

Lauterkeitsrecht

Lettl

4. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-74583-6
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

§ 4 Nr. 3 UWG
Lauterkeitsrechtlicher Leistungsschutz

Waren oder Dienstleistungen
(mit wettbewerblicher Eigenart)
eines Mitbewerbers

+

Nachahmung

+

Anbieten

+

Besondere Umstände:
§ 4 Nr. 3 Buchst. a, b oder c UWG

§ 4 Nr. 3 UWG regelt die Fallgruppe des **lauterkeitsrechtlichen** 30
Nachahmungsschutzes eines Mitbewerbers (§ 2 Abs. 1 Nr. 3
 UWG) vor Ausbeutung von ihm geschaffener, also für den Nach-
 ahmenden fremden Leistungen, nicht aber den Leistungsschutz sons-
 tiger Marktteilnehmer (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG). Diese Regelung
 schützt individuelle Leistungen vor den in § 4 Nr. 3 Buchst. a bis c
 UWG genannten Nachahmungshandlungen, begründet aber kein
 Ausschließlichkeitsrecht zum Zwecke des absoluten Schutzes des
 Schöpfers vor Nachahmung.⁷⁴ Für einen solchen Schutz bestehen
 nämlich spezialgesetzliche Regelungen (Sonderschutzrechte).⁷⁵ Hier-
 von sind vor allem das DesignG, das MarkenG, das PatG und das

⁷⁴ Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler UWG § 4 Rn. 3.4.
⁷⁵ Vgl. Begr. RegE UWG zu § 4 Nr. 9, BT-Drs. 15/1487, 18.

UrhG hervorzuheben, die jedoch lediglich einen zeitlich begrenzten Schutz gewähren. § 4 Nr. 3 UWG regelt hingegen wie das gesamte UWG allein das Marktverhalten.⁷⁶ Der lauterkeitsrechtliche Leistungsschutz ist nach Schutzzweck, aber auch Voraussetzungen und Rechtsfolgen anders als die Sonderschutzrechte ausgestaltet. Denn ist Schutzgegenstand des Sonderrechtsschutzes die jeweilige Leistung als solche, zielt das UWG allein auf die Lauterkeit des Marktverhaltens ab. Anders als die Sonderschutzrechte setzt der lauterkeitsrechtliche Schutz deshalb nicht nur eine Nachahmung, sondern darüber hinaus einen besonderen lauterkeitsrechtlichen Umstand voraus (§ 4 Nr. 3 Buchst. a bis c UWG). Ansprüche wegen Verstoßes gegen § 4 Nr. 3 UWG können daher **unabhängig** vom Bestehen von Ansprüchen aus einem **Sonderschutzrecht** bestehen, wenn ein solcher besonderer Umstand gegeben ist.⁷⁷

- 31 Die wirtschaftliche Betätigung des Einzelnen außerhalb der Sonderregelungen des gewerblichen Rechtsschutzes ist grundsätzlich frei,⁷⁸ auch wenn die Entwicklung des nachgeahmten Produkts mit hohem Arbeits- und Kostenaufwand verbunden war. § 4 Nr. 3 UWG stellt diese **Nachahmungsfreiheit** nicht in Frage.⁷⁹ Andernfalls käme der Fortschritt zum Erliegen.⁸⁰ Das bloße Nachahmen einer nicht unter Sonderrechtsschutz stehenden Leistung ist daher grundsätzlich nicht unlauter.⁸¹ Dies gilt auch für den identischen Nachbau fremder technischer Leistungen.⁸² Die Nachahmung einer fremden Leistung ist vielmehr nur unter zusätzlichen besonderen Umständen unlauter (§ 4 Nr. 3 Buchst. a bis c UWG).

b) Auslegung

- 32 **aa) Tatbestandsvoraussetzungen.** Der Tatbestand des § 4 Nr. 3 UWG setzt voraus, dass ein Unternehmen (1) die Ware oder Dienstleistung eines Mitbewerbers, die (2) wettbewerbliche Eigenart aufweist (ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal), (3) nachahmt sowie (4) auf dem Markt anbietet und (5) besondere, die Unlauterkeit be-

