, die soeben zum Bereich des Patentrechts gewonnenen Ergebnisse auf das GebrMG zu übertragen. Die nachstehenden Ausführungen beschränken sich daher auf eine kurze Darstellung des gebrauchsmusterrechtlichen Schutzes. Dabei ist wiederum grundsätzlich zwischen dem direkten und dem indirekten Gebrauchsmusterschutz zu unterscheiden.

II. Direkter Gebrauchsmusterschutz

Ein direkter Schutz ist dadurch möglich, dass zugunsten des Ergänzungsprodukts ein selbstständiges Leistungsschutzrecht gewährt wird. Werden

³¹¹ Zur parallelen Ausgestaltung der Schutzvoraussetzungen: siehe Seite 30 f.; zur parallelen Ausgestaltung der Schutzrechtswirkungen sowie des Schutzzumfangs: Bühring GebrMG, § 11 Rn 1, § 12a Rn 1; Loth GebrMG, § 11 Rn 1, § 12a Rn 1.

also die materiellen und formellen Schutzvoraussetzungen des GebrMG erfüllt, wird das Ergänzungsprodukt als solches Gegenstand des Gebrauchsmusters. Parallel zum Patentrecht ist es auch im Bereich des Gebrauchsmusterrechts grundsätzlich denkbar, dass ein Ergänzungsartikel eine auf einem erfinderischen Schritt beruhende Erfindung darstellt, die neu und gewerblich anwendbar ist, und somit selbst zum Gegenstand eines Gebrauchsmusters gemacht wird.

III. Indirekter Gebrauchsmusterschutz

Beim indirekten Gebrauchsmusterschutz geht es dagegen darum, ob ein Ergänzungsartikel an dem für das Hauptprodukt gewährten Schutzrecht teilnehmen kann, sodass das für dieses Hauptprodukt gewährte Gebrauchsmuster durch die Herstellung bzw. Lieferung der Ergänzungsprodukte verletzt wird. Ein solcher Schutz ist im Wege einer unmittelbaren und einer mittelbaren Gebrauchsmusterverletzung denkbar.

Eine unmittelbare Verletzung des Gebrauchsmusters gem. § 11 Abs.1 S.2 GebrMG durch die Herstellung von Erfindungsteilen – sei es im Wege des „Elementenschutzes“, sei es unter dem Stichwort der „erfindungsfunktionell individualisierten Teile“ – scheidet unter Hinweis auf die ausführliche Diskussion zum gleich gelagerten Problem im Bereich des Patentrechts³¹² aus.

Die mittelbare Patentverletzung ist in § 11 Abs.2 GebrMG geregelt. Die im Zentrum des Problems stehenden Merkmale des „Beziehens auf ein wesentliches Element des Gebrauchsmustergegenstands“ sowie der „fehlenden Berechtigung des Abnehmers“ sind ebenso auszulegen wie im Patentrecht³¹³.

Auch im Hinblick auf den indirekten Schutz kann damit auf die im vorstehenden Abschnitt gewonnenen Ergebnisse³¹⁴ verwiesen werden.

³¹² Siehe Seite 54 ff.

³¹³ Siehe Seite 66 ff.

³¹⁴ Siehe Seite 65, 87 ff.

IV. Zusammenfassung

Bei sämtlichen Ergänzungsproduktgruppen ist ein direkter Gebrauchsmusterschutz denkbar.

Ein indirekter Schutz durch eine unmittelbare Verletzung scheidet auch im Gebrauchsmusterrecht aus. Die mittelbare Verletzung eines Gebrauchsmusters kommt ebenfalls nur bei Ersatzteilen, Zubehör im engeren Sinne oder Verbrauchsmaterialien in Betracht, wobei es wiederum maßgeblich auf die Umstände des Einzelfalls ankommt.

3. Teil: Geschmacksmusterrechtlicher Schutz von Ergänzungsprodukten

A. Allgemeines zu den geschmacksmusterrechtlichen Schutzmöglichkeiten

Anders als im Patent- und Gebrauchsmusterrecht kommt es beim Geschmacksmusterrecht nicht auf die einem Gegenstand zu Grunde liegende technische Lehre, sondern auf den einem Erzeugnis innewohnenden ästhetischen Gehalt an. Der Schutz des GeschmMG bezieht sich also allein auf die äußere Gestaltung einer gewerblich anwendbaren Leistung. Trotz dieses unterschiedlichen Ausgangspunkts sind die Möglichkeiten, die das Geschmacksmusterrecht zur Absicherung eines Ergänzungsbedarfs bietet, im Grundsatz mit denen der technischen Leistungsschutzrechte identisch. Demnach ist sowohl eine direkter als auch ein indirekter Geschmacksmusterschutz denkbar.

Neben den allgemeinen Schutzvoraussetzungen weist das GeschmMG mit §§ 3, 4 GeschmMG Regelungen auf, die für den selbstständigen Schutz von Ergänzungsprodukten von besonderem Interesse sein können. Dem direkten Schutz kommt daher im Geschmacksmusterrecht eine größere Bedeutung zu als im Patent- und Gebrauchsmusterrecht.

Bei der Frage des indirekten Schutzes lässt sich auch für Geschmacksmuster zwischen der unmittelbaren und der mittelbaren Verletzungshandlung unterscheiden. Im ersten Fall wird die bereits im Bereich der technischen Schutzrechte aufgeworfene Frage des Elementenschutzes relevant. Demgegenüber ist der zweite Fall der mittelbaren Geschmacksmusterverletzung nicht ausdrücklich normiert, sodass hier geklärt werden muss, ob überhaupt und wenn ja unter welchen Voraussetzungen eine mittelbare Verletzung des Geschmacksmusters in Betracht kommt.

B. Direkter Geschmacksmusterschutz

I. Überblick über allgemeine Schutzvoraussetzungen

Da die formellen und materiellen Voraussetzungen der Entstehung eines Geschmacksmusters bereits³¹⁵ dargestellt wurden, geben die folgenden Ausführungen nur einen kurzen Überblick.

Gegenstand des Geschmacksmusters sind Muster, § 2 Abs.1 GeschmMG. Ein Muster wird in § 1 Nr.1 GeschmMG legaldefiniert als zwei- oder dreidimensionale Erscheinungsform eines Erzeugnisses, welche sich aus den Linien, Konturen, Farben, der Gestalt etc. des Erzeugnisses oder dessen Verzierungen ergibt. Musterschutz kommt jedoch nur den Erscheinungsformen zu, die erstens neu (§ 2 Abs.2 GeschmMG) und zweitens eigenartig (§ 2 Abs.3 GeschmMG) sind, § 2 Abs.1 GeschmMG. Unter Geltung des GeschmMG a.F. wurde Musterschutz zudem nur für selbstständig verkehrsfähige Erzeugnisse gewährt.³¹⁶ Damit waren insbesondere Erzeugnisteile und Zwischenfabrikate ausgeschlossen, die nicht selbst Gegenstand des Geschäftsverkehrs auf irgendeiner Wirtschaftsstufe sein konnten.³¹⁷ Eine Abkehr von diesem Erfordernis durch die Novelle des GeschmMG ist nicht ersichtlich, sodass daran auch im neuen Musterrecht festzuhalten ist.³¹⁸ Freilich wird das Merkmal der eigenständigen Verkehrsfähigkeit nur von geringer praktischer Relevanz sein, da es nicht auf den Geschäftsverkehr mit dem Endabnehmer begrenzt ist, sondern auch den Handel auf vorgelagerten Marktstufen mit einbezieht.

In formeller Hinsicht setzt die Entstehung des Ausschließlichkeitsrechts die Eintragung im Geschmacksmusterregister voraus, § 27 Abs.1 GeschmMG.

Neben diesen allgemeinen Voraussetzungen, die das GeschmMG an die Gewährung des Schutzrechts knüpft, existieren mit §§ 3, 4 GeschmMG wei-

³¹⁵ Siehe Seite 31 ff.

³¹⁶ BGH GRUR 1976, 261, 262 „Gemäldewand“; BGH GRUR 1987, 518, 519 „Kotflügel“.

³¹⁷ Eichmann, in: Eichmann/von Falckenstein 2.Aufl., § 1 Rn 17 S.59.

³¹⁸ A.A. Eichmann, in: Eichmann/von Falckenstein, § 1 Rn 34, der anscheinend aus der ausdrücklichen Normierung der Musterfähigkeit von Erzeugnisteilen in § 1 Nr.1 GeschmMG den wenig überzeugenden Schluss zieht, dass es nunmehr auf die Verkehrsfähigkeit nicht mehr ankomme.

tere Normen, die einem direkten Geschmacksmusterschutz für Ergänzungsartikel entgegenstehen könnten. So schreibt § 3 GeschmMG fest, dass bestimmte Erscheinungsmerkmale von Erzeugnissen bzw. bestimmte Muster insgesamt von der Gewährung des Musterschutzes ausgeschlossen sind. Dagegen trifft § 4 GeschmMG eine Sonderregelung hinsichtlich der Neuheit und Eigenart von Bauelementen komplexer Erzeugnisse.

II. Schutzausschlussgründe, § 3 GeschmMG

Gem. § 3 GeschmMG sind bestimmte Merkmale und Muster vom Geschmacksmusterschutz ausgeschlossen. Für den hier interessierenden Bereich der Ergänzungsprodukte sind insbesondere zwei Einzeltatbestände von besonderem Interesse: § 3 Abs.1 Nr.1 GeschmMG und § 3 Abs.1 Nr.2 GeschmMG.

1. „form follows function“, § 3 Abs.1 Nr.1 GeschmMG

Geschmacksmusterschutz bleibt solchen Erscheinungsmerkmalen verwehrt, deren Gestaltung ausschließlich durch die technische Funktion bedingt sind, § 3 Abs.1 Nr.1 GeschmMG. Dieser Regelung liegt folgende Überlegung zu Grunde: Das GeschmMG stellt die gestalterischen Leistungen des Entwerfers unter Schutz. Eine solche Leistung liegt aber nur dann vor, wenn ein gewisser Spielraum besteht, der Urheber des Musters also zwischen mindestens zwei unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten wählen kann. Ist dies nicht der Fall, folgt also das Design des Merkmals dessen technischer Funktion („form follows function“), scheidet mangels gestalterischer Leistung ein Gebrauchsmuster aus.³¹⁹ Andernfalls würde nämlich nicht die äußere Gestaltung, sondern die damit zwingend verbundene technische Lehre ge-

³¹⁹ BT-Drucks. 15/1075, S.34; Rehmann, Rn 51; Mitteregger, VersR 1997, 676, 677; Kur, GRUR 2002, 661, 664; Berlit, GRUR 2004, 635, 637. Abweichend nur Eichmann, MitttdPat 1998, 252, 254 f., ders., GRUR 2000, 751, 757 sowie Koschtial, GRUR Int. 2003, 973, 979, die u.a. unter Hinweis auf das Markenrecht davon ausgehen, dass die bloße Möglichkeit abweichender Gestaltungsmöglichkeiten nicht ausreicht, um den Ausschlussgrund des § 3 Abs.1 Nr.1 GeschmMG zu verneinen.

schützt. Deren Schutz obliegt jedoch nicht dem Geschmacksmuster-, sondern vielmehr dem Patent- und Gebrauchsmusterrecht.³²⁰

Hängt also der mit einem Erscheinungsmerkmal verbundene technische Erfolg derart von dessen konkreter Form ab, dass bei einem abweichenden Design dieser technische Erfolg ausbleibt, so kann für dieses Erscheinungsmerkmal wegen § 3 Abs.1 Nr.1 GeschmMG kein Geschmacksmusterschutz erlangt werden. Besteht jedoch auch nur eine Möglichkeit zur alternativen Gestaltung, welche denselben technischen Erfolg erreicht, greift der Ausschlussstatbestand des § 3 Abs.1 Nr.1 GeschmMG nicht durch. Für ein in diesem Sinne technisch bedingtes Ergänzungsprodukt wird kein Geschmacksmuster gewährt.

2. „must fit“-Teile, § 3 Abs.1 Nr.2 GeschmMG

a) Unterscheidung von „must fit“- und „must match“-Teilen

Die begriffliche Unterscheidung zwischen „must fit“ und „must match“ entstammt § 213 Abs.3 b) des britischen „Copyright, Designs and Patent Act“³²¹ von 1988. Im Kern geht es dabei um den Grad an Anpassung bzw. Kompatibilität, den ein einzelner Bestandteil im Hinblick auf eine bestimmte Gesamtsache besitzt. Bei „must fit“-Teilen handelt es sich um solche Einzelteile, die mit konstruktiven Anschlussmaßnahmen versehen sind, damit sie mit einem anderen Erzeugnis verbunden werden können.³²² „Must fit“-Teile sind also allein im Hinblick auf die technische Passgenauigkeit an ein anderes Erzeugnis angepasst und sorgen daher für die *technische* Kompatibilität eines Bestandteils. Demgegenüber liegt ein „must match“-Teil vor, wenn es sich im Hinblick auf das äußere Erscheinungsbild in ein anderes Erzeugnis einfügt.³²³ Bei „must match“-Teilen geht es also darum, das Einzelelement in *ästhetischer* Hinsicht an einen anderen Gegenstand anzupassen.

³²⁰ Eichmann, in: Eichmann/von Falckenstein, § 3 Rn 4 S.90; Bulling, MittPat 2004, 254, 256.

³²¹ Deutsche Übersetzung in Bl.f.PMZ 1991, 327.

³²² Kunze, A 3.2.3 S.18 f.; Rehmann, Rn 63 S.18.

³²³ Klawitter, EWS 2001, 157, 158; Wandtke/Ohst, GRUR Int. 2005, 91, 97.

Zur Veranschaulichung des Unterschieds soll das folgende, nicht selten in der Literatur zu findende Beispiel eines Pkw-Kotflügels³²⁴ dienen: Ist etwa infolge eines Unfalls der Austausch eines defekten Kotflügels notwendig, dann muss der neu einzufügende Kotflügel so gestaltet sein, dass er sich am Fahrzeug genau an der Stelle des alten Kotflügels einfügen lässt. All jene Merkmale, die zur technischen Integration des Kotflügels erforderlich sind (bspw. Abmessungen, Befestigungselemente), sind sog. „must fit“-Teile. Innerhalb des durch die Passgenauigkeit zum jeweiligen Pkw vorgegebenen Rahmens können die Kotflügel jedoch ganz unterschiedlich gestaltet sein. Stilistische Formelemente wie etwa die genauen Rundungen des Kotflügels sind nämlich unabhängig von der äußeren Passform des Kotflügels und beruhen allein auf der gestalterischen Entscheidung des Herstellers. Entspricht der neu einzubauende Kotflügel in diesen formgebenden Elementen dem Design des defekten Kotflügels und fügt er sich daher auch optisch in das Gesamtgebilde des Pkw ein, handelt es sich hinsichtlich dieser Gestaltungsmerkmale um ein sog. „must match“-Teil.

Der Ausschlussbestand des § 3 Abs.1 Nr.2 GeschmMG erfasst nur die „must fit“-Teile eines Erzeugnisses.³²⁵

b) Grundsatz : Ausschluss von Verbindungselementen, § 3 Abs.1 Nr.2 GeschmMG

Gem. § 3 Abs.1 Nr.2 GeschmMG wird für solche Erscheinungsmerkmale eines Erzeugnisses kein Schutzrecht gewährt, die zwangsläufig in ihrer genauen Form und ihren genauen Abmessungen nachgebildet werden müssen, damit das Erzeugnis, in welches das Muster aufgenommen oder bei welchem es verwendet wird, mit einem anderen Erzeugnis mechanisch zusammengebaut oder verbunden oder in diesem, an diesem oder um dieses herum angebracht werden kann, sodass beide Erzeugnisse ihre Funktion erfüllen. Diese auf Art. 7 Abs.2 der Richtlinie 98/71 EG zurückgehende Norm

³²⁴ von Gerlach, in: MAH Gewerb. Rechtsschutz, § 45 Rn 39 S.1884; Rehmann, Rn 63 ff.; Riehle, GRUR Int. 1993, 49, 62.

³²⁵ Zur geschmacksmusterrechtlichen Behandlung von „must match“-Baulementen vgl. § 67 GeschmMG; siehe dazu auch Seite 117 ff.

schließt „must fit“-Teile vom Geschmacksmusterschutz aus.³²⁶ Ein Muster-
schutz kommt damit für solche Teile nicht in Betracht, die zur Verbindung
mit anderen Produkten unerlässlich sind. Um § 3 Abs.1 Nr.2 GeschmMG
einen selbstständigen Anwendungsbereich neben der Schranke des § 3
Abs.1 Nr.1 GeschmMG zu belassen, werden von jener Norm nicht nur sol-
che Gestaltungsmerkmale erfasst, die ausschließlich technisch bedingt
sind.³²⁷ Es sind nämlich auch Verbindungselemente denkbar, bei denen in
technischer Hinsicht eine Gestaltungsalternative besteht und das Verbin-
dungselement daher keine technische Notwendigkeit darstellt.³²⁸

Der hinter dieser Regelung stehende Gedanke besteht darin, den Wettbe-
werb auf dem Sekundärmarkt, d.h. für solche Produkte, die im Zusammen-
hang mit dem Hauptprodukt verwendet werden können, sicherzustellen.³²⁹
Würden nämlich auch die Verbindungselemente eines Erzeugnisses dem
geschmacksmusterrechtlichen Schutz unterliegen, könnte der Hersteller die-
ses Erzeugnisses für die Dauer des Schutzrechts den gesamten „Markt“ für
solche Produkte, die auf diese Verbindungselemente als Schnittstelle ange-
wiesen sind, kontrollieren. Über die Stichhaltigkeit dieser Überlegung lässt
sich freilich streiten. So ist zumindest fraglich, ob auf dem stark umkämpf-
ten Markt für Ergänzungsartikel tatsächlich eine mit negativen Auswirkun-
gen auf die Verbraucher verbundene Einschränkung des Wettbewerbs zu
befürchten ist. Auch erscheint es systemwidrig, den Schutz des Wettbe-
werbs durch eine Einschränkung des Immaterialgüterrechts und nicht die
thematisch näher liegenden Normen des Kartellrechts erreichen zu wol-

³²⁶ von Gerlach, in: MAH Gewerbbl. Rechtsschutz, § 45 Rn 39 S.1884; Kunze, A 3.2.3 S.18.

³²⁷ Insoweit nicht ganz eindeutig Beier, GRUR Int. 1994, 716, 723, der zu-
nächst davon ausgeht, dass von der Einschränkung für „must fit“-Teile nicht
nur technisch notwendige Gestaltungselemente betroffen sind, sich in seinen
weiteren Ausführungen allerdings widerspricht, indem er den Schutzaus-
schluss für „must fit“-Elemente „als – an sich überflüssige – Klarstellung“
des Ausschlusses technisch bedingter Gestaltungsformen bezeichnet.

³²⁸ So auch Beier, GRUR Int. 1994, 716, 723, der zudem zutreffend darauf
hinweist, dass die ausschließlich technische Funktion nicht in der Möglich-
keit eines mechanischen Zusammenbaus mit anderen Erzeugnissen gesehen
werden kann.

³²⁹ Eichmann, in: Eichmann/von Falckenstein, § 3 Rn 10; BT-Drucks.
15/1075, S.34;

len;³³⁰ dies umso mehr auch deshalb, weil bei anderen Leistungsschutzrechten wie etwa dem Patent eine entsprechende Regelung fehlt, obgleich sich das Problem hier in vergleichbarer Weise stellt.

Die Wirksamkeit des § 3 Abs.1 Nr.2 GeschmMG bleibt von dessen eher zweifelhafter wirtschaftspolitischer Zweckmäßigkeit indes unberührt.

Es bleibt daher festzuhalten, dass für Erscheinungsmerkmale, die als Schnittstelle zu weiteren Erzeugnissen dienen, gem. § 3 Abs.1 Nr.2 GeschmMG kein Geschmacksmuster gewährt wird.³³¹

c) Ausnahme: Bauteilesysteme, § 3 Abs.2 GeschmMG

Von diesem Grundsatz macht § 3 Abs.2 GeschmMG eine Ausnahme. Nicht vom Geschmacksmusterschutz ausgeschlossen sind danach Erscheinungsmerkmale, die darauf gerichtet sind, den Zusammenbau oder die Verbindung von untereinander austauschbaren Teilen innerhalb eines Bauteilesystems zu ermöglichen. Der Unterschied zu den gewöhnlichen „must fit“-Teilen besteht darin, dass bei einem Bauteilesystem das jeweilige Erzeugnis dazu bestimmt ist, mit einer Vielzahl identischer oder austauschbarer Kombinationsteile verwendet zu werden. Da sich zur Erläuterung des Begriffs „Bauteilesystem“ exemplarisch die LEGO-Klemmbausteine anführen lassen, wird die Norm des § 3 Abs.2 GeschmMG auch „LEGO-Klausel“³³² genannt.

Die Schutzfähigkeit solch modularer Systeme wird damit begründet, dass die Verbindungselemente bei Kombinationsteilen nicht selten den Kern der innovativen Tätigkeit ausmachen und daher von großer Bedeutung für das Marketing seien.³³³ Zwar ist der Vorwurf, § 3 Abs.2 GeschmMG sei ein

³³⁰ Ähnlich auch O.-F. von Gamm, FS für Gaedertz, S.197, 202.

³³¹ Kritisch zu dieser dogmatischen Konstruktion Eichmann, GRUR Int. 1996, 859, 874 f. sowie Gloy/Loschelder, GRUR 1996, 741, 742, die es für systemgerechter erachten, den sachlichen Schutzzumfang des Geschmacksmusters insoweit zu begrenzen.

³³² Vgl. BT-Drucks. 15/1075, S.34.

³³³ Vgl. Erwägungsgrund 15 der Richtlinie 98/71 EG.

Musterbeispiel erfolgreicher Lobbyarbeit,³³⁴ nicht von der Hand zu weisen. Ernsthafte Bedenken gegen die Gültigkeit der Norm ergeben sich daraus indes nicht.

Folglich sind Verbindungselemente, die innerhalb eines modularen Systems dem wechselseitigen Zusammenbau dienen, trotz § 3 Abs.1 Nr.2 GeschmMG geschmacksmusterfähig, § 3 Abs.2 GeschmMG.

III. Erfordernis der Sichtbarkeit bei bestimmungsgemäßer Verwendung, § 4 GeschmMG

Gem. § 4 GeschmMG wird Bauelementen eines komplexen Erzeugnisses nur dann ein Geschmacksmusterschutz zu Teil, wenn sie bei bestimmungsgemäßer Verwendung des komplexen Erzeugnisses sichtbar bleiben. Anders formuliert: Teile, die beim bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gesamterzeugnisses nicht sichtbar sind, sind nicht geschmacksmusterfähig. Um die Tragweite dieser Regelung besser einschätzen zu können, soll vorab kurz die diesbezügliche Rechtslage unter Geltung des GeschmMG a.F. beleuchtet werden.

1. Sichtbarkeit bei bestimmungsgemäßer Verwendung als Schutzvorsatz im GeschmMG a.F.

Vor der Gesetzesnovelle im Jahr 2004 enthielt das Geschmacksmusterrecht keine § 4 GeschmMG n.F. entsprechende Vorschrift. In der Diskussion über die Zweckmäßigkeit dieser Bestimmung wird allerdings sowohl von den Verfechtern als auch von den Gegnern der Neuregelung darauf hingewiesen, dass zumindest deren Ansatzpunkt bereits im früheren Recht zu finden war.³³⁵ Dabei wird auf die allgemein anerkannte³³⁶ Annahme abgestellt, dass Musterschutz nur in Betracht kommt, wenn ein Erzeugnis dazu geeig-

³³⁴ So Beier, GRUR Int. 1994, 716, 723.

³³⁵ BT-Drucks. 15/1075, S.35; Kur, GRUR 2002, 661, 666; Wandtke/Ohst, GRUR Int. 2005, 91, 94.

³³⁶ Vgl. BGH GRUR 1976, 261, 262 „Gemäldewand“; BGH GRUR 1987, 518, 519 „Kotflügel“; Nirk/Kurtze, § 1 Rn 77; Gerstenberg/Buddeberg, I 3 S.32; O.-F. von Gamm, GeschmMG, § 1 Rn 14.

net und bestimmt ist, auf den Form- und Farbensinn des Betrachters einzuwirken.³³⁷ Da Unsichtbares nicht auf den Form- und Farbensinn eines Menschen einwirken kann, waren auch im alten Recht nur sichtbare Muster geschützt.³³⁸ Ein einschränkendes Kriterium war damit aber nur dann gewonnen, wenn es nicht darauf ankam, dass ein Muster *bei isolierter Betrachtung* sichtbar blieb, sondern darauf, dass es nach dem Einbau in ein Gesamterzeugnis *bei dessen gewöhnlicher Benutzung* visuell wahrnehmbar war. Rechtsprechung und Literatur zum GeschmMG a.F. waren sich allerdings uneins darüber, ob gerade die bei bestimmungsgemäßer Verwendung des Gesamterzeugnisses nicht sichtbaren Teile vom Geschmacksmusterschutz ausgeschlossen waren.

Einerseits wurde diese Frage bejaht, da das Geschmacksmuster wesensgemäß eine ästhetische Wirkung auf den Betrachter voraussetze, die von Teilen, welche bei bestimmungsgemäßer Nutzung nicht sichtbar seien, zwangsläufig nicht ausgehen könne.³³⁹ Dem wurde jedoch andererseits mit ganz unterschiedlichen Argumenten vehement widersprochen.³⁴⁰ Eine eingehende Diskussion dieser im GeschmMG a. F. diskutierten Frage soll hier unterbleiben und wäre angesichts der Novellierung des Musterrechts auch nur noch von rechtshistorischem Interesse. Festzuhalten bleibt aber, dass unter Geltung des alten Rechts unklar war, ob Geschmacksmusterschutz bei nach dem Einbau in ein Gesamterzeugnis nicht mehr sichtbaren Mustern aus-schied.

2. Regelungsgehalt des § 4 GeschmMG

Das Verdienst des § 4 GeschmMG besteht darin, in diesem Punkt für Klarheit gesorgt zu haben. Dieser auf Art. 3 Abs.3 der Richtlinie 98/71 EG zurückgehenden Norm zufolge kommt es nun für die Schutzfähigkeit von

³³⁷ BT-Drucks. 15/1075, S.35; Kur, GRUR 2002, 661, 666; Wandtke/Ohst, GRUR Int. 2005, 91, 94.

³³⁸ In diese Richtung auch Kur, GRUR 2002, 661, 666, die maßgeblich auf den Anknüpfungspunkt der Sichtbarkeit abstellt.

³³⁹ LG München I vom 29.09.1993, Az.: 21 O 25121/92, S.16 f.; Gaul/Bartenbach Bd.I, G Rn 41.

³⁴⁰ Ausführlich dazu Klawitter, EWS 2001, 157, 159 ff.

Bauelementen eines komplexen Erzeugnisses maßgeblich darauf an, ob sie bei bestimmungsgemäßer Benutzung des Gesamterzeugnisses sichtbar bleiben. Neben diesem Gewinn an Rechtsklarheit wirft die Regelung jedoch auch neue Fragen auf, die im Folgenden anhand des Tatbestands und der Rechtsfolgen des § 4 GeschmMG näher dargestellt werden sollen.

a) Tatbestand

aa) Bauelement eines komplexen Erzeugnisses

Noch ohne größere Probleme lässt sich der Gegenstand bestimmen, der dem Erfordernis der Sichtbarkeit unterliegt. § 4 GeschmMG bezieht sich nur auf Muster, die bei einem Produkt, das Bauelement eines komplexen Erzeugnisses ist, benutzt oder in dieses eingefügt werden. Anders formuliert: Auf die Sichtbarkeit kommt es nur bei den einzelnen Elementen eines komplexen Erzeugnisses an. Darunter versteht das GeschmMG Erzeugnisse aus mehreren Bauelementen, die sich so ersetzen lassen, dass das Erzeugnis auseinander- und wieder zusammengebaut werden kann, § 1 Nr.3 GeschmMG. Dessen Bauelemente sind nur dann geschmacksmusterfähig, wenn sie bei bestimmungsgemäßer Verwendung sichtbar bleiben.

bb) Sichtbarkeit bei bestimmungsgemäßer Verwendung

Die Bedeutung dieses Merkmals erschließt sich leichter, wenn man die Entstehungsgeschichte der dieser Regelung zu Grunde liegenden europäischen Richtlinie berücksichtigt. Ein wesentliches Problem der Richtlinie 98/71 EG bestand in der geschmacksmusterrechtlichen Behandlung von Ersatzteilen. Im Kern stand dabei die politisch stark umkämpfte Frage, ob der Nachbau und Vertrieb fremder (insbes. Kfz-)Ersatzteile musterrechtlich freigegeben werden sollte.³⁴¹ Um diesen grundsätzlichen Konflikt etwas zu entschärfen, konnte man sich zumindest darauf einigen, alle inneren Teile eines Erzeugnisses und damit insbesondere innen liegende Ersatzteile vom Schutz auszu-

³⁴¹ Zu diesem Bereich und der sich damit befassenden „Reparaturklausel“ siehe Seite 117 ff.

schließen.³⁴² Die diese Regelung in nationales Recht transformierende Norm des § 4 GeschmMG ist demnach als (Teil-)Kompromiss im heftig umstrittenen Bereich des Geschmacksmusterschutzes für Ersatzteile zu verstehen.

Auf dieser Grundlage lässt sich der Regelungsgehalt dieses Merkmals folgendermaßen beschreiben: Sichtbar ist ein Bauelement, wenn es mit gewöhnlichem, dem Durchschnittsbetrachter zur Verfügung stehenden Aufwand visuell wahrnehmbar ist, sodass es nicht auf die Benutzung außergewöhnlicher Hilfsmittel (bspw. Mikroskop) ankommt.³⁴³ Von entscheidender Bedeutung ist der Anknüpfungspunkt für die Sichtbarkeit des Bauelements. § 4 GeschmMG stellt insoweit auf die Sichtbarkeit bei bestimmungsgemäßer Verwendung des komplexen Erzeugnisses ab.³⁴⁴ Zur bestimmungsgemäßen Verwendung zählen sämtliche Maßnahmen des Endnutzers mit Ausnahme der Instandhaltung, Wartung und Reparatur, § 1 Nr.4 GeschmMG. Das Bauelement eines komplexen Erzeugnisses ist also geschmacksmusterfähig, falls es mit gewöhnlichem, einem Durchschnittsbetrachter zur Verfügung stehenden Aufwand visuell wahrnehmbar ist, wenn der Endverbraucher das Gesamterzeugnis benutzt, wobei Instandhaltungs-, Wartungs- und Reparaturmaßnahmen nicht berücksichtigt werden.

In der Literatur mehren sich jedoch Stimmen, die in § 4 GeschmMG eine allein rechtspolitisch motivierte und rechtssystematisch völlig fehlgestaltete Norm sehen. Bei der hier geäußerten Kritik werden im Wesentlichen drei Argumentationsstränge verfolgt.

Erstens wird angeführt, dass die Sichtbarkeitsvoraussetzung in § 4 GeschmMG im Widerspruch zum Schutzkonzept des novellierten Geschmacksmusterrechts stehe. Wenn die Schutzfähigkeit im Kern davon abhängt, dass sich ein Muster von den vorbekannten Gestaltungen abhebe, dann sei nicht einzusehen, weshalb es für die Gewährung des Schutzrechts auf die Sichtbarkeit im Rahmen des normalen *Gebrauchs* ankomme.³⁴⁵ Die Schutzwürdigkeit eines Musters könne sich allein aus dem Erzeugnis selbst

³⁴² Speyart, EIPR 1997, 603, 609; Kur, GRUR Int. 1998, 353, 357; Wandtke/Ohst, GRUR Int. 2005, 91, 94.

³⁴³ So ausdrücklich Koschtial, GRUR Int. 2003, 973, 980.

³⁴⁴ Klarstellend Klawitter, EWS 2001, 157, 162.

³⁴⁵ Kur, GRUR 2002, 661, 666.

und nicht etwa aus dessen späterer Verwendung ergeben.³⁴⁶ Andernfalls würde nicht das Erzeugnis selbst geschützt, sondern nur für bestimmte Nachbildungen, bei denen nämlich das Erzeugnis bei bestimmungsgemäßer Verwendung sichtbar bleibt, Schutz gewährt. Dies kollidiere jedoch mit der weiteren Reformbestrebung, das Geschmacksmuster als „vollwertiges“, absolutes Ausschließungsrecht auszugestalten.³⁴⁷

Zweitens wird die mit der Neuregelung verbundene Rechtsunsicherheit bemängelt, welche nicht mit dem Charakter des Geschmacksmusters als absolutem Recht zu vereinbaren sei. Um ihr Verhalten der Rechtslage anpassen zu können, müsse für Dritte klar sein, ob ein absolutes Recht besteht oder nicht. An dem für die Entstehung des Geschmacksmusters maßgeblichen Zeitpunkt der Registereintragung müsse daher eindeutig feststehen, ob ein (absolutes) Schutzrecht gewährt werde oder nicht.³⁴⁸ Ob ein Element bei bestimmungsgemäßer Benutzung sichtbar bleibe, könne sich aber nicht aus dem Element selbst, sondern nur aus den Umständen der konkreten Verwendung ergeben. Dieser Verwendungszusammenhang sei jedoch der Weiterentwicklung des Standes der Technik sowie des formgestaltenden Designs unterworfen, sodass sich im Zeitpunkt der Anmeldung nicht mit der notwendigen Eindeutigkeit feststellen lasse, ob ein Element bei bestimmungsgemäßer Verwendung sichtbar oder unsichtbar sei.³⁴⁹ Ebenso wie einem bisher i.S.v. § 4 GeschmMG sichtbaren Bauelement, das neuerdings beispielsweise infolge eines veränderten Designs durch eine Klappe verdeckt wird, die Musterfähigkeit rückwirkend abgesprochen werden müsste, käme im umgekehrten Fall ein bisher nicht sichtbares und neuerdings sichtbares Bauelement rückwirkend in den Genuss eines Geschmacksmusters.³⁵⁰ Das Sichtbarkeitserfordernis des § 4 GeschmMG gewährleiste nicht die bei

³⁴⁶ Lorenzen, Teil 3 1.Kapitel E II 2 b) S.190; Wandtke/Ohst, GRUR Int. 2005, 91, 94 f.

³⁴⁷ So etwa Koschtial, GRUR Int. 2003, 973, 981. Vgl. zur Aufwertung des Geschmacksmusters in § 38 GeschmMG: Kunze, A 3.7 S.23; Beyerlein, WRP 2004, 676.

³⁴⁸ Klawitter, EWS 2001, 157, 160.

³⁴⁹ Klawitter, EWS 2001, 157, 160; Wandtke/Ohst, GRUR Int. 2005, 91, 94.

³⁵⁰ Zu diesen Beispielen vergleiche: Eichmann, in: Eichmann/von Falkenstein, § 4 Rn 5; Zech, MitttdtPat 2000, 195, 197; Klawitter, EWS 2001, 157, 160.

absoluten Rechten erforderliche klare Rechtslage und müsse daher abgelehnt werden.

Drittens wird der Neuregelung vorgeworfen, den neuen Schutzansatz der Gesetzesnovelle nicht konsequent umzusetzen. Der sachliche Grund für den rechtlichen Schutz von Mustern werde nämlich neuerdings nicht mehr in der Leistung des Entwerfers, sondern in der Funktion des Musters gesehen, den Absatz eines Produkts zu fördern.³⁵¹ Von diesem Ansatz ausgehend, müsse es ausreichen, wenn sich ein Bauelement durch seine besondere Form- und Farbgestaltung von anderen, funktionsgleichen Bauelementen abhebe und dadurch einen Kaufanreiz im Bezug auf sich selbst auslöse.³⁵² Anders formuliert: Das nicht sichtbare Bauelement fördere zwar nicht den Absatz des Gesamterzeugnisses, trage aber durch seine Gestaltung zur Steigerung des eigenen Absatzes bei. Legte man diesen Schutzansatz des GeschmMG n.F. zu Grunde, müsse konsequenterweise auch für nicht sichtbare Elemente Musterschutz gewährt werden.

cc) Neuheit und Eigenart der sichtbaren Merkmale

Schließlich bestimmt § 4 GeschmMG, dass den bei bestimmungsgemäßer Verwendung sichtbaren Merkmalen eines Bauelements nur dann Musterschutz zukommt, wenn sie selbst neu und eigenartig sind. Dadurch wird die Norm des § 37 Abs.1 GeschmMG dahin konkretisiert, dass es für die Bestimmung des Schutzgegenstands bei Bauelementen nicht darauf ankommt, ob die Elemente zum Zeitpunkt der Anmeldung zu sehen sind, sondern darauf, ob sie bei bestimmungsgemäßer Verwendung des Gesamterzeugnisses sichtbar bleiben.³⁵³

³⁵¹ Zu diesem Schutzansatz des sog. „design approach“: Riehle, EWS 1999, 7 Fn 8 m.w.N.

³⁵² Eichmann, in: Eichmann/von Falckenstein, § 4 Rn 6; Lorenzen, Teil 3 1.Kapitel E II 2 b) S.190; Pilla, § 13 VI S.227; Eichmann, GRUR Int. 1996, 859, 875; in diese Richtung auch Zech, MittPat 2000, 195, 197; a.A. allein Riehle, EWS 1999, 7, 9, der davon ausgeht, dass das Design eines zum Einbau bestimmten Bauteils für die Kaufentscheidung ohne Bedeutung ist.

³⁵³ Eichmann, in: Eichmann/von Falckenstein, § 4 Rn 4 S.105.

b) Rechtsfolge

Als Rechtsfolge schließt die Bestimmung des § 4 GeschmMG nicht sichtbare Elemente vom Schutzrecht aus, indem sie die Merkmale der Neuheit und Eigenart *ausschließlich* an bei bestimmungsgemäßer Verwendung des Gesamterzeugnisses sichtbaren Merkmalen festmacht. Selbst wenn also ein Bauelement für sich genommen neu i.S.v. § 2 Abs.2 GeschmMG ist und Eigenart i.S.v. § 2 Abs.2 GeschmMG besitzt, ist es nicht neu und eigenartig, wenn es nicht i.S.v. § 4 GeschmMG sichtbar ist.

Auch diese dogmatische Konstruktion sieht sich ablehnenden Äußerungen im Schrifttum ausgesetzt. Die Aufgabe der materiellen Schutzvoraussetzungen bestehe darin, die Schutzwürdigkeit von Gestaltungsformen festzustellen. Für allein wettbewerbpolitische Überlegungen zur Freihaltung von Märkten sei daher kein Raum.³⁵⁴ Aus diesem Grund sei es verfehlt gewesen, das Erfordernis der Sichtbarkeit an die für die Entstehung des Schutzrechts bedeutenden Merkmale der Neuheit und Eigenart zu knüpfen. Ein in dogmatischer Hinsicht passenderer Ansatzpunkt bestehe allenfalls darin, die Schutzwirkungen des Geschmacksmusters zu beschränken.³⁵⁵

c) Schlussfolgerungen aus der geäußerten Kritik

Angesichts der zahlreich geäußerten Kritik verwundert es, dass daraus nur selten konkrete Konsequenzen gezogen werden. So geht *Koschtial* von einer sehr weiten Auslegung der Sichtbarkeit bei bestimmungsgemäßer Verwendung aus. Diesem Erfordernis sei genügt, sobald auch nur eine Verwendungsmöglichkeit existiere, bei der das Bauelement visuell wahrgenommen werden könne.³⁵⁶ § 4 GeschmMG schließe demnach nur solche Elemente von Musterschutz aus, die nicht sichtbar benutzt werden könnten.

³⁵⁴ Stolz, Teil 2 D I 3 S.134.

³⁵⁵ Eichmann, in: Eichmann/von Falckenstein, § 4 Rn 6 S.106; ders., GRUR Int. 1996, 859, 875; Zech, MittdtPat 2000, 195, 197; Wandtke/Ohst, GRUR Int. 2005, 91, 95

³⁵⁶ Koschtial, GRUR Int. 2003, 973, 981.

Eichmann schlägt demgegenüber eine auf den Regelungszweck reduzierte Anwendung des § 4 GeschmMG vor.³⁵⁷ Da der Zweck der Norm insbesondere darin bestehe, die Schutzfähigkeit von „innen liegenden“ Kfz-Bauteilen auszuschließen, könne das Sichtbarkeitskriterium auch nur bei Kraftfahrzeug-Teilen Anwendung finden.³⁵⁸

Schließlich ist *Klawitter* der Ansicht, dass die Regelung des § 4 GeschmMG insgesamt gegen höherrangiges Recht verstoße und daher nicht anzuwenden sei.³⁵⁹

Den ersten beiden Ansätzen ist gemein, dass sie sich lediglich einzelnen Aspekten des Problems, nicht aber der vollständigen Lösung desselben widmen. Während *Koschtial* versucht, der mit dem Merkmal der Sichtbarkeit verbundenen Rechtsunsicherheit zu begegnen, zielt *Eichmann* darauf ab, die praktische Bedeutung der gesetzlichen Regelung zu verringern. Dagegen wird *Klawitter* der von Seiten der Literatur geäußerten Kritik umfassend gerecht. Aus diesem Grund soll im Folgenden der Frage nachgegangen werden, ob tatsächlich begründete Bedenken gegen die Wirksamkeit des § 4 GeschmMG bestehen.

3. Nichtanwendbarkeit des § 4 GeschmMG wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht

a) Normativer Prüfungsmaßstab

Bevor geprüft werden kann, ob ein Verstoß gegen höherrangiges Recht vorliegt, muss festgestellt werden, welche im Rang über § 4 GeschmMG stehenden Normen als Prüfungsmaßstab in Betracht kommen. Da es um die Wirksamkeit einer gesetzlichen Regelung geht, liegt es nahe, hierbei auf die im Grundgesetz festgeschriebenen Grundrechte zurückzugreifen. Problema-

³⁵⁷ Eichmann, in: Eichmann/von Falckenstein, § 4 Rn 2 S.105.

³⁵⁸ Diese Schlussfolgerung zieht Eichmann, in: Eichmann/von Falckenstein, § 4 Rn 2 zwar nicht ausdrücklich, jedoch legen seine Ausführungen diesen Schluss nahe.

³⁵⁹ Klawitter, EWS 2001, 157, 161 ff.; in diese Richtung auch Kur, GRUR 2002, 661, 666.

tisch könnte insoweit jedoch der gemeinschaftsrechtliche Hintergrund des Geschmacksmusterrechts sein. Denn die Novellierung des GeschmMG im Jahr 2004 geht auf die Umsetzung der europäischen Richtlinie 98/71 EG über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen zurück. Es wäre daher durchaus denkbar, dass als Prüfungsmaßstab nicht nationale, sondern gemeinschaftsrechtliche Grundrechte heranzuziehen sind.

Der „solange“-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Folge werden Rechtsakte von Gemeinschaftsorganen solange nicht an den Grundrechten der deutschen Verfassung gemessen, wie auf europäischer Ebene ein in Inhalt und Wirkungsweise dem Grundrechtsstandard des Grundgesetzes im Wesentlichen vergleichbarer Grundrechtsschutz gewährleistet ist.³⁶⁰ Ist dagegen ein Umsetzungs- oder Vollzugsakt durch den deutschen Staat erforderlich, liegt darin eine Maßnahme nationaler hoheitlicher Gewalt, die sich grundsätzlich an deutschen Grundrechten messen lassen muss.³⁶¹ Um nicht – gleichsam durch die „Hintertür“ – europarechtliche Regelungen am Maßstab der Art. 1 bis 19 GG zu kontrollieren, muss es hinsichtlich solcher Bestimmungen bei der Unanwendbarkeit der deutschen Grundrechte bleiben, deren Umsetzung oder Vollziehung auf zwingendem Gemeinschaftsrecht beruht.³⁶²

Für die hier interessierende Norm bedeutet dies Folgendes: Das GeschmMG dient zwar der Umsetzung der europäischen Richtlinie 98/71 EG, ist als solches jedoch eine Maßnahme des nationalen Gesetzgebers und daher eigentlich am Grundgesetz zu messen. Allerdings wird das Sichtbarkeitserfordernis in Art. 3 Abs.3 der Richtlinie derart detailliert geregelt, dass den Mitgliedsstaaten keinerlei Spielraum mehr verbleibt.³⁶³ Da wegen dieser sehr konkreten Vorgaben nicht die Möglichkeit bestand, das Erfordernis der Sichtbarkeit anderweitig zu gestalten, lässt sich sagen, dass in § 4 GeschmMG „zwingendes Gemeinschaftsrecht“ umgesetzt wurde. Den Maß-

³⁶⁰ BVerfGE 73, 339, 387; BVerfGE 102, 147, 162 ff.

³⁶¹ Ehlers, in: Europäische Grundrechte, § 14 Rn 16.

³⁶² Ehlers, in: Europäische Grundrechte, § 14 Rn 16.

³⁶³ So auch Klawitter, EWS 2001, 157, 161 und Wandtke/Ohst, GRUR Int. 2005, 91, 95.

stab für die folgende Prüfung bilden somit nicht die Art. 1 bis 19 GG, sondern allein die europäischen Grundrechte.³⁶⁴

b) Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes

§ 4 GeschmMG könnte gegen das allgemeine gemeinschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgebot verstoßen.³⁶⁵ Der Europäische Gerichtshof hat in stetiger Rechtsprechung aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Gemeinschaftsrechtsordnung auch einen allgemeinen Gleichheitssatz abgeleitet.³⁶⁶ Dieser verbietet generell die Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte, wenn sich die unterschiedliche Behandlung nicht durch einen hinreichend gewichtigen Grund rechtfertigen lässt.³⁶⁷

aa) Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte

Eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes setzt demnach zunächst eine ungleiche Behandlung vergleichbarer Sachverhalte voraus. Ob Sachverhalte ungleich behandelt werden, lässt sich sehr leicht im Vergleichsweg feststellen. Von größerer Bedeutung ist daher die Frage, ob es sich um vergleichbare Sachverhalte handelt. Hierbei ist insbesondere die Bildung von Vergleichsgruppen hilfreich, d.h. von mindestens zwei Sachverhalten,

³⁶⁴ Dabei handelt es sich freilich um eine etwas vereinfachte Darstellung. Die Rechtsfolge bei der Umsetzung von auf zwingendem Gemeinschaftsrecht basierenden Normen besteht darin, dass kollidierendes nationales Recht keine Anwendung findet; vgl. Ehlers, in: Europäische Grundrechte, § 14 Rn 16. Bei korrekter Prüfung müsste somit zunächst die Vereinbarkeit mit dem nationalen Recht und anschließend mit gemeinschaftsrechtlichen Normen untersucht werden. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts käme erst dann zum Tragen, wenn die Lösung des nationalen Rechts der des Europarechts widerspricht. Da somit i.E. die europäischen Vorschriften ausschlaggebend sind, soll sich hier auf deren Erörterung beschränkt werden.

³⁶⁵ Im Folgenden soll nur auf das europäische Gleichbehandlungsgebot und nicht auch auf die i.E. wohl nicht verletzte Garantie gewerblichen Eigentums eingegangen werden; vgl. dazu Klawitter, EWS 2001, 157, 163 f.

³⁶⁶ Oppermann, § 6 Rn 33 f.; Haratsch/Koenig/Pechstein, Rn 601 f.

³⁶⁷ Stumpf, in: Schwarze EU-Kommentar, Art. 6 EUV Rn 35; Kingreen, in: Europäische Grundrechte, § 17 Rn 11.

die sowohl Gemeinsamkeiten aufweisen – und sich daher einem gemeinsamen Oberbegriff unterordnen lassen – als auch Unterschiede.³⁶⁸

Gemeinsamer Bezugspunkt der hier interessierenden Vergleichsgruppenbildung ist die Eigenschaft, Bauelement eines komplexen Erzeugnisses zu sein. Die einzelnen Gruppen unterscheiden sich darin, dass die eine bei bestimmungsgemäßer Verwendung des komplexen Erzeugnisses sichtbar und die andere bei entsprechender Verwendung nicht sichtbar bleibt. Fraglich ist nun, ob diese beiden Produktgruppen „vergleichbar“ i.S.d. gemeinschaftsrechtlichen Gleichheitssatzes sind. Hierbei kommt dem Merkmal der wechselseitigen Austauschbarkeit besondere Bedeutung zu.³⁶⁹

Jedes Bauelement eines komplexen Erzeugnisses übt eine gewisse Funktion aus. Ob es hierbei während der bestimmungsgemäßen Benutzung des Gesamterzeugnisses visuell wahrnehmbar ist, hängt aber nicht vom Bauteil selbst ab. Denn die Sichtbarkeit bei bestimmungsgemäßer Verwendung der gesamten Sache gehört nicht zu den unverrückbar einem Bauteil anhaftenden Eigenschaften. Sie hängt vielmehr von der konkreten Art und Weise der Verwendung desselben ab. Während also ein Bauelement in einem Gesamterzeugnis verschwindet und daher nicht wahrgenommen werden kann, ist dasselbe Element in einem anderen Produkt so angebracht, dass es für jedermann sichtbar ist. Die technische Funktion des jeweiligen Bauteils ist dabei in beiden Fällen identisch. Folglich könnten beide Elemente ausgetauscht werden, ohne dass dadurch die Funktionsfähigkeit der beiden komplexen Erzeugnisse beeinträchtigt würde. Dazu das folgende Beispiel³⁷⁰: Es hat sich mittlerweile zu einem Markenzeichen des Schlagersängers *Udo Jürgens* entwickelt, dass er in seinen Konzerten auf einem gläsernen Flügel spielt. Tauschte man die darin sichtbar angebrachten Bauelemente wie etwa Saiten, Hämmer oder Dämpfer gegen die entsprechenden Bauteile eines „gewöhnlichen“, d.h. nicht transparenten Flügels aus, so ließe sich der glä-

³⁶⁸ Kingreen, in: Calliess/Ruffert EUV/EGV 2.Aufl., Art. 6 EUV Rn 176; ders., in: Europäische Grundrechte, § 17 Rn 12.

³⁶⁹ EuGH Slg. 1977, 1753, Rn 8 „Ruckdeschel“; EuGH Slg 1977, 1795, Rn 15/18 „Moulins Pont-à-Mousson“.

³⁷⁰ Basierend auf dem bei Klawitter, EWS 2001, 157, 162 zu findenden Hinweis auf gläserne Tasteninstrumente.

serne Flügel mit diesen neuen (funktionsgleichen) Elementen auch weiterhin als Musikinstrument benutzen. Dass die neu eingebauten Elemente nunmehr während eines Konzerts sichtbar sind, ist nicht den einzelnen Bauteilen, sondern den äußeren Umständen in Form der besonderen Gestaltung des Flügels geschuldet.

Wegen dieser Austauschbarkeit sichtbarer und nicht sichtbarer Bauelemente komplexer Erzeugnisse ist die Vergleichbarkeit beider Produkte zu bejahen. Indem § 4 GeschmMG die Gewährung von Geschmacksmusterschutz davon abhängig macht, dass ein Bauteil bei bestimmungsgemäßer Verwendung des komplexen Erzeugnisses sichtbar bleibt, werden beide Warengruppen unterschiedlich behandelt. Folglich ist eine Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte gegeben.

bb) Rechtfertigender Grund für die Ungleichbehandlung

Diese unterschiedliche Behandlung verstößt dann nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, wenn sie sich durch einen sachlichen Grund rechtfertigen lässt. Um dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch im Rahmen der Gleichheitsrechte zur Geltung zu verhelfen, muss der sachliche Grund gewichtig genug sein, um den Grad der vorgenommenen Ungleichbehandlung legitimieren zu können.³⁷¹

Zu denken wäre zunächst daran, den Schutzausschluss für innen liegende Bauteile eines komplexen Erzeugnisses mit der rechtspolitischen Überlegung zu rechtfertigen, auf diese Weise den Wettbewerb auf dem Markt für Ergänzungsprodukte und insbesondere Ersatzteile zu stärken. Indem nicht sichtbaren Elementen der Geschmacksmusterschutz verwehrt wird, kann es insoweit nicht zu einer (wenn auch zeitlich begrenzten) „Monopolstellung“ des Entwerfers kommen. Da der Nachbau dieser Elemente (vorbehaltlich anderweitiger Schutzrechte) dann grundsätzlich frei ist, werden Wettbewer-

³⁷¹ Zur (in diesem Rahmen nicht weiter zu vertiefenden) grundsätzlichen Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Zusammenhang mit dem allgemeinen Gleichheitssatz: Kingreen, in: Calliess/Ruffert EUV/EGV 2.Aufl., Art. 6 EUV Rn 182.

ber auf den Markt drängen und mit dem Entwerfer in Konkurrenz treten. Dies wird zu einer Absenkung des Preises führen und somit letztlich den Verbrauchern zu Gute kommen.

Das Problem einer darauf gestützten Argumentation besteht indes darin, dass sie zwar geeignet ist, einen Schutzrechtsausschluss für Bauteile insgesamt zu rechtfertigen, jedoch nicht zu erklären vermag, weshalb ein Geschmacksmusterschutz nur bei *nicht sichtbaren* Bauelementen ausscheidet. In rechtspolitischer Hinsicht besteht kein Grund dafür, beim Wettbewerb auf dem „Markt“ für *sichtbare* Elemente alles beim alten zu belassen und nur den Wettbewerb auf dem Markt für *nicht sichtbare* Bauelemente zu fördern. Da ein so verstandenes Liberalisierungsinteresse in gleichem Maße für sichtbare Bauelemente besteht, vermag diese Argumentation die hier in Frage stehende Ungleichbehandlung nicht zu erklären.

Dazu schon eher in der Lage ist der Ansatz *Riehles*.³⁷² Davon ausgehend, dass die Schutzwürdigkeit eines Musters nur darauf beruhe, als Marketinginstrument zu fungieren, zieht er folgenden Schluss: Ein Muster, das für den Käufer des Gesamterzeugnisses nicht sichtbar sei, könne mangels Wahrnehmbarkeit keinen Kaufanreiz hinsichtlich des Gesamterzeugnisses setzen. Da das Muster in diesem Fall nicht als Marketinginstrument diene, sich die Schutzwürdigkeit eines Musters jedoch gerade aus dieser Funktion ergebe, dürfe in solchen Fällen kein Gebrauchsmuster gewährt werden. Anders formuliert: Musterschutz setzt Werbefunktion voraus – Werbefunktion erfordert Wahrnehmbarkeit – die im Gesamtprodukt nicht sichtbaren Merkmale sind nicht wahrnehmbar – daher kommt ihnen hinsichtlich des Gesamterzeugnisses keine Werbefunktion zu – folglich muss ein Musterschutz ausscheiden.

Diese Argumentation wirkt auf den ersten Blick überzeugend, büßt jedoch bei genauerer Betrachtung Einiges an Überzeugungskraft ein. Zutreffend ist, dass den Ansatzpunkt für die Schutzwürdigkeit eines Musters im novellierten GeschmMG nicht mehr die Leistung des Entwerfers, sondern die Marke-

³⁷² Riehle, EWS 1999, 7, 9 bezieht seine Äußerungen allerdings nicht auf die Rechtfertigung der Neuregelung im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz, sondern darauf, dass der der Neuregelung zu Grunde liegende Gedanke bereits im GeschmMG a.F. zu finden war.

tingfunktion des Musters bildet. *Riehle* begründet nun die Ablehnung des Musterschutzes innen liegender Teile damit, dass sie nichts zum Absatz des Gesamterzeugnisses beitragen könnten. Daraus jedoch auf die generelle Schutzunwürdigkeit dieser Elemente zu schließen, greift zu kurz. Zwar können nicht sichtbare Bauelemente *nach dem Einbau* in ein komplexes Erzeugnis *für das Gesamterzeugnis* keine Marketingfunktion mehr erfüllen. Jedoch sind diese Elemente *vor dem Einbau* in die Hauptsache sinnlich wahrnehmbar und daher in der Lage, Kaufanreize *für das Bauelement selbst* zu vermitteln.³⁷³ Sobald man also den Bezugspunkt der Marketingfunktion von der Gesamtsache auf das Bauelement selbst verschiebt, erscheinen auch innen liegende Bauteile durchaus als schutzwürdig. Erfährt ein Bauelement eine besondere Gestaltung, um sich von der Masse funktionsgleicher Bauteile abzuheben und so gleichsam „Werbung in eigener Sache“ zu machen, ist nicht einzusehen, weshalb dieser Marketingleistung der Geschmacksmusterschutz verwehrt werden sollte. Auch vom markt- und absatzorientierten Ansatz der Geschmacksmusternovelle ausgehend lässt sich der Ausschluss nicht sichtbarer Bauelemente daher nicht überzeugend rechtfertigen.

Ganz im Gegenteil dürfte es sogar große Schwierigkeiten bereiten, einen sachlichen Grund für die Zufälligkeit der mit dem Merkmal der Sichtbarkeit verbundenen Ergebnisse zu finden.³⁷⁴ Denn ob ein Element bei bestimmungsgemäßer Benutzung des Gesamterzeugnisses sichtbar bleibt, hängt neben dem einem ständigen Wandel unterworfenen Design und dem sich fortlaufend weiterentwickelnden Stand der Technik insbesondere davon ab, auf welche konkrete Art und Weise der Abnehmer des Bauteils dieses verwendet.³⁷⁵ Der Hersteller eines Bauelements vermag demnach nur sehr begrenzten Einfluss auf die Schutzfähigkeit seiner Leistung zu nehmen. Zur Verdeutlichung des Arguments soll wiederum der bereits oben erwähnte gläserne Flügel *Udo Jürgens'* dienen: Angenommen ein Unternehmer stellt für Flügel verwendbare Hämmer und Dämpfer her, die eine besondere, über die rein technische Funktionsfähigkeit hinausgehende, den Form- und Far-

³⁷³ Siehe zu diesem Gedanken bereits Seite 106.

³⁷⁴ Dazu sehr ausführlich Klawitter, EWS 2001, 157, 161 ff.; siehe zu dieser Überlegung auch bereits Seite 105.

³⁷⁵ Klawitter, EWS 2001, 157, 162.

bensinn des Betrachters ansprechende Gestaltung erfahren haben. Werden diese Elemente nur von *Udo Jürgens* erworben und in seinem gläsernen Flügel verwendet, dann wären die Hämmer und Dämpfer bei bestimmungsgemäßer Verwendung des Gesamterzeugnisses (hier: gläserner Flügel) sichtbar und daher gem. § 4 GeschmMG schutzfähig. Werden die Hämmer und Dämpfer dagegen nur von Musikern abgenommen, die keinen transparenten Flügel benutzen, wären die Bauelemente bei bestimmungsgemäßer Benutzung des komplexen Erzeugnisses (hier: „normaler“ Flügel) nicht sichtbar und ein Musterschutz schiefe wegen § 4 GeschmMG aus. Abgesehen davon, dass die musterrechtliche Behandlung von Bauelementen, die z.T. sichtbar, z.T. aber auch nicht sichtbar benutzt werden, im Hinblick auf § 4 GeschmMG völlig unklar ist, ist nicht begründbar, warum die Schutzfähigkeit ein und desselben Bauteils im einen Fall bejaht und im anderen verneint werden soll. Dass die Schutzwürdigkeit einer Leistung gleichsam dem Zufall überlassen werden soll, ist dem System der gewerblichen Schutzrechte fremd und lässt sich nicht durch einen sachlichen Grund rechtfertigen.

Nach diesen Überlegungen erscheint die ungleiche Behandlung von sichtbaren und nicht sichtbaren Bauelementen eines komplexen Erzeugnisses nicht gerechtfertigt. Ein hinreichend gewichtiger sachlicher Grund für den Ausschluss nicht sichtbarer Bauteile vom Geschmacksmusterschutz besteht nicht, zumal als weniger einschneidende Maßnahme auch die Schutzwirkungen des Geschmacksmusters hätten begrenzt werden können.³⁷⁶

Im Ergebnis werden also vergleichbare Sachverhalte ungleich behandelt, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund von ausreichendem Gewicht besteht. Folglich verstößt das Sichtbarkeitserfordernis des § 4 GeschmMG gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des europäischen Gemeinschaftsrechts.

³⁷⁶ So unter Hinweis auf einen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Eichmann, in: Eichmann/von Falckenstein, § 4 Rn 6 S.106.

c) Rechtsfolge

Anders als bei der Verletzung von Freiheitsrechten hat ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nicht zwingend die Nichtanwendbarkeit³⁷⁷ der Norm zur Folge. Denn grundsätzlich entscheidet der Mitgliedsstaat selbst, ob er die fragliche Norm aufheben und damit die bisher benachteiligte Gruppe entlasten oder aber die betroffene Regelung ausdehnen und damit auf sämtliche Vergleichsgruppen erstrecken will.³⁷⁸ Angewendet auf die Regelung des § 4 GeschmMG bedeutet dies: Zur Beseitigung der Ungleichbehandlung könnte der deutsche Gesetzgeber erstens das Sichtbarkeitserfordernis aufgeben, sodass auch nicht sichtbaren Bauteilen ein Geschmacksmusterschutz zu Teil wird, oder zweitens Bauelemente insgesamt vom Musterschutz ausschließen, sodass auch für sichtbare Bauteile kein Schutzrecht gewährt wird. Da im Rahmen der dem deutschen Gesetz zu Grunde liegenden europäischen Richtlinie 98/71 EG keine Einigung darüber zu erzielen war, die (von § 4 GeschmMG maßgeblich betroffenen) Ersatzteile vollständig vom Geschmacksmusterschutz auszuschließen,³⁷⁹ kann die europarechtskonforme Lösung nur darin bestehen, § 4 GeschmMG nicht anzuwenden mit der Folge, dass auch für bei bestimmungsgemäßer Benutzung des gesamten Erzeugnisses nicht sichtbare Bauelemente grundsätzlich geschmacksmusterfähig sind.

§ 4 GeschmMG ist also wegen Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des europäischen Gemeinschaftsrechts nicht anwendbar.³⁸⁰ Für die Musterfähigkeit von Bauelementen kommt es nicht auf deren Sichtbarkeit bei bestimmungsgemäßer Verwendung des Gesamterzeugnisses an.

³⁷⁷ Zum Problem, ob ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht die Unwirksamkeit (Geltungsvorrang) oder nur die Nichtanwendung (Anwendungsvorrang) des nationalen Rechts zur Folge hat, vgl. Herdegen, § 11 Rn 3.

³⁷⁸ Kingreen, in: Europäische Grundrechte, § 17 Rn 15.

³⁷⁹ Siehe Seite 117.

³⁸⁰ Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass auch der § 4 GeschmMG zu Grunde liegende Art. 3 Abs.3 der Richtlinie 98/71 EG nach der hier vertretenen Ansicht gegen das europäische Gleichbehandlungsgebot verstößt und daher unwirksam ist.

IV. Rechtsbeschränkung des § 67 GeschmMG („must match“-Teile)

Neben den bereits erörterten Vorschriften existiert in § 67 Abs.1 GeschmMG eine weitere Norm, welche den geschmacksmusterrechtlichen Schutz von Ergänzungsprodukten betrifft. Danach kann aus einem Geschmacksmuster gegen Handlungen, welche die Benutzung von zur Reparatur bestimmten „must match“-Baulementen betreffen, nur vorgegangen werden, wenn diese Handlung bereits nach dem GeschmMG a.F. verhindert werden konnte. Diese auf den ersten Blick unverständliche Vorschrift ist vor dem europarechtlichen Hintergrund ihrer Entstehung zu sehen.

1. Reparaturklausel als Streitpunkt europäischer Rechtssetzung

Zu einer der umstrittensten Fragen des Geschmacksmusterschutzes zählt die musterrechtliche Behandlung derartiger „must match“-Ersatzteile.³⁸¹ Im Rahmen der Ausarbeitung der Richtlinie 98/71 EG wurde eine sog. Reparaturklausel vorgeschlagen. Danach konnte sich der Inhaber des Schutzrechts nicht gegen die Herstellung und den Vertrieb von Reparaturteilen zur Wehr setzen, welche die ursprüngliche Erscheinungsform des komplexen Erzeugnisses wiederherstellen sollten.³⁸² Der Nachbau solcher Elemente hätte demzufolge nicht mehr mit den Mitteln des Gebrauchsmusterschutzes verhindert werden können. Da auf europäischer Ebene jedoch hinsichtlich dieser Reparaturklausel zwischen dem Rat und dem Europäischem Parlament keine Einigung erzielt werden konnte, sollte die musterrechtliche Behandlung dieser „must match“-Ersatzteile bis auf weiteres den einzelnen Mitgliedsstaaten überlassen werden. Dieser nationalen Regelungskompetenz ist jedoch in Art. 14 der Richtlinie 98/71 EG eine Grenze gezogen. Darin hat man sich für eine teilweise Festschreibung des „status quo“ entschieden, sodass nationale Regelungen über den Musterschutz von „must match“-Baulementen grundsätzlich beizubehalten sind und Änderungen nur dann

³⁸¹ Vgl. zu dieser Diskussion Pilla, § 2 I.

