

Examenskurse/Referendariat

Wettbewerbs- und Kartellrecht, Gewerblicher Rechtsschutz

Examenskurs für Rechtsreferendare

von

Prof. Dr. Helmut Haberstumpf, Stephan Husemann

6. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 67766 3

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

- bei Einwilligung des Rechtsinhaber in die Löschung gem. § 9 oder § 33 Abs. 2 S. 2 DesignG (Nr. 4) ex tunc
- auf Grund eines unanfechtbaren Beschlusses oder rechtskräftigen Urteils über die Feststellung oder Erklärung der Nichtigkeit gem. § 33 Abs. 3 DesignG (Nr. 5) ex tunc.

Die **materiellen Schutzvoraussetzungen** der Neuheit und Eigenart sind gesondert zu beurteilen. Ein Muster ist neu, wenn vor dem Anmeldetag kein identisches Design, d.h. kein Design, das sich nur in unwesentlichen Merkmalen von dem angemeldeten unterscheidet, offenbart worden ist (§ 2 Abs. 2 DesignG). Die **Neuheitsprüfung** ist an Hand eines Einzelvergleichs mit jedem bekanntem Design durchzuführen. Ein Design hat **Eigenart**, wenn sich der Gesamteindruck, den es beim informierten Benutzer hervorruft, von dem Gesamteindruck unterscheidet, den ein anderes Design bei diesem Benutzer hervorruft, das vor dem Anmeldetag offenbart worden ist (§ 2 Abs. 3 DesignG). Auch hier muss ein Einzelvergleich mit allen vorbekannten Mustern des Formenschatzes vorgenommen werden. Generell sind keine hohen Anforderungen an den Grad der Unterschiedlichkeit zu stellen. Maßgebend ist vor allen, welches Maß an Gestaltungsfreiheit dem Entwerfer zustand (§ 2 Abs. 3 S. 2 DesignG). Dies hat auf dicht besetzten Gebieten zur Folge, dass seine Gestaltung auch dann Eigenart aufweisen kann, wenn es sich verhältnismäßig geringfügig von vorbekannten Gestaltungen unterscheidet. Auf eine Gestaltungshöhe oder andere qualitative Kriterien kommt es nicht an. Der Begriff der Offenbarung ist in § 5 DesignG definiert. Bei der Prüfung der Neuheit und Eigenart bleibt eine Veröffentlichung innerhalb der 12-monatigen Neuheitsschonfrist des § 6 DesignG außer Betracht.

Vom **Schutz ausgeschlossen** sind (§ 3 DesignG):

- ausschließlich technisch bedingte Erscheinungsmerkmale eines Erzeugnisses (Abs. 1 Nr. 1)
- Erscheinungsmerkmale, die zwangsläufig in ihrer genauen Form und in ihren genauen Abmessungen nachgebildet werden müssen, damit sie mit einem anderen Erzeugnis verbunden werden können (Abs. 1 Nr. 2). Davon sind wiederum nach Abs. 2 solche Teile ausgenommen, die zur Herstellung eines Erscheinungsbildes eines komplexen Erzeugnisses in einer bestimmten Form gefertigt werden müssen (z.B. Kotflügel eines PKW), bei denen aber die Gesamtgestaltung nicht notwendig vorgegeben ist.
- gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstoßende Designs (Abs. 1 Nr. 3; vgl. BGH GRUR 2003, 705 – Euro-Billy)
- Designs, die Zeichen von öffentlichem Interesse wie z.B. Hoheitszeichen missbräuchlich benutzen (Abs. 1 Nr. 4).

Das **Recht auf das eingetragene Design** steht dem Entwerfer bzw. dessen Arbeitgeber oder seinem Rechtsnachfolger zu (§ 7 DesignG). Für den im Register Eingetragenen spricht jedoch nach § 1 Nr. 5 DesignG die widerlegliche Vermutung, dass er rechtmäßiger Inhaber des Rechts aus dem Design ist.

2. Inhalts und Durchsetzung des Rechts

Der Designschutz knüpft an die **immaterielle plastische oder flächige Form** an, die geeignet ist, als Vorbild für körperliche Erzeugnisse zu dienen. Er wird nur für diejenigen Merkmale dieser Erscheinungsform begründet, die in der Anmeldung sichtbar wiedergegeben sind (§ 37 Abs. 1 DesignG). Er richtet sich deshalb danach, welchen konkreten Form die Wiedergabe erkennbar macht, wobei es nach § 2 Abs. 3 S. 1 DesignG auf das Anschauungsvermögen eines informierten Benutzers ankommt (BGH GRUR 2011, 1112 Tz. 48 ff. – Schreibgeräte). Enthält die Anmeldung eine Wiedergabe in unterschiedlichen Darstellungen des Designs, bilden diese Darstellungen dennoch nur einen Schutzgegenstand, der durch Auslegung zu bestimmen ist; einen Teilschutz gibt es im Designrecht nicht (BGH GRUR 2012, 1139 Tz. 19, 30 ff., 37 ff. – Weinkaraffe). An dieser Form gewährt das eingetragene Design seinem Rechtsinhaber **das ausschließliche Recht zur Benutzung** (§ 38 Abs. 1 DesignG), insbesondere ein Erzeugnis, in das das geschützte Design aufgenommen oder bei dem es verwendet wird, herzustellen, anzubieten, in Verkehr zu bringen, einzuführen, auszuführen, zu gebrauchen oder zu diesen Zwecken zu besitzen.