76 BGH GRUR 2005, 349 (352) – Klemmbausteine III.

77 BGHZ 210, 144 Rn. 37 – Segmentstruktur.

78 Begr. RegE UWG zu § 4 Nr. 9, BT-Drs. 15/1487, 18; HK-UWG/Nordemann § 4 Nr. 9 Rn. 9.3.

79 BGHZ 210, 144 Rn. 77 – Segmentstruktur.

80 BGH GRUR 2000, 521 (526) – Vakuumpumpen.

81 Begr. RegE UWG zu § 4 Nr. 9, BT-Drs. 15/1487, 18.

82 BGH GRUR 2003, 356 (357) – Präzisionsmessgeräte.

gründende Umstände wie nach § 4 Nr. 3 Buchst. a bis Buchst. c UWG gegeben sind.

Zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart, der Art und Weise der Nachahmung und den besonderen wettbewerblichen Umständen besteht eine **Wechselwirkung**.⁸³ Die Anforderungen an ein Merkmal hängen davon ab, in welchem Maße die anderen Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind.⁸⁴ Je größer die wettbewerbliche Eigenart und/oder je höher der Grad der Nachahmung ist, desto geringer sind die Anforderungen an die besonderen Umstände, die die Unlauterkeit begründen.⁸⁵

bb) Objektiver Tatbestand. (1) Waren und Dienstleistungen eines Mitbewerbers. Geschützter Mitbewerber ist grundsätzlich der **Hersteller des Originals**, also die Person, die das Produkt eigenverantwortlich herstellt oder von einem Dritten herstellen lässt und die Entscheidung über das Inverkehrbringen des Produkts trifft.⁸⁶ Um keine Leistung eines Mitbewerbers handelt es sich dann, wenn eine Leistung wie die Bezeichnung „Tupper(ware)party“ lediglich auf der Verwendung durch die Marktteilnehmer der Marktgegenseite beruht, auch wenn das Unternehmen (Tupper) diese Bezeichnung sodann übernimmt.⁸⁷ § 4 Nr. 3 UWG bezieht sich nach seinem Wortlaut nur auf Waren und Dienstleistungen. Doch sind diese Begriffe weit auszulegen.⁸⁸ Erfasst sind daher Leistungs- und Arbeitsergebnisse **jeder Art**.⁸⁹

Beispiele: Verpackungen wie Parfümflasche; technische und nichttechnische Erzeugnisse⁹⁰; Zusammenstellung von Daten wie ein Telefonbuch⁹¹.

Auch Leistungen, die dem Absatz von Waren oder Dienstleistungen dienen, können **Gegenstand** des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes sein.

83 BGH GRUR 2016, 725 Rn. 12 – Pippi-Langstrumpf-Kostüm II; BGHZ 210, 144 Rn. 40 – Segmentstruktur.

84 BGH GRUR 2005, 166 (167) – Puppenausstattungen.

85 BGH GRUR 2002, 629 (631) – Blendesegel.

86 BGH GRUR 2016, 730 Rn. 21 – Herrnhuter Stern; BGHZ 210, 144 Rn. 37 – Segmentstruktur.

87 BGH GRUR 2003, 973 (974) – Tupperwareparty.

88 BGHZ 210, 144 Rn. 44 – Segmentstruktur.

89 BGH GRUR 2015, 1214 Rn. 73 – Goldbären; BGHZ 210, 144 Rn. 44 – Segmentstruktur.

90 BGH WRP 2002, 1054 (1056) – Bremszangen.

91 BGH GRUR 1999, 923 (924) – Tele-Info-CD.

Beispiele: Verkörperte Werbemittel wie Kataloge, Preislisten, Muster und Prospekte;⁹² Werbesprüche wie „Wärme fürs Leben“ als Werbung für Heizleistungen;⁹³ Fotografien; Typenbezeichnungen; Farbkombinationen⁹⁴.