³⁸² Zu den vorgeschlagenen Reparaturklauseln im Einzelnen: Eichmann, in: Eichmann/von Falckenstein, § 67 Rn 1.

vorgenommen werden dürfen, wenn diese zu einer Liberalisierung des Ersatzteilmarktes führen („freeze plus“- oder „stand still plus“-Klausel)³⁸³.

2. Deutsche Umsetzung des Art. 14 der Richtlinie 98/71 EG

Nicht zuletzt im Hinblick auf die Revisionsklausel des Art. 18 der Richtlinie 98/71 EG³⁸⁴ hat sich der deutsche Gesetzgeber gegen die Einführung einer Reparaturklausel und daher dazu entschieden, die alte Rechtslage beizubehalten.³⁸⁵ Die Wiederherstellung betreffende „Must match“-Bauelemente sind damit nicht per se vom Schutz des Geschmacksmusterrechts ausgeschlossen. Da ein geschmacksmusterrechtlicher Schutz in diesem Fall jedoch gem. § 67 Abs.1 GeschmMG nur möglich ist, wenn auch das GeschmMG a.F. einen Schutz vorsah, kommt es insoweit auf die Vorschriften des bis zum 31.05.2004 geltenden GeschmMG an. Der Schutz von zur Reparatur gedachten „must match“-Teilen richtet sich daher hinsichtlich der Schutzvoraussetzungen und der Schutzwirkungen nach den Bestimmungen des alten Rechts.³⁸⁶

Der direkte Gebrauchsmusterschutz von „must match“-Teilen hängt damit von folgenden Voraussetzungen ab: Es muss sich um ein gewerblich anwendbares, selbstständig verkehrsfähiges Muster oder Modell handeln, § 1 Abs.1 GeschmMG a.F.. Das Bauelement muss weiterhin neu i.S.v. § 1 Abs.2 GeschmMG a.F. sein, d.h. es darf inländischen Fachkreisen zum Zeitpunkt der Anmeldung weder bekannt noch fahrlässig unbekannt sein.³⁸⁷ Schließlich setzt § 1 Abs.2 GeschmMG a.F. die Eigentümlichkeit des Musters voraus, was eine persönliche, form- und farbschöpferische Tätigkeit erfordert, die das Leistungsvermögen eines Durchschnittsfachmanns über-

³⁸³ Riehle, EWS 1999, 7, 10; Kur, GRUR Int. 1998, 977, 979.

³⁸⁴ Siehe dazu Seite 119 f.

³⁸⁵ BT-Drucks. 15/1075, S.65 f.

³⁸⁶ Eichmann, in: Eichmann/von Falckenstein, § 67 Rn 3; Kunze, A 3.11 S.28; speziell zur Anwendung der Schutzvoraussetzungen: OLG Hamburg vom 25.11.2004, Az.: 5 U 149/03 Rn 24; Riehle, EWS 1999, 7, 11; Wandtke/Ohst, GRUR Int. 2005, 91, 98. Kritisch zum Verweis auf die Schutzvoraussetzungen des alten Rechts allein Kur, GRUR Int. 1998, 977, 980.

³⁸⁷ Hubmann/Götting, § 30 Rn 9.

steigt.³⁸⁸ In formeller Hinsicht ist auch hier die Eintragung des Musters erforderlich, § 7 Abs.1 GeschmMG a.F.. Da das frühere GeschmMG gem. § 5 GeschmMG a.F. nur Schutz gegen Nachbildungen des Musters oder Modells gewährte, kommt ein direkter Geschmacksmusterschutz für „must match“-Baelemente darüber hinaus nur in Betracht, wenn es sich bei der angegriffenen Ausführungsform um eine Nachbildung des geschützten Erzeugnisses handelt.

3. Exkurs: Ausblick auf zukünftige normative Gestaltung

Da die musterrechtliche Behandlung von Bauelementen in rechtspolitischer Hinsicht höchst umstritten ist und eine Reparaturklausel derart kontrovers diskutiert wurde, dass auf europäischer Ebene keine Einigung zu erzielen war, verpflichtet Art. 18 der Richtlinie 98/71 EG die Europäische Kommission, die Auswirkungen der Richtlinie bis zum Oktober 2004 zu analysieren und anschließend innerhalb eines Jahres, d.h. also bis zum Oktober 2005 Änderungen, vorzuschlagen. Dieser Pflicht ist die Kommission nachgekommen, indem sie am 14.09.2004 und damit ein Jahr zu früh Vorschläge zur Änderung der Geschmacksmusterrechtsrichtlinie³⁸⁹ vorgelegt hat. Danach besteht für ein Bauelement eines komplexen Erzeugnisses, das mit dem Ziel verwendet wird, die Reparatur dieses komplexen Erzeugnisses zu ermöglichen, um diesem sein ursprüngliches Erscheinungsbild zu verleihen, kein Gebrauchsmusterschutz. Auf der Basis einer ausführlichen Marktanalyse und unter Berücksichtigung der betroffenen Interessen hat sich die Europäische Kommission damit für die gemeinschaftsweite Einführung einer die Liberalisierung dieses Bereichs sicherstellenden Reparaturklausel entschieden.

Im Januar 2005 hat der Rat der Europäischen Union jedoch die zur Änderung der Richtlinie 98/71 EG erforderliche Verabschiedung des Kommissionsvorschlags, welche in Abstimmung mit dem Europäischen Parlament zu

³⁸⁸ Chrocziel, Rn 315.

³⁸⁹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 98/71/EG über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen, KOM (2004) 582; zu diesem Vorschlag auch Becker, GmbH-Report 2004, R 425 ff.

erfolgen hat, abgelehnt.³⁹⁰ Da angesichts der vehement geführten Diskussion in naher Zukunft nicht mit der Einführung einer europarechtlichen Reparaturklausel zu rechnen ist, erübrigt sich an dieser Stelle eine eingehende Auseinandersetzung mit der Zweck- und insbesondere Rechtmäßigkeit einer solchen Regelung.³⁹¹

V. Einordnung der einzelnen Ergänzungsprodukte

Im Hinblick auf den direkten Schutz von Ergänzungsprodukten sind im Geschmacksmusterrecht einige Besonderheiten zu berücksichtigen.

1. Ersatzteile

Da die Ausgestaltung eines Ersatzteils häufig allein der technischen Funktionalität oder der Interoperabilität mit anderen Erzeugnissen geschuldet ist, wird ein Geschmacksmusterschutz nicht selten an der Hürde des § 3 Abs.1 Nr.1 oder Nr.2 GeschmMG scheitern. Im Rahmen von § 3 Abs.1 Nr.1 GeschmMG ist freilich zu berücksichtigen, dass nur technisch notwendige Gestaltungen vom Musterschutz ausgenommen sind, sodass lediglich technisch bedingte Farb- und Formgebungen als tauglicher Gegenstand eines Geschmacksmusters in Betracht kommen. Sofern ein Ersatzteil die Hürden der § 3 Abs.1 Nr.1 und 2 GeschmMG überspringt, ist weiterhin § 67 Abs.1 GeschmMG zu berücksichtigen. Dieser sich nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte allein auf „must match“-Ersatzteile beziehenden Vorschrift zufolge kommt es für die Frage, ob für dieses Ersatzteil ein Gebrauchsmuster gewährt werden kann, auf die Vorschriften des GebrMG a.F. an.

2. Zubehör

Es ist grundsätzlich denkbar, dass die äußere Gestaltung von Zubehörartikeln neu und eigenartig ist und daher als Gegenstand eines Geschmacks-

³⁹⁰ Bulling, MitttdtPat 2005, 163 f.

³⁹¹ Zur Diskussion über die Reparaturklausel: sehr ausführlich Beier, GRUR Int. 1994, 716, 718 ff.; Bulling, MitttdtPat 2005, 163 f.; Drexl/Hilty/Kur, GRUR Int. 2005, 449 ff.

musters in Frage kommt. Darauf, dass das Zubehör bei bestimmungsgemäßer Verwendung des Hauptprodukts zu sehen ist, kommt es nach der hier vertretenen Auffassung nicht an. Soweit die Ausgestaltung jedoch allein auf der technischen Notwendigkeit beruht oder der Verbindung mit anderen Erzeugnissen dient, was auch beim Zubehör häufig der Fall sein wird, scheidet ein Musterschutz gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 GeschmMG aus.

3. Serienprodukte

Das zur Gruppe des Zubehörs Gesagte gilt entsprechend für Serienerzeugnisse. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass bei einer Serie, die aus einem wechselseitig kombinierbaren Bauteilesystem besteht, gem. § 3 Abs.2 GeschmMG ausnahmsweise auch technische Verbindungselemente nicht vom Geschmacksmusterschutz ausgenommen sind. Die Gruppe der Serienerzeugnisse wird durch das Geschmacksmusterrecht insoweit gegenüber den sonstigen Ergänzungsprodukten privilegiert.

4. Verbrauchsmaterialien

Auch die Form- und Farbgebung von Verbrauchsmaterialien wird überwiegend ausschließlich durch die technische Funktion sowie Elemente zur Verbindung mit der Hauptsache bedingt sein. Daher wird – ebenso wie bei den Ersatzteilen – ein Gebrauchsmusterschutz nicht selten an § 3 Abs.1 Nr. 1 GeschmMG, sofern das Merkmal technisch zwingend ist, oder an § 3 Abs.1 Nr.2 GeschmMG scheitern. Ausnahmsweise ist jedoch auch Verbrauchsmaterial denkbar, das – unabhängig von der Sichtbarkeit bei bestimmungsgemäßer Verwendung des Hauptprodukts – gleichsam als „Marketinginstrument“ durch eine eigenartige und neue Farb- und Formgebung besticht und daher selbst als Gegenstand eines Geschmacksmusters in Betracht kommt.

C. Indirekter Geschmacksmusterschutz

Beim indirekten Schutz geht es nun darum, ob ein Ergänzungsprodukt, für das kein selbstständiges Schutzrecht eingetragen ist, an dem zugunsten des Hauptprodukts gewährten Gebrauchsmuster teilnehmen kann. Der bereits

bekannten Systematik der gewerblichen Schutzrechte folgend kommt dafür nur eine unmittelbare Verletzungshandlung (und insoweit nur ein „Teilschutz“) oder eine mittelbare Geschmacksmusterverletzung in Betracht.

I. Teilschutz und unmittelbare Verletzungshandlung im Geschmacksmusterrecht

Wie im Patent- und Gebrauchsmusterrecht kommt für den Schutz von Ergänzungsprodukten im Rahmen einer unmittelbaren Verletzungshandlung auch im Geschmacksmusterrecht nur ein Teilschutz in Betracht. Hierbei ist zu klären, ob das für ein Gesamterzeugnis gewährte Geschmacksmuster durch die Herstellung eines Musterteils, für das kein selbstständiges Schutzrecht eingetragen ist, verletzt wird. Allerdings wird im Musterrecht danach unterschieden, ob das Musterteil den ästhetischen Gesamteindruck des ganzen Musters widerspiegelt oder nicht.

1. Teilschutz im Hinblick auf den geschützten Gesamteindruck des ganzen Musters

Einerseits wird im Hinblick darauf Teilschutz gewährt, dass bereits durch die Herstellung eines Musterteils der Gesamteindruck des ganzen Musters erhalten bleibt und daher die Nachbildung dieses Bestandteils ausreicht, um die Vorteile des gesamten Musters auszunutzen.³⁹² In dogmatischer Hinsicht wurde dies unter Geltung des GeschmMG a.F. damit begründet, dass ein Geschmacksmuster gem. § 5 GeschmMG a.F. nur gegen Nachbildungen schütze und von einer solchen auch dann auszugehen sei, wenn zwar nicht sämtliche, wohl aber die im Hinblick auf den Gesamteindruck wesentlichen Mustermerkmale übernommen würden.³⁹³ Der Sache nach ging es um die Bestimmung des Schutzzumfangs. Folgerichtig findet sich der auf den Gesamteindruck abstellende Teilschutz nunmehr in § 38 Abs.2 S.1 GeschmMG. Danach erstreckt sich der Schutz aus einem Geschmacksmus-

³⁹² BGH GRUR 1958, 97, 98 „Gartensessel“; BGH GRUR 1958, 509, 511 „Schlafzimmermodell“; BGH GRUR 1961, 640, 642 „Straßenleuchte“.

³⁹³ BGH GRUR 1958, 97, 98 „Gartensessel“; Pilla, § 7 VIII 1 S.135 Fn 248.

ter auf jedes Muster, das beim informierten Benutzer keinen anderen Gesamteindruck erweckt.

Der ästhetische Eindruck, der von einem Muster insgesamt ausgeht, dürfte jedoch regelmäßig von einer Vielzahl einzelner Elemente und nur selten von einem einzigen Merkmal abhängen. Da es sich bei Ergänzungsartikeln jedoch i.d.R. nur um einzelne Elemente und damit Merkmale handelt, werden Ergänzungsprodukte nur selten den Gesamteindruck des ganzen Hauptprodukts widerspiegeln. Es kann daher darauf verzichtet werden, auf diesen praktisch wenig relevanten³⁹⁴ Bereich des Teilschutzes näher einzugehen.

2. Teilschutz ohne Berücksichtigung des Gesamteindrucks

Andererseits wird im Geschmacksmusterrecht ein vom Gesamteindruck des ganzen Musters losgelöster Teilschutz diskutiert.

a) Grundsätzliche Anerkennung und Voraussetzungen des geschmacksmusterrechtlichen Teilschutzes

Dieser nicht auf den Eindruck des Gesamtmusters abstellende Teilschutz wird von der ganz überwiegenden Meinung befürwortet.³⁹⁵ Voraussetzung für einen derartigen Schutz sei zunächst, dass die zu schützenden Elemente für sich genommen neu und eigenartig seien.³⁹⁶ Darüber hinaus komme ein geschmacksmusterrechtlicher Teilschutz aber nur für solche Teile in Betracht, welche die zusätzlichen Anforderungen der Eigenständigkeit und Geschlossenheit erfüllen.³⁹⁷ Denn erst diese Distanz zum Gesamtmuster ermögliche es, einen von der Gesamtform unabhängigen ästhetischen Eindruck der zu schützenden Elemente festzustellen.³⁹⁸

³⁹⁴ Pilla, § 7 VIII 1 S.136.

³⁹⁵ Eichmann, in: Eichmann/von Falckenstein, § 38 Rn 36 S.443; Zentek, S.93 f.; Pilla, § 7 VIII 2a); Ullmann, GRUR 1993, 334, 336.

³⁹⁶ Pilla, § 7 VIII 2 a) S.136.

³⁹⁷ BGH GRUR 1977, 602, 605 „Trockenrasierer“; BGH GRUR 1979, 705, 706 „Notizklötze“; Zentek, S.93; kritisch dazu Schliebs, GRUR 1979, 685, 687 f.

³⁹⁸ BGH GRUR 1977, 602, 605 „Trockenrasierer“; BGH GRUR 1979, 705, 706 „Notizklötze“.

Unter Geltung des alten Geschmacksmusterrechts wurde dies damit begründet, dass gem. § 1 Abs.1 GeschmMG a.F. auch die teilweise Nachbildung eines Geschmacksmusters allein dem Entwerfer vorbehalten sei.³⁹⁹ Nachdem das GeschmMG nach seiner Novellierung keine entsprechende Formulierung mehr enthält, wird zur Rechtfertigung nunmehr auf die allgemeine Überlegung abgestellt, dass auch einzelne Elemente den Formenschatz bereichern könnten und es daher durchaus gerechtfertigt sei, dem Entwerfer insoweit ein Verbotungsrecht an die Hand zu geben.⁴⁰⁰

b) Stellungnahme

Entgegen der allgemein vertretenen Ansicht ist jedoch ein so verstandener geschmacksmusterrechtlicher Teilschutz abzulehnen. Ebenso wie im Patent- und Gebrauchsmusterrecht sprechen die besseren Gründe gegen die Anerkennung eines Teilschutzes.

Der Wortlaut des GeschmMG steht einer Ablehnung des Teilschutzes nicht entgegen. Zwar wird in § 1 Nr.1 und 2 GeschmMG auch dem Teil eines Erzeugnisses die grundsätzliche Musterfähigkeit zuerkannt. Allerdings spricht dies nicht zwingend für einen Teilschutz im Rahmen des indirekten Musterschutzes. Diese Norm lässt sich nämlich ebenso gut als klarstellenden Hinweis darauf verstehen, dass auch Erzeugnisteile zum Gegenstand eines selbstständigen Schutzrechts gemacht werden können.⁴⁰¹

Zudem spricht die Normierung des auf den Gesamteindruck abstellenden Teilschutzes in § 38 Abs.2 S.1 GeschmMG in systematischer Hinsicht gegen die Zulässigkeit eines darüber hinausgehenden Teilschutzes. Indem der Gesetzgeber nämlich in Kenntnis der diskutierten Teilschutzmöglichkeiten nur eine dieser beiden kodifiziert, liegt es zumindest nicht völlig fern, davon auszugehen, dass damit der anderen Möglichkeit eine Absage erteilt wur-

³⁹⁹ BGH GRUR 1962, 258, 260 „Moped-Modell“; BGH GRUR 1998, 379, 381 „Lunette“; Ullmann, GRUR 1993, 334, 336.

⁴⁰⁰ Eichmann, in: Eichmann/von Falckenstein, § 38 Rn 36 S.443.

⁴⁰¹ In diese Richtung BT-Drucks. 15/1075, S.33.

de.⁴⁰² Da also § 38 Abs.2 S.1 GeschmMG nunmehr einen Bereich des Teilschutzes regelt, kann davon ausgegangen werden, dass ein darüber hinausgehender, nicht an den Gesamteindruck des Musters anknüpfender Teilschutz mit dem GeschmMG nicht zu vereinbaren ist.

Demgegenüber vermag allein die allgemeine Überlegung, dass auch einzelne Formelemente zur Bereicherung des Farb- und Formenschatzes beitragen könnten und daher vom Verbotsrecht des Entwerfers erfasst sein müssten, nicht zu begründen, weshalb dies gerade im Wege des abgeleiteten Musterschutzes erfolgen muss. Ganz im Gegenteil fällt es nämlich in den Risikobereich des Entwerfers, all jene Muster(-teile) anzumelden, die wegen ihrer Bereicherung des Farb- und Formenschatzes schutzwürdig erscheinen. Unterlässt er dies, so kann es nicht Aufgabe des Geschmacksmusterrechts sein, dieses Versäumnis über das Hilfsmittel des Teilschutzes auszugleichen.

Folglich ist ein nicht auf den Gesamteindruck abstellender Teilschutz abzulehnen. Es sei jedoch angemerkt, dass auch dieser, von der überwiegenden Meinung befürwortete Teilschutz keine Erleichterung gegenüber dem direkten Geschmacksmusterschutz darstellt, da er neben den allgemeinen Voraussetzungen der Neuheit und Eigentümlichkeit zusätzlich noch davon abhängen soll, dass das Element im Verhältnis zum gesamten Muster eigenständig und geschlossen ist.

II. Mittelbare Geschmacksmusterverletzung

1. Dogmatische Konstruktion einer mittelbaren Geschmacksmusterverletzung

Anders als im Patent- und Gebrauchsmusterrecht existiert im GeschmMG keine Regelung, die sich mit dem Bereich der mittelbaren Schutzrechtsverletzung auseinandersetzt. Gleichwohl wird davon ausgegangen, dass sich auch der Inhaber eines Gebrauchsmusters gegen eine Handlung, die das Schutzrecht zwar nicht selbst verletzt, jedoch auf eine Schutzrechtsverlet-

⁴⁰² Die Gesetzesbegründung enthält zumindest keine gegenteiligen Äußerungen, vgl. BT-Drucks. 15/1075, S.51 ff.

zung hinausläuft, zur Wehr setzen können müsse.⁴⁰³ Eine nähere Auseinandersetzung über das dogmatische Fundament einer solchen mittelbaren Geschmacksmusterverletzung fehlt jedoch bisher.

Für die rechtstechnische Konstruktion kommen zwei Möglichkeiten in Betracht. Entweder sieht man in der mittelbaren Geschmacksmusterverletzung eine besondere Form der Teilnahme an einer unmittelbaren Verletzungshandlung und greift damit auf die im Patentrecht vor der Einführung eines speziellen Tatbestands herrschende Rechtslage zurück. Oder man gestaltet die mittelbare Verletzung in Analogie zu § 10 PatG aus.⁴⁰⁴ Angesichts der jüngsten gesetzgeberischen Maßnahmen (im PatG und GebrMG), welche die mittelbare Verletzung als abstrakten Gefährdungstatbestand ausgestalten und damit der Konstruktion als besonderer Teilnahmehandlung eine Absage erteilen, wäre es verfehlt, im Geschmacksmusterrecht zu dieser Rechtsfigur zurückzukehren. Folglich kommt für eine mittelbare Musterverletzung nur eine Analogie zu § 10 PatG in Betracht.

2. Vorliegen der Analogievoraussetzungen

Eine Rechtsfortbildung im Wege der Analogie setzt das Vorliegen einer Lücke, d.h. einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes sowie die Ähnlichkeit der gesetzlich geregelten und nicht geregelten Sachverhalte voraus.⁴⁰⁵ Diese beiden Merkmale stehen jedoch nicht beziehungslos nebeneinander. Mit der Ähnlichkeit der betroffenen Sachverhalte wird vielmehr zugleich auch im Wesentlichen über die Lückenhaftigkeit des Gesetzes entschieden.⁴⁰⁶

Ebenso wie das aus §§ 9, 139 PatG resultierende Verbotungsrecht des Erfinders könnte auch das Schutzrecht des Entwerfers eines geschmacksmus-

⁴⁰³ LG Düsseldorf GRUR 1992, 439, 442 „Steckdoseneinsatz“.

⁴⁰⁴ Eine bloße, von Eichmann, in: Eichmann/von Falckenstein, § 38 Rn 39 S.446 und Pilla, § 7 VIII 4 S.144 vorgeschlagene „Anlehnung“ bzw. „Orientierung“ an § 10 PatG, ist der juristischen Dogmatik dagegen fremd und folglich abzulehnen.

⁴⁰⁵ Larenz/Canaris, Kapitel 5 2 b) S.202.

⁴⁰⁶ Canaris, § 63, § 66 S.75.

terfähigen Musters dadurch umgangen werden, dass nicht das gesamte Erzeugnis, sondern nur ein wesentliches Teil desselben hergestellt oder angeboten wird und erst der spätere Abnehmer durch Hinzufügung weiterer Elemente ein das Geschmacksmuster verletzendes Erzeugnis fertigt.⁴⁰⁷ Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, der es rechtfertigt, auf der einen Seite dem Erfinder ein Mittel gegen den Veranlasser zahlreicher Schutzrechtsverletzungen an die Hand zu geben, auf der anderen Seite aber den Inhaber eines Geschmacksmusters auf ein (u.U. erfolgloses) Vorgehen gegen die Vielzahl der Abnehmer zu verweisen.⁴⁰⁸ Im Hinblick auf die im Vergleich zu § 10 PatG gleichfalls bestehende Umgehungsgefahr sowie Unzumutbarkeit einer bloßen Inanspruchnahme der Abnehmer lässt sich die Ähnlichkeit der beiden Sachverhalte durchaus bejahen.

Da ein vergleichbarer Schutz mit den vorhandenen normativen Möglichkeiten nicht erreicht werden kann⁴⁰⁹, das Gesetz also unvollständig ist, und sich die Planwidrigkeit dieser Unvollständigkeit – im Hinblick auf den der Analogie zu Grunde liegenden Gleichheitssatz – aus der Ähnlichkeit der Sachverhalte ergibt, ist mit einer Regelungslücke auch die weitere Analogie Voraussetzung erfüllt.

Folglich ist es auch dem Inhaber eines Geschmacksmusters grundsätzlich möglich, in analoger Anwendung des § 10 PatG gegen denjenigen vorzugehen, der Elemente, die sich auf wesentliche Musterteile beziehen, anbietet oder liefert. Denn dadurch leistet dieser einer Vielzahl unmittelbarer Musterverletzungen Vorschub und begründet somit die abstrakte Gefahr einer Schutzrechtsverletzung.

⁴⁰⁷ Ähnlich auch Eichmann, in: Eichmann/von Falckenstein, § 38 Rn 39.

⁴⁰⁸ In diese Richtung auch LG Düsseldorf GRUR 1992, 439, 442 „Steckdoseneinsatz“.

⁴⁰⁹ Die Konstruktion einer mittelbaren Geschmacksmusterverletzung als besonderer Teilnahmehandlung stellt wegen des grundverschiedenen dogmatischen Ansatzes (als akzessorischer Tatbestand) keine vergleichbare Möglichkeit dar.

3. Folgerungen für das Geschmacksmusterrecht

Infolge des Analogieschlusses kann die Rechtsfolge des geregelten Sachverhalts auf die nicht geregelte aber gleichwohl ähnliche Konstellation übertragen werden. Ein ähnlich gelagerter Sachverhalt besteht in Anlehnung an § 10 PatG dann, wenn ein Dritter einer nicht zur Benutzung des Musters berechtigten Person ein Mittel anbietet oder liefert, das sich auf ein zentrales Musterelement bezieht, und dies in Kenntnis bzw. fahrlässiger Unkenntnis der Eignung und Bestimmung des Mittels zur mustermäßigen Verwendung geschieht. Zur Bestimmung der einzelnen Merkmale kann auf die bereits im Rahmen des Patentrechts angestellten Überlegungen zurückgegriffen werden.⁴¹⁰ Ein Mittel bezieht sich daher auf ein wesentliches Musterelement, wenn es mit irgendeinem, nicht ausnahmsweise völlig unwesentlichen Merkmal bei der Verwirklichung der geschützten Farb- und Formgestaltung zusammenwirkt. Die Frage der sich aus dem Grundsatz der Erschöpfung u.U. ergebende Berechtigung des Abnehmers zur Verwendung der Mittel entscheidet sich auch hier anhand einer umfassenden Gesamtabwägung, in der es in besonderem Maße auf die Bedeutung des jeweiligen Merkmals für die geschützte Farb- und Formgebung ankommt.

III. Berücksichtigung des § 67 Abs.1 GeschmMG beim indirekten Schutz

Die Norm des § 67 Abs.1 GeschmMG, die von zur Reparatur bestimmte „must match“-Baelemente betrifft, regelt die geschmacksmusterrechtliche Behandlung dieser Produkte umfassend. Daher kommt es auch hinsichtlich des indirekten Geschmacksmusterschutzes maßgeblich auf die vor Novellierung des Geschmacksmusterrechts im Jahre 2004 bestehende Rechtslage an.⁴¹¹

⁴¹⁰ Siehe Seite 66 ff.

⁴¹¹ Siehe dazu Seite 118 f.

IV. Einordnung der einzelnen Ergänzungsprodukte

1. Unmittelbare Geschmacksmusterverletzung

Eine unmittelbare Schutzrechtsverletzung bei Ergänzungsprodukten scheidet im Geschmacksmusterrecht aus, da ein auf den Gesamteindruck abstellender Teilschutz von zu vernachlässigender praktischer Relevanz sein dürfte und ein darüber hinausgehender geschmacksmusterrechtlicher Teilschutz nach der hier vertretenen Auffassung nicht besteht. Eine weitere Einordnung der einzelnen Produktgruppen erübrigt sich daher.

2. Mittelbare Geschmacksmusterverletzung

Da die mittelbare Geschmacksmusterverletzung in Analogie zu § 10 PatG ausgestaltet ist, ergibt sich auch in diesem Punkt ein gewisser Wertungsgleichlauf zum Patentrecht. Allerdings sind geschmacksmusterrechtliche Besonderheiten zu berücksichtigen.

a) Ersatzteile

Grundsätzlich können Ersatzteile – gleichsam als Bestandteile der Hauptsache – dazu beitragen, die neue und eigenartige ästhetische Gestaltung des geschützten Muster zu verwirklichen, und sich damit auf wesentliche Elemente eines Musters beziehen. Allerdings ist auch beim indirekten Schutz von Ersatzteilen durch das Geschmacksmusterrecht wiederum die Regelung des § 67 Abs.1 GeschmMG zu berücksichtigen. Hinsichtlich des indirekten Schutzes von „must match“-Ersatzteilen kommt es daher auf die Schutzvoraussetzungen und Schutzwirkungen des GeschmMG a.F. an.

Dem Ausschließlichkeitsrecht des Entwerfers ist wiederum durch die Benutzungsbefugnis des Abnehmers eine Grenze gesetzt. Diese wird sich bei Ersatzteilen auch im Geschmacksmusterrecht regelmäßig aus der Zustimmung des Schutzrechtsinhabers ergeben. Zudem ist der Abnehmer auch im Geschmacksmusterrecht wegen des Grundsatzes der Erschöpfung regelmäßig berechtigt, kompatible Ersatzteile zu verwenden. Die Grenze dieses Be-

nutzungsrechts lässt sich nicht allgemein, sondern nur im Hinblick auf die konkreten Umstände des Einzelfalls ziehen.

b) Zubehör

Parallel zu den technischen Schutzrechten ist auch im Geschmacksmusterrecht zwischen Zusatzprodukten und Zubehör im engeren Sinn zu differenzieren. Während Zusatzprodukte als eigenständige Erzeugnisse bereits nichts zur Verwirklichung der ästhetischen Gestaltung des Hauptprodukts beitragen können, scheidet der geschmacksmusterrechtliche Schutz des sonstigen Zubehörs – ebenso wie bei den Ersatzteilen – erst daran, dass die Abnehmer zumeist zur Verwendung kompatiblen Zubehörs berechtigt sind.

c) Serienprodukte

Auch bei Serienprodukten ist es denkbar, dass sie zur Verwirklichung des im Ausgangserzeugnis geschützten Musters beitragen und sich damit auf ein wesentliches Element der neuen und eigenartigen Form- und Farbgestaltung beziehen. Sollte dies der Fall sein, scheidet eine mittelbare Geschmacksmusterverletzung jedoch ebenso wie bei den technischen Leistungsschutzrechten daran, dass das Verbotsrecht des Geschmacksmusterrechtsinhabers erschöpft ist, da sich im Fall der Serienerzeugnisse das Problem der (Wieder-) Herstellung der Ausgangsware nicht stellt und der Abnehmer einer Serie damit jedenfalls berechtigt ist, ergänzende Serienartikel zu verwenden.

d) Verbrauchsmaterialien

Für die Gruppe der Verbrauchsmaterialien ist ebenfalls grundsätzlich ein Beitrag zur ästhetischen Gestaltung des Hauptprodukts vorstellbar. Unabhängig davon wird jedoch auch hier eine mittelbare Verletzung des Geschmacksmusters häufig aufgrund einer Zustimmung oder der Erschöpfung des Schutzrechts, welche im Einzelfall jedoch ausnahmsweise entfallen kann, ausscheiden.

F. Zusammenfassung

Da das GeschmMG mit den §§ 3, 4 und 67 GeschmMG zahlreiche Vorschriften aufweist, die den direkten Schutz von Ergänzungsartikeln betreffen, kommt diesem im Bereich des Geschmacksmusterrechts größere Bedeutung zu als bei den technischen Leistungsschutzrechten. Zugunsten von Ersatzteilen und Verbrauchsmaterialien wird eher selten ein Geschmacksmuster gewährt werden können, da deren Gestaltung häufig ausschließlich technisch bedingt ist oder dazu dient, mit Bestandteilen der Hauptsache verbunden zu werden. Zu beachten ist jedoch, dass technische Gestaltungen gem. § 3 Abs.1 Nr.1 GeschmMG nur vom Musterschutz ausgenommen sind, wenn sie technisch notwendig und nicht nur technisch bedingt sind. Sofern bei Ersatzteilen doch ein direkter Schutz in Betracht kommt, ist aber § 67 Abs. 1 GeschmMG zu beachten. Für Zubehör und Serienprodukte ist ein direkter Geschmacksmusterschutz denkbar, jedoch wird auch hier mitunter ein Schutz gem. § 3 Abs.1 GeschmMG ausscheiden. Zu beachten ist, dass bestimmte Serienerzeugnisse (Bauteilesysteme) gem. § 3 Abs.2 GeschmMG insoweit privilegiert sind, als auch Verbindungselemente in den Genuss eines geschmacksmusterrechtlichen Schutzes gelangen können. Zudem kommt es für die Schützbarkeit von Ergänzungserzeugnissen nicht darauf an, ob sie bei bestimmungsgemäßer Verwendung des Hauptidezeugnisses sichtbar bleiben. Denn die dies anordnende Vorschrift des § 4 GeschmMG verstößt gegen höherrangiges Recht und ist demzufolge nicht anwendbar.

Beim indirekten Geschmacksmusterschutz scheidet nach hier vertretener Ansicht ein Teilschutz aus. Der Schutz vor mittelbaren Verletzungen erfolgt in Analogie zu § 10 PatG. Der Entwerfer kann sich demnach i.d.R. nicht dagegen zur Wehr setzen, wenn ein Konkurrent kompatible Zusatzprodukte oder Serienartikel herstellt bzw. anbietet. Bei den übrigen Ergänzungsproduktgruppen kommt es für die Frage einer mittelbaren Geschmacksmusterrechtsverletzung letztlich – ebenso wie bei den technischen Leistungsschutzrechten – auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an.

4. Teil: Markenrechtlicher Schutz von Ergänzungsprodukten

A. Direkter Markenschutz

Beim direkten Markenschutz ist der Unternehmer darum bemuht, die zu seinem Hauptprodukt kompatiblen Ergänzungsartikel selbst als Kennzeichen schutzen zu lassen. Von besonderer Bedeutung ist dabei jedoch der folgende Umstand: Die Schutzwurdigkeit von Marken beruht im Wesentlichen darauf, dass sie als Kennzeichen geeignet sind, die Leistung eines Unternehmers von den Leistungen seiner Konkurrenz zu unterscheiden. Im hier interessierenden Bereich geht es indes nicht um den Schutz eines auf der Ware angebrachten Kennzeichens, sondern (zumindest im Ergebnis) um den Schutz der Ware selbst. Die Markenfähigkeit von Warenformen wirft allerdings grundsätzliche Fragen auf, die im Folgenden kurz dargestellt werden sollen.

I. Problem des markenrechtlichen Formenschutzes

1. Gefahr des Wertungswiderspruchs zu den Sondergesetzen

Die Schutzdauer einer eingetragenen Marke beträgt 10 Jahre, § 47 Abs.1 MarkenG. Diese Frist kann jedoch durch Zahlung der entsprechenden Verlangerungsgebuhr jeweils um weitere 10 Jahre verlängert werden, § 47 Abs.2, 3 MarkenG. Ein absolutes Ende des Schutzrechts ist dem MarkenG also fremd, d.h. der Inhaber des Kennzeichenrechts kann die Dauer des Ausschließlichkeitsrechts auf unbestimmte Zeit ausdehnen. Ist es nun aber möglich, die dreidimensionale Gestaltung einer Ware selbst zum Gegenstand einer Marke zu machen, dann besteht die Gefahr, dass die von sonstigen spezialgesetzlichen Leistungsschutzrechten vorgesehenen Regelungen und insbesondere deren zeitliche Grenzen durch das MarkenG umgangen werden und das Markenrecht auf diese Weise die anderen Schutzrechte uberflussig macht.⁴¹² Es stellt sich nun die Frage, wie das MarkenG diesem

⁴¹² BGH GRUR 2001, 334, 337 „Gabelstapler“; BPatG GRUR 2003, 245, 246 „Pastenstrang auf Zahnburstenkopf“; Grabrucker, MittdtPat 2004, 106, 107.

grundsätzlichen Problem des Verhältnisses zu den übrigen Sondergesetzen begegnet.

2. Gesetzlicher Ansatzpunkt zur Lösung des Problems

Vor Novellierung des MarkenG durch das Markenrechtsreformgesetz vom 20.10.1994 kam es kaum zu Konflikten mit den sonstigen Leistungsschutzrechten, da dreidimensionalen Gestaltungen die Eintragung ins vom Patentamt geführte Register verwehrt war.⁴¹³ Nach allgemeiner Ansicht waren Formen dem Kennzeichenschutz nur im Wege des Ausstattungsschutzes gem. § 25 WZG zugänglich.⁴¹⁴ Im Rahmen der auf die europäische Richtlinie 89/104 EWG zurückgehenden Reform des deutschen Markenrechts hat sich dies grundlegend geändert. Nach geltendem Recht stellen nunmehr dreidimensionale Gestaltungen und damit auch Warenformen grundsätzlich markenfähige Zeichen dar, § 3 Abs.1 MarkenG. Der oben⁴¹⁵ beschriebenen Gefahr, dass mit dem zeitlich unbeschränkt gewährten Markenrecht ein den anderen gewerblichen Schutzrechten übergeordnetes Recht geschaffen wird, soll durch eine interessengerechte Anwendung der Schutzgrenzen begegnet werden. So ist insbesondere § 3 Abs.2 MarkenG darauf gerichtet, die Entstehung eines den Sondergesetzen widersprechenden Herstellungs- oder Verbreitungsmonopols zu verhindern.⁴¹⁶

Vor dem Hintergrund dieses grundsätzlichen Problems wird nun die selbstständige Schutzfähigkeit von Ergänzungsprodukten untersucht.

⁴¹³ Zur auch im MarkenG a.F. bestehenden Möglichkeit der Eintragung einer zweidimensionalen Darstellung eines Körpers, die auch von dreidimensionalen Gestaltungen verletzt werden konnte: BGH GRUR 1956, 179, 180 „Ettaler-Klosterliqueur“; BGH GRUR 1982, 111, 112 „Original-Maraschino“; Daniels, Teil 1 A II.

⁴¹⁴ Dazu ausführlich: Daniels, Teil 1 A I; Eichmann, FS für Vieregge, S.125 ff.

⁴¹⁵ Siehe Seite 132 f..

⁴¹⁶ Ingerl/Rohnke, § 3 Rn 41 S.67; Hacker, in: Ströbele/Hacker, § 3 Rn 79 ff., der zudem auf die ergänzende Bedeutung des § 8 Abs.2 MarkenG hinweist; Hubmann/Götting, § 37 Rn 15; Würtenberger, GRUR 2003, 912, 913; Grabrucker, MitttdtPat 2004, 106, 107; von Bassewitz, GRUR Int. 2004, 390, 393.

II. Allgemeine Schutzvoraussetzungen

Auch ein dreidimensionales Zeichen ist nur schutzfähig, wenn es geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmers von denjenigen anderer Unternehmer zu unterscheiden, § 3 Abs.1 MarkenG. Dabei kommt es – anders als bei § 8 Abs.2 Nr.1 MarkenG – auf die abstrakte Unterscheidungseignung an, d.h. es reicht aus, dass das Zeichen in einem beliebigen Fall und nicht etwa hinsichtlich der konkret betroffenen Waren zur Unterscheidung geeignet ist.⁴¹⁷ Die Frage, ob es ausreicht, dass das Zeichen das Produkt selbst identifiziert, oder es darüber hinaus erforderlich ist, dass es auf die Herkunft des Produkts aus einem bestimmten Unternehmen hinweist,⁴¹⁸ bedarf an dieser Stelle keiner näheren Erörterung. Denn da es bei § 3 Abs.1 MarkenG auf die abstrakte Unterscheidungseignung ankommt, wird dieses Merkmal in jedem Fall nur in extremen Ausnahmefällen zu verneinen sein.⁴¹⁹

Ein weiteres, ungeschriebenes Erfordernis des MarkenG a.F. war die Selbstständigkeit der Marke gegenüber der Ware. Alle funktionell notwendigen Bestandteile der Ware machten deren Wesen aus und waren damit vom Markenschutz ausgeschlossen.⁴²⁰ Dahinter stand die Überlegung, dass die Marke ein vom jeweiligen Gegenstand getrenntes Kennzeichen ist.⁴²¹ Anders formuliert: Die Marke identifiziert die Ware und ist nicht mit dieser identisch. Ob an diesem Merkmal im novellierten Markenrecht weiterhin festzuhalten ist, kann offen bleiben, da insbesondere § 3 Abs.2 Nr.1 Mar-

⁴¹⁷ BGH GRUR Int. 2001, 462 f. „Stabtaschenlampen“; BGH GRUR 2001, 334, 335 „Gabelstapler“; Ingerl/Rohnke, § 3 Rn 9; Fezer, Markenrecht, § 3 Rn 203; ders., FS für Piper, S.525, 528; Hacker, GRUR Int. 2004, 215 f.

⁴¹⁸ Siehe dazu Seite 151 f.

⁴¹⁹ So übereinstimmend: Hacker, in: Ströbele/Hacker, § 3 Rn 5 S.48; Ingerl/Rohnke, § 3 Rn 9; ähnlich auch Daniels, Teil 2 A I 2 a) S.45; Ströbele, GRUR 1999, 1041.

⁴²⁰ BGH GRUR 2001, 334, 335 „Gabelstapler“; Fezer, Markenrecht, § 3 Rn 211; Hacker, in: Ströbele/Hacker, § 3 Rn 19; Daniels, Teil 2 A I 2 b) aa) S.46.

⁴²¹ Fezer, Markenrecht, § 3 Rn 211; Daniels, Teil 2 A I 2 b) aa) S.46.

kenG den Grundsatz der Selbstständigkeit für den hier interessierenden Bereich der Formmarken ausdrücklich festschreibt.⁴²²

Zu den weiteren, in diesem Zusammenhang weniger bedeutenden Schutzvoraussetzungen zählen noch die Einheitlichkeit und die graphische Darstellbarkeit der Marke.

III. Schutzausschlussgründe

1. Fehlende Schutzfähigkeit bei ausschließlich aus einer Form bestehenden Zeichen, § 3 Abs.2 MarkenG

Gem. § 3 Abs.2 MarkenG sind solche Zeichen dem Markenschutz nicht zugänglich, die ausschließlich aus einer durch die Art der Ware selbst bedingten Form (Nr.1), ausschließlich aus einer zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlichen Form (Nr.2) oder ausschließlich aus einer der Ware einen wesentlichen Wert verleihenden Form (Nr.3) bestehen. Den hiervon betroffenen Zeichen ist gemeinsam, dass sie „ausschließlich“ aus einer der dort beschriebenen Warenformen bestehen. Bevor auf die einzelnen Tatbestandsalternativen näher eingegangen wird, soll zunächst das für alle Einzeltatbestände des § 3 Abs.2 MarkenG geltende Merkmal der „Ausschließlichkeit“ erörtert werden.

a) „Ausschließlich“ aus einer bestimmten Form bestehende Zeichen

Bei unbefangener Betrachtung des Wortlauts liegt der Schluss nahe, dass § 3 Abs.2 MarkenG nur solchen Zeichen den markenrechtlichen Schutz verwehrt, deren Gestaltung sich in einer der in Nr.1 bis 3 genannten Formen erschöpft. Anders formuliert: Sobald ein Zeichen zusätzlich zu dieser Form auch nur ein weiteres Element aufweist, besteht es nicht mehr „ausschließ-

⁴²² BGH GRUR Int. 2001, 462, 463 „Stabtaschenlampe“; BGH WRP 2001, 269, 271 „Rado-Uhr“; Hacker, in: Ströbele/Hacker, § 3 Rn 20 S.56. Die Tatsache, dass § 3 Abs.1 MarkenG von einer abstrakten Betrachtungsweise ausgeht, die Prüfung des § 3 Abs.2 MarkenG dagegen im Hinblick auf bestimmte Waren erfolgt, ist dabei im Ergebnis bedeutungslos; vgl. dazu Ingerl/Rohnke, § 3 Rn 47.

lich“ aus einer der aufgezählten Formen und muss dem Markenschutz zugänglich sein.⁴²³

Dieses eindeutig aus dem Wortlaut der Vorschrift abzuleitende Ergebnis wird jedoch durch die „Philips“-Entscheidung des *EuGH* in Frage gestellt, die sich mit der Auslegung des der nationalen Norm des § 3 Abs.2 MarkenG zu Grunde liegenden Art. 3 Abs.1 e) der Richtlinie 89/104 EWG beschäftigt. Dem *EuGH* zufolge reicht es für den Ausschluss vom Markenschutz gem. Art. 3 Abs.1 e) zweiter Spiegelstrich der Richtlinie 89/104 EWG (bzw. § 3 Abs.2 Nr.2 MarkenG) aus, wenn die wesentlichen funktionellen Merkmale der fraglichen Form zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich sind.⁴²⁴

Diese Entscheidung wurde vereinzelt als eine Ausweitung des § 3 Abs.2 MarkenG interpretiert, da es nunmehr ausreichte, wenn ein Zeichen mit seinen wesentlichen Merkmalen (und nicht insgesamt) den in den Einzelatbeständen dieser Norm aufgestellten Kriterien unterfalle.⁴²⁵ Diese Annahme verkennt jedoch, dass auch nach bisherigem Verständnis der Ausschließlichkeit nur solche zusätzlichen Elemente einer Anwendung des § 3 Abs.2 MarkenG entgegenstanden und damit schutzbegründend wirkten, die ihrerseits kennzeichnend bzw. unterscheidungsfähig i.S.v. § 3 Abs.1 MarkenG waren.⁴²⁶ Denn die grundsätzliche Markenfähigkeit einer Warenform i.S.v. § 3 Abs.2 MarkenG kann nur bejaht werden, wenn das Zeichen ein über die Form i.S.v. § 3 Abs.2 Nr.1 bis 3 MarkenG hinausgehendes, zumindest abstrakt kennzeichnungsfähiges Element besitzt. Andernfalls erscheint es nicht gerechtfertigt, Markenschutz zu gewähren. Die Formulierung des *EuGH* ist daher der Sache nach nicht mit einer Ausweitung des § 3 Abs.2 MarkenG verbunden. Besitzt ein Zeichen nämlich ein zusätzliches kennzeichnendes Element – womit nach bisheriger Lesart § 3 Abs.2 MarkenG abzulehnen ist –, dann ist dieses Merkmal i.S.d. *EuGH* „wesentlich“ mit der Folge, dass § 3 Abs.2 MarkenG nicht eingreift, das Zeichen mithin markenfähig ist.⁴²⁷ Ein nicht kennzeichnendes Merkmal wird demgegenüber zumeist unwesentlich

⁴²³ Daniels, Teil 2 A I 4 a) ee) S.73; Ingerl/Rohnke, NJW 1994, 1247, 1249.

⁴²⁴ *EuGH* GRUR 2002, 804, 809 „Philips“.

⁴²⁵ Hacker, in: Ströbele/Hacker, § 3 Rn 86.

⁴²⁶ So auch Ingerl/Rohnke, § 3 Rn 50.

⁴²⁷ Ingerl/Rohnke, § 3 Rn 50.

sein, sodass der Tatbestand des § 3 Abs.2 MarkenG – wie bereits nach bisherigem Verständnis – erfüllt und die Markenfähigkeit zu verneinen ist.

Somit bleibt festzuhalten, dass ein Zeichen, welches nicht „ausschließlich“ aus einer der in § 3 Abs.2 MarkenG beschriebenen Formen besteht, zwar insgesamt markenfähig ist, jedoch eine Verletzung dieser Marke nicht auf die Kriterien der Nr. 1 bis 3 gestützt werden kann.⁴²⁸

b) Durch die Art der Ware selbst bedingte Formen, § 3 Abs.2 Nr.1 MarkenG

Die erste Tatbestandsalternative des § 3 Abs.2 MarkenG nimmt solche Zeichen von der Markenfähigkeit aus, die ausschließlich aus einer durch die Art der Ware selbst bedingten Form bestehen. Prüfungsgegenstand bildet das zu schützende Zeichen in seiner konkreten Gestaltung, d.h. es kommt auf die konkrete Ausgestaltung der fraglichen Warenform an.⁴²⁹

⁴²⁸ Ingerl/Rohnke, NJW 1994, 1247, 1249.

⁴²⁹ So zutreffend Eichmann, FS für Vieregge, S.125, 148. Die teilweise Annahme einer abstrakten Betrachtungsweise hinsichtlich des Prüfungsgegenstands ist eher irreführend und geht wohl auch der Sache nach am Kernproblem des § 3 Abs.2 Nr.1 MarkenG vorbei. Insbesondere Fezer, Markenrecht, § 3 Rn 228 und ansatzweise auch Kur, FS 100 Jahre Marken-Amt, S.175, 186 f. gehen davon aus, dass im Rahmen von § 3 Abs.2 Nr.1 MarkenG nicht die konkrete Ausformung des Produkts, sondern nur dessen abstrakt notwendige Formgebungselemente auf ihre Übereinstimmung mit der Art der Ware selbst hin überprüft werden müssten. Dieser Annahme steht indes bereits der Wortlaut des § 3 Abs.2 Nr.1 MarkenG entgegen, da es danach auf das zu schützende (konkrete) Zeichen und nicht eine zu abstrahierende Form desselben ankommt. Zudem besteht auch keine Einigkeit darüber, was genau unter einer abstrakten Betrachtungsweise zu verstehen ist (vgl. den Hinweis von Daniels, Teil 2 A I 4 b) aa) (1) S.77 f.). Schließlich deutet einiges darauf hin, dass es nicht bereits hinsichtlich des Prüfungsgegenstands auf eine abstrakte oder konkrete Betrachtungsweise ankommt, sondern dass dieses Problem erst bei der Bestimmung des Prüfungsmaßstabs (Art der Ware selbst) von Bedeutung ist. So verweist etwa Kur, FS 100 Jahre Marken-Amt, S.175, 187 Fn 50 auf die vergleichbare Diskussion zum Markenrecht a.F., welche sich allerdings auf die Ermittlung des richtigen Vergleichsmaßstabs (Wesen der Marke) bezog.

aa) „Warenart bedingte Form“ als zentrales Merkmal des § 3 Abs.2

Nr.1 MarkenG

Durch die Art der Ware selbst bedingt ist eine Form, wenn sie im obigen Sinne ausschließlich aus zur Warengattung gehörenden Merkmalen besteht.⁴³⁰ Der Anwendungsbereich der Norm wird maßgeblich durch die Auslegung des Begriffs der Warenart bzw. Warengattung bestimmt.⁴³¹ Entscheidet man sich nämlich für einen sehr weiten, abstrakten Gattungsbegriff, so hat dies einen geringen Anwendungsbereich zur Folge, da die Merkmale sehr abstrakt gehalten sind und daher die Möglichkeit zu einer Vielzahl davon abweichender Gestaltungen besteht. Fasst man den Gattungsbegriff demgegenüber enger und damit konkreter, so ist der Ausschlussbestand des § 3 Abs.2 Nr.1 MarkenG häufig einschlägig, da ein bereits konkretisierter Gattungsbegriff weniger Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet. Geht es etwa um die Markenfähigkeit einer bestimmten Armbanduhr, so lässt sich die maßgebliche Gattung einerseits sehr weit als „Uhr“, andererseits aber auch viel konkreter als „Armbanduhr“ beschreiben. Während im ersten Fall die jeweilige Armbanduhr wegen der großen Anzahl unterschiedlicher Gestaltungsmöglichkeiten für Uhren (Armbanduhren, Stoppuhren, Kuckucksuhren, Standuhren, etc.) unmöglich ausschließlich der Gattung „Uhr“ geschuldete Merkmale aufweisen wird, ist dies im zweiten Fall wahrscheinlicher. Denn die konkrete Gattungsbezeichnung nimmt eine Vielzahl möglicher Formgebungen vom Markenschutz aus, die bei einer abstrakteren Gattung als individuelle Gestaltung schutzfähig gewesen wären.

bb) Bestimmung der maßgeblichen Warengattung

Fraglich ist, wie die bei § 3 Abs.2 Nr.1 MarkenG maßgebliche Art der Ware selbst zu bestimmen ist. Für das Grundverständnis der Norm ist es – wie soeben gezeigt⁴³² – von erheblicher Bedeutung, ob die Warengattung abstrakt oder konkret zu bestimmen ist. Da der Wortlaut der Norm für die Be-

⁴³⁰ Ingerl/Rohnke, § 3 Rn 52.

⁴³¹ Daniels, Teil 2 A I 4 b) aa) (3); Stolz, Teil 2 C II 3 a) bb) S.98; Klaka, GRUR 1996, 613, 615.

⁴³² Siehe Seite 138.

antwortung dieser Frage keinen Hinweis bietet, ist auf wertende Aspekte zurückzugreifen. Dabei ist zu beachten, dass § 3 Abs.2 Nr.1 MarkenG nahezu bedeutungslos wäre, wenn man bei der Beurteilung der Warengattung eine abstrakte Betrachtungsweise zu Grunde legte.⁴³³ Dies ergibt sich daraus, dass eine Vielzahl unterschiedlicher Variationsmöglichkeiten existiert. Um also ein „Leerlaufen“ des § 3 Abs.2 Nr.1 MarkenG zu verhindern, ist die Art der Ware möglichst konkret zu bestimmen.

Weiterhin ist von Interesse, auf welche Weise die konkrete Produktgattung mit den dazu gehörenden Merkmalen zu ermitteln ist. Von grundlegender Bedeutung ist hierbei das Freihaltebedürfnis der Allgemeinheit.⁴³⁴ Markenschutz darf sich danach nicht auf „Grundformen“ eines Erzeugnisses beziehen, damit diese für Dritte auch weiterhin noch frei zugänglich und benutzbar sind. Die konkrete Warengattung wird im Wege einer umfassenden Interessenabwägung bestimmt. Hierbei sind die Interessen der beteiligten Verkehrskreise ebenso wie das Allgemeininteresse an der Freihaltung bestimmter Formen mit einzubeziehen.⁴³⁵ Um die praktische Bedeutung des § 3 Abs.2 Nr.1 MarkenG weiterhin zu steigern, ist im Hinblick auf die Verkehrsanschauung von Bedeutung, ob die gattungsmäßige Warenform üblich, d.h. im Verkehr bekannt ist.⁴³⁶ Die konkrete Art der Ware ist folglich durch eine am Freihaltebedürfnis orientierte, die Verkehrsanschauung maßgeblich berücksichtigende Auslegung zu ermitteln.

In Anbetracht der Tatsache, dass nur die ausschließlich der Art der Ware entsprechenden Zeichen ausgeschlossen sind und zudem selbst die konkrete Warengattung auf die unterschiedlichste Art und Weise gestaltet sein kann, wird der erste Ausschlussgrund des § 3 Abs.2 MarkenG nur in sehr seltenen

⁴³³ So auch Daniels, Teil 2 A I 4 b) aa) (3) S.81.

⁴³⁴ Pilla, § 11 II 3 b) aa); Thewes, C II 3 b) ff); Kur, FS 100 Jahre Markenamt, S.175, 187.

⁴³⁵ Thewes, C II 3 b) ee) S.88. Zu dem hier nicht weiter zu vertiefenden Streitpunkt, ob eine objektive Auslegung maßgeblich ist oder es auf die Verkehrsanschauung ankommt vgl.: Daniels, Teil 2 A I 4 b) aa) (5).

⁴³⁶ In diese Richtung auch BPatG Bl.f.PMZ 1998, 541, 542 „CD-Hülle“, das noch einen Schritt weiter geht und nur auffällig ungewöhnliche Warenformen nicht von § 3 Abs.2 Nr.1 MarkenG erfasst sieht.

Fällen zur Anwendung gelangen. Nähere Ausführungen zu diesem Tatbestand sollen deshalb unterbleiben.

c) Zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderliche Formen, § 3 Abs.2 Nr.2 MarkenG

§ 3 Abs.2 Nr.2 MarkenG zielt darauf ab, den aus der Markenfähigkeit dreidimensionaler Gestaltungen resultierenden Konflikt mit den technischen Sondergesetzen (PatG und GebrMG) zu entschärfen.⁴³⁷ Die Parallelität zur entsprechenden Regelung im Geschmacksmusterrecht (§ 3 Abs.1 Nr.1 GeschmMG) ist nicht zu verkennen und soll daher im weiteren Verlauf der Ausführungen kurz betrachtet werden.

aa) Erreichung einer technischen Wirkung

§ 3 Abs.2 Nr.2 MarkenG setzt zunächst voraus, dass das konkrete Zeichen ausschließlich der Erreichung einer technischen Wirkung dient. Eine technische Wirkung besitzt eine Form bereits dann, wenn sie irgendeinen Vorteil für die Handhabung oder Gebrauchsdauer der Ware mit sich bringt.⁴³⁸ Darüber hinausgehende Anforderungen sind an dieses Merkmal nicht zu stellen. So setzt § 3 Abs.2 Nr.2 MarkenG nicht voraus, dass die technische Wirkung des einzutragenden Zeichens eine Verbesserung gegenüber dem Stand der Technik darstellt.⁴³⁹ Bei sich nicht vom Stand der Technik abhebenden Leistungen ist ein Konflikt mit den technischen Leistungsschutzrechten zwar ausgeschlossen, da in einem solchen Fall die patent- oder gebrauchsmusterrechtlichen Anforderungen an die Erfindungshöhe nicht erreicht werden. Jedoch findet sich zum einen im Wortlaut des § 3 Abs.2 Nr.2 MarkenG kein Anhaltspunkt dafür, die Norm nur auf fortschrittliche Gestaltungen anzuwenden. Zum anderen besteht das jenseits der Spezialgesetze (PatG, GebrMG) liegende und auch im Rahmen des § 3 Abs.2 Nr.2 MarkenG zu

⁴³⁷ Krüger, FS für Erdmann, S.357, 362; Körner/Gründig-Schnelle, GRUR 1999, 535, 537; Lewalter/Schrader, GRUR 2005, 476, 477.

⁴³⁸ Stolz, Teil 2 C II 3 b) S.102; Eichmann, GRUR 1995, 184, 186; ders., FS für Vieregge, S.125, 149, der zusätzlich in Fn 171 einige Beispiele aufzählt.

⁴³⁹ So aber Ingerl/Rohnke, § 3 Rn 56 sowie Daniels, Teil 2 A I 4 b) bb) (2) S.87.

berücksichtigende⁴⁴⁰ Freihaltebedürfnis der Allgemeinheit auch und gerade an solchen technischen Leistungen, die lediglich dem Stand der Technik entsprechen.

bb) Technische Gestaltungsalternativen und das Merkmal der Erforderlichkeit

Gem. § 3 Abs.2 Nr.2 MarkenG kommt es weiterhin darauf an, ob die Warenform zur Erreichung einer technischen Wirkung „erforderlich“ ist. Die Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals hat der Rechtsprechung und Literatur einige Schwierigkeiten bereitet. Dabei ging es im Kern darum, ob und wenn ja in welchem Maß technische Gestaltungsalternativen im Rahmen dieses Ausschlussgrundes zu berücksichtigen waren. Anders gesagt: Ist die Form des als Marke einzutragenden Zeichens nur dann zur Erreichung einer technischen Wirkung „erforderlich“, wenn keine (äquivalenten) Alternativen zur Verfügung stehen?

(1) Überblick über den Meinungsstand der deutschen Rechtsprechung und Literatur

Von der Rechtsprechung wird diese Frage bejaht. Bereits vor der Novellierung des MarkenG war sie der Ansicht, dass zwar technisch *notwendige* Zeichen vom Ausstattungsschutz ausgeschlossen, jedoch lediglich technisch *bedingte* und damit substituierbare Formen dem Markenschutz grundsätzlich zugänglich seien.⁴⁴¹ Daran wurde der Sache nach auch nach Umsetzung der Markenrechtsrichtlinie im Rahmen der Interpretation des § 3 Abs.2 Nr.2 MarkenG festgehalten.⁴⁴² Das Merkmal der „Erforderlichkeit“ sei eng im

⁴⁴⁰ Vgl. Kur, FS 100 Jahre Marken-Amt, S.175, 189.

⁴⁴¹ BGH GRUR 1954, 121 f. „Zählkassetten“; BGH GRUR 1962, 299, 301 „form-strip“; BGH GRUR 1964, 621, 623 „Klemmbausteine I“; BGH GRUR 1972, 122, 123 „Schablonen“; BGH GRUR 1981, 517, 519 „Rollhocker“.

⁴⁴² BPatGE 39, 239, 241 „Supports de montres“; BPatG GRUR 1998, 706, 707 „Montre I“; OLG Frankfurt/Main GRUR 1999, 591, 592 „Kabelbinderkopf“; BPatG vom 10.08.1998, Az.: 30 W (pat) 253/97 Rn 14 „Analysegerät“; ebenfalls in dieser Richtung, die Frage jedoch offenlassend BPatGE

Sinne einer technischen „Notwendigkeit“ auszulegen. Stehe den Mitbewerbern nämlich zur Erreichung der technischen Wirkung eine gleichwertige Alternative zur Verfügung, dann lasse es sich nicht rechtfertigen, den Ausschlussgrund des § 3 Abs.2 Nr.2 MarkenG eingreifen zu lassen, zumal die Konkurrenz nicht auf diese konkrete Gestaltungsform angewiesen sei.

Dieser engen Auslegung des Merkmals der Erforderlichkeit folgten große Teile der Literatur. Auch hier herrschte die Meinung vor, dass § 3 Abs.2 Nr.2 MarkenG nur dann Anwendung finde, wenn keine adäquaten Gestaltungsalternativen vorhanden seien, wobei im Einzelnen streitig war, welchen Anforderungen diese Gestaltungsalternativen genügen mussten, um eine bestimmte Warenform als nicht „erforderlich“ erscheinen zu lassen.⁴⁴³

Die Richtigkeit dieses Ansatzes wurde jedoch vereinzelt in Zweifel gezogen. So ging ein kleiner Teil der Literatur davon aus, dass es für die „Erforderlichkeit“ i.S.v. § 3 Abs.2 Nr.2 MarkenG nicht darauf ankomme, ob eine Form für die Erreichung einer technischen Wirkung notwendig sei, sondern es vielmehr ausreiche, wenn sich die Funktion dieser Form in ihrer technischen Wirkung erschöpfe.⁴⁴⁴ Das Vorhandensein gleichwertiger Gestaltungsalternativen sei für die Anwendbarkeit des Ausschlussgrundes ohne Belang, da es ausreiche, wenn die zu schützende Warenform ausschließlich technisch bedingt sei. Auf der Grundlage dieses weiten Begriffsverständnisses ist eine Warenform bereits dann zur Erreichung einer technischen Wirkung „erforderlich“, wenn eine Veränderung dieser Form den Wegfall der technischen Wirkung zur Folge hat.

39, 219, 221 f. „Stabtaschenlampen“ sowie BPatG vom 10.03.1998, Az.: 32 W (pat) 116/97 Rn 17 „Einhebelmischer“.

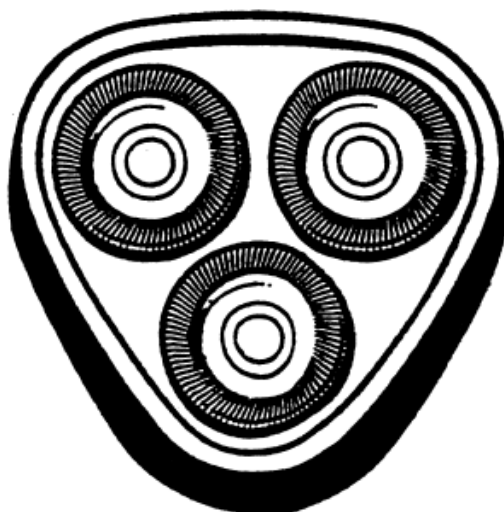
⁴⁴³ Fezer, Markenrecht, § 3 Rn 230a; Hubmann/Götting, § 37 Rn 18 S.272; Gleiss/Heide, Rn 650 S.244; von Mühlendahl/Ohlgart/von Bomhard, § 4 Rn 35, allerdings zu Art. 7 Abs.1 e) ii) GMV als der entsprechenden Vorschrift der Gemeinschaftsmarkenverordnung; Daniels, Teil 2 A I 4 b) bb) (2) S.88 f.; Thewes, C II 3 c) S.93; Klaka, GRUR 1996, 613, 616; zu den innerhalb dieser Auffassung voneinander abweichenden Ansichten vgl. die Darstellung von Thewes, C II 3 c) S.89 f.

⁴⁴⁴ Kur, FS 100 Jahre Marken-Amt, S.175, 190; Körner/Gründig-Schnelle, GRUR 1999, 535, 537.

(2) „Philips-Entscheidung“ des *EuGH*

Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens hatte der *EuGH* in der sog. „Philips-Entscheidung“⁴⁴⁵ über die für EG-Mitgliedsstaaten verbindliche Auslegung des Art. 3 Abs.1 e) zweiter Spiegelstrich der Richtlinie 89/104 EWG, welcher der deutschen Regelung des § 3 Abs.2 Nr.2 MarkenG zu Grunde liegt, zu entscheiden. Im Vorlagebeschluss des *Court of Appeal (England & Wales)*⁴⁴⁶ wird u.a. die Frage aufgeworfen, ob die Anwendung dieses Ausschlussstatbestands davon abhängt, dass sich die mit der zu schützenden Form erreichte technische Wirkung nicht durch alternative Gestaltungen erzielen lässt. Damit hatte der *EuGH* im Jahr 2002 erstmals Gelegenheit, zur Bedeutung abweichender Gestaltungsmöglichkeiten Stellung zu nehmen.