Beschränkungen des Ausschließlichkeitsrechts ergeben sich aus §§ 40, 41 DesignG. Die zivilrechtlichen Sanktionen im Fall der Verletzung sind in den §§ 42 ff. DesignG geregelt. Sie entsprechen den allgemeinen Grundsätzen (s.o. B I, II).

Der **Schutzumfang** erstreckt sich dabei auf jedes Design, das beim informierten Benutzer keinen anderen Gesamteindruck erweckt (§ 38 Abs. 2 DesignG). Dabei sind nicht nur die Übereinstimmungen, son-

dern auch ihre Unterschiede zu berücksichtigen. Für die Beurteilung des Schutzzumfangs ist ferner der Grad der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei der Entwicklung einzubeziehen. Zwischen dem Gestaltungsspielraum des Entwerfers und dem Schutzzumfang seines Designs besteht eine Wechselwirkung. Eine hohe Musterdichte und damit ein kleiner Gestaltungsspielraum des Entwerfers führen zu einem engen Schutzzumfang mit der Folge, dass bereits geringe Gestaltungsunterschiede beim informierten Benutzer einen anderen Gesamteindruck hervorrufen können, während umgekehrt eine geringe Musterdichte und damit ein großer Gestaltungsspielraum einen weiten Schutzzumfang zur Folge haben, so dass selbst größere Gestaltungsunterschiede möglicherweise keinen anderen Gesamteindruck erwecken (BGH GRUR 2013, 285 Tz. 31 f. – Kinderwagen II). Der **informierte Benutzer** ist eine Person, die die verschiedenen Designs, die es auf dem betreffenden Gebiet gibt, kennt, über gewisse Kenntnisse der Elemente, die diese Designs regelmäßig aufweisen, verfügt und die Produkte mit vergleichsweise großer Aufmerksamkeit benutzt (BGH – Kinderwagen II, Tz. 55).

Zugunsten des Eingetragenen wird nach § 39 DesignG **vermutet**, dass die materiellen Voraussetzungen für den Erwerb des Schutzes erfüllt sind. Diese Vermutung kann der Beklagte nach der Neufassung des DesignG (§ 52a) nur noch dadurch zu Fall bringen, dass er Widerklage auf Feststellung oder Erklärung der Nichtigkeit erhebt oder einen entsprechenden Antrag beim DPMA gem. § 34 DesignG stellt. Um abweichende Entscheidungen zu vermeiden, kann der Rechtsstreit ausgesetzt werden (§§ 34b, 52b Abs. 3 DesignG).

Im Verletzungsverfahren stehen dem Beklagte folgende **Einwendungen und Einreden** zur Seite:

- der Einwand, dass der Eingetragene nicht der wahre Rechtsinhaber i. S. § 7 DesignG ist, durch Widerlegung der Vermutung des § 1 Nr. 5 DesignG
- der Einwand der Vorbenutzung nach § 41 DesignG
- der Einwand der Erschöpfung gem. § 48 DesignG
- der Einwand des Rechtsmissbrauchs und der Verwirkung
- die Einrede der Verjährung (§ 49 DesignG).

II. Gemeinschaftsgeschmacksmuster

Die VO der EG über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster (GGV) stellt ein duales System für eingetragene Muster und nicht eingetragene Muster zur Verfügung. Die wichtigsten Regelungen für das **eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster** stimmen mit denen der RL 98/71/EG und damit mit denen des DesignG überein. Auf die oben dargestellten Grundsätze kann daher verwiesen werden. Im Verfahren über eine Verletzungsklage spricht für die Rechtsbeständigkeit des eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmusters – entsprechend § 39 DesignG – eine gesetzliche Vermutung, die ebenso wie jetzt im deutschen Recht grundsätzlich nur durch eine erfolgreiche Widerklage entkräftet werden kann (Art. 85 Abs. 1 S. 1 und 2 GGV).

Als ausgesprochene Novität führt die GGV in ihrem Art. 11 Abs. 1 jedoch ein **nicht eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster** ein. Dieses entsteht, wenn die Schutzvoraussetzungen der Neuheit und Eigenart (Art. 4–6 GGV) gegeben sind, und wird auf die kurze Dauer von 3 Jahren ab dem Zeitpunkt geschützt, an dem es der Öffentlichkeit innerhalb der Gemeinschaft erstmals zugänglich gemacht wurde. Das ist der Tag, an dem das Erzeugnis den in der Gemeinschaft tätigen Fachkreisen des betreffenden Wirtschaftszweigs im normalen Geschäftsverlauf bekannt sein konnte. Dies kann bereits dann der Fall sein, wenn Abbilder des Geschmacksmusters an Händler des betreffenden Wirtschaftszweiges verteilt werden (EuGH GRUR 2014, 368 Tz. 34 ff. – Gartenpavillon). Die Schutzwirkung erfasst das Gebiet der gesamten Gemeinschaft. Für die Gültigkeit des nicht eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmusters besteht keine Vermutung. Der Anspruchsteller muss deshalb sämtliche Entstehungsvoraussetzungen im Prozess darlegen und beweisen.