- 36 Der Nachahmungsschutz durch das Lauterkeitsrecht bezieht sich aber immer nur auf die **konkrete Gestaltung** einer Leistung, nicht auf die dahinter stehende abstrakte Idee.⁹⁵ Solche Ideen können zwar Geschäftsgeheimnisse sein, genießen aber keinen Schutz durch § 4 Nr. 3 UWG.⁹⁶ Dies gilt auch für sonstige allgemeine Gedanken oder Lehren wie Stil, Technik oder Methode.⁹⁷

Beispiel: Die Idee, für eine typische Spielsituation Puppen mit dem entsprechenden Zubehör herzustellen und zu vertreiben, kann im Interesse der Freiheit des Wettbewerbs grundsätzlich keinen Schutz genießen.⁹⁸ Die Darstellung einer Mutter in einer Spielsituation mit Vierlingen im Säuglingsalter als solche unter Beigabe von nahe liegendem Zubehör wie Tragetasche, Tragegestell und Fläschchen ist danach nicht geschützt (vgl. Fall).

- 37 Allgemeine Gedanken oder Lehren sollen im **Interesse der Allgemeinheit** frei zugänglich bleiben und nicht zu Gunsten eines Marktteilnehmers monopolisiert sein.⁹⁹
- 38 (2) **Wettbewerbliche Eigenart der nachgeahmten Leistung.**
 (a) **Voraussetzungen.** Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor Nachahmung besteht nicht für „Allerweltserzeugnisse“, bei denen die maßgebliche Durchschnittsperson nicht auf ihre Herkunft achtet. Es besteht daher der Grundsatz der **Nachahmungsfreiheit** (Rn. 31). In § 4 Nr. 3 Buchst. b UWG findet dieser Grundsatz darin Ausdruck, dass die Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung der nachgeahmten Leistung *unangemessen* sein muss. Daraus ergibt sich allgemein, dass der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz nur für bestimmte Leistungen besteht. Diese Begrenzung erfolgt dadurch, dass nur solche Leistungen geschützt sind, die eine „gewisse wettbewerbliche Eigenart“ aufweisen.¹⁰⁰
- 39 Wettbewerbliche Eigenart liegt vor, wenn die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale der Leistung geeignet ist/sind, die

92 BGH GRUR 1961, 85 (89f.) – Piffikus-Dose.

93 BGH GRUR 1997, 308 (309f.) – Wärme fürs Leben.

94 BGH GRUR 1997, 754 (756) – grau/magenta.

95 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler UWG § 4 Rn. 3.23.

96 StRspr; vgl. nur BGH GRUR 2002, 629 (633) – Blindseegel.

97 BGH GRUR 1979, 119 (120) – Modeschmuck.

98 BGH GRUR 2005, 166 (168) – Puppenausstattungen.

99 BGH GRUR 2003, 359 (361) – Pflegebett.

100 Begr. RegE UWG zu § 4 Nr. 9 Buchst. a, BT-Drs. 15/1487, 18.

maßgebliche Durchschnittsperson auf **(aa)** ihre betriebliche Herkunft oder **(bb)** ihre Besonderheiten hinzuweisen.¹⁰¹ Das Produkt muss also geeignet sein, eine Leistung **individualisierend** herauszustellen. Hierfür genügt, dass die maßgebliche Durchschnittsperson aufgrund der Ausgestaltung oder der Merkmale des Produkts die Vorstellung hat, dieses könne nur von einem bestimmten Anbieter stammen.¹⁰² Die wettbewerbliche Eigenart kann sich auch aus Merkmalen ergeben, die durch den Gebrauchszweck bedingt, aber willkürlich wählbar und austauschbar sind. Der Grad der wettbewerblichen Eigenart eines Produkts kann durch seine tatsächliche Bekanntheit gestärkt sein.¹⁰³ Wettbewerbliche Eigenart setzt aber nicht die Bekanntheit des nachgeahmten Produkts voraus.¹⁰⁴ Das Vorliegen einer Schöpfung im Sinne von § 2 Abs. 2 UrhG oder § 4 Abs. 2 UrhG ist für wettbewerbliche Eigenart iSd § 4 Nr. 3 UWG nicht erforderlich.¹⁰⁵