Dem Vorlagebeschluss des *Court of Appeal (England & Wales)* lag dabei der folgende Sachverhalt zu Grunde: Das Unternehmen Koninklijke Philips Electronics N.V. (Philips) war im Bereich des Vereinigten Königreichs seit 1985 Inhaber einer Marke für einen bereits 1966 von Philips selbst entwickelten elektrischen Rasierapparat. Dieser zeichnete sich dadurch aus, dass er aus drei in Form eines gleichseitigen Dreiecks angebrachten runden Köpfen mit rotierenden Klingen bestand.



⁴⁴⁵ *EuGH GRUR* 2002, 804 ff. „Philips“.

⁴⁴⁶ Die der „Philips-Entscheidung“ des *EuGH* vorausgehenden Entscheidungen des High Court of Justice sowie des *Court of Appeal* (allerdings ohne den Vorlagebeschluss) finden sich (auszugsweise) in deutscher Übersetzung in *GRUR Int.* 2000, 439 ff.

Seit 1995 produzierte und vertrieb das Konkurrenzunternehmen Remington Consumer Products Ltd. (Remington) unter der Bezeichnung DT55 einen elektrischen Rasierapparat, der mit seinen ein gleichseitiges Dreieck bildenden, rotierenden Köpfen der Formgebung des entsprechenden Philips-Produktes ähnelte. Während Philips dadurch seine zugunsten des Rasierers gewährte Marke verletzt sah, bezweifelte Remington die Gültigkeit dieses Schutzrechts. Sowohl der *Court of Appeal* als auch der *High Court of Justice* hatten im Rahmen dieser Streitigkeit u.a. darüber zu befinden, ob es sich bei der Form des Rasierers ausschließlich um eine zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderliche und damit dem Markenschutz nicht zugängliche Gestaltung handelte. Das europarechtliche Fundament dieses Ausschlussstatbestands führte schließlich zum Vorlagebeschluss des *Court of Appeal (England & Wales)* gem. Art. 234 EGV.

Der *EuGH* legt in seiner „Philips-Entscheidung“ der Auslegung des Art. 3 Abs.1 e) zweiter Spiegelstrich der Richtlinie 89/104 EWG eine weites Begriffsverständnis zu Grunde. Das Merkmal der Erforderlichkeit sei unabhängig davon erfüllt, ob die technische Wirkung auch durch andere Formen erzielt werden könne.⁴⁴⁷ Der Gerichtshof beruft sich hierbei auf das im Rahmen der Interpretation des Art. 3 Abs.1 e) zweiter Spiegelstrich der Richtlinie 89/104 EWG zu berücksichtigende Allgemeininteresse, eine technische Lösung zur ungehinderten Verwendung durch die Gesellschaft freizuhalten.⁴⁴⁸ Auf der Basis dieses Normzwecks sei es nicht gerechtfertigt, diejenigen technischen Formen vom Anwendungsbereich des Ausschlussgrundes auszuklammern, für die Gestaltungsalternativen vorhanden seien. Ausschlaggebend sei allein, dass sich die jeweilige Warenform ausschließlich in ihrer technischen Wirkung erschöpfe.

(3) Stellungnahme

Zunächst ist festzustellen, dass allein der Wortlaut keinerlei Rückschlüsse darauf zulässt, ob ein enger oder ein weiter Auslegungsmaßstab anzuwen-

⁴⁴⁷ EuGH GRUR 2002, 804, 809 „Philips“.

⁴⁴⁸ EuGH GRUR 2002, 804, 809 „Philips“.

den ist.⁴⁴⁹ Der Begriff der Erforderlichkeit belässt dem Rechtsanwender nämlich einen nicht unerheblichen Interpretationsspielraum.⁴⁵⁰ Zwar mag ein enges Begriffsverständnis nahe liegen, sodass § 3 Abs.2 Nr.2 MarkenG nur Warenformen erfasst, die für die Erreichung des technischen Erfolgs *überhaupt* notwendig sind. Die Wortlautgrenze wird aber auch dann noch nicht überschritten, wenn man bereits solche Warenformen für erforderlich hält, die zur Erreichung dieses *konkreten* technischen Erfolgs – unabhängig von der Auswechselbarkeit der konkreten Gestaltung – notwendig und damit lediglich technisch bedingt sind. Daran vermag auch die Voraussetzung der Ausschließlichkeit in § 3 Abs.2 MarkenG bzw. Art. 3 Abs.1 e) der Richtlinie 89/104 EWG nichts zu ändern, da sich dieses Merkmal – wie sich aus seiner systematischen Stellung in den jeweiligen Vorschriften ergibt – nur auf die Warenform selbst und nicht etwa auf die technische Erforderlichkeit bezieht.⁴⁵¹

Aus diesem Grund stellt der *EuGH* zur Begründung seiner weiten Auslegung auf den Normzweck ab. Da dieser darin bestehe, jeder Entstehung ausschließlicher Rechte an technischen Leistungen entgegenzuwirken, sei es für die Anwendung des Ausschlussgrundes ausreichend, wenn es sich um eine in ihren wesentlichen Merkmalen technisch bedingte Form handele. Die sehr kurze Argumentation der europäischen Richter ist jedoch nicht über jeden Zweifel erhaben. Die Schwäche einer jeden, auf teleologischen Überlegungen beruhenden Argumentation besteht nämlich darin, dass sich aus dem Zweck einer Norm jedes Ergebnis „herauslesen“ lässt, das man zuvor in den Normzweck „hineingelesen“ hat. Die vorgelagerte Frage, worin genau der Zweck einer Norm besteht, ist daher in diesen Fällen von großer Bedeutung. Eine eingehende Begründung dafür, weshalb Art. 3 Abs.1 e)

⁴⁴⁹ Ebenso: *EuGH* GRUR 2002, 804, 809 „Philips“; Kur, GRUR Int. 1997, 1026, 1027; Mounstephens, GRUR Int. 2000, 393, 397; a.A. Würtenberger, GRUR 2003, 912, 917, der dies offensichtlich in einem Umkehrschluss daraus folgert, dass sich der Begriff „ausschließlich“ lediglich auf die Warenform bezieht, dabei jedoch die eigenständige Bedeutung des Merkmals der Erforderlichkeit verkennt.

⁴⁵⁰ Kur, GRUR Int. 1997, 1026, 1027.

⁴⁵¹ Daniels, Teil 2 A I 4 a) ee) S.74; Kur, GRUR Int. 1997, 1026, 1027; Würtenberger, GRUR 2003, 912, 917; siehe zum richtigen Verständnis des Ausschließlichkeitsmerkmals Seite 135 ff. A.A. noch: Albert, GRUR Int. 1997, 449, 461.

zweiter Spiegelstrich der Richtlinie 89/104 EWG gerade jedweder „Monopolisierung“ technischer Lösungen entgegenstehen soll und sich nicht auf solche technischen Leistungen beschränkt, bei denen keine alternativen Gestaltungsmöglichkeiten bestehen, bleibt der Gerichtshof indes schuldig.

Nichtsdestotrotz ist der weiten Interpretation des *EuGH* zu folgen. Dass der vom Gerichtshof angenommene Normzweck vorzugswürdig ist, ergibt sich daraus, dass ein enger gefasster Anwendungsbereich den Wertungen der technischen Sondergesetze widerspräche. Das Patent- und Gebrauchsmusterrecht gewährt für Lösungen, die ein hohes Maß an eigener Leistung voraussetzen (erfinderische Tätigkeit, erfinderischer Schritt), nur einen zeitlich begrenzten Ausschließlichkeitsschutz. Wollte man nun eine technische Lösung, die sich auch durch andere Formen erzielen lässt, in den Genuss eines zeitlich unbefristeten Markenschutzes kommen lassen, ist nicht einzusehen, weshalb diese Leistung (wegen des zeitlich unbegrenzten Schutzes) schutzwürdiger sein sollte als ein dem PatG bzw. GebrMG unterliegender Gegenstand. Mangels markenrechtlicher Anforderungen an die Gestaltungshöhe (bspw. erfinderische Tätigkeit) kann sich die gesteigerte Schutzfähigkeit nicht aus der Schutzwürdigkeit der technischen Leistung selbst, sondern allenfalls daraus ergeben, dass der Unternehmer mit der technischen Leistung im Wege der Verkehrsgeltung ein auch konkret unterscheidungsfähiges Kennzeichen geschaffen hat.⁴⁵² Es lässt sich allerdings nicht begründen, weshalb es gerechtfertigt wäre, diese Marketingleistung eines Unternehmers mit einem zeitlich unbegrenzten Schutzrecht zu belohnen und der innovativen Tätigkeiten eines Erfinders nur einen befristeten Ausschließlichkeitsschutz zu gewähren. Um einen Wertungswiderspruch mit den technischen Schutzrechten zu vermeiden, müssen daher technisch bedingte Warenformen vom Markenschutz ausgeschlossen sein und zwar unabhängig davon, ob sich die technische Wirkung auch durch alternative Formgebungen erreichen lässt. Dieses Ergebnis erscheint zudem auch deshalb sachgerecht, weil auf diesem Wege ein vollkommenes Leerlaufen des ohnehin schon durch

⁴⁵² So auch Mountstephens, GRUR Int. 2000, 393, 397 f.

das Merkmal der Ausschließlichkeit eingeschränkter Ausschlussgrundes des § 3 Abs.2 Nr.2 MarkenG verhindert wird.⁴⁵³

An der hier vertretenen Lesart des § 3 Abs.2 Nr.2 MarkenG vermag auch die gegenteilige Auslegung der entsprechenden geschmacksmusterrechtlichen Vorschrift des § 3 Abs.1 Nr.1 GeschmMG nichts zu verändern. Zwar sind technisch bedingte Formen nach überwiegend vertretener Auffassung vom Geschmacksmusterschutz nur dann ausgeschlossen, wenn keine Gestaltungsalternative zur Verfügung steht.⁴⁵⁴ Die engere Auslegung des Schutzausschlussgrundes ist jedoch wegen der grundlegenden Unterschiede zwischen beiden Regelungsmaterien gerechtfertigt. Während nämlich im Markenrecht wegen der fehlenden zeitlichen Begrenzung die Gefahr eines dauerhaften „Monopols“ für technische Lösungen besteht, ist diese Möglichkeit im nur befristet gewährten Geschmacksmusterrecht von vornherein ausgeschlossen.⁴⁵⁵ Es bleibt daher dabei, dass ein Markenschutz bereits für nur technisch bedingte Warenformen ausscheidet.

d) Der Ware einen wesentlichen Wert verleihende Formen, § 3 Abs.2 Nr.3 MarkenG

Die letzte Tatbestandsalternative des § 3 Abs.2 MarkenG befasst sich mit dem Bereich, in dem es zu Berührungspunkten mit dem Urheber- oder Geschmacksmusterrecht kommen kann.⁴⁵⁶ Während § 3 Abs.2 Nr.1 MarkenG artbedingte und § 3 Abs.2 Nr.2 MarkenG technische bedingte Formgebungen betrifft, regelt § 3 Abs.2 Nr.3 MarkenG den Ausschluss willkürlich wählbarer, ästhetischer Gestaltungen.⁴⁵⁷

⁴⁵³ In diese Richtung auch der High Court of Justice, GRUR Int. 2000, 439, 443 (auszugsweise und in deutscher Übersetzung).

⁴⁵⁴ Siehe Seite 96 f.

⁴⁵⁵ Stolz, Teil 2 C II 3 b) S.103; Kur, GRUR 2002, 661, 664.

⁴⁵⁶ Hacker, in: Ströbele/Hacker, § 3 Rn 100.

⁴⁵⁷ Fezer, Markenrecht, § 3 Rn 232; Eichmann, FS für Vieregge, S.125, 150 f.; Kur, FS 100 Jahre Marken-Amt, S.175, 191.

aa) Warenform als ein wesentlicher Warenwert

Gem. § 3 Abs.2 Nr.3 MarkenG sind solche Warenformen vom Markenschutz ausgeschlossen, die der Ware einen wesentlichen Wert verleihen. Die Form einer Ware ist für den Warenwert immer dann wesentlich, wenn die Kaufentscheidung maßgeblich durch die Warenform beeinflusst wird.⁴⁵⁸ Es kommt also darauf an, ob die Entscheidung über den Erwerb einer Ware im Wesentlichen von der Form derselben abhängt. Die Anwendbarkeit des § 3 Abs.2 Nr.3 MarkenG ist also von vornherein ausgeschlossen und damit der Weg zur Markenfähigkeit eröffnet, wenn sich der Abnehmer bei seiner Entscheidung nicht maßgeblich von der Warenform, sondern von sonstigen Eigenschaften des Produkts wie etwa dessen Gebrauchsfähigkeit leiten lässt.⁴⁵⁹ In diesem Fall sind etwaige ästhetische Gestaltungselemente für den Erwerber allenfalls von untergeordneter Bedeutung und stellen daher auch keinen wesentlich wertbildenden Faktor dar.

bb) Vorgeschlagene Tatbestandseinschränkungen

Trotz dieser Einschränkung halten große Teile der Literatur die Regelung des § 3 Abs.2 Nr.3 MarkenG noch für zu weitgehend und daher insgesamt für verfehlt. Allerdings besteht Uneinigkeit darüber, in welchen Fällen § 3 Abs.2 Nr.3 MarkenG teleologisch zu reduzieren ist.

⁴⁵⁸ In diese Richtung auch: Raab, in: MAH Gewerbl. Rechtsschutz, § 35 Rn 16; Kur, FS 100 Jahre Marken-Amt, S.175, 191; Ingerl/Rohnke, NJW 1994, 1247, 1249; Albert, GRUR Int. 1997, 449, 461.

⁴⁵⁹ Vgl. zur Begründung Daniels, Teil 2 A I 4 b) cc) (2) (b) S.103 f. Diese Ausnahme zugunsten weniger bedeutender, ästhetischer Gestaltungen ist zudem auch deshalb angezeigt, um zu vermeiden, dass § 3 Abs.2 MarkenG die Markenfähigkeit von Warenformen vollkommen ausschließt. Da § 3 Abs.2 Nr.1 und 2 MarkenG artbedingte und der technischen Wirkung geschuldete Gestaltungsformen vom Markenschutz ausnehmen, kommt die Markenfähigkeit von Warenformen nur dann in Betracht, wenn sie einen darüber hinausgehenden ästhetischen Gehalt aufweisen. Da grundsätzlich jede ästhetische Gestaltung zur Verkäuflichkeit der Ware beitragen kann, ließe sich – ohne die hier gemachte Ausnahme – jede ästhetische Formgebung unter den Ausschlussgrund des § 3 Abs.2 Nr.3 MarkenG subsumieren mit der Folge, dass die Eintragung einer Warenform ins Markenrechtsregister von vornherein ausgeschlossen wäre; in diese Richtung auch Ingerl/Rohnke, § 3 Rn 58 S.73.

(1) Überblick über den gegenwärtigen Meinungsstand

Ein beachtlicher Teil der Literatur geht davon aus, dass das Schutzhindernis dann nicht greift, wenn die für die Kaufentscheidung wesentliche Form der Ware zugleich auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen hinweist.⁴⁶⁰ Einem Zeichen den Zutritt zum Markenrechtsregister zu verwehren, obwohl es auf die betriebliche Herkunft des Produkts hinweise und damit die Hauptfunktion einer Marke wahrnehme, widerspreche den Grundwertungen des Markengesetzes.⁴⁶¹ Einen ganz ähnlichen Ansatz wählt ein weiterer Teil der Literatur, der diejenige äußere Attraktivität eines Produkts, die es aufgrund seiner „Bekanntheit als Marke“ erworben hat, im Rahmen von § 3 Abs.2 Nr.3 MarkenG unberücksichtigt lassen will.⁴⁶² *Ingerl/Rohnke* gehen hingegen einen davon abweichenden Weg. Ihnen zufolge finde der Ausschlussgrund des wesentlichen Warenwerts auch bei vom Verkehr als originell oder individuell aufgefassten Formgebungen keine Anwendung.⁴⁶³ § 3 Abs.2 Nr.3 MarkenG beschränke sich demnach im Wesentlichen darauf, Zeitgeist bedingte Modeströmungen und Stilrichtungen vom Markenrechtsregister fernzuhalten.⁴⁶⁴

Demgegenüber lehnt die patentgerichtliche Rechtsprechung eine teleologische Reduktion des § 3 Abs.2 Nr.3 MarkenG ab. Sobald die Form der Ware selbst von maßgeblicher Bedeutung für die Kaufentscheidung der Abnehmer sei, müsse der Zugang zum Markenrecht verwehrt und der Unternehmer auf den Schutz durch das Urheber- und Geschmacksmusterrecht verwiesen werden.⁴⁶⁵

⁴⁶⁰ *Ingerl/Rohnke*, § 3 Rn 59; *Hacker*, in: *Ströbele/Hacker*, § 3 Rn 102; *Raab*, in: *MAH Gewerbl. Rechtsschutz*, § 35 Rn 16; *Lewalter/Schrader*, *GRUR* 2005, 476, 478.

⁴⁶¹ In diese Richtung *Hacker*, in: *Ströbele/Hacker*, § 3 Rn 102.

⁴⁶² *Fezer*, *Markenrecht*, § 3 Rn 232; ähnlich auch *Kur*, *FS 100 Jahre Marken-Amt*, S.175, 193; *Körner/Gründig-Schnelle*, *GRUR* 1999, 535, 538.

⁴⁶³ *Ingerl/Rohnke*, § 3 Rn 59.

⁴⁶⁴ *Ingerl/Rohnke*, § 3 Rn 58 S.74; i.E. ähnlich auch *Körner/Gründig-Schnelle*, *GRUR* 1999, 535, 538.

⁴⁶⁵ *BPatG Bl.f.PMZ* 2002, 228 „Schmuckring“; *BPatG GRUR* 2005, 333, 335 „Kühlerrahmen“; *BPatG* vom 20.10.2004, Az.: 28 W (pat) 173/03 Rn 20 „Kotflügel“.

(2) Bewertung

Sämtliche von der Literatur vorgeschlagenen Einschränkungen des § 3 Abs.2 Nr.3 MarkenG stoßen auf Bedenken.

So findet der Vorschlag von *Ingerl/Rohnke*, das Schutzhindernis bei vom Verkehr als originell und individuell aufgefassten Gestaltungen nicht durchgreifen zu lassen, weder im Wortlaut noch im Normzweck eine hinreichende Stütze und ist daher abzulehnen. Das Problem der weiteren Einschränkungsversuche besteht darin, dass sie die Schutzschranke des § 3 Abs.2 Nr.3 MarkenG letztlich durch eine entsprechende Verkehrsdurchsetzung zu überwinden versuchen. Eine solche Auslegung steht jedoch im krassen Gegensatz zur gesetzlichen Systematik, der zufolge lediglich die absoluten Schutzhindernisse des § 8 Abs.2 Nr. 1, 2 und 3 MarkenG im Wege der Verkehrsdurchsetzung überbrückt werden können.⁴⁶⁶

Eine teleologische Reduktion des § 3 Abs.2 Nr.3 MarkenG ist daher mit dem *BPatG* abzulehnen. Dieser Ausschlussgrund ist somit stets erfüllt, wenn die Warenform maßgeblichen Einfluss auf die Kaufentscheidung der Abnehmer nimmt.

2. Absolute Schutzhindernisse gem. § 8 Abs.2 MarkenG

Neben dem speziell für Warenformmarken geltenden Ausschlussgrund des § 3 Abs.2 MarkenG kann der Markenfähigkeit dreidimensionaler Gestaltungen auch ein auf sämtliche Markenarten anwendbares Schutzhindernis i.S.v. § 8 Abs.2 MarkenG entgegenstehen. Wie sich bereits aus dem Wortlaut und der Systematik des § 8 MarkenG ergibt, schließen sich diese beiden Tatbestände nicht aus.⁴⁶⁷ Sie stehen vielmehr in einem derartigen Stufenverhältnis, dass es auf die Schutzschranken des § 8 MarkenG erst dann ankommt, wenn ein i.S.v. § 3 Abs.2 MarkenG schutzfähiges Zeichen vorliegt. Für die

⁴⁶⁶ Vgl. zur insoweit einhelligen Auffassung: Fezer, Markenrecht, § 3 Rn 222; Ingerl/Rohnke, § 3 Rn 46; Kur, FS 100 Jahre Marken-Amt, S.175, 184; Lewalter/Schrader, GRUR 2005, 476, 477.

⁴⁶⁷ So zur Auslegung des Art. 3 Abs.1 c) der Richtlinie89/104 EWG auf Vorlage des BGH: EuGH GRUR 2003, 514, 518 „Linde, Winward und Rado“. Im Anschluss an diese Vorabentscheidung nunmehr auch: BGH WRP 2004, 749, 750 f. „Transformatorgehäuse; BGH WRP 2004, 752, 753 „Gabelstapler II“; BGH WRP 2004, 755, 756 „Stabtaschenlampen II“.

Eintragbarkeit von Warenformen ist dabei insbesondere § 8 Abs.2 Nr.1 MarkenG von herausragender Bedeutung, der Zeichen ohne jede Unterscheidungskraft vom Schutz durch das MarkenG ausnimmt. Ein solches Zeichen wird nur dann im Markenrechtsregister eingetragen, wenn es sich trotz eigentlich fehlender konkreter Unterscheidungseignung dennoch in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt hat, § 8 Abs.3 MarkenG. Da es sich bei § 8 MarkenG um eine sehr komplexe, eine Vielzahl von Fragen aufwerfende Vorschrift handelt, müssen sich die folgenden Ausführungen auf die für den Gegenstand dieser Arbeit zentralen Punkte beschränken.

a) Fehlen jedweder Unterscheidungskraft, § 8 Abs.2 Nr.1 MarkenG

aa) Unterscheidungskraft für Waren oder Dienstleistungen

Gem. § 8 Abs.2 Nr.1 MarkenG sind solche Zeichen von der Eintragung ins Markenrechtsregister ausgeschlossen, denen für die Waren und Dienstleistungen keinerlei Unterscheidungskraft zukommt. Einigkeit besteht darüber, dass es hier auf die konkrete Unterscheidungskraft ankommt. Bei der Frage, ob sich ein Zeichen zur Unterscheidung eignet, ist daher auf die konkret beantragten Waren oder Dienstleistungen abzustellen.⁴⁶⁸

Dagegen wird die Frage, worauf genau sich die Unterscheidungskraft eines Zeichens beziehen muss, unterschiedlich beantwortet. Ganz überwiegend wird angenommen, dass ein markenfähiges Zeichen nur dann vorliege, wenn es eine gewerbliche Leistung hinsichtlich ihrer betrieblichen Herkunft von den Leistungen anderer Unternehmer unterscheiden könne.⁴⁶⁹ Unterscheidungskraft i.S.v. § 8 Abs.2 Nr.1 MarkenG besitze ein Zeichen daher nur dann, wenn der Abnehmer damit einen bestimmten Hersteller verbinde. Gegen diese enge Auslegung wendet sich *Fezer*. Er verzichtet auf das Er-

⁴⁶⁸ Fezer, Markenrecht, § 8 Rn 22, 24; Ströbele, in: Ströbele/Hacker, § 8 Rn 38 S.199; Raab, in: MAH Gewerbbl. Rechtsschutz, § 35 Rn 19; Nordemann, Rn 2151.

⁴⁶⁹ BGH WRP 2004, 749, 751 „Transformatorengehäuse“; BGH WRP 2004, 752, 754 „Gabelstapler II“; BGH WRP 2004, 755, 756 „Stabtaschenlampen II“; BPatG GRUR 2005, 333, 336 „Kühlerrahmen“; Ströbele, in: Ströbele/Hacker, § 8 Rn 39 S.200; Raab, in: MAH Gewerbbl. Rechtsschutz, § 35 Rn 19; Kur, FS 100 Jahre Marken-Amt, S.175, 194; Hacker, GRUR 2001, 630, 632.

fordernis eines Herkunftshinweises und lässt es genügen, wenn ein Zeichen die Leistungen eines Unternehmers von denen eines anderen unterscheidet.⁴⁷⁰

Fezer verkennt jedoch, dass die Herkunftsfunktion der Marke auch nach der Reform des MarkenG noch immer von zentraler Bedeutung ist. Dies ergibt sich zum einen aus dem Wortlaut des § 3 Abs.1 MarkenG, der die Markenfähigkeit von der Eignung zur Unterscheidung der Waren/Dienstleistungen eines *Unternehmers* von denen anderer *Unternehmer* abhängig macht, und zum anderen aus der ausdrücklichen Erwähnung der Herkunftsfunktion in Erwägungsgrund 10 der dem deutschen Recht zu Grunde liegenden Richtlinie 89/104 EWG.⁴⁷¹ Daher ist auch weiterhin davon auszugehen, dass Unterscheidungskraft i.S.v. § 8 Abs.2 Nr.1 MarkenG nur solchen Zeichen zukommt, die einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft der jeweiligen Leistung enthalten.

bb) Anforderungen an die Unterscheidungskraft beim Schutz von Warenformen

Ein Zeichen besitzt somit konkrete Unterscheidungskraft, wenn es geeignet ist, von den beteiligten Verkehrskreisen als Herkunftsunterscheidungsmittel für die angemeldeten Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmers gegenüber denen anderer Unternehmer wahrgenommen zu werden,⁴⁷² wobei hinsichtlich der beteiligten Verkehrskreise auf den Typus eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsabnehmers abzustellen ist.⁴⁷³ Nach Einführung der grundsätzlichen Markenfähigkeit dreidimensionaler Gestaltungen im Jahr 1995 wurde jedoch die Frage aufgeworfen, ob bei der Eintragung von Warenformmarken höhere Anforderungen an die konkrete Unterscheidungskraft zu stellen sind als bei

⁴⁷⁰ Fezer, Markenrecht, § 8 Rn 29.

⁴⁷¹ So auch Ströbele, in: Ströbele/Hacker, § 8 Rn 39 S.200.

⁴⁷² BGH WRP 2004, 749, 751 „Transformatorengehäuse“; Ingerl/Rohnke, § 8 Rn 113; Ströbele, in: Ströbele/Hacker, § 8 Rn 38 S.199; Nordemann, Rn 2183 S.348.

⁴⁷³ BPatG GRUR 2000, 1049 „21st Century“; Ingerl/Rohnke, § 8 Rn 81; Ströbele, in: Ströbele/Hacker, § 8 Rn 62 S.213.

anderen Marken.⁴⁷⁴ Im Wege einer Vorabentscheidung auf Vorlage des *BGH* hat der *EuGH* diese Frage verneint und festgestellt, dass bei Formmarken, die aus der Form der Ware bestehen, kein strengerer Maßstab an die Unterscheidungskraft anzulegen ist als bei anderen Markenformen.⁴⁷⁵ Der Gerichtshof räumt gleichwohl ein, dass eine Warenform eher selten Unterscheidungskraft i.S.v. Art. 3 Abs.1 b) der Richtlinie 89/104 EWG (bzw. § 8 Abs.2 Nr.1 MarkenG) aufweisen wird.⁴⁷⁶ Denn der durchschnittliche Abnehmer wird (zumindest bisher noch) von der äußeren Gestaltung einer Ware eher selten auf deren Herkunft schließen, sondern diese eher als der Funktionalität oder ästhetischen Formgebung geschuldet ansehen.⁴⁷⁷

cc) Zusätzlich verminderte Unterscheidungskraft von Ergänzungsprodukten

Im hier interessierenden Bereich der Ergänzungsprodukte werden die beteiligten Verkehrskreise die Form des Erzeugnisses noch aus einem anderen Grund regelmäßig nicht als Hinweis auf die betriebliche Herkunft auffassen. Für den Erwerber eines Ergänzungsartikels wird nämlich im Regelfall dessen Kompatibilität zu einem jeweiligen Hauptprodukt von maßgeblicher Bedeutung sein.⁴⁷⁸ D.h. der Verkehr wird ein Ergänzungsprodukt regelmäßig nicht als die Leistung eines bestimmten Unternehmens, sondern als einen zu einem bestimmten Hauptprodukt bzw. Ausgangserzeugnis passenden Artikel wahrnehmen. Diese Überlegung sowie die Tatsache, dass die Überwindung der Schutzschranke des § 8 Abs.2 Nr.1 MarkenG bei Warenformmarken generell mit Schwierigkeiten verbunden ist, rechtfertigen die Annahme, dass die Markenfähigkeit von Ergänzungsprodukten regelmäßig an

⁴⁷⁴ In diese Richtung etwa: BPatGE 39, 219, 223 „Taschenlampen“; BPatG GRUR 1998, 706, 709 „Montre I“. Vgl. zur gesamten Diskussion den Vorlagebeschluss des BGH in WRP 2001, 261, 263 f. „Gabelstapler“.

⁴⁷⁵ EuGH GRUR 2003, 514, 517 „Linde, Winward und Rado“; in diese Richtung auf Vorlage des Court of Appeal (England & Wales) bereits EuGH GRUR 2002, 804, 807 „Philips“.

⁴⁷⁶ EuGH GRUR 2003, 514, 517 „Linde, Winward und Rado“.

⁴⁷⁷ BPatG vom 10.01.2006, Az.: 24 W (pat) 251/03 Rn 21 ff. „Filterkörper“; Raab, in: MAH Gewebl. Rechtsschutz, § 35 Rn 36; Nordemann, Rn 2251 S.372.

⁴⁷⁸ In diese Richtung – am Beispiel von Kraftfahrzeugteilen – auch BPatG GRUR 2005, 333, 336 „Kühlerrahmen“; siehe auch Seite 13 f.

deren fehlender Unterscheidungskraft i.S.v. § 8 Abs.2 Nr.1 MarkenG scheitern wird.

b) Unanwendbarkeit bei Verkehrsdurchsetzung, § 8 Abs.3 MarkenG

Gem. § 8 Abs.3 MarkenG findet der Ausschlussgrund des § 8 Abs.2 Nr.1 MarkenG keine Anwendung, wenn sich die Marke aufgrund ihrer Benutzung für Waren/Dienstleistungen, für welche sie angemeldet worden ist, in den beteiligten Verkehrskreisen trotz der nicht vorhandenen Unterscheidungseignung durchgesetzt hat. Nimmt also der Verkehr ein an sich nicht unterscheidungskräftiges Zeichen infolge der Benutzung doch als Hinweis auf die betriebliche Herkunft wahr,⁴⁷⁹ so soll die damit verbundene Werbeleistung mit dem grundsätzlichen Zugang zum Markenrechtsregister belohnt werden.

Ungeachtet der mit der Feststellung der Verkehrsdurchsetzung im Einzelnen verbundenen Probleme⁴⁸⁰ ist es zwar nicht völlig ausgeschlossen, dass § 8 Abs.3 MarkenG bei Ergänzungsprodukten eingreift, jedoch dürfte dies die Ausnahme bleiben. Denn auch hier kommt es wiederum maßgeblich auf die markenrechtliche Herkunftsfunktion an, die aus den eben dargelegten Gründen⁴⁸¹ nur selten von Ergänzungsartikeln wahrgenommen werden wird.

IV. Einordnung der einzelnen Ergänzungsprodukte

1. Ersatzteile

Ersatzteile werden als eigenständiger Gegenstand einer Marke regelmäßig ausscheiden. Da deren Gestaltung häufig allein auf ihrer technischen Funktion beruht, steht insoweit § 3 Abs.2 Nr.2 MarkenG einem direkten Markenschutz entgegen, zumal diese Vorschrift nach der hier vertretenen Auffassung – abweichend von der entsprechenden Norm des Geschmacksmuster-

⁴⁷⁹ Ingerl/Rohnke, § 8 Rn 321; Raab, in: MAH Gewerbl. Rechtsschutz, § 35 Rn 53 S.1293; Daniels, Teil 2 A II 5 b) S.149.

⁴⁸⁰ Vgl. dazu etwa Ströbele, in: Ströbele/Hacker, § 8 Rn 300 ff.

⁴⁸¹ Siehe Seite 152 ff.

rechts – nicht nur technisch notwendige, sondern sogar lediglich technisch bedingte Warenformen vom Schutz durch das MarkenG ausnimmt. Sofern ausnahmsweise auch ein Ersatzteil wesentliche Teile aufweist, die keine technische Funktion wahrnehmen, ist als weitere Schranke § 3 Abs.2 Nr.3 MarkenG zu beachten. Diese Bestimmung wird jedoch im Fall der Ersatzteile nur ausnahmsweise eingreifen. Denn beim Erwerb von Ersatzteilen steht regelmäßig die Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit des Hauptprodukts im Vordergrund. Die ästhetische Gestaltung tritt dahinter zurück und wird daher zumeist⁴⁸² keinen maßgeblichen Einfluss auf die Kaufentscheidung von Ersatzteilen nehmen.

Schließlich scheidet ein direkter Markenschutz von Ersatzteilen zumeist an der Schutzschranke des § 8 Abs.2 Nr.1 MarkenG. Denn da der Verkehr Ersatzteile regelmäßig als zu einem bestimmten Hauptprodukt passend und nicht aus einem bestimmten Unternehmen stammend wahrnehmen wird, wird diesen – auch nicht im Wege der Verkehrsdurchsetzung gem. § 8 Abs.3 MarkenG – vielfach keine konkrete Unterscheidungskraft zukommen.

2. Zubehör

Hinsichtlich der Produktgruppe des Zubehörs sind wiederum insbesondere die Schutzschränken des § 3 Abs.2 Nr.2 und 3 MarkenG zu beachten, die im Einzelfall einem zugunsten eines Zubehörartikels gewährten Markenschutz entgegenstehen können. Da es dem Abnehmer jedoch auch bei Zubehörartikeln regelmäßig entscheidend auf die Kompatibilität zum Hauptprodukt ankommt, wird es auch dieser Ergänzungsproduktgruppe ebenso wie den Ersatzteilen im Regelfall an der erforderlichen konkreten Unterscheidungskraft fehlen und damit ein direkter Markenschutz für Zubehör ausscheiden.

⁴⁸² Eine Ausnahme dürfte etwa für bestimmte „must match“-Kfz-Ersatzteile zu machen sein, da es jedenfalls in Deutschland beim Erwerb von Kfz-Ersatzteilen häufig von zentraler Bedeutung ist, den ästhetischen „status quo ante“ des Fahrzeugs wiederherzustellen; vgl. dazu BPatG GRUR 2005, 333, 335 „Kraftfahrzeugteile“; BPatG MarkenR 2005, 56, 58 „BMW-Motorhaube“; kritisch zu diesem Ansatz Hacker, in: Ströbele/Hacker, § 3 Rn 104.

3. Serienprodukte

Im Hinblick auf Serienerzeugnisse kann auf das zur Gruppe des Zubehörs Gesagte verwiesen werden. Auch hier kann im konkreten Einzelfall die insbesondere für Warenformmarken geltende Vorschrift des § 3 Abs.2 Nr.2 und 3 MarkenG einen direkten Schutz für Serienartikel vereiteln. Aufgrund der in der Serie angelegten Beziehung zwischen den einzelnen Erzeugnissen wird Serienartikeln regelmäßig keine konkrete Unterscheidungskraft i.S.v. § 8 Abs.2 Nr.1 MarkenG zukommen.

4. Verbrauchsmaterialien

Beim direkten Markenschutz von Verbrauchsmaterialien wird wiederum die Parallele zu den Ersatzteilen ersichtlich. Da sie die ordnungsgemäße Funktionsfähigkeit der Hauptsache sicherstellen, werden sie als technisch bedingte Gestaltungen – ebenso wie die Ergänzungsproduktgruppe der Ersatzteile – häufig bereits gem. § 3 Abs.2 Nr.2 MarkenG vom direkten Markenschutz ausgeschlossen sein. Wie bei den übrigen Ergänzungsproduktarten steht für den Verkehr beim Erwerb von Verbrauchsmaterialien deren Kompatibilität im Vordergrund. Als Herkunftshinweis wird er deren Form daher im Regelfall nicht wahrnehmen, sodass ein direkter Markenschutz mangels konkreter Unterscheidungskraft gem. § 8 Abs.2 Nr.1 MarkenG vielfach ausscheiden wird.

B. Indirekter Markenschutz

Während es im soeben behandelten Teil darum ging, ob das Ergänzungsprodukt selbst als Marke eingetragen werden kann, soll nun erörtert werden, ob Ergänzungsartikel in einen etwaigen Markenschutz des Hauptprodukts einbezogen werden können. Dabei ist wiederum zwischen den Möglichkeiten einer unmittelbaren und mittelbaren Verletzung der Hauptproduktmarke zu unterscheiden.

I. Unmittelbare Verletzungshandlung

Wie bei den anderen Sondergesetzen geht es auch bei diesem Fragenkomplex um den Elementenschutz, d.h. darum, ob die Marke insgesamt bereits durch die Benutzung nur eines Teils derselben verletzt wird. Gem. § 14 Abs.2 MarkenG ist Dritten im geschäftlichen Verkehr ohne Zustimmung des Berechtigten die Verwendung identischer oder ähnlicher Zeichen für bestimmte Waren oder Dienstleistungen untersagt. Von entscheidender Bedeutung für die hier geregelte unmittelbare Verletzung ist demnach die Zeichenidentität oder -ähnlichkeit.

Allgemein anerkannt ist ein Teilschutz im Hinblick auf den Gesamteindruck der Marke. Dem Bestandteil einer mehrgliedrigen Marke kann dann kollisionsbegründende Wirkung zukommen, wenn er eine eigenständige kennzeichnende Funktion aufweist und daher den Gesamteindruck der Marke insgesamt prägt.⁴⁸³

Da der von Ergänzungsprodukten ausgehende Einfluss auf den herkunftshinweisenden Gesamteindruck einer Marke zumindest im Regelfall eher gering sein wird, wird dieser Teilschutz – ebenso wie das entsprechende Institut im Geschmacksmusterrecht⁴⁸⁴ – im hier interessierenden Bereich kaum einschlägig sein.

Da der markenrechtliche Schutz von der eingetragenen Gestaltung des Kennzeichens ausgehen muss und aus diesem Grund ein vom Gesamteindruck der Marke losgelöster Elementenschutz – wie er etwa im Geschmacksmusterrecht diskutiert wird – im MarkenG nicht existiert,⁴⁸⁵ schei-

⁴⁸³ BGH GRUR 1996, 198, 199 „Springende Raubkatze“; BGH GRUR 2000, 233, 234 „RAUSCH/ELFI RAUCH“; BGH GRUR 2001, 1158, 1160 „Dorf MÜNSTERLAND“; BGH GRUR 2002, 167, 169 „Bit/Bud“; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1999, 1348, 1349; Hacker, in: Ströbele/Hacker, § 9 Rn 232; noch zum Warenzeichengesetz auch Ullmann, GRUR 1993, 334, 337. Sehr ausführlich zur Prägetheorie des BGH auch Ingerl/Rohnke, § 14 Rn 627 ff.

⁴⁸⁴ Siehe Seite 122 f.

⁴⁸⁵ BGH GRUR 1976, 353, 354 „COLORBOY“; BGH GRUR 1983, 768 f. „Capri-Sonne“; BGH GRUR 1996, 198, 199 „Springende Raubkatze“; Nordemann, Rn 2354 S.388; Starck, WRP 1996, 269, 273.

det ein indirekter Markenschutz im Hinblick auf unmittelbare Verletzungshandlungen auch insoweit aus.

II. Mittelbare Markenverletzung

Die Frage einer mittelbaren Verletzung von Kennzeichenrechten findet in der markenrechtlichen Rechtsprechung und Literatur kaum Beachtung.⁴⁸⁶ Eine mittelbare Markenverletzung kommt – stark vereinfacht formuliert – immer dann in Betracht, wenn eine Person zwar nicht selbst die Marke für die geschützten Waren bzw. Dienstleistungen benutzt, jedoch eine Handlung vornimmt, die eine solche Benutzung vorbereiten kann und damit die abstrakte Gefahr einer unmittelbaren Markenverletzung begründet.

Die mittelbare Markenverletzung ist seit der Novellierung des Markenrechts im Jahr 1994 in § 14 Abs.4 MarkenG geregelt.⁴⁸⁷ Danach erstreckt sich der Markenschutz auch auf das Anbringen von identischen/ähnlichen Marken auf Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmitteln und auf das Anbieten, in Verkehr bringen, den Besitz sowie die Ein- und Ausfuhr dieser, mit einer derartigen Marke versehenen Gegenstände, sofern damit die Gefahr einer rechtswidrigen Markenbenutzung i.S.v. § 14 Abs.2, 3 MarkenG verbunden ist.

Da hier untersucht werden soll, ob eine Hauptproduktmarke durch die Herstellung bzw. den Vertrieb von kompatiblen Ergänzungsprodukten verletzt wird, und es demnach nicht um Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmittel geht, ist § 14 Abs.4 MarkenG nicht einschlägig.

§ 14 Abs.4 MarkenG regelt jedoch nach allgemeiner Auffassung die mittelbare Markenverletzung nicht abschließend,⁴⁸⁸ d.h. die sonstigen Möglichkeiten, um gegen im Vorfeld einer Markenverletzung liegende Handlungen

⁴⁸⁶ Nachdem Pinzger, JW 1939, 81, 82 f. die Möglichkeit einer mittelbaren Kennzeichenverletzung als erster erkannt hatte, haben sich im Anschluss daran – soweit ersichtlich – nur Er. Reimer, JR 1951, 307, 310, Fritze, GRUR 1956, 195 ff. sowie – in neuerer Zeit – Starck, FS für Piper, S.627 ff. grundlegend mit diesem Problem beschäftigt.

⁴⁸⁷ Ingerl/Rohnke, § 14 Rn 209; Starck, FS für Piper, S.627.

⁴⁸⁸ BGH CR 2001, 850, 851 „ambiente.de“; Ingerl/Rohnke, § 14 Rn 213.

vorzugehen, bleiben davon unberührt.⁴⁸⁹ Der Rechtsprechung zufolge sei insoweit auf die im Patentrecht vor Einführung des § 10 PatG geltende Rechtslage zurückzugreifen, sodass eine außerhalb des § 14 Abs.4 MarkenG liegende mittelbare Kennzeichenverletzung als eine besondere Form der Teilnahme an einer unmittelbaren Verletzungshandlung einzustufen sei.⁴⁹⁰ Dies ist indes abzulehnen. Im Hinblick auf eine möglichst einheitliche Handhabung der einzelnen gewerblichen Schutzrechte erscheint nämlich auch im Markenrecht eine analoge Anwendung des § 10 PatG angebracht.⁴⁹¹ Eine mittelbare Markenrechtsverletzung in Analogie zu § 10 PatG liegt daher vor, wenn ein Dritter einer nicht zur Benutzung der Marke berechtigten Person ein Mittel anbietet oder liefert, das sich auf ein zentrales Markenelement bezieht, und dies in Kenntnis bzw. fahrlässiger Unkenntnis der Eignung und Bestimmung des Mittels zur markenverletzenden Verwendung geschieht. Zur Bestimmung der einzelnen Merkmale kann auf die bereits im Rahmen des Patentrechts angestellten Überlegungen zurückgegriffen werden.⁴⁹² Eine Mittel bezieht sich daher auf ein wesentliches Markenelement, wenn es zur Verwirklichung des Herkunftshinweises beiträgt.

III. Einordnung der einzelnen Ergänzungsprodukte

Auch die Einbeziehung eines Ergänzungsartikels in den kennzeichnungrechtlichen Schutz des Hauptprodukts, d.h. also eine mittelbare Markenverletzung wird für keine der Produktgruppen zu bejahen sein.

Auf der einen Seite scheidet eine unmittelbare Verletzung der Hauptproduktmarke aus, da der – allein praktische Relevanz beanspruchende – Elementenschutz dem Markenrecht fremd ist. Auf der anderen Seite ist auch der Tatbestand der mittelbaren Markenverletzung in Analogie zu § 10 PatG regelmäßig nicht erfüllt. Denn die von § 10 PatG analog geforderte Beziehung zu einem wesentlichen Element der Marke liegt nur vor, wenn ein

⁴⁸⁹ BGH CR 2001, 850, 851 „ambiente.de“; OLG Düsseldorf WRP 1996, 559, 562.

⁴⁹⁰ OLG Düsseldorf WRP 1996, 559, 562; in diese Richtung auch BGH CR 2001, 850, 851 „ambiente.de“.

⁴⁹¹ Siehe zum entsprechenden Problem im Geschmacksmusterrecht Seite 125 ff.

⁴⁹² Siehe Seite 66 ff.

nicht unerheblicher Beitrag zur Herkunftsfunktion des Kennzeichens geleistet wird. Da jedoch Ergänzungsartikel vom Verkehr regelmäßig nicht als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen wahrgenommen werden,⁴⁹³ leisten sie allenfalls einen unerheblichen Beitrag zur Herkunftsfunktion der Marke und beziehen sich somit nicht auf ein wesentliches Element der Marke. Damit kommt unabhängig davon, ob der Abnehmer aufgrund des Grundsatzes der Erschöpfung berechtigt ist, für das markengeschützte Hauptprodukt Ergänzungsartikel zu verwenden, eine mittelbare Markenverletzung im Regelfall nicht in Frage.⁴⁹⁴

C. Zusammenfassung

Den sich aus einem Produkt ergebenden Ergänzungsbedarf mit den Mitteln des Markenrechts abzusichern, bietet insgesamt wenig Aussicht auf Erfolg. Ein direkter Markenschutz von Ergänzungsartikeln scheitert einerseits insbesondere an § 3 Abs.2 Nr.2 und 3 MarkenG. Andererseits kommt Ergänzungsprodukten regelmäßig keine konkrete Unterscheidungskraft zu, sodass § 8 Abs.2 Nr.1 MarkenG einem direkten markenrechtlichen Schutz entgegensteht.

Auch ein indirekter Schutz durch das MarkenG ist wenig Erfolg versprechend. Durch die Herstellung und den Vertrieb von Ergänzungsprodukten wird die Hauptproduktmarke weder unmittelbar verletzt, da das Ergänzungsprodukt für den Gesamteindruck der Marke i.d.R. nur von geringer Bedeutung ist und dem Markenrecht ein Elementschutz fremd ist, noch mittelbar verletzt, da Ergänzungsartikel zumeist keinen wesentlichen Beitrag zur Herkunftsfunktion der Hauptproduktmarke leisten werden.

⁴⁹³ Siehe Seite 153 f.

⁴⁹⁴ Auf den Komplex der mittelbaren Kennzeichnung, der sich mit der Frage beschäftigt, welche nachträglichen Eingriffe in ein markengeschütztes Produkt der Inhaber des Schutzrechts hinnehmen muss, braucht daher jedenfalls nicht weiter eingegangen zu werden; zum Begriff der mittelbaren Kennzeichnung vgl. Wiedmann, 1. Teil Kapitel 1.

5. Teil: Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz und Ergänzungsartikel

A. Denkbare Konstellationen beim wettbewerbsrechtlichen Schutz

Schließlich kommt für die Absicherung eines Ergänzungsbedarfs auch das Lauterkeitsrecht in Betracht. Bei den spezialgesetzlichen Leistungsschutzrechten wurde bisher zwischen zwei unterschiedlichen Konstellationen unterschieden: dem direkten und dem indirekten Schutz. Während im Rahmen des direkten Schutzes der jeweilige Ergänzungsartikel selbst zum Gegenstand des Ausschließlichkeitsrechts (bspw. des Patents oder der Marke) gemacht wurde, ging es im Bereich des indirekten Schutzes darum, ob ein Ergänzungsprodukt an dem zugunsten der Hauptsache gewährten Recht teilnehmen kann. Diese Struktur kann streng genommen nicht auf den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz übertragen werden. Denn anders als die Sondergesetze bezweckt das UWG nach allgemeiner Auffassung nicht den Schutz einer gewerblichen Leistung als solcher, sondern nur die Abwehr unlauterer Verhaltensweisen im Wettbewerb.⁴⁹⁵ Da im Lauterkeitsrecht also kein Schutzrecht im eigentlichen Sinne verliehen wird und demnach weder das Ergänzungs- noch das Hauptprodukt zum Gegenstand eines Schutzrechts gemacht werden kann, scheidet an sich eine den Sondergesetzen entsprechende direkte oder indirekte Absicherung eines Ergänzungsbedarfs im UWG aus.

Dennoch sind die hier angestellten Überlegungen auch dem UWG-Nachahmungsschutz nicht vollkommen fremd. Denn auch der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz setzt die Nachahmung bestimmter Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers voraus, § 4 Nr.9 UWG. Zwar wird für diese Leistungen beim lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz kein den Sondergesetzen gleichzusetzendes Ausschließlichkeitsrecht gewährt,⁴⁹⁶ jedoch bilden sie auch hier den Ausgangspunkt für die Unzulässigkeit imitatorischen Wettbewerbs. Davon ausgehend spricht nichts dagegen, auch bei der

⁴⁹⁵ BGH GRUR 1959, 240, 243 „Nelkenstecklinge“; Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.4 S.336; Deck, in: MAH Gewerbbl. Rechtsschutz, § 19 Rn 5 S.624; Götting, Wettbewerbsrecht, § 11 Rn 10.

⁴⁹⁶ Demgegenüber für die Immaterialgüterrechtsähnlichkeit des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes plädierend: Keller, S. 595, 605.

Erörterung des Wettbewerbsrechts an der Zweiteilung in direkten und indirekten Schutz festzuhalten, freilich mit der Einschränkung, dass es nicht um die Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten geht.

Da aber der indirekte Lauterkeitsschutz in Rechtsprechung und Literatur kaum Beachtung findet und sich alle zentralen Probleme im Bereich des direkten Schutzes wieder finden, beziehen sich die nachstehenden Ausführungen im Wesentlichen auf die direkte Absicherung eines Ergänzungsbedarfs. Erst am Ende dieses Abschnitts wird noch kurz auf die Möglichkeit eines indirekten Lauterkeitsschutzes eingegangen.

B. Allgemeine Voraussetzungen eines Leistungsschutzes gem. § 3 UWG

Hinsichtlich der allgemeinen Voraussetzungen eines ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes wird auf die im ersten Teil der Arbeit gemachten Ausführungen⁴⁹⁷ verwiesen. Im Folgenden sollen nur die im Rahmen der Schutzvoraussetzungen auftretenden Problemfelder, die für den Gegenstand der Arbeit von besonderem Interesse sind, näher betrachtet werden.

I. Wettbewerbliche Eigenart

1. Regelungsgehalt des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals

Dass ein wettbewerblicher Leistungsschutz nur eingreift, wenn das vor Nachahmung zu schützende Produkt wettbewerbliche Eigenart aufweist, lässt sich dem Wortlaut des § 4 Nr.9 UWG nicht entnehmen; es handelt sich dabei um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal. Ein Erzeugnis besitzt dann wettbewerbliche Eigenart, wenn dessen konkrete Ausgestaltung geeignet ist, im Verkehr auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen.⁴⁹⁸ Die Aufgabe dieses Merkmals wird ganz allgemein darin gesehen, die aus der Masse der Produkte herausragenden und daher

⁴⁹⁷ Siehe Seite 38 ff.

⁴⁹⁸ Piper, in: Piper/Ohly, § 4.9 Rn 23; Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.24 S.344; Eck, in: Gloy/Loschelder, Hdb. WettbewerbsR, § 43 Rn 14 S.570; Götting, Wettbewerbsrecht, § 11 Rn 21; siehe auch Fn 150.

schutzwürdigen Leistungen von den als nicht schutzwürdig eingestuften „Allerweltserzeugnissen“ abzugrenzen.⁴⁹⁹

Die Schutzwürdigkeit kann sich dabei aus zwei Eigenschaften ergeben: Zum einen wird auf die Fähigkeit, als Herkunftshinweis zu fungieren, abgestellt.⁵⁰⁰ Zum anderen soll es darauf ankommen, ob die Leistung geeignet ist, auf ihre eigenen Besonderheiten hinzuweisen. Diese Formulierung scheint sprachlich etwas missglückt. Verfügt nämlich eine Leistung über solche Besonderheiten, dann wird sich dies in besonderen, d.h. auffälligen oder individuellen Merkmalen äußern. Sollen diese Merkmale nun als Hinweis auf die Besonderheiten des Produkts dienen, dann müssen sie entweder auf sich selbst oder auf eine andere Besonderheit des Erzeugnisses aufmerksam machen. Worin neben den besonderen Merkmalen eine Besonderheit des Erzeugnisses bestehen soll, lässt sich jedoch ebenso wenig begründen wie der Hinweis der Merkmale auf sich selbst.⁵⁰¹ Die zweite Alternative der wettbewerblichen Eigenart wird daher eher dahingehend zu verstehen sein, dass kein Hinweis auf die Besonderheiten des Produkts, sondern nur eine gewisse „Besonderheit“ erforderlich ist, die dazu führt, dass das Erzeugnis im Verkehr als etwas Besonderes wahrgenommen wird.⁵⁰²

Für den UWG-Schutz von Ergänzungsprodukten hat das folgende Bedeutung: Die wettbewerbliche Eigenart eines Ergänzungsartikels wird sich regelmäßig nicht aus seiner Fähigkeit, als Herkunftshinweis zu fungieren, ergeben. Denn wie bereits dargestellt⁵⁰³ wird der Rechtsverkehr dem Ergänzungsprodukt für sich genommen zumeist nicht den Hinweis auf seinen betrieblichen Ursprung entnehmen. Wettbewerbsmäßig eigenartig werden Ergän-

⁴⁹⁹ Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.24 S.344; Götting, in: Fezer UWG I, § 4-9 Rn 24 S.764; Deck, in: MAH Gewerb. Rechtsschutz, § 19 Rn 61; Müller-Laube, ZHR 156 (1992), 480, 503. Dagegen betont Riesenhuber, WRP 2005, 1118, 1119 den Wettbewerbsbezug der Eigenart; er geht davon aus, dass dieses Merkmal – § 2 Abs.1 Nr.1 UWG vergleichbar – in erster Linie dazu dient, den Anwendungsbereich des UWG auf Wettbewerbsverhältnisse zu beschränken.

⁵⁰⁰ Vgl. BT-Drucks. 15/1487, S.18; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 11 II 1 S.184, der darin den maßgeblichen Regelungsgehalt der wettbewerblichen Eigenart sieht, dabei aber verkennt, dass dieses Merkmal nicht nur bei der Fallgruppe der vermeidbaren Herkunftstäuschung von Bedeutung ist.

⁵⁰¹ Sambuc, Nachahmungsschutz, Rn 119.

⁵⁰² Schulz, S.237, 244.

⁵⁰³ Siehe Seite 153 f.

zungsprodukte daher allenfalls insoweit sein, als sie sonstige „Besonderheiten“ aufweisen, die sie von üblichen „Allerweltserzeugnissen“ unterscheiden.

Auf dieser Grundlage werden nun diejenigen Problembereiche ausführlicher dargestellt, die für die wettbewerbliche Eigenart von Ergänzungsprodukten besonders interessant sind.

2. Wettbewerbliche Eigenartigkeit technischer Merkmale

Dabei soll zunächst die wettbewerbsrechtliche Schutzfähigkeit technischer Merkmale untersucht werden. In einem ersten Schritt wird der Frage nachgegangen, ob technische Gestaltungen die an die wettbewerbliche Eigenart gestellten Anforderungen erfüllen können oder ob sie vom UWG-Nachahmungsschutz ausgeschlossen sind. Im zweiten Schritt wird sodann erörtert, ob die die Schutzwürdigkeit der Leistung betreffenden Wertungen der technischen Sondergesetze (PatG, GebrMG) bei der Beurteilung der wettbewerblichen Eigenart technischer Merkmale zu berücksichtigen sind.

a) Ausschluss technischer Gestaltungen

aa) Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

In der Diskussion, ob technische Merkmale überhaupt wettbewerblichen Schutz genießen können, wird wiederum zwischen technisch zwingenden Gestaltungen und solchen Merkmalen unterschieden, die nicht auf einer technischen Notwendigkeit beruhen. Nach allgemeiner Ansicht könne sich die wettbewerbliche Eigenart nicht aus Elementen ergeben, die zur Erreichung eines technischen Erfolgs zwingend erforderlich seien.⁵⁰⁴ Sofern eine technische Wirkung nicht durch alternative Gestaltungen erreicht werden könne, scheide für diese technisch zwingenden Merkmale ein lauterkeits-

⁵⁰⁴ BGH GRUR 2000, 521, 523 „Modulgerüst“; BGH GRUR 2002, 275, 276 „Noppenbahnen“; Sambuc, in: Harte/Henning, § 4 Nr.9 Rn 57; Götting, in: Fezer UWG I, § 4-9 Rn 43 S.773; Deck, in: MAH Gewerbbl. Rechtsschutz, § 19 Rn 74 S.648; Eisenmann/Jautz, Rn 480 S.190; Lettl, UWG, Rn 330 S.133.

rechtlicher Nachahmungsschutz aus. Dies wird damit begründet, dass dem Grundsatz der Freiheit des Standes der Technik zufolge die Benutzung von technischen Leistungen, die keinem technischen Schutzrecht (mehr) unterliegen, jedermann frei stehe.⁵⁰⁵

Weitaus kontroverser diskutiert wird demgegenüber die Frage, ob auch die wettbewerbsrechtliche Schutzfähigkeit von zwar technisch bedingten, jedoch willkürlich austauschbaren Gestaltungen gewissen Einschränkungen unterliegt. Rechtsprechung und überwiegende Teile der Literatur gehen davon aus, dass diese Merkmale grundsätzlich über wettbewerbliche Eigenart verfügen könnten, ausnahmsweise jedoch dann vom Lauterkeitsschutz ausgeschlossen seien, wenn es sich dabei um eine im Hinblick auf den Gebrauchszweck, die Verkäuflichkeit des Produkts sowie der Verbrauchererwartung angemessene technische Lehre handelte.⁵⁰⁶ Habe sich eine bestimmte technische Lösung derart am Markt etabliert, dann sei sie gemeinfrei, d.h. für jedermann nutzbar mit der Folge, dass ein Wettbewerber nicht darauf verwiesen werden könne, mit einer anderen Lösung Vorlieb zu nehmen.⁵⁰⁷

Gegen diese Ansicht wendet sich *Loschelder*, der die wettbewerbsrechtliche Schützbarkeit technisch-funktionaler Gestaltungen generell verneint.⁵⁰⁸ Er ist der Auffassung, dass die Allgemeinheit alle technische Lösungen außerhalb des patent- und gebrauchsmusterrechtlichen Bereichs frei nutzen dürfe und diesem Gemeingebrauch weder durch das MarkenG noch durch das UWG Grenzen gesetzt werden könnten.⁵⁰⁹

⁵⁰⁵ Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 9.28; Jacobs, S.71, 74.

⁵⁰⁶ BGHZ 50, 125, 129 „Pulverbehälter“; BGH NJW 1981, 2252, 2253 „Rollhocker“; BGH GRUR 2002, 275, 276 „Noppenbahnen“; BGH GRUR 2002, 820, 822 „Bremszangen“; OLG Köln vom 17.11.2006, Az.: 6 U 78/06 Rn 30; Piper, in: Piper/Ohly, § 4.9 Rn 37; Eck, in: Gloy/Loschelder, Hdb. WettbewerbsR, § 43 Rn 20; Nordemann, Rn 1633.

⁵⁰⁷ Nordemann, Rn 1633; Eisenmann/Jautz, Rn 480 S.190; Loschelder, GRUR Int. 2004, 767, 770.

⁵⁰⁸ Loschelder, GRUR Int. 2004, 767, 770; in diese Richtung auch Müller-Laube, ZHR 156 (1992), 480, 496 f. sowie Rauda, GRUR 2002, 38, 42.

⁵⁰⁹ Loschelder, GRUR Int. 2004, 767, 770.

bb) Stellungnahme / Bewertung

Zunächst einmal ist davon auszugehen, dass ein lauterkeitsrechtlicher Nachahmungsschutz für technisch zwingende Merkmale ausscheidet. Sobald nämlich eine technische Wirkung nicht durch abweichende Gestaltungen erreicht werden kann, wird eine Lehre zum technischen Handeln geschützt. Da dieser Bereich jedoch dem Patent- und Gebrauchsmusterrecht vorbehalten ist, kann ein davon losgelöster UWG-Nachahmungsschutz nicht gewährt werden.

Hinsichtlich der streitigen Frage, inwieweit nur technisch bedingte Gestaltungen wettbewerbliche Eigenart besitzen, ist festzustellen, dass diese nur geringe praktische Relevanz besitzt. Denn auch die herrschende Meinung geht schon sehr weit, wenn sie nicht nur unverzichtbare technische Merkmale vom UWG-Nachahmungsschutz ausschließt, sondern im Hinblick auf den für jedermann freizuhaltenden Stand der Technik auch als angemessen betrachteten technischen Lehren einen lauterkeitsrechtlichen Schutz vorenthält. Die Auffassung *Loschelders* ist demnach nur in solchen Konstellationen bedeutsam, in denen es um die wettbewerbsrechtliche Schützbarkeit einer technischen Leistung geht, die nicht als angemessene Lösung i.S.d. h.M. betrachtet werden kann.

In der Sache selbst sprechen gute Gründe für die von *Loschelder* vertretene Auffassung. So ist die These, dass außerhalb der technischen Sondergesetze jedermann am Stand der Technik teilhaben können müsse, nicht mehr als eine konsequente Weiterentwicklung der von der überwiegenden Meinung vertretenen Argumentation. Diese begründet den Ausschluss bestimmter technischer Gestaltungen nämlich im Grunde genommen damit, dass es sich dabei um zum Stand der Technik gehörende und damit gemeinfreie Lösungen handle. Die eigentliche Begründung dafür, weshalb nur die unverzichtbaren technischen Merkmale sowie die als angemessen betrachteten technischen Lösungen dem Begriff der Gemeinfreiheit unterfallen sollen, bleiben die Vertreter der h.M. indes schuldig. Konsequenter wäre es vielmehr, dem frei nutzbaren Stand der Technik sämtliche technischen Leistungen

zuzurechnen, zu deren Gunsten kein sondergesetzlicher Schutz (mehr) besteht.⁵¹⁰

Weiterhin sind gewisse Parallelen zwischen der Ansicht *Loschelders* und der „Philips“-Entscheidung des *EuGH*⁵¹¹ nicht von der Hand zu weisen.⁵¹² Die ihm u.a. vorgelegte Frage, ob nur technisch zwingende Merkmale vom Markenschutz ausgeschlossen sind, verneinte der *EuGH*. Zur Begründung verwiesen die europäischen Richter darauf, dass die Allgemeinheit ein legitimes Interesse daran besitze, technische Lösungen außerhalb der Sondergesetze zur ungehinderten Verwendung durch die Gesellschaft freizuhalten. Diese – freilich zum Normzweck des Art. 3 Abs.1 e) zweiter Spiegelstrich der Richtlinie 89/104 EWG angestellte – Überlegung lässt sich ohne weiteres auf das nationale Wettbewerbsrecht übertragen: Denn für die Allgemeinheit macht es keinen Unterschied, ob sich eine Behinderung der freien Benutzung technischer Leistungen aus dem MarkenG oder dem – zumindest von seiner Grundkonzeption ebenfalls keine festen Schutzfristen vorsehenden – UWG ergibt. Es wäre schlicht widersprüchlich, ein markenrechtliches Hindernis für den freien Stand der Technik abzulehnen, die entsprechende Barriere im Lauterkeitsrecht dagegen hinzunehmen.

Es bleibt abzuwarten, inwiefern sich die Wertungen der „Philips“-Entscheidung auf die übrigen Teilbereiche des gewerblichen Rechtsschutzes, insbesondere das Lauterkeitsrecht auswirken werden. Jedenfalls sprechen die besseren Gründe dafür, mit *Loschelder* beim ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutz von einem generellen Ausschluss technischer Gestaltungen auszugehen.

⁵¹⁰ In diese Richtung auch Jacobs, S.71, 75 f., der aus dieser Erkenntnis allerdings nicht die Schlussfolgerung zieht, dass sämtliche nicht sondergesetzlich geschützten, technischen Merkmale vom UWG-Nachahmungsschutz ausgeschlossen sind.

⁵¹¹ Siehe dazu sehr ausführlich Seite 143 f.

⁵¹² Auch *Loschelder*, GRUR Int. 2004, 767, 769 selbst sieht eine Ähnlichkeit beider Problembereiche.

b) Wettbewerbliche Eigenart im Licht der technischen Schutzrechte?

Sollte man mit der überwiegenden Meinung, d.h. entgegen der hier favorisierten Lösung zumindest die wettbewerbsrechtliche Schutzfähigkeit von nicht zwingenden sowie nicht angemessenen technischen Gestaltungen befürworten, so stellt sich die weitere Frage, ob die den Schutzgegenstand betreffenden Regelungen des Patent- und Gebrauchsmusterrechts bei der Beurteilung der wettbewerblichen Eigenart technischer Merkmale zu berücksichtigen sind. Zwar stehen der wettbewerbsrechtliche und der sondergesetzliche Leistungsschutz nicht beziehungslos nebeneinander,⁵¹³ jedoch sind die Anforderungen an die wettbewerbliche Eigenart unabhängig von den spezialgesetzlichen Schutzvoraussetzungen des PatG bzw. GebrMG zu betrachten.⁵¹⁴ Folglich kommt es nicht darauf an, ob einer Leistung eine irgendwie geartete erfinderische Tätigkeit zu Grunde liegt. Erforderlich aber auch ausreichend ist es vielmehr, dass ein Produkt in der Lage ist, sich von schutzunwürdigen Allerweltserzeugnissen abzugrenzen.