Anhang

Lösungsskizze zu Fall 1:

1. Der von B formell ordnungsgemäß eingelegte Widerspruch führt dazu, dass über die Rechtmäßigkeit der Beschlussverfügung auf Grund mündlicher Verhandlung durch Urteil zu entscheiden ist (§ 925 ZPO).
2. Gegen die **Zulässigkeit des Verfügungsantrags** bestehen keine Bedenken. Indem der Verfügungsantrag und der entsprechende Beschlusstenor auf die konkrete Verletzungsform Bezug nehmen und diese nur durch Verwendung von verständlichen Begriffen, über die kein Streit herrscht, verallgemeinern, ist an der Bestimmtheit des Antrags nicht zu zweifeln. Eine unzulässige alternative Klagehäufung liegt nicht vor.
3. Die Dringlichkeit und damit das Vorliegen eines **Verfügungsgrundes** ist nach § 12 Abs. 2 UWG zu vermuten.
4. Ein **Verfügungsanspruch** ergibt sich aus § 3 Abs. 1, § 4 Nr. 11, § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG.
 - a) A ist gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG klagebefugt und aktivlegitimiert, wettbewerbsrechtliche Ansprüche wegen des angegriffenen Angebots von Computerprodukten zu erheben. Er bietet nämlich gleichartige Waren auf demselben Markt an und ist deshalb Mitbewerber i.S. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG.
 - b) Das fragliche eBay-Angebot mit der dazu gehörenden Widerrufsbelehrung stellt eine geschäftliche Handlung i.S. §§ 3 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar. Das Anbieten einer größeren Anzahl von Computerkomponenten und Zubehörteilen lässt darauf schließen, dass der Anbietende am Markt planmäßig und auf eine gewisse Dauer Waren gegen Entgelt anbietet (vgl. BGH GRUR 2009, 871 Tz. 33 – Ohrclips) und damit ein Unternehmer i.S. § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG ist. Das Angebot hängt objektiv mit der Förderung des Absatzes von Waren des B zusammen.
 - c) Die Unlauterkeit dieser geschäftlichen Handlung folgt aus §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. §§ 312c Abs. 1, 312d Abs. 1, 312g Abs. 1, 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB, Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 EGBGB. Die Klauseln der Schwarzen Liste sind ersichtlich nicht einschlägig. Die in den genannten Vorschriften statuierten Informations- und Belehrungspflichten über die Widerrufsrechte des Verbrauchers sind nach allgemeiner Ansicht Marktverhaltensregeln zu dessen Schutz (*Köhler/Bornkamm* § 4 Rn. 11.170). Eine unterbliebene, falsche oder unzureichende Unterrichtung führt deshalb ohne Weiteres zu einem Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG. Die Prüfung der hier fraglichen Widerrufsbelehrung erfolgt aufgrund der ab 13.6.2014 geltenden Gesetzesfassung des BGB (Gesetz vom 20.9.2013, BGBl. I, S. 3642).
 - aa) Verträge über die Lieferung von Waren, die zwischen einem Unternehmen und einem Verbraucher unter Vermittlung der Internet-Plattform eBay geschlossen werden, sind Fernabsatzverträge i.S. § 312c BGB. Bei solchen Vertriebsformen steht dem Verbraucher gem. § 312g Abs. 1 BGB ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB zu. Der Unternehmer hat ferner gem. § 312d Abs. 1 S. 1 BGB die in Art. 246a EGBGB aufgeführten Informationspflichten zu erfüllen. Zu ihnen gehören die Pflichten, über die Bedingungen, die Fristen und das Verfahren für die Ausübung des Widerrufsrechts nach § 355 Abs. 1 BGB und ggfs. darüber zu informieren, dass der Verbraucher im Widerrufsfall die Kosten für die Rücksendung der Waren zu tragen hat (Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 EGBGB).
 - bb) Die Widerrufsbelehrung des B verstößt zunächst gegen Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EGBGB, weil sie über den **Beginn der Widerrufsfrist** unzureichend informiert. Nach § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB beginnt sie nämlich bei dem hier vorliegenden Verbrauchsgüterkauf, sobald der Verbraucher oder ein von ihm bestimmter Dritter die Waren erhalten hat. Sie verstößt aber auch gegen die Pflicht nach Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EGBGB, weil der Verbraucher nicht aufgeklärt wird, ob ihn die unmittelbaren **Kosten für die Rücksendung der Waren** treffen. Hier treffen sie ihn zwar letztlich nach § 357 Abs. 6 S. 1 und 2 BGB nicht, er bleibt aber völlig im Unklaren, wie er sich im Fall des Widerrufs hinsichtlich zugesendeter Waren verhalten soll, ob er sie überhaupt und innerhalb welcher Zeit auf wessen Kosten zurücksenden oder sie nur zur Abholung durch den Unternehmer bereithalten muss. Da aber nach neuem Recht eine Aufklärung über die allgemeinen Rechtsfolgen