Bei bloß **teilweiser Nachahmung** der Leistung eines Mitbewerbers muss gerade der nachgeahmte Teil wettbewerbliche Eigenart aufweisen.¹⁰⁶

(b) Feststellung. Das Bestehen wettbewerblicher Eigenart ist anhand aller **Umstände des Einzelfalls** zu prüfen. Entscheidend ist der Gesamteindruck einer Gestaltung.¹⁰⁷ So kann die wettbewerbliche Eigenart einer Leistung in der Kennzeichnung eines Produkts liegen,¹⁰⁸ wobei aber ein vorrangiger Markenrechtsschutz zu berücksichtigen ist. Sie kann sich außerdem aus ihren ästhetischen Merkmalen (zB Design)¹⁰⁹, ausnahmsweise auch aus ihren technischen Merkmalen¹¹⁰ ergeben.

Beispiel: *Barbie*-Puppen als solche sowie deren Ausstattungen wie *Baby Sitter Skipper* weisen aufgrund der individuellen Ausgestaltung ihrer Einzel-elemente und ihrer Zusammenstellung die erforderliche wettbewerbliche Eigenart auf¹¹¹ (vgl. Fall).

101 BGH GRUR 2006, 79 Rn. 21 – Jeans; BGHZ 210, 144 Rn. 44 – Segmentstruktur.

102 BGH GRUR 2007, 984 Rn. 23 – Gartenliege.

103 BGHZ 210, 144 Rn. 55 – Segmentstruktur.

104 BGH GRUR 2005, 600 (602) – Handtuchklemmen.

105 BGHZ 210, 144 Rn. 56 – Segmentstruktur (für § 4 Abs. 2 UrhG).

106 BGH GRUR 1999, 923, (927) – Tele-Info-CD.

107 BGHZ 210, 144 Rn. 59 – Segmentstruktur.

108 BGH GRUR 2003, 973 (974) – Tupperwareparty.

109 BGH GRUR 1985, 876 (877) – Tchibo/Rolux I.

110 BGH GRUR 2000, 521 (523) – Modulgerüst.

111 BGH WRP 2005, 88 (90) – Puppenausstattungen.

- 42 Die als neu empfundene **Kombination** bekannter Gestaltungselemente kann wettbewerbliche Eigenart begründen.¹¹²
- 43 (3) **Nachahmung.** Eine Nachahmung iSd § 4 Nr. 3 UWG setzt voraus, dass es ein **Original** gibt, das in irgendeiner Weise als Vorbild für die Schaffung einer **anderen, ähnlichen Leistung** dient. Es bedarf also stets des Vorliegens von zwei Leistungen. Voraussetzung für eine Nachahmung iSd § 4 Nr. 3 UWG ist weiterhin, dass dem Hersteller zum Zeitpunkt der Schaffung des beanstandeten Produkts das Vorbild bekannt ist.¹¹³ Fehlt es daran und handelt es sich bei der beanstandeten Gestaltung um eine selbständige („Zweit“-)Entwicklung, kommt eine Nachahmung schon begrifflich nicht in Betracht.¹¹⁴ Außerdem muss das beanstandete Produkt oder ein Teil davon mit dem Originalprodukt übereinstimmen oder ihm zumindest so ähneln, dass es sich nach dem Gesamteindruck wiedererkennen lässt.¹¹⁵ Darüber hinaus muss die fremde Leistung als eigene Leistung angeboten werden. Für die Beurteilung der **Ähnlichkeit** beider Produkte ist deren Gesamtwirkung entscheidend. Dabei ist zu prüfen, ob gerade die übernommenen Gestaltungsmerkmale die wettbewerbliche Eigenart des Originalprodukts begründen.¹¹⁶ Auf Grund der Merkmale, die die wettbewerbliche Eigenart des Originalprodukts begründen, ist der Grad der Nachahmung festzustellen.¹¹⁷ Es sind **drei Formen der Nachahmung** zu unterscheiden: (a) Die stärkste Form der Nachahmung ist die unveränderte Nachbildung des Originals etwa mit Hilfe technischer Vervielfältigungsverfahren.¹¹⁸

Beispiele: Kopieren oder Einscannen eines Textes.