3. Ästhetische Merkmale und UWG-Schutz

Für die wettbewerbliche Eigenart ästhetischer Merkmale gilt das zuletzt zu den technischen Gestaltungen Gesagte entsprechend. Auch die Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen Schutzwürdigkeit von den Farb- und Formensinn ansprechenden Merkmalen orientiert sich nicht an den Wertungen der Sondergesetze. So kommt ein lauterkeitsrechtlicher Nachahmungsschutz nicht nur bei i.S.v. § 2 Abs. 1 GeschmMG „eigenartigen“ Gestaltungen in Betracht. Auch hier reicht es aus, wenn sich die Farb- und Formgebung von bloßen Alltagserzeugnissen abhebt.

Die im Rahmen der technischen Merkmale diskutierte Frage, ob bei bestimmten Gestaltungen grundsätzlich ein wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz ausscheidet, wird bei der Schutzfähigkeit ästhetischer Merkmale überhaupt nicht aufgeworfen. Dies mag verwundern, ließe sich doch wie

⁵¹³ Siehe dazu Seite 37 f.

⁵¹⁴ Götting, in: Fezer UWG I, § 4-9 Rn 29 S.767; Piper, in: Piper/Ohly, § 4.9 Rn 25 S.380; Deck, in: MAH Gewerbbl. Rechtsschutz, § 19 Rn 67.

folgt argumentieren: Auch an Farb- und Formgebungen besteht ein Freihaltebedürfnis der Allgemeinheit. Diesem wird man nur dann gerecht, wenn alle außerhalb der Sondergesetze liegenden ästhetischen Gestaltungen der Gesellschaft zur freien Verfügung stehen.

Das Fehlen solcher Überlegungen mag jedoch darin begründet sein, dass auf dem Gebiet der ästhetischen Formschöpfungen eine im Verhältnis zu technischen Lösungen ungleich größere Zahl von Variationsmöglichkeiten besteht.⁵¹⁵ Das Problem, eine bestimmte Gestaltungsform fernab der Spezialgesetze zugunsten eines Einzelnen zu „monopolisieren“, verliert bei ästhetischen Merkmalen erheblich an Brisanz, da einem Wettbewerber nahezu unbegrenzte Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen.

Vom wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz insoweit ausgeschlossen sind lediglich allgemein übliche Stilmittel und modische Entwicklungen des Zeitgeschmacks. Dem Freihaltebedürfnis an diesen Form- und Farbgebungen wird dadurch Rechnung getragen, dass hier den Merkmalen die zur wettbewerbsrechtlichen Eigenart erforderliche Fähigkeit fehlt, sich individualisierend aus der Masse der konkurrierenden Gestaltungen hervorzutun.⁵¹⁶

4. Sichtbarkeit als Voraussetzung der wettbewerbsrechtlichen Eigenart

Das Problem, ob es bei der Schutzfähigkeit von Merkmalen auf deren Sichtbarkeit bei bestimmungsgemäßer Verwendung ankommt, ist bereits aus dem Geschmacksmusterrecht bekannt.⁵¹⁷ Eine dieser Diskussion im GeschmMG vergleichbare Debatte wird jedoch im Wettbewerbsrecht nicht geführt, was wohl auch daran liegt, dass im UWG keine § 4 GeschmMG vergleichbare Regelung vorhanden ist. Allerdings kommt der Rechtsprechung zufolge wettbewerbsrechtliche Eigenart nur „äußeren Gestaltungsmerkmalen“ zu.

⁵¹⁵ So ausdrücklich Götting, in: Fezer UWG I, § 4-9 Rn 45; vgl. auch: Eck, in: Gloy/Loschelder, Hdb. WettbewerbsR, § 43 Rn 21; Sambuc, Nachahmungsschutz, Rn 167; Jacobs, S.71, 77; Rauda, GRUR 2002, 38, 42.

⁵¹⁶ Vgl. Deck, in: MAH Gewerb. Rechtsschutz, § 19 Rn 71 zur Schutzunfähigkeit allgemeiner Stilmittel sowie Eck, in: Gloy/Loschelder, Hdb. WettbewerbsR, § 43 Rn 21 zum Ausschluss zeitgeschmacklicher Entwicklungen.

⁵¹⁷ Siehe Seite 101 ff.

len“ zu.⁵¹⁸ In der Sache stellt der *Bundesgerichtshof* darauf ab, ob ein Merkmal bei bestimmungsgemäßer Verwendung des Gesamterzeugnisses für den Verkehr sichtbar bleibt,⁵¹⁹ und überträgt damit – wenngleich auch unbewusst – die geschmacksmusterrechtliche Wertung des § 4 GeschmMG auf das UWG.

Im Ergebnis ist jedoch nicht anders als im GeschmMG zu entscheiden; d.h. es kommt auch hier nicht darauf an, ob Warenmerkmale bei bestimmungsgemäßer Verwendung für den maßgeblichen Verkehr sichtbar bleiben. Denn sowohl bezüglich des Erfordernisses der optischen Wahrnehmbarkeit selbst als auch bezüglich des Bezugspunkts des Sichtbarkeitskriteriums (bestimmungsgemäße Verwendung) bestehen erhebliche Bedenken.

So kann zum einen bereits mit guten Gründen bezweifelt werden, dass es im Rahmen der wettbewerblichen Eigenart ausschließlich auf die optische Wahrnehmbarkeit ankommt. Nach allgemeiner Definition besitzt eine Leistung nämlich wettbewerbliche Eigenart, wenn sie sich von den übrigen Produkten (durch einen Herkunftshinweis oder sonstige Besonderheiten) abhebt. Werden die relevanten Merkmale überhaupt nicht vom Verkehr wahrgenommen, dann scheidet eine Individualisierung im Sinne einer wettbewerblichen Eigenart aus. Es lässt sich jedoch nicht begründen, weshalb es bei der Eignung zur Herausstellung nur auf die optische Wahrnehmbarkeit durch den Rechtsverkehr ankommen soll. Konsequenterweise muss es daher für die wettbewerbliche Schützbarkeit eines Merkmals ausreichen, wenn es in irgendeiner Form wahrnehmbar ist.⁵²⁰ Dass dieser Ansatz in die richtige Richtung geht, ergibt sich auch aus der „Tele-Info-CD“-Entscheidung⁵²¹ des

⁵¹⁸ BGH NJW-RR 1999, 984, 986 „Gülepumpen“; BGH GRUR 2002, 820, 822 „Bremszangen“; zustimmend: Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.24 S.344 sowie Matutis, § 4 Rn 54 S.96.

⁵¹⁹ Dass der BGH hinsichtlich des Bezugspunkts der Sichtbarkeit auf die bestimmungsgemäße Verwendung abstellt, wird zwar nicht ausdrücklich erwähnt, ergibt sich jedoch aus dem Kontext seiner Entscheidungen. So bezweifeln die Bundesrichter in GRUR 2002, 820, 822 „Bremszangen“ die Schützbarkeit von den die Bremsbeläge tragenden, sich in einem Gehäuse befindlichen Hebeln und damit von Teilen, die bei bestimmungsgemäßer Verwendung gerade nicht mehr sichtbar sind.

⁵²⁰ So auch Eck, in: Gloy/Loschelder, Hdb. WettbewerbsR, § 43 Rn 14 S.569, Rn 65 S.596.

⁵²¹ BGHZ 141, 329 ff. „Tele-Info-CD“.

BGH. Die Bundesrichter hatten u.a. darüber zu befinden, ob das Inverkehrbringen eines elektronischen Telefonverzeichnisses auf CD-ROM, dessen Daten unmittelbar aus „amtlichen“ Telefonbüchern übernommen worden waren, als sittenwidrige Wettbewerbshandlung zu untersagen war. Zur Frage der wettbewerblichen Eigenart der übernommenen Telefonbücher wird ausgeführt, dass insoweit nicht auf die äußere Gestaltung, sondern vielmehr auf die Vollständigkeit und Richtigkeit des Datenverzeichnisses abzustellen sei,⁵²² d.h. also auf jenseits der optischen Wahrnehmbarkeit liegende Gütevorstellungen, die der Verkehr mit „amtlichen“ Telefonbüchern verbinde. Auch der *Bundesgerichtshof* geht in dieser Entscheidung also davon aus, dass die Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen Schutzwürdigkeit nicht ausschließlich von der Sichtbarkeit eines Merkmals abhängt.

Zum anderen ist im Hinblick auf den Anknüpfungspunkt der Sichtbarkeit nicht einzusehen, weshalb ein Produkt, das bei isolierter Betrachtung zwar auf seine betriebliche Herkunft hinweisen kann oder gewisse Besonderheiten besitzt, bei bestimmungsgemäßer Verwendung des Gesamterzeugnisses jedoch nicht mehr sichtbar ist, schutzunwürdiger sein soll als eine vergleichbare Leistung, die auch bei bestimmungsgemäßer Verwendung noch für den Verkehr erkennbar bleibt. Diese Ungleichbehandlung lässt sich nicht rechtfertigen; insoweit kann inhaltlich auf die zum GeschmMG angestellten Überlegungen⁵²³ verwiesen werden.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist somit im UWG ebenso wie im Geschmacksmusterrecht davon auszugehen, dass einer Gestaltung auch dann schutzbegründende Wirkung zukommen kann, wenn sie bei bestimmungsgemäßer Verwendung nicht sichtbar bleibt.

II. Nachahmung

Eine Nachahmung liegt vor, wenn in Kenntnis des Originals eine Leistung geschaffen wird, die in wesentlichen Teilen mit dem Original übereinstimmt.⁵²⁴ Der Grad der zwischen Original und Imitation bestehenden Ähn-

⁵²² BGHZ 141, 329, 340 f. „Tele-Info-CD“.

⁵²³ Siehe Seite 110 ff.

⁵²⁴ Siehe dazu Seite 41.

lichkeit ist dabei für die innerhalb der einzelnen Merkmale des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes bestehende Wechselwirkung von Bedeutung.

Für den Gegenstand dieser Arbeit bedeutet das: Das Ergänzungsprodukt des Konkurrenten muss in Kenntnis des vom Hauptprodukthersteller gefertigten Ergänzungsartikels entstanden sein und die wesentlichen Merkmale der übernommenen Leistung aufweisen. Für die insoweit erforderliche Ähnlichkeit von Original und Imitat ist jedoch die bloße Herstellung von Kompatibilität zum Hauptprodukt, d.h. nur die Übernahme von den die Kompatibilität sicherstellenden Merkmalen des Ergänzungserzeugnisses, im Regelfall nicht ausreichend.⁵²⁵ Hebt sich nämlich das konkurrierende Ergänzungsprodukt ansonsten deutlich von dem zu schützenden Ergänzungsartikel des Originalherstellers ab, dann stimmen Original und angegriffene Leistung nicht in wesentlichen Merkmalen überein, sodass in objektiver Hinsicht keine Nachahmung vorliegt. Sollte das Merkmal der Nachahmung demgegenüber zu bejahen sein, dann hängen die an die übrigen Merkmale des lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutzes zu stellenden Anforderungen davon ab, in welchem Maß sich Original und Imitat ähneln (Wechselwirkung zwischen den Schutzvoraussetzungen).

III. Vorliegen besonderer Umstände

Das Anbieten nachgeahmter Erzeugnisse ist nach allgemeiner Ansicht nur dann nach § 3 UWG wettbewerbswidrig, wenn zur Anbietungshandlung besondere Umstände hinzutreten, die das imitatorische Verhalten des Wettbewerbers als unlauter erscheinen lassen. Wendet man diese Formel, die von der Rechtsprechung in allen den lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutz betreffenden Entscheidungen geradezu gebetsmühlenartig wiederholt wird, konsequent auf den hier untersuchten Bereich an, so ergibt sich Folgendes: Allein die Nachahmung fremder Ergänzungsartikel, für die kein Sonderrechtsschutz besteht, ist für sich genommen nicht zu beanstanden und nur bei Vorliegen besonderer Umstände unzulässig.

⁵²⁵ Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.58; Riesenhuber, WRP 2005, 1118, 1122.

Da diese „besonderen Umstände“ das zentrale Merkmal des lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutzes bilden, soll sich ihnen der nachfolgende Prüfungspunkt widmen. Dabei beschränkt sich die Untersuchung jedoch auf diejenigen die Unlauterkeit begründenden Merkmale, die sich hinsichtlich des wettbewerbsrechtlichen Schutzes von Ergänzungsprodukten im Laufe der Zeit als besonders bedeutsam herausgestellt haben. Dazu zählen die vermeidbare Herkunftstäuschung (§ 4 Nr.9 a) UWG), die unangemessene Rufbeeinträchtigung (§ 4 Nr.9 b) UWG) sowie die bloße Ausnutzung eines fremden Ergänzungsbedarfs als weiterer, nicht ausdrücklich geregelter „besonderer Umstand“.

C. Vermeidbare Herkunftstäuschung, § 4 Nr.9 a) UWG

Gem. § 4 Nr.9 a) UWG handelt ein Unternehmer, der nachgeahmte Leistungen eines Mitbewerbers anbietet, unlauter, wenn er die Abnehmer in vermeidbarer Weise über die betriebliche Herkunft der angebotenen Leistungen täuscht. Eine solche Täuschung liegt nach allgemeiner Ansicht vor, wenn die angesprochenen Verkehrskreise den Eindruck gewinnen können, dass das Imitat aus dem Unternehmen des Originalherstellers stammt.⁵²⁶ Trotz des insoweit missverständlichen Wortlauts (... eine ... Täuschung ... herbeiführt) kommt es nicht darauf an, dass bereits eine Herkunftstäuschung tatsächlich erfolgt ist. Es ist nämlich – wie sich der Gesetzesbegründung entnehmen lässt⁵²⁷ – ausreichend, dass die bloße Gefahr einer Herkunftstäuschung besteht.⁵²⁸

Das Unlauterkeitskriterium des § 4 Nr.9 a) UWG bezieht sich in sachlicher Hinsicht nur auf solche Leistungen, deren wettbewerbliche Eigenart auf ihrer Fähigkeit beruht, herkunftshinweisend zu wirken. Während diesbezüglich Einigkeit darüber besteht, dass für einen solchen Hinweis auf den betrieblichen Ursprung eine § 4 Nr.2 MarkenG vergleichbare Verkehrsgeltung

⁵²⁶ Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.42; Eck, in: Gloy/Loschelder, Hdb. WettbewerbsR, § 43 Rn 59;

⁵²⁷ BT-Drucks. 15/1487, S.17.

⁵²⁸ Ähnlich auch Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 11 II 3 a) S.188 sowie Eck, in: Gloy/Loschelder, Hdb. WettbewerbsR, § 43 Rn 52, die jedoch beide darauf hinweisen, dass das gleiche Ergebnis in dogmatisch vertretbarer Weise auch durch eine Anwendung des Auffangtatbestandes § 3 UWG erreicht werden kann.

nicht erforderlich ist,⁵²⁹ wird die Frage, ob zumindest eine gewisse Bekanntheit des nachgeahmten Erzeugnisses vorausgesetzt wird, sehr kontrovers diskutiert.⁵³⁰

In zeitlicher Hinsicht kommt es für die Irreführung auf den Zeitraum bis zur Kaufentscheidung an, sodass eine zeitlich danach entstehende Herkunftstäuschung für § 4 Nr.9 a) irrelevant ist.⁵³¹ Wettbewerbswidrig ist ein solches Verhalten aber nur dann, wenn die Herkunftstäuschung vermeidbar ist. Eine Herkunftstäuschung ist vermeidbar, wenn der Wettbewerber die Täuschung über die betriebliche Herkunft mit geeigneten und zumutbaren Maßnahmen verhindern kann.⁵³²

Wenngleich der Fallgruppe der vermeidbaren Herkunftstäuschung in der allgemeinen Rechtspraxis auch eine erhebliche Bedeutung zukommen mag, so ist der Anwendungsbereich hinsichtlich des lauterkeitsrechtlichen Schutzes von Ergänzungsprodukten doch eher als gering einzustufen. Denn die Gefahr einer Herkunftstäuschung besteht nur bei solchen Erzeugnissen, die als Hinweis auf ihren betrieblichen Ursprung wahrgenommen werden. Wie bereits dargelegt⁵³³ wird die Gestaltung eines Ergänzungsartikels im Regelfall nicht auf die Herkunft hinweisen. Mit entsprechender Argumentation wird daher auch ein wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz für Ergänzungsprodukte aufgrund einer vermeidbaren Herkunftstäuschung zumeist abzulehnen sein. Aus diesem Grund erübrigt sich eine nähere Auseinandersetzung mit den z.T. sehr umstrittenen Merkmalen des § 4 Nr.9 a) UWG.

⁵²⁹ BGHZ 50, 125, 131 „Pulverbehälter“; BGH GRUR 2002, 275, 277 „Noppenbahnen“; Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.41 S.349.

⁵³⁰ Für das Bekanntheitserfordernis etwa: BGH GRUR 2002, 275, 277 „Noppenbahnen“; einschränkend aber BGH WRP 2005, 878, 880 „Handtuchklemmen“. Gegen das Bekanntheitserfordernis etwa: Piper, in: Piper/Ohly, § 4.9 Rn 29; Krüger/E.-I. von Gamm, WRP 2004, 978, 984.

⁵³¹ BGH WRP 2005, 476, 479 „Klemmbausteine III“.

⁵³² BGH GRUR 2004, 941, 943 „Metallbett“; BGH GRUR 2005, 166, 167 „Puppenausstattungen“; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 11 II 3 b) S. 189.

⁵³³ Siehe Seite 153 f., 163.

D. Unangemessene Rufbeeinträchtigung

I. Ergänzungsprodukte minderer Qualität als mögliche Rufbeeinträchtigung

Von größerem Interesse ist dagegen die Fallgruppe der unangemessenen Rufbeeinträchtigung. Bietet nämlich ein Unternehmer nachgeahmte Ergänzungsprodukte an, mit denen der Ergänzungsbedarf des Hauptprodukts befriedigt werden soll, die jedoch im Vergleich zu den Ergänzungsartikeln des Originalherstellers eine minderwertige Qualität aufweisen, dann besteht – so ließe sich argumentieren – die Gefahr, dass sich die geringere Qualität der fremden Erzeugnisse auf die Leistungen des Hauptproduktherstellers „durchschlägt“ und damit den guten Ruf dieser Leistungen beeinträchtigt. Im Zentrum der folgenden Betrachtungen steht somit die Frage, ob sich der Hersteller der Hauptware sowie des Original-Ergänzungsartikels dagegen zur Wehr setzen kann, dass ein Mitbewerber zwar nachgeahmte, aber qualitativ minderwertige Ergänzungsprodukte auf den Markt bringt.

II. Normative Grundlagen

Die einst richterrechtlich entwickelte Fallgruppe der Rufbeeinträchtigung ist (ebenso wie die der Rufausbeutung) nunmehr in § 4 Nr.9 b) UWG geregelt.⁵³⁴ Danach handelt insbesondere unlauter i.S.v. § 3 UWG, wer imitierte Leistungen eines Mitbewerbers anbietet und dabei die Wertschätzung der nachgeahmten Waren oder Dienstleistungen unangemessen beeinträchtigt. Dem insoweit eindeutigen Wortlaut zufolge greift diese Norm nur ein, wenn die Wertschätzung der *nachgeahmten* Leistung beeinträchtigt wird. Wird jedoch ein nachgeahmtes, nicht der Qualität des Originals entsprechendes Ergänzungsprodukt angeboten, dann sieht der innovative Unternehmer nicht nur den „guten Ruf“ seines Original-Ergänzungsartikels (als nachgeahmter Leistung), sondern (insbesondere) auch den der Hauptware in Gefahr. Da es in diesem Fall jedoch nicht um die Wertschätzung der imitierten Ware geht, hilft § 4 Nr.9 b) UWG hier nicht weiter. Da § 4 Nr.9 UWG die Umstände,

⁵³⁴ Vgl. BT-Drucks. 15/1487, S.18.

aus denen sich die Unlauterkeit einer Nachahmung ergibt, jedoch nicht abschließend aufzählt,⁵³⁵ kann hinsichtlich der Rufbeeinträchtigung der Hauptware auf die Auffangnorm des § 3 UWG zurückgegriffen werden.

Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse soll in der Folge untersucht werden, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen der Ruf der jeweiligen Produkte (Ergänzungs-, Hauptprodukt) dadurch unangemessen beeinträchtigt wird, dass minderwertige Ergänzungsartikel angeboten werden.

III. Unangemessene Beeinträchtigung der Wertschätzung der nachgeahmten Ware (hier: des Ergänzungsprodukts), § 4 Nr.9 b) UWG

Zunächst einmal soll die Rufbeeinträchtigung im Hinblick auf die nachgeahmte Ware selbst, d.h. also den konkreten Ergänzungsartikel erörtert werden. Maßgeblich ist insoweit § 4 Nr.9 b) UWG. Voraussetzung für die Beeinträchtigung einer Wertschätzung i.S.d. Vorschrift ist selbstverständlich, dass der nachgeahmten Leistung eine hinreichende Wertschätzung zukommt.⁵³⁶ Die imitierte Ware muss demnach einen „guten Ruf“ besitzen, d.h. in der Wahrnehmung des Verkehrs mit einer positiven Vorstellung (etwa hinsichtlich der Qualität des Erzeugnisses) besetzt sein.⁵³⁷ Dies setzt zumindest eine gewisse Bekanntheit des Produkts voraus.⁵³⁸

Es ist zwar nicht auszuschließen, dass auch einem Ergänzungsprodukt ein derartiger Bekanntheitsgrad zukommt und der Rechtsverkehr diesem ein bestimmtes Qualitätsniveau zuschreibt. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle wird sich die Wahrnehmung der Öffentlichkeit aber auf das Hauptprodukt konzentrieren, für welches der jeweilige Ergänzungsartikel bestimmt ist. Wird nämlich ein Original-Ergänzungsprodukt im Zusammenhang mit der Hauptsache benutzt und funktioniert diese dann in der erwarteten Quali-

⁵³⁵ Siehe Seite 37.

⁵³⁶ Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.52 S.353.

⁵³⁷ Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.52 S.353; Götting, in: Fezer UWG I, § 4-9 Rn 62; ders., Wettbewerbsrecht, § 11 Rn 32; Boesche, Rn 387.

⁵³⁸ Boesche, Rn 389 S.224; vgl. zur erforderlichen Höhe des Bekanntheitsgrades Sambuc, GRUR 1996, 675, 676 f.

tät, dann schreibt der Verwender diesen Qualitätsstandard eher dem „gesamten Paket“, d.h. der (ergänzten) Hauptsache als dem einzelnen Ergänzungsartikel zu. Eine sich auf das einzelne Ergänzungsprodukt fokussierende Gütevorstellung ist zwar nicht fernab jeder Lebenserfahrung, jedoch soll diese Möglichkeit, die eher die Ausnahme bildet, im Folgenden vernachlässigt werden.

Da insoweit – wenn überhaupt – lediglich das Hauptprodukt über einen guten Ruf verfügen wird, soll nunmehr der Frage nachgegangen werden, ob durch das Angebot minderwertiger Ergänzungsprodukte der Ruf dieser Hauptware in wettbewerbsrechtlich zu beanstandender Weise beeinträchtigt wird.

IV. Unangemessene Beeinträchtigung der Wertschätzung des Hauptprodukts, § 3 UWG

Wie bereits dargelegt wird diese Konstellation nicht von § 4 Nr.9 b) UWG geregelt, sondern ist ausschließlich von der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel des § 3 UWG erfasst. Zur Konkretisierung des Merkmals der Unlauterkeit kann sich zumindest grob an den Voraussetzungen des § 4 Nr.9 b) UWG orientiert werden. Somit handelt auch wettbewerbswidrig, wer fremde Produkte nachahmt und dabei die Wertschätzung der Hauptprodukte eines Wettbewerbers beeinträchtigt, d.h. also derjenigen Leistungen, welche durch die nachgeahmten Produkte ergänzt werden sollen.

Dies setzt zunächst voraus, dass der Hauptware die erforderliche Wertschätzung zukommt, d.h. der Verkehr positive Vorstellungen mit der Leistung verbindet. Wegen der Vielfalt möglicher Hauptprodukte ist es durchaus denkbar, dass die Öffentlichkeit eine bestimmte Hauptleistung als qualitativ hochwertig auffasst und dieser damit ein „guter Ruf“ zukommt. Diese Wertschätzung muss weiterhin unangemessen beeinträchtigt werden. Eine unangemessene Beeinträchtigung liegt nach allgemeiner Ansicht vor, wenn der

„gute Ruf“ des zu schützenden Produkts infolge der Vermarktung des angegriffenen Produkts Einbußen erleidet.⁵³⁹

Es besteht jedoch Uneinigkeit darüber, ob die Wertschätzung eines Hauptprodukts dadurch in unangemessener Weise Schaden nimmt, dass ein nicht dem Qualitätsstandard des Hauptproduktes entsprechendes Ergänzungsprodukt auf den Markt gebracht wird.

1. Anbieten qualitativ minderwertiger Produkte stellt im Regelfall unangemessene Beeinträchtigung dar

Der überwiegende Teil der Rechtsprechung und Literatur neigt dazu, diese Frage grundsätzlich zu bejahen. Bleibe das mit einem fremden Hauptprodukt kompatible Erzeugnis eines Wettbewerbers hinter den Qualitäts- und Sicherheitsstandards dieses Hauptprodukts zurück, so brauche dies der Hersteller des Hauptprodukts im Regelfall nicht hinzunehmen.⁵⁴⁰ Das Interesse der Wettbewerber an der Herstellung kompatibler Ergänzungsprodukte sei nur solange schutzwürdig, wie das Interesse der Abnehmer hinsichtlich der Sicherheit und Qualität der ihnen zur Ergänzung des Hauptprodukts angebotenen Waren nicht beeinträchtigt werde.⁵⁴¹ Anders formuliert: Da den Abnehmern daran gelegen sei, in punkto Sicherheit und Qualität einen dem Hauptprodukt entsprechenden Ergänzungsartikel zu erhalten, müsse das Anbieten von hinter diesen Anforderungen zurückbleibenden Produkten als wettbewerbswidrig unterbleiben.

Die Tatsache, dass die überwiegende Meinung die Vermarktung qualitativ minderwertiger Ergänzungsprodukte *im Regelfall* für unzulässig hält, impliziert, dass sie sie ausnahmsweise doch für zulässig erachtet. So sei es wett-

⁵³⁹ Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.59 S.355; Lettl, UWG, Rn 343.

⁵⁴⁰ BGH GRUR 2000, 521, 526 f. „Modulgerüst“; OLG München GRUR 1995, 429, 423 „Unverzinkte Kotflügel“; OLG München vom 03.08.2000, Az.: 6 U 1817/99 Rn 105; Jacobs, S.71, 85 f.; vgl. auch zu § 4 Nr.9 b) UWG: Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.59 S.355; Eck, in: Gloy/Loschelder, Hdb. WettbewerbsR, § 43 Rn 161; Lettl, UWG, Rn 343. Mit vergleichbaren Entscheidungen zum österreichischen Recht auch OGH wbl 1998, 138, 140 „Rahmenschalungselemente“ sowie OGH wbl 2001, 185, 187 „Lego-Klemmbausteine“.

⁵⁴¹ BGH GRUR 2000, 521, 527 „Modulgerüst“.

bewerbsrechtlich zulässig, qualitativ geringwertigere Ergänzungsprodukte anzubieten, wenn erstens der Verkehr klar und eindeutig erkennen könne, dass die daraus resultierende Leistungsminderung auf dem minderwertigen Ergänzungsartikel beruhe, und zweitens durch die Leistungsminderung keinerlei Schädigungsrisiko entstehe, d.h. also der Sicherheitsstandard des Produkts gewahrt bleibe.⁵⁴²

2. Der wettbewerbliche Einwand *Beaters*

Gegen die Auffassung der herrschenden Meinung wendet sich *Beater*.⁵⁴³ Er beruft sich dabei darauf, dass im Rahmen einer liberalen Wettbewerbsordnung der Markt selbst darüber entscheide, ob sich die Produkte eines Unternehmers gegenüber den Leistungen seiner Konkurrenten behaupten könnten oder nicht. Biete ein Wettbewerber Waren geringerer Qualität an, dann sei es Aufgabe des Käufers, darüber zu befinden, ob er diese (zumeist günstigeren) Produkte erwerben und damit das Risiko geringerer Qualität in Kauf nehmen möchte oder ob er einem anderen, qualitativ hochwertigeren (zumeist teureren) Konkurrenzprodukt den Vorzug gibt und damit eine Kaufentscheidung zugunsten der höheren Qualität fällt.⁵⁴⁴ Dieser Schiedsrichterfunktion werde der Abnehmer immer dann gerecht, wenn seine Entscheidungsfindung auf der Grundlage einer zutreffenden Informationsbasis erfolge. Sei dem Käufer also bewusst, dass ein bestimmtes Produkt gerade nicht aus dem für gute Qualität bekannten Betrieb des Unternehmers A, sondern aus dem seines Mitbewerbers Z stamme, der viel weniger Wert auf die qualitative Verarbeitung seiner Produkte legt, dann sei er imstande, eine von Verfälschungen freie Auswahl zu treffen. Entscheide er sich dennoch für die Erzeugnisse des Z, dann müsse diese Entscheidung als wettbewerbskonformer Prozess respektiert werden.

⁵⁴² BGH GRUR 1984, 282, 283 „Telekonverter“; BGH GRUR 2000, 521, 527 „Modulgerüst“; Eck, in: Gloy/Loschelder, Hdb. WettbewerbsR, § 43 Rn 161.

⁵⁴³ *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, § 20 Rn 40; ders., Nachahmen, VI. Teil C III 1 (b) S.423 f.

⁵⁴⁴ In diese Richtung *Beater*, Nachahmen, VI. Teil C III 1 (b) S.423 f. unter Berufung auf RG GRUR 1928, 394, 397 „Alfa-Separator“.

Es sei daher nur dann ausnahmsweise unzulässig, minderwertige Ergänzungsartikel anzubieten, wenn nicht hinreichend deutlich – d.h. auch in Abhängigkeit von dem mit der geringeren Qualität verbundenen Schädigungsrisiko⁵⁴⁵ – auf die vom Originalhersteller abweichende Herkunft hingewiesen werde.⁵⁴⁶ Denn nur in diesem Fall sei ein fehlerfreier Entscheidungsprozess der Abnehmer und damit letztlich auch ein funktionierender Wettbewerb gefährdet. Die grundsätzliche Unzulässigkeit der Vermarktung derartiger Produkte sei daher als unverhältnismäßiger – da nicht erforderlicher – Eingriff in den Wettbewerb abzulehnen.⁵⁴⁷

3. Bewertung

Eine unangemessene Rufbeeinträchtigung liegt vor, wenn die Wertvorstellungen des Verkehrs bzgl. eines konkreten Produkts durch die Handlung eines Wettbewerbers Schaden nehmen. Bei der Frage, ob es eine wettbewerbsrechtlich unzulässige, unangemessene Rufbeeinträchtigung darstellt, qualitativ minderwertige Ergänzungsprodukte anzubieten, kommt es demnach allein darauf an, ob der „gute Ruf“ des Haupterzeugnisses Schaden nimmt. Dies ist dann nicht der Fall, wenn der Verkehr die mindere Qualität nicht dem Haupterzeugnis aus dem Betrieb des Originalherstellers, sondern eindeutig dem unternehmensfremden Ergänzungsprodukt zurechnet. Denn in diesem Fall wird der Verkehr auf die unterschiedliche betriebliche Herkunft hingewiesen, sodass der „gute Ruf“ des Hauptprodukts aufgrund der allein dem Ergänzungsartikel zuzuschreibenden Qualitätsminderung nicht beeinträchtigt wird. Unabhängig davon, ob von dem qualitativ minderwertigen Ergänzungsartikel ein Schädigungsrisiko ausgeht,⁵⁴⁸ ist daher eine unangemessene Rufbeeinträchtigung ausgeschlossen, sofern der Verkehr hin-

⁵⁴⁵ Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 20 Rn 41.

⁵⁴⁶ Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 20 Rn 40.

⁵⁴⁷ Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 20 Rn 40.

⁵⁴⁸ Zwar ist der herrschenden Meinung zuzugeben, dass es nicht zuletzt im Hinblick auf die Verstärkung des Verbraucherschutzes im Rahmen der UWG-Novelle u. U. wettbewerbswidrig sein kann, Produkte anzubieten, die ein Schädigungsrisiko für den Abnehmer mit sich bringen. Eine *unangemessene Rufbeeinträchtigung* im Hinblick auf ein Hauptprodukt muss jedoch – unabhängig von dem mit einem Ergänzungsartikel verbundenen Schadensrisiko – ausscheiden, wenn der Verkehr hinreichend über die Herkunft der Waren aufgeklärt ist und damit Qualitätsdefizite eindeutig zuordnen kann.

reichend auf die abweichende betriebliche Herkunft des nachgeahmten, qualitativ minderwertigen Ergänzungsartikels und die damit verbundenen Probleme für das Hauptprodukt hingewiesen wird.

Zu klären bleibt, ob es – wie vom überwiegenden Teil in Rechtsprechung und Literatur angenommen – *grundsätzlich unzulässig* und nur *ausnahmsweise* bei hinreichendem Hinweis *zulässig* ist, qualitativ minderwertige Ergänzungsartikel anzubieten, oder ob mit *Beater* davon auszugehen ist, dass ein solches Verhalten *im Grundsatz wettbewerbskonform* und nur bei nicht hinreichendem Hinweis *ausnahmsweise unzulässig* ist. Die praktische Relevanz dieser Frage beschränkt sich freilich auf den prozessualen Bereich der Beweislastverteilung: Steht nämlich fest, dass qualitativ minderwertige Ergänzungsprodukte für ein fremdes Hauptprodukt vertrieben werden, dann obliegt es der überwiegend vertretenen Ansicht zufolge dem Anbieter der Ergänzungsprodukte, zu seiner Entlastung zu beweisen, dass der Verkehr die geringere Qualität nicht dem Hauptprodukt zuordnet. Legt man dagegen *Beaters* Ansicht zu Grunde, ist in dieser Konstellation nunmehr der das Hauptprodukt herstellende Unternehmer dafür beweispflichtig, dass ausnahmsweise kein hinreichender Hinweis vorhanden ist und daher eine unangemessene Rufbeeinträchtigung vorliegt.

Die auf wettbewerbliche Aspekte des Problems abstellende Argumentation *Beaters* besitzt nicht unerhebliche Überzeugungskraft. So lässt sich etwa die Annahme, dass der Abnehmer nicht pauschal vor qualitativ minderwertigen Ergänzungsprodukten geschützt werden müsse, sondern vielmehr frei darüber entscheiden könne, ob er das Risiko einer verminderten Funktionsfähigkeit zugunsten eines u.U. geringeren Preises einzugehen bereit sei, nahtlos in das dem UWG zu Grunde liegende Verbraucherleitbild einfügen. Das Lauterkeitsrecht betrachtet den Verbraucher nämlich nicht mehr als „flüchtigen“ oder „unkritischen“ Abnehmer, sondern als durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Konsumenten.⁵⁴⁹ Der Verbraucher

⁵⁴⁹ BGH GRUR 2000, 619, 621 „Orient-Teppichmuster“; BGH GRUR 2002, 828, 829 „Lottoschein“; BGH GRUR 2003, 163, 164 „Computerwerbung II“; BGH GRUR 2003, 626, 627 „Umgekehrte Versteigerung II“; vgl. auch BT-Drucks. 15/1487, S.19 hinsichtlich § 5 UWG.

wird also als weniger schutzbedürftig eingestuft: Man traut ihm in gesteigertem Maße zu, seine Interessen selbst wahrzunehmen, sich selbst zu schützen. Genau dieser dem neuen Verbraucherleitbild zu Grunde liegende Gedanke lässt sich auch in *Beaters* Ansicht wiederfinden. Denn er geht ebenfalls davon aus, dass ein Abnehmer selbst eigenverantwortlich darüber entscheiden könne, ob er das Risiko einer verminderten Qualität in Kauf nehmen möchte oder nicht. Mit anderen Worten: *Beater* traut dem Abnehmer in gesteigertem Maße und damit im Einklang mit dem neuen Verbraucherleitbild zu, sich selbst zu schützen.

Das Defizit der Ansicht *Beaters* besteht indes darin, dass er den Kreis der Personen, auf deren Vorstellungen es im Rahmen der Ermittlung des „guten Rufs“ ankommt, zu eng fasst. Denn *Beater* argumentiert im Kern wie folgt: Die grundsätzliche Unzulässigkeit der Vermarktung qualitativ minderwertigerer kompatibler Produkte greife unverhältnismäßig in die Wettbewerbsfreiheit ein, da der Käufer selbst darüber entscheiden könne, ob er das Risiko einer u.U. eingeschränkten Funktionsfähigkeit in Kauf nehmen will. Eine Rufbeeinträchtigung sei ausgeschlossen, solange der Käufer auf die vom Originalanbieter abweichende Herkunft des Ergänzungsprodukts hingewiesen werde.⁵⁵⁰ Das Problem hierbei besteht nun darin, dass er den für die Ermittlung des „guten Rufs“ maßgeblichen Personenkreis auf die Abnehmer der imitierten Ergänzungsprodukte beschränkt. Die „Öffentlichkeit“, auf deren Vorstellung es zur Feststellung einer Rufbeeinträchtigung ankommt, ist jedoch gerade nicht auf Personen beschränkt, die das Ergänzungsprodukt erwerben und sich eingehender mit der so ergänzten Gesamtsache befassen. Zu ihr zählt vielmehr auch das unbeteiligte Publikum, welches mit den Ergänzungsartikeln sowie den ergänzten Hauptprodukten nur flüchtig konfrontiert ist und sich daher nicht – einem Abnehmer vergleichbar – mit der Ware beschäftigt. Da dieser Personenkreis gerade wegen der nur beiläufigen Beschäftigung mit den Erzeugnissen nicht feststellen wird, ob ein Hauptprodukt nur aus Originalteilen oder auch aus imitierten Ergänzungsprodukten besteht, wird er ein für ihn erkennbares Qualitätsdefizit des Hauptprodukts

⁵⁵⁰ So *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, § 20 Rn 40.

der Gesamtsache zuordnen.⁵⁵¹ Die an das Hauptprodukt gerichtete Qualitätserwartung wird in diesem Fall enttäuscht mit der Folge, dass der „gute Ruf“ der Hauptsache beeinträchtigt wird.

Berücksichtigt man diese Überlegung, so verliert die auf den ersten Blick durchaus einleuchtende Argumentation *Beaters* an Überzeugungskraft. Indem sie einzig und allein auf die Abnehmer als maßgebliche „Öffentlichkeit“ abstellt, greift sie zu kurz; denn die auf der Wahrnehmung nur flüchtig beteiligter Dritter beruhende Rufbeeinträchtigung bleibt dabei völlig außer Acht. Da mithin auch bei vorhandenem Herkunftshinweis die Gefahr einer Rufbeeinträchtigung nicht ausgeschlossen ist und die Ausgestaltung des Herkunftshinweises zudem in die Risikosphäre des imitierenden Wettbewerbs fällt, erscheint es gerechtfertigt, dem Nachahmer den Beweis dafür aufzubürden, hinreichend auf die vom Haupterzeugnis abweichende Herkunft hingewiesen zu haben. Daher ist mit der herrschenden Meinung davon auszugehen, dass die Vermarktung qualitativ minderwertigerer Ergänzungsprodukte im Grundsatz wettbewerbswidrig und nur dann ausnahmsweise zulässig ist, wenn der Verkehr die Qualitätsbeeinträchtigung klar und eindeutig dem fremden Ergänzungsprodukt zuordnen kann.

E. Ausnutzung eines fremden Ergänzungsbedarfs, § 3 UWG

I. Zentrales Problem des wettbewerbsrechtlichen Schutzes von Ergänzungsprodukten

Wie bereits dargestellt,⁵⁵² kommt nach allgemeiner Auffassung ein ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz nur in Betracht, wenn zusätzliche Umstände vorliegen, die den Vorwurf der Unlauterkeit begründen. Die beiden bisher betrachteten besonderen Umstände zeichnen sich dadurch aus, dass sie zwar auf den hier untersuchten Bereich des Anbietens nachgeahmter Ergänzungsartikel zu einem fremden Hauptprodukt durchaus anwendbar sind, jedoch mehr oder weniger allgemeine Fragen betreffen, die sich auch im Rahmen anderer Konstellationen in vergleichbarer Weise stel-

⁵⁵¹ Schartel, WRP 1995, 901, 903 f.

⁵⁵² Siehe Seite 38.

len könnten. Die anschließenden Ausführungen widmen sich demgegenüber einem Problem, welches sich speziell bei der wettbewerbsrechtlichen Absicherung eines bestimmten Ergänzungsbedarfs stellt und damit den Kern des wettbewerbsrechtlichen Schutzes von Ergänzungsprodukten betrifft:

Ein innovativer Unternehmer entwickelt ein Hauptprodukt, das einen bestimmten Ergänzungsbedarf mit sich bringt. Um diesen für sich auszunutzen, bringt er selbst ein bestimmtes Ergänzungsprodukt auf den Markt. Mit dem Ziel, an diesem Ergänzungsmarkt teilzuhaben, beginnen nun andere Wettbewerber mit der Nachahmung des vom innovativen Unternehmer hergestellten Ergänzungsartikels. Die hierdurch entstehende Konkurrenz führt dazu, dass der innovative Unternehmer seinen Vorsprung auf dem Markt für das Ergänzungsprodukt verliert und nunmehr beim Absatz seines Original-Ergänzungsprodukts durch die Angebote seiner Mitbewerber behindert wird. Die sich nun stellende, grundsätzliche Frage ist, ob ein Wettbewerber, der nachgeahmte Ergänzungswaren vertreibt, vielleicht schon deswegen unlauter handelt, weil er damit den durch ein fremdes Produkt ausgelösten Ergänzungsbedarf ausnutzt und auf diese Weise den Absatz der Original-Ergänzungsartikel beeinträchtigt. Anders formuliert: Ist allein die Tatsache, dass ein fremder Ergänzungsbedarf befriedigt und damit die Wettbewerbsposition des Originalherstellers, der diesen Ergänzungsbedarf erst kreiert hat, angegriffen wird, als unlauteres Verhalten i.S.v. § 3 UWG zu bewerten?

Zur Untersuchung dieser für den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz von Ergänzungsprodukten fundamentalen Frage bietet sich eine nach den einzelnen Ergänzungsproduktgruppen aufgegliederte Darstellung an.

II. Ausnutzung eines fremden Ergänzungsbedarfs durch Ersatzteile

Dabei soll zunächst die Produktgruppe der Ersatzteile im Vordergrund stehen. Die Vermarktung nachgeahmter Ersatzteile zu fremden Hauptprodukten wird für wettbewerbsrechtlich unbedenklich und damit für grundsätzlich zulässig gehalten. Zu dieser Erkenntnis gelangt bereits der juristische Laie allein aufgrund der Beobachtungen des täglichen Lebens. So hat er bei einer Vielzahl von Produkten (bspw. Kfz-Teilen) die Wahl zwischen Original- und nachgeahmten Ersatzteilen. Diese Erfahrungen könnte er nicht bzw.

nicht in der Häufigkeit machen, wenn das Geschäft mit imitierten Ersatzteilen zu fremden Hauptprodukten grundsätzlich unzulässig wäre.⁵⁵³ Nichtsdestotrotz ist für die weiteren Ausführungen interessant, mit welcher Begründung das Ersatzteilgeschäft für zulässig gehalten wird. Daher soll zunächst die diesbezügliche Rechtsprechung und anschließend die sich damit befassende Literatur untersucht werden.

1. Rechtsprechung des Reichsgerichts und des *Bundesgerichtshofs*

Mit der Frage, ob der Vertrieb nachgeahmter Ersatzteile bereits deshalb als wettbewerbswidrig einzustufen ist, weil dadurch ein fremder Ergänzungsbedarf ausgenutzt und der Absatz von Original-Ersatzteilen beeinträchtigt wird, musste sich bereits das *Reichsgericht* beschäftigen. Es war der Ansicht, dass es grundsätzlich wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden sei, Ersatzteile zu fremden Hauptprodukten herzustellen und anzubieten.⁵⁵⁴ Die diesbezüglichen Ausführungen der Reichsrichter beschränken sich jedoch zumeist auf die bloße Feststellung der grundsätzlichen Zulässigkeit des Ersatzteilgeschäfts. Eine ausführliche Begründung für diese Entscheidung sucht man in den entsprechenden Urteilen vergeblich. Die die reichsgerichtliche Rechtsprechung hierbei leitenden Erwägungen werden – wenn überhaupt – nur beiläufig erwähnt.

So wird in der „YALE“-Entscheidung darauf hingewiesen, dass es nicht „im Interesse der Verbraucher“ sowie „einer ordentlichen Erwerbstätigkeit“ sei, die Vermarktung von Ersatzteilen generell als wettbewerbswidrig zu betrachten.⁵⁵⁵ In der Entscheidung „Schlüsseltypen“ heben die Reichsrichter hervor, es reiche zur Begründung der Wettbewerbswidrigkeit nicht aus, dass ein Wettbewerber – wie im Fall des Ersatzteilgeschäfts – in den von einem

⁵⁵³ Im Falle der grundsätzlichen Unzulässigkeit des Ersatzteilgeschäfts bestünde zwar die Möglichkeit, dass sich einzelne Unternehmer wettbewerbswidrig verhalten, jedoch ist es unwahrscheinlich, dass derart viele Wettbewerber das Recht brechen würden.

⁵⁵⁴ RG GRUR 1934, 598, 604 „YALE“; RG GRUR 1935, 386, 388 „Definitiv-System“; davon ausgehend auch RG GRUR 1939, 572, 576 „Positionsnummer“; RG GRUR 1941, 116, 122 „Torpedo-Freilauf“. Für die grundsätzliche Zulässigkeit des Ersatzteilgeschäfts – wenn auch im Hinblick auf den Bereich der Warenzeichenverletzung – bereits RGZ 74, 40, 41 f.

⁵⁵⁵ RG GRUR 1934, 598, 604 „YALE“.

anderen Unternehmer aufgebauten Kundenstamm einbreche,⁵⁵⁶ der bloße Erhalt eines einmal gewonnenen Kundenstamms sei nicht schutzwürdig. Im Rahmen des „Definitiv-System“-Urteils wird betont, dass Ersatzteile „ihrer Natur nach, ihrer Zweckbestimmung gemäß“ dem Original in allen Einzelheiten entsprechen müssten.⁵⁵⁷ Schließlich finden sich in der Entscheidung „Torpedo-Freilauf“ Ausführungen, die auf den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit als Begründung für die grundsätzliche Zulässigkeit des Ersatzteilgeschäfts hindeuten.⁵⁵⁸

Gleiches gilt – wenngleich auch nicht in demselben Maße – für die Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs*. Dieser hält es im Einklang mit der reichsgerichtlichen Rechtsprechung im Grundsatz für wettbewerbsrechtlich unbedenklich, Ersatzteile für fremde Erzeugnisse nachzuzahlen und zu vermarkten.⁵⁵⁹ Die Begründung der Bundesrichter fällt jedoch ebenfalls alles andere als umfassend aus.

So wird die Zulässigkeit des Ersatzteilgeschäfts in der Entscheidung „Box-Programmheft“ offensichtlich damit gerechtfertigt, dass das Auftreten neuer Mitbewerber „nach der Lebenserfahrung zwangsläufig eine Minderung des (eigenen) Absatzes“ zur Folge habe und diese auch dann hingenommen werden müsse, wenn die Tätigkeit der Konkurrenz erst durch das Hauptprodukt und den damit verbundenen Ergänzungsbedarf ermöglicht worden sei.⁵⁶⁰ Dies gelte zumindest dann, wenn es nur um die Deckung eines vorübergehenden und eng begrenzten Bedarfs gehe.⁵⁶¹ Diese Einschränkung wird in den Folgeentscheidungen jedoch aufgegeben. Fortan stellt der *Bundesgerichtshof* zur wettbewerbsrechtlichen Begründung des zulässigen Er-

⁵⁵⁶ RG GRUR 1933, 314, 317 „Schlüsseltypen“; so auch RG GRUR 1935, 386, 389 „Definitiv-System“.

⁵⁵⁷ RG GRUR 1935, 386, 388 „Definitiv-System“.

⁵⁵⁸ RG GRUR 1941, 116, 122 „Torpedo-Freilauf“.

⁵⁵⁹ BGH GRUR 1958, 342, 343 „Bohnergerät“; BGH GRUR 1958, 549, 551 „Box-Programmheft“; BGH GRUR 1962, 537, 540 „Radkappe“; BGH GRUR 1968, 49, 51 „Zentralschlossanlage“; BGH GRUR 1968, 698, 700 „Rekordspritzen“; BGH GRUR 1977, 547, 551 „Kettenkerze“; BGH GRUR 1996, 210, 212 „Vakuumpumpen“; BGH GRUR 2000, 521, 525 „Modulgerüst“.

⁵⁶⁰ BGH GRUR 1958, 549, 551 „Box-Programmheft“.

⁵⁶¹ BGH GRUR 1958, 549, 551 „Box-Programmheft“.

satzteilhandels auf ein entsprechendes „Bedürfnis der Allgemeinheit“⁵⁶² sowie darauf ab, dass kein Schutz für einen durch das Hauptprodukt selbst erschlossenen Markt für Ergänzungsartikel gewährt werden könne⁵⁶³. Von großer Bedeutung sei auch das „nach der Lebenserfahrung bestehende Interesse der Abnehmer“ (Preiswettbewerb, größere Auswahlmöglichkeiten bedingt durch größeres Warenangebot) an einem Wettbewerb auf dem Markt für Ersatzteile.⁵⁶⁴ Schließlich führt der *Bundesgerichtshof* der Sache nach auch wiederholt den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit ins Feld, um den freien Nachbau von Ersatzteilen zu rechtfertigen.⁵⁶⁵

2. Begründungsansätze der Literatur

Die Literatur greift bei den eigenen Begründungsansätzen überwiegend auf die von der Rechtsprechung aufgeworfenen Aspekte zurück. So wird häufig betont, dass die Interessen der Abnehmer auf einen dem freien Wettbewerb unterliegenden Ersatzteilmarkt gerichtet seien.⁵⁶⁶ Diesen Interessen komme im Bereich von Ergänzungsprodukten eine ganz besondere Bedeutung zu.⁵⁶⁷ Denn der Käufer eines Hauptprodukts sei beim Erwerb von Ersatzteilen darauf angewiesen, dass diese zu seinem Hauptprodukt passten. Die hierfür erforderliche Kompatibilität könne aber nur dann garantiert werden, wenn der detailgetreue Nachbau von Originalersatzteilen zulässig sei.⁵⁶⁸ Ebenso wird darauf verwiesen, dass die Allgemeinheit an der grundsätzlichen Zulässigkeit der Nachahmung von Ersatzteilen interessiert sei, weil die damit einhergehende Standardisierung und Rationalisierung unnötige volkswirt-

⁵⁶² BGH GRUR 1968, 698, 700 „Rekordspritzen“.

⁵⁶³ BGH GRUR 1976, 434, 436 „Merkmalklötze“; BGH GRUR 2000, 521, 526 „Modulgerüst“.

⁵⁶⁴ BGH GRUR 2000, 521, 525 „Modulgerüst“.

⁵⁶⁵ BGH GRUR 1968, 49, 51 Zentralschlossanlage“; BGH GRUR 1968, 698, 700 „Rekordspritzen“.

⁵⁶⁶ Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.50 S.352; Deck, in: MAH Gewerbl. Rechtsschutz, § 19 Rn 137 S.668; Sambuc, Nachahmungsschutz, Rn 522; Sack, FS für Erdmann, S.697, 703.

⁵⁶⁷ In diese Richtung: Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 20 Rn 37; Piper, in: Piper/Ohly, § 4.9 Rn 52.

⁵⁶⁸ Götting, in: Fezer UWG I, § 4-9 Rn 71; Piper, in: Piper/Ohly, § 4.9 Rn 51; Deck, in: MAH Gewerbl. Rechtsschutz, § 19 Rn 138; Sambuc, Nachahmungsschutz, Rn 522; Rauda, GRUR 2002, 38, 41.

schaftliche Kosten vermeide.⁵⁶⁹ Weiterhin wird angeführt, dass der faktische Marktvorsprung des Originalanbieters ausreiche und nicht noch durch ein wettbewerbsrechtliches „Monopol“ verlängert werden müsse.⁵⁷⁰ Ziel müsse die Offenhaltung des Marktes für Ersatzteile und damit die Bewahrung des freien Wettbewerbs sein.⁵⁷¹ Neben diesen marktbezogenen Argumenten wird zur Rechtfertigung des Ersatzteilgeschäfts auch in der Literatur auf den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit zurückgegriffen.⁵⁷² Dieser werde aufgegeben, wenn man bereits in der Vermarktung nachgeahmter Ersatzteile und den denknötwendig damit verbundenen Folgen einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht erblicken würde.

Zwar gehen die Stellungnahmen in der Literatur, welche die grundsätzliche Zulässigkeit des Ersatzteilgeschäfts zu rechtfertigen versuchen, über die entsprechenden Ausführungen der Rechtsprechung hinaus. Doch sucht man auch hier eine ausführliche und strukturierte Begründung dafür, weshalb es nicht per se unlauter ist, den durch ein fremdes Produkt erzeugten Ergänzungsbedarf auszunutzen und dabei den Absatz der Original-Ergänzungsartikel zu beeinträchtigen, vergeblich. Da die hinter dieser Auffassung stehenden Wertungen jedoch für die weiteren Untersuchungen von Interesse sind, soll im Folgenden versucht werden, ausführlich dazulegen, weshalb das Ersatzteilgeschäft unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten grundsätzlich zulässig, ja sogar erwünscht ist.

3. Bewertung

Hinter dieser allgemein für richtig gehaltenen These verbergen sich im Wesentlichen zwei Begründungsstränge, von denen der eine eher wettbewerbstheoretischer, der andere eher normativer Natur ist.

⁵⁶⁹ Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.50 S.352.

⁵⁷⁰ Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 20 Rn 37; ders., Nachahmen, III. Teil E II 3 S.177; Jacobs, S.71, 85. Mit ähnlichen Überlegungen zum österreichischen Recht: Artmann, ÖBl 1999, 3, 4 sowie Gruber, WBl 2000, 145, 147.

⁵⁷¹ Müller-Laube, ZHR 156 (1992), 480, 497; Kur, GRUR Int. 1995, 469, 470; Lippich, MittPat 1998, 479.

⁵⁷² Piper, in: Piper/Ohly, § 4.9 Rn 50; Götting, in: Fezer UWG I, § 4-9 Rn 71; ders., Wettbewerbsrecht, § 11 Rn 42; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 11 IV 3 a); Sack, FS für Erdmann, S.697, 703.

Die Vermarktung imitierter Ersatzteile verstößt gegen die wettbewerbsrechtliche Norm des § 3 UWG, wenn dieses Verhalten als unlauter und damit wettbewerbswidrig anzusehen ist. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Verletzung des Lauterkeitsrechts ausscheidet, sofern es sich um ein wettbewerbskonformes Vorgehen handelt. Anders formuliert: Einem Verhalten, das dem Mechanismus des Wettbewerbs entspringt und demzufolge nur wettbewerbskonforme Folgen nach sich zieht, kann für sich alleine genommen schwerlich der Vorwurf der „Wettbewerbswidrigkeit“ gemacht werden. In eben dieser Überlegung dürfte der erste Grund dafür zu finden sein, weshalb das Ersatzteilgeschäft wettbewerbsrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden ist. Die Tatsache, dass Rechtsprechung und Literatur es im Grundsatz für zulässig halten, fremde Ersatzteile nachzuzahlen, den durch einen anderen geschaffenen Ergänzungsbedarf für sich auszunutzen und auf diese Weise u.U. den Absatz der Original-Ersatzteile zu beeinträchtigen, erklärt sich daraus, dass es sich hier um ein wettbewerbskonformes Verhalten handelt. Dieser Zusammenhang soll im Folgenden noch einmal kurz anhand der dynamischen Wettbewerbstheorie⁵⁷³ verdeutlicht werden:

Den – freilich idealtypischen – wettbewerbsrechtlichen Ausgangspunkt bildet der Zustand des Isopols, d.h. der spätere Anbieter des Original- sowie der des nachgeahmten Ersatzteils befinden sich auf ein und derselben Stufe; es besteht Gleichheit zwischen den Wettbewerbern. Um sich aus der Masse der Konkurrenten hervorzuheben, entwickelt der innovative Unternehmer nun eine – in welcher Hinsicht auch immer – besondere Leistung. Im Falle des Ersatzteilgeschäfts produziert der Hersteller des Hauptprodukts also eigene, insoweit neuartige Ersatzteile, die den entsprechenden Ergänzungsbedarf seines Hauptprodukts bedienen. Der dadurch gewonnene natürliche Vorsprung ermöglicht es ihm, seine Leistung unabhängig von fremder Konkurrenz anzubieten. In diesem Moment setzt das imitatorische Verhalten der Mitbewerber ein. Um an dem durch die Innovation geweckten Geschäft teilzuhaben, ahmen die Konkurrenten die innovative Leistung nach, brechen damit auf den durch den voreilenden Unternehmer geschaffenen Markt ein und beeinträchtigen auf diese Weise den Absatz der Pionierleistung.

⁵⁷³ Siehe dazu ausführliche Seite 16 f.

Die Tatsache, dass der Absatz der Original-Ersatzteile durch die von Dritten hergestellten Ersatzteile beeinträchtigt wird, ist daher als absolut wettbewerbskonformer Vorgang einzustufen. Wollte man das Verhalten der Konkurrenz mit der Begründung verbieten, dass dadurch der durch einen anderen geschaffene Ergänzungsbedarf ausgenutzt und der Absatz der Original-Ersatzteile unangemessen beeinträchtigt werde, würde dadurch nicht der Wettbewerb geschützt, sondern im Gegenteil in seinem natürlichen Ablauf beeinträchtigt. Die Vermarktung nachgeahmter Ersatzteile stellt sich also nicht als wettbewerbswidrig und damit unzulässig, sondern gerade als wettbewerbskonform und damit zulässig dar.

Dafür, dass es sich hierbei um eines der Kernargumente der Rechtsprechung und Literatur handelt, spricht, dass sich die diesbezüglichen, z.T. recht fragmentarischen Begründungen sinnvoll auf den hier vertretenen Ansatz zurückführen lassen. Wird etwa festgestellt, dass die Nachahmung fremder Ersatzteile eine „ordentliche Erwerbstätigkeit“ darstelle, dass das „Einbrechen in den Kundenstamm eines anderen“ zur Begründung der Wettbewerbswidrigkeit nicht ausreiche oder dass die Beeinträchtigung des eigenen Absatzes durch die Konkurrenz als „nach der Lebenserfahrung zwangsläufig“ hinzunehmen sei, dann wird damit nichts anderes zum Ausdruck gebracht, als dass es sich dabei um „normalen“ Wettbewerb mit wettbewerbsimmanenten Folgen handelt. Mit anderen Worten: Das angegriffene Verhalten ist Bestandteil des Wettbewerbs und kann nicht mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts untersagt werden. Auch der häufig zu findende Hinweis auf die Interessen der Abnehmer sowie der Allgemeinheit fügt sich in die hier gegebene Begründung ein. Denn bei den Umständen, die aus der Sicht der Abnehmer und der Allgemeinheit für die grundsätzliche Zulässigkeit des Ersatzteilgeschäfts sprechen, handelt es sich – wie vereinzelt auch erkannt wird – um solche Vorteile, die ein funktionierender Wettbewerb mit sich bringt. Ist einem Abnehmer beispielsweise an einer möglichst großen Zahl von Ausweichmöglichkeiten beim Erwerb von Ersatzteilen gelegen, dann ist er damit an wirtschaftlichem Wettbewerb interessiert, da dieser für ein größeres Warenangebot und damit bessere Auswahlmöglichkeiten sorgt. Ebenso steht hinter dem Argument, im Ersatzteilgeschäft komme es auf Kompatibilität und Passgenauigkeit und damit auch auf den detailgetreuen Nachbau

an, die Überlegung, dass nur in diesem Fall die Original-Ersatzteile und die imitierten Produkte miteinander in Konkurrenz stehen.

Den zweiten wesentlichen Argumentationsstrang erkennen Rechtsprechung und Lehre zutreffend im Grundsatz der Nachahmungsfreiheit. Danach verstößt die Vermarktung imitierter Arbeitsergebnisse nur dann gegen § 3 UWG, wenn zusätzliche, neben die Nachahmung der eigenartigen Leistung tretende Umstände vorliegen. Der Vorwurf der Unlauterkeit darf sich also nicht aus Aspekten ergeben, die denotwendig mit der Imitation eines wettbewerblich eigenartigen Erzeugnisses verbunden sind. Denn andernfalls wäre die jeweilige Leistung unmittelbar geschützt und allein die Nachahmung unabhängig vom Vorliegen weiterer Umstände unzulässig, was jedoch der These von der grundsätzlichen Zulässigkeit des freien Nachbaus eindeutig widersprechen würde.

Genau dies würde man jedoch tun, wenn man im Fall der Ersatzteile die Unlauterkeit der Nachahmung daran festmache, dass hier der Ergänzungsbedarf eines fremden Hauptprodukts ausgenutzt und der Absatz der Original-Ersatzteile beeinträchtigt wird. Da es sich dabei um zwingende Folgen einer Nachahmung handelt, können sie für sich genommen nicht die Unzulässigkeit dieses Verhaltens begründen. Die Unlauterkeit dennoch zu bejahen, hieße, den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit aufzugeben. Indem die überwiegende Ansicht dies ablehnt, wendet sie sich gegen einen unmittelbaren Leistungsschutz und bestätigt den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit.

Zusammenfassend lässt sich also Folgendes feststellen: Die Nachahmung fremder Ersatzteile wird nach allgemeiner Ansicht deshalb für zulässig gehalten, weil es sich dabei um einen wettbewerbskonformen Vorgang handelt. Solange der imitatorische Wettbewerb nicht durch den Gesetzgeber unterbunden wird, das fragliche Ersatzteil also nicht einem spezialgesetzlichen Leistungsschutzrecht unterfällt, kann dagegen nicht mit den Mitteln des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes vorgegangen werden (Grundsatz der Nachahmungsfreiheit).

III. Ausnutzung eines fremden Ergänzungsbedarfs durch Zubehör

1. Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

Die ersten die wettbewerbsrechtliche Behandlung von Zubehör betreffenden höchstrichterlichen Urteile finden sich erst in der Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs*. Parallel zum Ersatzteilgeschäft gehen die Bundesrichter davon aus, dass es im Grundsatz lauterkeitsrechtlich nicht zu beanstanden sei, fremdes Zubehör nachzuahmen.⁵⁷⁴ Der Hersteller des Hauptprodukts sowie des Original-Zubehörs müsse es daher hinnehmen, dass Mitbewerber den von ihm geschaffenen Ergänzungsbedarf ausnutzten und den Absatz seines Original-Zubehörs beeinträchtigten.

Die Begründung dieses Ergebnisses fällt auch hier recht knapp aus. So wird in der Entscheidung „Telekonverter“ darauf hingewiesen, dass dem Hersteller des Hauptprodukts jenseits der Sondergesetze kein Monopol für sämtliche Zusatzgeräte eingeräumt werden könne.⁵⁷⁵ Im Rahmen des „Einbauleuchten“-Urteils betonen die Bundesrichter das besondere Interesse der Abnehmer an einem funktionierenden Wettbewerb auf dem Markt für Zubehörartikel.⁵⁷⁶ Schließlich folge die grundsätzliche Zulässigkeit des Zubehörgeschäfts daraus, dass auch die Vermarktung nachgeahmter Ersatzteile grundsätzlich erlaubt sei: Wenn nämlich das UWG schon die Nachahmung von Ersatzteilen gestatte, deren Gestaltung zwingend unverändert übernommen werden müsse, dann gelte dies erst recht für Zubehör, dessen Gestaltung weitaus weniger durch das Hauptprodukt vorgegeben werde.⁵⁷⁷

Auch die Literatur hält es nicht per se für unlauter, durch die Nachahmung fremden Zubehörs den von einem anderen geschaffenen Ergänzungsbedarf auszunutzen und den Absatz von Originalzubehör zu beeinträchtigen. Sie

⁵⁷⁴ BGHZ 41, 55, 58 „Klemmbausteine I“; BGH GRUR 1958, 343 „Bohnergerät“; BGH GRUR 1958, 549, 551 „Box-Programmheft“; BGH GRUR 1977, 666, 667 f. „Einbauleuchten“; BGH GRUR 1984, 282 „Telekonverter“; BGH GRUR 1990, 528, 530 „Rollen-Clips“.

⁵⁷⁵ BGH GRUR 1984, 282 „Telekonverter“.

⁵⁷⁶ BGH GRUR 1977, 666, 668 „Einbauleuchten“.