- des Widerrufs nicht mehr erforderlich ist, müsste allerdings insoweit der Unterlassungstitel etwa wie folgt eingeschränkt werden: „...und dabei nicht darüber zu belehren, ob der Käufer im Fall des Widerrufs die Kosten für die Rücksendung der Waren zu tragen hat“.
- d) Die fehlerhafte Belehrung über das Widerrufsrecht ist in beiden Varianten geeignet, den Wettbewerb zu Lasten der Verbraucher nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen. Wird der Verbraucher über die Bedingungen seines Widerrufsrechts im Unklaren gelassen, wird die Erheblichkeitsschwelle regelmäßig überschritten (*Köhler/Bornkamm*, § 3 Rn. 149).
5. Fraglich ist, ob und in welcher Weise B für die unlautere geschäftliche Handlung auf Unterlassung haftet.
- a) Eine Haftung als Täter oder Teilnehmer scheidet aus (s.u. Lösungsskizze zu Fall 2: II 2). Auch wenn B allgemein gewusst und gebilligt hat, dass sein Bruder über sein Mitgliedskonto bei eBay Waren verkauft, ergibt sich daraus noch nicht, dass er von dem konkreten Angebot Kenntnis gehabt hat. Für eine Haftung nach § 8 Abs. 2 UWG liegen keine Anhaltspunkte vor.
- Die Haftung als Nebentäter nach den Grundsätzen der BGH-Entscheidung „Jugendgefährdende Medien bei eBay“ (GRUR 2007, 890), die der BGH aus § 3 UWG ableitet, setzt voraus, dass B eine **eigene geschäftliche Handlung** durch Überlassung seines eBay-Accounts und seines E-Mail-Anschlusses vorgenommen hat. Das ist aber zu verneinen. Nach seinem unwiderlegt gebliebenen Sachvortrag hat er seinem Bruder die Anschlüsse überlassen, um ihm gelegentliche private Verkäufe über eBay zu ermöglichen und diese abzuwickeln. Vom Inhalt und Umfang der Handlungen seines Bruders hat er keine Kenntnis genommen. Die Handlung des B hing damit nicht objektiv mit einer Absatzförderung, dem Verkauf oder Lieferung von Waren oder Dienstleistungen zusammen, sondern bewegte sich im privaten Bereich.
- b) Eine Haftung des B hätte deshalb nur nach den herkömmlichen Grundsätzen der Störerhaftung begründet werden können. In der **Entscheidung „Halzband“** hat der BGH (GRUR 2009, 597) jedoch für diese Wettbewerbsverstöße gegenüber den eingeführten Grundsätzen der Störerhaftung einen selbstständigen Zurechnungsgrund entwickelt, der ebenfalls zu einer Täterhaftung des B führt. Wer ein nicht übertragbares Mitgliedskonto bei eBay eröffnet, ist nach deren AGB verpflichtet, das zugehörige Passwort geheim zu halten. Die Kontrolldaten und das Passwort eines solchen Kontos ermöglichen als ein besonderes Identifikationsmittel ein Handeln unter einem bestimmten Namen nach außen hin. Der Grund für die Haftung desjenigen, der seine Kontaktdaten nicht unter Verschluss gehalten hat, besteht nicht darin, dass er die Gefahr von Rechtsverletzungen durch Dritte geschaffen hat, sondern darin, dass für den Verkehr Unklarheiten darüber bestehen, welche Person unter dem betreffenden Mitgliedskonto gehandelt hat, und dadurch die Möglichkeiten, den Handelnden zu identifizieren und ggfs. vertraglich oder deliktisch in Anspruch zu nehmen, erheblich beeinträchtigt werden. Wegen dieser Pflichtverletzung ist somit B so zu behandeln, als ob er selbst gehandelt hätte. Da sein Bruder eine geschäftliche Handlung vorgenommen hat (s.o. 4 b), handelte auch B im geschäftlichen Verkehr. Die Voraussetzungen der §§ 3, 4 Nr. 11 UWG sind somit in seiner Person verwirklicht. Die Beschlussverfügung ist aufrecht zu erhalten.

Lösungsskizze zu Fall 2:

I. Zulässigkeit der Klage

1. Klagebefugnis des Wettbewerbsvereins nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG:

Die Klagebefugnis ist als Prozessvoraussetzung in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen im Wege des Freibeweises zu prüfen (BGH GRUR 1988, 918 – Wettbewerbsverein III; GRUR 1990, 282 ff. – Wettbewerbsverein IV). Rechtsfähigkeit und Satzungszweck sind hier gegeben. Das Vorhandensein der erforderlichen Ausstattung ist angesichts der jahrelangen, unbeanstandeten Verbandstätigkeit zu vermuten (BGH GRUR 1986, 320 f. – Wettbewerbsverein I).

Fraglich ist, ob dem Verein die erforderliche Anzahl von Mitgliedern angehört. Gegenständlich betroffen ist der Markt für den Handel mit Kraftfahrzeugen. In räumlicher Hinsicht ist er auf den Bereich auszudehnen, auf dem das angegriffene werbende Unternehmen mit nennenswerten Absatzchancen rechnen kann. Für die Klagebefugnis ist es unerheblich, ob sich an der beanstandeten Werbung auch in anderen räumlich relevanten Märkten tätige Unternehmen beteiligen (BGH GRUR 2009, 692 Tz. 9 – Sammelmitgliedschaft IV). Für einen in Nürnberg ansässigen Kfz-Händler bildet der Großraum Nürnberg-Fürth-Erlangen-Schwabach, höchstens das unmittelbare Verbrei-

tungsgebiet der Nürnberger Nachrichten (vgl. BGH WRP 1997, 1070 ff. – Händlervereinigung) den räumlich relevanten Bereich. Die Anzeige richtet sich nämlich an Kunden, die sich für fabrikneue Markenfahrzeuge interessieren. Wegen des dichten Händlernetzes werden sie sich auch wegen des Serviceangebots an Händler wenden, die im näheren Umfeld ansässig sind. Deshalb ist hier keine Ausdehnung des Marktes auf Bayern oder gar das ganze Bundesgebiet geboten. Folglich bleibt auch die Kfz-Innung Augsburg-Schwaben außer Betracht. Die Mitglieder des Klägers, die auf dem räumlich relevanten Markt Waren gleicher oder verwandter Art vertreiben, machen nicht einmal 1 % der insgesamt tätigen Mitbewerber aus. Das allein ist keine repräsentative Anzahl. Deren Wirtschaftskraft kann anhand einer anonymisierten Mitgliederliste nicht überprüft und mit der gesamten auf dem Markt tätigen Branche verglichen werden.