- 44 (b) Der unveränderten Nachbildung ist die identische oder fast identische **Nachbildung** gleichzustellen.¹¹⁹

Beispiel: Abschreiben eines Textes.

- 45 (c) Die **nachschaffende Übernahme** (Anlehnung) übernimmt die Leistung eines Mitbewerbers nicht unmittelbar oder fast identisch, sondern bildet das Vorbild für eine mehr oder weniger angelehnte ei-

112 BGH GRUR 2006, 79 Rn. 26 – Jeans I.

113 BGHZ 210, 144 Rn. 64 – Segmentstruktur.

114 BGHZ 210, 144 Rn. 64 – Segmentstruktur.

115 BGHZ 210, 144 Rn. 64 – Segmentstruktur.

116 BGHZ 210, 144 Rn. 58 – Segmentstruktur.

117 BGHZ 210, 144 Rn. 64 – Segmentstruktur.

118 BGH GRUR 1999, 923 (927) – Tele-Info-CD.

119 StDRspr; vgl. nur BGH GRUR 1996, 210 (211) – Vakuumpumpen.

gene Leistung des Übernehmers.¹²⁰ Dafür genügt die Nachahmung wesentlicher Merkmale des Originals, die das Vorbild noch erkennen lassen.¹²¹

Beispiel: Einfügen eigener Formulierungen in einen fremden Text.

Die **Verwendung einer fremden Leistung selbst** stellt indes von vornherein keine Nachahmung iSd § 4 Nr. 3 UWG dar,¹²² weil dann nicht zwei Leistungen (Original einerseits und andere, ähnliche Leistung andererseits; vgl. Rn. 43), also zwei Leistungen gegeben sind, sondern lediglich eine einzige Leistung – nämlich das Original – vorliegt. Hinzu kommt, dass § 4 Nr. 3 UWG anders als Sonderrechtsschutz (zB UrhG) kein Ausschließlichkeitsrecht begründet und nicht das „ob“ der Nachahmung, sondern lediglich deren „wie“ (Verhalten bei Herstellung und/oder Vermarktung) betrifft.

Beispiel: Die Aufnahme eines Verbandsliga-Fußballspiels von einer allgemein zugänglichen Stelle und die Einstellung von Ausschnitten dieses Spiels in ein Internetportal stellt keine Nachahmung des Fußballspiels iSd § 4 Nr. 3 UWG, sondern die Verwendung einer fremden Leistung des veranstaltenden Fußballverbandes dar.¹²³ Es gibt keine zwei Leistungen, sondern nur das Original (= Fußballspiel). Auch liegt kein Verstoß gegen § 4 Nr. 4 UWG und § 3 Abs. 1 UWG (Rückgriff auf generalklauselartige Unlauterkeit) vor.¹²⁴ Denn dem Veranstalter eines Sportereignisses steht – anders als dem Veranstalter der Darbietung eines ausübenden Künstlers (§ 81 UrhG) – kein verwandtes Schutzrecht zu.¹²⁵ Außerdem stellt das Sportereignis als solches noch keinen wirtschaftlichen Wert dar.¹²⁶ In Betracht kommt alleine eine Ausübung des Hausrechts, mit der der Veranstalter Dritte vom Zugang zu einem von ihm veranstalteten Sportereignis ausschließen kann. Aus den genannten Gründen besteht auch kein Unterlassungsanspruch nach den §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB.