⁵⁷⁷ BGH GRUR 1958, 343 „Bohnergerät“.

stuft das Zubehörgeschäft als grundsätzlich wettbewerbskonform ein.⁵⁷⁸ Die Zulässigkeit des Zubehörgeschäfts wird dabei zumeist „in einem Atemzug“ mit dem Ersatzteilgeschäft festgestellt. Auch die Begründung deckt sich häufig mit den zum Ersatzteilhandel angestellten Überlegungen.⁵⁷⁹

2. Bewertung

Dass auch das Anbieten nachgeahmter Zubehörartikel im Grundsatz nicht unlauter ist, lässt sich im Wesentlichen auf die beiden, bereits zum Ersatzteilgeschäft dargestellten Argumente zurückführen. Auch hier handelt es sich im Ausgangspunkt nicht um wettbewerbswidriges, sondern im Gegenteil um ein dem Prozess des Wettbewerbs immanentes Verhalten. Dem Grundsatz der Nachahmungsfreiheit entsprechend kann ein Verstoß gegen die Fairness im wirtschaftlichen Konkurrenzkampf nur dann angenommen werden, wenn zusätzliche Umstände vorliegen, die nicht denkbare mit der Nachahmungshandlung verknüpft sind.

Eben diese Überlegung dürfte auch hinter der von Rechtsprechung und Literatur zum Zubehörhandel vertretenen Auffassung stehen, da entweder ausdrücklich oder aber (zumindest) der Sache nach an die zum Ersatzteilgeschäft vorgetragene Argumentation angeknüpft wird.

Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass zum einen der Charakter als wettbewerbskonformes Verhalten, zum anderen der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit die Begründung dafür liefern, weshalb es unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden ist, nachgeahmtes Zubehör zu fremden Hauptprodukten anzubieten und damit u.U. den Absatz des Original-Zubehörs zu beeinträchtigen.

⁵⁷⁸ Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.50 S.353; Eck, in: Gloy/Loschelder, Hdb. WettbewerbsR, § 43 Rn 161; Deck, in: MAH Gewerbl. Rechtsschutz, § 19 Rn 136; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 11 IV 3 a); Sambuc, Nachahmungsschutz, Rn 522; Sack, FS für Erdmann, S.697, 703; Malzer, GRUR 1977, 642, 643 f.; Müller-Laube, ZHR 156 (1992), 480, 497; Bunte, BB 1999, 113, 114; Zech, MittPat 2000, 195.

⁵⁷⁹ So etwa: Deck, in: MAH Gewerbl. Rechtsschutz, § 19 Rn 137; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 11 IV 3 a).

IV. Ausnutzung eines fremden Ergänzungsbedarfs durch Verbrauchsmaterialien

1. Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

Noch seltener als mit der wettbewerblichen Behandlung von Zubehör war die Rechtsprechung mit den Verbrauchsmaterialien beschäftigt. Auch im Hinblick auf diese Ergänzungsproduktgruppe vertritt der *Bundesgerichtshof* die Auffassung, dass es für sich gesehen wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden sei, imitierte Verbrauchsprodukte anzubieten und damit den Ergänzungsbedarf eines fremden Hauptprodukts zu bedienen.⁵⁸⁰ Ein solches Vorgehen sei ebenso wie im Ersatzteil- und Zubehörgeschäft zulässig.⁵⁸¹ Allein der Umstand, dass im Fall von Verbrauchsartikeln das Ausgangserzeugnis von vornherein auf Ergänzung durch diese Produkte ausgerichtet sei, rechtfertige keine von diesen Grundsätzen abweichende wettbewerbsrechtliche Behandlung.⁵⁸²

2. Bewertung

Auch die zur Produktgruppe der Verbrauchsmaterialien von der Rechtsprechung vertretene Ansicht verdient Zustimmung. Es ist nicht per se unlauter, fremde Verbrauchsmaterialien nachzuahmen und dadurch möglicherweise den Absatz der Original-Verbrauchsartikel zu beeinträchtigen. Begründen lässt sich dies wiederum mit den bereits zum Ersatzteil- und Zubehörgeschäft dargelegten Argumenten: Die Folgen der bloßen Nachahmung sind als Bestandteil des natürlichen Wettbewerbsprozesses solange hinzunehmen, wie kein sondergesetzlicher Schutz vorhanden ist, und zwar unabhängig davon, ob das Bedürfnis nach Ergänzung von vornherein im Hauptprodukt angelegt ist. Wollte man den wettbewerblichen Schutz von Verbrauchsmaterialien nämlich damit begründen, dass der Unternehmer den hiermit verbundenen Gewinn von Anbeginn an einkalkuliert habe, würde

⁵⁸⁰ BGH WRP 96, 713, 715 „Verbrauchsmaterialien“; i.E. ebenso BGH GRUR 1990, 528, 530 „Rollen-Clips“, der die streitgegenständlichen Verschlussklammern jedoch irrtümlich als Zubehör besonderer Art einstuft.

⁵⁸¹ So BGH WRP 96, 713, 715 „Verbrauchsmaterialien“.

⁵⁸² BGH GRUR 1990, 528, 530 „Rollen-Clips“.

auf diesem Weg eine vom Unternehmer selbst gewählte Marktstrategie unter Schutz gestellt. Dies vermag indes nicht zu überzeugen, da die Entscheidung für oder gegen eine bestimmte Vermarktungsstrategie zum unternehmerischen Risikobereich zählt und somit einem wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz ebenso wenig wie eine abstrakte Geschäftsidee zugänglich ist.

V. Ausnutzung eines fremden Ergänzungsbedarfs durch Serienerzeugnisse

Die bisherigen Ausführungen belegen, dass es der innovative Unternehmer hinnehmen muss, wenn Mitbewerber die von ihm produzierten, keinem Leistungsschutzrecht unterfallenden Original-Ersatzteile, Original-Zubehörartikel oder Original-Verbrauchsmaterialien nachahmen und anschließend auf dem Markt anbieten. Für diesen praktisch relevanten Bereich steht somit fest: Es ist nicht unlauter, den von einem anderen geschaffenen Ergänzungsbedarf auszunutzen und den Absatz der Original-Ergänzungsprodukte zu beeinträchtigen. Hinsichtlich der wettbewerbsrechtlichen Behandlung von Serienerzeugnissen hat die Rechtsprechung jedoch die Fallgruppe des „Einschiebens in eine fremde Serie“ entwickelt. Diese Fallgruppe ist deswegen besonders interessant, weil der *Bundesgerichtshof* hier von seiner die übrigen Ergänzungsprodukte betreffenden Rechtsprechung abweicht. Denn anders als bei Ersatzteilen, Zubehör oder Verbrauchsmaterialien sei es unlauter, nachgeahmte Serienerzeugnisse zu vermarkten und sich auf diese Weise in eine fremde Serie einzuschieben. Ausnahmsweise sei es nämlich doch unzulässig, den von einem anderen geschaffenen Ergänzungsbedarf für sich auszunutzen.

1. Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Fallgruppe des „Einschiebens in fremde Serie“

Bevor aber die Fallgruppe des „Einschiebens in fremde Serie“ kritisch bewertet werden kann, muss zunächst der Inhalt dieser rechtlichen Konstruktion erläutert werden. Der erste Schritt besteht folglich darin, den Anwendungsbereich der Fallgruppe, d.h. deren Voraussetzungen und Rechtsfolgen

darzulegen. Den Ausgangspunkt bilden dabei die gerichtlichen Entscheidungen, welche sich mit der fraglichen Fallgruppe beschäftigen.

a) Zentrale Entscheidungen zur Fallgruppe des „Einschiebens in fremde Serie“

aa) „Klemmbausteine I-Entscheidung“

Die Lehre vom „Einschieben in eine fremde Serie“ findet ihren Ursprung in der „Klemmbausteine I-Entscheidung“⁵⁸³ des *Bundesgerichtshofs*. Diesem Urteil lag der folgende Sachverhalt zu Grunde:

Die in Dänemark ansässige Erstklägerin produziert aus Kunststoff gefertigte Klemmbausteine. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass sie auf ihrer Oberseite runde Klemmnocken aufweisen und ihre Unterseite als Hohlkörper ausgestaltet ist. Verbindet man nun die sich auf der Oberseite befindlichen Nocken eines Steines mit dem sich auf der Unterseite befindlichen Hohlraum eines anderen Steines, dann kann man auf diese Weise die beiden Bauelemente miteinander verklemmen. Die Steine sind also so konstruiert, dass sie sich miteinander verbauen lassen. Die als Kinderspielzeug hergestellten Klemmbausteine werden von der Zweitklägerin in Deutschland unter dem Warenzeichen „LEGO“ vertrieben.



Die Beklagte bot in Deutschland ebenfalls als Kinderspielzeug gedachte Klemmbausteine an. Diese unter dem Warenzeichen „Puwi“ vertriebenen Spielsteine wiesen zwar einige kleinere Unterschiede zu den Produkten der

⁵⁸³ BGHZ 41, 55 ff. „Klemmbausteine I“.

Klägerinnen auf, entsprachen aber in ihren Abmessungen den LEGO-Steinen und konnten daher mit diesen verbaut werden. Erst- und Zweitklägerin waren der Auffassung, bei den Puwi-Steinen handele es sich um eine unzulässige Nachahmung der Original LEGO-Klemmbausteine, und nahmen aus diesem Grund die Beklagte u.a. auf Unterlassung in Anspruch.

Das Fundament für die Entscheidung des *Bundesgerichtshofs* bildet der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit. Der bloße Nachbau eines nicht unter Sonderrechtsschutz stehenden Erzeugnisses sei erst dann wettbewerbsrechtlich zu beanstanden, wenn weitere, über die Nachahmung hinausgehende Umstände hinzutreten.⁵⁸⁴ Zwar scheide eine vermeidbare Herkunftstäuschung als ein solcher zusätzlicher Umstand aus, da eine tatrichterliche Aufklärung der hierfür erforderlichen Tatsachen fehle. Ein die Wettbewerbswidrigkeit begründender Umstand sei jedoch ausnahmsweise darin zu sehen, dass durch die Nachahmung des Klemmbausteins der von einem anderen geschaffene Ergänzungsbedarf ausgenutzt werde. Der *Bundesgerichtshof* stellt dabei zunächst klar, dass es im Grundsatz wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden sei, wenn ein Wettbewerber – wie im Ersatzteil- und Zubehörgeschäft – ein zu einem fremden Produkt kompatibles Erzeugnis nachahme und sich auf diese Weise den von einem anderen verursachten Ergänzungsbedarf zu Nutze mache.⁵⁸⁵ Im konkret zu entscheidenden Fall liege die Sache jedoch anders. Denn es entspreche „dem Wesen und der Zweckbestimmung“ eines LEGO-Klemmbausteines, „dass er gewissermaßen den Ansatz für eine von vornherein als fortlaufend gedachte Serie von Ergänzungen und Erweiterungen“ darstelle, „mit deren Hilfe er erst den von Anbeginn angestrebten vollkommenen Gebrauchszweck“ entfalte.⁵⁸⁶ Da die LEGO-Klemmbausteine also von vornherein auf Ergänzung und Erweiterung angelegt seien, erschöpfe sich der wettbewerbliche Erfolg des Original-Herstellers nicht in der Lieferung eines einzelnen LEGO-Steines, sondern erfasse „auch den aus der Natur des Gegenstandes sich ergebenden Ergänzungsbedarf“.⁵⁸⁷ Die Befriedigung dieses aus der Serie resultierenden

⁵⁸⁴ BGHZ 41, 55, 57 „Klemmbausteine I“.

⁵⁸⁵ BGHZ 41, 55, 58 „Klemmbausteine I“.

⁵⁸⁶ BGHZ 41, 55, 59 „Klemmbausteine I“.

⁵⁸⁷ BGHZ 41, 55, 59 „Klemmbausteine I“.

Ergänzungsbedarfs sei demnach dem Original-Hersteller vorbehalten und dürfe nicht durch Dritte vorgenommen werden, denen zahlreiche alternative Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung stünden.⁵⁸⁸

Darin bestehe der wesentliche Unterschied zu dem ebenfalls eine Art „Ergänzungsbedarf“ befriedigenden Ersatzteil- und Zubehörgeschäft. Da der Erzeuger des Hauptprodukts seinen vollen Markterfolg mit dem ersten Umsatzgeschäft realisiert habe, könne ihm nicht auch die Befriedigung des Bedarfs an Ersatzteilen vorbehalten sein.⁵⁸⁹ Zudem erweiterten Ersatzteile – anders als die hier vorliegenden Serienprodukte – nicht den Gebrauchszweck des Ausgangsgegenstandes, sondern stellten diesen etwa durch Austausch verschlissener Teile nur wieder her.⁵⁹⁰

Im Hinblick auf die Produktgruppe des Zubehörs sei es zwar durchaus denkbar, dass – wie im vorliegenden Fall – der Gebrauchszweck der Hauptsache ausgedehnt werde, jedoch habe auch in diesem Fall der Hersteller des Ausgangsprodukts seinen Markterfolg grundsätzlich bereits durch den Vertrieb des Hauptprodukts verwirklicht.⁵⁹¹ Die Frage, ob dies anders zu beurteilen sei, wenn das Ausgangserzeugnis „für sich selbst gesehen mehr oder weniger unfertig“ sei und daher der Vervollständigung durch Zubehör bedürfe, lässt der *Bundesgerichtshof* offen.⁵⁹²

Der Vorwurf der Wettbewerbswidrigkeit könne allein dem Mitbewerber gemacht werden, der sich durch die Nachahmung von Ergänzungsprodukten in eine fremde Serie einschiebe, da nur dieser den einem anderen gebührenden Markterfolg auf sich überleite. Diese Entscheidung stehe auch nicht im Widerspruch zu der nach gefestigter Rechtsprechung vertretenen Aussage, niemand habe einen Anspruch auf Erhaltung eines einmal aufgebauten Kundenstammes. Denn in diesem Falle werde nicht eine allgemeine Nachfrage geweckt, sondern „ein konkretes Bedürfnis nach Fortsetzung gerade dieser Serie geschaffen“, sodass für den Originalhersteller die „unmittelbare Aussicht auf weiteren Absatz“ bestehe.⁵⁹³ Aufgrund dieser Überlegungen

⁵⁸⁸ BGHZ 41, 55, 59 „Klemmbausteine I“.

⁵⁸⁹ BGHZ 41, 55, 59 „Klemmbausteine I“.

⁵⁹⁰ BGHZ 41, 55, 59 „Klemmbausteine I“.

⁵⁹¹ BGHZ 41, 55, 60 „Klemmbausteine I“.

⁵⁹² BGHZ 41, 55, 60 „Klemmbausteine I“.

⁵⁹³ BGHZ 41, 55, 60 f. „Klemmbausteine I“.

sei es gerechtfertigt, das Verhalten der Beklagten als wettbewerbswidrig zu qualifizieren.

bb) „Klemmbausteine II-Entscheidung“

Diese in der Entscheidung Klemmbausteine I eingeschlagene Richtung bestätigt der *Bundesgerichtshof* im Rahmen des Klemmbausteine II-Urteils⁵⁹⁴, dessen Sachverhalt einige Parallelen zum ersten Klemmbaustein-Fall aufweist. In dem von den Bundesrichtern zu entscheidenden Fall begehrte die Klägerin, die bereits am ersten Verfahren beteiligte Herstellerin des Kinderspielzeugs LEGO, die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, die Spielzeugbahn „Tomy Train“ auszustellen, anzubieten oder zu vertreiben. Die Besonderheit der von der Beklagten vertriebenen Spielzeugeisenbahn bestand darin, dass sie sich aus mit zylindrischen Noppen versehenen Einzelteilen zusammensetzte. Diese Noppen ermöglichten es, die Spielzeugbahn mit geringem Kraftaufwand auseinander zu bauen sowie die Einzelteile (auch in anderer Weise) wieder zusammen zu setzen. Da die Abmessungen der zylindrischen Noppen denen der LEGO-Klemmbausteine entsprachen, konnten beide Bauelementsysteme problemlos miteinander verbunden werden. Zur Begründung der Wettbewerbswidrigkeit führte die Klägerin daher u.a. auch an, dass sich die Beklagte mit der Vermarktung des „Tomy Trains“ in ein fremde Serie einschiebe.

In konsequenter Anwendung der in der Klemmbausteine I-Entscheidung aufgestellten Grundsätze hält der *Bundesgerichtshof* das Verhalten des Beklagten für wettbewerbswidrig und bestätigt damit im Ergebnis das vorinstanzliche Urteil des *OLG Hamburg*. Der Beklagte schiebe sich nämlich mit der Vermarktung des „Tomy Trains“ in die Klemmbaustein-Serie der Klägerin ein, die von vornherein auf einen fortgesetzten Bedarf gleichartiger Erzeugnisse zugeschnitten sei und das Bedürfnis nach Erweiterung und Vervollständigung in sich trage. Da darin ein über die Nachahmung selbst hinausgehender Umstand liege, der das Verhalten des Konkurrenten als wettbewerbswidrig erscheinen lasse, sei der Unterlassungsanspruch der

⁵⁹⁴ BGH GRUR 1992, 619 ff. „Klemmbausteine II“.

Klägerin begründet. Denn die Befriedigung eines derartig beschaffenen Ergänzungsbedarfs obliege allein dem Original-Hersteller, da sich dessen wettbewerblicher Erfolg nicht in der Lieferung des Ausgangsprodukts erschöpfe.⁵⁹⁵

Als Besonderheit der konkret zu entscheidenden Sachverhaltskonstellation stellt das Gericht allerdings heraus, dass der Beklagte die fraglichen Klemmbausteine nicht in Form eines Bausatzes, sondern nur als bereits fertig zusammengesetzte Spielzeugeisenbahn vertreibe. Diese Tatsache sei zwar nicht in der Lage, den Vorwurf der Wettbewerbswidrigkeit zu beseitigen; denn die „objektive Wesensart“ der Bauelemente als Ergänzungsprodukte für LEGO-Steine bleibe dadurch erhalten, dass sich der Zug ohne große Kraftaufwendung in seine Einzelteile zerlegen lasse und zudem die dem Anbau an LEGO-Steine dienenden Klemmnoppen deutlich erkennbar seien.⁵⁹⁶ Jedoch sei es durchaus denkbar, dass diese „verdeckte“ Form des Einschlebens in eine fremde Serie den Vorwurf der Wettbewerbswidrigkeit vermindere.⁵⁹⁷ Von einer solchen Minderung sei im vorliegenden Fall jedoch schon deshalb nicht auszugehen, weil es sich bei der nachgeahmten Leistung der Klägerin mittlerweile um ein „weltbekanntes“ Produkt handle.⁵⁹⁸ Indem der Beklagte ein Spielzeug anbiete, das aus mit LEGO-Steinen kompatiblen Bauelementen bestehe, hänge er sich an den Erfolg eines sehr bekannten Systems an und profitiere auf diese Weise von dem durch die Klägerin erworbenen guten Ansehen.⁵⁹⁹

cc) „Klemmbausteine III-Entscheidung“

Im letzten der drei Klemmbausteine-Urteile (Klemmbausteine III)⁶⁰⁰ machten die Klägerin zu 1, die in Dänemark ansässige Herstellerin der LEGO-Steine, sowie der Kläger zu 2, das die LEGO-Klemmbausteine in Deutschland vertreibende Unternehmen, u.a. wiederum wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz für ihr als Kinderspielzeug gedachtes Bauelementesystem

⁵⁹⁵ BGH GRUR 1992, 619, 620 „Klemmbausteine II“.

⁵⁹⁶ BGH GRUR 1992, 619, 620 „Klemmbausteine II“.

⁵⁹⁷ BGH GRUR 1992, 619, 620 „Klemmbausteine II“.

⁵⁹⁸ BGH GRUR 1992, 619, 620 f. „Klemmbausteine II“.

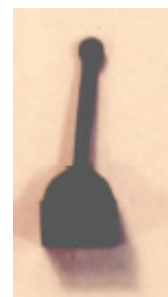
⁵⁹⁹ BGH GRUR 1992, 619, 621 „Klemmbausteine II“.

⁶⁰⁰ BGH WRP 2005, 476 ff. „Klemmbausteine III“.

geltend. Die Beklagte produzierte ihrerseits wiederum Kunststoff-Klemmbausteine, die sich mit den unter der Marke LEGO angebotenen Spielsteinen verbauen ließen. Nachdem sie dieses Bauelementesystem bereits in mehreren Ländern des europäischen Binnenmarktes unter der Bezeichnung „B.“ vertrieben hatte, beabsichtigte die Beklagte, sowohl bestimmte Bausätze wie etwa das nachfolgend abgebildete „Football Stadium“



als auch einige Bauelemente wie etwa die nachfolgend wiedergegebenen Konstruktionselemente



zunehmend auch auf dem deutschen Markt zu platzieren. Dabei sollte durch einen Aufkleber auf der Produktverpackung deutlich darauf hingewiesen werden, dass es sich bei „B.“ um ein einheitliches Bauelementesystem der B. Firmengruppe handele, das nicht mit anderen Bauelementesystemen verwechselt werden sollte. Gegen dieses Vorhaben wandte sich die Klägerseite mit der Begründung, darin sei ein wettbewerbswidriges Einschleichen in eine fremde

Serie zu sehen, welches die Beklagte deshalb zu unterlassen habe. Wie auch in den beiden vorhergehenden Klemmbausteine-Entscheidungen müssten es die Klägerinnen nicht hinnehmen, dass sich ein Mitbewerber in ihre von vornherein auf Ergänzung und Erweiterung angelegte Serie einschiebe und damit den eigentlich ihnen gebührenden wettbewerblichen Erfolg auf sich überleite.

Zum von den Vorinstanzen bejahten Unterlassungsanspruch aufgrund der Fallgruppe des „Einschiebens in eine fremde Serie“ führt der *Bundesgerichtshof* Folgendes aus: Obwohl sich der Beklagte mit der beabsichtigten Markteinführung seines Bauteilsystems in die fremde Serie der Klägerinnen einschiebe, sei insoweit dennoch kein Verstoß gegen § 3 UWG gegeben. Zwar werde an der Rechtsprechung, die die Nachahmung von Serienprodukten und die damit verbundene Ausnutzung eines fremden Ergänzungsbedarfs für unlauter hält, trotz der in der Literatur geäußerten Kritik vorerst noch festgehalten.⁶⁰¹ Den Kritikern im Schrifttum sei jedoch zuzugeben, dass es in nicht zu rechtfertigendem Widerspruch zur Befristung der spezialgesetzlichen Leistungsschutzrechte stehe, wenn der wettbewerbsrechtliche Nachahmungsschutz aufgrund des Einschiebens in eine fremde Serie keine zeitliche Begrenzung vorsehe.⁶⁰² Zumindest in den Fällen, in denen es – wie im vorliegenden Fall – um den Schutz der Leistung als solcher gehe, müsse dem UWG-Leistungsschutz eine an den sondergesetzlichen Fristen orientierte zeitliche Grenze gezogen werden.⁶⁰³ Diese sei im Fall der LEGO-Klemmbausteine, für die den Klägerinnen seit ca. 45 Jahren eine dem Monopol vergleichbare Stellung zukomme, jedoch mittlerweile erreicht. Unter dem Gesichtspunkt des Einschiebens in eine fremde Serie sei das Verhalten der Beklagten daher wettbewerbsrechtlich nicht (mehr) zu beanstanden.

⁶⁰¹ BGH WRP 2005, 476, 479 „Klemmbausteine III“.

⁶⁰² BGH WRP 2005, 476, 479 „Klemmbausteine III“.

⁶⁰³ BGH WRP 2005, 476, 479 „Klemmbausteine III“.

dd) Sonstige wesentliche Entscheidungen

In Bezug auf die Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Serie bildet die Klemmbausteine-Trilogie die absolute Ausnahme. Denn in den übrigen Entscheidungen wird zwar die Existenz einer solchen Fallgruppe anerkannt, deren Vorliegen im konkreten Fall jedoch stets abgelehnt.⁶⁰⁴ Um aber möglichst genau bestimmen zu können, wann die Rechtsprechung es als unlauter qualifiziert, den von einem anderen geschaffenen Ergänzungsbedarf auszunutzen, ist es sinnvoll, auch diese Entscheidungen, die die Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Serie von anderen, mitunter ähnlich gelagerten Konstellationen abgrenzen, in die Überlegungen mit einzubeziehen.

In der Rekordspritzen-Entscheidung⁶⁰⁵ hatte der *Bundesgerichtshof* zu entscheiden, ob es wettbewerbswidrig ist, zu fremden Injektionsspritzen kompatible Zylinderteile anzubieten. Zur hier interessierenden Fallgruppe bemerkt der *BGH*, dass ein unzulässiges „Einschieben in eine fremde Serie“ nicht in jedem Fall vorliege, in dem es nach der Lieferung der Hauptware um die Befriedigung irgendeines Ergänzungsbedarfs gehe, sondern nur dann, wenn eine Ware „ihrer Eigenart nach ein vom Hersteller gewecktes Bedürfnis nach Erweiterung und Ergänzungslieferungen derselben Art“ in sich trage.⁶⁰⁶ Da im vorliegenden Fall allein die durch Verschleiß oder sonstige Umstände unbrauchbar gewordenen Teile ersetzt werden müssten, handle es sich nur um ein wettbewerbsrechtlich unbedenkliches Ersatzteilgeschäft. Die Tatsache, dass die Hauptware einen besonders hohen Bedarf nach Ersatzteilen mit sich bringe (im zu entscheidenden Sachverhalt ca. 30 bis 40 Zylinderteile pro Spritze), spreche nicht gegen, sondern im Gegenteil für die Zulässigkeit des Vertriebs von Ersatzzylindern.⁶⁰⁷ Denn in diesem

⁶⁰⁴ Vgl. hierzu auch die Darstellung von Altmeyen, ZIP 1997, 2069, 2070 ff.

⁶⁰⁵ BGH GRUR 1968, 698 ff. „Rekordspritzen“.

⁶⁰⁶ BGH GRUR 1968, 698, 701 „Rekordspritzen“; dem folgend: OLG Celle MitttdtPat 1998, 477, 478 f. „Kompatible Computer Diskette“; OLG Düsseldorf MMR 1999, 602, 604 „Siedler III“; OLG Köln BauR 1999, 925, 926 „Rahmenschalungen“; OLG Köln GRUR 1999, 765, 768 „Abziehgerät“; OLG Köln NJWE WettbR 2000, 229, 231 „Minidress III“.

⁶⁰⁷ BGH GRUR 1968, 698, 701 „Rekordspritzen“.

Fall sei der Verbraucher ganz besonders an einem Wettbewerb auf dem Ersatzteilmarkt interessiert.

Im Rahmen der Entscheidung „Hummel III“⁶⁰⁸ machte die Klägerin u.a. geltend, die Beklagte schiebe sich durch die Nachahmung von 25 aus Keramik hergestellten Kinderfiguren in die von ihr unter dem Titel „Hummel-Figuren“ vertriebene Kollektion von aus Keramik gefertigten Kinderfiguren in wettbewerbswidriger Weise in eine fremde Serie ein. Der *Bundesgerichtshof* verneint auch hier das Vorliegen dieser Fallgruppe und verweist dabei im Wesentlichen auf ein unterschiedliches Abnehmerverhalten. Anders als im Fall des Einschlebens in eine fremde Serie lege der Käufer von Sammlerstücken Wert darauf, dass der von ihm erworbene Gegenstand auch aus der von ihm gesammelten Serie stamme.⁶⁰⁹ Da sich der Abnehmer im Falle eines solchen Sammelbedarfs i.d.R. über die Herkunft des Kaufobjekts informieren werde, komme ein *Einschieben* in eine fremde Serie nicht in Betracht.⁶¹⁰

Dem „Merkmalklötze-Urteil“⁶¹¹ des *Bundesgerichtshofs* lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Die Klägerin vertrieb unter der Marke „Logische Blöcke“ als Lehrmaterial für Grundschulen gedachte Merkmalklötze, mit deren Hilfe Kinder spielerisch an die Mathematik herangeführt werden sollen. Da die Beklagte ihrerseits Merkmalklötze anbot, die den Originalerzeugnissen durchaus ähnlich waren, nahm die Klägerin sie u.a. auf Unterlassung in Anspruch. Ein wettbewerbswidriges Einschleiben in eine fremde Serie scheidet den Bundesrichtern zufolge jedoch aus, da ein einziger Satz der Merkmalklötze zur ordnungsgemäßen Anwendung der Blöcke ausreiche und die Ware daher nicht auf einen Fortsetzungsbedarf i.S.d Klemmbau-stein-Rechtsprechung zugeschnitten sei.⁶¹² Die Klägerin habe ihren vollen Markterfolg vielmehr bereits durch das erste Umsatzgeschäft realisiert und könne demzufolge nicht auch den nur ausnahmsweise auftretenden Ersatz-

⁶⁰⁸ BGH GRUR 1970, 250 ff. „Hummel III“.

⁶⁰⁹ BGH GRUR 1970, 250, 253 „Hummel III“.

⁶¹⁰ BGH GRUR 1970, 250, 253 „Hummel III“.

⁶¹¹ BGH GRUR 1976, 434 ff. „Merkmalklötze“.

⁶¹² BGH GRUR 1976, 434, 436 „Merkmalklötze“.

bedarf (etwa im Fall des Verlustes einzelner Blöcke) für sich monopolisieren.⁶¹³

In der Einbauleuchten-Entscheidung⁶¹⁴ stellt der *Bundesgerichtshof* bei der Abgrenzung des wettbewerbswidrigen Einschlebens in eine fremde Serie von der zulässigen sonstigen Ausnutzung eines Ergänzungsbedarfs maßgeblich auf den Kreis der Abnehmer ab. In dem zu entscheidenden Sachverhalt machte die Klägerin, die Einbauleuchten für Küchenmöbel entwickelt und diese an die Hersteller von Küchenmöbeln vertreibt, ein wettbewerbswidriges Verhalten der Beklagten geltend. Diese produzierte für denselben Markt ebenfalls Einbauleuchten, die in ihren Abmessungen zwei von der Klägerin vertriebenen Produkten entsprachen und daher mit diesen verbunden werden konnten. Die in den Klemmbaustein-Urteilen entwickelten Grundsätze fanden jedoch im Kern deshalb keine Anwendung, weil es im vorliegenden Fall nicht um die Belieferung des Letztverbrauchers, sondern nur um die Zulieferung der Möbelindustrie gehe.⁶¹⁵ Da die Unternehmer ein legitimes Interesse an einem Wettbewerb auf dem Markt für Zubehörteile besäßen, sei das Verhalten des Beklagten nicht als wettbewerbswidrig zu werten.⁶¹⁶

Die im Verfahren „Telekonverter“⁶¹⁷ beteiligten Parteien stritten darüber, ob es wettbewerbsrechtlich zulässig ist, einen Objektiv-Ersatz anzubieten, der sich für die von der Klägerin vertriebene LEICA-Kleinbildkamera verwenden ließ, zumal die Klägerin selbst für ihre Kamera kompatible Objektive herstellte. Die Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Serie sei – so der *BGH* – jedoch von der hier gegebenen Konstellation des Zubehörgeschäfts zu unterscheiden, in dem eine eigene, selbstständige Leistung vorhanden sei, die dem Ausgangsprodukt eine neue Verwendungsmöglichkeit eröffne.⁶¹⁸

⁶¹³ BGH GRUR 1976, 434, 436 „Merkmalklötze“.

⁶¹⁴ BGH GRUR 1977, 666 ff. „Einbauleuchten“.

⁶¹⁵ BGH GRUR 1977, 666, 668 „Einbauleuchten“.

⁶¹⁶ BGH GRUR 1977, 666, 668 „Einbauleuchten“.

⁶¹⁷ BGH GRUR 1984, 282 f. „Telekonverter“.

⁶¹⁸ BGH GRUR 1984, 282, 283 „Telekonverter“.

In dem der Entscheidung „Rollen-Clips“⁶¹⁹ zu Grunde liegenden Sachverhalt bot die Beklagte auf dem nationalen Markt unter der Bezeichnung „Poly-clip“ eine Verpackungsmaschine für Würstchen sowie die dafür benötigten Verschlussklammern (Rollen-Clips) an. Nachdem das hierfür zugunsten der Beklagten gewährte Patent abgelaufen war, beabsichtigte die Klägerin, die zur Maschine der Beklagten passenden Verschlussklammern im Inland zu vertreiben. Dieses Vorgehen hielt die Beklagtenseite jedoch für ein wettbewerbswidriges Einschleichen in eine fremde Serie: Denn die Verpackungsmaschine „Poly-clip“ sei von vornherein auf Ergänzung bzw. Erweiterung angelegt, da sich der internen Kalkulation zufolge die Innovationskosten nicht über die relativ preisgünstige Verpackungsmaschine, sondern über die vergleichsweise teuren Rollen-Clips amortisieren sollten. Als Reaktion auf eine entsprechende Abmahnung der Beklagten begehrte die Klägerin nunmehr die Feststellung, dass die Beklagte nicht berechtigt sei, ihr das in Verkehr bringen und Feilhalten der „Rollen-Clips“ auf dem deutschen Markt zu untersagen.

Der *Bundesgerichtshof* sah jedoch auch in diesem Fall keine Verletzung des Wettbewerbsrechts. Ein unlauteres Einschleichen in eine fremde Serie scheidet aus, da es sich weder bei der Verpackungsmaschine noch bei den Clips selbst um eine ergänzungs- oder vervollständigungsbedürftige Sache i.S.d. Klemmbaustein-Rechtsprechung handele.⁶²⁰ Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass die Beklagte durch die Konkurrenz der Klägerin in der Amortisation ihrer Entwicklungskosten behindert werde. Das besondere wirtschaftliche Interesse der Beklagten am Vertrieb der Rollen-Clips beruhe nämlich auf einer selbst gewählten Marktstrategie. Diese sei jedoch jedenfalls im vorliegenden Fall nicht schutzwürdig, da die Beklagte die Vorzüge dieser Kalkulationsweise während der Zeit des Patentschutzes hinreichend habe ausnutzen können und nun nicht gehindert sei, sich für eine andere Kalkulationsart zu entscheiden.⁶²¹

⁶¹⁹ BGH GRUR 1990, 528 ff. „Rollen-Clips“.

⁶²⁰ BGH GRUR 1990, 528, 529 f. „Rollen-Clips“.

⁶²¹ BGH GRUR 1990, 528, 530 „Rollen-Clips“. Demgegenüber scheint BGH GRUR 1968, 49, 51 „Zentralschlossanlage“ noch davon auszugehen, dass bei der Frage, ob eine auf Ergänzung und Erweiterung angelegte Serie i.S.d. Klemmbaustein-Rechtsprechung vorliegt, auch die wirtschaftliche Bedeutung der Ergänzungslieferungen von Bedeutung ist.

Im Rahmen des Vakuumpumpen-Urteils⁶²² befasste sich der *Bundesgerichtshof* mit der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit des Nachbaus von Flüssigkeitsring-Vakuumpumpen. Die derartige Pumpen herstellende und auf dem deutschen Markt vertreibende Klägerin nahm die Beklagte unter dem Gesichtspunkt des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes u.a. auf Unterlassung in Anspruch, da diese ebenfalls Vakuumpumpen anbot, die denen der Klägerin entsprachen. Da der Nachbau jedoch nur Ersatz- oder Ergänzungszwecken diene, handele es sich – so die Bundesrichter – nicht um ein wettbewerbswidriges Einschieben in eine fremde Serie.⁶²³

Die wettbewerbsrechtliche Schützbarkeit eines bestimmten Baugerüsttyps war schließlich Gegenstand der Entscheidung „Modulgerüst“⁶²⁴. Die Klägerin produzierte und vertrieb Baugerüste, darunter seit 1975 auch das „L. AllroundGerüst“, ein sog. Modulgerüst. Die Besonderheit dieses Gerüsts bestand darin, dass es aufgrund der Beschaffenheit seiner Einzelelemente auch die Einrüstung von Objekten mit unkonventionellen Ausmaßen (wie beispielsweise nicht rechtwinkligen Formen) möglich machte. Die Beklagte bot seit 1995 unter der Bezeichnung „A. R.“ nun ebenfalls ein Modulgerüst an. Die Bestandteile des von der Beklagten hergestellten Gerüsts waren mit denen des Original-Modulgerüsts kompatibel, sodass sich aus den Gerüstelementen beider Parteien ein einheitliches Gerüst errichten ließ. Die Klägerin sah darin eine unlautere Ausnutzung des von ihr geschaffenen Ergänzungsbedarfs, da sich die Beklagte in ihre Baugerüst-Serie einschleibe und auf diese Weise den ihr gebührenden wettbewerblichen Erfolg auf sich überleite.

Dieser Argumentation trat der *Bundesgerichtshof* jedoch entgegen. Er lehnte es auch hier ab, von einem Einschleiben in eine fremde Serie auszugehen. Die in den Klemmbausteinen entwickelten Grundsätze fänden nur dann Anwendung, wenn das nachgeahmte Erzeugnis den Ergänzungsbedarf nach Erzeugnissen derselben Art von vornherein in sich trage.⁶²⁵ Nur wenn das

⁶²² BGH GRUR 1996, 210 ff. „Vakuumpumpen“.

⁶²³ BGH GRUR 1996, 210, 212 „Vakuumpumpen“.

⁶²⁴ BGH GRUR 2000, 521 ff. „Modulgerüst“.

⁶²⁵ BGH GRUR 2000, 521, 525 „Modulgerüst“.

Bedürfnis in diesem Sinne im Produkt angelegt sei, erschöpfe sich der wettbewerbliche Erfolg nicht im ersten Umsatzgeschäft, sondern erfasse den sich aus der Natur des Produkts ergebenden Ergänzungsbedarf.⁶²⁶ Anders als bei den Spielsteinen der Klemmbaustein-Urteile sei der Fortsetzungs- und Erweiterungsbedarf der Modulgerüste nicht von Beginn an in der Art der Ware angelegt, sondern könne sich nur aus äußeren Umständen wie Alterungs- und Verschleißerscheinungen oder auch einer veränderten Auftragslage ergeben.⁶²⁷ Während die LEGO-Steine nahezu unbegrenzt Erweiterungs- und Kombinationsmöglichkeiten böten, sei das Bedürfnis nach Modulgerüstelementen durch äußere Umstände begrenzt.⁶²⁸ Das Baugerüst des Klägers sei zwar ergänzungsfähig, jedoch nicht unvollständig bzw. ergänzungsbedürftig i.S.d. Klemmbaustein-Urteile.⁶²⁹ Aus diesem Grund komme ein als wettbewerbswidrig einzustufendes Einschieben in eine fremde Serie nicht in Betracht.

b) Voraussetzungen des „Einschiebens in eine fremde Serie“

Aus der Gesamtbetrachtung der hier vorgestellten Entscheidungen lassen sich folgende Umstände entnehmen, die, wenn sie kumulativ vorliegen, ein wettbewerbswidriges „Einschieben in eine fremde Serie“ begründen.⁶³⁰

Erste Voraussetzung ist das Vorliegen einer *Serie*. Allgemein formuliert soll es sich dann um eine solche Serie handeln, wenn das Ausgangsprodukt des Original-Herstellers von Anfang an auf die Befriedigung eines Bedarfs nach Ergänzung und Erweiterung angelegt ist. An diesen Ergänzungsbedarf stellt die Rechtsprechung jedoch ganz besondere Anforderungen: Erstens müsse es sich bei den Ergänzungsprodukten im Verhältnis zur Ausgangsware um Erzeugnisse *derselben Art* handeln. Zweitens sei es erforderlich, dass diese Erzeugnisse den Gebrauchszweck des Ausgangsprodukts *erweiterten* und

⁶²⁶ BGH GRUR 2000, 521, 525 „Modulgerüst“.

⁶²⁷ BGH GRUR 2000, 521, 526 „Modulgerüst“; in diese Richtung auch bereits OLG Hamm MDR 1986, 150, 151 „Gerüstbaugrundlagen“.

⁶²⁸ BGH GRUR 2000, 521, 526 „Modulgerüst“.

⁶²⁹ BGH GRUR 2000, 521, 526 „Modulgerüst“.

⁶³⁰ Vgl. dazu auch die – in einigen Punkten abweichende – Darstellung von Sack, FS für Erdmann, S.697, 707 f.

nicht nur wiederherstellen. Drittens müsse das Bedürfnis nach Ergänzung oder Erweiterung in dem Ausgangserzeugnis selbst angelegt sein, d.h. es dürfe sich *nicht nur aus den äußeren Umständen* wie etwa Materialermüdung oder einer veränderten Auftragslage ergeben. Nur unter diesen Voraussetzungen verwirkliche sich der Markterfolg des Original-Herstellers noch nicht durch den Vertrieb des Ausgangsprodukts, sondern erst durch die fortgesetzte Befriedigung des im Produkt verankerten Ergänzungsbedarfs. Die Frage, wie häufig das Hauptprodukt ergänzt werden müsse, sei für die Realisierung des Markterfolgs ebenso wenig von Bedeutung wie die wirtschaftliche Bedeutung der Ergänzungslieferungen für den Hersteller.

Weniger problematisch ist das zweite Merkmal der fraglichen Fallgruppe: das *Einschieben* in diese Serie. So soll ein Konkurrent in dem Moment wettbewerbswidrig agieren, in dem er trotz der Vielfalt vorhandener Gestaltungsalternativen einen nachgeahmten Ergänzungsartikel des Original-Herstellers anbietet und auf diese Weise den diesem gebührenden wettbewerblichen Erfolg auf sich überleitet.

Schließlich scheint der Rechtsprechung zufolge der Vorwurf der Wettbewerbswidrigkeit bei bestimmten Abnehmerkreisen zu entfallen. So hat der *Bundesgerichtshof* ein unlauteres Einschieben in eine fremde Serie in den Fällen verneint, in denen es um die Befriedigung des Ergänzungsbedarfs von Sammlern sowie von Unternehmern ging: Im ersten Fall bestehe ein gesteigertes Interesse an der Authentizität des erworbenen Serienprodukts und im zweiten Fall ein berechtigtes Bedürfnis nach einem funktionierenden Wettbewerb auf dem Markt für Ergänzungsartikel.

c) Rechtsfolgen

Die wohl wichtigste Erkenntnis, die sich in Bezug auf die Rechtsfolgen aus den dargestellten Entscheidungen ergibt, ist die, dass es abweichend vom Ersatzteil- und Zubehörgeschäft wettbewerbswidrig und damit unzulässig ist, den sich aus einer fremden Serie ergebenden Ergänzungsbedarf durch nachgeahmte Serien-Produkte zu bedienen. Dabei kann zwar nicht gegen

die Nachahmung an sich, jedoch gegen die Vermarktung der imitierten Erzeugnisse vorgegangen werden.⁶³¹

Neben dieser grundsätzlichen Aussage verdient insbesondere die im Rahmen des Klemmbausteine III-Urteils getroffene Feststellung des *Bundesgerichtshofs* Beachtung, wonach der ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz in der Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Serie zeitlich zu begrenzen sei. Der UWG-Nachahmungsschutz für Serienartikel wird also nicht für unbeschränkte Zeit, sondern nur innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens gewährt. Die Antwort darauf, wie genau dieser zeitliche Rahmen zu ermitteln ist, bleiben die Bundesrichter indes schuldig. Sie verweisen lediglich – mit Blick auf die technische Gestaltung der Bausteine – auf die Schutzfristen der technischen Sondergesetze und stellen fest, dass dieser Zeitraum im konkret zu entscheidenden Fall der Klemmbausteine jedenfalls überschritten sei. Festzuhalten bleibt aber: Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz aufgrund des Einschlebens in eine fremde Serie wird nur befristet gewährt, wobei die Ermittlung der exakten Schutzdauer noch ungeklärt ist.

2. Dogmatische Einordnung

Nachdem die Voraussetzungen sowie die Rechtsfolgen der Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Serie herausgearbeitet wurden, kann nun der Frage nachgegangen werden, wie diese Konstruktion rechtsdogmatisch einzuordnen ist, d.h. wie sie sich in die Lehre des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes einfügt. Die Grundlage dafür bieten zum einen die mitunter recht wechselhaften Beurteilungen durch die Rechtsprechung und zum anderen die eher selten begründeten Anmerkungen der Literatur.

⁶³¹ Siehe Seite 46.

a) Dogmatischer Ansatz der Rechtsprechung

Den Ausgangspunkt bildet wiederum das Klemmbausteine I-Urteil des *Bundesgerichtshofs*. Ebenso wie in den meisten Entscheidungen wird auch hier die Rechtsnatur der Fallgruppe nicht ausdrücklich erörtert. Die Bundesrichter scheinen jedoch davon auszugehen, dass es sich bei der Konstellation des Einschlebens in eine fremde Serie um eine selbstständige Fallgruppe des mittelbaren Leistungsschutzes⁶³² handelt. Dies wird zum einen daran deutlich, dass sie ihrer Urteilsbegründung den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit voranstellen⁶³³ und sich damit auf die Tradition des (im UWG einzig in Frage kommenden) mittelbaren Leistungsschutzes berufen. Zum anderen entwickeln sie die Fallgruppe für die wettbewerbsrechtliche Behandlung von Serienprodukten unmittelbar im Anschluss an die (im konkreten Fall abgelehnte) „vermeidbare Herkunftstäuschung“,⁶³⁴ was darauf hindeutet, dass der *BGH* beide Umstände zumindest in ihrer Bedeutung ähnlich bewertet. Diese der Leitentscheidung zu Grunde liegende Einordnung wird in den folgenden bundesgerichtlichen Urteilen zunächst übernommen.⁶³⁵

Im Rahmen der Telekonverter-Entscheidung weicht der *Bundesgerichtshof* von seiner bisherigen Rechtsprechung insoweit ab, als dass er das Einschleiben in eine fremde Serie nicht als eigenständige Fallgruppe, sondern als Unterfall des sog. sklavischen Nachbaus einstuft.⁶³⁶ Unzulässig sei dieses Einschleiben erst dann, wenn ein zusätzlicher, die Sittenwidrigkeit begründender Umstand hinzutrete. Dieser Umstand habe in den Klemmbaustein-Entscheidungen darin bestanden, dass das Ausgangserzeugnis von vornherein auf einen fortlaufenden Bedarf gleichartiger Erzeugnisse angelegt gewesen sei.⁶³⁷

⁶³² Siehe zu dieser begrifflichen Einordnung Seite 43 f.

⁶³³ BGHZ 41, 55, 57 „Klemmbausteine I“.

⁶³⁴ BGHZ 41, 55, 58 „Klemmbausteine I“.

⁶³⁵ Vgl. etwa: BGH GRUR 1968, 698, 701 „Rekordspritzen“; BGH GRUR 1976, 434, 436 „Merkmalklötze“;

⁶³⁶ BGH GRUR 1984, 282, 283 „Telekonverter“.

⁶³⁷ BGH GRUR 1984, 282, 283 „Telekonverter“; in diese Richtung auch OLG Hamm MDR 1986, 150, 151 „Gerüstbaugrundlagen“. Diese Betrachtungsweise verkennt jedoch, dass wohl richtigerweise nur dann von einem

Im anschließenden Klemmbausteine II-Urteil findet zwar der Gedanke des Einschlebens in eine fremde Serie als Unterfall der sklavischen Nachahmung keine Erwähnung mehr. Jedoch verknüpfen die Richter – wenn auch auf der Basis der bisherigen Rechtsprechung – im vorliegenden Fall das Einschleiben in eine Serie mit der Fallgruppe der wettbewerbswidrigen Rufausnutzung: Indem sich der Beklagte in die Serie der weltbekannten LEGO-Steine einschleibe, profitiere er vom guten Ruf, den sich das innovative Unternehmen in jahrelanger Marktpräsenz erarbeitet habe.⁶³⁸ Diesem Ansatz folgend geht der *Bundesgerichtshof* auch in der Vakuumpumpen-Entscheidung offensichtlich davon aus, dass es sich beim Einschleiben in eine fremde Serie um einen Unterfall der wettbewerbswidrigen Rufausnutzung handele.⁶³⁹

Nachdem der *BGH* in dem anschließenden Modulgerüst-Urteil allem Anschein nach zur seiner ursprünglichen Linie, nach der er sich beim Einschleiben in eine fremde Serie um eine von den anderen Fallgruppen losgelöste, eigenständige Fallgruppe des mittelbaren Leistungsschutzes handelte, zurückgekehrt war,⁶⁴⁰ deuten die Ausführungen in der unlängst ergangenen Klemmbausteine III-Entscheidung nunmehr auf ein grundlegend neues dogmatisches Verständnis hin. So bemerkt der *BGH*, der bei seiner Argumentation nicht – wie in anderen Entscheidungen – vom Grundsatz der Nachahmungsfreiheit ausgeht, dass der UWG-Leistungsschutz im Fall des Einschlebens in eine fremde Serie „den Schutz einer Leistung als solcher zum Gegenstand“ habe.⁶⁴¹

Diese geradezu beiläufige Feststellung ist bemerkenswert. Wird nämlich die Leistung selbst durch das Wettbewerbsrecht geschützt, dann bedarf es zur Unzulässigkeit der Nachahmung nicht dem Hinzutreten weiterer Umstände. Mit anderen Worten: Die Nachahmung stellt für sich genommen bereits ein unlauteres und damit verbotenes Verhalten dar. Das aber lässt darauf schlie-

Einschleiben in eine fremde Serie gesprochen werden kann, wenn ein derart beschriebenes Ausgangserzeugnis vorhanden ist und nachgeahmt wird.

⁶³⁸ BGH GRUR 1992, 619, 621 „Klemmbausteine II“.

⁶³⁹ BGH GRUR 1996, 210, 212 „Vakuumpumpen“; so auch OLG Düsseldorf MMR 1999, 602, 603 „Siedler III“.

⁶⁴⁰ Vgl. BGH GRUR 2000, 521, 525 „Modulgerüst“.

⁶⁴¹ BGH WRP 2005, 476, 479 „Klemmbausteine III“.

ßen, dass der *BGH* die Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Serie nicht länger als mittelbaren, sondern als Form des unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes betrachtet. Mit einer solchen dogmatischen Einordnung der hier interessierenden Fallgruppe setzten sich die Bundesrichter freilich in krassem Widerspruch zum bisher in ständiger Rechtsprechung vertretenen Grundsatz der Nachahmungsfreiheit, dem zufolge die Nachahmung fremder Erzeugnisse für sich genommen zulässig sei und nur bei Hinzutreten zusätzlicher Umstände wettbewerbswidrig sein könne.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung bei der dogmatischen Beurteilung der fraglichen Fallgruppe keine einheitliche Linie verfolgt, sondern im Gegenteil erhebliche Schwankungen aufweist. Während das Einschleiben in eine fremde Serie – mit Unterschieden im Einzelnen – zumindest im Ergebnis bislang als Form des mittelbaren Leistungsschutzes angesehen wurde, lassen die Ausführungen in der jüngsten Entscheidung einen fundamentalen Rechtsprechungswechsel vermuten: Der *BGH* scheint das von ihm entwickelte Rechtsinstitut neuerdings als unmittelbaren Leistungsschutz zu begreifen, bei welchem die Leistung selbst den Gegenstand des rechtlichen Schutzes bildet und das Vorliegen von zusätzlichen, neben die Nachahmung der Leistung tretenden Umstände nicht erforderlich ist.

b) Rechtliche Einordnung durch das Schrifttum

Nahezu sämtliche vom *Bundesgerichtshof* zur Rechtsnatur des Einschlebens in eine fremde Serie vertretenen Auffassungen lassen sich im Schrifttum wiederfinden. So gehen beträchtliche Teile der Literatur mit der bis zum Klemmbausteine III-Urteil ergangenen Rechtsprechung davon aus, dass es sich bei der fraglichen Konstellation um einen Fall des mittelbaren Leistungsschutzes handele.⁶⁴² Über die genaue dogmatische Einordnung bestehen freilich auch innerhalb dieser Ansicht unterschiedliche Auffassungen: Die Nachahmung fremder Serienprodukte wird dabei entweder als selbst-

⁶⁴² So etwa Zech, *MitttdtPat* 2000, 195, 198 zu den Entscheidungen „Klemmbausteine II“ und „Rollen-Clips“.

ständiges Unlauterkeitsmoment⁶⁴³ oder als Unterfall der Rufausbeutung⁶⁴⁴ bzw. der Behinderung⁶⁴⁵ betrachtet.

Eine im Vordringen befindliche Bewegung innerhalb des Schrifttums hält demgegenüber den vom *Bundesgerichtshof* im Rahmen seiner Klemmbausteine III-Entscheidung eingeschlagenen Weg für richtig. Da im Fall des Einschlebens in eine fremde Serie die Serienartikel selbst den Gegenstand des wettbewerbsrechtlichen Schutzes ausmachen, handele es sich bei dieser Rechtsfigur in dogmatischer Hinsicht um einen unmittelbaren Leistungsschutz.⁶⁴⁶

c) Bewertung

Unabhängig davon, ob es sich beim Einschleiben in eine fremde Serie um eine selbstständige Fallgruppe oder um den Unterfall einer anderen Fallgruppe handelt, kann vom mittelbaren Leistungsschutz jedenfalls nur dann die Rede sein, wenn tatsächlich „besondere Umstände“ zu der Nachahmung einer eigenartigen Leistung hinzutreten. Es ist also erforderlich, dass ein zusätzliches Moment vorliegt, das nicht zwingend mit der Nachahmung des konkreten Erzeugnisses verbunden ist. Beruhte nämlich der Vorwurf der Wettbewerbswidrigkeit ausschließlich auf den aus der Nachahmung einer Leistung selbst resultierenden Konsequenzen, dann wäre die Nachahmung bereits um ihrer selbst willen und nicht erst deshalb unzulässig, weil zusätz-

⁶⁴³ Eisenmann/Jautz, Rn 489 S.193. In diese Richtung wohl auch: Piper, in: Köhler/Piper 3.Aufl., § 1 Rn 651; Nordemann, Rn 1642; Jacobs, S.71, 84.

⁶⁴⁴ Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.56; O.-F. von Gamm, UWG, § 1 Rn 77a; Kling/Thomas, 1.Teil Rn 62 S.34; Götte, 2.Kapitel II 3 S.60; Lehmler, B I 4 a) cc) (4) S.112; Brändel, FS für Piper, S.77, 90 f.; O.-F. von Gamm, GRUR 1978, 453, 455; Bunte, BB 1999, 113, 117, 120.

⁶⁴⁵ Lehr, Rn 349.

⁶⁴⁶ Sambuc, in: Harte/Henning, § 4 Nr.9 Rn 7; Eck, in: Gloy/Loschelder, Hdb. WettbewerbsR, § 43 Rn 162 S.638; Chrocziel, Rn 424; Beater, Nachahmen, VI.Teil B II S.374; Waibel, 3.Teil 1.Abschnitt 3.3.3.2.2. S.233; Walch, § 3 B VI S.55; Sack, FS für Erdmann, S.697, 711; Ohly, FS für Ullmann, S.795, 805 f.; Heyers, GRUR 2006, 23, 26; ders., JR 2005, 331, 332. Wohl ebenfalls vom direkten Leistungsschutz ausgehend: Rauda, GRUR 2002, 38, 41; Schrader, WRP 2005, 562 f.; Riesenhuber, WRP 2005, 1118, 1122 f.

liche Umstände die an sich erlaubte Imitation ausnahmsweise als verboten erscheinen lassen. Könnte der Wettbewerber den Makel der Unlauterkeit *nur* dadurch abwenden, dass er die Nachahmung selbst unterließe, wendete sich das UWG nicht mehr nur gegen wettbewerbsfremdes Verhalten, sondern hätte vielmehr den Schutz vor Nachahmung selbst zum Gegenstand. Unlauter und damit unzulässig wäre dann nicht nur ein *bestimmtes* imitatorisches Verhalten, sondern die Imitation *selbst*. Ein auf dieser Grundlage gewährter wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz hätte den Boden des mittelbaren Nachahmungsschutzes verlassen und die Grenze zum unmittelbaren Schutz überschritten.

Zur Veranschaulichung dieser Überlegung mag die nach allgemeiner Ansicht zwischen den Tatbestandsmerkmalen des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes bestehende Wechselwirkung⁶⁴⁷ dienen. Die drei wesentlichen Voraussetzungen des UWG-Nachahmungsschutzes stehen nicht isoliert nebeneinander, sondern bilden gemeinsam ein Gefüge „kommunizierender Röhren“: Sie sind derart miteinander verbunden, dass etwa ein höheres Maß an wettbewerblischer Eigenart oder ein größerer Grad der Nachahmung das Vorliegen von nur als gering einzustufenden „besonderen Umständen“ kompensieren kann. Ein mittelbarer Leistungsschutz liegt jedoch nur unter der Voraussetzung vor, dass das Merkmal der „besonderen Umstände“ irgendetwas beisteuert, um das die Grenze der Unlauterkeit markierende Niveau zu erreichen. Wird die Wettbewerbswidrigkeit dagegen allein auf die übrigen Voraussetzungen gestützt, ohne dass den zusätzlichen Umständen eine eigenständige Bedeutung zukommt, wird das wettbewerblisch eigenartige Erzeugnis selbst unmittelbar geschützt. Es handelt sich dann um einen Fall des unmittelbaren Leistungsschutzes.

Der *Bundesgerichtshof* begründet die Wettbewerbswidrigkeit der Nachahmung von Serienprodukten nun im Kern mit den folgenden Überlegungen: Die Ausnutzung des vom Original-Hersteller kreierten Bedarfs nach Ergänzung durch gleichartige Erzeugnisse sei unzulässig, da dieser Bedarf der Natur des Serienprodukts entspringe und daher dem Entwickler der Serie

⁶⁴⁷ Siehe Seite 40.

gebühre. Er stellt also sowohl auf die Natur des Erzeugnisses als auch drauf ab, dass der innovative Unternehmer in der Befriedigung des hierdurch geweckten Ergänzungsbedarfs nicht durch Dritte gestört werden dürfe.

Diese von der Rechtsprechung vorgetragene Argumente beinhalten jedoch kein zusätzliches, neben die Nachahmung eines wettbewerblich eigenartigen Erzeugnisses tretendes Moment, dem als „besonderer Umstand“ selbstständige Bedeutung zukommt. Dies gilt zunächst für den ersten Bestandteil des Unlauterkeitsvorwurfs, dem zufolge das Einschleusen in eine fremde Serie deswegen gegen die Fairness im Wettbewerb verstoße, weil ein Serienartikel – anders als ein Ersatzteil oder Zubehör – von vornherein und seiner Natur gemäß auf Ergänzung und Erweiterung durch gleichartige Produkte angelegt sei. An dieser Beschreibung ist zwar richtig, dass es sich hierbei in rein tatsächlicher Hinsicht um einen zentralen Unterschied des Geschäfts mit Serienartikeln vom Ersatzteil- und Zubehörgeschäft handelt. Allerdings beschreibt der *BGH* damit keinen zusätzlichen Umstand, der neben die Nachahmung eines eigenartigen Erzeugnisses tritt, sondern die wettbewerbliche Eigenart der Serienprodukte selbst. Der Umstand, dass ein Serienartikel seiner Natur nach auf Ergänzung und Erweiterung durch gleichartige Produkte ausgerichtet ist, ist das kennzeichnende Charakteristikum eines Serienerzeugnisses und stellt daher dessen wettbewerbliche Eigenart dar.

Aber auch das weitere Argument des *BGH*, wonach der imitierende Wettbewerber den an sich nur dem Original-Hersteller gebührenden Markterfolg für sich ausnutze, enthält kein selbstständiges Unlauterkeitsmoment. Wie bereits zur wettbewerbsrechtlichen Behandlung der Ersatzteile ausgeführt⁶⁴⁸ kann in der Ausnutzung des Ergänzungsbedarfs und der damit verbundenen Beeinträchtigung des Original-Herstellers kein „besonderer Umstand“ erblickt werden. Denn dabei handelt es sich um eine zwingend mit der Nachahmungshandlung selbst verbundene Folge: Das Auftreten eines Konkurrenten am Markt ist zwangsläufig mit einer gewissen Beeinträchtigung des bisher allein auf diesem Markt Tätigen verbunden. Die damit einhergehende Beeinträchtigung stellt eine unabänderliche Folge des imitatorischen Wettbewerbs dar und beinhaltet daher ebenfalls keinen „zusätzlichen Umstand“.

⁶⁴⁸ Siehe Seite 189 ff.

Die von der Rechtsprechung und Teilen der Literatur unter dem Deckmantel des Merkmals der „besonderen Umstände“ angeführten Argumente beziehen sich der Sache nach ausschließlich auf andere Merkmale des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes: So wird zum einen die besondere Schutzwürdigkeit der Leistung und zum anderen die denknötwendig mit der Nachahmung verbundene Beeinträchtigung des innovativen Unternehmers beschrieben. Aus diesen Ausführungen lässt sich lediglich der Schluss ziehen, dass die Nachahmung von Serienprodukten als solche nicht mit der Fairness im Wettbewerb zu vereinbaren ist. Denn der Wettbewerber ist nicht etwa verpflichtet, eine aus besonderen Gründen als unlauter betrachtete Nachahmung zu unterlassen, sondern ihm ist die Nachahmung schlechthin untersagt. Im Falle des Einschlebens in eine fremde Serie wird der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz also nicht aufgrund des Hinzutretens weiterer Umstände, sondern wegen der Schutzwürdigkeit der Leistung gewährt. Daher kann mit der jüngsten *BGH*-Rechtsprechung davon ausgegangen werden, dass es sich beim Einschlebens in eine fremde Serie um einen Fall des unmittelbaren Leistungsschutzes handelt, bei dem das Erzeugnis selbst den Gegenstand des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes bildet.

3. Reaktionen auf Klemmbaustein-Rechtsprechung

Die lauterkeitsrechtliche Behandlung von Serienprodukten gehört zu einem der umstrittensten Bereiche des Wettbewerbsrechts. Dementsprechend zahlreich sind die in der Literatur zu findenden Reaktionen auf die von der Rechtsprechung in den Klemmbaustein-Entscheidungen entwickelte Rechtsfigur. Neben der (zumeist unreflektierten) Zustimmung⁶⁴⁹ zur Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Serie finden sich zahlreiche kritische Stimmen, welche entweder die Konstruktion der Rechtsprechung insgesamt für verfehlt⁶⁵⁰ oder aber zumindest den zeitlich unbegrenzt gewährten Nach-

⁶⁴⁹ Kotthoff, in: Heidelberger Kommentar, § 4 Rn 405; Eisenmann/Jautz, Rn 489; Lehr, Rn 349; Martin, § 2 C 2 a) bb); Max, § 17 I S.141; Brändel, FS für Piper, S.77, 90 f.; Bunte, BB 1999, 113, 120.

⁶⁵⁰ Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.58; Sambuc, in: Harthe/Henning, § 4 Nr.9 Rn 40; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 11 IV 3 b) S.198; Götting, Wettbewerbsrecht, § 11 Rn 41 S.239; Nordemann, Rn 1642; Sambuc, Nachahmungsschutz, Rn 526; Waibel, 3.Teil 1.Abschnitt

ahmungsschutz für bedenklich halten.⁶⁵¹ Da der *Bundesgerichtshof* in der Entscheidung Klemmbausteine III von seiner Rechtsprechungslinie insoweit abgerückt ist, als nunmehr auch im Fall des Einschlebens in eine fremde Serie nur ein befristeter Nachahmungsschutz in Betracht kommt, kann die diesbezügliche Kritik vernachlässigt werden. Von praktischem Interesse ist daher lediglich, ob an der besonderen wettbewerbsrechtlichen Behandlung von Serienerzeugnissen überhaupt noch festgehalten werden sollte. Im Anschluss soll zunächst einmal versucht werden, einen Überblick über die im Rahmen dieser Diskussion ins Feld geführten Argumente zu geben.

a) Schutz von Serienprodukten als bloßer Ideenschutz

Im Schrifttum findet sich vereinzelt der Vorwurf, der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz im Falle des Einschlebens in eine fremde Serie habe kein konkretes Erzeugnis, sondern vielmehr eine abstrakte Idee zum Gegenstand.⁶⁵² Da dem deutschen Recht ein solcher Ideenschutz fremd sei, müsse der wettbewerbsrechtliche Schutz von Serienprodukten abgelehnt werden.

Dieser Kritikpunkt wird jedoch seinerseits damit bestritten, dass es im Fall der Vermarktung nachgeahmter Serienprodukte nicht um den Schutz einer abstrakten Idee, sondern vielmehr darum gehe, ein bestimmtes Erzeugnis zu

3.3.3.2.2. S.234; Walch, § 3 B VI; von Harder, GRUR 1969, 659, 661; Müller-Laube, ZHR 156 (1992), 480, 498; Altmeppen, ZIP 1997, 2069, 2076; Artmann, ÖBl 1999, 3, 5; Gruber, WBl 2000, 145, 155; Rauda, GRUR 2002, 38, 41; Schrader, WRP 2005, 562, 564; Riesenhuber, WRP 2005, 1118, 1123; Heyers, JR 2005, 331, 332; ders., GRUR 2006, 23, 27. In diese Richtung auch: Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 22 Rn 5 S.566, der die Klemmbaustein-Entscheidungen als „Sündenfall“ bezeichnet; ders., Nachahmen, VI.Teil B III 2 S.389; Kur, GRUR Int. 95, 469, 471 f.