2. Zulässigkeit der Prozessstandschaft

Grundsätzlich ist die Verfolgung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft möglich. Voraussetzung ist eine wirksame Ermächtigung eines klagebefugten Rechtsinhabers (hier gegeben) und ein eigenes rechtsschutzwürdiges Interesse des Prozessstandschaftlers an der Rechtsverfolgung. Letzteres bejaht die Rspr. (BGH GRUR 1983, 379 ff. – Geldmafiosi) für einen Verband, wenn die Rechtsverfolgung im Rahmen des Satzungszwecks liegt und über die Wahrung rein individueller Belange hinaus allgemein der Förderung der Interessen der Mitglieder dient. Nach dem Sinn des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG wird man das eigene schutzwürdige Interesse eines Verbandes aber nur noch dann bejahen können, wenn er kollektive Interessen einer erheblichen Zahl von verbandsangehörigen Mitbewerbern ins Feld führen kann, da sonst der Gesetzeszweck verfehlt würde. Das ist hier, wie oben ausgeführt, nicht der Fall (BGH WRP 1998, 175 f. – Verbandsklage in Prozessstandschaft). Da auch die Abtretung des Unterlassungsanspruchs ohne die zugrundeliegende Rechtsposition grds. ausgeschlossen ist, damit der Kreis der Klagebefugten nicht unangemessen erhöht wird, ist die Klage als unzulässig abzuweisen.

II. Begründetheit (hilfsweise Prüfung)

1. Das Vorliegen einer **geschäftlichen Handlung und der Irreführungsgefahr** gem. §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG ist unproblematisch. Keine der Klauseln der Schwarzen Liste greift ein. Ebenso ist davon auszugehen, dass die Irreführung hier den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber und der Verbraucher nicht nur unwesentlich beeinträchtigt. Die Werbung hat nämlich eine große Breitenwirkung, die mit einer hohen Irreführungsquote einhergeht.
2. Problematischer ist die Frage der **Passivlegitimation** des Honda-Vertragshändlers. Dieser hat die strittige Werbung nicht selbst konzipiert und geschaltet und von ihr vor der Veröffentlichung auch keine Kenntnis erhalten. Als Täter oder Teilnehmer scheidet er damit aus. Eine Gehilfenstellung würde voraussetzen, dass er wenigstens mit bedingtem Vorsatz gehandelt hätte, der das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit einschließt (BGH GRUR 2007, 890 Tz. 21 – Jugendgefährdende Medien bei eBay).

Zu denken ist aber an die Anwendung von § 8 Abs. 2 UWG, was voraussetzt, dass Honda Deutschland **Beauftragter** des Vertragshändlers ist. Der Begriff des Beauftragten ist weit auszulegen. Anknüpfungspunkt für die Haftung des Betriebsinhabers ist, dass die unlautere Wettbewerbshandlung innerhalb seines Betriebsorganismus begangen wurde, wozu insbesondere die Vertriebsorganisation gehört. Weiter ist erforderlich, dass der Handelnde in diesen Organismus dergestalt eingegliedert ist, dass einerseits der Erfolg seiner Handlung zumindest auch dem Betriebsinhaber zugutekommt und andererseits dem Betriebsinhaber ein bestimmender Einfluss auf dessen Tätigkeit eingeräumt ist; dabei kommt es nicht darauf an, welchen Einfluss sich der Betriebsinhaber tatsächlich gesichert hat, sondern welchen Einfluss er sich sichern konnte und musste (BGH GRUR 1995, 605, 607 – Franchise-Nehmer). Deshalb können auch selbstständige Unternehmen Beauftragte sein, so z.B. der Lieferant oder Zwischenhändler. Zum Betriebsorganismus eines Kfz-Händlers gehört zweifellos seine Außendarstellung in Form der Werbung für die von ihm vertriebenen Fahrzeuge. Wenn er seine werbliche Außendarstellung dem Hersteller der Fahrzeuge oder wie hier dem Importeur überlässt, gliedert er somit einen Teil seiner Betriebsorganisation zugunsten eines anderen Unternehmens aus, dessen Werbeerfolge ihm unmittelbar zugutekommen. Problematisch ist daher allein, ob der Vertragshändler sich einen bestimmenden Einfluss auf die Werbetätigkeit von Honda Deutschland sichern konnte und musste, da das wirtschaftliche Übergewicht in der Regel beim Hersteller liegt, der seine Produkte über ein Vertragshändlersystem absetzt (s. Lösungsskizze zu Fall 6). Geht es wie hier nicht um eine allgemeine Werbung, sondern um die Werbung für vom Vertragshändler angebotene Fahrzeuge, die konkret nach bestimmten Ausstattungsmerkmalen beschrieben werden, wird man den Vertragshändler für verpflichtet halten müssen, sich die Werbung vor ihrer Veröffent-

lichung vorlegen zu lassen, um ihre inhaltliche Richtigkeit zu überprüfen, zumal sich aus dem Vertragshändlervertrag, in dem sich der Hersteller oder Importeur die einheitliche Werbung für seine Händler vorbehält, die Nebenpflicht ergibt, dabei die Grenzen des lautereren Wettbewerbs einzuhalten. § 8 Abs. 2 UWG dürfte somit Anwendung finden.