Von vornherein keine Leistungsübernahme liegt vor, wenn der Anbieter nicht die Leistung eines Dritten vermarktet, sondern eine **eigene Leistung** anbietet. 47

Beispiele: Keine Leistungsübernahme liegt vor, wenn **Hyperlinks** einen Zugriff auf fremde Informationen wie Auszüge aus Tageszeitungen im Internet ermöglichen, die ein anderer Diensteanbieter wie ein Verlag im Internet öf-

120 BGH GRUR 1958, 97 (98) – Gartensessel.

121 BGH GRUR 1963, 152 (155) – Rotaprint.

122 BGH WRP 2011, 561 Rn. 17 – Hartplatzhelden.de; *Emmerich* JuS 2012, 258.

123 BGH WRP 2011, 561 Rn. 16 – Hartplatzhelden.de; *Emmerich* JuS 2012, 258.

124 BGH WRP 2011, 561 Rn. 33, 19 – Hartplatzhelden.de; *Emmerich* JuS 2012, 258.

125 BGHZ 110, 371 (383) – Sportübertragungen.

126 BGHZ 165, 62 (73) – Hörfunkrechte.

fentlich zugänglich macht.¹²⁷ Denn der Anbieter der Hyperlinks erleichtert lediglich den Zugriff auf für alle Marktteilnehmer frei zugängliche Informationen.

Das Angebot einer eigenen Leistung und keine Leistungsübernahme ist gegeben, wenn eine Bank auf einen Aktienindex wie den **DAX** (Index für die Entwicklung des Werts der Aktien großer Unternehmen) als Bezugsgröße für die Wertentwicklung ihrer Finanzprodukte verweist.¹²⁸ Denn die Leistungen einer Bank, die keinen eigenen Aktienindex herausgibt, sondern eigene Finanzprodukte anbietet, sind mit den Dienstleistungen der Deutschen Börse nicht vergleichbar. Der DAX bildet nur einen Referenzwert für die Festlegung der Höhe der Forderung des Gläubigers der Bank am Stichtag.

- 48 Für die Bestimmung des **Grades der Anlehnung** an ein fremdes Zeichen kommt es entscheidend auf die Ähnlichkeit der Zeichen nach dem jeweiligen Gesamteindruck an.¹²⁹

Beispiel: Der Gesamteindruck der Bezeichnung „Leifheit TopParty“ ist durch den Bestandteil „TopParty“ geprägt, weil der Bestandteil „Leifheit“ sich lediglich auf das damit benannte Unternehmen bezieht.¹³⁰ Die Bezeichnung „TopParty“ enthält keine lauterkeitsrechtlich relevante Anlehnung an die Bezeichnung „Tupperparty“.

- 49 Die Unterscheidung der Nachahmungsform ist im Rahmen der **Wechselwirkung**¹³¹ der Tatbestandsmerkmale des § 4 Nr. 3 UWG von Bedeutung.¹³² Denn je mehr die Nachahmung dem Original gleichkommt, desto geringere Anforderungen sind an die weiteren Umstände zu stellen.¹³³

- 50 (4) **Anbieten.** Anbieten bedeutet jede Handlung, die mit **Außenwirkung** auf den Absatz der Nachahmung gerichtet ist.¹³⁴ Dazu zählt bereits die Werbung für die Nachahmung oder deren Auslieferung an den Zwischenhändler,¹³⁵ nicht aber bereits die Herstellung der Nachahmung.

- 51 (5) **Besondere Umstände.** (a) **Vermeidbare Herkunftstäuschung** (§ 4 Nr. 3 Buchst. a UWG). (aa) **Tatbestand.** Nach § 4 Nr. 3 Buchst. a UWG handelt unlauter, wer Waren oder Dienstleistungen anbietet,

127 BGH GRUR 2003, 958 (963) – Paperboy.

128 BGH WRP 2009, 1526 Rn. 43 – DAX.

129 BGH GRUR 2003, 973 (975) – Tupperwareparty.

130 BGH GRUR 2003, 973 (975) – Tupperwareparty.

131 Vgl. dazu schon → Rn. 33.

132 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler UWG § 4 Rn. 3.26.

133 BGH GRUR 1999, 923 (927) – Tele-Info-CD.

134 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler UWG § 4 Rn. 3.39.

135 BGH WRP 2003, 1220 (1221) – Alt Luxemburg.