⁶⁵¹ So etwa noch Piper, in: Köhler/Piper 3.Aufl., § 1 Rn 653 sowie Deck, in: MAH Gewerbbl. Rechtsschutz, § 19 Rn 144, die die Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Serie an sich befürworten, jedoch mit den Vertretern der Gegenseite für eine zeitliche Begrenzung des hierbei gewährten Nachahmungsschutzes eintreten.

⁶⁵² Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.58; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 11 IV 3 b) S.199; in diese Richtung auch Riesenhuber, WRP 2005, 1118, 1122.

schützen, das der abstrakten Idee eine konkrete Gestalt verleiht.⁶⁵³ Um den kulturellen und wirtschaftlichen Fortschritt zu ermöglichen, gehörten abstrakte Ideen zwar zum freihaltebedürftigen Allgemeingut, jedoch werde im Fall des Einschlebens in eine fremde Serie kein Schutz für die Idee als solche, sondern ausschließlich für eine bestimmte, konkret ausgestaltete Form beansprucht.⁶⁵⁴ Unter dem Aspekt eines reinen Ideenschutzes bestünden daher gegen die von der Rechtsprechung entwickelte Fallgruppe keine Bedenken.

b) Abgrenzung von den sonstigen Fällen der Ausnutzung eines Ergänzungsbedarfs

Der Klemmbaustein-Rechtsprechung wird des Weiteren vorgeworfen, dass nicht hinreichend deutlich zwischen der vom *BGH* entwickelten Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Serie und den übrigen Konstellationen, in denen es um die Ausnutzung des von einem anderen geschaffenen Ergänzungsbedarfs geht, unterschieden werden könne.⁶⁵⁵ So gelinge es auch dem *Bundesgerichtshof* selbst nicht, die unlautere Nachahmung eines Serienerzeugnisses von der sonstigen, lautereren Imitation abzugrenzen.

Im Mittelpunkt der Kritik steht dabei die Modulgerüst-Entscheidung. Die von den Bundesrichtern gegebene Begründung dafür, weshalb im zu entscheidenden Fall kein unlauteres Einschleiben in eine fremde Serie, sondern im Gegenteil eine zulässige Ausnutzung des sich aus den Originalprodukten ergebenden Ergänzungsbedarfs vorliege, sei inkonsequent und daher wenig überzeugend. So könne das Vorliegen einer Serie nicht mit dem Hinweis darauf verneint werden, dass das fragliche Baugerüst seinen Gebrauchszweck auch ohne weitere Ergänzung erfülle und daher nicht als unvollständig anzusehen sei. Denn auch wer die erste Packung LEGO-Steine erwerbe, könne das Ausgangsprodukt eigenständig benutzen, da die Spielsteine nur in

⁶⁵³ Heyers, GRUR 2006, 23, 25 f.

⁶⁵⁴ Heyers, GRUR 2006, 23, 25 f.

⁶⁵⁵ In diese Richtung: Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.58; Gruber, WBl 2000, 145, 153; Rauda, GRUR 2002, 38, 40; Schrader, WRP 2005, 562, 563; Riesenhuber, WRP 2005, 1118, 1122; Heyers, JR 2005, 331, 332.

größeren Bausätzen vertrieben würden und damit selbst eine Packung vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten eröffne.⁶⁵⁶

Weiterhin nicht tragfähig sei die Überlegung, dass sich der Ergänzungsbedarf eines Modulgerüsts nur aus äußeren Umständen ergebe, sodass er nicht – wie bei einem schutzfähigen Serienprodukt – in der Art der Ware angelegt sei. Denn auch der Nachkauf von Klemmbausteinen hänge nicht nur von der Fantasie des Abnehmers und seinem Wunsch nach Erweiterung ab, sondern auch von den räumlichen und finanziellen Rahmenbedingungen.⁶⁵⁷

Da es sich demnach auch bei dem Modulgerüst um ein Serienerzeugnis handele, hätte der *BGH* bei konsequenter Anwendung der Klemmbaustein-Doktrin auch hier den Nachbau kompatibler Gerüstteile als unlauteres Einschleusen in eine fremde Serie untersagen müssen.

c) Schutzwürdigkeit von Serienprodukten

Ein weiterer in der Literatur zu findender Einwand besteht darin, dass der Rechtsprechung zwar entnommen werden könne, *dass* es unter bestimmten Voraussetzungen unzulässig sein soll, einen fremden Ergänzungsbedarf auszunutzen, jedoch lasse sich an keiner Stelle eine hinreichende Begründung dafür finden, *weshalb* bei Vorliegen *gerade dieser* Voraussetzungen ein unlauteres Verhalten anzunehmen sei.⁶⁵⁸ Es sei nicht einzusehen, weshalb der Hersteller von Serienprodukten schutzwürdiger sei als ein Unternehmer, der seinen wirtschaftlichen Erfolg plangemäß ebenfalls erst beim Vertrieb der zu seinem Hauptprodukt kompatiblen Ergänzungsartikel sucht.⁶⁵⁹ Die Annahme, dass der innovative Unternehmer im diesem Fall seinen vollen Markterfolg bereits durch das Ausgangsgeschäft verwirklicht habe und in

⁶⁵⁶ Rauda, GRUR 2002, 38, 40; Heyers, GRUR 2006, 23, 26.

⁶⁵⁷ Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.58; Heyers, JR 2005, 331, 332; so wohl auch Rauda, GRUR 2002, 38, 40, der beide Situationen für „vergleichbar“ hält.

⁶⁵⁸ Sambuc, Nachahmungsschutz, Rn 524; Sack, FS für Erdmann, S.697, 708.

⁶⁵⁹ Beater, Nachahmen, III.Teil E II 3 S.178, der an der Schutzwürdigkeit zumindest zweifelt; ähnlich auch Knies, 1.Teil 3.Kapitel 1 c) bb) S.63; Walch, § 3 B VI S.56; Kur, GRUR Int. 1995, 469, 470; Altmeppen, ZIP 1997, 2069, 2071; Gruber, WBl 2000, 145, 153; Rauda, GRUR 2002, 38, 41.

jenem Fall nicht, könne nicht überzeugen.⁶⁶⁰ Bei wirtschaftlicher Betrachtung mache es keinen Unterschied, ob ein Erzeugnis von vornherein auf Ergänzung durch Produkte derselben Art angelegt sei oder ob es so konstruiert werde, dass es einen fortlaufenden Bedarf nach anderen Produkten wie etwa Ersatzteilen oder Zubehör auslöse.⁶⁶¹ Daher sei nicht nachvollziehbar, weshalb dennoch nur im Fall der Serienprodukte eine schutzwürdige Leistung vorliegen solle. Eine schlüssige Begründung dafür bleibe die Rechtsprechung schuldig.

Um diese Ungleichbehandlung im Wesentlichen gleicher Sachverhalte zu vermeiden, sei daher davon auszugehen, dass auch der Produzent von Serienartikeln seinen Markterfolg bereits mit dem ersten Geschäft verwirklicht habe.⁶⁶² Bei der Befriedigung des Ergänzungsbedarfs müsse er sich daher wie jeder andere Unternehmer auch im Wettbewerb mit seinen Konkurrenten bewähren.

Demgegenüber weist *Bunte* als Verfechter der Klemmbaustein-Doktrin darauf hin, dass die Differenzierung zwischen Serienartikeln auf der einen und sonstigen Ergänzungsprodukten auf der anderen Seite der betriebswirtschaftlichen Unterscheidung von Anlage- und Systemgeschäft entspreche.⁶⁶³ Bei einer Serie i.S.d. Klemmbaustein-Urteile handele es sich um ein Systemgeschäft, bei dem – abweichend vom Anlagegeschäft – ein „permanenter Kaufprozess von Komponenten und Teilsystemen“ vorliege und das somit zwangsläufig zur einer langfristigen Bindung an den Lieferanten führe.⁶⁶⁴ Der wettbewerbliche Schutz von Serienartikeln sei daher nicht will-

⁶⁶⁰ Sambuc, Nachahmungsschutz, Rn 526 hält dieses Marktverständnis für erläuterungsbedürftig; so wohl auch Walch, § 3 B VI Fn 138; Rauda, GRUR 2002, 38, 40.

⁶⁶¹ So insbesondere zum Ersatzteilgeschäft: Nordemann, Rn 1642 S.237; Artmann, ÖBl 1999, 3, 5; Gruber, WBl 2000, 145, 153; Heyers, JR 2005, 331, 332.

⁶⁶² Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.58; Heyers, GRUR 2006, 23, 26; Riesenhuber, WRP 2005, 1118, 1122. Demgegenüber beabsichtigt Waibel, 3.Teil 1.Abschnitt 3.3.2. S.227 offensichtlich, den Ansatz der Klemmbaustein-Rechtsprechung auf bestimmte Konstellationen des Ersatzteilgeschäfts zu übertragen.

⁶⁶³ Bunte, BB 1999, 113, 116.

⁶⁶⁴ Bunte, BB 1999, 113, 116.

kürlich, sondern beruhe auf der betriebswirtschaftswissenschaftlichen Unterscheidung von Serien und sonstigen Ergänzungsprodukten.

d) Schutz des Wettbewerbs / Kein Monopol für Markterschließer

Nicht selten wird im Schrifttum auch kritisiert, dass im Fall des Einschlebens in eine fremde Serie entgegen der allgemein für richtig gehaltenen Auffassung dem Markterschließer ein Monopol für die von ihm entfachte Nachfrage eingeräumt werde.⁶⁶⁵ Ein funktionierender Wettbewerb auf dem Markt für Ergänzungsartikel setze nämlich die Kompatibilität der konkurrierenden Ergänzungserzeugnisse zum jeweiligen Hauptprodukt voraus.⁶⁶⁶ Werde aber die Herstellung kompatibler Artikel wie im Fall der Serienprodukte untersagt, so habe dies eine Vormachtstellung des Original-Herstellers zur Folge, die den Wettbewerb in nicht hinnehmbarer Weise beeinträchtige. Auch sei die Gruppe der Abnehmer an der Zulässigkeit der Nachahmung kompatibler Ergänzungsartikel interessiert: Könnte der Original-Hersteller nämlich gegen den Vertrieb kompatibler Produkte vorgehen, wäre der Käufer, der sich mit dem ersten Erwerb für eine Serie bzw. ein System entschieden habe, bei der Befriedigung des Ergänzungsbedarfs an diesen gebunden und könnte insoweit nicht von den Vorteilen des Preis- und Qualitätswettbewerbs profitieren, zumal der Wechsel auf eine andere Serie bzw. ein anderes System mit zunehmender Ergänzung der bereits erworbenen Serie erschwert werde.⁶⁶⁷ Dieses Interesse sei zudem unabhängig davon schutzwürdig, ob es sich um gewerbliche oder private Abnehmer handele.⁶⁶⁸ Ebenso bestehe wegen der damit verbundenen Standardisierung ein auf die

⁶⁶⁵ Sambuc, in: Harte/Henning, § 4 Nr.9 Rn 39; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 11 IV 3 b); Lehmler, B I 4 a) cc) (4) S.113 f.; Sambuc, Nachahmungsschutz, Rn 526; Waibel, 3.Teil 1.Abschnitt 3.3.3.2.2. S.232; Müller-Laube, ZHR 156 (1992), 480, 498; Artmann, ÖBl 1999, 3, 5; Riesenhuber, WRP 2005, 1118, 1122.

⁶⁶⁶ Waibel, 3.Teil 1.Abschnitt 3.3.3.2.2. S.233; Sack, FS für Erdmann, S.697, 710 f.; ähnlich auch Altmeppen, ZIP 1997, 2069, 2075 für den Fall, dass es sich bei dem nachgeahmten Erzeugnis um ein marktbeherrschendes Produkt handelt; Riesenhuber, WRP 2005, 1118, 1122.

⁶⁶⁷ Sack, FS für Erdmann, S.697, 710. Ähnlich auch: Waibel, 3.Teil 1.Abschnitt 3.3.3.2.2. S.233; von Harder, GRUR 1969, 659, 660 f.; Artmann, ÖBl 1999, 3, 5; Gruber, WBl 2000, 145, 154; Riesenhuber, WRP 2005, 1118, 1122.

⁶⁶⁸ Altmeppen, ZIP 1997, 2069, 2070; Artmann, ÖBl 1999, 3, 5.

Herstellung kompatibler Produkte gerichtetes Allgemeininteresse.⁶⁶⁹ Schließlich sei die Zulässigkeit des Vertriebs kompatibler Serienprodukte auch für den Original-Serienhersteller mit Vorteilen verbunden. Denn sie eröffne ihm erweiterte Absatzmöglichkeiten, da er gerade wegen der wechselseitigen Austauschbarkeit der Erzeugnisse nunmehr auch solche Kunden erreiche, die sich bisher für die Serie der Konkurrenz entschieden hätten.⁶⁷⁰

Die durch den Schutz von Serienprodukten ausgelöste Wettbewerbsbeeinträchtigung sei weiterhin deswegen abzulehnen, weil sie den im Rahmen des UWG zu berücksichtigenden Wertungen des Kartellrechts widerspreche. Indem der innovative Unternehmer Konkurrenten den Vertrieb kompatibler Serienartikel untersage, verwehre er diesen den Zutritt zum Markt und schließe damit den fairen Leistungswettbewerb aus.⁶⁷¹ Dass der Verzicht auf Kompatibilität eine schwerlich mit dem GWB vereinbare Wettbewerbsbeschränkung darstelle, lasse sich auch anhand der folgenden Überlegung veranschaulichen: Würden sich die Hersteller von Serienprodukten darüber verständigen, es zu unterlassen, innovative und erfolgreiche Serien detailgetreu nachzuahmen, damit der Erstanbieter insoweit keiner Konkurrenz ausgesetzt wäre, handele es sich dabei zweifelsohne um eine den Wettbewerb ausschließende und damit kartellrechtswidrige Vereinbarung.⁶⁷²

Die Verfechter der Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Serie halten diesen Vorwurf dagegen für unbegründet. Von einem Monopol könne schon deswegen keine Rede sein, weil sich der relevante Markt nicht auf die vom Original-Hersteller angebotene Serie beschränke, sondern auch die dem gleichen Zweck dienenden aber andere Abmessungen aufweisenden Serien erfasse.⁶⁷³ Im Fall der Serienprodukte könne dieser Markt nicht in einen Erstbedarfs- und einen Ergänzungsbedarfsmarkt getrennt werden. Vielmehr bilde die Serie als Systemgeschäft insgesamt einen einheitlichen Produkt-

⁶⁶⁹ Nordemann, Rn 1642 S.237; mit vergleichbarer Überlegung auch Gruber, WBI 2000, 145, 155.

⁶⁷⁰ Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.58; Waibel, 3. Teil 1. Abschnitt 3.3.3.2.2. S.234.

⁶⁷¹ Altmeppen, ZIP 1997, 2069, 2074.

⁶⁷² Von Harder, GRUR 1969, 659, 660; zustimmend: Altmeppen, ZIP 1997, 2069, 2073 sowie Artmann, ÖBl 1999, 3, 5.

⁶⁷³ Frassi, GRUR Int. 1999, 698, 702; Bunte, BB 1999, 113, 116.

markt.⁶⁷⁴ Ein funktionierender Wettbewerb bestehe daher auch ohne die Nachahmung kompatibler Serienprodukte, weil nicht die einzelnen Serienbestandteile, sondern vielmehr die Serien insgesamt miteinander konkurrieren.⁶⁷⁵ Da es den Mitbewerbern unbenommen bleibe, eigene, beispielsweise in den Abmessungen von den Originalserien abweichende Systeme anzubieten, die mit denen des innovativen Unternehmers um die Gunst der Abnehmer werben, werde der Wettbewerb weder ausgeschlossen noch beeinträchtigt. Die kartellrechtlichen Bedenken der Gegenmeinung seien daher unbegründet.⁶⁷⁶

Ebenso wenig könne die Überlegung überzeugen, dass insbesondere das Interesse der Abnehmer die Zulässigkeit des Vertriebs kompatibler Serien-erzeugnisse gebiete. Der Käufer habe nämlich die Möglichkeit, sich beim Ersterwerb für ein bestimmtes System zu entscheiden.⁶⁷⁷ Entscheide er sich für ein geschlossenes System, das nicht mit konkurrierenden Teilsystemen kompatibel ist, dann habe er dabei die langfristige Bindung an den jeweiligen Systemhersteller berücksichtigt,⁶⁷⁸ sodass ein darüber hinausgehender „Verbraucherschutz“ nicht geboten sei. Das Interesse der Abnehmer am Vertrieb sei nicht schutzwürdiger als das der Unternehmer, den Ergänzungsbedarf seines geschlossenen Systems nicht durch Wettbewerber ausnutzen zu lassen,⁶⁷⁹ zumal der Ergänzungswunsch der Abnehmer nur dann entstehe, wenn sie mit dem Ersterwerb zufrieden seien.⁶⁸⁰

e) Grundsatz der Nachahmungsfreiheit

Der Rechtsprechung wird weiterhin vorgeworfen, sich mit dem wettbewerbsrechtlichen Schutz von Serienprodukten über die von den Sondergesetzen gezogenen Grenzen hinwegzusetzen und damit den immer wieder gebetsmühlenartig wiederholten Grundsatz der Nachahmungsfreiheit zu

⁶⁷⁴ Bunte, BB 1999, 113, 117.

⁶⁷⁵ Bunte, BB 1999, 113, 117.

⁶⁷⁶ Bunte, BB 1999, 113, 119 f.

⁶⁷⁷ Bunte, BB 1999, 113, 118.

⁶⁷⁸ Bunte, BB 1999, 113, 117.

⁶⁷⁹ Bunte, BB 1999, 113, 118.

⁶⁸⁰ Max, § 17 I S.141.

missachten.⁶⁸¹ Diesem Dogma zufolge sei die Nachahmung von außerhalb der Sondergesetze liegenden Erzeugnissen nicht für sich gesehen, sondern nur dann unzulässig, wenn zur Imitation selbst weitere Umstände hinzuträten. Gegen den schlichten Vertrieb nachgeahmter, keinem spezialgesetzlichen Leistungsschutzrecht unterfallender Serienprodukte dürften daher konsequenterweise keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen. Dadurch, dass die Rechtsprechung im Fall des Einschlebens in eine fremde Serie einen unmittelbaren Leistungsschutz gewähre und damit bereits den bloßen Vertrieb eines nachgeahmten Erzeugnisses als unlauter betrachte, durchbreche sie jedoch den von ihr selbst aufgestellten Grundsatz der Nachahmungsfreiheit. Ein solches Ergebnis könne indes nicht hingenommen werden, da die Entscheidung darüber, wann eine Leistung um ihrer selbst willen vor imitatorischem Wettbewerb geschützt werden müsse, dem Gesetzgeber vorbehalten sei.⁶⁸² Die Rechtsprechung greife daher in unzulässiger Weise in die Entscheidungsbefugnisse der Legislativen ein, wenn sie außerhalb der Sondergesetze einen unmittelbaren Nachahmungsschutz gewähre.⁶⁸³

f) Folgeprobleme aus der Gewährung eines zeitlich begrenzten UWG-Schutzrechts

Der vom *Bundesgerichtshof* entwickelte wettbewerbliche Schutz von Serienartikeln sieht sich auch im Hinblick auf seine Folgen der Kritik ausgesetzt. Den insoweit geäußerten Bedenken liegt folgende Überlegung zu Grunde: Da sich der Hersteller von Original-Serienerzeugnissen gem. § 3 UWG gegen nachahmend tätige Mitbewerber zur Wehr setzen könne, komme ihm und seinen Produkten eine dem Monopol vergleichbare Stellung zu.⁶⁸⁴ Dies könne dazu führen, dass die Abnehmer diese Produkte – mangels Alternativen – auch nur dem einen Unternehmen zuordnen und

⁶⁸¹ Heyers, JR 2005, 331; Schrader, WRP 2005, 562, 563 f.; Waibel, 3. Teil 1. Abschnitt 3.3.3.2.2. S.233.

⁶⁸² Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 11 I S.182; Heyers, GRUR 2006, 23, 24. So der Sache nach wohl auch: Schrader, WRP 2005, 562, 563; Riesenhuber, WRP 2005, 1118, 1123.

⁶⁸³ Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 11 I S.182; Heyers, GRUR 2006, 23, 26.

⁶⁸⁴ Schrader, WRP 2005, 562, 563.

sich die Original-Produkte damit im Verkehr durchsetzen.⁶⁸⁵ Gerade diese Verkehrsdurchsetzung ebne jedoch den Weg für einen zeitlich nicht begrenzten Schutz von Warenformmarken gem. § 3 I MarkenG. Denn die einem solchen Formmarkenschutz entgegenstehenden, zentralen Schutzschränken des § 8 II Nr.1 bis 3 MarkenG könnten gem. § 8 III MarkenG mithilfe der Verkehrsdurchsetzung überwunden werden, sodass einem unbefristeten Schutz von Serienprodukten Tür und Tor geöffnet sei.⁶⁸⁶ Da demnach der zeitlich begrenzte wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz den Zugang zum zeitlich unbegrenzten markenrechtlichen Leistungsschutz erleichtere, sei zumindest fraglich, ob der *BGH* das mit der Befristung des wettbewerbsrechtlichen Schutzes von Serien verfolgte Ziel, einen zeitlich grenzenlosen Leistungsschutz zu verhindern, auch tatsächlich erreiche.⁶⁸⁷

g) Verstoß gegen europäisches Gemeinschaftsrecht

Gegen die Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Serie werden schließlich auch europarechtliche Bedenken geäußert. So sei die deutsche Rechtsprechung im Hinblick auf Art. 28 EGV bedenklich, da sie den Vertrieb nachgeahmter Serienprodukte abweichend von anderen Staaten der europäischen Gemeinschaft – wie etwa Frankreich⁶⁸⁸ – untersage und damit als „Maßnahme gleicher Wirkung“ i.S.v. Art. 28 EGV den freien Warenverkehr auf dem Gemeinsamen Markt beeinträchtige.⁶⁸⁹ Diese produktbezogene Regelung sei weder durch Art. 30 EGV noch durch sonstige zwingen-

⁶⁸⁵ Schrader, WRP 2005, 562, 563; Heyers, GRUR 2006, 23, 27.

⁶⁸⁶ Schrader, WRP 2005, 562, 563; Heyers, JR 2005, 331, 332; ders., GRUR 2006, 23, 27.

⁶⁸⁷ Schrader, WRP 2005, 562, 563; Heyers, JR 2005, 331, 332; ders., GRUR 2006, 23, 27.

⁶⁸⁸ Cour de cassation GRUR Int. 1995, 508. Dieser revisionsgerichtlichen Entscheidung liegt ein dem Klemmbausteine II-Urteil vergleichbarer Sachverhalt zu Grunde. Unter Hinweis auf den fehlenden Sonderrechtsschutz insbesondere für die den Zusammenbau ermöglichenden Kontaktflächen der Klemmbausteine lehnen es die französischen Richter anders als der *BGH* jedoch ab, den LEGO-Steinen wettbewerbsrechtlichen Schutz zu gewähren. Abweichend von der deutschen Rechtslage besteht in Frankreich also kein lauterkeitsrechtlicher Schutz für Serienerzeugnisse.

⁶⁸⁹ Sack, FS für Erdmann, S.697, 717; Altmeppen, ZIP 1997, 2069, 2074; Riesenhuber, WRP 2005, 1118, 1123.

de Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt.⁶⁹⁰ Die Europarechtskonformität dieser Rechtsprechung könne daher mit guten Gründen bezweifelt werden.

4. Kritische Bewertung und Stellungnahme

Die zahlreiche und zudem vielschichtige Kritik, die sich im Schrifttum zur Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Serie finden lässt, deutet darauf hin, dass es sich dabei um ein äußerst komplexes Problem handelt. Daher wäre es verfehlt, die Frage, ob der Original-Hersteller von Serienprodukten gegen den Vertrieb nachgeahmter Erzeugnisse mit Mitteln des Wettbewerbsrechts vorgehen kann, unter Hinweis darauf zu bejahen, dass aus wettbewerbstheoretischer Sicht Imitation schlecht und Innovation gut sei.⁶⁹¹ Denn wie bereits dargelegt⁶⁹² besteht eine Wechselwirkung zwischen innovatorischem und imitatorischem Verhalten, ohne die der dynamische Wettbewerbsprozess zum Erliegen käme.⁶⁹³ Die Komplexität dieser Fragestellung erfordert vielmehr eine differenzierte Betrachtung. Aus diesem Grund wird im Rahmen der anschließenden Bewertung gesondert auf jeden einzelnen, sich zum Teil auf unterschiedliche Ebenen beziehenden Kritikpunkt eingegangen. Ziel ist es dabei zu ergründen, ob an der besonderen wettbewerbsrechtlichen Behandlung von Serienerzeugnissen festzuhalten oder auch hier auf die im Ersatzteil-, Zubehör- und Verbrauchsmaterialiengeschäft geltenden Grundsätze zurückzugreifen ist.

a) „Einschieben in eine fremde Serien“ kein bloßer Ideenschutz

Dem Einwand, die vom *Bundesgerichtshof* entwickelte Figur des Einschlebens in eine fremde Serie sei deswegen abzulehnen, weil damit nur eine Geschäftsidee geschützt werde, ist zuzugeben, dass ein abstrakter Ideen-

⁶⁹⁰ Altmeppen, ZIP 1997, 2069, 2074; Riesenhuber, WRP 2005, 1118, 1123.

⁶⁹¹ So aber zumindest tendenziell Bunte, BB 1999, 113, 118 f.

⁶⁹² Siehe Seite 17.

⁶⁹³ Ebenso Heyers, JR 2005, 331 f.

schutz dem deutschen Lauterkeitsrecht tatsächlich fremd ist.⁶⁹⁴ Vom wettbewerbsrechtlichen Schutz umfasst ist nach allgemeiner Auffassung lediglich die verkörperte Idee, die in der konkreten Ausgestaltung eines Erzeugnisses ihren Niederschlag gefunden hat.⁶⁹⁵

Im Fall der Serienprodukte wird jedoch gerade nicht die abstrakte, der Serie zu Grunde liegende Idee als solche, sondern vielmehr der jeweilige Serienartikel geschützt, der dieser Idee eine konkrete Form verleiht. So wäre es etwa im Fall der LEGO-Steine den Konkurrenten auch nach den Grundsätzen der Klemmbaustein-Rechtsprechung im Grundsatz unbenommen, ebenfalls Kinderbausteine auf den Markt zu bringen, die sich wie die LEGO-Steine miteinander verbinden lassen, jedoch von diesen abweichende Abmessungen aufweisen. Denn mangels gegenseitiger Verbaubarkeit kann schwerlich von einem „Einschieben“ in eine fremde Serie die Rede sein. Obwohl also kein Zweifel daran besteht, dass in diesem Fall ein Mitbewerber die abstrakte Leistungsidee eines anderen (miteinander verbindbare Bauteile als Kinderspielzeug) übernimmt, scheidet ein unlauteres Verhalten unter dem Aspekt des Einschlebens in eine fremde Serie aus. Folglich bildet auch beim Schutz von Serienprodukten die konkrete Gestalt des Erzeugnisses selbst den Gegenstand des rechtlichen Schutzes und nicht etwa die abstrakte Geschäftsidee, auf der dieses Erzeugnis basiert.⁶⁹⁶

b) Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall

Ein weiterer Kritikpunkt besteht darin, dass nicht hinreichend deutlich zwischen dem (unzulässigen) Einschlebens in eine fremde Serie und den sonstigen Fällen der (zulässigen) Ausnutzung eines fremden Ergänzungsbedarfs unterschieden werden könne. Die Stichhaltigkeit dieses Arguments soll nun anhand der unterschiedlichen Ergänzungsprodukte überprüft werden.

⁶⁹⁴ Vgl.: BGHZ 18, 175, 183 f. „Werbeidee“; BGH GRUR 2005, 166, 168 „Puppenausstattungen“; Götting, in: Fezer UWG I, § 4-9 Rn 27 S.766; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 11 II 1 S.186; Matutis, § 4 Rn 55 S.97.

⁶⁹⁵ BGH GRUR 1979, 119, 120 Modeschmuck“; Deck, in: MAH Gewerbbl. Rechtsschutz, § 19 Rn 70; Matutis, § 4 Rn 55 S.97.

⁶⁹⁶ So auch bereits Heyers, GRUR 2006, 23, 26.

In Bezug auf die Gruppe der Ersatzteile ist die Abgrenzung recht eindeutig. Zwar ist der Hinweis darauf, dass sich im Fall des Ersatzteilgeschäfts der Markterfolg bereits im ersten Umsatzgeschäft verwirkliche, wenig überzeugend, da Unternehmen zunehmend dazu übergehen, ihren geschäftlichen Erfolg auch und gerade auf dem sich aus ihrem Produkt ergebenden Ersatzteilmarkt zu suchen.⁶⁹⁷ Die Rechtsprechung merkt jedoch weiter an, eine Serie scheide aus, wenn der Gebrauchszweck des Ausgangserzeugnisses durch die Ergänzungsprodukte nicht erweitert werde, sondern es nur um den Austausch verschlissener oder aus sonstigen Gründen unbrauchbar gewordener Teile gehe. Da Ersatzteile wesensgemäß dazu dienen, die beeinträchtigte oder aufgehobene Funktionsfähigkeit der Hauptsache wiederherzustellen, bestehen in Bezug auf die Gruppe der Ersatzteile keinerlei Abgrenzungsschwierigkeiten: Ein Ersatzteil kann niemals Serienprodukt sein. Insofern ist also nicht die Abgrenzung, sondern die weitergehende Frage problematisch, warum gerade der Umstand, dass nur unbrauchbar gewordene Teile ersetzt werden, die wettbewerbliche Schutzwürdigkeit beseitigen soll.⁶⁹⁸

Ebenso eindeutig lassen sich Serienerzeugnisse von den Verbrauchsmaterialien unterscheiden. Zwar ist in beiden Fällen das Ausgangserzeugnis von vornherein auf Ergänzung ausgerichtet. Jedoch beschränken sich Verbrauchsartikel ebenso wie Ersatzteile darauf, die Funktionsfähigkeit der Hauptsache sicherzustellen; sie bringen dem Ausgangserzeugnis daher – anders als Serienprodukte – keinen zusätzlichen Nutzwert.

Größere Schwierigkeiten bereitet dagegen die Abgrenzung zur Produktgruppe des Zubehörs. Einerseits ist hier – ebenso wie im Fall der Ersatzteile – in rechtstatsächlicher Hinsicht fraglich, ob der Hersteller seinen Markterfolg bereits mit dem Verkauf der Hauptsache verwirklicht hat. Andererseits stellen Zubehörartikel nicht (nur) die ursprüngliche Funktionsfähigkeit der Ausgangsware wieder her, sondern schaffen für diese (darüber hinaus) einen zusätzlichen Nutzeffekt. Das entscheidende Kriterium, um beide Konstellationen auseinander zu halten, dürfte darin zu sehen sein, dass eine wettbe-

⁶⁹⁷ Vgl. Sack, FS für Erdmann, S.697, 702.

⁶⁹⁸ Siehe dazu Seite 232 ff.

werksrechtlich geschützte Serie nur dann vorliegt, wenn das Ausgangsprodukt von vornherein auf Ergänzung durch Produkte „derselben Art“ angelegt ist.

Zumindest in den klassischen Zubehörfällen wird dies nicht der Fall sein. Denn hier werden sich regelmäßig die Ausgangsware als „Hauptprodukt“ auf der einen und das Zubehör als „Ergänzungsprodukt“ auf der anderen Seite gattungsmäßig soweit unterscheiden, dass beide Erzeugnisse schwerlich „derselben Art“ zugerechnet werden können.⁶⁹⁹ Wird etwa eine zu einem bestimmten Handy passende Tasche angeboten, die das Mobiltelefon vor witterungsbedingten Einflüssen schützen soll, dann handelt es sich dabei um unterschiedliche Produkte, die jeweils einem anderen Zweck dienen und sich redlicherweise nicht „derselben Art“ zuordnen lassen. Allerdings ist die Grenzziehung zwischen Zubehör und Serienprodukten nicht ebenso eindeutig wie im Fall der Ersatzteile. Denn eine genaue Definition des Merkmals „derselben Art“ bleibt die Rechtsprechung schuldig. Unter welchen Voraussetzungen gehören Ausgangserzeugnis und Ergänzungsprodukt noch „derselben Art“ an? Ist hierfür Identität erforderlich? Falls nicht: Wie groß darf der Unterschied zwischen Ausgangs- und Ergänzungsware sein, damit noch von Produkten „derselben Art“ gesprochen werden kann?

Festzuhalten bleibt, dass die Unterscheidung von Zubehör und Serie nach der Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* zwar möglich ist, sich jedoch schwieriger als die entsprechende Abgrenzung der Ersatzteile und Verbrauchsmaterialien gestaltet.

Um die Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Serie noch von weiteren Konstellationen unterscheiden zu können, in denen auf den ersten Blick eine besondere Nähe zu Serienprodukten besteht, hat der *Bundesgerichtshof* in der umstrittenen Modulgerüst-Entscheidung die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Serie weiter konkretisiert. Danach liege ein Serienerzeugnis dann nicht vor, wenn sich das Bedürfnis nach Ergänzung nur aus äußeren Umständen ergebe und daher nicht in der Natur der Sache selbst angelegt

⁶⁹⁹ Abgesehen von der ausdrücklichen Ausnahme für Ersatzteile (vgl. dazu Seite 70 f.) würde aus diesem Grund auch in den klassischen Ersatzteillfällen ein Schutz als Serienartikel ausscheiden, da auch hier regelmäßig ein gattungsmäßiger Unterschied zwischen der wiederherzustellenden Hauptsache und dem (nur untergeordneten) Ersatzteil besteht.

sei. Während der *BGH* dieses Erfordernis im Fall der Klemmbausteine, bei denen der Fantasie wegen der unendlichen Kombinationsmöglichkeiten keine Grenze gesetzt sei, als erfüllt ansieht, lehnt er es im Fall des Baugerüsts ab, da sich hier das Bedürfnis nach Erweiterung nur aus den äußeren Umständen ergebe.

Diese Differenzierung erscheint wenig einsichtig. Bei einem Gerüstbauer wird der Wunsch nach Erweiterung seines einmal erworbenen Gerüsts erst dann entstehen, wenn Anlass dazu besteht, etwa wenn er den konkreten Auftrag erhält, ein Gebäude einzurüsten, für das sein bisheriger Bestand an Gerüstelementen nicht ausreicht, oder wenn solche Aufträge erwartet werden können und der Bestand an Gerüstteilen im Hinblick darauf in betriebswirtschaftlich vernünftigem Maße erweitert wird. Anders gesagt: Der Wunsch nach Erweiterung seines Gerüsts entsteht nur als Reaktion auf äußere Umstände und ergibt sich nicht allein daraus, dass er eine bestimmte Anzahl von Gerüstteilen sein Eigen nennt. Auslöser des Bedürfnisses nach Erweiterung ist also stets ein äußerer Umstand. Beim Abnehmer von Klemmbausteinen – als einzigem Produkt, dem die Rechtsprechung Serien-eigenschaft zugebilligt hat – ist dies jedoch nicht anders. Denn es wäre realitätsfern anzunehmen, dass sich ein Kind allein deswegen einen weiteren Spielstein-Bausatz wünscht, weil es bereits einen solchen Bausatz besitzt. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass sich auch der Wunsch nach Erweiterung der Serie nicht aus dieser selbst, sondern auch hier als Reaktion auf äußere Umstände ergibt. So werden weitere Bausätze beispielsweise deswegen gekauft, weil sie in den Medien entsprechend beworben werden und dadurch der Wunsch entsteht, in den Genuss des gerade mit diesem Bausatz verbundenen Spielvergnügens zu kommen. Letztlich wird somit auch im Fall der Klemmbausteine der Wunsch nach Ergänzung nicht vollkommen autonom, sondern ebenfalls als Reaktion auf äußere Einflüsse gebildet. Da demnach bei einer Serie die äußeren Umstände – wie von den Kritikern in der Literatur angemerkt – nicht nur in Form der räumlichen oder finanziellen Gegebenheiten bei der *Realisierung* des Ergänzungsbedarfs von Bedeutung sind, sondern auch maßgeblich zu dessen *Entstehung* beitragen, hätte der *BGH* in der Modulgerüstentscheidung konsequenterweise auch beim

streitgegenständlichen Baugerüst von einer Serie i.S.d. Klemmbaustein-Doktrin ausgehen müssen.⁷⁰⁰

Zumindest jenseits der Ersatzteile, der Verbrauchsmaterialien und des Zubehörs kann die von der Rechtsprechung vorgenommene Unterscheidung nicht überzeugen. Insoweit bleibt unklar, wo genau die Grenze zwischen schutzfähiger Serie und schutzunfähigem, jedoch serienähnlichem Produkt verläuft.

Insgesamt gesehen bestehen also nur im Hinblick auf Zubehör und serienähnliche Produkte mehr oder weniger große Schwierigkeiten bei der Unterscheidung von den der Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Serie unterfallenden Serienerzeugnissen. Allein die Tatsache, dass die Abgrenzung unterschiedlicher Fallkonstellationen im Einzelfall unklar und das Ergebnis einer gerichtlichen Entscheidung damit schwer vorhersehbar ist, vermag jedoch keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Serie zu begründen. Abgrenzungsschwierigkeiten gehören vielmehr zum juristischen Alltag und sind daher hinzunehmen. Problematischer als die Frage, wie genau zwischen den einzelnen Ergänzungsproduktgruppen zu unterscheiden ist, dürfte sein, dass überhaupt zwischen den unterschiedlichen Erzeugnissen differenziert wird. Anders gesagt: Weshalb kommt gerade Serienprodukten ein wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz zu, während die Nachahmung sonstiger Ergänzungsartikel zulässig ist? Der hiermit angesprochene Bereich der Schutzwürdigkeit einer Serie soll im nachfolgenden Gliederungspunkt näher beleuchtet werden.

c) Besondere Schutzwürdigkeit von Serienprodukten zweifelhaft

Aus welchem Grund also stuft es die Rechtsprechung als unlauter ein, wenn eine Leistung nachgeahmt und vermarktet wird, die von vornherein auf Ergänzung und Erweiterung durch Erzeugnisse derselben Art angelegt ist, den

⁷⁰⁰ Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass auch der Hinweis des BGH, das Modulgerüst sei für sich genommen nutzbar und daher nicht ebenso unvollständig wie die als Serie eingestuftes Klemmbausteine, nicht überzeugen kann. Wie das Schrifttum richtigerweise anmerkt sind auch die LEGO-Steine nicht „unvollständig“, da sie zumindest im Regelfall nicht als Einzelteile, sondern innerhalb eines größeren Bausatzes vertrieben werden.

Gebrauchszweck nicht nur wiederherstellt, sondern erweitert und deren Bedürfnis nach Ergänzung sich nicht nur aus äußeren Umständen, sondern aus der Natur der Sache selbst ergibt? Warum hat sich ausgerechnet in diesem Fall der volle Markterfolg noch nicht im ersten Umsatzgeschäft realisiert? Anders gefragt: Mit welcher Begründung beschränkt sich der Markterfolg anderer Ergänzungsartikelhersteller auf das Ausgangsgeschäft? Müsste nicht ein Unternehmer, der sich dazu entschieden hat, seinen Umsatz in erster Linie beim Vertrieb von zu seinem Hauptprodukt kompatiblen Ergänzungserzeugnissen zu machen, ebenso schutzwürdig sein wie ein Produzent von Serienartikeln? Oder umgekehrt: dieser ebenso schutzunwürdig wie jener?

Die zu klärende Frage ist also die, ob sich beide Sachverhalte tatsächlich derart erheblich voneinander abheben, dass eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt erscheint.

aa) Wirtschaftliche Vergleichbarkeit der Sachverhalte?

Die Literatur verneint dies überwiegend und zwar im Wesentlichen deswegen, weil es bei wirtschaftlicher Betrachtung keinen Unterschied mache, ob ein Unternehmen etwa eine fortlaufende Ergänzung durch Ersatzteile, Verbrauchsartikel, Zubehör oder Erzeugnisse derselben Art einkalkuliere. Demgegenüber bestehe *Bunte* zufolge der wesentliche Unterschied zwischen Serienartikeln und sonstigen Ergänzungsprodukten darin, dass es sich in diesem Fall um ein Anlage- und in jenem um ein Systemgeschäft handle. Von wirtschaftlich vergleichbaren Sachverhalten könne daher entgegen den Kritikern im Schrifttum keine Rede sein.

Die Betriebswirtschaftslehre unterscheidet tatsächlich verschiedene Geschäftstypen, die jeweils ein besonderes Marketing erforderlich machen: dem Produkt-, Anlagen-, System- und Zuliefergeschäft.⁷⁰¹ Das hier interessierende Systemgeschäft zeichnet sich im Kern durch zwei Eigenschaften aus. Zum einen werden Leistungen für einen anonymen Markt und nicht im

⁷⁰¹ Backhaus/Voeth, Teil 3 A V S.200, 202 f.

Hinblick auf konkrete Kunden entwickelt.⁷⁰² Zum anderen beinhaltet es eine sukzessive Abfolge hintereinander geschalteter Kaufprozesse, einen Kaufverbund.⁷⁰³ Zwischen den einzelnen Geschäften besteht ein über den zufälligen Wiederholungs- oder Folgekauf hinausgehender Nutzenverbund, d.h. der gemeinsame Nutzen mehrerer Systemteile ist größer als der Einzelnutzen der Elemente.⁷⁰⁴

Entgegen der Annahme *Buntes* entspricht die Rechtsprechung des *BGH* zum wettbewerbsrechtlichen Schutz von Serienprodukten aber nicht „exakt den Erkenntnissen der Betriebswirtschaftslehre“. Zwar decken sich die an Serienerzeugnisse gestellten Anforderungen zum Teil mit denen des Systemgeschäfts: In beiden Fällen handelt es sich um von vornherein auf Ergänzung angelegte Produkte, die den Gebrauchszweck des ersten Gegenstandes erweitern und damit gemeinsam von größerem Nutzen sind als allein. Jedoch lassen sich die weiteren Einschränkungen, welche die Rechtsprechung zur Konkretisierung der Fallgruppe vorgenommen hat, nicht auf die wirtschaftswissenschaftliche Umschreibung des Systemgeschäfts zurückführen. Zur Abgrenzung vom wettbewerblich unbedenklichen Zubehörgeschäft scheidet eine Serie der Rechtsprechung zufolge aus, wenn das Ausgangserzeugnis nicht auf Ergänzung durch Produkte „derselben Art“ angelegt sei. Ein entsprechendes Kriterium zur Eingrenzung des Systemgeschäfts sucht man vergeblich. Ebenso wenig entspricht es wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen, dass ein System dann ausscheidet, wenn sich das Bedürfnis nach Ergänzung bzw. Erweiterung der Ausgangsware lediglich aus äußeren Umständen und nicht der Natur der Sache selbst ergibt. Während etwa der *Bundesgerichtshof* in der Modulgerüst-Entscheidung mit dieser Begründung einem Baugerüst die Serieneigenschaft verweigerte, stuft die Betriebswirtschaftslehre ein aus miteinander verbaubaren Einzelelementen bestehendes Büromöbelprogramm als Systemgeschäft ein, obwohl sich das Bedürfnis nach Ergänzung auch in diesem Fall nur aus den äußeren Umständen (wie etwa der wirtschaftlichen Entwicklung des die Büromöbel erwerbenden Un-

⁷⁰² Backhaus/Voeth, Teil 3 D I 1 S.401.

⁷⁰³ Backhaus/Voeth, Teil 3 D I 1 S.401.

⁷⁰⁴ Backhaus/Voeth, Teil 3 D I 2.1.2.2. S.406.

ternehmens) ergeben kann.⁷⁰⁵ Anhand dieser Überlegungen wird deutlich, dass der Kreis der Erzeugnisse, denen die Rechtsprechung als Serienartikel wettbewerblichen Nachahmungsschutz zubilligt, nicht deckungsgleich ist mit dem Kreis der Produkte, die die Betriebswirtschaftslehre dem Systemgeschäft zuordnet.

Die besondere Schutzwürdigkeit von Serienerzeugnissen lässt sich also nicht unter Hinweis auf die wirtschaftswissenschaftliche Differenzierung von System- und Anlagengeschäft rechtfertigen. Entgegen *Buntes* Ansicht verläuft die Grenze zwischen den Serien- und den sonstigen Ergänzungserzeugnissen nämlich nicht entlang der entsprechenden Unterscheidung der Betriebswirtschaft: Denn obwohl es sich nach wirtschaftswissenschaftlichen Grundsätzen um ein System handelt, geht die Rechtsprechung in einigen Fällen dennoch nicht von einer Serie aus und versagt daher einem Systemgeschäft wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz.

bb) Lediglich Schutz für selbst gewählte Marktstrategie

Aber auch abgesehen davon vermag das Argument, Serienerzeugnissen deshalb wettbewerblichen Schutz einzuräumen, weil es sich um ein System handelt, das auf einen fortgesetzten Kaufprozess ausgerichtet ist, nicht zu überzeugen. Selbst wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung davon ausgeht, dass die Rechtsprechung des *BGH* der Unterscheidung von System- und Anlagengeschäft folgt, liefert allein diese Tatsache keine hinreichende Begründung dafür, weshalb gerade und nur im Fall der Serien wettbewerbsrechtlicher Schutz gewährt werden soll. Die Schutzwürdigkeit von Serienerzeugnisse mit der Eigenschaft als System zu begründen, hieße, die unternehmerische Entscheidung für einen bestimmten Geschäftstyp, nämlich das Systemgeschäft unter Schutz zu stellen. Den Grund für den wettbewerblichen Schutz bildete demnach die vom Unternehmer selbst gewählte Marktstrategie.

Die Entscheidung eines Unternehmers für oder gegen eine bestimmte Vermarktungsstrategie ist für sich gesehen jedoch nicht schutzwürdig. Der im

⁷⁰⁵ Vgl. das entsprechende Beispiel bei Backhaus/Voeth, Teil 3 D I 2.1.2.2. S.409 f.

Rollen-Clips-Urteil zur Gruppe der Verbrauchsmaterialien entwickelte Gedanke, dass eine bestimmte Kalkulation des Unternehmers die Schutzwürdigkeit seines Erzeugnisses nicht begründen könne, da es dessen Risiko sei, wie er seinen Gewinn erwirtschaftete,⁷⁰⁶ lässt sich auf den wettbewerblichen Schutz von Serienerzeugnissen übertragen: Die Wahl der jeweiligen Marktstrategie sowie die erfolgreiche Realisierung derselben gehört zum unternehmerischen Risikobereich und kann daher für sich gesehen keinen wettbewerblichen Schutz beanspruchen. Die bloße Tatsache, dass sich ein Unternehmer für ein Systemgeschäft entschieden hat, lässt nicht den Schluss zu, dass der hieraus resultierende Markterfolg diesem auch normativ zugeordnet sein soll.⁷⁰⁷ Allein der Hinweis auf die Eigenschaft als Systemgeschäft beschreibt nur die Vermarktungsstrategie des innovativen Unternehmens, gibt jedoch keine Begründung dafür, weshalb Serienerzeugnisse in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht schutzwürdiger sein sollen als sonstige Ergänzungsartikel.

cc) Schutzunwürdigkeit als Rechtsfolge

Zwischen Serienprodukten auf der einen und den übrigen Ergänzungsprodukten auf der anderen Seite bestehen demnach keine erheblichen Unterschiede. Eine zutreffende Begründung dafür, weshalb diese schutzunwürdig und jene schutzwürdig sein sollen, bleiben die Verfechter der Klemmbau-stein-Doktrin schuldig. Folglich müssen beide Konstellationen gleich behandelt werden. Da die Schutzfähigkeit der sonstigen Ergänzungsprodukte – im Einklang mit der Rechtsprechung – zu verneinen ist,⁷⁰⁸ kann konsequenterweise auch der wettbewerbsrechtliche Schutz von Serienerzeugnissen nur abgelehnt werden.

Die Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Serie ist damit abzulehnen, da sich die Schutzwürdigkeit von Serien ebenso wenig begründen lässt wie die sonstiger Ergänzungsartikel. Daher gebührt auch in diesem Fall dem Unternehmer nicht die ausschließliche Befriedigung des gesamten, sich aus

⁷⁰⁶ Siehe Seite 194 f.

⁷⁰⁷ In diese Richtung auch Riesenhuber, WRP 2005, 1118, 1122.

⁷⁰⁸ Siehe Seite 184 ff, 192 f, 194 f.

seiner Serie ergebenden Ergänzungsbedarfs. Auch hier verwirklicht sich der Markterfolg des Unternehmers vielmehr bereits im ersten Umsatzgeschäft.

d) Kompatibilität und Wettbewerb

aa) Kein Monopol für den Markterschließer

Fraglich ist weiterhin, ob mit einigen Kritikern der Klemmbaustein-Rechtsprechung davon auszugehen ist, dass im Fall der Unzulässigkeit der Herstellung kompatibler Produkte dem Markterschließer ein Monopol eingeräumt wird. Die diese Frage bejahenden Stimmen in der Literatur argumentieren im Kern folgendermaßen: Könnten die Wettbewerber darauf verwiesen werden, eigene, von der Originalserie abweichende Produkte anzubieten, dann bestünde nur beim ersten Umsatzgeschäft eine Konkurrenzsituation. Bei der Befriedigung des Ergänzungsbedarfs sähe sich der Unternehmer hingegen keinerlei Mitbewerbern ausgesetzt; insoweit käme ihm eine Monopolstellung für den von ihm erschlossenen Markt für ergänzende Serienprodukte zu. Dieses Ergebnis stehe aber im Widerspruch zu fundamentalen Individual- und Allgemeininteressen sowie Wertungen des Kartellrechts.

Die Gegenmeinung sieht hinreichenden Wettbewerb auch ohne kompatible Produkte gewährleistet. Sie beruft sich im Wesentlichen darauf, dass Erst- und Ergänzungsgeschäft einen einheitlichen Markt bildeten und der Wettbewerb im Rahmen des Ausgangsgeschäfts die weiteren Ergänzungsgeschäfte umfasse. Dem innovativen Unternehmer komme daher keine Monopolstellung hinsichtlich der Befriedigung des Ergänzungsbedarfs zu, weil ein solcher, selbstständiger Markt für Ergänzungsartikel gar nicht existiere.

Im Kern stellt sich damit folgendes Problem: Ist zur Vermeidung eines Monopols des Original-Herstellers die Vermarktung kompatibler Serienelemente notwendig oder sieht sich der innovative Unternehmer auch ohne passende Erzeugnisse hinreichender Konkurrenz ausgesetzt? Ausschlaggebend für die Stichhaltigkeit des Monopolvorwurfs (bzw. des Vorwurfs der kartellrechtswidrigen Marktabschottung) ist einzig und allein die Frage der Markt-abgrenzung. Bilden Ausgangserzeugnis und Ergänzungsprodukt eine ge-

schäftliche Einheit und damit einen einheitlichen Markt, scheidet ein Monopol des Serienherstellers aus. Denn in diesem Fall stünde der Innovator mit Unternehmen in Konkurrenz, die vergleichbare eigene Serien vertreiben. Ist der Vertrieb kompatibler Serienerzeugnisse demgegenüber als eigenständiger Markt zu betrachten, sind die kartellrechtlichen Bedenken begründet: Der Original-Serienhersteller könnte sich gegen die Vermarktung passender Imitate zur Wehr setzen und damit einem Monolisten gleich die Nachfrage nach ergänzenden Serienprodukten als einziger befriedigen.

Im Hinblick auf das Ersatzteilgeschäft nehmen kartellrechtliche Literatur und Rechtsprechung überwiegend zwei getrennte Märkte an,⁷⁰⁹ d.h. die Ersatzteilanbieter sind nicht auf demselben Markt wie die das Hauptprodukt herstellenden Unternehmer tätig. Nichts anderes wird wegen der vergleichbaren Interessenlage für das Geschäft mit Verbrauchsmaterialien und Zubehör gelten. Fraglich ist nun, ob sich diese Wertungen auch auf Serienerzeugnisse übertragen lassen, sodass auch hier von zwei selbstständigen, voneinander getrennten Märkten auszugehen ist.

Dies kann jedoch kaum angenommen werden. Maßgeblich für die kartellrechtliche Abgrenzung des relevanten Marktes ist das Bedarfsmarktkonzept. Danach bilden all jene gewerblichen Leistungen einen einheitlichen Markt, die aus Sicht der Abnehmer nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs austauschbar sind.⁷¹⁰ Eine wesentliche Besonderheit des Serienartikels besteht indes darin, dass er von vornherein auf Ergänzung durch Produkte „derselben Art“ angelegt ist. Anders als etwa Ersatzteile, die lediglich einem Bestandteil des Hauptprodukts entsprechen, gehören Serienelemente derselben „Gattung“ an. Die einzelnen Serienstücke sind miteinander verwendbar, ohne dass dabei – wie bei sonstigen Ergänzungsartikeln – eindeutig zwischen einer Hauptsache und einem

⁷⁰⁹ OLG Düsseldorf WuW 1992, OLG 4901, OLG 4904 „Dehnfolien-Verpackungsmaschinen“; BGH WuW/E, DE-R 357, DE-R 358 „Feuerwehrgeräte“; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn 25 S.584; Bechtold, § 19 Rn 8 S.95; Bunte, Kartellrecht, § 7 I 2 b) aa) S.189; Lettl, Kartellrecht, Rn 474, 24.

⁷¹⁰ Karl/Reichelt, in: Gloy/Loschelder, Hdb. WettbewerbsR, § 38 Rn 4; Emmerich, Kartellrecht, § 27 IV 1 a) S.319; Kling/Thomas, 2.Teil Rn 107; Lettl, Kartellrecht, Rn 474.

(untergeordneten) Ergänzungsprodukt unterschieden werden könnte.⁷¹¹ Gerade diese gattungsmäßige Gleichwertigkeit spricht dafür, dass der Abnehmer die einzelnen Serienteile als funktionell austauschbar betrachtet. Denn die Elemente einer Serie nehmen im Wesentlichen vergleichbare Funktionen wahr, sodass einem wechselseitigen Austausch nichts im Wege steht. In diesem Punkt unterscheidet sich die Serie von den sonstigen Ergänzungsartikeln, da diese dem jeweiligen Ausgangserzeugnis nicht funktionell entsprechen.⁷¹² Da sich Serienprodukte aus Abnehmersicht demnach insgesamt als substituierbar darstellen und insoweit nicht zwischen dem ersten Umsatzgeschäft und den weiteren Ergänzungsangeboten unterschieden werden kann, ist davon auszugehen, dass sie einen einheitlichen Markt bilden.

Der Vorwurf, durch die Klemmbaustein-Rechtsprechung werde dem Markterschließer ein Monopol eingeräumt, ist daher unbegründet. Der Umstand, dass der Original-Hersteller seinen Konkurrenten den Vertrieb nachgeahmter und damit kompatibler Serienerzeugnisse untersagen kann, führt nicht zu einer Monopolstellung. Wie soeben dargelegt besteht nur ein „Wettbewerb der (Gesamt-)Serien“; ein auf die Ergänzungsartikel beschränkter Markt existiert demgegenüber nicht. Da es den Mitbewerbern unbenommen ist, auf diesem Markt eine nicht mit dem Original kompatible, eigene Serie anzubieten, besteht insoweit auch eine ein Monopol des innovativen Unternehmers ausschließende Wettbewerbssituation. Das Fehlen von Kompatibilität hat also zumindest nicht das Fehlen jedweden Wettbewerbs zur Folge.

⁷¹¹ Mit ähnlicher Überlegung insoweit zutreffend Bunte, BB 1999, 113, 117; siehe auch schon Seite 6.

⁷¹² Zur Veranschaulichung dieses Zusammenhangs mag auch die Überlegung dienen, dass im Fall der Serienerzeugnisse die Reihenfolge des Erwerbs beliebig ist: Da das Ergänzungserzeugnis der Art des Ausgangserzeugnisses entspricht, lässt es sich ebenso sinnvoll nutzen wie das Ausgangserzeugnis selbst. Bei Ersatzteilen, Zubehör oder Verbrauchsmaterialien ist dies anders. Das Ergänzungsprodukt entspricht hier gerade nicht der Art der Ausgangsware, sondern ist nur von untergeordneter Bedeutung. Da es erst im Rahmen des vorhandenen Hauptprodukts richtig zur Geltung kommen kann, wird ein Ersatz- oder Zubehörteil bzw. ein Verbrauchsutensil regelmäßig erst nach dem Hauptprodukt erworben.

bb) Interessenlage überwiegend auf Kompatibilität gerichtet

Wenngleich auch der zahlreichen Kritik des Schrifttums zum Trotz nicht anzunehmen ist, dass die Klemmbaustein-Doktrin eine Monopolstellung des Markterschließers zur Folge hat, so kann doch kein Zweifel daran bestehen, dass dem Original-Hersteller hier eine exponierte Wettbewerbsposition zukommt. Hat sich ein Käufer für eine bestimmte Serie entschieden, kann er sich zur Befriedigung seines aus dieser Serie resultierenden Ergänzungsbedarfs ausschließlich an den einen Original-Serien-Produzenten wenden. Dadurch kommt es zu einer Art Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Abnehmer auf der einen und dem Original-Hersteller auf der anderen Seite.

Ein solches Ergebnis dürfte jedoch neben dem Allgemeininteresse an Typisierung und Rationalisierung insbesondere den zumindest überwiegend auf Kompatibilität gerichteten Interessen der Beteiligten widersprechen. So ist den Kritikern im Schrifttum darin zuzustimmen, dass die Gruppe der Abnehmer in besonderem Maße an einem Wettbewerb kompatibler Serienelemente interessiert ist. Aus Käufersicht wäre es wünschenswert, den Mitbewerbern die Vermarktung kompatibler Serienerzeugnisse zu gestatten. Denn dies führte zu einer Konkurrenzsituation in Bezug auf Serienergänzungsprodukte und damit auch zu dem für den Konsumenten stets vorteilhaften Preis- und Qualitätswettbewerb. Ebenso würde allein die Vielfalt unterschiedlicher Angebote die ohne entsprechende Konkurrenz bestehende Abhängigkeit zum Original-Hersteller aufheben; das Problem eines mit zunehmenden Serienumfang schwieriger werdenden Serienwechsels würde dadurch vermindert werden.

Zwar mag es zutreffen, dass ein Käufer bereits beim Erwerb des ersten Serienartikels den Folgebedarf einkalkuliert und sich somit bewusst entweder für eine mit Leistungen anderer kompatible und damit „offene“ Serie oder für eine nicht mit anderen Erzeugnissen verwendbare und damit „geschlossene“ Serie entscheidet. Allein daraus den Schluss zu ziehen, dass deshalb der Abnehmer hinreichend geschützt sei, greift jedoch angesichts der durchaus gravierenden Nachteile für die Käufer zu kurz. Es mutet jedenfalls seltsam an, dass die Rechtsprechung im Rahmen des Ersatzteil- und Zubehörgeschäfts maßgeblich auf die Interessen der Abnehmer abstellt und diese

beim wettbewerblichen Schutz von Serienerzeugnissen nahezu vollständig außer Acht lässt. Die Relevanz dieser Interessen aber – wie der *Bundesgerichtshof* – davon abhängig zu machen, ob es sich um gewerbliche Abnehmer oder einfache Verbraucher handelt, ist schlicht inkonsequent und nicht nachvollziehbar.

Diesen gewichtigen Belangen der Konsumenten stehen auch keine überwiegenden Interessen des Original-Herstellers entgegen. Dem innovativen Unternehmer wird zwar regelmäßig daran gelegen sein, als einziger die Nachfrage nach ergänzenden Serienprodukten bedienen zu können. Jedoch kann die Zulässigkeit des Vertriebs kompatibler Serienerzeugnisse für den Unternehmer – anders als im umgekehrten Fall für die Abnehmer – durchaus mit Vorteilen verbunden sein. So besteht wegen der gegenseitigen Austauschbarkeit zum einen die Möglichkeit, auch den von der Serie des Konkurrenten geweckten Ergänzungsbedarf zu erfüllen und somit seine Absatzmöglichkeiten auf die Kunden anderer Serienhersteller zu erstrecken. Zum anderen ist vorstellbar, dass gerade aufgrund der Kompatibilität neue Kunden gewonnen werden können. Der Konsument bezieht nämlich mitunter beim Erwerb einer Serie die Folgen, die sich aus der längerfristigen Bindung an eine bestimmte Serie ergeben, in seine Überlegungen mit ein.⁷¹³ Er wird sich daher u.U. nur deshalb zum Kauf des ersten Serienerzeugnisses entschließen, weil er sich damit gerade nicht an den Original-Hersteller bindet, sondern sein Bedürfnis nach weiterer Ergänzung auch bei anderen Anbietern befriedigen kann. Daran wird deutlich, dass auch der innovative Unternehmer davon profitiert, wenn Konkurrenten der Vertrieb kompatibler Serienelemente gestattet ist.

Als Ergebnis lässt sich danach Folgendes festhalten: Die kartellrechtlichen Bedenken der Monopolstellung des jeweiligen Serienproduzenten sind unbegründet. Nichtsdestotrotz erscheint es zumindest interessengerecht, von der Zulässigkeit des Nachbaus kompatibler Serienartikel auszugehen und auf diesem Wege für mehr Wettbewerb zu sorgen.

⁷¹³ Vgl. Bunte, BB 1999, 113, 117 zur Bildung der Kaufentscheidung im Systemgeschäft.

e) Systemwidriger unmittelbarer Leistungsschutz

Die Frage, ob es mit den Grundfesten des UWG zu vereinbaren ist, entgegen dem Grundsatz der Nachahmungsfreiheit einen unmittelbaren Leistungsschutz zu gewähren, dürfte zu den umstrittensten Bereichen des Wettbewerbsrechts zählen. Die wohl momentan noch als herrschend zu bezeichnende Meinung lehnt einen derartigen Schutz ab. Sie sieht sich jedoch vor allem in jüngster Zeit zunehmender Kritik ausgesetzt. Unterstützt durch den Umstand, dass anscheinend auch der *Bundesgerichtshof* in einigen Entscheidungen das selbst aufgestellte Dogma der Nachahmungsfreiheit nicht konsequent durchhält,⁷¹⁴ wird mit den unterschiedlichsten Argumenten versucht, einen unmittelbaren lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz zu rechtfertigen. Im weiteren Verlauf der Arbeit werden zunächst diese verschiedenen Begründungsansätze in ihren Grundzügen dargelegt und anschließend im Rahmen der wertenden Stellungnahme einer kritischen Betrachtung unterzogen.

aa) Begründungsansätze für einen unmittelbaren Leistungsschutz

Innerhalb der Vertreter eines unmittelbaren wettbewerblichen Leistungsschutzes lassen sich im Grundsatz zwei Argumentationsstränge unterscheiden: zum einen eine überwiegend wertende Betrachtung, die sich im Wesentlichen auf allgemeine sowie ökonomische Überlegungen stützt, zum anderen ein eher dogmatisch orientierter Ansatz, der einen unmittelbaren UWG-Nachahmungsschutz mittels normativer Kriterien zu begründen versucht.

(1) Wertungsebene

Die Befürworter eines solchen Leistungsschutzes stellen auf der Wertungsebene nicht selten auf den Vorsprungsgedanken ab und zwar in zweierlei

⁷¹⁴ Sambuc, Nachahmungsschutz, Rn 248; Keller, S.595, 602; Traub, FS für Quack, S.119, 126 ff.; Sack, FS für Erdmann, S.697, 711 f.; ders., *Mélanges Voyame*, S.225, 229; Götte, 3.Kapitel I 1 c) S.100; Laas, Kapitel 4 V 3 c) dd) (1), (2); Köhler, WRP 1999, 1075, 1078.

Hinsicht. So geht *Luchterhandt* davon aus, dass sich der Nachahmer einen „nicht mehr erträglichen Wettbewerbsvorsprung vor der Konkurrenz“ verschaffe:⁷¹⁵ Denn der Imitator könne auf dem Markt agieren, ohne durch den u.U. beträchtlichen Innovationsaufwand (beispielsweise Know-how, Kapital) belastet zu sein.⁷¹⁶ Von maßgeblicher Bedeutung ist hierbei mithin der Vorsprung, den der *imitierende* Wettbewerber aufgrund der Nachahmung unberechtigterweise erlange. Dagegen begründet *Quiring* die wettbewerbliche Unzulässigkeit imitatorischen Verhaltens mit dem Vorsprung des *innovativen* Unternehmers:⁷¹⁷ Aufgrund der innovativen Leistung gebühre dem Pionier ein wettbewerblicher Vorsprung. Dem UWG komme die Aufgabe zu, diesen in tatsächlicher Hinsicht vielfach nicht mehr bestehenden Vorsprung zu erhalten.