Lösungsskizze zu Fall 3:

I. Zulässigkeit des Verfügungsantrages

1. Der **Verfügungsantrag** ist hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Gemeint sind alle deutschen direkten und indirekten Abnehmer der Antragstellerin. Schwierigkeiten bei deren tatsächlicher Feststellung im Vollstreckungsverfahren gehen zu ihren Lasten. Sofern der Antrag zu weit gehen sollte, ist seine Begründetheit betroffen.
2. Die Rüge der fehlenden Ausländersicherheit ist im Verfahren wegen einstweiliger Verfügung unzulässig (Beschleunigungszweck; s. § 113 ZPO).

II. Begründetheit

1. Ein **Verfügungsgrund** gem. §§ 940, 935 ZPO, 12 Abs. 2 UWG ist gegeben.
2. Ein Verfügungsanspruch nach §§ **823 Abs. 1, 1004 BGB** ist zu bejahen:
 - a) Deutsches Recht ist, soweit ein Verstoß gegen § 823 BGB in Frage steht, gem. Art. 4 Abs. 1 Rom II anwendbar, da hier am Sitz des verwarnten Unternehmens der Begehungsort liegt. Soweit lauterkeitsrechtliche Verstöße gerügt werden, ergibt sich dasselbe aus Art. 6 Abs. 1 Rom II, da Deutschland der Ort der wettbewerblichen Interessenkollision ist und E nicht lediglich die Interessen der Fa. H, sondern auch deren Abnehmer tangiert (s.o. A IV und näher *Köhler/Bornkamm*, Einl. Rn. 5.44)
 - b) Die unberechtigte Abmahnung wegen eines Wettbewerbsverstoßes kann nur bei Vorliegen besonderer Umstände eine rechtswidrige Wettbewerbshandlung nach § 4 Nr. 8 oder 10 UWG sein. Anders wird jedoch in der Rspr. die unberechtigte Abmahnung wegen eines ausschließlichen Schutzrechts (sog. **Schutzrechtsverwarnung**) beurteilt. Für den Verwarnten hat nämlich eine solche Schutzrechtsverwarnung i.d.R. einschneidende Wirkungen. Wird z.B. aus einem Patent- oder Gebrauchsmuster, dessen Rechtsbestand und Umfang er oft nicht sicher überblicken kann, gegen ihn vorgegangen, steht er vor der Frage, ob er die Herstellung oder den Vertrieb des umstrittenen Erzeugnisses gleichwohl fortsetzen oder stattdessen einstellen soll. Eine unberechtigte Schutzrechtsverwarnung, mit der ein ernsthaftes und endgültiges Unterlassungsbegehren verbunden ist, stellt daher einen rechtswidrigen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb i.S. § 823 Abs. 1 BGB dar. In diesem Sinne hat der Gem.Senat OGB (GRUR 2005, 882 – Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung) die in der Literatur und Rspr. diskutierte Streitfrage entschieden. Eine zum Eingriff in den Gewerbebetrieb geeignete Schutzrechtsverwarnung liegt jedoch nur vor, wenn der Verwarnende, gestützt auf ein solches Recht, nachdrücklich, d.h. ernsthaft und endgültig (i.d.R. durch Androhung gerichtlicher Schritte), die Unterlassung eines bestimmten Verhaltens fordert. Das dürfte hier anzunehmen sein (vgl. BGH GRUR 2011, 995 Tz. 29 ff. – Besonderer Mechanismus; BGH GRUR 1997, 896 – Mecki-Igel III).
 - c) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist ein Anspruch nach §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB zu bejahen. Die Abmahnung war nämlich unberechtigt. Durch ihre einschränkungslose Annahme der Lizenzbereitschaftserklärung gem. § 23 Abs. 3 PatG hat H das einfache Recht erworben – nicht abhängig von einer Einigung über die Höhe der Lizenzgebühr (§ 23 Abs. 4 PatG) –, das Patent in Deutschland gem. § 9 PatG zu nutzen, also u.a. in Deutschland Patentgegenstände in Verkehr zu bringen (Übertragung der tatsächlichen Verfügungsgewalt an einen anderen). Das geschieht durch Belieferung der Fa. C seitens der Antragstellerin. Wegen Eintritts der Erschöpfung darf C diese Gegenstände weiterverbreiten. Die Rechtswidrigkeit des Eingriffs in den Geschäftsbetrieb ist durch eine Güter- und Interessenabwägung festzustellen. Bei einer unberechtigten Abnehmervernunft aus einem ausschließlichen Schutzrecht treten die Interessen des Verwarnenden jedoch in der Regel zurück.
Die Wiederholungsgefahr ist insoweit indiziert.
3. Darüber hinaus ergibt sich ein Verfügungsanspruch aus § 8 Abs. 3 Nr. 1, §§ 3, 4 Nr. 8 und Nr. 10 UWG:

- a) **Klagebefugnis und Aktivlegitimation** der H sind gegeben. Zwischen ihr und E besteht nämlich ein konkretes Wettbewerbsverhältnis i.S. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG. E handelt nicht als Privatmann, sondern als Unternehmer, der sein Patentrecht in Deutschland verwertet, was er im Übrigen durch seine Lizenzbereitschaftserklärung dokumentiert hat. Er sucht deshalb, Funkuhren nach seinem Patent innerhalb derselben Abnehmerkreise wie H auf dem deutschen Markt abzusetzen, und beeinträchtigt diese durch seine Verwarnung (s.o. B II 1 a). Die Betätigung auf derselben Wirtschaftsstufe ist nicht erforderlich.
- b) Die Verwarnung ist eine **geschäftliche Handlung** i.S. §§ 3, 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG. Da das UWG auch den potenziellen Wettbewerb schützt, kommt es nicht darauf an, ob E bereits selbst die Produktion von Funkuhren aufgenommen oder mit anderen Herstellern einen Lizenzvertrag geschlossen hat. Durch seine Lizenzbereitschaftserklärung hat er dokumentiert, dass er sein Patent verwerten will und in der Lage ist, zu jeder Zeit mit seinen Funkuhren auf den Markt zu kommen. Dass die konkrete Wahrscheinlichkeit für Absatzmöglichkeiten auf dem deutschen Markt bestehen, ergibt sich auch daraus, dass H hier Abnehmer gefunden hat. E fördert somit objektiv seinen eigenen Absatz.
- c) Die **Unlauterkeit** seines Handelns ergibt sich zum einen aus § 4 Nr. 10 UWG. Diese Vorschrift verlangt ein gezieltes Vorgehen gegen einen Mitbewerber direkt. Das ist hier zu bejahen, da die Verwarnung des E boykottartigen Charakter hat und unmittelbar H trifft und treffen soll. Die Schutzrechtsverwarnung ist auch unberechtigt.
- Zum anderen ergibt sich die Unlauterkeit auch aus § 4 Nr. 8 UWG ist. Entscheidend dafür ist, ob die Äußerung des E, die Funkuhren würden in den Schutzbereich seines Patents fallen, als die Behauptung einer Tatsache über die Waren von H oder die Äußerung einer bloßen subjektiven Rechtsmeinung des Verwarnenden anzusehen ist (vgl. näher *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rn. 10.178). Im vorliegenden Fall dürfte C die Verwarnung nur im ersten Sinne verstehen können. Insoweit ist sie geeignet, das Unternehmen der H als Mitbewerberin zu schädigen. Den Wahrheitsbeweis kann E nicht führen. Eine vertrauliche Mitteilung, die im Interesse des C steht, liegt nicht vor. Damit ist auch ein Verstoß gegen § 4 Nr. 8 UWG zu bejahen.
- d) Die unlautere Verwarnung des E beeinträchtigt den Wettbewerb zu Lasten der Mitbewerberin H und der sonstigen Marktteilnehmerin C nicht nur unerheblich.
- e) Die Wiederholungsgefahr ist insoweit indiziert.
4. Der **Antrag** geht aber zu weit. Er umfasst auch mittelbare Abnehmer der Antragstellerin, also z.B. solche, die Funkuhren abnehmen, die anderweitig im außereuropäischen Ausland von der Antragstellerin in Verkehr gebracht worden sind. Für diese Gegenstände tritt die Erschöpfung nicht ein, da die Antragstellerin nur in Deutschland Rechte hat und wegen des Grundsatzes der europaweiten Erschöpfung im außereuropäischen Ausland keine wirksame Zustimmung zu dem Inverkehrbringen geben kann (BGH GRUR 2000, 299 – Karate). Der Tenor der Verurteilung muss deshalb lauten: Untersagung, Kunden oder sonstige Abnehmer der von der ASt. hergestellten Funkuhren, die von ihr erstmals auf dem Gebiet der EU oder des EWR in Verkehr gebracht worden sind, wegen Verletzung des deutschen Patents des E zu verwarnen.

Lösungsskizze zu Fall 4:

- I. Zulässigkeit des Verfügungsantrags:
1. Die Antragstellerin ist als **Mitbewerberin** nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG klagebefugt und aktivlegitimiert. Beide Parteien konkurrieren in Nürnberg unmittelbar miteinander mit gleichen oder verwandten Waren.
 2. Typischer Beispielsfall des **Missbrauchs der Klagebefugnis** ist nach § 8 Abs. 4 UWG die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen, um gegen den Verletzer einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen. Letzterer Fall könnte hier gegeben sein. Die Feststellung des Missbrauchs setzt eine sorgfältige Prüfung und Abwägung der maßgebenden Einzelumstände voraus. Er ist beispielsweise gegeben, wenn in Schädigungsabsicht durch abgesprochenes Verhalten mehrere Gläubiger wegen derselben Verletzungshandlung gegen einen Schuldner vorgehen, um diesen durch die Belastung mit einer Mehrzahl von Prozessen und der damit verbundenen Bindung von personellen und finanziellen Mitteln zu behindern. Ohne solche Umstände ist das gleichzeitige Vorgehen durch mehrere Gläubiger grds. nicht zu beanstanden, weil der Schuldner durch Abgabe einer ausreichenden strafbewehrten Unterlassungserklärung ge-

genüber einem Gläubiger die Wiederholungsgefahr im Hinblick auf alle ausräumen kann. Im vorliegenden Fall spricht für den Missbrauch der Klagebefugnis, dass die vorgehenden Gläubigerinnen zwar rechtlich selbstständig sind, aber in einem Konzern zusammen geschlossen sind und koordiniert gegen die AG vorgehen. Das legt die Annahme von Schädigungsabsicht nahe. Etwas anderes gilt aber dann, wenn für ihr Vorgehen vernünftige Gründe angeführt werden können.