Einen ähnlichen Ansatz verfolgt *Reimer*, der darauf abstellt, dass es sich bei der zu schützenden Leistung um ein mit Mühe und Kosten errungenes Erzeugnis handele.⁷¹⁸ Dem Pionier müsse ein zeitlich begrenztes Ausschließlichkeitsrecht gewährt werden, weil die Entwicklung der Leistung einen gewissen Aufwand erfordere und dieser Aufwand schutzwürdig sei. In der Sache handelt es sich also um den Schutz von auf das innovative Erzeugnis verwendeten Entwicklungskosten.⁷¹⁹

⁷¹⁵ Luchterhandt, GRUR 1969, 581, 588; so auch Haß, GRUR 1979, 361, 364, der als Gegner eines unmittelbaren Leistungsschutzes allerdings darauf hinweist, dass der Gedanke, dem Schöpfer einer Leistung eine zeitlich begrenzte Ausschließlichkeitsposition zuzubilligen, dem Sonderrechtsschutz entlehnt und dem Wettbewerbsrecht fremd sei.

⁷¹⁶ Der Sache nach ebenso Gewiese, GRUR 1936, 296, 300 f. sowie Schroeter, GRUR 1949, 228, 234 f., die maßgeblich darauf abstellen, dass der nachahmende Unternehmer im Vergleich zum Innovator „Mühen und Kosten“ erspart.

⁷¹⁷ Vgl. Quiring, WRP 1985, 684, 688; in diese Richtung auch Deck, in: MAH Gewerbbl. Rechtsschutz, § 19 Rn 120; ähnlich auch Piper, in: Piper/Ohly, § 4.9 Rn 56, der jedoch einen direkten Leistungsschutz an sich ablehnt.

⁷¹⁸ So Ed. Reimer, GRUR 1933, 454, 461 zur Nachahmung nichttechnischer Erzeugnisse, der nicht jeden Aufwand, sondern ausschließlich den eines (über-)durchschnittlich Begabten für schutzwürdig hält und damit der Sache nach (bloß) klarstellt, dass Allerweltserzeugnisse vom wettbewerblichen Leistungsschutz ausgeschlossen sind.

⁷¹⁹ In diese Richtung auch: Kur, GRUR 1990, 1, 6; Bopp, GRUR 1997, 34, 39.

Die Notwendigkeit eines unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutzes wird weiterhin damit gerechtfertigt, dass eine ungezügelter Freiheit der Nachahmung außerhalb der Sondergesetze – entgegen der h.M. – nicht Fortschritt fördernd sei. Denn allein das Handeln innovativer Unternehmer bringe neue Leistungen hervor und ermögliche damit die Weiterentwicklung einer Gesellschaft; das bloße „Abkupfern fremder Leistungen“ trage demgegenüber nichts zum Fortschritt bei.⁷²⁰

Götte hält einen ergänzenden unmittelbaren Leistungsschutz u.a. deshalb für erforderlich, weil geistige Schöpfungen in besonderem Maße schutzbedürftig seien.⁷²¹ Während etwa der Beeinträchtigung des Eigentums an dem Gegenstand „Buch“ dadurch begegnet werden könne, dass man die Sache einschließt und damit dem Zugriff Dritter entzieht, sei der Schutz der in dem Buch verkörperten geistigen Leistung erheblich schwieriger, zumal insbesondere der technische Fortschritt die Aneignung unkörperlicher Erzeugnisse erleichtere.⁷²²

Dagegen misst *Hubmann* der Interessenlage im Fall von Nachahmungssachverhalten erhebliche Bedeutung bei.⁷²³ Werde die gewerbliche Leistung eines anderen imitiert, seien drei Interessenssphären miteinander in Einklang zu bringen: die des innovativen Unternehmers, die der nachahmenden Konkurrenten sowie die der Allgemeinheit. Der Kompromiss der spezialgesetzlichen Leistungsschutzrechte sehe so aus, dass dem Leistungserbringer ein zeitlich begrenztes Ausschließlichkeitsrecht zugebilligt werde, welches es ihm gestatte, sich eine angemessene Vergütung zu sichern. Erst nach Ablauf dieser Schutzfrist werde die Leistung zu frei imitierbarem Allgemeingut. Eben dieser Interessenausgleich müsse auch dem wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz zu Grunde gelegt werden.⁷²⁴ Aufgrund der insoweit

⁷²⁰ Quiring, WRP 1985, 684, 687; ähnlich Köhler, WRP 1999, 1075, 1077 f.

⁷²¹ Götte, 3.Kapitel I 1 c) S.99.

⁷²² Götte, 3.Kapitel, I 1 c) S.99; vgl. dazu auch Schulte-Beckhausen, Einleitung II 1.

⁷²³ Vgl. auch zu den folgenden Ausführungen Hubmann, GRUR 1975, 230, 235.

⁷²⁴ Helfrich, G II 6 S.154 stellt in Bezug auf die Nachahmung von Modartikeln ebenfalls maßgeblich auf eine Gesamtabwägung der Interessen der beteiligten Verkehrskreise ab.

identischen Interessenlage könne auch mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts ein zeitlich begrenzter Nachahmungsschutz gewährt werden.

Um die Zulässigkeit eines unmittelbaren UWG-Nachahmungsschutzes auf der Wertungsebene abzusichern, führt *Weihrauch* in einer sehr ausführlichen Darstellung insbesondere ökonomische Überlegungen ins Feld.⁷²⁵ So komme einem solchen wettbewerblichen Leistungsschutz eine die Fortschrittsfunktion des Wettbewerbs fördernde Wirkung zu.⁷²⁶ Auch sei ein unmittelbarer UWG-Leistungsschutz mit dem Postulat der Freiheit des Wettbewerbs zu vereinbaren, da der Schutz vor Imitation und die Nachahmungsfreiheit zwei widerstreitende, jedoch gleichwertige Ordnungsprinzipien der Wettbewerbsordnung bildeten.⁷²⁷ Darüber hinaus entspreche es der Verteilungsfunktion des Wettbewerbs, demjenigen, der einen besonderen Beitrag zur Verbesserung der Befriedigung der Güternachfrage geleistet habe, die Früchte seiner Arbeit zu gewähren.⁷²⁸ Schließlich deuteten auch die Erkenntnisse der Mikroökonomie darauf hin, in bestimmten Konstellationen von einer zeitlich begrenzten Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit des innovativen Unternehmers auszugehen.⁷²⁹

Die auf eine wertende Betrachtung abzielenden Ansätze der Literatur sind also ebenso vielschichtig wie zahlreich. Je nach Perspektive bildet dabei schwerpunktmäßig der Innovator (beispielsweise Schutz von Entwicklungskosten), der Imitator (beispielsweise ungehöriger Vorsprung) oder die Allgemeinheit (beispielsweise Fortschrittsförderung) den argumentativen Anknüpfungspunkt.

⁷²⁵ *Weihrauch*, 3. Teil B, C. Laas, Kapitel 4 V 4 b) bb) (4), (5) weist demgegenüber auf die Probleme der Heranziehung wirtschaftswissenschaftlicher Theorien zur juristischen Entscheidungsfindung hin.

⁷²⁶ *Weihrauch*, 3. Teil B II 5 c) S.216.

⁷²⁷ *Weihrauch*, 3. Teil B III 3 S.227.

⁷²⁸ *Weihrauch*, 3. Teil B V.

⁷²⁹ *Weihrauch*, 3. Teil C IV S.271 f.

(2) Dogmatische Rechtfertigung

In dogmatischer Hinsicht bildet der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit den zentralen Angriffspunkt. Entgegen dieser (bloßen) These gewähre das UWG einen unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, da dem Lauterkeitsrecht insoweit die Funktion eines Lückenfüllers zukomme. Während *Nerreter* diesen Schluss aus dem allgemeinen Rechtsgedanken zieht, dass jede schöpferische Leistung zeitlich begrenzten Schutz vor Imitation genießen sollte,⁷³⁰ stellen die übrigen Verfechter eines unmittelbaren Nachahmungsschutzes nicht einfach auf einen – ein normatives Fundament entbehrenden – „allgemeinen Grundsatz“ ab. Sie versuchen vielmehr, dieses Ergebnis durch Auslegung der betreffenden wettbewerbsrechtlichen Normen zu gewinnen.

So stellt *Weihrauch* fest, dass Wortlaut, Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel einem unmittelbaren Leistungsschutz zumindest nicht entgegenstünden.⁷³¹ Die Mehrzahl der Stimmen befasst sich allerdings mit der systematischen Auslegung, vor allem dem Verhältnis zu den sondergesetzlichen Leistungsschutzrechten. Die These, aus der Existenz bestimmter Sondergesetze folge das Recht, spezialgesetzlich nicht geschützte Leistungen nachahmen zu dürfen, sei danach nicht haltbar. Denn den speziellen Leistungsschutzrechten komme kein derartig abschließender Regelungsgehalt zu.⁷³² Der Umstand, dass für bestimmte Leistungen ein sondergesetzlicher Schutz bestehe und für andere nicht, beruhe nur auf einer zufälligen Entwicklung und lasse nicht auf ein als abschließend zu betrachtendes Konzept des Gesetzgebers schließen.⁷³³ Schließlich könne schwerlich davon ausgegangen werden, dass solchen

⁷³⁰ *Nerreter*, GRUR 1957, 525, 533 hält die Normen des UWG für Auffangtatbestände, die immer dann Nachahmungsschutz gewährten, wenn die Sondergesetze den allgemeinen Rechtsgedanken nicht verwirklichen könnten.

⁷³¹ *Weihrauch*, 2.Teil B I 4 c) S.82, III 3, IV 4 S.121, der sich allerdings noch mit § 1 UWG a.F. beschäftigt.

⁷³² Vgl. etwa: *Beater*, Nachahmen, VI.Teil B IV 1 S.393; *Jersch*, 1.Teil B II 3 d) (b) S.62; *Laas*, Kapitel 4 V 3 c) ee) (1) S.155; *Hubmann*, GRUR 1975, 230, 235.

⁷³³ *Fournier*, C II 3 a) S.107 ff.; *Götte*, 3.Kapitel I 1 b) S.96; ähnlich auch *Ohly*, 5.Kapitel II 3 c) bb) S.247; *Nirk*, GRUR 1993, 247, 251.

Leistungen der unmittelbare Nachahmungsschutz verwehrt werden sollte, die man erst nach Entstehung der Sondergesetze entwickelt habe und die damit im Gesetzgebungsverfahren unberücksichtigt geblieben seien.⁷³⁴

Gegen ein geschlossenes System des unmittelbaren Schutzes spreche zudem die „Vorreiterrolle“, die der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz im Laufe der Zeit eingenommen habe.⁷³⁵ Der Gesetzgeber habe nämlich bei der Schaffung neuer Schutzrechte nicht selten eine gerichtliche Entscheidung übernommen, die wettbewerblichen Leistungsschutz gewährt habe. Daran werde deutlich, dass die Sondergesetze einem unmittelbaren lauterkeitsrechtlichen Schutz nicht entgegenstünden, sondern das UWG sogar als Wegbereiter für neue Schutzrechte fungiere.⁷³⁶

Dass es sich bei den Sondergesetzen nicht um derart abschließende Regelungen handele, werde weiterhin daran deutlich, dass die einzelnen Schutzrechte selbst Bestimmungen enthielten, welche die Anwendung anderer Vorschriften neben dem jeweiligen Spezialgesetz anordneten.⁷³⁷ So sei den §§ 97 Abs. 3, 69g Abs. 1 UrhG, § 50 GeschmMG (bzw. § 14a Abs. 2 GeschmMG a.F.) sowie § 2 MarkenG z.T. sogar explizit die gleichzeitige Anwendbarkeit von speziellem Schutzrecht und UWG zu entnehmen.

Richtigerweise müsse bei der Frage, inwieweit den Spezialgesetzen eine Sperrwirkung hinsichtlich eines unmittelbaren wettbewerblichen Leistungsschutzes zukomme, einzig und allein auf den sachlichen Regelungsgegens-

⁷³⁴ Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 22 Rn 49; Laas, Kapitel 4 V 3 c) ee) (1) S.152.

⁷³⁵ Vgl. Laas, Kapitel 4 V 3 c) dd) (3); Schulze, ZUM 1989, 53, 54 spricht insoweit von „Schrittmacherfunktion“; Fezer, WRP 1993, 63, 64 bezeichnet das Wettbewerbsrecht sogar als „Jungbrunnen des Immaterialgüterrechts“.

⁷³⁶ Helfrich, G II 4 d) S.143; Jersch, 1.Teil B II 3 d) (b) S.63 f.; Laas, Kapitel 4 V 3 c) ee) (1) S.152; Schulte-Beckhausen, 1.Kapitel II 3 a) S.22 f.; Hubmann, GRUR 1975, 230, 235; Quiring, WRP 1985, 684, 686; in diese Richtung auch Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 22 Rn 50.

⁷³⁷ Darauf hinweisend auch Sambuc, in: Harte/Henning, § 4 Nr.9 Rn 5 S.816; Götte, 3.Kapitel I 1 b) S.97; Jersch, 1.Teil B II 3 d) (b) S.62.

tand des jeweiligen Schutzrechts abgestellt werden.⁷³⁸ Nur insoweit könne von einer abschließenden Regelung ausgegangen werden; eine über den jeweiligen Schutzbereich hinausgehende Aussage, dass ein Schutz der Leistung selbst ausgeschlossen sein soll, lasse sich den Sondergesetzen nicht entnehmen.⁷³⁹ Ein unmittelbarer wettbewerblicher Schutz scheide daher nur insoweit aus, als ein Erzeugnis dem Anwendungsbereich eines Sondergesetzes unterfalle und dieses den Schutz verwehre. Da sich deren Sperrwirkung nämlich nur auf den jeweiligen Regelungsgegenstand beschränke, unterliefe die Gewährung eines unmittelbaren UWG-Schutzes nur in diesem Fall die sondergesetzlichen Wertungen.⁷⁴⁰

Diese Weiterentwicklung eines ergänzenden Leistungsschutzes jenseits der Spezialgesetze stelle zudem einen verfassungskonformen Akt der Rechtsfortbildung dar. Schließlich sei es sogar Aufgabe der Rechtsprechung, derart weite Generalklauseln wie § 3 UWG, in denen die Legislative ihre Befugnis zur Rechtssetzung gleichsam an die Judikative delegiert habe,⁷⁴¹ durch interessengerechte Anwendung auszugestalten.⁷⁴² Zwar beeinträchtige eine solche „Funktionsteilung“⁷⁴³ zwischen Gesetzgeber und Gerichten die Rechtssicherheit, da es bei der wettbewerblichen Generalklausel an hinreichend konkreten, niedergeschriebenen Merkmalen fehle, die eine Entscheidung vorhersehbar machten. Jedoch könne nur ein solch generalklauselartiger

⁷³⁸ Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 22 Rn 49; Fournier, C II 3 a) S.110; ebenso Weihrauch, 2.Teil B II 3 e) S.94 f. am Beispiel des Patentrechts; Traub, GRUR 1973, 186, 189, 191.

⁷³⁹ Weihrauch, 2.Teil B II 3 e) S.94 f. wiederum beispielhaft zum Patentrecht.

⁷⁴⁰ Noch weiter gehender: Fezer, FS Dt. Vereinigung GRUR II, S.939, 969; ders., WRP 1993, 63, 64 f.; ders., WRP 2001, 989, 1006; er geht davon aus, dass dem UWG wegen seines von den Sondergesetzen abweichenden Normzwecks nicht nur die Funktion eines „Lückenbüßers“ zukomme, sondern der Schutz unternehmerischer Leistungen originäre Aufgabe des Wettbewerbsrechts ist.

⁷⁴¹ Laas, Kapitel 4 V 4 a) cc) (2); Martin, § 6 3 b); Sack, WRP 1985, 1, 2 f.

⁷⁴² Krüger, GRUR 1986, 115, 125 f.; Müller-Laube, ZHR 156 (1992), 480, 495.

⁷⁴³ Laas, Kapitel 4 V 3 c) ee) (1) S.152.

Tatbestand diejenige Flexibilität bieten, die im Hinblick auf die Dynamik des modernen Wirtschaftslebens erforderlich sei.⁷⁴⁴

Die Tatsache, dass der Gesetzgeber für bestimmte Leistungen einen speziellen sondergesetzlichen Schutz eingeführt habe, führe demnach nicht zur Unzulässigkeit eines unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes. Vielmehr sei die Rechtsprechung dazu berufen, in systemkonformer Weise einen ergänzenden unmittelbaren UWG-Nachahmungsschutz zu gewähren. Dies sei auch auf der Grundlage des novellierten Lauterkeitsrechts möglich, da § 4 Nr. 9 UWG den wettbewerblichen Nachahmungsschutz nicht abschließend regelt⁷⁴⁵ und auch die Gesetzesbegründung einen unmittelbaren Schutz nicht ausschließen wolle.⁷⁴⁶

bb) Bedenken gegen einen unmittelbaren Leistungsschutz / Bewertung

(1) Dogmatische Betrachtung als Fundament der Auslegung

Für die Auslegung derart unbestimmter Generalklauseln wie § 3 UWG ist es von nicht zu unterschätzender Bedeutung, wertende Gesichtspunkte mit einzubeziehen. Eine solche Wertung ermöglicht eine umfassende Interessenabwägung und trägt damit dazu bei, den unbestimmten Tatbestandsmerkmalen Konturen zu verleihen und dadurch den vom Gesetzgeber offen gelassenen Bereich auszufüllen.⁷⁴⁷ Diese unbestreitbar interessante und eine fächerübergreifende Betrachtung ermöglichende Herangehensweise vermag ein dogmatisch für vertretbar gehaltenes Ergebnis zu unterstützen, nicht aber ein dogmatisch für falsch gehaltenes Resultat zu überwinden.⁷⁴⁸ Anders

⁷⁴⁴ Beater, Nachahmen, VI. Teil B IV 1 S.394 f.; ähnlich Götte, 3. Kapitel I 1 c) S.98; Laas, Kapitel 4 V 4 a) cc) (3); mit vergleichbarer Überlegung auch Schulte-Beckhausen, 1. Kapitel II 3 c) S.27.

⁷⁴⁵ Laas, Kapitel 4 V 4 b) aa) (1) (a) S.178 f.; Sack, WRP 2005, 531, 537.

⁷⁴⁶ Laas, Kapitel 4 V 4 b) aa) (1) (a) S.177 f.

⁷⁴⁷ Schünemann, in: Harte/Henning, § 3 Rn 175; Fezer, in: Fezer UWG I, § 3 Rn 79 f.; Gloy, in: Gloy/Loschelder, Hdb. WettbewerbsR, § 14 Rn 18; Götting, Wettbewerbsrecht, § 6 Rn 7; Weihrauch, 2. Teil A II 2; Sack, WRP 1985, 1, 3. Kritisch zu diesem Ansatz aber Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 5 II 3 a) S.73.

⁷⁴⁸ In diese Richtung geht auch die Differenzierung von Weihrauch, 2. Teil A II: Die rechtsdogmatische Betrachtung beantworte die Frage, ob ein di-

formuliert: Nur dort, wo in dogmatischer Hinsicht ein gewisser Spielraum verbleibt, besteht die Möglichkeit, diesen im Wege einer wertenden Betrachtung auszufüllen. Führt die dogmatische Analyse der Norm dagegen zu einem eindeutigen Ergebnis, greifen gegenläufige Wertungsaspekte nicht durch.

Da einem unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz – wie noch darzulegen sein wird – bereits dogmatische Hürden entgegenstehen, werden im Folgenden wertende Gesichtspunkte vernachlässigt. Die weiteren Ausführungen konzentrieren sich daher auf die Frage, ob in Bezug auf die juristische Dogmatik durchgreifende Bedenken gegen einen unmittelbaren UWG-Nachahmungsschutz gem. § 3 UWG bestehen. Dabei wird auf den klassischen Kanon der grammatikalischen, teleologischen, historischen und systematischen Auslegung zurückgegriffen.

(2) Geringe Aussagekraft des Wortlauts

Den Ausgangspunkt bildet die Erforschung des Wortlauts von § 3 UWG. Ziel ist es dabei, den Bedeutungsgehalt der verwendeten Ausdrücke zu ergründen.⁷⁴⁹ Gem. § 3 UWG sind unlautere Wettbewerbshandlungen, die den Wettbewerb nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen geeignet sind, unzulässig. Dieser sehr weit gefasste und unbestimmte Tatbestand lässt kaum wortsinngemäße Konkretisierungen zu. Es ist daher mit dem Wortlaut zu vereinbaren, im Falle des schlichten Anbietens einer nicht sondergesetzlich geschützten Leistung von einer unlauteren Wettbewerbshandlung auszugehen. Vor allem lässt sich aus der Tatsache, dass § 3 UWG den Begriff der *Wettbewerbshandlung* verwendet, nicht auf die Unzulässigkeit eines unmittelbaren Nachahmungsschutzes schlussfolgern.⁷⁵⁰ Denn dadurch bringt der Gesetzgeber lediglich zum Ausdruck, dass ein menschliches Verhalten den Anknüpfungspunkt für den Vorwurf der Wettbewerbswidrigkeit bildet, und ein solches Verhalten liegt auch im Fall des unmittelbaren Leistungsschutz-

rekter wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (überhaupt) gewährt werden *könne*, während auf der Wertungsebene untersucht werde, ob ein solcher lauterkeitsrechtlicher Nachahmungsschutz gewährt werden *solle*.

⁷⁴⁹ Larenz/Canaris, Kapitel 4 2 a) S.141.

⁷⁵⁰ In diese Richtung aber Walch, § 5 A IV S.69.

zes vor. Eine darüber hinausgehende Bedeutung ist dem (Teil-) Merkmal der „Handlung“ nicht zu entnehmen.⁷⁵¹

(3) Weiter Normzweck des § 3 UWG erfasst Nachahmungssachverhalte

Im Rahmen der teleologischen Interpretation geht es darum, aus dem hinter einer Norm stehenden objektiven Regelungszweck Erkenntnisse über den Aussagegehalt einer Regelung zu gewinnen.⁷⁵² Der Schutzzweck der wettbewerblichen Generalklausel war im Laufe der Jahre immer wieder Gegenstand der Diskussion und dementsprechend stetem Wandel ausgesetzt.⁷⁵³ Seinen vorläufigen Endpunkt findet diese Debatte mit der Novellierung des Lauterkeitsrechts in § 1 UWG, der erstmals den Zweck des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb ausdrücklich festschreibt. Danach besteht die Aufgabe des UWG darin, neben den Marktteilnehmern (Mitbewerber, Verbraucher, sonstige Teilnehmer) auch das Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb zu schützen.

Die einzige Aussage, die sich dem so verstandenen Schutzzweck mit Bestimmtheit entnehmen lässt, ist die, dass Nachahmungssachverhalte generell vom Lauterkeitsrecht und damit von der Generalklausel des § 3 UWG erfasst sind.⁷⁵⁴ Denn der Konflikt zwischen innovativem und imitatorischem Marktverhalten berührt – wie bereits dargelegt⁷⁵⁵ – sowohl wesentliche Belange der Mitbewerber und Abnehmer als auch wettbewerbliche Interessen der Allgemeinheit und unterliegt damit allgemein dem Regelungsbereich des Lauterkeitsrechts. Eine darüber hinausgehende Erkenntnis für oder gegen die Zulässigkeit eines unmittelbaren wettbewerblichen Nachahmungs-

⁷⁵¹ Die zentrale Funktion des (Gesamt-)Merkmals „Wettbewerbshandlung“ besteht freilich darin, den sachlichen Anwendungsbereich des UWG auf unternehmerische Tätigkeit zu beschränken und insoweit vom allgemeinen Deliktsrecht abzugrenzen; siehe dazu Seite 39.

⁷⁵² Bydlinski, 3.Buch 2.Teil VI 1 S.454.

⁷⁵³ Vgl. zur Entwicklung vom reinen Mitbewerberschutz hin zur Schutzzwecktrias: Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 1 Rn 1 f.; Fezer, in: Fezer UWG I, § 1 Rn 7 ff.; Ebert-Weidenfeller, in: MAH Gewerbbl. Rechtsschutz, § 12 Rn 2.

⁷⁵⁴ Ebenso Weihrauch, 2.Teil B IV 4 S.121 zu § 1 UWG a.F. sowie zur Schutzzwecktrias vor Novellierung des UWG.

⁷⁵⁵ Siehe Seite 11 ff.

schutzes kann aus dem sehr weiten und unbestimmten Telos nicht gewonnen werden. Zwar mag die Tatsache, dass der Verbraucherschutz nunmehr ausdrücklich in den Schutzbereich des UWG aufgenommen wurde, auf eine Stärkung des – letztlich überwiegend den Verbrauchern zugutekommenden – Grundsatzes der Nachahmungsfreiheit hinweisen und damit ein Indiz für die Unzulässigkeit eines unmittelbaren UWG-Nachahmungsschutzes darstellen.⁷⁵⁶ Zwingend ist dieser Schluss allerdings nicht. Die ausdrückliche Erwähnung in § 1 UWG zielt nämlich in erster Linie darauf ab festzustellen, dass die Interessen der Verbraucher, die bereits vor Novellierung des UWG in den Schutz des Lauterkeitsrechts einbezogen waren, mit denen der sonstigen Marktteilnehmer auf einer Stufe stehen, d.h. beiden Interessen gleiches Gewicht zukommt.⁷⁵⁷ Von diesem Gleichrang ausgehend erscheint es zumindest fragwürdig, weshalb gerade im Bereich des Nachahmungsschutzes die Interessen der Verbraucher gegenüber den Belangen der übrigen Beteiligten vorrangig sein sollen.

Auch in teleologischer Hinsicht ergibt die Auslegung des § 3 UWG also kein eindeutiges Ergebnis.

(4) Entstehungsgeschichtliche Tendenz gegen einen unmittelbaren Leistungsschutz

Ziel der historischen Auslegung ist es, anhand der Entstehungsgeschichte einer Norm die Regelungsabsichten des historischen Gesetzgebers zu ergründen, um daraus Rückschlüsse auf den Inhalt einer Bestimmung ziehen zu können.⁷⁵⁸ Die weiteren Ausführungen erstrecken sich dabei jedoch nicht auf die gesamte Entstehungsgeschichte der wettbewerblichen Generalklausel; sie konzentrieren sich vielmehr auf die jüngsten normativen Entwicklungen, d.h. auf die Änderungen im Rahmen der letzten Novellierung des UWG.⁷⁵⁹

⁷⁵⁶ So Heyers, JR 2005, 331, 332.

⁷⁵⁷ BT-Drucks. 15/1487, S.15 f.; Schönemann, in: Harte/Henning, § 1 Rn 3; Ebert-Weidenfeller, in: MAH Gewerb. Rechtsschutz, § 12 Rn 3 S.419.

⁷⁵⁸ Bydlinski, 3.Buch 2.Teil V 1 S.449; Larenz/Canaris, Kapitel 4 2 c) S.149 f.

⁷⁵⁹ Die Entstehungsgeschichte des § 1 UWG a.F. in Bezug auf die hier interessierende Frage des direkten Leistungsschutzes war bereits in der Vergan-

Im Hinblick auf einen unmittelbaren wettbewerblichen Leistungsschutz geben die Gesetzesmaterialien kein klares Bild ab. Auf der einen Seite spricht sich der Gesetzgeber mit bemerkenswerter Deutlichkeit für den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit und damit gegen einen unmittelbaren UWG-Nachahmungsschutz aus. Aus der Existenz spezieller Leistungsschutzrechte folge nämlich, dass die reine Nachahmung eines sonderrechtlich nicht geschützten Erzeugnisses keine unlautere Wettbewerbshandlung darstelle.⁷⁶⁰ Auf der anderen Seite knüpft die Begründung vereinzelt an die bisherige Rechtslage und Rechtspraxis an. So wird ausgeführt, dass die bloße Nachahmung „auch künftig“ nicht als unlauteres Verhalten anzusehen sei.⁷⁶¹ Diese Aussage lässt sich als Argument für die Zulässigkeit eines unmittelbaren Leistungsschutzes anführen, da in der rechtlichen Praxis, d.h. insbesondere durch die höchstrichterliche Rechtsprechung in einigen Fällen der Sache nach vom Dogma der Nachahmungsfreiheit abgewichen und demnach ausnahmsweise ein unmittelbarer UWG-Schutz gewährt wurde.⁷⁶² Die Tatsache, dass sich der Gesetzgeber nicht ausdrücklich von dieser Rechtsprechungspraxis distanziert, sondern sogar zumindest mittelbar auf die den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit aufweichende Praxis Bezug nimmt, könnte als Indiz dafür gelten, dass er diese, ausnahmsweise eine unmittelbaren Leistungsschutz befürwortende Praxis gutheißt und insoweit mit der Gewährung eines UWG-Nachahmungsschutzes einverstanden ist. Anders formuliert: Hätte die Legislative tatsächlich die vom Dogma der Nachahmungsfreiheit abweichende Praxis der Rechtsprechung ablehnen wollen, hätte sie dies deutlicher zum Ausdruck gebracht und wäre ausdrücklich auf die (ihrer Anschauung nach eigentlich unzutreffenden) Entscheidungen eingegangen.⁷⁶³

genheit Gegenstand ausführlicher Untersuchungen, sodass darauf in diesem Zusammenhang verzichtet werden kann; vgl. etwa Walch, § 5 A III sowie insbesondere Weihrauch, 2.Teil B III, die übereinstimmend zu dem Erkenntnis gelangen, dass sich der geschichtlichen Entwicklung des § 1 UWG a.F. zum Problem des direkten UWG-Nachahmungsschutzes kein eindeutiges Ergebnis entnehmen lasse.

⁷⁶⁰ BT-Drucks. 15/1487, S.18.

⁷⁶¹ BT-Drucks. 15/1487, S.18 (Hervorhebung des Verfassers).

⁷⁶² Vgl. etwa als zentrale Entscheidung BGHZ 60, 168 ff. „Moderneuheit“.

⁷⁶³ Laas, Kapitel 4 V 4 b) aa) (1) (a) S.178.

Wenngleich sich die Entstehungsgeschichte des neuen UWG auch nicht zweifelsfrei für oder gegen einen unmittelbaren wettbewerblichen Leistungsschutz ins Feld führen lässt, so dürfte sie doch zumindest tendenziell eher gegen einen solchen Schutz sprechen. Diese Erkenntnis fußt im Wesentlichen auf zwei Überlegungen. Zum einen weist die Deutlichkeit und Vehemenz, mit der der Gesetzgeber am Grundsatz der Nachahmungsfreiheit festhält, darauf hin, dass er diesem Dogma zentrale Bedeutung beimisst. Zum anderen besitzt im Vergleich dazu das Argument, die Legislative habe sich die Aufweichung dieses Grundsatzes durch die Praxis zu eigen gemacht und befürworte daher selbst einen unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, nur sehr geringe Überzeugungskraft. Denn daraus, dass eine bewusste Ablehnung der entsprechenden gerichtlichen Praxis unterblieben ist, ist nicht zwingend zu folgern, dass sich der Gesetzgeber mit der Durchbrechung des Dogmas der Nachahmungsfreiheit einverstanden erklärt. Eine ausdrückliche Ablehnung wäre nämlich wohl nur dann zu erwarten gewesen, wenn sich auch die Rechtsprechung eindeutig vom Nachahmungsgrundsatz abgewandt hätte. Gerade dies hat sie aber in der Zeit bis zur Reformierung des Lauterkeitsrechts nicht getan: So hat der *Bundesgerichtshof* auch in den Entscheidungen, die der Sache nach auf einen unmittelbaren UWG-Leistungsschutz hinausliefen, in formeller Hinsicht noch am Grundsatz der Nachahmungsfreiheit festgehalten.⁷⁶⁴ Da also bis zur Novellierung des Wettbewerbsrechts der unmittelbare Leistungsschutz stets nur unter dem Deckmantel des mittelbaren Leistungsschutzes gewährt wurde, war eine ausdrückliche Abkehr des Gesetzgebers von den entsprechenden gerichtlichen Entscheidungen gerade nicht unbedingt zu erwarten. Im Hinblick auf diese beiden Überlegungen spricht die historische Auslegung des § 3 UWG eher gegen einen unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz.

(5) Systematische Interpretation als Kern des Problems

Bei der systematischen Auslegung geht es darum, aus dem normativen Umfeld der auszulegenden Norm, d.h. also aus den sonstigen Bestimmungen

⁷⁶⁴ Vgl. etwa: BGHZ 41, 55, 57 „Klemmbausteine I“; BGHZ 60, 168, 169 „Moderneueheit“; BGH GRUR 1992, 619, 620 „Klemmbausteine II“.

desselben Gesetzes sowie den Vorschriften anderer Gesetze Rückschlüsse auf den Inhalt der zu interpretierenden Regelung zu gewinnen.⁷⁶⁵ Nachdem die bisherige Auslegung des § 3 UWG zwar tendenziell gegen einen UWG-Nachahmungsschutz spricht, jedoch kein eindeutiges Ergebnis hervorbringt, kommt diesem Interpretationsansatz große Bedeutung zu. Von besonderem Interesse ist die gesetzliche Systematik nicht zuletzt deshalb, weil die Kernaussage der h.M., derzufolge aus der Existenz spezieller Schutzrechte die Unzulässigkeit eines unmittelbaren wettbewerblichen Nachahmungsschutzes resultiere, im Grunde auf das Dogma der Nachahmungsfreiheit und damit auf das sehr problematische Verhältnis des UWG zu den Sondergesetzen anspielt.⁷⁶⁶

Den weiteren Ausführungen liegt dabei folgende Struktur zu Grunde: Zunächst wird der Frage nachgegangen, ob sich den Vorschriften des UWG selbst bereits Wertungen entnehmen lassen, die einem unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz entgegenstehen. Im Anschluss daran soll die Vereinbarkeit eines solchen Schutzes mit den spezialgesetzlichen Schutzrechten näher erörtert werden. Schließlich ist zu untersuchen, ob ein unmittelbarer UWG-Nachahmungsschutz mit den Vorgaben des Grundgesetzes in Einklang steht.

(a) Keine entgegenstehenden Wertungen des UWG

Einem allein über § 3 UWG gewährten unmittelbaren Leistungsschutz könnte schon die Systematik des UWG im Wege stehen. Dies wäre dann der Fall, wenn § 4 Nr. 9 UWG die Aussage zu entnehmen wäre, dass ein wettbewerblicher Nachahmungsschutz nur bei Hinzutreten zusätzlicher Umstände in Betracht kommt und damit allein das Anbieten imitierter Erzeugnisse für sich genommen nicht wettbewerbswidrig ist.⁷⁶⁷

⁷⁶⁵ Bydlinski, 3.Buch 2.Teil IV 1 S.442.

⁷⁶⁶ Vgl. zu diesem Problem bereits Seite 23 ff, 44.

⁷⁶⁷ In diese Richtung bereits: Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.4 S.337; Emmerich, § 11 IV 4 b); Stieper, WRP 2006, 291, 295.

Ein solcher negativer, den unmittelbaren UWG-Nachahmungsschutz ausschließender Regelungsgehalt kommt dem als Regelbeispiel ausgestalteten § 4 Nr. 9 UWG dagegen nicht zu. Dies wird an der § 4 UWG zgedachten Funktion deutlich. Denn diese 2004 ins UWG eingeführte Vorschrift soll zur Transparenz gerichtlicher Entscheidungen beitragen, indem sie Beispiele wettbewerbswidrigen Verhaltens aufzählt und damit das unbestimmte Merkmal der „Unlauterkeit“ konkretisiert.⁷⁶⁸ Aus der Tatsache, dass bestimmte Konstellationen in § 4 UWG eine ausdrückliche Regelung erfahren haben, kann indes nicht der Schluss gezogen werden, dass ein hier nicht geregeltes Verhalten zulässig sein muss. Denn der Gesetzgeber möchte die Liste der Einzeltatbestände des § 4 UWG nicht als abschließend verstanden wissen.⁷⁶⁹ Mit diesem Bekenntnis der Legislativen zum nicht abschließenden Charakter des § 4 UWG und der damit verbundenen Auffangfunktion der wettbewerblichen Generalklausel wäre es schwerlich zu vereinbaren, in § 4 Nr. 9 UWG, welcher typische Fälle des *mittelbaren* Leistungsschutzes betrifft, eine den *unmittelbaren* UWG-Leistungsschutz ausschließende Regelung zu sehen. Von Seiten des Normgebers wird den Einzeltatbeständen vielmehr nur ein positiver Regelungsgehalt beigemessen, d.h. sie geben nur Aufschluss darüber, welches Verhalten unlauter ist, und lassen keine Rückschlüsse darauf zu, welches Handeln erlaubt ist. Folglich kommt den Regelbeispielen des § 4 UWG nur im Hinblick auf diesen Anwendungsbereich eine gewisse Sperrwirkung zu.⁷⁷⁰ Demnach kann zwar ein gem. § 4 UWG als unlauter eingestuftes Verhalten nicht erneut allein an der wettbewerblichen Generalklausel des § 3 UWG gemessen werden, um das sich aus dem Beispielstatbestand gewonnene Ergebnis zu revidieren; jedoch ist umgekehrt eine Wettbewerbshandlung, die keinem Tatbestand des § 4 UWG unterfällt, im Grundsatz ohne weiteres der Prüfung allein am Maßstab des § 3 UWG zugänglich. Hinsichtlich der Normen des UWG selbst bestehen somit

⁷⁶⁸ BT-Drucks. 15/1487, S.13, 17.

⁷⁶⁹ BT-Drucks. 15/1487, S.13, 17; siehe auch Seite 37.

⁷⁷⁰ Fezer, in: Fezer UWG I, § 3 Rn 57; in diese Richtung auch Plaß, in: Heidelberger Kommentar, § 3 Rn 6; ähnlich Schünemann, in: Harte/Henning, § 3 Rn 46 f., der allerdings von einer noch weiteren Sperrwirkung ausgeht, indem er die Auffangfunktion des § 3 UWG auf besonders gravierende und evidente Fälle unlauteren Wettbewerbs beschränken will.

noch keine systematischen Bedenken gegen einen unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz.

(b) Sondergesetze bilden kein Hindernis für unmittelbaren UWG-Nachahmungsschutz

Des Weiteren muss nun untersucht werden, ob das Spannungsfeld zwischen den spezialgesetzlichen Schutzrechten einerseits und dem Lauterkeitsrecht andererseits Rückschlüsse auf einen unmittelbaren wettbewerblichen Nachahmungsschutz zulässt. Anders formuliert: Lässt sich ein unmittelbarer UWG-Leistungsschutz mit der Existenz spezieller Leistungsschutzrechte vereinbaren oder sind den Sondergesetzen Wertungen zu entnehmen, die einem solchen ergänzenden Schutz entgegenstehen?

Die Antwort auf diese Frage muss beim Verhältnis zwischen UWG und den speziellen Schutzrechten ansetzen. Dabei kann dahinstehen, ob das Lauterkeitsrecht und die speziellen Schutzrechte im Verhältnis der Spezialität oder Subsidiarität zueinander stehen.⁷⁷¹ Denn in beiden Fällen ist der Weg zu einer ergänzenden Anwendung einer der beiden Normen versperrt, wenn die andere Norm insoweit eine abschließende Regelung trifft.⁷⁷² In Bezug auf die hier interessierende Frage bedeutet das: Ein unmittelbarer wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz scheidet aus, wenn die Sondergesetze diese Fallkonstellation, in der ein Erzeugnis allein um seiner Schutzwürdigkeit willen vor imitatorischem Wettbewerb bewahrt wird, erschöpfend regeln

⁷⁷¹ Vom Verhältnis der Spezialität wird ausgegangen, wenn eine Norm vollständig im Anwendungsbereich einer anderen Norm aufgeht, d.h. also die „spezielle“ Vorschrift sämtliche Merkmale der „allgemeinen“ Vorschrift sowie noch mindestens ein weiteres Merkmal aufweist; vgl. dazu Larenz/Canaris, Kapitel 2 4 S.88 sowie Schmalz, Rn 80. Sollten sich die Anwendungsbereiche demgegenüber nur in Teilbereichen überschneiden, lässt sich die Beziehung der Bestimmungen zueinander nicht mit dem Verhältnis der Spezialität beschreiben; ergibt in dieser Konstellation die Auslegung, dass eine Norm die andere verdrängt, ist insoweit „Subsidiarität infolge erschöpfender Regelung“ anzunehmen; vgl. dazu Larenz/Canaris, Kapitel 2 4 S.89 unter Berufung auf Dietz, § 6 II 3 c) S.61.

⁷⁷² So gehen Larenz/Canaris, Kapitel 2 4 S.88 f. in beiden dogmatischen Konstellationen davon aus, dass eine abschließende Regelung der einen Vorschrift den Anwendungsbereich der anderen Norm einschränken kann.

wollen.⁷⁷³ Ob einer Norm tatsächlich ein derart abschließender Regelungsgehalt zukommt, ist durch Auslegung der jeweiligen Norm,⁷⁷⁴ in diesem Fall also durch Interpretation der sondergesetzlichen Leistungsschutzrechte zu ermitteln.

Eine Bestimmung, die den abschließenden Charakter der speziellen Ausschließlichkeitsrechte ausdrücklich festschreibt, sucht man vergeblich.⁷⁷⁵ Weder in den technischen Schutzrechten (PatG, GebrMG) noch im GeschmMG bzw. im MarkenG finden sich Vorschriften, die einen unmittelbaren UWG-Nachahmungsschutz ausdrücklich ausschließen.

Allerdings existiert auch umgekehrt keine Norm, die einen solchen unmittelbaren UWG-Nachahmungsschutz explizit zulässt. Zwar lässt sich vereinzelt Regelungen wie etwa § 50 GeschmMG oder § 2 MarkenG entnehmen, dass Ansprüche aus anderen gesetzlichen Vorschriften von den Spezialgesetzen unberührt bleiben. Damit ist ein Nebeneinander von spezialgesetzlichen und lauterkeitsrechtlichen Normen grundsätzlich denkbar.⁷⁷⁶ Jedoch ist diesen Bestimmungen eine klare Antwort auf die Frage, ob sich dieser nicht abschließende Charakter auch auf den hier interessierenden Fall des *unmittelbaren* UWG-Nachahmungsschutzes bezieht oder die Leistungsschutzrechte einem solchen Schutz entgegenstehen, nicht zu entnehmen.

Mangels ausdrücklicher Regelung ist daher insbesondere auf gesetzessystematische und teleologische Überlegungen zurückzugreifen. Die Gegner des unmittelbaren wettbewerblichen Schutzes begründen den abschließenden Charakter der Sondergesetze u.a. mit der Gefahr der Aushöhlung spezieller Leistungsschutzrechte.⁷⁷⁷ Hinter diesem Argument steht die folgende Überlegung: Wenn das Lauterkeitsrecht tatsächlich einen unmittelbaren Nach-

⁷⁷³ Knies, 3.Teil 3.Kapitel 3 c) cc) S.159; i.E. ebenso Weihrauch, 2.Teil B II 3 c), e), der das Verhältnis der Spezialität ablehnt, jedoch im Weiteren der Frage nachgeht, ob die Sondergesetze den direkten Schutz abschließend regeln und damit eine entsprechenden UWG-Schutz ausschließen.

⁷⁷⁴ Larenz/Canaris, Kapitel 2 4 S.88 f.

⁷⁷⁵ Ebenso Schulte-Beckhausen, 1.Kapitel I S.14; dem folgend Weihrauch, 2.Teil B II 3 S.89.

⁷⁷⁶ So etwa zum Geschmacksmusterrecht Eichmann, in: Eichmann/von Falkenstein, § 50 Rn 1 S.499.

⁷⁷⁷ Englert, S.297, 303 ff.

ahmungsschutz gewährte und dieser – anders als der sondergesetzliche Schutz – ohne ein formelles Verfahren und Kosten zur Aufrechterhaltung des Schutzes auskäme, dann bestünde aus der Sicht eines Unternehmers keinerlei Anreiz mehr, den mit formellen und finanziellen Hindernissen verbundenen Weg der speziellen Schutzrechte einzuschlagen. Die Sondergesetze würden ihres Anwendungsbereichs beraubt und die hier festgeschriebenen, die jeweiligen Schutzgegenstände betreffenden Vorschriften durch einen unmittelbaren Nachahmungsschutz gem. § 3 UWG unterlaufen. So richtig diese Bedenken im Hinblick auf vereinzelte höchstrichterliche Entscheidungen auch sein mögen,⁷⁷⁸ so wenig sind sie in der Lage, die generelle Unzulässigkeit eines unmittelbaren wettbewerblichen Schutzes zu begründen. Denn um diese Umgehungsgefahr zu verhindern, reicht es aus, den Sondergesetzen im Hinblick auf ihren jeweiligen Anwendungsbereich, d.h. in Bezug auf ihren jeweiligen Schutzgegenstand eine abschließende Regelung zuzubilligen. Eine darüber hinausgehende Sperrwirkung für neue Erzeugnisse, die keinem spezialgesetzlichen Anwendungsbereich unterliegen, wäre insoweit nicht erforderlich. Die Gefahr, dass sondergesetzliche Vorschriften unterlaufen werden, besteht nämlich nur dann, wenn unmittelbarer wettbewerblicher Schutz für ein Erzeugnis gewährt wird, das eigentlich einem speziellen Schutzrecht unterfällt.

Fundamentale Bedenken gegen einen unmittelbaren UWG-Nachahmungsschutz ergeben sich aus der Existenz gesondert normierter Schutzrechte jedoch nur, wenn diesen die Wertung entnommen werden

⁷⁷⁸ Die Kritik *Englerts* bezieht sich auf den Schutz von Modeneuheiten und dabei auf die entsprechende höchstrichterliche Entscheidung BGHZ 60, 168 ff. „Modeneuheit“. Der Vorwurf, der wettbewerbsrechtliche Nachahmungsschutz trage die Gefahr der Aushöhlung der Sondergesetze in sich, ist in Bezug auf diese Entscheidung tatsächlich nicht von der Hand zu weisen. Denn *Engelert* weist zu Recht darauf hin, dass in diesem Urteil einem Erzeugnis ein direkter wettbewerblicher Nachahmungsschutz zuteil wurde, das an sich in den Regelungsbereich des GeschmMG fällt und daher nach diesem – und zwar *ausschließlich* nach diesem – hätte beurteilt werden müssen. Dagegen auch in dieser Entscheidung aber Helfrich, G II 1 sowie Quiring, WRP 1985, 684, 687, die wegen der Vorteile, welche die Sondergesetze gegenüber einem unmittelbaren UWG-Leistungsschutz böten, die Gefahr der Aushöhlung gering einschätzen; die grundsätzlichen dogmatischen Bedenken gegen eine solche Umgehungsmöglichkeit beseitigen sie damit jedoch nicht.

kann, dass sie einen solchen Nachahmungsschutz auch außerhalb ihres jeweiligen Anwendungsbereichs ausschließen wollen. Ein unmittelbarer wettbewerbsrechtlicher Schutz scheidet also anders gesagt nur unter der Voraussetzung aus, dass die speziellen Ausschließlichkeitsrechte den unmittelbaren Nachahmungsschutz *generell*, im Hinblick auf sämtliche denkbaren Erzeugnisse erschöpfend festschreiben.

Dem Normgefüge der gewerblichen Schutzrechte einen solch umfassenden Regelungsgehalt beizumessen, ginge demgegenüber zu weit.

Den Verfechtern eines unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Schutzes ist zuzugeben, dass die Sondergesetze keinerlei Hinweis darauf geben, eine Alleinstellungsposition hinsichtlich dieser Form des Nachahmungsschutzes einnehmen zu wollen.⁷⁷⁹ Der Regelungsgehalt der einzelnen Schutzrechte beschränkt sich vielmehr auf den jeweiligen Anwendungsbereich. Eine weiter reichende Aussage treffen sie nicht. Es ist schlicht nicht zu begründen, weshalb beispielsweise das Patentrecht zwar nicht die *geschmacksmusterrechtliche* Schutzzfähigkeit, wohl aber die *wettbewerbsrechtliche* Schützbarkeit eines Erzeugnisses ausschließen kann.⁷⁸⁰

Eine derart umfassende und erschöpfende Regelung setzte zudem ein gewisses gesetzgeberisches Gesamtkonzept im Hinblick darauf voraus, welche Leistungen sondergesetzlich geschützt werden sollen und welchen Erzeugnissen ein unmittelbarer Leistungsschutz vorzuenthalten ist. Bei der Entwicklung neuer Sondergesetze ist der Gesetzgeber jedoch weniger aus eigenem Impuls heraus tätig geworden, etwa um „seine Idee“ eines unmittelbaren Leistungsschutzes zu verwirklichen. Einer Erweiterung der gewerblichen Schutzrechte ging vielmehr in zahlreichen Fällen eine gerichtliche Entscheidung voraus,⁷⁸¹ die den Normsetzer erst auf die Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit bestimmter Leistungen aufmerksam gemacht hat. Diese Zufälligkeit, die im einen Fall zur Einführung eines sondergesetzlichen

⁷⁷⁹ Ebenso: Knies, 3. Teil 3. Kapitel 3 c) cc) S. 160; Weihrauch, 2. Teil B II 3 e) S. 95.

⁷⁸⁰ So zutreffend Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 22 Rn 49; in dieselbe Richtung Weihrauch, 2. Teil B II 3 e) S. 94 f.

⁷⁸¹ So geht etwa der Softwareschutz gem. §§ 69a ff. UrhG auf den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz gem. § 1 UWG a.F. zurück; vgl. zu weiteren Beispielen Schulte-Beckhausen, 1. Kapitel II 3 a) S. 22 f.

Schutzes und im anderen Fall zur Vorenthaltung desselben geführt hat, spricht eher gegen eine solche Konzeption der Legislativen und damit auch gegen eine umfassende, abschließende Regelung der Sondergesetze.⁷⁸²

Schließlich lässt sich die Tatsache, dass der Gesetzgeber selbst stets neue Sondergesetze eingeführt hat und noch immer einführt, nicht mit dem Dogma der abschließenden Regelung in Einklang bringen.⁷⁸³ Da er nämlich selbst den Kanon der gewerblichen Schutzrechte immer weiter ausdehnt, kann den bisher bestehenden Leistungsschutzrechten schwerlich die Wertung zu entnehmen sein, dass jenseits ihres Anwendungsbereichs ein unmittelbarer Leistungsschutz generell ausscheidet.

Die besseren Argumente sprechen somit dafür anzunehmen, dass die Sondergesetze den unmittelbaren Nachahmungsschutz nicht abschließend regeln. Nach der hier vertretenen Auffassung steht demnach die Existenz sondergesetzlicher Leistungsschutzrechte einem unmittelbaren UWG-Nachahmungsschutz nicht im Wege.

(c) Verfassungsrechtliche Grenzen

In einem letzten Schritt gilt es nun zu überprüfen, ob ein über § 3 UWG gewährter, unmittelbarer wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz mit den Vorgaben des Grundgesetzes in Einklang zu bringen ist. Um ein die Wertungen der Verfassung respektierendes Auslegungsergebnis zu erreichen, werden hier die Interpretationsmöglichkeiten herausgefiltert, die den grundgesetzlichen Normen widersprechen.⁷⁸⁴ Diese verfassungskonforme Auslegung – eine Spielart der systematischen bzw. systematisch-teleologischen Auslegung⁷⁸⁵ – lenkt die Aufmerksamkeit auf ein weiteres zentrales Problem des hier untersuchten UWG-Schutzes, auf das im Rahmen dieser Arbeit noch nicht eingegangen wurde. Die Frage, ob gem. § 3 UWG ein Erzeugnis unmittelbar vor imitatorischem Wettbewerb geschützt werden kann, berührt

⁷⁸² Siehe insbesondere die Nachweise in Fn 733.

⁷⁸³ Ebenso Helfrich, G II 4 d) S. 143 unter Berufung auf Hubmann, GRUR 1975, 230, 235.

⁷⁸⁴ Larenz/Canaris, Kapitel 4 2 e) S.160; Schmalz, Rn 363; Schwintowski, 4.4.3.1 S.71.

⁷⁸⁵ Bydlinski, 3.Buch 2.Teil VI 2 S.455; Schwintowski, 4.4.3.1 S.71.

nämlich neben dem zweifelsohne nur mit Schwierigkeiten zu bestimmenden Verhältnis zwischen Sondergesetzen und Wettbewerbsrecht auch das grundlegende verfassungsrechtliche Problem der Aufgabenverteilung zwischen rechtsetzender und rechtsprechender Gewalt.⁷⁸⁶ Hierbei geht es darum, die Grenzen richterlicher Rechtsetzungsmacht auszuloten und damit den dem Gesetzgeber vorbehaltenen Bereich zu konkretisieren. Ist also dem Grundgesetz zu entnehmen, dass die Einführung und Ausgestaltung eines unmittelbaren Nachahmungsschutzes dem Parlament vorbehalten ist?⁷⁸⁷ Diese Frage ist nach der hier vertretenen und im Folgenden⁷⁸⁸ ausführlich zu begründenden Auffassung zu bejahen.

(aa) Verstoß gegen das Demokratieprinzip, Art. 20 Abs. 1, 2 GG

Aus verfassungsrechtlicher Sicht steht der richterlichen Entwicklung⁷⁸⁹ eines solchen lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes in erster Linie das Demokratieprinzip (i.V.m. dem Grundsatz der Gewaltenteilung) entgegen, welches als Verfassungsgrundsatz in Art. 20 Abs. 1 und 2 GG seinen Niederschlag gefunden hat. Den zentralen Gehalt dieses Prinzips formuliert Art.

⁷⁸⁶ Fezer, FS Dt. Vereinigung GRUR II, S.939, 943.

⁷⁸⁷ Von dieser Annahme scheinen auch zahlreiche Gegner eines direkten UWG-Schutzes auszugehen, indem sie (zumindest in der Sache) von einer dem Gesetzgeber vorbehaltenen oder einer den Gerichten vorenthaltenen Regelungsmaterie sprechen, ohne diese These freilich näher zu begründen; vgl. etwa: Schack, Rn 73 S.36; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 11 I S.182; ders., FS für Gernhuber, S.857, 864; tendenziell ebenso ders., FG 50 Jahre BGH II, S.627, 633; Heyers, GRUR 2006, 23, 26; Riesenhuber, WRP 2005, 1118, 1123; Schrader, WRP 2005, 562, 563; in diese Richtung auch Stieper, WRP 2006, 291, 295; Tilmann, GRUR 1987, 865, 868. Auch Jersch, 1.Teil B 3 d) (e) S.71 als Befürworter eines unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes räumt ein, dass die hierbei vorzunehmende Abwägung zwischen Nachahmungsfreiheit und Nachahmungsschutz „primär Angelegenheit des Gesetzgebers“ ist.

⁷⁸⁸ Die nachstehenden Ausführungen orientieren sich an Knies, 3.Teil 2.Kapitel 2, 3.Kapitel 2, der sich erstmals ausführlich mit der verfassungsrechtlichen Problematik des unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes auseinandergesetzt hat.

⁷⁸⁹ Über die grundsätzliche Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung besteht Einigkeit; vgl. statt vieler Schulze-Fielitz, in: H. Dreier II, Art. 20 R Rn 102. Kontrovers diskutiert wird nur der normative Anknüpfungspunkt für diese Befugnis (vgl. dazu die übersichtliche Darstellung bei Knies, 3.Teil 2.Kapitel 1 a) aa)) sowie deren verfassungsrechtliche Begrenzung (vgl. dazu die folgenden Ausführungen).

20 Abs. 2 S. 1 GG, wonach alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht. Das Volk übt diese Gewalt direkt in Wahlen und Abstimmungen und indirekt durch die Organe der Legislativen, Exekutiven und Judikativen aus, Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG. Die Legitimation der drei Gewalten zur Rechtsetzung, Ausführung und Rechtsprechung ergibt sich also nicht aus sich selbst heraus, sondern leitet sich aus einer Legitimationskette zum Souverän des Staates, dem Volk ab.⁷⁹⁰ Anders formuliert: Das Parlament darf deshalb jedermann bindende Gesetze erlassen, die ausführende Gewalt deshalb diese Gesetze durchführen und ein Gericht deshalb ein Urteil fällen, weil sich diese Entscheidungen (zumindest indirekt) auf eine Legitimation durch das Volk zurückführen lassen. Mithilfe dieser Erkenntnis lässt sich nicht nur begründen, *weshalb* der Staat zur Ausübung öffentlicher Gewalt befugt ist. Sie gibt nämlich zugleich auch Aufschluss darüber, *in welchem Maße* die drei Gewalten zur Ausübung derselben berufen sind. Da allein das Parlament – als vom Volk selbst gewähltes Staatsorgan – über eine unmittelbare demokratische Legitimation verfügt, kommt dem Gesetzgeber eine herausragende Position zu.⁷⁹¹ Exekutive und Judikative können keine solche Rückbindung zum Staatssouverän aufweisen und bleiben daher diesbezüglich hinter dem Parlament zurück. Aus diesem unterschiedlichen Legitimierungsgrad folgert das *Bundesverfassungsgericht*, dass in den grundlegenden normativen Bereichen sämtliche wesentlichen Entscheidungen vom Parlament getroffen werden müssen.⁷⁹² Bei der Bestimmung des dem Gesetzgeber vorbehaltenen Bereichs wird überwiegend auf zwei Parameter abgestellt. Dies ist zum einen die Grundrechtsrelevanz einer Maßnahme,⁷⁹³ d.h. je mehr eine Regelung die verfassungsmäßigen Rechte des Einzelnen betrifft, desto eher ist eine parlamentarische Entscheidung erforderlich. Zum anderen kommt es

⁷⁹⁰ Schnapp, in: von Münch/Kunig II, Art. 20 Rn 18 S.8; Sachs, in: Sachs GG, Art. 20 Rn 35; Badura, Staatsrecht, D Rn 6; Maurer, § 7 Rn 26.

⁷⁹¹ H. Dreier, in: H. Dreier II, Art. 20 D Rn 119 S.89 spricht insoweit u.a. unter Berufung auf Herzog, in: Maunz/Dürig III, Art. 20 Rn 76 von „Legitimationsvorsprung“; der Sache nach ebenso Knies, 3.Teil 2.Kapitel 2 b) S.138.

⁷⁹² BVerfGE 49, 89, 126; BVerfGE 61, 260, 275; BVerfGE 77, 170, 230 f.; BVerfGE 88, 103, 116.

⁷⁹³ BVerfGE 47, 46, 79; BVerfGE 98, 218, 251; BVerfGE 101, 1, 34; BVerfGE 109, 29, 37; Sachs, in: Sachs GG, Art. 20 Rn 117; Schnapp, in: von Münch/Kunig II, Art. 20 Rn 56; Badura, Staatsrecht, D Rn 56 S. 323; Degenhart, Rn 306 S.107.

bei der Frage, ob eine wesentliche, dem Parlament vorbehaltene Materie vorliegt, auf deren politische Bedeutung an.⁷⁹⁴

Es ist allerdings anzumerken, dass ein allgemeiner demokratischer Gesetzesvorbehalt, wonach bei allen zentralen, staatsleitenden Fragen ausschließlich der Gesetzgeber zur Entscheidung befugt ist, nicht existiert.⁷⁹⁵ Insoweit besteht ein Spannungsverhältnis zwischen Exekutive und Legislative, das im Einzelfall unter Berücksichtigung der grundgesetzlichen Wertungen entweder zugunsten des Parlaments oder zugunsten der Regierung aufgelöst werden muss.⁷⁹⁶ Diese Abgrenzungsschwierigkeiten betreffen freilich nur die Recht setzende und ausführende Gewalt. Die hier interessierende Befugnis der (nicht verfassungsrechtlichen) Rechtsprechung bleibt davon unberührt. Aufgrund ihrer nur mittelbaren demokratischen Legitimation ist ihr also jedenfalls die Entscheidung in politisch bedeutsamen Fragen vorenthalten.⁷⁹⁷

Für das hier erörterte Problem bedeutet das: Sollte es sich bei dem unmittelbaren wettbewerblichen Leistungsschutz um eine im soeben beschriebenen Sinn *wesentliche* und daher der Legislativen vorbehaltene Materie handeln, wäre der Einführung eines solchen Schutzes mittels richterlicher Rechtsfortbildung über § 3 UWG der Weg versperrt.

⁷⁹⁴ Schulze-Fielitz, in: H. Dreier II, Art. 20 R Rn 114; Kisker, NJW 1977, 313, 318; ähnlich Degenhart, Rn 34, der diesen Bereich allerdings losgelöst vom Wesentlichkeitsgrundsatz unter dem Stichwort des Parlamentsvorbehalts erörtert; in diese Richtung auch Schneider, IV S. 32; kritisch zum dogmatischen Ansatz allerdings Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 Rn 52, der eine Analogie zu speziell im Grundgesetz geregelten Entscheidungsbefugnissen für ausreichend hält.

⁷⁹⁵ BVerfGE 49, 89, 125; BVerfGE 68, 1, 109; Sommermann, in: von Mangoldt/Klein/Starck II, Art. 20 Rn 187; Schulze-Fielitz, in: H. Dreier II, Art. 20 R Rn 126 S.236; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 Rn 52; Degenhart, Rn 34; Kisker, NJW 1977, 313, 318.

⁷⁹⁶ Schulze-Fielitz, in: H. Dreier II, Art. 20 R Rn 126 S.236. Ein umfassender Parlamentsvorbehalt würde der Rolle der Regierung als Organ der Staatsleitung nicht gerecht werden. Denn die Handlungsfähigkeit eines parlamentarischen Systems ist nur sichergestellt, wenn der zur Staatsleitung berufenen Institution hinreichend eigene Befugnisse verbleiben; instruktiv zu diesem Bereich Sommermann, in: von Mangoldt/Klein/Starck II, Art. 20 Rn 188. Exemplarisch sei hierbei auf die Kompetenz in außenpolitischen Fragen hingewiesen, die – obgleich ein Bereich Staats tragender Entscheidungen – als zentraler Punkt exekutiver Machtausübung nicht zu den Befugnissen des Parlaments zählt; vgl. dazu Schulze-Fielitz, in: H. Dreier II, Art. 20 R Rn 127.

⁷⁹⁷ Ipsen, 3. Teil 7. Kapitel 2 d); Wank, § 27 S. 215.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist genau dies der Fall. Denn die Entscheidung darüber, ob ein Erzeugnis allein deswegen vor Nachahmungen der Konkurrenz geschützt werden soll, weil es als schutzwürdig und schutzbedürftig eingestuft wird, verlässt den Boden des juristisch Begründbaren und ist daher in erste Linie eine politische.⁷⁹⁸ Die genaue Umschreibung dessen, was als „Politik“ dem Parlament vorbehalten und damit der Entscheidungsbefugnis der Gerichte entzogen ist, fällt freilich nicht gerade leicht, bereitet ganz im Gegenteil sogar z.T. erhebliche Schwierigkeiten.⁷⁹⁹ Jedoch lassen sich einige Kriterien aufstellen, anhand derer die Kennzeichnung des dem Gesetzgeber vorbehaltenen Entscheidungsspielraums erfolgen kann.⁸⁰⁰ Wird etwa das bestehende Rechtssystem in wesentlichen Punkten geändert, so spricht dies eher gegen eine in den Machtbereich der rechtsprechenden Gewalt fallende Entscheidung. Als Indiz für eine politische Maßnahme ist es demgegenüber zu werten, wenn nicht nur die in der bisherigen Rechtsordnung angelegten Ansätze weiterentwickelt, sondern losgelöst von den Grundentscheidungen des aktuellen Gesetzgebers neue Sachziele gesetzt werden.⁸⁰¹ Der Bereich der Judikativen findet dort seine Grenze, wo Fragen der Allgemeinheit von fundamentaler Bedeutung betroffen sind⁸⁰² und das Rechtssystem insgesamt bzw. die für das System bedeutenden Einzelnormen eine grundsätzliche, neue Ausrichtung erfahren. So zählt etwa die Festlegung der Wirtschafts- und Sozialpolitik zu denjenigen Gebieten, die als Bestandteil der politischen Diskussion dem hoheitlichen Entscheidungsrecht der Rechtsprechung entzogen sind.⁸⁰³ Könnte die Judikative eine in diesem Sinne weit reichende Sozialgestaltung vornehmen, hätte dies eine nicht tragfähige Konkurrenzsituation zu den beiden anderen Gewalten zur Folge, deren verfassungsmäßiger Verantwortungsbereich sich gerade auf derartig fundamentale Komplexe erstreckt.

⁷⁹⁸ Zur hier nicht näher erörterten Frage der „Wesentlichkeit“ eines direkten wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes im Hinblick auf die Grundrechtsrelevanz vgl. Knies, 3. Teil 3. Kapitel 2 S. 145.

⁷⁹⁹ Vgl. zu diesem Abgrenzungsproblem Wank, § 29.

⁸⁰⁰ Die nachfolgende Darstellung orientiert sich an den ausführlichen Ausführungen von Wank, § 29 S. 221 ff.

⁸⁰¹ Henkel, S. 31, 47 Fn 22.

⁸⁰² Schneider, IV S. 32.

⁸⁰³ Badura, AöR 92 (1967), 382, 386.

Zwar ist zuzugeben, dass bei der Unterscheidung von Recht und Politik wertende Überlegungen im Vordergrund stehen und eine trennscharfe Differenzierung daher kaum möglich ist. Nimmt man eine solche Wertung in Bezug auf das hier untersuchte Problem des unmittelbaren UWG-Nachahmungsschutzes vor und greift dabei auf die eben aufgezählten Gesichtspunkte zurück, so spricht jedoch Einiges dafür, von einer politischen Frage auszugehen, deren Beantwortung der Rechtsprechung verwehrt ist. Natürlich kann nicht abgestritten werden, dass nahezu jede gerichtliche Entscheidung in einer wettbewerbsrechtlichen Streitigkeit wettbewerbspolitische Bekenntnisse enthält und damit ein politisch vollkommen neutrales Urteil schwerlich denkbar ist. Das hier betroffene Verhältnis von Nachahmungsschutz und freier Imitation ist jedoch von überragender Bedeutung und dürfte sich insoweit von sonstigen Fällen des Wettbewerbsrechts unterscheiden. So handelt es sich etwa beim unmittelbaren lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz um eine Materie von fundamentaler wirtschaftspolitischer Brisanz,⁸⁰⁴ deren Bedeutung weit über den jeweils zu entscheidenden Einzelfall hinausgeht. Die Entscheidung darüber, ob es einem Wettbewerber gestattet ist, das erfolgreiche Erzeugnis eines Konkurrenten zu imitieren, oder ob sich dieser bereits gegen die schlichte Nachahmung seiner Leistung zur Wehr setzen kann, berührt nämlich nicht nur die Interessen der unmittelbar betroffenen Streitparteien. Sie ist vielmehr von überragender gesamtgesellschaftlicher Bedeutung. Denn über das Maß des von der Rechtsordnung gewährten Nachahmungsschutzes lässt sich nicht nur das Verhalten der innovativen Unternehmer steuern, die mit neuen Entdeckungen zum gesellschaftlichen Fortschritt beitragen, sondern auch das der imitatorisch tätigen Wettbewerber, die durch die Nachahmung der Leistungen des Innovators u.a. zu deren Verbreitung und damit zur „Vergesellschaftung“ der Innovation beitragen. Die besondere gesamtgesellschaftliche und wirtschaftspolitische Brisanz dieses Zusammenhangs ergibt sich daraus, dass beide Verhaltensweisen notwendiger Bestandteil des dynamischen Wettbe-

⁸⁰⁴ Ebenso Knies, 3.Teil 3.Kapitel 2 S.145, der zwar i.E. nicht davon ausgeht, dass es sich beim Problem des direkten wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes um eine politische Entscheidung handelt, jedoch die zentrale wirtschaftspolitische Bedeutung eines solchen Schutzes betont und daher „aus Gründen des Demokratieprinzips [...] beim gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehenen Schutz von Leistungen Zurückhaltung“ für geboten hält.

werbs sind.⁸⁰⁵ Angesichts dieser maßgeblichen Bedeutung des Nachahmungsschutzes für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs und damit einen zentralen Bereich der deutschen Wirtschaftsverfassung erscheint es nicht unbillig, dem Gesetzgeber die Entscheidung darüber zu belassen, in welchen Fällen der innovative Wettbewerber schutzwürdiger erscheint als dessen imitatorisch tätiger Konkurrent.

Gegen die Annahme einer der Entscheidung durch die Gerichte zugänglichen Rechtsfrage spricht zudem, dass sich die Rechtsprechung mit der Gewährung eines unmittelbaren UWG-Leistungsschutzes nicht auf gesetzgeberische Grundentscheidungen berufen kann, aus denen im Wege zulässiger *Rechtsfortbildung* auf die Statthaftigkeit eines unmittelbaren wettbewerblichen Nachahmungsschutzes geschlossen werden könnte. Es ist schlicht nicht ersichtlich, dass die Überlegung, wonach jede als schutzwürdig eingestufte Leistung vor Nachahmung bewahrt werden muss, dem deutschen Immaterialgüterrecht zu Grunde liegt. Dies wird nicht zuletzt daran deutlich, dass eine den unmittelbaren UWG-Nachahmungsschutz ausdrücklich festschreibende Bestimmung entgegen anders lautender Forderungen aus dem Schrifttum keinen Eingang in das im Jahr 2004 novellierte UWG gefunden hat.⁸⁰⁶ Die fundamentalen Weichenstellungen des Gesetzgebers hinsichtlich eines ergänzenden UWG-Nachahmungsschutzes deuten ganz im Gegenteil auf dessen Unzulässigkeiten hin. So bekennt sich die Legislative mit bemerkenswerter Deutlichkeit im Rahmen der UWG-Reform zum Grundsatz der Nachahmungsfreiheit.⁸⁰⁷ Da dieses Dogma weit reichende Konsequenzen für das gesamte System der gewerblichen Schutzrechte nach sich zieht, kann insoweit ohne weiteres von einer fundamentalen Weichenstellung gesprochen werden. Indem die Rechtsprechung nun in bestimmten Konstellationen einen unmittelbaren wettbewerblichen Leistungsschutz gewährt, setzt sie neue, davon abweichende Sachziele. Dies aber gehört zum verfassungsrechtlichen Aufgabenbereich des demokratisch unmittelbar legitimierten Parlaments und verlässt den Boden der den Gerichten zukommenden Befugnis zur Entscheidung in Rechtsfragen.

⁸⁰⁵ Siehe dazu Seite 17.

⁸⁰⁶ Siehe Seite 37.

⁸⁰⁷ Siehe Seite 253.

Die These, dass es sich bei dem unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz um eine der Recht setzenden Gewalt vorbehaltene, politische Materie handelt, vermag jedoch nur dann zu überzeugen, wenn sie die unterschiedliche Behandlung des mittelbaren Nachahmungsschutzes erklären kann. Denn auch nach der hier vertretenen Auffassung steht außer Zweifel, dass die Rechtsprechung hinsichtlich dieser Form des wettbewerblichen Leistungsschutzes zur Fortentwicklung des Rechts über die Generalklausel des § 3 UWG berufen ist.⁸⁰⁸ Wenn jedoch – so ließe sich argumentieren – die Gerichte zur Weiterentwicklung des mittelbaren Leistungsschutzes berechtigt seien, so müsse dies auch für den Bereich des unmittelbaren Leistungsschutzes gelten. In beiden Fällen gehe es nämlich um den Schutz einer Wettbewerbsposition, die sich der Unternehmer durch sein Erzeugnis erarbeitet habe.⁸⁰⁹ Da in beiden Konstellationen aus Sicht der Wettbewerber und Konsumenten letztlich nur die Leistung selbst geschützt werde,⁸¹⁰ sei eine ungleiche Behandlung nicht gerechtfertigt.

Der Ausgangspunkt dieser Überlegung, dass es sich bei den Fällen des unmittelbaren und mittelbaren Nachahmungsschutzes um wirtschaftlich identische Vorgänge handelt, ist allerdings unzutreffend. Denn zwischen beiden Schutzformen besteht ein gravierender Unterschied, der die besondere Stellung des unmittelbaren Schutzes deutlich macht und damit eine gesonderte Behandlung unmittelbarer Nachahmungsregelungen rechtfertigt. So ist dem imitierenden Wettbewerber beim unmittelbaren Leistungsschutz die Nachahmung vollständig verboten. Seine einzig zulässige Handlungsoption besteht darin, die Übernahme fremder Leistung einzustellen und ein eigenes, von dem der Konkurrenz abweichendes Erzeugnis auf den Markt zu brin-

⁸⁰⁸ An der grundsätzlichen Befugnis zur Weiterentwicklung des wettbewerblichen Nachahmungsschutzes kann angesichts des ausdrücklich nicht abschließenden Charakters des § 4 Nr. 9 UWG kein Zweifel bestehen. Allerdings beschränkt sich der daraus resultierende Auftrag zur richterlichen Rechtsfortbildung nach der hier vertretenen Ansicht ausschließlich auf den indirekten Nachahmungsschutz.

⁸⁰⁹ K. Schmidt/Eidenmüller, GRUR 1990, 337, 339. In diese Richtung – wenngleich auch unter dogmatischen Gesichtspunkten – ebenfalls Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.4 S.336, der unter Berufung auf Sambuc, Nachahmungsschutz, Rn 35 ff. feststellt, dass „die dogmatische Unterscheidung zwischen der Zuerkennung subjektiver Rechte und der Aufstellung von Verhaltenspflichten nicht überbewertet werden“ dürfe.

⁸¹⁰ Laas, Kapitel 4 V 3 c) ee) (2) S.156; K. Schmidt/Eidenmüller, GRUR 1990, 337, 339.

gen. Wird derselbe Wettbewerber demgegenüber aufgrund eines mittelbaren Leistungsschutzrechts in Anspruch genommen, sieht dies anders aus. Der Vorwurf richtet sich hier nicht gegen die Tatsache, dass nachgeahmt wurde, sondern vielmehr gegen die bestimmte *Art und Weise* der Nachahmung. Beseitigt der Wettbewerber nun die die Unzulässigkeit der imitatorischen Handlung begründenden Umstände, so ist er i.d.R. nicht daran gehindert, die nachgeahmte Leistung auch weiterhin zu vertreiben.⁸¹¹ Während in dieser Konstellation also der Vertrieb nachgeahmter Erzeugnisse grundsätzlich möglich bleibt und damit in wirtschaftspolitischer Sicht die Folgen freier Nachahmung eintreten, wird in jener Situation hinsichtlich des jeweiligen Produkts der imitatorische Wettbewerb insgesamt unterbunden, wovon aus wettbewerbstheoretischer Sicht komplett gegenteilige Anreizwirkungen für unternehmerische Pioniertätigkeit ausgehen.

Angesichts dieses fundamentalen Unterschieds im Hinblick auf die gesamtgesellschaftlichen Folgen erscheint die ungleiche Behandlung von unmittelbarem und mittelbarem Nachahmungsschutz gerechtfertigt. Darüber hinaus ergeben sich gegen die Rechtsfortbildung eines mittelbaren Leistungsschutzes auch deshalb keine Bedenken, weil dieser – anders als der unmittelbare Schutz – mit den wettbewerbsrechtlichen Grundentscheidungen des Gesetzgebers übereinstimmt und damit keine – für politische Entscheidungen typischen – neuen Sachziele formuliert. Folglich lassen sich erhebliche Unterschiede ausmachen, die es als vertretbar erscheinen lassen, im einen Fall

⁸¹¹ Exemplarisch sei etwa auf die vermeidbare Herkunftstäuschung gem. § 4 Nr. 9 a) UWG hingewiesen, der zentrale Bedeutung im Rahmen des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes zukommt. Der Vorwurf der Unlauterkeit ist hier darin begründet, dass der Abnehmer über die betriebliche Herkunft des nachgeahmten Erzeugnisses getäuscht wird. Weist der imitierende Unternehmer nun allerdings mit der erforderlichen Deutlichkeit auf den betrieblichen Ursprung des Imitats hin, dann ist eine Täuschung des Rechtsverkehrs in Bezug auf die betriebliche Herkunft der Ware ausgeschlossen mit der Folge, dass der Makel der Unlauterkeit entfällt. Sofern also in hinreichendem Maße auf den betrieblichen Ursprung des Produkts hingewiesen wird, ist es Konkurrenten unbenommen, fremde Leistungen nachzuahmen. Gleiches dürfte für den Tatbestand des § 4 NR. 9 b) UWG gelten. Allein § 4 Nr. 9 c) kommt insoweit eine Sonderstellung zu. Da die Unlauterkeit in dieser Konstellation an der unredlichen Kenntnis- oder Unterlagenbeschaffung anknüpft und diese der Nachahmungshandlung vorgelegt ist, ist es dem Wettbewerber nicht möglich, den Vorwurf der Wettbewerbswidrigkeit (rückwirkend) zu beseitigen und damit zukünftig in zulässiger Weise die Erzeugnisse des Innovators nachzuahmen.

von einer der Rechtsprechung vorenthaltenen und im anderen Fall von einer der Entscheidung durch die Gerichte zugänglichen Frage auszugehen.

Die Entscheidung darüber, ob ein Erzeugnis vor imitatorischem Wettbewerb bewahrt werden soll, ist demnach politischer Natur und damit dem Kompetenzbereich der Recht sprechenden Gewalt entzogen. Diese Ansicht mündet freilich nicht in ein – zu Recht nicht anzuerkennendes – Normsetzungsmonopol des Gesetzgebers.⁸¹² Auch nach der hier vertretenen Auffassung steht der Rechtsprechung grundsätzlich die Befugnis zur richterrechtlichen Rechtsfortbildung der Generalklausel des § 3 UWG zu. Denn eine erschöpfende gesetzliche Regelung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen ist wegen der Vielfalt wettbewerblichen Handelns nicht möglich. Aus diesem Grund räumt § 3 UWG den Richtern einen sehr weiten Spielraum (auch zur Fortbildung des Rechts) ein.⁸¹³ Dieser Spielraum findet seine Grenzen allerdings in den Vorgaben des Grundgesetzes, welche – nach hier vertretener Ansicht – einem unmittelbaren richterrechtlichen Nachahmungsschutzes entgegenstehen.

Auch der in der Literatur vorgetragene Einwand, der Gesetzgeber habe durch die weite Fassung des § 3 UWG seine Entscheidungsbefugnis auf die Rechtsprechung delegiert und somit ein eigenständiges Entscheidungsrecht der Gerichte begründet,⁸¹⁴ kann nicht überzeugen. Denn die aus dem Demokratieprinzip abgeleitete Kompetenzverteilung steht nicht zur Disposition der jeweiligen Gewalt.⁸¹⁵ Eine Übertragung der politischen Entscheidungsbefugnis auf die Gerichte scheidet daher aus. Die Legislative kann sich nicht dadurch ihrer verfassungsrechtlichen Verantwortung entziehen, dass sie die ihr grundgesetzlich zugewiesene Entscheidungslast der Recht sprechenden Gewalt aufbürdet. Dem Recht zur Entscheidung entspricht gleichsam als „Kehrseite der Medaille“ eine Pflicht zur Entscheidung. Es verbietet sich daher, hinsichtlich des unmittelbaren Nachahmungsschutzes in § 3 UWG eine Delegationsnorm zu erblicken.

⁸¹² Dies andeutend aber Laas, Kapitel 4 V 4 a) cc) (1) S.162.

⁸¹³ So zu § 1 UWG a.F. bereits BVerfGE 32, 311, 317.

⁸¹⁴ So etwa Laas, Kapitel 4 V 4 a) cc) (2).

⁸¹⁵ Wank, § 21 2 b) S.143, § 28 S.215 hinsichtlich der Delegation durch den Gesetzgeber bei grundlegenden Entscheidungen.

Schließlich deutet auch die von den Verfechtern eines derartigen lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes immer wieder angeführte „Vorreiterrolle“ des unmittelbaren UWG-Leistungsschutzes darauf hin, dass der hier vertretene Ansatz in die richtige Richtung geht. Die Tatsache, dass in zahlreichen Fällen, in denen durch die Rechtsprechung de facto ein unmittelbarer Nachahmungsschutz gewährt wurde, der Gesetzgeber anschließend dazu übergegangen ist, diesen Schutz sondergesetzlich zu normieren, ist ein Indiz für die Notwendigkeit einer *gesetzgeberischen* Entscheidung und gegen die Zulässigkeit einer *richterlichen* Entscheidung.⁸¹⁶ Der Gesetzgeber hat es gerade nicht bei einem richterrechtlich gewährten Schutz belassen, sondern sich dazu entschieden, den so entwickelten Nachahmungstatbeständen ein selbstständiges normatives Fundament zu geben. Dieses Einschreiten der Legislative lässt sich zumindest auch⁸¹⁷ als ein gewisses Unbehagen gegenüber einer hinreichenden Legitimation der Gerichte deuten.

Aus dem Demokratieprinzip ergeben sich damit durchgreifende Bedenken gegen einen über § 3 UWG gewährten unmittelbaren UWG-Nachahmungsschutz. Der Rechtsprechung ist die Entscheidung darüber, ob ein Erzeugnis allein aufgrund seiner Schutzwürdigkeit vor imitatorischem Wettbewerb bewahrt werden soll, verwehrt. Dabei handelt es sich vielmehr um eine politische Frage, deren Beantwortung nicht der Recht sprechenden Gewalt, sondern als Grundsatzentscheidung dem Parlament vorbehalten ist. Davon ausgehend erscheint die mittlerweile etablierte Praxis in Form der „Funktionsteilung“ zwischen Gesetzgeber und bundesgerichtlicher Rechtsprechung äußerst zweifelhaft. Zur Etablierung eines solchen Nachahmungsschutzes ist das Parlament und zwar *nur* das Parlament berufen. Eine auch nur vorübergehende diesbezügliche Entscheidungsbefugnis der Gerichte⁸¹⁸ ist schlicht inkonsequent und vor den soeben dargelegten, sich aus dem Demokratieprinzip ergebenden Bedenken nicht haltbar.

⁸¹⁶ Ebenso Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 11 I S. 182.

⁸¹⁷ Neben den die demokratische Legitimation betreffenden Erwägungen dürften etwa auch rechtsstaatliche Gesichtspunkte eine Rolle gespielt haben. Denn eine ausdrückliche gesetzliche Normierung weist ein höheres Maß an Bestimmtheit und damit letztlich ein Mehr an Rechtssicherheit auf.

⁸¹⁸ So plädiert Kur, GRUR 1990, 1, 15 etwa für einen unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz als „Übergangs- oder Notlösung“.

**(bb) Verletzung des Rechtsstaatsprinzips, insbes. Verstoß gegen das
Gebot der Rechtssicherheit, Art. 20 Abs. 3 GG**

Daneben erscheint es auch unter rein rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht unbedenklich, das System der gewerblichen Schutzrechte richterrechtlich weiter zu entwickeln. Indem die Gerichte einen unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz gewähren, wird zwar nicht der der deutschen Verfassungsordnung zu Grunde liegende Grundsatz der Gewaltenteilung verletzt.⁸¹⁹ Dabei kann dahinstehen, ob der Kern dieses fundamentalen „Organisations- und Funktionsprinzips“⁸²⁰ nur darin besteht, die Ausübung staatlicher Macht durch die Aufteilung in drei sich gegenseitig kontrollierende Gewalten (Legislative, Exekutive, Judikative) zu mäßigen,⁸²¹ oder (darüber hinaus auch) darauf gerichtet ist, jeder Gewalt diejenigen Entscheidungsbefugnisse zuzuweisen, zu deren Wahrnehmung sie aufgrund ihrer Organstruktur am besten geeignet ist.⁸²² Denn unabhängig davon, welche Schutzfunktion man dem Grundsatz der Gewaltenteilung beimisst, scheidet eine Verletzung dieses Prinzips aus.

Sieht man nämlich die Aufgabe des Gewaltenteilungsprinzips allein in der Mäßigung der Staatsgewalt und der damit einhergehenden Freiheitssicherung liegt – nicht zuletzt im Hinblick auf die im Grundgesetz selbst vorgesehenen Einschränkungen dieses Organisationsprinzips⁸²³ – ein verfassungswidriges Verhalten erst dann vor, wenn in den „Kernbereich“ einer anderen Gewalt eingegriffen wird.⁸²⁴ Aufgrund dieses weiten Spielraums, den das *Bundesverfassungsgericht* bei einem Übergriff in den Regelungsbereich einer anderen Hoheitsgewalt einräumt, ist eine Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips auf seltene Ausnahmefälle beschränkt, in denen eine Gewalt durch eine andere derart verdrängt wird, dass sie lediglich als deren

⁸¹⁹ Ebenso Knies, 3.Teil 3.Kapitel 2 S.144.

⁸²⁰ Sachs, in: Sachs GG, Art. 20 Rn 81.

⁸²¹ So noch BVerfGE 3, 225, 247; BVerfGE 9, 268, 279; BVerfGE 12, 180, 186; BVerfGE 22, 106, 111.

⁸²² BVerfGE 68, 1, 86; BVerfGE 95, 1, 15; Sachs, in: Sachs GG, Art. 20 Rn 81; Degenhart, Rn 265; Böckenförde, § 7 I S.79 f.; Ipsen, 3.Teil 2.Kapitel 3 a) S.135; Schlüter, § 3 II 3 S.17.

⁸²³ Vgl. dazu Sachs, in: Sachs GG, Art. 20 Rn 85, 90 f.

⁸²⁴ BVerfGE 9, 268, 280; BVerfGE 34, 52, 59; BVerfGE 67, 100, 139; BVerfGE 95, 1, 15; Schulze-Fielitz, in: H. Dreier II, Art. 20 Rn 71 S.211; Degenhart, Rn 265.

„Anhängsel“ weiter existiert.⁸²⁵ Davon kann im Fall des unmittelbaren Leistungsschutzes allerdings kaum die Rede sein.⁸²⁶ Eine Verletzung des „Kernbereichs“ liegt daher nicht vor.

Sieht man die Aufgabe des Grundsatzes der Gewaltenteilung dagegen (auch) darin, eine sachgerechte Aufgabenwahrnehmung sicherzustellen, dann ist die verfassungsrechtliche Grenze richterrechtlicher Regelungsbefugnis erreicht, wenn die Gerichte nicht ihrer Organstruktur entsprechende Aufgaben wahrnehmen.⁸²⁷ Auch davon ist jedoch im Fall eines unmittelbaren UWG-Nachahmungsschutzes nicht auszugehen. Denn die Rechtsprechung hat den unmittelbaren wettbewerblichen Leistungsschutz stets nur von Einzelfall zu Einzelfall entwickelt⁸²⁸ und gerade keine generelle Normsetzung betrieben. Es erscheint eher fern liegend, dass die Rechtsprechung damit eine nicht ihrer Organstellung entsprechende Aufgabe wahrgenommen hat und auf diese Weise aus dem ihr durch das Gewaltenteilungsprinzip zugewiesenen Bereich ausgebrochen ist.⁸²⁹

Im Hinblick auf den Gewaltenteilungsgrundsatz bestehen somit weder bei enger noch bei weiter Interpretation desselben rechtstaatliche Bedenken gegen einen unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz gem. § 3 UWG.

Es kann jedoch ernsthaft bezweifelt werden, ob ein richterrechtlich gewährter unmittelbarer Nachahmungsschutz über § 3 UWG mit dem rechtstaatlichen Gebot der Rechtssicherheit in Einklang steht.⁸³⁰ Damit die Normadressaten ihr Verhalten an einer gesetzlichen Vorschrift ausrichten können, muss diese einen hinreichenden Grad an Bestimmtheit aufweisen.⁸³¹ Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ist dabei im Grundsatz unbe-

⁸²⁵ Stern, StaatsR II, § 36 IV 6 S. 545; dem folgend Knies, 3.Teil 2.Kapitel 2 a) bb) S.136.

⁸²⁶ Ebenso Knies, 3.Teil 3.Kapitel 2 S.144.

⁸²⁷ Knies, 3.Teil 2.Kapitel 2 a) cc) S. 137.

⁸²⁸ Knies, 3.Teil 3.Kapitel 2 S. 144.

⁸²⁹ Knies, 3.Teil 3.Kapitel 2 S. 144, der die verfassungsrechtlichen Grenzen des Gewaltenteilungsprinzips nicht überschritten sieht, jedoch eine Regelung durch den Gesetzgeber für zweckmäßiger hält.

⁸³⁰ I.E. ebenso Knies, 3.Teil 3.Kapitel 2 S.145 f.

⁸³¹ Sachs, in: Sachs GG, Art. 20 Rn 126; Schulze-Fielitz, in: H. Dreier II, Art. 20 R Rn 128; Degenhart, Rn 354.

denklich,⁸³² zumal das damit verbundene Maß an Unsicherheit Auslegungsspielräume eröffnet, die eine interessengerechte Auslegung im Einzelfall ermöglichen. Die hinreichende Bestimmtheit der Norm und Vorhersehbarkeit der Anwendung wird hier dadurch gewährleistet, dass die Rechtsprechung allgemeine Grundsätze entwickelt und auf diese Weise der unbestimmten Norm Konturen verleiht.⁸³³ So hat das *Bundesverfassungsgericht* § 1 UWG a.F. diesbezüglich für unbedenklich gehalten, da die langjährige Rechtsprechung den Normgehalt der wettbewerblichen Generalklausel hinreichend präzisiert habe.⁸³⁴

Der Rechtsprechung ist es bisher jedoch nicht gelungen, solche allgemeinen Auslegungsgrundsätze mit der erforderlichen Präzision herauszuarbeiten. Dies gilt zum einen im Hinblick auf die Voraussetzungen eines unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutzes. Den von den Gerichten aufgestellten Voraussetzungen fehlt trotz der jahrelangen richterlichen Konkretisierungsbemühungen noch immer ein Maß an Bestimmtheit, das aus ex-ante Sicht eine einigermaßen sichere Prognose über den Ausgang einer wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsstreitigkeit ermöglicht.⁸³⁵ Zum anderen gilt dies aber auch hinsichtlich der in den jüngsten höchstrichterlichen Entscheidungen etablierten Schutzdauer.⁸³⁶ So geht der *Bundesgerichtshof* davon aus, dass sich die Schutzdauer des unmittelbaren UWG-Nachahmungsschutzes an den ausdrücklich normierten Fristen der Sondergesetze orientieren müsse.⁸³⁷ Bei den eine technische Gestaltung darstellenden Klemmbausteinen, für die in einem Zeitraum von etwa 45 Jahren ein unmittelbarer wettbewerbsrechtlicher Schutz bestand, sei das Fristende mittlerweile jedenfalls erreicht.⁸³⁸ Eine exakte Bestimmung der Frist nimmt der *Bundesgerichtshof* also nicht vor. Somit bleibt die genaue Dauer des wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutzes vollkommen unklar und unvorherseh-

⁸³² BVerfGE 8, 274, 326; BVerfGE 13, 153, 161; Schnapp, in: von Münch/Kunig II, Art. 20 Rn 29; Schulze-Fielitz, in: H. Dreier II, Art. 20 Rn 133 S.238; ähnlich auch Degenhart, Rn 356 S.127.

⁸³³ Katz, Rn 199 S.100; Knies, 3.Teil 2.Kapitel 2 c).

⁸³⁴ BVerfGE 32, 311, 317.

⁸³⁵ Vgl. Müller-Laube, ZHR 156 (1992), 480, 494.

⁸³⁶ Ebenso Heyers, GRUR 2006, 23, 27.

⁸³⁷ Vgl. etwa BGH WRP 2005, 476, 479 „Klemmbausteine III“ zur Dauer eines direkten wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes beim (hier näher untersuchten) Schutz von Serienerzeugnissen.

⁸³⁸ BGH WRP 2005, 476, 479 „Klemmbausteine III“.

bar. Was genau hat es zu bedeuten, wenn sich die Schutzfrist des unmittelbaren UWG-Nachahmungsschutzes an der Dauer der spezialgesetzlichen Leistungsschutzrechte „orientiert“? Zwar mag man aus der zurückhaltenden Wortwahl der Bundesrichter auch den Schluss ziehen können, dass der wettbewerbliche Schutz zumindest nicht für einen ebenso langen Zeitraum gewährt wird wie der sondergesetzliche. Auf die sich daran anschließende Frage, in welchem Maß denn der UWG-Schutz hinter den sondergesetzlichen Schutzfristen zurückbleibt, geben die Bundesrichter in dieser Entscheidung indes keine Antwort. Auch insoweit ist es der Rechtsprechung bisher nicht gelungen, hinreichend konkrete, allgemeine Grundsätze herauszuarbeiten.

Gegen die Gewährung eines unmittelbaren lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes bestehen daher auch mit Rücksicht auf das Gebot der Rechtssicherheit verfassungsrechtliche Bedenken.

(d) Verbot eines unmittelbaren wettbewerblichen Leistungsschutzes als einzig verfassungskonformes Auslegungsergebnis

Als Ergebnis der systematischen Auslegung lässt sich damit Folgendes festhalten: Weder die Systematik des UWG selbst noch das Verhältnis des § 3 UWG zu den spezialgesetzlich geregelten Schutzrechten hindert die Rechtsprechung, einen unmittelbaren wettbewerblichen Nachahmungstatbestand zu etablieren. Allerdings setzt das grundgesetzlich verankerte Gebot der Rechtssicherheit sowie insbesondere das Demokratieprinzip der richterlichen Befugnis zur Gewährung eines solchen Schutzes eine nicht zu überwindende Grenze. Die einzig verfassungskonforme Auslegung des § 3 UWG besteht nach der hier vertretenen Auffassung folglich darin, einen unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz abzulehnen.

cc) Unzulässigkeit des unmittelbaren Nachahmungsschutzes als einzig systemkonforme Lösung

In dogmatischer Hinsicht sprechen somit insgesamt die besseren Argumente gegen die Zulässigkeit eines von der Rechtsprechung über § 3 UWG gewährten unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutzes. Ist

dem Wortlaut und Normzweck diesbezüglich auch keine Aussage zu entnehmen, so lassen doch sowohl die Gesetzesentstehung als auch das gesetzssystematische Verhältnis insbesondere zu Normen des Verfassungsrechts die hier vertretene Lösung als richtig erscheinen. Die Entscheidung darüber, wann ein Erzeugnis um seiner selbst willen vor Nachahmung geschützt werden soll, kommt nicht der Rechtsprechung, sondern dem Gesetzgeber zu.

Dieses Ergebnis bestätigt den auch von der Rechtsprechung stetig angeführten Grundsatz der Nachahmungsfreiheit, führt zu klaren, vorhersehbaren Entscheidungen und trägt damit in erheblichem Maße zur Rechtsklarheit und Rechtssicherheit bei, was nicht zuletzt im Hinblick auf eine optimale Wissensnutzung durchaus wünschenswert ist.⁸³⁹

Seiner Rolle als „Vorreiter“, „Schrittmacher“ oder „Jungbrunnen“ des Immaterialgüterrechts wird das Lauterkeitsrecht nach der hier vertretenen Auffassung zwar nicht mehr in gleichem Maße gerecht werden können. Jedoch kann sich auch aus dem Unmut darüber, dass einer vermeintlich schutzwürdigen Leistung der unmittelbare Nachahmungsschutz mangels Sondergesetz verweigert wird, eine gewisse Dynamik entwickeln, die letztlich zur Etablierung neuer gewerblicher Schutzrechte führt und auf diese Weise zur Weiterentwicklung des Systems der Immaterialgüterrechte beiträgt.

Die Unbilligkeit eines solchen Ergebnisses damit zu begründen, dass dann „die Innovatoren der ersten Stunde“ ohne ersichtlichen Grund schutzlos gestellt würden,⁸⁴⁰ greift zu kurz. Ob die Schutzlosigkeit eines Pionierunternehmers tatsächlich unbegründet ist, kann angesichts der Tragweite der Entscheidung nur vom Parlament festgelegt werden. Sollte der Gesetzgeber die Leistung der Innovatoren für schutzwürdig erachten, dann mag das zwischenzeitliche Fehlen eines solchen Schutzes für den Einzelnen bedauerlich sein, vollkommen unhaltbar ist dieser Zustand jedoch nicht. Zum einen steht der Pionierunternehmer auch in diesem Fall nicht völlig schutzlos, da ihm § 4 Nr.9 c) UWG zumindest einen gewissen Vorsprung vor der Konkurrenz

⁸³⁹ Heyers, GRUR 2006, 23, 24.

⁸⁴⁰ So Götte, 3.Kapitel I 1 c) S. 98; in diese Richtung auch Ohly, FS für Ullmann, S.795, 808.

erhält.⁸⁴¹ Zum anderen ist das darüber hinausgehende Schutzdefizit aus verfassungsrechtlichen Erwägungen hinzunehmen, da die Entscheidung über den unmittelbaren Schutz wegen der Tragweite einer solchen Regelung dem Gesetzgeber vorbehalten ist. Gelangt die Legislative hingegen zu der Überzeugung, dass die innovative Leistung keinen unmittelbaren Nachahmungsschutz verdient, dann ist die Schutzlosigkeit der Innovatoren erst recht begründet. Würde in diesem Fall durch die Rechtsprechung dennoch ein unmittelbarer wettbewerblicher Leistungsschutz gewährt, so ließe sich der gegen die hier vertretene Ansicht angeführte Einwand in sein Gegenteil verkehren: Es wäre nicht ersichtlich, weshalb gerade die *Imitatoren* der ersten Stunde schutzlos gestellt werden sollen.

f) Markenrecht als Kern der Folgeproblematik

Dem von der Rechtsprechung gewährten wettbewerblichen Schutz für Serienerzeugnisse wurde des Weiteren zum Vorwurf gemacht, als „Steigbügel“⁸⁴² für einen nicht erwünschten, zeitlich unbegrenzten Leistungsschutz zu fungieren, da er die Schutzhindernisse des § 8 Abs. 2 MarkenG zu überwinden helfe und damit dem unbefristet gewährten, markenrechtlichen Warenformschutz Vorschub leiste.

Der Kern des Problems dürfte hier aber nicht darin zu sehen sein, dass ein unmittelbarer wettbewerblicher Leistungsschutz gewährt wird. Die Schwierigkeit liegt vielmehr in der neuerdings extensiven Auslegung des einen zeitlich grenzenlosen Markenschutz ermöglichenden Merkmals der Verkehrsdurchsetzung (§ 8 Abs. 3 MarkenG). Während eine wirtschaftliche Vormachtsstellung bisher nur begrenzt bei der Frage, ob sich ein Zeichen im Verkehr durchgesetzt hat, berücksichtigt wurde,⁸⁴³ deuten die Ausführungen des *EuGH* in der Philips-Entscheidung⁸⁴⁴ auf eine erweiterte Einbeziehung monopolähnlicher Wettbewerbspositionen hin.⁸⁴⁵ Die Wurzel allen Übels ist demnach nicht der Umstand, dass mit dem Schutz für Serienerzeugnisse

⁸⁴¹ Stieper, WRP 2006, 291, 295 f.

⁸⁴² Heyers, GRUR 2006, 23, 27.

⁸⁴³ BGHZ 42, 151, 155 „Rippenstreckmetall II“.

⁸⁴⁴ EuGH GRUR 2002, 804, 808 „Philips“.

⁸⁴⁵ Heyers, GRUR 2006, 23, 27.

eine Vormachtstellung begründet wird. Die Schwierigkeit besteht vielmehr darin, dass diese Vormachtstellung, die sich im Übrigen aus sämtlichen gewerblichen Schutzrechten ergibt, aufgrund neuer Rechtsprechungstendenzen durch das Markenrecht dauerhaft manifestiert wird. Anders formuliert: Die Abkehr von der Rechtsfigur des Einschlebens in eine fremde Serie könnte das Problem zwar eindämmen, jedoch nicht beheben, da es sich in Bezug auf die weiteren Schutzrechte wie Patent, Gebrauchsmuster, etc. genauso stellt. Dem zugegebenermaßen berechtigten Unbehagen gegenüber solchen markenrechtlichen Folgewirkungen der Klemmbaustein-Rechtsprechung kann nur durch eine restriktive Auslegung des Merkmals der Verkehrsdurchsetzung begegnet werden.

Abgesehen von dieser allgemeinen Überlegung verliert der Hinweis auf die sich aus einem Schutz für Serienerzeugnisse ergebenden Folgeprobleme noch aus einem weiteren Grund an Gewicht. Denn wie bereits dargelegt⁸⁴⁶ wird der Verkehr der Form eines Ergänzungsartikels nur ausnahmsweise einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft entnehmen. Aus diesem Grund wird die grundsätzlich bestehende Folgeproblematik im Bereich der Serienerzeugnisse nur in Ausnahmefällen auftreten.

g) Verletzung der Warenverkehrsfreiheit

Zu klären ist weiterhin, ob der deutsche Nachahmungsschutz für Serienprodukte mit der gemeinschaftsrechtlichen Freiheit des Warenverkehrs gem. Art. 28 ff EGV in Einklang gebracht werden kann.⁸⁴⁷ Gem. Art. 28 EGV sind mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedsstaaten verboten. Vorliegend kommt allenfalls eine Maßnahme gleicher Wirkung in Betracht. Nach der Dassonville-Formel des *EuGH* ist darunter jede staatliche Maßnahme zu verstehen, „die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsäch-

⁸⁴⁶ Siehe Seite 153 f.

⁸⁴⁷ Zur hier nicht weiter untersuchten Vereinbarkeit der Klemmbaustein-Rechtsprechung mit dem sekundären Gemeinschaftsrecht vgl. Kur, FS für Ullmann, S.717, 726 ff.

lich oder potentiell zu behindern“.⁸⁴⁸ Dabei ist unerheblich, ob sie sich (in diskriminierender Weise) nur auf ausländische Waren bezieht oder gleichermaßen für aus- und inländische Erzeugnisse gilt.⁸⁴⁹

Durch die liberalere französische Rechtsprechung⁸⁵⁰ ist einem dort ansässigen Unternehmer der Vertrieb nachgeahmter Serienerzeugnisse erlaubt. An einer Ausweitung seines Geschäfts auf den deutschen Markt sieht sich dieser Unternehmer aber durch die für das gesamte Bundesgebiet geltende Klemmbaustein-Doktrin des *BGH* gehindert. Die Rechtsfigur des Einschlebens in eine fremde Serie stellt sich demnach als potenziell gemeinschaftsweites Handelshemmnis und somit als Maßnahme gleicher Wirkung i.S.v. Art. 28 EGV dar.

Zu keinem anderen Ergebnis gelangt man, wenn man in seine Überlegungen die die *Dassonville*-Formel einschränkende *Keck*-Rechtsprechung des *EuGH* mit einbezieht. Danach entfallen solche Maßnahmen dem Anwendungsbereich des Art. 28 EGV, die nur „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ regeln, unterschiedslos auch für inländische Unternehmer gelten und den Absatz ausländischer Erzeugnisse rechtlich und tatsächlich in gleicher Weise regulieren wie den Absatz inländischer Produkte.⁸⁵¹ Eher produktbezogene, die Ware selbst betreffende Vorschriften werden nicht von der in der *Keck*-Formel gemachten Ausnahme erfasst und müssen sich daher auch weiterhin am Maßstab des Art. 28 EGV messen lassen.⁸⁵² Nach der hier vertretenen Ansicht knüpft die Klemmbaustein-Rechtsprechung die Unzulässigkeit des Vertriebs imitierter Serienerzeugnisse nicht an bestimmte, neben die Leistung tretende Verkaufsmodalitäten. Sie wirkt sich als unmittelbarer Nachahmungsschutz vielmehr direkt auf die Herstellung bzw. die Gestaltung der Ware aus,⁸⁵³ das imitierte Erzeugnis selbst steht im Vordergrund. Folglich betrifft die Rechtsfigur des Einschlebens in eine fremde Serie eine produktbezogene Regelung, die nicht unter die einschränkende Auslegung der *Keck*-Formel fällt.

⁸⁴⁸ EuGH Slg. 1974, 837, Rn 5 „*Dassonville*“.

⁸⁴⁹ Schroeder, in: Streinz EUV/EGV, Art. 28 EGV Rn 39; Epiney, in: Europäische Grundrechte, § 8 Rn 32; Herdegen, § 16 Rn 6.

⁸⁵⁰ Siehe dazu Fn 688.

⁸⁵¹ EuGH Slg. 1993, I-6097, Rn 16 „*Keck und Mithouard*“.

⁸⁵² Haratsch/Koenig/Pechstein, Rn 734; Herdegen, § 16 Rn 11 S.274; Epiney, in: Europäische Grundrechte, § 8 Rn 39; Oppermann, § 19 Rn 26.

⁸⁵³ Ebenso Kur, FS für Ullmann, S.717, 721.

Die entscheidende Frage ist nun, ob sich diese Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit rechtfertigen lässt. Eine Verletzung des Art. 28 EGV ist ausgeschlossen, wenn der Eingriff in den Schutzbereich durch Gründe des gewerblichen und kommerziellen Eigentums kompensiert wird, Art. 30 S. 1 EGV.⁸⁵⁴ Von dieser ausdrücklich normierten Ausnahme vom Verbot des Art. 28 EGV werden unstreitig sämtliche Ausschließlichkeitsrechte, d.h. also die gewerblichen Schutzrechte sowie das Urheberrecht erfasst.⁸⁵⁵

Die Figur des Einschlebens in eine fremde Serie stellt nach hier vertretener Ansicht zwar einen unmittelbaren Nachahmungsschutz dar. Das ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass es sich in rechtsdogmatischer Hinsicht nicht um ein Ausschließlichkeitsrecht, sondern um eine Regelung zur Bekämpfung unlauterer Verhaltensweisen im Wettbewerb handelt. Die Verhinderung unlauterer Wettbewerbspraktiken zählt jedoch grundsätzlich nicht zu dem von Art. 30 EGV geschützten „gewerblichen und kommerziellen Eigentum“.⁸⁵⁶ Eine Rechtfertigung gem. Art. 30 S.1 EGV käme daher an sich nicht in Betracht.

Maßgeblich für die Qualifizierung als „gewerbliches und kommerzielles Eigentum“ ist dabei nicht die rechtsdogmatische Einstufung als Ausschließlichkeitsrecht, sondern vielmehr die Tatsache, dass dem Inhaber des Rechts eine „abwehrfähige Position“ eingeräumt wird.⁸⁵⁷ Eben dies ist beim Schutz von Serienerzeugnissen über die Rechtsfigur des Einschlebens in eine fremde Serie als unmittelbarem Nachahmungsschutz jedoch der Fall. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass es sich beim lauterkeitsrechtlichen Schutz von Serienprodukten um gewerbliches Eigentum handelt.

⁸⁵⁴ Diese Möglichkeit übersehen Altmeppen, ZIP 1997, 2069, 2074 sowie Sack, FS für Erdmann, S.697, 717, die ausschließlich auf die nicht gesetzlich geregelten, in der „Cassis de Dijon“-Rechtsprechung entwickelten Rechtfertigungstatbestände eingehen.

⁸⁵⁵ Becker, in: Schwarze EU-Kommentar, Art. 30 EGV Rn 23; Kingreen, in: Calliess/Ruffert EUV/EGV, Art. 28-30 EGV Rn 207; Schroeder, in: Streinz EUV/EGV, Art. 30 EGV Rn 19; Haratsch/Koenig/Pechstein, Rn 747 S. 307.

⁸⁵⁶ Becker, in: Schwarze EU-Kommentar, Art. 30 EGV Rn 24; kritisch allerdings Joliet, GRUR Int. 1994, 1, 12, der für eine Einbeziehung der Vorschriften des Wettbewerbsrechts in den Anwendungsbereich des Art. 36 EGV a.F. bzw. Art. 30 EGV n.F. plädiert.

⁸⁵⁷ Becker, in: Schwarze EU-Kommentar, Art. 30 EGV Rn 23 S.475.

Staatliche Maßnahmen zum Schutz gewerblichen und kommerziellen Eigentums sind jedoch nur insoweit von Art. 30 EGV erfasst, als sie zur Wahrung des spezifischen Rechtsgegenstands erforderlich sind.⁸⁵⁸ Das bedeutet nichts anderes als eine Überprüfung des Eingriffs am Maßstab der Verhältnismäßigkeit, bei der zwischen dem Interesse an der Ausübung des Rechts auf der einen und dem Interesse an der Freiheit des Warenverkehrs auf der anderen Seite abzuwägen ist.⁸⁵⁹

Der Regelungsgehalt der Rechtsfigur des Einschlebens in eine fremde Serie besteht darin, den Produzenten einer Serie vor der Imitation seiner Serienerzeugnisse zu bewahren, sodass es ihm vorbehalten bleibt, den gesamten sich aus der Serie ergebenden Ergänzungsbedarfs zu befriedigen. Der gemeinschaftsrechtlichen Warenfreiheit kommt jedoch eine überragende Bedeutung zu, was nicht zuletzt an der dezidierten Regelung im EG-Vertrag deutlich wird. Das Interesse an einem wettbewerblichen Schutz von Serienerzeugnissen, an deren besonderer Schutzwürdigkeit ohnehin erhebliche Zweifel bestehen,⁸⁶⁰ muss dahinter zurückstehen. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass die Rechtsfigur des Einschlebens in eine fremde Serie vom Anwendungsbereich des Art. 30 EGV gedeckt ist.⁸⁶¹ Der Eingriff in die Freiheit des Warenverkehrs lässt sich folglich nicht über Art. 30 EGV rechtfertigen.

Auch eine Rechtfertigung aufgrund zwingender Allgemeinwohlbelange, die außerhalb des Art. 30 EGV einen Eingriff in Art. 28 EGV legitimieren könnten,⁸⁶² scheidet aus. Zwar käme als rechtfertigender Umstand für die Gewährung eines wettbewerblichen Schutzes für Serienerzeugnisse grund-

⁸⁵⁸ Kingreen, in: Calliess/Ruffert EUV/EGV, Art. 28-30 EGV Rn 208; Becker, in: Schwarze EUV/EGV, Art. 30 EGV Rn 26; Schroeder, in: Streinz EUV/EGV, Art. 30 EGV Rn 22; Oppermann, § 19 Rn 35.

⁸⁵⁹ Oppermann, § 19 Rn 35.

⁸⁶⁰ Siehe Seite 232 ff.

⁸⁶¹ I.E. ebenso Riesenhuber, WRP 2005, 1118, 1123, allerdings nur hinsichtlich der streitgegenständlichen LEGO-Steine. Er hält einen wettbewerblichen Schutz für LEGO-Steine, dem Paradebeispiel eines Serienerzeugnisses, im Hinblick auf die mittlerweile abgelaufene Schutzfrist für unverhältnismäßig.

⁸⁶² Vgl. dazu Haratsch/Koenig/Pechstein, Rn 750 ff.

sätzlich die „Lauterkeit des Handelsverkehrs“ in Betracht.⁸⁶³ Jedoch müsste auch hier die Rechtfertigung an der fehlenden Verhältnismäßigkeit des Eingriffs scheitern.

Die Rechtsfigur des Einschlebens in eine fremde Serie verletzt daher Art. 28 EGV. Auch in diesem Punkt ist die Kritik des die Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Serie ablehnenden Schrifttums zutreffend.

5. Ablehnung der Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Serie

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die besseren Argumente gegen die von der Rechtsprechung entwickelte Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Serie sprechen. Ein unmittelbarer wettbewerblicher Schutz für Serienerzeugnisse lässt sich beim Vergleich mit den sonstigen Ergänzungsproduktgruppen nicht begründen, entbehrt einer tragfähigen dogmatischen Grundlage und verstößt zudem gegen europäisches Gemeinschaftsrecht. Ebenso wie bei den übrigen Ergänzungsprodukten ist es daher lauterkeitsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn ein Unternehmer die keinen Sonderrechtsschutz genießenden Serienartikel eines Konkurrenten nachahmt und dadurch den Absatz der Original-Serienerzeugnisse beeinträchtigt.

V. Zulässigkeit der Ausnutzung eines fremden Ergänzungsbedarfs

Für sämtliche Ergänzungsproduktarten gilt somit, dass es für sich genommen nicht wettbewerbswidrig ist, den von einem anderen geschaffenen Ergänzungsbedarf durch nachgeahmte Ergänzungsprodukte für sich auszunutzen. Solange zum Vertrieb imitierter Ergänzungsartikel keine weiteren, die Unlauterkeit begründenden Umstände hinzutreten, ist er wettbewerbsrechtlich unbedenklich.

⁸⁶³ Vgl. zu diesem Rechtfertigungsgrund Becker, in: Schwarze EUV/EGV, Art. 30 EGV Rn 50 ff.

F. Einordnung der einzelnen Ergänzungsprodukte

Nachfolgend soll erörtert werden, inwieweit die soeben herausgearbeiteten Erkenntnisse für die unterschiedlichen Ergänzungsproduktgruppen von Bedeutung sind, d.h. in welchem Maß ein direkter wettbewerblicher Schutz von Ergänzungsprodukten möglich ist.

I. Ersatzteile

Die wettbewerbliche Eigenart der Ersatzteile wird sich – wie bei sämtlichen Ergänzungsprodukten⁸⁶⁴ – nicht aus ihrer Fähigkeit, auf die betriebliche Herkunft hinzuweisen, sondern allenfalls aus sonstigen Besonderheiten des jeweiligen Erzeugnisses ergeben. Da jedoch nach der hier vertretenen Auffassung jede auch nur technisch bedingte Gestaltung einem lauterkeitsrechtlichen Schutz nicht zugänglich ist, wird ein solcher Schutz für Ersatzteile, die ihre Gestaltung zumeist ausschließlich ihrer technischen Funktion verdanken, im Regelfall ausscheiden. Sofern jedoch ein Ersatzteil ausnahmsweise doch eine über die technische Funktionalität hinausgehende, eigenartige Farb- und Formgebung aufweist, die es von Allerweltserzeugnissen abhebt, kommt ein direkter UWG-Nachahmungsschutz – unabhängig von Sichtbarkeit bei bestimmungsgemäßer Verwendung des Haupterzeugnisses – in Betracht.

Von maßgeblicher Bedeutung für einen Anspruch des Originalersatzteil-Unternehmers ist sodann die Frage, ob zur Vermarktung der nachgeahmten Ersatzteile zusätzliche Umstände hinzutreten. Da ein solch zusätzlicher Umstand nicht bereits darin zu erblicken ist, dass der Konkurrent den von einem anderen geschaffenen Ergänzungsbedarf zu seinen Gunsten ausnutzt und dadurch den Absatz der Original-Ersatzteile beeinträchtigt, und auch eine vermeidbare Herkunftstäuschung mangels Herkunftshinweis des Ersatzteils zumeist ausscheiden dürfte, wird sich die Unlauterkeit – wenn überhaupt – aus einer unangemessenen Rufbeeinträchtigung im Hinblick auf das Hauptprodukt ergeben. Sofern der Konkurrent also den Original-Erzeugnissen

⁸⁶⁴ Siehe dazu Seite 163 f.

nachgebildete Ersatzteile minderer Qualität anbietet und dadurch die Gefahr besteht, dass die Wertschätzung des Hauptprodukts Schaden nimmt, handelt dieser damit grundsätzlich wettbewerbswidrig. Den Vorwurf unlauteren Verhaltens kann der Konkurrent nur dadurch beseitigen, dass er einen ausreichend deutlichen Hinweis auf die vom Originalhersteller abweichende betriebliche Herkunft des Ersatzteils hinweist.

II. Zubehör

Die wettbewerbliche Eigenart eines Zubehörartikels wird sich wiederum zumeist nur daraus ergeben, dass er im Verkehr als besonders wahrgenommen wird. Sofern ein Zubehörstück technisch bedingte Elemente aufweist, scheidet freilich auch hier ein direkter wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz mangels wettbewerblicher Eigenart aus.

Hinsichtlich der zusätzlichen, die Unlauterkeit begründenden Umstände gilt das zur Gruppe der Ersatzteile Gesagte entsprechend. Die schlichte Ausnutzung des von einem anderen geschaffenen Ergänzungsbedarfs ist zulässig, eine vermeidbare Herkunftstäuschung scheidet in aller Regel aus. Praktische Bedeutung wird allein der unangemessenen Rufbeeinträchtigung im Hinblick auf das Hauptprodukt zukommen und hierbei der Frage, ob der Konkurrent hinreichend deutlich auf die Herkunft des nachgeahmten, minderwertigeren Zubehörstücks hingewiesen hat.

III. Verbrauchsmaterialien

Bei der Gruppe der Verbrauchsmaterialien werden erneut die Parallelen zu den Ersatzteilen deutlich. Auch Verbrauchserzeugnisse, die bestimmungsgemäß darauf gerichtet sind, die Funktionsfähigkeit der Hauptsache (wieder-) herzustellen, zeichnen sich durch eine überwiegend technische Gestaltung aus, sodass häufig bereits das Merkmal der wettbewerblichen Eigenart zu verneinen ist.

Nur soweit Verbrauchsmaterialien ausnahmsweise eine besondere, sie von Alltagsprodukten abhebende ästhetische Gestaltung aufweisen, kommt es

darauf an, ob eine zusätzlicher Umstand vorliegt, der es als unlauter erscheinen lässt, diese Verbrauchsmaterialien nachzuahmen. In diesem Punkt kann auf die entsprechenden Ausführungen zu den Ersatzteilen und zum Zubehör verwiesen werden.

IV. Serienerzeugnisse

In den Genuss eines direkten UWG-Schutzes gelangen auch Serienerzeugnisse nur, wenn sie wettbewerbliche Eigenart aufweisen. Sofern ein Serienprodukt – wie im Regelfall – nicht geeignet ist, als Herkunftshinweis zu fungieren, kann sich die wettbewerbliche Eigenart nur daraus ergeben, dass es eine sonstige Besonderheit aufweist, wobei hierbei technische Gestaltung unberücksichtigt bleiben.

Vermarktet ein Wettbewerber ein derart eigenartiges, nachgeahmtes Serienprodukt und nutzt damit den vom Originalhersteller entfachten Ergänzungsbedarf aus, dann begründet dieses Verhalten – entgegen der Rechtsprechung des *BGH* – ebenso wie bei allen anderen Ergänzungsprodukten für sich genommen noch nicht den Vorwurf der Unlauterkeit. Wettbewerbswidrig handelt ein Konkurrent nämlich auch hier i.d.R. nur dann, wenn er qualitativ minderwertigere Imitate anbietet und damit den Ruf der Original-Erzeugnisse unangemessen beeinträchtigt.

G. Indirekter Lauterkeitsschutz

Nachdem sich die bisherigen Ausführungen dem direkten Lauterkeitsschutz für Ergänzungsprodukte gewidmet haben, gilt es nun zu untersuchen, ob ein Ergänzungserzeugnis an dem zugunsten des Hauptprodukts gewährten UWG-Schutz teilnehmen kann. In Anlehnung an die bisherige Struktur der Arbeit ist auch hier zwischen dem Elementenschutz einerseits und dem indirekten Schutz in Analogie zu § 10 PatG zu unterscheiden.

I. Wettbewerbsrechtlicher Elementenschutz

Im Bereich des wettbewerblichen Elementenschutzes geht es darum festzustellen, ob Ergänzungsartikel, die Bestandteil des Hauptprodukts sind, an dem zugunsten des wettbewerblich eigenartigen Hauptprodukts gewährten lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz partizipieren können.

Ein derartiger Teilschutz wird grundsätzlich für möglich gehalten. Eine Nachahmung i.S.d. UWG liege nämlich nicht nur dann vor, wenn sämtliche Gestaltungsmerkmale des Originals übernommen würden. Auch eine nur teilweise Imitation könne wettbewerbsrechtliche Relevanz aufweisen, sofern es sich bei den nachgeahmten Teilen (im Hinblick auf die wettbewerbliche Eigenartigkeit des Gesamterzeugnisses) um wesentliche Elemente handle.⁸⁶⁵ Ein wettbewerbsrechtlicher Teilschutz setzt somit ebenfalls wettbewerbliche Eigenart des geschützten Teils voraus. Auch hinsichtlich der sonstigen Voraussetzungen bestehen keine Besonderheiten zum direkten Lauterkeitsschutz, sodass die Nachahmung eines solch wesentlichen Produktteils nur unlauter ist, wenn weitere, die Unlauterkeit begründende Umstände hinzutreten.

Da ein wettbewerblicher Elementenschutz demnach ohnehin nur eingreift, wenn hinsichtlich des jeweiligen Hauptproduktteils die Voraussetzungen eines direkten wettbewerblichen Schutzes vorliegen, und somit kein „Mehr“ an Schutz gewährt wird, soll auf diesen Bereich eines indirekten wettbewerblichen Schutzes – mangels praktischer Relevanz – nicht weiter eingegangen werden.⁸⁶⁶

⁸⁶⁵ BGHZ 141, 329, 340 „Tele-Info-CD“; Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 9.34; Götting, in: Fezer UWG I, § 4-9 Rn 40; Emmerich, § 11 II 2 S.187; Götting, Wettbewerbsrecht, § 11 Rn 28; Lettl, UWG, Rn 331 S.134.

⁸⁶⁶ Im Bereich der speziellen Leistungsschutzrechte ist der Teilschutz hingegen grundsätzlich von größerer Bedeutung, da hier Bestandteile in den Schutz des Ausschließlichkeitsrechts einbezogen werden, ohne dass speziell für diese das formelle Verfahren zur Erteilung des Schutzrechts eingehalten werden muss.

II. § 10 PatG analog?

Zu guter Letzt bleibt zu klären, ob es in Analogie zu § 10 PatG wettbewerbsrechtlich zu beanstanden ist, wenn ein Unternehmer unberechtigter Weise Ergänzungsprodukte vertreibt, die sich auf ein wesentliches Element der lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz genießenden Hauptsache beziehen.

So verlockend dieser Ansatz auf den ersten Blick auch erscheint, so wenig vermag er zu überzeugen. In Anbetracht der Tatsache, dass der Regelung des § 10 PatG der Schutz der Leistung als solcher zu Grunde liegt, sich ein derartiger unmittelbarer Leistungsschutz jedoch im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb verbietet,⁸⁶⁷ fehlt es an der für einen Analogieschluss erforderlichen Vergleichbarkeit der Interessenlage. Ein Vertriebsverbot wesentlicher Elemente gem. § 10 PatG analog existiert folglich nicht.

III. Einordnung der einzelnen Ergänzungsprodukte

Ein indirekter Schutz von Ergänzungsprodukten durch das UWG ist wenig Erfolg versprechend. Zum einen ist eine unmittelbare Verletzungshandlung nur gegeben, wenn hinsichtlich des nachgeahmten Hauptproduktteils sämtliche Voraussetzungen des direkten Schutzes gegeben sind, sodass insoweit kein weiterreichender Schutz gewährt wird. Zum anderen scheidet mangels Analogie zu § 10 PatG ein indirekter Schutz im Wege einer mittelbaren Verletzung generell aus.

F. Zusammenfassung

Wenn es darum geht, den sich aus einem Erzeugnis ergebenden Ergänzungsbedarf mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts abzusichern, bietet sich in erster Linie der direkte lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz an. Grundsätzlich kommt ein solcher Schutz für sämtliche Arten von Ergänzungsprodukten in Betracht. Allerdings wird ein UWG-Nachahmungsschutz für Ersatzteile und Verbrauchsmaterialien zumeist ausscheiden, da ihre

⁸⁶⁷ Siehe Seite 275 ff.

Form überwiegend allein auf ihrer technischen Funktion beruht und nach der hier vertretenen Auffassung bereits lediglich technisch bedingte Gestaltungen vom wettbewerblichen Schutz ausgenommen sind.

Wettbewerbswidrig handelt ein imitierender Konkurrent jedoch nur, wenn zur Nachahmung weitere Umstände hinzutreten. Im Fall der Ergänzungsprodukte kommt als solcher Umstand insbesondere die unangemessene Rufbeeinträchtigung in Betracht, wenn die nachgeahmten Ergänzungsartikel nicht dem Qualitätsstandard der Originalerzeugnisse entsprechen. Nur die Ausnutzung des von einem fremden Erzeugnis verursachten Ergänzungsbedarfs ist für sich gesehen jedenfalls wettbewerbsrechtlich unbedenklich.

Ein indirekter Schutz durch das Wettbewerbsrecht bietet demgegenüber keine weiteren Möglichkeiten, um das Bedürfnis eines Hauptartikels nach Ergänzung und Erweiterung abzusichern.

Schlussbetrachtung

Die Aufgabe der vorliegenden Arbeit bestand darin zu untersuchen, inwieweit es für einen Unternehmern möglich ist, das sich aus seinem Produkt ergebende Bedürfnis nach Vervollständigung bzw. Erweiterung durch Ersatzteile, Zubehör, Serienerzeugnisse oder Verbrauchsmaterialien vor der Konkurrenz abzusichern. Im Zentrum der Betrachtungen stand dabei die Frage, in welchem Umfang der Wettbewerber dagegen vorgehen kann, dass andere Unternehmen die von ihm vertriebenen und zu seinem Hauptprodukt kompatiblen Ergänzungsartikel herstellen und auf dem Markt anbieten. Ausgehend vom grundsätzlichen Verhältnis von Nachahmungsfreiheit und Schutz vor Nachahmung galt es zu überprüfen, in welchem Maß das geltende Recht durch die sondergesetzlichen Schutzrechte einerseits und durch das UWG andererseits Ergänzungsprodukten Schutz vor imitatorischem Wettbewerb bietet. Im Rahmen dieser Untersuchung war daher zu klären, inwieweit die vier Ergänzungsproduktgruppen nach diesen Vorschriften vor imitatorischem Wettbewerb bewahrt werden. Dabei musste zwischen dem direkten Schutz, bei welchem der Ergänzungsartikel selbst den Gegenstand des Schutzrechts bildet, und dem indirekten Schutz, bei welchem das Ergänzungsprodukt lediglich an dem zugunsten der Hauptware gewährten Schutzrecht teilnimmt, unterschieden werden.

Der Schutz von Ergänzungsprodukten ist zunächst durch die technischen Sondergesetze des Patent- und Gebrauchsmusterrechts möglich. Im Hinblick auf die hohen Anforderungen an die Erteilung eines Schutzrechts wird zugunsten des Ergänzungsartikels selbst jedoch nur ausnahmsweise ein Patent oder Gebrauchsmuster gewährt werden. Vom indirekten Patent- und Gebrauchsmusterschutz generell ausgenommen sind lediglich vollkommen eigenständige Zusatzprodukte sowie Serienerzeugnisse. Für die sonstigen Ergänzungsprodukte hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, ob ein indirekter Schutz gem. § 10 PatG (analog) durchgreift oder das Verbotrecht des Schutzrechtsinhabers erschöpft ist.

Daneben besteht grundsätzlich die Möglichkeit, dass zugunsten eines Ergänzungserzeugnisses ein Geschmacksmuster gewährt wird. Der Umstand,

dass Ergänzungsprodukte bei der späteren Verwendung im Haupterzeugnis nicht mehr sichtbar sind, steht einem solchen direkten Musterschutz nicht im Wege, da es darauf entgegen § 4 GeschmMG nicht ankommt. Allerdings werden Ersatzteile und Verbrauchsmaterialien, deren Form zumeist allein auf der technischen Funktionalität und Verbindbarkeit mit der Hauptsache beruht, wegen § 3 Abs.1 GeschmMG seltener selbst Gegenstand eines auf die besondere Farb- und Formgebung abstellenden Geschmacksmusters. Der Ausschlussgrund des § 3 Abs.1 Nr.1 GeschmMG nimmt jedoch nur technische zwingende Gestaltungen vom Musterschutz aus. Sofern sich Ersatzteile ausnahmsweise auch durch eine besondere Farb- oder Formgebung auszeichnen, kommt es für deren Schützbarkeit allerdings auf das GeschmMG a.F. an, § 67 GeschmMG. Vom indirekten Geschmacksmusterschutz generell ausgeschlossen sind ebenso wie im Bereich der technischen Schutzrechte wiederum eigenständige Zusatzgeräte und Serienprodukte. Bei den übrigen Ergänzungsartikeln ist im Wesentlichen im Einzelfall zu untersuchen, ob das Ausschließlichkeitsrecht des Inhabers durchgreift oder ausnahmsweise erschöpft ist. In dogmatischer Hinsicht ist jedoch zu bemerken, dass sich auch der indirekte Gebrauchsmusterschutz von Ersatzteilen nach den Vorschriften des GeschmMG a.F. richtet.

Das Markenrecht bietet demgegenüber im Regelfall keiner der vier Ergänzungsproduktgruppen einen effektiven Nachahmungsschutz. So scheidet ein direkter markenrechtlicher Formenschutz zum einen an den im Hinblick auf den zeitlich unbegrenzten Markenschutz weit auszulegenden Schutzschranken des § 3 Abs.2 Nr.2 und 3 MarkenG und zum andern an der zumeist fehlenden konkreten Unterscheidungskraft der Ergänzungsartikel. Auch ein indirekter Markenschutz scheidet wegen der untergeordneten Bedeutung der Ergänzungserzeugnisse für die Herkunftsfunktion regelmäßig aus.

Schließlich bietet sich auch das Wettbewerbsrecht an, um Ergänzungsprodukte vor imitatorischem Verhalten der Konkurrenz zu bewahren. Im Mittelpunkt steht dabei der direkte Schutz, dem grundsätzlich sämtliche Ergänzungsproduktgruppen zugänglich sind. Allerdings kommt technisch bedingten Gestaltungen keine wettbewerbliche Eigenart zu, wovon erneut insbesondere die ihre Gestaltung häufig allein der technischen Funktion verdan-

kenden Ersatzteile und Verbrauchsmaterialien betroffen sind. Zu fremden Hauptprodukten kompatible Ergänzungsartikel nachzuahmen und anzubieten, ist für sich gesehen jedoch – auch im Fall der Serienerzeugnisse – noch nicht wettbewerbswidrig. Ein Konkurrent verhält sich erst dann unlauter, wenn zu diesem Verhalten weitere, die Unzulässigkeit begründende Umstände hinzutreten. Ein solcher Umstand ist im Fall der Ergänzungsprodukte insbesondere dann gegeben, wenn der Konkurrent bei den nachgeahmten Erzeugnissen die Qualität der Original-Ergänzungsprodukte unterschreitet und damit den guten Ruf des Hauptartikels in unangemessener Weise beeinträchtigt.