Ein solcher Grund kann nicht darin gesehen werden, dass die klagenden Schwesterfirmen nur wegen ihrer jeweiligen regionalen Einzugsbereiche als Mitbewerber klagebefugt sind und deshalb von ihnen ein Unterlassungstitel nur für den räumlichen Bereich erwirkt und in der Vollstreckung durchgesetzt werden kann, auf dem sie mit der Schuldnerin konkurrieren (BGH GRUR 1999, 509 ff. – Vorratslücken; ebenso BGH GRUR 2000, 907, 909 – Filialleiterfehler). Die Vorschriften des UWG dienen nicht nur dem Schutz von Mitbewerbern, sondern auch den Interessen der anderen Marktteilnehmer und der Allgemeinheit (§ 1 UWG). Dieses geht dahin, dass unlauterer Wettbewerb bundesweit zu unterlassen ist, so dass Unterlassungsansprüche grds. auch bundesweit durchsetzbar sein müssen. Die Beschränkungen der Klagebefugnis nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG auf Mitbewerber, die in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zu dem Verletzer stehen, betreffen daher nicht den Inhalt und den Umfang des Anspruchs, sondern nur die Frage, wer ihn erheben kann.

Andererseits garantiert ein durch eine der Schwestergesellschaften erwirktes bundesweites Verbot nicht ohne weiteres, dass gegen Verstöße in anderen Regionen vorgegangen wird. Die Situation in den einzelnen Filialgeschäften der Antragsgegnerin kann je nach der Vorratshaltung vor Ort durchaus verschieden sein. Trotz inhaltlich gleicher Werbung geht es deshalb nicht um die Verfolgung desselben (identischen) Wettbewerbsverstößes, sondern lediglich um **gleichartige, ähnliche Verstöße**, die durch einen doppelgliedrigen Sachverhalt (z.B. überregionale Werbung, unterschiedliche Vorratsmengen in den einzelnen Filialen) gekennzeichnet sind. Ob eine etwa in Hamburg sitzende Schwestergesellschaft aus einem von ihr erwirkten Unterlassungstitel wegen eines Verstoßes in Nürnberg vollstreckt, ist nicht sicher, da sie dadurch nicht unmittelbar betroffen ist und sie daher kaum interessiert sein dürfte, Verstöße in anderen Regionen durch Testpersonen aufzudecken und kostenaufwändig zu ahnden. Aus diesen Gründen wird man einen Missbrauch noch nicht annehmen können, wenn jede regional betroffene Schwestergesellschaft in einem Fall der hier vorliegenden Art einen bundesweit geltenden Titel zu erwirken sucht. In Fällen dieser Art ist somit ein vernünftiger Grund für ein getrenntes Vorgehen gegeben, der den Vorwurf des missbräuchlichen Verhaltens im allgemeinen ausschließt (BGH GRUR 2002, 713 – Zeitlich versetzte Mehrfachverfolgung).

Anders läge es dagegen, wenn sich die Irreführungsgefahr aus einem Prospekt selbst ergibt und mehrere konzernverbundene Unternehmen **wegen desselben Verstoßes** koordiniert gegen den Verletzer vorgehen (BGH GRUR 2000, 1089 – Missbräuchliche Mehrfachverfolgung). Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor.

Exkurs: Im Fall „Missbräuchliche Mehrfachverfolgung“ hatten die im Konzern verbundenen Schwesterfirmen ein besonders rücksichtsloses Vorgehen gewählt, indem sie wegen eines leicht festzustellenden und letztlich nicht besonders schwer wiegenden Wettbewerbsverstößes 14 Verfügungs- und 14 Hauptsacheverfahren anstrebten. Konzernunternehmen ist zuzumuten, ihr Vorgehen für den Gegner kostenschonend zu gestalten, indem sie sich verständigen, nur durch ein Unternehmen Klage zu erheben, die Muttergesellschaft zur Klage als Prozessstandschaftlerin zu ermächtigen oder gemeinsam am Sitz des Verletzers zu klagen. Im Fall der zeitgleichen missbräuchlichen Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen ist jede Klage unzulässig. Werden sie zeitversetzt erhoben, dann kann dem später klagenden Konzernunternehmen der Vorwurf des Missbrauchs gemacht werden, wenn er sich dem ersten Verfahren ohne weiteres hätte anschließen können (BGH – Zeitlich versetzte Mehrfachverfolgung).

II. Begründetheit:

1. Die Dringlichkeit ist nach § 12 Abs. 2 UWG zu vermuten. Das Vorgehen der Schwesterfirmen beseitigt sie nicht. Es besteht damit ein **Verfügungsgrund**.
2. Der **Verfügungsanspruch** ergibt sich aus § 3 Abs. 3 i.V.m. Nr. 5 des Anhangs („Schwarze Liste“).
 - a) Die angegriffene Werbung ist zweifellos eine geschäftliche Handlung, die sich an Verbraucher richtet.
 - b) **Verstoß gegen Anhang Nr. 5**

Die in der schwarzen Liste zu § 3 Abs. 3 UWG aufgeführten Handlungen sind per se verboten, ohne dass es einer Prüfung ihrer geschäftlichen Relevanz bedarf. Diese wird unwiderleglich vermutet (*Köhler/Bornkamm*, § 3 Rn. 25). Bei der hier einschlägigen Nr. 5 werden Spezialfälle der Irreführung durch Unterlassung nach § 5a Abs. 2 beschrieben. Die Vorschrift entspricht inhaltlich der Vorgängervorschrift des § 5 Abs. 5 a.F. UWG (näher BGH GRUR 2011, 340 Tz. 18 ff. – Irische Butter). Sie geht daher einer Prüfung der Irreführung nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG vor.